

**DE GRONDWET - HOOFDSTUK 5 - WETGEVING EN BESTUUR****WETENSCHAPPELIJK COMMENTAAR
HOOFDSTUK 5 - W.J.M. VOERMANS**

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

Wim Voermans^[1]

INLEIDING HOOFDSTUK 5: WETGEVING EN BESTUUR**1 Rechtsstaat**

In hoofdstuk 5 van de Grondwet wordt de instelling van de voornaamste ambt geregeld en de bevoegdheden die ze hebben tot rechtsvorming op het terrein van bepalingen van de hoofdstukken 5 en 6 van de Grondwet is ook goed af te lezen uitdrukking heeft gekregen in de Nederlandse constitutie. Die moderne rechtsstaats te weten:

- het *legaliteitsvereiste* dat vergt dat overheidsoptreden^[2] dat *eenzijdig* en *dwingend* (dat wil zeggen juridisch of feitelijk verplichtend is^[3]), moet berusten op een vorm van een bevoegdheid tot wetgeving (d.w.z. algemene voor herhaalde toepassing);
- het principe van de *machtenscheiding*, dat inhoudt dat overheidsmachtsfuncties, te weten wetgeving, bestuur en rechtspraak;
- *grondrechten en grondrechtsbescherming*, inhoudende dat bepaalde fundamentele rechten worden gewaarborgd en dat de overheid zich inspant om de voorwaarden voor de vrije uitoefening van deze rechten te waarborgen;
- *rechterlijke controle*, inhoudende dat in beginsel alle bevoegdheidsuitoefening onderworpen aan rechterlijke rechtmatigheidscontrole en dat burgers die door overheidsoptreden worden getroffen, toegang hebben tot een onafhankelijke rechter.^[4]

De bepalingen uit de hoofdstukken 5 en 6 van de Grondwet vormen in hun onderlinge de ‘rechtsstatelijke machinekamer’ van ons staatsbestel. Vooral in deze twee hoofdstukken, die welke overheidsgeleding (zowel nationaal als internationaal) onder welke voorwaarden burgers zijn wil kan opleggen, kan *sturen*. Hoe dat allemaal zit en welk staatsrechtelijk niet heel eenvoudig te lezen uit de bepalingen van de Grondwet zelf. Er is veel te betekenis van de bepalingen te doorgronden.

Uitdrukking rechtsstaatgedachte in de Grondwet

Nederland is een democratische rechtsstaat, maar wie de bepalingen van de Grondwet vergeeft naar de woorden ‘democratie’, ‘legaliteit’, ‘machtscheiding’ of ‘onafhankelijk rechter’. Dat is verwonderlijk en beperkt in zekere mate de mogelijkheid van niet alleen van de Grondwet de betekenis van de bepalingen te duiden. Voor het stilzwijgende kernelementen van ons staatsbestel zijn verschillende verklaringen te geven. De Grondwet was nooit en is geen grondwet van grote woorden en poëtische woorden. De Nederlandse Grondwet is (wellicht mede daarom) geen vehikel voor nationale symboliek van politieke en constitutionele identiteit en was dat eigenlijk ook nooit.^[6]

Grondwetspatriottisme – liefde voor de Grondwet die tot identificatie met de staat inspireert^[7] – kennen we dan ook niet echt in Nederland.

De bepalingen van hoofdstuk 5 van de Grondwet vormen – net als die van hoofdstuk 6 – de vertaling van de rechtsstaatsgedachte of de rechtsstatelijke beginselen. Zo wordt slechts een zeer beperkt aspect van het voor ons grondwettelijke systeem legaliteitsbeginsel, of wetmatigheidsbeginsel^[8] verwoord (in artikel 89, tweede en derde lid) naast de genoemde soberheid nog verschillende andere redenen. Zo is ons constitutioneel systeem gegroeid. Gedeelten daarvan zijn, onder invloed van de maatschappelijke en politieke ontwikkelingen moment neergeschreven (gecodificeerd) in de Grondwet. Andere gedeelten van de Grondwet zijn soms bewust – juist ongeschreven gebleven. Een Grondwet met een twee eeuwen lange geschiedenis in lagen over maatschappelijke en politieke ontwikkelingen en de manier waarop hiernaar aan onderdelen van het concept rechtsstaat. Zouden we rechtsstatelijke normen en constitutioneelrechtelijke inzichten van nu, gedetailleerd in de Grondwet opnemen, zouden we leiden tot een onbedoelde fixatie van ons constitutionele recht; het zou ook in de verdere ontwikkeling ervan.

Een kenmerk van het Nederlandse constitutionele bestel is dat de Grondwet de constitutionele ontwikkeling en aanpassingen van het bestel buiten de Grondwet om mogelijk maakt. Het constitutionele politieke systeem dat Nederland kent sinds de vroege dagen van de Consociationele politiek is een vorm van een politiek systeem dat erop is gericht (en erop is gericht) ondanks grote etnische, religieuze of culturele tegenstellingen in een samenleving te functioneren. Een grondwet kan daaraan bijdragen door bijvoorbeeld minderheidsgroepen te beschermen, de macht en ze ook autonomie te geven, ervoor te zorgen dat de grondwet zelf zich niet aan andere etnische of religieuze groepering en ook niet eenvoudig te wijzigen is, maar een neutrale arbiter is (of arbiters zijn) om de grondwettelijke regels te bewaken. De Nederlandse Grondwet draagt een groot aantal van die kenmerken en accommodaties. Dit is mogelijk door het betrekkelijk ‘lege’ karakter van de Grondwet en het bieden van ruimte voor de ontwikkeling van het constitutionele bestel. Dat heeft tot gecombineerd gevolg gehad dat veel wezenlijk constitutioneel recht ongeschreven zijn. Het Nederlandse politieke en constitutionele bestel is ook op *ongeschreven staatsrecht* (ongeschreven regels die verbinden als recht). V

het al eerdergenoemde, grotendeels ongeschreven legaliteitsbeginsel en de vertrouwverhouding tussen regering en Staten-Generaal regelt. In het ongeschreven deel van ook *conventies* (ongeschreven informele regels waarvan degenen die er mee werk moeten worden)^[11] en *tradities* (loutere gebruiken die navolging krijgen)^[12] van wordt bij het bestuderen en begrijpen van het Nederlandse constitutionele recht nog

Door die bijzondere opzet van de Grondwet geeft het Nederlandse constitutionele aan de historische en zich steeds verder ontwikkelende opvattingen over hoe samenleving moet verhouden en vice versa. Nog om een andere reden is het rechtsstaatsgedachte, of de rechtsstatelijke beginselen niet in de Nederlandse Gro: begrip rechtsstaat zelf is namelijk geen vaststaand begrip. Over de inhoud er van gedacht.^[15]

Ontwikkeling rechtsstaatsgedachte

Historisch gezien is de rechtsstaatsgedachte ontwikkeld voorafgaand aan en tijdens de 18^{de} eeuw in de Verenigde Staten, Frankrijk, maar ook in Nederland (Bataafse o wordt de rechtsstaatsgedachte vooral gekenmerkt door een fundamenteel wantrouw reactie op repressief, onvrij en willekeurig overheidsbestuur door het koloniale bev het absolutistische regime in Frankrijk komen in de Verenigde Staten en Frankrijk veel andere West-Europese landen – nieuwe constituties tot stand die zich kenmer beperking en controle van overheidsmacht. De in die tijd gangbare ‘klassieke’ re voornamelijk formeel karakter en concentreert zich op arrangementen die ertoe bij beperkt, gecontroleerd en gebonden aan het recht, via de werking van het legaliteit en rechterlijke controle. Grondrechten worden vooral gezien als vrijplaatsen van klassieke rechtsstaat wordt dan ook wel aangeduid als ‘liberale rechtsstaat’ vanwege bescherming van rechten en vrijheden in deze rechtsstaatsopvatting vertegenwo rechtstaatsopvatting is in hoge mate formeel en procedureel van karakter. V voornamelijk gerealiseerd door overheidsonthouding, de legitimiteit van he grotendeels vereenzelvigd met de legaliteit ervan.^[16]

Rondom de kern van die klassieke rechtsstaatsopvatting ontwikkelen zich in nieuwe lagen die het gevolg zijn van, met name, twee ontwikkelingen. De eerste is o democratiegedachte. Gedurende de negentiende eeuw vat de gedachte post dat o rechtsschepping door de overheid, met name via wetgeving, instemming van he rechtstreekse medewerking van of tenminste via invloed van der volksvertegenwoordigingen op sturende, bindende overheidsbesluiten. Ook op ande die tijd het idee dat ‘volksinvloed’ op overheidsbe-stuur nauw is verbonde rechtsstatelijk bestel. Weliswaar maakt het democratiebeginsel zelf geen deel uit maar het geeft wel aan op welke wijze het recht, waaraan de overheidsgeledi gebonden, tot stand wordt gebracht. Een tweede ontwikkeling speelt zich rechtsstaatsgedachte zelf. Waar de klassieke liberale rechtsstaat aanvankelijk juist g van overheidsbemoeie-nis ter bescherming van rechten en vrijheden, doet zich onde verzorgingsstaat een ontwikkeling in omgekeerde richting voor. Vanaf het eind duidelijk dat, wil een overheid in een rechtsstaat ernst maken met het garanderen burgers op het genot van vrijheidsrechten zoals grondrechten, diezelfde overheid oc om burgers daartoe in staat te stellen. Het inzicht groeit dat de overheid zelf a

voorwaarden zal moeten scheppen om eenieder het genot van grondrechten te verscherpen. Het is voor drukpers van geen waarde voor burgers die kunnen lezen noch schrijven, godsdienstbelijdenis heeft weinig zin voor werknemers die een werkweek kennen en de mogelijkheid tot godsdienst-uitoefening. Vooral na de Tweede Wereldoorlog¹⁷ moet de overheid in een rechtsstaat actief presteren om burgers het volle genot van grondrechten te verschaffen. Die ontwikkeling heeft – zoals al besproken in Hoofdstuk 1 van dit commentaar – geleid tot nieuwe sociale grondrechten die vanaf 1983 in de Nederlandse Grondwet zijn opgenomen. Deze grondrechten roepen de overheid juist op om actief op te treden.

Voor de rechtsstaatsopvatting zelf betekent dit dat rondom de ‘klassieke’ rechtsoverheid die ook positief, presterend overheidsop-treden vereist. De moderne rechtsoverheid terugvinden in de Nederlandse Grondwet, wordt dan ook wel aangeduid als die van de rechtsstaat. Deze veranderingen in rechtsstatelijke opvattingen hebben grote betekenis toegevoerd aan de grondrechten in ons constitutionele recht, maar ook de scheiding van machten is vormgegeven en de hedendaagse betekenis van het legaliteitsbeginsel.

Rechtsstaat in de Grondwet

Al heeft het zeker voordelen dat de Grondwet de rechtsstaatsgedachte en de rechtsstaat fixeert, het heeft ook zo zijn nadelen. In een pluriforme samenleving, zoals de Nederlandse, is de Grondwet zelf duidelijk verschaft over haar karakter (een democratische rechtsstaat) en burgers van die kernbeginselen van de democratische rechtsstaat en haar fundamentele beginselen kennis kunnen nemen en die voor ogen houden, net als de grondwettelijk geformuleerde Grondwet die daarover zwijgt, zo zou je kunnen zeggen, zaait eerder verwarring (of ook niet op. Om dat nadeel te ondervangen, overweegt de regering op dit ogenblik om de Grondwet op te nemen, luidende: “De Grondwet waarborgt de grondrechten van de rechtsstaat.”¹⁹)

De redactie is licht verwarrend omdat het erop lijkt dat de grondwetgever zichzelf dan eigenlijk weer met de opname van de bepaling zelf voldoet. Bedoeld is waarschijnlijk te normeren, maar meer de staat en de overheid in zijn algemeenheid. Het idee van de rechtsstaat verbonden met het stilzwijgen van de Grondwet over democratie en rechtsstaatswaarden te articuleren en zodoende te doen beklijven. Of dat per grondwettelijk artikel zoveel heeft met de tekst van zijn Grondwet moet worden afgewacht.

2 Het legaliteitsbeginsel

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

Tegenwoordig lezen we in het legaliteitsbeginsel dat overheidsop-treden dat *een* (of zeggen juridisch of feitelijk verplichtend²⁰) burgers stuurt, moet berusten op een wet. Het is een wet, zeggen een grondslag in de vorm van een geattribueerde dan wel gedelegeerde bevoegdheid (of zin van algemene voor herhaalde toepassing vatbare regels) die uiteindelijk herleidbaar is tot de Grondwet.

Het legaliteitsbeginsel is een grotendeels ongeschreven rechtsregel die zich de afgejurisprudentie heeft ontwikkeld. Waar aan het einde van de negentiende eeuw overheidsoptreden een wettelijke grondslag werd vereist verlangen we dat tegen vormen van sturend overheidsoptreden, zoals subsidiëring. Om de huidige betekenis te kunnen begrijpen is de ontwikkelingsgeschiedenis van die norm van belang.

2.1 Ontwikkelingsgeschiedenis legaliteitsbeginsel^[22]

De ontwikkelingsgeschiedenis van het legaliteitsbeginsel is een grillige, met waarneembare rode draad. Toch is die er wel. De Grondwet van 1814 en zeker volgens de blauwdruk van de negentiende-eeuwse rechtsstaat. Die is dan nog niet huidige rechtsstaatconcept.^[23] De basisgedachten die aan die eerste versie van de Grondwet ten grondslag liggen zijn die van machtsverdeling (onderscheid tussen wetgevend en rechterlijke macht^[26]), de borging van enkele grondrechten,^[27] een onafhankelijk wetmatigheid van overheidsbestuur. Dat laatste element werd – net als in latere jaren – zodanig gecodificeerd in de Grondwet van 1815. Legaliteit wordt daarin verankerd als uitgangspunt van het staatsbestel waaraan de grondwetten van 1814 en ook die van 1848 en 1849 zijn gebonden. Hier en daar klinkt er wel een echo van door. Lees bijvoorbeeld het poëtische artikel van de heer de Meere dat luidt:

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

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

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

2.2 Naar Meerenberg: wie mag vrijheden beperken?

Tot aan het midden van de negentiende eeuw leverde de toepassing van het legaliteitsbeginsel omstrede, in de praktijk^[31] weinig noemenswaardige problemen op, vooral zogenaamde besluitenregering voerde. Voor ingrepen in rechten en vrijheden van burgers door formele, parlementaire wetgever waren mogelijk gemaakt, verschafte hij zichzelf de koninklijke besluiten, na 1848 meestal in de vorm van algemene maatregelen van bestuur, toen werd genoemd.^[32] De situatie veranderde met de grondwetsherziening van 1848, dat de uitvoerende macht opdroeg aan de Koning. Dat had tweemaal gevolg: eerst werd volgehouden dat de Koning – eigenlijk: de regering – onder de herziene Grondwet algemene bestuursbevoegdheid had, en, ten tweede, legde die herziening een duidelijke scheiding van wetgeving en uitvoering. Het eerste de taak van parlement en regering samen, het tweede

Volgens zo'n schema kon de regering eigenlijk niet langer zelfstandig 'wetgeve' zonder tussenkomst van de formele, parlementaire wetgever – de bevoegdheid van burgers te beperken. Die gevolgtrekking verbindt ook de Hoge Raad aan *Meerenberger* van 1879.^[33]

De psychiatrische kliniek Meerenberg had verzuimd een op grond van het E algemene maatregel van bestuur – verplichte patiëntenregistratie bij te houden en strafvervolging in het geweer. De Hoge Raad stelt vast dat niet duidelijk is wat nu maatregel van bestuur in de zin van de Grondwet moet worden verstaan, en dat welke onderwerpen nu wel en niet bij algemene maatregel van bestuur mogen worden volgens de Hoge Raad alleen worden beantwoord door te kijken naar het stelsel Grondwet van 1848 legt volgens de cassatierechter een nauwkeurig onderscheid aan de wetgever (neergelegd in artikel 104 Grondwet toen – artikel 81 nu) enerzijds en ^[34] toen – min of meer artikel 42, eerste lid, nu) anderzijds. De Grondwet van 1 zouden we zeggen regering) geen algemene zelfstandige wetgevende bevoegdheid ogen van de Hoge Raad - dat als de Koning een algemene maatregel van bestuur w *kan* als de formele wetgever de Koning (nu zou je zeggen: regering) via dele toegekend dat onderwerp (nader) te regelen.^[35] Van een dergelijke delegatie is in sprake. Het Meerenbergerarrest draait dus hoofdzakelijk om de *wie*-vraag.

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

De gevolgen van het arrest werden na 1879 al direct als té verstrekkend ervaren jurisprudentieel ondoenlijk worden beknot in zijn handelen, een soort bestuurlijk voor had gewaarschuwd.^[36] Bij de grondwetsherziening van 1887 werd een getracht door te bepalen dat de Koning op grond van de Grondwet weliswaar bevoegd is tot maatregelen van bestuur, maar dat bepalingen door straffen te handhaven in d gegeven dan krachtens de wet. De wet zelf regelt de op te leggen straffen. Ee verwaterde en minder goed te begrijpen vorm – nog steeds in artikel 89 van de Gr De grondwetsherziening van 1887 draait om de *wie*- én de *hoe*-vraag: wie mag op van burgers beperken? Onder het 1887-regime zijn dat de formele, parlementaire zelfstandige algemene maatregel van bestuur, verder: amvb). Hoe mag die vrijheid een restrictie voor de zelfstandig bij amvb regelende regering: zelfstandig strafbedr van regels in een amvb is niet mogelijk. De formele wetgever kent die restrictie niet

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

Ingrepen in rechten en vrijheden van burgers behoeven volgens het legaliteitsbegrip Met het Meerenbergerarrest en de grondwetsherziening 1887 werden slechts enkele de wet in formele zin en – onder voorwaarden – een algemene maatregel van be grondslag bieden. Maar hoe zit het met andere regelende besluiten, van bijvoorbeeld provincie- of gemeentebestuur? Dat soort vragen was aan het begin van de twinti Onze Grondwet gaf toen en nu nauwelijks een inhoudelijk antwoord op de vraag waartoe bevoegd is en laat ook in het duister wie nu – naast de wetgever in form daaraan direct gekoppeld – welke ingreep als 'wettelijk' kan gelden. Het antwoord kunnen beoordelen of een ingreep in vrijheden van burgers in het licht van de leg niet.

In zijn grondwetscommentaar uit 1883 (vier jaar voor de herziening van 1887)

Duitse rechtsgeleerde Paul Laband aan. Het juiste criterium om te bepalen of een zou kunnen gelden als een ‘wet’ of ‘wettelijke’ ingreep, is niet zozeer te kijken naar het karakter, het verbindende effect ervan. Wezenskenmerk voor een wetgeve Laband en Buys, dat het ‘een voor burgers bindende rechtsregel’ inhoudt. Een bu dan:

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

Het aardige van Buys’ inhoudelijke of materiële wetsbegrip is dat het niet alle inhoudelijk als wet kunnen gelden, maar dat het ook een antwoord geeft op de vrijheden van burgers worden door het legaliteitsbeginsel beschermd? De opvat direct stadsrechten en werd ook niet gecodificeerd. Ze speelde mogelijk wel een ro Hoge Raad uit 1919.^[38] Het betreft een zaak waarin een bijna zestigjarige boer een gulden^[39] krijgt vanwege het verbouwen en verhandelen van zaaigoed in strijd met de Minister van Landbouw, Nijverheid en Handel uit 1917, die weer is gebaseerd op de Eerste Wereldoorlog is op zijn hoogtepunt). Kan dat, ingrijpen in de rechten van ministeriële regeling? De Grondwet van 1887 zegt daar niets over. De Hoge Raad dat in artikel 99 van de toenmalige Wet op de Rechterlijke Organisatie. Volgt ingrijpen in rechten en vrijheden slechts toegestaan op basis van een ‘wet’ en de oordelen (naar de toen geldende tekst) op grond van ‘verkeerde toepassing of sche Raad maakt een passo doble die een klassieker wordt. De Raad overweegt dat onder op de Rechterlijke Organisatie moet worden verstaan een ‘buiten werkende, dus tot regelingen, welke zijn uitgegaan van een openbaar gezag, dat de bevoegdheid da eene regeling door de wetgevende macht, ontleent.’^[40] {NOOT}

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

Gedurende de hoogtijdagen van de verzorgingsstaat komt een groep bezorgde burger van de Amsterdamse waterleidingbedrijf om fluor aan het drinkwater toe te vo voorkomt gaatjes. Op grond van het stelsel van de Waterleidingwet en daarop ge heeft een waterleidingbedrijf geen bevoegdheid om drinkwater te fluorideren.^[41] D moment ook nog niet over de vraag uitgesproken. Staat dat nu in de weg aan flu Amsterdam (eigenaar van het waterleidingbedrijf) voor ogen stond? Je zou kunnen drinkwater geen vrijheidsbeperkend optreden is. Er wordt eigenlijk geen bestaan burger beknot, geen juridische verplichting opgelegd. De Hoge Raad maakt korte Weliswaar legt de gemeente Amsterdam geen juridische verplichting op, maar de situatie waarin verbruikers in het distributiegebied *praktisch gedwongen* zijn c Praktische overheidsdwang – in de zin van het ontnemen van gedragsalternatieven in de ogen van de Hoge Raad, op één lijn met juridisch dwingen via het ople Toevoeging van stoffen om daarmee een buiten de eigenlijke drinkwatervoorzieni daarom, in de klassieke bewoordingen van de Hoge Raad: ‘een maatregel van zó wettelijke grondslag, niet kan worden aangenomen dat een waterleidingbedrijf daa hem in artikel 4 lid 1 van de Wet opgedragen taak de vrijheid heeft.’^[42]

Uit het Fluoridering-arrest volgt dan ook dat wanneer een overheid *feitelijk* dwi

geen gedragsalternatieven meer toelaat), dat in wezen op één lijn te stellen valt met juridische verplichting die door straffen wordt gehandhaafd (zie artikel 89, tweede een wettelijke basis als volmacht nodig.

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

Dertien jaar na het Fluoridering-arrest boog de Hoge Raad zich over de vraag of c die op andere wijze dan door straffen worden gehandhaafd (dat komt wel meer v behoeven. De Grondwet vergt immers slechts voor voorschriften door straffen te ha In het Methadonbrief-arrest uit 1986^[44] draaide het om een brief die Hoofdinspecte de Volksgezondheid aan alle artsen en apothekers in Nederland waarin artsen we alleen dan methadon als behandelingsmiddel voor te schrijven, als behandelingsinstelling in de regio aanwezig is, of indien de capaciteit daarvan ontc die oproep, waarna de inspecteur van de volksgezondheid apothekers in de regio arts die strijden met de beleidslijn uit de brief niet langer te honoreren. De brie bevoegdheid om te verbinden ontbreekt), het verzoek is geen echte straf in juridisc vergt wel een wettelijke basis, zo oordeelt de Hoge Raad, want ‘Aan gee Hoofdinspecteurs van het Staatstoezicht op de Volksgezondheid de bevoegdheid or artsen bindende voorschriften te geven met betrekking waarop dezen hun praktijk twee manieren lezen. In het Methadonbrief-arrest gaat het om een geval net als in h het zien als *feitelijk* knechten (de brief is een louter advies) door de overheid, c gesteld met *juridisch verplichten* al dan niet te handhaven via straf. Of je kunt, zo naar het oogmerk van de overheid en het karakter van de ingreep – de Hoofdinspe kunnen zeggen – om dan vervolgens te concluderen dat het weliswaar gaat om het verplichting (de brief drukt normen uit). Die worden niet gehandhaafd door straffer feitelijke maatregelen. Daaruit volgt dat wanneer de overheid juridische verplic feitelijke dwang, ook daarvoor een wettelijke basis nodig is. De visie die je huld hoever het legaliteitsbeginsel reikt, zoals ik hierna nog hoop duidelijk te maken. H Methadonbrief-arrest minder duidelijk en minder expliciet is uitgewerkt op dit pun ^[47]

2.7 Stand van de rechtsontwikkelingen opvattingen

Het Fluoridering- en het Methadonbrief-arrest fungeren als een soort waterscheiding aanleiding geeft tot discussie. Het zijn, dat staat vast, twee belangrijke uitbreid werking van het legaliteitsbeginsel – op het grondwettelijke legaliteitsgebod c overheidsoptreden een wettelijke basis verlangt.

Want betekent het arrest nu dat, daar waar de overheid praktisch dwingt, zom bindende verplichting wordt opgelegd, daarvoor altijd een wettelijke basis noc uitkomst die bijvoorbeeld Kortmann c.s. (wettelijke basis voor *alle* overheidsoptre Belinfante^[49]) daaraan lijken te verbinden. Er zit ook veel in die gevolgtrekking, war is de overheid talloze malen actiever dan die in de negentiende eeuw was. Er overheidsinterventies en de keren dat werd tussengekomen, was dat meestal met g Als we de oorspronkelijke ratio van het legaliteitsbeginsel in het achterhoofd rechtsgenoten in de wijze waarop de overheid wordt toegestaan in te grijpen in v mag niet louter de *vorm* van overheidsdwang leidend zijn bij de beantwoording va wettelijke basis nodig is. Als de overheid optreedt, intervenueert, in een democ daarvoor in beginsel een machtiging van de democratisch gelegitimeerde wetgeve

basis legitimeert het optreden als een soort volmacht.

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

Tot die eenzijdig opgelegde verplichtingen rekent Van Ommeren ook de feitelijke kwalificatie voor ingrijpende maatregelen die de gedragsopties van een burger worden gedwongen zich te voegen. Hoewel een mooie vondst, wordt met het idee van een verplichting niet helemaal recht gedaan aan de jurisprudentie van de Hoge Raad.^[53] Het wordt gesteld dat overheidsoptreden dat op één lijn kan worden gesteld met het opleggen van een verplichting een wettelijke basis behoeft. Dat een maatregel eenzelfde effect kan hebben als het opleggen van een verplichting. Toegegeven, het begrip ‘verplichting’ zoals van ommeren als aardige bijkomstigheid dat in de loutere ‘Wortlaut’ al een element van behoeft impliciete referte aan iets wat als norm is bedoeld, als zodanig is opgelegd of al daarmee wordt nu juist de open vraag die het moderne legaliteitsdiscussie nog laat voor interventies die *niet* bedoelen het gedrag van burgers, bedrijven, organisaties dat wel als neveneffect hebben, ook een wettelijke basis nodig? In het geval van het Methadonbrief-arrest was er duidelijk sprake van de ambitie van de overheid om nu van burgers te sturen. En waar dat leidt tot het dirigeren van gedrag kan dat niet de grondslag. Zo kan de legaliteitsjurisprudentie van de Hoge Raad natuurlijk ook worden overheid eenzijdig te dirigeren? Zo ja, dan is daarvoor een machtiging van de wet nodig dan is slechts sprake van ‘collateral damage’ die mogelijk tot aansprakelijkheid aanleedt maar geen machtiging vooraf behoeft. Als mijn gemeente bijvoorbeeld in verband met de afzetting of een weg een langere tijd afzet, levert dat de facto voor mij de verplichting op om mijn werk te kiezen. Het kan zelfs zover gaan dat ik – als ik een nering in het park zou moeten sluiten. Een dergelijke overheidsmaatregel bedoelt echter niet mijn gedrag te verplichten mijn gedrag op een bepaalde wijze in te richten – dat is slechts het neveneffect. Het is geen wettelijke basis voor nodig. Het lastige van deze motieftheorie is natuurlijk niet te passen in concrete casus: de bedoeling van sommige vormen van overheidsoptreden is moeilijk raden.

Ook Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male oordelen dat het legaliteitsbeginsel ook voor vormen van overheidsoptreden een wettelijke basis verlangt. Zij vallen te denken aan het legaliteitsbeginsel: de wens tot regulering van *inbreuken* van overheidswege op de handelingenruimte als het ware. Bij inbreuken denken Konijnenbelt en Van Male aan inbreuken op vrijheden en rechten van burgers die kunnen worden doorgezet met geweld.^[54] Dat is ook waar Burkens, Kummeling, Vermeulen en Widdershove

De ontwikkeling van het legaliteitsbeginsel in Nederland volgt een meanderend pad. Het eenvoudig de rode draad is te onderkennen. De rechtsontwikkeling is ook zodanig ontwikkeld dat het nu op één lijn te komen waar het betreft de inhoudelijke betekenis van het b

geval vaststellen dat de jurisprudentie zich niet eenvoudig laat duiden, en dat er veel heeft ongetwijfeld te maken met het aspiratieve karakter van het beginsel – eigenlijk een wettelijke basis moeten hebben? – maar zeker ook met het ongeschreven het niet codificeren van de rechtsontwikkeling, de verschillende ontwikkeling die verschillende deelterreinen van het publiekrecht heeft doorgemaakt. Het legaliteitsrecht, het bestuursrecht of op het terrein van de wetgeving andere rollen. In het bestuur – bijvoorbeeld staat de rechtsontwikkeling en de discussie over de werking teken van bescherming van de burger tegen overheidsoptreden (binding aan rechtsgelijkheid, en ook enigszins democratie), terwijl voor de discussie en ontwikkeling de overheidsfunctie wetgeving de codificerende, legitimerende en politieke functie laat ik even buiten beschouwing (zie daarover ook het commentaar bij artikel 16 Gv

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

Recente discussies over de betekenis van het legaliteitsbeginsel hebben een strekking – zo zagen we hierboven al bij de definities – de functie van het beginsel van het recht. Dat heeft gevolgen. Een aantal bestuursrechtelijke opvattingen over daardoor – onbedoeld wellicht – aan een vorm van blikvernauwing. Zo vormt in de Van Ommeren^[57] het legaliteitsbeginsel primair een waarborg tegen ongepaste rechtspositie van betrokkenen, en zijn de belangrijkste oogmerken ervan het bewerk en rechtsgelijkheid. Die opvatting is in zoverre beperkt en ‘bestuurscentrisch’ dat het legaliteitsbeginsel exclusief lijkt te zoeken in het bieden van rechtsbescherming varianten van ingrijpendheid^[58]– optreden van het bestuur.^[59] Gedachten over de legitimatiebron voor overheidsoptreden, rolbepaler voor overheids machten bij de functies staan hier niet voorop. Een dergelijke invulling leidt al snel tot wetmatigheidseis. Immers, waar de rechtspositie van rechtsgenoten niet direct wordt of waar rechtszekerheid en rechtsgelijkheid door het bestuur ook of juist zonder wet bediend, is een wettelijke grondslag – gemeten naar het doel daarvan – niet grondslageis kan zelfs een hindernis worden voor slagvaardig en dienend be legaliteitsbeginsel ook probeert de rechtsgenoten zelf te betrekken bij de inhoud waaraan ze direct of indirect via de toekenning van bevoegdheidsnormen aan het bestuur in deze benadering afwezig of verwezen naar het tweede plan. Ook lijkt deze benadering voor de wijze waarop het legaliteitsbeginsel betekenis heeft rechtspraak overheidsfuncties heeft het legaliteitsbeginsel een eigen dimensie, een eigen betekenis invulling.

2.8 Kern van het legaliteitsbeginsel in het huidige constitutionele recht

De gang langs de geschiedenis van de ontwikkeling van het legaliteitsbeginsel leidt voor overheidsoptreden dat door straffen gehandhaafd wordt een wettelijke grondslag ook voor veel andere vormen van overheidsoptreden waarbij niet direct wordt ingegrepen in de vrijheden van burgers, tegenwoordig de eis geldt van een wettelijke grondslag legaliteitsbeginsel. Het is vooral de inwerkingtreding van de Algemene wet bestuursrecht bijgedragen dat ook voor vormen van niet in de vrijheid van de burgers ingegrepen overheidsoptreden tegenwoordig een wettelijke grondslag is vereist. Zo vergt de wettelijke grondslag voor subsidiëring (artikel 4:23, eerste lid, Awb), het opleggen (artikel 5:4 Awb), voor delegatie (artikel 10:15 Awb), en voor het rege

overheidsaangelegenheden, zoals bijvoorbeeld het onderwerpen van besluiten aan de Algemene wet bestuursrecht (artikel 10:26 Awb). Doordat de Algemene wet bestuursrecht daarnaast nog andere overheidsoptredens, zoals beleidsregelgeving en privaatrechtelijk overheidshandelingen, wel gesteld dat tegenwoordig het legaliteitsbeginsel vergt dat alle overheidsoptredens aan burgers oplegt, een wettelijke grondslag behoeft.^[60]

Ook brengt de werking van het legaliteitsbeginsel met zich mee dat de mogelijk zogenaamde *zelfstandige* algemene maatregelen van bestuur zonder een basis in een wet is.^[61] Weliswaar zou men kunnen beweren dat de regering rechtstreeks op grond van de bevoegdheid is algemene maatregelen van bestuur vast te stellen, maar die opvatting wordt niet ondersteund door de jurisprudentie en ratio van het legaliteitsbeginsel, zoals opgevat in het begin van de 20e eeuw. Het wordt dan ook wel dat een zelfstandige algemene maatregel van bestuur slechts in uitzonderende gevallen en alleen bij wijze van tijdelijke voorziening kan – zo wordt aangenomen – is toegestaan en nog zelden voor.

Het legaliteitsbeginsel geldt ten aanzien van alle vormen van overheidsoptredens en overheidsfuncties. In de eerste plaats houdt het een norm in voor de wetgever. Volgens het moderne legaliteitsbeginsel niet alleen de mogelijkheden om op te treden, maar ook de inhoud van bepaalde belangrijke beslissingen in de rechtsorde zijn voorbehouden aan de wet. Het komt hierop in het kader van de bespreking van het primaat voor de wetgever ten aanzien van de uitvoerende macht, het bestuur, houdt het legaliteitsbeginsel in dat dit bestuur geen beslissingen kan nemen die niet wettelijk voorschrift zijn gegeven en tevens dat het bestuur bij de uitvoering van zijn taken is gebonden aan wettelijke voorschriften (zie nr. 5). Eenzelfde betekenis heeft het legaliteitsbeginsel voor de rechter; ook die kent geen andere bevoegdheden dan die uitvloeien uit de rechtspraak. De uitoefening van de rechtsprekende functie is gebonden aan de wet (zie nr. 8). Voor de uitoefening van de verschillende overheidsfuncties na de overheidsoptredens even stilstaan bij de wijze waarop de verschillende overheidsfuncties in onze Grondwet zijn geregeld.

3 Machtenscheiding

Net zomin als de Grondwet andere staatsrechtelijke organisatiebeginselen noemt, is de machtenscheiding expliciet grondwettelijk verankerd. Het beginsel komt desalniettemin voort uit de uitwerking in concrete grondwetsbepalingen.^[63]

Het beginsel van de machtenscheiding vormt een onderdeel van de rechtsstaatsgedachte die gericht is op machtsconcentratie bij de overheid tegen te gaan. Dit gebeurt niet alleen door de scheiding van de overheidsmacht als zodanig, zoals het legaliteitsbeginsel en het beginsel van de spreiding van de overheidsmacht te spreiden over verschillende organen, die in een zeker evenwicht van het regeringsstelsel gaat het daarbij primair om de onderscheiding van wetgeving (de wetgever) en het toekennen van deze functies aan afzonderlijke organen (de uitvoerende en rechterlijke macht). Zoals het opschrift en de indeling van hoofdstuk 5 (wetgeving en bestuur) en hoofdstuk 6 (de rechter) vermoeden,^[64] is de machtenscheiding tussen wetgever en bestuur enerzijds en rechterlijke macht anderzijds duidelijk. Dit is het geval in de meeste westerse democratieën. In de verhouding tussen wetgever en rechterlijke machtenscheiding veel minder sterk doorgevoerd. De vaststelling van wetten geschiedt door de Staten-Generaal gezamenlijk (artikel 81 e.v. Grondwet) en ook de regering (

ministers stellen, zij het met inachtneming van artikel 89 Grondwet, algemene reg Grondwet geven uiting aan het samenspel van regering en Staten-Generaal, meer tussen beide. Van een ‘zuivere’ machtenscheiding is geen sprake, veeleer van een controle over en weer. Ook in de Verenigde Staten, waar het beginsel van doorgevoerd, opereren bestuur en wetgever niet volkomen gescheiden van elkaar stelsel van ‘checks and balances’.^[65]

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

De machtenscheiding is het meest duidelijk doorgevoerd ten aanzien van de rechtspraak. Onvermijdelijk organisatorische verbanden met regering en Staten-Generaal geschiedt bij koninklijk besluit (artikel 117, eerste lid, Grondwet). Benoeming van rechters geschiedt eveneens bij koninklijk besluit, maar op voordracht van de Tweede Kamer (artikel 118 Grondwet). Deze constructie ademt nog iets uit van het verlangen naar machtenscheiding Staten-Generaal. Cassatie van rechterlijke uitspraken wegens strijd met het recht is traditioneel gezien als correctiemechanisme op de rechtspraak ‘in naam des Koninkrijks’ en wel (grond)wettelijke en verdragsrechtelijke waarborgen voor onafhankelijkheid. Het beginsel van de machtenscheiding heeft een grote rol gespeeld in de ontwikkeling van de rechtsbescherming. Artikel 115 Grondwet geeft aan dat voor bepaalde geschillen (overheid) administratief beroep ingesteld kan worden, d.w.z. beroep op een hoger beroep of voorafgaand aan – beroep op een rechter. Aan deze constructie, die lang voor de invoer ervan in 1983 bestond, lag de gedachte ten grondslag dat de rechter zich niet in bestuursaangelegenheden en daarmee ‘op de stoel van het bestuur’ moest gaan zitten. In de instantie de Kroon, zou over dergelijke conflicten zelf een oordeel moeten vellen. Het gespannen voet met een ander beginsel van de rechtsstaatsgedachte, namelijk het (administratieve) rechtspraak. Een eenduidige keuze is in Nederland nooit gemaakt. Het systeem, met als gevolg dat er gaandeweg een sterk verbrokkeld stelsel van zowel administratieve als rechterlijke rechtspraak is ontstaan, is voortdurend uitgeoefend door een veelheid van administratieve rechters, als administratieve rechters. Het Benthem-arrest van het EHRM van 1985 maakte een einde aan het Kroonberoep van de overheid en burger in laatste ressort.^[67] Ondanks het feit dat de procedure voor de behandeling van geschillen van bestuur van de Raad van State, vond het Hof het in strijd met de wettelijke rechtspraak als gegarandeerd in artikel 6 EVRM dat de status van het oordeel van de Kroon (term ter aanduiding van ‘regering’) de mogelijkheid had contrair te gaan. Het Hof was een belangrijke katalysator voor de reorganisatie van de rechterlijke macht in Nederland.

Naar aanleiding van het Procola-arrest van het EHRM^[69] is vervolgens het stelsel van de afdeling van de Raad van State (nu: Afdeling bestuursrechtspraak) ter discussie gekomen. Het Hof achtte het EHRM het feit dat vier van de vijf staatsraden die als rechter oordeel velden ook hadden deelgenomen aan de advisering over de litigieuze regeling, in strijd met de onpartijdigheid als gegarandeerd in artikel 6 EVRM.^[70] Naar de heersende overtuiging is het stelsel van rechtspraak door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State niet getroffen; uit het arrest dient wel lering getrokken te worden voor de werkwijze

Tussen bestuur en rechtspraak speelt de machtenscheiding ook in het kader van de verhouding tussen wetgever en rechter. Mede naar aanleiding van de IRT-affaire^[72] is de vraag naar de aanwijzingsbevoegdheid van de minister van Veiligheid en Justitie ten aanzien van de reorganisatie van het geformuleerde artikel 5 Wet RO vervangen door de nieuwe en meer specifieke artikelen 120 en 121 Grondwet.

Het beginsel van de machtenscheiding doet ook opgeld in de verhouding tussen wetgever en rechter. Het constitutioneel toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet vervult hierin een functie. De verhouding tussen wetgever en rechter is ook de hantering van dit artikel van belang. Hoe richt de rechter zich feitelijk op? Hoe vrij is de rechter bij de interpretatie en toepassing van artikel 120 Grondwet? Raad in het Harmonisatiewet-arrest^[74] ten aanzien van het Statuut voor de toetsing van wetten aan het toetsingsverbod gold en dat derhalve zijn handen gebonden waren, maar verklaard de orde zijnde wet – de Harmonisatiewet^[75] – (een wet in formele zin) in strijd met artikel 120 Grondwet te zijn. Met een beroep op machtenscheiding is ook een terugkeer van de wetgever bij de toepassing van artikel 94 Grondwet bepleit inzake van toetsing van wetten aan internationale verbindende verdragsbepalingen.^[76] Hoewel de rechter zich aanvankelijk terughoudend heeft gehouden op bepaalde terreinen veranderd, met name door de toetsing aan internationale en nationale ontwikkelingen in de sfeer van wetgeving, bestuur en rechtspraak, is de verhouding tussen Nederlandse wetgever, bestuur en rechter beïnvloed.

4 De wetgevende functie

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

Het begrip ‘wet’ is in het staatsrecht niet eenduidig. Het is in de staatsrechtelijke praktijk mogelijk verschillende wetsbegrippen te onderscheiden, te weten een formeel wetsbegrip en een materieel wetsbegrip.

In het *formele wetsbegrip* wordt het begrip wet gedefinieerd aan de hand van de uitkomst van de totstandkomingsprocedure. Volgens deze formele wijze van definiëren verstaan we onder ‘wet’ een besluit van de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk, vastgesteld volgens de procedure van artikelen 81-88 van de Grondwet. De Grondwet reserveert het begrip ‘wet’ exclusief voor de procedure vastgesteld volgens die procedure.

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

Over wat precies onder wet in materiële zin moet worden verstaan, lopen de meningen uiteen. Over één ding zijn we het meestal wel eens: een inhoudelijk wezenskenmerk van wetten is de algemene strekking die wetten in materiële zin – of algemeen verbindende voorschriften – hebben. *Algemeen verbindende voorschriften* houdt in dat de voorschriften ervan zich richten tot een algemeen belang van normadressaten. De algemene strekking van algemeen verbindende voorschriften is de algemene strekking van algemeen verbindende voorschriften.

ervan. Die is algemeen als de werking van een algemeen verbindend voorschrift i aan een beperkte tijdsduur, de werking niet is gelimiteerd tot een beperkte ruimte e lenen voor herhaalde toepassing.^[79] Eveneens een constante factor in materiële w besluit pas dan aan te merken valt als een algemeen verbindend voorschrift indien bij of krachtens de Grondwet, dan wel formele wet verkregen *bevoegdheid tot regel* verbindende voorschriften op basis van een directe of indirecte bevoegdheid tot r gebracht, onderscheiden ze zich van de beleidsregels, die net als algemeen ve algemene strekking hebben, maar in tegenstelling tot algemeen verbindende voors bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften, maar c bestuursorgaan tot het vaststellen van regels omtrent het afwegen van belangen, he uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een vierde lid, Awb en artikel 4:81 Awb).

Meer omstreden zijn de onderscheidende kenmerken *externe werking* (een beslu verbindend voorschrift als het werkt buiten de kring van het orgaan dat het besluit van bekendma-king als algemeen verbindend voorschrift.^[82] Dat een algemeen ve werking moet hebben voordat het als werkelijk algemeen verbindend voorschrift tijd meer en meer aangehan-gen.^[83] *Publicatie* is als specifiek vereiste voor algeme wat op zijn retour, nu bekendmaking ingevolge artikel 3:40 Awb een constitutief inwerkingtreding van de meeste besluiten, inclusief het merendeel van de besluite voorschriften bevatten.^[84]

De Grondwet zelf, noch enige andere wet, bevat een inhoudelijke definitie van wet verbindend voorschrift. Het materiële wetsbegrip is vooral in de jurisprudent literatuur ontwikkeld. In navolging van de vorige druk van dit handboek ve *verbindend voorschrift* (synoniem van wet in materiële zin, of wettelijk voor regelgevende bevoegdheid genomen besluit, inhoudende een of meer algemene,^[86] r

De Algemene wet bestuursrecht markeert tegenwoordig zelf de grens tus voorschriften en beleidsregels, die eveneens een algemene strekking hebben. A verstaat onder beleidsregel:

‘een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbind afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voor een bevoegdheid van een bestuursorgaan.’

De betekenis van het legaliteitsbeginsel voor de wetgever

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

Voor de wetgever kent het legaliteitsbeginsel twee facetten:

- a. De overheid is als wetgever *uitsluitend* tot optreden bevoegd als ze een uitdruk aanwijzen die haar deze bevoegdheid verleent (negatief wetgevingsvoorbehoud).^[87]
- b. Als er een bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschrif vormen van overheidsoptreden alleen via uitoefening van *die* toegekende regelg

uitgeoefend (positief wetgevingsvoorbehoud).

a. Verkrijgen van regelgevende bevoegdheid: attributie en delegatie

Wil de overheid met algemene en verbindende regels optreden, dan zal zij cetero legaliteitsbeginsel – altijd een wettelijke basis moeten hebben, d.w.z. een door de wet toegekende bevoegdheid die direct of indirect is ontleend aan de Grondwet. De bevoegdheid (in materiële zin) kan namelijk direct door de Grondwet zelf worden toegekend aan een overheid of via doorgifte van een reeds bestaande regelgevende bevoegdheid bij een overheid. In het algemeen bestaan er twee methoden om regelgevingsbevoegdheden toe te kennen en de eerste methode van bevoegdheidstoekenning heet *attributie*. Attributie houdt de creatie van nog niet eerder bestaande regelgevende bevoegdheid aan een overheidsorgaan. Zoals aan provinciale staten en gemeenteraden de bevoegdheid toe om, behoudens bij de wet te bepalen uitzonderingen, de provinciale onderscheidenlijk de gemeentelijke bevoegdheid tot het maken van verordeningen wordt in de Grondwet voor het hogere wetgever gaf daartoe de opdracht) en gelijktijdig aan provinciale staten en gemeenteraden (in artikel 124 Grondwet en verdere). *Delegatie* – de tweede vorm van bevoegdheidstoekenning – reeds bestaande regelgevende bevoegdheid wordt doorgegeven aan een andere overheid of bevoegdheid dan zelf, onder eigen naam en op eigen verantwoordelijkheid, kan gaan

Gemeenteraden kunnen bijvoorbeeld de bevoegdheid tot het maken van gemeentelijke verordeningen in de Grondwet hen in artikel 127 attribueert geheel of gedeeltelijk overdragen aan het college van wethouders, met inachtneming van de beperkingen die artikel 156 Gemeentewet daaraan stelt. De bevoegdheid van regelgevende bevoegdheid wordt dan in een bepaling van een gemeenteraad bijvoorbeeld de zinsnede dat het college van burgemeester en wethouders bevoegd is om de 'nadere voorschriften' te vervaardigen. Een voorbeeld van een wet die in een bevoegdheid van wetgevingsbevoegdheid – of preciezer: een regelgevende bevoegdheid – delegeert is de Kieswet: 'Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld met betrekking tot van het stembureau.'

Een probleem bij het overdragen van regelgevende bevoegdheden aan lagere overheden, is dat daarmee de directe participatie van een volksvertegenwoordiging algemeen verbindende voorschriften verloren gaat. Delegatie houdt dus altijd de democratische legitimatie in. Dat verlies wordt wel gedeeltelijk gecompenseerd door het feit dat de regelgevers meestal op hun beurt weer verantwoordelijkheid verschuldigd zijn aan het volk (in het geval aan een volksvertegenwoordiging zoals een gemeenteraad) en het feit dat de afgevaardigden die de kaders waarbinnen de gedelegeerde regelgeving plaatsvindt, zelf heeft vastgesteld en het ongedaan kan maken. Dat laat onverlet dat de directe verbinding met de volksvertegenwoordiging van vaststellen van regels door delegatie wordt verbroken. Daarmee ontstaat door de overdracht van bevoegdheid ook een asymmetrie in de spreiding der machten. Het traditionele machtspreidingsmodel van de trias politica bij uitstek belast zijn met de uitvoering van delegatie van regelgevende bevoegdheid tevens de bevoegdheid toegekend om de afgevaardigden die de kaders waarbinnen de gedelegeerde regelgeving plaatsvindt, zelf heeft vastgesteld en het ongedaan kan maken. Dat laat onverlet dat de directe verbinding met de volksvertegenwoordiging van vaststellen van regels door delegatie wordt verbroken. Daarmee ontstaat door de overdracht van bevoegdheid ook een asymmetrie in de spreiding der machten. Het traditionele machtspreidingsmodel van de trias politica bij uitstek belast zijn met de uitvoering van delegatie van regelgevende bevoegdheid tevens de bevoegdheid toegekend om de afgevaardigden die de kaders waarbinnen de gedelegeerde regelgeving plaatsvindt, zelf heeft vastgesteld en het ongedaan kan maken.

Dat is geen loutere indruk of speculatie. Als we bijvoorbeeld alleen al naar de afkomst van de regels zien we dat in 2010 76% van alle regels afkomstig is van het bestuur (24% daarvan van ministers) en maar 24% van de formele, parlementaire wetgever zelf.^[89] Een trend die over de jaren heen te zien van *bestuur per wet*. In hun rapport 'Alle regels te

Herweijer^[90] een regelingstoename van 2% per jaar tussen 1975 en 2004.^[91] Dat allerlei deregulerings- en regelveegoperaties – alleen nog maar meer geworden, al volume onder controle te houden.^[92] De totalen van 2016 liggen met zo'n 120.000 wat lager dan het totaal van 140.000 bepalingen van De Jong en Herweijer uit 2004, ook precies mogen zeggen.^[94]

Het kan ook nauwelijks anders. Delegatie van regelgevende bevoegdheid is noodzaak.^[95] Wil de wetgever slagvaardig en effectief op kunnen treden, kunnen parlementaire wetgever het niet alleen af. Waar het wel om gaat is dat er een gulf tussen parlementaire wetgeving en 'bestuurswetgeving'. Een situatie waarin het eigen gezag regels stelt die het zelf uit moet voeren, is, in een hedendaagse democratie, onwenselijk als bestuurlijke inertie ten gevolge van een doorgeslagen behoefte om van een regelingscomplex te betrekken.

Het overdragen van regelgevende bevoegdheid via delegatie kan zowel in de overheidsoverheidsverband plaatsvinden, bijvoorbeeld door de formele wetgever aan de verschillende overheidsverbanden, zoals bijvoorbeeld de overdracht van regelgevende bevoegdheid van de formele wetgever aan de gemeenteraad. Bij delegatie binnen één en hetzelfde overheidsoverheidsverband, bijvoorbeeld horizontale delegatie, bij delegatie tussen twee verschillende overheidsverbanden, bijvoorbeeld verticale delegatie. Overigens is een overheidsorgaan waaraan via attributie of delegatie een bevoegdheid is toegekend, niet steeds vrij die bevoegdheid door te geven aan weer een ander overheidsorgaan. Mogelijkheden tot delegatie worden soms beperkt door de Grondwet, soms door het

Een vraagstuk waarover in de Nederlandse staatsrechtelijke doctrine verschillend is de mening welke wetgever(s) bevoegd is (zijn) tot attributie van regelgevende bevoegdheid. Sommige staatsrechtelijke schrijvers zijn de mening toegedaan dat de bevoegdheid van de Nederlandse rechtsorde de Grondwet regelgevende bevoegdheden aan de formele wetgever én de formele wetgever in staat is om bevoegdheden – o.a. in het kader van de Grondwet – te attribueren aan andere overheidsorganen. Anderen houden het erop dat de rechtsorde alleen de grondwetgever in staat is om *nieuwe* regelgevende bevoegdheden te kennen.^[96] In artikel 81 van de Grondwet krijgt de formele wetgever een zeer belangrijke taak vaststellen van wetten in formele zin toegekend. Die wetten kunnen betrekking hebben op onderwerp, voor zover en voor zolang een wet daardoor niet in strijd komt met de Grondwet, wettelijke regeling, zoals een verdrag of besluit van een volkenrechtelijke organisatie.

Weliswaar bevat de Grondwet naast deze algemene geattribueerde regelgevende bevoegdheid in de Grondwet nog bijzondere opdrachten voor de formele wetgever, zoals de opdracht in de Grondwet om algemene regels van bestuursrecht bij wet vast te stellen. Deze bijzondere opdrachten doen echter niet af aan de algemene competentietoedeling door de Grondwet aan de formele wetgever; ze omschrijven deze nader en scherpen de formele wetgever in welke gevallen de bevoegdheid geregeld moeten worden. De consequentie van deze opvatting is dat de bepalingen in de Provinciewet, maar ook in andere organieke wetten waarin regelgevende bevoegdheden aan overheidsorganen worden toegekend, niet langer worden gezien als zelfstandige bevoegdheden van de wetgever, maar als specificaties van de originele bevoegdheidstoekenning door de Grondwet.

Door uit te gaan van een stelsel waarin de grondwetgever de enige bron van

bevoegdheden is binnen het bestek van de Nederlandse rechtsorde wordt – scherp het geval is – uitgedrukt dat de Grondwet ten opzichte van de formele wet en de regelgeving of rechtschepping een bijzondere plaats inneemt.

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

Een probleem bij het overdragen van regelgevende bevoegdheden via delegatie aan regering, een minister, of een gedecentraliseerd overheidsorgaan, is dat daarmee de Staten-Generaal bij het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften verloor veelal een gedeeltelijk verlies aan democratische legitimatie in. Dat is niet het geval aan bijvoorbeeld provinciale staten of gemeenteraad. Het democratische tekort gecompenseerd doordat deze decentrale regelgevers meestal verantwoording decentrale volksvertegenwoordiging (gemeenteraad of provinciale staten) en door de wetgever meestal de kaders waarbinnen de gedelegeerde regelgeving plaatsvindt. De delegatie weer ongedaan kan maken. De directe verbinding met de nationale volksvertegenwoordiging aan lagere regelgevers binnen de centrale overheid evenwel verbreekt de delegatie van regelgevende bevoegdheid een asymmetrie in de scheiding der macht. Het machtscheidingsmodel van de trias politica bij uitstek belast zijn met de uitvoering van delegatie van regelgevende bevoegdheid soms tevens de bevoegdheid toegekend om zelf te geven. De machtsbalans dreigt hiermee te worden verstoord.

Om deze mogelijke problemen het hoofd te bieden zijn er – mede op basis van het aantal normen ontwikkeld die de mogelijkheden tot delegatie begrenzen. Dit hoofdgroepen uiteen, te weten: a. de normen die ons grondwettelijke delegatiestelsels die samenhangen met het primaat van de wetgever.

Het grondwettelijke delegatiestelsel

Onze Grondwet van 1983 stelt een aantal normen die van belang zijn voor de mogelijkheden tot regelgevende bevoegdheid. Door het gebruik van een vaste terminologie wordt in de Grondwet aanzien van welke onderwerpen wel of juist geen delegatie is toegestaan. Slechts in de gevallen ‘bij of krachtens de wet’ of enigerlei vorm van het werkwoord ‘regelen’ of het zelfstandige naamwoord ‘regeling’ bevat, is delegatie van regelgevende bevoegdheid door de formele wetgever toegestaan.^[98] Ontbreekt een van deze termen dan is delegatie niet toegestaan en is het gebruik van de formele zin mogelijk.^[99] Een grondwettelijk delegatieverbod houdt overigens in dat de wetgever helemaal geen regelgevende bevoegdheid toe zou kunnen komen tenzij het onder het delegatieverbod valt. Het grondwettelijke delegatieverbod houdt naar de wezenlijke bepalingen ten aanzien van het betrokken onderwerp in een wet in de wet neergelegd.^[100] Dat betekent dat op de terreinen waarop een delegatieverbod geldt vage bestuursbevoegdheden in de wet in het onderwerp wordt voorzien, in welke vorm de regeling in feite geheel aan lagere bestuursorganen wordt overgelaten. Een grondwettelijk onverlet dat als uitvoering te beschouwen regels over details aan een lagere bestuursorgaan overgelaten.^[101]

Nog op een andere manier normeert de Grondwet de mogelijkheden tot delegatie. Artikel 17, lid 1, bepaalt dat voorschriften in algemeen verbindende voorschriften van het Rijk gehandhaafd, alleen krachtens de wet kunnen worden gegeven. Aan de wetgever voorbehouden de op te leggen straffen te regelen.

Het primaat van de wetgever

Het ‘primaat van de wetgever’, als begrip geïntroduceerd in het door de Commissie-rapport *Orde in de regelgeving*, drukt op hoofdlijnen uit welke betekenis momenteel aanzien van de functie wetgeving toekomt binnen onze democratische rechtsstaat. Het primaat van de wetgever in dat hij zelf de voornaamste (rechtspolitieke) keuzen over wettelijke regelingen behoort te maken, en die keuzen niet kan overlaten aan het bevoegde orgaan. Het praktische zinnig houdt het beginsel volgens de Commissie-Polak in dat de structuur van de wet, als geheel, alsmede de hoofdlijnen, de voornaamste duurzame normen en de reikwijdte van een wet in formele zin moeten worden neergelegd. Aan lagere regelgevers kan dan, indien nodig, worden overgelaten uitvoeringsregels op te stellen.^[103]

Met het primaat van de wetgever wordt een theoretische brug geslagen tussen de essentie democratische grondslag van rechtsschepping in een democratische rechtsstaat en het beginsel van legaliteitsbeginsel. Daarnaast biedt het een belangrijk en praktisch aanknopingspunt voor de geoorloofdheid en mogelijkheden tot delegatie binnen een bepaald regelingscomplex. Het rapport *Orde in de regelgeving* geeft zelf al op hoofdlijnen aan welk soort bevoegde wetgever nu bij uitstek behoren tot de materie die regeling bij wet in formele zin kan worden voorgeschreven, en welke gedelegeerde regelgevers van inhoudelijke richtsnoeren zijn – met enkele uitbreidingen – ook overgenomen. Het rapport *Aanwijzingen voor de regelgeving*, een circulaire bedoeld als handleiding bij het overnemen van wetgeving door de minister-president – als hoofd van de rijksdienst – en functionarissen en ambtenaren die werkzaam zijn in rijksdienst.^[105]

Parlementaire betrokkenheid bij delegatie

Delegatie zet de volksvertegenwoordiging op wat grotere afstand van het probleem van algemeen verbindende voorschriften. Weliswaar is er controle mogelijk op de delegatie door parlementaire controle-instrumenten, maar dergelijke controle op de delegatie zal pas plaatsvinden nadat de gedelegeerde regeling is bekendgemaakt. Om te voorkomen dat het parlement bij de vaststelling van algemeen verbindende voorschriften niet betrokken kan blijven. Veelal geschiedt dat doordat het parlement van een ontwerp van een regeling in een of andere vorm op de hoogte wordt gesteld (de zogenaamde *voorharig*).

Er bestaan vier hoofdvormen van parlementaire betrokkenheid bij delegatie, a. delegatie (waarbij het parlement van het ontwerp van een algemene maatregel van regeling op de hoogte wordt gesteld alvorens deze in werking treedt), b. tijdelijke delegatie (waarbij de bevoegdheid krijgt tijdelijk een regeling te maken die zal worden vastgesteld in formele zin), c. voorwaardelijke delegatie (een voorstel voor een algemene maatregel van regeling wordt voorgelegd aan het parlement, dat alsnog kan beslissen tot een regeling) en d. delegatie onder voorbehoud van goedkeuring bij wet, waarbij de maatregel van regeling afhankelijk is van goedkeuring bij wet.^[106]

5 De wetgevingsprocedure

De Grondwet regelt in de artikelen 81 tot en met 88 de formele wetsprocedure, die artikelsgewijze commentaar aan de orde zal komen. Bij die gelegenheid (zie Artikel 81 – vooralsnog niet geslaagde – poging die in 1999 is ondernomen om in de correctief wetgevingsreferendum op te nemen.

Over de totstandkoming van andere voorschriften die afkomstig zijn van Nederlandse organen op het niveau van de centrale overheid, zwijgt de Grondwet grotendeels. De Grondwet, bepaalt weliswaar dat algemene maatregelen van bestuur worden vastgesteld, maar daar blijft het bij. Bij het commentaar op artikel 89 Grondwet zullen we nader ingaan op het vaststellen van algemene maatregelen van bestuur en andere vanwege het verbindende voorschriften wordt gevolgd.

6 Vormen van regelgeving

Algemeen verbindende voorschriften op het niveau van de centrale overheid

Algemeen verbindende voorschriften komen voor in verschillende soorten en maten. In de rijksoverheid van Nederland kunnen algemeen verbindende voorschriften met verschillende *regelingssoorten* worden vastgesteld, te weten bij het Statuut, bij Grondwet, (rijks) maatregel van (rijks)bestuur, ministeriële regeling, en andere vanwege het verbindende voorschriften, zoals regelingen van zelfstandige bestuursorganen (bij Post- en Telecommunicatie Autoriteit) of regelingen van openbare lichamen voor de Nederlandse Orde van Advocaten).

Tot voor kort werd wel aangenomen dat het ook mogelijk was algemeen verbindende voorschriften bij zogenaamde kleine koninklijke besluiten, d.w.z. koninklijke besluiten die niet is gehoord en die ook niet zijn gepubliceerd in het Staatsblad. Ruimte voor het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften door de regering bij een zogenoemd klein ‘regelend’ besluit, is echter naar huidig inzicht niet meer.^[107] Indien de regering algemeen verbindende voorschriften vaststelt, dient daarvoor de vorm van de algemene maatregel van bestuur te worden gevolgd.

Zelfstandige algemene maatregelen van bestuur?

Een vraag die hiervoor al in het kader van de bespreking van het legaliteitsbeginsel in ons constitutionele stelsel de regering ook zelfstandig bevoegd is om algemeen verbindende voorschriften vast te stellen in ‘zelfstandige’ algemene maatregelen van bestuur. Dergelijke algemene maatregelen van bestuur zijn ‘zelfstandig’ omdat ze niet zijn vastgesteld op basis van enige gedelegeerde bevoegdheid. Volgens de Meerenbergarrrest – toch alsnog wat ruimte werd gecreëerd voor de zelfstandige maatregelen van bestuur. Slechts daar waar een algemene maatregel van bestuur voorschriften bevestigen, moeten die voorschriften met strafbedreiging berusten op een wettelijk verbod dat niet door straffen worden gehandhaafd, kunnen onder die grondwettelijke bepalingen vallen. Volgens de tweede lid – nog wel zelfstandig bij algemene maatregel van bestuur vastgesteld, is in het verleden slechts beperkt gebruik gemaakt en terecht algemeen verbindende voorschriften van bestuur ‘wringen’ met het legaliteitsbeginsel en het daarop voortvloeiende wettelijk verbod. Ze komen dan ook nog maar weinig voor en zijn omstreden.^[109] De commissie is terecht kritisch over zelfstandige algemene maatregelen van bestuur. Dat heeft een belangrijke democratische betekenis die de commissie aan het legaliteitsbeginsel toedicht.^[110] Het legaliteitsbeginsel geeft het namelijk geen pas dat de top van het bestuur (de re

van een volksvertegenwoordiging regels stelt die ze later zelf uitvoert. De commissie om een einde te maken aan de figuur van de zelfstandige algemene maatregel van bestuur vond dat wat te ver gaan en kwam met een eigen standpunt. Dat standpunt is Aanwijzing 2.22 van de al eerdergenoemde Aanwijzingen voor de regelgeving:

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

Deze benadering is ook in lijn met oplossingen voor decretenwetgeving (dat wil zeggen optreden van de regering) die in andere landen is gekozen.^[111]

De praktijk is echter weerbarstig. Er worden nog steeds zelfstandige algemene maatregelen van bestuur gemaakt, ook voor maatregelen die burgers de facto dwingen. Een enkel voorbeeld is de DNA-onderzoek (*Stb.* 2002, 640). Deze maatregel maakte het mogelijk om DNA-profielen van personen te verkrijgen als ze daarmee instemden en dat materiaal op te nemen en te verspreiden in een databank bedoeld voor strafrechtelijk onderzoek. Al legt de algemene maatregel van bestuur is er hier een van feitelijke dwang en dan gaat het niet aan dat de regering dat op een andere manier van het parlement regelt. Het besluit is niet direct in strijd met de Grondwet maar het is in strijd met de Grondwet als sprake is van feitelijke dwang^[112] in strijd met de lijn uit het Fluoridering-arrest (van de wetgever.^[113] Ook de Raad van State oordeelde over het ontwerp voor dit koninklijk besluit in strijd kwam met het primaat van de wetgever. Toch zette de regering door met de Aanwijzingen voor de regelgeving, en continueerde die praktijk bij de wijziging van het DNA-besluit door de werkingssfeer uit te breiden naar ex-veroordeelden (*Stb.* 2003, 24). Het is een schoonheidsprijs uit een oogpunt van consistentie en doet ook de vraag rijzen naar het primaat van de wet van de wetgever aanlegt. Is dat slechts een aanwijzing of een aanpak van het laatste. Het primaat van de wetgever is een hedendaagse implicatie van de norm die aanlegt, het is neergelegd in een regel die het karakter van een beleidsregel heeft en toegepast door de Raad van State bij de wetgevingsadvisering.^[114] De loutere ontzetting van een nieuwe uitspraak van een rechter is geweest, of een arrest van de Hoge Raad waarin ingeroepen, betekent niet dat de norm niet bestaat.

Regelingssoorten op het niveau van de decentrale overheid

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

De verhouding tussen regelingen: normenhiërarchie

Tussen regelingssoorten bestaan verschillende soorten van verhoudingen die voortvloeien uit de oplossing van conflicten tussen regels. Indien zich tussen regels conflicten voordoen, moet de regel de voorrang dient te krijgen, en welke regeling buiten toepassing blijft of onrechtmatig is, moet de rechter zijn die zich over conflicten tussen regels een oordeel moet vormen. Ook de wetgever, kunnen geconfronteerd worden met met elkaar strijdige regels. Te

conflicten, maar ook meer ter bepaling van de werking van regels ten opzichte van inzicht te hebben in de verhouding die tussen verschillende regels bestaat. Dit is als het vraagstuk van de normenhiërarchie. Tussen regels kunnen in het algemeen bestaan, te weten een verhouding van onderschikking of een verhouding van nevens

a. Onderschikking van regels

Een van de belangrijkste regels die de rechter hanteert bij het bepalen van de verhouding daarmee onder andere conflicten op te kunnen lossen, is de regel die zegt dat hogere regels gaan.^[115] Tussen regels van ongelijke rang bestaat een hiërarchische verhouding. Internationale en supranationale regels, dan komen de nationale regels, dan de wet in formele zin, de algemene maatregel van bestuur/klein koninklijk besluit, algemeen verbindende voorschriften afkomstig van zelfstandige bestuursorganen en de overheid, en vervolgens de algemeen verbindende voorschriften van openbare lichamen krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is toegekend. Ook tussen voorschriften afkomstig van besturen van openbare lichamen, zoals gemeenten, provincies, openbare lichamen voor beroep en bedrijf, bestaan onderling verschillen in rangorde die in hoofdzaak beperken tot de hiërarchische verhouding tussen algemeen verbindende voorschriften van de centrale overheid. Algemeen verbindende voorschriften in supranationale en internationale regels – zoals die vaak in verdragen worden vastgelegd – hebben verbindende kracht in Nederland nadat ze zijn bekendgemaakt én voor zover de verdragen naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden (artikel 93 Grondwet). Als regels die afkomstig zijn van internationale en nationale regels, zou daaruit al kunnen worden afgeleid dat ze ook verbindende kracht hebben. Regels van internationale herkomst en nationale regels vormen echter twee verschillende rechtsordes – formeel geen onderdeel van één en dezelfde rechtsorde en de verhouding daarmee ook niet als vanzelf volgens de nationale voorrangregels worden afgedaan. Het conflict dan ook de verhouding die bestaat tussen internationaal en nationaal recht door de binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden, verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van internationale organisaties. Artikel 94 Grondwet richt zich volgens de heersende opvatting uitsluitend op de bewoordingen daartoe geen aanleiding: ook de wetgever en het bestuur zijn gebonden aan een ieder verbindende verdragsbepalingen. Wordt de rechter geconfronteerd met bepalingen van een verdrag of van een supranationale organisatie, dan hoeft hij zich niet absoluut te spreken over de betekenis van dat conflict voor de verbindende kracht van het nationale recht. De rechter wordt slechts gevraagd om de met het internationale recht strijdige nationale bepalingen niet toe te passen. We gaan op deze kwestie verder in bij het commentaar op artikel 94 Grondwet. De regels die voortkomen uit of berusten op de oprichtingsverdragen van de Europese Unie, hebben voorrang boven het Nederlandse recht omdat het nationale recht erin in de unierechtelijke verhoudingen eigenlijk wel sprake is van één rechtsorde, en die in de nationale rechtsorde is opgenomen. In de arresten Van Gend en Loos en Hof van Justitie namelijk dat de lidstaten met het sluiten van de verdragen een nieuw recht hebben geroepen met een geheel eigen karakter. Het unierecht werkt dan ook niet op de ruimte die het recht van de lidstaten daarvoor toestaat, maar uit kracht van de rechtsorde. De voorrang van het EU-recht komt in paragraaf 9 en bij het commentaar op artikel 94 nog aan de orde.

Nationaal gezien is de Grondwet de hoogste regeling en zou zij daarom ook voorrang

lagere regels die strijden met bepalingen uit de Grondwet. In beginsel is het inc prevaleert boven subordinaire regels, maar op de werking van die regel bestaat een constitutionele stelsel. Artikel 120 van de Grondwet bepaalt dat de rechter niet tre grondwettigheid van wetten en verdragen. De rechter mag de wetten in formele zi lager rang dan de Grondwet – niet toetsen aan de Grondwet, dit om het primaat beschermen.^[120]

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

Niet alleen voor de rechter is het van belang te weten welke de relatie is tussen twee vaststellen van de vraag welke van de twee regelingen dient te prevaleren, ook de bij de relatie tussen regelingen te kennen. Hogere regelingen bepalen namelijk mogelijkheden die lagere regelgevers nog hebben.

b. Nevenschikking van regels

Tussen regels van gelijke orde biedt de rangorde geen handvat bij de beantwo regeling moet prevaleren. Voor de bepaling van de verhouding en voorrang tussen regels van gelijke orde zijn verschillende voorrangregels van belang. In de eerste in geval van conflict tussen twee regels van gelijke orde – de meest specifieke r krijgen boven de algemenere regeling (*lex specialis derogat legi generali*). Deze v alleen op als een algemene regeling niet de vooropgezette bedoeling heeft een alge andere bijzondere regelingen. Algemene wetten zoals het Burgerlijk Wetboek, de C van Strafrecht, beogen een algemeen kader te scheppen dat overkoepelend, als een ten aanzien van bijzondere regelingen, zelfs van gelijke rang. Dergelijke algemene boven meer specifieke, bijzondere regelingen. Of sprake is van zo'n wet die be scheppen, valt af te leiden uit de bedoeling die de wetgever met de wet heeft nag lezen zijn in de toelichtende stukken,^[122] soms wordt een aparte bepaling opgenom een algemeen kader scheidt ten aanzien van bijzondere regelingen.^[123] Is een al regeling bedoeld, dan heeft die eveneens voorrang boven bijzondere regelingen.^[124]

Is niet op basis van het algemene of het bijzondere karakter van twee regels van welke van de twee voorrang heeft (omdat het bijvoorbeeld twee algemene regel sprake van een conflict, dan is er nog een voorrangregel die wel gebruikt wordt, ne bepaalt dat een latere regeling voor een eerdere regeling gaat (*lex posterior derog* valt echter alleen maar toe te passen in het geval er sprake is van conflicterende reg bovendien niet tot elkaar verhouden als algemene en bijzondere regeling.

7 De bestuursfunctie

'Bestuur' is de tweede belangrijke overheidsfunctie die de Grondwet in het opschi functie van wetgeving noemt. Met 'bestuur' wordt de overheidsfunctie van de uitv we die kennen uit de klassieke trias politica. In de oorspronkelijke idee van d verwoord door Montesquieu, was de uitvoerende macht of het bestuur – hier gebruikt het uitvoeren van de wetten die door de wetgevende macht zijn vastgesteld. Te

echter veel meer dan het louter uitvoeren van wetten. De regering – waaraan in Nederland de centrale overheid de bestuursfunctie is opgedragen – houdt zich niet alleen aan wettelijke regelingen (zoals bijvoorbeeld de begrotingswetten, de Wet op de studie hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek of de Vreemdelingenwet), maar ook het uitvoeren van eigen regeringsbeleid (bijvoorbeeld op het terrein van de mobiliteits- en gezondheidszorg of de criminaliteits-bestrijding), het ontwikkelen en onderhouden van infrastructuur, het verrichten van investeringen, het aanleggen van spoor- en waterwegen, voorlichting en informatie, etc., etc. Besturen omvat tegenwoordig dus veel meer dan het Zelfs het stellen van regels – vaak ter invulling van de details waaraan de formele wetgeving – vormt tegenwoordig een belangrijk onderdeel van de taak van het bestuur. De bestuursfunctie maakt het niet eenvoudig om er een korte pakkende definitie van te geven, maar geeft geen definitie van die tegenwoordig zo belangrijke bestuursfunctie. Zou men willen omkaderen dan heeft het de voorkeur de bestuursfunctie als een ‘restfunctie’ tussen de twee andere overheidsfuncties te beschrijven. De bestuursfunctie wordt onder bestuursfunctie verstaan, uitgezonderd de parlementaire wetgeving en de voorbereidende functies die worden uitgevoerd door onafhankelijke rechters en de functies die zijn opgedragen aan het parlement.^[125]

Grondwet en bestuur

De Grondwet laat zich nauwelijks uit over de bestuursfunctie. Dat betekent niet dat andere overheidsfuncties geen belangrijke plaats zou toekomen, integendeel. In Nederland is de bestuursfunctie binnen onze als verzorgingsstaat georganiseerde democratische rechtsstaat – in ieder geval de meest omvattende – overheidsfunctie. Juist vanwege de aard van de bestuursfunctie zwijgt de Grondwet. Wel geeft de Grondwet op verschillende plaatsen opdrachten aan het bestuur. Zo geeft artikel 23, eerste lid, van de Grondwet de regering de taak van het aanhoudend zorg te hebben voor het onderwijs, wordt de regering opgedragen te zorgen voor het voeren beleid voor te bereiden die door of namens de Koning op de derde of vierde vergadering van de Staten-Generaal kan worden meegedeeld (artikel 24 Gr). Verder draagt de Grondwet opgedragen de internationale rechtsorde te bevorderen (artikel 90 Gw). Verder draagt de Grondwet op exclusief op aan het bestuur, zoals het oppergezag over de krijgsmacht (artikel 97, t

Bestuur en legaliteitsbeginsel

Net als alle andere overheidsfuncties is de bestuursfunctie in een democratische rechtsstaat recht. Die binding is tweezijdig: enerzijds kan het bestuur niet optreden – zeker niet in rechte – zonder dat het recht daartoe via de bevoegdheid geeft, anderzijds trekt het recht de grenzen voor de uitoefening van de bestuursfunctie. Die binding van het bestuur aan het recht werd tot voor kort vooral bepaald door de binding van het bestuur aan de wettelijke regels die via de toekenning van bestuursbevoegdheden aan bestuursoptreden machtigen en de werking van het ongeschreven recht in de vorm van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Die algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn de jurisprudentie van bestuursrechters^[126] na Wereldoorlog II – zijn eisen die bestuursoptreden zoals het verbod om willekeurig te handelen, om onzorgvuldig te handelen, om onzorgvuldig te handelen, dan wel ongemotiveerde, besluiten te nemen, het verbod gerechtvaardigd van overheidsoptreden te beschamen, het verbod om terugwerkende kracht aan te geven, etc. Na 1994 zijn de meeste van de eisen die zowel het legaliteitsbeginsel als de beginselen van behoorlijk bestuur aan bestuursoptreden stellen, opgenomen in de Algemene wet

tegenwoordig als algemeen juridisch kader voor het besluiten en handelen van het bestuur. Het hoofdstuk 5 bevat algemene eisen die aan bestuursoptreden in de vorm van besluiten, maar ook aan andere optreden, is gesteld (hoofdstuk 3) en bijzondere eisen die voor bijzondere besluiten, zoals subsidiebeschikkingen, beleidsregels, etc. gelden (hoofdstuk 4). Daarnaast geeft hoofdstuk 5 voor de handhavende taak van het bestuur. De hoofdstukken 6, 7 en 8 zijn gewijd aan het bezwaar en beroep aan te tekenen tegen besluiten van bestuursorganen. Hoofdstuk 9 bestuursorganen klachten dienen te behandelen en hoofdstuk 10 ten slotte geeft bijzondere eisen van belang zijn voor het interne functioneren van bestuursorganen met externe gevolgen en het bestuurlijke toezicht op bestuursorganen).

Bestuursorganen en besluiten

De Awb bevat niet voor alle denkbare vormen van bestuursoptreden precieze regels. Het grootste deel ervan. Bestuur in de zin van de Awb is gekoppeld aan het begrip bestuursorgaan van de Awb worden gedefinieerd. Onder een bestuursorgaan in de zin van de Awb wordt verstaan: a) een van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, of b) een ander rechtspersoon dat openbaar gezag bekleedt. Het tweede lid van artikel 1:1 Awb geeft aan welke organen niet als bestuursorgaan worden aangemerkt. Daartoe behoren onder andere de wetgever, de verenigde vergadering van de Staten-Generaal, en onafhankelijke, bij de wetgever ingestelde rechtspraak zijn belast.

Bestuursorganen kunnen een veelheid van activiteiten ontwikkelen. Zo kunnen ze beleidsdoelen die ze nastreven via feitelijke handelingen (denk aan het aanleggen van tunnels), privaatrechtelijke overeenkomsten (het aanbesteden van werken, het uitvoeren van verrichten van onderzoek) maar ook via het maken van plannen en besluiten bereikt. De meest ingrijpende vorm van overheidsoptreden is echter het optreden van bestuursorganen, bijvoorbeeld bouwvergunningen, uitkeringen of heffingen. Onder een besluit wordt in de Awb verstaan: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een rechtshandeling. Dit ruime besluitbegrip van de Awb omvat dus – in beginsel – alle handelingen van bestuursorganen voor zover die niet afkomstig zijn van de formele wetgever omdat het bestuursorgaanbegrip van artikel 1:1 Awb. Al zijn een aantal van de normen van de Awb algemeen verbindende voorschriften,^[130] bezwaar- en beroep tegen die voorschriften is mogelijk vanwege de werking van artikel 8:3 Awb.

Binnen de categorie besluiten die door bestuursorganen kunnen worden genomen, onderscheidt men de *beschikking*, dat is een besluit dat niet van algemene strekking is, met inbegrip van de aanvraag daarvan,^[131] en de *beleidsregel*: een bij besluit vastgestelde algemene verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan. Het is ook uitgezonderd van bezwaar en beroep op grond van artikel 8:3 Awb.

De meeste voorschriften van de Awb geven normen voor besluiten die door bestuursorganen worden genomen. Dat betekent niet dat de normen van de Awb geen betekenis hebben voor bestuursorganen via besluiten. Artikel 3:1 van de Awb bepaalt bijvoorbeeld dat voor andere handelingen, behalve de grootste gedeelte van de bepalingen van hoofdstuk 3 van de Awb van toepassing in andere handelingen zich daartegen niet verzet. Daarnaast zijn natuurlijk de ongeschreven normen van bestuur onverkort van toepassing op feitelijk bestuurshandelen en bestuurshandelen in het privaatrecht.^[133]

9 Wetgeving en bestuur in een internationale, EU-context

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

Nederland heeft vanouds een open houding tot de internationale rechtsorde en de regering de ontwikkeling van de internationale rechtsorde bevordert. Artikel 92 van de Grondwet voorziet in het bij of krachtens verdrag opdragen van bevoegdheden tot wetgeving, volkenrechtelijke organisaties.^[134] Al in 1919^[135] aanvaardde de Hoge Raad het zogenaamde verhoudingsbeginsel van internationaal en nationaal recht. Dit houdt in dat internationale bepalingen die zich naar hun aard daartoe lenen rechtstreeks in de nationale rechtsorde rechter kunnen worden ingeroepen. Artikel 94 Grondwet geeft aan dat internationale bepalingen die in strijd met de nationale rechtsorde zijn, in de Nederlandse rechtsorde is dus niet nodig.

Al kan veel recht afkomstig uit de Europese Unie (EU- of Unierecht) in vergelijking worden met internationaal recht (het is immers afkomstig van niet-Nederlandse bronnen), het EU-recht werkt op een *andere* manier door in de Nederlandse rechtsorde van gewone besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Het heeft een ander karakter. Het Hof van Justitie heeft in het *Van Gend en Loos*-arrest^[138] al in 1963 vastgesteld dat het EU-recht meer is dan een overeenkomst welke slechts wederzijdse verplichtingen oplegt en mogelijkheden in het leven roept. Het Hof stelde vast dat: ‘de Gemeenschap in de rechtsorde vormt ten bate waarvan de Staten – zij het op een beperkt terrein – een gebied begrensd en waarbinnen niet slechts de lidstaten, maar ook hun onderdanen gerechtigd zijn voort te gaan dat het gemeenschapsrecht onafhankelijk van de wetgeving van de lidstaten tot laste van particulieren in het leven roept, maar ook rechten kan scheppen waarop zij hoofde kunnen beroepen.’ In het *Costa/E.N.E.L.*-arrest^[139], dat het Hof van Justitie in 1964 wordt uitgesproken dat nationale wettelijke voorschriften niet in strijd mogen komen met het recht (nu: Unierecht). Het Unierecht heeft dus voorrang boven het nationale recht, niet alleen voor de bepalingen uit de EU-Verdragen zelf, maar ook voor het secundaire recht, dat wil zeggen de bepalingen van EU-verordeningen en de EU-richtlijnen.^{[140] [141]}

Wetgeving en bestuur (maar ook rechtspraak waarover in Hoofdstuk 6 nader wordt gesproken) is fundamenteel en vergaand beïnvloed door internationale rechtsontwikkelingen, zoals de wereldhandelsliberalisatie (WTO) of internationaal arbeidsrecht zoals in ILO-verdragen. De ontwikkeling van Nederlands recht kan niet meer los gezien worden van normstellende internationale recht. Het is daarbij een bekend fenomeen dat bij de totstandkoming van verdragsrecht de Staten vaak de regering een nadeliger positie innemen.^[142] Met de toename van verdragsrecht wordt het recht duidelijker gevoelen.

De Europese integratie in het kader van de Europese Unie neemt hierbinnen een belangrijke plaats in en daarom even apart bespreken. Veel Nederlandse wetgeving en bestuur hangt namelijk samen met de Europese Unie.

met EU-activiteit. Dat verkleint de marges voor ‘autonome’ Nederlandse wetgeving, het EU-optreden de verhoudingen tussen regering en Staten-Generaal. Immers in tot stand in een samenspel van Commissie, Raad van Ministers en Europese betrokkenheid bij de wetgeving van de Nederlandse Staten-Generaal ten opzichte van vertegenwoordigers in de Raad van Ministers levert, neemt daardoor af. Dit is naarmate de daadwerkelijke omvang en betekenis van Europese wetgeving tot bestuurlijke samenwerking binnen Europa legt een druk op de positie van de Nederlandse regering.

De open Nederlandse rechtsorde zie je ook terug bij de rol die de Nederlandse regering speelt in de doorwerking en toepassing van EU en internationaal recht. De nationale rechtspraak van EU-recht. Het uiteindelijke zwaartepunt ligt echter bij het Hof van Justitie van de EU (en het Gerecht in eerste aanleg) is Nederlandse recht.^[143] Hiervoor is al verschillende keren verwezen naar de betekenis van het geval is bij de grondwettelijk gegarandeerde grondrechten, strekt de betekenis van de gegarandeerde rechten zich uit over (nagenoeg) alle rechtsgebieden. Ook de rechtvaardigheid daarvan blijkt. De rechtspraak van het EHRM heeft, zoals wij al zagen, zelfs grote invloed van de Nederlandse rechtspraak zelf. In dit verband is gewezen op artikel 6 EVRM waarborg die artikel 6 EVRM creëert, van toepassing zijn op de vaststelling van de verplichtingen en de bepaling van de gegrondheid van een ingestelde vervolging. Het EHRM zelfstandig, dus los van nationale kwalificaties, uitgelegd. Daarmee heeft de EVRM gegarandeerde waarborgen ook gevolgen voor gebieden die in Nederland bestuursrechtelijk worden gezien. Daarnaast toetst ook de Nederlandse rechter aan de grond van artikel 94 Grondwet. De laatste decennia is nationaal en internationaal recht vervlechting van rechtsstelsels en deze doet zijn invloed gelden zowel ten aanzien van de rechtspraak. Naar te verwachten valt, zal deze ontwikkeling zich nog verder voortzetten.

10 Wetgeving en bestuur: de varia van paragraaf 2

Paragraaf 2 van Hoofdstuk 5 bevat een aantal bepalingen onder de titel ‘overige bepalingen’ binnen deze op het oog divers lijkende categorie van bepalingen is dat ze bijzondere van het centrale overheidsbestuur en de wetgever normeren. Zo wordt de bevoegdheid voor oorlogsverklaring en krijgsmacht(inrichting), civiele verdediging en noodtoestand, het rechtsgeldstelsel, bestuur en ambtenarenapparaat. Kortom de (dan wel enkele van de) kernen van de rechtsstaat. Het is niet helemaal toevallig misschien dat veel van de eerste besluiten in 1814 – getuige de eerste edities van de Staatscouranten uit die dagen – aan dit soort bepalingen. Bijzonder in deze paragraaf 2 is dat de grondwettelijke normen ervan opdrachten geven om de regeling te treffen. Dat gebeurt maar op heel enkele plekken in de Grondwet omdat de formele wetgever in de artikelen 81 e.v. van de Grondwet een algemene competentie heeft, geen inhoudelijke grenzen aan aan de bevoegdheid van de wetgever.

NOTEN

1. Wim Voermans is hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.
2. Dat wil zeggen optreden dat in overwegende mate wordt mogelijk gemaakt door publieke middelen die zijn opgebracht via belastingen, heffingen, etc. (maar ook overheidsactiviteiten en goederen) en die via machtigingen in overheidsbegrotingen geredistribueerd in de samenleving.
3. Zie o.a. F.J. van Ommen, *De verplichting verankerd; de reikwijdte van het legale materiële wetsbegrip*, dissertatie VU Amsterdam, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 2008. Voermans, *Legaliteit als middel tot een doel. Controverses rondom legaliteit en de Nederlandse Juristen Vereniging 141ste jaargang*, Deventer: Kluwer 2011, p. 1. <https://research.vu.nl/ws/portalfiles/portal/2923820/NJV.tekst.pdf>
4. Zie ook M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen en R.J.G.M. W. *De democratische rechtsstaat; inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse recht*, achtste druk, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2017.
5. Rapport Staatscommissie Grondwet, Den Haag 2010, p. 22.
6. Wim Voermans, 'Onze oude, onbeminde Grondwet', *Nederlands Juristenblad*, 2010, p. 1. Veel andere rechtsstelsels worden grondwetten juist wel ingezet als instrument van eenheid en expressie van nationale politieke en constitutionele identiteit. Het doet denken aan de loutere tekst. Ook de Staatsregeling voor het Bataafsche Volk van 1798 kende een preambule te lezen, die luidt: 'Het Bataafsche Volk, zig vormende tot eenen beëffende, dat het voornaame bederf van alle Regeeringen gelegen is in de miskenning der geheiligde regten van den Mensch in Maatschappij, verklaart de navolgende ste grondslag waarop Het zijne Staatsregeling vestigt, en als zoo veele regels, waaraan staatkundige betrekkingen wil hebben gewijzigd.' In de Grondwet van 1814 zijn deze nauwelijks terug te vinden en zeker vanaf 1917 is, in
7. Zie o.a. Diederik Vandendriessche, 'Het constitutioneel patriottisme van Jürgen Habermas: een experimentele uitdaging voor global governance', *Ethiek en Maatschappij*, nr. 1, 2010, p. 1. Vandendriessche baseert zich vooral op de idee van constitutioneel patriottisme dat is geïntroduceerd door Habermas in verschillende publicaties, o.a. in J. Habermas, 'Bräuterei der Verfassung? Eine Bemerkung zu Dieter Grimm', in: *Die Einbeziehung des Anderen: Politische Theorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, p. 185-191.
8. In wat oudere literatuur wordt er nog wel onderscheiden tussen het legaliteitsbeginsel en het wetmatigheidsbeginsel. Dit laatste beginsel zou dan meer de nadruk leggen op de aansprakelijkheid van overheidsorganen en burgers aan wetten die direct of indirect afkomstig zijn van de gelegitimeerde wetgever – min of meer een echo dus van de 'rule of law'-idee en het rechtmatigheidsbeginsel. Het legaliteitsbeginsel zou dan meer de nadruk leggen op de voorwaarden onder welke voorwaarde de overheid de vrijheden van burgers en samenleving moet garanderen. Tegenwoordig worden legaliteitsbeginsel en wetmatigheidsbeginsel toch veelal als één en hetzelfde begrip gezien. De Hoge Raad bezigt de beide begrippen tegenwoordig ook in één adem. Zie HR 2007/100, annotatie door H.J. Snijders.
9. Nederland wordt vaak opgevoerd als het voorbeeld bij uitstek van een consociale

- van oorsprong Nederlandse politicoloog Arend Lijphart liet aan de hand van het politieke systeem tussen ca. 1917-1970 zien hoe in een land van grote tegenstellingen (protestants-christelijk, liberaal en socialistische groeperingen) en zonder daadwerkelijke samenwerking van groepen – die voornamelijk in hun eigen ‘zuilen’ samenleefden via politieke samenwerking van de elites aan de top van de zuilen, tot overeenkomstige grote politieke vraagstukken. Belangrijke voorwaarden daarvoor waren autonomie maar ook een daadwerkelijk aandeel van die groepen in de macht, evenredige verdeling en bescherming voor minderheden, een sterke positie van de volksvertegenwoordiging, monarchie, een rigide grondwetsherzieningsprocedure, etc. Zie Arend Lijphart, ‘Constitutional Design for Divided Societies’, *Journal of Democracy* 1996, p. 96-109.
10. Arend Lijphart, ‘Constitutional Design for Divided Societies’, *Journal of Democracy* 1996, p. 96-109.
 11. Verheij omschrijft conventies als informele regels die het gedrag reguleren van bijvoorbeeld de Tweede Kamer, de Eerste Kamer en de regering. Voorbeelden zijn bijvoorbeeld op de kabinetsformatie, de ministeriële verantwoordelijkheid en de speciale Kamer. L.F.M. Verheij, *De Constitutionele Conventie: Een Blinde Vlek In Ons Rechtsstelsel*, Universiteit Leiden, Leiden 2014. Conventies kennen een normatieve component van het feit dat de meeste actoren die er mee werken vinden dat deze regels naverdienend zijn.
 12. Bij tradities is de normatieve component van een (regel van) gebruik veel zwak aanwezig. Zo is het een traditie dat de Koning op Prinsjesdag in de Gouden Koornik maar dat gebruik is eenvoudig te wijzigen zonder grote implicaties.
 13. Zie Verheij 2014.
 14. Bij de herziening in 1983 lijkt pragmatisme op dit punt trouwens de boventoon te spelen. Bij de bepalingen van Hoofdstuk 5 over wetgeving en bestuur wordt rechtsstaat, het legaliteitsvereiste of wetmatigheidsbeginsel niet eens genoemd. We zijn in Nederland op dit terrein, zo lijkt het, niet zo van de ‘Prinzipienreiter’ grondwet (NNG), deel Va, met name p. 2-28.
 15. Zie o.a. J.H. Gerards & W. Voermans m.m.v. H.M.Th.D. ten Napel en M.L. van der Meulen, *Rechtsstaat en wetgeving*, Den Haag: Raad van State 2011.
 16. Zie ook Patricia Popelier, *Rechtszekerheid als beginsel van behoorlijke regelgeving*, Antwerpen/Groningen 1997, p. 55 e.v.
 17. De eerste aanzet voor sociale grondrechten in de Nederlandse Grondwet ligt al bij de invoering van de armenzorg). In 1848 kwam de vrijheid van onderwijs. In 1917 ontstonden door de invoering van bijzonder en openbaar onderwijs gelijke kansen om van de onderwijsvrijheid te profiteren. Zie het commentaar bij artikel 23 Grondwet.
 18. Rapport Staatscommissie Grondwet, 11 november 2010, p. 25.
 19. Zie de Wet houdende de Verklaring dat er grond bestaat voor een voorstel in overweging van de Grondwet, strekkende tot het opnemen van een algemene bepaling die in Tweede lezing voorligt bij de Staten-Generaal, Kamerstukken 34 516. Zie

- Stremler, 'De voorgestelde algemene bepaling als fundamentele constitutionele constitutioneel recht, Vol. 9(3) 2018, p. 204-220.
20. Zie o.a. F.J. van Ommeren, De verplichting verankerd; de reikwijdte van het le; materiële wetsbegrip, dissertatie VU Amsterdam, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willir Voermans, Legaliteit als middel tot een doel. Controverses rondom legaliteit er Nederlandse Juristen Vereniging 141ste jaargang, Deventer: Kluwer 2010, p. 1.
 21. Zie voor enkele van de gradueel verschillende definities uit de handboeken o.a. Zijlstra, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, band 1, zevende druk, Deventer m.n. p. 102-104 (een van de meest uitgebreide en omvattende); H.D. van Wijk, Konijnenbelt en Ron van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, zestiende druk 34-38 en C.A.J.M. Kortmann, bewerkt door P.P.T. Bovend'Eert, J.L.W. Broek B.P. Vermeulen, Constitutioneel recht, zevende druk, Deventer: Kluwer 2016,]
 22. De hiernavolgende paragrafen 2.1 tot en met 2.7 zijn, grotendeels letterlijk, ont 14-25.
 23. Zie over het hedendaagse concept van de rechtsstaat Wetenschappelijke Raad v toekomst van de nationale rechtsstaat. Den Haag: Wetenschappelijke raad voor – voor de wijze waarop dat rechtsstaatconcept van grondidee, naar beginselen t normen vertakt in de legisprudentie en jurisprudentie van de Raad van State. Zi 2010.
 24. Artikel 105 Grondwet 1815.
 25. Die wordt in 1814 en 1815 nog niet in de Grondwet gedefinieerd. Uit de contex moet worden afgeleid dat de Koning de uitvoerende macht bezit. Er zijn versch Koning het opperbestuur over bepaalde overheidstaken opdragen (artikel 61 op geldmiddelen, artikel 190 oppertoezicht waterstaat, etc.) maar een algemene co de herziening van 1848. Artikel 54 Grondwet 1848 stelt dan dat 'De uitvoerend Koning'.
 26. Artikel 165 Grondwet 1815.
 27. Met name gelijkheid voor de wet (artikel 4) gelijke benoembaarheid in openbar vrijheid van godsdienst (artikel 164), vrijheid van drukpers (artikel 227), huisre corpus (artikel 168), etc.
 28. HR 22 juni 1973, NJ 1973, 386.
 29. Dat volgt ook uit de verklaring die Willem, Prins van Oranje, op 2 december 18 soevereiniteit over de Verenigde Nederlanden aanvaardde. Hij deed dat 'alleen vrije constitutie, welke uwe vrijheid tegen volgende mogelijke misbruiken verz Ontstaan der Grondwet, Bronnenverzameling deel 1, 1814, 's-Gravenhage: Ma Nergens meer te krijgen, maar nu gelukkig gedigitaliseerd, zie:
<http://www.inghist.nl/retroboeken/grondwet/#view=imagePane&page=88&sou>
 30. In de zin van 'a government of laws not of men.' Volgens de overlevering in 17 latere president van de Verenigde Staten, John Adams (1735-1826, president v constitutie van Massachusetts geïntroduceerd. Zie artikel XXX van de tekst var

- van Massachusetts.
31. Volgens Stout vormt de eis dat slechts de wet de vrijheid van het individu kan beperken, voorwaarde dat de beperking nauwkeurig is omschreven, de kern van het legaliteitsbeginsel en de staatsrechtelijke verhouding tussen Koning en wetgever. Bestuurswetenschappen 2009, nr. 1, p. 53. Die kern is bijvoorbeeld ook terug te vinden in het Grondwet 1815 'Niemand mag de woning van eenen ingezetenen zijns ondankbaar bezit verliest, door de wet bevoegd verklaard, en volgens de formen daarbij bepaald.'
 32. Vooral de Belgen hadden problemen met de eigenmachtige besluiten-regering van Willem I. Hij vat het bij de honderdjarige viering van de Grondwet van 1848 mooi samen door de zekerere beruchtheid is zijn (Willem I, WV) zgn. „besluitenregering". Willem I heeft hij alles bij koninklijk besluit mocht regelen, wat hem niet uitdrukkelijk door de medewerking van de vertegenwoordiging des volks) was onthouden. De natie bleef rustig welgevallen. Elk streven naar medezeggenschap was haar — althans in het buitenland vreemd.' J. van der Haar, 'Bij het Eeuwfeest van de Grondwetsherziening 1848-1948', p. 1.
 33. De naleving van die besluiten werd geregeld via de Wet van den 6 maart 1818, overtreders van algemeene verordeningen uit te spreken of bij provinciale of plaatselijke stellingen, Stb. 1818, 12). Deze wet, meestal aangehaald als 'Blanketwet' Die wet straf op het overtreden van bepalingen van algemene maatregelen van (inwendige delegatie zijn vastgesteld of niet.
 34. HR 13 januari 1879, W 4330. Zie over de context van het arrest ook W. Voermans, 'Recht: het Meerenbergerarrest,' Ars Aequi 2009, p. 597-600.
 35. Artikel 54 Grondwet 1848 luidde: 'De uitvoerende magt berust bij den Koning.'
 36. Er is wel een kleine uitzondering. De Grondwet 1848 kende ten aanzien van een koning het opperbestuur of oppergezag toe. Bijvoorbeeld artikel 41 (recht van de koning (Oppergezag strijdkrachten), artikel 190 (Oppertoezicht waterstaat) Grondwet 1848 werden dergelijke reglementen niet onverbindend geacht: de Grondwet leek dat te geven. Zie HR 30 juni 1879, W 4404 en HR 26 januari 1880, W 4477.
 37. J.T. Buys, De Grondwet. Toelichting en kritiek, Eerste deel. Arnhem: P. Gouda, 1883.
 38. Buys 1883, deel I, p. 336.
 39. HR 10 juni 1919, W 10429.
 40. Dat is te vergelijken met een boete van zowat 160.000,- euro in 2015 (conservatief).
 41. 85 Jaar later buigt de Hoge Raad zich ook over de vraag of aan beleidsregels – gestelde aankondigingen van de wijze waarop een bestuursorgaan denkt om te handelen – bestuursbevoegdheid – verbindende kracht toekomt. De Hoge Raad oordeelt in weliswaar niet kunnen gelden als algemeen verbindende voorschriften, maar wel kunnen verbinden op basis van algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Niettegenstaande afwijking van eerdere jurisprudentie – dat beleidsregels gelden als 'recht' in de rechterlijke organisatie. De omstandigheid dat in bijzondere omstandigheden kan

- beleidsregels doet daaraan niet af. De kwestie is inmiddels goeddeels achterhaald door de wijziging van de beleidsregels in de Algemene wet bestuursrecht (artikelen 1:3, vierde lid, en de 28 maart 1990 (Leidraad-arrest) AB 1990, 306, NJ 1991, 118. Zie ook F.H. van der Meer, *De wet van 28 maart 1990*, p. 118.
42. Artikel 4 van de toenmalige wet legt een waterleidingbedrijf de plicht op om de waterleiding te leveren, artikel 4, eerste lid, van het Drinkwaterbesluit verbiedt de eigenaar van de waterleiding om stoffen toe te voegen die de gezondheid kunnen schaden. Net de overweging van het arrest.
 43. Zie E.M.H. Hirsch Ballin, *Vertrouwen op het recht. Over de plaats van de wet in de rechtspraak*, Tilburg, Samson: Alphen aan den Rijn 1982.
 44. HR 27 juni 1986, NJ 1987, 898.
 45. Overweging 3.3 van het arrest.
 46. Zie ook F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd; de reikwijdte van het legale materiële wetsbegrip*, dissertatie VU Amsterdam, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.
 47. In dezelfde overweging 3.3 kwalificeert de Hoge Raad het optreden van de inspecteur-generaal dat deze ‘zonder daartoe aan enige wetsbepaling de bevoegdheid te kunnen ontlenen door zijn gezag gedekte en daardoor effectieve opwekking tot boycot ingegrepen om - behoudens zijn verantwoordelijkheid ingevolge de Medische Tuchtwet en naar eigen inzicht uit te oefenen en zich reeds uit dien hoofde jegens Rauwerda onrechtmatige daad.’
 48. De bewerkers van Kortmann’s ‘Constitutioneel recht’ verbinden daaraan ook een regel waarop het overheidshandelen berust, moet niet alleen algemeen, dat wil zeggen herhaalde toepassing vatbaar zijn, zij moet op grond van overwegingen van rechtspraak overheidsoptreden voorafgaan. Kortmann 2016, p. 323-324.
 49. Zie A.D. Belinfante, J.L. de Reede, bewerkt door L. Dragstra, N.S. Efthymiou, *Beginselen van het Nederlandse staatsrecht*, achttiende druk, Deventer: Kluwer 2008, p. 10.
 50. Zie voor het element dat ik eerder aanduidde als juridische zelfbepaling door de wetgever, Voermans, *Toedeling van bevoegdheid*, oratie UL, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2008, p. 10.
 51. Van Ommeren 1996, bijvoorbeeld op p. 397.
 52. Van Ommeren 1996, p. 80-87. Zie ook F.J. Van Ommeren, ‘Fluoridering; Wettelijke grondslag van de overheidsoptreden een wettelijke grondslag is vereist in geval: a. de Grondwet wettelijke grondslag eist (bijvoorbeeld bij de beperking van grondrechten); b. e. door straffen te handhaven; c. het gaat om voorschriften die – zelfs zonder sanctie binden – zgn. bindende voorschriften (dit volgt uit het Methadonbrief-arrest HR 2009, 241); d. van ingrijpende maatregelen (Fluoridering-arrest).
 53. Ook Damen aarzde bij de vraag of Van Ommeren’s ‘verplichtingenleer’ wel het betekenis die het legaliteitsbeginsel heeft. L. Damen, ‘Het legaliteitsbeginsel als constitutionele norm’, in: H.R.B.M. Kummeling e.a., *Het bestuursrecht als ageerd staatsrecht*, conferentie 1999, Publikaties van de Staatsrechtkring 3, Deventer: Wolters Kluwer 2000, p. 35-67, p. 49-50.

54. Van Wijk/Konijnenbelt 2014, p. 34-38.
55. Burkens, Kummeling, Vermeulen en Widdershoven 2017, m.n. p. 51-52.
56. M. Scheltema, 'Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht', *Ne* p. 1355-1362, met name p. 1358.
57. F.J. van Ommeren, 'Het legaliteitsbeginsel in het staats- en bestuursrecht: opko geïmpliceerde bevoegdheden', *RM Themis* 2002, nr. 3, p. 123-137.
58. Door Damen fraai gecatalogiseerd in zijn bijdrage 'Het legaliteitsbeginsel als p constitutionele norm', *Damen*. 1999, p. 49.
59. Ook Heldeweg heeft al eens aandacht gevraagd voor dit eenzijdige accent op d legaliteitsopvattingen. Zie M.A. Heldeweg, 'Ongeschreven rechtsbeginselen en bevoegdheden als opmaat voor een autonoom bestuursrecht', in: H. Koning en autonomie van het bestuursrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p
60. Zie Van Ommeren 1996, p. 374-375. Op Van Ommerens 'verplichtingenleer' is kritiek geïoefend. Volgens Damen omvat Van Ommerens definitie van het legal gevallen waarin de overheid eenzijdig publiek gezag doet gelden, zoals bij subs verstrekken van informatie, het verlenen van schadevergoedingen, etc. Ook vo overheidsoptreden is volgens Damen een wettelijke grondslag vereist als men c Ommeren consequent doortrekt. Zie Damen 1999, p. 59-66. Weer anderen gaar Ommeren en Damen. Zo stelt Van Buuren zich op het standpunt dat de huidige legaliteitsbeginsel tekortschiet om alle vormen van bestuur en de talrijke nieuw bestuursrecht te bestrijken. Van Buuren vindt dat we toe moeten naar een situat het gehele overheidsoptreden een zo specifiek mogelijke wettelijke grondslag n
61. Zie voor een overzicht van die opvattingen o.a. Van Ommeren 1996, p. 177 e.v
62. Zie Aanwijzing 2.22 van de Aanwijzingen voor de regelgeving (verder Awr), c minister-president voor de Rijksdienst oorspronkelijk uit 1992, laatst bijgewerk
63. Zie ook A.K. Koekkoek, *Machtenscheiding in de Ierse en de Nederlandse Gror Hondius (red.), De meerwaarde van de rechtsvergelijking (Opstellen aangeboden Jessurun d'Oliveira bij gelegenheid van zijn afscheid als bestuurslid van de Ne Rechtsvergelijking)*, Deventer 1999, p. 149-161.
64. Overigens staat in hoofdstuk 5 de functie op de voorgrond, en in hoofdstuk 6 h 'rechterlijke macht'.
65. Zie voor regering en Staten-Generaal en hun onderlinge verhouding voorts Alg hoofdstukken 3 en 4. Voor een overzicht van door de Grondwet gecreëerde 'ch Kortmann c.s. 2016, p. 43-49.
66. In dit kader moet ook het zgn. 'conflictenstelsel' dat van 1822 tot 1844 gold, ge commentaar op artikel 112.
67. EHRM 23 oktober 1985 (Bentham), AB 1986, 1; NJ 1986, 102.
68. Zie verder het commentaar op artikel 115.
69. EHRM 28 september 1995 (Procola), AB 1995, 588.
70. Zie verder over de begrippen onafhankelijkheid en onpartijdigheid nr. 8 en Inle

71. In deze zin Kamerstukken II 1997/98, 25 425, nr.3, bevattende een notitie over werkwijze bij de Raad van State; zie voorts Kamerstukken II 1998/99, 25 425, de Hoge Raad (artikel 22 Wet RO) in het licht van het Procola-arrest.
72. Begin jaren negentig van de vorige eeuw stelde het ministerie van Justitie een I Noord-Holland/Utrecht (IRT) in ter bestrijding van de zware misdaad (zoals grof drugs). Het IRT gebruikte controversiële opsporingsmethoden. Om de opdracht drugstransacties te pakken te krijgen werden soms bewust drugstransporten door infiltranten dicht in de buurt van criminelen. In 1993 hief de leiding van de Amsterdamse politie op vanwege conflicten over de gebruikte opsporingsmethoden. Dat leidde tot de instelling van een parlementaire enquêtecommissie, de commissie-Van Traa, in 1994. In 1995 werden lessen getrokken voor wat betreft de (grenzen aan) opsporingsmethoden en de aansturing van de opsporingsketen.
73. De nieuwe artikelen 127 en 128 werden vastgesteld bij wet van 19 april 1999, S. 392). Zie verder het commentaar op artikel 117.
74. HR 14 april 1989 (Harmonisatiewet), AB 1989, 207; NJ 1989, 469.
75. In de Harmonisatiewet (Wet van 7 juli 1988, Stb. 334) werden gelijk met de in twee fasenstructuur in het wetenschappelijk onderwijs, de rechten en studieduur van studenten gelijkgetrokken, wat leidde tot een bij de inschrijving niet voorziene collegegeld en tot beperking van het recht op studiefinanciering voor een bepaald aantal studenten.
76. A.M. Donner, Het beleid van de rechter ten aanzien van grond- en mensenrecht (Jeukensbundel), p. 40-48.
77. Zie bijvoorbeeld artikel 89, eerste en tweede lid, Grondwet.
78. Zie bijvoorbeeld de artikelen 127 en 134 Grondwet.
79. Voor de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State speelt het vermogen een rol bij het beoordelen van de vraag of er sprake is van een algemeen verbindend (daarmee) van zelfstandige normstelling. Zie ABRvS 27 februari 2013, AB 2013, 100, Drahmman.
80. Zie Orde in de regelgeving, Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1985, p. 19.
81. Deze – hier aangehangen – opvatting over externe werking huldigen ook Böhtlingk, J.H.A. Logemann, Het wetsbegrip in Nederland, Alphen aan den Rijn 1985, p. 19.
82. Zie o.a. M. Scheltema in zijn noot onder het Avanti-arrest HR 11 oktober 1985, NJ 1985, 469.
83. Zie Commissie Polak 1985, p. 19 e.v.
84. Zie P. Eijlander en W. Voermans, Wetgevingsleer, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985, p. 19.
85. Met name in het enigszins gedateerde Rogge-arrest van 1919. Zie HR 10 juni 1919, AB 1919, 100, Hoge Raad onder wet in de zin van artikel 99 Wet RO begrijpt ‘naar buiten werende wettelijke en gerichte regelingen, welke zijn uitgegaan van een openbaar gezag dat de bevoegdheid tot het geven van wetten, in de zin van eene regeling door de wetgevende macht, ontleent’.
86. In de zin van algemene, gemeten naar kring van personen, en abstracte, in de zin van algemeen verbindend, of gebeurtenis geldende, regels.

87. ‘Wetgevingsvoorbehoud’ is een vertaling van het uit het Duitse recht bekende ‘Gesetzes’.
88. Artikel 10:13 Awb bevat de volgende definitie van delegatie: ‘het overdragen d zijn bevoegdheid tot het nemen van besluiten aan een ander die deze onder eige uitoefent.’ Deze definitie is ook voor delegatie van regelgevende bevoegdheid v bestuursorganen in een aantal gevallen ook regelgevende bevoegdheden zijn to
89. Er waren in 2010 1806 wetten in formele zin, 2292 algemene maatregelen van r regelingen. Zie de brief van de Minister van Justitie, Kamerstukken II 2009/010
90. P.O. de Jong en M. Herweijer, *Alle regels tellen. De ontwikkeling van het aant ministeriële regelingen in Nederland*, Den Haag 2004.
91. De Jong & Herweijer stelden in 2004 vast dat er toen 1800 wetten in formele zi maatregelen van bestuur en 7717 ministeriële regels op landelijk niveau golden 140.000 wettelijke bepalingen. Die bepalingen zijn verspreid over 26 artikelen formele zin, 12,5 gemiddeld in een algemene maatregel van bestuur en 7 artikel Gemiddeld zo’n 11 artikelen per regeling. De gemiddelden en totalen van 2016 (met nu ca. 28,4 bepalingen gemiddeld), 1698 algemene maatregelen van bestu regelingen en (niet meegenomen in de berekening van 2004) 930 beleidsregels. artikelen per regeling zo ongeveer hetzelfde zijn gebleven sinds 2004, dan zouc de 117.804 en 122.988 bepalingen hebben
92. Er bestaat tegenwoordig zelfs een heuse ‘Regelteller’ (monitor) al wordt die teg nauwlettend bijgehouden en gevolgd dan tien jaar geleden. Met het oog daarop alles uitgehaald door departementen om gunstig in de regeltellingen voor de da vroeger per ministeriële regelingen werden geregeld worden nu nogal eens in b randen van het oorbare worden daarbij opgezocht. In de jurisprudentie zie je va met een ‘gemengd’ karakter, dat wil zeggen met bepalingen die algemeen en ex bijvoorbeeld HR 23 mei 2003, AB 2004/7 m.nt. FvO. Daarnaast worden er ook uitgehaald, zoals het vaststellen van zogenaamde ‘verzamelbesluiten’, i.e. een e bestuur waarin uitvoeringsregelingen onder delegatiebepalingen uit verschillen ondergebracht. Zie daarover T. Borman, *Alles ineen: het combineren van uitvo*
93. In 2016 liggen de gemiddelden als volgt: er zijn dan 2028 wetten (met nu ca. 28 1698 algemene maatregelen van bestuur en 5287 ministeriële regelingen en (ni berekening van 2004) 930 beleidsregels. Als de verhoudingen van artikelen per hetzelfde zijn gebleven sinds 2004 (bij de telling van De Jong en Herweijer, da tussen de 117.804 en 122.988 bepalingen hebben.
94. Nog daargelaten de hele kwestie van lange en korte bepalingen en de hoeveelhe door een bepaling worden uitgedrukt. De totalen zeggen daarom niet zoveel en moeilijk met elkaar te vergelijken.
95. Commissie-Polak a.w. 1985, p. 42-43.
96. Zie voor die discussie o.a. W. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid*, oratie U Hennekens e.a. signaleren – al weer in 1998 – dat op dit punt de doctrine en (he

Grondwet uiteenlopen. Zie ook H. Ph. J. A. M. Hennekens e.a., Decentralisatie met name p. 22-23.

97. Een voorbeeld hiervan biedt artikel 127 van de Grondwet dat provinciale staten bevoegdheid toekent provinciale onderscheidenlijk gemeentelijke verordeningen bij de wet of krachtens de wet te bepalen uitzonderingen. Artikel 127 attribueert maken van verordeningen aan provinciale staten respectievelijk gemeenteraad bevoegdheid aan de formele wetgever om op die aan de gemeenteraden en provinciale staten bevoegdheid beperkingen te stellen. In artikel 143 Provinciewet en artikel 147 Gemeentewet wordt die bevoegdheid tot het maken van verordeningen herhaald door de formele wetgever ingeperkt. In artikel 143 Provinciewet en 147 Gemeentewet worden echter geen beperkingen geschapen. Er wordt slechts een reeds bestaande door de grondwetgever toegekende bevoegdheid ingeperkt (zie ook Eijlander & Voermans 2000, p. 141 e.v.). Er is echter nog een uitzondering op dit systeem in artikel 104, waar de provincie als wetgever wordt gebruikt, dit om aan te duiden dat grote terughoudendheid met delegatie van bevoegdheid aan de provincie.
98. De Grondwet kent zelf een uitzondering op dit systeem in artikel 104, waar de provincie als wetgever wordt gebruikt, dit om aan te duiden dat grote terughoudendheid met delegatie van bevoegdheid aan de provincie.
99. In een enkel geval staat de Grondwet geen beperking van grondrechten door de wetgever. Zie bijvoorbeeld artikel 5 van de Grondwet.
100. Die opvatting is neergelegd in o.a. Aanwijzing 2.20 Awr.
101. Zie ook in deze zin HR 11 januari 1977, NJ 1977, 467 (Bromfietsvalhelmarrest).
102. Zie o.a. Commissie Polak 1985, p. 43.
103. In het geval van de eerste voorstellen Verzamelwet Brexit (Kamerstukken II en III 2017/18, 16361) is het er even op dat de regering – maar vooral ook ministers – zichzelf vergaande regels en maatregelen wilde nemen. De Tweede Kamer amendeerde het voorstel zodanig dat het in overeenstemming werd gebracht met de letter en geest van het primaat van de wetgever.
104. Zie Commissie Polak 1985, p. 46 e.v.
105. Zie met name de Aanwijzingen uit paragraaf 2.3 'Algemeen verbindende voorschriften' (Awr).
106. Zie daarover ook de Aanwijzing 2.17.
107. Zie Aanwijzing 2.17 en dan vooral de bijbehorende toelichting van de al eerder genoemde Reglement van orde voor de ministerraad is een grensgeval. Het reglement is koninklijk besluit (de Raad van State werd overtuigd door de voorschriften een zekere externe werking hebben en dus – als je dat wil zeggen – als ze niet in strijd zijn met de voorschriften. Deze afwijkende manier van verklaren tegen de achtergrond van de hoofdbedoeling van het Reglement van orde voor de ministerraad is koninklijk besluit (de Raad van State werd overtuigd door de voorschriften een zekere externe werking hebben en dus – als je dat wil zeggen – als ze niet in strijd zijn met de voorschriften van het Reglement zijn oorspronkelijk bedoeld als interne regeling (Awr) en zijn niet bedoeld om een zekere externe werking te hebben. In de discussie tijdens de grondwetsherziening van 1983 en de opvatting van de regering over het Reglement van orde, Kamerstukken II 1980/81, 16 036, nr. 7, is tevens geenszins te betekenen dat de voorschriften uit het Reglement geen – i
108. Zelfstandige algemene maatregelen van bestuur kwamen hoofdzakelijk voor als: (bijvoorbeeld de gouduitvoerverboden uit 1914 – KB van 31 juli 1914, Stb. 333 van 2 september 1936, Stcrt. 187A) of als grondslag voor niet-ingrijpend, i.e. begunstende maatregelen van bestuur in de vorm van subsidies (bijvoorbeeld het KB van 27 juli 1950, Stb. K 320, houdende

- aan de Hoofden der Ministeriële Departementen verleende bevoegdheid tot toelagen (bijdragen, vergoedingen, schadeloosstellingen en gratificatiën)
09. De volgende alinea's zijn overgenomen uit Voermans 2010, par. 4.1.2.
 10. Commissie-Polak 1985, p. 42.
 11. De Spaanse Grondwet vergt bijvoorbeeld dat een tijdelijk wetsdecreet zo spoed mogelijk binnen dertig dagen na bekendmaking ter bevestiging aan het parlement wordt voorgelegd (Grondwet). Italië kent een ander systeem. Daar moet het parlement binnen 60 dagen het wetsdecreet bevestigen (artikel 77 Grondwet).
 12. Van Ommeren leest in de vrijwillige medewerking dat er geen sprake is van dwang, maar daarom het DNA-besluit niet in strijd komt met de lijn uit het Fluoridering-arrest. Hij vraagt natuurlijk afvragen of er niet de facto sprake is van dwang als een gedetineerde wordt verplicht te werken aan DNA-onderzoek; dat is vaak toch enige weg om je van een mogelijk straf te ontdoen.
 13. W. Voermans, Besluit DNA-onderzoek als uiting van een regressieve, zelfstandige maatregel, *RegelMaat* 2003, p. 78-83.
 14. Zie daarvoor in relatie tot zelfstandige algemene maatregelen van bestuur o.a. het arrest van de Raad van State van 12 maart 2001, Kamerstukken II 2001/02, 27 570 (R1672) A en Raad van State Den Haag, p. 25. Het primaat van de wetgever wordt vaker gebruikt als norm die de afwijking van de adviezen W08.09.0558 Besluit algemene regels ruimtelijke ordening, W05.06.0319 Wijziging Wet Bodembescherming, W03.02.0287 Wijziging Besluit DNA-onderzoek (1) en W03.04.0454 Besluit DNA-onderzoek (2) W08.03.0200 Wijziging Wet Bodembescherming W10.05.0319 Wijziging Leerplichtwet (2) Advies W03.07.0454 Identiteitsvaststelling van personen.
 15. Deze regel, die inhoudt dat hogere regels voorrang hebben boven regels van lagere rang, is een Romeinsrechtelijke wortel en wordt daarom vaak in het Latijn uitgedrukt als 'superiorum ius inferioribus'.
 16. Ook niet een ieder verbindende bepalingen van verdragen en volkenrechtelijke bepalingen dan bepalingen uit nationale regels zoals ook bleek uit de zaak-Metten (ABRvS 1995, NJB-katern 1995, p. 426).
 17. Het Statuut en de rijkswetgeving, zoals de rijkswetten en algemene maatregelen van bestuur, zijn hier verder buiten beschouwing. Zij nemen een plaats in tussen de internationale en de nationale regels. Een rijkswet gaat echter niet boven de Nederlandse Grondwet. Een maatregel van rijksbestuur derogeeft niet aan een Nederlandse wet of algemene maatregel van bestuur.
 18. Zie I.C. van der Vlies & R.J.G.M. Widdershoven, *De betekenis van de Nederlandse Grondwet in de Europese rechtsorde*, Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van Nederland, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 13.
 19. HvJEG zaak 26/62, Jur. 1963 (5) (Van Gend en Loos) en HvJEG zaak 6/64, Jur. 1962 (1) (De Coster).
 20. Ook lagere regelingen die het resultaat zijn van een gebonden uitvoering van een bevoegdheid kunnen niet altijd zonder meer getoetst worden aan de Grondwet. Is de lagere regel een uitoefening van een bevoegdheid tot regelgeving uit een wet in formele zin die de toelaat, dan zou toetsing van zo'n regeling impliciet toetsing van een formele wet zijn. Gebonden uitvoeringsregels komen echter niet zo heel vaak voor. Veelal zal de

- beoordelingsmarge kennen.
21. Zo heeft de Algemene wet bestuursrecht – in weerwil van het advies dat de Raad bestuur daarover gaf in december 1987– geen hogere positie dan bijzondere bes. Gekozen is hier voor een lijn waarbij bijzondere bestuursrechtelijke wetten door Algemene wet bestuursrecht worden aangepast. Zie ook de Leidraad regelgeving op de Algemene wet bestuursrecht, Ministerie van Justitie, 's-Gravenhage 1994.
 22. Aanwijzing 2.46 Awr bepaalt dat in bijzondere wetten alleen wordt afgeweken noodzakelijk is. Een dergelijke afwijking moet worden gemotiveerd in de toelichting.
 23. Zie bijvoorbeeld artikel 115 Gemeentewet.
 24. Aanwijzing 2.46, tweede lid, Awr.
 25. Zie Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2014, p. 4 en 5.
 26. Synoniem van de wat verouderde term ‘administratieve rechters’.
 27. Stb. 1994, 1. De Algemene wet bestuursrecht werd niet in een keer ingevoerd, maar in tranches.
 28. De invoering van de Algemene wet bestuursrecht betekende overigens niet dat betekenis meer zou hebben als kader voor bestuursoptredens: het ongeschreven voortvloeiend uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – werkt ook nu nog van bestuursoptredens.
 29. Zie de zgn. schakelbepaling van artikel 3:1, tweede lid, Awb.
 30. Zie artikel 3:1, eerste lid, Awb.
 31. Zie artikel 1:3, tweede lid, Awb.
 32. HR 3 maart 1919 (Grenstractaat Aken), NJ 1919, p. 371.
 33. Dit neemt niet weg dat internationaalrechtelijke bepalingen soms nadere implementatie direct voor een rechter ingeroepen te kunnen worden.
 34. Zie F.H. van der Burg, W. Voermans, Unierecht in de Nederlandse rechtsorde, 1963.
 35. HvJEG 5 februari 1963, nr. C-26/62, Jur. p. 5.
 36. HvJEG 5 juli 1964, nr. C-6/64, Jur. p. 1199.
 37. Opmerkelijk: de regel dat Unierecht voorrang heeft is niet gecodificeerd in de Wet van het Verdrag van Lissabon is er zelfs uitdrukkelijk voor gekozen de ‘primatuus’ te houden omdat die voorrangregel tegen het zere nationale soevereiniteitsbeent zere voorrangregel – in wezen de essentie van de werking van de Unierechtelijke rechte verstopt in de Slotakte van de Intergouvernementele Conferentie te Lissabon, die met het Verdrag van Lissabon werd vastgesteld. Verklaring no 17 daaruit bepaalt wat de Unierecht inhoudt en welke binding ervan uitgaat. Opmerkelijk is dat de Verklaring die in de voormalige tweede en derde pijler zijn genomen (gemeenschappelijk en gemeenschappelijk buitenlands beleid, enzovoort) voorrang toekent. Door deze bepaling hebben de lidstaten wel de voorrang van het Unierecht erkend en erop ingeteke.
 38. In het Simmenthal-arrest stelt het Hof nadrukkelijk vast dat de verdragsbepalingen ‘toepasselijke handelingen van de instellingen’ door het enkele feit van hun inw

- bepaling van de bestaande nationale wetgeving van rechtswege buiten toepassing
'dat zij in de weg staan aan de geldige totstandkoming van nieuwe nationale wetten
zover die onverenigbaar met de gemeenschapsregels zouden zijn. HvJEG 9 maart 1988, nr. 105/88, p. 629.
39. Zie artikel 1:3, vierde lid, Awb.
 40. De uitspraak van de Hoge Raad 27 maart 1987, AB 273, m.nt. Van der Burg (Algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing werden geacht op overheids-handelen is daarom, ook in het tijdperk van de Awb, nog steeds van belang).
 41. Deze bepaling vormt het grondwettelijke deel van de grondslag voor de werking van de Nederlandse rechtsorde.
 42. Zie het commentaar op artikel 91.
 43. Zie de Preadviezen voor de Nederlandse Juristen-Vereniging, Internationale Rechtsorde, Deventer 1999, Preadviezen van R.A. Lawson, De internationale rechtsorde en de rechter (p.1-132) en A.W.H. Meij, Europese rechtspraak in de Nederlandse rechtsorde (Den Haag en Luxemburg (p. 133-221).

CITEER SUGGESTIE

W.J.M. Voermans, Hoofdstuk 5 - Wetgeving en bestuur. In: E.M.H. Hirsch Ballin (ed.), Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet, webeditie 2020 (www.Nederlandrecht.nl).