De terugtred van de wetgever en het staatsrechtelijke materiële legaliteitsbeginsel

Becker, R.G.; Bosch, L.M. van den; Honée, L.F.D.

Citation

Becker, R. G., Bosch, L. M. van den, & Honée, L. F. D. (2024). De terugtred van de wetgever en het staatsrechtelijke materiële legaliteitsbeginsel. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, *185*(3), 102-116. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/4054634

Version:	Publisher's Version
License:	Leiden University Non-exclusive license
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/4054634

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

De terugtred van de wetgever en het staatsrechtelijke materiële legaliteitsbeginsel

Mr. R.G. Becker, mr. L.M. van den Bosch MA & mr. L.F.D. Honée[*]

12

1. Inleiding

De afgelopen jaren zijn Nederlandse uitvoeringsdiensten meermaals onder vuur komen te liggen vanwege de wijze waarop zij vergaande handhavingsbevoegdheden gebruikten. Zo werd er in 2015 gediscussieerd over de onevenredigheid van het alcoholslotprogramma, dat werd afgeschaft omdat het volgens de Raad van State 'een structureel onevenredig karakter' had.[1] Een paar jaar later (2020) werd het Systeem Risico Indicatie (SyRI) van tafel geveegd, omdat de overheid daarmee onterecht inbreuk zou maken op het privéleven van inwoners van Nederland.[2] De Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) kwam in 2022 onder een vergrootglas te liggen, wegens het vermeend gebruik van onrechtmatige en zeer ingrijpende handhavingsbevoegdheden.[3] En in 2023 raakte de Dienst Uitvoering Onderwijs (DUO) nog in opspraak, omdat die een mogelijk discriminerend algoritme gebruikte bij het bestrijden van studiefinancieringsfraude.[4]

Bovenstaande handhavingsbevoegdheden hebben niet alleen gemeen dat ze het nieuws haalden omdat ze zo ingrijpend waren. Opvallend is ook dat de democratisch gelegitimeerde wetgever in alle gevallen nauwelijks keuzes had gemaakt over de manier waarop die ingrijpende handhavingsbevoegdheden konden worden ingezet. De regels met betrekking tot de vraag wanneer een alcoholslot mocht worden opgelegd, wanneer informatie mocht worden geweigerd met het oog op het functioneren van de Staat of welke gegevens de overheid centraal mocht verzamelen in het kader van fraudebestrijding, werden allemaal vastgelegd zonder expliciete toestemming van de Staten-Generaal. De vraag is of die gang van zaken niet op gespannen voet staat met het legaliteitsbeginsel, dat immers voorschrijft dat overheidsingrijpen gebaseerd moet zijn op een wettelijke grondslag.[5]

In dit artikel gaan wij nader in op vier voorbeelden van ingrijpend overheidsoptreden tegen de achtergrond van de bredere ontwikkeling die bekendstaat als de 'opkomst van de bestuursstaat'. We betogen dat die bestuursstaat in beginsel misschien geen probleem vormt voor het formeler ingestoken Nederlandse legaliteitsbeginsel, maar wel voor het materiële legaliteitsbeginsel, zoals dat in bijvoorbeeld Duitsland leidend is. Een rechtsvergelijkend uitstapje naar Duitsland laat ook een interessant verschil zien in rechterlijke mogelijkheden ten aanzien van materiële legaliteit: waar de Nederlandse rechter niet kan toetsen aan het materiële legaliteitsbeginsel, kan de Duitse rechter dat wel. Concreet betekent dat dat de rechter in Duitsland op grond van het legaliteitsbeginsel af kan dwingen dat belangrijke ('wesentliche') beslissingen door het parlement worden genomen. Zou een dergelijke rechterlijke mogelijkheid een oplossing kunnen zijn voor de Nederlandse problematiek omtrent ingrijpende handhavingsbevoegdheden zoals we die aan het begin van deze inleiding beschreven? Voor de duidelijkheid benadrukken we graag dat het in dit stuk gaat om het staatsrechtelijke legaliteitsbeginsel – en dus niet om het strafrechtelijke materiële legaliteitsbeginsel, zoals vastgelegd in artikel 1 lid 1 Wetboek van Strafrecht, dat kort gezegd voorschrijft dat geen feit strafbaar is dan uit kracht van een voorafgaande wettelijke strafbepaling,[6] of het strafvordelijk legaliteitsbeginsel in artikel 1 Wetboek van Strafvordering, dat bepaalt dat strafvordering alleen plaats heeft op de wijze bij de wet voorzien.[7]

We beginnen dit artikel met een korte bespreking van de opkomst van de bestuursstaat in Nederland en de problematiek waartoe die leidt (paragraaf 2). Vervolgens

* **Roel Becker en Louis Honée zijn promovendus bij de afdeling Staats- & Bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Lotte van den Bosch is Onderzoeks- & Onderwijsmedewerker bij die afdeling en promovenda Literatuurwetenschap aan de Carl von Ossietzky Universität.**

1. ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622.
2. Zie Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865 en F. Çapkurt & Y.E. Schuurmans, 'Komt een fraudesysteem bij de rechter', in: L.W. Verboeket e.a. (red.), *Bestuursrecht in het echt. Vriendenbundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 593-609.
3. 'Uitvoering vreemdelingenbeleid vergelijkbaar met toeslagenaffaire', *NOS* 15 april 2022, nos.nl/artikel/2425227-uitvoering-vreemdelingenbeleid-vergelijkbaar-met-toeslagenaffaire.
4. B. Belleman, B. Heilbron & A. Kootstra, 'Ik dacht gewoon: ik pak je!', *De Groene Amsterdammer* 25(2023), 21 juni 2023.
5. In dit artikel gebruiken wij de termen 'legaliteitsvereiste' en 'legaliteitsbeginsel'. 'Legaliteitsvereiste' gebruiken wij alleen om de positiefrechtelijke regel aan te duiden. Zie over dit onderscheid: S.E. Zijlstra, 'Wetgeven in een democratische rechtsstaat', in: S.E. Zijlstra e.a. (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2012, p. 71-96.
6. Zie daarover uitgebreider G.J.M. Corstens, M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 98.
7. Zie daarover uitgebreider Corstens, Borgers & Kooijmans 2021, p. 23 e.v.

behandelen we twee mogelijke interpretaties van het legaliteitsbeginsel (een formele en een materiële), waarbij we opmerken dat Nederland een formelere interpretatie hanteert en Duitsland een materiëlere (paragraaf 3). In paragraaf 4 gaan we in op de rechterlijke omgang met de bestuursstaat. Tot nu toe wordt vooral bepleit dat de rechter zelf meer inhoudelijke beslissingen moet nemen, maar wij denken dat er goede redenen zijn om in aanvulling daarop de rechter de mogelijkheid te geven om met behulp van het legaliteitsbeginsel af te dwingen dat bepaalde beslissingen door de volksvertegenwoordiging worden genomen. We bespreken zowel de wenselijkheid van toetsing aan het materiële legaliteitsbeginsel, als bestaande mogelijkheden onder huidig recht. Dan volgt een conclusie (paragraaf 5).

2. Achtergrond: de Nederlandse bestuursstaat, of de terugtredende wetgever

De in de inleiding beschreven ingrijpende handhavingsbevoegdheden zonder directe democratische grondslag passen in een bredere ontwikkeling: al jaren wordt erop gewezen dat 'het bestuur' steeds verdergaande bevoegdheden uitoefent. Deze ontwikkeling gaat hand in hand met de 'terugtred van de wetgever'.[8] Die term wijst op de ontwikkeling die inhoudt dat, in ieder geval in nieuwe regelgeving, steeds minder expliciete normen worden vastgesteld via het formele wetgevingsproces; die normstelling wordt met name op 'lagere' niveaus bewerkstelligd, door de regering of een individuele minister.[9] Op sommige terreinen beperkt de formele wetgever zich zelfs tot het opstellen van brede kaderwetgeving, zodat essentiële regelgevingsvraagstukken uitsluitend op een lager niveau worden vastgelegd.[10] Zo bepaalt de wet nagenoeg niets inhoudelijks over de vraag wanneer een partij aanspraak kan maken op subsidies, want dat is allemaal geregeld in ministeriële regelingen. Ook milieunormen, bijvoorbeeld, worden op grond van de Wet milieubeheer vastgesteld door de uitvoerende macht. Het bestuur beperkt zich in dit soort gevallen dus niet langer tot het uitvoeren van wetten, maar speelt zelf ook een belangrijke normstellende rol.[11, 12] De procedure voor het vaststellen van dit soort regels is met minder waarborgen omkleed, voornamelijk omdat de Staten-Generaal hier niet actief bij betrokken zijn. Het bestuur, daarentegen, wordt steeds machtiger, zelfs tot in de mate dat wordt gesproken van een 'bestuursstaat' of 'administrative state'.[13] We schetsen die ontwikkeling hier kort.

2.1. De opkomst van de bestuursstaat in Nederland

De opkomst van de bestuursstaat is geen heel recent verschijnsel in Nederland. Grofweg sinds het begin van de vorige eeuw is, mede ten gevolge van democratisering, steeds meer geaccepteerd geraakt dat de overheid actief moet ingrijpen om de samenleving rechtvaardiger te maken en het welvaren van burgers te bevorderen.[14] De overheid heeft dan ook steeds meer taken op zich genomen; in plaats van in een nachtwakersstaat leven we nu in een samenleving waarin de overheid 'van de wieg tot het graf' voor ons kan zorgen. Wetgeven is al lang niet meer alleen het *codificeren* van normen uit breed geaccepteerde sentimenten, maar staat minstens net zo sterk in het teken van het actief *modificeren* van de samenleving door het bestuur de bevoegdheid te geven om publieke middelen te verdelen en de markt te reguleren.[15] Die verdeling en regulering zijn vandaag de dag – met name door digitale en technologische vooruitgang, diversificering en internationalisering – ook beduidend ingewikkelder, omdat daarvoor bijzonder veel technische en gedetailleerde expertise is vereist. Een verschuiving van taken naar het bestuur is in dat kader

8. Over die term wordt in Nederland al meer dan een eeuw gesproken. Door Struycken al in 1910(!) (A.A.H. Struycken, *Administratie of rechter*, Arnhem: Gouda Quint 1910, p. 17 e.v.). Zie ook C.W. van der Pot, *De verdeeling der Staatstaak* (oratie Groningen), Leiden: Eduard IJdo 1921, m.n. p. 20; E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortlep & A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (VAR-reeks 154), Den Haag: Bju 2015, p. 26 (onder verwijzing naar *Administratie of rechter*) en H.D. van Wijk, 'Voortgaande terugtred', in: *Besturen met recht*, Den Haag: VNG 1974, p. 99-115.
9. De discussie omtrent wat in Nederland bekend is als de 'terugtredende wetgever' wordt ook in internationale context gevoerd; in dat internationale verband gaat het vaak over de 'administrative state' (zie o.a. C. Sunstein & A. Vermeule, *Law & Leviathan. Redeeming the Administrative*, Cambridge/Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press 2020). De term 'terugtredende wetgever' wordt overigens ook – in een meer neoliberale benadering – gebruikt om een situatie te beschrijven waarin sprake is van minder overheidsinterventie (vgl. W.J.M. Voermans 'Besturen met regels, volgens de regels', in: W.J.M. Voermans, R.J.B. Schutgens & A.C.M. Meuwese, *Algemene regels in het bestuursrecht* (preadviezen VAR 2017, VAR-reeks/Vereniging voor Administratief Recht nr. 158), Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 7-94).
10. Zie uit veel meer J.E. Esser & Y.E. Schuurmans, 'Gedeelde tafel, eigen stoel: rechter en rechtsvorming in het bestuursrecht', in: J. Goossens e.a. (red.), *Publikaties van de Staatsrechtkring: Rechtsvorming in een hypercomplexe samenleving. Bundel n.a.v. de Staatsrechtconferentie 2022* (Tilburg University), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2022, p. 25-60; Hirsch Ballin 2015; R. van Gestel, 'Een ongekend parlement: Over de toeslagenaffaire en de Trias', in: J. Goossens e.a. (red.), *Rechtsvorming in een hypercomplexe samenleving. Bundel n.a.v. de Staatsrechtconferentie 2022* (Tilburg University), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2022; Voermans 2017; W.J.M. Voermans, *Onze Constitutie*, Amsterdam: Prometheus 2023, p. 577 e.v. en Raad van State, *Een slagvaardige overheid – een beschouwing (Jaarverslag 2022)*, Den Haag 2023.
11. In het kader van de terugtredende wetgever wordt overigens ook veel gesproken over privatisering, maar dat aspect laten wij buiten beschouwing. Voermans 2017 bespreekt uitgebreid hoe de vorm van overheidsinterventies is veranderd.
12. Een bijzondere vorm van delegatie vormt decentralisatie van bevoegdheden naar lagere overheden. Daarvan is sinds 2015 bijvoorbeeld sprake in het sociaal domein. In het artikel laten we decentralisatie buiten beschouwing, nu de lokale volksvertegenwoordigende organen daar (idealiter) toezien op het beleid of dit medevormgeven, en dus minder sprake is van een beperkt democratisch mandaat.
13. Vgl. C. Harlow & R. Rawlings, *Law and Administration*, Londen: Weidenfeld and Nicolson 2009, p. 33-34. Zie bijvoorbeeld ook W.J.M. Voermans, *Het land moet bestuurd worden*, Amsterdam: Prometheus 2021, p. 144, 196. Zie ook Voermans 2017, p. 7-94. Zie ook hier Sunstein & Vermeule 2020.
14. Hirsch Ballin 2015, p. 12-13.
15. T. Koopmans, 'De rol van de wetgever', in: H.C.F. Schoordijk e.a. (red.), *Honderd jaar rechtsleven: de Nederlandse Juristen-Vereniging 1870-1970*, Zwolle: Tjeenk Willink 1970, p. 221-235. Zie ook Voermans 2023, p. 551 en Sunstein & Vermeule 2022.

geen onbegrijpelijke ontwikkeling. Esser & Schuurmans wijzen daarnaast nog op een recentere oorzaak voor de opkomst van de bestuursstaat: politieke versplintering. De fragiele coalities met kleine meerderheden die daar vaak het gevolg van zijn maken het nu eenmaal lastig politieke consensus te bereiken; het doorschuiven van de moeilijke vragen naar 'de uitvoering' is daarom vaak een politiek aantrekkelijke optie als de regering op korte termijn nieuw beleid wil ontwikkelen waarvan de resultaten snel zichtbaar moeten zijn.[16]

In Nederland zijn de wetgevende en bestuurlijke taak niet ondergebracht bij verschillende staatsmachten, maar verdeeld in een complexer systeem van *checks and balances*. Zo heeft de regering zowel een bestuurlijke als een medewetgevende taak, en zijn de Staten-Generaal niet alleen (mede)wetgever, maar ook controleur van de regering. De gevolgen van de verschuiving binnen de trias politica die gepaard gaat met de zojuist beschreven opkomst van de bestuursstaat verschillen dan ook per staatsmacht. Zo stelt Van Gestel dat de Staten-Generaal, als gevolg van de ontwikkeling van de terugtredende wetgever, meer oog hebben voor hun controlerende taak en minder voor de wetgevende taak.[17] Ook is de regering in een redelijk aantal gevallen zelf geen uitvoerder meer. In plaats daarvan schrijft zij beleid dat wordt uitgevoerd door op afstand van de politiek geplaatste zelfstandige bestuursorganen (zbo's), stuurt ze bedrijven aan via (consessie)overeenkomsten en kan ze via medebewindconstructies invulling geven aan decentrale uitvoering van de wet.

Voor veel overheidsoptreden is een gebrek aan inhoudelijke normstelling door de wetgever dus aan de orde van de dag. Dat is lang niet altijd problematisch. De regelgeving rondom veel subsidies, bijvoorbeeld, is neergelegd in lagere regelgeving, maar nu het in dat geval gaat om begunstigend overheidsoptreden en het ondoenlijk is om te eisen dat alle subsidieregelingen (het zijn er talloze) bij wet in formele zin worden vastgesteld, is dat goed te billijken. Iets vergelijkbaars geldt voor milieunormen, aangezien de vaststelling daarvan, die nodig is om publieke waarden zoals een goed milieu na te streven, specifieke expertise vereist. Staatsrechtelijk zijn er relatief weinig bezwaren tegen een praktijk waarin deze normen zonder medewerking van de Staten-Generaal tot stand komen. De vraag is echter of dat ook gezegd kan worden van handhavend en repressief overheidshandelen dat ingrijpt in klassieke grondrechten. Een nadere analyse van vier voorbeelden – het alcoholslotprogramma, SyRI, woningsluiting op grond van overtreding van de Opiumwet (Wet Damocles) en geheimhouding onder de Wet open overheid (Woo) – maakt duidelijk dat de overheid diep kan ingrijpen in de persoonlijke levenssfeer via besluiten in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). In dit licht verbaast het dan ook niet dat de Afdeling advisering van de Raad van State het parlement heeft opgeroepen de controle 'terug te pakken'.[18, 19]

2.2. De terugtredende wetgever: vier voorbeelden van ingrijpend overheidsoptreden

In deze paragraaf bespreken we vier voorbeelden die laten zien tot welke vormen van ingrijpend overheidsoptreden de terugtred van de wetgever kan leiden. We voorzien die voorbeelden hier van enige context. Het alcoholslotprogramma, ten eerste, zag het levenslicht in 2011 en vond zijn basis in artikel 130 en 131 Wegenverkeerswet 1994. Het Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen (CBR) had op dat moment al de bevoegdheid om een Educatieve Maatregel Alcohol en verkeer (EMA) – een zesdaagse cursus over de effecten van alcohol in het verkeer – op te leggen, of een onderzoek te doen naar de rijgeschiktheid met als mogelijk gevolg het verlies van het rijbewijs, als uit een blaastest bleek dat een bestuurder te veel had gedronken.[20] De regering wilde dat er een tussenbevoegdheid zou komen; die kreeg de vorm van een alcoholslotprogramma. In de praktijk kwam het daarbij horende wetsvoorstel neer op een strengere aanpak van alcohol in het verkeer, die was ingezet omdat de daling van het aantal alcoholgerelateerde verkeersdoden was gestagneerd.[21] De strengere aanpak hield in dat in gevallen waarin voorheen een EMA werd opgelegd, bij een alcoholpromillage van 1.3-1.8,[22] nu een alcoholslotprogramma (asp) zou worden opgelegd.[23] Deze promillages stonden niet beschreven in de wet, maar in de Regeling maatregelen rijvaardigheid en geschiktheid 2011, een ministeriële regeling tot stand gekomen op basis van artikel 131 lid 1 Wegenverkeerswet.[24] Op grond van artikel 132c lid 1, 6 en 7 Wegenverkeerswet (oud) kwamen de kosten voor deelname aan het asp ten laste van degene aan wie de verplichting tot deelname was opgelegd. De hoogte van deze kosten

16. Esser & Schuurmans 2022, p. 26.
17. Van Gestel 2022, p. 65-67.
18. Raad van State, *Evenwicht in de rechtsstaat – een beschouwing (Jaarverslag 2019)*, Den Haag: 2020, p. 14. Zie kritisch Van Gestel 2022, p. 77-78.
19. De roep om een reactie op de bestuursstaat impliceert overigens niet dat er nog helemaal geen parlementaire mechanismen bestaan ten aanzien van door het bestuur genomen beslissingen. Er kan in dat kader worden gewezen op de vertrouwensregel, op grond waarvan het parlement een minister naar huis kan sturen wegens bepaalde keuzes gemaakt door 'het bestuur'. De verhouding is nog weer complexer in geval van zbo's. Dit is echter een beperkt controlemechanisme, temeer nu de Kamer voor controle op deze manier afhankelijk is van informatievoorziening door de minister zelf, die de laatste tijd vaak gebrekkig is. Zie bijvoorbeeld Van Gestel 2022, p. 75-76, onder verwijzing naar Raad van State, *Jaarverslag 2019* (2020) en G. Enthoven, H*oe vertellen we het de Kamer? Een empirisch onderzoek naar de informatierelatie tussen regering en parlement* (diss. Tilburg), Delft: Eburon 2011. Af en toe worden amvb's aan de Kamer 'voorgehangen', maar een dergelijke procedure leidt zelden tot wijzigingen. Van Gestel 2022, p. 75, onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 2006/07, 29383.
20. *Kamerstukken II* 2008/09, 31896, nr. 3.
21. *Kamerstukken II* 2008/09, 31896, nr. 3.
22. Bij ervaren bestuurders; de regels waren strenger voor beginnende bestuurders.
23. *Kamerstukken II* 2008/09, 31896, nr. 3, p. 13 en 15; Regeling maatregelen rijvaardigheid en geschiktheid 2011 zoals geldig in 2013.
24. ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622, r.o. 5.3, *AB* 2015/160, m.nt. R. Stijnen.

werd bepaald bij ministeriële regeling. Volgens het onderzoek van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum liepen de daaraan verbonden kosten 'ruwweg uiteen van € 3.940 tot € 4.266 afhankelijk van het gekozen leasepakket'.[25] Dat is een fors bedrag, zeker gezien het feit dat tegenwoordig de OM-richtlijn voor boetebedragen ten aanzien van dezelfde promillages uiteenloopt van € 650 tot € 850.[26] Over dat forse bedrag had de wetgever echter niets specifieks bepaald. Uiteindelijk oordeelde de Afdeling dat de regeling van de minister in strijd was met het evenredigheidsbeginsel; de Hoge Raad meende dat oplegging van een asp een vorm van strafrechtelijke vervolging was, met als gevolg dat deze constructie verdween uit het bestuursrecht.[27]

Een tweede voorbeeld van verregaande delegatie biedt SyRI. SyRI (Systeem Risico Indicatie) was een systeem met als primair doel fraudebestrijding op het terrein van onder andere toeslagen, uitkeringen en belastingen. In dat kader voorziet artikel 64 Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen (SUWI) in de samenwerking van een aantal bestuursorganen (met name colleges van burgemeester en wethouders en uitvoeringsdiensten), opdat die persoonlijke gegevens uit kunnen wisselen.[28] Artikel 65 Wet SUWI bevatte de bevoegdheidsgrondslag voor de regering om bij amvb (Besluit SUWI) de persoonsgegevens aan te wijzen die in SyRI mochten worden verwerkt, en om te bepalen onder welke voorwaarden toegang zou kunnen worden verkregen tot die gegevens. Volgens de Afdeling advisering van de Raad van State en de rechtbank bevatte het Besluit SUWI weliswaar een limitatieve opsomming van persoonsgegevens, maar was er nauwelijks een persoonsgegeven te bedenken dat niet in aanmerking kwam voor verwerking in SyRI.[29] De enige waarborgen die artikel 65 Wet SUWI bood, waren de doelbinding – de gegevens mochten alleen worden ingezet voor fraudebestrijding –, een geheimhoudingsplicht rustend op de persoon die met de gegevens werkte en een maximale bewaartermijn van twee jaar. Oftewel: de wet gaf de regering nagenoeg een carte blanche ten aanzien van de vraag welke gegevens mochten worden verwerkt en op welke wijze toegang tot die gegevens kon worden verkregen.[30] De rechtbank bepaalde uiteindelijk dat artikel 65 Wet SUWI en hoofdstuk 5a Besluit SUWI strijdig waren met artikel 8 lid 2 EVRM, aangezien ze niet voldeden aan het transparantievereiste.[31]

Het derde voorbeeld dat we hier noemen betreft de bevoegdheid van de burgemeester om woningen te sluiten op grond van artikel 13b Opiumwet, ingevoerd met de zogeheten Wet Damocles. Dit artikel verleent de burgemeester de bevoegdheid om een woning te sluiten als daar een middel dat op de Opiumlijst staat wordt verkocht, afgeleverd of verstrekt, dan wel daartoe aanwezig is. Op grond van het oude artikel 13b Opiumwet konden hiervoor al publiekelijk toegankelijke plaatsen worden gesloten; een reactie op de wildgroei van coffeeshops in de jaren tachtig.[32] Dat betekende concreet dat de burgemeester voor het sluiten van een woning gebruik moest maken van een grondslag uit de Gemeentewet, voor toepassing waarvan een verstoring van de openbare orde vereist was. Die bevoegdheid was volgens de regering onvoldoende, omdat het vastleggen van een dossier veel capaciteit vroeg en criminelen steeds beter waren geworden in het voorkomen van openbare-ordeverstoringen. Als reactie hierop werd in 2007 de bevoegdheid uit de Opiumwet verruimd, zodat ook woningen konden worden gesloten als van daaruit handel wordt gedreven.[33] De Opiumwet geeft geen handvatten met betrekking tot het antwoord op de vraag wanneer sprake is van 'handel' en in de memorie van toelichting is daarover alleen opgemerkt dat hierover 'geen onduidelijkheid' bestaat.[34] Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een handelshoeveelheid vindt men in de praktijk houvast in de richtlijnen die het OM hiervoor vaststelt;[35] alles boven één pil MDMA is daarmee voldoende, bij wiet gaat het om maximaal vijf planten. Er is dus niet veel nodig om op grond van deze bevoegdheid een woning te sluiten, hoewel een woningsluiting diep ingrijpt in het leven van de overtreder en mogelijk ook andere betrokkenen.

Het laatste voorbeeld in deze reeks betreft geheimhouding onder de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) en zijn opvolger, de momenteel geldende Wet open overheid (Woo). Op grond van deze wet wordt overheidsinformatie openbaar, tenzij die informatie van openbaarheid is uitgezonderd. De wet erkent een aantal belangen op grond waarvan uitzondering is gerechtvaardigd, zoals

25. Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatiecentrum, *Differentiële effectiviteit maatregelen alcohol en verkeer*, Cahier 2022-7, p. 23.
26. Zo'n boete kan gezamenlijk worden opgelegd met een rijontzegging. Zie *Stcrt.* 2019, 66646, Openbaar Ministerie, Richtlijn voor strafvordering rijden onder invloed van alcohol en/of drugs en rijden tijdens een rijverbod. Uit par. 6.20 van de conclusie van A-G A.E. Harteveld voor HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434, *AB* 2015/159, m.nt. R. Stijnen blijkt dat dit ongeveer hetzelfde was in de tijd dat het alcoholslotprogramma van kracht was.
27. ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622, *AB* 2015/160, m.nt. R. Stijnen; HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434, *AB* 2015/159, m.nt. R. Stijnen.
28. Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 3.3.
29. Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 6.98; *Kamerstukken II* 2017/18, 26643, nr. 557, p. 12.
30. Çapkurt & Schuurmans 2021.
31. Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865 (zie met name r.o. 6.7). Zie uitgebreid paragraaf 4.2.
32. L.M. Bruijn, 'De ontwikkeling van de Wet Damocles: burgemeesters trekken zwaard in de strijd tegen drugs', *TBS&H* (4) 2018, afl. 3, p. 143-162.
33. *Kamerstukken II* 2005/06, 30515, nr. 3; *Stb.* 2007, 355.
34. Voordat de bevoegdheid werd uitgebreid naar woningen was deze al van toepassing op de sluiting van 'voor het publiek toegankelijke lokalen'. In de memorie van toelichting wordt daarnaast niet ingegaan op het feit dat deze bevoegdheid in voorkomende gevallen kan betekenen dat families op straat worden gezet. In plaats daarvan wordt in de memorie van toelichting alleen het beeld geschapen van doortrapte criminelen die gebruikmaken van alle mazen in de wet. *Kamerstukken II* 2005/06, 30515, nr. 3, p. 10.
35. ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2362; Bruijn 2018, p. 158-159; ABRvS 6 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2243, *BR* 2022/36, m.nt. R.J.H. Bruggeman.

de persoonlijke levenssfeer of de veiligheid van de Staat. Daarnaast bestaat er een vangnetbepaling: op grond van artikel 10 lid 2 onder g Wob werd informatie niet openbaar als openbaarmaking niet opwoog tegen het belang van het voorkomen van onevenredige benadeling van natuurlijke personen of rechtspersonen. De wetgever achtte het onmogelijk om vooraf alle gevallen te bedenken waarin een uitzondering verantwoord was en een verzamelbepaling kon flexibel worden ingezet om voor deze gevallen uitkomst te bieden, zonder dat al deze gevallen in de wet zouden hoeven te worden opgenomen.[36] Factoren die relevant bleken bij de vraag of deze uitzonderingsgrond opgaat, zijn bijvoorbeeld de aanwezigheid van interne of externe onderzoeken waarbij vertrouwelijkheid is toegezegd,[37] het goed functioneren van de ministerraad (of een ministeriële commissie),[38] de noodzaak van vertrouwelijkheid van beraad binnen colleges en adviesinstanties[39] en de procespositie in (te verwachten) gerechtelijke procedures.[40] Dat zijn ruime categorieën van (voorspelbare) beperkingen van het uitgangspunt dat overheidsinformatie openbaar is. Met de komst van de Woo zijn we die rekkelijke benadering van de restgrond niet kwijtgeraakt; daarin is 'het goed functioneren van de Staat' het breed geformuleerde belang dat in overweging dient te worden genomen (artikel 5.1 lid 2 onder i Woo).[41] Dit Woo-voorbeeld lijkt een iets ander karakter te hebben dan het alcoholslotprogramma en SyRI, omdat er geen sprake is van delegatie van regelgevende bevoegdheid. Tegelijkertijd is er een belangrijke parallel te zien. De hier besproken uitzonderingsgronden zijn namelijk allemaal opgenomen in beleid; de wetgever heeft daarmee alleen impliciet ingestemd. Daarnaast gaat het niet om handhavend overheidsoptreden. Tegelijkertijd is de weigering om toegang tot overheidsinformatie te bieden door de overheid een beperking van het recht op informatie dat een elementair deel vormt van de democratische rechtsstaat, zoals ook bijvoorbeeld de Toeslagenaffaire heeft laten zien.

Alle hierboven besproken bevoegdheden zijn in voorkomende gevallen grondslagen voor potentieel ingrijpend overheidshandelen. De Wet SUWI stelde de overheid in staat om bijna alle persoonsgegevens van mensen met een uitkering te verzamelen op een centraal punt en op voor de samenleving onbekende manieren te verwerken in het kader van toezicht. Het alcoholslotprogramma was op zijn eigen wijze zeer ingrijpend. De kosten voor deelname zijn niet alleen erg hoog; een alcoholslotprogramma kon bovendien alleen in personenauto's worden geïnstalleerd, dus als iemand beroepsmatig reed of meerdere auto's moest besturen voor werk, leidde het opleggen van het alcoholslotprogramma vaak tot ontslag. Bij de Wet Damocles is soms sprake van een jong gezin dat na de ontdekking van een relatief kleine hoeveelheid drugs op straat komt te staan. En met de toepassing van de rekkelijke benadering van de i-grond (restgrond) in de Wet open overheid (en voormalige Wet openbaarheid van bestuur), ten slotte, wordt het recht op overheidsinformatie (onrechtmatig) beperkt. In de volgende paragrafen betogen wij dat het feit dat deze ingrijpende overheidshandelingen een beperkte democratische legitimatie hebben in beginsel misschien geen probleem vormt voor het formeler ingestoken Nederlandse legaliteitsbeginsel, maar wel voor het materiële legaliteitsbeginsel, zoals dat in bijvoorbeeld Duitsland leidend is. Daarom bespreken we, na eerst enkele algemene opmerkingen te hebben gemaakt over legaliteit, het Nederlandse en het Duitse legaliteitsbeginsel.

3. Legaliteit

Overheidsingrijpen moet gebaseerd zijn op een wettelijke grondslag. Dat volgt uit het legaliteitsbeginsel: een van de belangrijkste grondslagen van de democratische rechtsstaat zoals we die kennen.[42] Dat wil echter niet zeggen dat dat beginsel ook in iedere democratie precies hetzelfde karakter heeft. In deze paragraaf behandelen we twee opvattingen van het legaliteitsbeginsel: de relatief beperkte en formelere Nederlandse opvatting, en de meer materiële Duitse opvatting.

3.1. Algemeen

Algemeen beschouwd ziet het legaliteitsbeginsel op twee met elkaar samenhangende verhoudingen: die tussen overheid en burger enerzijds en die tussen staatsmachten onderling anderzijds. Ten eerste reguleert het legaliteitsbeginsel de verhouding tussen overheid en burger: het vereisen van een wettelijke grondslag impliceert dat de overheid ter uitoefening van haar taak niet ad hoc beslissingen neemt, maar steeds handelt conform duidelijke algemene voorschriften die vooraf bekend zijn gemaakt. Deze werkwijze borgt fundamentele beginselen van de rechtsstaat: rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en het verbod van willekeur. Concreet betekent dit dat overheidshandelen voorspelbaar is voor de burger en dat er geen verschillende regels gelden ten aanzien van verschillende burgers zonder dat daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat. Om deze doelen te behalen, is slechts vereist dat de regels in *een* wettelijk voorschrift worden opgenomen. Een voorbeeld biedt het legaliteitsvereiste uit het EVRM:[43] dit stelt louter materiële vereisten – zoals kenbaarheid en duidelijkheid – aan het recht dat de grondslag vomt voor grondrechtenbeperkingen.[44] Voor de toetsing aan het legaliteitsvereiste uit het EVRM is

36. *Kamerstukken II* 1986/87, 19859, nr. 3, p. 37.
37. ABRvS 27 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:940, *AB* 2019/256, m.nt. P.J. Stolk.
38. ABRvS 16 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:100, *AB* 2019/120, m.nt. P.J. Stolk.
39. ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2143, *Gst.* 2018/161, m.nt. C.N. van der Sluis.
40. ABRvS 16 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP4737, *AB* 2011/99, m.nt. P.J. Stolk.
41. Inmiddels zijn deze voorbeelden opgenomen in beleid: de rijksbrede instructie voor het behandelen van Woo-verzoeken. Zie Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Rijksbrede instructie voor het behandelen van Woo-verzoeken* 2022, p. 27-28.
42. Vgl. o.a. Voermans 2023, p. 523, die het legaliteitsbeginsel omschrijft als het 'hart van de rechtsstaatsgedachte'.
43. Zie lid 2 van artikel 8-11 EVRM.
44. J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 100-101.

het dus niet relevant of de regeling is opgenomen in een wet in formele zin, ministeriële regeling, lokale verordening, of zelfs een zelfstandige amvb, zolang er maar *een* grondslag is. Deze vorm van het legaliteitsbeginsel biedt in Nederland amper een extra rechtswaarborg: zelfstandige amvb's zijn weliswaar toegestaan, maar kunnen niet door straffen worden gehandhaafd[45] en zijn überhaupt zeer zeldzaam.[46] (Bijna) alle regelgeving is dus terug te voeren op een wet in formele zin. Tegelijkertijd regelt die wet in formele zin, zoals hierboven besproken, vaak bijzonder weinig. Dat leidt tot een wat paradoxale situatie, waarin het legaliteitsbeginsel vereist dat zo goed als al het overheidshandelen een formeelwettelijke grondslag behoeft, maar de inhoud van die grondslag vervolgens nauwelijks normeert.

Ten tweede kan het legaliteitsvereiste ook implicaties hebben voor de verhouding tussen staatsmachten, door te vereisen dat bepaalde beslissingen alleen door de wetgevende macht mogen worden genomen. In die gevallen normeert het legaliteitsbeginsel dus de bevoegdheidsverdeling tussen wetgevende en uitvoerende macht. In het bekende *Fluoriderings*-arrest treffen we hiervan een voorbeeld aan.[47] De overwegingen van de Hoge Raad in dat arrest zien immers op het feit dat het toevoegen van een fluorverbinding aan het drinkwater in Amsterdam zo ingrijpend is, dat hiervoor uit de tekst van de wet of de wetsgeschiedenis moet blijken dat de wetgever deze vrijheid heeft willen geven. Hier ziet de bescherming van het legaliteitsbeginsel primair op de bevoegdheidsverdeling tussen formele wetgever en bestuur. Zonder grondslag in de wet in formele zin was, in deze casus, de beslissing van de staatssecretaris om goedkeuring te verlenen voor het toevoegen van de fluorverbinding op basis van het Waterleidingsbesluit immers onverbindend.

Deze variant van het legaliteitsbeginsel, die ook eisen stelt aan het *karakter* van het wettelijk voorschrift dat een grondslag vormt voor overheidshandelen, komt voor in twee subvarianten die kunnen worden geïllustreerd aan de hand van artikel 89 lid 2 Grondwet. Bij de eerste subvariant gaat het erom *dat* een overheidsbevoegdheid uiteindelijk terug te voeren moet zijn op een formele wet.[48] Een voorbeeld vormen de 'voorschriften, door straffen te handhaven' die te vinden zijn in de eerste volzin van artikel 89 lid 2 Grondwet. In het geval van de tweede subvariant is het simpele bestaan van een formeelwettelijke grondslag niet voldoende, maar moeten bepaalde zaken al in die wet in formele zin zelf geregeld worden. Een voorbeeld hiervan kan ook worden gevonden in de tweede volzin van artikel 89 lid 2 Grondwet: de zin 'de wet bepaalt de op te leggen straffen' houdt in dat op te leggen straffen uitputtend in de wet in formele zin moeten worden geregeld. Het materiële legaliteitsbeginsel begrenst daarmee de bevoegdheid van de formele wetgever om onderwerpen te delegeren aan lagere regelgevers.

Al met al is de vraag dus of voor een vorm van overheidshandelen vereist is dat die terug te leiden is tot de formele wetgever (formeel legaliteitsbeginsel),[49] en zo ja, of voor die formeelwettelijke grondslag ook nog inhoudelijke vereisten gelden (materieel legaliteitsbeginsel). In het vervolg van deze paragraaf onderzoeken wij welke vereisten gelden voor de wet in formele zin om een grondslag te vormen voor bestuurshandelen in Nederland en Duitsland. Deze hoofdvraag valt conceptueel uiteen in twee elkaar opvolgende deelvragen: (1) Voor welk bestuurshandelen is überhaupt een wet in formele zin als grondslag vereist en (2) als die formele grondslag is vereist, welke vereisten gelden dan met betrekking tot die wet in formele zin? Deze vragen bespreken wij eerst ten aanzien van Nederland (paragraaf 3.2) en vervolgens ten aanzien van Duitsland (paragraaf 3.3).

3.2. Legaliteit in Nederland

Het legaliteitsbeginsel in Nederland heeft de nodige ontwikkeling doorgemaakt. Zoals Voermans beschrijft in *Onze Constitutie* had het tot het midden van de negentiende eeuw nog de vorm van een ongeschreven rechtsbeginsel.[50] Een eerste belangrijk arrest in dat kader is *Meerenberg* (1879), waarin werd bepaald dat de Koning slechts een regelgevende bevoegdheid heeft als die hem expliciet is toegekend.[51] Bij de Grondwetsherziening in 1887 werd, mede in reactie op *Meerenberg*, het legaliteitsbeginsel gecodificeerd ten aanzien van 'voorschriften door straffen te handhaven', de regeling die nu in artikel 89 lid 2 Grondwet is vastgelegd.[52] Vanaf dat moment volgt dus ook uit de wet dat (bepaalde) ingrepen in de rechten en vrijheden van burgers op een wet gebaseerd moeten zijn. Het *Rogge*-arrest (1919) introduceerde volgens velen in Nederland het materiële wetsbegrip: met 'wetten' wordt niet slechts gedoeld op regelgeving in formele zin, maar op alle 'naar buiten werkende, dus tot een ieder gerichte algemeene regelingen, welke zijn uitgegaan van een openbaar gezag, dat de bevoegdheid daartoe aan wet, in de zin van eene regeling door de wetgevende macht, ontleent.'[53] De minister heeft geen zelfstandige regelgevende bevoegdheid en dient aldus een grondslag voor een bevoegdheid te vinden in de wet in formele zin of een (bijna niet voorkomende) zelfstandige amvb, aldus de Hoge Raad. Daarmee sloot hij wederom aan bij zijn *Meerenberg*-jurisprudentie. In 1973 verschafte de Hoge Raad meer duidelijkheid over de vraag wanneer nu precies sprake is van ingrijpen; ook bij feitelijke dwang bleek een wettelijke grondslag

45. Artikel 89 lid 2 Grondwet.
46. T.C. Borman, 'De zelfstandige AMvB: hoe staat het daarmee?', *RegelMaat* 2013, afl. 5, p. 312-327.
47. HR 22 juni 1973, ECLI:NL:HR:1973:AD2208, *NJ* 1973/386, m.nt. A.R. Bloembergen (*Fluoridering II*).
48. De formele wetgever mag de bevoegdheid tot het opstellen van regels overigens wel delegeren.
49. Dat wil zeggen: het formele legaliteitsbeginsel in de Nederlandse context. Theoretisch bestaat immers ook nog het 'zuiver' formele legaliteitsbeginsel, waarin het voorschrift niet eens terug te voeren hoeft te zijn op een wet in formele zin zolang er maar *een* grondslag is.
50. Voermans 2023, p. 535.
51. HR 13 januari 1879, *W* 4330 (*Meerenberg*).
52. Zie hierover W.J.M. Voermans, 'De Tachtigers in het recht: het Meerenberg arrest', *AA* 2009, p. 597-600.
53. HR 10 juni 1919, NJ 1919, p. 650

vereist.[54] In 1983 wordt de legaliteitseis in de Grondwet gecodificeerd voor beperkingen van de klassieke grondrechten. Vanaf dat moment geldt dat voor beperkingen een grondslag is vereist in de wet in formele zin en dat er slechts mag worden gedelegeerd als de zinsnede 'bij of krachtens' of enige vorm van het woord 'regels' of 'regelen' wordt gebruikt.[55] Een ander klassiek legaliteitsarrest, het *Methadonbrief*-arrest uit 1986, betrof de vraag of andere juridische verplichtingen dan de strafrechtelijke zoals die in artikel 89 lid 2 Grondwet te vinden zijn, ook een wettelijke grondslag behoeven. Een inspecteur van het Ministerie van Volksgezondheid verstuurde in die casus een 'met gezag beladen' brief met daarin opgenomen richtlijnen voor de behandeling van verslaafden aan opiaten, waarbij werd aangemerkt dat bij niet-naleving overgegaan kon worden tot het niet verstrekken van aangevraagde recepten (hetgeen de bedrijfsvoering zeer zou bemoeilijken) en een tuchtrechtelijke procedure. De Hoge Raad floot de inspecteur terug vanwege het ontbreken van een wettelijke grondslag voor het opstellen van richtlijnen zoals die in de brief waren opgenomen.[56]

Al met al is het Nederlandse legaliteitsbeginsel voor een belangrijk deel in de jurisprudentie ontwikkeld, waarbij kan worden opgemerkt dat met name het *Fluoriderings*-arrest en het *Methadonbrief*-arrest belangrijke uitbreidingen van het legaliteitsbeginsel met zich brachten. In de praktijk is de vraag telkens wel hoe ver die uitbreidingen nu precies gaan; er wordt wel eens bepleit dat inmiddels voor bijna al het bestuursoptreden een wettelijke basis is vereist.[57] Zo is de legaliteitseis inmiddels ook in de Algemene wet bestuursrecht geïntroduceerd ten aanzien van subsidiërend overheidsoptreden en de nadeelcompensatie. Op het eerste gezicht lijkt de eerste deelvraag – voor welk bestuurshandelen is een formeelwettelijke grondslag vereist? – voor Nederland dus gemakkelijk te beantwoorden.

Als vaststaat dat voor bestuurshandelen een formeelwettelijke grondslag is vereist, komt men aan bij de tweede vraag die we hierboven stelden. Die ziet op de inhoudelijke vereisten waaraan de formeelwettelijke grondslag vervolgens moet voldoen. Die vereisten vloeien voort uit het legaliteitsbeginsel. Om de vereisten die in Nederland aan formeelwettelijke grondslagen worden gesteld beter te begrijpen, moet dus eerst duidelijker worden welk karakter het Nederlandse legaliteitsbeginsel precies heeft: vinden we het in Nederland met name belangrijk dat overheidshandelen terug te leiden is tot de formele wetgever (formeel legaliteitsbeginsel) of gelden er voor die formeelwettelijke grondslag ook nog aanvullende inhoudelijke vereisten (materieel legaliteitsbeginsel)?

Materiële legaliteit

Het materiële legaliteitsbeginsel is op verschillende plekken te vinden in de Nederlandse Grondwet. Zo is delegatie verboden wanneer het gaat om het vaststellen van straffen (artikel 89 lid 2 tweede volzin), of het heffen van belastingen (artikel 104 eerste volzin). Daarnaast is het materiële legaliteitsbeginsel incidenteel te vinden wanneer het gaat om het beperken van grondrechten. Vaak kunnen grondrechten worden beperkt in gedelegeerde regelgeving (en geldt dus alleen het formele legaliteitsbeginsel), soms is delegatie op grond van de Grondwet slechts beperkt mogelijk – en is het materiële legaliteitsbeginsel dus te herkennen. Het gaat dan bijvoorbeeld om het recht op godsdienstvrijheid (artikel 6 lid 2; alleen per wet in formele zin kunnen regels worden gesteld), de vrijheid van meningsuiting (artikel 7 lid 1; verantwoordelijkheid volgens de wet in formele zin), of vereniging (artikel 8; beperking slechts bij wet in formele zin). In Nederland bestaat bovendien de rechtsovertuiging dat er niet alleen geschreven vormen van het materiële legaliteitsbeginsel zijn, maar dat ook uit het stelsel van de Grondwet voortvloeit dat de parlementaire wetgever betrokken dient te zijn bij de hoofdelementen van regelingen. Dit beginsel wordt aangeduid als het 'primaat van de wetgever' en is gecodificeerd in de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar) in Aanwijzing 2.19 – wat overigens strikt genomen (niet-bindende) richtlijnen zijn waaraan rijksambtenaren zich moeten houden bij het voorbereiden van wet- en regelgeving:[58]

> 'Bij verdeling van de elementen van een regeling over de wet en algemeen verbindende voorschriften van lager niveau bevat de wet ten minste de hoofdelementen van de regeling. Bij de keuze welke elementen in de wet zelf regeling moeten vinden en ter zake van welke elementen delegatie is toegestaan, dient het primaat van de wetgever als richtsnoer.'

Dat wil dus zeggen dat er wel sporen van het materiële legaliteitsbeginsel te vinden zijn in staatsrechtelijk relevante documenten. Het toetsingsverbod uit artikel 120 Grondwet staat echter in de weg aan toetsing van de wet in formele zin aan bovenstaande bepalingen uit de Grondwet en ook aan ongeschreven rechtsbeginselen, zoals het materiële legaliteitsbeginsel. De rechter kan een wet in formele zin dus niet onverbindend verklaren omdat deze in zijn ogen in strijd met de Grondwet of de (niet-bindende) Aanwijzingen voor de regelgeving

54. HR 22 juni 1973, *NJ* 1973/386 (*Fluoridering*).
55. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2012 (7e herziene druk), p. 375.
56. HR 27 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AM9331, m.nt. F.H. van der Burg (*Methadonbrief*).
57. Voermans 2021, p. 72; Voermans 2023, p. 535. Van Ommeren schreef in 1996 dat het ongeschreven legaliteitsvereiste naar het op dat moment geldende positieve recht inhoudt dat voor alle overheidsmaatregelen die een verplichting in het leven roepen een formeelwettelijke grondslag is vereist (verplichtingstheorie). Zie F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd* (diss. Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.
58. Zie Voermans 2023, p. 556. Deze Aanwijzing was de uitkomst van het rapport van de commissie-Polak (Eindrapport van de Commissie wetgevingsvraagstukken (cie. Polak), *Orde in de regelgeving*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1985).

delegeert.[59] Lagere regelgeving kan wel worden getoetst aan de Grondwet of algemene rechtsbeginselen.[60] In een zaak waarin de verbindendheid van een amvb werd aangevochten omdat deze zaken zou regelen die in een wet in formele zin hadden moeten worden opgenomen, overwoog de Hoge Raad echter dat hij niet bevoegd is die vraag te beantwoorden:[61] nu de amvb tot stand was gekomen op basis van delegatie in een wet in formele zin, zou toetsing aan de vraag of het onderwerp per amvb mocht worden geregeld, een verkapte toets van de wet in formele zin betekenen.

De gedachte achter het materiële legaliteitsbeginsel – dat ingrijpend overheidsoptreden voldoende democratisch gelegitimeerd dient te zijn – is dus wel terug te vinden in het Nederlandse recht. Dat geldt onder meer met betrekking tot de beperking van grondrechten. Daarnaast laat het *Fluoriderings*-arrest zien dat de rechter de gedachte achter het materiële legaliteitsbeginsel toepast in gevallen waarin de wet in formele zin *niet* wordt getoetst. In de zaak *Fluoridering* was er immers geen grondslag in de wet in formele zin voor de bepalingen in het Waterleidingbesluit waarnaar de gemeente Amsterdam verwees ten aanzien van het besluit een fluorverbinding toe te voegen aan het water, terwijl dat besluit zodanig ingrijpend was dat volgens de Hoge Raad expliciete toestemming van de wetgever wel was vereist. Dat de gedachte dat ingrijpend overheidshandelen een voldoende expliciete democratische legitimatie vereist in het algemeen verder een geringe rol speelt in het positieve recht, wordt veroorzaakt door het verband tussen het materiële wetsbegrip en de vereisten die voortvloeien uit het legaliteitsbeginsel. Als er sprake is van een formeelwettelijke grondslag voor het tot stand komen van lagere regelgeving, dan is er direct ook voldaan aan de vereisten van het openbaar gezag (een van de vereisten van het materiële wetsbegrip uit het *Rogge*-arrest). De wetgever heeft namelijk een grondslag voor gedelegeerde regelgeving opgenomen in de wet in formele zin. De delegatiebepalingen die op grond daarvan ontstaan kunnen – zelfs als ze inhoudelijk weinig bepalen over de ingrijpendheid van het bestuurshandelen – vervolgens niet worden getoetst, doordat toetsing afketst op het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet. Zolang de gedelegeerde regelgeving maar voldoet aan de ondergrens van de rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en voldoende waarborgen tegen willekeurig gebruik, zal de rechter deze bepalingen niet in strijd achten met enig legaliteitsvereiste. Het Nederlandse legaliteitsbeginsel vereist niet dat de wet in formele zin op zichzelf aan deze eisen voldoet.

Dit maakt dat het materiële legaliteitsbeginsel in zijn meest zuivere vorm, waarin het eisen stelt aan de wet zelf, in Nederland niet te toetsen is. Volgens Van Ommeren heeft het materiële legaliteitsbeginsel in Nederland daarom in de praktijk de status van een politiek-bestuurlijk streven.[62] Voermans zet daar tegenover dat het materiële legaliteitsbeginsel (of het positieve wetsvoorbehoud, zoals hij het noemt) als *rechtsregel* wordt toegepast door de Staten-Generaal zelf, die hierin worden bijgestaan door de Afdeling advisering van de Raad van State.[63] Beiden zijn het er echter over eens dat het staatsrechtelijke materiële legaliteitsbeginsel in deze vorm niet inroepbaar is voor de rechter.[64] In Nederland beoordeelt de formele wetgever immers zelf de verenigbaarheid van de wet in formele zin met de Grondwet, niet de rechter.[65] Dat neemt echter niet weg dat de vereisten die het materiële legaliteitsbeginsel stelt, vaak alsnog door de rechter kunnen worden gehandhaafd. Daarvan is bijvoorbeeld sprake als de rechter onderzoekt of bepaald overheidshandelen berust op een voldoende wettelijke grondslag (zoals in het arrest *Fluoridering*), of wanneer hij toetst of grondrechten zijn ingeperkt in lijn met de vereisten van de Grondwet. De kern van ons betoog is dat de rechter dit steviger kan doen.

Formele legaliteit

Nu aan het materiële legaliteitsbeginsel in de meest zuivere vorm niet kan worden getoetst, rijst de vraag welke vereisten aan de wettelijke grondslag voortvloeien uit het formele legaliteitsbeginsel. Dat beginsel is in Nederland wél rechterlijk afdwingbaar. In de Grondwet is het formele legaliteitsbeginsel gecodificeerd ten aanzien van verschillende grondrechten. Beperking in gedelegeerde regelgeving is toegestaan, zolang de regel uiteindelijk maar is terug te voeren op een wet in formele zin. Voorbeelden zijn het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (artikel 10 lid 1), het recht op onaantastbaarheid van het lichaam (artikel 11), het recht op huisvrede (artikel 12) en het verbod op onteigening (artikel 14 lid 3).

De opkomst van de bestuursstaat hangt met name samen met de mate waarin vage delegatiebepalingen en daarmee samenhangend ruime discretionaire bevoegdheden een (uiteindelijke) deugdelijke formeelwettelijke grondslag kunnen bieden voor overheidsoptreden. Er zijn weinig voorbeelden van situaties waarin de rechter de wettelij-

59. HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, *NJ* 1989/469.
60. HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354, *NJ* 1987/251.
61. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:779, *AB* 2014/242, m.nt. G. Boogaard & J. Uzman.
62. F.J. van Ommeren, 'Het legaliteitsbeginsel in het wetgevingsbeleid', *Bestuurswetenschappen* 2009, afl. 4, p. 14; R.J.N. Schlössels, A.J. Bok & A.G.A. Nijmeijer, *In de regel. Over kenmerken, structuur en samenhang van geschreven en ongeschreven regels in het bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2012, p. 15.
63. Hij spreekt van een 'positief wetsvoorbehoud'.
64. Zie voor de aanwijzingen nog specifiek: ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2317 en Hof Arnhem-Leeuwarden 25 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3210.
65. Dat neemt allesbehalve weg dat in de literatuur nog wel eens wordt geklaagd over te brede delegatiegrondslagen, vooral waar het de beperking van grondrechten betreft. Hirsch Ballin 2015, p. 26; Raad van State 2020, *Jaarverslag 2019* (2020); zie ook Van Gestel 2022.

ke grondslag te vaag vond om daar bestuurshandelen op te baseren.[66] Een mogelijke reden hiervoor is gelegen in het feit dat rechters dit gebrek in de regel ook kunnen oplossen via de materiële bescherming die het EVRM biedt. Een voorbeeld van een dergelijke situatie zien we in een zaak bij de Centrale Raad van Beroep (CRvB) over de volgende vage grondslag in artikel 53a lid 9 Wet Werk en bijstand (oud): 'Het college is bevoegd onderzoek in te stellen naar de juistheid en volledigheid van de verstrekte gegevens en zo nodig naar andere gegevens die noodzakelijk zijn voor de verlening dan wel de voortzetting van bijstand.' De vraag kwam op of deze bepaling een grondslag vormt voor het inzetten van een peilbaken, waarmee de reisbewegingen van een ontvanger van een bijstandsuitkering precies kunnen worden bijgehouden. Volgens de CRvB beschrijft deze bepaling onvoldoende nauwkeurig welke technische hulpmiddelen onder welke voorwaarden mogen worden ingezet: de inbreuk is niet voldoende voorzienbaar.[67] Bovendien is in het strafrecht voor stelselmatige observatie toestemming vereist van de officier van justitie. Zeker in dat licht kent de bepaling dus ook niet voldoende waarborgen tegen willekeurige inzet van het peilbaken. Daarmee was in deze zaak gegeven dat het bestuursorgaan het peilbaken niet mocht inzetten op de wijze waarop het dat had gedaan. De CRvB zag, door te toetsen aan het EVRM, het probleem dus enkel in de rechtsstatelijke waarde van voorzienbaarheid; de interne staatsrechtelijke verhoudingen, waarbinnen de vraag speelt of de wetgever het bestuur überhaupt wel de vrijheid heeft willen geven om te beslissen over het inzetten van peilbakens, bleven in deze zaak buiten beschouwing.

Daar waar rechters een probleem zien in een te algemene grondslag, lijkt de crux vooral te liggen in de mate van ingrijpendheid van het overheidshandelen dat uit zo'n algemene grondslag voort kan vloeien; ingrijpender handelen vereist een explicietere grondslag. Twee uitspraken verduidelijken deze waarneming. De eerste zaak die we hier als voorbeeld hanteren betreft een onderofficier, verantwoordelijk voor het wapenmagazijn, die onder werktijd (om 8.30 uur) 'in kennelijke staat van dronkenschap, al bierdrinkend' werd aangetroffen door zijn directe leidinggevende en om die reden een alcoholverbod opgelegd had gekregen. Het verbod werd opgelegd op grond van een bepaling in het 'Voorschrift opdracht en organisatie zeestrijdkrachten', een regeling opgesteld door de Minister van Defensie. Bij de CRvB klaagde deze onderofficier dat het alcoholverbod in strijd was met het vereiste van legaliteit ten aanzien van inbreuken op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer uit artikel 10 Grondwet, nu het vaststellen van deze ministeriële regeling niet was gebaseerd op een wet in formele zin.[68] De CRvB overwoog echter dat het alcoholverbod zijn grondslag kon vinden in artikel 44 Grondwet. Volgens dat artikel zijn ministers bevoegd tot het geven van voorschriften betreffende de interne organisatie en de werkwijze van de ambtelijke dienst.[69] De CRvB erkende dus dat de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer met zich bracht dat voor de inperking een formeelwettelijke of grondwettelijke grondslag vereist was. Wel kunnen vraagtekens worden gezet bij de mate waarin deze jurisprudentie breder toepasbaar is, nu het ging om een ambtenaar.

De tweede zaak die hier ter illustratie dient is *Drugspand Venlo*. In deze zaak stond de vraag centraal of de algemene verordenende bevoegdheid van het toenmalige artikel 168 Gemeentewet volstond om het toenmalige artikel 10 lid 1 Grondwet te beperken door het het college mogelijk te maken een huis te sluiten.[70] De burgemeester redeneerde dat artikel 10 lid 1 delegatie mogelijk maakt, en dat de bevoegdheid tot het beperken van het grondrecht aan de gemeenteraad was gedelegeerd in artikel 168 Gemw. Op het eerste gezicht valt iets voor die redenering te zeggen: het per verordening mogelijk maken een huis te sluiten valt immers onder 'verordenen', waarmee inderdaad sprake lijkt te zijn van een per wet in formele zin gegeven bevoegdheid tot sluiting. De rechter ging echter niet mee in deze redenering omdat deze grondslag te algemeen was: voor beperking bleek niet slechts een grondslag per wet in formele zin nodig, maar moest deze grondslag ook voldoende specifiek zijn.[71] Het algemene verordeningsartikel was te algemeen. De formele wetgever had dus uitdrukkelijker moeten instemmen met beperking van het grondrecht.

Resumerend lijkt een algemene grondslag dus toereikend te zijn voor weinig ingrijpend overheidshandelen (zoals een alcoholverbod onder diensttijd) of bijzonder overheidshandelen (zoals wanneer het een ambtenaar betreft), en een meer specifieke grondslag vereist te zijn voor ingrijpend overheidshandelen (zoals een woningsluiting). Dat sluit aan bij strafrechtelijke jurisprudentie, waarin een verhouding tussen de ingrijpendheid van overheidshandelen en de vereiste specificiteit van een wettelijke grondslag breed geaccepteerd is.[72] Het is ook een logisch gevolg van de beperkingssystematiek van grondrechten uit de Grondwet uit 1983. Voor beperkingen van grondrechten is immers in de meeste gevallen een formeelwettelijke grondslag vereist. Als voor elke minimale beperking van bijvoorbeeld het recht op eer-

66. Zo'n voorbeeld biedt het *Politiewetarrest* (HR 29 januari 2008, *NJ* 2008/206). Zie daarover F.J. van Ommeren, 'Het legaliteitsbeginsel als hoeksteen van het staats- en bestuursrecht', *AA* 2010, afl. 9, p. 641, AA20100641, die de eisen bespreekt die aan een wettelijke grondslag moeten worden gesteld. De rechter toetst slechts zelden aan deze eisen.
67. CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947, *RSV* 2016/66, *JWWB* 2016/100, *Gst.* 2016/86, m.nt. R. Stijnen, *AB* 2016/329, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *USZ* 2016/165, m.nt. A. Moesker & I.A. Moesker.
68. CRvB 3 mei 2002, ECLI:NL:CRVB:2002:AE4696, *AB* 2002/346, m.nt. E.M. Vogelezang-Stoute. Zie ook de noot van C.A.J.M. Kortmann bij deze zaak (*AA* 2003, afl. 1, p. 34 e.v.).
69. Overigens is deze uitspraak bekritiseerd: zie W.J.M. Voermans, 'Artikel 44 Grondwet als bevoegdheidsbasis voor ministeriële regelingen', *NJB* 2003, p. 178-181 en L.F.M. Verhey, 'Het grondwettelijk beperkingssysteem: handhaving of herbezinning?', *NJCM-Bulletin* 2003, nr. 3a.
70. ABRvS 28 augustus 1995, ECLI:NL:RVS:1995:AH6164 (*Drugspand Venlo*).
71. ABRvS 28 augustus 1995, ECLI:NL:RVS:1995:AH6164 (*Drugspand Venlo*); *Kamerstukken II* 2020/21, 25295, nr. 742, p. 10.
72. G.J.M. Corstens/M.J. Borgers, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021 (10e druk).

biediging van de persoonlijke levenssfeer een specifiek op die situatie toegesneden wettelijke grondslag zou zijn vereist, zou de agenda van de formele wetgever voor de komende jaren gevuld zijn. Tegelijkertijd dienen meer ingrijpende inbreuken op klassieke grondrechten wel een specifieke basis in de wet te hebben.

Hierin ligt ook de verklaring voor het feit dat de legaliteitseis ten aanzien van begunstigend bestuur samen kan gaan met zeer ruime delegatie. Aangezien voor lichte inbreuken in grondrechten een algemeen geformuleerde basis in de wet in formele zin volstaat, ligt het in de rede dat de wet in formele zin niet heel specifiek hoeft te zijn ten aanzien van begunstigend overheidsoptreden. Daarom moeten strafbepalingen altijd in de wet in formele zin staan op grond van artikel 16 Grondwet en artikel 1 Sr, maar heeft de wetgever ten aanzien van bijvoorbeeld subsidies regelmatig alleen een doelstelling geformuleerd waarbinnen de regering of minister zelf regelingen kan opstellen. Bij begunstigend optreden lijkt de legaliteitseis voornamelijk in het teken te staan van de bescherming van de burger tegen de overheid en minder in het teken van het uitbalanceren van de interne staatsrechtelijke verhoudingen.[73]

Al met al herkennen we in het Nederlandse stelsel dus zowel een materieel als een formeel legaliteitsbeginsel, maar zien we tussen die beide varianten wel een duidelijk verschil: los van het feit dat het formele legaliteitsbeginsel zich duidelijker manifesteert, kan er ook door de rechter aan worden getoetst, terwijl dat bij het materiële legaliteitsbeginsel – zolang er geen sprake is van bijkomende omstandigheden zoals de beperking van grondrechten – niet mogelijk is.

3.3. De Duitse Wesentlichkeitstheorie als voorbeeld van materiële legaliteit

Uit de vorige paragraaf is gebleken dat in de Nederlandse context veel meer aandacht en slagkracht bestaat voor het formele legaliteitsbeginsel dan voor het materiële. Duitsland, daarentegen, hecht beduidend meer waarde aan het materiële legaliteitsbeginel. Daar bestaan ook veel minder zorgen over de terugtredende wetgever dan in Nederland, omdat 'de overgrote meerderheid van – in ieder geval wezenlijke – rechtsnormen altijd in de wet in formele zin wordt vastgelegd'.[74] In deze paragraaf betogen wij dat beide zaken met elkaar te maken hebben: een materiëlere opvatting van het legaliteitsbeginsel brengt met zich dat de wetgever minder ver kan terugtreden.

De Duitse rechter toetst de vraag of een overheidslichaam bevoegd is tot een bepaalde handeling aan zowel het formele als het materiële legaliteitsbeginsel. Dat komt met name tot uitdrukking in de *Wesentlichkeitstheorie*.[75] Deze theorie vereist dat bepaalde onderwerpen die 'belangrijk' ('wesentlich') zijn in de wet in formele zin worden geregeld.[76] De Duitse Wesentlichkeitstheorie vloeit voort uit het voor Duitsland belangrijke primaat van de wet (*Gesetzesvorbehalt*). Dit gebod schrijft voor dat het bestuur aan de wet gebonden is.[77, 78] Op grond van dit primaat ontwikkelde het Bundesverfassungsgericht een theorie die niet alleen voorschrijft dat wezenlijke overheidsbesluiten terug te voeren moeten zijn op een wet in formele zin, maar tevens dat deze wet in formele zin de belangrijkste aspecten moet regelen. De andere en concretere kant van de medaille is dat het verboden is om wezenlijke beslissingen te delegeren aan de uitvoerende macht; de parlementaire wetgever is verplicht om die beslissingen zelf te nemen. En dan is er nog een controlemechanisme achteraf: gedelegeerde regelgeving die bij nader inzien dermate essentieel van karakter blijkt dat de formele wetgever zich erover had moeten buigen, kan in Duitsland nietig worden verklaard door het Bundesverfassungsgericht.[79] De Wesentlichkeitstheorie brengt daarmee in de kern de Duitse staatsrechtelijke visie op de scheiding der machten en bijbehorende begrenzing van takenpakketten tot uitdrukking.

De Wesentlichkeitstheorie kent als zodanig geen geschreven grondslag in de Duitse grondwet en is daarmee jurisprudentieel ontwikkeld.[80] Wel wordt beargumenteerd dat de theorie bijvoorbeeld tot uiting komt in artikel 20 lid 3 Grundgesetz, dat bepaalt dat bestuur en

73. Zie bijvoorbeeld L.J.A. Damen, *Ongeregeld en ondoorzichtig bestuur* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 1987, waarbij zijn motivering ten aanzien van de introductie van de legaliteitseis voornamelijk ziet op de bekendheid van de burger met wettelijke voorschriften en de rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en waarborgen tegen willekeurig bestuur die uitgaat van het vereisen van een wettelijke grondslag. Het beginsel van het primaat van de wetgever speelt ook een rol, maar kan in voldoende mate worden gerealiseerd door het vereisen van een formeel wettelijke grondslag die minder specifiek is.
74. H. Maurer/C. Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München: C.H. Beck 2020 (20e herziene druk), § 17: 'Die beiden Begriffe decken sich in der Praxis zwar weitgehend, da die überwiegende Zahl der – mindestens wesentlichen – Rechtsnormen in der Form eines formellen Gesetzes ergeht.'
75. Commissie-Polak 1985.
76. In de bekende zaak *Kalkar I* kwam het Bundesverfassungsgericht tot het oordeel dat wat wezenlijk ('wesentlich') is, binnen de Duitse scheiding der machten door de wetgever moet worden geregeld. Zie BVerfGE, 49, 89; Kalkar I. Overigens wordt in de literatuur ook wel naar het arrest *Fachartzt* (BVerfGE, 33, 125) verwezen als zaak waarin het zaadje voor de Wesentlichkeitstheorie werd geplant. Zie P. Lassahn, *Rechtsprechung und Parlamentsgesetz. Überlegungen zu Anliegen und Reichweite eines allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes*, Tübingen: Mohr Siebeck 2017, p. 79.
77. Zie artikel 20 lid 3 Grundgesetz, waar het wettelijk voorbehoud vaak uit wordt afgeleid.
78. Nu wetten ook in Duitsland door de wetgever worden vastgesteld, hangt het Gesetzesvorbehalt nauw samen met het 'Parlementsvorbehalt', dat op hoofdlijnen inhoudt dat beslissingen die van wezenlijk belang zijn voor de gemeenschap directe parlementaire goedkeuring vereisen.
79. Artikel 80 lid 1 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: 'Durch Gesetz können die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen. Dabei müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetze bestimmt werden. Die Rechtsgrundlage ist in der Verordnung anzugeben. Ist durch Gesetz vorgesehen, daß eine Ermächtigung weiter übertragen werden kann, so bedarf es zur Übertragung der Ermächtigung einer Rechtsverordnung.'
80. Er valt in die jurisprudentie (van het Bundesverfassungsgericht) dan weer een ontwikkeling te bespeuren van wettelijk voorbehoud tot een breed geaccepteerde Wesentlichkeitsdoctrine. De liefhebber zij verwezen naar Lassahn 2017, p. 78-94.

rechter aan de wet zijn gebonden,[81] en artikel 80 lid 1 Grundgesetz, dat bepaalt dat delegatie alleen toegestaan is wanneer inhoud, doel en reikwijdte van de te delegeren bevoegdheid in de wet in formele zin zijn vastgelegd.[82]

De wortels van de Wesentlichkeitstheorie worden in de regel gelezen in het arrest *Facharztbeschluss* (1972).[83] Dit arrest draaide om twee medisch specialisten die vakinhoudelijke regels hadden overtreden. Deze regels waren niet vastgesteld door de wetgever in formele zin, maar door beroepsverbanden van artsen (naar Duits recht vergelijkbaar met openbare lichamen), op grond van een zeer brede grondslag. Het Bundesverfassungsgericht vond die grondslag niet toereikend:

> 'Trotzdem bleibt auch im Rahmen einer an sich zulässigen Autonomiegewährung der Grundsatz bestehen, daß der Gesetzgeber sich seiner Rechtsetzungsbefugnis nicht völlig entäußern und seinen Einfluß auf den Inhalt der von den körperschaftlichen Organen zu erlassenden Normen nicht gänzlich preisgeben darf. Das folgt sowohl aus dem Prinzip des Rechtsstaats *wie aus dem der Demokratie*. Fordert das eine, die öffentliche Gewalt in allen ihren Äußerungen auch durch klare Kompetenzordnung und Funktionentrennung rechtlich zu binden, so daß Machtmißbrauch verhütet und die Freiheit des Einzelnen gewahrt wird, so gebietet das andere, daß jede Ordnung eines Lebensbereichs durch Sätze objektiven Rechts auf eine Willensentschließung der vom Volke bestellten Gesetzgebungsorgane muß zurückgeführt werden können. [cursivering auteurs].'[84]

Lassahn merkt op dat dit arrest op twee manieren vernieuwend is: allereerst wordt het wetsvoorbehoud niet langer slechts op rechtsstatelijke waarden, maar ook op het democratiebeginsel gebaseerd. Daarnaast wordt voor het eerst een delegatieverbod op het wetsvoorbehoud gebaseerd.[85] Hiermee benadrukt *Facharztbeschluss* dus het primaat van de wetgever ten aanzien van voor de democratie wezenlijke normstelling.

In de loop der jaren heeft de Wesentlichkeitstheorie door jurisprudentiële ontwikkeling meer kleur gekregen. Ook het aantal casus waarin iets als 'wesentlich' wordt bestempeld, neemt nog steeds toe.[86] Dat roept de vraag op of er uitgangspunten zijn die de vraag of iets 'wesentlich' is helpen beantwoorden. Het Bundesverfassungsgericht is er vooralsnog niet in geslaagd dergelijke duidelijke criteria te formuleren. Regelmatig neemt het zijn toevlucht tot abstractere termen, zoals in de overweging dat het parlement 'für den Einzelnen, die Gesellschaft oder den Staat wesentlichen Entscheidungen selbst treffen' moet,[87] of dat een bepaling wezenlijk is wanneer deze 'den tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere den darin verbürgten Grundrechten' betreft.[88] Het verbaast dan ook niet dat dergelijke abstracte overwegingen zich moeilijk laten vertalen in concrete criteria en dat het gemak waarmee het Bundesverfassungsgericht bepaalde dingen als 'wesentlich' aanmerkt onderhevig is aan golfbewegingen.[89] Zo zijn de toelaatbaarheid van kernenergie,[90] de invoering van seksuele voorlichting op scholen[91] en (tijdelijk) de mate waarin taalfouten mogen worden meegewogen bij de examenbeoordeling van dyslectische leerlingen[92] als wezenlijk aangemerkt, maar de toelaatbaarheid van plaatsing van kernwapens op het Duitse grondgebied[93] en een verregaande taalhervorming niet.[94] Lassahn spreekt onder verwijzing naar dit lijstje jurisprudentie van een lappendeken ('Fleckenteppich').[95]

Twee rode draden zijn wel te spinnen bij het zoeken naar een antwoord op de vraag wanneer iets wezenlijk is volgens de bestaande Duitse jurisprudentie. Ten eerste spelen in de Duitse doctrine grondrechten een grote rol. Beperkt een bepaalde overheidsingreep grondrechten, dan wordt deze beduidend eerder als 'wesentlich' aangemerkt dan als daarvan geen sprake is. Dat criterium is echter minder handzaam dan het op het eerste gezicht lijkt, aangezien Duitsland een veel bredere grondrechtencatalogus kent dan Nederland, die vervolgens ook nog een stuk breder wordt uitgelegd. Zo zijn veel belangen als grondrechtelijk aangemerkt; een berucht voorbeeld in dat kader is het voeren van duiven.[96] Ten tweede bestaat er consensus over een contra-indicatie: ook als het gaat om zeer zwaarwegende belangen, is een expliciete beslissing van het parlement niet noodzakelijk wanneer dat parlement waarschijnlijk technische expertise mist. Het belangrijkste voorbeeld ziet op de veiligheidsstandaarden die gelden voor kernenergie: al in 1978 bepaalde het

81. Artikel 20 lid 3 GG: 'Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.'
82. Artikel 80 lid 1 GG: 'Durch Gesetz können die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen. Dabei müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetze bestimmt werden.'
83. Lassahn 2017, p. 79, zie uitgebreider voor nuance.
84. BVerfGE 33, 125 (158).
85. Lassahn 2017, p. 79.
86. Lassahn 2017, p. 88.
87. BVerfGE 150, 1.
88. Zie bijvoorbeeld BverfGE 139, 19, 52 onder verijwzing naar BVerfGE 49, 89, 127; BVerfGE 98, 218, 251; BVerfGE 108, 282, 311; BVerfGE 136, 69, 101.
89. Lassahn laat, met speciale aandacht voor de omslagmomenten, deze golfbeweging mooi zien: Lassahn 2017, p. 80-94.
90. BVerfGE 49, 89.
91. BVerfGE 47, 46.
92. BVerwG 29 juli 2015 – 6 C 33/14; 6 C 35/14.
93. BVerfGE 68, 1. Zie Lassahn 2017, p. 94 voor een kleine nuancering.
94. BVerfGE 98, 218.
95. Lassahn 2017, p. 94.
96. BVerfGE 80, 137.

Bundesverfassungsgericht dat veiligheidsstandaarden en grenswaarden niet in een wet in formele zin vastgelegd hoeven te worden. De wetgeving dient flexibel genoeg te zijn om snelle technologische ontwikkelingen te accommoderen. De Wesentlichkeitstheorie strak hanteren zou een 'terugtred ten koste van de veiligheid' zijn.[97]

Duitsland kent al met al een meer materieel ingestoken legaliteitsbeginsel, dat makkelijker door partijen kan worden ingeroepen. Bovendien kan de Duitse rechter de wetgever met behulp van dit materiële legaliteitsbeginsel corrigeren als die te ver naar de achtergrond is verdwenen, en op die manier waarborgen dat alsnog een parlementair debat over belangrijke kwesties plaatsvindt. Het grotendeels samenvallen van de belangrijkste materiële normen en wetten in formele zin[98] kan dus door de rechter worden afgedwongen.

4. Rechterlijke reactie op de Nederlandse bestuursstaat

In de bovenstaande paragrafen hebben we laten zien dat er met de opkomst van de bestuursstaat hier en daar vormen van ingrijpend bestuurshandelen zijn opgedoken waarvan men zou kunnen vermoeden dat ze op gespannen voet staan met het legaliteitsbeginsel. Meerdere auteurs hebben erop gewezen dat het binnen de huidige institutionele verhoudingen logisch en het makkelijkst is als de oplossing voor deze bestuursstaatsproblematiek de vorm krijgt van een reactie van de rechter.[99] Die reactie is tot dusver gezocht in een rechter die zelf indringender inhoudelijk toetst, om op die manier tegenwicht te bieden aan het bestuur. Wie op de hoogte is van de in de vorige paragraaf beschreven Duitse omgang met het materiële legaliteitsbeginsel, ziet een tweede rechterlijke reactiemogelijkheid, die inhoudt dat de rechter niet zozeer zélf in het gat springt dat de terugtredende wetgever achterlaat, maar juist vereist dat bepaalde wezenlijke beslissingen weer door de wetgever worden genomen, in plaats van door het bestuur. Het legaliteitsbeginsel zou zo kunnen worden uitgelegd dat ingrijpender overheidshandelen explicietere toestemming van de volksvertegenwoordiging vereist. Wanneer deze toestemming ontbreekt, zou de rechter vaker kunnen oordelen dat voor het overheidsoptreden geen toereikende wettelijke grondslag bestaat.[100, 101]

Nu duidelijk is dat in Nederland het formele legaliteitsvereiste dominant is, zal het weinig verbazen dat de oplossing voor de terugtredende wetgever in Nederland vooralsnog niet in het legaliteitsbeginsel wordt gezocht: de vraag of ingrijpend overheidshandelen wel verenigbaar is met dit beginsel, is nu eenmaal een meer materiële vraag. In deze paragraaf bespreken we dat het stellen van die materiëlere vraag ook in Nederland meerwaarde zou hebben. Eerst door te bespreken dat tot dusver vooral is opgeroepen tot meer inhoudelijke bemoeienis door de rechter (paragraaf 4.1), vervolgens door het alternatief van de mogelijkheid tot materiële toetsing te bespreken (paragraaf 4.2) en tot slot door te kijken wat onder huidig recht al mogelijk is (paragraaf 4.3).

4.1. Oproep aan rechter de regie te nemen

In de literatuur is de rechter meermaals opgeroepen te reageren op de grote ruimte voor het bestuur die de opkomst van de bestuursstaat met zich brengt: de terugtredende wetgever zou erom vragen dat de rechter indringender toetst. De redenering die daar vaak bij betrokken wordt is dat de rechter weliswaar geen democratisch mandaat heeft, maar dat het bestuur dat ook niet heeft, dus dat de rechter in dat kader best controlerend mag optreden.[102] De rechter zou met een indringende toets moeten voorzien in adequate checks and balances.[103] Zo'n indringende toets kan worden losgelaten op verschillende soorten overheidshandelen. Zo riepen eerst Hirsch Ballin (2015)[104] en later onder meer Widdershoven & Wattel (2021) op tot indringender toetsing van besluiten aan algemene rechtsbeginselen.[105] Zij beriepen zich daarbij op de afnemende democratische legitimatie van overheidshandelen.[106] Ten aanzien van algemeen verbindende voorschriften wees Widdershoven – in navolging van veel anderen – al eerder met succes op de noodzaak van een meer indringende rechterlijke toets, met name omdat het bestuur steeds machtiger en minder democratisch gelegitimeerd is geworden.[107]

In de ontwikkelingen naar een kritischer ingestelde rechter past ook dat er op dit moment steeds meer stemmen klinken die ervoor pleiten het toetsingsverbod te

97. 'Die gesetzliche Fixierung eines bestimmten Sicherheitsstandards durch die Aufstellung starrer Regeln würde demgegenüber, wenn sie sich überhaupt bewerkstelligen ließe, die technische Weiterentwicklung wie die ihr jeweils angemessene Sicherung der Grundrechte eher hemmen als fördern. Sie wäre ein Rückschritt auf Kosten der Sicherheit.' BVerfGE 49, 89 (109). Zie uitgebreider E. Schmidt-Aßmann, *Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Entscheidungsgremien in der gesetzlichen Krankenversicherung und im Transplantationswesen*, Berlin: Walter de Gruyter 2011, p. 60.
98. Maurer/Waldhoff 2020, § 17.
99. Zie paragraaf 4.1.
100. Zie hierover uitgebreider paragraaf 4.2.
101. Waarmee vanzelfsprekend niet alle problemen worden opgelost. Het parlement kiest immers zelf vaak genoeg voor zeer hardvochtig beleid (denk aan de Toeslagenaffaire). In een dergelijk geval kan het beleid vanzelfsprekend nog wel aan mensenrechten worden getoetst.
102. Zie bijvoorbeeld Hirsch Ballin 2015 en Van Gestel 2022.
103. Dat is geen nieuwe gedachte; zo merkte Van Wijk in 1959 in dat kader al op dat het terugtreden van de wetgever betekent dat de rechter een stap naar voren moet zetten. Zie H.D. van Wijk, *Voortgaande terugtred* (oratie Amsterdam VU), Alphen aan den Rijn: N. Samsom N.V. 1959.
104. Hirsch Ballin 2015.
105. Conclusie A-G R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 (*Evenredigheidstoetsing*).
106. Hirsch Ballin 2015, p. 26-27; Conclusie A-G R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 (*Evenredigheidstoetsing*).
107. Conclusie A-G R.J.G.M. Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

wijzigen.[108] Er zijn daartoe uiteenlopende voorstellen gedaan. Momenteel schaart de regering zich achter de optie die inhoudt dat de rechter wetten in formele zin weliswaar kan toetsen aan bepalingen in de Grondwet, maar dat deze toetsing zich zal beperken tot de klassieke grondrechten.[109] De regering acht het juist onwenselijk dat de rechter optreedt als arbiter bij geschillen over de interne organisatie van de staatsinstellingen en hun bevoegdheidsuitoefening.[110]

Wij zijn van mening dat het (alleen) mogelijk maken van een inhoudelijke toetsing aan klassieke grondrechten betekent dat de rechter vaker politiek gevoelige afwegingen met grote maatschappelijke gevolgen zal moeten maken, waarbij hij juridisch gezien weinig houvast heeft. Allereerst is er het hypocrisieverwijt: de rechter kan het gebrek aan democratische legitimatie van het bestuur niet compenseren door zelf beslissingen te nemen, nu hij zelf ook grotendeels democratische legitimatie mist.[111] Daarnaast is de rechter op grond van zijn taak en bevoegdheid minder goed in staat een inhoudelijk oordeel te vellen over de juiste vorm van regelgeving. De rechter ziet namelijk alleen individuele gevallen waarin representativiteit geen gegeven is en voor informatie is hij grotendeels afhankelijk van partijen. Er bestaan natuurlijk verschillende mogelijkheden om de positie van de rechter te versterken, maar feit blijft dat de wetgever in de regel beter in staat zal zijn verschillende vormen van informatie en belangen te vergaren.[112] In dat kader wijzen Esser & Schuurmans erop dat een rechterlijke reactie per definitie beperkt is: die stelt de rechter immers nog steeds niet in staat bestuurlijke beleidsvorming effectief te controleren.[113]

De toetsing aan de klassieke grondrechten uit de Grondwet zou volgens ons ook een toetsing aan het materiële legaliteitsbeginsel ten aanzien van die artikelen moeten inhouden. De rechter zou in dat geval, als er naar zijn oordeel een te grote discrepantie zit tussen de uitputtendheid van de regeling in de wet in formele zin en de ingrijpendheid van de inbreuk op grondrechten (als daarvoor geen rechtvaardiging bestaat), bevoegd zijn te oordelen dat de formele wetgever de hoofdelementen van de regeling in verdere mate voor zijn rekening moet nemen. Dit houdt een juridisch afdwingbaar verbod in om de regelgevende bevoegdheid op deze onderwerpen te delegeren aan lagere regelgevers, zij het dat delegatie in geringe mate op detailniveau nog steeds mogelijk zou zijn. Schending van dit verbod kan leiden tot onverbindendheid van de wet in formele zin of daarop gebaseerde regelgeving, al dan niet gedeeltelijk of met gebruikmaking van overgangsrecht. Het eerste argument voor deze toets is gelegen in de observatie dat de formele wetgever zijn rol in het opstellen van de hoofdelementen van regelingen die grondrechten beperken, niet altijd vervult en de rechter deze verdeling daarom dient te waarborgen (zie paragraaf 2). De tweede reden hiervoor is dat een legaliteitsbeoordeling in vergelijking met een meer inhoudelijke toets beter aansluit bij de institutionele sterktes en zwaktes van de rechter: hij kan de materiële toets toepassen zonder informatie die partijen hem niet kunnen geven en hoeft niet zelf controversiële politieke afwegingen te maken.

Het mogelijk maken van toetsing aan het materiële legaliteitsbeginsel – de rechter een grondslag ontoereikend, of een algemeen verbindend voorschrift onverbindend laten verklaren omdat wezenlijke elementen aan 'de uitvoering' worden gelaten –, geeft de rechter de mogelijkheid om de bevoegdheidsverdeling structureel te verbeteren, en daarnaast uit bepaalde netelige politieke kwesties te blijven. Tegelijkertijd is de vraag of een grondslag voldoende specifiek is een meer klassiek-juridische vraag, waartoe de rechter bij uitstek geëquipeerd is. Vanzelfsprekend leidt een dergelijke materiële legaliteitstoets tot lastige afbakeningsperikelen – wat is wezenlijk, en wanneer is het noodzakelijk fundamentele elementen toch per amvb te regelen? Wat ons betreft laten de toetsing aan huidige codificaties van het beginsel en de praktijk zoals die in Duitsland bestaat zien dat dergelijke bezwaren niet onoverkomelijk zijn: hoewel de vraag wanneer iets 'wezenlijk' is steeds casuïstisch beantwoord wordt, staat de (bruikbaarheid van) de Wesentlichkeitsdoctrine amper ter discussie.[114]

We leven niet in de illusie dat een strengere rechterlijke toets aan het legaliteitsbeginsel het probleem van de terugtredende wetgever in één klap van tafel veegt. Wel denken we dat het wenselijk blijft dat de volksvertegenwoordiging explicieter beslist over toestemming voor ingrijpend overheidshandelen. Ten eerste omdat ook een gebrekkig democratisch debat nog steeds zorgt voor een bepaalde mate van legitimiteit – het gaat immers nog steeds om gekozen volksvertegenwoordigers. Daarnaast voorkomt een indringendere legaliteitstoets volgens ons sommige van de problemen waartoe een bestuursstaat

108. Zie uit heel veel meer de Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing, van 1 juli 2022; kenmerk 2022-0000321093.
109. *Kamerstukken II* 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 12. Dit voorstel op hoofdlijnen is opgesteld mede gelet op het rapport van de Staatscommissie parlementair stelsel 'Lage drempels, hoge dijken' en positieve adviezen van de Raad van State en de Hoge Raad.
110. *Kamerstukken II* 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 8.
111. In de zin dat burgers rechters niet kunnen afrekenen op hun oordeel. In een bredere opvatting van democratische legitimatie geldt dat de rechter wel gelegitimeerd is doordat hij zijn uitspraken motiveert (zie uit veel meer J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, Deventer: Wolters Kluwer 1995, § 217-219), of door allerlei mechanismen die hem in staat stellen meer informatie te verzamelen. (Denk bijvoorbeeld aan een amicus curiae. Zie daarover J.C.A. de Poorter, 'Is Nederland verworden tot een dikastocratie? Over rechterlijke rechtsvorming en strategisch procederende belangenorganisaties', *NTB* 2020/49, p. 112-113 en R. Stolk, J.E. Esser & Y.E. Schuurmans, 'De amicus curiae, een instrument voor rechtsvorming of ook voor rechtsbescherming?', *AA* 2018, p. 9-19. Overigens is de mogelijkheid voor de hoogste bestuursrechters (minus de Hoge Raad) een amicus-curiaeprocedure te starten vastgelegd in Afdeling 8.1.2b van de Algemene wet bestuursrecht.)
112. Zie hierover uitgebreid P.P. Rijpkema, *Rechtersrecht. Over de rechtsvormende rol van de rechter in een democratische rechtsstaat*, Den Haag: BJu 2001.
113. Esser & Schuurmans 2022, p. 27-28.
114. C.A. Jacobi, *Methodenlere der Normwirkung. Die Normwirkung als Maßstab der Rechtsgewinnung*, Baden-Baden: Nomos 2008, p. 280.

leidt. Ook dienen daadwerkelijk gedetailleerde wetsvoorstellen te worden besproken, en kan de Kamer het niet houden bij moties of Kamervragen voor de bühne. In die zin verwachten wij een bepaalde 'reflexwerking' van de toetsing van de wet in formele zin aan het materiële legaliteitsbeginsel voor het functioneren van de Kamer.

4.2. Illustratie van de effecten van het materiële legaliteitsbeginsel

De werking van het materiële legaliteitsbeginsel kan worden verduidelijkt door te laten zien wat toepassing van het beginsel betekent voor de gegeven voorbeelden van de terugtredende wetgever aan het begin van dit stuk: SyRI, de Woo en het alcoholslotprogramma – woningsluitingen worden in de volgende paragraaf apart behandeld, als illustratie van de mogelijkheden die het huidige recht al biedt.

Het duidelijkste geval waarin materiële legaliteit een probleem is, wordt gevormd door het Systeem Risico Indicatie (SyRI). Het zeer vergaande wettelijke handelen werd in dat geval bijna exclusief geregeld in een amvb; de formele wetgever gaf bijna een carte blanche aan het bestuur. Wat ons betreft leidt dat tot strijd met het materiële legaliteitsbeginsel: het ingrijpende overheidsoptreden rustte amper op een formeelwettelijke – en dus democratische – grondslag. De rechtbank zag het probleem met name in gebrekkige transparantie en vond het systeem daarmee strijdig met artikel 8 EVRM. Schuurmans & Çapkurt merken op dat de verbinding tussen artikel 8 EVRM en het transparantiebeginsel geen vaststaand gegeven is; daarnaast is het de vraag of zulke vergaande verwerking van persoonsgegevens wél wenselijk is als transparant is hoe dat gebeurt. Wat ons betreft was een toets aan het materiële legaliteitsbeginsel dus een nuttige aanvulling geweest. De rechter had dan kunnen overwegen dat de verwerking onrechtmatig was, aangezien de formeelwettelijke grondslag veel te algemeen was en te weinig waarborgen bevatte. Zo'n toets aan het materiële legaliteitsbeginsel had gegarandeerd dat het debat over de vraag welke persoonsgegevens onder welke voorwaarden met welk doel mogen plaatsvinden, in het parlement was gevoerd. Mocht het parlement dergelijke verwerking alsnog wenselijk hebben gevonden, dan was uiteraard een meer materiële mensenrechtelijke toets mogelijk geweest.

Ook de huidige inrichting van de Wet open overheid (Woo) staat op gespannen voet met het materiële legaliteitsbeginsel. De uitzonderingsgronden in de wet in formele zin zijn immers zeer breed, waardoor de veel gedetailleerdere beslisregels – en daarmee de 'echte' afwegingen – primair worden gemaakt door het bestuur (met name in ambtsinstructies). Het gaat bij de interpretatie van die vage grond om een complexe afweging, waarbij de rechter zich al snel in woelig vaarwater begeeft: de precieze gevolgen van een ander openbaarmakingsbeleid voor het bestuur, en hoe bijvoorbeeld de bescherming van ambtenaren moet worden afgewogen ten opzichte van het belang van openbaarheid, zijn complexe, politieke vragen. Een toets aan het materiële legaliteitsbeginsel zou betekenen dat de rechter het bestuur niet toestaat openbaarmaking van bepaalde documenten waarvan het twijfelachtig is of zij aan weigeringsgronden voldoen te weigeren, omdat de grondslag voor weigering te algemeen is. Dat betekent dat het parlement specifiekere weigeringsgronden moet vaststellen, en dus een (preciezer) debat dient te voeren over de vraag welke informatie openbaar kan worden.

Bij het alcoholslotprogramma bleek dat de beleidsvraag welk promillage tot welke sanctie moet leiden, is geregeld in een ministeriële regeling. Gelet op de ingrijpendheid van zo'n maatregel zou men daarbij de vraag kunnen stellen of dat verenigbaar is met ons hier bepleite materiële legaliteitsbeginsel. Hierbij brengen wij in herinnering dat in Duitsland de vereiste technische kennis voor het opstellen van doeltreffende regelgeving een legitieme reden kan vormen voor de wetgever om regelgevende bevoegdheid te delegeren. Het is niet ondenkbaar dat de wetgever voor het opstellen van regels over de invloed van alcohol op rijgedrag een bepaalde mate van technische kennis wenselijk vindt. Als de wetgever expliciet kiest om regelgevende bevoegdheid op specifieke terreinen van ingrijpend overheidshandelen te delegeren, kan de rechter zo'n reden – zoals een gewenst niveau van technische kennis – meenemen bij de beoordeling van het materiële legaliteitsbeginsel.

4.3. Mogelijkheden onder huidig recht

Voor de toets van de regelgeving zelf aan het materiële legaliteitsbeginsel, zoals zojuist geschetst, is een grondwetswijziging nodig. Dat betekent niet dat het materiële legaliteitsbeginsel onder huidig recht niet ook tot inspiratie kan dienen: een indringender toets aan de vraag of voor ingrijpend overheidshandelen een wettelijke grondslag bestaat, is wat ons betreft een nuttig rechterlijk instrument. Op dit moment lijkt de rechter in sommige gevallen nagenoeg uitsluitend oog te hebben voor de materiële grondrechtenbescherming uit het EVRM, ten nadele van het nationale legaliteitsbeginsel. Een voorbeeld is de al eerdergenoemde uitspraak *Peilbaken*.[115] De CRvB achtte de daar door het bestuursorgaan aangevoerde grondslag te breed en algemeen – het stelselmatig observeren vormt een inbreuk op artikel 8 EVRM:

> '(…) de algemeen geformuleerde bepaling van artikel 53a, negende lid, van de WWB noch in titel 5.2 van hoofdstuk 5 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) een nauwkeurige wettelijke basis die voldoet aan de eisen die het EHRM daaraan stelt. De toenemende technische verfijning en intensivering van opsporingsmethoden en -technieken verlangen een meer concreet omschreven legitimatie voor inbreuken op het fundamentele recht op bescherming van privéleven. (…) De mogelijke inzet van dit middel is hierdoor voor een belanghebbende niet voorzienbaar. Verder is van belang dat artikel 53a, negende lid, van de WWB geen adequate en effectieve

115. CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947, *RSV* 2016/66, *JWWB* 2016/100, *Gst.* 2016/86, m.nt. R. Stijnen, *AB* 2016/329, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *USZ* 2016/165, m.nt. A. Moesker & I.A. Moesker.

> waarborgen bevat ter bescherming tegen willekeurige inmenging in het privéleven, aangezien niet is geregeld op welke wijze en door wie toestemming wordt verleend voor het inzetten van dit middel.'[116]

Omdat de CRvB in de *Peilbaken*-zaak alleen aan het legaliteitsvereiste op grond van het EVRM heeft getoetst en de nadruk legde op het gebrek aan waarborgen, kan een bestuursorgaan dat daartoe een gedetailleerde regeling opstelt 'gewoon' een peilbaken gebruiken op basis van een algemene opsporingsgrondslag. Het zou onze voorkeur hebben dat het gebruik van zo'n ingrijpend middel expliciete toestemming van de formele wetgever vereist.

Komt de rechter tot de conclusie dat een voldoende expliciete wettelijke grondslag ontbreekt, dan kan die formeel alleen de bestuurshandeling vernietigen of onrechtmatig verklaren, maar dit heeft waarschijnlijk ook gevolgen voor het achterliggende wettelijk voorschrift. Mocht de formele wetgever waarde hechten aan dat overheidshandelen, dan dient hij de wet zo aan te passen dat er een afdoende grondslag in komt te staan. In een dergelijk geval vindt dan alsnog een politiek debat plaats over de toelaatbaarheid en grenzen van bepaald overheidshandelen. Wij geloven dat het materiële legaliteitsbeginsel op die manier een nuttige rol kan spelen in het afslijpen van de scherpe kantjes van de problematiek omtrent de terugtredende wetgever: niet alleen kan goede rechtsbescherming worden geboden tegen een bestuur dat zonder duidelijke machtiging zeer ingrijpend handelt; ook wordt zo geborgd dat de ingrijpende afwegingen daadwerkelijk door de politiek worden gemaakt. Daarbij hoeft de rechter niet zelf complexe en politiek gevoelige inhoudelijke afwegingen te maken.

Wat ons betreft kunnen rechtspraak en wetenschap inspiratie vinden in de jurisprudentie van de strafrechter over de grondslag voor onderzoeksbevoegdheden. Zo oordeelde de Hoge Raad dat de algemene strafvorderlijke bevoegdheid tot het in beslag nemen en doorzoeken van bewijsmiddelen niet zonder meer toereikend is om het doorzoeken van een smartphone op te baseren. Het doorzoeken van een smartphone vormt immers zo'n inbreuk op de persoonlijke levenssfeer dat een meer expliciete wettelijke grondslag is vereist. Daarbij zinspeelt de Hoge Raad ook expliciet op een wettelijke regeling.[117]

De wijze waarop het bestuurshandelen aan het materiële legaliteitsbeginsel kan worden getoetst zal verschillen per procedure. Mondt het overheidshandelen uiteindelijk uit in een appellabel besluit (zoals bijvoorbeeld bij bestuursrechtelijke handhaving), dan zal de bestuursrechter kunnen onderzoeken of het onderzoek rechtmatig verlopen en het bewijs rechtmatig verkregen is.[118] Mondt het overheidshandelen uiteindelijk niet uit in een besluit, dan kan voor de civiele rechter een actie uit onrechtmatige overheidsdaad worden ingesteld. Dat de wet in formele zin zelf niet aan het materiële legaliteitsbeginsel kan worden getoetst is weinig problematisch, nu de pijn er steeds in zit dat overheidshandelen plaatsvindt zonder voldoende expliciete grondslag.

5. Conclusie

Over de terugtredende wetgever is in Nederland al veel gezegd en geschreven. In dit artikel hebben we laten zien dat dit fenomeen nu en dan leidt tot vormen van te ingrijpend bestuurshandelen waar geen democratische legitimatie aan ten grondslag ligt. Rode draad in de mogelijke reacties op die problematiek lijkt te zijn dat de rechter vooral zelf in het gat moet springen dat de wetgever op dit moment laat bestaan. Dat past in de Nederlandse cultuur, waarin van oudsher een belangrijke eigenstandige rol aan het bestuur wordt toegekend, met weinig kaderstelling door de formele wetgever tot gevolg. Dat komt onder meer tot uiting in de Nederlandse meer formele inkleuring van het legaliteitsbeginsel, dat weinig inhoudelijke vereisten aan formeelwettelijke voorschriften stelt. In dit artikel hebben we laten zien dat het ook anders kan: de rechtspraktijk van Duitsland laat zien dat een materieel legaliteitsbeginsel de rechter in staat stelt de verhouding tussen andere overheidsmachten vergaand te beïnvloeden. Ook in Nederland bestaan aanknopingspunten voor een meer materiële invulling van het legaliteitsbeginsel. Dit beginsel vereist niet alleen dat een wettelijke grondslag bestaat, maar ook dat ingrijpend overheidshandelen een specifieke grondslag in een democratisch gelegitimeerd voorschrift heeft. Wij geloven dat een dergelijke invulling van het legaliteitsbeginsel de rechter in staat stelt tegenwicht te bieden aan de opkomst van de bestuursstaat, zonder daarbij zelf sterk geladen politieke afwegingen te hoeven maken. Overigens past dat voorstel bij het al in 1985 verschenen rapport van de commissie-Polak, dat al het primaat van de wetgever benadrukt en aangeeft wat voor onderwerpen per wet in formele zin moeten worden geregeld.[119]

Niet alleen de opkomst van de bestuursstaat, maar ook de steeds concretere gesprekken over het toetsingsverbod, zullen de komende jaren blijven leiden tot een continue discussie over de precieze verhouding tussen staatsmachten. Het is daarbij zaak om oog te houden voor de unieke sterktes en zwaktes van wetgever, bestuur én rechter. Het materiële legaliteitsbeginsel heeft wat ons betreft toegevoegde waarde als middel om de verhoudingen tussen staatsmachten te herijken.

116. CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947, r.o. 4.5.5 (*Peilbaken*).
117. HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:584, ECLI:NL:HR:2017:588 & ECLI:NL:HR:2017:592; L. Stevens, 'Onderzoek in een smartphone: zoeken naar een redelijke verhouding tussen privacybescherming en werkbare opsporing', *AA* 2017, p. 730-735.
118. Zie over dat proces Y.E. Schuurmans, 'De metselaar', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek. Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 467-482.
119. Zie Voermans 2023, p. 554-555, onder verwijzing naar Commissie-Polak 1985, p. 46. Ook sluit ons voorstel aan bij Esser, die een algemene herwaardering van het legaliteitsbeginsel bepleit (J.E. Esser, 'Responsieve legaliteit: een herwaardering van het legaliteitsbeginsel', *NTB* 2024/1, p. 1-2).