

HOOFDSTUK 5 - WETGEVING EN BESTUUR

1. Rechtsstaat
2. Het legaliteitsbeginsel
3. Machtenscheiding
4. De wetgevende functie
5. De wetgevingsprocedure
6. Vormen van regelgeving
7. De bestuursfunctie
8. Wetgeving en bestuur in een internationale, EU-context
9. Wetgeving en bestuur: de varia van paragraaf 2

Editie november 2015^[1]

1 RECHTSSTAAT

In hoofdstuk 5 van de Grondwet wordt de instelling van de voornaamste ambten van de centrale overheid geregeld alsook hun bevoegdheden tot rechtsvorming op het terrein van wetgeving en bestuur. Aan het einde van dit hoofdstuk en hoofdstuk 6 is te zien hoe de rechtsstaatsgedachte uitdrukking heeft gekregen in de Nederlandse constitutie. De moderne rechtsstaatsgedachte rust op vier pijlers, te weten:

- -het *legaliteitsvereiste* volgens hetwelk overheidsoptreden^[2] dat *eenzijdig* en *dwingend* (dat wil zeggen juridisch of feitelijk verplichtend^[3]) burgers stuurt, moet berusten op een wettelijke grondslag in de vorm van een bevoegdheid tot wetgeving (d.w.z. algemene voor herhaalde toepassing vatbare regels);
- -het principe van de *machtenscheiding*, dat inhoudt dat overheidsmacht is verdeeld over drie onafhankelijke functies, te weten wetgeving, bestuur en rechtspraak;
- - *grondrechten en grondrechtsbescherming*, inhoudende dat bepaalde fundamentele rechten en vrijheden worden gewaarborgd en dat de overheid zich inspant om de voorwaarden voor grondrechtelijke vrijheidsuitoefening voor burgers te verwezenlijken;
- - *rechterlijke controle*, inhoudende dat in beginsel alle bevoegdheidsuitoefening door de overheid is onderworpen aan rechterlijke rechtmatigheidscontrole en dat burgers die door overheidsoptreden in hun belang worden getroffen, toegang hebben tot een onafhankelijke rechter.^[4]

De bepalingen uit de hoofdstukken 5 en 6 van de Grondwet vormen in hun onderlinge samenhang de kern van de 'rechtsstatelijke machinekamer' van ons staatsbestel. Vooral in deze twee hoofdstukken wordt geïllustreerd welke overheidsgeleding (zowel nationaal als internationaal) onder welke voorwaarden de samenleving en de burgers zijn wil kan opleggen, kan *sturen*. Hoe dat allemaal zit en welk staatsrechtelijk idee daarachter niet zo heel eenvoudig te lezen uit de bepalingen van de Grondwet zelf. Er is veel voorkennis nodig om de betekenis van de bepalingen te doorgronden.

Uitdrukking rechtsstaatgedachte in de Grondwet

Nederland is een democratische rechtsstaat, maar wie de bepalingen van de Grondwet leest, zoekt in vergeefs naar de woorden ‘democratie’, ‘legaliteit’, ‘machtenscheiding’ of ‘onafhankelijke en onpartijrecht’. Dat is verwonderlijk en beperkt in zekere mate de mogelijkheid van niet-ingewijden om via van de Grondwet de betekenis van de bepalingen te duiden. Voor het stilzwijgen van de Grondwet o kernelementen van ons staatsbestel zijn verschillende verklaringen te geven. De eerste is een culturele. Grondwet was nooit en is geen grondwet van grote woorden en poëtische wendingen. Ze is sober.^[5] Nederlandse Grondwet is (wellicht mede daarom) geen vehikel voor nationale saamhorigheid of bev van politieke en constitutionele identiteit en was dat eigenlijk ook nooit.^[6] Grondwetspatriottisme – li de Grondwet die tot identificatie met de waarden en instituties ervan inspireert^[7] – kennen we dan oc in Nederland.

De bepalingen van hoofdstuk 5 van de Grondwet vormen – net als die van hoofdstuk 6 – geen letterl vertaling van de rechtsstaatsgedachte of de rechtsstatelijke beginselen. Zo wordt in hoofdstuk 5 bijvo slechts een zeer beperkt aspect van het voor ons grondwettelijke systeem wezenlijke rechtsstatelijke legaliteitsbeginsel, of wetmatigheidsbeginsel^[8] verwoord (in artikel 89, tweede en vierde lid, Gw). Da naast de genoemde soberheid nog verschillende andere redenen. Zo is ons constitutionele recht histo gegroeid. Gedeelten daarvan zijn, onder invloed van de maatschappelijke en politieke ontwikkelinge moment neergeschreven (gecodificeerd) in de Grondwet. Andere gedeelten van dat constitutionele re soms bewust – juist ongeschreven gebleven. Een Grondwet met een twee eeuwen oude traditie verte in lagen over maatschappelijke en politieke ontwikkelingen en de manier waarop historisch invulling aan onderdelen van het concept rechtsstaat. Zouden we rechtsstatelijke normen en beginselen, volgen constitutioneelrechtelijke inzichten van nu, gedetailleerd in de Grondwet opnemen, dan zou dat snel leiden tot een onbedoelde fixatie van ons constitutionele recht; het zou ook in de weg kunnen gaan si verdere ontwikkeling ervan. Een kenmerk van het Nederlandse constitutionele bestel is dat de Grond ruimte laat voor constitutionele ontwikkeling en aanpassingen van het bestel buiten de Grondwet om ook goed bij het consociationele politieke systeem dat Nederland kent sinds de vroege dagen van het ^[9] Consocialisme is een vorm van een politiek systeem dat erop is gericht (en er mogelijk ook in slaa ondanks grote etnische, religieuze of culturele tegenstellingen in een samenleving toch consensus te Een grondwet kan daaraan bijdragen door bijvoorbeeld minderheidsgroepen te beschermen, ze te late de macht en ze ook autonomie te geven, ervoor te zorgen dat de grondwet zelf zich niet ‘bekent’ tot andere etnische of religieuze groepering en ook niet eenvoudig te wijzigen is, ervoor te zorgen dat er neutrale arbiter is (of arbiters zijn) om de grondwettelijke regels te bewaken en toe te passen, etc.^[10] Nederlandse Grondwet draagt een groot aantal van die kenmerken en accommodeert consocialisme. door het betrekkelijk ‘lege’ karakter van de Grondwet en het bieden van ruimte voor de politieke act constitutionele bestel. Een en ander heeft tot gecombineerd gevolg gehad dat veel wezenlijke normen Nederlands constitutioneel recht ongeschreven zijn. Het Nederlandse politieke en constitutionele sys sterk op *ongeschreven staatsrecht* (ongeschreven regels die verbinden als recht). Voorbeelden daarv: het al eerder genoemde, grotendeels ongeschreven legaliteitsbeginsel en het vertrouwensbeginsel dat de verhouding tussen regering en Staten-Generaal regelt. In het ongeschreven deel van ons constituti zijn ook *conventies* (ongeschreven informele regels waarvan degenen die er mee werken vinden dat : nagevolgd moeten worden)^[11] en *tradities* (loutere gebruiken die navolging krijgen)^[12] van belang. H daarvan wordt bij het bestuderen en begrijpen van het Nederlandse constitutionele recht nogal eens c ^[13]

Door die bijzondere opzet van de Grondwet geeft het Nederlandse constitutionele recht enerzijds uitdrukking aan de historische en zich steeds verder ontwikkelende opvattingen over hoe een overheid zich tot de samenleving moet verhouden en vice versa. Nog om een andere reden is het verstandig geweest om rechtsstaatgedachte, of de rechtsstatelijke beginselen niet in de Nederlandse Grondwet vast te leggen. Het begrip rechtsstaat zelf is namelijk geen vaststaand begrip. Over de inhoud ervan wordt en wordt verspreid gedacht.^[15]

Ontwikkeling rechtsstaatsgedachte

Historisch gezien is de rechtsstaatgedachte ontwikkeld voorafgaand aan en tijdens de grote burgerrevoluties van de 18^{de} eeuw in de Verenigde Staten, Frankrijk, maar ook in Nederland (Bataafse omwenteling). Ook wordt de rechtsstaatgedachte vooral gekenmerkt door een fundamenteel wantrouwen tegen de staatsmacht als reactie op repressief, onvrij en willekeurig overheidsbestuur door het koloniale bewind van Groot-Brittannië. Het absolutistische regime in Frankrijk komen in de Verenigde Staten en Frankrijk – en naar dat voorbeeld ook in veel andere West-Europese landen – nieuwe constituties tot stand die zich kenmerken door het eenzijdig op beperking en controle van overheidsmacht. De in die tijd gangbare ‘klassieke’ rechtsstaatsgedachte heeft voornamelijk formeel karakter en concentreert zich op arrangementen die ertoe bijdragen dat staatsmacht beperkt, gecontroleerd en gebonden aan het recht, via de werking van het legaliteitsbeginsel, machtscontrole en rechterlijke controle. Grondrechten worden vooral gezien als vrijplaatsen van overheidsbemoeienis. In de klassieke rechtsstaat wordt dan ook wel aangeduid als ‘liberale rechtsstaat’ vanwege het grote belang van de bescherming van rechten en vrijheden in deze rechtsstaatsopvatting vertegenwoordigt. De klassieke rechtsstaatsopvatting is in hoge mate formeel en procedureel van karakter. Vrijheid van burgers wordt voornamelijk gerealiseerd door overheidsonthouding, de legitimiteit van het overheidsoptreden wordt vereenzelvigd met de legaliteit ervan.^[16]

Deze klassieke rechtsstaatsopvatting is in de loop van de geschiedenis met name door twee ontwikkelingen beïnvloed. De eerste betreft de democratiegedachte. In de loop van de negentiende eeuw wordt in verschillende ontwikkelingsfasen duidelijk dat de belangrijkste vormen van rechtsschepping door de wetgever met name via wetgeving, medewerking en invloed van een democratische gelegitimeerde volksvertegenwoordiging behoeven. Ook op andere terreinen ontwikkelde zich meer en meer de eis van ‘volksinvloed’ op overheidsbestuur. Weliswaar maakt het democratiebeginsel zelf geen deel uit van de rechtsstaatsgedachte, maar het geeft wel aan op welke wijze het recht, waaraan de overheidsgeschiedenis de rechtsstaat zijn gebonden, tot stand wordt gebracht. Een tweede voor het rechtsstaatsconcept belangrijke ontwikkelingslaag speelt zich wel direct binnen de rechtsstaatgedachte zelf af. Waar de klassieke liberale rechtsstaat aanvankelijk juist gericht was op het voorkomen van overheidsbemoeienis ter bescherming van rechten en vrijheden, doet zich onder invloed van de groei van de verzorgingsstaat een ontwikkeling in de omgekeerde richting voor. Vanaf het einde van de 19^{de} eeuw wordt duidelijk dat, wil een overheid in staat zijn om de rechtsstaat ernstig te maken met het garanderen van gelijke aanspraken van burgers op het genot van vrijheden zoals grondrechten, diezelfde overheid ook actief zal moeten optreden om burgers daartoe in staat te stellen. Het inzicht groeit dat de overheid zelf actief de – vaak materiële – voorwaarden zal moeten scheppen om het genot van grondrechten te verschaffen. Zo is de vrijheid van drukpers van geen waarde voor burgers als zij niet kunnen lezen noch schrijven, het recht op vrijheid van godsdienstbelijdenis heeft weinig zin voor werkers die een werkweek kennen die geen rekening houdt met de mogelijkheid tot godsdienstuitoefening. Na de Tweede Wereldoorlog^[17] vat de gedachte post dat de overheid in een rechtsstaat actief moet presteren om burgers het volle genot van vrijheidsrechten te garanderen. Die ontwikkeling heeft – zoals al besproken – geleid tot de huidige rechtsstaatsopvatting.

Hoofdstuk 1 van dit commentaar – uitdrukking gevonden in de nieuwe sociale grondrechten die van de Nederlandse Grondwet zijn opgenomen. Die sociale grondrechten roepen de overheid juist op om treden.

Voor de rechtsstaatsopvatting zelf betekent dit dat rondom de ‘klassieke’ rechtsstatelijke kern een se gegroeid die ook positief, presterend overheidsop-treden vereist. De moderne rechtsstaatsopvatting, terugvinden in de Nederlandse Grondwet, wordt dan ook wel aangeduid als die van de democratische rechtsstaat. Deze veranderingen in rechtsstatelijke opvattingen hebben grote betekenis voor de wijze vormgegeven aan de grondrechten in ons constitutionele recht, maar ook voor de manier waarop de machtenscheiding is vormgegeven en de hedendaagse betekenis van het legaliteitsbeginsel.

Rechtsstaat in de Grondwet

Al heeft het zeker voordelen dat de Grondwet de rechtsstaatsgedachte en de rechtsstatelijke beginsel fixeert, het heeft ook zo zijn nadelen. In een pluriforme samenleving, zoals de Nederlandse, is het van de Grondwet zelf duidelijk verschaft over haar karakter (een democratische rechtsstaat) zodat overhe burgers van die kernbeginselen van de democratische rechtsstaat en haar fundamentele rechtsbegins kennis kunnen nemen en die voor ogen houden, net als de grondwettelijk gewaarborgde rechten.^[18] I Grondwet die daarover zwijgt, zo zou je kunnen zeggen, zaait eerder verwarring over haar bedoeling ook niet op. Om dat nadeel te ondervangen, overweegt de regering op dit ogenblik om een algemene de Grondwet op te nemen, luidende: “De Grondwet waarborgt de democratie, de rechtsstaat en de grondrechten”.^[19] De redactie is licht verwarrend omdat het erop lijkt dat de grondwetgever zichzelf oplegt en daaraan dan eigenlijk weer met de opname van de bepaling zelf voldoet. Bedoeld is waarsc de grondwetgever te normeren, maar de staat. Los van de redactie is het idee dat wordt uitgedrukt du dusdoende kunnen de nadelen verbonden met het stilzwijgen van de Grondwet over democratie en r worden ondervangen. Het generieke taalgebruik voorkomt ook de nadelen (fixatie, verstarring) die a specieuze definitie van een dynamisch evoluerend begrip als rechtsstaat verbonden kunnen zijn.

2 HET LEGALITEITSBEGINSEL

Het hart van de rechtsstaatsgedachte wordt gevormd door de eis dat overheidsop-treden in een rechts gebonden aan het recht. Die binding kent twee facetten. In een rechtsstaat kan een overheid slechts o binnen de grenzen van het recht en slechts op grond van het recht. In een rechtsstaat trekt het recht enerzijds de grenzen voor het overheidsop-treden en verschaft anderzijds – via de toekenning van bev – de mogelijkheden tot dat overheidsop-treden.

Tegenwoordig lezen we in het legaliteitsbeginsel dat overheidsop-treden dat *eenzijdig* en *dwingend* (c zeggen juridisch of feitelijk verplichtend^[20]) burgers stuurt, moet berusten op een wettelijke grondsl zeggen een grondslag in de vorm van een geattribueerde dan wel gedelegeerde bevoegdheid tot wetg zin van algemene voor herhaalde toepassing vatbare regels) die uiteindelijk herleidbaar is tot de Gro

Het legaliteitsbeginsel is een grotendeels ongeschreven rechtsregel die zich de afgelopen anderhalve jurisprudentie heeft ontwikkeld. Waar aan het einde van de negentiende eeuw alleen nog voor bestra overheidsop-treden een wettelijke grondslag werd vereist verlangen we dat tegenwoordig voor veel a vormen van sturend overheidsop-treden, zoals subsidiëring. Om de huidige betekenis van het legalite te kunnen begrijpen is de ontwikkelingsgeschiedenis van die norm van belang.

2.1 Ontwikkelingsgeschiedenis legaliteitsbeginsel^[22]

De ontwikkelingsgeschiedenis van het legaliteitsbeginsel is een grillige, met zo op het eerste oog geen waarneembare rode draad. Toch is die er wel. De Grondwet van 1814 en zeker die van 1848 zijn ingevolgens de blauwdruk van de negentiende-eeuwse rechtsstaat. Die is dan nog niet zo uitgekristalliseerd als het huidige rechtsstaatconcept.^[23] De basisgedachten die aan die eerste versie van de Grondwet van het Koninkrijk der Nederlanden ten grondslag liggen zijn die van machtsverspreiding (onderscheid tussen wetgevende,^[24] uitvoerende en rechterlijke macht^[26]), de borging van enkele grondrechten,^[27] een onafhankelijke rechter, maar ook de wetmatigheid van overheidsbestuur. Dat laatste element werd – net als in latere grondwetsversies – niet zo zodanig gecodificeerd in de Grondwet van 1815. Legaliteit wordt daarin verondersteld, het vormt het uitgangspunt van het staatsbestel waaraan de grondwetten van 1814 en ook die van 1815 uitdrukking geven. Hier en daar klinkt er wel een echo van door. Lees bijvoorbeeld het poëtische artikel 101 van de Grondwet van 1814 dat luidt:

‘Ten einde aan de Ingezetenen dezer Landen te waarborgen de onschatbare voorregten van burgerlijke en persoonlijke veiligheid, zullen de volgende regelen de grondslagen der wettelijke beschikkingen en

Ongeschreven uitgangspunt van de Grondwetten van 1814 en 1815 is dat de overheid bij de taakuitoefening gebonden aan het recht (de klassieke *rule of law*-gedachte)^[29] en dat de overheid alleen de vrijheid van burgers kan beperken volgens (grond)wettelijke regels.^[30] Daarmee wordt direct een traditie gevestigd: het legaliteitsbeginsel als uitgangspunt van de staatsrechtelijke ordening kent in Nederland nauwelijks een grondwettelijke verankering, maar werkt hoofdzakelijk uit kracht van een ongeschreven rechtsbeginsel.

Om de verdere geschiedenis goed te begrijpen, helpt het om verschillende vragen die het legaliteitsbeginsel opwerpt, te onderscheiden. De eerste vraag is dan, *welke* overheid of *welke* overheidsactiviteit aan het recht gebonden. De tweede vraag is de *wat*-vraag: *wat* is (de) vrijheid, is er sprake van een beschermingswetgevende activiteit? Dan komt de *hoe*-vraag, hoe ligt de relatie tussen de vrijheidsbeperking en de overheidsactiviteit dat een rechtstreeks, oorzakelijk verband of niet? Het laatste element betreft de *wie*-vraag. Als vaststaand dat vrijheden van burgers worden beperkt door overheidsactiviteiten, wie kan daar dan verloop of een maatregel voor geven?

2.2 Naar Meerenberg: wie mag vrijheden beperken?

Tot aan het midden van de negentiende eeuw leverde de toepassing van het legaliteitsbeginsel alhoewel hijsomstreden, in de praktijk^[31] geen noemenswaardige problemen op, vooral ook omdat Willem I een zuiver besluitenregering voerde. Voor ingrepen in rechten en vrijheden van burgers, die nog niet door de formele wetgever waren mogelijk gemaakt, verschaftte hij zichzelf de bevoegdheid via regerende koninklijke besluiten. Na 1848 meestal in de vorm van algemene maatregelen van inwendig bestuur, zoals dat toen werd geformuleerd. De situatie veranderde met de grondwetsherziening van 1848, dat een artikel 54 voortbracht dat de uitvoerende macht opdroeg aan de Koning. Dat had tweërlei gevolg. Niet langer kon worden volgehouden dat de Koning eigenlijk: de regering – onder de herziene Grondwet een soort geïmpliceerde algemene bestuursbevoegdheid had, en, ten tweede, legde de herziening een duidelijk onderscheid aan tussen wetgeving en uitvoerende regering kon niet langer zelfstandig ‘wetgeven’, of regelen en zichzelf – zonder tussenkomst van de formele wetgever - de bevoegdheid verschaffen de vrijheid van burgers te beperken. Deze gevolgtrekking werd althans de Hoge Raad eraan in het Meerenberg-arrest van 1879.^[33] De psychiatrische kliniek Meerenberg

verzuimd een op grond van het Registratiebesluit 1877 – een algemene maatregel van bestuur – verpatiëntenregistratie bij te houden en te deponeren en kwam tegen strafvervolgning in het geweer. De I stelt vast dat niet duidelijk is wat nu precies onder een algemene maatregel van bestuur in de zin van Grondwet moet worden verstaan, en dat daarmee ook niet duidelijk is welke onderwerpen nu wel en algemene maatregel van bestuur mogen worden geregeld. Die vraag kan volgens de Hoge Raad alleen beantwoord door te kijken naar het stelsel van de Grondwet zelf. Die Grondwet van 1848 legt volgens cassatierechter een nauwkeurig onderscheid aan tussen de bevoegdheid van de wetgever (neergelegd 104 Grondwet toen – artikel 81 nu) enerzijds en die van de Koning (artikel 54^[34] toen – min of meer eerste lid, nu) anderzijds. De Grondwet van 1848 kent aan de Koning (nu zouden we zeggen regering) algemene zelfstandige wetgevende bevoegdheid toe en dat betekent – in de ogen van de Hoge Raad – Koning een algemene maatregel van bestuur wil vaststellen, dat *alleen maar kan* als de formele wetgever. Koning (nu zou je zeggen: regering) via delegatie de bevoegdheid heeft toegekend dat onderwerp (regelen).^[35] Van een dergelijke delegatie is in de Meerenberg-casus geen sprake. Het Meerenberg-arrest dus hoofdzakelijk om de *wie*-vraag.

2.3 Grondwetsherziening 1887: wie mag er beperken en hoe ver mag dat gaan?

De gevolgen van het arrest werden na 1879 al direct als té verstrekkend ervaren. Het bestuur zou via jurisprudentiële lijn te zeer worden beknot in zijn handelen, een soort bestuurlijke verlamming waar Bu had gewaarschuwd.^[36] In de grondwetsherziening van 1887 werd een getracht een nieuwe balans te vinden te bepalen dat de Koning op grond van de Grondwet weliswaar bevoegd is tot het vaststellen van algemene maatregelen van bestuur, maar dat bepalingen door straffen te handhaven in die maatregelen niet wordt gegeven dan krachtens de wet. De wet zelf regelt de op te leggen straffen. Een bepaling die we nu – verwaterde en minder goed te begrijpen vorm – in artikel 89 van de Grondwet terug kunnen vinden. De grondwetsherziening van 1887 draait daarmee om de *wie*- en de *hoe*-vraag: wie mag op eigen titel en vrijheden van burgers beperken? Onder het 1887-regime zijn dat de formele wetgever en de regering (zelfstandige algemene maatregel van bestuur, verder: amvb). Hoe mag die vrijheid worden beperkt? Een restrictie voor de zelfstandig bij amvb regelende regering: zelfstandig strafbedreiging stellen opstellen van regels in een amvb is niet mogelijk. De formele wetgever kent die restrictie niet.

2.4 Naar het Rogge-arrest: wat is een wet in materiële zin?

Ingrepen in vrijheden van burgers behoeven volgens het legaliteitsbeginsel een wettelijke grondslag. Meerenberg-arrest en de grondwetsherziening 1887 werden slechts enkele eerste piketpaaltjes geslagen in formele zin en – onder voorwaarden – een algemene maatregel van bestuur kunnen een dergelijke bieden. Maar hoe zit het met andere regelende besluiten, van bijvoorbeeld van een minister of een provincie of gemeentebestuur? Dat soort vragen was aan het begin van de twintigste eeuw nog niet opgelost. Onze wet gaf toen en nu nauwelijks een inhoudelijk antwoord op de vraag welke regelaar – wetgever – waartoe en laat ook in het duister wie nu – naast de wetgever in formele zin – als wetgever en – daaraan direct – welke ingreep als ‘wettelijk’ kan gelden. Het antwoord daarop is wezenlijk om te kunnen beoordelen ingreep in vrijheden van burgers in het licht van de legaliteitsnorm rechtmatig is of niet.

In zijn grondwetscommentaar uit 1883 (vier jaar voor de herziening van 1887) prees Buys de oploswijze van de Duitse rechtsgeleerde Paul Laband aan. Het juiste criterium om te bepalen of een overheidsbesluit in de zin van de Grondwet kan gelden als een ‘wet’ of ‘wettelijke’ ingreep, is niet zozeer te kijken naar de afkomst daarvan, maar naar het karakter, het verbindende effect ervan. Wezenskenmerk voor een wetgevend besluit, is, in de ogen van Laband en Buys, dat het ‘een voor burgers bindende rechtsregel’ inhoudt. Een burgers bindende rechtsregel kan dan:

‘Elke daad van het staatsgezag waardoor het gebiedend of verbiedend tegenover onderdanen optreedt, plichten oplegt, welke zonder dat gebod niet zouden gelden, hunne door de wet gewaarborgde vrijheden over persoon en goed wijzigt en beperkt, elk zodaanig voorschrift is eene wet.’^[37]

Het aardige van Buys’ inhoudelijke of materiële wetsbegrip is dat het niet alleen aangeeft welke beslissingen inhoudelijk als wet kunnen gelden, maar dat het ook een antwoord geeft op de *wat*-vraag: *wat* voor vrijheden van burgers worden door het legaliteitsbeginsel beschermd? De opvatting van Buys verkreeg direct stadsrechten en werd ook niet gecodificeerd. Ze speelde mogelijk wel een rol bij het Rogge-arrest van de Hoge Raad uit 1919.^[38] Het betreft een zaak waarin een bijna zestigjarige boer een ongehoorde douanebelasting van 100 gulden^[39] krijgt vanwege het verbouwen en verhandelen van zaaigoed in strijd met een distributieregeling van de Minister van Landbouw, Nijverheid en Handel uit 1917, die weer is gebaseerd op de Distributiewet van 1909 (die na de Eerste Wereldoorlog is op zijn hoogtepunt). Kan dat, ingrijpen in de rechten van deze boer op basis van een ministeriële regeling? De Grondwet van 1887 zegt daar niets over. De Hoge Raad zoekt naar houvast in artikel 99 van de toenmalige Wet op de Rechterlijke Organisatie. Volgens het legaliteitsbeginsel kan de Staat ingrijpen in rechten en vrijheden slechts toegestaan op basis van een ‘wet’ en de Hoge Raad kan in cassatie oordelen (naar de toen geldende tekst) op grond van ‘verkeerde toepassing of schending van de wet’. De Hoge Raad maakt een *passo doble* die een klassieker wordt. De Raad overweegt dat onder ‘wet’ in de zin van artikel 99 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie moet worden verstaan een ‘buiten werkende, dus tot een ieder gericht regeling, welke zijn uitgegaan van een openbaar gezag, dat de bevoegdheid daartoe aan wet, in de zin van artikel 99, eene regeling door de wetgevende macht, ontleent.’^[40]

2.5 Naar het Fluoridering-arrest: wat geldt als ingreep?

Gedurende de hoogtijdagen van de verzorgingsstaat komt een groep bezorgde burgers op tegen het voornemen van de Amsterdamse waterleidingbedrijf om fluor aan het drinkwater toe te voegen. Goed voor je tanden, maar het voorkomt gaatjes. Op grond van het stelsel van de Waterleidingwet en daarop gebaseerde Waterleidingregeling heeft een waterleidingbedrijf geen bevoegdheid om drinkwater te fluorideren.^[41] De wetgever heeft zich op dat moment ook nog niet over de vraag uitgesproken. Staat dat nu in de weg aan fluoridering zoals de gemeente Amsterdam (eigenaar van het waterleidingbedrijf) voor ogen stond? Je zou kunnen betogen dat fluor aan het drinkwater geen vrijheidsbeperkend optreden is. Er wordt eigenlijk geen bestaande vrijheid of recht van de burger beknot, geen juridische verplichting opgelegd. De Hoge Raad maakt korte metten met deze redenering. Weliswaar legt de gemeente Amsterdam geen juridische verplichting op, maar door fluoridering ontstaat een situatie waarin verbruikers in het distributiegebied *praktisch gedwongen* zijn om fluor tot zich te nemen. Dit is een Praktische overheidsdwang – in de zin van het ontnemen van gedragsalternatieven bij burgers – staat in de ogen van de Hoge Raad, op één lijn met juridisch dwingen via het opleggen van ge- of verboden. Toevoeging van stoffen om daarmee een buiten de eigenlijke drinkwatervoorziening gelegen doel te bereiken, daarom, in de klassieke bewoordingen van de Hoge Raad: ‘een maatregel van zó ingrijpende aard dat het niet wettelijke grondslag, niet kan worden aangenomen dat een waterleidingbedrijf daartoe bij de vervulling van hem in artikel 4 lid 1 van de Wet opgedragen taak de vrijheid heeft.’^[42]

Uit het Fluoridering-arrest volgt dan ook dat wanneer een overheid *feitelijk* dwingt (ingrijpt in een vrijheid van de burger, geen gedrag(al)ternatieven meer toelaat), dat in wezen op één lijn te stellen valt met de dwang die uit voortvloeit uit de juridische verplichting die door straffen wordt gehandhaafd (zie artikel 89, tweede lid, Gw).^[43] Dus is er voor een wettelijke basis als volmacht nodig.

2.6 Methadonbrief-arrest: wat wordt beperkt of hoe wordt in gegrepen?

Dertien jaar na het Fluoridering-arrest boog de Hoge Raad zich over de vraag of ook *juridische verp.* die op andere wijze dan door straffen worden gehandhaafd (dat komt wel meer voor) ook een wettelijke behoeven. De Grondwet vergt immers slechts voor voorschriften door straffen te handhaven een wet. In het Methadonbrief-arrest uit 1986^[44] draaide het om een brief die Hoofdinspecteurs van het Staatst de Volksgezondheid aan alle artsen en apothekers in Nederland waarin artsen werden opgeroepen v alleen dan methadon als behandelingsmiddel voor te schrijven, als er geen gespecialiseerde behandelingsinstelling in de regio aanwezig is, of indien de capaciteit daarvan ontoereikend is. Een e die oproep, waarna de inspecteur van de volksgezondheid apothekers in de regio verzoekt de recepte arts die strijden met de beleidslijn uit de brief niet langer te honoreren. De brief is geen echte regelin bevoegdheid om te verbinden ontbreekt), het verzoek is geen echte straf in juridische zin. En dit soor vergt wel een wettelijke basis, zo oordeelt de Hoge Raad, want ‘Aan geen wetsbepaling kunnen de Hoofdinspecteurs van het Staatstoezicht op de Volksgezondheid de bevoegdheid ontnemen zelfstandi artsen bindende voorschriften te geven met betrekking waarop dezen hun praktijk uitoefenen.’^[45] Je l twee manieren lezen. In het Methadonbrief-arrest gaat het om een geval net als in het Fluoridering-a het zien als *feitelijk* knechten (de brief is een louter advies) door de overheid, dat op één lijn moet w gesteld met *juridisch verplichten* al dan niet te handhaven via straf. Of je kunt, zoals sommigen doen naar het oogmerk van de overheid en het karakter van de ingreep – de Hoofdinspecteurs wilden bind kunnen zeggen – om dan vervolgens te concluderen dat het weliswaar gaat om het opleggen van een verplichting (de brief drukt normen uit). Die worden niet gehandhaafd door straffen in juridische zin feitelijke maatregelen. Daaruit volgt dat wanneer de overheid juridische verplichtingen af wil dwing feitelijke dwang, ook daarvoor een wettelijke basis nodig is. De visie die je huldigt, maakt uit voor d hoever het legaliteitsbeginsel reikt, zoals ik hierna nog hoop duidelijk te maken. Het probleem is ech Methadonbrief-arrest minder duidelijk en minder expliciet is uitgewerkt op dit punt dan het Fluoride ^[47]

2.7 Stand van de rechtsontwikkelingen opvattingen

Het Fluoridering- en het Methadonbrief-arrest fungeren als een soort waterscheiding, eentje die ook aanleiding geeft tot discussie. Het zijn, dat staat vast, twee belangrijke uitbreidingen – waar het betre werking van het legaliteitsbeginsel – op het grondwettelijke legaliteitsgebod dat slechts voor bestrafl overheidsoptreden een wettelijke basis verlangt.

Want betekent het arrest nu dat, daar waar de overheid praktisch dwingt, zonder dat daarbij een jurid bindende verplichting wordt opgelegd, daarvoor altijd een wettelijke basis nodig is? Dat is inderdaac uitkomst die bijvoorbeeld Kortmann c.s. (wettelijke basis voor *alle* overheidsoptreden)^[48] en de bew Belinfante^[49] daaraan lijken te verbinden. Er zit ook veel in die gevolgtrekking, want in ons soort sar is de overheid talloze malen actiever dan die in de negentiende eeuw was. Er waren indertijd veel mi overheidsinterventies en de keren dat werd tussengekomen, was dat meestal met gebruikmaking van Als we de oorspronkelijke ratio van het legaliteitsbeginsel in het achterhoofd houden – inbreng van c rechtsgenoten in de wijze waarop de overheid wordt toegestaan in te grijpen in vrijheden van burger: mag niet louter de *vorm* van overheidsdwang leidend zijn bij de beantwoording van de vraag of al d wettelijke basis nodig is. Als de overheid optreedt, intervenieert, in een democratische rechtsstaat d daarvoor in beginsel een machtiging van de democratisch gelegitimeerde wetgever voor nodig; die w

basis legitimeert het optreden als een soort volmacht.

Anderen gaan wat minder ver. Zij vragen zich af of presterend overheidsoptreden, in de vorm van het verstrekken van subsidies, het verstrekken van informatie of het uitvoeren van feitelijke handelingen (maaien van plaatsen van wegwijzers) of civielrechtelijke handelingen (het kopen van kantoormeubilair door een gemeente) wel steeds een wettelijke basis behoeft. En hoe zit het met overeenkomsten, die weliswaar in beginsel wettelijk zijn, maar soms toch een eenzijdige verplichting opleggend, hoe met andere vormen van verplichtingen. Van Ommeren houdt het er in zijn proefschrift op dat indien de overheid *eenzijdig verplichtingen* oplegt volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad – een wettelijke basis nodig is.^[51] Of dat nu gebeurt in de vorm van een overeenkomst, of verplichtende voorwaarden bij een beschikking of anderszins, dat doet in wezen niet uit.

Tot die eenzijdig opgelegde verplichtingen rekent Van Ommeren ook de feitelijke verplichting,^[52] zij het onder de kwalificatie voor ingrijpende maatregelen die de gedragsoptredens van een burger zo beperken dat hij wordt gedwongen zich te voegen. Hoewel een mooie vondst, wordt met het idee van de eenzijdig opgelegde verplichting niet helemaal recht gedaan aan de jurisprudentie van de Hoge Raad.^[53] Daarin moet worden onderscheiden dat overheidsoptreden dat op één lijn kan worden gesteld met het opleggen van een juridisch verplichting een wettelijke basis behoeft. Dat een maatregel eenzelfde effect kan hebben als een verbod maakt het nog geen verplichting. Toegegeven, het begrip ‘verplichting’ zoals van Ommeren dat gebruikt wordt, is als aardige bijkomstigheid dat in de loutere ‘Wortlaut’ al een element van behoren lijkt te zitten; een impliciete referentie aan iets wat als norm is bedoeld, als zodanig is opgelegd of als zodanig wordt ervaren. daarmee wordt nu juist de open vraag die het moderne legaliteitsdiscussie nog laat omzeild: heeft de overheid voor interventies die *niet* bedoelen het gedrag van burgers, bedrijven, organisaties of instituties te sturen dat wel als neveneffect hebben, ook een wettelijke basis nodig? In het geval van het Fluoridering-arrest en het Methadonbrief-arrest was er duidelijk sprake van de ambitie van de overheid om met een interventie van burgers te sturen. En waar dat leidt tot het dirigeren van gedrag kan dat niet gebeuren zonder een wettelijke grondslag. Zo kan de legaliteitsjurisprudentie van de Hoge Raad natuurlijk ook worden verstaan: betekent het dat de overheid eenzijdig te dirigeren? Zo ja, dan is daarvoor een machtiging van de wetgever een vereiste. Het is dan slechts sprake van ‘collateral damage’ die mogelijk tot aansprakelijkheid achteraf aanleiding kan geven, maar geen machtiging vooraf behoeft. Als mijn gemeente bijvoorbeeld in verband met groot onderhoud van een weg een langere tijd afzet, levert dat de facto voor mij de verplichting op om een andere route te kiezen. Het kan zelfs zover gaan dat ik – als ik een fiets in het park zou hebben – langere tijd mijn fiets moeten sluiten. Een dergelijke overheidsmaatregel bedoelt echter niet mijn gedrag te sturen, bedoelt het mij verplichten mijn gedrag op een bepaalde wijze in te richten – dat is slechts het neveneffect - en daarvoor is geen wettelijke basis voor nodig. Het lastige van deze motieftheorie is natuurlijk wel dat die moeilijk te passen in concrete casus: de bedoeling van sommige vormen van overheidsoptreden laat zich soms niet raden.

Ook Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male oordelen dat het legaliteitsbeginsel slechts voor gekwalificeerde vormen van overheidsoptreden een wettelijke basis verlangt. Zij vallen terug op de ratio van het legaliteitsbeginsel: de wens tot regulering van *inbreuken* van overheidswege op de vrijheid van de burger in hun handelingsruimte als het ware. Bij inbreuken denken Konijnenbelt en Van Male dan aan daadwerkelijke inbreuken op vrijheden en rechten van burgers die kunnen worden doorgezet via sancties en gebruik van dwangsmacht.^[54] Dat is ook waar Burkens, Kummeling, Vermeulen en Widdershoven op uitkomen.^[55]

De ontwikkeling van het legaliteitsbeginsel in Nederland volgt een meanderend pad, waarin niet altijd de rode draad is te onderkennen. De rechtsontwikkeling is ook zodanig dat de doctrine moeite lijkt te één lijn te komen waar het betreft de inhoudelijke betekenis van het beginsel. We moeten in ieder geval vaststellen dat de jurisprudentie zich niet eenvoudig laat duiden, en dat er veel verschil van inzicht is ongetwijfeld te maken met het aspiratieve karakter van het beginsel – welk overheidsoptreden zou een wettelijke basis moeten hebben? – maar zeker ook met het ongeschreven karakter van het beginsel, het codificeren van de rechtsontwikkeling, de verschillende ontwikkeling die het legaliteitsbeginsel op de verschillende deelterreinen van het publiekrecht heeft doorgemaakt. Het legaliteitsbeginsel vervult bijvoorbeeld strafrecht, het bestuursrecht of op het terrein van de wetgeving andere rollen. In het bestuursrecht – en bestuur – bijvoorbeeld staat de rechtsontwikkeling en de discussie over de werking van het beginsel in het teken van bescherming van de burger tegen overheidsoptreden (binding aan de wet, rechtszekerheid, rechtsgelijkheid, en ook enigszins democratie), terwijl voor de discussie en ontwikkeling van het beginsel de overheidsfunctie wetgeving de codificerende, legitimerende en politieke functie ook een rol speelt. Ik laat ik even buiten beschouwing (zie daarover ook het commentaar bij artikel 16 Gw).

Het onderkennen van het verschillende soortelijke gewicht dat bepaalde functies van het legaliteitsbeginsel binnen een domein hebben, helpt ons beter dat domein beter te begrijpen. Ik geef een voorbeeld.

Recente discussies over de betekenis van het legaliteitsbeginsel hebben een sterk rechtsstatelijk accent – zo zagen we hierboven al bij de definities – de functie van het beginsel vooral *binnen* het systeem van recht. Dat heeft gevolgen. Een aantal bestuursrechtelijke opvattingen over het legaliteitsbeginsel lijden onbedoeld wellicht – aan een vorm van blikvernauwing. Zo vormt in de ogen van o.a. Scheltema^[56] en Ommeren^[57] het legaliteitsbeginsel primair een waarborg tegen ongeoorloofde inbreuken van de recht van betrokkenen, en zijn de belangrijkste oogmerken ervan het bewerkstelligen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. 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 ingrijpendheid^[58] – optreden van het bestuur.^[59] Gedachten over de waarde van het beginsel als legitimatiebron voor overheidsoptreden, rolbepaler voor overheids machten bij de rechtsvorming, en functies staan hier niet voorop. Een dergelijke invulling leidt al snel tot een relativisering 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 bediend, is een wettelijke grondslag – gemeten naar het doel daarvan – niet direct nodig. Die wettelijke grondslageis kan zelfs een hindernis worden voor slagvaardig en dienend bestuur. De gedachte dat het legaliteitsbeginsel ook probeert de rechtsgenoten zelf te betrekken bij de inhoudelijk bepaling van het recht waaraan ze direct of indirect via de toekenning van bevoegdheidsnormen aan het bestuur worden gelinkt, in deze benadering afwezig of verwezen naar het tweede plan. Ook lijkt deze benadering weinig oog te hebben voor de wijze waarop het legaliteitsbeginsel betekenis heeft rechtspraak en wetgeving. Voor die overheidsfuncties heeft het legaliteitsbeginsel een eigen dimensie, een eigen betekenisaccent en een eigen invulling.

2.8 Kern van het legaliteitsbeginsel in het huidige constitutionele recht

De gang langs de geschiedenis van de ontwikkeling van het legaliteitsbeginsel leert dat lang niet meer voor overheidsoptreden dat door straffen gehandhaafd wordt een wettelijke grondslag wordt vereist, ook voor veel andere vormen van overheidsoptreden waarbij niet direct wordt ingegrepen in de rechten en vrijheden van burgers, tegenwoordig de eis geldt van een wettelijke grondslag ten gevolge van het

legaliteitsbeginsel. Het is vooral de inwerkingtreding van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) die bijgedragen dat ook voor vormen van niet in de vrijheid van de burgers ingrijpend, met name bestuursoverheidsoptreden tegenwoordig een wettelijke grondslag is vereist. Zo vergt de Awb onder andere een wettelijke grondslag voor subsidiëring (artikel 4:23, eerste lid, Awb), voor specifieke vormen van feitelijke overheidsoptreden zoals bestuursdwang (artikel 5:22 Awb), voor delegatie (artikel 10:15 Awb), en voor bepaalde overheidsregelingen zoals het onderwerpen van besluiten aan vormen van goedkeuring (artikel 11:1 Awb). Doordat de Algemene wet bestuursrecht daarnaast nog veel andere vormen van overheidsoptreden beleidsregelgeving en privaatrechtelijk overheidshandelen, aan het recht bindt, wordt wel gesteld dat tegenwoordig het legaliteitsbeginsel vergt dat alle overheidsoptreden dat eenzijdig verplichtingen aan oplegt, een wettelijke grondslag behoeft.^[60]

Ook brengt de werking van het legaliteitsbeginsel met zich mee dat de mogelijkheid tot het vaststellen van zogenaamde *zelfstandige* algemene maatregelen van bestuur zonder een basis in een wet in formele zin niet is.^[61] Weliswaar zou men kunnen beweren dat de regering rechtstreeks op grond van artikel 89 van de Grondwet bevoegd is algemene maatregelen van bestuur vast te stellen, maar die opvatting schuurt op zijn minst op de jurisprudentie en ratio van het legaliteitsbeginsel, zoals opgevat in het begin van de 21^{ste} eeuw. Aanvaard wordt dan ook wel dat een zelfstandige algemene maatregel van bestuur slechts in zeer uitzonderlijke gevallen en alleen bij wijze van tijdelijke voorziening kan – zo wordt aangenomen – is toegestaan.^[61] Dienten het komen ze ook zelden voor.

Het legaliteitsbeginsel geldt ten aanzien van alle vormen van overheidsoptreden en daarmee voor alle overheidsfuncties. In de eerste plaats houdt het een norm in voor de wetgever. Voor de wetgever betekent het moderne legaliteitsbeginsel niet alleen de mogelijkheden om op te treden, maar het schrijft eveneens bepaalde belangrijke beslissingen in de rechtsorde zijn voorbehouden aan de wetgever (in formele zin). Dit komt hierop in het kader van de bespreking van het primaat voor de wetgever nog terug in nr. 4. Voor de uitvoerende macht, het bestuur, houdt het legaliteitsbeginsel in dat dit bestuur geen andere bevoegdheden heeft dan die bij wettelijk voorschrift zijn gegeven en tevens dat het bestuur bij de uitoefening van die bevoegdheden is gebonden aan wettelijke voorschriften (zie nr. 5). Eenzelfde betekenis heeft het legaliteitsbeginsel voor de rechtsstaat Nederland voor de rechter; ook die kent geen andere bevoegdheden dan de wet vergunt, en de uitoefening van de rechtsprekende functie is gebonden aan de wet (zie nr. 8). Voordat we de betekenis van het legaliteitsbeginsel voor de uitoefening van de verschillende overheidsfuncties nader bekijken, zullen we even stilstaan bij de wijze waarop de verschillende overheidsfuncties in onze Grondwet zijn georganiseerd.

3 MACHTENSCHIEDING

Net zo min als de Grondwet andere staatsrechtelijke organisatiebeginselen noemt, is het beginsel van machtscheiding expliciet grondwettelijk verankerd. Het beginsel komt desalniettemin tot op zekere hoogte tot uiting in concrete grondwetsbepalingen.^[63]

Het beginsel van de machtscheiding vormt een onderdeel van de rechtsstaatsgedachte en is er eveneens gericht om machtsconcentratie bij de overheid tegen te gaan. Dit gebeurt niet door begrenzing van de overheidsmacht als zodanig, zoals het legaliteitsbeginsel en het beginsel van de grondrechten beoogt. Het overheidsrecht is gericht op de overheidsmacht te spreiden over verschillende organen, die in een zeker evenwicht tot elkaar staan. In het kader van het regeringsstelsel gaat het daarbij primair om de onderscheiding van wetgeving, bestuur en rechtspraak.

Trias Politica van Montesquieu) en het toekennen van deze functies aan afzonderlijke organen.

Zoals het opschrift en de indeling van hoofdstuk 5 (wetgeving en bestuur) en 6 (rechtspraak) wellicht vermoeden,^[64] is de machtenscheiding tussen wetgever en bestuur enerzijds en rechtspraak anderzijds duidelijk. Dit is het geval in de meeste westerse democratieën. In de verhouding tussen wetgever en machtenscheiding veel minder sterk doorgevoerd. De vaststelling van wetten geschiedt door de Staten-Generaal gezamenlijk (artikel 81 e.v. Grondwet) en ook de regering (de ‘uitvoerende macht’) ministers stellen, zij het met inachtneming van artikel 89 Grondwet, algemene regels vast. De artikel Grondwet geven uiting aan het samenspel van regering en Staten-Generaal, meer dan aan de strikte s tussen beide. Van een ‘zuivere’ machtenscheiding is geen sprake, veeleer van een systeem van even controle over en weer. Ook in de Verenigde Staten, waar het beginsel van machtenscheiding sterk is doorgevoerd, opereren bestuur en wetgever niet volkomen gescheiden van elkaar. Er is sprake van een stelsel van ‘checks and balances’.^[65]

Niet alleen het (grond)wettelijke kader, ook het daadwerkelijk functioneren van regering en Staten-Generaal hun onderlinge verhouding kan tegen het licht van het beginsel van de machtenscheiding worden getoetst. Het kan bijvoorbeeld worden nagegaan of de Tweede Kamer zich onafhankelijk opstelt tegenover de regering (dualisme) of door gedetailleerde regeerakkoorden en feitelijke politieke verhoudingen aan de regering vastgeklonken (monisme). Ook de interne machtenscheiding in de Staten-Generaal (het tweekamersysteem) bij de beoordeling betrokken worden: als regering en Tweede Kamer zich feitelijk monistisch tot elkaar verhouden, neemt de Eerste Kamer dan de rol van tegenspeler op zich?

De machtenscheiding is het meest duidelijk doorgevoerd ten aanzien van de rechtspraak; ook hier bestaan onvermijdelijk organisatorische verbanden met regering en Staten-Generaal. Benoeming van rechters geschiedt bij koninklijk besluit (artikel 117, eerste lid, Grondwet). Benoeming van leden van de Hoge Raad geschiedt eveneens bij koninklijk besluit, maar op voordracht van de Tweede Kamer (artikel 118, eerste lid, Grondwet). Deze constructie ademt nog iets uit van het verlangen naar machtsevenwicht tussen regering en Staten-Generaal. Cassatie van rechterlijke uitspraken wegens strijd met het recht (vroeger: de wet) was traditioneel gezien als correctiemechanisme op de rechtspraak ‘in naam des Konings’. Voor het overnemen van wel (grond)wettelijke en verdragsrechtelijke waarborgen voor onafhankelijkheid en onpartijdigheid.

Het beginsel van de machtenscheiding heeft een grote rol gespeeld in de opbouw van het stelsel van rechtsbescherming. Artikel 115 Grondwet geeft aan dat voor bepaalde geschillen (geschillen tussen burger en overheid) administratief beroep ingesteld kan worden, d.w.z. beroep op een hoger bestuursorgaan in plaats van of voorafgaand aan – beroep op een rechter. Aan deze constructie, die lang voor de grondwettelijke veranderingen van 1983 bestond, lag de gedachte ten grondslag dat de rechter zich niet moest mengen in bestuursaangelegenheden en daarmee ‘op de stoel van het bestuur’ moest gaan zitten. Het bestuur, in de instantie de Kroon, zou over dergelijke conflicten zelf een oordeel moeten vellen.^[66] Dit idee stond in gespannen voet met een ander beginsel van de rechtsstaatsgedachte, namelijk het beginsel van onafhankelijke (administratieve) rechtspraak. Een eenduidige keuze is in Nederland nooit gemaakt voor het ene of het andere systeem, met als gevolg dat er gaandeweg een sterk verbrokkeld stelsel van zowel administratieve rechtspraak als uitgeoefend door een veelheid van administratieve rechters, als administratief beroep ontstond. Het Benthem-arrest van het EHRM van 1985 maakte een einde aan het Kroonberoep als geschilbeslechting door overheid en burger in laatste ressort.^[67] Ondanks het feit dat de procedure gevoerd werd voor de Afdeling geschillen van bestuur van de Raad van State, vond het Hof het in strijd met de waarborgen van onafhankelijkheid.

rechtspraak als gegarandeerd in artikel 6 EVRM dat de status van het oordeel van de Afdeling een ac de Kroon (term ter aanduiding van ‘regering’) de mogelijkheid had contrair te gaan.^[68] Dit arrest vor katalysator voor de reorganisatie van de rechterlijke macht in Nederland.

Naar aanleiding van het Procola-arrest van het EHRM^[69] is vervolgens het stelsel van rechtspraak do afdeling van) de Raad van State (nu: Afdeling bestuursrechtspraak) ter discussie gesteld. In deze Lu zaak achtte het EHRM het feit dat vier van de vijf staatsraden die als rechter oordeelden in de betrefl ook hadden deelgenomen aan de advisering over de litigieuze regeling, in strijd met de waarborgen v onpartijdigheid als gegarandeerd in artikel 6 EVRM.^[70] Naar de heersende overtuiging wordt het Ne stelsel van rechtspraak door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State door dit arrest a niet getroffen; uit het arrest dient wel lering getrokken te worden voor de *werkwijze* van het rechtsco

Tussen bestuur en rechtspraak speelt de machtscheiding ook in het kader van de vervolging van st feiten. Mede naar aanleiding van de IRT-affaire^[72] is de vraag naar de reikwijdte van de aanwijzingsbevoegdheid van de minister van Veiligheid en Justitie ten aanzien van ambtenaren van l weer in de belangstelling gekomen. In het kader van de reorganisatie van het OM is het oude algeme geformuleerde artikel 5 Wet RO vervangen door de nieuwe en meer specifieke artikelen 127 en 128.

Het beginsel van de machtscheiding doet ook opgeld in de verhouding tussen wetgever en rechter. constitutioneel toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet vervult hierin een functie. Bij de beoordele verhouding tussen wetgever en rechter is ook de hantering van dit artikel van belang. Op welke wijze rechter zich feitelijk op? Hoe vrij is de rechter bij de interpretatie en toepassing van wetgeving? Zo g Raad in het Harmonisatiewet-arrest^[74] ten aanzien van het Statuut voor het Koninkrijk aan dat een toetsingsverbod gold en dat derhalve zijn handen gebonden waren, maar verklaarde hij tegelijkertijd de orde zijnde wet – de Harmonisatiewet^[75] – (een wet in formele zin) in strijd kwam met een rechts verankerd in het Statuut. Met een beroep op machtscheiding is ook een terughoudende opstelling v wetgever bij de toepassing van artikel 94 Grondwet bepleit inzake van toetsing van wetgeving aan ee verbindende verdragsbepalingen.^[76] Hoewel de rechter zich aanvankelijk terughoudend heeft opgeste bepaalde terreinen veranderd, met name door de toetsing aan internationale grondrechtsbepalingen. I internationale ontwikkelingen in de sfeer van wetgeving, bestuur en rechtspraak wordt voorts de ond verhouding tussen Nederlandse wetgever, bestuur en rechter beïnvloed.

4 DE WETGEVENDE FUNCTIE

In de Grondwet wordt in artikel 81 het vaststellen van wetten – en daarmee de functie wetgeving – o van de centrale overheid in eerste instantie opgedragen aan regering en Staten-Generaal gezamenlijk maken van wetten verklaart de Grondwet ook nog andere instanties bevoegd tot het maken van alger verbindende voorschriften^[77], of verordeningen^[78]. Zijn die andere instanties daarmee ook wetgevers er eigenlijk bedoeld als we spreken over een ‘wet’?

Het begrip ‘wet’ is in het staatsrecht niet eenduidig. Het is in de staatsrechte-lijk doctrine gebruikelijk verschillende wetsbegrippen te onderscheiden, te weten een formeel wetsbegrip en een materieel we

In het *formele wetsbegrip* wordt het begrip wet gedefinieerd aan de hand van de uiterlijke kenmerken

totstandkomingsprocedure. Volgens deze formele wijze van definiëren verstaan we in de Grondwet (‘wet’ een besluit van de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk, vastgesteld volgens de procedure van artikel 77 van de Grondwet. De Grondwet reserveert het begrip ‘wet’ exclusief voor de besluiten vastgesteld volgens die procedure.

Indien het begrip wet aan de hand van inhoudelijke of materiële kenmerken wordt gedefinieerd, dan resulteert daarvan een *materieel wetsbegrip*. In dit geval spreken we van een ‘wet in materiële zin’ of ‘algemeen verbindend voorschrift’ of ‘wettelijk voorschrift’; beide aanduidingen worden wel als synoniem gebruikt voor de aanduiding wet in materiële zin.

Over wat precies onder wet in materiële zin moet worden verstaan, lopen de meningen in de rechtspraak uiteen. Over één ding is men het meestal wel eens: een inhoudelijk wezenskenmerk van wetten ten opzichte van andere besluiten is de algemene strekking die wetten in materiële zin – of algemeen verbindende voorschriften zoals ze in artikel 89, vierde lid, Grondwet worden genoemd – hebben. *Algemene strekking* van algemeen verbindende voorschriften houdt in dat de voorschriften ervan zich richten tot een in beginsel onbepaald aantal van normadressaten. De algemene strekking van algemeen verbindende voorschriften betreft tevens de werking ervan. Die is algemeen als de werking van een algemeen verbindend voorschrift in beginsel niet gekonditioneerd is aan een beperkte tijdsduur, de werking niet is gelimiteerd tot een beperkte ruimte en de voorschriften daarvan lenen voor herhaalde toepassing.^[79] Eveneens een constante factor in materiële wetsdefinities is de eis dat het besluit pas dan aan te merken valt als een algemeen verbindend voorschrift indien het gegeven is op basis van of krachtens de Grondwet, dan wel formele wet verkregen *bevoegdheid tot regelgeving*.^[80] Doordat algemeen verbindende voorschriften op basis van een directe of indirecte bevoegdheid tot regelgeving tot stand zijn gebracht, onderscheiden ze zich van de beleidsregels, die net als algemeen verbindende voorschriften een algemene strekking hebben, maar in tegenstelling tot algemeen verbindende voorschriften niet beruhten op een bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften, maar op een bevoegdheid van een bestuursorgaan tot het vaststellen van regels omtrent het afwegen van belangen, het vaststellen van feiten en de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan (artikel 1:3, vierde lid, Awb en artikel 4:81 Awb).

Meer omstreden zijn de onderscheidende kenmerken *externe werking* (een besluit is pas dan een algemeen verbindend voorschrift als het werkt buiten de kring van het orgaan dat het besluit vaststelde)^[81] en de eis van bekendmaking als algemeen verbindend voorschrift.^[82] Dat een algemeen verbindend voorschrift een externe werking moet hebben voordat het als werkelijk algemeen verbindend voorschrift kan gelden, wordt overigens niet altijd meer en meer aangehangen.^[83] *Publicatie* is als specifiek vereiste voor algemeen verbindende voorschriften wat op zijn retour, nu bekendmaking ingevolge artikel 3:40 Awb een constitutief vereiste is geworden. De inwerkingtreding van de meeste besluiten, inclusief het merendeel van de besluiten die algemeen verbindende voorschriften bevatten.^[84]

De Grondwet zelf, noch enige andere wet, bevat een inhoudelijke definitie van wet in materiële zin of algemeen verbindend voorschrift. Het materiële wetsbegrip is vooral in de jurisprudentie^[85] en de staatsrechtelijke literatuur ontwikkeld. In navolging van de vorige druk van dit handboek verstaan wij onder *algemeen verbindend voorschrift* (synoniem van wet in materiële zin, of wettelijk voorschrift): ‘een krachtens de Grondwet of op grond van een regelgevende bevoegdheid genomen besluit, inhoudende een of meer algemene,^[86] naar buiten werke

De Algemene wet bestuursrecht markeert tegenwoordig zelf de grens tussen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels, die eveneens een algemene strekking hebben. Artikel 1:3, vierde lid /

verstaat onder beleidsregel:

‘een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het geloven een bevoegdheid van een bestuursorgaan.’

De betekenis van het legaliteitsbeginsel voor de wetgever

In nr. 1 kwam al aan de orde dat het legaliteitsbeginsel, als beginsel dat voor overheidsoptreden een wet in materiële zin vergt, zich richt tot alle drie de overheidsmachten wetgever, bestuur en rechter. Het legaliteitsbeginsel verschillende dimensies kent voor ieder van die machten.

Voor de wetgever kent het legaliteitsbeginsel twee facetten:

- a. De overheid is als wetgever *uitsluitend* tot optreden bevoegd als ze een uitdrukkelijke wettelijke regel aanwijzen die haar deze bevoegdheid verleent (negatieve ‘Vorbehalt des Gesetzes’).
- b. Als er een bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften bestaat, kunnen vormen van overheidsoptreden slechts via uitoefening van die regelgevende bevoegdheid worden uitgeoefend (positieve ‘Vorbehalt des Gesetzes’).

a. Verkrijgen van regelgevende bevoegdheid: attributie en delegatie

Wil de overheid met algemene en verbindende regels optreden, dan zal zij daarvoor – zoveel vergt het legaliteitsbeginsel – altijd een wettelijke basis moeten hebben, d.w.z. een door een wet in materiële zin toegekende bevoegdheid die direct of indirect is ontleend aan de Grondwet. De bevoegdheid tot wetgeven (in materiële zin) kan namelijk direct door de Grondwet zelf worden toegekend aan een overheidsorgaan of via doorgifte van een reeds bestaande regelgevende bevoegdheid bij een overheidsorgaan terecht komen. In het algemeen bestaan er twee methoden om regelgevingsbevoegdheden toe te kennen aan een overheidsorgaan: de eerste methode van bevoegdheidstoekenning heet *attributie*. Attributie houdt de creatie en toekenning van nog niet eerder bestaande regelgevende bevoegdheid aan een overheidsorgaan.^[87] Zo kent artikel 127 van de Grondwet aan provinciale staten en gemeenteraden de bevoegdheid toe om, behoudens bij de wet of door hen krachtens de wet te bepalen uitzonderingen, de provinciale onderscheidenlijk de gemeentelijke verordeningen vast te stellen. Deze bevoegdheid tot het maken van verordeningen wordt in de Grondwet voor het eerst gecreëerd (in artikel 127 Grondwet) en hogere wetgever gaf daartoe de opdracht) en gelijktijdig aan provinciale staten en de gemeenteraden (in artikel 124 Grondwet en verdere). Delegatie houdt in dat een reeds bestaande regelgevende bevoegdheid wordt doorgegeven aan een ander overheidsorgaan dat die bevoegdheid dan zelf, onder eigen naam en aansprakelijkheid, kan gaan uitoefenen.^[88] Gemeenteraden kunnen de bevoegdheid tot het maken van gemeenteraadsverordeningen die de Grondwet hen in artikel 127 attribueert geheel of gedeeltelijk overdragen aan het college van burgemeester en wethouders, met inachtneming van de beperkingen die artikel 127 Gemeentewet daarvoor aanlegt. Die delegatie van regelgevende bevoegdheid wordt dan in een bepaling van de gemeenteraadsverordening uitgedrukt door bijvoorbeeld de zinsnede dat het college van burgemeester en wethouders bevoegd is ‘nadere regels te stellen’ of ‘nadere voorschriften’ te vervaardigen. Een voorbeeld van een wet die in een bepaling aan de regering een wetgevingsbevoegdheid – of preciezer: een regelgevende bevoegdheid – delegeert, biedt artikel 21, eerste lid, van de Algemene wet gelijke behandeling. Dat luidt: ‘Bij algemene maatregel van bestuur worden nadere regels gesteld omtrent de werkwijze van de Commissie [gelijke behandeling] (...)’.

Het overdragen van regelgevende bevoegdheid via delegatie kan zowel binnen één en hetzelfde overheidsverband plaatsvinden, bijvoorbeeld door de formele wetgever aan de regering, maar het kan ook plaatsvinden tussen verschillende overheidsverbanden, bijvoorbeeld overdracht van regelgevende bevoegdheid door de formele wetgever aan de gemeenteraad. Bij delegatie binnen één en hetzelfde overheidsverband spreken we van horizontale delegatie, bij delegatie tussen twee verschillende overheidsverbanden spreken we van verticale delegatie. Overigens is een overheidsorgaan waaraan via attributie of delegatie een regelgevende bevoegdheid is toegekend, niet steeds vrij die bevoegdheid door te geven aan weer een ander overheidsorgaan. De mogelijkheden tot delegatie worden soms beperkt door de Grondwet, soms door het ongeschreven gewoonterecht. Onder punt b. komen we daarop terug.

Een vraagstuk waarover in de Nederlandse staatsrechtelijke doctrine verschillend wordt gedacht is de vraag welke wetgever(s) bevoegd is (zijn) tot attributie van regelgevende bevoegdheid. De Grondwet zelf geeft daarover geen uitsluitsel. Sommige staatsrechtelijke schrijvers zijn de mening toegedaan dat binnen de hiërarchie van de Nederlandse rechtsorde de Grondwet regelgevende bevoegdheden aan gemeenten en provincies attribueert én de formele wetgever in staat is om bevoegdheden – o.a. in het kader van het nader detail van de constitutie – te attribueren aan andere overheidsorganen.^[89] Anderen – tot wie ik mezelf reken^[90] – zijn van oordeel dat binnen de Nederlandse rechtsorde alleen de grondwetgever in staat is om *nieuwe* regelgevende bevoegdheden te scheppen en toe te kennen.^[91] In artikel 81 van de Grondwet krijgt de formele wetgever een zeer algemene competentie tot het vaststellen van wetten in formele zin toegekend. Die wetten kunnen betrekking hebben op ieder mogelijk onderwerp, voor zover en voor zolang een wet daardoor niet in strijd is met de Grondwet of enige hogere wettelijke regeling, zoals een verdrag of besluit van een volkenrechtelijke organisatie.

Weliswaar bevat de Grondwet naast deze algemene geattribueerde regelgevende bevoegdheid van artikel 81 van de Grondwet nog bijzondere opdrachten voor de formele wetgever, zoals de opdracht van artikel 107, tweede lid, van de Grondwet om algemene regels van bestuursrecht bij wet vast te stellen. Deze bijzondere grondwettelijke opdrachten doen echter niet af aan de algemene competentietoedeling door de grondwetgever aan de wetgever; ze omschrijven deze nader en scherpen de formele wetgever in welke onderwerpen in ieder geval geregeld moeten worden. De consequentie van deze opvatting is dat de bepalingen in de Gemeentewet, Provinciewet, maar ook in andere organieke wetten waarin regelgevende bevoegdheid aan decentrale overheidsorganen worden toegekend, niet langer worden gezien als zelfstandige attributie door de formele wetgever, maar als specificaties van de originele bevoegdheidstoekenning door de grondwetgever.^[92]

Door uit te gaan van een stelsel waarin de grondwetgever de enige bron van attributie van regelgevende bevoegdheden is binnen het bestek van de Nederlandse rechtsorde wordt – scherper dan in andere opvattingen het geval is – uitgedrukt dat de Grondwet ten opzichte van de formele wet en andere nationale vormen van regelgeving of rechtschepping een bijzondere plaats inneemt.

b. De geoorlooftheid van delegatie en het primaat van de wetgever

Een probleem bij het overdragen van regelgevende bevoegdheden via delegatie aan lagere regelgevers, de regering, een minister, of een gedecentraliseerd overheidsorgaan, is dat daarmee de directe participatie van de Staten-Generaal bij het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften verloren gaat. Delegatie betekent veelal een gedeeltelijk verlies aan democratische legitimatie in. Dat is niet het geval als de wetgever aan bijvoorbeeld provinciale staten of gemeenteraad. Het democratische tekort wordt wel gedeeltelijk gecompenseerd doordat deze decentrale regelgevers meestal verantwoording verschuldigd zijn aan een decentrale volksvertegenwoordiging (gemeenteraad of provinciale staten) en doordat de delegerende

wetgever meestal de kaders waarbinnen de gedelegeerde regelgeving plaatsvindt, zelf vaststelt en ook delegatie weer ongedaan kan maken. De directe verbinding met de nationale volksvertegenwoordiging door delegatie aan lagere regelgevers binnen de centrale overheid evenwel verbroken. Verder ontstaat er door delegatie van regelgevende bevoegdheid een asymmetrie in de scheiding der machten. Aan organen die het machtscheidingsmodel van de trias politica bij uitstek belast zijn met de uitvoering van wetten wordt door delegatie van regelgevende bevoegdheid soms tevens de bevoegdheid toegekend om de wettelijke voorschriften zelf te geven. De machtsbalans dreigt hiermee te worden verstoord.

Om deze mogelijke problemen het hoofd te bieden zijn er – mede op basis van het legaliteitsbeginsel – een aantal normen ontwikkeld die de mogelijkheden tot delegatie begrenzen. Die normen vallen in twee hoofdgroepen uiteen, te weten: a. de normen die ons grondwettelijke delegatiestelsel aangeeft, en b. de normen die samenhangen met het primaat van de wetgever.

Het grondwettelijke delegatiestelsel

Onze Grondwet van 1983 stelt een aantal normen die van belang zijn voor de mogelijkheden tot delegatie van regelgevende bevoegdheid. Door het gebruik van een vaste terminologie wordt in de Grondwet aangegeven aan welke onderwerpen wel of juist geen delegatie is toegestaan. Slechts indien de Grondwet 'bij of krachtens de wet' of enigerlei vorm van het werkwoord 'regelen' of het zelfstandig naamwoord 'regeling' bevat, is delegatie van regelgevende bevoegdheid door de formele wetgever aan een lagere overheid toegestaan.^[93] Ontbreekt een van deze termen dan is delegatie niet toegestaan en is hooguit regeling in de formele zin mogelijk.^[94] Een grondwettelijk delegatieverbod houdt overigens niet in dat aan een lagere overheid regelgever helemaal geen regelgevende bevoegdheid toe zou kunnen komen ter zake van een onderwerp onder het delegatieverbod valt. Het grondwettelijke delegatieverbod houdt volgens aanwijzing 23 van de Aanwijzingen voor de regelgeving in dat alle *wezenlijke* bepalingen ten aanzien van het betrokken onderwerp in een wet in formele zin moeten worden neergelegd. Dat betekent dat op de terreinen waarop een delegatieverbod geldt, niet via de toekenning van vage bestuursbevoegdheden in de wet in het onderwerp wordt voorzien voor welk geval de invulling van de regeling in feite geheel aan lagere bestuursorganen wordt overgelaten. Het grondwettelijke delegatieverbod laat wel onverlet dat als uitvoering te beschouwen regels over details van de invulling van de regeling aan lagere regelgever kunnen worden overgelaten.^[95]

Nog op een andere manier normeert de Grondwet de mogelijkheden tot delegatie. Artikel 89, tweede lid, bepaalt dat voorschriften in algemeen verbindende voorschriften van het Rijk die door straffen worden gehandhaafd, alleen krachtens de wet kunnen worden gegeven. Aan de wetgever in formele zin is het voorbehouden de op te leggen straffen te regelen.

Het primaat van de wetgever

Het 'primaat van de wetgever', als begrip geïntroduceerd in het door de Commissie-Polak in 1985 uitgebrachte rapport *Orde in de regelgeving*, drukt op hoofdlijnen uit welke betekenis momenteel het legaliteitsbeginsel ten aanzien van de functie wetgeving toekomt binnen onze democratische rechtsstaat. Voor de wetgever betekent het primaat van de wetgever in dat hij zelf de voornaamste (rechtspolitieke) keuzen over de inhoud van de wettelijke regelingen behoort te maken, en die keuzen niet kan overlaten aan het bestuur of aan de rechter. In de praktische zin houdt het beginsel volgens de Commissie-Polak in dat de structuur van een wetgeving als geheel, alsmede de hoofdlijnen, de voornaamste duurzame normen en de reikwijdte-bepalende elementen van een wet in formele zin moeten worden neergelegd. Aan lagere regelgevers kan dan, binnen de kaders die de wet stelt, worden overgelaten uitvoeringsregels op te stellen.

Met het primaat van de wetgever wordt een theoretische brug geslagen tussen de functie wetgeving, essentie democratische grondslag van rechtsschepping in een democratische rechtsstaat en het legaliteitsbeginsel. Daarnaast biedt het een belangrijk en praktisch aanknopingspunt bij de bepaling van de geoorloofdheid en mogelijkheden tot delegatie binnen een bepaald regelingscomplex.

Het rapport *Orde in de regelgeving* geeft zelf al op hoofdlijnen aan welk soort bepalingen ingevolge van de wetgever nu bij uitstek behoren tot de materie die regeling bij wet in formele zin behoeft en vóór voorschriften kunnen worden overgelaten aan welke gedelegeerde regelgevers van de centrale overheid inhoudelijke richtsnoeren zijn – met enkele uitbreidingen – ook overgenomen in de Aanwijzingen voor de regelgeving, een circulaire van de minister-president voor functionarissen en ambtenaren die werkzaam zijn bij de rijksdienst.^[98]

Parlementaire betrokkenheid bij delegatie

Delegatie zet de volksvertegenwoordiging op wat grotere afstand van het proces van het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften. Weliswaar is er controle mogelijk op delegatieregelingen via de parlementaire controle-instrumenten, maar dergelijke controle op delegatieregelingen is veelal indirecte en vindt pas plaats vinden nadat de gedelegeerde regeling is bekendgemaakt. Om te voorkomen dat het parlement zijn greep op de vaststelling van regels in delegatie geheel verliest, zijn er oplossingen ontwikkeld die ervoor zorgen dat het parlement bij de gedelegeerde vaststelling van algemeen verbindende voorschriften op eniger wijze betrokken kan blijven. Veelal geschiedt dat doordat het parlement van een ontwerp van een gedelegeerde regeling in een of andere vorm op de hoogte wordt gesteld (de zogenaamde *voorhangprocedure*).

Er bestaan vier hoofdvormen van parlementaire betrokkenheid bij delegatie, te weten: a. gecontroleerde delegatie (waarbij het parlement van het ontwerp van een algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling op de hoogte wordt gesteld alvorens deze in werking treedt), b. tijdelijke delegatie (waarbij de regelgever de bevoegdheid krijgt tijdelijk een regeling te maken die zal worden vervangen door een wet in formele zin), c. voorwaardelijke delegatie (een voorstel voor een algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling wordt voorgelegd aan het parlement, dat alsnog kan beslissen tot een – gedeeltelijke – wet of ministeriële regeling) en d. delegatie onder voorbehoud van goedkeuring bij wet, waarbij de mogelijkheid van wet of ministeriële regeling afhankelijk is van goedkeuring bij wet.

5 DE WETGEVINGSPROCEDURE

De Grondwet regelt in de artikelen 81 tot en met 88 de formele wetsprocedure, die hierna stap voor stap in artikelsgewijze commentaar aan de orde zal komen. Bij die gelegenheid (zie Artikel 81, nr. 3) bespreken we kort de – vooralsnog niet geslaagde – poging die in 1999 is ondernomen om in de Nederlandse Grondwet een correctief wetgevingsreferendum op te nemen.

Over de totstandkoming van andere voorschriften die afkomstig zijn van Nederlandse tot regelgeving bevoegde organen op het niveau van de centrale overheid, zwijgt de Grondwet grotendeels. Artikel 89, eerste lid van de Grondwet, bepaalt weliswaar dat algemene maatregelen van bestuur worden vastgesteld bij koninklijk besluit, maar daar blijft het bij. Bij het commentaar op artikel 89 Grondwet zullen we nader ingaan op de procedure voor het vaststellen van algemene maatregelen van bestuur en andere van wege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften wordt gevolgd.

6 VORMEN VAN REGELGEVING

Algemeen verbindende voorschriften op het niveau van de centrale overheid

Algemeen verbindende voorschriften komen voor in verschillende soorten en maten. Op het niveau van rijksoverheid van Nederland kunnen algemeen verbindende voorschriften maar via een beperkt aantal *regelingssoorten* worden vastgesteld, te weten bij het Statuut, bij Grondwet, (rijks)wet in formele zin, maatregel van (rijks)bestuur, ministeriële regeling, en andere vanwege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften, zoals regelingen van zelfstandige bestuursorganen (bijvoorbeeld de Onafhankelijke Post- en Telecommunicatie Autoriteit) of regelingen van openbare lichamen voor beroep en bedrijf (de Nederlandse Orde van Advocaten).

Tot voor kort werd wel aangenomen dat het ook mogelijk was algemeen verbindende voorschriften vast te stellen bij zogenaamde kleine koninklijke besluiten, d.w.z. koninklijke besluiten waarover de Raad van State niet is gehoord en die ook niet zijn gepubliceerd in het Staatsblad. Ruimte voor het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften door de regering bij een zogenoemd klein ‘regelend’ koninklijk besluit, bestaat echter naar huidig inzicht niet meer.^[99] Indien de regering algemeen verbindende voorschriften wenst vast te stellen, dient daarvoor de vorm van de algemene maatregel van bestuur te worden gebruikt.

Zelfstandige algemene maatregelen van bestuur?

Een vraag die hiervoor al in het kader van de bespreking van het legaliteitsbeginsel aan de orde kwam, is of ons constitutionele stelsel de regering ook zelfstandig bevoegd is om algemeen verbindende voorschriften vast te stellen in ‘zelfstandige’ algemene maatregelen van bestuur. Dergelijke algemene maatregelen van bestuur worden ‘zelfstandig’ omdat ze niet zijn vastgesteld op basis van enige gedelegeerde bevoegdheid tot regelgeving. Het is zelden het geval dat bij gelegenheid van de grondwetswijziging van 1887 – in weerwil van de overwegingen in het Meerenbergarrest – toch alsnog wat ruimte werd gecreëerd voor de zelfstandige algemene maatregel van bestuur. Slechts daar waar een algemene maatregel van bestuur voorschriften bevat die door straffen gehandhaafd, moeten die voorschriften met strafbedreiging berusten op een wettelijke grondslag. Voorschriften die niet door straffen worden gehandhaafd, kunnen onder die grondwettelijke bepaling – het huidige Gw., tweede lid – nog wel zelfstandig bij algemene maatregel van bestuur worden vastgesteld. Van deze mogelijkheid is in het verleden slechts beperkt gebruik gemaakt en terecht.^[100] Zelfstandige algemene maatregelen van bestuur ‘wringen’ met het legaliteitsbeginsel en het daarop gebaseerde primaat van de wetgever. Ze komen dan ook nog maar weinig voor en zijn omstreden.^[101] De commissie-Polak was terecht kritisch over zelfstandige algemene maatregelen van bestuur. Dat heeft ook direct te maken met de democratische betekenis die de commissie aan het legaliteitsbeginsel toedicht.^[102] In de moderne opvatting van het legaliteitsbeginsel geeft het namelijk geen pas dat de top van het bestuur (de regering) zonder medewerking van een volksvertegenwoordiging regels stelt die ze later zelf uitvoert. De commissie-Polak adviseerde om een einde te maken aan de figuur van de zelfstandige algemene maatregel van bestuur, maar het Parlement vond dat wat te ver gaan en kwam met een eigen standpunt. Dat standpunt is tegenwoordig verwoord in de Aanwijzing 21 Awr en luidt dat:

‘Voor het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften wordt een zelfstandige algemene maatregel van bestuur niet gebruikt, behoudens in uitzonderlijke situaties bij wijze van tijdelijke voorziening.’

Deze benadering is ook in lijn met oplossingen voor decretenwetgeving (dat wil zeggen zelfstandig optreden van de regering) die in andere landen is gekozen.^[103]

De praktijk is echter weerbarstig. Er worden nog steeds zelfstandige algemene maatregelen van bestuursrecht gemaakt, ook voor maatregelen die burgers de facto dwingen. Een enkel voorbeeld daarvan is het Bevoegdheid tot DNA-onderzoek (*Stb.* 2002, 640). Deze maatregel maakte het mogelijk om DNA-profiel van veroordeelden te verkrijgen als ze daarmee instemden en dat materiaal op te nemen en te bewaren in een databank bedoeld voor strafrechtelijk onderzoek. Al legt de algemene maatregel zelf geen straffen op, maar is er hier een van feitelijke dwang en dan gaat het niet aan dat de regering dat op eigen titel, zonder raad van het parlement regelt. Het besluit is niet direct in strijd met de Grondwet maar in zekere zin wel – sprake is van feitelijke dwang^[104] – in strijd met de lijn uit het Fluoridering-arrest en zeker met het primaat van de wetgever.^[105] Ook de Raad van State oordeelde over het ontwerp voor dit koninklijke besluit al dat het in strijd kwam met het primaat van de wetgever. Toch zette de regering door, in weerwil van de eigen adviezen. Aanwijzingen voor de regelgeving, en continueerde die praktijk bij de wijziging en aanvulling van het Bevoegdheid tot DNA-besluit door de werkingssfeer uit te breiden naar ex-veroordeelden (*Stb.* 2005, 17). Dat verdient een schone prijs uit een oogpunt van consistentie en doet ook de vraag rijzen naar de hardheid van de wet van de wetgever aanlegt. Is dat slechts een aanwijzing of ook een rechtsnorm het laatste. Het primaat van de wetgever is een hedendaagse implicatie van de norm die het Fluoridering-arrest aanlegt, het is neergelegd in een regel die het karakter van een beleidsregel heeft en die regel wordt toegepast door de Raad van State bij de wetgevingsadvisering.^[106] De loutere omstandigheid dat er een nieuwe uitspraak van een rechter is geweest, of een arrest van de Hoge Raad waarin in deze zaak die ingeroepen, betekent niet dat de norm niet bestaat.

Regelingssoorten op het niveau van de decentrale overheid

Op het niveau van decentrale overheden kunnen algemeen verbindende voorschriften worden vastgesteld. Provinciale verordeningen afkomstig van provinciale staten, in gemeentelijke verordeningen afkomstig van gemeenteraden en waterschapskeuren afkomstig van waterschapsbesturen. Binnen provincies en gemeenten kunnen ook commissies en gedeputeerde staten, respectievelijk het college van burgemeester en wethouders, bevoegd zijn om in delegatie regels te stellen. De grenzen van de delegatiemogelijkheden worden hierin vastgelegd door artikel 152 Provinciewet en artikel 156 Gemeentewet. Aan de burgemeester komt op grond van de Gemeentewet de bevoegdheid toe noodverordeningen vast te stellen.

De verhouding tussen regelingen: normenhiërarchie

Tussen regelingsoorten bestaan verschillende soorten van verhoudingen die van belang kunnen zijn bij het oplossen van conflicten tussen regels. Indien zich tussen regels conflicten voordoen, rijst immers de vraag welke regel de voorrang dient te krijgen, en welke regeling buiten toepassing blijft of onverbindend is. Voor de rechter zijn die zich over conflicten tussen regels een oordeel moet vormen. Ook bestuursorganen en de wetgever, kunnen echter geconfronteerd worden met met elkaar strijdige regels. Ter oplossing van deze conflicten, maar ook meer ter bepaling van de werking van regels ten opzichte van elkaar, is het dan van belang inzicht te hebben in de verhouding die tussen verschillende regels bestaat. Dit thema wordt ook wel aangeduid als het vraagstuk van de normenhiërarchie. Tussen regels kunnen in het algemeen twee soorten verhoudingen bestaan, te weten een verhouding van onderschikking of een verhouding van nevenschikking.

a. Onderschikking van regels

Een van de belangrijkste regels die de rechter hanteert bij het bepalen van de verhouding tussen regels

daarmee onder andere conflicten op te kunnen lossen, is de regel die zegt dat hogere regels voor lage gaan.^[107] Tussen regels van ongelijke rang bestaat een hiërarchische verhouding. Het hoogst in rang : internationale en supranationale regels,^[108] dan komen de nationale regels,^[109] zoals de Grondwet, de formele zin, de algemene maatregel van bestuur/klein koninklijk besluit, de ministeriële regeling, alg verbindende voorschriften afkomstig van zelfstandige bestuursorganen op het niveau van de centrale en vervolgens de algemeen verbindende voorschriften van openbare lichamen aan wier besturen bij de Grondwet verordenende bevoegdheid is toegekend. Ook tussen de algemeen verbindende voorsch afkomstig van besturen van openbare lichamen, zoals gemeenten, provincies, waterschappen en open lichamen voor beroep en bedrijf, bestaan onderling verschillen in rangorde. We zullen ons hier echte hoofdzaak beperken tot de hiërarchische verhouding tussen algemeen verbindende voorschriften afk de centrale overheid. Algemeen verbindende voorschriften in supranationale besluiten – zoals die va Internationale Arbeidsorganisatie – en internationale regels – zoals die vaak in verdragen aan de orde hebben verbindende kracht in Nederland nadat ze zijn bekendgemaakt én voor zover het gaat om bep naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden (artikel 93 Grondwet). Als regels die hiërarchisch een h hebben dan nationale regels, zou daaruit al kunnen worden afgeleid dat ze ook voorrang boven natio hebben. Regels van internatio-nale herkomst en nationale regels vormen echter – met uitzondering v Unierecht recht – formeel geen onderdeel van één en dezelfde rechtsorde en de verhouding tussen di daarmee ook niet als vanzelf volgens de nationale voorrangregels worden afgedaan. De Grondwet e dan ook de verhouding die bestaat tussen internationaal en nationaal recht door in artikel 94 te bepa binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden, indien deze toepass verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelij organisaties. Artikel 94 Grondwet richt zich volgens de heersende opvatting uitsluitend tot de rechte geven de bewoordingen daartoe geen aanleiding: ook de wetgever en het bestuur zullen voorrang me aan eenieder verbindende verdragsbepalin-gen. Wordt de rechter geconfronteerd met een ieder verbi bepalingen van een verdrag of van een supranationale organisatie, dan hoeft hij zich ingevolge artike absolute zin uit te spreken over de betekenis van dat conflict voor de verbindendheid van het nationa rechter wordt slechts gevraagd om de met het internationale recht strijdige nationale bepaling in dat niet toe te passen. We gaan op deze kwestie verder in bij het commentaar op artikel 93 en 94 van de

De regels die voortkomen uit of berusten op de oprichtingsverdragen van de Europese Gemeen-schap thans de Europese Unie, hebben voorrang boven het Nederlandse recht omdat het regels van hogere er in de unierechtelijke verhoudingen eigenlijk wel sprake is van één rechtsorde, een unierechtelijke die in de nationale rechtsorde is opgenomen. In de arresten Van Gend en Loos en Costa-Enel^[111] oor Hof van Justitie namelijk dat de lidstaten met het sluiten van de verdragen een nieuwe rechtsorde in hebben geroepen met een geheel eigen karakter. Het unierecht werkt dan ook niet door in de lidstaten van de ruimte die het recht van de lidstaten daarvoor toestaat, maar uit kracht van de eigen unierecht rechtsorde. De voorrang van het EU-recht komt in paragraaf 9 en bij het commentaar op artikel 94 G nog aan de orde.

Nationaal gezien is de Grondwet de hoogste regeling en zou zij daarom ook voorrang moeten hebben lagere regels die strijden met bepalingen uit de Grondwet. In beginsel is het inderdaad zo dat de Gro prevaleert boven subordinaire regels, maar op de werking van die regel bestaat een belangrijke beper constitutionele stelsel. Artikel 120 van de Grondwet bepaalt dat de rechter niet treedt in de beoordeeli grondwettigheid van wetten en verdragen. De rechter mag de wetten in formele zin – in wezen regeli lager rang dan de Grondwet – niet toetsen aan de Grondwet, dit om het primaat van de formele wetg

beschermen.^[112]

De regel die bepaalt dat regels op basis van hun rang voorrang kunnen hebben op andere regels die later in de rangschikking komen, volgt uit het ongeschreven constitutionele recht. Slechts hier en daar zijn elementen van rang in de Grondwet opgenomen, zoals in artikel 94.

Niet alleen voor de rechter is het van belang te weten welke de relatie is tussen twee regels in verband met de vraag welke van de twee regelingen dient te prevaleren, ook de wetgever zelf heeft belang bij de relatie tussen regelingen te kennen. Hogere regelingen bepalen namelijk goeddeels de ruimte en mogelijkheden die lagere regelgevers nog hebben.

b. Nevenschikking van regels

Tussen regels van gelijke orde biedt de rangorde geen handvat bij de beantwoording van de vraag welke regeling moet prevaleren. Voor de bepaling van de verhouding en voorrang tussen – met name conflicterende – regels van gelijke orde zijn verschillende voorrangregels van belang. In de eerste plaats geldt in beginsel dat in geval van conflict tussen twee regels van gelijke orde – de meest specifieke regeling voorrang zal krijgen boven de algemenere regeling (*lex specialis derogat legi generali*). Deze voorrangregels gaan alleen op indien de algemene regel niet de vooropgezette bedoeling heeft een algemeen kader te scheppen voor andere bijzondere regelingen. Algemene wetten zoals het Burgerlijk Wetboek, de Gemeentewet, of het Wetboek van Strafrecht, beogen een algemeen kader te scheppen dat overkoepelend, als een soort algemeen kader, ten aanzien van bijzondere regelingen, zelfs van gelijke rang. Dergelijke algemene wetten hebben voorrang boven meer specifieke bijzondere regelingen. Of sprake is van zo'n wet die beoogt een algemeen kader te scheppen, valt af te leiden uit de bedoeling die de wetgever met de wet heeft nagestreefd.^[113]Soms zal dat uit de toelichtende stukken,^[114] soms wordt een aparte bepaling opgenomen waaruit blijkt dat er een algemeen kader schept ten aanzien van bijzondere regelingen.^[115]

Is niet op basis van het algemene of het bijzondere karakter van twee regels van gelijke rang vast te stellen welke van de twee voorrang heeft (omdat het bijvoorbeeld twee algemene regelingen betreft), en is er sprake van een conflict, dan is er nog een voorrangregels die wel gebruikt wordt, namelijk de voorrangregels die bepaalt dat een latere regeling voor een eerdere regeling gaat (*lex posterior derogat legi anteriori*). Dit geldt echter alleen maar toe te passen in het geval er sprake is van conflicterende regels van gelijke rang, bovendien niet tot elkaar verhouden als algemene en bijzondere regeling.

7 DE BESTUURSFUNCTIE

‘Bestuur’ is de tweede belangrijke overheidsfunctie die de Grondwet in het opschrift van hoofdstuk 2 : de functie van wetgeving noemt. Met ‘bestuur’ wordt de overheidsfunctie van de uitvoerende macht bedoeld, die we kennen uit de klassieke trias politica. In de oorspronkelijke idee van de trias politica, zoals die werd verwoord door Montesquieu, was de uitvoerende macht of het bestuur – hier gebruikt als synoniem voor het uitvoeren van de wetten die door de wetgevende macht zijn vastgesteld. Tegenwoordig omvat het echter veel meer dan het louter uitvoeren van wetten. De regering – waaraan in Nederland op het niveau van de centrale overheid de bestuursfunctie is opgedragen – houdt zich niet alleen bezig met het uitvoeren van wettelijke regelingen (zoals bijvoorbeeld de begrotingswetten, de Wet op de studiefinanciering, de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek of de Vreemdelingenwet), maar ook met het maken

uitvoeren van eigen regeringsbeleid (bijvoorbeeld op het terrein van de mobiliteit en filebestrijding, gezondheidszorg of de criminaliteits-bestrijding), het ontwikkelen en onderhouden van internationale betrekkingen, het verrichten van investeringen, het aanleggen van spoor- en waterwegen, het geven van voorlichting en informatie, etc., etc. Besturen omvat tegenwoordig dus veel meer dan de uitvoering van wetten. Zelfs het stellen van regels – vaak ter invulling van de details waaraan de formele wetgever niet is toegekomen – vormt tegenwoordig een belangrijk onderdeel van de taak van het bestuur. De complexiteit van de bestuursfunctie maakt het niet eenvoudig om er een korte pakkende definitie van te geven. Ook de Grondwet geeft geen definitie van die tegenwoordig zo belangrijke bestuursfunctie. Zou men toch het begrip ‘bestuur’ willen omkaderen dan heeft het de voorkeur de bestuursfunctie als een ‘restfunctie’ te definiëren. Alleen tussen de twee andere overheidsfuncties wordt onder bestuur dan verstaan: het uitoefenen van de bestuursfunctie, uitgezonderd de parlementaire wetgeving en de voorbereiding daarvan en uitgezonderd functies die worden uitgevoerd door onafhankelijke rechters en de functies die – naast wetgeving – zijn opgedragen aan het parlement.^[116]

Grondwet en bestuur

De Grondwet laat zich nauwelijks uit over de bestuursfunctie. Dat betekent niet dat de bestuursfunctie geen andere overheidsfuncties geen belangrijke plaats zou toekomen, integendeel. In bepaalde opzichten is de bestuursfunctie binnen onze als verzorgingsstaat georganiseerde democratische rechtsstaat zelfs de belangrijkste – in ieder geval de meest omvattende – overheidsfunctie. Juist vanwege de veelomvattendheid van de bestuurstaat zwijgt de Grondwet. Wel geeft de Grondwet op verschillende plaatsen expliciet bijzondere opdrachten aan het bestuur. Zo geeft artikel 23, eerste lid, van de Grondwet de regering bijvoorbeeld de taak te hebben voor het onderwijs, wordt de regering opgedragen een uitzending te organiseren van de vergadering van de Staten-Generaal kan worden meegedeeld (artikel 65 Gw.), en wordt de regering opgedragen de internationale rechtsorde te bevorderen (artikel 90 Gw.). Verder draagt de Grondwet de taak exclusief op aan het bestuur, zoals het opperbevel over de krijgsmacht (artikel 97, tweede lid, Gw.).

Bestuur en legaliteitsbeginsel

Net als alle andere overheidsfuncties is de bestuursfunctie in een democratische rechtsstaat gebonden aan het recht. Die binding is tweezijdig: enerzijds kan het bestuur niet optreden – zeker niet wanneer daarbij wordt ingegrepen in rechten en vrijheden van burgers – zonder dat het recht daartoe via een wettelijke grondslag bevoegdheid geeft, anderzijds trekt het recht de grenzen voor de uitoefening van de bestuurshandelingen. Die binding van het bestuur aan het recht werd tot voor kort vooral bewerkstelligd door de afstemming van het bestuur aan de wettelijke regels die via de toekenning van bestuursbevoegdheden tot een bepaald bestuursoptreden machtigen en de werking van het ongeschreven recht in de vorm van de zogenaamde algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Die algemene beginselen van behoorlijk bestuur – voor het eerst opgekomen in de jurisprudentie van bestuursrechters^[117] na Wereldoorlog II – zijn eisen die het bestuur aan het bestuursoptreden zoals het verbod om willekeurig te handelen, om onzorgvuldig afgewogen of onvorbereide, dan wel ongemotiveerde, besluiten te nemen, het verbod gerechtvaardigd vertrouwen te schenden van overheidsacties te beschamen, het verbod om terugwerkende kracht aan belastende maatregel te verlenen, etc. Na 1994 zijn de meeste van de eisen die zowel het legaliteitsbeginsel als de beginselen van behoorlijk bestuur aan bestuursacties stellen, opgenomen in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) tegenwoordig als algemeen juridisch kader voor het besluiten en handelen van het bestuur geldt.^[119] De Awb bevat algemene eisen die aan bestuursacties in de vorm van besluiten, maar ook in andere vorm, [

gesteld (hoofdstuk 3) en bijzondere eisen die voor bijzondere besluiten zoals beschikkingen, subsidiebeschikkingen, beleidsregels, etc. gelden. Daarnaast geeft hoofdstuk 5 van de Awb bevoegde regels voor de handhavende taak van het bestuur. De hoofdstukken 6, 7 en 8 zijn gewijd aan de mogelijkheid om bezwaar en beroep aan te tekenen tegen besluiten van bestuursorganen. Hoofdstuk 9 betreft de wijze waarop bestuursorganen klachten dienen te behandelen en hoofdstuk 10 ten slotte geeft bijzondere bepalingen van belang zijn voor het interne functioneren van bestuursorganen met externe gevolgen (mandaat en het bestuurlijke toezicht op bestuursorganen).

Bestuursorganen en besluiten

De Awb bevat niet voor alle denkbare vormen van bestuuroptreden precieze normen, maar regelt wel het grootste deel ervan. Bestuur in de zin van de Awb is gekoppeld aan het begrip bestuursorgaan, dat in artikel 1:1 van de Awb worden gedefinieerd. Onder een bestuursorgaan in de zin van de Awb wordt verstaan: a) een van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, of b) een ander persoon of college, met openbaar gezag bekleed. Het tweede lid van artikel 1:1 Awb geeft aan welke organen, personen of colleges niet als bestuursorgaan worden aangemerkt. Daartoe behoren onder andere de wetgevende macht, de Staten-Generaal, en onafhankelijke, bij de wet ingestelde organen, waarvan de rechtspraak zijn belast.

Bestuursorganen kunnen een veelheid van activiteiten ontwikkelen. Zo kunnen bestuursorganen bepaalde beleidsdoelen die ze nastreven via feitelijke handelingen (denk aan het aanleggen van wegen of het graven van tunnels), privaatrechtelijke overeenkomsten (het aanbesteden van werken, het geven van opdrachten aan verrichtende van onderzoek) maar ook via het maken van plannen en besluiten bereiken. De voor burgers meest ingrijpende vorm van overheidsoptreden is echter het optreden van bestuursorganen via besluiten, bijvoorbeeld bouwvergunningen, uitkeringen of heffingen. Onder een besluit wordt in artikel 1:3, eerste lid van de Awb verstaan: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Dit ruime besluitbegrip van de Awb omvat dus – in beginsel – ook algemeen verbindende voorschriften voor zover die niet afkomstig zijn van de formele wetgever omdat die is uitgezonderd van het bestuursorgaanbegrip van artikel 1:1 Awb. Al zijn een aantal van de normen van de Awb ook van toepassing op algemeen verbindende voorschriften,^[121] bezwaar- en beroep tegen die voorschriften is vooralsnog niet mogelijk vanwege de werking van artikel 8:2 Awb.

Binnen de categorie besluiten die door bestuursorganen kunnen worden genomen onderscheidt de Awb de *Awb-beschikking*, dat is een besluit dat niet van algemene strekking is, met inbegrip van een afwijzing van een aanvraag daarvan,^[122] en de *beleidsregel*: een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan.^[123] Deze beleidsregels zijn uitgezonderd van bezwaar en beroep op grond van artikel 8:2 Awb.

De meeste voorschriften van de Awb geven normen voor besluiten die door bestuursorganen zijn vastgesteld. Dat betekent niet dat de normen van de Awb geen betekenis hebben voor bestuuroptreden in andere vormen dan via besluiten. Artikel 3:1 van de Awb bepaalt bijvoorbeeld dat voor andere handelingen van bestuursorganen het grootste gedeelte van de bepalingen van hoofdstuk 3 van de Awb van toepassing is, voor zover de andere handelingen zich daartegen niet verzet. Daarnaast zijn natuurlijk de ongeschreven beginselen van bestuur onverkort van toepassing op feitelijk bestuurshandelen en bestuurshandelen op grond van het privaatrecht.^[124]

8 WETGEVING EN BESTUUR IN EEN INTERNATIONALE, EU-CONTEXT

In de veellagige rechtsorde waarin we leven zijn wettelijke regels waaraan we zijn gebonden, en bestuurshandelen dat ons leven raakt, ook vaak afkomstig van EU instanties of internationale organisaties. Het grondwettelijke systeem geeft normen voor de wijze waarop dit internationale regels en bestuurshandelen doorwerken in onze constitutionele orde. Belangrijke onderdelen daarvan zijn terug te vinden in paragraaf 1 van Hoofdstuk 5 van onze Grondwet, maar niet allemaal. Over de doorwerking van het EU-recht bepaalt de Grondwet niets. Die doorwerking wordt geregeld door het Unierecht zelf.

Nederland heeft vanouds een open houding tot de internationale rechtsorde. Artikel 90 bepaalt dat de ontwikkeling van de internationale rechtsorde bevordert. Artikel 92 verschaft een juridische basis voor de krachtens verdrag opdragen van bevoegdheden tot wetgeving, bestuur en rechtspraak aan volkenrechtelijke organisaties.^[125] Al in 1919^[126] aanvaardde de Hoge Raad het zogenaamde monistische stelsel voor de verhouding van internationaal en nationaal recht. Dit houdt in dat internationaal recht deel uitmaakt van de nationale rechtsorde en dat bepalingen die zich naar hun aard daartoe lenen rechtstreeks voor de Nederlandse rechter kunnen worden ingeroepen. Artikel 94 Grondwet geeft aan dit idee ook uitdrukking. Aparte transformatie van internationaal recht in de Nederlandse rechtsorde is dus niet nodig.^[127]

Al kan veel recht afkomstig uit de Europese Unie (EU- of Unierecht) in een aantal opzichten zeker worden met internationaal recht (het is immers afkomstig van niet-Nederlandse overheidsinstanties), EU-recht werkt op wel op een *andere* manier door in de Nederlandse rechtsorde dan gewoon verdrag of gewone besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Het heeft een ander karakter, een eigen aard.^[128] Het *Gend en Loos*-arrest^[129] heeft het Hof van Justitie al in 1963 vastgesteld dat het (toenmalige) EEG-Verdrag is dan een overeenkomst welke slechts wederzijdse verplichtingen tussen de verdragsluitende mogert het leven roept. Het Hof stelde vast dat: ‘de Gemeenschap in het volkenrecht een nieuwe rechtsorde in het leven roept, waarvan de Staten – zij het op een beperkt terrein – hun soevereiniteit hebben begrensd en waar slechts de lidstaten, maar ook hun onderdanen gerechtigd zijn; Daaruit vloeit dan voort dat het gemeenschapsrecht onafhankelijk van de wetgeving van de lidstaten niet alleen verplichtingen ten aanzien van particulieren in het leven roept, maar ook rechten kan scheppen waarop particulieren zich uit eigen naam kunnen beroepen.’ In het *Costa/E.N.E.L.*-arrest,^[130] dat het Hof van Justitie een jaar later in 1964 wijziging uitgesproken dat nationale wettelijke voorschriften niet in strijd mogen komen met het communautair recht (Unierecht). Het Unierecht heeft dus voorrang boven het nationale recht en die voorrang geldt niet alleen voor de bepalingen uit de EU-Verdragen zelf, maar ook voor het secundaire of afgeleide Unierecht, te weten de bepalingen van EU-verordeningen en de EU-richtlijnen.^{[131] [132]}

Wetgeving en bestuur (maar ook rechtspraak waarover in Hoofdstuk 6 meer) worden tegenwoordig fundamenteel en vergaand beïnvloed door internationale rechtsontwikkelingen. Of het nu gaat om de wereldhandelsliberalisatie (WTO) of internationaal arbeidsrecht zoals in ILO-verdragen vormgegeven, de ontwikkeling van Nederlands recht kan niet meer los gezien worden van normstelling op internationaal niveau. Het is daarbij een bekend fenomeen dat bij de totstandkoming van verdragsrecht de Staten-Generaal ten overstaan van de regering een nadeliger positie innemen.^[133] Met de toename van verdragsrecht doet deze situatie zich steeds duidelijker gevoelen.

De Europese integratie moet hierbij in het bijzonder genoemd worden. Veel Nederlandse wetgeving hangt direct of indirect samen met EU-activiteit. Dat verkleint de marges voor ‘autonome’ Nederlandse wetgeving en bestuur. Ook beïnvloedt het EU-optreden de verhoudingen tussen regering en Staten-Generaal. Immers in EU-verband komt wetgeving tot stand in een samenspel van Commissie, Raad van Ministers en Europees Parlement. De directe betrokkenheid bij de wetgeving van de Nederlandse Staten-Generaal onder toezicht van de regering, die de vertegenwoordigers in de Raad van Ministers levert, neemt daardoor des te meer van betekenis naarmate de daadwerkelijke omvang en betekenis van Europese wetgeving toeneemt. Ook de groeiende bestuurlijke samenwerking binnen Europa legt een druk op de positie van de Nederlandse Staten-Generaal.

De open Nederlandse rechtsorde zie je ook terug bij de rol die de Nederlandse rechter speelt bij de toepassing van EU en internationaal recht. De nationale rechtspraak speelt een rol bij de toepassing van EU-recht. Het uiteindelijke zwaartepunt ligt echter bij het Hof van Justitie. Niet alleen de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU (en het Gerecht in eerste aanleg) is van grote betekenis voor het Nederlandse recht.^[134] Hiervoor is al verschillende keren verwezen naar de betekenis van het EHRM. Net zoals het EHRM grondwettelijk gegarandeerde grondrechten, strekt de betekenis van de internationaal gegarandeerde rechten uit over (nagenoeg) alle rechtsgebieden. Ook de rechtspraak van het EHRM geeft daarvan blijk. De rechtspraak van het EHRM heeft, zoals wij al zagen, zelfs grote betekenis voor de organisatie van de Nederlandse rechtspraak zelf. In dit verband is gewezen op artikel 6 EVRM. Belangrijk daarbij is dat de waarborg van artikel 6 EVRM creëert, van toepassing zijn op de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen, bepaling van de gegrondheid van een ingestelde vervolging. Deze begrippen worden door het EHRM zelfstandig, dus los van nationale kwalificaties, uitgelegd. Daarmee heeft de rechtspraak en de in het EHRM gegarandeerde waarborgen ook gevolgen voor gebieden die in Nederland traditioneel als bestuursrecht worden gezien. Daarnaast toetst ook de Nederlandse rechter aan de betreffende bepalingen op grond van de 94 Grondwet.

De laatste decennia is nationaal en internationaal sprake van een toenemende vervlechting van recht en bestuur. Deze doet zijn invloed gelden zowel ten aanzien van wetgeving als bestuur en rechtspraak. Naar te verwachten, zal deze ontwikkeling zich nog verder voortzetten.

9 WETGEVING EN BESTUUR: DE VARIA VAN PARAGRAAF 2

Paragraaf 2 van Hoofdstuk 5 bevat een aantal bepalingen onder de titel ‘overige bepalingen’. De rode lijn binnen deze op het oog divers lijkende categorie van bepalingen is dat ze bijzondere normen voor het bestuur van het centrale overheidsbestuur en de wetgever normeren. Zo wordt de besluitvorming geregeld over oorlogsverklaring en krijgsmacht (inrichting), civiele verdediging en noodtoestand, maar ook belasting, begroting, geldstelsel, bestuur en ambtenarenapparaat. Kortom de (dan wel enkele van de) kerntaken van de Staat in een rechtsstaat. Het is niet helemaal toevallig misschien dat veel van de eerste besluiten van het Nederlandse Koninkrijk in 1814 – getuige de eerste edities van de Staatscouranten uit die dagen – aan dit soort onderwerpen was gewijd. Bijzonder in deze paragraaf 2 is dat de grondwettelijke normen ervan opdrachten geven aan de wetgever om een regeling te treffen. Dat gebeurt maar op heel enkele plekken in de Grondwet omdat met het toch lezen, de formele wetgever in de artikelen 81 e.v. van de Grondwet een algemene comp

heeft; de Grondwet legt geen inhoudelijke grenzen aan aan de bevoegdheid van de wetgever.

NOTEN

1. Deze inleiding is gebaseerd op de eerdere versie van W.J.M. Voermans, S.C. van Bijsterveld de hoofdstukken 5 en 6: wetgeving, bestuur en rechtspraak' in: Koekkoek, A. K. (ed.), De Grondw systematisch en artikelsgewijs commentaar, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 395-422.
2. Dat wil zeggen optreden dat in overwegende mate wordt mogelijk gemaakt door, en gebruik ma publieke middelen die zijn opgebracht via belastingen, heffingen, etc. (maar ook uit allerlei opb overheidsactiviteiten en goederen) en die via machtigingen in overheidsbegrotingen worden geredistribueerd in de samenleving.
3. Zie o.a. F.J. van Ommeren, De verplichting verankerd; de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel materiële wetsbegrip, dissertatie VU Amsterdam, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996 en W.J.M Voermans, Legaliteit als middel tot een doel. Controverses rondom legaliteit en legitimatie, Har Nederlandse Juristen Vereniging 141ste jaargang, Deventer: Kluwer p. 1-101.
4. Zie ook M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen en R.J.G.M. Widdershoven, Be de democratische rechtsstaat; inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuu zevende druk. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2012.
5. Rapport Staatscommissie Grondwet, Den Haag 2010, p. 22.
6. Wim Voermans, 'Onze oude, onbeminde Grondwet', Nederlands Juristenblad, 89 (12), 2014, p. veel andere rechtsstelsels worden grondwetten juist wel ingezet als instrument ter bevordering v eenheid en expressie van nationale politieke en constitutionele identiteit. Het document is daar r loutere tekst.
7. Zie o.a. Diederik Vandendriessche, 'Het constitutioneel patriottisme van Jürgen Habermas als experimentele uitdaging voor global governance', Ethiek en Maatschappij, nr. 3, 2004, p. 44-59 Vandendriessche baseert zich vooral op de idee van constitutioneel patriottisme zoals die naar v gebracht door Habermas in verschillende publicaties, o.a. in J. Habermas, 'Braucht Europa eine Verfassung? Eine Bemerkung zu Dieter Grimm', in: Die Einbeziehung des Anderen: Studien zu Politischen Theorie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, 185-191.
8. In wat oudere literatuur wordt er nog wel onderscheiden tussen het legaliteitsbeginsel en het wetmatigheidsbeginsel. Dit laatste beginsel zou dan meer de nadruk leggen op de eis van bindin overheidsorganen en burgers aan wetten die direct of indirect afkomstig zijn van de democratisc gelegitimeerde wetgever – min of meer een echo dus van de 'rule of law'-idee of het rechtmatigheidsbeginsel. Het legaliteitsbeginsel zou dan meer de nadruk leggen op vrijheid en d onder welke voorwaarden de overheid de vrijheden van burgers en samenleving mag beperken. Tegenwoordig worden legaliteitsbeginsel en legaliteitsbeginsel toch veelal als synoniemen gebr Hoge Raad bezigt de beide begrippen tegenwoordig ook in één adem. Zie HR 7 juli 2011, NJ 20 annotatie door H.J. Snijders.
9. Nederland wordt vaak opgevoerd als het voorbeeld bij uitstek van een consociationeel politiek s van oorsprong Nederlandse politicoloog Arend Lijphart liet aan de hand van het 'verzuilde' Nec politieke systeem tussen ca. 1917-1970 zien hoe in een land van grote tegenstellingen (katholiek protestants-christelijk, liberaal en socialistische groeperingen) en zonder maatschappelijke same van groepen - die voornamelijk in hun eigen 'zuilen' samenleefden - het mogelijk was, via polit samenwerking van de elites aan de top van de zuilen, tot overeenstemming te komen over grote

- vraagstukken. Zie Arend Lijphart , *The Politics of Accommodation*. Berkeley: University of California Press 1968.
10. Arend Lijphart, 'Constitutional Design for Divided Societies', *Journal of Democracy*, Vol. 15, 2004, p. 96-109.
 11. Verheij omschrijft conventies als informele regels die het gedrag reguleren van instituties zoals voorbeeld de Tweede Kamer, de Eerste Kamer en de regering. Voorbeelden zijn de regels die bestaan op de kabinetsformatie, de ministeriële verantwoordelijkheid en de specifieke rol van de Eerste Kamer. L.F.M. Verheij, *De Constitutionele Conventie: Een Blinde Vlek In Ons Staatsrecht*, oratie Universiteit Leiden. Leiden 2014. Conventies kennen een normatieve component: ze bestaan bij het feit dat de meeste actoren die er mee werken vinden dat deze regels navolging behoeven verdienen.
 12. Bij tradities is de normatieve component van een (regel van) gebruik veel zwakker of helemaal afwezig. Zo is het een traditie dat de Koning op Prinsjesdag in de Gouden Koets naar de Ridderzaal komt maar dat gebruik is eenvoudig te wijzigen zonder grote implicaties.
 13. Zie Verheij 2014.
 14. Bij de herziening in 1983 lijkt pragmatisme op dit punt trouwens de boventoon te hebben gevoeld. Toelichting bij de bepalingen van Hoofdstuk 5 over wetgeving en bestuur wordt het hele idee van rechtsstaat , het legaliteitsvereiste of wetmatigheidsbeginsel niet eens genoemd, maar slechts verwezen naar. We zijn in Nederland op dit terrein, zo lijkt het, niet zo van de 'Prinzipienreiterei'. Zie Naar een grondwet (NNG), deel Va, met name p. 2-28.
 15. Zie o.a. J.H. Gerards & W. Voermans m.m.v. H.M.Th.D. ten Napel en M.L. van Emmerik, *Juridische betekenis en reikwijdte van het begrip 'rechtsstaat' in de jurisprudentie en legisprudentie van de Nederlandse Staat*. Den Haag: Raad van State 2011.
 16. Zie ook Patricia Popelier, *Rechtszekerheid als beginsel van behoorlijke regelgeving*, diss. UI Antwerpen/Groningen 1997, p. 55 e.v.
 17. De eerste aanzet voor sociale grondrechten in de Nederlandse Grondwet ligt al in 1814 (onderwijs en armenzorg). In 1848 kwam de vrijheid van onderwijs. In 1917 ontstonden door de financiële gevolgen van de Eerste Wereldoorlog bijzondere en openbaar onderwijs gelijke kansen om van de onderwijsvrijheid gebruik te maken. Zie het commentaar bij artikel 23 Grondwet.
 18. Rapport Staatscommissie Grondwet, 11 november 2010 , p. 25.
 19. Het voornemen wordt aangekondigd in een brief aan de Kamers van 27 juni 2014 (Kamerstukken II 2013-2014, nr. 570, nr. 24 en Kamerstukken I, 31 570, K) Er is inmiddels ook een eerste concept verschenen, vóórdat het is geconsulteerd in internetconsultatie eind 2014. Het concept droeg de titel 'Verklaring dat er geen voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet strekkende tot het opnemen van een algemene bepaling.'
 20. Zie o.a. F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd; de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip*, dissertatie VU Amsterdam, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996 en W.J.M. Voermans, *Legaliteit als middel tot een doel. Controverses rondom legaliteit en legitimatie*, *Harmonisatie Nederlandse Juristen Vereniging* 141ste jaargang, Deventer: Kluwer 2010, p. 1-101.
 21. Zie voor enkele van de gradueel verschillende definities uit de handboeken o.a. R.J.N. Schlösse en J. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, zesde druk, Deventer: Kluwer 2010, p. 133-139 (meest uitgebreide en omvattende); H.D. van Wijk (bewerkt door Willem Konijnenbelt en Ron van Veen), *Hoofdstukken van bestuursrecht*, zestiende druk. Deventer: Kluwer 2014, p. 34-38 en C.A.J.M. van der Vlist (bewerkt door P.P.T. Bovend'Eert, J.L.W. Broeksteeg, B.P. Vermeulen en C.J.N. Kortmann), *Constitutioneel recht*, zevende druk. Deventer: Kluwer 2012, p. 311-313.

22. De hiernavolgende paragrafen 2.1 tot en met 2.7 zijn, grotendeels letterlijk, ontleend aan Voerm 14-25.
23. Zie over het hedendaagse concept van de rechtsstaat Wetenschappelijke Raad voor het Regeringstoeekomst van de nationale rechtsstaat. Den Haag: Wetenschappelijke raad voor het regeringsbel – voor de wijze waarop dat rechtsstaatconcept van grondidee, naar beginselen tot concreet toegevoegde normen vertakt in de legisprudentie en jurisprudentie van de Raad van State. Zie Gerards & Voerm 2010.
24. Artikel 105 Grondwet 1815.
25. Die wordt in 1814 en 1815 nog niet in de Grondwet gedefinieerd. Uit de context van de Grondwet moet worden afgeleid dat de Koning de uitvoerende macht bezit. Er zijn verschillende bepalingen van de Koning het opperbeheer over bepaalde overheidszaken opdragen (artikel 61 opperbeheer over de rijksmiddelen, artikel 190 oppertoezicht waterstaat, etc.) maar een algemene competentie verschijnt pas bij de herziening van 1848. Artikel 54 Grondwet 1848 stelt dan dat ‘De uitvoerende magt berust bij de Koning’.
26. Artikel 165 Grondwet 1815.
27. Met name gelijkheid voor de wet (artikel 4) gelijke benoembaarheid in openbare dienst (artikel 164), vrijheid van godsdienst (artikel 164), vrijheid van drukpers (artikel 227), huisrecht (artikel 170), openbaar corpus (artikel 168), etc.
28. HR 22 juni 1973, NJ 1973, 386
29. Dat volgt ook uit de verklaring die Willem, Prins van Oranje, op 2 december 1813 aflegde toen hij soevereiniteit over de Verenigde Nederlanden aanvaardde. Hij deed dat ‘alleen onder waarborg van de vrije constitutie, welke uwe vrijheid tegen volgende mogelijke misbruiken verzekert.’ H.T. Cole, *Ontstaan der Grondwet*, Bronnenverzameling deel 1, 1814, ’s-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1973. Nergens meer te krijgen, maar nu gelukkig gedigitaliseerd, zie: <http://www.inghist.nl/retroboeken/grondwet/#view=imagePane&page=88&source=1&size=2&format=pdf>
30. In de zin van ‘a government of laws not of men.’
31. Volgens Stout vormt de eis dat slechts de wet de vrijheid van het individu kan beperken en dan alleen op voorwaarde dat de beperking nauwkeurig is omschreven, de kern van het legaliteitsbeginsel, dat beurt weer behoort tot de essentialia van de klassieke liberale rechtsstaatgedachte. Zie H. Stout, *Legaliteitsbeginsel en de staatsrechtelijke verhouding tussen Koning en wetgever in de negentiende eeuw*, Bestuurswetenschappen 2009, nr. 1, p. 53. Die kern is bijvoorbeeld ook terug te lezen in artikel 1 van de Grondwet 1815 ‘Niemand mag de woning van eenen ingezetenen zijns ondanks treden, dan op bevel van de magt, door de wet bevoegd verklaard, en volgens de vormen daarbij bepaald.
32. Vooral de Belgen hadden problemen met de eigenmachtige besluiten-regering van Willem I pro 1815. Van der Haar vat het bij de honderdjarige viering van de Grondwet van 1848 mooi samen door te zeggen: ‘Van een zekere beruchtheid is zijn (Willem I, WV) zgn. „besluitenregering”. Willem I huldigde het standpunt, dat hij alles bij koninklijk besluit mocht regelen, wat hem niet uitdrukkelijk door de wet (vastgesteld met medewerking van de vertegenwoordiging des volks) was onthouden. De natie had in deze vaderlijke zorg rustig welgevallen. Elk streven naar medezeggenschap was haar — althans in de 19e eeuw — vreemd.’ J. van der Haar, ‘Bij het Eeuwfeest van de Grondwetsherziening 1848-1948’, *Zwerver*, 5 november 1948, p. 1.
33. De naleving van die besluiten werd geregeld via de Wet van den 6 maart 1818, omtrent de straf tegen overtreders van algemeene verordeningen uit te spreken of bij provinciale of plaatselijke reglementen te stellen, Stb. 1818, 12). Deze wet, meestal aangehaald als ‘Blanketwet’ Die wet stelt heel in het algemeen de straf op het overtreden van bepalingen van algemene maatregelen van (inwendig) bestuur, of ze

- delegatie zijn vastgesteld of niet.
34. HR 13 januari 1879, W 4330. Zie over de context van het arrest ook W. Voermans, 'De Tachtig recht: het Meerenberg arrest,' *Ars Aequi* 2009, p. 597-600.
 35. Artikel 54 Grondwet 1848 luidde: 'De uitvoerende magt berust bij den Koning.'
 36. Er is wel een kleine uitzondering. De Grondwet 1848 kende ten aanzien van een aantal onderwerpe koning het opperbestuur of oppergezag toe. Bijvoorbeeld artikel 41 (recht van munt), artikel 58 (Oppergezag strijdkrachten), artikel 190 (Oppertoezicht waterstaat) Grondwet 1848. In latere ar werden dergelijke reglementen niet onverbindend geacht: de Grondwet leek daar wel een bevoe geven. Zie HR 30 juni 1879, W 4404 en HR 26 januari 1880, W 4477.
 37. J.T. Buys, *De Grondwet. Toelichting en kritiek, Eerste deel*. Arnhem: P. Gouda Quint 1883, p. 1
 38. Buys 1883, deel I, p. 336.
 39. HR 10 juni 1919, W 10429.
 40. Dat is te vergelijken met een boete van zowat 160.000,- euro in 2015 (conservatief berekend).
 41. 85 Jaar later buigt de Hoge Raad zich ook over de vraag of aan beleidsregels – al dan niet op scl gestelde aankondigingen van de wijze waarop een bestuursorgaan denkt om te gaan met bestuursbevoegdheid – verbindende kracht toekomt. De Hoge Raad oordeelt in 1990 dat beleids weliswaar niet kunnen gelden als algemeen verbindende voorschriften, maar wel een bestuursor kunnen verbinden op basis van algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De kwestie is inmi goeddeels achterhaald door de codificatie van beleidsregels in de Algemene wet bestuursrecht (1:3, vierde lid, en de artikelen 4:81-4:84) Zie HR 28 maart 1990 (Leidraad-arrest) AB 1990, 306 118
 42. Die wordt in 1814 en 1815 nog niet in de Grondwet gedefinieerd. Uit de context van de Grondw moet worden afgeleid dat de Koning de uitvoerende macht bezit. Er zijn verschillende bepalinge Koning het opperbestuur over bepaalde overheidstaken opdragen (artikel 61 opperbestuur over c geldmiddelen, artikel 190 oppertoezicht waterstaat, etc.) maar een algemene competentie versch de herziening van 1848. Artikel 54 Grondwet 1848 stelt dan dat 'De uitvoerende magt berust bij Koning'.
 43. Zie E.M.H. Hirsch Ballin, *Vertrouwen op het recht. Over de plaats van de wet in de rechtsorde* (Tilburg), Samson 1982.
 44. HR 27 juni 1986, NJ 1987, 898.
 45. Overweging 3.3 van het arrest.
 46. Zie ook F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd; de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel materiële wetsbegrip*, dissertatie VU Amsterdam, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 65.
 47. In dezelfde overweging 3.3 kwalificeert de Hoge Raad het optreden van de inspecteur nog een k dat deze 'zonder daartoe aan enige wetsbepaling de bevoegdheid te kunnen ontleen, door midd door zijn gezag gedekte en daardoor effectieve opwekking tot boycot ingegrepen in het recht va om - behoudens zijn verantwoordelijkheid ingevolge de Medische Tuchtwet en het strafrecht - z naar eigen inzicht uit te oefenen en zich reeds uit dien hoofde jegens Rauwerda schuldig gemaal onrechtmatige daad.'
 48. Kortmann c.s. verbinden daaraan ook nog een kwaliteitseis. De regel waarop het overheidshand moet niet alleen algemeen, dat wil zeggen abstract en voor herhaalde toepassing vatbaar zijn, zij grond van overwegingen van rechtszekerheid ook aan het overheidsoptreden voorafgaan. C.A.J. Kortmann (bewerkt door P.P.T. Bovend'Eert, J.L.W. Broeksteeg, C.N.J. Kortmann en B.P. Vermeulen) *Constitutioneel recht*, zevende druk. Deventer: Kluwer 2012, p. 311-312.
 49. Zie A.D. Belinfante, J.L. de Reede (bewerkt door L. Dragstra, N.S. Efthymiou, A.W. Hins en R

- Beginnelsen van het Nederlandse staatsrecht. Deventer: Kluwer 2012, p. 11 e.v.
50. Zie voor het element dat ik eerder aanduidde als juridische zelfbepaling door de rechtsgenoten, Voermans, Toedeling van bevoegdheid, oratie UL, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, Popelier, Democratisch regelgeven. Antwerpen/Groningen: Intersentia Rechtswetenschappen 2003.
 51. Van Ommeren 1996, bijvoorbeeld op p. 397.
 52. Van Ommeren 1996, p. 80-87. Zie ook F.J. Van Ommeren, 'Fluoridering; Wettelijke grondslag', in: Barkhuysen e.a. (red.), AB Klassiek 2009, p. 49-60. Daar vat Van Ommeren het als volgt samen: overheidsoptreden een wettelijke grondslag is vereist in geval: a. de Grondwet voor een specifieke wettelijke grondslag eist (bijvoorbeeld bij de beperking van grondrechten); b. er sprake is van wetten die door straffen te handhaven; c. het gaat om voorschriften die – zelfs zonder sancties – juridisch binden – zgn. bindende voorschriften (dit volgt uit het Methadonbrief-arrest HR 27 juni 1986, A 241); d. van ingrijpende maatregelen (Fluoridering-arrest).
 53. Ook Damen aarzde bij de vraag of Van Ommeren's 'verplichtingenleer' wel recht doet aan de betekenis die het legaliteitsbeginsel heeft. L. Damen, 'Het legaliteitsbeginsel als partieel gecodificeerde constitutionele norm', in: H.R.B.M. Kummeling e.a., Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrechtconferentie 1999, Publikaties van de Staatsrechtkring 3, Deventer: W.E.J. Tjeenk Wil 1999, p. 35-67, p. 49-50.
 54. Van Wijk/Konijnenbelt 2014, p. 34-38.
 55. Burkens 2012.
 56. M. Scheltema, 'Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht', Nederlands Juristen 2012, p. 1355-1362, met name p. 1358.
 57. F.J. van Ommeren, 'Het legaliteitsbeginsel in het staats- en bestuursrecht: opkomst en ondergang geïmpliceerde bevoegdheden', RM Themis 2002, nr. 3, p. 123-137.
 58. Door Damen fraai gecatalogiseerd in zijn bijdrage 'Het legaliteitsbeginsel als partieel gecodificeerde constitutionele norm', Damen. 1999, p. 49.
 59. Ook Heldeweg heeft al eens aandacht gevraagd voor dit eenzijdige accent op de waarborgfunctie van het legaliteitsbeginsel. Zie M.A. Heldeweg, 'Ongeschreven rechtsbeginselen en geïmpliceerde bevoegdheden als opmaat voor een autonoom bestuursrecht', in: H. Koning en E.M.J. Crombag (eds.), Autonomie van het bestuursrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 15-19, 15-19.
 60. Zie Van Ommeren 1996, p. 374-375. Op Van Ommeren's 'verplichtingenleer' is door met name Damen kritiek geïmpliceerd. Volgens Damen omvat Van Ommeren's definitie van het legaliteitsbeginsel niet alleen gevallen waarin de overheid eenzijdig publiek gezag doet gelden, zoals bij subsidiering, het verstrekken van informatie, het verlenen van schadevergoedingen, etc. Ook voor dergelijke vormen van overheidsoptreden is volgens Damen een wettelijke grondslag vereist als men de redenering van Van Ommeren consequent doortrekt. Zie Damen 1999, p. 59-66.
 61. Zie voor een overzicht van die opvattingen o.a. Van Ommeren 1996, p. 177 e.v., en Damen 1999.
 62. Zie aanwijzing 21 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.
 63. Zie ook A.K. Koekkoek, Machtenscheiding in de Ierse en de Nederlandse Grondwet (1987), in: Hondius (red.), De meerwaarde van de rechtsvergelijking (Opstellen aangeboden aan prof. mr. I. Jessurun d'Oliveira bij gelegenheid van zijn afscheid als bestuurslid van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking), Deventer 1999, p. 149-161.
 64. Overigens staat in hoofdstuk 5 de functie op de voorgrond, en in hoofdstuk 6 het orgaancomplex: 'rechterlijke macht'.
 65. Zie voor regering en Staten-Generaal en hun onderlinge verhouding voorts Algemene inleiding hoofdstukken 3 en 4. Voor een overzicht van door de Grondwet gecreëerde 'checks and balance' zie ook Van Ommeren 1996, p. 177 e.v., en Damen 1999.

- Kortmann 2012, p. 39-46.
66. In dit kader moet ook het zgn. ‘conflictenstelsel’ dat van 1822 tot 1844 gold, gezien worden. Zie commentaar op artikel 112.
 67. EHRM 23 oktober 1985 (Bentham), AB 1986, 1; NJ 1986, 102.
 68. Zie verder het commentaar op artikel 115.
 69. EHRM 28 september 1995 (Procola), AB 1995, 588.
 70. Zie verder over de begrippen onafhankelijkheid en onpartijdigheid nr. 8 en Inleiding hoofdstuk
 71. In deze zin Kamerstukken II 1997/98, 25 425, nr.3, bevattende een notitie over het Procola-arrest: werkwijze bij de Raad van State; zie voorts Kamerstukken II 1998/99, 25 425, nr.4, omtrent advies van de Hoge Raad (artikel 22 Wet RO) in het licht van het Procola-arrest.
 72. Begin jaren negentig van de vorige eeuw stelde het ministerie van Justitie een Interregionaal repressief team Noord-Holland/Utrecht (IRT) in ter bestrijding van de zware misdaad (zoals grootschalige invoer van drugs). Het IRT gebruikte controversiële opsporingsmethoden. Om de opdrachtgevers achter grote drugstransacties te pakken te krijgen werden soms bewust drugstransporten doorgelaten en werden infiltranten dicht in de buurt van criminelen. In 1993 hief de leiding van de Amsterdamse politie plotseling op vanwege conflicten over de gebruikte opsporingsmethoden. Dat leidde tot zijn bevestiging van de instelling van een parlementaire enquêtecommissie, de commissie-Van Traa, in 1994. Uit de enquête werden lessen getrokken voor wat betreft de (grenzen aan) opsporingsmethoden, maar ook voor de aansturing van de opsporingsketen.
 73. De nieuwe artikelen 127 en 128 werden vastgesteld bij wet van 19 april 1999, Stb. 194 (Kamerstukken II 1998/99, 392). Zie verder het commentaar op artikel 117.
 74. HR 14 april 1989 (Harmonisatiewet), AB 1989, 207; NJ 1989, 469.
 75. In de Harmonisatiewet (Wet van 7 juli 1988, Stb. 334) werden gelijk met de invoering van de tweefasenstructuur in het wetenschappelijk onderwijs, de rechten en studieduur van bepaalde buitenlandse studenten gelijkgetrokken, wat leidde tot een bij de inschrijving niet voorziene verhoging van het collegegeld en tot beperking van het recht op studiefinanciering voor een bepaalde groep studenten.
 76. A.M. Donner, Het beleid van de rechter ten aanzien van grond- en mensenrechten, in: Grondrechten (Jeukensbundel), p. 40-48.
 77. Zie bijvoorbeeld artikel 89, eerste en tweede lid, Grondwet
 78. Zie bijvoorbeeld de artt. 127 en 134 Grondwet
 79. Voor de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State speelt het vermogen tot herhaalde aanroep een rol bij het beoordelen van de vraag of er sprake is van een algemeen verbindend voorschrift (daarmee) van zelfstandige normstelling. Zie ABRvS 27 februari 2013, AB 2013/155 met annotatie van Drahmman.
 80. Zie Orde in de regelgeving, Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1985, p. 19.
 81. Deze – hier aangehangen – opvatting over externe werking huldigen ook Böhtlingk en Logemann. Böhtlingk, J.H.A. Logemann, Het wetsbegrip in Nederland, Alphen aan den Rijn 1966, p. 82-83.
 82. Zie o.a. M. Scheltema in zijn noot onder het Avanti-arrest HR 11 oktober 1985, NJ 1986, 322.
 83. Zie Commissie-Polak 1985, p. 19 e.v.
 84. Zie P. Eijlander en W. Voermans, Wetgevingsleer, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 34-35.
 85. Met name in het enigszins gedateerde Rogge-arrest van 1919. Zie HR 10 juni 1919, NJ 1919, 64. De Hoge Raad onder wet in de zin van artikel 99 Wet RO begrijpt ‘naar buiten werkende, dus tot een algemeen gericht regelingen, welke zijn uitgegaan van een openbaar gezag dat de bevoegdheid daartoe aan de wetgevende macht, ontleent’.

86. In de zin van algemene, gemeten naar kring van personen, en abstracte, in de zin van algemeen tijdstip of gebeurtenis geldende, regels.
87. Zie ook Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht, Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht Vierde tranche, Den Haag 1999, p. 143. In het voorstel van de Commissie is geen van het begrip 'attributie' in de Awb zelf voorzien. Wel zal de Awb normen kennen voor attributies ondergeschikten en aan personen of colleges die onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzaam zijn (artikel 10.1.3.1 en 10.1.3.2).
88. Artikel 10:13 Awb bevat de volgende definitie van delegatie: 'het overdragen door een bestuursorgaan een bevoegdheid tot het nemen van besluiten aan een ander die deze onder eigen verantwoordelijkheid uitoefent.' Deze definitie is ook voor delegatie van regelgevende bevoegdheid van belang omdat bestuursorganen in een aantal gevallen ook regelgevende bevoegdheden zijn toegekend.
89. Zie Kortmann 2012, p. 31.
90. Zie W. Voermans, Toedeling van bevoegdheid, oratie UL 2003.
91. Hennekens e.a. signaleren dat op dit punt de doctrine en (het delegatiesysteem van) de Grondwet lopen. Een bevoegdheidstoekenning als die van artikel 8 van de Woningwet (bevoegdheidstoekenning aan de gemeenteraad tot het vaststellen van een bouwverordening) wordt door de doctrine nog vaak als 'attributie' van regelgevende bevoegdheid terwijl in de grondwettelijke delegatiesystematiek van delegatie van regelgevende bevoegdheid door de Woningwet-gever aan de gemeenteraad. V. Hennekens e.a. komt hierdoor het gebruikelijke 'juridisch jargon' in de knel. Zie H. Ph. J. A. M. e.a., Decentralisatie, 4e druk, 1998, p. 19-28, met name p. 22-23.
92. Een voorbeeld hiervan biedt artikel 127 van de Grondwet dat provinciale staten en de gemeente bevoegdheid toekent provinciale onderscheidenlijk gemeentelijke verordeningen vast te stellen, bij de wet of krachtens de wet te bepalen uitzonderingen. Artikel 127 attribueert de bevoegdheid maken van verordeningen aan provinciale staten respectievelijk gemeenteraad en attribueert tevens bevoegdheid aan de formele wetgever om op die aan de gemeenteraden en provinciale staten toegekende bevoegdheid beperkingen te stellen.
93. De Grondwet kent zelf een uitzondering op dit systeem in artikel 104, waar de term 'uit kracht van wet' wordt gebruikt, dit om aan te duiden dat grote terughoudendheid met delegatie moet worden betoond.
94. In een enkel geval staat de Grondwet geen beperking van grondrechten door de formele wetgever, bijvoorbeeld artikel 5 van de Grondwet.
95. Zie ook in deze zin HR 11 januari 1977, NJ 1977, 467 (Bromfietsvalhelmarrest).
96. Zie o.a. Commissie-Polak 1985, p. 43. Zie ook Van Male 1992, p. 785.
97. Zie Commissie-Polak 1985, p. 46 e.v.
98. Stcrt. 1998, 45. Zie met name aanwijzing 22-27 en aanwijzing 212.
99. Zie aanwijzing 20 van de al eerder genoemde Aanwijzingen voor de regelgeving. Het Reglement van orde voor de ministerraad bevindt zich in dit opzicht in een grensgebied. Het reglement vormt een voorschrift van een klein koninklijk besluit (de Raad van State werd over het voorstel niet gehoord) waarbij, in overeenstemming met deze voorschriften toch externe werking toedenkt, toch algemeen verbindende voorschriften worden vastgesteld. Deze uitzondering is te verklaren tegen de achtergrond van de hoofdbedoeling van het Reglement van orde voor de ministerraad: de voorschriften van het Reglement zijn oorspronkelijk als interne regeling (zie daarover ook de discussie tijdens de grondwetsherziening van 1983 en de conclusie van de regering daarin over het interne karakter van het Reglement van orde, Kamerstukken II 1983-1984, 36 036, nr. 7, p. 9). Dit hoeft echter geenszins te betekenen dat de voorschriften uit het Reglement van orde indirecte – externe werking kunnen hebben en uit dien hoofde ook als algemeen verbindende voorschriften kunnen worden beschouwd.
100. Zelfstandige algemene maatregelen van bestuur kwamen hoofdzakelijk voor als tijdelijke of noodmaatregelen.

- (bijvoorbeeld de gouduitvoerverboden uit 1914 – KB van 31 juli 1914, Stb. 333 – en 1936 – KE september 1936, Stcrt. 187A) of als grondslag voor niet-ingrijpend, i.e. begunstigend overheids- de vorm van subsidies (bijvoorbeeld het KB van 27 juli 1950, Stb. K 320, houdende nadere reg- aan de Hoofden der Ministeriële Departementen verleende bevoegdheid tot toekenning van sub- bijdragen, vergoedingen, schadeloosstellingen en gratificatiën)
01. De volgende alinea's zijn overgenomen uit Voermans 2010, par. 4.1.2.
 02. Commissie-Polak 1985, p. 42.
 03. De Spaanse Grondwet vergt bijvoorbeeld dat een tijdelijk wetsdecreet zo spoedig mogelijk doch binnen dertig dagen na bekendmaking ter bevestiging aan het parlement wordt voorgelegd (artikel Grondwet). Italië kent een ander systeem. Daar moet het parlement binnen 60 dagen het tijdelijk wetsdecreet bevestigen (artikel 77 Grondwet).
 04. Van Ommeren leest in de vrijwillige medewerking dat er geen sprake is van dwang en conclude daarom het DNA-besluit niet in strijd komt het de lijn uit het Fluoridering-arrest. Ik zie dat ande je natuurlijk afvragen of er niet de facto sprake is van dwang als een gedetineerde wordt gevraag werken aan DNA-onderzoek; dat is vaak toch enige weg om je van een mogelijke verdenking te
 05. W. Voermans, Besluit DNA-onderzoek als uiting van een regressieve, zelfstandige AMvB-opva RegelMaat 2003, p. 78-83.
 06. Zie daarvoor in relatie tot zelfstandige algemene maatregelen van bestuur o.a. het advies van de State van 12 maart 2001, Kamerstukken II 2001/02, 27 570 (R1672) A en Raad van State, Jaarv Den Haag, p. 25. Het primaat van de wetgever wordt vaker gebruikt als norm door de Raad van de adviezen W08.09.0558 Besluit algemene regels ruimtelijke ordening,, W05.01.0166 Accredi onderwijs, W03.02.0287 Wijziging Besluit DNA-onderzoek (1) en W03.04.0452 Wijziging Bes DNA-onderzoek (2) W08.03.0200 Wijziging Wet Bodembescherming W10.05.0512 Raamwet : W05.06.0319 Wijziging Leerplichtwet (2) Advies W03.07.0454 Identiteitsvaststelling verdachte
 07. Deze regel, die inhoudt dat hogere regels voorrang hebben boven regels van lagere orde, kent Romeinsrechtelijke wortels en wordt daarom vaak in het Latijn uitgedrukt als 'Lex superior der inferiori'.
 08. Ook niet een ieder verbindende bepalingen van verdragen en volkenrechtelijke besluiten zijn ho dan bepalingen uit nationale regels zoals ook bleek uit de zaak-Metten (AbRvS 7 juli 1995, AB Beers, NJB-katern 1995, p. 426).
 09. Het Statuut en de rijkswetgeving, zoals de rijkswetten en algemene maatregelen van rijksbestu hier verder buiten beschouwing. Zij nemen een plaats in tussen de internationale en supranation de nationale regels. Een rijkswet gaat echter niet boven de Nederlandse Grondwet, en ook een a maatregel van rijksbestuur derogeert niet aaneen Nederlandse wet of algemene maatregel van be
 10. Zie I.C. van der Vlies & R.J.G.M. Widdershoven, De betekenissen van de Nederlandse Grondw Europese rechtsorde, Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van Belgi Nederland, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 13.
 11. HvJEG zaak 26/62, Jur. 1963 (5) (Van Gend en Loos) en HvJEG zaak 6/64, Jur. 1964 (1199) (C
 12. Ook lagere regelingen die het resultaat zijn van een gebonden uitvoering van een wet in formele kunnen niet altijd zonder meer getoetst worden aan de Grondwet. Is de lagere regeling het resul uitoefening van een bevoegdheid tot regelgeving uit een wet in formele zin die slechts één interj toelaat, dan zou toetsing van zo'n regeling impliciet toetsing van een formele wet inhouden. De gebonden uitvoeringsregels komen echter niet zo heel vaak voor. Veelal zal de lagere regelgeve beoordelingsmarge kennen.
 13. Zo heeft de Algemene wet bestuursrecht – in weerwil van het advies dat de Raad voor het Binne

- bestuur daarover gaf in december 1987– geen hogere positie dan bijzondere bestuursrechtelijke. Gekozen is hier voor een lijn waarbij bijzondere bestuursrechtelijke wetten door de wetgever ze Algemene wet bestuursrecht worden aangepast. Zie ook de Leidraad regelgeving op rijksniveau op de Algemene wet bestuursrecht, Ministerie van Justitie, 's-Gravenhage 1994.
14. Aanwijzing 49 bepaalt dat in bijzondere wetten alleen wordt afgeweken van algemene wetten al noodzakelijk is. Een dergelijke afwijking moet worden gemotiveerd in de toelichting bij de bijz. regeling.
 15. Zie bijvoorbeeld artikel 115 Gemeentewet.
 16. Zie Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2014, p. 4 en 5.
 17. Synoniem van 'administratieve rechters'.
 18. Stb. 1994, 1. De Algemene wet bestuursrecht werd niet in een keer ingevoerd, maar in verschillende tranches. Momenteel wordt via een voorontwerp de vierde tranche van de Algemene wet bestuur voorbereid. Zie Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht, Voorontwerp vierde t Awb, Den Haag 1999.
 19. De invoering van de Algemene wet bestuursrecht betekende overigens niet dat het ongeschreven betekenis meer zou hebben als kader voor bestuursoptreden: het ongeschreven recht – al dan niet voortvloeiend uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – werkt onverkort ten aanzien bestuursoptreden ook na 1994.
 20. Zie de zgn. schakelbepaling van artikel 3:1, tweede lid, Awb.
 21. Zie artikel 3:1, eerste lid, Awb.
 22. Zie artikel 1:3, tweede lid, Awb.
 23. Zie artikel 3:1, derde lid, Awb.
 24. De uitspraak van de Hoge Raad 27 maart 1987, AB 273, m.nt. Van der Burg (Amsterdam/Ikon) algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing werden geacht op privaatrechtelijke overheidshandelen is daarom, ook in het tijdperk van de Awb, nog steeds van belang.
 25. Deze bepaling vormt het grondwettelijke deel van de grondslag voor de werking van EG-recht in Nederlandse rechtsorde.
 26. HR 3 maart 1919 (Grenstractaat Aken), NJ 1919, p. 371.
 27. Dit neemt niet weg dat internationaalrechtelijke bepalingen soms nadere implementatie behoeven voor een rechter ingeroepen te kunnen worden.
 28. Zie F.H. van der Burg, W. Voermans, Unierecht in de Nederlandse rechtsorde. Kluwer 2015.
 29. HvJ EG 5 februari 1963, nr. C-26/62, Jur. p. 5.
 30. HvJ EG 5 juli 1964, nr. C-6/64, Jur. p. 1199.
 31. Opmerkelijk: de regel dat Unierecht voorrang heeft is niet gecodificeerd in de Verdragen. Bij de van het Verdrag van Lissabon is er zelfs uitdrukkelijk voor gekozen de 'primauté' buiten het Verdrag te houden omdat die voorrangregel tegen het zere nationale soevereiniteitsbeest zou kunnen schop voorrangregel – in wezen de essentie van de werking van de Unierechtelijke rechtsorde – is inderdaad verstopt in de Slotakte van de Intergouvernementele Conferentie te Lissabon, de conferentie waar het Verdrag van Lissabon werd vastgesteld. Verklaring no 17 daaruit bepaalt wat de voorrang van het Unierecht inhoudt en welke binding ervan uitgaat. Opmerkelijk is dat de Verklaring ook aan de hand van de die in de voormalige tweede en derde pijler zijn genomen (gemeenschappelijk veiligheidsbeleid, gemeenschappelijk buitenlands beleid, enzovoort) voorrang toekent. Door deze gezamenlijke verklaring hebben de lidstaten wel de voorrang van het Unierecht erkend en er op ingetekend.
 32. In het Simmenthal-arrest stelt het Hof nadrukkelijk vast dat de verdragsbepalingen en de 'rechtstoeppasselijke handelingen van de instellingen' door het enkele feit van hun inwerkingtreding 'el

bepaling van de bestaande nationale wetgeving van rechtswege buiten toepassing doen treden' en 'dat zij in de weg staan aan de geldige totstandkoming van nieuwe nationale wetgevende handel zover die onverenigbaar met de gemeenschapsregels zouden zijn. HvJ EG 9 maart 1978, nr. C-1 p. 629.

33. Zie het commentaar op artikel 91.
34. Zie de Preadviezen voor de Nederlandse Juristen-Vereniging, Internationale Rechtspraak in de Rechtsorde, Deventer 1999, Preadviezen van R.A. Lawson, De internationale rechter en de Nederlandse rechter (p.1-132) en A.W.H. Meij, Europese rechtspraak in de Nederlandse rechtspleging: impressies van Den Haag en Luxemburg (p. 133-221).

CITEER SUGGESTIE

W.J.M. Voermans , Hoofdstuk 5 - Wetgeving en bestuur. In: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht, Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet, webeditie 2016 (www.Nederlandrechtsstaat.nl).