



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Legaliteit als middel tot een doel

Voermans, W.J.M.; Borgers, M.J.; Sieburgh, C.H.

Citation

Voermans, W. J. M. (2011). Legaliteit als middel tot een doel. In M. J. Borgers & C. H. Sieburgh (Eds.), *Handelingen Nederlandse Juristen Vereniging* (pp. 1-101). Deventer: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/17785>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/17785>

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

‘The fate of every democracy, of every government based on the sovereignty of the people, depends on the choices it makes between these opposite principles, absolute power on the one hand, and on the other the restraints of legality and the authority of tradition.’

*John Acton*²

1 Adieu à la légalité?

Het legaliteitsbeginsel. Geen comfortzone voor juristen. Meer zoiets als een bezoek aan de tandarts. Nodig, maar daarom nog geen lolletje. Abstract en ingewikkeld ook. Je hoopt als jurist altijd maar dat, als iemand ernaar vraagt, er niet te lang in dat kennisgaatje gepeuterd gaat worden. Veel vakgenoten – buiten uzelf dan natuurlijk – worden er wat onvast van.

Het zit ook in de weg, dat legaliteitsbeginsel. Een bal aan het been van het bestuur dat bij het zoeken naar oplossingen voor dringende problemen bij zowat iedere ademtocht een machtiging in de vorm van een wettelijke basis nodig heeft. Een tegenwoordig vaak inhoudsloos gymbriefje dat bij een ongeïnteresseerde volksvertegenwoordiging moet worden opgehaald. Is het legaliteitsbeginsel inmiddels niet een doorgeslagen en achterhaald rechtsbeginsel?

Volgens Scheltema wel. Hij verkondigde in 1996 al het einde van het legaliteitsbeginsel zoals we dat nu kennen.³ Dat beginsel voldoet volgens hem allang niet meer aan zijn eigenlijke doel: het beschermen van burgers tegen onjuist overheidsoptreden. Het frustreert tegenwoordig eerder de prestaties die we van een modern bestuur verwachten. Scheltema’s bijdrage sloeg aan, want er volgden veel meer overlijdensadvertenties en ook enkele analyses die trachtten te komen tot een verdere doorgronding en herwaardering van het legaliteitsbeginsel. Zo wijdde Themis er een serie artikelen aan,⁴ Bestuurswetenschappen deed hetzelfde onder de wat leidende titel ‘Legaliteit uit de tijd’.⁵ Ook ontwikkelingen in de rechtspraktijk stemden tot nadenken over de hedendaagse betekenis van het legaliteitsbe-

2. Acton (1986).

3. Scheltema 1996, p. 1355-1359.

4. Tussen 1999 en 2003 met bijdragen van K. Rozemond (RMThemis 1999/4), F.J. van Ommeren (RMThemis 2002/3) en P.W. Brouwer (RMThemis 2003/2). Een aantal van die bijdragen komt hierna nog aan bod.

5. De serie verscheen in 2009 onder redactie van H.D. Stout met bijdragen van Stout zelf (Bestuurswetenschappen 2009/1), S. Stoter en J. Rijnsdijk (Bestuurswetenschappen 2009/2), B. Hendriks (Bestuurswetenschappen 2009/3), F.J. van Ommeren (Bestuurswetenschappen 2009/4), Stout, Stoter en M. de Jong (Bestuurswetenschappen 2009/5), S. Bernds en L. Huberts en A. van Montfort (Bestuurswetenschappen 2009/6) en een slot-beschouwing door I.C. van der Vlies (Bestuurswetenschappen 2009/6). Ook deze bijdragen komen hierna nog aan bod.

ginsel. In 1997 vergastte de Afdeling bestuursrechtspraak ons op de Van Vlodrop uitspraak.⁶ Daarin wordt een besluit op een schadevergoedingsverzoek als een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht aangemerkt, zonder dat voor dat besluit een wettelijke bevoegdheid bestaat. In diezelfde Algemene wet bestuursrecht werd een bepaling opgenomen (artikel 4:23) die inhoudt dat subsidies slechts op basis van een wettelijk voorschrift kunnen worden verstrekt. Daarop werd en wordt kritiek geïoefend. En onlangs nog worstelden bestuursrechters met de vraag of een EU-besluit, zoals een verordening, eigenlijk wel een voldoende wettelijke basis biedt om een Nederlands bestuursorgaan in staat te stellen op te treden.⁷ De regering waagde zich aan een enkele zelfstandige algemene maatregel van bestuur.⁸ Er was opwinding over de vraag of de Nederlandse rechter eigenlijk wel een zelfstandige rechtsvormende taak heeft en hoever die taak dan strekt. Allemaal zaken die direct met het legaliteitsbeginsel verband houden.

Wat opvalt in de legaliteitsdiscussies van de afgelopen vijftien jaar is dat er een soort Tweestromenland lijkt te bestaan. Aan de ene kant is er een kamp van preciezen of – laten we eens een lelijk woord gebruiken – *formalisten* die er op wijzen dat het (min of meer op principiële gronden) meer dan ooit nodig is dat overheidsoptreden op een wettelijke basis rust, omdat dat de enige manier is om een democratisch overheidsbestuur te waarborgen, een oververhitte overheid aan het recht te binden, en de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid te waarborgen. Daar tegenover staan de rekkelijken of *realisten*, die er op wijzen dat modern overheidsbestuur op hele andere wijzen opereert, wordt gecontroleerd en ook andere noden kent en dat de verhoudingen tussen burgers en overheid ingrijpend zijn gewijzigd. Halsstarrig vasthouden aan de oude concepten is dan niet meer of minder dan ‘bringing a knife to a gunfight’.⁹ Maar wie heeft er nu gelijk?

1.2 Aanpak: schieten op een bewegend doel

Als het legaliteitsbeginsel werkelijk obsoleet is, dan zou dit een prettig kort preadvies kunnen worden. En als het als vanouds een belangrijke rechtsstatelijke pijler zou blijven, zou de exercitie – want immers niks nieuws

onder de zon – al evenmin veel aandacht behoeven. Ik vrees dat het niet zo eenvoudig is, dat het niet zo binair ligt. Dat wezenlijke beginsel dat vergt dat eenzijdig verplichtend¹⁰, beter: *dwingend*, overheidsoptreden een machting in de vorm van een wettelijke basis behoeft, is niet meer en niet minder dan het geraamte van het levende lichaam van de rechtsstaat.¹¹ Het legt allerlei beperkingen aan op overheidsrechtsvorming en stelt tegelijkertijd die overheid in staat te functioneren. Die rechtsstaat is geen statisch concept, maar een instituut dat evolueert onder de getijdenwerking van maatschappelijke, politieke en juridische ontwikkelingen.¹² En het legaliteitsbeginsel evolueerde en evolueert mee.¹³ En waar in de juridische wetenschap de voorbije decennia terecht veel aandacht is besteed aan de ontwikkelingen van de andere rechtsstatelijke pijlers (machtspreiding, evolutie van mens- en grondrechten, ontwikkeling en nieuwe rol voor de onafhankelijke rechter), is er in verhouding veel minder debat geweest over de wijze waarop het legaliteitsbeginsel zich heeft ontwikkeld, zich aan het ontwikkelen is, of zou moeten ontwikkelen.¹⁴ Die relatieve stilte is aan een kant wel te begrijpen. Het legaliteitsbeginsel is grotendeels ongeschreven en daardoor moeilijk grijpbaar. Tastbaar wordt het beginsel pas in de rechtspraak. Alleen aan de hand van de verschillende betekenissen die de rechter er over de jaren aan geeft, is de ontwikkeling die het beginsel door-

6. ABRvS 6 mei 1997 (Van Vlodrop), AB 1997, 229, m.nt. P.J.J. van Buuren; BR 1997, p. 600, m.nt. Van Ravens; JB 1997, 118, m.nt. H.J. Snijders; AA 46 (1997) 9, p. 602 e.v., m.nt. I.C. van der Vlies.
7. Zie o.a. ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208 m.nt. Den Ouden (Fleuren-Compost); ABRvS 30 augustus 2007, AB 2007, 240 en 241, m.nt. Jacobs & Den Ouden; Vz. CBB 28 augustus 2008, AB 2008, 344, m.nt. Ortlep.
8. Zie o.a. het Besluit van 16 december 2002 tot wijziging van (o.a.) het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken, Stb. 2002, 640.
9. S. Connery, *Untouchables* (Brian de Palma – regie), 1987.

10. Dwingend gedragsalternatieven opleggen kan in een rechtsstaat eigenlijk maar op twee manieren, ten eerste via wederzijds instemmen (wilsovereenstemming) – meestal in de vorm van een overeenkomst – of, ten tweede, op basis van een juridische titel (machting). Eenzijdig dwingend optreden is alleen maar mogelijk via het recht. Ook overheidsoptreden via overeenkomst (wederzijds instemmen) vergt dat de overheid daartoe juridisch in staat en dus ook bevoegd is. De bevoegdheid tot contracteren en het plegen van vermogensrechtelijke handelingen wordt aan overheidsorganen soms bij instellingswet nadrukkelijk toegekend, maar ook generiek via artikel 1, eerste lid, van boek 2 van het Burgerlijke wetboek.
11. Of de kern van de rechtsstaat, zoals dat meestal wordt uitgedrukt. Zie Van der Pot 2006, p. 651.
12. Zie WRR 2002, p. 30-33. De raad wijst in de paragraaf ‘De veranderende omgeving van de rechtsstaat’ op internationalisering en individualisering als twee van de hier belangrijkste ontwikkelingen.
13. In hun boek ‘Typen van legaliteit’ laten Hoekema en Van Manen op overtuigende wijze zien hoe legaliteit zich de afgelopen twee eeuwen heeft ontwikkeld en hoe dat heeft geleid tot verschillende, elkaar veelal opvolgende, typen van legaliteit. Een van de hele aardige inzichten die het boek biedt, is dat nieuwere typen van legaliteit zich ontwikkelen naast bestaande. Ze worden niet ingeruild, maar groeien er als een laag overheen of naast. De oudere typen blijven een rol spelen. Een kleine caveat, trouwens. Onder legaliteit verstaan Hoekema en Van Manen iets anders dan louter ‘binding aan het recht’ of ‘het beginsel van wetmatigheid’ in enge zin. In hun brede definitie is ‘Legaliteit (...)’ het geheel van in de maatschappelijke praktijk van de rechtsorde uitgedrukte en in sociale instituties werkzame overtuigingen omtrent de juiste opbouw van de maatschappij en onderdelen daarvan.’ Zie Hoekema & Van Manen 2000, o.a. p. 30.
14. De artikelenreeks die Rechtsgeleerd Magazijn Themis en – onlangs nog – het tijdschrift Bestuurswetenschappen er aan wijdde, niet te na gesproken.

maakt en de hedendaagse betekenis ervan te begrijpen. Maar het is met de jurisprudentie over het legaliteitsbeginsel al bijna net zo gesteld als met de Penisplant in de Hortus Botanicus in Leiden. Die bloeit slechts een keer in de tien tot vijftien jaar, kort en op onverwachte momenten. Tegen de achtergrond van zo weinig rechtspraak is het vaak lastig om de stand van de rechtsontwikkeling te markeren en dus hier en nu vast te stellen wat de legaliteitsnorm precies inhoudt op een manier waarop de rechtspraktijk er mee kan werken.

Toch is dat wat ik in deze verkenning graag zou doen: met u kijken naar de norm die het legaliteitsbeginsel tegenwoordig aanlegt. Dat is een lastiger exercitie dan het op het eerste gezicht lijkt omdat er – in vergelijking met andere rechtsgebieden – zoveel minder is om op terug te vallen. Door het grotendeels ongeschreven karakter zijn de wetgeviingsbronnen schaars en de weinige, diverse jurisprudentie van verschillende rechters, helpt ook al niet echt. Verder biedt ook rechtsvergelijking weinig houvast. De eis van een wettelijke basis voor rechtsvorming door de overheid heeft zich op heel verschillende wijzen ontwikkeld in andere landen.

Zoeken naar de hedendaagse inhoud van het legaliteitsbeginsel lijkt daarmee wel wat op het puzzelwerk van paleontologen: die moeten ook uit fragmenten een reconstructie maken om zo te komen tot een duiding. Hoe doen ze dat? Hoe gaan paleontologen om met versnipperde informatie en hier en daar ontbrekende elementen? Zij kijken eerst en vooral naar de functies die de onderdelen verrichten. Daarvoor kijken ze ook naar de omgeving en de tijdlijn. Zo komen ze tot een reconstructie aan de hand waarvan ze kunnen (proberen te) begrijpen.

Zoiets stel ik me ook hier voor. Om te begrijpen wat het legaliteitsbeginsel anno 2011 inhoudt, zal ik eerst – na een verkenning van definities – kijken naar de functies – of om met Scheltema te spreken: doelen¹⁵ – die het legaliteitsbeginsel tegenwoordig vervult. Die functies verschillen naar tijd en naar context. Het legaliteitsbeginsel heeft door de jaren heen een andere inhoud gekregen en het legaliteitsbeginsel heeft verschillende betekenis voor de wetgever, een bestuursorgaan en voor de rechter gekregen. Die opschuivende betekenis wordt nogal eens over het hoofd gezien.¹⁶ Ik zal daarbij ook kijken naar de betekenis die het legaliteitsbeginsel bij Euro-

pese, inter- en transnationale rechtsvorming toekomt. Daarbij ga ik niet kijken of er een Europeesrechtelijke of internationaalrechtelijke legaliteitsbeginsel bestaat – naar mijn mening in ieder geval niet in de vorm zoals wij dat in Nederland kennen – maar slechts naar de vraag of Europese of internationale besluiten ook als afdoende wettelijke basis voor optreden van Nederlandse overheden kunnen gelden.

Mijn zoektocht is naar zijn aard kort en beperkt. Een NJV-lid moet, zo leerde ik ergens, reizend met de trein (toch tenminste één van) de preadviezen kunnen lezen. Ik mik daarbij in eerste instantie op die Groningse en Maastrichtse collegae die geverseerd zijn in snel lezen, maar hoop ook alle andere verenigingsgenoten te bedienen met een verhaal dat, misschien niet gedurende de treinreis zelf, maar toch in een korte tijd daarvoor, de boodschap overbrengt. Bij zo'n ambitie horen beperkingen. Ik zal me beperken tot een verkenning van de betekenis van het legaliteitsbeginsel in het hedendaagse publiekrecht, maar dat niet eens volledig. Het domein van het strafrecht wordt in het preadvies van Borgers behandeld. Het burgerlijke recht wordt in kaart gebracht in het preadvies van Sieburgh.

1.3 Definities van het legaliteitsbeginsel: rijke variëteit

Een van de a-b-c'tjes van het recht, dat beginsel van legaliteit. Wat houdt het ook weer in? Het beste kan je daarvoor, zou je toch zo denken, te rade gaan bij de handboeken constitutioneel of staatsrecht die in het Nederlandse juridische onderwijs worden gebruikt. Er zijn redelijk wat van die handboeken en al bijna evenveel verschillende definities van het legaliteitsbeginsel in omloop (ik laat het verschil in benaming 'legaliteitsbeginsel', 'wetmatigheidsbeginsel', 'beginsel van wettelijke grondslag' nog even terzijde). Een enkele greep.

Eerste in de rij kan niet anders zijn dan het *Handboek van het Nederlandse staatsrecht* van Van der Pot, waarvan de laatste druk is bewerkt door Elzinga, De Lange en Hoogers. De auteurs definiëren het legaliteitsbeginsel in hele ruime, omschrijvende zin:

'Het legaliteitsbeginsel is bij uitstek het centrale beginsel van de democratische rechtsstaat. Het vormt de uitdrukking van de democratische gedachte, maar evenzeer van de rechtsstatelijke gedachte. Het volk stelt zichzelf – door middel van zijn vertegenwoordigers – regels (democratisch element) en de burgers zijn aan geen andere regels gebonden dan de regels die door het volk zelf of zijn vertegenwoordigers gesteld zijn. Ook de overheid is aan regels gebonden, en overheidsorganen bezitten geen andere bevoegdheden dan de bevoegdheden die hun door deze regels zijn toegekend (rechtsstatelijke element).'¹⁷

15. Ik vind 'doel' niet het juiste woord omdat het letterlijk betekent: 'situatie waarnaar wordt gestreefd'. Van Dale, Elektronische grote woordenboeken, versie 5.0, 2009. Functie heeft een wat bredere, maar ook neutralere betekenisconnotatie: die van 'werking'. Bij 'functie' gaat het weliswaar ook om een doel (doel dat iets heeft binnen een groter geheel), maar daarbij staat het streven niet zo voorop, waardoor de vraag of dat streven ook resulteert in doelbereiking van tweede orde is.

16. Belinfante wijst er vanaf de eerste drukken van zijn handboek 'Beginselen van het Nederlandse staatsrecht' al op dat het legaliteitsbeginsel zich uitstrekt over de rechtsvorming door alle geledingen van de overheid, ook de rechter en de wetgever. Zie Belinfante & De Reede 2009.

17. Van der Pot 2006, p. 651.

Naar het constitutionele recht volgens Kortmann houdt het legaliteitsbeginsel de eis in dat:

‘Elk overheidsoptreden moet berusten op algemene, d.w.z. voor herhaalde toepassing vatbare, regel, hetzij krachtens attributie, hetzij krachtens delegatie vastgesteld.’¹⁸

Volgens Bellekom, Heringa, Van der Velde en Verhey vergt het staatsrechtelijke¹⁹ legaliteitsbeginsel dat:

‘(...) overheidsbevoegdheden (...) hun grondslag [hebben] in de wet en conform die wettelijke grondslag worden uitgevoerd.’²⁰

Voor Burkens, Kummeling, Vermeulen en Widdershoven is het legaliteitsbeginsel de rechtsstatelijke eis die inhoudt dat:

‘(...) overheidsoptreden waardoor burgers gebonden worden – in hun vrijheden beperkt worden – op een wettelijke grondslag berust.’²¹

In Koekkoeks grondwetscommentaar wordt het als volgt verwoord:

‘het legaliteitsbeginsel, dat naar huidig inzicht inhoudt dat overheidsoptreden dat eenzijdig verplichtingen aan burgers oplegt, moet berusten op een wettelijke grondslag (...)’²²

In de ogen van Belinfante/de Reede:

‘(...) dat voor iedere met dwang gepaard gaande overheidshandeling een grondslag bestaat in de wet (...)’²³

In het klassieke bestuursrechtelijk handboek van Van Wijk, bewerkt door Konijnenbelt en Van Male, wordt het wetmatigheidsbeginsel gezien als de eis dat alle bevoegdheden van bestuursorganen die inbreuk kunnen maken op vrijheid of eigendom van bestuurden, van burger moeten berusten op een wettelijke grondslag.²⁴

Speciale vermelding dient Van Ommeren’s omschrijving (niet uit een handboek, maar wel uit een standaardwerk) die het resultaat is van een uitvoerige jurisprudentieanalyse. Volgens hem vergt het legaliteitsbeginsel, gemeten naar de stand van de jurisprudentie van 1996, dat:

‘betrokkenen bindende bepalingen, dat wil zeggen *verplichtingen*,²⁵ (...) een wettelijke grondslag [dienen] te hebben.’^{26,27}

Het is maar een kleine greep uit enkele van de gangbare handboeken, maar wat direct opvalt zijn de (aanzienlijke) verschillen. Als we alleen al kijken naar het *object* van de legaliteitsnorm (waarvoor is een wettelijke basis nodig) dan zien we aan de ene kant van het spectrum Kortmann (*elk* overheidsoptreden – bindend of niet) en –Bellekom e.a. (voor *alle* overheidsbevoegdheid) en aan de andere kant Burkens e.a. (burgers bindend, vrijheidsbeperkend overheidsoptreden), Van Ommeren (*verplichtend* optreden) en Van Wijk e.a. (optreden dat leidt tot *inbreuken* op *vrijheid* of *eigendom*). Opmerkelijk is ook dat er een verschil tussen bindend, dwingend of beperkend overheidsoptreden wordt aangelegd, waarbij *bindend* wordt opgevat als een feitelijke²⁸ of juridische verplichting opgelegd door de overheid, *dwingend* meer de connotatie heeft van het tegen de wil van betrokkenen doorzetten van een overheidsvoornemen en *beperkend* een bepaalde bestaande of vooronderstelde handelingsvrijheid, een recht dan wel een bestaande aanspraak suggereert. Het aangelegde verschil tussen binden, dwingen en beperken is grotendeels semantisch – de betekenissen ervan overlappen elkaar grotendeels – maar de verschillen zijn toch op zijn minst genomen opvallend.

Een laatste opmerkelijk verschil tussen de doctrinaire definities heeft te maken met de *aard* van het al dan niet verplichtende, dwingende of vrijheidsbeperkende overheidsoptreden. Sommige schrijvers leggen erg het accent op de *overheidsbevoegdheid* (bijvoorbeeld bij Van der Pot: alleen die bevoegdheid die door wettelijke regels is toegekend, bij Bellekom e.a.:

18. Kortmann 2008, p. 51-52.

19. De auteurs onderscheiden een apart strafrechtelijk legaliteitsbeginsel.

20. Koopmans’ Compendium 2007. Met het element ‘conform de wet’ brengen de bewerkers van Koopmans’ Compendium ook het element van gehoorzaamheid aan de wet in de definitie, een element dat volgens sommigen (bijvoorbeeld Konijnenbelt) naast de eis van een machtigende wettelijke grondslag een afzonderlijk element van het legaliteitsbeginsel vormt. Zie Van Wijk/Konijnenbelt 2008, p. 37-38.

21. Burkens 2006, p. 17.

22. Koekkoek 2000, p. 395.

23. Belinfante/De Reede 2009, p. 156 (en eerder op p. 9 onder het kopje ‘Geen bevoegdheid zonder grondslag in wet of Grondwet’, Belinfantes eerste grondregel.)

24. Van Wijk/Konijnenbelt 2008, p. 36.

25. Bij verplichtingen onderscheid van Ommeren 5 soorten, te weten: a. strafrechtelijke gesanctioneerde verplichtingen (zoals bedoeld in artikel 89, tweede lid, van de Grondwet), b. bestuursrechtelijke gesanctioneerde verplichtingen (bijvoorbeeld via bestuursdwang), c. anderszins gesanctioneerde verplichtingen, d. ongesanctioneerde verplichtingen en, e. feitelijke verplichtingen. Van Ommeren 1996, p. 104.

26. Van Ommeren 1996, p. 104.

27. In een samenvatting die Van Ommeren later zelf van zijn eigen definitie geeft, houdt het legaliteitsbeginsel naar positief recht in dat overheden bij ‘eenzijdig op te leggen verplichtingen over een wettelijke grondslag dienen te beschikken.’ Daarin lijkt hij een klein beetje opgeschoven door het element ‘eenzijdig’ wat sterker te beklemtonen. Van Ommeren 2009a, p. 15.

28. Denk hierbij bijvoorbeeld aan bestuursdwang of overheidsoptreden waardoor een burger geen andere keus meer wordt gelaten (zoals de fluoridering van drinkwater).

overheidsbevoegdheden dienen een grondslag in de wet te hebben, en zo iets dergelijks ook bij Van Wijk). Anderen leggen meer de nadruk op de *werkelijkheid van het overheidsoptreden* zelf (Kortmann: alle overheidsop-treden, Koekkoek: overheidsop-treden dat eenzijdig verplichtingen oplegt, en zo ook bij Burkens, Belinfante en Van Ommeren). De kwestie van het bindende, dwingende of beperkende optreden wordt dan los gezien van de vraag of daar nu wel of niet een duidelijke bevoegdheid aan ten grondslag ligt.

Waarom zijn er zoveel verschillen in die definities? Is dat het gevolg van grote verschillen van wetenschappelijk inzicht, verschillende scholen, of zit er iets anders achter? Om heel eerlijk te zijn weet ik het niet zo een-twee-drie. Het aspiratieve of normatieve karakter van het beginsel is zeker een van de oorzaken. Het legaliteitsbeginsel bevindt zich in de overgangs-zone van grondidee (of rechtsideaal), fundamenteel rechtsbeginsel en posi-tieve rechtsnorm.²⁹ Veel doctrinaire discussies en definities gaan daarom niet alleen over de vraag wat het beginsel naar positief recht inhoudt, maar ook over de vraag voor welk soort overheidsop-treden in de huidige ver-houdingen een wettelijke basis nodig zou zijn? Daarnaast heeft de doctri-naire variatie – als hierboven aangegeven – zeker ook te maken met de onbepaaldheid van het legaliteitsbeginsel als ongeschreven rechtsbeginsel en met het tempo van de rechtsontwikkeling. Het Fluoridering-arrest ligt inmiddels 38 jaar achter ons, het Methadonbrief-arrest is 25 jaar oud, het Leidraad-arrest 21 jaar. Dat is een lange tijd en de verhoudingen in de samenleving en de verhoudingen tussen de overheid en de samenleving zijn gewijzigd. Vooral de internationalisering en europeanisering van de rechtsvorming heeft sindsdien een hoge vlucht genomen. Dat soort ont-wikkelingen laat – ik zei het al eerder – sporen na.³⁰ De vraag is natuurlijk: welke dan? De doctrine helpt hier niet.

Om te kunnen beoordelen wat het legaliteitsbeginsel anno 2011 inhoudt, moeten we – zoals ik al zei – eerst ook beter weten welke functie dat begin-sel bij de rechtsvorming door de overheid tegenwoordig vervult. Dat kan helpen de jurisprudentie en (beleids)documenten waarin we moderne toe-passingen van de legaliteitsnorm tegenkomen, beter te begrijpen doordat we het bezielde verband ervan dan zien.

1.4 Functies van het legaliteitsbeginsel

Wat is eigenlijk de functie van het legaliteitsbeginsel in ons bestel; waar-toe is het op aarde? Daar wordt door publiekrechtelijke auteurs niet zo vaak

bij stilgestaan, terwijl het toch een wezenlijke vraag is.³¹ Scheltema vraagt zich dit wel af en komt tot de wat verrassende conclusie dat het legaliteits-beginsel eigenlijk geen zelfstandig nastrevenswaardig doel inhoudt.³² Het ontleent zijn betekenis aan een buiten het beginsel zelf gelegen doel: het vrijwaren van burgers voor onjuist overheidsop-treden. Door het stellen van de eis van een wettelijke grondslag wordt op verschillende, indirecte manieren machtsmisbruik door de overheid voorkomen. Het dient de beginselen van *rechtszekerheid* (willekeur wordt voorkomen door over-heidsbestuur te binden aan algemene, kenbare regels), *gelijkheid* (abstract geformuleerde regels zorgen voor gelijke behandeling)³³ en *democratie* (medewerking van volksvertegenwoordigingen bij het vaststellen van regels die bepalen of en in hoeverre de overheid op mag treden).³⁴

Van Ommeren komt tot een iets andere duiding van de betekenissen van het legaliteitsbeginsel. De drie belangrijkste zijn volgens hem die van de *gehoorzaamheid aan de wet* (verplichting voor openbaar bestuur en burger om in overeenstemming met de wet te handelen en het verbod om wettelij-ke regels te overtreden),³⁵ *de wettelijke grondslag* (de eis dat het openbaar

31. Krygier geeft daar in een recente bijdrage een verklaring voor. Het idee van de Rule of Law (dat voor wat betreft deze discussie op een lijn mag worden gesteld met het legali-teitsbeginsel) is volgens hem een betrekkelijk zelfreferentieel cliché binnen de juridi-sche en politieke wetenschap. Het wordt als té evident en té sacrosanct beschouwd, om er het doel of de reële en actuele betekenis binnen de samenleving of het politieke sys-teem van te onderzoeken. Er bestaat ook weerstand tegen. '(...) there are many things that conspire against close sociological exploration of the rule of law. Prominent among them are purists' fears of disciplinary contamination. The rule of law is so associated with law and politics, that sociologists have tended to keep their distance from this hal-lowed legal ideal – too normative, too legal, too political, too formal, too disconnected from life; and how is it to be measured.' volgens Krygier.. 'That neglect is unfortunate', vervolgt Krygier, 'for some of the central questions about the rule of law are sociologi-cal ones.' Krygier 2009, p. 45.

32. Scheltema 1996.

33. Van der Hoeven wijst er op dat het met het legaliteitsbeginsel verbonden gelijkheidsbe-ginsel een ontwikkeling heeft doorgemaakt. De liberale rechtsstaat, zoals we die in de negentiende eeuw kenden, was geenszins gericht op de gelijkheid van mensen, maar op gelijkheid voor de wet, niet – zoals tegenwoordig – om een einde te maken aan onge-lijkheid en ongelijke behandeling in de samenleving (gelijkheid door de wet). Van der Hoeven 1989, p. 5.

34. Scheltema 1996, p. 1358. Van Ommeren duidt deze doelen van het legaliteitsbeginsel in een bijdrage uit 2003 aan als waarden. De gebondenheid van de overheid aan het recht dient er toe een aantal waarden ten behoeve van de burger te realiseren. Dat is inderdaad preciezer denk ik dan de term 'doel'. Die waarden zijn volgens hem vrijheid, rechtsze-kerheid en rechtsgelijkheid. Daarnaast ziet hij ook het streven naar consistentie als een waarde van de rechtsstaat, al is dat volgens Van Ommeren nog niet breed aanvaard. Ik denk dat hij consistentie terecht als een van die waarden aanduidt. Zie Van Ommeren 2003a, p. 17-19.

35. Van Wijk/Konijnenbelt 2008, p. 38. Deze auteurs achten twee aspecten van het legali-teitsbeginsel wezenlijk: de noodzaak van een wettelijke grondslag voor bepaalde hande-lingen van de overheid (in de Duitse doctrine ook aangeduid als 'Vorbehalt des Gesetzes') en de gehoorzaamheid aan de wet ('Vorrang des Gesetzes').

29. Zie WRR 2002, p. 23-26.

30. Zie ook Hoekema & Van Manen 2000.

bestuur een uit wettelijke regels voorkomende bevoegdheid nodig heeft om te kunnen handelen) en de *regulering bij de wet* (dat van overheidswege gestelde rechtsregels zoveel mogelijk in wettelijke voorschriften moeten zijn opgenomen.) Deze laatste, wat ik zou noemen, *codificerende* functie vindt bijvoorbeeld uitdrukking in een codificatieartikel zoals 107 Gw, maar ook – in een wat andere context – artikel 12 van de Wet algemene bepalingen (verbod voor de rechter om bij wege van algemene verordening, dispositie of reglement uitspraak te doen).³⁶

Er zit veel overlap tussen Scheltema en Van Ommeren, maar wat opmerkelijk is, is dat ze de functies van het legaliteitsbeginsel binnen het systeem van het recht zoeken, een verzekering van binding aan het recht en een bepaalde vormgeving daarvan (in wettelijke regelingen). Scheltema proeft het formele van deze benadering en houdt het er – daarom waarschijnlijk – op dat het legaliteitsbeginsel geen eigen doel heeft. Althans geen eigen doel *binnen* het recht.

Het legaliteitsbeginsel vervult echter ook functies die *buiten* het recht zelf gelegen zijn. Zo kanaliseert het recht politieke macht door de uitoefening ervan te binden aan het recht (eerder gemaakte afspraken die in een soort sacrosancte vorm zijn neergelegd) en het geeft volksvertegenwoordigingen – als fora van politieke macht – de mogelijkheid aan dat recht zelf vorm te geven (via wederom een plechtige, gezaghebbende procedure). Daarmee heeft het legaliteitsbeginsel ook een *legitimerende functie*.³⁷

Het legaliteitsbeginsel dient ook meer rechtstreeks een *politiek*³⁸ doel: het bewaken van de vrijheid van burgers in relatie tot een overheid die keu-

zes maakt en die – zelfs tegen de zin van burgers – doorzet. Volgens van der Hoeven is dit ‘vrijheidsbeginsel’ een kernelement van de rechtsstaat, en zijn andere beginselen zoals het gelijkheidsbeginsel en het democratiebeginsel secundair daaraan. Ook het legaliteitsbeginsel staat in dienst van dat vrijheidsstreven, dat in de ogen van Van der Hoeven het grotere doel van een rechtsstaat is.³⁹ Dergelijk lucide waarnemingen over de externe betekenis, het externe doel van het legaliteitsbeginsel zie je, als gezegd, niet veel⁴⁰ maar is ook wel te vinden bij Schuyt die ziet dat de grondwaarde van een rechtsstaat bestaat uit de reductie van willekeur in het gedrag tussen burgers onderling en in het verkeer tussen burgers en overheden, waardoor onderling vertrouwen (nodig voor het functioneren van de samenleving en markten) mogelijk wordt. Die willekeursbeperking beschermt ook belangrijke andere waarden zoals individuele vrijheid en persoonlijke autonomie. Het legaliteitsbeginsel is daarbij in de ogen van Schuyt cruciaal: het is ‘de hoeder van vertrouwen tussen mensen en tussen burger en ambtenaar’.⁴¹

Patricia Popelier wijst in haar boek *Democratisch regelgeven*⁴² nog op andere min of meer buiten het recht gelegen functies. De eerste zouden we kunnen omschrijven als de *prerogatieve* of *attributieve* functie. Die houdt kort samengevat in dat de wet⁴³ – als uitdrukking van de soevereine wil van een natie – het handelen van andere overheids machten regelt en bindt en ook als hoogste regeling geldt.⁴⁴ In spiegelbeeld: de wetgevende macht kan zijn eigen bevoegdheid niet (geheel) uit handen geven of overdragen.⁴⁵ In geval van delegatie moet de wetgever wel zelf steeds de basis regelen en

36. Van Ommeren 2009a, p. 11-12.

37. Dit soort gezag dat uitgaat van het recht wordt door Weber als ‘rationeel-legaal’ gezag geduid, een van de drie typen gezag (charismatisch, traditioneel en rationeel-legaal) die hij onderscheidt. Weber 1922. Weber heeft er ook op gewezen dat de uitoefening van rationeel-legaal gezag een zichzelf versterkend proces is: het draagt er toe bij dat rechts-onderhorigen gaan ‘geloven’ in het recht. Formeel gezag, verinnerlijkt tot de facto gedragsrichtsnoer. Niklas Luhmann heeft later laten zien hoe besluiten gezag kunnen verwerven aan de hand van de procedure die ze hebben doorlopen. Luhmann 1969. Carl Schmitt heeft fundamentele kritiek geïnterpreteerd op dit volgens hem veel te simpele schema van – wat hij noemt – de ‘Legislative State’ die via formele (parlementaire) besluitvormingsarrangementen en besluiten legitimiteit verwerft. Hij doet dat door te wijzen op de feilbaarheid en het (partij)politieke karakter van meerderheidsbeslissingen in het parlement, maar ook door te wijzen op andere factoren die bijdragen tot het gezag van het recht (en die wellicht wezenlijker zijn). Wat de theorie van Schmitt in ons huidige tijdsbestek interessant maakt is dat hij legaliteit relateert aan de hand van de positie van een bestuur in een moderne staat: dat is geen automatisch verlengde van de wetgever, dat bestuur is beïnvloedbaar, en kent ook een eigen legitimatie. De 70 jaar oude kritiek op legaliteit als pijler van de rechtsstaat, klinkt – als we die kruisen met het Nederlandse debat over het legaliteitsbeginsel – verrassend modern. Schmitt 1932.

38. Hier begrepen als de wijze waarop keuzes tussen tegengestelde belangen in een samenleving worden vormgegeven (meestal in instituties via onderhandelingen) en hoe die keuzes worden geëffectueerd. Of in de woorden van Lasswell: ‘who gets what, when, how?’ Lasswell 1936).

39. Van der Hoeven 1989, p. 3-4.

40. Een uitzondering daarop vormt het al eerder aangehaalde rapport De toekomst van de rechtsstaat van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid uit 2002, zij het dat de Raad zich bij de behandeling van de ontwikkeling van het legaliteitsbeginsel erg toespitst op de positie van de wetgever. Zie WRR 2002, o.a. p. 44 en hoofdstuk 9 van het rapport.

41. Schuyt 2006, p. 128-131.

42. Popelier 2001.

43. Hieronder begrepen ook de Grondwet die eveneens kan gelden als uitdrukking van de soevereine wil van een natie.

44. Dit komt onder meer tot uitdrukking in artikel 120 Gw.

45. Popelier 2001, p. 106, waar ze ook verwijst naar Carré de Malberg die al in de jaren dertig van de vorige eeuw het voorbehoud van de wetgever als een van de wezenskenmerken van het legaliteitsbeginsel noemde. Zie Carré de Malberg 1931, p. 162-163. Van der Vlies zet op basis van een interpretatie van het Fluoridering-arrest nog een stap verder door te stellen dat het nemen van ingrijpende overheidsbesluiten tot de exclusieve competentie van de wetgever behoort, en door eveneens aan te nemen dat de competentie van de wetgever daartoe ook beperkt is. Zie Van der Vlies 1987, p. 30-37. Van Ommeren spreekt hier van het materiële legaliteitsbeginsel, dat, volgens hem, in tegenstelling tot het formele legaliteitsbeginsel (de eis van de wettelijke bevoegdheidsgrondslag voor het openbaar bestuur) niet in het positieve recht is verankerd. Van Ommeren 2009a, p. 12-14.

het moet steeds mogelijk zijn een delegatie ongedaan te maken.⁴⁶ De opdrachten die Nederlandse Grondwet aan de wetgever in formele zin geeft – bijvoorbeeld in artikel 116 Gw – kunnen uitdrukking geven aan deze functie. Naast de, al genoemde, *democratische* functie van het legaliteitsbeginsel (binding van overheidsop treden aan de wet die met medewerking van vertegenwoordigers van rechtssubjecten via meerderheidsbesluitvorming tot stand wordt gebracht), onderscheidt ze nog de *communicatieve* functie van het legaliteitsbeginsel. Communicatief in de zin zoals ook Habermas dat verstaat.⁴⁷ Die functie houdt kort gezegd in dat een wettelijke basis legitimatie biedt voor overheidshandelen, niet alleen vanwege het feit dat die democratisch tot stand is gekomen, maar ook omdat een wet het resultaat is van een transparante afweging van argumenten, in een openbaar forum, dat openstaat voor de inbreng van verschillende argumenten en voorkeuren.⁴⁸

Als we via deze bril naar de definities van het legaliteitsbeginsel uit de literatuur kijken, dan zien we dat de meeste auteurs de betekenis van het legaliteitsbeginsel zoeken binnen het juridische systeem (rechtszekerheid, gelijkheid, democratie, gehoorzaamheid aan de wet, regulering bij de wet), en maar enkelingen ook aandacht hebben voor betekenissen die daarbuiten liggen (legitimerende, prerogatieve en communicatieve functies). De aandacht voor de betekenissen van legaliteit buiten het recht is betrekkelijk gering (wellicht op Belinfante en Van der Pot na), waarmee het ook lastiger wordt een overtuigend antwoord te geven op de vraag wat – gezien de functie van het beginsel – de contemporaine inhoud ervan is, of zou moeten zijn in het licht van de veranderde omstandigheden. De betekenis van het legaliteitsbeginsel alleen zoeken binnen het rechtssysteem ontleent ook het zicht op mogelijke accentverschuivingen binnen de functies die het beginsel vervult. Om de huidige functies van het legaliteitsbeginsel goed te kunnen begrijpen, zullen we ook naar het verleden moeten kijken. Welke ontwikkelingen hebben zich voorgedaan in functie en inhoud van het legaliteitsbeginsel? Daar zal ik in de volgende paragraaf naar kijken.

2 De ontwikkeling van het legaliteitsbeginsel

De ontwikkelingsgeschiedenis van het legaliteitsbeginsel is een grillige, met zo op het oog geen waarneembare rode draad. Toch is die er wel. De

Grondwet van 1814 en zeker die van 1848 zijn ingericht volgens de blauwdruk van de negentiende-eeuwse rechtsstaat. Die is dan nog niet zo uitgekristalliseerd als het huidige rechtsstaatconcept.⁴⁹ De basisgedachten die aan die eerste versie van de Grondwet van het Koninkrijk ten grondslag liggen zijn die van machtsverspreiding (onderscheid tussen wetgevende,⁵⁰ uitvoerende macht⁵¹ en een rechterlijke macht⁵²), de borging van enkele grondrechten,⁵³ een onafhankelijke rechter, maar ook die van wetmatigheid van overheidsbestuur. Dat laatste element is maar moeilijk terug te vinden. In tegenstelling tot de andere basisconcepten van de rechtsstaat is het niet verankerd, niet als zodanig gecodificeerd, in de Grondwet van 1815. Legaliteit wordt verondersteld, het vormt het uitgangspunt van het staatsbestel waaraan de grondwetten van 1814 en 1815 uitdrukking geven.⁵⁴ Hier en daar klinkt er wel een echo van door. Lees bijvoorbeeld het poëtische artikel 101 Gw 1814, dat luidt:

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

Ongeschreven uitgangspunt van de Grondwetten van 1814 en 1815 is dat de overheid bij de taakuitoefening is gebonden aan het recht (de klassieke *rule of law*-gedachte)⁵⁵ en dat de overheid alleen de vrijheid van burgers

46. Deze gedachte is ook terug te vinden in het nieuwe artikel 290 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en het in het Nederlandse wetgevingsbeleid verankerde primaat van de wetgever. Zie de Aanwijzingen voor de regelgeving, aanwijzingen 22 en 24.

47. In zijn *Theorie van het communicatieve handelen*. Habermas 1981.

48. Deze functie, nauw verbonden met het idee van de deliberatieve democratie, ligt dicht tegen de legitimerende functie aan. Zie Popelier 2001, p. 108-109.

49. Zie over het hedendaagse concept van de rechtsstaat het WRR 2002 en – voor de wijze waarop dat rechtsstaatconcept van grondidee, naar beginselen tot concreet toegepaste normen vertakt in de jurisprudentie en jurisprudentie van de Raad van State – Gerards & Voermans 2010.

50. Artikel 105 Gw 1815.

51. Die wordt in 1814 en 1815 nog niet in de Grondwet gedefinieerd. Uit de context van de Grondwet van 1815 moet worden afgeleid dat de Koning de uitvoerende macht bezit. Er zijn verschillende bepalingen die de Koning het opperbestuur over bepaalde overheids-taken opdragen (artikel 61 opperbestuur over de geldmiddelen, artikel 190 oppertoezicht waterstaat, etc.) maar een algemene competentie verschijnt pas na de herziening van 1848. Artikel 54 Gw 1848 stelt dan dat ‘De uitvoerende magt berust bij den Koning’.

52. Artikel 165 Gw 1815.

53. Met name gelijkheid voor de wet (artikel 4) gelijke benoembaarheid in openbare dienst (artikel 10), vrijheid van godsdienst (artikel 164), vrijheid van drukpers (artikel 227), huisrecht (artikel 170), habeas corpus (artikel 168), etc.

54. Dat volgt ook uit de verklaring die Willem, Prins van Oranje, op 2 december 1813 aflegde toen hij de soevereiniteit over de Verenigde Nederlanden aanvaardde. Hij deed dat ‘alleen onder waarborging eener vrije constitutie, welke uwe vrijheid tegen volgende mogelijke misbruiken verzekert.’ Colenbrander 1908, p. 26. Nergens meer te krijgen, maar nu gelukkig gedigitaliseerd, zie: <http://www.inghist.nl/retroboeken/grondwet/#view=imagePane&page=88&source=1&size=2&accessor=toc>.

55. In de zin van ‘a government of laws not of men.’

kan beperken volgens (grond)wettelijke regels.⁵⁶ Daarmee wordt direct een traditie gevestigd: het legaliteitsbeginsel als uitgangspunt van de staatsrechtelijke ordening kent in Nederland nauwelijks 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 is gebonden. De tweede vraag is de *wat*-vraag: *wat* is (de) vrijheid, is er sprake van een beschermingswaardige activiteit. Dan komt de *hoe*-vraag, hoe ligt de relatie tussen de vrijheidsbeperking en de overheidsactiviteit, is dat een rechtstreekse, is er een oorzakelijk verband of niet? Het laatste element betreft de *wie*-vraag. Als vaststaat dat vrijheden van burgers worden beperkt door overheidsactiviteiten wie kan daar dan verloop of een machtiging voor geven.

2.1 Naar Meerenberg: wie mag vrijheden beperken?

Tot aan het midden van de negentiende leverde de toepassing van het legaliteitsbeginsel geen noemenswaardige problemen op, vooral ook omdat Willem I een zogenaamde 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 regelende koninklijke besluiten.^{57,58} De situatie veranderde met de grondwetsherziening van 1848, dat een artikel 54 voorbracht waarin de uitvoerende macht wordt opgedragen aan de Koning. Dat had tweërlei gevolg. Niet langer kon worden volgehouden dat de Koning – zeg maar regering – onder de herziene Grondwet een soort geïmpliceerde algemene bestuursbevoegdheid had, en, ten tweede, legde de herziening een duidelijk onderscheid aan tussen wetgeving en uitvoering, ergo, de regering kon niet langer zelfstan-

dig ‘wetgeven’, of regelen en zichzelf – zonder tussenkomst van de formele wetgever – de bevoegdheid verschaffen vrijheid van burgers te beperken. Deze gevolgtrekking verbindt althans de Hoge Raad eraan in het Meerenberg-arrest van 1879.⁵⁹ De psychiatrische kliniek Meerenberg had verzuimd een op grond van het Registratiebesluit 1877 – een algemene maatregel van bestuur – de daarin verplichte patiëntenregistratie bij te houden en te deponeren en kwam tegen naar aanleiding daarvan ingezette strafvervolgning in het geweer. De Hoge Raad stelt vast dat niet duidelijk is wat nu precies onder een algemene maatregel van bestuur in de zin van de Grondwet moet worden verstaan, en daarmee ook niet duidelijk is welke onderwerpen nu wel en niet bij algemene maatregel van bestuur mogen worden geregeld. Die vraag kan volgens de Hoge Raad alleen worden beantwoord door te kijken naar het stelsel van de Grondwet zelf. Die Grondwet van 1848 legt volgens de cassatierechter een nauwkeurig onderscheid aan tussen de bevoegdheid van de wetgever (neergelegd in art. 104 Gw toen – art. 81 nu) enerzijds en die van de Koning (art. 54⁶⁰ toen – min of meer artikel 42, eerste lid, nu) anderzijds. De Grondwet 1848 kent aan de Koning (regering) geen algemene zelfstandige wetgevende bevoegdheid toe en dat betekent – in de ogen van de Hoge Raad – dat als de Koning een algemene maatregel van bestuur wil vaststellen dat *alleen maar kan* als de formele wetgever de Koning via delegatie de bevoegdheid heeft toegekend dat onderwerp (nader) te regelen.⁶¹ Van een dergelijke delegatie is in de Meerenberg-casus geen sprake, ergo, het bestreden Registratiebesluit is niet verbindend. Het Meerenberg-arrest draait dus hoofdzakelijk over de *wie*-vraag.

2.2 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 deze jurisprudentie lijn te zeer worden beknot in zijn handelen, een soort bestuurlijke verlamming waar Buys al voor had gewaarschuwd.⁶² Bij gelegenheid van de grondwetsherziening van 1887 werd getracht een nieuwe balans te vinden door te bepalen dat de Koning op grond van de Grondwet weliswaar bevoegd is tot het vaststellen van

56. Volgens Stout vormt de eis dat slechts de wet de vrijheid van het individu kan beperken en dan nog op voorwaarde dat de beperking nauwkeurig is omschreven, de kern van het legaliteitsbeginsel, dat op zijn beurt weer behoort tot de essentialia van de klassieke liberale rechtsstaatsgedachte. Zie Stout 2009, p. 53. Die kern is bijvoorbeeld ook terug te lezen in artikel 170 Gw 1815 ‘Niemand mag de woning van eenen ingezetenen zijns ondanks treden, dan op last eener magt, door de wet bevoegd verklaard, en volgens de vormen daarbij bepaald.’

57. Vanaf 1848 worden dit soort regelende koninklijke besluiten ook wel aangeduid als ‘algemene maatregelen van inwendig bestuur’.

58. De naleving van die besluiten werd geregeld via de Wet van den 6 maart 1818, omtrent de straffen tegen overtreders van algemeene verordeningen uit te spreken of bij provinciale of plaatselijke reglementen vast te stellen, Stb. 1818, 12). Deze wet, meestal aangehaald als ‘Blanketwet’ Die wet stelt heel in het algemeen straf op het overtreden van bepalingen van algemene maatregelen van (inwendig) bestuur, of ze nu in delegatie zijn vastgesteld of niet.

59. HR 13 januari 1879, W 4330. Zie over de context van het arrest ook Voermans 2009a.

60. Artikel 54 Grondwet 1848 luidde: ‘De uitvoerende magt berust bij den Koning.’

61. Er is wel een kleine uitzondering. De Grondwet 1848 kende ten aanzien van een aantal onderwerpen de Koning het opperbestuur of oppergezag toe. Bijvoorbeeld artikel 41 (recht van munt), artikel 58 (oppergezag strijdkrachten) en art. 190 (oppertoezicht waterstaat) Grondwet 1848. In latere arresten werden dergelijke reglementen die zich op deze artikelen baseerden niet onverbindend geacht: de Grondwet leek daar wel een bevoegdheid te geven. Zie HR 30 juni 1879, W 4404 en HR 26 januari 1880, W 4477.

62. Buys 1883, deel I, p. 199. Ook aangehaald bij Stout 2009, p. 59.

algemene maatregelen van bestuur, maar dat bepalingen door straffen te handhaven in die maatregelen niet worden gemaakt dan krachtens de wet. De wet zelf regelt de op te leggen straffen. Een bepaling die we nu – in waterde 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 gezag vrijheden van burgers beperken? Onder het 1887-regime zijn dat de formele (parlementaire) wetgever en de regering (bij zelfstandige algemene maatregel van bestuur, verder: amvb). Hoe mag die vrijheid worden beperkt onder het stelsel van de Grondwet van 1887? Hier geldt een restrictie voor de zelfstandig bij amvb regelende regering: zelfstandig strafbedreiging stellen op overtreding van regels in een amvb is niet mogelijk. De formele wetgever kent die restrictie niet.

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

Ingrepen van in vrijheden van burgers behoeven volgens de misaal van het legaliteitsbeginsel een wettelijke grondslag. Met het Meerenberg-arrest en de grondwetsherziening 1887 werden slechts enkele piketpaaltjes geslagen: de wet in formele zin (parlementaire wet) en – onder voorwaarden – een algemene maatregel van bestuur kunnen een dergelijke grondslag bieden. Maar hoe zit het met andere regelende besluiten van bijvoorbeeld een minister of van een provincie- of gemeentebestuur? Dat soort vragen waren aan het begin van de twintigste eeuw nog niet opgelost. Onze Grondwet gaf toen en nu nauwelijks een inhoudelijk antwoord op de vraag welke regelaar – wetgever – waartoe bevoegd is en laat ook in het duister wie nu – naast de wetgever in formele zin – als wetgever op kan treden en – daaraan direct gekoppeld – welke ingreep als ‘wettelijk’ kan gelden. Het antwoord daarop is wezenlijk om te kunnen beoordelen of een ingreep in vrijheden van burgers – dwang – 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 oplossing van Duitse rechtsgeleerde Paul Laband aan. Een criterium om te bepalen of een overheidsbesluit inhoudelijk zou kunnen gelden als een ‘wet’ of ‘wettelijke’ ingreep, is te vinden door niet zozeer te kijken naar de afkomst daarvan, maar naar het karakter, het verbindende effect van de regeling. 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 is dan:

‘Elke daad van het staatsgezag waardoor het gebiedend of verbiedend tegenover onderdanen optreedt, hun plichten oplegt, welke zonder dat gebod niet zouden gelden, hunne door de wet gewaarborgde vrije beschikking over persoon en goed wijzigt en beperkt, elk zodaanig voorschrift is eene wet.’⁶³

63. Buys 1883, deel I, p. 336.

Het aardige van Buys’ inhoudelijke of materiële wetsbegrip is dat het niet alleen aangeeft welke besluiten inhoudelijk als wet kunnen gelden, maar dat het ook een antwoord geeft op de *wat-vraag*: *wat* voor soort vrijheden van burgers worden door het legaliteitsbeginsel beschermd? De opvatting van Buys verkreeg niet direct stadsrechten en werd ook niet gecodificeerd. Ze speelde mogelijk wel een rol bij het Rogge-arrest van de Hoge Raad uit 1919.⁶⁴ Het betreft een zaak waarin een bijna zestigjarige boer een ongehoorde douw van 2500 gulden⁶⁵ krijgt vanwege het verbouwen en verhandelen van zaaigoed in strijd met een distributieregeling van de Minister van Landbouw, Nijverheid en Handel uit 1917. Die was weer gebaseerd op de Distributiewet van 1916 (de Eerste Wereldoorlog is dan 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 en vindt dat in artikel 99 van de toenmalige Wet op de Rechterlijke Organisatie. Volgens het legaliteitsbeginsel is 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 ‘wetten’ in de zin van de Wet op de Rechterlijke Organisatie moeten worden verstaan naar ‘buiten werkende, dus tot een ieder gericht algemeene regelingen, welke zijn uitgegaan van een openbaar gezag, dat de bevoegdheid daartoe aan de wet, in de zin van eene regeling door de wetgevende macht, ontleent.’⁶⁶

2.4 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 tan-

64. HR 10 juni 1919, W 10429.

65. Dat is te vergelijken met een boete van ongeveer 165.000,- euro in 2010 (conservatief berekend).

66. 85 Jaar later buigt de Hoge Raad zich ook over de vraag of aan beleidsregels – al dan niet op schrift gestelde aankondigingen van de wijze waarop een bestuursorgaan denkt om te gaan met bestuursbevoegdheid – verbindende kracht toekomt. De Hoge Raad oordeelt in 1990 dat beleidsregels weliswaar niet kunnen gelden als algemeen verbindende voorschriften, maar wel een bestuursorgaan kunnen verbinden op basis van algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Nu dat zo is komt de Raad – in afwijking van eerdere jurisprudentie – tot de conclusie dat beleidsregels gelden als ‘recht’ in de zin van de Wet op de rechterlijke organisatie. De omstandigheid dat in bijzondere omstandigheden kan worden afgeweken van beleidsregels doet daaraan niet af. De kwestie is inmiddels goeddeels achterhaald door de codificatie van beleidsregels in de Algemene wet bestuursrecht (artikelen 1:3, vierde lid, en de artikelen 4:81-4:84) Zie HR 28 maart 1990 (Leidraad-arrest) AB 1990, 306, NJ 1991, 118. Zie ook Van der Burg 2009, p. 243-251.

den, voorkomt gaatjes. Op grond van het stelsel van de Waterleidingwet en daarop gebaseerde Waterleidingbesluit heeft een waterleidingbedrijf geen bevoegdheid om drinkwater te fluorideren.⁶⁷ De wetgever heeft zich op dat moment nog niet over die 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 fluoridering van drinkwater geen vrijheidsbeperkend optreden is. Er wordt eigenlijk geen bestaande vrijheid of recht van een 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 wel situatie waarin verbruikers in het distributiegebied *praktisch gedwongen* zijn om fluor tot zich te nemen. Praktische overheidsdwang – in de zin van het ontnemen van gedragsalternatieven bij burgers – staat daarmee, 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 dienen is daarom, in de klassieke bewoordingen van de Hoge Raad: ‘een maatregel van zó ingrijpende aard dat, zonder wettelijke grondslag, niet kan worden aangenomen dat een waterleidingbedrijf daartoe bij de vervulling van de hem in artikel 4 lid 1 van de Wet opgedragen taak de vrijheid heeft.’⁶⁸

Uit het Fluoridering-arrest leren we dat wanneer een overheid *feitelijk* dwingt (ingrijpt in een vorm die geen gedragsalternatieven meer toelaat), dat in wezen op één lijn te stellen valt met de dwang die uitgaat van een juridische verplichting die door straffen wordt gehandhaafd (zie artikel 89, tweede lid, Gw). Dus ook dan is een wettelijke basis als volmacht nodig.

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

Dertien jaar na het Fluoridering-arrest buigt de Hoge Raad zich over de vraag of ook *juridische verplichtingen* die op andere wijze dan door straffen worden gehandhaafd (dat komt wel meer voor) een wettelijke basis behoeven. De Grondwet vergt immers slechts voor voorschriften door straffen te handhaven een wettelijke basis. In het Methadonbrief-arrest uit 1986⁶⁹ draait het om een brief die Hoofdinspecteurs van het Staatstoezicht op de Volksgezondheid aan alle artsen en apothekers in Nederland zenden.

67. Artikel 4 van de toenmalige wet legt een waterleidingbedrijf de plicht op om deugdelijk drinkwater te leveren, artikel 4, eerste lid, van het Drinkwaterbesluit verbiedt de eigenaar van een waterleidingbedrijf stoffen aan drinkwater toe te voegen die de gezondheid kunnen schaden. Net de omgekeerde situatie dus.

68. HR 22 juni 1973, NJ 1973, 386.

69. HR 27 juni 1986, NJ 1987, 898.

In die brief worden artsen opgeroepen verslaafden alleen dan methadon als behandelingsmiddel voor te schrijven indien er geen gespecialiseerde behandelingsinstelling in de regio aanwezig is, of indien de capaciteit daarvan ontoereikend is. Een arts negeert die oproep, waarna de inspecteur van de volksgezondheid apothekers in de regio verzoekt de recepten van de arts die strijden met de beleidslijn uit de brief niet langer te honoreren. De brief is geen echte regeling (de bevoegdheid om te verbinden ontbreekt), het verzoek is ook geen echte straf in juridische zin. Toch vergt dit soort optreden 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 zelfstandig werkzame artsen bindende voorschriften te geven met betrekking [tot de wijze] waarop dezen hun praktijk uitoefenen.’⁷⁰ Je kunt het op twee manieren lezen. In het Methadonbrief-arrest gaat het om een geval net als in het Fluoridering-arrest. Je kunt het zien als *feitelijk* knechten (de brief is een louter advies) door de overheid dat op één lijn moet worden gesteld met *juridisch verplichten* al dan niet te handhaven via straf. Of je kunt, zoals sommigen doen,⁷¹ kijken naar het oogmerk van de overheid en het karakter van de ingreep – de Hoofdinspecteurs wilden binden zou je kunnen zeggen – om dan vervolgens te concluderen dat het weliswaar gaat om het opleggen van een *juridische verplichting* (de brief drukt normen uit). Die worden echter niet door straffen in juridische zin gehandhaafd, maar door feitelijke maatregelen. Daaruit volgt dat wanneer de overheid juridische verplichtingen af wil dwingen via feitelijke dwang, ook daarvoor een wettelijke basis nodig is. De visie die je huldigt, maakt uit voor de vraag hoever het legaliteitsbeginsel reikt, zoals ik hierna nog hoop duidelijk te maken. Het probleem is echter dat het Methadonbrief-arrest minder duidelijk en minder expliciet is uitgewerkt op dit punt dan het Fluoridering-arrest.⁷²

2.6 Stand van de rechtsontwikkeling

Het Fluoridering- en Methadonbrief-arrest fungeren als een soort waterscheiding, eentje die ook vandaag nog aanleiding geeft tot discussie. Het zijn, dat staat vast, twee belangrijke uitbreidingen – waar het betreft de

70. Overweging 3.3 van het arrest.

71. Zie ook Van Ommeren 1996, p. 65.

72. In dezelfde overweging 3.3 kwalificeert de Hoge Raad het optreden van de inspecteur nog een keer en stelt dat deze ‘zonder daartoe aan enige wetsbepaling de bevoegdheid te kunnen ontnemen, door middel van een door zijn gezag gedekte en daardoor effectieve opwekking tot boycot ingegrepen in het recht van Rauwerda om – behoudens zijn verantwoordelijkheid ingevolge de Medische Tuchtwet en het strafrecht – zijn praktijk naar eigen inzicht uit te oefenen en zich reeds uit dien hoofde jegens Rauwerda schuldig [heeft] gemaakt aan een onrechtmatige daad.’

werking van het legaliteitsbeginsel – op het grondwettelijke legaliteitsgebod dat slechts voor bestraffend overheidsoptreden een wettelijke basis verlangt.

Want betekent met name het Fluorideringsarrest nu dat, daar waar de overheid praktisch dwingt, zonder dat daarbij een juridisch bindende verplichting wordt opgelegd, daarvoor altijd een wettelijke basis nodig is? Dat is inderdaad de uitkomst die bijvoorbeeld Kortmann (wettelijke basis voor alle overheidsacties)⁷³ en de bewerkers van Belinfante⁷⁴ daaraan lijken te verbinden. Er zit ook veel in die gevolgtrekking, want in ons soort samenlevingen is de overheid talloze malen actiever dan die in de negentiende eeuw was. Er waren indertijd veel minder overheidsinterventies en de keren dat werd tussengekomen, was dat meestal met gebruikmaking van het recht. Als we de oorspronkelijke ratio van het legaliteitsbeginsel in het achterhoofd houden – inbreng van de rechtsgenoten in de wijze waarop de overheid wordt toegestaan in te grijpen in vrijheden van burgers⁷⁵ – dan mag niet louter de *vorm* van overheidsdwang leidend zijn bij de beantwoording van de vraag of al dan niet een wettelijke basis nodig is. Als de overheid optreedt, intervenueert, in een democratische rechtsstaat dan is daarvoor in beginsel een machtiging van een democratisch gelegitimeerde wetgever voor nodig; die wettelijke basis legitimeert dan het optreden als een soort volmacht.

Anderen gaan wat minder ver. Zij vragen zich af of presterend overheidsacties, in de vorm van het verlenen van subsidies, het verstrekken van informatie of het uitvoeren van feitelijke handelingen (maaien van gras, plaatsen van wegwijzers) wel steeds een wettelijke basis behoeft. En hoe zit het met overeenkomsten, die weliswaar in beginsel tweezijdig zijn, maar soms toch een eenzijdige verplichting opleggend, hoe met andere vormen van verplichtend optreden? Van Ommeren houdt het er in zijn proefschrift op dat indien de overheid *eenzijdig verplichtingen* oplegt, er – volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad – een wettelijke basis nodig is.⁷⁶ Of dat nu gebeurt in de vorm van een overeenkomst, of verplichtende voorwaarden bij een beschikking of anderszins, dat doet in wezen niet ter zake. Tot die eenzijdig opgelegde verplichtingen rekent Van Ommeren ook

de feitelijke verplichting;⁷⁷ zijn kwalificatie voor ingrijpende maatregelen die de gedragsalternatieven van een burger zo beperken dat deze 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.⁷⁸ Daarin moet denk ik gelezen worden dat overheidsacties dat op één lijn kan worden gesteld met het opleggen van een juridische bindende verplichting een wettelijke basis behoeft. Dat een maatregel eenzelfde effect kan hebben als een verplichting, maakt het nog geen verplichting. Toegegeven het begrip ‘verplichting’ zoals van Ommeren dat gebruikt, heeft als aardige bijkomstigheid dat in de loutere ‘Wortlout’ al een element van behoren lijkt te zitten; een soort impliciete referte aan iets wat als norm is bedoeld, als zodanig is opgelegd of als zodanig wordt ervaren. En 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, maar 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 het gedrag van burgers te sturen. En waar dat leidt tot het dirigeren van gedrag kan dat niet gebeuren zonder een wettelijke grondslag. Zo kan je de legaliteitsjurisprudentie van de Hoge Raad natuurlijk ook verstaan: bedoelde de overheid eenzijdig te dirigeren? Zo ja, dan is daarvoor een machtiging van de wetgever een vereiste. Zo neen, dan is 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 een park of een weg een langere tijd afzet, levert dat de facto voor mij de verplichting op om een andere route naar mijn werk te kiezen. Het kan zelfs zover gaan dat ik – als ik een nering in het park zou hebben – langere tijd zou moeten sluiten. Een dergelijke overheidsmaatregel bedoelt echter niet mijn gedrag te sturen, bedoelt mij niet te verplichten mijn gedrag op een bepaalde wijze in te richten – dat is slechts het neveneffect – en daarom is er ook geen wet-

73. Kortmann verbindt ook nog een kwaliteitseis. De regel waarop het overheidshandelen berust, moet niet alleen algemeen, dat wil zeggen abstract en voor herhaalde toepassing vatbaar, zijn zij moet op grond van overwegingen van rechtszekerheid ook aan het overheidsacties voorafgaan. Kortmann 2008, p. 329.

74. Zie hierboven Belinfante 2009, p. 9 e.v.

75. Zie voor het element dat ik eerder aanduidde als juridische zelfbepaling door de rechtsgenoten, Voermans 2003a, p. 4 en Popelier 2001, p. 105.

76. Zie ook in de samenvatting p. 397.

77. Van Ommeren 1996, p. 80-87. Zie ook Van Ommeren 2009b. Daar vat Van Ommeren het, op p. 59, als volgt samen dat voor overheidsacties een wettelijke grondslag is vereist indien:

- a. de Grondwet voor een specifiek geval een wettelijke grondslag eist (bijvoorbeeld bij de beperking van grondrechten),
- b. voorschriften door straffen worden gehandhaafd;
- c. voorschriften die – zelfs zonder sancties – juridisch beogen te binden – zgn. bindende voorschriften (dit volgt uit het Methadonbrief-arrest HR 27 juni 1986, AB 1987, 241)
- d. ingrijpende maatregelen (Fluoridering-arrest) aan de orde zijn.

78. Ook Damen aarzde bij de vraag of Van Ommeren’s ‘verplichtingenleer’ wel recht doet aan de moderne betekenis die het legaliteitsbeginsel heeft. Damen 1999, p. 49-50.

telijke basis voor nodig. Het lastige van deze motieftheorie is natuurlijk wel dat die moeilijk is toe te passen in concrete casus: de bedoeling van sommige vormen van overheidsoptreden laat zich soms maar moeilijk 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. 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 zwaarmacht.⁷⁹ Dat is ook waar Burkens, Kummeling, Vermeulen en Widdershoven op uitkomen, zoals we zagen.

De ontwikkeling van het legaliteitsbeginsel in Nederland volgt een meanderend pad waarmee de doctrine moeite lijkt te hebben. Het blijkt lastig er een lijn uit te destilleren 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. Dat heeft ongetwijfeld te maken met het aspiratieve karakter van het beginsel – van welk overheidsoptreden vinden we dat het eigenlijk een wettelijke basis behoeft? – Dat heeft zeker ook te maken met het ongeschreven karakter van het beginsel, het niet codificeren van de rechtsontwikkeling en de verschillende ontwikkeling die het legaliteitsbeginsel op de verschillende deelterreinen van het publiekrecht heeft doorgemaakt. Het legaliteitsbeginsel vervult binnen het strafrecht, het bestuursrecht of op het terrein van de wetgeving andere rollen. In het bestuursrecht – en voor het bestuur – bijvoorbeeld staat de rechtsontwikkeling en de discussie over de werking van het beginsel vooral in het teken van bescherming van de burger tegen overheidsoptreden (binding aan de wet, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, en ook enigszins democratie), terwijl voor de discussie en ontwikkeling van het beginsel voor de overheidsfunctie wetgeving de codificerende, legitimerende en politieke functie ook een rol spelen. Strafrecht laat ik even buiten beschouwing.

Het onderkennen van het verschillende soortelijke gewicht dat bepaalde functies van het legaliteitsbeginsel binnen een domein heeft, 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 en zoeken – zo zagen we hierboven al bij de definities – de functie van het beginsel vooral *binnen* het systeem van het recht. Dat heeft gevolgen. Een aantal bestuursrechtelijke opvattingen over het legaliteitsbeginsel lijdt daardoor – onbedoeld wellicht – aan een vorm

van blikvernaauwing. Zo vormt in de ogen van o.a. Scheltema en Van Ommeren het legaliteitsbeginsel primair een waarborg tegen ongeoorloofde inbreuken op de rechtspositie van betrokkenen, en zijn de belangrijkste oogmerken ervan het bewerkstelligen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.⁸⁰ 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 ingrijpendheid⁸¹ – optreden van het bestuur.⁸² Gedachten over de waarde van het beginsel als legitimatiebron voor overheidsoptreden, rolbepaler voor overheids machten bij de rechtsvorming, e.d. 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 kan worden gediend, is een wettelijke grondslag – gemeten naar het doel daarvan – niet direct nodig. Die wettelijke grondslagen kan zelfs een hindernis worden voor slagvaardig en dienend bestuur. De gedachte dat het legaliteitsbeginsel eveneens beoogt de rechtsgenoten zelf te betrekken bij de inhoudelijke bepaling van het recht lijkt in deze benadering afwezig of verwezen naar het tweede plan. Ook is er weinig oog voor de wijze waarop het legaliteitsbeginsel betekenis heeft voor rechtspraak en wetgeving. Voor die overheidsfuncties heeft het legaliteitsbeginsel een eigen dimensie, een eigen betekenisaccent en een eigen invulling. Daaraan zal ik in de paragrafen 3 tot en met 5 aandacht besteden.

2.7 Rol van het legaliteitsbeginsel in recente rechtspraak

Het legaliteitsbeginsel komt in de periode 1999-2010 361 keer voor in uitspraken van Nederlandse rechters,⁸³ zo leert de uitsprakendatabank LJN. Kijken we wat preciezer dan figureert het legaliteitsbeginsel in die periode in de kern van de zaak maar zes keer in een arrest van de Hoge Raad, waarvan drie keer in strafrechtelijke zin en twee keer in fiscaalrechtelijke zin (i.e. de toepassing van artikel 104 van de Grondwet dat bepaalt dat belastingen worden geheven uit kracht van een wet). In de uitspraken van de Centrale Raad van Beroep komt het beginsel in die periode vijf keer in de

79. Van Wijk/Konijnenbelt 2008, p. 36.

80. Zie Van Ommeren 2002, p. 132 en Scheltema 1996, p. 1358.

81. Door Damen fraai gecatalogiseerd in zijn bijdrage ‘Het legaliteitsbeginsel als partieel gecodificeerde constitutionele norm’, Damen. 1999, p. 49.

82. Ook Heldeweg heeft al eens aandacht gevraagd voor dit eenzijdige accent op de waarborgfunctie legaliteitsopvattingen. Zie Heldeweg 2001, 15-19.

83. Zoeken op synoniemen levert niet veel extra op: twee vermeldingen, maar daarbij gaat het niet om de kern van de zaak of de norm zelf.

conclusie of het dictum voor, negentien keer bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, en – opmerkelijk – maar liefst 36 keer bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Uit die 69 zaken komen een aantal thema's naar voren. Het eerste wat opvalt, is dat er in de jurisprudentie van die periode weinig uitbreiding is gegeven aan de werking van het legaliteitsbeginsel. Er is wel sprake van zekere trends in de jurisprudentie. De eerste ontwikkelingstrend houdt verband met de vraag of een EU-besluit ook rechtstreeks kan gelden als een wettelijke basis voor het optreden van een Nederlands bestuursorgaan. Vooral de bestuursrechter boog zich daar een aantal keren over in de afgelopen periode. Ik bespreek dat in paragraaf 3 nader. Een tweede trend is te ontwaren in de belastingrechtspraak. Uit het gebod dat belasting wordt geheven krachtens een wet (art. 104 Gw), leidt de belastingrechter tegenwoordig af – mede tegen de achtergrond van de bescherming die het legaliteitsbeginsel beoogt te bieden – dat belastingheffing daarom alleen op basis van *publiekrechtelijke* wetgeving plaats kan vinden. Een derde trend is terug te vinden in de wijze waarop de rechter bevoegdheidsgebreken in wetgeving probeert op te lossen indien en voor zover die tenminste niet ten nadele van de rechtszoekende burger uitpakt; regelgeving met een bevoegdheidsdefect dat de justitiabele benadeelt wordt veelal vanwege onverbindendheid buiten toepassing gelaten. Ook dit komt in paragraaf 3 nog aan de orde. En een laatste hier te vermelden trend betreft die van de toepassing van het bepaaldheidsgebod en daarmee verband houdende *lex certa*-beginsel: zowel de strafrechter als de bestuursrechter passen dit aspect van de legaliteitsnorm vaak toe. Wederom: dadelijk in paragraaf 3 aan de orde.

Het aantal vermeldingen en toepassingen van het legaliteitsbeginsel zegt op zichzelf niet veel, maar levert weer wel een indicatie voor de mate van gebruik als je het vergelijkt met het aantal treffers van andere beginselen zoals die van het vertrouwensbeginsel (6157 keer, waarvan 827 keer in de kern van de zaak), het gelijkheidsbeginsel (8383 keer, 976 kern), evenredigheidsbeginsel (1875 keer, 122 kern). Tussen het aantal ingeroepen en toegepaste beginselen neemt het legaliteitsbeginsel in de Nederlandse jurisprudentie dus een bescheiden plaats in.

2.8 *Beperkte codificatie van het legaliteitsbeginsel*

Als rechtsnorm is het legaliteitsbeginsel in de afgelopen honderd jaar vooral in de jurisprudentie ontwikkeld. Slechts onderdelen zijn gecodificeerd, zoals het strafrechtelijke bepaaldheidsgebod in artikel 16 Grondwet en artikel 1, tweede lid, Wetboek van Strafrecht, en het verbod om zelfstandig strafbedreigingen op te nemen in algemene maatregelen van bestuur uit artikel 89, tweede lid, van de Grondwet. Ter gelegen van de grondwetsherziening 1983 is nog wel overwogen om ook voor feitelijk dwingend optreden, zoals via bestuursdwang, te verlangen dat dat alleen krachtens wet zou

kunnen.⁸⁴ Omdat het indertijd nauwelijks voorkwam dat algemene maatregelen van bestuur via bestuursdwang werden gehandhaafd, is een uitbreiding in die richting achterwege gelaten. Enige verdere gedachte aan codificatie van meer dan honderd jaar jurisprudentiële ontwikkeling op het terrein van het legaliteitsbeginsel is er bij gelegenheid van de grondwetsherziening 1983 niet aan het onderwerp gewijd. Ook is er niet in algemene zin gesproken over de vraag of de grondwetgever wellicht de werking van het legaliteitsbeginsel verder zou moeten uitbreiden. Alleen een zin waarmee ministeriële regelingen ook onder het regime van artikel 89, tweede lid, worden getrokken. Uitbreidingen en onderdelen van het legaliteitsbeginsel zijn later gedeeltelijk neergelegd in de Algemene wet bestuursrecht (o.a. in artikel 4:32 bijvoorbeeld) en het wetgevingsbeleid. Dat we in Nederland een centrale norm als het legaliteitsbeginsel grotendeels ongeschreven laten heeft zeker als voordeel dat daarmee ruimte wordt gelaten voor rechtsontwikkeling waarin ook rekening kan worden gehouden met nieuwe inzichten. Een groot nadeel is echter wel dat de kenbaarheid van deze norm voor niet-ingewijden buitengewoon klein is, zeker tegen de achtergrond van de externe legitimerende functies die het beginsel heeft. Wie zonder voorkennis uit artikel 89 van de Grondwet af zou weten te leiden dat daarin een kernelement van het legaliteitsbeginsel is verankerd, zou met recht een knappe meid of vent genoemd kunnen worden. Er zit ook een zekere wrange ironie in het feit dat de norm die de kenbaarheid van regels probeert te waarborgen in het Nederlandse constitutionele recht zelf haast onkenbaar is. Die onbepaaldheid kent ook een prijs: de wijze waarop de rechter het legaliteitsbeginsel toepast is gedeeltelijk onvoorzienbaar. In paragraaf 4 hoop ik dat aan te kunnen tonen aan de hand van de wijze waarop verschillende rechters omgaan met delegatie-incidenten. Ook de rechtsleer worstelt met het verschil tussen de droom en daad van het legaliteitsbeginsel. Sommigen leren, in de hoop dat dat eens wordt bewaarheid, dat het legaliteitsbeginsel een wettelijke basis vergt voor alle overheidsop treden, waar anderen – aan de hand van de stand van de jurisprudentie – het er op houden dat slechts overheidsop treden dat eenzijdig verplichtingen oplegt wettelijke basis behoeft.

3 **Betekenis van het legaliteitsbeginsel voor het bestuur**

Denken we aan het legaliteitsbeginsel dan denken velen onmiddellijk – en soms bij uitsluiting – aan wetmatigheid van *bestuur*. En inderdaad als we naar de rechtsontwikkeling van het Nederlandse legaliteitsbeginsel kijken, dan neemt daarin de binding van de bestuurlijke (vroeger: uitvoerende)

84. Zie NNG, deel Va (Wetgeving en bestuur) 1983, p. 14-16.

overheidsfunctie aan het recht een belangrijke plaats in. Kijken we echter naar de jurisprudentie van de bestuursrechter van de afgelopen tien jaar, dan speelt het legaliteitsbeginsel daarin een minder grote rol dan je zou verwachten.⁸⁵ Dat kan te maken hebben met verschillende omstandigheden, zoals de ‘verwettelijking’, door sommigen ook wel aangeduid als ‘juridisering’, van het bestuursoptreden in Nederland. Zo is in 1994 in fasen de Algemene wet bestuursrecht (Awb) ingevoerd, die niet alleen bestuurshandelen normeert, maar ook een wettelijke basis geeft aan verschillende vormen van bestuurlijk optreden. Te denken valt hier aan artikel 4:81 Awb dat een bestuursorgaan de bevoegdheid geeft beleidsregels vast te stellen. Verder maakt diezelfde Awb ook een einde aan wat slepende kwesties. Mag een bestuursorgaan zonder wettelijke basis subsidiëren? Je kunt je namelijk afvragen of dat ingrijpend of dwingend overheidsoptreden is. Artikel 4:23 Awb lost dat op door te bepalen dat subsidie slechts kan worden verstrekt op grond van een wettelijk voorschrift. Maar het is niet alleen die Algemene wet bestuursrecht zelf, over de volle linie is het bestuur ‘verwettelijkt’. Er zijn allerhande kaderwetten gekomen (denk aan de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen), speciale toezichtwetten,⁸⁶ en algemene wetten (zoals de Gemeentewet⁸⁷) die tot bestuursoptreden machtigen.

Kijken we vanaf 1986 (het Methadonbrief-arrest) door de ooghalen naar de rechtsontwikkeling die het legaliteitsbeginsel heeft doorgemaakt ten aanzien van bestuursoptreden dan zijn daarin – zover ik kan overzien – de volgende kernthema’s te onderscheiden: aanvaardbaarheid van overheids-optreden zonder wettelijke basis, de eis van voldoende specifieke wettelijke basis en de vraag of internationale besluiten, met name EU-besluiten, kunnen gelden als een afdoende wettelijke basis voor optreden van Nederlandse bestuursorganen.

85. Het schriftelijke trefwoordenregister van het weekblad Bestuursrechtspraak, de AB, geeft een aardige indruk. In het register 2000 (2 vermeldingen), 2001 (geen vermelding legaliteitsbeginsel of wetmatigheid van bestuur), 2002 (geen vermelding), 2003 (geen vermelding), 2004, (1 vermelding), 2005 (geen vermelding), 2006 (4 vermeldingen), 2007 (2 vermeldingen), 2008 (1 vermelding) 2009 (3 vermeldingen). Bijzonder is dat Kluwer’s elektronische zoekmachine (Navigator) meer treffers geeft in die jaren. De reden daarvoor is gelegen in het feit dat de trefwoordenregisters van de AB alleen selecteren op basis van de zogenaamde kopjes (welke trefwoorden zijn daar door de annotator of uitgever ingezet). De Navigator kijkt naar het voorkomen van het woord legaliteitsbeginsel in de hele uitspraak. Dan nog zijn er in de onderzochte jaren per jaar slechts tussen de 3 en de 10 treffers te vinden.

86. Denk bijvoorbeeld aan wetten als de Wet op het onderwijstoezicht en de Wet op het financieel toezicht.

87. Denk bijvoorbeeld aan de mogelijkheid voor het gemeentebestuur om een last onder bestuursdwang op te leggen (art. 125 Gemeentewet).

3.1 Aanvaardbaarheid van overheidsacties zonder wettelijke basis?

Mag een bestuursorgaan, zonder dat de wet dat uitdrukkelijk toestaat, schade of nadeel die bestuurden lijden, compenseren? Daarover kan je, als over zoveel dingen in het leven, verschillend denken. Aan de ene kant is de lijn te verdedigen dat een bestuur dat schade vergoedt zonder dat de wet daartoe in het bijzonder opdraagt, of het recht daartoe rechtstreeks noopt, daarmee uitdrukking geeft aan een evenredige afweging van belangen. Aan de andere kant geldt dat met compensatie meestal publieke middelen zijn gemoeid die niet zonder voorafgaande machtiging in een (begrotings)wet zo maar kunnen worden toegekend. Dit vraagstuk is op verschillende manieren aan de orde geweest in de bestuursrechtelijke jurisprudentie van de afgelopen 15 jaar.

In 1995 wordt Van Vlodrop B.V. – een bedrijf dat zilver en andere stoffen wint uit afval van fotomateriaal – geconfronteerd met reductiedoelstelling van 60% van fotografisch-chemische afvalstoffen in het jaar 2000. Iets wat over de boeg van de vergunningvoorschriften gevolgen heeft voor de bedrijfsvoering: er was net geïnvesteerd op grond van de bestaande eisen. Het bedrijf voelt zich overvallen door deze plotselinge beleidswijziging en vraagt schadevergoeding. Het bestuursorgaan heeft weliswaar geen bevoegdheid om schadevergoeding toe te kennen, maar reageert wel inhoudelijk op de aanvraag (en wijst die af). Uiteindelijk belandt de zaak in 1997 in hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State – die zich al in eerdere uitspraken gevoelig heeft getoond voor de aanvaarding van schadevergoedingsbesluiten waaraan geen wettelijke titel ten grondslag ligt (zogenaamde ‘zuivere schadebesluiten’).⁸⁸ In deze Van Vlodrop zaak⁸⁹ oordeelt de Afdeling uiteindelijk dat een bestuursorgaan bevoegd is tot het vergoeden van schade, veroorzaakt *binnen het kader van de uitoefening* door dat orgaan van een aan *het publiekrecht ontleende bevoegdheid* – ook indien dat verzoek niet op een specifiek wettelijke grondslag is gebaseerd.⁹⁰ Deze uitspraak lokte veel discussie uit want

88. In de uitspraak van de ABRvS van 18 februari 1997, AB 1997, 143 nam de Afdeling al aan dat de bevoegdheid tot het nemen van een beslissing op een verzoek om schadevergoeding, zelfs zonder wettelijke basis, moet worden aangenomen, voor zover het schade betreft die is ontstaan door de rechtmatige uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid. De bevoegdheid daartoe berust op het – mede aan art. 3:4 lid 2 van de Awb ten grondslag liggende – rechtsbeginsel van ‘égalité devant les charges publiques’ (gelijkheid voor de publieke lasten).

89. ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229.

90. De Hoge Raad heeft de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak en de daarmee samenhangende verschuiving van bevoegdheid aanvaard in HR 17 december 1999, AB 2000, 89 m.nt. PvB (Groningen/Raatgever). Het arrest bevat echter wel een belangrijk voorbehoud. De bestuursrechter is in geval van een zelfstandig schadebesluit →

moesten we hieruit lezen dat bestuursorganen indirecte, niet rechtstreeks op de wet steunende, bevoegdheden zouden kunnen hebben, zelfs gehouden zou kunnen zijn tot schadevergoeding op basis van rechtsbeginselen.⁹¹ Het lijkt er wel op. Voor zover en zolang er een verband is met wettelijk toegekende bevoegdheid. De kwestie van buitenwettelijke, dan wel indirecte grondslagen voor zuivere schadebeslissingen zal naar verwachting in afzienbare tijd worden opgelost. In 2007 werd een Voorontwerp Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad gepresenteerd, dat voorziet in een algemene grondslag voor de vergoeding van onevenredig drukkende⁹² en bovennormale⁹³ schade, veroorzaakt in het kader van de uitoefening van publieke taken of bevoegdheden door bestuursorganen. Inmiddels is het hierop gebaseerde wetsvoorstel nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten bij de Tweede Kamer ingediend.⁹⁴

3.2 Voldoende specifieke en duidelijke wettelijke basis

Waar de bestuursrechter enige ruimte lijkt te laten voor schadevergoedend optreden op grond van een min of meer indirect aan een wettelijke bevoegdheid of taak ontleende bevoegdheid, worden aan belastende ingrepen strenge eisen gesteld. Strenger dan voorheen wellicht. Zo kan bestuurs-

niet exclusief bevoegd tot het beoordelen van vorderingen tot schadevergoeding wegens overheidshandelen: ook de burgerlijke rechter blijft bevoegd. Volgens de Hoge Raad heeft het Awb-schadevergoedingsregime (o.a. neergelegd in art. 8:73 Awb) in de ogen van wetgever niet ten doel een vordering tot schadevergoeding bij de burgerlijke rechter uit te sluiten.

91. Kritisch Kortmann 1997a (volgens hem is 'de beer los' als rechtsbeginselen bevoegdheden kunnen scheppen en raken we rechtsstatelijk daarmee op een hellend vlak). En ook Kortmann 1997b. Drupsteen toont meer begrip. Volgens hem geeft de Afdeling met Van Vlodrop een strategisch vervolg aan een rechtsontwikkeling waarin billijkheids- en efficiencyoverwegingen steeds vaker een reden vormen voor het vergoeden van onevenredige schade. Het zonder meer vasthouden aan de eis van een wettelijke grondslag voor een zelfstandig schadebesluit ontkent in zijn ogen die rechtsontwikkeling. Drupsteen 1997. Van Ommeren kiest een middenpositie. Hij wijst er op dat in de Van Vlodrop-uitspraak eigenlijk geen sprake is van een – als zodanig – bevoegdheidscheppend rechtsbeginsel. De bevoegdheidsgrondslag bij zelfstandige schadebesluiten is volgens hem accessoir aan de bevoegdheid die ten grondslag ligt aan het schadeveroorzakend besluit. De rechtsbeginselen die de Afdeling in de Vlodrop-zaak noemt, hebben volgens hem slechts als functie dat ze inzichtelijk maken welke inherente bevoegdheden kunnen worden afgeleid uit de oorspronkelijke (originaire) bevoegdheid. Die beginselen vormen volgens Van Ommeren geen zelfstandige basis voor een bevoegdheid tot het nemen van zelfstandige schadebesluiten, maar slechts een aanvullende. Van Ommeren 2002, p. 131. Zie ook Van Ommeren 1998, p. 115 e.v. Zie in deze zin ook Voermans 2003, p. 12. Er worden hier enkele passages uit geciteerd; beter dan toen kan ik het nu niet zeggen.
92. Schade die een benadeelde in vergelijking met anderen onevenredig zwaar treft.
93. Schade die uitgaat boven het normaal maatschappelijke risico.
94. Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nrs. 1-3.

dwang in de ogen van de Afdeling bestuursrechtspraak alleen worden toegepast indien daarvoor een expliciete wettelijke grondslag bestaat.⁹⁵ De Algemene wet bestuursrecht biedt die grondslag zelf niet. En dan nog is het bestaan van zo'n grondslag geen vrijbrief: de uitoefening van bestuursdwang mag alleen gericht zijn op de naleving van bij of krachtens de wet gestelde verplichtingen.⁹⁶ Bestuursrechters stellen tegenwoordig ook eisen aan de kwaliteit van de wettelijke grondslag. Zo verzet het legaliteitsbeginsel, volgens het College van Beroep voor het bedrijfsleven, zich er tegen dat bestuursdwang wordt toegepast om wettelijke voorschriften te handhaven indien voor degene die ze moet naleven, de verplichting daar uit onvoldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar is (lex certa beginsel).⁹⁷ In diezelfde lijn oordeelde ook het Hof van Justitie EG dat subsidievoorwaarden die een ontvanger niet kende en niet kon kennen, niet aan deze kunnen worden tegengeworpen in een terugvorderingsactie.⁹⁸

Verder houdt de bestuursrechter bestuursorganen strikt aan de wettelijke basis van hun optreden. Zo kunnen geen boetes worden opgelegd aan anderen dan precies die personen, rechtspersonen of organisaties die de wet noemt.⁹⁹ Ook neemt de bestuursrechter er geen genoegen mee dat een bestuursorgaan, in afwachting van een wettelijke uitvoeringsregeling met nadere criteria, ter overbrugging alvast zelf invulling aan die criteria geeft.¹⁰⁰

95. ABRvS 4 juli 2007, AB 2007, 315. Annotator Vermeer wijst er op dat voor de inwerkingtreding van de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht in de bestuursrechtelijke doctrine vrij algemeen werd aangenomen dat de bevoegdheid voor de overheid om door feitelijk optreden de wet te handhaven een vanzelfsprekende en noodzakelijke bevoegdheid was, die niet pas was ontstaan doordat de wetgever de bevoegdheid ging regelen. Die bevoegdheid werd verondersteld. Van Buuren e.a. wijzen er in hun recente monografie ook op dat tot voor kort wel als leer werd aanvaard dat voor bestuursdwang zelf geen wettelijke grondslag nodig was, maar dat voor die in de literatuur betrekkelijk algemeen aanvaarde lijn geen steun te vinden was in de jurisprudentie. Inmiddels heeft de wetgever de knoop doorgehakt. Voor bestuursdwang en dwangsom wordt in artikel 5:4 Awb (uitvloeisel van de derde tranche van de Awb) een wettelijke grondslag vereist. Voor decentrale overheden bestaan er betrekkelijk algemene wettelijke grondslagen voor bestuursdwang (en dwangsom), voor de centrale overheid echter (nog) niet. Zie Van Buuren, Jurgens & Michiels 2010, p. 21-22.
96. Zie wederom ABRvS 4 juli 2007, AB 2007, 315.
97. Zie o.a. CBB 9 juli 2009, AB 2009, 294. In casu ging het om de – niet uit artikel 76 van de Uitvoeringsregeling Meststoffenwet af te leiden – verplichting om een geijkt meetwerktuig te hebben om dierlijke meststoffen te wegen.
98. HvJEG 21 juni 2007, C-158/06, AB 2007, 239. Zie ook Den Ouden 2009.
99. Zie o.a. Rb 's-Gravenhage 12 december 2005, AB 2006, 309. CBB 26 juni 2008, AB 2009, 404 (Boete kan niet worden opgelegd aan een ander dan de overtreder).
100. CRvB 10 juni 2008, AB 2008, 287. De Wet delegeert de bevoegdheid aan de regering om de criteria voor beroepsmatig actieve kunstenaar op te stellen. Die algemene maatregel van bestuur was nog niet vastgesteld, waarop het bestuursorgaan toch maar besloot de inkomensvoorziening van een kunstenaar, waarvan bij ontbreken van toetsingskader niet (langer) kon worden vastgesteld of die beroepskunstenaar was, door te laten lopen. Zie hierover ook paragraaf 4 van dit preadvies.

3.3 Internationale besluiten, met name EU-besluiten, als basis voor optreden van Nederlandse bestuursorganen

Recht wordt in toenemende mate gevormd in internationale fora en dat internationale recht richt zich allang niet meer alleen tot staten, maar steeds vaker ook rechtstreeks tot de onderdanen van die staten. Denk bijvoorbeeld aan mensenrechtenverdragen zoals het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens. De belangrijkste vormen van internationale rechtsvorming vinden we terug in verdragen, besluiten van volkenrechtelijke organisaties en – als aparte categorie – besluiten van instellingen van de Europese Unie. Veel van dat internationale recht bindt omdat onze Grondwet er verbindende kracht aan toekent,¹⁰¹ dan wel, in het geval van het recht van Europese Unie, uit kracht van de eigen EU-rechtsorde. Welke rol komt hier het legaliteitsbeginsel toe?

Een eerste vraag, de grote vraag, is of internationale organisaties en de instellingen van de Europese Unie zelf zijn gebonden aan de norm dat dwingende overheidsinterventies moeten berusten op een – met medewerking van een volksvertegenwoordiging tot stand gebrachte – wettelijke grondslag. Daar is niet in een adem antwoord op te geven. In ieder geval geldt het Nederlandse legaliteitsbeginsel niet op dezelfde manier, of onverkort voor internationale rechtsvorming.¹⁰² Dat spreekt. Als norm houdt het Nederlandse legaliteitsbeginsel weliswaar verband met het bredere en internationaal breed doorgevoerde concept van de democratische rechtsstaat, maar, zoals met diersoorten die tot een zelfde familie behoren maar zich op verschillende plekken, verschillend ontwikkelen, heeft ook het Nederlandse legaliteitsbeginsel zich op geheel specifieke wijze ontwikkeld in de biotoop van de Nederlandse rechtsorde.¹⁰³ Voor de legaliteitsgedachte in Europa geldt dat deze wel een rol speelt bij bijvoorbeeld rechtsvorming in de EU. Daar zien we het terug als het attributiebeginsel dat inhoudt dat de EU instellingen alleen regels kunnen maken en op kunnen treden op grond van bevoegdheden die de lidstaten uitdrukkelijk aan de EU hebben toegekend. Een zelfde soort idee kennen we bij verdragen of verdragsorganisaties: die kunnen soms weliswaar recht vormen (en ook ingrijpen), maar alleen indien en voor zover hen daartoe bevoegdheid is overgedragen. En voor de overdracht van bevoegdheden waarmee – op termijn – (internationale) overheden kunnen ingrijpen, is instemming – goedkeuring – nodig van de Nederlandse volksvertegenwoordiging.

Een tweede wat praktischere vraag is of besluiten van internationale organisaties of EU-besluiten ook een werkelijke, afdoende wettelijk grondslag kunnen bieden voor optreden van Nederlandse overheidsorganen. Bij het

bekijken van die vraag moeten we onderscheiden tussen de EU – met een eigen samengestelde rechtsorde, en, na het Verdrag van Lissabon, met een eigen democratisch gelegitimeerde wetgever¹⁰⁴ – en andere internationale organisaties waar besluiten en regels worden vastgesteld zonder medewerking van een werkelijke volksvertegenwoordiging. Ingrijpen op basis van een democratisch gelegitimeerd besluit is eerder aanvaardbaar dan ingrijpen op basis van een besluit zonder zo'n achtergrond.

Er is nog een derde dimensie. Het verdragenrecht, met name het EVRM, stelt zelf wel eens de eis van een wettelijke grondslag. Zo kan de uitoefening van bepaalde verdragsrechten door overheden in de aangesloten staten aan beperkingen worden onderworpen, maar voorwaarde is dan dat die beperkingen bij de wet moet zijn voorzien. De idee van het legaliteitsbeginsel keert hier terug: beperkingen kunnen alleen via een bepaald soort besluiten worden aangebracht en ze moeten kenbaar en voorzienbaar zijn. Dat hoeven niet per se democratisch gelegitimeerde wettelijke regelingen te zijn. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens huldigt een materiële en functionele opvatting ten aanzien van een bij wet voorziene beperking. Het rechtskarakter of de vorm van de 'wettelijke' regeling speelt geen grote rol. Ook rechtersrecht of in voorkomend geval een beleidsregel kan als een bij wet voorziene beperking gelden. In de Sunday Times-uitspraak van 1979¹⁰⁵ heeft het Hof criteria ontwikkeld voor de beantwoording van de vraag wat als een afdoende wettelijke grondslag voor een beperking kan gelden. Die criteria komen er op neer dat een beperking die op enigerlei wijze verankerd is in het nationale recht, die voldoende voorzienbaar en toegankelijk is voor de betrokkene, en die ook voldoende is gepreciseerd, als een bij wet voorziene beperking kwalificeert.¹⁰⁶ Een heel andere invulling van de eis van een wettelijke basis dan wij daaraan in Nederland geven.¹⁰⁷

3.4 EU-besluiten als basis

De vraag of EU-besluiten een afdoende basis geven voor optreden van Nederlandse bestuursorganen houdt de bestuursrechtelijke gemoederen al enige tijd bezig. Kan een Nederlands bestuursorgaan (dwingend) besluiten en optreden op basis van een Europeesrechtelijke wettelijke grondslag? Vooropgesteld: de opzet van het EU-Verdrag en het Verdrag betreffende de werking van de EU (VWEU) is juist te voorkomen dat lidstaten met dit soort hoofdpijnvragen worden geconfronteerd. Als de EU regels vaststelt is

101. Zie artikel 93 Gw.

102. Zie ook Van der Pot 2006, p. 653-654.

103. Zie ook Stoter, Stout & De Jong 2009, p. 16-28.

104. Zie Voermans 2008.

105. EHRM 26 april 1979 Sunday Times t. het Verenigd Koninkrijk, ECHR Series A, 30.

106. Zie ook EHRM 19 december 1994 Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs en Gubi t. Oostenrijk, ECHR Series A, vol. 302.

107. Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (PbEG 2000, C 364, 1) neemt dit systeem over. Zie Barkhuysen/Bos 2011.

het de bedoeling dat de lidstaten – krachtens het beginsel van *loyale samenwerking*¹⁰⁸ – alle algemene en bijzondere maatregelen nemen die geschikt zijn om de verplichtingen van de lidstaat onder de Verdragen na te komen. De lidstaten zijn verantwoordelijk voor de uitvoering van EU-wetgeving.¹⁰⁹ Daarbij zijn ze in beginsel vrij om te bepalen welk nationaal orgaan op welke wijze de uitvoering van EU-regels op zich neemt. Die – jurisprudentieel verankerde – vrijheid wordt ook wel het beginsel van de *institutionele autonomie* genoemd.¹¹⁰ Tellen we de gehoudenheden die uit het gebod van loyale samenwerking en de institutionele autonomie voortvloeien bij elkaar op, dan betekent dat dat Nederland in geval van een EU-richtlijn of -verordening die uitvoering behoeft steeds een bestuursorgaan aan zal moeten wijzen via een apart besluit. Andersom gelezen: willen EU-richtlijnen of -verordeningen hun volle beslag in lidstaat Nederland krijgen dan is daarvoor vaak een dubbel besluit nodig: een EU-regeling en een nationaal besluit waarbij een uitvoeringsorgaan wordt aangewezen. Dit principe wordt wel aangeduid als het principe van de *dubbele bevoegdheidsgrondslag*. Tot zover is iedereen het wel eens. Het wordt pas ingewikkeld als lidstaat Nederland nalaat een bestuursorgaan aan te wijzen, of de aanwijzing onvolkomen is, dan wel indien de EU zelf zich – in een besluit – met de aanwijzing van een Nederlands bestuursorgaan bemoeit. Kan een Nederlands bestuursorgaan op de een of andere manier rechtmatig besluiten nemen door zich rechtstreeks te baseren op een Europese wettelijke basis, zonder dat er een Nederlands aanwijzingsbesluit is geweest? Op de enkele Europese basis dus. Daar is in verleden verschillend over gedacht,¹¹¹ maar inmiddels hebben het Hof van Justitie en de Nederlandse bestuursrechter daar enige helderheid in aangebracht. Maartje Verhoeven heeft onlangs in haar preadvies voor de jonge VAR de jurisprudentie heel verhelderend op een rijtje gezet.¹¹² Op de vraag of EU-regels rechtstreeks als een afdoende wettelijke basis kunnen dienen voor het optreden van een Nederlands bestuursorgaan komt zij tot de conclusie dat dat in beginsel kan, maar dat:

- a) er in de EU-regeling sprake moet zijn van een werkelijke bevoegdheidstoekenning,¹¹³
- b) het Nederlandse legaliteitsbeginsel vergt dat (uit de EU-regel) volgt welke Nederlands bestuursorgaan bevoegd is;¹¹⁴
- c) indien niet duidelijk is welk bestuursorgaan bevoegd is, Nederlandse bestuursorganen bevoegdheden uit EU-besluiten ook niet rechtmatig kunnen uitoefenen.¹¹⁵

Naast de vraag of een nationaal bestuursorgaan op *kan* treden op basis van een Europeesrechtelijke grondslag, is ook de vraag interessant of een Nederlands bestuursorgaan op *moet* treden ter uitvoering van een Europeesrechtelijke verplichting, zelfs als er geen nationale wettelijke basis is. Het beginsel van de loyale samenwerking (vroeger: gemeenschapstrouw) onderscheidt niet naar soorten overheid, dus zijn bestuursorganen van een lidstaat verplicht uitvoering te geven aan Europeesrechtelijke verplichtingen. De loutere omstandigheid dat de nationale wetgever dat heeft nagelaten doet daar niet aan af. Maar hoever gaat dat nu? In de Fleuren Compostzaak zat de Minister van LNV op zo'n manier klem tussen Europeesrechtelijke verplichtingen en de mogelijkheden naar nationaal recht om daaraan gevolg te geven. Op basis van een Europese verordening moest de Minister een subsidie met rente terugvorderen, terwijl het Nederlandse subsidierecht geen mogelijkheid kent in dit soort gevallen ook met rentevergoeding terug te vorderen. Hij besloot dit toch maar te doen en zich daarbij rechtstreeks op de Europese verordening te baseren. De Afdeling bestuursrechtspraak vernietigde het besluit tot de rentetrugvordering oordelende dat de Europese verordening (4253/88) lidstaat Nederland wel de verplichting oplegde onrechtmatig verleende subsidie met rente terug te vorderen, maar dat dat daarom nog niet betekende dat de Minister op basis van die verplichting ook *bevoegd* was om dat te doen.¹¹⁶ De 'Europese verplichting is nationale bevoegdheidstheorie' zoals Den Ouden die zo fraai noemt,¹¹⁷ werd hiermee impliciet van de hand gewezen. Die Fleuren Compost-lijn is ook zo gek nog niet als we bedenken dat aan een Europeesrechtelijke verplichting als deze ook door andere organen in een lidstaat

108. Artikel 4, derde lid, Verdrag betreffende de EU (artikel 10 EG-Verdrag-oud).

109. Of zoals het VWEU ze tegenwoordig noemt, de 'juridisch bindende handelingen'. Zie artikel 291 VWEU.

110. Zie Voermans 2003a, p. 27, zie Verhoeven 2010, p. 39. Ik verwijs naar de jurisprudentie die zij – Verhoeven – aanhaalt. HvJEG zaak 8/99 Duitsland tegen de Commissie, Jur. 1990, p. I-2321; zaak C-35/90, Commissie tegen Italië (Campania), Jur. 1991, p. I-5987; zaak C-435/92 Association pour la protection des animaux sauvages, Jur. 1994, p. I-67.

111. Jans, De Lange, Prechal en Widdershoven wijzen er op dat het antwoord in wezen afhangt van de vraag of men een strikt nationale opvatting van het legaliteitsbeginsel huldigt (dan is ook altijd een nationale wettelijke basis nodig voor bestuursoptreden) of niet (dan kan in beginsel ook een Europees besluit dienen als wettelijke basis voor Nederlands bestuursoptreden). Jans, De Lange, Prechal & Widdershoven 2007, p. 25.

112. Verhoeven 2010.

113. Dat zijn meestal verordeningen. Zie voor een recent voorbeeld CBB 7 januari 2011, LJN BPO967.

114. Zie bijvoorbeeld ABRvS 19 april 2006, AB 2006, 296. In dit geval oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak dat een bepaling van een EU-verordening niet kon dienen als een wettelijke bevoegdheidsgrondslag nu niet duidelijk was of provinciale staten, dan wel gedeputeerde staten bevoegd was. Zie ook Vz CBB 28 augustus 2008, AB 2008, 344 waarin de voorzitter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven aannam dat de Voedsel en Waren autoriteit bevoegd was een controleregime op een bedrijf van toepassing te verklaren. De bevoegdheid vloeide voort uit een communautair besluit i.c. een verordening.

115. Verhoeven 2010, p. 39.

116. ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208 en JB 2006, 54 (Fleuren Compost).

117. Den Ouden 2008, p. 14.

uitvoering kan worden geven en die organen – denk aan de wetgever – veel eerder aangewezen zijn om dat te doen dan een bestuursorgaan dat in de knijp komt.¹¹⁸

Toch veranderde het beeld in de ESF-zaak. In die zaak werd de Afdeling bestuursrechtspraak weer geconfronteerd met een terugvordering van Europese subsidie zonder dat daarvoor naar nationaal recht een bevoegdheid bestond.¹¹⁹ De Afdeling besloot tot het stellen van een prejudiciële vraag, die er op neer komt of het Hof van Justitie van mening is dat een communautaire verplichting tot een nationale bevoegdheid kan leiden. In het ESF-arrest uit 2008 geeft het Hof daarop een buitengewoon onduidelijk antwoord: het Hof oordeelt dat zelfs zonder dat een nationale bevoegdheids-attributie noodzakelijk is, er een verplichting onder het EU-recht bestaat tot terugvordering over te gaan.¹²⁰ Een betrekkelijk circulaire redenering, want dat was nu juist wat de Afdeling wilde weten. De Afdeling heeft diezelfde ontwijkende redenering in latere jurisprudentie dan toch maar tot de hare gemaakt.¹²¹ Een soort impliciete erkenning van de redenering ‘plicht-geeft-bevoegdheid’ als het ware.

In spiegelbeeld zijn de mogelijkheden van nationale bestuursorganen om Europeesrechtelijke verplichtingen tot terugvordering op te schorten, omdat ze bijvoorbeeld stuiten op de werking van het nationale vertrouwensbeginsel, door het Hof van Justitie begrensd. In de genoemde ESF-zaak oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak tevens wederom op basis van die prejudiciële uitspraak van het Hof van Justitie, dat bij de beoordeling van de vraag of het vertrouwensbeginsel zich wellicht verzet tegen een volledige terugvordering van een Europese subsidie, die vraag alleen kan worden beantwoord aan de hand van het gemeenschappelijke vertrouwensbeginsel, niet op basis van het (meer bescherming biedende) nationale beginsel.¹²²

3.6 Internationale besluiten als basis voor overheidsoptreden

De nationale rechtsordes van de EU lidstaten en die van Europese Unie zelf zijn nauw met elkaar verbonden en vormen naast een rechtsgemeenschap

tezamen ook een eigen rechtsorde. Dat is minder het geval bij andere internationale verdragsgemeenschappen waarin internationale organisaties¹²³ soms een besluitvormende verantwoordelijkheid hebben. De besluiten van dergelijke organisaties kunnen, indien ze naar hun inhoud gemeten een ieder verbindend karakter hebben, net als verdragsbepalingen rechtstreeks doorwerken in de Nederlandse rechtsorde. De vraag is echter wel of ze daarnaast ook direct bevoegdheden kunnen verlenen aan Nederlandse overheden. Een lastig vraagstuk. In ieder geval zijn er argumenten die ertegen pleiten. Ten eerste is er het in beginsel interstatelijke karakter van het internationale publiekrecht: het is primair bedoeld om tussen staten te werken en waar dat recht wel ingrijpt in binnenstatelijke verhoudingen (denk aan VN-sancties, de autorisatie van geweld om humanitaire redenen, de oprichting van straftribunalen),¹²⁴ het nationale autoriteiten zelden¹²⁵ rechtstreeks bevoegd maakt tot het optreden tegen burgers. Ten tweede strookt een dergelijke bevoegdheidstoekenning ook niet met de ratio achter het Nederlandse legaliteitsbeginsel: overheidsingrijpen vergt een mandaat van een volksvertegenwoordiging die namens de rechtsonderhorigen kan bezien of en hoeverre er moet worden ingegrepen. Bij het tot stand brengen van internationale regels en besluiten ontbreekt die band. Argumenten die vóór bevoegdheidscheppend internationaal recht pleiten zijn de steeds verdere mondialisering van het internationale recht, het gegeven dat bestuur en recht steeds vaker uitgaan van niet-statelijke actoren,¹²⁶ en de zorg die er moet zijn voor de effectiviteit van het internationale recht.

In Nederland zit Nollkaemper op die laatste lijn. Volgens hem kunnen verdragsbepalingen een grondslag vormen voor de uitoefening van

118. De bestuursrechter staat in subsidiezaken zelfs toe dat met terugwerkende kracht wettelijke bases voor subsidiëring worden gefourneerd. Zie bijvoorbeeld ABRvS 10 februari 2010, AB 2010, 214.

119. ABRvS 24 december 2008, AB 2009, 96.

120. HvJEG 13 maart 2008 C-383-385/06, NJ 2008, 349, AB 2008, 207, JB 2008, 104. Inmiddels heeft ook de Franse Conseil d'État in september 2010 een prejudiciële beslissing aan het Hof van Justitie gevraagd. Het gaat de Conseil met name om de vraag of er in het unierecht een verplichting (en daarmee bevoegdheid voor Franse overheden) bestaat om subsidies terug te vorderen indien er fouten zijn gemaakt bij de aanbesteding van overheidsopdrachten. Zaak C-465/10.

121. ABRvS 30 december 2009, AB 2010, 283 m.n. J.E. van den Brink en W. den Ouden.

122. Zie wederom ABRvS 24 december 2008, AB 2009, 96. Zie ook Van den Brink 2010.

123. In de Nederlandse Grondwet ‘volkenrechtelijke organisaties’ genoemd (artikelen 93 en 94 Gw).

124. Wessel laat zien hoe het internationale recht verticaliseert en toont aan dat er ook sprake is van een verschuiving van internationaal naar mondiaal recht. Zie Wessel 2007.

125. Om Nederlandse overheden bevoegd te maken om in te grijpen worden internationale regels, zoals VN sancties of embargo's, meestal omgezet in EU-recht of nationaal recht. Als een internationale maatregel wordt ondergebracht in een Europese verordening dan geeft een strafbaarstelling daarin ook direct ruimte voor nationale toepassing. Zonder EU tussenkomst bieden nationale wetten, zoals de Sanctiewet 1977, een algemene grondslag voor de totstandkoming van nationale regels ter uitvoering van internationale sanctiemaatregelen in Nederland zelf. Meestal worden de internationale bepalingen dan overgeschreven in nationale wetgeving. Een heel enkele keer gebeurt het wel dat direct uitvoering kan worden gegeven aan de internationale normen omdat ze geen uitvoering (lees: nadere afweging) meer behoeven in nationale regelgeving. Zo worden internationale visumrestricties direct uitgevoerd door de bevoegde (nationale) overheidsinstanties. Aangezien deze bepalingen zich rechtstreeks en uitsluitend richten tot overheidsinstanties zijn – zo is de theorie – geen nationale regels gericht op particulieren noodzakelijk. Zie <http://www.minbuza.nl/dsresource?objectid=buzabeheer:46545&type=pdf>.

126. Wessel 2007 en de bij hem aangehaalde Slaughter 2004.

bevoegdheden door het bestuur.¹²⁷ Ook Huisman en Jak¹²⁸ achten het niet onvoorstelbaar dat een Nederlands bestuursorgaan rechtstreeks bevoegdheden ontleent aan een ieder verbindende verdragsbepaling, nu de bestuursrechter al eerder bereid bleek om zelfs ongeschreven internationaal recht als bevoegdheidsgrondslag te accepteren.¹²⁹ Vaak komt het in ieder geval niet voor en de vraag is wel of het een wenselijke ontwikkeling is. Schreuder-Vlasblom is kritisch over het verschijnsel van aan het ongeschreven volkenrecht ontleende bevoegdheden,¹³⁰ en ook Huisman en Jak hebben, net als ikzelf overigens,¹³¹ daarbij aarzelingen. Bevoegdheid op basis van ongeschreven recht druist in tegen de idee van overheidsbestuur op wettelijke grondslag en die grondslag moet ook duidelijk, kenbaar en voorzienbaar zijn.¹³² Daarvan is bij ongeschreven recht niet altijd sprake. Verder wringt het idee van bevoegdheid krachtens ongeschreven volkenrecht ook met het democratische aspect van het legaliteitsbeginsel, d.i. het recht van de rechtsgenoten om via wetgeving de inhoud van het recht waardoor ze direct of indirect gebonden zijn of zullen worden, zelf te bepalen.¹³³ Dat aandeelhouderschap van de rechtsgenoten bij het vormen van het recht, zo ben ik met Popelier van mening,¹³⁴ is tegenwoordig een wezenlijk element van de eis van wettelijke grondslag voor overheidsop treden. Het moderne legaliteitsbeginsel strekt er niet langer louter, of in allereerste instantie, toe om burgers te beschermen tegen de overheid (interne functies), maar juist ook om die burgers te betrekken bij de rechtsvorming, daarvoor de voorwaarden te bepalen en zo het overheidsop treden en de rechtsvorming te legitimeren (externe functies). Om die reden heb ik evenveel moeite met – niet op enigerlei wijze democratisch gelegitimeerde – bevoegdheden die aan het geschreven volkenrecht worden ontleend als met die ontleend worden aan het ongeschreven recht. Misschien zelfs nog wel meer, want aan het bewijs van het bestaan van ongeschreven volkenrecht worden hoge eisen gesteld. Voor het aangaan van een eenvoudige

tussenstatelijke overeenkomst, die in de praktijk nogal eens stilzwijgend door het parlement wordt goedgekeurd, gelden veel minder eisen en bestaan er ook minder garanties. Een bestuursorgaan kan zich zo letterlijk zelf op bevoegdheid ‘tracteren’. Bevoegdheid die louter voortvloeit uit de wil van onderhandelende staten kan daarmee in een aantal gevallen¹³⁵ de garanties die het nationale legaliteitsbeginsel voor de thuismarkt biedt, omzeilen. Het is daarom goed dat de Nederlandse rechter niet al te snel overgaat tot het erkennen van bevoegdheid die Nederlandse bestuursorganen toevalt op basis van verdragsbepalingen.¹³⁶ Daarvoor is nog te meer reden in het licht van het recente Kadi-arrest van het Hof van Justitie EG. Het Hof deed daar een principiële uitspraak op dit vlak.¹³⁷ De zaak draaide om de rechtmatigheid van EG-verordening 881/2002 die o.a. uitvoering geeft aan door de VN-Veiligheidsraad ingestelde financiële sancties tegen de appellanten Kadi en Al Barakaat. Die stelden zich op het standpunt dat de Raad van Ministers van de EU niet bevoegd was geweest om die EG-verordening vast te stellen en dat die verordening ook inbreuk maakt op verschillende van hun grondrechten, met name het eigendomsrecht en de rechten van de verdediging. Het Gerecht van Eerste aanleg verwerpt de argumenten en acht de verordening wel rechtsgeldig ook al omdat de gemeenschapsrechter in beginsel niet bevoegd zou zijn om de geldigheid van de betrokken verordening te toetsen (behalve aan bepaalde dwingende regels van volkenrecht, het zogenaamde *jus cogens*), aangezien de lidstaten zich overeenkomstig het Handvest van de Verenigde Naties moesten voegen naar de resoluties van de Veiligheidsraad. Het gaat daarmee om een internationaal verdrag dat voorrang heeft boven het gemeenschapsrecht. Een dergelijke redenering komt in wezen neer op acceptatie van rechtstreeks bevoegdheidscheppend internationaal recht. Het Hof van Justitie gaat in hoger beroep (hogere voorziening) niet mee in die redenering en vernietigt de sanctie-implementerende verordening 881/2002 door te oordelen dat de gemeenschapsrechter de wettigheid van *alle gemeenschapshandelingen*, dus ook een verordening die uitvoering geeft aan resoluties van de Veiligheidsraad, in beginsel volledig dient te toetsen aan de grondrechten die behoren tot de algemene beginselen van gemeenschapsrecht. Die eerbiediging van mensenrechten is een vereiste voor de wettigheid van com-

127. Nollkaemper 2009, p. 458. Hij verwijst hiervoor naar de uitspraak ABRvS 7 november 2007, AB 2008, 128 waarin de Afdeling bestuursrechtspraak de tariefbeslissing die een Nederlandse minister kan nemen onder een internationaal verdrag (i.c. een overeenkomst tussen Nederland en de Republiek Suriname over luchtdiensten) aanmerkt als een bevoegdheid die de minister wordt toegekend in het verdrag.

128. Huisman & Jak 2010, p. 120-121.

129. Huisman & Jak wijzen op de uitspraken ABRvS 10 april 1995, AB 1995, 498 (Long Lin) en ABRvS 18 februari 1999, AB 1999, 143 (Dazie's documenten). Ook de Hoge Raad erkende het ongeschreven volkenrecht als bron van publiekrechtelijke bevoegdheid. Zie HR 7 februari 1986, NJ 1986, 477.

130. In haar noot onder ABRvS 18 februari 1999, AB 1999, 143.

131. Zie Voermans 2003, p. 8 en 14.

132. Om deze reden heeft Van Ommeren ook terechte moeite met het afleiden van bestuursbevoegdheden uit publieke taken. Zie Van Ommeren 2003b, p. 152.

133. Deze opvatting van het legaliteitsbeginsel komt voort uit het principe van de democratische rechtsstaat. Zie Popelier 2001, p. 105.

134. Zie Popelier 2001, p. 97 jo. p. 105.

135. De Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen kent een soepel regime voor de stilzwijgende goedkeuring van verdragen. Stilzwijgende goedkeuring treedt soms in door tijdsverloop (artikel 5) en voor veel gevallen is niet eens goedkeuring nodig (artikel 7 e.v.) Soms kunnen verdragsbepalingen per direct binden (artikel 10). Dit soepele regime gecombineerd met het grote volume van internationale verdragen zet een parlement dat ermee moet instemmen op grote achterstand.

136. Huisman en Jak noemen nog de zaak ABRvS 6 februari 2008, LJN BC3585 (Pukhet Airlines). Huisman en Jak 2010, p. 121.

137. Hof van Justitie EG 3 september 2008 gevoegde zaken C-402/05 P & C-415/05 P Yassin Abdullah Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad van de Europese Unie en de Commissie van de Europese Gemeenschappen.

munautaire maatregelen en maatregelen die onverenigbaar zijn met de eerbiediging van deze rechten zijn in de Gemeenschap niet toelaatbaar: de Raad was dus niet – al gaf het internationale recht daarvoor op het oog een titel – bevoegd de verordening vast te stellen met voorbijgaan van de garanties die de communautaire rechtsorde biedt. In eigen woorden van het Hof: ‘De toetsing door het Hof van de geldigheid van een gemeenschapshandeling aan de grondrechten vormt (...) de uitdrukking van een uit het EG-Verdrag als autonoom rechtssysteem voortvloeiende garantie waarop een internationale overeenkomst geen inbreuk kan maken.’ Ergo: een besluit dat garanties van het eigen rechtssysteem omzeilt, is geen rechtsgeldig besluit.

Waarin schuilt nu de relevantie voor de Nederlandse situatie? Het is de Nederlandse rechter immers op grond van artikel 120 Gw niet toegestaan wetten in formele zin en verdragen te toetsen aan de Grondwet (daaronder begrepen rechtsbeginselen).¹³⁸ Toch gaan er ook in Nederland wel stemmen op om verdragsbepalingen of besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die indruisen tegen wezenlijke waarden van de Nederlandse constitutie, niet als vanzelf voorrang te geven boven het nationale recht.¹³⁹ Ook de Staatscommissie Grondwet acht dit onwenselijk.¹⁴⁰ Bevoegdheden bij of krachtens stilzwijgend goedgekeurde verdragen toegekend aan Nederlandse bestuursorganen zouden zich wat mij betreft in de toekomst kwalificeren voor die voorrangsuitzondering en wel wegens strijd met het nationale legaliteitsbeginsel.

Wat kunnen we hieruit concluderen? Het legaliteitsbeginsel is een beginsel dat diep is geworteld in ons nationale rechtssysteem en daar ook zijn betekenis heeft en aan ontleent.¹⁴¹ Die nationale verankering heeft tweërlei gevolg: ten eerste dat het beginsel zich niet zonder meer laat vertalen naar internationaal niveau, en, ten tweede, dat nu rechtssystemen steeds verder met elkaar vervlochten raken, en nu er steeds meer internationaal recht doorwerkt in de nationale rechtsordes, daardoor het legaliteitsbeginsel als het ware wordt uitgedaagd en wordt gerelativeerd. Dat zijn lastige vraagstukken, want rechtssystemen als de onze zijn opgebouwd rondom de garanties die wezenlijke beginselen als het legaliteitsbeginsel bieden. Als dat soort garanties haperen bij internationale rechtsvorming is dat ernstig. Er zijn verschillende manieren om dat te voorkomen. Een eerste recept is dat van het Kadi-arrest, een recept dat we ook kennen uit de jurisprudentie van het Bundesverfassungsgericht, o.a. in het Lissabon Urteil uit 2009.¹⁴² Dat recept houdt in dat er ruim baan is voor internationale rechtsvorming en de werking van dat internationale recht maar dat via internationale

rechtsvorming nooit wezenlijke constitutionele garanties mogen worden omzeild. Heel veel landen ter wereld kennen vormen van dergelijk *constitutioneel protectionisme*.¹⁴³ Al is constitutioneel protectionisme voor Nederland als methode niet geheel uitgesloten,¹⁴⁴ de gecombineerde werking van de artikelen 120 Gw en de artikelen 93 en 93 Gw maakt het de Nederlandse rechter wel heel lastig nationaal (constitutioneel) recht of beginselen toe te passen als beperking op verbindende bepalingen uit verdragen of volkenrechtelijke besluiten. Stoter c.s. bepleiten mede daarom ook andere recepten, zoals dat van de institutionele transplantatie en een interculturele dialoog over rechtsstatelijkheid op internationaal niveau.¹⁴⁵ Dat kan werken maar kent wel heel indirecte garanties. Verstandige vormen van constitutioneel protectionisme binnen de eigen rechtsorde zijn waarschijnlijk effectiever en daarom verkieslijker.

3.7 Legaliteitsbeginsel als norm voor het bestuur

Samenvattend: als eis voor bestuursoptreden neemt het legaliteitsbeginsel de vorm aan van het beginsel van wetmatigheid van bestuur. Die eis houdt in dat een bestuur in beginsel alleen kan binden op basis van bevoegdheden die berusten op een wettelijke grondslag en dat het bestuur zich ook houdt aan de wet. Wat we er ook van vinden, we moeten vaststellen dat de betekenis van het legaliteitsbeginsel ten opzichte van het bestuur de afgelopen twintig jaar is vergroot. Dat is onder meer af te lezen uit het in de Algemene wet bestuursrecht neerleggen van de eis dat subsidieverstrekking geschiedt bij wettelijk voorschrift (artikel 4:23 Awb), maar ook uit de toename van andere normen die een wettelijke basis verlangen voor vormen van bestuursoptreden.¹⁴⁶ Er is sprake van een duidelijke verwettelijking van het bestuur, waarbij de discussies over de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel een duidelijke rol hebben gespeeld. Daarnaast wordt met name in het bestuursrecht de werking van het nationale legaliteitsbeginsel uitgedaagd door de europeanisering en internationalisering van het recht. In de afgelopen periode is vast komen te staan dat EU-besluiten voldoende basis kunnen bieden voor het optreden van nationale bestuursorganen. Minder duidelijkheid bestaat er over de vraag of dat ook geldt voor bevoegdheden die voortvloeien uit besluiten van internationale organisaties.

143. Voermans 2009.

144. Zie Voermans 2003b, p. 107-115 voor enkele vormen. Wat de rechter ook kan doen is – zoals ik bepleitte – niet langer aan te nemen dat er voldoende wettelijke grondslag is in geval van bevoegdheidsuitoefening op basis van bevoegdheden uit stilzwijgend goedgekeurde verdragen.

145. Stoter, Stout & De Jong 2009, p. 22-27.

146. Denk bijvoorbeeld aan artikel 10:15 Awb. Ook het Voorontwerp Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad van mei 2007 kan als een ontwikkeling in die richting worden gezien. Inmiddels ligt er een wetsvoorstel Kamerstukken 2010/11, 32 621, nrs. 1-3.

138. Zie HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 (Harmonisatiewet-arrest).

139. Kamerstukken II 2007/08, 31570, nr. 3.

140. Zie ook Staatscommissie 2010, p. 117-118.

141. Stoter, Stout & De Jong 2009, p. 16 e.v.

142. BVerfGE, 2 BvE 2/08 van 30 juni 2009.

4 Betekenis van het legaliteitsbeginsel voor de wetgever

Het legaliteitsbeginsel bindt ook de wetgever zelf.¹⁴⁷ Het is in een rechtsstaat de overheid niet toegestaan om als wet bedoelde algemene regels uit te vaardigen zonder daartoe een regelgevende bevoegdheid te bezitten.¹⁴⁸ Voor de wetgever zelf omvat het legaliteitsbeginsel in wezen vier soorten normen, te weten:

- a. de overheid is als wetgever uitsluitend tot optreden bevoegd op basis van een uitdrukkelijke, bij wettelijke regeling toegekende bevoegdheid (negatief wetgevingsvoorbehoud).¹⁴⁹
 - b. Als er een bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften bestaat, kunnen bepaalde vormen van overheidsoptreden alleen via uitoefening van die regelgevende bevoegdheid worden uitgeoefend (positief wetgevingsvoorbehoud).¹⁵⁰
 - c. Als er een wettelijke regeling is, moet het bestuur – ook als het wetgevend optreedt – zich daaraan houden (voorrang van de wet).¹⁵¹
 - d. Het bepaaldheidsgebod – wettelijke regels moeten duidelijk, voorzienbaar en kenbaar zijn (ook wel aangeduid als *lex certa*-beginsel).
- Ik behandel de normen hier alle vier kort.

4.1 Het negatieve wetgevingsvoorbehoud

Een wetgever (in materiële zin) kan de bevoegdheid tot het stellen van algemeen verbindende voorschriften rechtstreeks aan de Grondwet zelf (via attributie), of krachtens de Grondwet – via doorgifte van regelgevende bevoegdheid door een andere wetgever (delegatie) – ontlenen. Aan de Grondwet zelf ontlenen de parlementaire wetgever (artikel 81), de regering (artikel 89), en provinciale staten en de gemeenteraden (artikel 124, eerste lid, jo. artikel 127) algemene of beperkte wetgevende bevoegdheid. Andere organen moeten hun eventuele wetgevende bevoegdheid rechtstreeks of indirect aan de formele wet ontlenen.

Een probleem bij het overdragen van regelgevende bevoegdheden aan lagere regelgevers, zoals regering of een minister, is dat daarmee de directe participatie van een volksvertegenwoordiging bij het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften verloren gaat. Delegatie houdt dus

altijd een gedeeltelijk verlies aan democratische legitimatie in. Dat verlies wordt wel gedeeltelijk gecompenseerd door het feit dat deze lagere regelgevers meestal op hun beurt weer verantwoording verschuldigd zijn aan het parlement (of in voorkomend geval aan een volksvertegenwoordiging zoals een gemeenteraad) en het feit dat de formele wetgever meestal de kaders waarbinnen de gedelegeerde regelgeving plaatsvindt, zelf heeft vastgesteld en ook de delegatie weer ongedaan kan maken. Dat laat onverlet dat de directe verbinding met de volksvertegenwoordiging bij het vaststellen van regels door delegatie wordt verbroken. Daarmee ontstaat door delegatie van regelgevende bevoegdheid ook een asymmetrie in de spreiding der machten. Organen die volgens het machtspreidingsmodel van de trias politica bij uitstek belast zijn met de uitvoering van wetten, wordt via delegatie van regelgevende bevoegdheid tevens de bevoegdheid toegekend om de wetten zelf te stellen. Het bestuur wordt wetgever.

Dat neemt een hoge vlucht. Als we bijvoorbeeld alleen al naar de centrale overheid kijken, dan zien we dat in 2010 76% van alle regels afkomstig is van het bestuur¹⁵² (24% daarvan afkomstig van de regering, 76% van ministers) en 24% van de formele wetgever. Er is ook een gestage toename over de jaren heen te zien van *bestuur per wet*. In hun rapport 'Alle regels tellen' signaleren De Jong en Herwijer¹⁵³ een regelingstoename van 2% per jaar tussen 1975 en 2004. Dat is nadien – in weerwil van de Balkenende regelveeoperaties – alleen nog maar meer geworden.¹⁵⁴

Het kan ook nauwelijks anders. Delegatie van regelgevende bevoegdheid is in moderne verhoudingen een noodzaak.¹⁵⁵ Wil de wetgever slagvaardig en effectief op kunnen treden, kunnen sturen, dan kan de formele wetgever het niet alleen af. Waar het wel om gaat is dat er een goede balans wordt

147. Zie Eijlander/Voermans 2000, p. 37 e.v., Van Ommeren 1996 en Derks 1995, p. 272.

148. Zie o.a. HR 24 januari 1969, AAe 1969, p. 266 e.v.

149. In de Duitstalige doctrine ook wel 'negatives Vorbehalt des Gesetzes' genoemd. Zie voor de betekenis van de 'negative Gesetzesvorbehalt' in de Bondsrepubliek Duitsland, Eijlander 1993, p. 101 e.v. Zie ook Teunissen 2009, p. 236-237.

150. In de Duitstalige doctrine 'positives Vorbehalt des Gesetzes'. Zie Eijlander 1993.

151. 'Vorrang des Gesetzes' in het Duits.

152. Er waren in 2010 1806 wetten in formele zin, 2292 algemene maatregelen van bestuur en 5379 ministeriële regelingen. Zie de brief van de Minister van Justitie van 10 februari met daarin de laatste tellingen uit de Regelgevingsmonitor die Nederland tegenwoordig kent, Kamerstukken II 2009/010, 29 279, nr. 101. Er wordt – maar dit even terzijde – tegenwoordig van alles uitgehaald door departementen om gunstig in de tellingen van de Regelgevingsmonitor voor de dag te komen. Veel zaken die vroeger per ministeriële regeling werden geregeld, worden nu nogal eens in beleidsregels neergelegd. De randen van het oirbare worden daarbij opgezocht. In de jurisprudentie zie je vaker beleidsregels opduiken met een 'gemengd' karakter, dat wil zeggen met bepalingen die algemeen en extern proberen te binden. Zie bijvoorbeeld HR 23 mei 2003, AB 2004, 7 m.nt. FvO. Daarnaast worden er ook cosmetische foefjes uitgehaald, zoals het vaststellen van zogenaamde 'verzamelbesluiten', i.e. een algemene maatregel van bestuur waarin uitvoeringsregelingen onder delegatiebepalingen uit verschillende wetten worden ondergebracht. Zie daarover Borman 2010.

153. De Jong & Herwijer 2004.

154. Het gaat dan met name om de toename van de regelingsvoorraad. Zo is de voorraad rechtsgeldige wetten in formele zin (parlementaire wetten is eigenlijk een betere aanduiding) tussen 1980 en 2010 gestegen van 1100 tot 1806. De Jong & Herwijer 2004, p. 52-53.

155. Commissie-Polak 1985, p. 42-43.

getroffen tussen parlementaire wetgeving en bestuurswetgeving. Een situatie waarin het bestuur nagenoeg geheel op eigen gezag regels stelt die het zelf uit moet voeren, is, in een hedendaagse democratische rechtsstaat, al even onwenselijk als bestuurlijke inertie ten gevolge van een doorgeslagen behoefte om het parlement bij ieder detail van een regelingscomplex te betrekken.

Om aan de problemen van overmatige bestuurswetgeving¹⁵⁶ het hoofd te kunnen bieden is er – op basis van het legaliteitsbeginsel – een aantal normen ontwikkeld die de mogelijkheden tot delegatie begrenzen.¹⁵⁷ 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.

4.1.1 Het grondwettelijke delegatiestelsel

De Grondwet beperkt de mogelijkheden tot delegatie van regelgevende bevoegdheid.¹⁵⁸ Door het gebruik van een vaste terminologie wordt daarin aangegeven ten aanzien van welke onderwerpen wel of juist geen delegatie is toegestaan. Indien de Grondwet de formule ‘bij of krachtens de wet’ of enigerlei vorm van het werkwoord ‘regelen’ of het zelfstandig naamwoord ‘regel’ of ‘regeling’ bevat, is delegatie van regelgevende bevoegdheid door de formele wetgever aan een lagere regelgever toegestaan.¹⁵⁹ Ontbreekt een van deze termen dan is delegatie niet toegestaan en is slechts regeling bij wet in formele zin (of beter: parlementaire wet) mogelijk.¹⁶⁰ Een grondwettelijk delegatieverbod houdt overigens niet in dat aan een lagere regelgever helemaal geen regelgevende bevoegdheid toe zou kunnen komen ter zake van een onderwerp dat onder het delegatieverbod valt. Het grondwettelijke delegatieverbod houdt slechts in dat alle wezenlijke bepa-

lingen ten aanzien van het betrokken onderwerp in een (parlementaire) wet in formele zin moeten worden neergelegd.¹⁶¹ Dat betekent dat op de terreinen waarop een delegatieverbod geldt in een parlementaire wet ook niet mag worden volstaan met het ter zake van het betrokken onderwerp toekennen van vage bestuursbevoegdheden in de wet, waarbij de invulling van de regeling in feite geheel aan lagere organen wordt overgelaten. Een grondwettelijk delegatieverbod laat – gezien de jurisprudentie van de Hoge Raad – waarschijnlijk ook onverlet dat als *uitvoering* te beschouwen regels over details toch aan een lagere regelgever worden overgelaten.¹⁶²

De Grondwet normeert de mogelijkheden tot delegatie nog op een andere manier. Artikel 89, tweede jo. vierde lid, bepaalt dat voorschriften – neergelegd in algemene maatregelen van bestuur of algemeen verbindende voorschriften – waarvan de bedoeling is dat ze door straffen worden gehandhaafd alleen krachtens de wet kunnen worden gegeven. Het opleggen van straffen is daarmee aan de parlementaire wetgever voorbehouden.

4.1.2 Zelfstandige algemene maatregelen van bestuur

Een in de Nederlandse rechtsgeschiedenis omstreden vorm van bestuurswetgeving kennen we in de vorm van de zelfstandige algemene maatregel van bestuur. Een regeringsdecreet waarvoor geen wet de basis vormt, maar waarvoor de bevoegdheid rechtstreeks in de Grondwet wordt gezocht (artikel 89). De commissie-Polak was in 1985 kritisch over zelfstandige algemene maatregelen van bestuur. Dat heeft ook direct te maken met de democratische betekenis die de commissie aan het legaliteitsbeginsel toedicht.¹⁶³ 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 dan ook om een einde te maken aan de figuur van de zelfstandige algemene maatregel van bestuur, maar het kabinet vond dat wat te ver gaan en kwam met een eigen standpunt. Dat standpunt is tegenwoordig verwoord in Aanwijzing 21 Awr en luidt:

‘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.’

156. Als het bestuur regels stelt heet dat proces eigenlijk ‘regelgeving’. Toch noem ik het voorlopig nog maar ‘bestuurswetgeving’, de naam waarmee Ron van Male als een van de eersten in zijn proefschrift *Rechter en bestuurswetgeving* (Van Male 1988) het verschijnsel aanduidt.

157. Ik ga hier niet verder in op procedures die beogen het parlement controle uit te laten oefenen op gedelegeerde regelgeving, zoals voorhangprocedures, waarbij uitvoeringsregelingen in de ontwerpfase ter kennis worden gebracht van het parlement. Voorhangvormen worden geregeld in de Aanwijzingen voor de regelgeving (aanwijzingen 36 tot en met 41). Er is wel kritiek geïoefend op het gebruik van voorhangprocedures als zoen-offer of lapmiddel. Zie voor een overzicht Eijlander/Voermans 2000, p. 44-45.

158. Zie in dit verband ook Derks 1995.

159. De Grondwet kent zelf een uitzondering op dit systeem in artikel 104 waar de term ‘kracht van een wet’ wordt gebruikt.

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

161. Zie o.a. 23 aanwijzing van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

162. Zie ook in deze zin HR 11 januari 1977, NJ 1977, 467 (Bromfietsvalhelm-arrest). Ik gebruik de toevoeging ‘waarschijnlijk’ omdat het Bromfietsvalhelm-arrest werd gewezen vóór de algehele grondwetsherziening van 1983, die de nieuwe delegatiesystematiek introduceerde.

163. Commissie-Polak 1985, p. 42.

Deze benadering is ook in lijn met oplossingen voor decretenwetgeving (dat wil zeggen zelfstandig wetgevend optreden van de regering) die in andere landen is gekozen.¹⁶⁴

De praktijk is echter weerbarstig. Er worden nog steeds zelfstandige algemene maatregelen van bestuur gemaakt, ook voor maatregelen die burgers de facto dwingen. Een enkel voorbeeld daarvan is het Besluit DNA-onderzoek (Stb. 2002, 640). Deze maatregel maakte het mogelijk om DNA-profiel van veroordeelde personen te verkrijgen als ze daarmee instemden en dat materiaal te doen opnemen en bewaren in een speciale databank bedoeld voor strafrechtelijk onderzoek. Al legt de amvb zelf geen straffen op, de situatie is er hier een van feitelijke dwang en dan gaat het niet aan dat de regering dat op eigen titel, zonder machtiging van het parlement regelt. Het besluit is niet direct in strijd met de Grondwet maar in zekere zin wel – omdat sprake is van feitelijke dwang¹⁶⁵ – in strijd met de lijn uit het Fluoridering-arrest en zeker met het primaat van de wetgever.¹⁶⁶ Ook de Raad van State oordeelde dat (het ontwerp voor) dit koninklijke besluit in strijd kwam met het primaat van de wetgever. Toch zette de regering door, in weerwil van de eigen Aanwijzingen voor de regelgeving en continueerde die praktijk bij de wijziging en aanvulling van het DNA-besluit door de werkingssfeer daarvan uit te breiden naar ex-veroordeelden (Stb. 2005, 17). Dat verdient geen schoonheidsprijs en doet de vraag rijzen naar de hardheid van de norm die het primaat van de wetgever aanlegt. Is dat slechts aanwijzing of ook een rechtsnorm? Ik denk het laatste. Het primaat van de wetgever is een hedendaagse doorberekening 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 ook als norm toegepast door de Raad van State bij de wetgevingsadvisering.¹⁶⁷ De loutere omstan-

digheid dat er nog uitspraak van een rechter is geweest, of een arrest van de Hoge Raad waarin die norm wordt ingeroepen, betekent nog niet dat de norm niet bestaat. Een proefzaak op dit terrein zou zeker aardig zijn.

4.1.3 Bevoegdheidsgebreken: soevereine jurisprudentie?

Waar over de vraag over de aanvaardbaarheid van zelfstandige algemene maatregelen van bestuur nog wel discussie mogelijk is, bestaat er over de vraag of een minister of enig zelfstandig bestuursorgaan zelf bindende algemene regels op mag stellen veel minder twijfel; dat mag eigenlijk niet. Een minister of daarmee gelijk te stellen overheidsorgaan kan alleen regelen als hij daartoe via delegatie gemachtigd wordt door een hogere regelgever. Ministeriële regelingen zonder wettelijke grondslag kunnen dan weliswaar niet door de beugel, de Nederlandse rechter is praktisch en een enkele keer wel bereid mee te werken aan reddingsconstructies in gevallen waarin – bijvoorbeeld door een wetswijziging – een ministeriële regeling waaraan de wettelijke basis is ontvallen is ‘in de lucht’ komt te hangen. Een bekend voorbeeld is dat van het – hierboven al kort gememoreerde – Bromfietsvalhelm-arrest.¹⁶⁸ De Hoge Raad redde in dit geval een ministeriële uitvoeringsregeling die nadere eisen stelde aan de net verplicht gestelde bromfietsvalhelmen. Betwistbaar was of de algemene maatregel van bestuur waarop die ministeriële regeling zich baseerde daarvoor wel de grondslag gaf.¹⁶⁹ De Hoge Raad achtte die regeling toch verbindend nu het slechts ging om uitvoering van details van de hoofdregeling. Het Bromfietsvalhelm-arrest zou ik een voorbeeld willen noemen van *souvereine jurisprudentie*: nu de betwiste ministeriële regeling mogelijk tijdelijk een wettelijke basis ontbeerde, gaat de rechter niet over tot onmiddellijk vaststellen van – in wezen betrekkelijk zinloze (er was vanaf 1974 wel een afdoende wettelijke basis) – onverbindendheid, maar zoekt hij een constructie om de té draconische gevolgen van onverbindendheid af te wenden.

164. De Spaanse Grondwet vergt bijvoorbeeld dat een tijdelijk wetsdecreet zo spoedig mogelijk doch uiterlijk binnen dertig dagen na bekendmaking ter bevestiging aan het parlement wordt voorgelegd (artikel 86 Grondwet). Italië kent een ander systeem. Daar moet het parlement binnen 60 dagen het tijdelijke wetsdecreet bevestigen (artikel 77 Grondwet). Zie ook bijlage 1 van dit preadvies.

165. Van Ommen leest in de vrijwillige medewerking dat er geen sprake is van dwang en concludeert dat daarom het DNA-besluit niet in strijd komt met de lijn uit het Fluoridering-arrest. Ik zie dat anders. Je kunt je natuurlijk afvragen of er niet de facto sprake is van dwang als een gedetineerde wordt gevraagd mee te werken aan DNA-onderzoek vaak toch enige weg om je van een mogelijke verdenking te ontlasten.

166. Voermans 2003c, p. 78-83.

167. Zie daarvoor in relatie tot zelfstandige algemene maatregelen van bestuur o.a. het advies van de Raad van State van 12 maart 2001, Kamerstukken II 2001/02, 27 570 (R1672) A en Raad van State, Jaarverslag 2002. Den Haag, p. 25. Het primaat van de wetgever wordt vaker gebruikt als norm door de Raad van State o.a. in de adviezen W08.09.0558 Besluit algemene regels ruimtelijke ordening, W05.01.0166 Accreditatie hoger onderwijs, W03.02.0287 Wijziging Besluit DNA-onderzoek, en W03.04.0452 Wijziging Besluit DNA-onderzoek, W08.03.0200 Wijziging Wet Bodembescherming W10.05.0512 Raamwet aanbesteden W05.06.0319 Wijziging Leerplichtwet, Advies W03.07.0454 Identiteitsvaststelling verdachten.

168. HR 11 januari 1977, NJ 1977, 467.

169. Artikel 2 van de Wegenverkeerswet (WVW) bepaalde indertijd dat alleen bij algemene maatregel van bestuur nadere regels konden worden gesteld. Het daarop gebaseerde artikel 94 van het Reglement Verkeersregels en Verkeerstekens (RVV) delegeerde in het tweede lid toch de bevoegdheid tot goedkeuring van helmen en het uitgeven van goedkeuringsmerken over aan de minister. In strikte zin was – gezien het in artikel 2 WVW gebruikte woordje ‘bij’ – geen subdelegatie aan de minister mogelijk. De Hoge Raad redeneerde dat, dat wat artikel 94a, tweede lid, RVV deed geen delegatie is omdat geen sprake is van de bevoegdheid tot het vaststellen van nadere regels. De minister wordt daarin slechts ‘uitvoering’ opgedragen, nodig om aan het door de besluitgever gegeven verbod de vereiste werking te verzekeren. Een beetje gezocht, want er worden wel degelijk regels gesteld. De omstandigheid dat in 1974 al (een jaar na de vaststelling van de ministeriële regeling) artikel 2 van de WVW werd gewijzigd (Stb. 1974, 546) waardoor het mogelijk werd ‘bij of krachtens’ algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen, zal ongetwijfeld een rol hebben gespeeld in afweging van de Hoge Raad.

Een voorbeeld van die techniek is ook terug te vinden in een recent arrest van de Hoge Raad waarin de verbindendheid van het rookverbod van artikel 3 van het Besluit beperking verkoop en gebruik tabaksprodukten moest beoordelen in het licht van de artikelen 10, 11 en 11a van de Tabakswet.¹⁷⁰ Doordat artikel 11, tweede lid, Tabakswet op een onduidelijke, dan wel verkeerde manier verwijst naar het tweede lid van artikel 10 Tabakswet kan daaruit gelezen worden dat er geen bevoegdheid zou bestaan om ook rookverboden te gelasten voor horecaondernemingen zonder personeel (zoals artikel 3 van het Besluit doet). De Hoge Raad constateert dat noch uit de wetsgeschiedenis, noch uit de context van de Tabakswet is af te leiden dat uit de Tabakswet geen bevoegdheid zou voortvloeien voor het verbod in het besluit. Wel stelt de Hoge Raad zuinigjes vast dat de verkeerde verwijzing van de artikelen in de Tabakswet de duidelijkheid van de regeling als geheel wellicht niet ten goede komt. Niet alleen de Hoge Raad beoefent sauverende jurisprudentie.¹⁷¹ Meer rechters doen dat.

Zo redde de Centrale Raad van Beroep in 2002¹⁷² in twee militair-ambtenaarrechtelijke uitspraken regelingen die door een delegatie-incident in wezen onverbindend waren. In deze zaken argumenteerde de Centrale Raad van Beroep dat artikel 44, eerste lid, van de Grondwet de Minister van Defensie een bevoegdheid geeft tot het uitvaardigen van voorschriften betreffende de interne organisatie en de werkwijze van de ambtelijke dienst van zijn departement. Nog los van de vraag of artikel 44 Grondwet ooit zo is bedoeld of zich leent voor deze gezochte constructie ging het in beide gevallen om een kwestie met niet louter interne gevolgen. In het ene geval ging het om de vraag of een militair rijbewijs nog rechtsgeldig kon worden omgezet in een civiel rijbewijs, in het andere geval om een disciplinaire schorsing van een wapenmeester met mogelijk gevolgen voor zijn ambtenaarrechtelijk rechtspositie.¹⁷³

Ook in een uitspraak van 7 maart 2005¹⁷⁴ lijkt de Centrale Raad van Beroep niet zonder meer tot de conclusie van onverbindendheid te willen komen. Het ging in die zaak over de verbindendheid van de Verordening Inkomensondersteuning 2001 van de Gemeente Oostellingerwerf. Voor het vaststellen van die verordening ontbreekt een bevoegdheid, zo stelt de Raad vast, maar dat doet er in wezen niet toe omdat de verordening geen algemeen verbindende voorschriften vaststelt. De verordening moet in wezen worden gezien als de verwoording van – bestendig – beleid in de ogen van de Raad. De verordening wordt dusdoende door de Raad gecon-

verteerd in een beleidsregel die de vervelende consequentie dat de verordenaar niet aan de eigen regels kan worden gehouden door een fout die die zelf heeft gemaakt afwendt. Op het terrein van juridische techniek verdient de reddingsconstructie geen schoonheidsprijs. Zo is de tot beleidsregel geconverteerde verordening niet op de juiste wijze bekendgemaakt en was ook de medebesluitende gemeenteraad niet bevoegd tot het mede vaststellen van een beleidsregel (want geen bestuursbevoegdheid).¹⁷⁵

In de omgekeerde richting was de Centrale Raad strenger. Het UWV had in beleidsregels regels voor boetehoogte vastgesteld ingeval van ziekte-doormeldingsverzuimen van de kant van de werkgever. Artikel 45 van de Ziektewet vergt dat dergelijke regels alleen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen worden vastgesteld. Voor het neerleggen van dergelijke regels in beleidsregels ontbreekt de bevoegdheid.¹⁷⁶ Niet verbindend oordeelde de Centrale Raad – net als de Afdeling bestuursrechtspraak in een eerder soortgelijk geval¹⁷⁷ – ook al was nadien wel een algemene maatregel van bestuur met nagenoeg dezelfde inhoud als de beleidsregels tot stand gekomen. Conversie van beleidsregels in algemeen verbindende voorschriften zou inderdaad curieus zijn geweest.

In de sauverende jurisprudentielijn die met name de Centrale Raad er op nahoudt, valt op dat de Raad het legaliteitsbeginsel ziet als een middel tot een doel. Dat blijkt ook uit een uitspraak uit 2008.¹⁷⁸ De Wet werk en inkomen kunstenaars (WWIK) draagt de regering op bij algemene maatregel van bestuur criteria vast te stellen op basis waarvan kan worden vastgesteld of een kunstenaar kan worden aangemerkt als beroepsmatig actief. Op een tijdstip waarop die nadere regels nog niet zijn vastgesteld gaat de gemeente Maastricht er in 2006 toe over de WWIK-uitkering van een kunstenaar te beëindigen. Het bestuursorgaan had zich hier niet zelfstandig het oordeel aan kunnen matigen over de vraag of de betrokkene nog beroepsmatig actief is, zo oordeelt de Raad. Die criteria over (her) beoordeling van de beroepsmatigheid van de kunstenaar moeten door de regering worden vastgesteld. Je kunt er uit lezen dat de Raad toch vooral kijkt naar de burger. Die mag aan de ene kant niet de dupe worden van regelingsfouten die door bevoegdheidsgebreken ontstaan en aan de andere kant mogen hem of haar niet de garanties die procedures tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften geven, worden onzegd.

170. Hoge Raad 23 februari 2010, RvdW 2010, 363/LJN BK8211.

171. Een ander vroeg voorbeeld is ook te vinden in HR 8 mei 1953, NJ 1953, 614.

172. CRvB 3 mei 2002, AB 346 en CRvB 4 juli 2002, AB 308.

173. Zie hierover Voermans 2003d, p. 178-181.

174. AB 2005, 269.

175. Annotator Bröring houdt het er op dat de Raad in dit geval de verordening beter had kunnen converteren in een richtlijn. Zie AB 2005, 269 m.n. HBr.

176. CRvB 15 februari 2006, AB 2006, 216.

177. ABRvS 9 januari 1998, JB 1998, 35.

178. CRvB 10 juni 2008, AB 2008, 287.

4.1.4 Bevoegdheidsgebreken: strenger in de leer indien belangen justitiabelen erdoor worden geschaad?

Een terugkerend probleem van rechtswetenschap is hoe de richting van ontwikkelingen in de jurisprudentie te duiden. Wat zegt de laatste uitspraak of enkele uitspraken nu over een ontwikkeling in het recht, in welke mate is een uitspraak representatief te achten voor een ontwikkelingslijn? Dat geldt zeker voor de houding die Nederlandse rechters aannemen wanneer ze worden geconfronteerd met bevoegdheidsgebreken bij wetgeving.

In oudere jurisprudentie is de Hoge Raad streng waar het gaat om mogelikheden van in subdelegatie gestelde regels. In de zaak van het Jamin-arrest, die in 1926 bij de Hoge Raad diende, had het districtshoofd van de Arbeidsinspectie nadere regels gesteld over de verwarming van winkels. De Hoge Raad beschouwde dit als subdelegatie van de bevoegdheid tot het stellen van algemeen verbindende voorschriften, iets wat de Arbeidswet niet toestond, en achtte de regels daarom ook niet verbindend.¹⁷⁹ Hieruit is o.a. door Scheltema wel afgeleid dat subdelegatie van regelgevende bevoegdheid alleen is toegestaan indien de wet daartoe uitdrukkelijk machtigt.¹⁸⁰ Die lijn is ook terug te vinden in de jurisprudentie van de Hoge Raad tot aan 1977.¹⁸¹

De Centrale Raad van Beroep houdt ook strikt de hand in de eis van een adequate bevoegdheidsbasis, zo komt het voor, indien bevoegdheidsgebreken in het nadeel van burgers uitpakken. Dat zou je af kunnen leiden uit de uitspraak 2 maart 1999¹⁸² waarin een Vlaardingse toeslagen en verlagin-genverordening onvoldoende grondslag vond in het stelsel van de Algemeene bijstandswet en het op basis daarvan tot stand gekomen Besluit landelijke normering. De omstandigheid dat de categorieën gerechtigden uit de Vlaardingse verordening, in tegenstelling tot het Besluit, niet duidelijk waren af te leiden (en daardoor de precieze regeling te veel aan B&W werd overgelaten) deed de Raad oordelen dat daarmee ook onvoldoende bevoegdheid bestond voor bepalingen uit de verordening.

Ook de Hoge Raad lijkt minder geneigd delegatie-incidenten en daarmee verband houdende bevoegdheidsgebreken te vergeven als ze in het nadeel van de justitiabele uitpakken. Dat zagen we al in het Fluoridering-arrest, maar ook in recente jurisprudentie is die lijn te herkennen. In een zaak uit 2006 waarin een spoorwegopsporingsambtenaar iemand een bevel had gegeven zich te verwijderen uit een spoorweggebouw (en daar ook veertien dagen lang niet meer terug te keren) kwam de vraag naar de rechtmatig-

heid van het bevel naar voren. Dat bevel was gegeven op basis van het stelsel van het oude artikel 69a Spoorwegwet 1875. Dat artikel keerde niet terug in 2005 in werking getreden Spoorwegwet, waardoor de bevoegdheidsbasis aan het bevel kwam te ontvallen.¹⁸³ Ergo: geen bevoegdheid en geen rechtmatig gegeven bevel.

4.2 Positief wetgevingsvoorbewoud

We zagen hierboven dat op grond van het legaliteitsbeginsel de overheid alleen via algemeen verbindende voorschriften kan sturen wanneer daartoe gemachtigd door een wet – het zogenaamde negatieve wetgevingsvoorbewoud. Het legaliteitsbeginsel heeft ook in meer positieve zin betekenis voor de wetgever. Bij de keuze tussen verschillende mogelijke vormen van overheidsoptreden (overeenkomst, feitelijke handeling, beschikking of algemeen verbindend voorschrift) gelast het legaliteitsbeginsel soms dat bepaalde interventies geschieden in de vorm van een wettelijke regeling. Alhoewel er in Nederland wel doctrine op dit punt bestaat, is die nog niet erg reçu in het positieve recht.

Zo is in Nederland met name door Van der Vlies wel betoogd dat beslissingen van groot maatschappelijk gewicht eigenlijk bij of krachtens de wet behoren te worden genomen.¹⁸⁴ Van Ommeren heeft er op gewezen dat voor die opvatting geen steun te vinden is in ‘recente’ jurisprudentie van de Hoge Raad, met name zoals die naar voren komt in het Leidraad-arrest.¹⁸⁵ Volgens hem houdt het Nederlandse legaliteitsbeginsel – gemeten naar de jurisprudentie – niet meer of minder in dan dat eenzijdig opgelegde verplichtingen een wettelijke grondslag behoren te hebben.¹⁸⁶ Met die opvatting komt Van Ommeren ook meer in de buurt van de opvattingen over het legaliteitsbeginsel van Hirsch Ballin en Konijnenbelt. Hirsch Ballin ziet in het legaliteitsbeginsel een beginsel dat een wettelijke grondslag voor vrijheidsbeperkend optreden verlangt.¹⁸⁷ Volgens Konijnenbelt is – dat was hiervoor al aan de orde – de klassieke betekenis van het legaliteitsbeginsel veeleer dat voor ingrijpend overheidsoptreden (Eingriffsverwaltung) een wettelijke grondslag nodig is. De meer contemporaine, door Konijnenbelt bepleite variant op die betekenis houdt in dat de legaliteitseis ook voor presterend overheidsoptreden van belang kan zijn. Daar waar presterend overheidsoptreden (Leistungsverwaltung) tevens ingrijpend overheidsoptreden is (Eingriffsverwaltung), is, in deze betekenis van het legaliteitsbe-

179. HR 25 januari 1926, W 11464, NJ 1926, 246.

180. Zie Scheltema 1988, p. 457.

181. Zie o.a. HR 8 februari 1955, NJ 1955, 401, HR 26 november 1957, NJ 1958, 53 en HR 22 december 1976, NJ 1977, 114.

182. CRvB 2 maart 1999, AB 1999, 263.

183. HR 7 november 2006 LJN: AU8060.

184. Van der Vlies 1984, p. 100.

185. HR 6 april 1980, BNB 218, NJ 1981, 564.

186. Zie Van Ommeren 1996, p. 190.

187. Hirsch Ballin 1982, p. 28 e.v.

ginsel, een wettelijke basis voor dergelijk overheidsoptreden aangewezen.¹⁸⁸

Zo vormen het negatieve en positieve wetgevingsvoorbehoud – of formele en materiële legaliteitsbeginsel zoals Van Ommeren zou zeggen¹⁸⁹ – in Nederland eigenlijk twee zijden van één medaille: verplichtend of ingrijpend overheidsoptreden moet berusten op een wettelijke grondslag (negatief voorbehoud) en wanneer de overheid overweegt eenzijdig verplichtend te interveniëren is daarvoor de vorm van wettelijk voorschrift aangewezen (positief voorbehoud). Lood om oud ijzer? Nee, dat niet.

4.2.1 Positief wetgevingsvoorbehoud in het positieve recht

De Nederlandse leer over wat alleen in of bij wettelijk voorschrift kan worden geregeld is niet erg ontwikkeld. Dat heeft alles van doen met het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet en een bleke, terughoudende rechterlijke praktijk van toetsing van wettelijke voorschriften aan de Grondwet.¹⁹⁰ En wellicht ook met de sobere – zo men wil – betrekkelijk lege Grondwet die we hebben.¹⁹¹ Toch zijn er wel degelijk positiefrechtelijke verankerde wetgevingsvoorbehouden aan te wijzen in ons stelsel. Een aantal daarvan zijn te vinden in onze Grondwet.

Zo bepaalt de Grondwet dat voorschriften over bepaalde onderwerpen alleen *bij* wet in formele zin kunnen of moeten worden vastgesteld zonder de mogelijkheid van delegatie. De begroting dient bijvoorbeeld bij de wet te worden vastgesteld (artikel 105, eerste lid Gw), het recht tot vereniging alleen *bij* de wet worden beperkt (artikel 8 Gw) en grondwetsherzieningen kunnen alleen worden ingeleid via een overwegingswet (artikel 137, eerste lid, Gw). Zelfs daar waar de Grondwet wel delegatie toe staat, is het vaak nog zo dat de regeling van onderwerpen als bekendmakingsregimes van verdragen en volkenrechtelijke besluiten of de rechtspositie van ambtenaren in beginsel in de vorm van wettelijk voorschrift dient te geschieden. We zijn niet gewend deze normen aan te duiden als wetgevingsvoorbehouden, maar in wezen zijn ze dat wel. Aanwijzing 23 van de – hierna nader te

bespreken – *Aanwijzingen voor de regelgeving* drukt het Nederlandse beleid op het vlak van wetgevingsvoorbehoud als volgt uit:

- ‘1. In ieder geval worden in de wet opgenomen voorschriften ten aanzien van onderwerpen waarvoor de Grondwet een regeling bij wet eist en geen delegatie toelaat.
2. Een in de Grondwet neergelegd verbod tot delegatie houdt in dat
 - a. alle *wezenlijke* bepalingen ten aanzien van het betrokken onderwerp in de wet moeten worden vastgelegd en
 - b. in de wet niet mag worden volstaan met het ter zake van het betrokken onderwerp toekennen van vage bestuursbevoegdheden in de wet, waarbij de invulling van de regeling geheel of grotendeels aan bestuursorganen wordt overgelaten.’

Dit wetgevingsvoorbehoud vormt onderdeel van het primaat van de wetgever (waarover meer in paragraaf 4.2.3). Het belichaamt tegelijkertijd ook de harde, positiefrechtelijke kant van het primaat van de wetgever. Het Nederlandse primaat van wetgever heeft tegenwoordig ook een tegenhanger – zeg maar nichtje – in het Verdrag betreffende de Werking van de EU (VWEU – het nieuwe EG-Verdrag na het Verdrag van Lissabon). Artikel 290, eerste lid, VWEU bepaalt dat de wettelijke regeling van essentiële onderdelen van een bepaald gebied geen voorwerp kan zijn van bevoegdheidsdelegatie.

Het positieve wetgevingsvoorbehoud in Nederland is niet alleen verankerd in het wetgevingsbeleid, het wordt ook door de rechter als norm erkend. Dat zagen we in de vorige paragraaf. Zowel de Raad van State als de Centrale Raad van Beroep oordeelden recentelijk dat waar de wet de regeling van een bepaald onderwerp bij wettelijk voorschrift voorschrijft, het niet aangaat dat een dergelijk onderwerp dan – alvast maar – bij beleidsregel of andere regelingsvorm wordt geregeld. De rechter is bereid te mee te denken met het bestuur en onverbindende algemeen voorschriften uit te leggen als beleidsregel of beleid, maar dat gaat niet zover dat de rechter ook bereid is beleidsregels c.a. te converteren naar algemeen verbindende voorschriften.¹⁹² De Hoge Raad en het College van Beroep voor het bedrijfsleven lezen daarnaast in artikel 104 van de Grondwet (belastingen worden geheven krachtens een wet) dat belastingheffing *dus* louter op basis van publiekrechtelijke wetgeving plaats kan hebben (en niet via andere instrumenten zoals renteschadevordering¹⁹³ of verplichte bijdragen¹⁹⁴ die het effect van een belasting hebben). Ook een erkenning van een positief wetgevingsvoorbehoud.

188. Zie Van Wijk/Konijnenbelt 2008, p. 36-38.

189. Van Ommeren 2009a, p. 26-27.

190. Dat heeft er ook vooral mee van doen dat Nederlandse rechters artikel 120 Grondwet niet naar de letter opvatten (geen wetten of verdragen toetsen aan de Grondwet), maar daarin ook een constitutionele fingerwijzing lezen voor de rol die de rechter ten aanzien van afwegingen van de wetgever toekomt. Zie Voermans 2003e. Zie voor een analyse van de grondwettelijke toetsingspraktijk van de Raad van State en mogelijkheden tot verbetering De Poorter & Van Roosmalen 2010, m.n. Deel III.

191. Zie Staatscommissie 2010, p. 21-27. Zie in meer uitgebreide zin over de Nederlandse grondwetcultuur en de hantering van de Grondwet door de overheid Barkhuysen, Van Emmerik & Voermans 2009.

192. Zie o.a. de eerder genoemde uitspraken CRvB 15 februari 2006, AB 2006, 216 en de wat oudere ABRvS 9 januari 1998 JB 1998, 35.

193. Zie HR 8 mei 1998, NJ 1998, 890 en onlangs nog HR 11 november 2005, AB 2006, 48.

194. CBB 21 september, 2006 AB 2006, 372.

4.2.2 Positief grondwetsvoorbehoud?

Waar we in het Nederlandse constitutionele recht het positieve wetgevingsvoorbehouden kennen, lijkt eenzelfde norm voor wat betreft de Grondwet niet te bestaan. Een werkelijk constitutioneel voorbehoud inhoudende dat de regeling van bepaalde zaken alleen in de Grondwet zelf kan geschieden¹⁹⁵ – een beginsel dat in andere landen wel bestaat – hebben we niet. In ieder geval niet onder de naam van een constitutioneel voorbehoud. Toch zijn er wel kiemen van een dergelijk beginsel aan te wijzen in de jurisprudentie van de Raad van State. Zo stelde de Raad van State in een advies over het Hervormingsverdrag (het latere Verdrag van Lissabon) vast dat voor de goedkeuring van dat Verdrag – in tegenstelling tot situatie bij het grondwettelijke verdrag uit 2005 – geen ruimte meer bestond voor een adviserend referendum, maar dat alleen de route van parlementaire goedkeuring openstond, een en ander in het licht van het gesloten goedkeuringssysteem van artikel 91 Grondwet.¹⁹⁶ In soortgelijke zin adviseerde de Raad al eens eerder over het wetsvoorstel Dualisering gemeentebestuur waaruit afgeleid zou kunnen worden dat de leiding van de gemeente niet meer exclusief lag bij de democratisch gekozen gemeenteraad, zoals artikel 125, eerste lid, Grondwet dat voorschrijft. Daarom zou een dergelijke maatregel alleen via grondwetsherziening kunnen worden doorgevoerd, in de ogen van de Raad.¹⁹⁷ Een en ander ook met het noodzakelijk brede draagvlak dat voor een dergelijke systeemverandering nodig is. De benadering van de Raad van State verdient bijval; een doctrine op het terrein van constitutioneel voorbehoud sterkt de waarde en normativiteit van onze Grondwet.

4.2.3 Positief en negatief wetgevingsvoorbehoud in het beleid: het primaat van de wetgever

In 1985 introduceerde de Commissie Wetgevingsvraagstukken (de Commissie-Polak) het begrip het 'primaat van de wetgever' in het rapport Orde in de regelgeving. Dat primaat drukt uit welke betekenis het legaliteitsbeginsel momenteel ten aanzien van de functie wetgeving toekomt en kan worden gezien als een Nederlandse invulling van het positieve wetsvoorbehoud.¹⁹⁸ Voor de wetgever houdt dat primaat van de wetgever in dat hij zelf de voornaamste (rechtspolitieke) keuzen over de inhoud van het recht

in wettelijke regelingen behoort te maken en die keuzen niet kan overlaten aan het bestuur of aan de rechter.¹⁹⁹

Dat betekent in meer praktische zin dat de structuur van een wetgevingscomplex als geheel, alsmede de hoofdlijnen, de voornaamste duurzame normen en de reikwijdtebepalende elementen, in 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. Het primaat van de wetgever is niet wettelijk of jurisprudentieel verankerd, maar wel neergelegd in de Aanwijzingen voor de regelgeving (Awv). Dat is een verzameling voorschriften over de inrichting en vormgeving van regelgeving, opgesteld door de Minister-president als chef van de centrale overheidsdienst. Die aanwijzingen binden ministers en staatssecretarissen en de onder hen ressorterende diensten en ambtenaren. Een soort intern bindende beleidsregel. De grootste regelproducent van Nederland – het complex regering, ministers en staatssecretarissen – is er formeel aan gebonden, maar ook andere overheidsgeledingen – zoals gemeenten en provincies – zijn er toe overgegaan het voorbeeld van de centrale overheid op dit punt te volgen. In de geest van de nationale aanwijzingen zijn er decentrale aanwijzingen opgesteld. Algemeen verbindend voor alle regelgevers zijn de nationale aanwijzingen niet (Raad van State en parlement zijn bijvoorbeeld niet geboden) en daarmee in wezen ook het primaat van de wetgever niet. Desalniettemin heeft het primaat van de wetgever grote betekenis voor de wetgevingspraktijk.

Met het primaat van de wetgever is door de commissie-Polak indertijd wel een interessant theoretische brug geslagen tussen de functie wetgeving en de in essentie democratische grondslag van rechtsschepping in een democratische rechtsstaat enerzijds en het legaliteitsbeginsel anderzijds.²⁰⁰ Daarnaast biedt het primaat een belangrijk en praktisch aanknopingspunt bij de bepaling van de geoorlooftheid en mogelijkheden tot delegatie binnen een bepaald regelingscomplex.

Het rapport Orde in de regelgeving geeft zelf al op hoofdlijnen aan welk soort bepalingen ingevolge het primaat van de wetgever nu bij uitstek behoren tot de materie die regeling bij wet in formele zin behoeft en welke voorschriften kunnen worden overgelaten aan welke gedelegeerde regelge-

199. Zie Commissie-Polak 1985, p. 42-44.

200. In de woorden van de Commissie 'In ons constitutionele bestel is de wet de zwaarste vorm van de voor de voor algemene verbindende voorschriften beschikbare vormen van regelgeving. Het mede vaststellen van algemeen verbindende voorschriften door de beide Kamers der Staten-Generaal, behoort tot de voornaamste verworvenheden van onze parlementaire democratie. Het recht daarover mee te besluiten, versterkt de democratische grondslag van bij de wet over burgers gestelde regels. Geen van de andere zojuist genoemde vormen van regelgeving biedt een vergelijkbare waarborg voor het democratische gehalte van de inhoud der regels.' Commissie-Polak 1985, p. 42. Zie ook Voermans 1998.

195. Andere landen hebben een min of meer uitgewerkte doctrine op dit punt, zoals bijvoorbeeld de Bondsrepubliek Duitsland en India. Zie Voermans 2009b.

196. Advies W02.07.0254/B en Kamerstukken II 2007/08, 31 091, no. 4.

197. W04.00.603 Dualisering gemeentebestuur, Kamerstukken II 2000/01, 27 751, nr A.

198. Eijlander/Voermans 2000, p. 42.

vers binnen de centrale overheid (meestal onderdeel van het bestuur).²⁰¹ Die inhoudelijke richtsnoeren zijn met enkele uitbreidingen overgenomen in de Aanwijzingen voor de regelgeving.²⁰² Aanwijzing 24 bijvoorbeeld bepaalt wat voor soort zaken zoveel mogelijk in een wet in formele zin moeten worden opgenomen.²⁰³

Het bijzondere van het primaat van de wetgever zoals dat in het Nederlandse wetgevingsbeleid wordt gehanteerd is dat het elementen bevat van zowel een positief wetgevingsvoorboud (zaken die vanwege hun gewicht alleen bij wet kunnen worden geregeld) als van een negatief wetgevingsvoorboud, dat in paragraaf 4.1 aan de orde kwam.

4.3 Voorrang van de wet

Het legaliteitsbeginsel legt ook een rangorde aan tussen de normen en regels die bestuursorganen in het leven roepen en de regels die de democratische gelegitimeerde wetgever vaststelt. In de verhouding tussen de twee komt de wet afkomstig van de democratisch gelegitimeerde wetgever het primaat toe. Bestuursorganen zijn daarnaast gebonden aan het bepaalde in wettelijke voorschriften (ook indien ze die zelf hebben vastgesteld).

201. Zie commissie-Polak 1985, p. 46 e.v.

202. Zie met name aanwijzingen 22 tot en met 27 en aanwijzing 212.

203. Het gaat dan om:

- a. voorschriften die de grondslag vormen van een stelsel van vergunningen of een stelsel waarbij anderszins de toelaatbaarheid van handelen afhankelijk wordt gesteld van verlof door de overheid;
- b. voorschriften die andere overheden in medebewind roepen;
- c. voorschriften waarbij nieuwe bestuursorganen in het leven worden geroepen;
- d. voorschriften betreffende rechtsbescherming;
- e. voorschriften inzake sancties van bestuursrechtelijke of civielrechtelijke aard;
- f. voorschriften waarbij toezichts- of opsporingsbevoegdheden worden toegekend;
- g. voorschriften omtrent rechten en verplichtingen van burgers jegens elkaar;
- h. voorschriften die beogen aan burgers procedurele waarborgen te bieden ten aanzien van het gebruik van bevoegdheden door de overheid, en
- i. voorschriften die – bestendige – financiële aanspraken van burgers jegens de overheid vestigen.

Ingevolge het primaat van de wetgever dient delegatie van regelgevende bevoegdheid aan ministers beperkt te blijven tot het vaststellen van regels houdende

- a. voorschriften van administratieve aard;
- b. uitwerking van details van een regeling;
- c. voorschriften die dikwijls wijziging behoeven, en
- d. voorschriften waarvan te voorzien is dat zij mogelijk met grote spoed moeten worden vastgesteld. Daarnaast is delegatie van regelgevende bevoegdheid aan een minister toegestaan in het kader van de implementatie van internationale besluiten of regelingen die Nederland weinig of geen eigen beleidsruimte overlaten (zie ook aanwijzing 26 Awr). Het tweede lid van aanwijzing 24 voegt daar nog de financiële aanspraken met een niet tijdelijk of incidenteel karakter aan toe.

Ze kunnen daar niet zomaar van afwijken noch ten voordele noch ten nadele van justitiabelen. Slechts in zeer uitzonderlijke gevallen kan er voor een bestuursorgaan reden zijn om af te wijken van het bepaalde in een algemeen verbindend voorschrift (contra legem te gaan), indien ongeschreven rechtsbeginselen, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, daartoe dwingen. Daartoe kan aanleiding zijn als zich omstandigheden voordoen waarin strikte toepassing van de wet in die mate in strijd komt met een of meer beginselen van behoorlijk bestuur dat strikte wetstoepassing achterwege dient te blijven. Dat de wet kortom buiten toepassing moet blijven. Dat was bijvoorbeeld het geval in de zgn. doorbraakarresten die door de belastingkamer van de Hoge Raad werden gewezen in 1978.²⁰⁴ De Centrale Raad van Beroep oordeelde al eerder in dezelfde zin in 1975.²⁰⁵ Burkens e.a. constateren dat deze betrekkelijk zeldzame *contra legem*-jurisprudentie op zichzelf niet het primaat van de wet en het legaliteitsbeginsel aantast. In de *contra legem*-uitspraken gaat het steeds om gevallen waarin het bestuur er zelf debet aan was dat tegenwettelijk vertrouwen was opgewekt. Daarbij komt dat het in deze uitspraken ging om het voorrang geven aan ongeschreven rechtsbeginselen in een concreet geval, en – door het buiten toepassing laten ervan in dat ene geval – de regels verder niet werden aangetast.²⁰⁶ De *contra legem*-jurisprudentie dateert overigens van vóór het Harmonisatiewet-arrest uit 1989.²⁰⁷ In die laatste zaak oordeelde de Hoge Raad dat het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet niet alleen aan grondwettelijke toetsing van wetten in formele zin in de weg stond, maar ook aan toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen. De belastingrechter volgde in 1990 – in weerwil van de eerdere doorbraaklijn – ook die koers.²⁰⁸ Het is dus maar de vraag of de Nederlandse rechter nog steeds bereid is voorrang te geven aan rechtsbeginselen bij de toepassing van bepalingen uit wetten in formele zin.

Bestuursorganen zijn ook aan wettelijke voorschriften gebonden indien ze zelf via algemene regels, zoals beleidsregels, uitvoering geven aan hun bestuursstaak of -bevoegdheid.

4.4 Bepaaldheidsgebod – *lex certa*

Het legaliteitsbeginsel vergt van de wetgever dat bij het inrichten van wetgeving de normen die in de regels worden gesteld voldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar zijn. De strafrechter leidt dit gebod af uit de artikelen 1, eerste lid, Wetboek van Strafrecht en artikel 16 Grondwet. Het

204. HR 12 april 1978, BNB 1978, 135-137, NJ 1979, 533.

205. CRvB 18 februari 1975, AB 1975, 243.

206. Burkens 2006, p. 180.

207. Harmonisatiewet-arrest van 14 april 1989, NJ 1989, 469.

208. HR 21 maart 1990, BNB 1990, 179.

zogeheten bepaaldheidsgebod houdt in dat de burger moet kunnen weten ter zake van welke gedragingen hij kan worden gestraft. De rechtszekerheid eist dat ook. Van de wetgever mag dus worden verlangd dat hij met het oog daarop op een zo duidelijk mogelijke wijze delicten omschrijft. Het preadvies van Borgers gaat hier verder op in. Echter het bepaaldheidsgebod speelt zeker niet alleen in strafrechtelijke zaken een rol. Ook de bestuursrechter past het toe. Zo achte afgelopen jaar het College van Beroep voor het bedrijfsleven een verordening van het Productschap Tuinbouw (de Verordening PT vakheffing bloembollen leverbaar oogstjaar 2004/2005) onverbindend wegens strijd met dit element van het legaliteitsbeginsel. De Verordening was in de ogen van het CBB inconsistent en de eruit voortvloeiende rechten en plichten waren niet exact genoeg omschreven, noch voldoende herleidbaar.²⁰⁹ De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State leidt het bepaaldheidsgebod mede af uit artikel 7 van het EVRM dat verlangt dat de wetgever met het oog op de rechtszekerheid op een zo duidelijk mogelijke wijze de verboden gedraging omschrijft.²¹⁰

5 Betekenis van het legaliteitsbeginsel voor de rechter

Je afvragen welke betekenis het legaliteitsbeginsel heeft voor de rechter is niet zo gebruikelijk.²¹¹ Er wordt eerder gesproken over de verschillende rollen, taken en staatsrechtelijke positie die rechter en wetgever jegens elkaar hebben en innemen in het constitutionele bestel. Toch is de rechter natuurlijk ook een overheidsinstantie en daarmee, als ieder orgaan van de overheid, gebonden aan het recht.²¹² Dat het legaliteitsbeginsel niet altijd bijzonder relevant wordt geacht voor het rechterlijke werk kan daarmee van doen hebben dat we veronderstellen dat de eis van wetmatigheid van diens werk minder weegt omdat ze als vanzelfsprekend wordt verondersteld.²¹³ Een rechter grijpt niet zelfstandig in het leven van burgers, dat doen de wetgever of het bestuur. De rechter beoordeelt de besluiten van dat bestuur en past de regels die wetgever stelt toe. Interpreteert en toetst die waar nodig. Deze visie getuigt van een betrekkelijk klassieke opvatting van

de taak van de rechter in ons rechtsbestel.²¹⁴ Wat we er ook van vinden,²¹⁵ de rechter is veel meer dan in het verleden actief betrokken bij de rechtsvorming en vervult een actieve, soms correctieve, rol²¹⁶ ten opzichte van het zowat gefuseerde overheids machtencomplex van bestuur en wetgever.²¹⁷ Mede door de snel veranderende maatschappelijke context en de vervlechting van de nationale rechtsorde met de Europese en internationale wordt de rechter steeds meer in de positie van 'rechtgever' of – soms ook – wetgever plaatsvervanger gebracht.²¹⁸

Dat zijn geen loutere indrukken. Hirsch Ballin heeft aan de hand van een inhoudelijk analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad tussen 1950/1951 en 1987 aangetoond hoe die zich heeft ontwikkeld van een loutere *toepassingsjurisdictie* (louter toepassen en interpreteren van de normen die de wetgever stelt) naar een *belangenjurisdictie* (de rechter is meer geneigd belangrijke waarden – zoals rechtsbeginselen – en belangen – bijvoorbeeld grondrechtelijke – mee te nemen in de totale afweging).²¹⁹ Dat betekent niet dat daarmee de binding aan de wet als zodanig wegvalt, maar dat die wordt uitgebreid doordat de Hoge Raad – volgens Hirsch Ballin – steeds meer achter de wettelijke regels kijkt (en terug grijpt op de belangenafweging die daar is gemaakt) en rechtsbeginselen, voorrangsregels en verantwoordelijkheden van overheden en burgers in de afweging betreft. Dat is geen machtsgreep van de rechter, maar een effect van ons 'hogelijk

209. CBB 19 mei 2010 LJN BM5026.

210. Zie o.a. ABRvS 17 maart 2010, AB 2010, 182.

211. Paul Bovend'Eert doet dat bijvoorbeeld wel. Zie Bovend'Eert 2009, p. 27-45, met name p. 39-42. Ook Borgers stelt die vraag in zijn hierna volgende preadvies.

212. Marc de Werd is – in navolging van Van Gerven – een van de weinige Nederlandse schrijvers die de rechterlijke taak ook ziet als de uitoefening van rechterlijke bevoegdheid (en niet louter uitspraakbevoegdheid). Bij het uitoefenen van die bevoegdheid, zo neemt hij waar, worden keuzen gemaakt en wordt beleid gevormd. De Werd 2004, p. 93-94.

213. Gerards signaleert dat de wetgever in zekere zin als 'aangever' voor de rechter fungeert. Zie Gerards 2008, p. 161.

214. Scheltema stelt zelfs dat het staatsrechtelijke uitgangspunt dat de rechter, als derde macht in de trias, niet zelf het recht vormt, maar het door de wetgever vastgestelde recht interpreteert, achterhaald is. Scheltema 2006, p. 196.

215. In Nederland is het vooral Tijn Kortmann die fulmineerde tegen rechterlijke rechtsvorming. Die opvatting is in die zin negationistisch dat ze geen rekening houdt met de wijze waarop de rechterlijke functie zich heeft ontwikkeld vanaf de negentiende eeuw. De rechter heeft in de zich steeds herijkende balansen van ons staatsbestel een andere – meer correctieve – functie gekregen dan aanvankelijk in het constitutionele bestel was voorzien. Zie Kortmann 2009.

216. De Engelse juriste Kate Malleson toont in haar boek *The New Judiciary* op overtuigende wijze aan hoe het werk van de rechterlijke macht in veel Westerse landen politieker en – op het terrein van de rechtsvorming – activistischer is geworden. Ze ziet daarvoor een aantal oorzaken, ten eerste doordat de politiek zelf verrechtelijkt (meer afspraken vastgelegd in de vorm van recht, voor beslechting van politieke geschillen wordt ook meer dan voorheen het recht ingezet), ten tweede doordat er sprake is van een wereldwijde trend van verrechtelijking van verhoudingen (o.m. door de aanwas van internationale mensenrechten), ten derde door de noodzaak om een tegenwicht te bieden aan de steeds nauwer samenwerkende wetgever en het bestuur (en elkaar daardoor onderling minder controleren) en ten vierde door de houding van de politiek en/of de wetgever die bewust steeds meer ruimte laat voor de rechter om – daar waar zaken omstreden zijn, of nog geen recht ontwikkeld kan worden – in concrete gevallen het recht te vormen. Zie Malleson 1999 en Voermans 2007.

217. Zie o.a. Brenninkmeijer 1991, Jurgens 1991 en Brenninkmeijer 2001, p. 1191.

218. Brenninkmeijer 2001, p. 1191.

219. Hirsch Ballin 1988.

interactief geworden rechtsstelsel.²²⁰ De wetgever speelt daar ook op in door steeds meer naar de rechter toe te schuiven, bijvoorbeeld via open normen, of door zelf de knoop niet door te hakken maar te preluderen op een rechterlijke uitspraak.²²¹ Daar komt nog bij dat er – mede onder invloed van internationalisering en Europeanisering – steeds meer recht is dat moet worden toegepast en vaak ook moet worden gerijmd. Dat de rechter actiever de rechtsvorming ter hand neemt, zal iedereen duidelijk zijn die de geschiedenis van de rechtsontwikkeling een beetje kent. Ton Hartlief wijst op de ‘spectaculaire’ rechterlijke ontwikkeling van het stelsel van verkeersaansprakelijkheid en bijvoorbeeld het opleggen van een verzekeringsplicht van werkgevers voor arbeidsongevallen van werknemers. De rechter vult gaten op die de wetgever laat.²²² In de bestuursrechtelijke jurisprudentie kan gewezen worden op de ontwikkeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de al eerder genoemde jurisprudentie inzake de zuivere schadebeslissing. In een enkel geval gaat de rechtsvorming zover dat de rechter afwijkt van de wil van de wetgever, zoals in het Euthanasie-arrest uit 1994.²²³

De actieve rol van de rechter bij de rechtsvorming is, over de volle breedte, onmiskenbaar. De vraag is echter wel hoever de rechter daarin gaat en mag gaan. Op die vraag kun je op twee manieren een antwoord zoeken: inhoudelijk of institutioneel. Kijken we naar de inhoudelijke kant dan moeten we vaststellen dat de rechter in een rechtsstaat bij de rechtspleging is gebonden aan het recht, waarbij het recht vastgelegd in wettelijke voorschriften het uitgangspunt vormt.²²⁴ Daarmee houdt het echter niet op. Het kan gebeuren dat de wet zwijgt, fundamentele rechtsbeginselen aan de orde zijn of dat rechtens beschermenswaardige belangen in het geding zijn die niet of onvoldoende zijn meegenomen in de afweging die leidde tot een wettelijke voorschrift. Dan kan de rechter, volgens huidige opvattingen, niet stil zitten maar moet hij de eisen die het wettelijke en niet-wettelijke recht stellen, rijmen. Immers, in een rechtsstaat *kan* een wetgever niet in strijd willen handelen met het recht en in zoverre *kan* de rechter ook niet afwijken van de wil van de wetgever. En al evenmin kan de rechter, daar waar recht bestaat, maar de wetgever het niet in wettelijke voorschriften heeft neergelegd, in rechtsstatelijke verhoudingen dat niet-wettelijke recht zo maar buiten toepassing laten. De gebondenheid van de rechter aan wet en recht wordt bij bijvoorbeeld toepassing van niet-wettelijk recht niet veronachtzaamd, maar juist uitgedrukt.

Bij het institutionele antwoord gaat het meer om de rol die de rechter ten opzichte van met name de wetgever inneemt. In tegenstelling tot die wetgever is de rechter niet rechtstreeks democratisch gelegitimeerd en daarom past de rechter ook een volgende rol. Daarbij is passend dat de rechter zich terughoudend opstelt bij de uitleg van wettelijke regelingen en – in geval die geen uitsluitel geven – hij terugverwijst naar de wetgever om die regels aan te passen.²²⁵ Deze ‘judicial-restraint’ opvatting²²⁶ pakt in een moderne rechtsstaat op een aantal punten onbevredigend uit. Het recht is er te veelvormig voor geworden (denk aan de rol van rechtsbeginselen, internationaal en Europees recht), de wetgever en wetgeving té zeer van karakter veranderd (niet langer hoofdzakelijk codificerend en de meeste regels worden door het bestuur vastgesteld) en de gevolgen die een afwachende – in de perceptie van sommigen soms zelfs ‘recht weigerende’²²⁷ – rechter teweeg brengt zó groot dat daardoor de rechtsstatelijke rol en de daarmee samenhangende verhouding tussen rechters enerzijds en bestuur en wetgever anderzijds is gaan veranderen. Ook moest veranderen. Hierboven werd al gewezen op die veranderde rol van de rechter. Moeten we er bezorgd over zijn dat een niet democratisch gelegitimeerde rechter zich steeds meer actieve tegenspeler van de wetgever op gaat stellen? Raakt hierdoor de balans tussen de overheidsmachten verstoord? Niet direct denk ik. Zo is de rechterlijke macht nog steeds de minst ‘gevaarlijke’ van de overheidsmachten²²⁸ omdat de rechterlijke macht zelf geen zaken aan kan brengen,²²⁹ zelf niet de bevoegdheden heeft om vonnissen uit te voeren en alleen uitspraken kan doen in individuele gevallen.²³⁰ De Wetenschappelijke raad voor het regeringsbeleid wijst er in het rapport ‘De toekomst van de nationale rechtsstaat’ bovendien op dat de rechter zich in de overgrote meerderheid van de gevallen keurig houdt aan de wet. Alleen in een kleine reeks van principiële zaken, vaak in maatschappelijk controversiële zaken, is het vraagstuk van rechterlijke – autonome – rechtsvorming aan de orde. Dat dat zo is, betekent natuurlijk nog niet automatisch dat dat ook zo zal blijven. Daarom moeten we ons ook afvragen wat voor soort opstelling het beginsel van wetmatigheid van rechtspraak tegenwoordig van de rechter vergt.

220. Hirsch Ballin 1988, p. 236-237.

221. Zie Vranken 2000, p. 2.

222. Hartlief 2009.

223. HR 21 juni 1994, NJ 1994, 656 (Chabot).

224. Die gedachte treffen we ook aan in artikel 11 Wet algemene bepalingen (Wet AB).

225. Het zogenaamde ‘*reféré législatif*’.

226. Zie WRR 2003, p. 181. De raad verwijst hierbij naar het boek van Cass 2001. Zie ook De Werd 2004, p. 94.

227. Artikel 13 van de Wet AB verbiedt rechtswijgering.

228. Zo kenschetste Alexander Hamilton de rechterlijke macht in zijn bijdrage over de ‘The Judiciary Department’ in *The Federalist* No. 78 van zaterdag 14 juni 1788, Hamilton 1788. Zie voor een relativisering ook Bickel 1962.

229. Dat zou wellicht anders kunnen worden als de voorstellen van de commissie-Hammerstein worden overgenomen. Zie commissie-Hammerstein 2008.

230. WRR 2003, p. 181.

Twee benaderingen zijn ook hier weer mogelijk: een waarbij we het legaliteitsbeginsel beperkt, of kaal opvatten (rechterlijk optreden behoef, als ieder overheidsoptreden, een wettelijke grondslag), of een waarbij we het legaliteitsbeginsel in een wat bredere betekenis oppakken (de gebondenheid van de rechter aan de wet).

5.1 Rechter en legaliteit met kleine 'l'

Laten we met de eerste benadering beginnen. Het legaliteitsbeginsel – in zijn kleine variant – verzet zich noch inhoudelijk noch institutioneel tegen een actieve, rechtsvormende taak – zelfs niet tegen de soort rechtsvormende rol van de Hoge Raad zoals de Commissie-Hammerstein zich voorstelt²³¹ – van de rechter,²³² maar vergt in de huidige verhoudingen dat waar er sprake is van gelijktijdige – soms dialogische – rechtsvorming van zowel rechter als wetgever²³³, dat de wetgever daarin in de Nederlandse verhoudingen het laatste woord heeft. Dat is bijvoorbeeld af te leiden uit het Waterpakt-arrest van de Hoge Raad,²³⁴ waarin de onvolledige omzetting van een de Europese Nitra-richtlijn aan de orde was en waarin een bevel aan de wetgever was geëist om alsnog in volledige omzetting te voorzien. De Hoge Raad overwoog dat dat bevel niet kon worden gegeven, omdat:

'3.5 Wetten in formele zin worden ingevolge art. 81 Gw vastgesteld door de regering en de Staten-Generaal, waarbij de vraag of, wanneer en in welke vorm een wet tot stand zal komen, moet worden beantwoord op grond van politieke besluitvorming en afweging van de erbij betrokken belangen. De evenzeer op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen brengt mee dat de rechter niet vermog in te grijpen in die procedure van politieke besluitvorming. Dit een en ander is niet anders ingeval het met deze wetgeving te bereiken resultaat en de termijn waarbinnen het resultaat moet zijn bereikt, vast liggen op grond van een Europese richtlijn. Ook ingeval de wetgever heeft nagelaten binnen de implementatietermijn van een richtlijn wetgeving vast te stellen om het vereiste resultaat te bereiken, en indien moet worden aangenomen dat de Staat daarmee onrechtmatig handelt, kan de rechter niet een bevel geven binnen een door hem te bepalen termijn alsnog die wetgeving vast te stellen. Ook dan geldt nog steeds dat de vraag of wetgeving tot stand moet worden gebracht en zo ja welke inhoud deze moet hebben, noopt tot een afweging van vele belangen, ook van niet bij een pro-

cedure als de onderhavige betrokken partijen, en een politieke beoordeling vergt, waarin de rechter niet kan treden. Evenzeer is het een kwestie van politieke beoordeling of de Staat, wanneer niet, niet tijdig of niet op de juiste wijze formele wetgeving is tot stand gebracht ter implementatie van een richtlijn, het wil laten aankomen op een eventuele inbreukprocedure.'

Ergo, de rechter kan de wetgever niet opdragen wetgeving aan te passen (geen geforceerd *référé législatif* dus).²³⁵ De rechter kan ook geen wetgevingsbevel²³⁶ opleggen aan andere wetgevers, zo volgt uit de arresten Waterpakt/Staat,²³⁷ Faunabescherming/Provincie Fryslân²³⁸ en een uitspraak van het Hof 's-Gravenhage inzake minimumloon minderjarigen.²³⁹ Er lijkt draagvlak te bestaan voor deze jurisprudentielijn²⁴⁰ al heeft Schutgens onlangs een lans gebroken om de rechter in beginsel die mogelijkheid tot wetgevingsopdracht te geven. De nadelen er van (onbalans tussen de overheids machten, mogelijke derdenwerking en de beperkte mogelijkheden van de rechter alle relevante belangen af te wegen) wegen in zijn ogen niet op tegen de voordelen ervan (effectieve rechtsbescherming, rechtmatigheid van wetgeving, instrument voor belangenorganisaties).²⁴¹

De kleine invulling van de werking van het legaliteitsbeginsel ten aanzien van de rechterlijke bevoegdheid (legaliteit met kleine 'l') houdt overigens niet als vanzelf een waardeoordeel in over wat heeft te primeren: het inzicht van de rechter of dat van de wetgever. Debatten over de rechtsvormende taak van de rechter schakelen in de internationale literatuur nogal eens op naar het principiële vraagstuk van het 'countermajoritarian' pro-

235. Gerards doet het voorstel om dat in de toekomst wellicht toch te overwegen in geval de rechter strijd constateert tussen een wettelijke regeling en een direct werkende verdragsbepaling of – indien de overwegingswet Halsema er in zou slagen artikel 120 Gw te herzien – onder de Grondwet de rechter de mogelijkheid te geven om de wetgever te verplichten de regelgeving in kwestie aan te passen. Gerards 2008, p. 192.

236. Zie voor deze benaming Schutgens 2009, p. 237 e.v.

237. HR 21 maart 2002, NJ 2003, 691.

238. HR 1 oktober 2004, NJ 2004, 679.

239. Hof 's-Gravenhage 24 maart 2005, LJN AT3175. Het Hof wenste hier geen wetgevingsbevel op te leggen mede met het oog op mogelijke ongewenste derdeneffecten (of erga omnes werking zo men wil).

240. Bunschoten ziet nog wel een mogelijkheid voor een rechterlijk bevel tot wetgeving indien een in medebewind geroepen overheid geen gevolg heeft gegeven aan een verplichtende opdracht tot het vaststellen van regels en daarbij geen beleidsruimte is gelaten. Bunschoten 2004. Die opvatting houdt denk ik echter onvoldoende rekening met het al bestaande 'kleine' taakverwaarlozingsregime dat in de Gemeentewet en Provinciewet is opgenomen (bijvoorbeeld in artikel 124 Gemeentewet). Daar is het aan naasthogere volksvertegenwoordiging – in het geval van een gemeente is dat provinciale staten – overgelaten te doen wat de gemeenteraad had moeten doen. Provinciale staten zouden in zo'n geval dus de nagelaten medebewindsverordening moeten maken. Een rechterlijk bevel past – door het bestaan van die 'koninklijke' weg – daarom niet in dit soort situaties.

241. Schutgens 2009, p. 262-264.

231. Commissie-Hammerstein 2008.

232. Zie ook Martens 2000. Martens betreft in zijn bijdrage de stelling dat de rechtsvormende taak wellicht vroeger niet expliciet wettelijk vergund was aan de rechter, met name aan de Hoge Raad, maar dat de wetgever die tegenwoordig wel erkent. Hij wijst daarbij bijvoorbeeld op artikel 81 Wet RO.

233. Zie Gerards 2008 en de concrete voorstellen die ze doet voor terugkoppeling van rechter naar wetgever, p. 185-192.

234. HR 21 maart 2003, NJ 2003, 691.

bleem,²⁴² de confrontatie tussen de idee van de suprematie van het recht versus het primaat van de politiek. Voor de wijze waarop het legaliteitsbeginsel de rechterlijke bevoegdheidsuitoefening in Nederland bindt, heeft dat vraagstuk maar een betrekkelijke relevantie. Mede onder invloed van het toetsingsverbod stelt de rechter zich ten overstaan van de wetgever betrekkelijk volgend op. In zijn 'kale' betekenis houdt het legaliteitsbeginsel voor de Nederlandse rechter niet veel meer in dat de rechterlijke macht is opgedragen – en ook bevoegd is – geschillen te beslechten en strafbare feiten te berechten,²⁴³ dat de rechter recht toepast en toetst aan het recht²⁴⁴ en dat de rechter 'volgens de wet' rechtspreekt en niet per algemene verordening, dispositie (lees: regeling) of reglement uitspraak doet.²⁴⁵

Dat ook de rechterlijke bevoegdheidsuitoefening een wettelijke basis behoeft, zegt nog niet direct iets over de vraag of en in hoeverre rechters de inhoud van wettelijke regelingen de maat kunnen nemen.²⁴⁶ Dat de rechter artikel 120 van de Grondwet als een vingervijzing voor zijn constitutionele positie is op gaan vatten, is niet het logische gevolg van de werking van het legaliteitsbeginsel.²⁴⁷ Ook staat het 'kleine' legaliteitsbeginsel niet in de weg aan een activistische houding, noch aan een terughoudende opstelling van de rechter bij de rechtsvorming. De keuze tussen die twee is meer een kwestie van constitutionele positie.

Een vraag die uit het oogpunt van het 'kleine' legaliteitsbeginsel weer wel relevant is, is of de rechter steeds gehouden is om in geval hij strijd met het recht constateert, daaraan ook direct een gevolg moet verbinden in zijn uitspraak. Het stokoude verbod van rechtsweigeren uit artikel 13 Wet algemene bepalingen wordt daarbij wel eens van stal gehaald. Dat verbod heeft er tot op heden niet aan in de weg gestaan dat Nederlandse rechters zich soms bij de toepassing van mensenrechtelijke verdragen zoals het EVRM gedwongen zien impliciet te abtineren (door in het midden te laten of er sprake is van een verdragschending en het beroep toch ongegrond te verklaren)²⁴⁸ of dat expliciet te doen (weliswaar een verdragschending con-

cluderen, maar alsnog het beroep, in weerwil daarvan, ongegrond verklaren).²⁴⁹ Barkhuysen heeft er op gewezen dat vooral expliciet abtineren schuurt met de rechtsplicht van de rechter zowel naar nationaal, alsook naar EVRM-recht.²⁵⁰ Dat ziet hij denk ik juist. De vraag is echter wel die naar het alternatief: het constateren van een verdragschending kan draconische en onomkeerbare gevolgen hebben zonder dat de Nederlandse rechter steeds weet of zijn interpretatie ook geheel gedekt zal worden door die van het Staatsburgse Hof. Een mogelijkheid tot het vragen van een prejudiciële beslissing bestaat niet onder het EVRM.

5.2 Rechter en legaliteit met grote 'L'

Moet de rechter zich bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden houden aan de wet? Kan die rechtsvormend optreden als de wet daartoe niet expliciet de bevoegdheid geeft? Deze vraag naar het legaliteitsbeginsel met de grote 'L' kwam hierboven al kort aan de orde.²⁵¹ Er is een inhoudelijk en een institutioneel antwoord op mogelijk, stelden we vast. Het debat er over is in Nederland levend en levendig. Kortmann kwam onlangs in zijn afscheidsrede 'Staatsrecht en raison d'Etat' tot een soort 'j'accuse' in de richting van rechters die zich bezighouden met rechtsvorming, zonder daartoe een kennelijke bevoegdheid te bezitten. Daartegenover staat de nuchtere constatering van Vranken dat rechters aan rechtsvorming doen, ze naar algemeen aanvaarde opvatting ook een rechtsvormende taak hebben, en in een moderne samenleving ook aan rechtsvorming *moeten* doen.²⁵² Een klassiek debat dat door juristen wereldwijd wordt gevoerd.

Natuurlijk geldt in ons stelsel dat de rechter zich bij de rechtspleging houdt aan wettelijke voorschriften, die interpreteert en ze toepast. Maar in een rechtsstaat bestaat meer recht dan wettelijk recht.²⁵³ Ook het ongeschreven recht, al dan niet in de vorm van rechtsbeginselen, dient door de rechter te worden toegepast. Hier ontstaat wel een soort kentheoretisch probleem: als de rechter dat recht vindt – via een soort revelatie – en toepast in een concreet geval, dan is daar, gezien de rol die de rechter in een rechtsstaat als de onze heeft, niets mis mee. Wat hij doet is in feite ook geen rechtsvorming maar het ontdekken van recht dat er al was.²⁵⁴ Recht dat als het ware al ingebakken is in ons systeem. Iedere jurist begrijpt dit

242. Zie voor een samenvatting daarvan Van der Schyff 2010, p. 48-50 en Bickel 1962 (de naamgever van dit fenomeen).

243. Artikelen 112 en 113 Gw.

244. Verschillende procesrechtelijke wetten bevatten verschillende – vaak indirect geformuleerde – bepalingen daarover, zie o.a. artikel 79 Wet op de rechterlijke organisatie.

245. Artikelen 11 en 12 van de Wet algemene bepalingen (Wet AB).

246. Sillen heeft een wat bijzondere benadering van het legaliteitsbeginsel. In zijn ogen handhaaft de rechter het legaliteitsbeginsel door zijn toetsingsbevoegdheid. Daar zit indirect wel wat in – de rechter is meer in het algemeen de handhaver van het recht – maar in eerste instantie is de rechter natuurlijk zelf ook gebonden aan het legaliteitsbeginsel. Sillen 2010, p. 237-238.

247. Zie Voermans 2003e.

248. Bijvoorbeeld ABRvS 29 oktober 2003, JB 2004, 3 (Arbeidskostenforfait). De Hoge Raad achtte zich in dit geval niet gerechtigd in het rechtstekort – ontstaan door strijd van een belastingmaatregel met artikel 14 EVRM en artikel 26 IVBPR – te voorzien omdat de wetgever zelf nog keuzes zou kunnen maken om de ontstane discriminatie op te heffen.

249. Bijvoorbeeld HR 12 mei 1999, NJ 2000, 170.

250. Barkhuysen 2004, p. 98 e.v.

251. Zie ook van Ommeren 1999, p. 81 die dit aanduidt als de 'brede' opvatting van het legaliteitsbeginsel.

252. Vranken 2005, p. 9-11.

253. Daaronder begrepen het recht neergelegd in verdragen en volkenrechtelijke besluiten.

254. Daarom wordt deze benadering ook wel de declaratoire theorie van rechtsvinding genoemd.

voor buitenstaanders wat mystieke proces; het heeft voor de rechtsonwikkeling ook grote waarde gehad. Het leverde ons de autonome Europese rechtsorde op, de definitie van onrechtmatige daad in moderne zin, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de verfijning van de EVRM-mensenrechten.

Andere benaderingen stellen de rol van de wetgever centraal bij de rechtsvorming. Dan is rechterlijke rechtsvorming buiten het kader van wettelijke voorschriften minder vanzelfsprekend en minder te waarderen. Kijken we met een onthechte, de-mystifierende blik dan verschijnt de rechter als een niet democratische gelegitimeerd overheidsorgaan dat eenzijdig ingrijpende beslissingen kan nemen en ook beleid voert. Van Gerven maakte in 1973 duidelijk dat juristen en ook de rechter bij het toepassen van rechtsregels keuzes maken en dat rechters beleid voeren.²⁵⁵ Moet daar uit rechtsstatelijk oogpunt geen controle op bestaan, is het wel wenselijk dat – vooral hoogste rechters – naar eigen inzicht recht kunnen ‘maken’ via interpretatie of rechtsvinding? Waldron heeft onlangs nog laten zien dat rechterlijke rechtsvorming net als rechtsvorming via wetgeving vol zit met betwiste argumentaties en politieke keuzes en dat het enige werkelijk grote verschil daarin schuilt dat de belangentegenstelling en discussie bij rechtsvorming via wetgeving zich afspeelt in een breder forum met wisselende representatie, op een transparante manier via meerderheidsbeslissingen.²⁵⁶ Waar rechters keuzes maken, zonder dat bij de behandeling van de argumenten, de argumentatie en de wijze van besluitvorming duidelijk en op transparante wijze wordt weergegeven (communicatie in termen van Habermas), dan is er het risico dat de legitimiteit van het oordeel tekort schiet indien dat niet één-op-één loopt met de afwegingen die de wetgever heeft gemaakt.²⁵⁷ Zo bekeken valt er veel te zeggen voor ‘dissenting opinions’, uitgebreide motivering van rechterlijke uitspraken en meer in het algemeen discursieve rechtspraak.

Stof om lang en geanimeerd over te debatteren al komt het er – naast de zakelijke argumentenwisseling – vaak in wezen op neer wie je het meest vertrouwt: de rechter of de wetgever. Na een vijf- of zesjarige juridische opvoeding in casusoplossing en jurisprudentie-analyse (als de vorm van rechtsvorming bij uitstek) zijn de kansen wel groot dat je als jurist meer waardering zult hebben voor de rechter als de hoeder van het recht.

5.3 Rechter en buitenwettelijke rechtsvorming: twee bewegingen

Enfin. Ik wil hier Paris’ twistappel over de juiste rol van de rechter niet weer uitsteken, maar me beperken tot de vraag hoe de Nederlandse rechter omgaat met het legaliteitsbeginsel met grote ‘L’ en de discussie daarover. Doen we dat, dan zien we eigenlijk twee bewegingen. De eerste daarvan is dat de Nederlandse rechter niet weg schrikt van ‘buitenwettelijke’ rechtsvorming (of wat daar voor doorgaat); in tegendeel. De rechter houdt zich actief bezig met rechtsvorming. De andere, tweede, beweging is dat de rechtsonwikkeling ook laat zien dat de Nederlandse rechter een grote reverentie aan de dag legt voor wetten in formele zin, onder andere vanwege de – al eerder besproken – ruime opvatting die de rechter huldigt ten aanzien van het toetsingsverbod van artikel 120 Gw. De rechter is in en na het Harmonisatiewet-arrest niet bereid wetten in formele zin te toetsen aan rechtsbeginselen, of het zou moeten gaan om elementen in wet waarmee de wetgever bij de vaststelling geen rekening heeft gehouden.²⁵⁸ Dat laatste heeft zich tot dusver nog niet voorgedaan. Andere, lagere vormen van regelgeving worden door de rechter wel aan rechtsbeginselen getoetst.²⁵⁹

Zijn die twee bewegingen met elkaar te rijmen? Volgens mij wel. De sleutel tot het antwoord ligt in de functionele wijze waarop de rechter omgaat met het legaliteitsgebod. Dat houdt samengevat in dat de rechter zich onder het constitutionele stelsel bevoegd en gehouden acht tot rechtsvorming in het kader van geschilbeslechting. De ‘plicht’ tot geschillenbeslechting wordt in ons stelsel vrij uitdrukkelijk door de Grondwet (o.a. in de artikelen 112, 113) en de Wet algemeene bepalingen (artikel 13) opgedragen. Bij het beslechten van geschillen houdt de rechter zich aan de wet en meet zich daarover geen nader oordeel aan, of het moest zo zijn dat het gaat om *belangen die de wetgever in zijn afweging niet heeft meegenomen* (verdiscontering). Heeft die hoogste, democratisch gelegitimeerde wetgever gesproken en belangen afgewogen, dan voegt de rechter zich, indien er tenminste geen strijd bestaat met geschreven verdrags- of volkenrecht (meestal ook een emanatie van een afweging waarbij volksvertegenwoordigers zijn betrokken in het kader van de goedkeuring). Deze functionele opvatting van de legaliteit van het eigen werk is ook verstandig omdat die per saldo vormen van rechterlijke rechtsvorming aanvaardbaar maakt en

255. Van Gerven 1973.

256. Zie Waldron 1999. Waldron komt tot een herwaardering van rechtsvorming via wetgeving en stelt: ‘The appeal of majority-decision is that it not only solves the difficulty that [general disagreement] generates, but it does so in a respectful manner.’ (p. 118). Zie ook Fallon 2008.

257. Habermas 1981.

258. Dat heet ook wel de verdisconteringsuitzondering. Deze werd door de Hoge Raad aangelegd in het Harmonisatiewet-arrest 14 april 1989, NJ 1989, AB 1989, 412. De uitzondering houdt in dat de rechter, in weerwil van het toetsingsverbod van artikel 120 Gw, in sommige gevallen een bepaling uit een wet in formele zin buiten toepassing kan laten indien toepassing van die bepaling, in verband met daarin door de wetgever niet verdisconterende omstandigheden, in strijd zou komen met een fundamenteel rechtsbeginsel. Zie R.o. 39 van het Harmonisatiewet-arrest.

259. Zie o.a. HR 16 mei 1986, NJ 1987, 251 (Landbouwwlieders).

legitimeert. In ons stelsel hebben democratisch gelegitimeerde wetgevers het voortouw bij de rechtsvorming (niet het monopolie) en dat wordt – blijkens de jurisprudentie – door de rechter gerespecteerd. Die leidende rol van de wetgever brengt – bij het ontbreken van een toetsingsmogelijkheid van formele wetten – in ons constitutionele stelsel evenwicht aan in de verhouding tussen de verschillende overheidsmachten en leidt tot een relatief legitimiteits-optimum bij de rechtsvorming.

6 Legaliteitsbeginsel 2.0: observaties, conclusies, toekomst

‘Man vergißt über der Reise gemeinhin deren Ziel. (...) Das Vergessen der Absichten ist die häufigste Dummheit, die gemacht wird.’ (F. Nietzsche)²⁶⁰

6.1 Het ongrijpbare legaliteitsbeginsel

Het Nederlandse legaliteitsbeginsel is moeilijk grijpbaar en te begrijpen. Om het te begrijpen moet je door een rijstebrijberg van jurisprudentie, juridische literatuur, adviezen en beleidsdocumenten. En nu dus door dat hele preadvies dat, vergeef me, toch wat aan de lange kant is geworden. Dat ligt natuurlijk niet aan mij, maar aan het beginsel zelf, zo wil ik althans graag geloven.

Het ongeschreven karakter van het beginsel, de lange en verschillende ontwikkeling die het doormaakte als norm voor bestuur, wetgeving en rechtspraak en het feit dat het niet zo vaak aan bod komt in de rechtspraak zorgen er voor dat het heel lastig is om in 2011 precies de betekenis van de norm die het legaliteitsbeginsel aanlegt te ijken. Om dat goed te kunnen doen, zo stelde ik, moet je eigenlijk de functies die het beginsel heeft, kennen. We zagen dat het legaliteitsbeginsel interne en externe functies kent, en dat mogelijk die externe – legitimerende en communicatieve – functie van het legaliteitsbeginsel in moderne verhoudingen aan belang gewonnen heeft. Tenminste, dat werd in de literatuur vermoed, maar is zo langzamerhand ook in de rechtsonwikkeling waar te nemen. Die zoektocht naar de opschuivende functie was lastig omdat er niet alleen betrekkelijk weinig principiële jurisprudentie over de werking van het legaliteitsbeginsel is, maar waar die er wel is, daarin nagenoeg geen principiële overwegingen aan doel of functies van het beginsel worden gewijd. Toch hebben de functies van het legaliteitsbeginsel een rol gespeeld voor die rechtsonwikkeling, zoals ik hoop te hebben aangetoond. Naast de reikwijdte is ook de functie van het legaliteitsbeginsel gedeeltelijk veranderd; de participatie van rechtsgenoten in de bepaling van de inhoud van wettelijke regelingen

en daarmee de legitimatie van rechtsvorming, heeft in de rechtspraak ontegenzeggelijk een rol gespeeld, al zijn daarvan niet direct uitgeschreven sporen in de jurisprudentie zelf aan te treffen. Aan de hand van de rol die de rechter ten opzichte van de wetgever inneemt zagen we – ik ga daar in paragraaf 6.3 nog nader op in – *per reconstructie* dat de legitimerende en communicerende functie van het legaliteitsbeginsel belangrijker is geworden.

Wat wel duidelijk uit de tekst van de jurisprudentie zelf is af te leiden, is dat de rechter kennelijk hecht aan de beschermingsfunctie (rechtszekerheid c.a.) die het beginsel borgt. De rechter is bijvoorbeeld niet snel bereid een ontbrekende wettelijke grondslag te pardonneren als dat ten nadele van de justitiabele uitpakt – ook als het een louter technisch mankement betreft – maar is, voor zover mogelijk, wel bereid te sauveren indien dat tot voordeel van een burger zou kunnen strekken. In het beleid – met name in het wetgevingsbeleid – is er meer aandacht voor de functies van het legaliteitsbeginsel. In het rapport Orde in de regelgeving, dat gedeeltelijk aan de basis ligt van het huidige wetgevingsbeleid, komen de verschillende functies van het legaliteitsbeginsel, zowel de functies die meer *binnen* als die meer *buiten* het recht zijn gelegen, aan de orde. Het hele idee van het primaat van de wetgever – een moderne invulling van de legaliteitsnorm voor de wetgever – is een uitdrukking van de gedachte dat de regeling van bepaalde onderwerpen voorbehouden is aan democratisch gelegitimeerde wetgevers en niet zelfstandig door het bestuur geregeld kunnen worden. Een duidelijke expressie van de externe functie van het legaliteitsbeginsel. De discussie over de al dan niet aanvaardbaarheid van zelfstandige maatregelen van bestuur in de afgelopen honderd jaar vormt in dit opzicht ook een levend bewijs van het opschuiven van de functies die het legaliteitsbeginsel vervult. Die accentverschuiving van functies van het legaliteitsbeginsel heeft betekenis. Als de externe, legitimerende functie van het legaliteitsbeginsel belangrijker is geworden voor de wetgever, dan valt bijvoorbeeld niet direct in te zien waarom die functieverhuizing daar geen betekenis zou hebben voor andere overheidsmachten, zoals het bestuur en de rechter. Volgen we die redenering dan komt het er in wezen op neer dat het moderne legaliteitsbeginsel voor het gehele overheidsoptreden een zo specifiek mogelijke wettelijke grondslag nodig maakt. Als een overheid in een democratische rechtsstaat als de onze *interveniet* (dus buiten de eigen organisatie gedrag probeert te sturen) dan is daarvoor – in de moderne lezing en volgens de huidige functies die het legaliteitsbeginsel heeft – in beginsel een machtiging van democratisch gelegitimeerde wetgever nodig; de wettelijke basis *legitimeert* het optreden als een soort volmacht.²⁶¹ Van ver-

260. Nietzsche 1879.

261. Damen 1999, p. 63-66 en Van Buuren 1997, p. 1985.

schillende kanten is er op gewezen dat de wetgever de taak om voor alle overheidsoptreden in wettelijke bases te voorzien niet aan kan en dat het tot perverse vormen van regelgeving gaat leiden, zoals erg globale wetten met veel open normen of blanketwetten. Dat is een wel wat sombere redenering die de status quo tot uitgangspunt neemt. Damen heeft terecht gewezen op de goede kansen die er bestaan om werkendeweg tot een betere aansturing van het bestuur via wettelijke regels te komen. En dan nog, nu zijn er ook veel open en vage normen, wetten op hoofdlijnen, kaderwetten, enz. Tot grote rampen leidt dat naar mijn waarneming niet. Damen wijst er ook op dat bijvoorbeeld artikel 4:23 Algemene wet bestuursrecht een nuttige invloed heeft gehad om het subsidiërende bestuur; dat beter via wettelijke regels is gaan sturen. Een wettelijke basis vergen voor alle interveniërende overheidsacties is zeker niet onmogelijk (het is eigenlijk al bijna zo ver) en het is ook beter in lijn met de huidige functies die het legaliteitsbeginsel vervult. En ook praktisch is het beter om het bestuur te controleren. Het is namelijk eenvoudiger een per wet afgegeven machtiging voor bestuursacties in te trekken, dan reeds bestaand overheidshandelen (bijvoorbeeld schade vergoeden zonder wettelijke basis uit coulance overweginen) alsnog onder controle te brengen via een wettelijke grondslag.

6.2 De tastende doctrine

Er bestaat, zo zagen we, ook een rijke verscheidenheid van opvattingen in de Nederlandse staats- en bestuursrechtelijke doctrine over de inhoud van het legaliteitsbeginsel. Dat heeft niet alleen te maken met de moeilijk exact te duiden stand van de jurisprudentie en het ontbreken van codificatie, maar ook met het gedeeltelijk ontbreken van fundamentele discussie over de vraag welke doelen het legaliteitsbeginsel dient. Dat is jammer want daarmee wordt het vermogen van de wetenschap als routewijzer voor de rechtsontwikkeling kleiner. Discussie over de huidige inhoud en functie van het legaliteitsbeginsel heeft belang om de rechtspraktijk te helpen vraagstukken op te lossen die bijvoorbeeld leven in verband met de internationalisering en europeanisering van het recht. Zo rijst wel de vraag, nu steeds meer EU-recht en internationaal recht doorwerkt en onderdeel uitmaakt van de Nederlandse rechtsorde, of dat recht – net als Nederlands recht – een wettelijke basis kan bieden voor eenzijdig, dwingend overheidsacties. De functies van het legaliteitsbeginsel doen er dan toe. Kijk je alleen naar de interne functies die het legaliteitsbeginsel vervult (met een accent op rechtszekerheid en rechtsgelijkheid), dan is recht van vreemde herkomst, gewoon recht op basis waarvan een overheid kan handelen. Aandacht voor functies van legaliteit die buiten het recht zelf gelegen zijn, zoals de communicatieve, legitimerende, politieke of attributieve functies, levert andere vragen en andere antwoorden op. Is het recht op basis waarvan de Nederlandse overheid in de richting van zijn burgers op gaat treden

wel de uitkomst van een democratische gelegitimeerd en transparant wetgevingsproces? Zo niet, hebben Nederlandse volksvertegenwoordigers een kans gehad zich over het bevoegdheidscheppende Europese of internationale recht uit te spreken? Oog hebben voor de verschillende – met name ook externe – functies van het legaliteitsbeginsel leert dat het legaliteitsbeginsel mede de autonomie van de Nederlandse rechtsorde markeert. Overheidsingrijpen dat geschiedt op basis van democratisch gelegitimeerde EU-regels is eerder aanvaardbaar als die met medewerking van het Europese Parlement zijn vastgesteld. Bevoegdheden ontleend aan verdragen die stilzwijgend zijn goedgekeurd, wringen juist met het legaliteitsbeginsel. Inzicht in de functies van het legaliteitsbeginsel leert ook waarom het ontlenen van publiekrechtelijke bevoegdheid aan het ongeschreven (internationale) recht een anomalie is in ons recht en dat ook moet blijven. Dat strijdt namelijk met een essentiële functie van het legaliteitsbeginsel, d.i. het recht van de rechtsgenoten om via wetgeving de inhoud van het recht waardoor ze direct of indirect gebonden zijn of zullen worden, zelf te bepalen.²⁶² Begrijp me niet verkeerd: dit is geen oproep tot eensluidende doctrine, maar tot een verbreding van de discussie over legaliteit en meer begrip van de functies ervan. Zoiets kan waarde hebben voor de praktijk.

6.3 Een functionele benadering van het legaliteitsbeginsel

Welke betekenis heeft het legaliteitsbeginsel *als norm* voor wetgeving, bestuur en rechtspraak in 2011? Van der Vlies wijst er op dat de vraag naar die betekenis van het legaliteitsbeginsel vanuit verschillende invalshoeken kan worden benaderd.²⁶³ Zo valt waar te nemen dat het legaliteitsbeginsel een belangrijke historische betekenis heeft gehad voor wat betreft de binding van de overheid – met name het bestuur – aan het recht, recht dat vooral is neergelegd in wettelijke voorschriften. Het Nederlandse legaliteitsbeginsel wordt daarom ook wel eens op een lijn gesteld met het iets engere beginsel van de wetmatigheid.²⁶⁴

Het legaliteitsbeginsel heeft, dat kunnen we vaststellen, in ieder geval bijgedragen aan de ontwikkeling van de hedendaagse democratische rechtsstaat. De macht van het bestuur werd erdoor gebreed, bevoegdheidsuitoefening door de overheid gebonden aan de wil van een democratisch gelegitimeerde wetgever (zonder wettelijk²⁶⁵ mandaat geen publiekrechtelijke

262. Deze opvatting van het legaliteitsbeginsel ontspringt uit het principe van de democratische rechtsstaat. Zie Popelier 2001, p. 105.

263. Van der Vlies 2009, p. 27.

264. Van der Vlies 2009.

265. Of verdragsrechtelijk of volkenrechtelijk.

bevoegdheid²⁶⁶) en overheidshandelen werd erdoor afhankelijk gemaakt van duidelijke, vooraf kenbare, algemene en abstract werkende regels.²⁶⁷ Verder valt waar te nemen dat het legaliteitsbeginsel zich – als beginsel – de afgelopen anderhalve eeuw in stappen steeds verder – via jurisprudentie en (grond)wetgeving²⁶⁸ – wortelde in het positieve recht.²⁶⁹ Wat daarbij in het oog springt is dat het legaliteitsbeginsel zich in het Nederlandse staats- en bestuursrecht voornamelijk als *rechtsbeginsel* heeft ontwikkeld waarbij er steeds sprake is geweest van een opvallende dialoog tussen wetenschap, praktijk en rechtspraak. Dat is bijvoorbeeld te zien aan de receptie van de ideeën van Buys in de jurisprudentie, de introductie van de eis van wettelijke basis voor subsidiëring in de Algemene wet bestuursrecht, na eerdere discussie daarover in de bestuursrechtelijke literatuur, de ontwikkeling van het primaat van de wetgever als norm voor de wetgever. Kenmerkend voor de ontwikkeling van het legaliteitsbeginsel in Nederland is dat die steeds balanceert op de grens van het *ius constitutum* en *ius constituendum*.²⁷⁰ Niet zo verwonderlijk: het legaliteitsbeginsel heeft een horizon die verder ligt dan die van het positieve recht. Het legaliteitsbeginsel belichaamt een fundamenteel beginsel – zo men wil een rechtsideaal – dat verbonden is met een grondidee van moderne rechtsstaten: de binding van staatsmacht aan de regels van het recht.²⁷¹

Nog een waarneming: de vlekwerking van het legaliteitsbeginsel. De reikwijdte ervan is gaande de jaren verbreed. Waar in de negentiende eeuw nog alleen voor daadwerkelijk bestraffend overheidsoptreden een wettelijke grondslag werd geëist (van Meerenberg-arrest naar grondwetsherziening 1887) werd die eis later ook gesteld voor feitelijk dwingend overheidsoptreden (Fluoridering-arrest) en juridisch dwingend overheidsoptreden (Methadonbrief-arrest). Anno 2010 wordt ook voor subsidiërend overheidsoptreden, voor bestuursdwang, en – wellicht binnenkort – ook nadeelcompenserend of schadevergoedend optreden een wettelijke grondslag vereist.²⁷² En al is het nog niet zo dat voor iedere vorm van overheidsoptreden een wettelijke basis nodig is, door de combinatie van de legaliteits-

eis en de verwettelijking van ons bestuur zitten we ook niet heel erg ver meer af van die situatie.

Dat is allemaal vast te stellen, maar waardoor wordt die ontwikkeling verklaard? Als je alle jurisprudentie, wetgeving en literatuur betreffende het legaliteitsbeginsel op een rijtje zet, dan lijkt er niet altijd een directe logica te ontdekken in het meanderende pad van de rechtsontwikkeling. Het legaliteitsbeginsel speelt – gemeten naar het aandeel van andere rechtsbeginselen – geen grote rol in de jurisprudentie en eens in de zoveel tijd worden, ineens zo lijkt het, de bakens verzet. Maar er zijn ook tegenstrijdigheden. In eenzelfde tijdvak lijkt de rechter de ene keer erg te hechten aan een wettelijke grondslag (Fluoridering-arrest, Methadonbrief-arrest), de andere keer lijkt de rechter niet zo'n punt te willen maken van het gebrek aan wettelijke grondslag (Bromfietsvalhelm-arrest, CRvB-uitspraak verordening Inkomensondersteuning Oostellingerwerf, Rookverbod-arrest).

Een mogelijke verklaring voor die zo grillige rechtsontwikkeling is wellicht eveneens te vinden in de functieverhuizingen die het legaliteitsbeginsel in de afgelopen eeuwen heeft ondergaan. In het Meerenberg-arrest staat de toepassing van het legaliteitsbeginsel nog voornamelijk in de sleutel van de attributieve en politieke functie ervan (welk overheidsorgaan is – in relatie tot de andere organen – eigenlijk gerechtigd bestraffend te goe treden? Mag vrijheid worden beperkt door een bestuur dat daarvoor geen bevoegdheid bezit?) Vanaf het Rogge-arrest komen de meer juridische functies als rechtszekerheid en rechtsgelijkheid prominenter naar voren. Het Fluoriderings- en het Methadonbrief-arrest markeren de periode naar de moderne duiding van het legaliteitsbeginsel: daarin ligt een groter accent op de democratische, legitimerende en communicatieve functie van het beginsel. Tegenwoordig dient de eis van de wettelijke grondslag meer dan voorheen het belang van de betrokkenheid en inbreng van de rechtsgenoten – al dan niet via democratische representatie – bij de rechtsvorming. Indirect is dat af te leiden uit het Fluoridering-arrest en het Methadon-arrest (geen overheidsdwang dan krachtens een mandaat per wettelijk voorschrift vastgesteld met medewerking van een volksvertegenwoordiging), maar nog rechtstreeks uit de ontwikkeling van het *primaat van de wetgever* en de wijze waarop – bijvoorbeeld – de Raad van State dat toepast in zijn adviseringspraktijk. De Raad van State roept het primaat van de wetgever nogal eens in en relateert dat primaat nogal eens rechtstreeks aan democratische legitimatie.²⁷³ Die

273. Zie voor enkele voorbeelden het advies inzake de Crisis- en herstelwet W01.10.0536.I, het advies inzake de invoering van het puntenstelsel rijbewijzen (W03.05.0205/I) (referentie aan parlementaire invloed), advies inzake voorstel-Van Oven tot wijziging artikel 14 van het Statuut (W01.0018/I/K). Expliciet en opmerkelijk is het advies (ex artikel 18 WRvS) over de 'Juridische keuzes regelgeving BES' van 23 juli 2008 (W04.08.022/I/A), waarin de Raad overweegt: 'Met het oog op de *democratische grondslag* (curs. WV) die het recht in een democratische rechtsstaat dient te hebben, alsmede de eenheid en de samenhang van de Nederlandse wetgeving acht de afdeling het wenselijk dat voor de langere termijn het beginsel van het primaat van de wetgever wordt gewaarborgd.'

266. Met daarop anno 2011 nog enkele zeldzame – meestal omstreden – uitzonderingen. Onder publiekrechtelijke bevoegdheid versta ik overigens de bevoegdheid om eenzijdig (dat wil zeggen zonder expliciete instemming van de gebondene met de beslissing) het (institutionele) gedrag van rechtssubject te kunnen bepalen krachtens een machtiging daartoe op grond van een wettelijk voorschrift (waaronder begrepen grondwettelijke, verdragsrechtelijke en voorschriften op grond van een volkenrechtelijk besluit).

267. Kortmann 2008, p. 329.

268. Denk aan artikel 89, tweede lid, van de Grondwet, artikel 4:23 Awb, artikel 5:4 Awb

269. Hendriks 2009.

270. Van der Vlies 2009.

271. WRR 2002, p. 23-24.

272. Voor goed begrip: het Voorontwerp Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad voorziet zelf in een generieke wettelijke grondslag. Er ligt inmiddels een wetsvoorstel, Kamerstukken 2010/2011, 32 621, nrs. 1-3.

functieverschuiving – preciezer wellicht functieverbreding – is ook al sporadisch terug te vinden in de literatuur. In de meest recente druk van het Handboek van het Nederlandse staatsrecht van Van der Pot (2006), stellen de auteurs:

‘het legaliteitsbeginsel is bij uitstek het centrale beginsel van de democratische rechtsstaat. Het vormt de uitdrukking van de democratische gedachte, maar ook van de rechtsstatelijke gedachte.’

In laatste druk van Belinfante/De Reede zien de auteurs als uitkomst van het moderne legaliteitsbeginsel dat:

‘Zonder voorafgaande autorisatie van de volksvertegenwoordiging dus geen dwangmaatregelen door de overheid genomen (mogen) worden.’²⁷⁴

Zij staan daarin zeker niet alleen.²⁷⁵

Het moderne legaliteitsbeginsel strekt er voornamelijk toe op procedurele wijze de vrijheid van rechtsgenoten te beschermen tegen eenzijdig dwingende overheidsmaatregelen. Het doet dat door een wettelijke grondslag voor eenzijdig dwingend overheidsoptreden te eisen (interne rechtsstatelijke element) en dat voor rechtsgenoten aanvaardbaar te maken (externe legitimerende element) door een eigen inbreng en aandeel van de rechtsgenoten bij wettelijke rechtsvorming. Twee lagen, twee zijden van een medaille.

Als we zó de jurisprudentie van de afgelopen dertig jaar doorlezen dan lijkt die ineens minder grillig. De rechter pakt het legaliteitsbeginsel op als *een middel tot een doel*: bescherming van vrijheid van rechtsgenoten via belangenafweging door de wetgever. De jurisprudentie laat zien dat de rechter geen genoegen neemt met dwingende overheidsingrepen buiten de eigen overheidsorganisatie, als daarvoor geen of geen afdoende wettelijke grondslag bestaat én de wetgever zich niet heeft uitgesproken over die ingreep in de vorm van enige afweging.

Technische bevoegdheidsdefecten en delegatie-incidenten, zoals die van het Bromfietsvalhelm-arrest of de uitspraak van Centrale Raad van Beroep inzake de verordening inkomensondersteuning Oostellingerwerf (en andere zaken), worden wel eens gesauveerd, maar in al die zaken is het zo dat de wetgever in beginsel de belangen die bij de ingreep een rol spelen, eigenlijk al zelf heeft afgewogen. De bevoegdheidsdefecten waar het om draait zijn steeds van juridisch-technische aard en dan heeft het gezien het doel en de functie van het moderne legaliteitsbeginsel niet zoveel zin op je ponteneur te staan waar het betreft de wettelijke grondslag.

Die *functionele toepassing* van het legaliteitsbeginsel binnen het staats- en bestuursrechtelijke domein helpt niet alleen te begrijpen, ze vormt ook een leidraad voor een consistente toepassing van dat beginsel op nieuwe vraagstukken. Kunnen Nederlandse bestuursorganen dwingende maatregelen nemen op basis van een volkenrechtelijk of een EU-besluit? Bij de oplossing van dat soort kwesties naar Nederlands recht zou de vraag of een democratisch gelegitimeerde wetgever de belangen die bij de ingrijpende maatregel spelen al dan niet reeds heeft afgewogen volgens de functionele benadering een bepaald gewicht krijgen. Voor ingrepen van Nederlandse bestuursorganen op basis van EU-besluiten ligt de situatie voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon (1 december 2009) anders dan daarna. Waar voor de inwerkingtreding van dat Verdrag nog een behoorlijk aantal richtlijnen en verordeningen – zeker wanneer die via comitologie tot stand waren gekomen – zonder medewerking van de Europese volksvertegenwoordiging tot stand kwamen, is na de inwerkingtreding van het Verdrag de medewerking van het Europees Parlement in nagenoeg alle gevallen verzekerd.²⁷⁶ Voor volkenrechtelijke besluiten ligt dit weer anders: die worden meestal niet met directe medewerking van een volksvertegenwoordiging tot stand gebracht. De parlementaire goedkeuring van het verdrag fungeert daarbij als legitimatie. Waar die stilzwijgend is gegeven voor een verdrag en op basis van zo’n stilzwijgend goedgekeurd tractaat besluiten worden genomen waarmee wordt ingegrepen, wringt dat met de ratio van het moderne Nederlandse legaliteitsbeginsel (zie ook paragraaf 3).

Dat alle interveniërend overheidsoptreden een wettelijke basis behoeft, zoals ik in paragraaf 6.1 betoogde, is een logisch verlengde van die functionele toepassing van het legaliteitsbeginsel.

6.4 Een kwestie van vertrouwen

De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel heeft zich flink verbreed de afgelopen 150 jaar. Het effect daarvan is dat de greep van de wetgever op de publiekrechtelijke rechtsvorming en overheidsoptreden is vergroot. Nou ja, in theorie. Daar is niet iedereen even blij mee. Er bestaan twijfels over het nut van legaliteit in moderne verhoudingen. Die twijfel lijkt soms ook te maken hebben met de natuur van Nederlandse juristen, zoals al in paragraaf 5 aan de orde kwam. Die stelt – misschien mede vanwege zijn of haar opleiding – niet als vanzelf veel vertrouwen in de wet en de afwegingen die de wetgever maakt. Die wet wordt toch vaak eerder gezien als een betrekkelijk willekeurige uitkomst van politieke machinaties dan als de adequate uitdrukking van de – op rechtvaardigheidsidealen gestoelde – beginselen van het recht. Voor het vinden van wat werkelijk ‘recht’ mag heten en de

274. Belinfante/De Reede 2009, p. 9.

275. Zie o.a. Popelier 2001, Voermans 2003a, Burkens 2006, p. 49.

276. Voermans 2008.

ontwikkeling daarvan vertrouwen veel van onze vakgenoten liever op de rechter, die volgens de systeemeigen logica van het recht zelf voortbouwt aan de verwezenlijking van rechtsidealen. Dat gaat het best per geval, van uitspraak naar uitspraak en niet via de korte baan van door niet-juristen²⁷⁷ gevonden rechtsoplossingen in de vorm van algemene regels met beperkte houdbaarheidsdatum. Burkens, Kummeling, Vermeulen en Widdershoven wijzen er bijvoorbeeld op dat de wet aan legitimiteitsgehalte heeft verloren, en dat te betwijfelen valt of het huidige wetgevingsproces nog wel voldoende garanties biedt voor het rechtsgehalte van de wet.²⁷⁸ Dat komt ook doordat parlementariërs zich meer als partijvertegenwoordiger dan als volksvertegenwoordiger opstellen. Analyses die niet direct tot vertrouwen inspireren in het legitimerende vermogen van wettelijke regelingen.

Juridisch ongemak met de wetgever. Dat verklaart misschien ook waarom de verwettelijking van het bestuur – zoals ik dat noemde – in de vorm van de eis van een wettelijke basis voor subsidiërend overheidsoptreden, bestuursdwang, en allerhande andere bestuurshandelingen, soms met aarzeling, dan wel kritisch wordt begroet. In een adem wordt dan ook de waarde van het legaliteitsbeginsel wel betwijfeld: waarom steeds een wettelijk basis eisen als het hele idee van dat beginsel – het dienen van rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en democratie – daarmee op het eerste oog niet wordt gediend? Dergelijke opvattingen kennen minder gewicht toe aan de buiten het recht gelegen dimensies van het legaliteitsbeginsel en stellen meer vertrouwen in de rechter als borg voor het recht als afweger van belangen – als een *counterveiling* power.

Toch is de wet en daarmee de eis van de wettelijke basis voor overheids-optreden nog steeds wezenlijk in ons systeem.²⁷⁹ ‘Kern van een democratische rechtsstaat is dat de wet bij uitstek het democratisch gelegitimeerde instrument is om aan de samenleving gezaghebbend normen op te leggen en aan het bestuur taken en bevoegdheden op te dragen’ zoals de nota Juridisering van openbaar bestuur het onlangs verwoordde.²⁸⁰ Dat is meer dan een louter zalvende of loze beleidsbezwering. Een wettelijke basis, de wet, legitimeert nog steeds – en misschien wel meer dan ooit – de publiek-rechtelijke rechtsvorming en het overheidsoptreden dat er op is gebaseerd. Op verschillende manieren. Wettelijke normen worden niet via willekeurige meerderheidsbeslissingen vastgesteld, maar vormen het resultaat van een belangenafweging, waarbij politieke gezichtspunten naast en tegen elkaar worden afgewogen in een open forum, volgens een transparante pro-

cedure.²⁸¹ Witteveen wijst er – met een verwijzing naar Waldron – op dat onenigheid en verschillen van opvatting, politieke twist, bij het tot stand komen van wetten niet als een negatief element moet worden gezien. De wet kan tegenstellingen overbruggen door verschillende elementen uit een discussie op weg er naar toe te reflecteren en afspraken na politieke strijd te internaliseren. ‘De wet als collectief besluit bindt alle burgers beter, indien na duidelijke en openbare beraadslaging verschillende gezichtspunten ten aanzien van te nemen besluiten zijn uitgewisseld’.²⁸² Waldron bepleit daarom ook een herwaardering van wetgeving.²⁸³ Ook Habermas onderkent dat legaliteit bij kan dragen aan de legitimiteit van het recht.²⁸⁴ Niet alleen omdat volksvertegenwoordigers deelnemen aan de besluitvorming (input-participatie) over wetgeving, maar ook door het *openbare* debat dat erover wordt gevoerd. Dat discoursprincipe – zoals hij dat noemt – is wezenlijk voor het draagvlak van het recht.²⁸⁵ Het recht wint aan legitimiteit via legaliteit door de openbare procedure die het doorloopt (throughput-legitimiteit zoals Scharpf dat noemt²⁸⁶) en door de wijze waarop het – probeert – een oplossing voor problemen te bieden (output-legitimiteit). Een wettelijke grondslag vragen voor alle interveniërende overheids-optreden heeft, over die boeg dus belangrijke directe en indirecte legitimerende effecten voor dat optreden.

De rechter in Nederland lijkt zich zeer bewust van de grenzen die het legaliteitsbeginsel aanlegt aan de rechtsvorming door de rechter. Geen rechterlijke bevelen tot wetgeving, geen toetsing van wetgeving in formele zin aan rechtsbeginselen. En waar een democratisch gelegitimeerde wetgever een afweging heeft gemaakt, wordt die niet of slechts marginaal getoetst. De rechter lijkt te erkennen dat waar het gaat om de legitimatie van rechtsvorming de wetgever de betere papieren heeft. De rechter stelt zich daarom niet lijdelijk, maar volgend op ten aanzien van de wetgever. Die houding verandert slechts als de wetgever *kennelijk* elementen niet heeft meegewogen in de afweging.

277. Althans niet altijd.

278. Burkens 2006, p. 180-181. Zie in deze zin ook Koopmans 2003, p. 95-97.

279. Hirsch Ballin 2009.

280. Zie kabinetsstandpunt «Juridisering in het openbaar bestuur» Kamerstukken II 1998/99, 26 360, nr. 1, p. 5.

281. Of zoals Waldron het uitdrukt: ‘The modern legislature is an assembly of representatives of the main competing views in society, and it conducts its deliberations and makes its decisions in the midst of the competition and controversy among them.’ Waldron 1999a, p. 23.

282. WRR 2002, p. 238.

283. Waldron 1999b.

284. Ashenden wijst er op dat Habermas in historisch perspectief goed heeft gezien dat ‘the issue of legitimacy in modernity is framed in terms of the democratic genesis of legal norms’. Ashenden 2010, p. 60.

285. Habermas 1992, zie met name p. 187-207.

286. Scharpf onderscheidt drie wijzen waarop beslissingen legitimiteit kunnen verwerven, te weten via ‘input-legitimiteit’ (deelnemerschap bij de beslissing), ‘throughput-legitimiteit’ (via een afspraak over de procedure) en ‘output-legitimiteit’ (overtuiging door het – heilzame – effect van de beslissing zelf). Scharpf 1999.

Natuurlijk zou het beter zijn indien de rechter wetten in formele zin zou mogen toetsen aan de Grondwet en aan rechtsbeginselen. Laat ik dat maar direct bekennen. Zoals het ook beter zou zijn als rechtstreeks bestuursrechtelijk bezwaar en beroep tegen algemeen verbindende voorschriften in zouden kunnen stellen.²⁸⁷ Dat doet niet af aan de legitimatie die wettelijke regelingen geven aan overheidsoptreden, het draagt er alleen maar aan bij. Toetsingsrecht en rechtstreeks beroep tegen wettelijke regelingen zouden nog meer evenwicht kunnen brengen in ons Nederlandse rechtsstelsel dat, hoe we het ook bekijken, betrekkelijk gouvernementeel is en wel erg veel vertrouwen stelt in het bestuur.²⁸⁸ Maar dit terzijde.

6.5 Codificeren?

Het is eigenlijk wonderlijk dat een rechtsstatelijke kernbeginsel als dat van de legaliteit grotendeels een ongeschreven leven leidt. Een blik op de rechtsontwikkeling van de afgelopen anderhalve eeuw op het terrein van het legaliteitsbeginsel leert dat dat beginsel zich op allerlei manieren heeft ontwikkeld, maar dat die ontwikkelingen nauwelijks zijn gecodificeerd. Het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel is in Grondwet en Wetboek van Strafrecht verankerd. Verder is er een element terug te vinden in artikel 89 Grondwet en – afhankelijk van hoe je het leest²⁸⁹ – in artikel 4:23 Algemene wet bestuursrecht en enkele grondwettelijke (codificatie)opdrachten. Dat grotendeels ongeschreven karakter maakt het legaliteitsbeginsel ongreepbaar en moeilijk kenbaar. In ieder geval heeft de ontbrekende codificatie er voor gezorgd dat de rechtsontwikkeling voornamelijk afhankelijk is geweest van de jurisprudentie, het beleid en de doctrine. Daarin is de werking van het legaliteitsbeginsel in de afgelopen anderhalve eeuw belangrijk uitgebreid naar vormen van overheidsoptreden die juridisch verplichten, zelfs zonder strafbedreiging, en ook naar vormen van overheidsoptreden die op één lijn te stellen zijn met een verplichting. Voor een jurist is het al lastig, maar voor een leek haast ondoenbaar om de reikwijdte van de legaliteitsnorm te kennen. Je kunt je met de Staatscommissie afvragen of het legaliteitsbeginsel daarom niet moet worden gecodificeerd.²⁹⁰ Ook eerder zijn wel voorstellen in die richting gedaan. Damen heeft bijvoor-

beeld gepleit voor een volledige codificatie van het legaliteitsbeginsel in de Grondwet,²⁹¹ Van der Burg voor een partiële.²⁹²

Je zou je op het standpunt kunnen stellen dat codificatie niet nodig is omdat de rechtspraktijk zich er nu mee weet te bedruipen. Vastleggen zou ook ruimte weg kunnen nemen voor toekomstige rechtsontwikkeling. Daar staat tegenover dat de kenbaarheid en de toegankelijkheid van de norm die het legaliteitsbeginsel aanlegt zodanig klein is, dat die voor niet ingewijden nauwelijks nog is te begrijpen. En het kennen van de norm die het legaliteitsbeginsel aanlegt is niet alleen van belang uit een oogpunt van ‘weten waaraan je rechtens toe bent’, maar ook uit een oogpunt van het aandeel dat je als rechtsgenoot hebt bij de rechtsvorming. De externe functies van het legaliteitsbeginsel garanderen controle en zeggenschap van rechtsgenoten op de rechtsvorming; dat is wezenlijk voor de legitimatie van recht en overheidsoptreden. Daarom klemmt het te meer dat het wordt gecodificeerd en wel op een wijze die recht doet aan de inhoud van de norm en de functies ervan. Het voorstel van de Staatscommissie (‘Openbaar gezag wordt alleen uitgeoefend krachtens de Grondwet of de wet’) acht ik uit dat oogpunt niet gelukkig, al is er met de tekst zelf niets mis. Die geeft een prima basis. Het voorstel gaat alleen wel voorbij aan de betekenis van het legaliteitsbeginsel voor de wetgever (o.a. in de vorm van het primaat van de wetgever) heeft en legt daarmee een eenzijdig accent op de interne functies van het beginsel. In het eigen voorstel voor een nieuw artikel 89 Grondwet heb ik geprobeerd die dimensie van het legaliteitsbeginsel, met een extra onderdeel naar buitenlands voorbeeld, uit te drukken. Het is opgenomen in bijlage 1.

Codificatie is vanuit een oogpunt van rechtszekerheid verstandig, het kan daarnaast een ankerpunt worden voor de verdere rechtsontwikkeling en een oriëntatiepunt voor de vraag of en welke Europese of internationale rechtsnormen afdoende wettelijke basis voor overheidsoptreden in Nederland kunnen bieden. En het zou ook zomaar – zoals we boven zagen – bij kunnen dragen aan verstandige vormen van constitutioneel protectionisme. Maar, ja, dat is eigenlijk weer een heel ander verhaal. Dat moet maar wachten tot een andere keer.

Aangehaalde literatuur

Aanwijzingen voor de regelgeving

Regeling van de minister-president van 18 november 1992, nr. 92M008 337, houdende de vaststelling van de Aanwijzingen voor de regelgeving (*Stert.* 1992, 230)

291. Damen 1999, p. 66.

292. Van der Burg 1995, p. 331

287. Schuurmans & Voermans 2010.

288. Voermans 2003a.

289. Als je artikel 4:23 Algemene wet bestuursrecht begrijpt als een norm die een wettelijke basis eist voor subsidiërend overheidsoptreden omdat dat soort optreden gedrag stuurt op een wijze die op een lijn moet worden gesteld met verplichtend overheidsoptreden, dan is het een codificatie van het legaliteitsbeginsel. In de toelichtende stukken zoals de memorie van toelichting bij de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht, is daarover overigens weinig terug te vinden.

290. Staatscommissie 2010, p. 31-32 en p. 40-43.

Acton 1986

Baron John Emerich Edward Dalberg-Acton (Lord Acton), *Essays in the History of Liberty* (Selected Writings of Lord Acton), bezorgd door J. Rufus Fears (ed.), Indianapolis: Shadeland 1986

Ashenden 2010

Samantha Ashenden, 'Legality, legitimacy, and the circumstances of sociology', in: Chris Thornhill and Samantha Ashenden (eds.), *Legality and Legitimacy: Normative and Sociological Approaches*, Baden-Baden: Nomos 2010, p. 57-77

Barkhuysen 2004

T. Barkhuysen, 'Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht', in: Barkhuysen e.a., *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht*, preadviezen, VAR-reeks 132, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 11-113

Barkhuysen, Van Emmerik & Voermans 2009

T. Barkhuysen, M.E. van Emmerik, W. Voermans e.a., *De Nederlandse Grondwet geëvalueerd; anker- of verdwijnpunt?*, Deventer: Kluwer 2009

Barkhuysen/Bos 2011

T. Barkhuysen en A.W. Bos, 'De betekenis van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht', *JBplus* (te verschijnen)

Belinfante/De Reede 2009

A.D. Belinfante, J.L. de Reede (bewerkt door L. Dragstra, N.S. Efthymiou, Hins en R. de Lange), *Beginselen van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2009

Bickel 1962

A. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, Indianapolis/New York: Bobbs-Merrill 1962

Borman 2005

C. Borman, *Het Statuut voor het Koninkrijk*, tweede druk, Deventer: Kluwer 2005

Borman 2010

T.C. Borman, (Het ambacht) 'Alles ineen: het combineren van uitvoeringsregels', *RegelMaat*, afl. 5, 2010, p. 275-284

Bovend'Eert 2009

P.P.T. Bovend'Eert, 'Wetgever, rechter en rechtsvorming; 'partners in the business of law'', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a., *De staat van de wetgeving; opstellen aangeboden aan prof. mr. C.A.J.M. Kortmann*, Deventer: Kluwer 2009, p. 27-46

Brenninkmeijer 1991

A.F.M. Brenninkmeijer, 'Politiek en rechtspraak', *Socialisme & Democratie* 1991 p. 193-203

Brenninkmeijer 2001

A. F.M. Brenninkmeijer, 'De rechtgever', *Nederlands Juristenblad* 2001, p. 1191-1201

Van den Brink 2010

J.E. van den Brink, 'Europese grenzen aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel', in: M. Verhoeven e.a., *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid en transparantie*, VAR-reeks, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 65-142

Bunschoten 2004

D.E. Bunschoten, 'Rechterlijk bevel tot wetgeven?', *Gemeentestem* 2004, 147, p. 7214-7223

Van der Burg 1995

F.H. van der Burg, 'Het materiële wetsbegrip', in: J.B.J.M. ten Berge e.a., *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 311-331

Van der Burg 2009

F.H. van der Burg, 'Leidraad administratieve boeten 1984', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009, p. 243-251

Burkens 2006

M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen en R.J.G.M. Widdershoven, *Beginselen van de democratische rechtsstaat; inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006

Van Buuren 1997

P.J.J. van Buuren, 'De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel', *Nederlands Juristenblad* 1997, p. 1984-1985

Van Buuren, Jurgens & Michiels 2010

P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens, F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer: Kluwer 2010

Buys 1883

J.T. Buys, *De Grondwet. Toelichting en kritiek*, Eerste deel, Arnhem: P. Gouda Quint 1883

Carré de Malberg 1931

R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale* (1931), Heruitgegeven Parijs: Economica 1984

Cass 2001

R.A. Cass, *The Rule of Law in America*, Baltimore: John Hopkins University Press 2001

Colenbrander 1908

H.T. Colenbrander, *Ontstaan der Grondwet*, Bronnenverzameling deel 1, (1814), 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1908

Damen 1999

L. Damen, 'Het legaliteitsbeginsel als partieel gecodificeerde constitutionele norm', in: H.R.B.M. Kummeling e.a., *Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht*, staatsrechtconferentie 1999, Publikaties van de Staatsrechtkring 3, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 35-67

Derks 1995

J.M.E. Derks, *De Grondwet en delegatie; het delegatievraagstuk in constitutioneel perspectief*, dissertatie RU Limburg, Lelystad: Vermande 1995

Drupsteen 1997

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

Eijlander 1993

P. Eijlander, *De wet stellen*, dissertatie KUB, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993

Eijlander/Voermans 2000

P. Eijlander en W. Voermans, *Wetgevingsleer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000

Fallon 2008

Richard Fallon, 'The Core of An Uneasy Case For Judicial Review', *Harvard Law Review* 2008, 1693

Gerards 2008

J.H. Gerards, 'Wisselwerking tussen wetgever en rechter – naar een betere dialoog', in: R. de Lange (red.), *Wetgever en grondrechten*, Publikaties van de Staatsrechtkring 12, Nijmegen: Wolf Publishers 2008, p. 161-194

Gerards & Voermans 2010

J.H. Gerards, W. Voermans, e.a., *Juridische betekenis en reikwijdte van het begrip "rechtsstaat" in de legisprudentie & jurisprudentie van de Raad van State*, Leiden/Den Haag 2010 – rapport vervaardigd in opdracht van de Raad van State – publieksuitgave te verschijnen 2011

Van Gerven 1973

W. van Gerven, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen/Zwolle: Standaard Uitgeverij/W.E.J. Tjeenk Willink 1973

Habermas 1981

Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action, volume 2, Life-world and System, a Critique on Functionalist Reason* (vertaling Thomas McCarthy), (oorspronkelijk (1981), vertaling 1987), Boston: Beacon Press 1989

Habermas 1992

Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 1992

Hamilton 1788

Alexander Hamilton, 'The Judiciary Department', *The Federalist* No. 78 Saturday 14 June 1788

Commissie-Hammerstein 2008

Commissie normstellende rol Hoge Raad, *Versterking van de cassatie-rechtspraak*, Den Haag 2008

Hartlief 2009

Ton Hartlief, 'Den Haag, let op uw saeck!', *NJB* 2009, p. 1073

Heldeweg 2001

M.A. Heldeweg, 'Ongeschreven rechtsbeginselen en geïmpliceerde bevoegdheden als opmaat voor een autonoom bestuursrecht', in: H. Koning en E.M.J. Crombag (red.), *De autonomie van het bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 15-19

Hendriks 1999

Benjamin Hendriks, 'Het legaliteitsbeginsel in het geldend recht, in het bijzonder het bestuursrecht', *Bestuurswetenschappen* 2009, nr. 3, p. 8-24

Hirsch Ballin 1988

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Onafhankelijke rechtsvorming; staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde', in: *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 211-253

Hirsch Ballin 1982

E.M.H. Hirsch Ballin, *Het grondrecht op vrijheid en de wet*, tweede druk oratie KHT (1982), Alphen aan den Rijn: W.E.J. Tjeenk Willink 1989

Hirsch Ballin 2009

E.M.H. Hirsch Ballin, 'De revitalisering van de wet als primaire rechtsbron', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a., *De staat van de wetgeving*; opstellen aangeboden aan prof. mr. C.A.J.M. Kortmann, Deventer: Kluwer 2009, p. 1-10

Hoekema & Van Manen 2000

A.J. Hoekema, N.F. van Manen, *Typen van legaliteit*, Deventer: Kluwer 2000

Van der Hoeve 1989

J. van der Hoeve, 'De rechtsstaat herdacht', in: J.W.M. Engels e.a., *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 1-9

Huisman & Jak 2010

P.J. Huisman en N. Jak, 'Bevoegdheidsgrondslagen voor Awb-besluiten in internationaal en Europees recht', *Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht* 2010, p. 117-125

Jans, De Lange, Prechal & Widdershoven 2007

J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven, *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007

De Jong & Herwijer 2004

P.O. de Jong en M. Herwijer, *Alle regels tellen; De ontwikkeling van het aantal wetten, AMvB's en ministeriële regelingen in Nederland*, Den Haag: WODC 2004

Jurgens 1991

E.C.M. Jurgens, 'Naar een Duas Politica', *Socialisme & Democratie* 1991, p. 469-474

Koekkoek 2000

A.K. Koekkoek (red.), *de Grondwet*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000

Koopmans 2003

Tim Koopmans, *Courts and Political Institutions*, Cambridge: Cambridge University Press 2003

Koopmans' Compendium 2007

Th.L. Bellekom, Heringa, J. van der Velde, L.F.M. Verhey, *Compendium staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2007

Kortmann 1997a

C.A.J.M. Kortmann, 'De Grondwet en de jurisprudentie inzake het zelfstandige schadebesluit', *NJB* 1997, p. 1327-1328

Kortmann 1997b

C.A.J.M. Kortmann, 'De vliegende Grondwet', *NJB* 1997, p. 1599

Kortmann 2008

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008

Kortmann 2009

C.A.J.M. Kortmann, *Staatsrecht en raison d'Etat*, afscheidsrede Radboud Universiteit, Deventer: Kluwer 2009

Krygier 2009

Martin Krygier, 'The Rule of Law: Legality, Teleology, Sociology', in: Gianluigi Palombella & Neil Walker, *Relocating the Rule of Law*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2009, p. 43-69

Laswell 1936

Harold D. Lasswell, *Politics: who gets what, when, how?*, New York: Peter Smith 1950 (heruitgave origineel New York: McGraw-Hill 1936)

Luhmann 1969

N. Luhmann *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied/Berlin: Luchterhand 1969

Van Male 1988

R.M. van Male, *Rechter en bestuurswetgeving*, dissertatie KU Brabant, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988

Malleson 1999

K. Malleson, *The New Judiciary; the effects of expansionism and activism*, Ashgate/Dartmouth: Aldershot and Brookfield 1999

S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *Nederlands Juristenblad* 2000, p. 747-758

Nietzsche 1879

Friedrich Nietzsche, *Menschliches, Allzumenschliches II, ein Buch für freie Geister*, Leipzig: E.W. Fritzsch, 1879

NNG

Naar een nieuwe Grondwet, 's-Gravenhage: SDU 1983

Nollkaemper 2009

André Nollkaemper, *Kern van het internationale publiekrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009

Van Ommeren 1996

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

Van Ommeren 1998

F.J. Van Ommeren, 'Op weg naar publiekrechtelijk vermogensrecht', *Nederlands tijdschrift voor burgerlijk recht* 1998, p. 115 e.v

Van Ommeren 1999

F.J. van Ommeren, 'De betekenis van het legaliteitsbeginsel voor het staatsrecht', referaat bij het preadvies van L.J.A. Damen, in: H.R.B.M. Kummeling e.a., *Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht*, staatsrecht-conferentie 1999, Publikaties van de Staatsrechtkring 3, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 69-85

Van Ommeren 2002

F.J. van Ommeren, 'Het legaliteitsbeginsel in het staats- en bestuursrecht: opkomst en ondergang van geïmpliceerde bevoegdheden', *RM Themis* 2002, nr. 3, p. 123-137

Van Ommeren 2003a

F.J. van Ommeren, 'De rechtsstaat als toetsingskader', in: F.J. van Ommeren, S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 1-4

Van Ommeren 2003b

F.J. Van Ommeren, 'Het publieke-taakcriterium in de bestuursrechtelijke jurisprudentie,' in: J.W. Sap e.a. (red.), *De publieke taak*, Deventer: Kluwer 2003

Van Ommeren 2009a

F.J. van Ommeren, 'Het legaliteitsbeginsel in het wetgevingsbeleid', *Bestuurswetenschappen* 2009, nr. 4, p. 11-31

Van Ommeren 2009b

Van Ommeren, 'Fluoridering; Wettelijke grondslag', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek* 2009, p. 49-60

Den Ouden 2008

W. den Ouden, *De terugvordering van Europese subsidies in Nederland; over legaliteit, rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel*, oratie UL, Deventer: Kluwer 2008

Den Ouden 2009

W. den Ouden, 'BUG-Alutechnik', in: Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009, p. 253-262

Commissie-Polak 1985

Orde in de regelgeving, Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1985

De Poorter & Van Roosmalen 2010

J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Roosmalen, *Rol en betekenis van de Grondwet; constitutionele toetsing in relatie tot de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2010

Popelier 2001

P. Popelier, *Democratisch regelgeven*, Antwerpen/Groningen: Intersentia Rechtswetenschappen 2001

Van der Pot 2006

D.J. Elzinga, R. de Lange, m.m.v. H.G. Hoogers, *Van der Pot's Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006

Scharpf 1999

Fritz, W. Scharpf, *Governing in Europe: Effective and Democratic?*, Oxford: Oxford University Press 1999

Scheltema 1988

M. Scheltema, Advies aan de parlementaire enquêtecommissie bouwsubsidies, *Kamerstukken II* 1987/88, 19623, nr. 30, p. 457

Scheltema 1996

M. Scheltema, 'Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht', *Nederlands Juristenblad* 1996, p. 1355-1362

Scheltema 2006

M.S. Scheltema, 'Staatsrecht zonder staat', *Nederlands Juristenblad*, 2006, p. 192-196

Schmitt 1932

Carl Schmitt, *Legality and Legitimacy* (Engelse vertaling van het origineel 'Legalität und Legitimität' uit 1932), vertaling en redactie Jeffrey Seitzer, Durham & London: Duke University Press 2004

Schutgens 2009

R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving*, dissertatie Radboud Universiteit Nijmegen, Nijmegen 2009

Schuurmans & Voermans 2010

Y.E. Schuurmans en W.J.M. Voermans, 'Artikel 8:2 Awb: weg er mee!' in: Barkhuysen, T., Ouden, W., den, Polak, J.E.M. (eds.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 809-832

Schuyt 2006

Kees Schuyt, *Steunberen van de samenleving; sociologische essays*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2006

Van der Schyff 2010

Gerhard van der Schyff, *Judicial Review of Legislation; A Comparative Study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa*, dissertatie Universiteit Leiden, Dordrecht/Heidelberg: Springer 2010

Sillen 2010

J.J.J. Sillen, *De rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving, een vergelijkend onderzoek naar het Amerikaanse Duitse en Nederlandse recht*, dissertatie Radboud Universiteit Nijmegen, Deventer: Kluwer 2010

Slaughter 2004

A.M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton University Press 2004

Staatscommissie 2010

Rapport van de Staatscommissie, Den Haag: Staatscommissie Grondwet 2010

Stoter, Stout & De Jong 2009

S. Stoter, H. Stout en M. de Jong, 'Het legaliteitsbeginsel in mondiaal perspectief. Mind your step!', *Bestuurswetenschappen* 2009, nr. 5, p. 16-28

Stout 2009

H. Stout, 'Het legaliteitsbeginsel en de staatsrechtelijke verhouding tussen Koning en wetgever in de negentiende eeuw', *Bestuurswetenschappen* 2009, nr. 1, p. 51-66

Teunissen 2009

J.M.F.F. Teunissen, 'Publiek domein en de legaliteitseis', *Gemeentestem* 2009, 7317

Van der Vlies 1984

I.C. van der Vlies, *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving*, dissertatie UvA, 's-Gravenhage 1984

Van der Vlies 1987

I.C. van der Vlies, *Handboek wetgeving*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987

Van der Vlies 2009

I.C. van der Vlies, 'Nabeschouwing', *Bestuurswetenschappen* 2009, nr. 6, p. 27-34

Verhoeven 2010

M. Verhoeven, 'Bestuursorganen en legaliteit in communautair perspectief', in: M. Verhoeven e.a., *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid en transparantie*, VAR-reeks, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 17-61

Voermans 1998

W. Voermans, 'Toekomstperspectieven voor het primaat van de wetgever', *RegelMaat* 1998, 1, p. 35-40

Voermans 2003a

W. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid*, oratie UL, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003

Voermans 2003b

W. Voermans, 'Nederlands constitutioneel recht in het raam van een Europese grondwet', in: Broeksteeg, J.L.W., Bruin, M.Th., Drewes, J., Munneke, S.A.J. (eds.), *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, Publicaties van de staatsrechtkring 22, Deventer: Kluwer 2003

Voermans 2003c

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

Voermans 2003d

W. Voermans, 'Artikel 44 Grondwet als bevoegdheidsbasis voor ministeriële regelingen?' *Nederlands Juristenblad*, 4, 2003, p. 178-181

Voermans 2003e

W. Voermans, 'De bestuursrechter en artikel 120 Grondwet', *JB plus* 2003, p. 142-155

Voermans 2007

W. Voermans, 'Judicial transparency furthering public accountability for new judiciaries', *Utrecht Law Review*, 3 (1), 2007, p. 148-159

Voermans 2008

W. Voermans, 'Is de Europese wetgever na Lissabon wel een échte wetgever?', in: Gestel, R.A.J., van & Schooten, J., van (eds.), *Europa en de toekomst van de nationale wetgever*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 65-89

Voermans 2009a

W. Voermans, 'De Tachtigers in het recht: het Meerenberg arrest', *Ars Aequi* 2009, p. 597-600

Voermans 2009b

W. Voermans, 'Constitutional Reserves and Covert Constitutions', *Indian Journal of Constitutional Law*, 3, 2009, p. 84-104

Voermans 2009c

W. Voermans, 'Heroverweging artikel 89 Grondwet', in: W.J.M. Voermans & D.J. Elzinga (eds.), *Brieven aan de Staatscommissie*, Publicaties van de Staatsrechtkring 27, p. 45-56, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009

Vranken 2000

J.B.M. Vranken, 'Toeval of beleid; over rechtsvorming door de hoogste rechter', *Nederlands Juristenblad* 2000, p. 1-5

Vranken 2005

J.B.M. Vranken, *Algemeen deel, een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005

Waldron 1999a

Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press 1999

Waldron 1999b

Jeremy Waldron, *The Dignity of Legislation*, Cambridge: Cambridge University Press 1999

Weber 1922

M. Weber, *Wirtschaft und gesellschaft. Grundriß der Verstehenden Soziologie*, vijfde druk, Tübingen: J.C.B. Mohr 1972 (oorspronkelijk 1922)

De Werd 2004

M.F.J.M. de Werd, 'De constitutionele taak van de rechter', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *Grenzen aan de rechtspraak?; Political question, acte de gouvernement en rechterlijk interventionisme*, Publicaties van de Staatsrechtkring, Staatsrechtconferenties 9, Deventer: Kluwer 2004, p. 69-126

Wessel 2007

R.A. Wessel, 'Internationaal recht in ontwikkeling' (Hoofdstuk 1), in: N. Horbach e.a. (red.), *Handboek voor internationaal recht*, Den Haag: Asser Press 2007

Van Wijk/Konijnenbelt 2008

H.D. van Wijk (bewerkt door Willem Konijnenbelt en Ron van Male), *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier juridisch 2008

WRR 2002

Wetenschappelijke raad voor het regeringsbeleid, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Wetenschappelijke raad voor het regeringsbeleid 2002

Bijlage 1 Voorstel grondwettelijke codificatie legaliteitsbeginsel

VOORSTEL²⁹³

Overwegende dat het in het licht van de rechtsontwikkeling en de toegankelijkheid van de Grondwet wenselijk is het legaliteitsbeginsel te codificeren, stel ik voor:

Artikel I

Er bestaat grond het hierna in artikel II omschreven voorstel tot verandering in de Grondwet in overweging te nemen.

Artikel II

A

Artikel 16 komt als volgt te luiden:

Artikel 16

1. Openbaar gezag wordt alleen uitgeoefend krachtens de Grondwet of de wet.²⁹⁴
2. Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling.

B

Artikel 89 komt als volgt te luiden:

Artikel 89

1. Een regeringsbesluit dat een algemeen verbindend voorschrift bevat, wordt vastgesteld in de vorm van een algemene maatregel van bestuur.
2. Algemene maatregelen van bestuur en andere vanwege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften rusten op een wettelijke basis. De wet draagt de bepaling van straffen niet over.
3. In buitengewone omstandigheden kan een tijdelijke algemene maatregel van bestuur worden vastgesteld zonder wettelijke basis. Na de bekendmaking van de maatregel wordt zo spoedig mogelijk maar uiterlijk binnen dertig dagen een voorstel van wet aan de Tweede Kamer gezonden omtrent het voortduren of het bekrachtigen van de maatregel. Wordt het voorstel ingetrokken of verworpen dan wordt de maatregel

293. Zie ook Voermans 2009c. Met dank aan Anne Meuwese, Tim Borman en professor Willem Konijnenbelt die eerdere versies van het voorstel becommentarieerden en waardevolle tekstsuggesties deden.

294. Tekstvoorstel Staatscommissie 2010, p. 40 e.v.

aanstonds ingetrokken. Daarbij worden zo nodig de gevolgen van de intrekking geregeld.

4. De wet regelt de bekendmaking en de inwerkingtreding van algemeen verbindende voorschriften. Zij treden niet in werking voordat zij zijn bekendgemaakt.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren wie zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

Gegeven

De Minister-President, Minister van Algemene Zaken,

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,

MEMORIE VAN TOELICHTING

ALGEMEEN

Codificatie legaliteitsbeginsel

In het voorstel is aan artikel 16 Gw een nieuw eerste lid toegevoegd waarin het voorstel van de Staatscommissie is overgenomen om de algemene aspecten van het legaliteitsbeginsel in de Grondwet te verankeren. De Staatscommissie licht zelf het voorstel niet toe,²⁹⁵ waarschijnlijk omdat ze meent dat de norm kracht van evidentie heeft. Mede om die redenen, maar ook omdat het auteurschap elders ligt, wordt het voorstel uit het eerste lid niet nader toegelicht. Omdat het algemene legaliteitsbeginsel naar onderwerp gemeten het best bij de bepaling past die het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel codificeert, is die daarom ook in dit artikel ondergebracht.

Codificatie primaat van de wetgever

Bij het ontwerpen van het herziene artikel 89 zijn twee uitgangspunten gehanteerd. Het eerste is dat van de *codificatie* van het primaat voor de wetgever, een concept waarmee de norm die het legaliteitsbeginsel aanlegt voor de wetgever wordt uitgedrukt. De nieuwe redactie doet in wezen niet meer dan uitdrukken wat het legaliteitsbeginsel naar zijn moderne duiding meebrengt voor het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften door de regering. In een enkel geval worden in de toelichting alternatieven voorgesteld die verder gaan dan de huidige dogmatiek. Die zijn telkens onder de kopjes 'optie' opgenomen. Al gaan deze opties soms verder dan

het stellige constitutionele recht, ze zijn opgenomen omdat ze mogelijk leiden tot een beter eindresultaat. Op het uitgangspunt van varen tegen de kust van het bestaande constitutionele recht is één uitzondering gemaakt en wel in het derde lid van het hoofdvorstel. Daar wordt in de tweede volzin een bekrachtigingsprocedure geregeld voor zelfstandige algemene maatregelen van bestuur. Die is opgenomen omdat de huidige grondwettelijke regeling van de zelfstandige algemene maatregel onvolkomen is en steeds tot problemen leidt. Het derde lid codificeert wat inmiddels praktijk geworden is: dat een zelfstandige algemene maatregel van bestuur tegenwoordig wordt gevolgd door een gelijkkluidend wetsvoorstel.

Het tweede uitgangspunt houdt nauw verband met het eerste. Het voorstel gaat er van uit dat de commissie-Polak in 1985 gelijk had en dat de norm van het primaat van de wetgever niet meer of minder is dan een correcte uitdrukking van het stellige Nederlandse constitutionele recht, afgelezen uit (Grond)wet, jurisprudentie en literatuur (tezamen: dogmatiek) van dat moment. Het voorstel gaat er tevens van uit dat het nader standpunt van de regering over het rapport *Orde in de regelgeving*, zoals overgenomen in de Aanwijzingen voor de regelgeving, inmiddels eveneens tot de dogmatiek behoort.

LIDGEWIJZE TOELICHTING

Eerste lid

Het eerste lid regelt dat voor het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften door de regering de vorm algemene maatregelen van bestuur wordt gebruikt. Daarmee wordt aangesloten bij de bestaande norm. Aanwijzing 20 van de Aanwijzingen voor de regelgeving schrijft al sinds 1992 voor dat algemeen verbindende voorschriften bij algemene maatregel van bestuur worden vastgesteld. Daarmee is voorzien dat de Raad van State wordt gehoord. Kleine regelende koninklijke besluiten – zo stelt ook de toelichting van diezelfde aanwijzing 20 – zijn onwenselijk omdat ze zich aan dat raadstatelijke toezicht onttrekken.

Advisering door de Raad van State over ontwerpen voor algemene maatregelen van bestuur is van belang omdat het bij het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften meestal gaat om bindende regelingen met werking buiten de overheid (externe werking). De Staten-Generaal kunnen daar alleen indirect toezicht op houden en dergelijke maatregelen zijn onder het stelsel van de Algemene wet bestuursrecht²⁹⁶ niet vatbaar voor rechtstreeks bestuursrechtelijk beroep.

295. Staatscommissie 2010 p. 40 e.v.

296. Zie o.a. de uitsluiting in artikel 8:2 Algemene wet bestuursrecht.

In theorie kan een algemene maatregel van bestuur ook een algemeen verbindend voorschrift bevatten dat primair bindt binnen de interne organisatie van de overheid. Voorbeelden daarvan uit het recente verleden zijn schaars. Het is inmiddels goed gebruik regeringsbesluiten met algemeen verbindende voorschriften die, al hebben hoofdzakelijk betrekking op de interne organisatie van de overheid (vanwege hun vaak 'extern bindende' slagschaduw) te doen passeren bij de Raad van State voor advies. Een voorbeeld hiervan vormt het reglement van orde voor de ministerraad.

In het eerste lid wordt gesproken van algemeen verbindend voorschrift. Dat is in lijn met het bestaande vierde lid van artikel 89 Grondwet. Ook daar wordt zonder verdere definiëring deze terminologie gebezigd, al net als de Algemene wet bestuursrecht dat doet. Er bestaat op dit moment geen dringende reden tot een nadere grondwettelijke bepaling van dit begrip te komen.

Het eerste lid spreekt niet langer van een koninklijk besluit, maar van regeringsbesluit. Daarmee wordt beter dan nu het geval is aangesloten bij de algemene terminologie en systematiek van de Grondwet. Het komt ook de leesbaarheid van de bepaling ten goede. De terminologische aanpassing laat onverlet dat als vanouds algemene maatregelen van bestuur bij koninklijk worden vastgesteld. Ook heeft deze aanpassing geen andere gevolgen voor kleine koninklijke besluiten, dan de reeds bestaande; kleine regelen- de koninklijke besluiten worden met de voorgestelde tekst grondwettelijk onmogelijk gemaakt.

Tweede lid

Het tweede lid drukt uit dat voor het vaststellen van algemene maatregelen van bestuur en andere algemeen verbindende voorschriften in het algemeen een wettelijke basis is vereist.²⁹⁷ Het derde lid regelt de uitzondering op de regel: de mogelijkheid om een zelfstandige – dat wil zeggen niet op een wet in formele zin rustende – algemene maatregel van bestuur vast te stellen. De eis dat regelingen van een lager niveau dan wet in formele zin moeten berusten op een wettelijke basis is een essentieel fundament van ons rechtsstatelijke bestel. De creatie (attributie) van bevoegdheid tot het binden via algemene regels is daarin in eerste instantie voorbehouden aan de grondwetgever en – zo men wil – aan de wetgever in formele zin.²⁹⁸ De

297. Zie Van Ommeren 2009.

298. Ik zelf geloof – met bijvoorbeeld Hennekens – dat alleen de grondwetgever het vermogen van attributie van regelgevende bevoegdheid toekomt om reden dat de Grondwet zelf al de bevoegdheid tot het stellen van regels aan de wetgever in formele zin heeft toegekend. Als diezelfde formele wetgever zelf ook weer zou kunnen attribueren dan wordt voor de tweede keer een al bestaande bevoegdheid gecreëerd. Twee keer scheppen kan volgens mij niet. Zie Voermans 2003a, p. 20.

Grondwet is de bron en het kader van de rechtsvorming in Nederland. Toestaan dat bijvoorbeeld het bestuur zelfstandig, zonder machtiging van volksvertegenwoordigingen ingrijpende algemene regels stelt, strijdt met dat stelsel van de Grondwet en met de geest die uit dat stelsel spreekt. De jurisprudentie is daarover de laatste honderd dertig jaar betrekkelijk consistent.²⁹⁹ De praktijk van het wetgevingsbeleid heeft een nuance op deze eis aangebracht. Voor het vaststellen van algemene verbindende voorschriften bij zelfstandige algemene maatregel van bestuur bestaat enige ruimte indien het gaat om uitzonderlijke situaties en indien de maatregel wordt getroffen bij wijze van tijdelijke voorziening. Over de aanvaardbaarheid van die nuance heeft de rechter zich nog niet uitgesproken al lijkt de Raad van State die in zijn advisering te billijken.³⁰⁰

Optie 1.1, artikel 89, tweede lid, eerste volzin:

2. Algemene maatregelen van bestuur en andere algemeen verbindende voorschriften rusten op een wettelijke basis.(...)

De zinsnede 'vanwege het Rijk vastgestelde' komt nu voor in het vierde lid van artikel 89 Grondwet. Op deze wijze wordt ook alle rijkswetgeving en andere regelgeving afkomstig van de centrale overheid onder het regime van de artikel 89, eerste tot en met het derde lid, gebracht. Deze optie voorstel spreekt niet langer van rijkswetgeving om twee redenen. Ten eerste is de huidige redactie van artikel 89 Grondwet weliswaar juridisch-technisch in lijn met de opzet van het Statuut en de verhouding daarin tot de Grondwet, maar toch blijft het bijzonder dat de Nederlandse Grondwet hier de regels stelt voor rijkswetgeving (te weten algemene maatregelen van rijksbestuur, kleine koninklijke rijksbesluiten en rijksministeriële regelingen). De bekendmaking van rijkswetten en algemene maatregelen van rijksbestuur is al voorzien in artikel 22 van het Statuut. Dat laat alleen de rijksministeriële regelingen over. Omdat dat soort regelingen relatief weinig voorkomt en het Statuut ze niet noemt³⁰¹ is het eigenlijk ook niet nodig ze hier in de Nederlandse Grondwet ze nog nader te noemen of te reguleren. De nieuwe redactie van het vierde lid van artikel 89 spreekt bovendien heel in het algemeen van algemeen verbindende voorschriften, waardoor voor alle hier voor gebiedsdeel Nederland geldende algemeen verbindende voorschriften (rijksafkomstig of niet) geldt dat ze bekend moeten worden gemaakt alvorens ze in werking kunnen treden.

299. Zie o.a. het eerder genoemde HR 22 juni 1973, NJ 1973, 386 (Fluoridering-arrest), als ook de recente uitspraak HR 23 mei 2003, AB 2004, 157.

300. Zie o.a. het advies van de Raad van State van 12 maart 2001, Kamerstukken II 2001/02, 27 570 (R1672) A en Raad van State, Jaarverslag 2002. Den Haag, p. 25.

301. Zie Borman 2005, p. 134-135.

Optie 1.2, artikel 89, tweede lid, tweede volzin:

2. (...) De wet draagt de bepaling van straffen en van hoofdelementen van een regeling niet over.

In deze optionele bepaling is het primaat van de wetgever uitgedrukt. Dit door de commissie-Polak³⁰² ontwikkelde uitgangspunt houdt in dat bij de verdeling van elementen van een regeling over de wet en algemeen verbindende voorschriften van lager niveau de wet de essentialia van het regelingscomplex bevat. In de Aanwijzingen voor de regelgeving is dit primaat van de wetgever in de aanwijzingen 21 en 24 verwoord. Aanwijzing 22 bepaalt dat de hoofdelementen van een regeling in een wet worden ondergebracht, en aanwijzing 24 geeft daaraan nadere invulling door te bepalen welke elementen zoveel mogelijk in de wet worden opgenomen.

Derde lid

In de eerste volzin van het derde lid wordt de in aanwijzing 21 neergelegde norm ten aanzien van het gebruik van zelfstandige algemene maatregelen van bestuur tot uitdrukking gebracht. In 1985 zag de commissie-Polak,³⁰³ in lijn met de jurisprudentie, geen ruimte meer voor zelfstandige algemene maatregelen van bestuur. Het legaliteitsbeginsel verzet zich daartegen, meende de commissie. Het kabinet kwam daarop met een nader standpunt daarbij stellende dat er in ons bestel toch enige ruimte bestaat voor zelfstandige algemene maatregelen van bestuur. In geval van bijzondere situaties kan het bij wijze van tijdelijke voorziening wenselijk zijn een algemene maatregel vast te stellen.³⁰⁴ Voor dit standpunt is wel wat te zeggen. Het staat het bestuur toe om in geval van nood of dringende spoed slagvaardig op te treden. Deze compromisnorm is ook neergelegd in aanwijzing 21 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Het probleem is echter wel dat het bestaan van deze bevoegdheid tot het slaan van zelfstandige algemene maatregelen van bestuur betwist is en er bovendien geen hedendaagse normen of procedures zijn die het gebruik ervan normeren.

De voorgestelde bepaling normeert het gebruik van de zelfstandige algemene maatregel van bestuur inhoudelijk (alleen in geval van buitengewone omstandigheden) en via een bekrachtigingsprocedure. In de enkele gevallen van zelfstandige – extern werkende – algemene maatregelen van bestuur die zich de laatste jaren nog hebben voorgedaan, zien we in

Nederland, dat het praktisch begint te worden een zelfstandige algemene maatregel van bestuur te doen volgen door een gelijkkluidend wetsvoorstel.³⁰⁵ Ook in andere landen waarin de regering zelfstandig – op basis van een grondwettelijke bevoegdheid – in buitengewone omstandigheden decreten mag uitvaardigen, is er wel steeds een procedure waarbij zo'n decreet alsnog ter goedkeuring aan het parlement wordt voorgelegd. De Spaanse Grondwet vergt bijvoorbeeld dat een tijdelijk wetsdecreet zo spoedig mogelijk doch uiterlijk binnen dertig dagen na bekendmaking ter bevestiging aan het parlement wordt voorgelegd (artikel 86 Grondwet). Italië kent een ander systeem. Daar moet het parlement binnen 60 dagen het tijdelijke wetsdecreet bevestigen (artikel 77 Grondwet).

Met het huidige voorstel is voor een variant gekozen die zo nauw mogelijk aansluit bij de voorhangvariant van aanwijzing 41 (delegatie onder goedkeuring bij wet). Deze variant sluit ook het best aan bij de reeds bestaande praktijk waarin zelfstandige algemene maatregelen van bestuur meestal direct worden gevolgd door een gelijkkluidend voorstel van wet.

Er bestaat wel een verschil. Aanwijzing 41 laat een termijn van acht weken. Dat is een lange tijd in geval het een zwaarwichtig onderwerp betreft. In het voorstel is daarom gekozen voor een termijn van dertig dagen.

De termijn voor de indiening gaat lopen vanaf het bekendmakingsmoment. Dit geeft de regering enige ruimte om een tijdelijke algemene maatregel van bestuur op een later moment in werking te laten treden. Het voorstel van wet wordt ingediend bij de Tweede Kamer waarna het de gewone route van de artikelen 81 tot en met 88 van de Grondwet doorloopt.

Indien de regering een zelfstandige algemene maatregel van bestuur vaststelt zijn er twee mogelijkheden volgens het voorstel. De regering kan een voorstel indienen tot het doen voortduren van de maatregel of tot de bekrachtiging van de inhoud van de maatregel. Het laten voortduren van de tijdelijke maatregel kan zin hebben als er voorzienbaar veel tijd gemoeid zal zijn met een voorstel ter bekrachtiging van de maatregel. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn van complexe materie of regeling van zaken die in ontwikkeling zijn. Via bekrachtiging ineens kan – aan de andere kant – weer tijd worden gewonnen. Combinaties van beide voorstellen zijn onder de voorgestelde redactie mogelijk.

Weliswaar volgt al uit de procedure dat een zelfstandige algemene maatregel van bestuur tijdelijk is, maar om reden van duidelijkheid is er voor gekozen dat ook in de grondwettelijke aanduiding van zo'n maatregel nog een keer tot uitdrukking te brengen.

302. Commissie-Polak 1985.

303. Zie vorige noot.

304. Kamerstukken II 1986/87 20 038, nrs. 1-2

305. Zie bijvoorbeeld in het geval van het Besluit DNA-onderzoek (Stb. 2002, 640).

Optie 3.1, artikel 89, derde lid, eerste volzin

3. In buitengewone omstandigheden kan zonder wettelijke basis een tijdelijke algemene maatregel van bestuur met kracht van wet worden vastgesteld.(...)

In deze optie zijn de woorden ‘met kracht van wet’ toegevoegd. Hierdoor krijgen tijdelijke algemene maatregelen van bestuur kracht van wet en kunnen daarmee derogeren aan wetten. In verschillende landen van de Europese Unie staat deze mogelijkheid van wetsdecreten de regering grondwettelijk ter beschikking. Om reden van nood of spoed kan de regering – meestal tijdelijke – decreten afkondigen die de kracht van wet hebben (wetsdecreten). Dat is bijvoorbeeld het geval in Italië (artikel 77 Grondwet), Spanje (artikel 86 Grondwet) en Portugal (daar is het gebruik niet beperkt tot gevallen van nood of spoed. Zie o.a. de artikelen 201, 115 en 172 van de Portugese Grondwet). Het voordeel van deze wetsdecreten is dat ze de regering toestaan snel en slagvaardig in te spelen op noodsituaties, zelfs met voorbijgaan aan bepalingen van bestaande wetten. De figuur van het decreet met wetskracht echter staat wel betrekkelijk ver af van de bestaande situatie in Nederland. Zelfstandige algemene maatregelen van bestuur in Nederland – een figuur die wel wat lijkt op wetsdecreten in andere landen – hebben geen kracht van wet en kunnen ook niet aan wetten derogeren.

Optie 3.2, artikel 89, derde lid, eerste volzin

3. In bij wet te bepalen buitengewone omstandigheden kan een tijdelijke algemene maatregel van bestuur worden vastgesteld zonder wettelijke basis.

Bij de vraag wie moet bepalen of er sprake is van buitengewone omstandigheden is het in de redactie van het oorspronkelijke voorstel de regering die de inschatting maakt. De kamers van de Staten-Generaal kunnen achteraf beoordelen of de inschatting van de regering ook een juiste was. Dat geeft een brede beoordelingsmarge aan de regering. Optie 3.2 staat de wetgever toe die beoordelingsruimte in te snoeren. Via een wet kan dan worden voorzien in een kader voor de beoordeling van de vraag of sprake is van buitengewone omstandigheden. Dat kan – aan de andere kant – natuurlijk weer wel ten koste gaan van de bestuurlijke slagvaardigheid.

Vierde lid

In het voorstel is er voor gekozen om bekendmaking constitutief te maken voor de inwerkingtreding. Die eis geldt – al net als nu – ook voor rijks-wetgeving. Met de nieuwe redactie wordt constitutioneel verankerd wat in wezen al geldt voor alle algemeen verbindende voorschriften die beogen in Nederland toepasselijk te zijn.