



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Toedeling van bevoegdheid (oratie Leiden)

Voermans, W.J.M.

Citation

Voermans, W. J. M. (2004). *Toedeling van bevoegdheid (oratie Leiden)*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4267>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4267>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Toedeling van bevoegdheid

Toedeling van bevoegdheid

rede

uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar
op het gebied van het staats- en bestuursrecht
aan de universiteit Leiden op 12 september 2003

door

PROF. DR. WIM VOERMANS

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2004



Technische redactie TGV, Leiden
Lay-out AlphaZet prepress, Waddinxveen

ISBN 90 5454 433 3
NUR 823
www.bju.nl

© E.M. Meijers Instituut, Leiden 2004

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KM Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Inhoud

1	ERKENNING	3
2	ATTRIBUTIE	19
3	DELEGATIE	39
4	CONCLUSIES	49

Mijnheer de rector magnificus, zeer gewaardeerde toehoorders,

‘Suum cuique tribuere’ schreef mijn – toen nog aanstaande – schoonvader in 1979 op een Sint Nicolaas-surprise. Dat was een goede vondst en een mooie toespeling: ik zou het jaar daarop rechten gaan studeren en hoorde inmiddels als eindexamenkandidaat VWO -ongedeeld wat te weten van het Latijn. U mag er de gevolgtrekking aan verbinden die u wil, maar ik kreeg het zinnetje niet vertaald. Wellicht werd ik afgeleid door zijn mooie dochter, wellicht speelde de onzekerheid over de studiekeuze een rol. Ik kwam er niet uit, zelfs niet toen hij de helpende hand uitstak door te zeggen dat deze spreuk al jarenlang de gevel van de Bredase rechtbank sierde. Het werd pijnlijk daar rond de surprisetafel, want niet alleen leek deze nozem klaarblijkelijk geen enkel talent voor de rechtenstudie te bezitten, ook voor het aanstaande staatsexamen in de beginselen der Latijnse taal viel het ergste te vrezen. ‘Ieder het zijne toebedelen’ schoot hij uiteindelijk te hulp. Tja, natuurlijk.

Of het nu dat pijnlijke moment was, of de uitdrukingskracht van die – aan Ulpianus ontleende¹ – regel, ik ben het nooit meer vergeten. Terecht waarschijnlijk. Het toedelingsvraagstuk speelt ook in het recht een belangrijke rol.

Vandaag wil ik één aspect van het toedelingsvraagstuk verkennen, namelijk de vraag *hoe* in een democratische rechtsstaat het vermogen tot het scheppen en toepassen van publiekrechtelijke rechtsnormen² (kort gezegd: publiekrechtelijke bevoegdheid³) wordt toegedeeld en *welke* regels en beginselen daarbij gelden. Dat is misschien een vraag van alle tijden, maar juist op dit moment weer actueel. Kunnen bestuursorganen, bijvoorbeeld, bevoegdheden ontfangen aan het ongeschreven recht, kunnen instellingen van de Europese

1 Deze regel is afkomstig uit de voor het Romeinse recht belangrijke *Digesten* van Ulpianus (D1,1 De iustitia et de iure) D 1, 1, 10 § 1 Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere. Later is deze regel van Ulpianus overgenomen in de Instituten van Justinianus. *Institutiones Iustiniani*, I. 1.1 Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens.’

2 Over de precieze inhoud van het begrip rechtsnorm wordt nog steeds gedebatteerd. Een definitie waarover in brede kring overeenstemming bestaat is niet zo een-twee-drie te geven. Toch bestaat er wel een zekere consensus over een aantal kernelementen van het begrip rechtsnorm. Een rechtsnorm bevat altijd een element van ‘behoren’, en fungeert als een ‘maatstaf-van-behoren’. Ik versta hier, als *werkddefinitie*, onder het begrip rechtsnorm, een norm, dat wil zeggen een behorensuitspraak over een bepaald voorwaardelijk geformuleerd feit (gedrag of omstandigheid), aan de voldoening waarvan het recht een rechtsgevolg verbindt dat via een ambt kan worden geëffectueerd. Zie ook D.W.P. Ruiter, *Bestuursrechtelijke wetgevingsleer*, Assen/Maastricht 1987, p. 8-9 en de daar door Ruiter geciteerde Hermann Heller.

3 Hier verstaan als de bevoegdheid om eenzijdig rechten of verplichtingen voor een ander in het leven te roepen of bindend vast te stellen.

Unie zelfstandig nieuwe bevoegdheden scheppen en die toekennen aan instellingen⁴ in de lidstaten, kunnen bevoegdheden meer dan twee keer worden doorgedelegeerd? En, als dat allemaal al kan, is dat dan ook aanvaardbaar?

Laten we beginnen met de eerste vraag. Hoe wordt in het Nederlandse recht publiekrechtelijke bevoegdheid toegedeeld? Zie ik het goed dan bestaan er in het recht in wezen drie manieren om dat te doen, te weten via *erkenning*, *attributie* of *delegatie*.⁵

4 Deze term zal ik gebruiken ter generieke aanduiding van wat in het communautaire recht gebruikelijk 'bevoegde autoriteit' wordt genoemd en in Nederland ambt, of orgaan.

5 Het mandaat, vaak in een adem met attributie en delegatie genoemd, laat ik buiten beschouwing omdat het geen echte vorm van bevoegdheidstoekenning betreft. Er wordt geen bevoegdheid overgedragen, de mandans blijft zelf bevoegd.

In veel staats- en bestuursrechtelijke beschouwingen over het verkrijgen en uitoefenen van publiekrechtelijke bevoegdheid ontbreekt de erkenning van publiekrechtelijke bevoegdheid tussen de reguliere wijzen van bevoegdheidsverkrijging.⁶ Dat is misschien ook niet zo vreemd. Erkenning van publiekrechtelijke bevoegdheid te zien als een vorm van bevoegdheidstoedeling is een weinig gebruikelijke manier om in de bedrijvende vorm een verschijnsel te beschrijven, dat we in een passieve vorm veel beter kennen. Ik doel hierbij op de vraag – of moet ik zeggen strijd-vraag – in hoeverre het ongeschreven recht publiekrechtelijke bevoegdheid kan scheppen.

Dat het ongeschreven recht, bijvoorbeeld in de vorm van rechtsbeginselen, bevoegdheid zou kunnen scheppen, druist zo op het eerste gezicht tegen een aantal rechtsstatelijke beginselen in. Met name tegen het legaliteitsbeginsel dat vergt dat eenzijdige ingrepen in rechten en vrijheden van burgers⁷ berusten op een wettelijke grondslag.⁸ Die wettelijke grondslag garandeert – omdat

6 Zie bijvoorbeeld C.P.J. Goorden, *Rechtsbevoegdheid in het bestuursrecht*, diss. KUB, Zwolle 1990; J.M.E. Derks, *De Grondwet en delegatie*, diss. RUL, Lelystad 1995. Kortmann vormt hierop een uitzondering. Hij noemt de erkenning wel als vorm, zij het niet als een zelfstandige. Volgens hem kunnen overheidsbevoegdheden rechtens slechts bestaan krachtens toekenning of erkenning ervan door de constitutie. Zie C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, vierde druk, Deventer 2001, p. 36.

7 Rechten zijn dan rechtens gegarandeerde en inroepbare aanspraken en met vrijheid wordt bedoeld de vrijheid om dat te doen of niet te doen wat niet is verboden of geboden.

8 Zie o.a. M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen & R.J.G.M. Widdershoven, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, vijfde druk, Deventer 2001, p. 17 jo. p. 39-45; P. Eijlander & W. Voermans, *Wetgevingsleer*, Den Haag 2000, p. 38; E.M.H. Hirsch Ballin, *Het grondrecht op vrijheid en de wet*, Alphen aan den Rijn 1989, p. 28 e.v. Het legaliteitsbeginsel is overigens geen statisch beginsel, maar veeleer een aspiratief beginsel dat samen met de rechtsvorming die ze normeert, evolueert. Zie ook F.J. van Ommeren, 'Het legaliteitsbeginsel in het staats- en bestuursrecht: opkomst en ondergang van geïmpliceerde bevoegdheden', *RM Themis* 2002/3, p. 123. Dat maakt het in wetenschappelijke zin wel lastig om vast te stellen wat het legaliteitsbeginsel nu precies inhoudt. Normatieve uitspraken over en de positiefrechtelijke inhoud van het legaliteitsbeginsel zijn moeilijk te scheiden. Van Ommeren heeft in zijn proefschrift geprobeerd zo zuiver mogelijk te analyseren wat de inhoud van het legaliteitsbeginsel naar geldend recht is. Dat brengt hem tot de conclusie dat het legaliteitsbeginsel positiefrechtelijk eist dat eenzijdig door de overheid op te leggen verplichtingen op een wettelijke grondslag berusten. Zie F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd*, diss. VU Amsterdam, Deventer 1996. Aan zijn zorgvuldige en uitgebreide analyse kleven enkele bezwaren. Ten eerste dat de opvatting goed-

de belangrijkste wetten in een democratische rechtsstaat nu eenmaal op de een of andere manier⁹ met medewerking van volksvertegenwoordigingen worden vastgesteld – dat de rechtsgenoten uiteindelijk zelf, via wetgeving, bepalen aan welk recht ze gebonden zullen zijn. Dat element van juridische *zelfbepaling* door rechtsgenoten, onder anderen, maar niet uitsluitend,¹⁰ geëffectueerd via de inbreng van een medewetgevende volksvertegenwoordiging, vormt, zoals Popelier dat stelt, de kern van het legaliteitsbeginsel in een democratische rechtsstaat.¹¹ Bij bevoegdheid ontleend aan ongeschreven recht lijkt die zelfbepaling te ontbreken. En toch wordt wel aangenomen dat het kan. Een heel enkele keer erkent de rechter dat het ongeschreven recht een ambt bevoegd kan maken om juridisch eenzijdig in te grijpen.

Meestal gaat het dan om erkenning van het bestaan van bestuursbevoegdheid¹² krachtens ongeschreven recht en in een hoogst zeldzaam geval om er-

deels steunt op inmiddels al weer wat oudere jurisprudentie en dat het recht – en daarmee ook de eisen die het legaliteitsbeginsel stelt – ook sedertdien aanzienlijk is ontwikkeld. Een tweede bezwaar is dat de legaliteitsbeginsel-opvatting van Van Ommeren sterk de nadruk legt op verplichtingen en minder aandacht heeft voor feitelijk overheidsingrijpen waarmee rechten en vrijheden kunnen worden beperkt. Ook de wijze waarop via toekenning van publiekrechtelijke bevoegdheid het vermogen om burgers te binden kan worden toegekend heeft in het proefschrift van Van Ommeren minder aandacht dan de verplichting.

De erkenning van het feit dat het legaliteitsbeginsel vandaag de dag niet dezelfde eisen stelt als in het verleden heeft sommige schrijvers er toe gebracht het legaliteitsbeginsel zelf te herformuleren. Zo houdt volgens Kortmann tegenwoordig het legaliteitsbeginsel in dat *alle* overheidsoptreden moet berusten op en overeenstemmen met kenbare en voldoende specifieke algemene regels. Kortmann 2001, p. 563 (zie noot 6).

- 9 In geval van delegatie is het ook de democratisch gelegitimeerde wetgever die in beginsel welke ruimte er voor de nadere uitwerking van de regeling bestaat.
- 10 In een democratische rechtsstaat geven rechtsgenoten ook nog op andere wijzen dan via een volksvertegenwoordiging mede gestalte aan de inhoud van het recht neergelegd in wetgeving. Te wijzen valt op vormen van inspraak, referenda, maar ook de via vrijheidsrechten gegarandeerde mogelijkheden om deel te nemen aan het publieke debat. Ook vervullen ze als kritische consumenten van wetgeving een rol bijvoorbeeld bij de evaluatie (ex ante of ex post) van wettelijke regelingen, maar ook minder formeel bij de uitvoering en handhaving van wettelijke regelingen. Daarnaast nemen rechtsgenoten deel aan het wetgevingsforum door geschillen over de toepassing of interpretatie van wetgeving aan de rechter voor te leggen. De rechter kan op aangeven van de rechtsgenoten die wettelijke regelingen vervolgens toetsen aan het recht.
- 11 P. Popelier, *Democratisch regelgeven*, Antwerpen/Groningen 2001, p. 105. Volgens Popelier vloeit het legaliteitsbeginsel voort uit het principe van de democratische rechtsstaat. Het legaliteitsbeginsel geeft volgens haar 'de juridische garantie, dat de rechtssubjecten niet zonder meer worden onderworpen aan besluitvorming bij de totstandkoming waarvan ze niet werden betrokken en dat de regelgeving, bij de totstandkoming waarvan zij werden betrokken, wordt nageleefd.'
- 12 Onder bestuursbevoegdheid wordt in deze bijdrage verstaan: de bevoegdheid van een bestuursorgaan om een besluit, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, te nemen. Op hoofdlijnen correspondeert dit met de definitie van artikel 1:3 Algemene wet bestuursrecht (Awb).

kenning van regelgevende bevoegdheid.¹³ Voorbeelden van erkenning van de bevoegdheid tot rechtspraak krachtens ongeschreven recht ben ik in het Nederlandse recht nog niet tegengekomen.

In de jurisprudentie komen vier soorten bevoegdheidscheppend ongeschreven recht voor, te weten:

- a) het gewoonterecht,
- b) het (staats)noodrecht,
- c) het ongeschreven volkenrecht, en
- d) de algemene rechtsbeginselen.¹⁴

GEWOONTERECHT

Dat een bestuursbevoegdheid kan berusten op traditie of gewoonterecht nam de Hoge Raad bijvoorbeeld aan in het arrest Schielandse Hooze Zeedijk,¹⁵ waarin een waterschapsbestuur aan een particulier de plicht oplegde om een dijkverzwaring te dulden op zijn terrein. De bevoegdheid tot het opleggen van die verplichting vloeide voort uit wat de oude Waterstaatswet de 'inrichting' van het waterschap noemde. En die inrichting kon meer omvatten van alleen het geschreven waterschapsreglement. Ook ongeschreven traditionele elementen maakt er deel van uit. De vraag is of de nieuwe Waterschapswet – via het overgangsrecht – ook nu nog een mogelijkheid laat voor bevoegdheidsscheppend gewoonterecht.¹⁶ Volgens mij is dat, nu dat overgangsrecht op dit punt in 1994 is uitgewerkt, niet langer het geval. Verder lijkt het me onwaarschijnlijk dat er zich in de toekomst nog veel niet-waterschappelijke gevallen voor zullen doen waarin bevoegdheidscheppend gewoonterecht wordt aangenomen. Daarvoor is namelijk de combinatie nodig van een vaste praktijk en de overtuiging dat die praktijk rechtens bindt.¹⁷ De kans daarop lijkt me, op dit ogenblik, heel klein.

13 Onder regelgevende bevoegdheid wordt in deze bijdrage verstaan: de bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften. Algemeen verbindende voorschriften worden om een veelvoud van redenen in deze bijdrage gelijkgesteld met de begrippen 'wet in materiële zin' of 'wettelijke regeling'.

14 Zie H.D. Van Wijk, W. Konijnenbelt & R.M. Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, twaalfde druk, Den Haag 2002, p. 112.

15 HR 12 januari 1923, *NJ* p. 307, W 11060 (Schielandse Hooze Zeedijk).

16 De huidige Waterschapswet spreekt niet meer van 'inrichting' maar via het overgangsrecht was het tot drie jaar na de inwerkingtreding van die wet (12 december 1991, krachtens koninklijk besluit *Stb.* 1991, 701) nog mogelijk dat ongeschreven gewoonterecht recht bevoegdheid zou kunnen verlenen, zolang de reglementen niet daaraan waren aangepast (artikel 171). Die termijn is inmiddels verstreken. Artikel 169 hanteert nog de mantel der liefde voor besluiten die zijn genomen vóór de inwerkingtreding van de Waterschapswet. Die blijven van kracht ook al zijn ze in strijd met de Waterschapswet.

17 Zie P.H. Kooijmans, *Internationaal publiekrecht in vogelvlucht*, met medewerking van M.M.T.A. Brus, N. Blokker, T. Heukels, R.A. Lawson, P.J. Slot & P. Boeles, onder eindredactie van A.E. de Vos, negende druk, Deventer 2002, p. 9-12.

ONGESCHREVEN STAATSNODDRECHT

Nood breekt wet. Op die voet wordt wel aangenomen dat publiekrechtelijke bevoegdheid uit het ongeschreven, subjectieve¹⁸ staatsnoodrecht kan voortvloeien.¹⁹ Een bekend bestuursrechtelijk voorbeeld vormt de sanctie die de burgemeester van Maurik in de hongerwinter van 1945 aan een zwarthandelaar oplegde. De Hoge Raad erkende de rechtsgeldigheid van die maatregel op grond van het ongeschreven staatsnoodrecht, zelfs al bestond voor het opleggen daarvan geen wettelijke grondslag.²⁰ Ook de Londense wetsbesluiten, die in de Tweede Wereldoorlog door de regering werden geslagen, kregen, zonder dat daarbij de Staten-Generaal werden betrokken (ergo: zonder wettelijke grondslag), kracht van wet met een beroep op het ongeschreven staatsnoodrecht. Dat het ongeschreven staatsnoodrecht de overheid bevoegd kon maken in noodsituaties op te treden werd net na de Tweede Wereldoorlog in brede kring aanvaard. Zelfs als dat optreden plaats vond krachtens noodrecht uitgevaardigde wettelijke regels.²¹ De overtuiging dat het ongeschreven staatsnoodrecht daartoe de bevoegdheid gaf ging zo ver dat de regering het na de oorlog zelfs niet nodig vond om die besluiten achteraf te laten bekrachtigen door de volksvertegenwoordiging; de energie kon in de tijd van de wederopbouw beter aan andere zaken worden besteed, zo was de gedachte.²² Ook de Hoge Raad leek bekrachtiging niet nodig te vinden. Die oordeelde in een aantal naoorlogse arresten dat de Londense wetsbesluiten rechtsgeldig waren.²³ De Hoge Raad ging zelfs zover voorschriften uit die besluiten die van

-
- 18 Door Kortmann wordt een verhelderend onderscheid aangelegd tussen subjectief en objectief staatsnoodrecht. Hij verstaat onder *subjectief staatsnoodrecht* de bevoegdheid om in geval van nood op te treden buiten en in afwijking van het positieve constitutionele recht. Onder het *objectieve staatsnoodrecht* verstaat hij positiefrechtelijke noodwetgeving met als constitutioneel anker artikel 103 van de Grondwet en de daarop rustende regelingen. Kortmann 2001, p. 77 (zie noot 6).
- 19 In de negentiende eeuw werd daar nog anders over gedacht. Volgens de destijds dominante legistische doctrine werd het bestaan van recht buiten de wet van de hand gewezen en werd aan bevoegdheden een afgebakende plaats toegewezen binnen het rechtssysteem. Noodbevoegdheden konden volgens die legistische denktrant alleen dan bestaan indien die bevoegdheden door de wetgever – voor specifiek voorziene noodsituaties – met zoveel woorden waren toegekend. Brainich von Brainich Felth wijst er op dat aan het einde van de negentiende eeuw de voorzienbaarheid van noodsituaties en de gevolgen daarvan afnam. Dit was mede mede het gevolg van de opkomst van het verschijnsel van de totale oorlog waardoor een samenleving op allerlei, vooraf onmogelijk voorzienbare, wijzen kon worden geraakt. E.T. Brainich von Brainich Felth, *Staatsnoodrecht*, diss. RUL, Zwolle 1993.
- 20 HR 15 februari 1952, NJ 1953, 52, m.n. Houwing.
- 21 HR 30 oktober 1946, ARB 1947, 108, NJ 1946, 737 (Londense wetsbesluiten). De bevoegdheid van de regering tot het uitvaardigen van noodmaatregelen werd door de Hoge Raad aanvaard ‘voorzover zulks, zonder dat het herstel van de samenwerking tussen de Kroon en de Staten-Generaal kan worden afgewacht, door de omstandigheden geboden is.’
- 22 *Bijlage Handelingen II* 1945/46, 123, nr. 2, p. 7; *Handelingen II* 1945/46, p. 171-172, 178, 181-184, 190-191, 217-245.
- 23 HR 30 oktober 1946, NJ 1946, 737 (Verbindendheid wetsbesluiten).

de Grondwet afwijken, verbindend te achten.²⁴ Die houding heeft ertoe geleid dat ook in de naoorlogse periode – toen strikt genomen de noodsituatie zelf niet meer bestond – nog een tijdlang krachtens het noodrecht is bestuurd. Een enkel wetsbesluit geldt zelfs op dit ogenblik nog.²⁵ Dat is eigenlijk een vreemde situatie. De ratio van de Londense wetsbesluiten was en kan geen andere zijn geweest dan het treffen van provisoire maatregelen in een noodsituatie, totdat de normale instituties waren hersteld. Dat je vindt dat die achteraf niet hoeven te worden bekrachtigd, doet aan het voorlopige karakter van de maatregelen niet af. Een maatregel die 58 jaar na dato nog geldt, is op welke manier dan ook niet meer *voorlopig* te noemen.

De Londense wetsbesluiten zijn de enige echte vormen van erkenning van regelgevende bevoegdheid krachtens ongeschreven recht.²⁶ Er bestaan ook verkapte vormen, zoals de goudbesluiten uit 1914 en 1936 die de uitvoer van goud aan de vooravond van de Eerste en Tweede Wereldoorlog verboden.²⁷ De regering had niet de bevoegdheid tot het treffen van die door straffen te handhaven maatregelen, maar nam ze toch met een beroep op buitengewone omstandigheden.²⁸ De vraag of de regering hiertoe bevoegd was op basis van het ongeschreven recht en de vraag de Grondwet ruimte biedt tot het vaststellen van dergelijke provisoire zelfstandige algemene maatregelen van bestuur is in deze gevallen niet aan de rechter voorgelegd. Voor het vraagstuk van de erkenning van bevoegdheid leveren die besluiten dan ook weinig nieuwe inzichten.

24 In dit geding werd de Hoge Raad voor de vraag gesteld of het krachtens noodrecht uitgevaardigde koninklijk besluit van 10 oktober 1945, Deviezenbesluit 1945, *Stb.* 1945, F 222, rechtskracht ontbeerde en onverbindend was, nu die regeling in wezen de mogelijkheid creëerde tot onteigening van vermogenswaarden buiten de procedure om die het toenmalige onteigeningsartikel 158 van de Grondwet daartoe voorschreef. De Hoge Raad overwoog hierover: 'Ook de uitvaardiging van een van de Grondwet afwijkende regeling kan door den nood geboden zijn.' HR 14 maart 1952 *NJ* 1952, 195 (weduwe Harmsen).

25 Het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, (oorspronkelijk) *Stb.* 1945, F 214. Zie voor de redenen om dit besluit tot op de dag van vandaag te handhaven G.J.J. Heerma van Voss, *Inleiding Nederlands sociaal recht*, derde druk, Den Haag, p. 130.

26 Anders Kortmann. Volgens hem vloeien maatregelen tijdens staatsnood genomen niet voort uit het ongeschreven staatsnoodrecht, maar uit buiten-constitutionele machtsuitoefening. Dogmatisch is dat zuiver, maar de extrapolatie ervan is huiveringwekkend. Nood zou daarmee een reden kunnen vormen om de constitutie terzijde te schuiven. Volgens mij vergt het recht van een democratische rechtsstaat dat nood zoveel mogelijk en zover als mogelijk binnen het kader van een bestaande constitutie wordt bestreden. Daarom is het wellicht beter aan te nemen dat er inderdaad zoiets diffuus bestaat als ongeschreven staatsnoodrecht. Dat ongeschreven staatsnoodrecht geeft dan een bevoegdheid om – zoveel mogelijk binnen het raam van de normen en garanties die de constitutie biedt – *provisoire* maatregelen te treffen. De laatste benadering probeert het keren van noodsituaties zoveel mogelijk aan constitutionele kaders te binden en aanvaardt niet dat in geval van nood de constitutie geheel terzijde wordt geschoven. Zie Kortmann 2001, p. 77-78 (zie noot 6).

27 Het Goudbesluit 1914, van 31 juli 1914, *Stb.* 333 en het Besluit van 26 september 1936, *Stb.* 52.

28 Het besluit werd gehandhaafd door straffen die niet bij wet waren vastgesteld. Dat was in strijd met het toenmalige artikel 56 Gw.

Zijn er op dit ogenblik nog situaties te bedenken waarin het ongeschreven staatsnoodrecht publiekrechtelijke bevoegdheid zou kunnen creëren? Nauwelijks, denk ik. Bij de beoordeling van de Londense wetsbesluiten hechtte de Hoge Raad indertijd veel waarde aan de omstandigheid dat de normale grondwettelijke instituties niet langer in staat waren volgens de normale procedures hun rechtsvormende werk te doen. Tegenwoordig hebben we voor veel gevallen van rampspoed en nood wettelijke regelingen waarmee het hoofd kan worden geboden aan buitengewone situaties. Alleen al daardoor zal een mogelijk beroep op ongeschreven staatsnoodrecht niet eenvoudig meer kunnen slagen.

ONGESCHREVEN VOLKENRECHT

In de jurisprudentie figureert het ongeschreven volkenrecht een enkele keer – zo lijkt het – als bron van publiekrechtelijke bevoegdheid. Zo nam de Hoge Raad in een arrest van 7 februari 1986 aan dat de Staat der Nederlanden aan zijn soevereiniteit over de Nederlandse territoriale wateren in beginsel de bevoegdheid ontleent vreemde schepen te verbieden die territoriale wateren binnen te varen.²⁹ Deze bevoegdheid wordt weer wel beperkt door het volkenrecht, met name het daaruit voortvloeiende ‘recht van de onschuldige doorvaart’. In eenzelfde soort zaak waarin het draaide om een verbod voor het Chinese schip Long Ling om de Nederlandse territoriale wateren binnen te varen, besliste de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 10 jaar later ook volgens die lijn.³⁰ Diezelfde Afdeling oordeelde dat ook een bevoegdheid tot legalisatie – al dan niet via verificatie – van buitenlandse documenten kan berusten op het ongeschreven volkenrecht.³¹ Dat ongeschreven volkenrecht zou dan, volgens de Afdeling, op grond van artikel 90 Grondwet (Gw) door kunnen werken als basis voor legalisatiebeslissingen die een *minister* neemt.³² In een noot bij deze uitspraak spreekt Schreuder-Vlasblom haar zorg uit over deze wat gezochte constructie. Volgens haar is het griezelig om, via artikel 90 Gw, bevoegdheidsgrondslagen te ontfangen aan het ongeschreven volkenrecht. Wie overziet de olievlekwerking hiervan, vraagt ze zich, volgens mij terecht, af.

29 HR 7 februari 1986, NJ 1986, 477 m.n. H. Meijers. Het ging in deze zaak om het Griekse schip Attican Unity, dat na brand en explosies aan boord zich genoodzaakt zag de Nederlandse territoriale wateren binnen te varen. Ambtenaren van Rijkswaterstaat en het Loodswezen verboden dat.

30 ABRvS 10 april 1995, AB 1995, 498 m.nt. G.A. van der Veen (Long Ling).

31 ABRvS 18 februari 1999, AB 143 m.n. Schreuder-Vlasblom, JB 52 m.n. Schlössels.

32 Een kleinigheid wellicht, maar de bevoegdheid die artikel 90 Gw geeft, is een regeringsbevoegdheid die niet als vanzelf door een minister alleen kan worden uitgeoefend.

ALGEMENE RECHTSBEGINSELEN

Over het al dan niet kunnen bestaan van publiekrechtelijke bevoegdheid krachtens ongeschreven rechtsbeginselen, de vierde categorie bevoegdheid-scheppend ongeschreven recht, is de afgelopen jaren veel en fundamenteel gedebatteerd in staats- en bestuursrechtelijke kringen,³³ onder andere naar aanleiding van de jurisprudentie over terugvorderingen zonder wettelijk basis en het zelfstandige schadebesluit.³⁴

TERUGVORDERINGEN

Voor terugvordering van wat te veel of ten onrechte betaald³⁵ is door een bestuursorgaan bestaat in het bestuursrecht, in tegenstelling tot het privaatrecht,³⁶ geen aparte wettelijke regeling. Dat is een wit plekje in het bestuursrecht, waarin de wetgever niet heeft voorzien. Hoe daar mee om te gaan, want het is toch evident dat teveel of ten onrechte betaalde bedragen moeten kunnen worden teruggevorderd? De Afdeling rechtspraak en later de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State merkten voorheen terugvorderingen van teveel betaalde bedragen aan als rechtshandelingen naar burgerlijk recht.³⁷ Andere rechters zoals de Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep lazzen daarentegen in de regel dat wat teveel betaald is kan worden teruggevorderd een algemeen rechtsbeginsel dat niet slechts in het privaatrecht, maar ook in het publiekrecht geldt. Op die grond kan dus worden teruggevorderd, zelfs al bestaat er geen specifieke wettelijke grondslag voor terugvordering.^{38/39} Die benadering wordt inmiddels ook gevolgd door de Afdeling be-

33 Zie het overzicht van Van Ommeren 2002/3, p.123-137 (zie noot 8).

34 De aanleiding vormde de uitspraak ABRvS van 29 november 1996, AB 1997, 66, m.nt. PvB (Alpha Kledingreiniging) waarin de Afdeling een opening tot erkenning van het zelfstandige – dus niet op enige expliciete publiekrechtelijke bevoegdheid berustende – schadebesluit bood en de uitspraken van de ABRvS van 18 februari 1997, AB 1997, 143, m.nt. PvB (Vierlingsbeek) en ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229, m.nt. PvB (Van Vlodrop) waarin het bestaan van zelfstandige schadebesluit wordt erkend. Eerder al had de CRvB verzoeken tot schadevergoeding die nauw samenhangen met wel appellabele besluiten aangemerkt als besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb (CRvB 28 juli 1994, AB 1995, 133, m.nt. Van Male (renteschade WAO'ster)). Die jurisprudentiële lijn van de connexe zelfstandige schadebesluiten is ook overgenomen door het College van beroep voor het bedrijfsleven (CBb 19 februari 1997, JB 1997, 92 m.nt. Simon (SLOM-schade)).

35 Ook bekend als het beginsel van de *condictio indebiti*.

36 Artikel 6:203 en artikel 6:212 BW.

37 ARRvS 26 juli 1993, AB 1994, 291, m.nt. NV en ABRvS 2 november 1995, JB 1995, 333, m.nt. FAMS.

38 HR 25 okt. 1991, NJ 1992, 209, m.nt. Vranken en AB 1992, 88 m.nt. Van der Burg (Cornelissen/Groningen) en CRvB 26 februari 1987, AB 438 (Onregelmatigheidstoelag Groningse wachtmeester).

39 Inmiddels bestaat voor onverschuldigde betaling van subsidiegelden – maar alleen daarvoor – wel een uitdrukkelijke bevoegdheid tot terugvordering in artikel 4:57 Awb.

stuursrechtspraak: de bevoegdheid om schadevergoeding te vorderen wegens ongerechtvaardigde verrijking – zoals we die kennen uit artikel 6:212 uit het Burgerlijk Wetboek – is inmiddels ook door de Afdeling bestempeld als een algemeen rechtsbeginsel met werking in het publiekrecht.⁴⁰ Op deze jurisprudentie is wel enige kritiek geoefend, maar opvallend is het begrip ervoor.⁴¹

In een uitspraak van 10 juli 2002 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak wel een belangrijke grens ten aanzien van de terugvorderingsbevoegdheid getrokken. Rente van teveel betaalde subsidie kan niet zonder wettelijke grondslag worden teruggevorderd.⁴² Annotator Verheij vindt het een dogmatisch belangrijke uitspraak waaruit zou kunnen worden afgeleid dat de leer van de impliciete bevoegdheden, zoals hij die noemt, niet tot een ongebreidelde uitbreiding van overheidsbevoegdheden hoeft te leiden. Ik kan hem daar niet in bijvallen. Ten eerste denk ik dat Konijnenbelt en Van Male het bij het rechte eind hebben door ongeschreven 'rechtsbeginsel-bevoegdheden' principieel te onderscheiden van geïmpliceerde bevoegdheden.⁴³ Als die twee bevoegdheden met elkaar gelijk te stellen zouden zijn, waarom zou de bestuursrechter dan steeds de aanvulling met een rechtsbeginsel nodig hebben om tot het bewijs van een genoegzame bevoegdheidsgrondslag te komen? De uitspraak maakt juist duidelijk dat de bevoegdheid tot terugvorderen berust op de combinatie van een geïmpliceerde bevoegdheid *aangevuld* met de werking van een rechtsbeginsel.⁴⁴ Linksom of rechtsom wordt er dus door de rechter bevoegdheid uit een ongeschreven rechtsbeginsel afgeleid. Op de tweede plaats laat de uitspraak juist het strategische karakter van de terugvorderingsjurisprudentie zien. Wel terugvordering van subsidie zonder specifiek wettelijke grondslag, maar geen rentevergoeding zonder wettelijke grondslag. Het verschil is marginaal en zeker niet principieel, of evident, zoals Verheij aanneemt. Het enige echte verschil is, vermoedelijk, dat het Voorontwerp voor de vierde tranche van de Awb⁴⁵ in een regeling omtrent de betaling van wettelijke rente zal voorzien en nu, in spiegelbeeld, dus zichtbaar is dat de wetgever waarschijnlijk een wettelijke grondslag nodig acht voor wettelijke rente.

40 ABRvS 26 augustus 1996, AB 461 m.nt. N. Verheij.

41 J.E.M. Polak, *Burgerlijke rechter of bestuursrechter*, diss. UvA, Deventer 1999, p. 73-74; N. Verheij, Een eigen recht(er), in: *Verschuiving van de magische lijn*, preadviezen VAR 1999, VAR-geschrift 122, Alphen aan den Rijn 1999; F.J. van Ommeren, 'Op weg naar een publiekrechtelijk vermogensrecht', *NTBR* 1998, p. 1119; C.J.M. Bollen, *Onverschuldigde betaling door de overheid*, diss. UM 2002, Den Haag 2002.

42 ABRvS 10 juli 2002, AB 2003, 123 m.nt. N. Verheij.

43 Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2002, p. 113-114 (zie noot 14).

44 In de woorden van de Afdeling: 'Indien, zoals in dit geval, een toegekende subsidie wordt ingetrokken, kunnen onverschuldigd betaalde subsidiebedragen en voorschotten worden teruggevorderd op basis van de bevoegdheid de subsidie toe te kennen, *aangevuld* door de werking van het beginsel dat wat onverschuldigd is betaald, kan worden teruggevorderd.' uit: ABRvS 10 juli 2002, AB 2003, 123 m.nt. N. Verheij.

45 Zie afdeling 4.4.2 van het *Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht Vierde tranche* 1999.

ZELFSTANDIG SCHADEBESLUIT

Bij de discussie naar aanleiding van de jurisprudentie over het zuivere schadebesluit gaat het om de vraag of bestuursorganen bevoegd zijn om,

- zonder wettelijke grondslag,
- eenzijdig,
- vast te stellen of, en
- hoeveel schadevergoeding,
- in de ogen van het bestuursorgaan,
- moet worden toegekend in geval van besluitschade.

In de Van Vlodrop-uitspraak van 6 mei 1997 sprak de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State uit dat een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan op een verzoek om vergoeding van schade, die is veroorzaakt binnen het kader van de uitoefening door dat orgaan van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid – ook indien dat verzoek niet op een specifiek wettelijke grondslag is gebaseerd – een publiekrechtelijke rechtshandeling is en dus een besluit als bedoeld in artikel 1:3 Awb.⁴⁶ Vooral het door de Afdeling gebezigde argument dat de bevoegdheid om een zuiver schadebesluit te nemen voort kan vloeien uit rechtsbeginselen⁴⁷ was velen te gortig. Volgens Kortmann is ‘de beer los’ als rechtsbeginselen bevoegdheidschepend kunnen zijn.⁴⁸ Bevoegdheden doen steunen op rechtsbeginselen is in zijn ogen even ‘gevaarlijk’ als het afleiden van bevoegdheden uit overheids-taken. Vanuit rechtsstatelijk oogpunt is het juist van groot belang om overheidsbevoegdheden in de tang te houden, vindt Kortmann.⁴⁹ Drupsteen, aan de andere kant, wijst erop dat de Afdeling met de Vlodrop-uitspraak een strategisch vervolg geeft aan een rechtsontwikkeling waarin billijkheids- en efficiency-overwegingen steeds vaker een reden vormen voor het vergoeden van onevenredige schade. Het zonder meer vasthouden aan de eis van een wette-

46 De Hoge Raad heeft de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak en de daarmee samenhangende verschuiving van bevoegdheid aanvaard in HR 17 december 1999, AB 2000, 89 m.nt. PvB (Groningen/Raatgever). Het arrest bevat echter wel een belangrijk voorbehoud. De bestuursrechter is in geval van een zelfstandig schadebesluit niet exclusief bevoegd tot het beoordelen van vorderingen tot schadevergoeding wegens overheidshandelen: ook de burgerlijke rechter blijft bevoegd. Volgens de Hoge Raad heeft het Awb-schadevergoedingsregime (o.a. neergelegd in artikel 8:73 Awb) in de ogen van wetgever niet ten doel een vordering tot schadevergoeding bij de burgerlijke rechter uit te sluiten.

47 Als rechtsbeginselen die een grondslag kunnen bieden voor een zuiver schadebesluit gelden in de jurisprudentie het rechtsbeginsel dat onrechtmatig toegebrachte schade moet worden vergoed en het rechtsbeginsel van de *égalité devant les charges publiques*. Zie voor deze inventarisatie ook Polak 1999, p. 73 (zie noot 41).

48 C.A.J.M. Kortmann, ‘De Grondwet en de jurisprudentie inzake het zelfstandige schadebesluit’, *NJB* 1997, p. 1327.

49 C.A.J.M. Kortmann, ‘De vliegende Grondwet’, *NJB* 1997, p. 1598.

lijke grondslag voor een zelfstandig schadebesluit ontkent in zijn ogen die rechtsontwikkeling.⁵⁰

Van Ommeren kiest een ander perspectief. Hij wijst er op dat in de Van Vlodrop-uitspraak eigenlijk geen sprake is van een – als zodanig – bevoegdheidscheppend rechtsbeginsel. De bevoegdheidsgrondslag bij zelfstandige schadebesluiten is volgens hem accessoir aan de bevoegdheid die ten grondslag ligt aan het schadeveroorzakend besluit. De rechtsbeginselen, die de Afdeling in de Vlodrop-zaak noemt, hebben volgens hem slechts als functie dat ze inzichtelijk maken welke inherente⁵¹ bevoegdheden kunnen worden afgeleid uit de oorspronkelijke (originaire) bevoegdheid. Die beginselen vormen volgens Van Ommeren geen zelfstandige basis voor een bevoegdheid tot het nemen van zelfstandige schadebesluiten, maar slechts een aanvullende.⁵²

Wat Kortmann, Drupsteen en Van Ommeren naast hun verschillen van inzicht, in ieder geval delen, is dat ze geen van drieën vinden dat rechtsbeginselen een publiekrechtelijke bevoegdheid kunnen scheppen. Hooguit kunnen rechtsbeginselen een bron van verplichtingen zijn. Andere auteurs, zoals Nieuwenhuis en Scheltema, gaan verder op dit punt. Volgens Nieuwenhuis kunnen rechtsbeginselen juist wel bevoegdheden scheppen.⁵³ Als voorbeeld van een bevoegdheidscheppend rechtsbeginsel noemt hij de ongeschreven vertrouwensregel die de verhouding tussen regering en parlement beheerst. Geheel overtuigend vind ik dat voorbeeld overigens niet. De vertrouwensregel is volgens mij niet op één lijn te stellen met een rechtsbeginsel en bovendien geeft die regel geen bevoegdheid om de regering of ministers te ontslaan, maar legt hij een verplichting op aan de regering om bij gebrek aan vertrouwen van een meerderheid in de Tweede Kamer ontslag te vragen. Maar dit terzijde.

Nieuwenhuis en ook Scheltema hebben natuurlijk gelijk met hun stelling dat in een moderne samenleving van de overheid meer mag worden verwacht dan het loutere uitvoeren van de wet. Burgers hebben, volgens Scheltema, recht op een goed presterende, dienende, overheid, en dat moet ook in het

50 Th. G. Drupsteen, 'Het zelfstandig schadebesluit en de ondraaglijke lichtheid van de Nederlandse Grondwet', *NJB* 1997, p. 1596-1598.

51 Door Verheij bij voorkeur 'impliciete' bevoegdheden genoemd omdat die aanduiding volgens hem beter aangeeft wat het probleem precies is en daarmee ook laat zien wat het rechtsstatelijke probleem is. Zie N. Verheij in zijn noot onder ABRvS 10 juli 2002, *AB* 2003, 123. Anders Willem Konijnenbelt die – zoals hiervoor al werd aangestipt – scherp onderscheidt tussen echte ongeschreven bevoegdheden en geïmpliceerde bevoegdheden. Bij geïmpliceerde bevoegdheden gaat het volgens Konijnenbelt om bevoegdheden die beschouwd worden als inbegrepen bij wel uitdrukkelijk toegekende bevoegdheden. Zie Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2002, p. 113-114 (zie noot 14).

52 Van Ommeren 2002, p. 131 (zie noot 8). Zie ook in dezelfde zin Van Ommeren's eerdere artikel 'Op weg naar publiekrechtelijk vermogensrecht', *Nederlands tijdschrift voor burgerlijk recht* 1998, p. 115 e.v.

53 J.H. Nieuwenhuis, 'Vechten met de beer?', *RM Themis* 1997, p. 351-352.

recht weerspiegeld worden. De legaliteitseis brengt dat onvoldoende tot uitdrukking en staat daar gedeeltelijk ook aan in de weg.⁵⁴ In de ogen van Scheltema staan het klassieke legaliteitsbeginsel en het beginsel van de dienende overheid met elkaar op gespannen voet.⁵⁵ Soms moet de overheid op kunnen treden om bepaalde beginselen als rechtszekerheid en rechtsgelijkheid te verwezenlijken zelfs al bestaat daarvoor geen direct aanwijsbare wettelijke basis. Het is in de moderne bestuurspraktijk ook volstrekt onmogelijk om via wettelijke regels ieder overheidshandelen te reguleren, volgens Scheltema.⁵⁶ Hij pleit dan ook voor een andere – moderne – visie op de legaliteitseis, door die vooral te zien als een eis die er toe strekt om het democratische gehalte van het bestuursoptreden te verzekeren.⁵⁷

AANVAARDBAARHEID

Op dit punt komen we eigenlijk tot de kern van de zaak. De conclusie uit de hiervoor besproken jurisprudentie kan er maar één zijn: de jurisprudentie leert dat publiekrechtelijke bevoegdheid kan bestaan op grond van het ongeschreven recht. Maar betekent dat ook het einde van het nadenken over de aanvaardbaarheid ervan? Neen, want net zoals het geschreven recht en de jurisprudentie zich ontwikkelen, zo ontwikkelen zich in reactie daarop ook de eisen die het recht aan rechtsvorming stelt.⁵⁸ Voor ik toekom aan die aanvaardbaarheid is het wel van belang te kijken naar de wijze waarop de rechter het bestaan van bevoegdheden construeert.

In de gevallen van bevoegdheidscheppend gewoonterecht en het ongeschreven volkenrecht valt de rechter terug op de techniek van *erkenning*. Er is in die gevallen aanwijsbaar, veelal bij betrokkenen bekend, ongeschreven recht dat door de rechter als buitenwettelijke bevoegdheidsgrondslag wordt aangewezen. De rechter creëert zelf niet. Iets dergelijks geldt eigenlijk ook voor het staatsnoodrecht. Extreme en onvoorzienbare situaties kunnen krachtens ongeschreven recht bevoegdheid scheppen om provisoire maatregelen te nemen, ter bescherming van wezenlijk belangen van de samenleving en het voortbestaan van de instellingen van een democratische rechtsstaat. In wezen is dat ongeschreven recht ook voorzienbaar: van een democratische rechtsstaat mag worden verwacht dat ze haar eigen voortbestaan tracht te verzeke-

54 M. Scheltema, 'Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht', *NJB* 1996, p. 1358.

55 M. Scheltema, 'De rechtsstaat', in: J.W.M. Engels, e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle 1989, p. 20 jo. p. 24.

56 Scheltema 1996, p. 1360 (zie noot 54).

57 Ibidem.

58 Zie ook F.J. van Ommeren, 'De rechtsstaat als toetsingskader', in: F.J. van Ommeren & S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag 2003, p. 11-12 (met name noot 8).

ren.⁵⁹ Dat evenwel zoveel mogelijk in voorlopige zin en ook zoveel mogelijk binnen of in de geest van de constitutie.⁶⁰

Anders ligt het bij de bevoegdheid die (mede) op grond van ongeschreven rechtsbeginselen rust, zoals we die kennen uit de terugvorderings- en zuiver-schadebesluit-jurisprudentie. Daar kan de rechter niet wijzen op een erkende traditie rechtens of reeds erkende en bekende ongeschreven rechtsregel. Uit ongeschreven rechtsbeginselen *construeert* de rechter daar een bevoegdheid, weliswaar met een anker in reeds bestaande publiekrechtelijke bevoegdheid of rechtsverhouding, maar niet de vereenzelviging daarvan. In feite is het verschil met attributie van bevoegdheid, dat wil zeggen het voor de eerste keer scheppen van een bevoegdheid, in die gevallen marginaal. De referte aan de ongeschreven rechtsbeginselen kan namelijk niet verbloemen dat het de rechter is die de bevoegdheid – geheel of gedeeltelijke – daaruit afleidt. In andere democratische rechtsstaten is ook niet algemeen aanvaard dat billijkheid bevoegdheid kan scheppen.

Dit onderscheid is, denk ik, van belang voor de aanvaardbaarheid van bevoegdheid krachtens het ongeschreven recht. Publiekrechtelijke bevoegdheid krachtens het ongeschreven recht – al dan niet vermomd als accessoire of inherente bevoegdheid – is een anomalie in ons recht en moet dat ook blijven. Het strijdt met de kern van legaliteitsbeginsel, d.i. het recht van de rechtsgenoten om via wetgeving de inhoud van het recht waardoor ze direct of indirect gebonden zijn of zullen worden, zelf te bepalen.⁶¹ Dat aandeelhouder-schap van de rechtsgenoten in het recht, zo ben ik met Popelier van mening,⁶² alsmede de eis dat het door medewerking van rechtsgenoten tot stand ge-brachte wetgeving ook wordt nageleefd en gehandhaafd, is tegenwoordig de werkelijke essentie van de eis van de wettelijke grondslag voor overheids-optreden. Het legaliteitsbeginsel strekt er in die lezing – die ik voor het gemak de *zelfbepalingsopvatting* doop – niet in eerste instantie of voornamelijk toe om burgers te beschermen tegen de overheid, zoals in bestuursrechtelijke litera-

59 Damen e.a. verkennen de vraag of bij sommige calamiteiten, die niet kunnen worden gerangschikt onder oorlog, bezetting, natuurrampen en vergelijkbare buitengewone omstandigheden (de laatste twee situaties zijn nieuw voor me WV), niet onder omstandigheden ook een ongeschreven rechtstitel voor overheidsoptreden mag worden aangenomen. Ik denk het niet. Dat zou de deur wagenwijd openzetten voor oncontroleerbare bevoegdheidstoeeigening door de overheid of burgerlijke – uit nood geboren – ongehoorzaamheid. L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht*, deel 1, Den Haag 2003, p. 135.

60 Dit is ook in lijn dunkte me met de ratio van artikel 15 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

61 Deze opvatting van het legaliteitsbeginsel ontspringt uit het principe van de democratische rechtsstaat. Zie Popelier 2001, p. 105 (zie noot 11).

62 Zie Popelier 2001, p. 97 jo. p. 105 (zie noot 11).

tuur wel wordt aangenomen.⁶³ De *bestuursrechtelijke* opvatting van het legaliteitsbeginsel, aan de andere kant, kent een sterke rechtsstatelijke oriëntatie en legt een sterk, bijna eenzijdig, accent op de rechtsbeschermingsfunctie van het legaliteitsbeginsel. Zo vormt in de ogen van o.a. Scheltema en Van Ommeren het legaliteitsbeginsel primair een waarborg tegen ongeoorloofde inbreuken van de rechtspositie van betrokkenen, en zijn de belangrijkste oogmerken ervan het bewerkstelligen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.⁶⁴ Die opvatting is in zoverre beperkt en 'bestuurscentrisch' dat ze het uiteindelijke doel van het legaliteitsbeginsel exclusief lijkt te zoeken in het bieden van rechtsbescherming tegen – in verschillende varianten van ingrijpendheid⁶⁵ – optreden van het bestuur.⁶⁶ Die invulling leidt al snel tot een relativering van de wetmatigheidseis. Immers, waar de rechtspositie van rechtsgenoten niet direct wordt bedreigd door het bestuur, of waar rechtszekerheid en rechtsgelijkheid door het bestuur ook of juist zonder wettelijke grondslag kunnen worden bediend, is een wettelijke grondslag niet nodig. Die wettelijke grondslageis kan zo bezien zelfs een hindernis worden voor slagvaardig en dienend bestuur. De gedachte dat het legaliteitsbeginsel eveneens beoogt de rechtsgenoten zelf te betrekken bij de inhoudelijk bepaling van het recht (inclusief de toekenning van normen die tot eenzijdig overheidsingrijpen bevoegd maken) lijkt in deze benadering afwezig of verwezen naar het tweede plan. Het bestuur figureert erin als een soort vooraf gegeven, endogene machtsfactor en niet als een verzameling van via de verklaarde wil van de rechtsgenoten in het leven geroepen ambten die slechts kunnen handelen indien en voorzover het recht ze daartoe bevoegd maakt.

RECHTSBEGINSELEN EN BEVOEGDHEIDSERKENNING IN HET COMMUNAUTAIRE RECHT

De Nederlandse rechtsorde maakt onderdeel uit van de communautaire rechtsorde, dus is de vraag gewettigd of wellicht ook in het communautaire recht wel wordt erkend dat bevoegdheid om burgers te binden kan ontstaan op grond van rechtsbeginselen. Al speelt het ongeschreven recht als bron van

63 Zie o.a. Scheltema 1996, p. 1358 (zie noot 54), P. de Haan, 'Wetmatigheid van bestuur: eis of beginsel?', *Bouwwrecht* 1998, p. 631-644 L. Damen, 'Het legaliteitsbeginsel als partieel gecodificeerde constitutionele norm', in: H.R.B.M. Kummeling e.a., *Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht*, staatsrechtconferentie 1999, Deventer 1999, p. 62 en Van Ommeren 2002, p. 132 (zie noot 8).

64 Zie Van Ommeren 2002, p. 132 (zie noot 8) en Scheltema 1996, p. 1358 (zie noot 54).

65 Door Damen 1999, p. 49 fraai gecatalogiseerd (zie noot 63).

66 Ook Heldeweg heeft al eens aandacht gevraagd voor dit eenzijdige accent op de waarborgfunctie in deze legaliteitsopvattingen. Zie o.a. M.A. Heldeweg, 'Ongeschreven rechtsbeginselen en geïmpliceerde bevoegdheden als opmaat voor een autonoom bestuursrecht', in: H.Koning & E.M.J. Crombag (red.), *De autonomie van het bestuursrecht*, Den Haag 2001, p. 15-19.

verplichtingen een rol in het communautaire recht,⁶⁷ ik ken geen geval waarin in de jurisprudentie werd aanvaard dat het ongeschreven gemeenschapsrecht een publiekrechtelijke bevoegdheid voor een communautaire of een nationale instelling verschafte.⁶⁸ Dat zou, meer nog dan in Nederland, ingaan tegen het gesloten stelsel van bevoegdheidstoekenning en het volkenrechtelijke beginsel dat staten niet tegen hun wil kunnen worden gebonden.⁶⁹ Bevoegdheidstoekenning op basis van het ongeschreven recht zou in communautaire verhoudingen met name stuiten op het beginsel van de bijzondere bevoegdheden of 'compétences d'attribution'. Dat beginsel, neergelegd in artikel 5, eerste lid, EG-verdrag, houdt in dat de Gemeenschap slechts kan handelen binnen de grenzen van de haar door het Verdrag verleende bevoegdheden en toegewezen doeleinden. Wat daar ook van zij, ik acht niet uitgesloten dat het staatsnoodrecht in nu nog onvoorzienbare noodsituaties ook communautaire instellingen een bevoegdheid zou kunnen geven op te treden. Het ongeschreven volkenrecht zou, net als in Nederland, in beginsel een basis kunnen bieden voor optreden van een communautaire instelling.

NORMEN VOOR ERKENNING

Het hierboven geschetste verschil in opvatting over het doel van het legaliteitsbeginsel heeft op verschillende niveaus betekenis. Een eerste gevolg van de zelfbepalingsopvatting van het legaliteitsbeginsel is dat de overheid alleen op grond van de wil van de rechtsgenoten – tegenwoordig bijna altijd uitgedrukt in de vorm van wetgeving⁷⁰ – de bevoegdheid kan krijgen om in te

67 Zie HvJEG 12 juli 1957 gevoegde zaken 7-56 en 3-57 tot en met 7-57, *Jur.* 1957, p. 120 (Algera-arrest). Zie verder F.H. van der Burg, *Europees gemeenschapsrecht in de Nederlandse rechtsorde*, tweede druk, Deventer 2003, p. 9-13.

68 Het recent gewezen CIF-arrest van het Hof van Justitie van 9 september 2003 AB 2003, 387, m.nt. E. Steyger kan volgens mij niet gelden als een zodanig voorbeeld. In het CIF-geval neemt het Hof aan dat een nationale mededingingsautoriteit bevoegd is om nationale wetgeving die in strijd is met gemeenschapsrecht buiten toepassing te laten. Steyger stelt zich in haar noot onder het arrest op het standpunt dat het Hof hier een – niet uit verdrag of de nationale wet voortvloeiende – bevoegdheid tot het buiten toepassing laten van nationaal recht dat strijdt met gemeenschapsrecht erkent. De vraag is echter of deze extrapolatie juist is. Je kunt die door het Hof onderscheiden bevoegdheid tot buiten toepassing laten ook zien als een uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichting ten aanzien van de hantering van de beoordelingsbevoegdheid of interpretatiebevoegdheid die bestuursorganen bij de hantering van bestuursbevoegdheden hebben.

69 Zie ook artikel 34 Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, Verdrag van 23 mei 1969, *Trb.* 1977, 169.

70 Het gewoonterecht zou men kunnen zien (en werd in het verleden wel gezien), als het overgeërfd recht dat uiteindelijk net als het positieve geschreven recht zijn wortels vindt in de wil van de rechtsgenoten om aan of via dat recht gebonden te zijn. Die wil wordt in geval van het gewoonterecht niet uitgedrukt door positieve instemming bij besluitvorming over de inhoud van het recht, maar door instemming via gedrag dat de gewoonterechtelijke praktijk bevestigt en de daardoor groeiende of gegroeide overtuiging dat die praktijk rechtens moet binden.

grijpen in rechten vrijheden van burgers. Daargelaten de bevoegdheid om in geval van het rechtssysteem bedreigende omstandigheden *provisoire* maatregelen te treffen of bevoegdheden krachtens ongeschreven volkenrecht te honoreren, betekent dit dat publiekrechtelijke bevoegdheid om in te grijpen krachtens ongeschreven rechtsbeginselen niet past in deze opvatting. Ook niet als een bevoegdheid slechts gedeeltelijk op het ongeschreven recht steunt.

Aan de andere kant volgt uit die zelfbepalingsopvatting niet – met alle respect voor de Maastrichtse school⁷¹ – dat voor *al* het handelen van de overheid een specifieke wettelijke grondslag nodig zou zijn. Om zijn publiekrechtelijke taken en bevoegdheden uit te kunnen oefenen moet een overheid feitelijk en ook privaatrechtelijk kunnen handelen. Voorzover daarmee niet eenzijdig in de rechtspositie van rechtsgenoten wordt ingegrepen is daarvoor, naast de algemene basis die artikel 1 van boek 2 Burgerlijk Wetboek voor privaatrechtelijke optreden van de overheid biedt,⁷² geen extra *specifieke* wettelijke basis nodig. Dat optreden krachtens een publiekrechtelijke bevoegdheid soms meer waarborgen biedt⁷³ dan overheidsoptreden op privaatrechtelijke titel, doet daar niet aan af. Nogmaals: het doel legaliteitsbeginsel is niet te verenzelvigen met het bieden van rechtsbescherming tegen de overheid.

Getuigt dit allemaal niet van een naïeve inschatting van, althans onrealistische opvatting over het vermogen van de wetgever? Die wetgever is toch al lang niet meer in staat – zo wordt wel beweerd – om via wettelijke regels al het overheidshandelen te reguleren en bij te dragen aan een goede taakvervulling door de overheid. Vooral de formele wetgever moet zich meer en meer verlaten op het stellen van kaders en het toekennen van vage normen of het overdragen van bevoegdheden aan andere overheidsgeledingen.⁷⁴ Daar zou ik tegenover willen stellen dat een dergelijke opvatting op haar beurt getuigt van een statisch en verouderd beeld van wetgeving.

Moderne wetgevingsprocessen zijn meer dan voorheen argumentatie- en besluitvormingsprocessen, waarin het recht voortdurend wordt geijkt, herijkt, becommentarieerd, toegepast en geëvalueerd. Wetgeving is tegenwoordig

71 Zie voor een basisdocument van die 'school' o.a. A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk recht*, Den Haag 1997.

72 Door het toekennen van rechtspersoonlijkheid aan overheidslichamen heeft de wetgever (die van het BW en in de bijzondere rechtspersoonlijkheid toekennende wetten) er voor gezorgd dat die rechtspersoonlijkheid bezittende lichamen ook privaatrechtelijk kunnen handelen en voor feitelijke handelingen die ze verrichten aansprakelijk kunnen worden gehouden. Zie ook artikel 5 Boek 2 BW.

73 Denk hierbij met name aan de positie van de derde belanghebbende. Die wordt in geval van publiekrechtelijk handelen van de overheid vaak beter beschermd dan in het privaatrecht.

74 Zie wederom Scheltema 1996, p. 1360 (zie noot 54).

eerder een voortdurend discours dan een gefixeerd product.⁷⁵ Een eigentijdse invulling van het legaliteitsbeginsel veronderstelt ook een meer eigentijdse inzicht in het proces van wat wel communicatief wetgeven wordt genoemd.⁷⁶ Daarin wordt wetgeving gevormd in cyclische en open processen door een wetgever die in discussie met de betrokken omgeving gemotiveerde afwegingen vanuit het algemene gezichtspunten tracht te maken, die als zodanig een kader bieden voor het handelen van (groepen van) burgers, het bestuur en de rechter in hun onderlinge samenwerking.⁷⁷ Het legaliteitsbeginsel, volgens de zelfbepalingsopvatting, garandeert de rechtsgenoten een rol in de discussie over de inhoud van het recht en geeft ze daarin ten opzichte van rechter en bestuur van het laatste woord.

TUSSENCONCLUSIE

Dit brengt me bij een eerste tussenconclusie. Wat we er verder ook van denken, erkenning is een – weliswaar zeldzame – vorm van publiekrechtelijke bevoegdheidsverlening. Erkenning moet als vorm van bevoegdheidsverlening wel worden onderscheiden van attributie omdat er bij erkenning geen nieuwe bevoegdheid wordt gecreëerd en toegekend. Het is juist de rechter die vaststelt dat een bevoegdheid op grond van het ongeschreven recht bestond. De bron voor dit soort ongeschreven bevoegdheid ligt blijkens de jurisprudentie veelal in gewoonterecht gevende traditie (al dan niet volkenrechtelijk), noodrecht, of rechtsbeginselen. Vooral die laatste categorie is – terecht – omstreden omdat de rechtsgenoten geen rol spelen bij de inhoudelijke bepaling van die rechtsbeginselen. Het is de rechter die ze afleidt uit het systeem van het recht. Dat is voor systeemdenkers die geloven in een ordentelijk en consistent rechtssysteem wellicht een zegen, maar voor diegenen die vinden dat rechters net als bestuurders ook maar mensen zijn, heel wat minder aantrekkelijk.⁷⁸

75 Zie voor een dergelijke inschatting ook Wetenschappelijke raad voor het regeringsbeleid (WRR), *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Rapporten aan de regering, nr. 63, Den Haag 2002, p. 239-240.

76 Een communicatieve wetgever is volgens Witteveen & Klink een wetgever die zich opstelt als een soort instantie, misschien beter nog: arrangement, waar afwegingen worden gemaakt in het algemeen belang, met inschakeling van het normatieve potentieel dat te vinden is in de vele semi-autonome velden van de steeds horizontaler functionerende maatschappij. Willem Witteveen & Bart van Klink, 'Een overtuigend beeld van de wetgever', in: Bart van Klink & Willem Witteveen (red.), *De overtuigende wetgever*, Deventer 2000, p. 262.

77 Zie de nota *Zicht op wetgeving*, *Kamerstukken II* 1990/91, 22008, nrs. 1-2, p. 14 en P. Eijlander, 'De betekenis van wetgeving', in: Bart van Klink & Willem Witteveen (red.), *De overtuigende wetgever*, Deventer 2000, p. 64.

78 Kortmann constateert dat, indien we de rechter toestaan in het ongeschreven recht bevoegdheidsgrondslagen te vinden, daardoor spanning ontstaat met het legaliteitsbeginsel. Kortmann 2001, p. 55 (zie noot 6).

Een tweede vorm van bevoegdheidstoedeling betreft die van de attributie. Attributie is de creatie en toekenning van een nog niet eerder bestaande publiekrechtelijke bevoegdheid aan een overheidsorgaan.⁷⁹ Attributie van bevoegdheid is een daad van primaire schepping. Uit het niets wordt een nieuwe bevoegdheid geschapen en toegekend.⁸⁰ Attributie is daarom in ons constitutionele recht altijd voorbehouden aan een wetgever. Kortmann onderscheidt in de vierde druk van zijn *Constitutioneel recht* nog drie andere kenmerken van attributie, te weten:

- a) de attribuerende instantie oefent niet zelf de bevoegdheid uit die ze attribueert. Zo oefent de grondwetgever of wetgever zelf niet de bevoegdheid tot burgerlijke of strafrechtspraak uit, maar geeft daarvoor slechts de bevoegdheid;
- b) dat de attribuerende instantie onder omstandigheden zijn de bevoegdheid tot attributie, bijvoorbeeld ter detaillering van de constitutie, over kunnen dragen aan een andere instantie;
- c) dat attributie een limitatief karakter draagt, dat wil zeggen dat overheidsbevoegdheden slechts rechtens kunnen bestaan krachtens toekenning of erkenning ervan door de constitutie.

Een paar opmerkingen over Kortmann's kenmerken. Ik begin met het laatste kenmerk. Attributie draagt een limitatief karakter. Dat is zeker zo, maar de vraag is wel of de *erkenning* van overheidsbevoegdheid te begrijpen valt als attributie, zoals Kortmann aanneemt. Attributie moet volgens mij – zoals ik in de vorige paragraaf betoogde – juist worden onderscheiden van erkenning van overheidsbevoegdheid. Er zijn twee grote verschillen: erkenning van bevoegdheid geschiedt door de rechter en niet door de wetgever. Dat een constitutie – als verzameling van normen die bepalen onder welke voorwaarden organen bevoegd zijn tot het stellen binnen een rechtsorde geldende rechts-

79 Zie de memorie van toelichting bij Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht, *Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht Vierde tranche*, Den Haag 1999, p. 143 (verder: Awb-IV). In het voorstel van de Commissie is geen artikel met daarin een definitie van het begrip 'attributie' opgenomen.

80 Zie ook Kortmann 2001, p. 35-36 (zie noot 6) en T. Koopmans, *Staatsrecht*, bewerkt door Th. L. Bellekom, A.W. Heringa, J. Van der Velde & L. Verhey, negende druk, Deventer 2002, p. 23-24, W. Voermans & S.C. van Bijsterveld, Inleiding hoofdstukken 5 en 6: Wetgeving, bestuur en rechtspraak, in: A.K. Koekoek (red.), *De Grondwet*, derde druk, Deventer 2000, p. 405-406.

normen – ook rechtsgeldigheid aan het ongeschreven recht zoals gewoonterecht, kan verlenen, doet daar niet aan af.⁸¹ Het is in geval van erkenning van de rechtsgeldigheid van ongeschreven recht uiteindelijk de rechter die bepaalt of de constitutie dat doet. Een tweede daarmee nauw samenhangend verschil tussen erkenning en attributie is dat erkenning een daad van rechtsvinding en attributie een daad van rechtsschepping is.⁸²

Dan het tweede kenmerk van attributie. Kan een ambt dat een constituerende en attribuerende bevoegdheid bezit, zijn attribuerende bevoegdheid overdragen aan een ander ambt? Daar valt verschillend over te denken. Waar gaat het in deze situaties om? Ik denk dat de meesten net als ik direct zullen denken aan overdracht door de grondwetgever en de formele wetgever. De grondwetgever en de formele wetgever bezitten de bevoegdheid ambten zoals de Koning, de Hoge Raad, de Sociaal Economische Raad, de Opta, etc. in te stellen. Maar ook andere, lagere wetgevers kunnen dat. Een gemeenteraad bijvoorbeeld kan het ambt van de gemeentelijke ombudsman in het leven roepen. Als we het daar over eens zijn, rijst wel de vraag of, zoals Kortmann aanneemt, een kenmerk van attributie is dat die attribuerende bevoegdheid zélf kan worden overgedragen aan een ander ambt. Kan bijvoorbeeld de gemeentelijke wetgever die het ambt van gemeentelijke ombudsman instelt de bevoegdheid tot het bij verordening vaststellen van ombudsrechtelijke procedureregels attribueren aan een deelgemeenteraad? Stellig niet. Delegeren, ja dat kan, maar attribueren niet.⁸³ Dat overdragen van een attribuerende bevoegdheid als zodanig, aan een ander ambt niet kan, volgt ook uit het wezen van de attributie zelf: je kunt nu eenmaal een bevoegdheid niet twee keer voor de eerste keer in het leven roepen en dat is in wezen wat je doet als een al geschapen bevoegdheid, als bevoegdheid tot schepping, wordt overgedragen.

Die gevolgtrekking heeft betekenis voor de vraag wie nu eigenlijk in staat is tot het scheppen van regelgevende bevoegdheid. Kan alleen de grondwetgever dat, of ook de formele wetgever? Daarover kan en wordt verschillend over gedacht.⁸⁴ De Grondwet zelf geeft geen uitsluitel. Veel staatsrechtelijke schrijvers zijn de mening toegedaan dat zowel de grondwetgever als de wetgever regelgevende bevoegdheid kunnen attribueren.⁸⁵ Zo wordt wel aangenomen dat de Grondwet een bevoegdheid tot regeling en bestuur aan gemeente- en

81 Zie voor deze definitie van het onderwerp van het constitutionele recht E.M.H. Hirsch Ballin, *Rechtsstaat en beleid*, Zwolle 1991, p. 163-164.

82 Nu zou men daar tegen in kunnen brengen dat de rechter in geval van erkenning van bevoegdheid krachtens ongeschreven recht hij daarmee eigenlijk alleen maar de attributie door het ongeschreven recht erkent. Het probleem is wel dat attributie door het ongeschreven recht 'gezichtloos' is en geen controleerbare of verantwoordelijk te houden actor kent.

83 Zie artikel 156 Gemeentewet.

84 Dit is een bewust en volgens mij ook functioneel zeugma.

85 Zie o.a. Derks 1995, p. 139 (zie noot 6), Kortmann 2001, p. 35 (zie noot 6), Koopmans 2002, nr. 18, p. 23 e.v. (zie noot 80).

provinciebesturen attribueert⁸⁶ én de formele wetgever⁸⁷ in de Provincie- en Gemeentewet nogmaals diezelfde bevoegdheid,⁸⁸ dit maal in het kader van de detaillering van de constitutie, attribueert aan die besturen.⁸⁹ Ik vind dat niet overtuigend. Attributie van een en dezelfde bevoegdheid kan eigenlijk maar eenmaal plaatsvinden.⁹⁰ Dubbele attributie is een contradictio in terminis. Volgens die lijn van denken kan alleen de grondwetgever regelgevende bevoegdheid attribueren. Dat doet de Gw door in artikel 81 de wetgever in formele zin in algemene zin tot wetgeving competent te maken⁹¹ en daarnaast die wetgever bijzondere opdrachten te geven. Zo draagt artikel 107, tweede lid, Gw de wetgever op om bij wet algemene regels van bestuursrecht vast te stellen. Deze bijzondere grondwettelijke opdrachten scherpen de algemeen-competente formele wetgever in welke onderwerpen tenminste geregeld moeten worden. Artikel 107 Gw attribueert dus geen bevoegdheid, maar normeert volgens mij slechts de uitoefening van een reeds bestaande bevoegdheid.

Als alleen de grondwetgever kan attribueren dan betekent dat, dat toekenning van regelgevende bevoegdheid door de wetgever in formele zin altijd delegatie is. Dat inzicht heeft niet alleen dogmatisch waarde, het heeft ook voor de praktijk betekenis op het vlak van de mogelijkheden tot delegatie. Aangenomen dat sub-subdelegatie van regelgevende bevoegdheid rechtsstatelijke grenzen te buiten gaat, kan de wetgever in formele zin regelgevende bevoegdheid alleen delegeren en vervolgens éénmaal subdelegatie toestaan.⁹²

86 Bijvoorbeeld in artikel 124 Gw.

87 Hier gebruikt als synoniem van wetgever in formele zin.

88 Zie artikel 105, eerste lid, Provinciewet en artikel 108, eerste lid, Gemeentewet.

89 Zie Kortmann (zie noot 6).

90 Van der Meulen heeft er terecht op gewezen dat we het scheppingselement (voor het eerst in het leven roepen) van attributie van bevoegdheid vooral in juridisch zin en niet historisch moeten begrijpen. Attributie is permanent, zoals hij dat noemt. In de relatie 124 Gw en bijvoorbeeld artikel 108, eerste lid, Gw is er echter ook in juridische zin sprake van eenzelfde geattribueerde bevoegdheid (zelfde onderwerp, zelfde subject, zelfde norm). Zie B.M.J. van der Meulen & W. Voermans (red.), *Info Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht*, Den Haag 2000, p. 101-102.

91 Ook Besselink c.s. lijken artikel 81 Gw te zien als een norm die in algemene zin wetgevende bevoegdheid aan de wetgever in formele zin attribueert. L.F.M. Besselink, H.R.B.M. Kummeling, R. De Lange, P. Mendelts & S. Prechal, *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, Groningen 2002, p. 98.

92 Subdelegatie is alleen toegestaan indien de wet dat toestaat. Volgens Scheltema, in zijn advies aan de enquêtecommissie bouwsubsidies, gaat men er zowel in de doctrine als in de jurisprudentie van uit dat een orgaan aan wie de wet een regelgevende bevoegdheid heeft toegekend die bevoegdheid niet weer verder mag overdragen, tenzij de wet die mogelijkheid opent. Voor subdelegatie van regelgevende bevoegdheid is dus een grondslag in de wet zelf vereist. Het is dan een kwestie van interpretatie van de wet of een bepaling subdelegatie mogelijk bedoelt te maken of niet. *Kamerstukken II* 1987/88, 19 623, nr. 30, p. 458. Verder verdient het volgens het wetgevingsbeleid de voorkeur dat de wet specifiek delegeert en niet middelijk subdelegeert. Aanwijzingen 26 en 28 (met name de toelichting) van de *Aanwijzingen voor de regelgeving*, Regeling van de minister-president, Minister van Algemene Zaken, (oorspronkelijk) van 18 november 1992, nr. 92M008337, houdende vaststelling van de Aanwijzingen voor de regelgeving, *Stcrt.* 1992, 230 (inclusief wijzigingen).

Dieper kunnen delegatiepatronen niet reiken. Dergelijke strakke teugels passen ook bij een legaliteitsopvatting die rechtsgenoten controle en invloed garandeert op de rechtsvorming; regels die op te grote afstand – buiten het zicht – van de democratische gelegitimeerde wetgever tot stand worden gebracht, zijn ongewenst.

Maar hoe moeten we nu artikel 124 jo. artikel 127 Gw begrijpen? In die artikelen wordt aan provincie- en gemeentebesturen de bevoegdheid tot regeling en bestuur inzake hun eigen huishouding overgelaten en verordenende bevoegdheid daarvoor toegekend. De Provinciewet en de Gemeentewet herhalen die bevoegdheden.⁹³ Wie attribueert er nu: de Grondwet of de Gemeentewet c.q. de Provinciewet, allebei of geen van beide? Ik denk het laatste. In artikel 124 Gw wordt, zo wordt wel aangenomen, met de terminologie 'overgelaten' bestuur en regeling inzake hun huishouding tot uitdrukking gebracht dat gemeenten en provincies een langere historie hebben dan het rijk zelf en dat – bijgevolg – de bevoegdheid tot het zelfstandig regelen en besturen van hun huishouding *historisch gezien* hen niet van rijkswege is toegekend, maar dat sprake is van een eigen, oorspronkelijke bevoegdheid. Dit neemt, volgens de laatste druk van Van der Pot en Donners *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, niet weg dat artikel 124, eerste lid, Gw van constitutieve en niet van declaratoire aard is: provincies en gemeenten ontleen hun bevoegdheid uitsluitend aan de Grondwet en de daarop steunende organieke wetten.⁹⁴ Dat is ongetwijfeld waar, maar het maakt ook duidelijk dat (en waarom) we hier te maken hebben met een uitzondering op het gewone schema waarin de grondwetgever attribueert en de wetgever in formele zin delegeert. Die uitzondering houdt in dat indien een organieke wet een exact dezelfde bevoegdheid toekent als die de Grondwet al toekende (bijvoorbeeld in het geval van artikel 127 Gw en artikel 147 Gemeentewet⁹⁵), dat dan geen attributie, maar ook geen delegatie is. Er wordt namelijk geen nieuwe bevoegdheid gecreëerd en er wordt geen bestaande bevoegdheid overgedragen. Juridisch gebeurt er in feite niets. Het gaat om een loutere herhaling, of specificatie van de omschrijving van een reeds toegekende bevoegdheid.⁹⁶

Via attributie kan niet alleen regelgevende bevoegdheid worden toegedeeld en verkregen, maar ook de bevoegdheid om recht te spreken, de bevoegdheid om te besturen, ja zelfs de bevoegdheid tot feitelijk handelen.⁹⁷ Hoewel attributie, als de primaire bron van de toekenning van de bevoegdheid tot rechtsschepping, van wezenlijk belang is, zijn er in het geschreven recht nauwelijks nor-

93 Artikel 105 jo. artikel 143 Provinciewet en artikel 108 jo. artikel 147 Gemeentewet.

94 C.W. van der Pot & A.M. Donner, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, bewerkt door L. Prakke, J.L. de Reede & G.J.M. van Wissen, veertiende druk, Deventer 2001, p. 699-700.

95 Voorzover het althans gaat om de toekenning van de bevoegdheid aan de gemeenteraad om verordeningen vast te stellen.

96 Zie Voermans & Van Bijsterveld 2000, p. 407 (zie noot 80).

97 Een voorbeeld van attributie van de bevoegdheid tot feitelijk handelen geeft artikel 7, eerste lid, Politiewet. Zie de memorie van toelichting *Awb-IV*, p. 143 jo. 144.

men te vinden die attributie beheersen. Het *Voorontwerp vierde tranche* van de Algemene wet bestuursrecht brengt daar, met de voorgestelde artikelen 10.1.3.1 en 10.1.3.2 eigenlijk geen verandering in. De voorzieningen uit het Voorontwerp regelen niet de attributie zelf, maar slechts enkele gevolgen die attributie van bestuursbevoegdheid kan hebben. Zo regelt het voorgestelde artikel 10.1.3.1 dat indien een bevoegdheid is geattribueerd aan een persoon of college werkzaam onder de verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan, dit bestuursorgaan de bevoegdheid heeft per geval of in het algemeen instructies te geven en artikel 10.1.3.2 voegt daar aan toe dat de ondergeschikte in deze relatie op verzoek van de superieur inlichtingen verschaft. De vraag is of de regeling veel meerwaarde heeft.⁹⁸ Blijkens de memorie van toelichting is de strekking van de artikelen een einde te maken aan de discussie of bij attributie van een bevoegdheid aan een ondergeschikte⁹⁹ het gewone staatsrechtelijke patroon van politieke verantwoordelijkheid voor hiërarchisch ondergeschikten wordt doorbroken. In zijn algemeenheid doet het dat niet, volgens mij, maar er is inderdaad veel discussie over geweest. Te verwachten dat de voorgestelde artikelen een einde maken aan de discussies en problemen rondom politieke verantwoordelijkheid bij attributie aan ondergeschikten is denk ik niet reëel.

Daarnaast is de vraag of het wel zo gelukkig is dat met een pennenstreek in de Algemene wet bestuursrecht ministers en andere politiek verantwoordelijke bestuurders voor al het handelen van 'beattribueerde' ambtenaren geheel politiek verantwoordelijk worden gemaakt. Immers, door de bevoegdheid die artikel 10.1.3.1 geeft om per geval een aanwijzing te geven en de bevoegdheid tot algemene instructie, komt de gehele aan de ondergeschikte ambtenaar toevallende bevoegdheid onder het verantwoordelijkheidsbereik van de politiek verantwoordelijke minister of bestuurder. Politieke verantwoordelijkheid voor de uitoefening van een bepaalde bevoegdheid bestaat indien en voorzover¹⁰⁰ het orgaan dat verantwoordingsplichtig is de uitoefening van die bevoegdheid rechtens kan beïnvloeden. Zo is dat ook afgesproken in het rapport en het kabinetsstandpunt Steekhoudend ministerschap.¹⁰¹ Nu zou je daar nog tegen in kunnen brengen dat die verantwoordelijkheid niet totaal is omdat de meerdere met deze aanwijzingsbevoegdheden de bevoegde ondergeschikte niet kan dwingen conform de aanwijzing te beslissen en er dus een kleine gedeelte eigen niet beïnvloedbare bevoegdheid voor de ondergeschikte overblijft.¹⁰² Vanuit het gezichtspunt van de politiek verantwoorde-

98 Tijdens een studiemiddag van de Vereniging voor Bestuursrecht op 15 december 1999 werden de voorgestelde artikelen 10.1.3.1 en 10.1.3.2 een 'staatsrechtelijk open deur' genoemd. Dat kan zo zijn, maar dat betekent op zichzelf nog niet dat daarom deze artikelen gemist zouden kunnen worden. Een van de doelen van de Algemene wet bestuursrecht is namelijk codificatie. Zie VAR-werkgroep Vierde tranche Awb, *De Vierde tranche Awb*; commentaar en vraagpunten, Den Haag 2000, p. 66.

99 Het Voorontwerp preciseert dat en spreekt niet van ondergeschikte maar van: 'een persoon of college werkzaam onder de verantwoordelijkheid van een ander bestuursorgaan'.

100 Mea culpa: zie aanwijzing 62 Awr.

101 Ook aangehaald in de *memorie van toelichting Awb-IV*, p. 144.

102 Zie Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2002, p. 111 (zie noot 14).

lijke biedt die redenering weinig soelaas. Hij kan namelijk ook, indien zijn aanwijzingen niet worden opgevolgd, een dienstbevel geven, schorsen en ontslaan. En ook op het gebruik van die bevoegdheid kan hij worden aangesproken. Het enige wat de meerdere niet kan doen is in juridische zin de beslissing zelf nemen, maar in feite kan hij, met de in het Voorontwerp Awb voorgestelde regeling, zijn wil opleggen aan zijn ondergeschikte en daar – bijgevolg – politiek op worden aangesproken. Daar is op zich niks mis mee, maar het is de vraag of deze algemene Awb-regeling wel geschikt is voor alle relaties. De motieven van de bijzondere wetgever om bestuursbevoegdheid te attribueren aan ondergeschikten zijn divers. Soms vormt de behoefte aan onafhankelijke oordeelsvorming en inbreng van specifieke deskundigheid een rol bij de toekenning. Te wijzen valt hier op de toekenning van bevoegdheid aan belastinginspecteurs of inspecteur van de ruimtelijke ordening. De huidige regeling van de aanwijzingsbevoegdheid kan door de dynamiek van de politieke verantwoordelijkheid het systeem en de ratio van attributies aan ondergeschikten in bijzondere wetten onderuit halen. Dat kan niet de bedoeling zijn, sterker nog de toelichting bij de voorgestelde attributieregeling van de Algemene wet bestuursrecht zegt af te zien van een regeling over de geloofwaardigheid van attributie aan ondergeschikten juist *omdat* dat een zaak is voor de bijzondere wetgever.¹⁰³

NORMEN VOOR ATTRIBUTIE

Het Voorontwerp Awb is erg terughoudend met de normering van attributie, zeker als je het vergelijkt met de regeling van delegatie van bestuursbevoegdheid.¹⁰⁴ Geen definitie van attributie, geen regeling waardoor de attributie als rechtshandeling zelf wordt beperkt. Waarom is dat eigenlijk zo? Omdat er in de praktijk geen behoefte aan bestaat? Omdat de normen die attributie beheersen onvoldoende zijn uitgekristalliseerd, of, zoals de toelichting doet vermoeden, omdat de Tweede Kamer niet om meer dan de huidige regeling heeft gevraagd.¹⁰⁵ Het heeft er de schijn van dat de Commissie Scheltema de regeling van attributie tot een strikt noodzakelijk minimum heeft willen beperken.

Zou de Algemene wet bestuursrecht verder moeten gaan bij de regeling van attributie? Bernd van der Meulen, die gisteren in Wageningen over het *Recht op adequate voeding* oreeerde, denkt van wel. En volgens mij heeft hij gelijk. In de studiepocket *Info Vierde Tranche Algemene wet bestuursrecht* stelt hij een uitgebreidere regeling voor waarin attributie wordt gedefinieerd als: ‘de

103 *Memorie van toelichting Awb-IV*, p. 144.

104 Zie Afdeling 10.1.2 Awb.

105 Tijdens de behandeling van de Derde Tranche van de Algemene wet bestuursrecht werd bij de behandeling van artikel 10:14 (delegatie aan ondergeschikten) door de Tweede Kamer ook gevraagd naar een regeling ter zake de gevolgen van attributie aan ondergeschikten. *Kamerstukken II* 1994/95, 23700, nr. 4, p. 37-38.

toedeling bij algemeen verbindend voorschrift van de bevoegdheid besluiten te nemen'.¹⁰⁶ Misschien kan het wetgevingstechnisch nog mooier,¹⁰⁷ maar het is in ieder geval heel aantrekkelijk dat Van der Meulens voorstel uitdrukt dat ook attributie wordt beheerst door het legaliteitsbeginsel. Attributie van bestuursbevoegdheid¹⁰⁸ is volgens hem alleen mogelijk bij algemeen verbindend voorschrift,¹⁰⁹ en niet bij een beschikking – zoals vroeger bij milieuvergunningen wel eens gebeurde¹¹⁰ – een beleidsregel¹¹¹ of een ander besluit van algemene strekking, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift. Dat past goed bij de zelfbepalingsopvatting van het legaliteitsbeginsel die ik eerder predikte. Als aan een bestuursorgaan een bevoegdheid wordt toegekend, dan is daarvoor, zeker als het gaat om een bevoegdheid in te grijpen in de rechten en vrijheden van burgers – in enige variant – het mandaat van een volksvertegenwoordiging nodig. Het zijn de rechtsgenoten zelf die uiteindelijk moeten kunnen bepalen hoe en hoever ze de overheid bevoegd maken.¹¹² Die eis geldt zelfs breder. Ook buiten het bestuursrecht beveelt het legaliteitsbeginsel dat attributie alleen maar door democratisch gelegitimeerde wetgevers kan geschieden.

De uit het legaliteitsbeginsel voortvloeiende normen voor attributie verzetten zich overigens niet tegen het bestaan van geïmpliceerde bevoegdheden, of de toekenning van bevoegdheden met vage toepassingscriteria dan wel be-

106 Zie Van der Meulen & Voermans 2000, p. 123 (zie noot 90).

107 Het zou in de Awb-opzet consistenter zijn te spreken van 'het bij algemeen verbindend voorschrift toedelen van een bevoegdheid aan een bestuursorgaan om besluiten (beter wellicht, maar niet consistent 'een besluit') te nemen'. Als de beperking tot toedeling aan een bestuursorgaan niet wordt aangelegd overreikt de Awb zichzelf wellicht doordat ook attributie aan regelgevers en rechtsprekende instantie onder het bereik van de Awb worden gebracht.

108 Ik neem voor het gemak maar even aan dat hij het tot bestuursbevoegdheid beperkt. Van der Meulens voorgestelde definitie lijkt namelijk in het huidige tekstvoorstel niet beperkt tot attributie van bestuursbevoegdheid of bevoegdheid aan bestuursorganen. Daarmee is de reikwijdte waarschijnlijk onbedoeld breder dan zijn bedoeling was.

109 I.e. een algemeen (naar kring van geadresseerden) en abstract (herhaalbaar in temporele en fysieke zin) voorschrift vastgesteld op basis van een bevoegdheid tot regelgeving.

110 Tegenwoordig voorziet artikel 8.13, eerste lid, aanhef en onder f, van de Wet milieubeheer in een algemene grondslag die attributies van bevoegdheid per vergunning afdekt. Zie ook Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2002, p. 111-112 (zie noot 14).

111 De Afdeling rechtspraak van de Raad van State las in het pre-Awb tijdperk in een beleidsregel die schadevergoeding in het vooruitzicht stelde een publiekrechtelijke titel. De vraag is of die jurisprudentie lijn met de wettelijke regeling van de figuur van beleidsregels in de Awb (artikelen 4:81 Awb e.v.) tezamen met de opkomst van de jurisprudentie over het zelfstandige schadebesluit ook in de toekomst nog betekenis zal hebben. Buiten die gevallen waarin het enkel gaat om schade ten gevolge van feitelijk feitelijk handelen verwacht ik dat niet. Zie ARRvS 14 mei 1986, AB 1986, 568, m.nt. P.C.E. van Wijmen, tB/S 1986, 94, m.a. FAMS (Metroschade Rotterdam) en Rechtbank Zutphen 16 februari 1998, AB 1998, 227 m.nt. PvB.

112 Zie S.E. Zijlstra, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat*, diss. VU Amsterdam, Den Haag 1997, p. 52-53 jo. 70-71.

voegdheden die veel discretionaire ruimte laten. Die kunnen in het licht van het rechtszekerheidsbeginsel misschien ongewenst zijn,¹¹³ aan de andere kant geven ze flexibiliteit en dragen ze soms bij aan slagvaardig bestuur. Wel verzet het legaliteitsbeginsel zich tegen de praktijk waarbij uit taken die de wetgever aan een ambt opgedragen een bevoegdheid wordt afgeleid. Cause célèbre vormt hier het Zeijense-nachtbraker-arrest¹¹⁴ waarin zonder dat daarvoor een wettelijke bevoegdheid bestond de Hoge Raad aannam dat een amok makende man tegen zijn wil door een politie-wachtmeester naar huis kon worden gebracht, op grond van de taak die de politie heeft te zorgen voor de handhaving van de rechtsorde.¹¹⁵ Ook in bestuursrechtelijke jurisprudentie onder de Wet Arob kwam het een enkele keer voor dat de rechter in een publiekrechtelijke taak een grondslag voor beschikkingsbevoegdheid las.¹¹⁶ In de literatuur is die jurisprudentie sterk bekritiseerd. Als een taak de grondslag voor een bevoegdheid kan vormen wordt daarmee, zo luidde het bezwaar, het legaliteitsbeginsel omzeild.¹¹⁷

ATTRIBUTIE VAN BEVOEGDHEID OP BASIS VAN HET COMMUNAUTAIRE RECHT

Als democratisch gelegitimeerde wetgevers kunnen attribueren, kan dan ook de communautaire wetgever attribueren? Dat is een niet veelgestelde¹¹⁸ en misschien ook heikele vraag. Evident is dat via communautaire 'wetgevende' besluiten, zoals richtlijnen en verordeningen (hierna: communautaire wetgeving)¹¹⁹ bevoegdheden kunnen worden toegekend aan communautaire instellingen, zoals de Commissie of de Raad, voorzover het EG-verdrag daar tenminste een specifieke grondslag voor geeft. Minder vanzelfsprekend is de

113 Zie ook de uitwerking van dit beginsel in aanwijzing 17 van de *Aanwijzingen voor de regelgeving* (Awr).

114 HR 24 oktober 1961, NJ 1962, 86 (Zeijense nachtbraker).

115 In 1961 artikel 28 en nu artikel 2 van de Politiewet.

116 Vz. ARRS 12 oktober 1987, AB 1988, 448, m.nt. H. Simon.

117 Zie Zijlstra 1997, p. 18-19 (zie noot 112). Zie verder de noot van H. Simon onder Vz. ARRS 12 oktober 1987, AB 1988, 448.

118 Zie voor de werken waarin dit vraagstuk wel wordt verkend: J.M. Bonnes, *Uitvoering van EG-verordeningen in Nederland*, diss. KUB, Zwolle 1994; D.E. Comijs, *Europese structuurfondsen*, diss. UU, Deventer 1998 en J.H. Jans, R. De Lange, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, tweede druk, Nijmegen 2002, m.n. p. 46-53.

119 In het communautaire recht kennen we geen welomschreven materieel wetsbegrip zoals in Nederland. Artikel 249 van het EG-verdrag noemt slechts de verordeningen en de richtlijnen als de 'verbindende' besluiten. Wel dient te worden bedacht dat van een werkelijk welomlijnd begrip 'wetgeving' of 'wetgevend' besluit in communautair verband geen sprake is. Alleen artikel 6 van het Reglement van Orde van de Raad (Pb 1999, L 147) bevat een indicatie, maar het EG-verdrag zelf zwijgt er over. Zie hierover ook H. Van Meerten, 'Naar een nieuw Europees wetgevingsbegrip?', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, nr. 6, 2001, p. 166-169. Het Hof van Justitie gebruikt ter aanduiding van verordeningen en richtlijnen wel de term 'wetgeving'. HvJEG 22 februari 1984, C-70/83, *Jur.* 1984, 1075 Kloppenburg.

situatie waarin via communautaire wetgeving ambten, zoals bestuursorganen, in de lidstaten publiekrechtelijke bevoegdheid wordt geattribueerd. Dat gebeurt wel eens.¹²⁰ Het gaat dan bijna altijd om attributie van bestuursbevoegdheid.¹²¹

Bij dergelijke 'kruisbestuiving' raken twee beginselen mogelijk in het gedrang, te weten het beginsel van de nationale institutionele autonomie en het legaliteitsbeginsel. Die institutionele autonomie houdt in dat – voorzover het (secundaire) gemeenschapsrecht niet anders voorschrijft – de lidstaten zelf bepalen op welke wijze zij hun communautaire verplichtingen nakomen. Dit beginsel laat het aan de lidstaten over welke organen zij voor de uitvoering en toepassing van communautair recht willen aanwijzen, welke procedures en maatregelen worden getroffen om de doorwerking van het communautaire recht te verzekeren, etc. In sommige gevallen bemoeit de communautaire wetgever – gedeeltelijk in weerwil van die institutionele autonomie – zich uitdrukkelijk zelf met de vraag welke instanties binnen de lidstaten met de toepassing van de normen uit een richtlijn of verordening moeten worden belast. Een recent en sprekend voorbeeld vormt artikel 5 van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag¹²², dat bepaalt dat de mededingingsautoriteiten van de lidstaten in individuele gevallen bevoegd zijn tot toepassing van de artikelen 81 en 82 van het verdrag.¹²³ Datzelfde artikel 5 geeft de nationale mededingingsautoriteiten ook direct – zonder

120 Zie bijvoorbeeld artikel 22 van de richtlijn 97/67 *Pb* 1997, L15/14 (interne markt voor postdiensten). Zie voor verdere voorbeelden, Jans c.s. 2002, p. 47-48 (zie noot 118).

121 Gevallen waarin het communautaire recht regelgevende bevoegdheid toekent aan niet-communautaire ambten binnen lidstaten bestaan volgens mij niet, althans ik ben ze nog nooit tegen gekomen, evenmin als de collegae die ik er naar vroeg. Wel groeit de laatste jaren de praktijk waarin in richtlijnen o.a. op het terrein van het communautaire post- en telecommunicatierecht en energierecht (gas en elektriciteit) aan lidstaten opdragen nationale regelgevende instanties in het leven te roepen. De wat ongelukkig vertaalde aanduiding regelgevende instantie (van regulatory agencie of institution) doet vermoeden dat deze instanties werkelijk op basis van een wetgevingsbevoegdheid regels zouden mogen stellen. Dat is eigenlijk nooit het geval is. Meestal hebben deze instanties oefenen deze instanties alleen bestuursbevoegdheid uit. Zie o.a. Richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van Richtlijn 96/92/EG – Verklaringen met betrekking tot ontmantelings- en afvalbeheeractiviteiten, *Pb* 15 juli 2003, L 176, p. 37-56 en Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn), *Pb* 24 april 2002, L 108, p. 7-20. In deze richtlijnen wordt aan deze instanties wel bevoegdheid (meestal bestuursbevoegdheid) toegekend of aan lidstaten opgedragen bevoegdheid aan die instanties toe te kennen doen. Rechtstreekse communautaire toekenning van regelgevende bevoegdheid aan een nationale bevoegde autoriteit is dit niet.

122 *Pb* 2003, L 1, p. 1-5.

123 Deze verordening bevat meer bepalingen waarin rechtstreeks bevoegdheid wordt toegekend aan nationale mededingingsautoriteiten. In artikel 22 worden toezichtsbevoegdheden geattribueerd aan de mededingingsautoriteiten.

enige nationale tussenkomst – de bevoegdheid tot het treffen van sancties, zoals het opleggen van een voorlopige maatregel, een geldboete of een dwangsom.¹²⁴ Weer andere voorbeelden zijn te vinden in verordening 1445/2003 (Dubbele controle bij invoer van ijzer- en staalproductie uit Roemenië) en verordening 1294/1999 (Bevriezing van middelen en het verbod van investeringen ten aanzien van de Federale Republiek van Joegoslavië) die met naam en toenaam bepalen welke autoriteiten en organen in de lidstaten bevoegd zijn tot uitvoering en toepassing van die verordening.¹²⁵

Wat veel meer gebeurt is dat het communautaire recht zelf de bevoegdheden creëert die door ambten in de lidstaten moeten worden uitgevoerd.¹²⁶ Jans, De Lange, Prechal en Widdershoven (verder: Jans e.a.) wijzen er in hun *Inleiding tot het Europees bestuursrecht* op dat in dergelijke gevallen het hart van

124 Volgens de tekst van artikel 5:

De mededingingsautoriteiten van de lidstaten zijn in individuele gevallen bevoegd tot toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag. Zij kunnen te dien einde, ambtshalve of naar aanleiding van een klacht, de volgende besluiten nemen:

- de beëindiging van een inbreuk bevelen;
- voorlopige maatregelen opleggen;
- toezeggingen aanvaarden;
- geldboeten, dwangsommen of overeenkomstig hun nationaal recht andere sancties opleggen.

Wanneer op grond van de inlichtingen waarover zij beschikken niet aan de voorwaarden voor een verbod is voldaan, kunnen zij ook beslissen dat er voor hen geen reden bestaat om op te treden.'

125 Verordening (EG) Nr. 1445/2003 van 21 januari 2003 betreffende de uitvoer van bepaalde ijzer- en staalproducten uit Roemenië naar de Gemeenschap voor de periode vanaf de datum van inwerkingtreding van deze verordening tot de datum van toetreding van Roemenië tot de Europese Unie (verlenging van het systeem van dubbele controle), *Pb* 15 augustus 2003, L 206, p. 1 e.v. die via een lijst de bevoegde instanties in de lidstaten aanwijst. Voor Nederland is dat in dit geval de Belastingdienst/douane, Centrale dienst voor in- en uitvoer. In de bijlage III van Verordening (EG) 1294/1999 inzake de bevrozing van middelen en het verbod op investeringen ten aanzien van de Federale Republiek van Joegoslavië (...) van 15 juni 1999, *Pb* 19 juni 1999, L 153, p. 64 e.v. wordt het Ministerie van Financiën (geen bestaand ambt!) aangewezen als bevoegde autoriteit. Een wat ouder voorbeeld betreft de Geconsolideerde versie van Verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, *Pb* 1992, C 325 en Geconsolideerde versie van Verordening (EEG) nr. 574/72 van de Raad van 21 maart 1972 tot vaststelling van de wijze van toepassing van Verordening (EEG) nr. 1408/71 betreffende de toepassing van de sociale- zekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, eveneens *Pb* 1992, C 325. Bijlage 1 van de laatste verordening bepaalde bijvoorbeeld dat voor de toepassing van artikel 17 van de verordening en voor de toepassing van artikel 6, lid 1, artikel 10 ter, artikel 11, leden 1 en 2, artikel 11 bis, leden 1 en 2, artikel 12 bis, artikel 13, leden 2 en 3, en artikel 14, leden 1 en 2, van de toepassingsverordening de Sociale Verzekeringsraad, te Zoetermeer bevoegd was.

126 Artikel 6 van de Verordening (EG) nr. 761/2001 van 19 maart 2001 inzake de vrijwillige deelneming van organisaties aan een communautair milieubeheer- en milieu-audit-systeem (EMAS) *Pb* 2001, L 114, geeft bevoegde instanties in de lidstaten de bevoegdheid tot registratie van EMAS-gerechtigde organisaties. Die registratie is nodig om het EMAS-logo te mogen voeren.

de attributie (i.e. het scheppen van de bevoegdheid) van communautaire oorsprong is. Het is de communautaire wetgever die de publiekrechtelijke bevoegdheid in het leven roept. Hoe zit het in dergelijke gevallen met het legaliteitsbeginsel en de garantie die dat beginsel geeft voor de participatie van de rechtsgenoten? Jans e.a. onderscheiden ten aanzien van die vraag twee mogelijke posities.¹²⁷

De eerste¹²⁸ positie gaat uit van een strikt *nationaal* legaliteitsbeginsel,¹²⁹ dat wil zeggen dat ingrepen in rechten en vrijheden van burgers (alsmede de toekenning van de bevoegdheid daartoe) altijd moeten berusten op een *nationaal* wettelijke grondslag. In die benadering kan het eigenlijk niet bestaan dat de communautaire wetgever zelf rechtstreeks de bevoegdheid tot binding aan een bestuursorgaan in een lidstaat toekent. Zo geredeneerd is in alle gevallen van communautaire bevoegdheidstoekenning een nadere nationale interventie nodig, bijvoorbeeld in de vorm van aanwijzing van een instelling of orgaan dat de bevoegdheid uit gaat oefenen. De verlening van de bevoegdheid om de communautaire norm ook daadwerkelijk toe te passen c.q. de bevoegdheid uit te oefenen, verloopt via het nationale recht. Jans e.a. noemen dat het *principe van de dubbele bevoegdheidsgrondslag*: materieel is de grondslag gemeenschapsrechtelijk, institutioneel nationaalrechtelijk.¹³⁰ Zolang die dubbele bevoegdheidsgrondslag er maar is, zijn er geen problemen met het legaliteitsbeginsel.

Tegenover deze eerste positie staat een tweede positie die aanneemt dat het legaliteitsbeginsel als beginsel *wel* werkt in de relatie tussen het communautaire en het nationale recht. Bepaalde vormen van communautair recht kunnen aldus een rechtstreekse wettelijke basis genereren voor ingrijpend optreden van ambten in de lidstaten.

DE EERSTE POSITIE: COMMUNAUTAIRE WETGEVING ALS ONVOLDOENDE WETTELIJKE GRONDSLAG VOOR BINDING

Al zijn er in de literatuur weinig stellige vertolkers te vinden, de visie dat via Europese wetgeving niet rechtstreeks en onvoorwaardelijk bevoegdheden aan organen in lidstaten kunnen worden geattribueerd zonder nadere interventie van de nationale wetgever of enige andere nationale instantie, kent wel aanhangers.¹³¹ Dat is niet verbazingwekkend. Deze opvatting past het best bij

127 Jans e.a. 2002, p. 50 (zie noot 118).

128 Bij Jans c.s. de tweede positie geheten, maar hier behandelingstechnisch als eerste aangeduid.

129 Beter: het legaliteitsbeginsel heeft slechts nationale werking.

130 Jans e.a. 2002, p. 48 (zie noot 118).

131 Zie stelling 1 bij het proefschrift van Jacqueline Bonnes alsook p. 125, Bonnes 1994 (zie noot 118); Besselink, e.a. 2002, p. 106-107 (zie noot 91). Ook Lauwaars stelt zich in 1991 in een noot onder het Factortame arrest op het standpunt dat de rechtstreekse werking van communautaire wetgeving als zodanig nationaalrechtelijk nog geen bevoegdheid creëert. Zie R.H. Lauwaars, noot bij HvJEG C-213/89 van 19 juni 1990 (The Queen vs. Secretary of State for transport, ex parte Factortame and Others) SEW 7/8, 1991, p. 480.

het beginsel van de institutionele autonomie, de opvatting dat de Europese Unie de bevoegdheid en de constitutionele rechtsorde van de lidstaten¹³² moeten respecteren en de nog wel bestaande opvatting dat de EU en de lidstaten weliswaar onderdeel uitmaken van een en dezelfde rechtsorde, maar dat er toch sprake is van gescheiden rechtssferen. Zonder zich uitdrukkelijk uit te spreken lijken ook Jans c.s. in hun boek stilletjes die dubbele bevoegdheidsgrondslag als een noodzakelijk voorwaarde te beschouwen

Daarmee zijn ze de facto aanhanger van de strikt nationale opvatting van het legaliteitsbeginsel. Begrijp ik het goed dan bestaat attributie in hun ogen uit twee delen: schepping en toekenning. Ze wijzen er namelijk op dat in geval van bevoegdheidsschepping door een verordening de bevoegdheid zelf weliswaar uit het gemeenschapsrecht voortvloeit, maar de toekenning ervan, dat wil zeggen het scheppen van de institutionele grondslag, nog niet heeft plaatsgehad. Die toekenning is volgens hen nodig omdat nationale organen geen gemeenschapsorganen zijn. Zij zien de grondslag die het communautaire recht aanlegt voor bevoegdheidsuitoefening door nationale organen of ambten bijgevolg slechts als 'halve legaliteit'.¹³³ Hiermee omarmen ze de facto de opvatting van de strikt nationale werking van het legaliteitsbeginsel.

Die redenering lijkt op het eerste gezicht overtuigend en ook verstandig in het licht van de aansprakelijkheidsjurisprudentie van het Hof van Justitie,¹³⁴ maar er valt wel wat op af te dingen. Zo is die opvatting nogal bestuursrechtelijk georiënteerd en eenzijdig gericht op de toepassing en inkadering van verordeningen. Beschouwen Jans e.a. bijvoorbeeld de attributie van de rechtsprekende bevoegdheid in artikel 234 EG-verdrag (de bevoegdheid om een prejudiciële beslissing te vragen aan het Hof van Justitie) ook als 'onvullend'? Is het ook daar nodig dat het nationale recht een institutionele grondslag creëert in de vorm van de aanwijzing van een Nederlandse rechter alvorens die rechter de bevoegdheid tot het vragen van een prejudiciële beslissing uit kan oefenen? Ik denk het niet. Verder kennen we in Nederland een vrij losse praktijk bij het aanwijzen van bevoegde nationale instanties of organen. Dat gebeurt lang niet altijd via een wettelijke regeling. Het komt zelfs wel voor dat per con-

132 Dat wordt door sommigen wel afgeleid uit het gebod voor de Unie tot respect voor de nationale identiteit van de lidstaten ex artikel 6, lid 1, Verdrag betreffende de Europese Unie. Zie Besselink e.a. 2002, p. 108 (zie noot 91). Het respect voor het constitutionele recht van een lidstaat is wel als zodanig gecodificeerd in artikel 5, eerste lid, van het Ontwerpverdrag tot vaststelling van een Grondwet van Europa, CONV 850/03.

133 Jans e.a. 2002, p. 50 (zie noot 118).

134 Die bepaalt dat een lidstaat aansprakelijk kan worden gesteld als een verordening niet correct wordt uitgevoerd of toegepast. Zie Bonnes 1994, p. 142 (zie noot 118) en B. Hessel & K.J.M. Mortelmans, *Het recht van de Europese Gemeenschappen en de decentrale overheden in Nederland*, Deventer 1997, p. 126.

venant bevoegde autoriteiten worden aangewezen.^{135/136} Een 'echte' institutionele grondslag naar publiekrecht kan je daarmee niet creëren.

DE TWEEDE POSITIE: COMMUNAUTAIRE WETGEVING ALS ZELFSTANDIGE WETTELIJKE GRONDSLAG VOOR BINDING

Wat bewijzen deze relativeringen? Dat uitvoering in enge zin¹³⁷ of inkadering¹³⁸ van communautair recht niet altijd nodig is? Nee dat niet, maar wel dat de noodzaak tot aanwijzing van nationale instanties ter uitvoering van communautair geattribueerde bevoegdheden eerder een praktisch vraagstuk is dan een principiële juridische kwestie. De voorwaardelijke attributie van bevoegdheid die pas via tussenkomst van het nationale recht juridisch kan worden geëffectueerd, is een concept dat is ontleend aan het volkenrecht, en het past als zodanig niet in de gemengde rechtsorde van de Europese Unie.¹³⁹ Zoals de Europese Unie,¹⁴⁰ zonder legaliteitsproblemen, via het primaire en secundaire communautaire recht burgers en instellingen rechtstreeks kan binden, zo kan de Unie als eigenstandige rechtsorde ook de bevoegdheid om te binden creëren via de attributie van bevoegdheidsnormen, inclusief de toekenning ervan. Daar staat geen enkele rechtsregel aan in de weg. Dat de toekenning van communautaire bevoegdheid in de meeste gevallen wordt overgelaten aan de lidstaten is politiek en bestuurlijk gezien verstandig vanwege de grote variëteit in staats- en bestuursrechtelijke inrichting van de verschillende lidstaten. Die praktijk mag je echter niet begrijpen of uitleggen als rechtsworm. Dat communautair gecreëerde bevoegdheden meestal niet direct worden toegekend aan bestuursorganen in lidstaten betekent geenszins dat

-
- 135 Zie het convenant uit 1991 dat tussen de Staat en de Arbeidsvoorzieningsorganisatie werd afgesloten ter uitvoering van de verordening inzake het Europees Sociaal Fonds. De laatste stemde daarbij in te fungeren als 'uitvoerende autoriteit'. Dit convenant is te vinden in *Stcrt.* 1991, 192.
- 136 Toegegeven, zo'n alternatieve aanwijzing kan in Nederland alleen dan worden toegepast als met de toegekende bevoegdheid niet of nauwelijks in de rechten of vrijheden van een burger kan worden ingegrepen en het legaliteitsbeginsel niet wordt gecompromitteerd, maar toch. Zie Bonnes 1994, p. 141 (zie noot 118).
- 137 I.e. het treffen van voorzieningen die ertoe strekken dat de daadwerkelijke effectuering van het gemeenschapsrecht in een lidstaat mogelijk wordt. Ergo, alles wat na de omzetting van een richtlijn of ter doorwerking van verordeningen, beschikkingen en het primaire verdragsrecht kan en moet worden ondernomen. Zie V.J.J.M. Bekkers, J.M. Bonnes, A.J.C. de Moor-van Vugt & W.J.M. Voermans, *Brussel en Nederland: tegenliggers, spookrijders of reisgenoten?*, Zwolle 1993, p. 116.
- 138 Zoals van der Gronden en – na hem – Hessel en Mortelmans dat noemen. J.W. van der Gronden, *Handhaving van EG-milieurichtlijnen door Nederlandse decentrale overheden*, *Milieu en recht* 1996, p. 96 en 100; Hessel & Mortelmans 1997, p. 125-126 (zie noot 134).
- 139 Zie R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, elfde druk, Deventer 2003, p. 52, p. 42 e.v.
- 140 Hier zou het misschien preciezer zijn om te spreken van de Europese gemeenschap, maar ik volg, om spraakverwarring te vermijden, de conventie van aanwijzing 340b Awr, die weer is gebaseerd op het Verdrag betreffende de Europese Unie.

het ook juridisch niet zou mogen en dat communautaire attributie slechts 'halve legaliteit' oplevert. Bonnes en Comijs zijn, voorzover ik kan overzien, ook die overtuiging toegedaan.¹⁴¹

Communautaire normen kunnen dus, zelfs op dit moment, een rechtstreekse bron van bevoegdheidsuitoefening van voor de nationale autoriteiten vormen.¹⁴² Dat is geenszins een 'wilde' stelling, zoals wel eens wordt beweerd.¹⁴³ Het bewijs voor de stelling is aan de hand van een voorbeeld eenvoudig te leveren.¹⁴⁴ Commissieverordening 1342/2003 van 28 juli 2003 bevat bijzondere uitvoeringsbepalingen ten aanzien van de bevoegdheid tot verlening van invoer- en uitvoercertificaten in de sector granen en rijst,¹⁴⁵ een bevoegdheid die oorspronkelijk in het leven is geroepen door een verordening uit 1995,¹⁴⁶ en die in Nederland is opgedragen aan het Hoofdproductschap Akkerbouw.¹⁴⁷ Moeten we voor de (ten opzichte) van 1995 nieuwe¹⁴⁸ bevoegdheden uit 2003 *opnieuw* de bevoegde autoriteit voor aanwijzen?

Als je vindt en volhoudt dat communautaire normen geen rechtstreekse bron voor bevoegdheidsuitoefening door nationale autoriteiten kunnen vormen dan betekent dat dat er eigenlijk steeds opnieuw aangewezen moeten worden. In de praktijk gebeurt dat – terecht – niet. Sterker nog: voor de bevoegdheid tot verlening van invoer- en uitvoercertificaten in de sector granen en rijst, die voortvloeit uit de uitvoeringsverordening uit 1995, is in Nederland nooit specifiek een uitvoeringsorgaan aangewezen. Alleen voor bevoegdheden voortvloeiende uit de door de Raad in 1992 vastgestelde basisverordening – die heel algemeen handelt over de gemeenschappelijke ordening der markten in de sector granen – is indertijd het Nederlandse Hoofdproductschap Akkerbouw als uitvoeringsinstantie aangewezen. Het hele stelsel van

141 Bonnes 1994, p. 125 (zie noot 118), Comijs 1998, p. 111 (zie noot 118).

142 Zie voor een sprekend voorbeeld artikel 5 van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb* 4 januari 2003, L 1, p. 1-25.

143 Door Jans e.a. 2002, p. 50 (zie noot 118).

144 Het willekeurig gekozen voorbeeld komt uit het publicatieblad van de dag waarop ik deze passage schreef.

145 Verordening (EG) nr. 1342/2003 van de Commissie van 28 juli 2003 houdende bijzondere uitvoeringsbepalingen inzake het stelsel van invoer- en uitvoercertificaten in de sector granen en rijst, *Pb* 29 juli 2003 L 189, p. 12-29, gebaseerd op Verordening (EEG) nr. 1766/92 van de Raad van 30 juni 1992 houdende een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector granen, *Pb* 1 juli 1992, L 181, p. 21, laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1104/2003, *Pb* 27 juni 2003, L 158, p. 1.

146 Verordening (EG) nr. 1162/95 van de Commissie van 23 mei 1995 houdende bijzondere uitvoeringsbepalingen inzake het stelsel van invoer- en uitvoercertificaten in de sector granen en rijst, *Pb* 24 mei 1995, L 117, p. 2. Deze verordening is nadien nog herhaaldelijk en ingrijpend gewijzigd.

147 In artikel 1 van de Overdrachtsregeling bevoegdheden Landbouwwet 1966, *Stcrt.* 1966, 205.

148 De bevoegdheden zijn nieuw in de zin dat ze substantieel zijn uitgebreid.

invoer- en uitvoercertificaten, met de daarbij behorende bevoegdheden, is via uitvoeringsbesluiten tot stand gekomen zonder dat dat in Nederland ooit tot aanpassing of opfrissing van de institutionele grondslag heeft geleid. Dat is in Nederland ook een vaste praktijk bij de aanwijzing van uitvoeringsinstanties. Als een keer voor de uitoefening van (meestal een cluster van) bevoegdheden een uitvoeringsinstantie is aangewezen dan wordt ervan uitgegaan dat ook alle toekomstige wijzigingen en uitbreidingen van die bevoegdheid daarmee zijn gedekt.

Er is daarom als je die praktijk doordenkt ook wel wat te zeggen voor de opvatting van Steyger¹⁴⁹ en Bok.¹⁵⁰ Die vinden dat EG-verordeningen een afdoende, en zoals door artikel 4:23 Awb gevergde, wettelijke basis kunnen verschaffen voor communautaire subsidiëring.¹⁵¹ Zelfs verordeningen die een heffing instellen, hebben, volgens Steyger, geen nadere Nederlandse wettelijke grondslag nodig. De EG-verordening zelf kan als wettelijke basis fungeren die artikel 104 Gw voor vereist voor belastingheffing.

Dat een EG-verordening een afdoende wettelijke grondslag zou kunnen bieden voor overheidsingrepen, zoals het Nederlandse legaliteitsbeginsel verlangt, is helemaal niet zo'n gekke gedachte als men soms wel wil doen geloven.

Van der Vlies en Widdershoven hebben daartegenin gebracht dat de erkenning van een verordening als voldoende wettelijke basis voor subsidies strijdt met het beginsel van de institutionele autonomie. Ook zou het leiden tot een uitholling van het legaliteitsbeginsel. Het legaliteitsbeginsel op communautair niveau heeft, zo stellen Van der Vlies en Widdershoven, een zwakke status. Dat moet, omdat er anders van de werking van het legaliteitsbeginsel niets overblijft, op nationaal niveau worden gecompenseerd. Erg overtuigend zijn die bezwaren niet.¹⁵²

Ten eerste verzet het beginsel van de institutionele autonomie zich helemaal niet tegen de onvoorwaardelijke werking van het gemeenschapsrecht. Dat autonomiebeginsel houdt slechts in dat als communautair recht moet worden uitgevoerd, al dan niet via de aanwijzing van een nationale instantie,

149 Zie E. Steyger, 'Wringend recht. Doorwerking van het gemeenschapsrecht gezien vanuit het perspectief van de nationale overheid', in: E. Steyger e.a., *Europees recht en het Nederlandse bestuursrecht*, preadvies VAR, VAR-reeks 116, Alphen aan den Rijn 1996, p. 28.

150 A.J. Bok, *Subsidies*, Deventer 2002, p. 42.

151 Artikel 4:23, derde lid, onder b, Awb zondert subsidies die rechtstreeks op grond van communautaire subsidieprogramma's worden verstrekt uit van de werking van artikel 4:23, eerste lid, Awb. Voor verordeningen geldt deze uitzondering niet. Zie Steyger 1996 (zie noot 149).

152 Zie I.C. van der Vlies & R.J.G.M. Widdershoven, *De betekenis van de Nederlandse Grondwet binnen de Europese rechtsorde, preadviezen voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Deventer 1998, p. 30-31.

het aan de lidstaat is overgelaten de modus daarvoor te kiezen. Niet meer en niet minder. Dat mag je niet omdraaien door dat uit te leggen als een voorwaarde voor bevoegdheidseffectuering. Ook het argument van het communautair zwak ontwikkelde legaliteitsbeginsel¹⁵³ dat door het nationale legaliteitsbeginsel moet worden gecompenseerd overtuigt niet. De redenering bijt zelfs in zijn eigen staart; een verordening kan geen wettelijke basis leveren omdat in het communautaire recht voor ingrijpend overheidsoptreden te weinig een wettelijke basis wordt gegeven.

Ook in het onlangs verschenen boek *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie* wordt flink afstand genomen van de gedachte dat een EG-verordening, net als een Nederlandse wet in materiële zin, een grondslag zou kunnen verschaffen voor ingrijpend overheidsoptreden. De schrijvers van het als boek uitgebrachte rapport voeren daar twee – gedeeltelijk bij de lijn Van der Vlies en Widdershoven aansluitende – argumenten voor aan. EG-verordeningen kunnen volgens hen geen bevoegdheidsbasis naar nationaal recht scheppen omdat:

- a) EG-verordeningen (of bepalingen daarvan) – eigenlijk net als andere vormen van internationaal recht – uitsluitend tot de lidstaten gericht kunnen zijn, en in die gevallen geen rechtstreekse rechten of plichten scheppen voor burgers;
- b) EG-verordeningen niet altijd door of met medewerking van democratische gelegitimeerde wetgevers tot stand worden gebracht.

Het eerste argument klopt volgens mij niet. Ten eerste al omdat het zich baseert op een binnen het communautaire recht, zoals Barents en Brinkhorst, niet meer relevant verschil tussen in 'rechtstreeks werkend' en 'rechtstreeks

153 Dat wordt wel afgeleid uit de uitspraak van het HvJEG 27 oktober 1992, C-240/90, *Jur.* 1992, I-5383 en *RegelMaat* 1993, p. 38 e.v. m.n. N. Bracke. In een uitvoeringsverordening had de Commissie een voorziening getroffen die inhield dat veehouders die in het voorgaande jaar hadden gefraudeerd, in het daaropvolgende jaar van subsidiëring zouden kunnen worden uitgesloten. Al was er in de basisverordening geen expliciete bevoegdheid hiervoor aan de Commissie gedelegeerd, het Hof achtte de uitvoeringsverordening op dit punt toch rechtmatig omdat het geen essentieel element betrof waarvoor een expliciete delegatie nodig zou zijn geweest. Je zou dat uit kunnen leggen als straf zonder wettelijke grondslag, maar ook als een voorbeeld van 'wie het meerdere mag, mag het mindere' afhankelijk van de vraag hoe je subsidiërelatie in dit geval ziet. In een heel wat bekendere vorm treffen we de notie van het legaliteitsbeginsel aan in de jurisprudentie van het Hof in de uitspraak HvJEG 12 mei, C-106/96, *Jur.* 1998, I-02729, AB 225, m.nt. FhvdB. Daar spreekt het Hof uit: 'In het stelsel van het Verdrag is voor de besteding van EG-gelden door de Commissie in beginsel niet slechts de inschrijving van het overeenkomstige krediet op de begroting vereist, maar ook een handeling van afgeleid recht (basisbesluit) waaruit die uitgave voortvloeit'. Die verplichting geldt slechts voor *wezenlijke* communautaire acties, 'Een dergelijk basisbesluit is evenwel niet vereist voor uitgaven die betrekking hebben op communautaire acties van ondergeschikt belang', aldus het Hof.

toepasselijk¹⁵⁴ recht.¹⁵⁵ Verordeningen kunnen wel degelijk zelf rechtstreeks bron van rechten en verplichtingen zijn. Een willekeurig voorbeeld uit het Publicatieblad EG van 27 juni 2003 kan dit verduidelijken. Op die dag werd de Verordening (EG) nr. 1119/2003 van de Commissie van 26 juni 2003 inzake de stopzetting van de visserij op wijting door vaartuigen die de vlag van Nederland voeren bekendgemaakt.¹⁵⁶ Artikel 1, tweede volzin, van die verordening bepaalt:

De visserij op wijting in de wateren van de ICES-zones VII b-k door vaartuigen die de vlag van Nederland voeren of die in Nederland zijn geregistreerd, alsmede het aan boord houden, het overladen en het lossen van vis uit dit bestand door deze vaartuigen, is verboden vanaf de datum waarop deze verordening van toepassing wordt.

Hoe je het ook draait, wendt of keert, deze norm verbiedt schepen onder Nederlandse vlag of registratie om wijting te vangen. Dat Nederland alsnog de sanctie op overtreding van dit verbod, of een uitvoeringsstelsel moet fourneren doet daar niet aan af.¹⁵⁷ Er is niets voorwaardelijks aan dit – evident – rechtstreekswerkende¹⁵⁸ verbod dat ook geldt zonder dat die sanctie er zou zijn. Een verordening kan, dat staat wel vast, een rechtstreekse bron van rechten en verplichtingen zijn voor burgers en instellingen in de lidstaten.¹⁵⁹

154 Barents & Brinkhorst beschouwen het verschil tussen rechtstreeks werkend en niet rechtstreeks werkend recht voor wat betreft het communautaire recht als een gepasseerd station. Dat onderscheid was in de eerste ontwikkelingsfase van het gemeenschapsrecht nodig, maar heeft nu zijn betekenis verloren. Tegenwoordig gaan het Hof en ook nationale rechters er automatisch vanuit dat een rechtstreeks toepasselijke gemeenschapsrechtelijke norm ook rechtstreekse werking heeft. Het communautaire recht heeft – zo zou men kunnen zeggen – in onze tijd autonome werking gekregen. Zie Barents & Brinkhorst 2003, p. 52 (zie noot 139). Besselink c.s. leggen het verschil rechtstreeks werking en rechtstreeks toepasselijk recht in hun boek nog wel aan. Zie Besselink e.a. 2002, p. 106-107 (zie noot 91).

155 Zie voor een verhandeling over het verschil tussen rechtstreekse werking en rechtstreekse toepasselijkheid L.F.M. Besselink, *Staatsrecht en buitenlands beleid*, tweede herziene druk, Nijmegen 1995, p. 43-44.

156 Pb 27 juni 2003, L 158, p. 43.

157 Zie in deze zin ook Kapteyn & VerLoren van Themaat, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, vijfde geheel herziende druk, Deventer 1995, p. 322-323 en Paul Craig & Gráinne de Búrca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, 3rd edition, Oxford 2003, p. 112-114 en p. 189-193 en de daar genoemde principiële uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak 34/73 (Variola), *Jur.* 1973, 981.

158 Zie Barents & Brinkhorst 2003, p. 52 (zie noot 139).

159 Zie ook vraag 1 jo. vraag 18 van de 101 *Praktijkvragen over de implementatie van EG-besluiten*, Ministerie van Justitie, derde druk, Den Haag 2001. Lenaerts & Van Nuffel vatten deze werking als volgt samen: 'Verordeningen zijn volgens artikel 249 (ex artikel 189) EG-Verdrag 'rechtstreeks toepasselijk' en binden dus zondere enige omzetting allen die er in de rechtsorde van een lidstaat materieel door worden getroffen. Wanneer een bepaling uit een verordening rechtstreekse werking bezit, kan een particulier zich daarom ook tegenover andere particulieren daarop beroepen', K. Lenaerts & P. van Nuffel, *Europees recht; in hoofdlijnen*, tweede druk, Antwerpen/Apeldoorn 1999, p. 639. Volgens Fairhurst en Vincenzi betekent het 'directly applicable' karakter van verordeningen dat: '(...) regulations shall be taken to have been incorporated into the national legal system of each of

Het tweede argument van Van Besselink c.s. – EG verordeningen zouden onvoldoende democratisch zijn gelegitimeerd – is ook een argument dat Van der Vlies en Widdershoven noemen. Die laatsten stellen dat: ‘verordeningen en Nederlandse wetten in materiële zin zijn niet gelijk te stellen in het licht van het legaliteitsbeginsel omdat het Europees Parlement niet altijd bij de vaststelling ervan betrokken is’.

Dat stemt tot nadenken. Zeker als je vindt dat de essentie van het legaliteitsbeginsel is de rechtsgenoten invloed te garanderen bij de rechtsvorming, dan zit er natuurlijk wat in dat argument. Verordeningen kunnen inderdaad nog steeds door de Commissie, al dan niet samen met de Raad, worden vastgesteld, zonder dat het Europees Parlement (EP) er bij wordt betrokken. Al geldt de codecisieprocedure, waarin het Europese parlement een volwaardige medewetgever is, voor steeds meer beleidsterreinen, en al wordt die procedure na 2004 nagenoeg de regel¹⁶⁰ zover is het nu nog niet.

Dat het Europees Parlement geen medewetgever is bij alle verordeningen wil echter nog niet zeggen dat er *daardoor* reeds iets mis is met de democratische legitimatie van die regelingen. Verordeningen worden – ook zonder dat medewerking van het EP – nagenoeg altijd met medewerking van de lidstaten vastgesteld. De lidstaten legitimeren communautaire wetgeving ook via hun aandeel in het besluitvormingsproces.¹⁶¹ Zo heeft het Nederlandse parlement, geholpen door het informatiesysteem van de fiches, bij de voorbereiding van de verordening de kans om in te spreken en mee te denken over de Nederlandse inbreng. In sommige gevallen echter worden verordeningen – in naam – zelfstandig door de Commissie vastgesteld, ter uitvoering van de regels die de Raad stelt.¹⁶² Het betreft dan meestal een vorm van eurodelegatie, waarbij het de Raad is die de hoofdregels stelt en de Commissie die nadere uitvoeringsregels stelt.

Net als in Nederland geldt daarvoor dat delegatie onder voorwaarden goed te rijmen is met de eisen die het legaliteitsbeginsel stelt. Daarbij komt nog dat in tegenstelling tot delegatie van regelgevende bevoegdheid in Nederlandse wetgeving bij eurodelegatie de delegans (dat is de Raad) niet als in Nederland zijn inhoudelijke greep verliest op de door de delegataris vast te stellen regels. De bevoegdheid die de Commissie kan krijgen om uitvoeringsregels te stellen over onderwerpen uit Raadsbesluiten op grond van artikel 202 van het EG-verdrag is sterk gereguleerd via het systeem van zogenaamde

the Member States automatically (...). They are binding on anyone falling within their terms within all Member States. They require no further action by Member States, and can be applied by the courts of the Member States as soon as they become operative.’ John Fairhurst & Christopher Vincenzi, *Law of the European Community*, fourth edition, Essex 2003, p. 39.

160 In het voorstel voor de Europese Grondwet zal deze codecisieprocedure gaan gelden als de gewone wetgevingsprocedure. Zie artikel 33 jo. artikel III-302 Ontwerp verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa, 18 juli 2003, CONV 850/03.

161 Lenaerts & Van Nuffel 1999, p. 599-600, randnrs. 608-609 (zie noot 159).

162 Zie artikel 202, derde gedachtestreepje, EG-Verdrag.

comitologie.¹⁶³ Dat systeem houdt in dat de Commissie zich bij het vaststellen van die uitvoeringsregels bij moet laten staan door comités met daarin afgevaardigden uit de lidstaten.¹⁶⁴ Kort en goed: met de democratische legitimatie van EG-verordeningen is, zeker in vergelijking met de Nederlandse situatie, in principe niets mis.

Wel bestaat er wellicht een subjectief ervaren tekort aan democratische legitimatie van besluiten die zo ver van huis tot stand komen. We hebben niet het idee dat we een aandeel hebben bij de vaststelling van communautaire wetgeving en ons nationale parlement maakt ook niet veel werk van (het besef van) dat aandeel. Misschien is de legitimatie van wetgevende EG-besluiten niet sterk omdat we niet willen dat die sterk is.¹⁶⁵ In formeel-juridische zin zijn EG-verordeningen democratisch gelegitimeerd.¹⁶⁶ EG-verordeningen die de codicisieprocedure hebben doorlopen kennen zelfs een dubbele democratische legitimatie (via nationale inbreng en EP). Ook dat kan dus geen reden vormen om daarvoor vatbaar communautair recht, zoals EG-verordeningen, niet te zien als volwaardige wettelijke basis voor overheidsingrepen.

Dat brengt me tot de voorlopige conclusie dat tegen 'kruisbestuiving' tussen communautair en Nederlands recht weinig bezwaren bestaan. Het communautaire recht, noch het Nederlandse constitutionele recht – met name de werking van het Nederlandse legaliteitsbeginsel – houdt juridische belemmeringen in voor communautaire attributie van bevoegdheid aan nationale ambten. Als in het Nederlandse recht bestuursbevoegdheden kunnen rusten op ongeschreven rechtsbeginselen dan kunnen ze zeker ook rusten op geschreven communautaire wetgeving. Daarbij moet wel worden aangekend dat het in de praktijk vaak nodig is maatregelen te treffen om er voor te zorgen dat de communautaire bevoegdheden ook daadwerkelijk in de praktijk kunnen worden gebruikt. De bevoegdheden zelf zijn echter niet afhankelijk van het bestaan van die nationale maatregelen, zoals ook volgt uit verschillende uitspraken van het Hof van Justitie (Variola, Amsterdam Bulb).¹⁶⁷

163 Zie Besluit 1999/468/EG van de Raad van 28 juni 1999 tot vaststelling van de voorwaarden voor de uitoefening van de aan de Commissie verleende uitvoeringsbevoegdheden, *Pb* 1999, L 184, p. 23-26.

164 Zie Kapteyn & VerLoren van Themaat 1995, p. 246 e.v. (zie noot 157).

165 Jacqueline Bonnes komt in een van de stellingen bij haar proefschrift *Uitvoering van EG-verordeningen in Nederland* uit 1994 ook uit op een dergelijke vooronderstelling. Haar vierde stelling luidt: 'Het democratische deficit van de Europese Unie is minder een kwestie van gebrek van bevoegdheden van het Europese Parlement, dan van gebrek aan belangstelling van nationale parlementen voor voorgenomen Europese regels'.

166 Lenaerts & Van Nuffel (zie noot 159).

167 HvJEG zaak 34/73 *Jur.* 1973, 981 (Variola) en HvJEG zaak 50/76 *Jur.* 1977, 137 (Amsterdam Bulb BV).

Dat zal ook in de nabije toekomst niet anders worden. Het *Ontwerp-Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa*¹⁶⁸ breidt de werkingssfeer van de co-decisieprocedure¹⁶⁹ – die straks de gewone wetgevingsprocedure heet – uit en geeft de verordening een nieuwe naam: de Europese wet.¹⁷⁰ Wat verandert is dat er een duidelijker kader komt voor delegatie. De nieuwe norm luidt: essentiële beleidsonderdelen moeten worden geregeld in een Europese wet of Europese kaderwet (de richtlijn-nieuwe-stijl).¹⁷¹ Voor niet-wezenlijke onderdelen van een Europese wet of kaderwet kan de bevoegdheid tot het uitvaardigen van een gedelegeerde verordening worden overgedragen aan de Commissie. Dat klinkt bekend. Thuis in Nederland kennen we deze uitwerking van het legaliteitsbeginsel als het primaat van de wetgever. Maar daarmee loop ik op de zaken vooruit.

168 Document uitgebracht door het secretariaat van de Europese Conventie op 18 juli 2003, CONV 850/03.

169 Voorgesteld artikel III-302.

170 Voorgesteld artikel 32.

171 Voorgesteld artikel 32.

De laatste te bespreken vorm van toedeling van bevoegdheid is delegatie. Delegatie houdt in: de overdracht van een bevoegdheid aan een ander die die bevoegdheid onder eigen naam en verantwoordelijkheid uit gaat oefenen. Al staat dat nergens in de Grondwet of enige andere wet, we gaan er in Nederland stilzwijgend van uit dat alleen regelgevende en bestuursbevoegdheid kunnen worden gedelegeerd. De bevoegdheid om recht te spreken kan, klaarblijkelijk, niet worden overgedragen. Delegatie van bestuurs- en regelgevende bevoegdheid kan binnen een en hetzelfde overheidsverband plaatsvinden, maar ook worden overgeheveld naar een ander overheidsverband. Delegatie is ook privaat: een bevoegdheid die eenmaal is overgedragen kan niet meer door de overdrager (netter: de delegans) zelf worden uitgeoefend.¹⁷²

Delegatie heeft vele voordelen: het is efficiënt en geeft de mogelijkheid naar behoefte andere overheidsniveaus in te schakelen binnen een vooraf door een democratisch gelegitimeerde wetgever vastgestelde bandbreedte. Het bevordert ook de flexibiliteit van wetgeving, de slagvaardigheid van de overheid,¹⁷³ de decentralisatie en deconcentratie. Tegenover die voordelen staan nadelen. Delegatie – zeker van regelgevende bevoegdheid – wringt tot op zekere hoogte met het legaliteitsbeginsel. Bij het overdragen van regelgevende bevoegdheden aan lagere regelgevers, zoals de regering, een minister of een zelfstandig bestuursorgaan gaat namelijk de directe participatie van een volksvertegenwoordiging bij het vaststellen van wetgeving verloren. Dat verlies wordt weliswaar gedeeltelijk gecompenseerd doordat lagere regelgevers vaak (niet altijd) verantwoording verschuldigd zijn aan het parlement of een decentrale volksvertegenwoordiging, maar niet helemaal: het maakt een groot verschil of je direct bij de inhoudelijke bepaling van wetgeving betrokken bent, of dat je slechts achteraf, in het kader van de verantwoording, mag laten horen wat je van een reeds vastgestelde wettelijke regeling vindt. Ook de praktijk om delegatie van regelgevende bevoegdheid materieel of procedureel te clausuleren kan daar – met uitzondering een enkele voorhangprocedure¹⁷⁴ – niet veel aan veranderen.

Een ander nadeel van delegatie van regelgevende bevoegdheid is dat er asymmetrie in de machtsverhoudingen kan ontstaan. Ambten die volgens het

172 Zie artikel 10:17 Awb.

173 Zie voor deze voordelen ook Commissie-Polak, *Orde in de regelgeving*, Eindrapport van de Commissie wetgevingsvraagstukken, Den Haag 1985, p. 43-45.

174 Met name de figuur van delegatie onder voorbehoud van goedkeuring bij wet (aanwijzingen 40 en 41 Awr) en de voorwaardelijke delegatie (aanwijzingen 42 en 43 Awr).

machtenscheidingsmodel van de trias politica bij uitstek belast zijn met de uitvoering van wetten kunnen via delegatie soms een regelgevende bevoegdheid krijgen. Dat kan een ongewenste functiecumulatie betekenen.

Om deze nadelen te ondervangen legt het recht beperkingen aan op delegatie.

BEPERKINGEN VOOR DELEGATIE VAN REGELGEVENDE BEVOEGDHEID

Een eerste beperking volgt uit het systeem van de Nederlandse Grondwet. Die Grondwet geeft via een vaste terminologie aan wanneer delegatie wel en wanneer die niet is toegestaan. Gebruikt de Grondwet de formule 'bij of krachtens de wet' of enigerlei vorm van het werkwoord 'regelen' of het zelfstandig naamwoord 'regel' of 'regeling' dan is delegatie van regelgevende bevoegdheid van de wetgever in formele zin aan een lagere regelgever toegestaan.¹⁷⁵ Ontbreekt een van deze termen dan is delegatie niet toegestaan en is hooguit regeling bij wet in formele zin mogelijk.¹⁷⁶ Het grondwettelijke delegatieverbod houdt, zo wordt wel aangenomen, in dat alle *wezenlijke* bepalingen ten aanzien van het betrokken onderwerp in een wet in formele zin moeten worden neergelegd.^{177/178} Dat houdt voor de formele wetgever ook een verbod in om via de omweg van toekenning van vage bestuursbevoegdheden inhoudelijke beslissingen geheel aan lagere organen over te laten.¹⁷⁹

De tweede delegatiebeperking volgt uit het primaat van de wetgever. Dat primaat houdt in dat de bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften in beginsel bij een democratisch gelegitimeerde wetgever dient te berusten. Omdat door het volume en de aard van de eisen die aan de overheid worden gesteld, de democratisch gelegitimeerde wetgever fysiek niet meer in staat is om alle benodigde regels te stellen, is delegatie noodzaak. Het primaat van de wetgever geeft een norm voor die delegatieafwegingen door de te bepalen dat de hoofdelementen van een regelingscomplex¹⁸⁰ in ieder geval door een democratisch gelegitimeerde wetgever

175 De Grondwet kent zelf een uitzondering op dit systeem in artikel 104 waar de term 'uit kracht van een wet' wordt gebruikt, dit om aan te duiden dat grote terughoudendheid met delegatie moet worden betracht.

176 In een enkel geval staat de Grondwet in het kader van de beperking van grondrechten zelfs geen regelgevend optreden van de formele wetgever toe. Zie hiervoor bijvoorbeeld artikel 5 Gw.

177 Zie aanwijzing 23 Awr.

178 Een grondwettelijk delegatieverbod laat overigens onverlet dat als uitvoering te beschouwen regels over details toch aan een lagere regelgever worden overgelaten. Zie ook in deze zin HR 11 januari 1977, NJ 1977, 467 (Bromfietsvalhelmarrest).

179 Zie Derks 1995, m.n. p. 170-171 (zie noot 6) en W. Konijnenbelt, 'Delegatie van wetgevende bevoegdheid: het keurslijf van de Awb', *RegelMaat* 2001, p. 47-48.

180 Elementen die de reikwijdte van een regeling bepalen en elementen die kunnen gelden als structurele elementen. Aanwijzingen 22 jo. 24 van de Awr geven aan om welke elementen het – in de ogen van de opstellers van het wetgevingsbeleid – gaat.

moeten worden vastgesteld. Dit primaat druk uit welke betekenis het legaliteitsbeginsel heeft voor wetgeving: het is aan de wetgever de essentiële (rechtspolitieke) keuzen over de inhoud van het recht te maken. Die keuzen kunnen niet worden overgelaten aan het bestuur of aan de rechter.¹⁸¹ Het primaat van de wetgever is een fundamenteel beginsel dat is geoperationaliseerd in praktische wetgevingsvoorschriften zoals de Aanwijzingen voor de regelgeving. Het is geen harde norm in die zin dat hij voor de rechter ingeroepen kan worden.

De laatste jaren heeft dit primaat onder vuur gelegen. Het is in de kern, zo luidt de kritiek, een sterk juridisch getinte en tijdgebonden reactie ten aanzien van problemen van wetgeving.¹⁸² Zo vestigt het primaat van de wetgever wel erg veel vertrouwen in het legitimerende vermogen van mede-wetgevende volksvertegenwoordigingen¹⁸³ en heeft het wellicht te weinig oog voor de noodzaak om via wetgeving snel en effectief op regelingsbehoeften in te springen. Ook de vloed van communautaire regels die via wetgeving geïmplementeerd moet worden doet vraagtekens rijzen bij het nut van een nadere inbreng van Nederlandse volksvertegenwoordiging; meestal heeft het EP al een aandeel gehad bij de vaststelling en is het Nederlandse parlement bij de voorbereiding betrokken geweest. Aan de andere kant wordt door de primaat-criticasters betwijfeld of volksvertegenwoordigingen nog wel het vermogen en de expertise hebben om tot een gedetailleerd en inhoudelijk oordeel te komen over dergelijke implementatiewetgeving. Herijking van het primaat van de wetgever zou kunnen voorkomen dat het beginsel als richtsnoer een substantieeloos mechanisme wordt dat slechts abstracte formele wetten genereert die tot nagenoeg inhoudsloze kaders verworden voor uitvoeringsregelingen.¹⁸⁴ Jurgens heeft voorgesteld om voor eens en altijd afscheid te nemen van het primaat van de wetgever. Gedelegeerde regelgeving zou uitgangspunt moeten zijn waarbij de taak van het parlement veel meer een controlerende zou moeten worden dan die van medewetgever.¹⁸⁵

Zelf heb ik gesuggereerd om een verschil aan te leggen tussen voorstellen voor wettelijke regelingen die volledige 'technische' participatie van een parlement behoeven en voorstellen voor regelingen die slechts op hoofdlijnen

181 Zie o.a. Commissie-Polak 1985, p. 43 (zie noot 173); W. Voermans, 'Toekomstperspectieven voor het primaat van de wetgever', *RegelMaat* 1998, p. 35-40.

182 Zie P. Eijlander, M. Lokin & W. Voermans, 'Delegatie van wetgevende bevoegdheid: de Aanwijzingen voorbij', *RegelMaat* 2001, p. 67.

183 Zie W.J. Witteveen, 'Delegeren is communiceren', in: I. Kolhoop (red.), *Delegatie van wetgevende bevoegdheid*, Alphen aan den Rijn 1992, met name p. 50 en p. 97-98, waarin hij wijst op het verschijnsel dat delegeren ook een vorm van (meta-)communiceren is over waarden die met wetgeving verbonden zijn.

184 Zie Eijlander & Voermans 2000, p. 46 (zie noot 8); Van Ommeren 1996, p. 169 e.v. (zie noot 8).

185 Zie voor deze pleidooien o.a. E.C.M. Jurgens, 'De mythe van Meerenberg', *NJB* 1993, p. 1381 e.v. en E.C.M. Jurgens, 'Het primaat van de wetgever: hoezo primaat?', *RegelMaat* 1998, 1, p. 30 e.v.

van beleid en politiek de aandacht van het parlement behoeven.¹⁸⁶ Voor de tweede categorie zou dan een 'fast lane' kunnen worden ingericht. Inmiddels wijs geworden door het leven zie ik nu in dat een probleem bij dit voorstel is dat het bestuur dan uit zou moeten maken welke voorstellen wel en welke niet de indringende aandacht van het parlement behoeven. De kat wordt wel erg op het spek gebonden. Verder zou vrij veel moeite moeten worden geïnvesteerd in de bepaling van het onderscheid tussen de twee soorten voorstellen en de bedoeling was nu juist tijd te winnen.

De vraag die blijft is, of het primaat van de wetgever werkelijk tot een louter totem is verworden. Dat is een kwestie van perspectief. Dat vergaande delegatie van regelgevende bevoegdheid noodzakelijk is omdat tegenwoordig volksvertegenwoordigingen onmogelijk nog een deskundig inhoudelijk aandeel kunnen hebben bij de bepaling van wetgeving is een inschatting die ook iets zegt over onze wetgevingscultuur. Die Nederlandse wetgevingscultuur kun je, denk ik, zonder grote reserves gouvernementeel, of bestuursgeoriënteerd noemen. Van wetgeving verlangen we in Nederland dat het een goede bestuurlijke en rechtsstatelijke kwaliteit heeft, dat het bestuur snel het vermogen en de bevoegdheden verschaft om effectief problemen in de samenleving aan te pakken, dat het flexibel en snel aanpasbaar is, technisch klopt, kortom dat – door de bank genomen – het bestuur er goed mee uit de voeten kan.

Jurgens' voorstel past prima in die gouvernementele cultuur van wetgeven. Door het afschaffen van primaat hoeft het parlement zich niet langer uit te putten in *het tijd- en energievretende* inhoudelijke mede-wetgeven. Die energie kan in Jurgens' visie beter worden gespaard voor de rechtstreekse politieke controle op het handelen van het bestuur.

Het kan ook anders. In de Verenigde Staten is de rol van de volksvertegenwoordigingen – op federaal en vaak ook op deelstatelijk niveau – bij wetgeving een andere. Het Amerikaanse Congres, bijvoorbeeld, is een wetgever die in de eerste plaats via wetgeving het bestuur controleert en aan banden legt. Dat heeft natuurlijk ook alles te maken met het regeringsstelsel van de VS.

Dichter bij huis valt het voorbeeld te noemen van het Europees Parlement dat als mede-wetgever een hele andere rol speelt en ook een andere wetgevingshouding kent dan het Nederlandse parlement. Net als het Nederlandse parlement heeft het EP een controlerende taak en een mede-wetgevende taak, maar het EP legt andere accenten in zijn werk. Zo is het EP is een zeer actieve mede-wetgever die veel werk maakt van het amenderen van commissievoorstellen¹⁸⁷ en graag ook inhoudelijke controle houdt op uitvoeringsregels die de commissie vaststelt. Het nieuwe comitologiebesluit uit 1999 is een duidelijke uiting van de behoefte van het EP om inhoudelijke controle te houden op uitvoeringsbesluiten.¹⁸⁸ Die andere wetgevingscultuur heeft tot gevolg dat het EP

186 Voermans 1998 (zie noot 181).

187 Zie W. Konijnenbelt & W. Voermans, 'Het Europees Parlement als wetgevingsgeweten van de Europese Unie? Observaties en ervaringen op basis van een jaar wetgevingsonderwijs voor het Europees Parlement', *RegelMaat* 2002, p. 42-54.

188 Zie met name overweging 9 van het Besluit 1999/468/EG, *Pb* 7 juli 1999, L 184.

meer zelf wetgeeft (meer amendementen), de wetgeving daardoor technisch een andere – wij zouden zeggen: soms slechtere – wetgevingskwaliteit heeft, parlementariërs zich meer met details bezig houden, wetgeving niet in een keer, maar in stukjes en beetjes tot stand komt, etc.¹⁸⁹ Die andere wetgevingscultuur is als zodanig niet beter of slechter dan de Nederlandse, maar laat wel zien dat wat in Nederland als een gegeven beperking voor de parlementaire betrokkenheid bij wetgeving wordt gezien, niet noodzakelijk onveranderbaar is.

Dat brengt me er ook toe de toekomst voor het primaat van de wetgever als norm voor delegatie van regelgevende bevoegdheid niet al te somber in te zien. Als beginsel kan het waken tegen een té vergaande gouvernementalisering van onze wetgevingscultuur, waarin nogal eens, met een beroep op de noodzaak om te kunnen besturen, constructies worden bedacht om bestuursoptreden zonder wettelijke grondslag te rechtvaardigen.¹⁹⁰ Ook kan het primaat beschermen tegen een *neerwaartse gouvernementele spiraal*, waarin:

- volksvertegenwoordigingen, in de confrontatie met een steeds machtiger en deskundiger bestuur,
- steeds verder op achterstand worden gezet doordat het bestuur zelf de wetten – waarin datzelfde bestuur zich zelfs steeds meer bevoegdheden toekent – voorbereidt, voorstelt en uitvoert,
- waardoor op zijn beurt de volksvertegenwoordiging steeds minder in staat is zich daarover een deskundig inhoudelijk oordeel te vormen, en
- daardoor weer verder wordt teruggedrongen in de rol van controleur-na-de-feiten.

In 2001 constateerden Eijlander, Lokin en ikzelf in *RegelMaat* dat delegatiebepalingen in de wetgevingspraktijk soms juist worden opgenomen om het debat met het parlement te vermijden, of als verlegenheidsoptie, omdat de gedachten over regelen van een onderwerp nog onvoldoende zijn uitgekristalliseerd.¹⁹¹ Dat zijn vanuit een oogpunt van democratische legitimatie van wetgeving te vermijden praktijken.

Aan de andere kant laat het primaat van de wetgever ruimte genoeg om via delegatie flexibiliteit en doelmatigheid in wetgevingscomplexen in te bouwen. Zo verzet het primaat van wetgever zich niet tegen constructies die via gedelegeerde regelgeving eenvoudiger implementatie van EG-richtlijnen of -verordeningen mogelijk maken,¹⁹² of vormen van subdelegatie van regelgevende bevoegdheid.¹⁹³

189 Zie voor deze karakterisering Richard Corbett, Francis Jacobs & Michael Shackleton, *The European Parliament*, vierde druk, John Harper Publishing, London 2000, p. 7.

190 Zie ook W. Voermans, 'Besluit DNA-onderzoek als uiting van een regressieve zelfstandige-Amvb-opvatting', *RegelMaat* 2003, p. 78-83.

191 Eijlander, Lokin & Voermans 2001, p. 69 (zie noot 182).

192 Zie aanwijzing 339 jo. aanwijzing 26, tweede lid, Awr.

193 Sub-sub-delegatie komt, zoals al eerder werd opgemerkt, wel in strijd met het primaat van de wetgever, net als 'impliciete' subdelegatie, d.w.z. subdelegatie die geen grondslag kent in de wet zelf.

Een laatste groep van beperkingen aan delegatie van regelgevende bevoegdheid door wetgevers in materiële zin is te vinden in de Algemene wet bestuursrecht. Ik zal die beperkingen bespreken in het kader van de normering van delegatie van bestuursbevoegdheid.

DELEGATIE VAN BESTUURSBEVOEGDHEID

De belangrijkste normen voor delegatie van bestuursbevoegdheid¹⁹⁴ zijn tegenwoordig in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) opgenomen. Die Awb geeft regels voor het overdragen door een bestuursorgaan van de bevoegdheid tot het nemen van besluiten.¹⁹⁵ Vanwege de ruime definitie van het besluitbegrip van artikel 1:3 Awb betekent dit dat de delegatienormen van de Awb zich ook uitstrekken over delegatie van de bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften, i.e. wetgeving in materiële zin. Eigenlijk is alleen wetgeving in formele zin onttrokken aan het Awb-delegatieregime. Enkele belangrijke voorschriften die de Awb ten aanzien van delegatiebesluiten aanlegt zijn:

- a) het verbod van delegatie aan ondergeschikten;¹⁹⁶
- b) de eis van een wettelijke basis;¹⁹⁷
- c) de privatieve werking van delegatie, en¹⁹⁸
- d) de beperking van de mogelijkheid om instructies aan de delegataris mee te geven. Dat laatste kan onder het Awb-regime alleen in de vorm van beleidsregels.¹⁹⁹

Opvallend is dat de Algemene wet bestuursrecht de mogelijkheid tot delegatie strak bindt aan de wil van de wetgever. Delegatie is alleen na een wettelijke machtiging daartoe toegestaan. Volgens sommigen is dat een te strakke binding met consequenties die in ieder geval bestaande delegatiepraktijken – zoals de conserverende delegatie – illegaal maken.²⁰⁰ Ook over de consequenties die de Awb-delegatienormen voor het overdragen van regelgevende bevoegdheid hebben zou niet genoeg zijn nagedacht. Ik kan de bezwaren op dit punt niet delen. Volgens mij zijn de belangen van gewenste bestuurlijke flexibiliteit en controle van de wetgever op delegatieconstructies in de Awb juist goed in balans gebracht. Dat de praktijk zich voordien ten gunste van het be-

194 Bij delegatie van bestuursbevoegdheid wordt – onder invloed van de delegatieafdeling van de Awb – tegenwoordig nog nader onderscheiden tussen *autodelegatie* (overdracht door een orgaan van een eigen bevoegdheid) en *allogedelegatie* (overdracht door een orgaan van de bevoegdheid van een ander orgaan). Artikel 10:20 Awb omschrijft allogedelegatie als ‘overdracht door een bestuursorgaan van een bevoegdheid van een ander bestuursorgaan’.

195 Zie artikel 10:13 Awb.

196 Artikel 10:14 Awb.

197 Artikel 10:15 Awb.

198 Artikel 10:17 Awb.

199 Artikel 10:16 Awb.

200 Zie Konijnenbelt 2001, p. 49 en p. 52-53 (zie noot 179).

stuur aan de controle van de volksvertegenwoordigende wetgever had onttrokken, levert niet direct zwaarwegende argumenten om daar anders over te denken. Het primaat van de wetgever, als uitdrukking van het legaliteitsbeginsel, wordt met deze regeling recht gedaan, ten koste, dat wel, van wat ik een gouvernementele wetgevings- en mitsdien ook – gouvernementele delegatiecultuur noem, die de onwrikbare noodzaak tot omvangrijke delegatie als uitgangspunt van denken neemt.

In dat kader verdienen ook de Wet dualisering gemeentebestuur en het ahangige voorstel Wet dualisering gemeentelijke medebewindsbevoegdheden²⁰¹ bijval. Als regel wordt daarin het vaststellen van algemeen verbindende aan de gemeenteraad overgelaten.²⁰² Tevens wordt getracht de gemeenteraad te ontlasten van andere taken, zodat die zich beter kan concentreren op de functies vertegenwoordiging, controle en kaderstelling. Een probleem is wel dat de delegatieregeling van artikel 156 van de Gemeentewet nog niet correspondeert met de uitgangspunten van de dualisering en ook niet rijmt met het primaat van de wetgever. Weliswaar is in 2002 aan dit artikel het voorschrift toegevoegd dat delegatie alleen mogelijk is, tenzij de aard van de bevoegdheid zich daartegen verzet, maar daarmee kan de gemeenteraad nog steeds – ook op het terrein van hoofdelementen van een regeling – verordnungsbevoegdheid delegeren aan het college van burgemeester en wethouders (B&W). Dölle en Elzinga²⁰³ en in hun voetspoor ook Brouwer en Schilder²⁰⁴ hebben daarom een lans gebroken voor aanpassing van artikel 156 van de Gemeentewet. Schilder en Brouwer stellen zelfs voor de delegatiemogelijkheid geheel te schrappen. Het technische karakter van gemeentelijke voorschriften en de geringe voorbereidingsduur ervan maken delegatie verordende bevoegdheid eigenlijk overbodig. Aan de behoefte tot het stellen nadere uitvoeringsregels door B&W kan, volgens hen, net zo goed worden voldaan door per verordening bestuursbevoegdheid aan B&W toe te kennen op basis waarvan het college dan vervolgens beleidsregels kan stellen.²⁰⁵ Ik kan de gemeentelijke praktijk onvoldoende overzien om te weten of inderdaad geen behoefte aan delegatie van verordenende bevoegdheid bestaat. Het Ambtenarenreglement van de gemeente Amsterdam, dat wordt gekenmerkt door veel opdrachten tot nadere regelgeving aan B&W, doet vermoeden dat daar niet alle behoefte aan nadere regeling afgedekt kan worden via de toekenning van bestuursbevoegdheid.²⁰⁶

201 *Kamerstukken II* 2002/03, 28995, nrs. 1-3.

202 De gemeenteraadsleden hebben in de gedualiseerde Gemeentewet ook het recht van initiatief en het recht van amendement gekregen. Zie artikelen 147a en 147b Gemeentewet.

203 A.H.M. Dölle & D.J. Elzinga, *Handboek van het Nederlandse gemeenterecht I*, tweede druk, Deventer 1999, p. 195.

204 J.G. Brouwer & A.E. Schilder, 'Delegatie van verordenende bevoegdheid in de gemeente', *RegelMaat* 2001, p. 63-64.

205 Brouwer & Schilder (zie noot 204).

206 *Ambtenarenreglement Amsterdam*, uitgegeven door de Stadsdrukkerij Amsterdam, elfde geheel herziene uitgave, Amsterdam 2001.

De delegatieregeling van de Awb doet in wezen geen uitspraken over de vraag welke bevoegdheden wel en welke niet kunnen worden gedelegeerd. Dat wordt overgelaten aan de bijzondere wetgever. De Awb levert slechts controle-instrumenten. Zo ontstaat wel het risico dat de wetgever er toe overgaat om algemene delegatievolmachten te creëren.²⁰⁷ Daarmee kan de aangelegde norm worden ontdoken, net zoals bij het vereiste van een wettelijke basis voor subsidiëring ex artikel 4:23 van de Awb wel is gebeurd.²⁰⁸ In wezen vervalt daarmee de ratio achter de Awb-regeling: het onder controle brengen en houden van delegatiebesluiten door een democratisch gelegitimeerde wetgever.

DELEGATIE VAN BEVOEGDHEID IN HET COMMUNAUTAIRE RECHT

Een laatste hier te verkennen vraag is of via delegatie in een Europees besluit een Nederlandse instelling bevoegdheid toegekend kan worden. Eigenlijk is die vraag al gedeeltelijk in de paragraaf over attributie van bevoegdheid op basis van het communautaire recht aan de orde geweest. Communautaire besluiten en met name verordeningen kunnen in beginsel bevoegdheid en een bevoegdheidsgrondslag scheppen, was daar de uitkomst. Daarbij heb ik de vraag of de bevoegdheid krachtens attributie of delegatie werd toegekend slechts zijdelings behandeld. Toch is die vraag van belang. Artikel 202 van het EG-Verdrag bepaalt dat de Raad ter uitvoering van de regels die hij stelt uitvoeringsbevoegdheid aan de Commissie kan delegeren. De Raad is niet alleen bevoegd, maar zelfs verplicht om in de daarvoor in aanmerking komende gevallen de vaststelling van uitvoeringsvoorschriften aan de Commissie te delegeren. Alleen in bijzondere gevallen kan de Raad dat, omstandig gemotiveerd, zelf doen, zo bepaalt het Delegatie-arrest uit 1988.²⁰⁹ Voor Nederlandse begrippen een omgekeerde wereld. De Raad delegeert niet graag, omdat daardoor mogelijk controle uit handen wordt gegeven. De uitoefening van die gedelegeerde bevoegdheden wordt dan ook vaak aan strikte voorwaarden gebonden. De bekendste bewakingsmethode is die van de al eerder genoemde delegatie aan comités via comitologieprocedures die er voor zorgen dat de lidstaten controle houden op de uitoefening van de bevoegdheden. Het Comitologiebesluit uit 1999 bevat een algemeen kader voor die comitologieprocedures.²¹⁰ Over mogelijkheden tot delegatie van bevoegdheid buiten de relatie Raad-Commissie zwijgt het Verdrag, maar in het Meroni-arresten²¹¹ is

207 Artikel 156 van de Gemeentewet kan als een dergelijke algemene wettelijke basis gelden.

208 Zie bijvoorbeeld de Kaderwet subsidies SZW en Kaderwet subsidies LNV die de minister van SZW respectievelijk LNV heel in het algemeen bevoegd maken subsidie op hun beleidsterreinen te verstrekken.

209 HvJEG 24 oktober 1988, zaak 16/88, *Jur.* 1989, 3457 Delegatie (Raad v. Commissie).

210 Besluit 1999/468/EG van de Raad van 28 juni 1999 tot vaststelling van de voorwaarden voor de uitoefening van de aan de Commissie verleende uitvoeringsbevoegdheden, *Pb* 1999, L 184.

211 HvJEG 13 juni 1958 9/56 *Jur.* 1958, 11 Meroni I en HvJEG 13 juni 1958 10/56 *Jur.* 1958, 55 Meroni II.

aangenomen dat ook aan anderen dan de Commissie gedelegeerd kan worden in besluiten van de Raad, mits die delegatie aan dezelfde regels is onderworpen als die welke in de verdragen zijn voorgeschreven ten aanzien van de uitoefening van deze bevoegdheden door de delegerende instellingen zelf. Dat betekent dat een dergelijke delegatie zeer nauwkeurig omschreven zal moeten zijn, ook al om adequate rechterlijke toetsing mogelijk te maken. Buiten de relatie Raad-Commissie is alleen delegatie van 'pouvoirs d'exécution nettement délimités' toegestaan.²¹² In beginsel kan dus het stellen van uitvoeringsregels van communautaire besluiten als bedoeld in artikel 202 van het EG-Verdrag ook aan anderen dan de Commissie worden overgelaten. Daarbij moet wel worden bedacht dat artikel 202 EG-Verdrag een heel beperkte delegatiere relatie normeert. Het gaat daarin om de bevoegdheid tot het stellen van nadere regels over onderwerpen van die bijvoorbeeld in verordeningen en richtlijnen aan de orde komen en die veelal Uniebreed zullen gaan gelden. Dat maakt ook duidelijk waarom op deze voet nauwelijks bevoegdheden aan de lidstaten of instellingen binnen de lidstaten kunnen worden gedelegeerd. De opdracht die veel communautaire besluiten voor lidstaten bevatten om uitvoeringsmaatregelen te treffen kunnen niet als een 'delegatie' in de zin van het Verdrag worden beschouwd.²¹³ Ten eerste wordt in communautaire besluiten met de opdracht tot het treffen van uitvoeringsmaatregelen geen bestaande bevoegdheid aan de lidstaten overgedragen: de communautaire instellingen hebben zelf geen bevoegdheid om communautair recht in de lidstaten te implementeren. Verder zijn die uitvoeringsmaatregelen ook niet te begrijpen als 'bevoegdheden' die artikel 202 van het Verdrag stelt.²¹⁴ Het ontwerp-verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa²¹⁵ brengt in de delegatieregeling geen verandering, al wordt er een nauwkeuriger onderscheid aangelegd tussen gedelegeerde verordeningen, die Europese wetten en kaderwetten kunnen aanvullen of wijzigen,²¹⁶ en uitvoeringshandelingen, zijnde de uitvoeringsmaatregelen van intern recht ter uitvoering van de juridisch bindende handelingen van de Unie. Indien het nodig is dat de bindende handelingen van de Unie volgens eenvormige voorwaarden kunnen worden uitgevoerd (i.e. uniforme implementatiestandaarden) dan kan de Commissie of de Raad daarvoor een aparte bevoegdheid worden toegekend.²¹⁷ In strikte zin is dat laatste geen delegatie, want de lidstaten dragen ook hier hun implementatiebevoegdheid niet over.

212 Zie Kapteyn & VerLoren van Themaat 1995, p. 153-154 en daar aangehaalde jurisprudentie (zie noot 157).

213 Zelf noemt het Hof die bevoegdheden wel eens 'gedelegeerde bevoegdheden'. Ten onrechte zo lijken ook Kapteyn & VerLoren van Themaat te vinden. Zie Kapteyn & VerLoren van Themaat 1995, p. 155 (zie noot 157).

214 Zie Kapteyn & VerLoren van Themaat (zie noot 157).

215 *Conv* 850/03.

216 Voorgesteld artikel 35.

217 Voorgesteld artikel 36.

Meer dan ik me vooraf voornam is dit een traditioneel verhaal geworden over het wezenlijke vraagstuk van de wijze waarop ons recht de toedeling van publiekrechtelijke bevoegdheid beheerst. Het zal de Leidse lucht wel zijn. Wellicht heeft u het allemaal al een keer gehoord, misschien hooguit in een wat ander verband, misschien beter en in dat geval zeker van een ander. Daar wil ik tegenover stellen dat traditionele verhalen over de waarden en garanties die ons recht ons biedt, het verdienen om steeds opnieuw te worden verteld, is het niet om te stichten dan toch steeds opnieuw hun relevantie en betekenis te doordenken in het licht van nieuwe ontwikkelingen. Die traditionele, hopelijk ook klassieke ingang bracht ons vandaag op het spoor van een schijnbaar wat op de achtergrond geraakte betekenis van het legaliteitsbeginsel: die van de garantie van een aandeel van de rechtsgenoten bij de bepaling van het recht. Die betekenis duikt op in discussies over een democratisch tekort en daarmee legitimiteit van Europese regelgeving, laat zien dat we in Nederland een misschien wat gouvernementele wetgevingscultuur kennen en bijgevolg ook de garanties die het legaliteitsbeginsel biedt in eerste instantie zijn gaan zien in termen van bescherming tegen willekeurig optreden van de overheid.²¹⁸ De gedachte dat de wetgever via de toedeling van bevoegdheid ook *vooraf* bepaalt of en in hoeverre overheidsorganen bevoegd zullen zijn om in te grijpen in rechten en vrijheden van burgers (de gedachte van zelfbepaling) heeft, zoals we hebben gezien, met name via de Algemene wet bestuursrecht weer nieuwe impulsen gekregen. De balans is daar ten faveure van mede-

218 In een interessante analyse die de aftrap en het raam vormt voor de studies in het boek *De rechtsstaat als toetsingskader* ziet Van Ommeren de relativering van rechtstatelijke eisen, waaronder het legaliteitsbeginsel, als een verschijnsel dat samenhangt met de modernisering van de rechtstaatsgedachte. In de fase van de sociale rechtsstaat krijgt de overheid steeds meer en omvangrijker taken toebedeeld en trekt ze – mede daardoor – ook steeds meer verantwoordelijkheden aan zich. In deze fase, zo stelt van Ommeren vast, wordt de uitwerking van rechtstatelijke principes en eisen in juridische regels als meer en meer knellend ervaren. Daarin heeft hij ongetwijfeld gelijk, maar de vraag blijft of dat een relativering van rechtstatelijke eisen rechtvaardigt, of dat dat juist door de lens van die rechtstatelijke eisen scherp blootlegt wat de prijs is, en wat de neveneffecten en beperkingen zijn, van overspannen verwachtingen van het vermogen van de uitvoerende macht om de samenleving te besturen ('te dienen' zouden anderen liever zeggen). Van Ommeren & Zijlstra 2003, p. 12 (zie noot 58).

wetgevende volksvertegenwoordigingen en participerende rechtsgenoten herijkt.²¹⁹ Dat is een passende herwaardering van wetgeving.²²⁰

Juist oude verhalen kunnen nieuwe inzichten geven. Dat zie ik dan ook als de, wat mij betreft langjarige, opdracht hier in Leiden: met de petrischalen van de rechtswetenschap de maat nemen van de hedendaagse staats- en bestuursrechtelijk ontwikkelingen en die trachten te verklaren. Dat is ook het ambitieuze doel dat we onszelf hebben gesteld in het nieuwe multidisciplinaire onderzoeksprogramma van het Leidse Meijers-instituut *Securing the Rule of Law in Multilevel Jurisdictions* dat vanaf dit najaar wordt ondernomen door onderzoekers uit het Departement publiekrecht in samenwerking met onderzoekers uit de andere departementen van de Leidse juridische faculteit. Een programma dat het nieuwsgierige onderzoeksmotto van de serie StarTrek draagt: 'to boldly go where no man has gone before.' Ik hoop dat de missie die ik vandaag heb uitgevoerd inspiratie kan leveren, met name voor het deelprogramma Trias Europea waarin we het verschuiven van machtsbalansen tussen overheids machten binnen de Europese Unie bestuderen. Dat programma is een lastige onderneming, maar mijn vertrouwen in de bemanning waarmee we de volgende missies uit gaan voeren is zo groot dat het niet anders kan zijn dan dat we samen interessante resultaten zullen boeken.

In de gesproken versie volgt hier een persoonlijk woord.

Ik heb gezegd.

219 Dat betekent overigens niet dat wettelijke regelingen die met medewerking van de rechtsgenoten tot stand zijn gebracht daarmee ook al voldoen aan alle eisen die het legaliteitsbeginsel of het recht meer in het algemeen stelt. Het zegt wel dat die medewerking van de rechtsgenoten ook een aspect vormt van legaliteit. Zie voor deze discussie J.L.M. Gribnau, 'Legaliteit en legitimiteit', *NTB* 2001, p. 9-19.

220 Zie ook het rapport De toekomst van de rechtsstaat van de Wetenschappelijke raad voor het regeringsbeleid (WRR) 2002 (zie noot 75), waarin in hoofdstuk 9 een pleidooi wordt gehouden voor herwaardering van wetgeving. De WRR wijst er op dat juristen meer aandacht en waardering moeten krijgen voor de politieke dimensie van het wetgevingsproces en zich minder zouden moeten vermeien in de (bestudering van de) technisch-bestuurlijke details van wetgeving. Zie met name p. 245-247.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn verschenen:

- MI-1 T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, ISBN 90 5458 530 7.
- MI-2 E.E.V. Lenos, *Bestuurlijke sanctietoepassing en strafrechtelijke waarborgen in de sociale zekerheid* (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, ISBN 90 5458 558 7.
- MI-3 M.V. Polak (red.), *Geschillenbeslechting naar behoren. Algemene beginselen van behoorlijke geschillenbeslechting in traditionele en alternatieve procesvormen*, Deventer: Kluwer 1998, ISBN 90 2683 298 2.
- MI-4 C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm* (diss. Leiden), Maastricht: Shaker 1998, ISBN 90 4230 045 0.
- MI-5 S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, ISBN 90 2683 324 5.
- MI-6 P.B. Cliteur, G.J.J. Heerma van Voss, H.M.T. Holtmaat & A.H.J. Schmidt (red.), *Sociale cohesie en het recht*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, ISBN 90 5458 618 4.
- MI-7 M.H. Elferink, *Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, ISBN 90 2683 352 0.
- MI-8 P.T.C. van Kampen, *Expert Evidence Compared. Rules and Practices in the Dutch and American Criminal Justice System* (diss. Leiden), Antwerpen/Groningen: Intersentia 1998, ISBN 90 5095 049 3.
- MI-9 N.C. van Steijn, *Mobil Oil III, een uitvinding of een ontdekking? Een onderzoek naar de gevolgen van de Mobil Oil III-beschikking van het Europees Octrooi Bureau van Nederland*, Den Haag: Jongbloed 1999, ISBN 90 7006 221 6.
- MI-10 R.A. Lawson, *Het EVRM en de Europese Gemeenschappen; bouwstenen voor een aansprakelijkheidsregime voor het optreden van internationale organisaties* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 463 2.
- MI-11 J. Junger-Tas & J.N. van Kesteren, *Bullying and Delinquency in a Dutch School Population*, New York: Kugler Publications 1999 (or PB 97747, 2509 GC Den Haag), ISBN 90 6299 171 8.
- MI-12 T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 511 6.
- MI-13 P.W. Brouwer, M.M. Henket, A.M. Hol & H. Kloosterhuis (red.), *Drie dimensies van recht: rechtstheorie, rechtsgeleerdheid, rechtspraktijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, ISBN 90 5454 026 5.
- MI-14 T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 567 1.
- MI-15 H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie*, Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 557 4.
- MI-16 H.I. Sagel-Grande & M.V. Polak (eds.), *Models of conflict resolution*, Antwerpen: Maklu 1999, ISBN 90 6215 651 7.
- MI-17 H.J.Th.M. Van Roosmalen, *The King can do no wrong. Overheidsaansprakelijkheid naar Engels recht onder invloed van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen*, Den Haag: Jongbloed 2000, ISBN 90 7006 223 2.
- MI-18 R.A. Lawson & E. Myjer, *50 jaar EVRM*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2000, ISBN 90 6750 038 0.
- MI-19 C.B. van der Net, *Grenzen stellen op het Internet. Aansprakelijkheid van Internet-providers en rechtsmacht*, Deventer: Gouda Quint 2000, ISBN 90 2683 622 8.
- MI-20 R.P. Raas, *Het Benelux Merkenrecht en de Eerste Merkenrichtlijn: overeenstemming over verwarring?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, ISBN 90 5454 028 1.
- MI-21 R.H. Haveman, P. Ölger, Th.A. de Roos & A.L.J. van Strien (red.), *Seks, zeden en strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2000, ISBN 90 3870 798 3.
- MI-22 W.J. Zwolve, *Qui solvit alii. Beschouwingen over betaling aan inningsonbevoegden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, ISBN 90 5454 033 8.
- MI-23 Hans Krabbendam & Hans Martien ten Napel (eds.), *Regulating Morality. A Comparison of the Role of the State in Mastering the Mores in the Netherlands and the United States*, Antwerpen: Maklu 2000, ISBN 90 6215 736 X.
- MI-24 Jan-Peter Loof, Hendrik Ploeger & Arine van der Steur, *The right to property. The influence of Article 1 Protocol no. 1 ECHR on several fields of domestic law*, Maastricht: Shaker Publishing 2000, ISBN 90 4230 103 1.

- MI-25 D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, *Op het spoor van de concessie. Een onderzoek naar het rechtskarakter van de concessie in Nederland en in Frankrijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, ISBN 90 5454 042 7.
- MI-26 T. Hartlief & M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij. Juridische beschouwingen over de maatschappelijke rol van verzekeringen en verzekeringsmaatschappijen*, Deventer: Kluwer 2000, ISBN 90 2683 713 5.
- MI-27 J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak. Enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel te beslechten*, (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2000, ISBN 90 2715 268 3.
- MI-28 H.F. Munneke, *Recht en samenleving in de Nederlandse Antillen, Aruba en Suriname. Opstellen over recht en sociale cohesie*, Nijmegen: Wolf Legal Productions 2001, ISBN 90 5850 011 X.
- MI-29 C.P.M. Cleiren, *Geding buiten geding. Een confrontatie van het geding voor de strafrechter met strafrechtelijke ADR-vormen en mediation*, (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2001 ISBN 90 3870 833 5.
- MI-30 W.M. Visser 't Hooft, *Japanese Contract and Anti-Trust Law. A Sociological and Comparative Study*, Richmond: Curzon Press 2001.
- MI-31 M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 2683 763 1.
- MI-32 X.E. Kramer, *Het kort geding in internationaal perspectief. Een rechtsvergelijkende studie naar de voorlopige voorziening in het internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 2683 784 4.
- MI-33 P.B. Cliteur & V. Van Den Eeckhout, *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, ISBN 90 5454 093 1.
- MI-34 C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001, ISBN 90 3870 848 3.
- MI-35 A.C. 't Hart, *Hier gelden wetten! Over strafrecht, openbaar ministerie en multiculturalisme*, Deventer: Gouda Quint 2001, ISBN 90 3870 847 5.
- MI-36 U. Drobnig, H.I. Sagel-Grande & H.J. Snijders, *Neue Entwicklungen im deutschen und niederländischen Involvenzrecht sowie Kreditsicherheiten an Mobilien*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2001, ISBN 90 6170 546 8.
- MI-37 E.R. Muller & C.J.J.M. Stolk, *Ramp en recht. Beschouwingen over rampen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, ISBN 90 5454 113 X.
- MI-38 P.B. Cliteur, H.J. van den Herik, N.J.H. Huls & A.H.J. Schmidt (red.), *It ain't necessarily so*, Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 2683 854 9.
- MI-39 E.R. Muller, *Conflictbeslechting: Kruisbestuiving van rechtswetenschap en bestuurskunde*, (oratie Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2001, ISBN 90 1408 204 5.
- MI-40 H.C. Wiersinga, *Nuance in benadering. Culturele factoren in het strafproces*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, ISBN 90 5454 155 5.
- MI-41 W. den Ouden, *De subsidieverplichting; wie betaalt bepaalt? Een onderzoek naar de rechtmatigheid van subsidieverplichtingen*, Deventer: Kluwer 2002, ISBN 90 2683 887 5.
- MI-42 I. Sagel-Grande, *In the best interest of the child. Conflict resolution for and by children and juveniles*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2001, ISBN 90 5170 572 7.
- MI-43 W.M. Visser 't Hooft, *Japanese Contract and Anti-Trust Law. Sociological and Comparative Study*, Richmond Surrey: Curzon Press 2002, ISBN 07 0071 577 0.
- MI-44 M. Dekker, *Het water meester. Het recht rond de overheidszorg voor de beveiliging tegen overstrooming*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, ISBN 90 5454 188 1.
- MI-45 M. Lurks, W. Den Ouden, J.E.M. Polak & A.E. Schilder, *De grootste gemene deler. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Th.G. Drupsteen ter gelegenheid van zijn afscheid van de Universiteit Leiden op 31 mei 2002*, Deventer: Kluwer 2002, ISBN 90 2684 004 7.
- MI-46 S.C. Huisjes, *Over dode lijnen en een heuvel recht. De privaatrechtelijke aansprakelijkheid voor schade als gevolg van falende telecommunicatiedienstverlening*, Deventer: Kluwer 2002, ISBN 90 2684 003 9.
- MI-47 M. Hallers, C. Joubert & J. Sjöcrona (eds.), *The Position of the Defence at the International Criminal Court and the Role of the Netherlands as the Host State*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2002, ISBN 90 5170 625 1.

- MI-48 K. Teuben, *Rechtersregelingen als 'recht' in de zin van art. 79 Wet RO*, Den Haag: Jongbloed 2002, ISBN 90 7006 231 3.
- MI-49 M. Hallers, A.J. Mauritz, E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker, *Beginselen van behoorlijk rampenonderzoek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, ISBN 90 5454 251 9.
- MI-50 J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 268 4117 5.
- MI-51 Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, C. de Groot, P.A.C.E. van der Kooij, S.J.A. Mulder (red.), *Zekerheidshalve. Opstellen aangeboden aan prof. mr. M.M. Mendel*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 268 4083 7.
- MI-52 B. Barentsen, *Arbeidsongeschiktheid. Aansprakelijkheid, bescherming en compensatie*, Deventer: Kluwer ISBN 90G 0000 61X.
- MI-53 A.F.M. Brenninkmeijer, M. Hallers, A.T. Marseille, N.M. Mulder & G.K. Schoep (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, ISBN 90 5454 279 9.
- MI-54 H. Snijders & S. Weatherill, *E-commerce Law. National and transnational topics and perspectives*, Londen: Kluwer International 2003.
- MI-55 F.B. Ronkes Agerbeek, *Zeg ik dat goed? EU-ambtenaren en hun vrijheid van meningsuiting*, Den Haag: Jongbloed 2003 ISBN 90 70062 33X.
- MI-56 A.C. Damsteegt, *De aansluiting van de Werkloosheidswet op het ontslagrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, ISBN 90 5454 312 4.
- MI-57 P. Vos, *Kredietoprvaging en Insolventierisico. Overlevingskansen van bedrijven in financiële moeilijkheden en de Faillissementswet*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 13 00580 2.
- MI-58 P.B. Cliteur & H.-M.Th.D. ten Napel (red.), *Rechten, plichten, deugden*, Nijmegen: Ars Aequi libri 2003, ISBN 90 6916 485 X.
- MI-59 F.J.M. Feldbrugge (red.), *The Law's Beginnings*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2003, ISBN 90 0413 705 X.
- MI-60 A.F.M. Brenninkmeijer, *Effectieve conflictoplossing bij individuele arbeidsconflicten*, en L.C.J. Sprengers, *Collectieve belangen B uiteenlopende geschillen (oraties Leiden)*, Den Haag: Sdu 2003.
- MI-61 A.H. Scheltema, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 13 00744 9.
- MI-62 W.H. Pokorný-Versteeg, *Milieu-effectrapportage in Nederland en de direct aangrenzende EU-lidstaten. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 13 00946 8.
- MI-63 A.P.A. Broeders, *Op zoek naar de bron. Over de grondslagen van de criminalistiek en de waardering van het forensisch bewijs*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 130 0964 6.
- MI-64 C.L.J. Caminada & K.P. Goudswaard, *Verdeelde zekerheid. De verdeling van baten en lasten van sociale zekerheid en pensioenen*, Den Haag: Sdu 2003, ISBN 90 1210 006 2.
- MI-65 B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, Deventer: Kluwer 2004.
- MI-66 A.J. Mauritz, *Liability of the operators and owners of aircraft for damage inflicted to persons and property on the surface*, Maastricht: Shaker 2003, ISBN 90 423 0234 8.
- MI-67 T. Hartlief, Jac. Hijma & L. Reurich (red.), *Coherente instrumenten in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2003 ISBN 90 1300 92 47.
- MI-68 E.I. Helsloot, E.R. Muller, R. Pieterman & W.J.M. Voermans (red.), *Vervoer gevaarlijke stoffen in perspectief. Evaluatie van de Wet vervoer gevaarlijke stoffen 1996-2002*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, ISBN 90 5454 420 1.
- MI-69 W.J.M. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 433 3.

Overige publicaties van het E.M. Meijers Instituut:

H.D. Ploeger, *Privaatrechtelijke aspecten van de aanleg van boortunnels*, Kluwer Rechtswetenschappelijke publicaties, Deventer: Kluwer 1997, ISBN 90 2683 122 6.

T. Heukels, N. Blokker & M. Brus (eds.), *The European Union after Amsterdam; A Legal Analysis*, The Hague: Kluwer Law International 1998, ISBN 90 411 1131 X.

(together with the Europa Instituut, Universiteit Leiden)

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & P.H.P.H.M.C. van Kempen (eds.), *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, The Hague: Kluwer Law International 1999, ISBN 90 411 1152 2. (together with Van Asbeck Centrum, Universiteit Leiden)

H. Peter van Fenema, *The International Trade in Launch Services, The Effects of US Laws, Policies and Practices on its Development*, Leiden 1999 ISBN 90 901 3064 0. (together with International Institute of Air and Space Law)

E.C. Nieuwenhuys & M.M.T.A. Brus, *Multilateral Regulation of Investment*, Den Haag: Kluwer Law International 2001 ISBN 90 411 9844 X.

E. Nieuwenhuys, A. Toussaint & M. Valstar, *Verslag van het symposium Internationale Dimensies van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen*, Leiden: E.M. Meijers Instituut 2002, ISBN 90 9016 080 9.

E.R. Muller & J.P. Coenen, *Parlementair onderzoek in Nederland*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, ISBN 90 1209 700 2.