

F.J. van Ommeren¹

II | Het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip bij de Hoge Raad

I. Inleiding

De Hoge Raad heeft een belangrijke stempel gedrukt op de inhoud van ons legaliteitsbeginsel en materiële wetsbegrip. 1879, 1919, 1973, 1986, 1990, 2003 en 2012. Dat zijn de jaartallen waar het hier om gaat.

- In 1879 wees de Hoge Raad het Meerenbergerarrest,
- in 1919 het Rogge-arrest,
- in 1973 het Fluorideringsarrest,
- in 1986 het Methadonbriefarrest,
- in 1990 het Leidraad-arrest,
- in 2003 het arrest Stichting Rooms Katholiek Onderwijs Huizen / gemeente Huizen (kortweg: Huizen),
- in 2012 het Knooble-arrest.

Ofschoon de onderwerpen nauw met elkaar samenhangen, markeren deze arresten twee verschillende lijnen in de jurisprudentie, te weten die van het *legaliteitsbeginsel* (Meerenberg, Fluoridering en Methadonbrief) en het *materiële wetsbegrip* (Rogge, Leidraad en Knooble). Het arrest Huizen kan in beide lijnen worden geplaatst, het vormt als het ware de koppeling; ik zal het evenwel in het kader van de materiële lijn bespreken.

Over de lijn van het legaliteitsbeginsel zal ik betrekkelijk kort zijn. Zij is veelvuldig becommentarieerd en bevat een aantal overbekende klassiekers.² Wat ik hier nu vooral wil benadrukken, is dat deze lijn een sterk rechtspolitieke start maakte, terwijl de lijn van het materiële wetsbegrip veel meer juridisch-technisch van aard is. Met name met het oog op de rechtsontwikkeling is het voorts van belang de aandacht te vestigen op het feitelijke karakter van het overheidsoptreden waarop de rechtspraak over het legaliteitsbeginsel veelal betrekking heeft. In het kader van het materiële wetsbegrip komen naast de algemeen verbindende voorschriften twee andere soorten publiekrechtelijk algemeen geldende normen aan de orde: de beleidsregels en de normalisatienormen waarnaar in wetgeving is verwezen.

¹ Frank van Ommeren is hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam.

² Zie nog vrij recent: W.J.M. Voermans, 'Legaliteit als middel tot een doel', in: W.J.M. Voermans, M.J. Borgers & C.H. Sieburgh (red.), *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (preadviezen NJV), Deventer: Kluwer 2011, p. 14 e.v.

Afgesloten wordt met de vraag hoe de hier uiteengezette rechterlijke koers zich verhoudt tot het – meer rechtspolitieke – ‘primaat van de wetgever’ uit het wetgevingsbeleid.³ Het zal blijken dat, hoewel deze routes zijn gaan divergeren, de rechtspraak van de Hoge Raad in wezen mede aan de wieg van dit primaat heeft gestaan. Aldus wordt aanschouwelijk hoe deze rechtspraak van betekenis is voor fundamentele publiekrechtelijke ontwikkelingen, die zowel in wetgeving als in het wetgevingsbeleid zijn geïncorporeerd en nader uitgewerkt.

Ter voorkoming van misverstanden zij ten slotte nog opgemerkt dat ik mij in deze bijdrage beperk tot de rechtspraak van de Hoge Raad. Daarbij gaat het niet alleen om de burgerlijke rechter, maar voor een deel ook om de rechtspraak van de strafkamer en de belastingkamer. Gelet op het thema van deze bundel en de omvang van deze bijdrage blijft de bestuursrechter hier vrijwel volledig buiten beschouwing.

2. Het legaliteitsbeginsel

2.1 Rechtspolitieke rechtspraak

Rechtspraak en politiek: zij gelden niet als een ideale combinatie. Zeker niet in ons rechtssysteem, waar met de kwalificatie van een arrest als ‘rechtspolitiek’ van aard, meestal geen compliment wordt uitgedeeld.⁴ Maar als de Hoge Raad met het Meerenbergerarrest iets deed, dan was het een rechtspolitiek arrest wijzen. Het arrest is in latere commentaren zelfs wel aangeduid als het arrest waardoor Nederland echt een rechtsstaat werd.⁵ Dat is misschien wat te veel eer, al was het maar omdat de grondwetgever er nog geen tien jaar later al ten dele op terug kwam.

De geschiedenis is bekend. Met het Meerenbergerarrest bracht de Hoge Raad tot uitdrukking dat de door de uitvoerende macht – de Koning – uitgevaardigde regels op een wettelijke grondslag moeten berusten. De Hoge Raad liet geen ruimte voor zelfstandige algemene maatregelen van bestuur.⁶ Het is een arrest dat tegen de achtergrond van de toen heersende politieke verhoudingen moet worden gelezen. Het is een bij uitstek rechtspolitiek arrest, waardoor de macht

³ Zie eerder F.J. van Ommeren, ‘Het legaliteitsbeginsel in het wetgevingsbeleid’, *Bestuurswetenschappen* 2009, nr. 4, p. 11 e.v. Voor de goede orde: zowel in die bijdrage als in de onderhavige wil ik betogen dat het van groot belang is om beide goed te onderscheiden; eerder lag de nadruk evenwel op het wetgevingsbeleid, thans op de jurisprudentie.

⁴ In veel rechtssystemen ligt dat voor de hoogste rechter anders, zie T. Koopmans, *Courts and Political Institutions, A Comparative View*, Cambridge: Cambridge University Press 2003.

⁵ F.H. van der Burg, ‘Meerenberg’, *AB Klassiek* 2003, p. 12 onder verwijzing naar het bekende handboek van R. Kranenburg, *Het Nederlands Staatsrecht, deel I*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1938, p. 101.

⁶ HR 13 januari 1879, *W.* 4330. Het arrest is overigens ook te lezen in de sleutel van het materiële wetsbegrip (Van Ommeren 1996, p. 24, 25), maar voor een goed inzicht in het moderne begrip ‘algemeen verbindend voorschrift’ is het minder interessant.

van de Koning sterk werd ingeperkt. Aan het slot van deze bijdrage zal ik op dit karakter nog even terugkomen.

De idee dat de regels van de uitvoerende macht op een wet moeten berusten, gaat ten onzent weliswaar terug tot de Bataafse republiek,⁷ maar was beslist niet toonaangevend in het Koninkrijk der Nederlanden. Zij werd met name door Thorbecke gepropageerd, kreeg even kort ingang in ons positieve recht – van Meerenberg tot de Grondwetswijziging van 1887 – en bleef in de staatsrechtelijke doctrine, met name door het proefschrift van Van der Pot, zwaar bediscussieerd.⁸

Het huidige art. 89 lid 2 Gw werd bij de grondwetswijziging van 1887 ingevoerd. Ingevolge art. 89 lid 2 Gw worden voorschriften, door straffen te handhaven, in amvb's alleen gegeven krachtens de wet. Ingevolge art. 89 lid 4 is deze bepaling van overeenkomstige toepassing op *andere* vanwege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften. Naast de bepalingen waarin de Grondwet in meer specifieke gevallen een wettelijke grondslag verlangt, laat de Grondwet aldus naar de letter in algemene zin de ruimte voor zelfstandige wettelijke bevoegdheden, want lang niet alle wetgeving wordt immers door straffen gehandhaafd.

Het vraagstuk naar de verhouding tussen de wet in formele zin en de zelfstandige amvb is in wezen geen ander vraagstuk dan het – moderne – vraagstuk naar de verhouding tussen het algemeen verbindende voorschrift en de beleidsregel. Het speelt weliswaar op een ander (lager) niveau en doet zich voor met een andere (hogere) frequentie, maar in principe gaat het om dezelfde vraag: die naar de verhouding tussen de wettelijke en de buitenwettelijke regelgevende bevoegdheden. Die vraag wordt beantwoord in de jurisprudentiële lijn van het materiële wetsbegrip. Maar voordat die aan de orde kan komen, is het zinvol nog iets dieper in te gaan op het legaliteitsbeginsel.

2.2 *Ook feitelijk bestuurshandelen*

Het is in ons recht niet zo heel erg duidelijk voor welk bestuurshandelen de rechter nu precies een wettelijke bevoegdheidsgrondslag vereist. De maatstaven verschillen enigszins. Buiten de reikwijdte van de grondwettelijke, beperkte maatstaf van de door straffen te handhaven voorschriften, spreekt de burgerlijke rechter in het Fluorideringsarrest van 'ingrijpende maatregelen' en in het Methadonbriefarrest van 'bindende voorschriften'.⁹ De vraag is uiteraard wat hier precies onder 'ingrijpend' en 'bindend' moet worden verstaan.

⁷ Art. 105 van de Staatsregeling voor het Bataafsche Volk (1798).

⁸ F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip* (diss. Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 31 e.v.

⁹ HR 22 juni 1973, *AB* 1973/187; *NJ* 1973/386 m.nt. ARB; *AB Klassiek* 2009, nr. 4 m.nt. F.J. van Ommeren (Fluoridering). HR 27 juni 1986, *AB* 1987/241 m.nt. FHvdB; *NJ* 1987/898 m.nt. MS (Methadonbrief).

Het Fluorideringsarrest heeft betrekking op het geval waarin de gemeente Amsterdam vanuit het gemeentelijke waterleidingbedrijf een fluorverbinding aan het drinkwaterleidingnet wilde toevoegen. Feitelijk zou er dan vrijwel geen mogelijkheid meer zijn om van gefluorideerd drinkwater verstoken te blijven. Ook het Methadonbriefarrest heeft betrekking op de uitoefening van dwang. De zogeheten Methadonbrief was een brief – in rechte gekwalificeerd als een gezaghebbend advies – van de gezamenlijke Hoofdinspecteurs van het Staats-toezicht op de Volksgezondheid aan alle artsen en apothekers in Nederland betreffende de ambulante behandeling van verslaafden aan opiumwettmiddelen. Het beoogde effect van de brief was dat de apothekers de recepten van artsen die niet voldeden aan de eisen van de Methadonbrief niet langer zouden honoreren. Langs die weg werden de artsen in feite gedwongen zich overeenkomstig de Methadonbrief te gedragen en werd aldus diep ingegrepen in het recht van de artsen hun praktijk binnen de wettelijke grenzen naar eigen inzicht uit te oefenen. In beide arresten achtte de Hoge Raad zonder een wettelijke grondslag de overheid niet tot dit feitelijk optreden bevoegd.¹⁰

In de literatuur wordt verschillende gedacht over de uitleg van de begrippen ‘ingrijpende maatregelen’ en ‘bindende voorschriften’. Opgemerkt is wel dat het in ieder geval moet gaan om verplichtende, vrijheidsbeperkende of belastende voorschriften.¹¹ Uit de hiervoor besproken rechtspraak blijkt in ieder geval dat daaronder niet uitsluitend, zoals in het recht gebruikelijk, normatieve bepalingen zijn te begrijpen, maar ook bepaalde *feitelijke* overheidsmaatregelen. De verdere concretisering van deze begrippen is gevolgd via de lijn van het materiële wetsbegrip.

2.3 Toekomstige ontwikkelingen: handhaving openbare orde en actieve openbaarheid

Tot op de dag van vandaag vormt in de staats- en bestuursrechtelijke doctrine juist het feitelijk bestuurshandelen enigszins een ondergeschoven kindje. Dit is opmerkelijk, want het is allesbehalve van maatschappelijk belang ontbloot. Het is dan ook van groot belang dat juist over de functie en betekenis van het feitelijk bestuurshandelen in het recht beter wordt doorgedacht.

Het gaat hier onder meer om de onmiddellijke handhaving van de openbare orde – alwaar, dat behoeft geen uitleg, de feitelijke machtsverhoudingen geenszins gelijkwaardig zijn. Het gaat verder om allerlei communicatieve overheidsuitlatingen, die eveneens een grote impact op de betrokkenen kunnen hebben – te denken valt ook aan een fenomeen als ‘*naming and shaming*’ en meer in algemene zin aan de verstrekking van algemeen toegankelijke informatie over de prestaties van publieke en andere instellingen, die bijvoor-

¹⁰ Zie voor de nadere relevante verschillen tussen deze arresten mijn annotatie in de in de vorige noot genoemde bundel *AB Klassiek*, p. 59, 60.

¹¹ Van Ommeren 1996, p. 188 e.v. Persoonlijk heb ik een voorkeur voor de verplichtingenmaatstaf, zoals ook in paragraaf 3 zal blijken.

beeld blijken uit controle- en inspectie-activiteiten van de overheid. Het legaliteitsbeginsel zou juist op deze terreinen van grote betekenis moeten zijn.

Het is tegen deze achtergrond wrang te moeten constateren dat de huidige praktijk een andere is. Juist op het terrein van de handhaving van de openbare orde is het legaliteitsbeginsel zelfs ‘een van de grote verliezers’ genoemd, aangezien een adequate wettelijke basis hier meer dan eens ontbreekt.¹² Ten aanzien van de actieve openbaarmaking vindt tegenwoordig – gelukkig – een tegenbeweging plaats: specifieke wettelijke voorzieningen schieten als paddenstoelen uit de grond. Teneinde onnodige verschillen te voorkomen en uniforme toepassing te bevorderen is het nu echter wel van belang voor de verplichting tot actieve openbaarmaking een stelselmatig wetgevingsbeleid te (gaan) ontwikkelen.¹³ In het bijzonder voor de actieve openbaarmaking van sanctiebesluiten is om deze reden door de Raad van State recent zelfs voor een algemene wettelijke regeling gepleit.¹⁴

Waar wetgever en bestuur op het vlak van het feitelijk bestuurshandelen steken laten vallen, zullen de waarborgen voor de burger in versterkte mate van de rechter moeten komen. Ofschoon het in beginsel aan de burgerlijke rechter is om kennis te nemen van veel feitelijk bestuurshandelen – het besluitbegrip van de Awb staat daaraan immers voor de bestuursrechter in de weg (art. 8:1 jo. 1:3 Awb) – is het overigens bepaald niet uitgesloten dat de bestuursrechter hiervoor eveneens in beeld komt. De rechtsfiguur van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking kan, in aanvulling op het huidige Awb-besluitbegrip, hiervoor goede aanknopingspunten bieden. Daarover wordt thans met het oog op de toekomst nagedacht. Het is goed mogelijk ook (bepaald) zelfstandig feitelijke overheidshandelen in het model van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking op te nemen.¹⁵ Dat dient, in ieder geval voor zover het verplichtend van aard is, over een wettelijke grondslag te beschikken. Die eis vloeit voort uit het legaliteitsbeginsel. Het is – ook hier – de burgerlijke rechter die dit vereiste reeds tot uitdrukking heeft gebracht in de hiervoor genoemde jurisprudentie.

¹² A.E. Schilder, *De drang tot dwang. Over bemoeizorg en bemoeizucht van de lokale overheid* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: BJu 2009, p. 16.

¹³ Ter voorkoming van het verwijt van autoplagiaat: dit heb ik eerder bepleit in F.J. van Ommeren, ‘Gebonden keuzevrijheid en actieve openbaarheid’, in: C.W. Noorlander e.a. (red.), *Het volk regeert. Beschouwingen over de (Nederlandse) democratie in de 21^e eeuw*, Nijmegen: WLP 2008, p. 241, 242.

¹⁴ *Kamerstukken II 2014/15, 34 III, nr. 4, p. 3* (Wijziging Gezondheidswet en Wet op de Jeugdzorg) en *Kamerstukken II 2014/15, 34 I 08, nr. 4, p. 26 e.v.* (Wet aanpak schijnconstructies). In het nader rapport merkt de regering op dat een algemene wettelijke regeling in de Awb in overweging zal worden genomen.

¹⁵ F.J. van Ommeren & P.J. Huisman, ‘Van besluit naar rechtsbetrekking: een groei-model’, in: F.J. van Ommeren e.a. (red.), *Het besluit voorbij* (VAR-Reeks 150), Den Haag: BJu 2013, p. 55 en P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, ‘Van besluit naar rechtsbetrekking: op zoek naar een scherp criterium, Feitelijk bestuurshandelen bij de bestuursrechter’, *NTB 2014/6*, p. 55, 56.

3. Het materiële wetsbegrip: algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels

3.1 Publiekrechtelijk algemeen geldende normen

Ons recht kent behalve wettelijke regels allerlei andere soorten algemeen geldende rechtsregels die van belang zijn in het publieke domein. De burgerlijke rechter pleegt deze categorie van regels wel aan te duiden als die van de ‘publiekrechtelijk algemeen geldende normen’.¹⁶ Binnen de ruime categorie zijn er verschillende soorten algemene regels te onderscheiden. Te denken valt aan:

- algemeen verbindende voorschriften (wetten in materiële zin);
- beleidsregels;
- normalisatienormen waarnaar in wetgeving is verwezen;
- enige andere soorten algemene regels, die hier verder niet worden besproken, zoals algemene richtlijnen die door de centrale overheid worden opgesteld ten behoeve van andere overheden en burgers.¹⁷

De laatste jaren is in de rechtspraak van de burgerlijke rechter met name aan de orde geweest in hoeverre zowel de beleidsregels als dit soort normalisatienormen van algemeen verbindende voorschriften verschillen. Om het onderscheid tussen deze verschillende soorten publiekrechtelijk algemeen geldende normen goed te kunnen maken is uiteraard inzicht nodig in de aard van hun normatieve – men kan ook zeggen: materiële – werking.

3.2 Het algemeen verbindend voorschrift

Wat moet onder een wet in materiële zin – met andere woorden: een algemeen verbindend voorschrift¹⁸ – worden verstaan? Ofschoon dit cruciale begrip in de Grondwet, de Bekendmakingswet en in het bijzonder ook in de Awb van wezenlijk belang is, bevat geen van deze wetten er een omschrijving van. We moeten daarvoor derhalve teruggrijpen naar de jurisprudentie. In de parlementaire geschiedenis van de Awb wordt voor een omschrijving van het begrip ‘algemeen verbindend voorschrift’ in het bijzonder verwezen naar het aloude *Rogge-arrest*.¹⁹ In het klassieke rapport ‘Orde in de regelgeving’ van de Commissie Wetgevingsvraagstukken wordt daarvoor eveneens naar dit arrest

¹⁶ Vgl. HR 22 juni 2012, *NJ*2012/397; *AB* 2012/228 m.nt. F.J. van Ommeren (Knooble / Staat en Nederlands Normalisatie-Instituut).

¹⁷ Zie over deze laatste soort regels m.n. H.E. Bröring, *Richtlijnen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1993.

¹⁸ De begrippen ‘algemeen verbindend voorschrift’ en ‘wet in materiële zin’ zijn synoniemen. Waarover recent: S.A.J. Munneke, ‘Begrippen’, in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 42, 43.

¹⁹ PG Awb III, p. 279.

verwezen.²⁰ Het is een arrest dat overigens in de bundel ‘*AB Klassiek*’ niet zou misstaan.

In het Rogge-arrest was de vraag aan de orde of en in hoeverre een (wat wij nu plegen te noemen) ministeriële regeling²¹ dient te worden aangemerkt als een wet in de zin van art. 99 Wet RO (oud).²² De Hoge Raad overwoog: ‘dat onder ‘wet’ (...) mede zijn te begrijpen naar buiten werkende, dus tot een ieder gerichte algemeene regelingen, welke zijn uitgegaan van een openbaar gezag, dat de bevoegdheid daartoe aan de wet, in den zin van eene regeling door de wetgevende macht, ontleent.’²³

In het oog springt dat de Hoge Raad voorop stelt dat voor een wettelijke regeling vereist is dat het moet gaan om een naar buiten werkende, dus tot een ieder gerichte algemene regeling. Voorts dient die regeling te zijn uitgevaardigd door het openbaar bestuur. Ten slotte dient dit bestuur de bevoegdheid daartoe te ontleenen aan een (hogere) wettelijke regeling. Met dit laatste vereiste sluit de Hoge Raad aan bij het Meerenbergarrest, waarin hij, zoals zojuist bleek, evenmin plaats liet voor een zelfstandige wetgevende bevoegdheid.

Het woordje ‘mede’ in dit citaat moet niet over het hoofd worden gezien: naast de figuur van de ministeriële regeling zijn onder de ‘wet’ in deze zin in het bijzonder de wet in formele zin en de amvb te begrijpen. Aldus gaf de Hoge Raad een materiële aanvulling op deze formele wetsbegrippen.

De omschrijving van het begrip ‘algemeen verbindend voorschrift’ in de moderne rechtspraak is nog steeds gebaseerd op die van het Rogge-arrest. Zo overwoog de Hoge Raad in het recente *Knooble-arrest*:²⁴ ‘De in art. 89 lid 4 Grondwet en art. 3 en 4 Bekendmakingswet bedoelde algemeen verbindende voorschriften zijn naar buiten werkende, de burgers bindende, regels die uitgaan van een orgaan dat de bevoegdheid tot die regelgeving aan de wet in formele zin ontleent.’

De omschrijving van het begrip ‘algemeen verbindend voorschrift’ in de moderne rechtspraak wijkt dus vrijwel niet af. Essentieel is evenwel de invoeging van de woorden ‘de burgers bindende’ regels. In het Rogge-arrest was het voldoende om te spreken van ‘naar buiten werkende, dus tot een ieder gerichte’ algemene regels. Deze toevoeging is belangrijk. Inmiddels weten wij immers dat er naast algemeen verbindende voorschriften ook *andere* algemene naar buiten werkende rechtsregels zijn die tot eenieder zijn gericht, die echter

²⁰ Commissie Wetgevingsvraagstukken (Commissie Polak), *Orde in de regelgeving*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1985, p. 14.

²¹ In het arrest wordt nog gesproken over een ‘ministerieële beschikking’, maar duidelijk is dat naar de huidige terminologie een algemene regeling wordt bedoeld.

²² De Wet RO spreekt sedert de wijziging van 1963 over ‘recht’ in plaats van ‘wet’; zie thans art. 79.

²³ HR 10 juni 1919, *NJ*1919, p. 647 en ook p. 650. Dit arrest betrof een strafzaak, ten aanzien van art. 99 Wet RO (thans art. 79) zit de burgerlijke rechter evenwel op dezelfde lijn.

²⁴ HR 22 juni 2012, *NJ*2012/397; *AB*2012/228 m.nt. F.J. van Ommeren.

niet het karakter hebben van algemeen verbindende voorschriften. Daarbij valt in het bijzonder, maar zeker niet uitsluitend, te denken aan beleidsregels. Dit vergt derhalve een meer nauwgezet inzicht in het (materiële) onderscheid tussen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels.

3.3 *Het onderscheid met beleidsregels*

Na enige voorlopers,²⁵ schiep de Hoge Raad echt duidelijkheid over het onderscheid tussen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels met het *Leidraad*arrest.²⁶ Dit arrest staat in de literatuur vooral bekend als het arrest waarin de Hoge Raad beleidsregels onder bepaalde voorwaarden aanmerkte als recht in de zin van de Wet RO. Minstens zo belangrijk is echter dat de Hoge Raad in dit arrest een uitdrukkelijk onderscheid maakte tussen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Daardoor werden in dit arrest niet alleen beleidsregels anders gekwalificeerd en werd de categorie van ‘het recht in de zin van de Wet RO’ verruimd, maar werd tevens het begrip ‘algemeen ververbindend voorschrift’ in materieel opzicht nader verduidelijkt.

In de parlementaire geschiedenis van de derde tranche van de Awb, waarbij de titel over beleidsregels is ingevoerd, is uitvoerig aandacht besteed aan de vraag of het onderscheid tussen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels wel of niet gehandhaafd moest blijven. Die knoop werd uiteindelijk doorgesneden met een uitdrukkelijk beroep op met name het *Leidraad*arrest.²⁷ Ook hier blijkt hoezeer de rechtspraak van de Hoge Raad mede ten grondslag ligt en heeft gelegen aan het bestuursrechtelijke denkkader.

In het *Leidraad*arrest overwoog de Hoge Raad dat onder ‘recht’ in de zin van de Wet RO²⁸ mede zijn te begrijpen: ‘door een bestuursorgaan binnen zijn bestuursbevoegdheid vastgestelde en behoorlijk bekendgemaakte regels omtrent de uitoefening van zijn beleid, die weliswaar niet kunnen gelden als algemeen verbindende voorschriften omdat zij niet krachtens enige wetgevende bevoegdheid zijn gegeven, maar die het bestuursorgaan wel op grond van enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur binden en, die zich naar hun inhoud en strekking ertoe lenen jegens de bij de desbetreffende regeling betrokkenen als rechtsregels te worden toegepast.’

Met ‘mede’ wordt er in het bijzonder op gedoeld dat beleidsregels in *aanvulling* op verdragen, wetten in formele zin, amvb’s en ministeriële regelingen – met andere woorden: de algemeen verbindende voorschriften – tot het recht in de zin van de Wet RO worden gerekend.

²⁵ In het bijzonder HR 11 oktober 1985, *AB*1986/84 m.nt. FHvdb; *NJ*1986/322 m.nt. MS (Avanti).

²⁶ HR 28 maart 1990, *AB*1990/306 m.nt. FHvdb; *NJ*1991/118 m.nt. MS; *AB Klassiek* 2009, nr. 16 m.nt. F.H. van der Burg. Dit arrest betrof een belastingzaak. Zie voor de burgerlijke kamer HR 29 juni 1990, *AB*1990/561 m.nt. FHvdb; *NJ*1991/120 (Vreemdelingscirculaire) en voor de strafkamer HR 19 juni 1990, *NJ*1991/119 (OM-richtlijn).

²⁷ PG Awb III, p. 278 – 280.

²⁸ Zie hiervoor noot 22.

Essentieel is om te constateren dat beleidsregels zich blijkens deze overweging ertoe lenen ‘jegens de bij de desbetreffende regeling betrokkenen als rechtsregels te worden toegepast’. Dit betekent dat beleidsregels naar buiten kunnen werken en dus niet slechts als louter interne regels moeten worden aangemerkt. Op het punt dat beleidsregels externe werking hebben, stemmen zij derhalve overeen met algemeen verbindende voorschriften. Het zijn in zoverre echte algemeen werkende publiekrechtelijke rechtsnormen.

Maar minstens zo belangrijk is dat de Hoge Raad op het volgende punt uitdrukkelijk een onderscheid maakt: algemeen verbindende voorschriften worden krachtens een wetgevende bevoegdheid vastgesteld en beleidsregels niet. Een ander verschil is dat de binding aan beleidsregels minder hard is: het bestuursorgaan kan er onder bepaalde omstandigheden van afwijken (vgl. thans art. 4:84 Awb).²⁹

Een vergelijking tussen het Rogge-arrest en het Leidraad-arrest leert dat zich aldus een belangrijke wijziging heeft voorgedaan. Nu blijkt dat algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels niet steeds dezelfde materiële werking hebben, ofschoon beide naar buiten kunnen werken. Algemeen verbindende voorschriften kunnen meer. Met algemeen verbindende voorschriften kunnen burgers worden gebonden in die zin dat er eenzijdig verplichtingen mee kunnen worden opgelegd.³⁰ Dat kunnen beleidsregels niet op eigen titel doen. Voor het binden van de burger in deze zin is een wettelijke grondslag nodig, zo bleek reeds uit de jurisprudentiële lijn van het legaliteitsbeginsel. (Een wettelijke grondslag die overigens in mijn ogen zo specifiek mogelijk moet zijn.)³¹ Deze materiële lijn is inmiddels bevestigd in de rechtspraak die nadien is gevolgd. Wat met beleidsregels niet kan en met algemeen verbindende voorschriften wel, blijkt in het bijzonder ook uit het zo te bespreken arrest Huizen en blijkt voortvols uit de handhaving van louter in beleidsregels opgelegde verplichtingen.

Dit wezenlijke verschil tussen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels klinkt uiteraard ook door in de rechtspraak over de wet in materiële zin. Niet voor niets voegt de Hoge Raad in de moderne jurisprudentie aan de omschrijving van het begrip ‘algemeen verbindend voorschrift’ toe, dat het om naar buiten werkende, ‘*de burgers bindende*’, regels moet gaan; zie nog

²⁹ Dit laatste verschilpunt valt in zoverre te relativiseren dat wanneer de wet een hardheidsbepaling kent, het verschil met beleidsregels op dit punt tamelijk gering is; zie F.J. van Ommeren, ‘Wetgevingsbeleid: remedies en instrumenten’, in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 207.

³⁰ Van Ommeren 1996, p. 48 e.v.

³¹ F.J. van Ommeren, ‘Het legaliteitsbeginsel in het staats- en bestuursrecht: opkomst en ondergang van de geïmpliceerde bevoegdheden?’, *RMThemis* 2002, p. 126, 127. Dit speelt in het bijzonder ook in de rechtspraak van de strafrechter over art. 3 Politiewet 2012, zie recent: R.J.B. Schutgens & T.M.A. Arts, ‘De algemene taakomschrijving van de politie en de waarde(n) van het legaliteitsbeginsel’, *AA* 2015, p. 485 e.v. Vgl. o.a. HR 1 juli 2014, *NJ* 2015/114 m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen en HR 3 februari 2015, *NJ* 2015/173 m.nt. M.J. Borgers.

recent het zojuist al geciteerde Knooble-arrest.³² Het ‘burgers binden’ in deze zin is een eigenschap die aan beleidsregels juist niet wordt toegekend en begrijpelijkerwijs in de materiële omschrijving van het beleidsregelbegrip ontbreekt.

3.4 Beleidsregel kan geen bevoegdheid toekennen die niet uit de wet voortvloeit
Welke soorten voorschriften moeten per se in een wettelijke regeling worden opgenomen en welke mogen ook in een buitenwettelijke regeling worden vastgelegd? Dat is voor de wet- en regelgevingspraktijk tot op de dag van vandaag een uiterst belangrijke vraag, die niet steeds eenvoudig is te beantwoorden. Uiteraard kan het precieze antwoord op die vraag langzaam maar zeker – zo men wil: in een incrementeel proces – worden ontwikkeld aan de hand van de jurisprudentie. Een mijlpaal hiervoor is het arrest de *Stichting Rooms Katholiek Onderwijs Huizen / gemeente Huizen* (hierna: *Huizen*).³³

Het arrest *Huizen* heeft betrekking op de vraag of en in hoeverre de verplichting om een afschrift van een bouwopdracht aan een bestuursorgaan te sturen bij beleidsregeling kan worden opgelegd. De casus heeft betrekking op een stichting die in de gemeente een basisschool in stand houdt. Voor de bekostiging van de nieuwbouw van vijf lokalen voor deze school had de gemeente aan de minister van O&W (thans: OC&W) om goedkeuring verzocht. Die goedkeuring was verleend, maar vervolgens vervallen, omdat niet tijdig een afschrift van de bouwopdracht aan de minister was verzonden. De stichting voerde als verweer aan dat zij met betrekking tot de inzending van het afschrift van de bouwopdracht aan de minister geen rechtsplicht had geschonden. Volgens de stichting was het niet haar taak, maar was de gemeente daartoe gehouden. Het antwoord op de vraag wie verplicht was om een afschrift van de bouwopdracht aan de minister te sturen – was dat de stichting of was dat de gemeente (?) – was niet te vinden in de wet, maar wel in een wetsinterpreterende beleidsregel. Deze beleidsregel bepaalde dat degene die de opdracht gaf voor de bouw ook een kopie van de opdracht naar de minister dient te zenden. Dat was in dit geval de stichting.

De Hoge Raad overwoog dat, naar ongeschreven recht en zoals inmiddels ook uit titel 4.3 Awb blijkt: ‘het bestuursorgaan (en niet de burger) aan een beleidsregel kan worden gehouden. Beleidsregels regelen slechts de uitoefening van bevoegdheden. Zij scheppen geen (nieuwe) bevoegdheden. De door de minister gegeven (interpretatieve) beleidsregel (...) bindt derhalve wel de minister (...) maar zij kan niet aan de Stichting worden tegengeworpen.’

Kortom, de verplichting om een afschrift te versturen moet een grondslag in de wet hebben. Meer in het bijzonder moet de *norm-adressaat* (reeds) in een wettelijke voorschrift zijn bepaald; de norm-adressaat kan niet in een (wetsinterpreterende) beleidsregel worden toegevoegd.

³² En eerder o.a. HR 31 mei 1985, *AB* 1985/480 m.nt. FHvdB; NJ 1985, 648 (UAR-arrest). Vgl. ook PG Awb III, p. 279.

³³ HR 23 mei 2003, *NJ* 2003/495; *AB* 2004/157 m.nt. FvO.

Het is inmiddels vaste jurisprudentie dat beleidsregels geen nieuwe bevoegdheden kunnen scheppen. Zo heeft de Hoge Raad overwogen dat een beleidsregeling het bestuursorgaan ‘niet een bevoegdheid kan verschaffen die niet uit de wet voortvloeit’.³⁴ Beleidsregels moeten zich beperken tot ‘het gebruik van een bevoegdheid’ (art. 1:3 lid 4 Awb) waarover een bestuursorgaan reeds beschikt; met andere woorden: tot een bevoegdheid die dat bestuursorgaan reeds uit andere hoofde bezit (vgl. art. 4:81 Awb).

Het is van belang om in het oog te houden dat dit arrest in wezen betrekking heeft op een vrij technisch detail, een *uitvoeringskwestie*. Het ging immers primair betrekking om de vraag wie een afschrift moest versturen. De minister had behoefte aan een afschrift van de bouwopdracht in verband met de beheersbaarheid van zijn begroting en om een goed inzicht te behouden in zijn financiële verplichtingen. Op wie de verplichting rustte om het afschrift in te sturen lijkt daarvoor niet van belang. Toch was voor het opleggen van deze verplichting een wettelijke bevoegdheidsgrondslag vereist. Met dit vereiste gaat het arrest dan ook veel verder dan het in de doctrine dikwijls ingenomen uitgangspunt dat in de wet – slechts – de hoofdlijnen, de meest wezenlijke zaken, moeten worden geregeld. Ik kom op dit verschil tussen de rechtspraak en de doctrine terug in paragraaf 5.

3.5 Handhaving van beleidsregels?

Het materiële verschil tussen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels blijkt in het bijzonder bij de handhaving ervan. Wanneer een bestuursorgaan ter invulling van een wettelijke (open) norm in een beleidsregeling nadere voorschriften stelt, is de enkele schending van die concretiserende beleidsregeling onvoldoende om met bestuurlijke sancties te mogen optreden. Voor het opleggen van een bestuursrechtelijke sanctie is immers vereist dat een *wettelijk voorschrift* is geschonden (vgl. art. 5:4 lid 2 Awb). Wanneer de betrokkene – slechts – in strijd met een beleidsregeling heeft gehandeld, is dat onvoldoende grond om een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom op te leggen. Dit komt doordat beleidsregels niet zelfstandig eenzijdige verplichtingen kunnen opleggen. De betrokkene, de normadressaat, is niet verplicht zich aan de beleidsregeling te houden, hij mag ook op een andere manier aan de wettelijke eisen voldoen.

De rechtspraak illustreert dit helder. Toen een kinderdagcentrum niet voldeed aan bepaalde eisen van een beleidsregeling (het aantal kinderen per pedagogisch medewerker was te groot en niet alle medewerkers hadden een passende beroepskwalificatie), was dat onvoldoende grond om een last onder dwangsom op te leggen wegens het schenden van de wettelijke zorgplicht van ‘verantwoorde kinderopvang’. De wet liet aan het kindercentrum over op welke wijze aan de zorgplicht kon worden voldaan.³⁵

³⁴ Vgl. HR 29 oktober 2004, *AB* 2005/31 m.nt. FvO (Ontvanger / K).

³⁵ Zie ABRvS 21 december 2011, *AB* 2012/210 m.nt. F.R. Vermeer (Kidsstop).

Het voorgaande gaat overigens – uiteraard – niet op indien de beleidsregels de *gedoogvoorwaarden* bevatten waaronder het tot handhaving bevoegde bestuursorgaan niet van zijn bevoegdheid tot handhaving gebruik zal maken. Opmerkelijk genoeg wordt dat wel eens over het hoofd gezien. De Aanwijzing Opiumwet bevat beleidsregels van het College van Procureurs-Generaal met betrekking tot de opsporing en de vervolging van personen die delicten uit de Opiumwet begaan. Deze beleidsregel vereiste voor het zogeheten ‘besloten clubcriterium’ dat een coffeeshop uitsluitend toegang verleent en verkoopt aan leden, dat zij maximaal 2000 leden heeft en dit documenteert in de vorm van een controleerbare ledenlijst.³⁶ De rechtbank oordeelde dat de verplichting om een ledenlijst aan te leggen in strijd zou zijn met de hiervoor besproken rechtspraak van de Hoge Raad.³⁷ Maar die vlieger gaat hier niet op. Immers, het besloten clubcriterium was een gedoogcriterium. Er was dan ook geen sprake van dat de betrokkenen aldus op een alternatieve manier aan de wettelijke eisen zouden kunnen voldoen. Het niet-voldoen aan de eisen van de beleidsregel bracht (slechts) met zich dat het illegale handelen niet zou worden gedoogd. Gedoogvoorwaarden zijn juridisch niet als verplichtingen te beschouwen, ook al kunnen zij de facto wel zo worden ervaren. Terecht aanvaardde de Staatsraad A-G de redenering van de rechtbank dan ook niet.³⁸

4. Normalisatienormen waarnaar in wetgeving is verwezen

4.1 Rechtspraak over normalisatienormen

Tot nu toe ging de aandacht vooral uit naar beleidsregels als belangrijke publiekrechtelijke algemeen geldende normen die niet het karakter hebben van algemeen verbindende voorschriften. Het loont evenwel de moeite ook naar het onderscheid tussen algemeen verbindende voorschriften en andere soorten publiekrechtelijk algemeen geldende normen te kijken, zoals normalisatienormen waarnaar in wetgeving is verwezen.

De wetgever pleegt tamelijk veelvuldig op uiteenlopende plaatsen te verwijzen naar private regels, zoals normalisatienormen. De reden hiervoor is dat er bij private normalisatie-instellingen, zoals het Nederlands Normalisatie-Instituut (NNI, ook wel NEN), het Comité Européen de Normalisation (CEN) en de International Organization for Standardization (ISO), veel meer kennis van en ervaring met het produceren van dit soort normen bestaat dan bij de overheid; en dat het uit maatschappelijk oogpunt weinig zinvol is wanneer de

³⁶ Waarover: J. Brouwer & J. Schilder, ‘Over de grenzen van gedogen. Het failliet van de B en de I in het coffeeshopbeleid’, *NJB* 2012, p. 3082 e.v.

³⁷ HR 23 mei 2003, *AB* 2004/157 m.nt. FvO (Huizen) en HR 29 oktober 2004, *AB* 2005/31 m.nt. FvO (Ontvanger / K).

³⁸ Conclusie van Staatsraad A-G Keus, ECLI:NL:RVS:2013:2532 (nr. 8) voor o.a. ABRvS 18 juni 2014, *AB* 2014/391 m.nt. J.G. Brouwer (Coffeeshop Easy Going). I.c. kon de Afdeling dit punt buiten beschouwen laten.

wetgever dit naar zich toe zou trekken.³⁹ Ofschoon normalisatienormen wel als een vorm van zelfregulering worden opgevat,⁴⁰ zijn zij beter aan te duiden als een vorm van ‘private regulering’, aangezien bij deze normen de normsteller niet degene is die de regels zelf gebruikt.⁴¹

Opmerkelijk genoeg bestond gedurende vrij lange tijd onduidelijkheid over het rechtskarakter van normalisatienormen waarnaar in wetgeving is verwezen: zijn het algemeen verbindende voorschriften in de zin van art. 89 lid 4 Grondwet (omdat de wetgever ernaar verwijst) of zijn het private regels (omdat zij zijn vastgesteld door een private partij, het normalisatie-instituut)? Wanneer zij worden aangemerkt als algemeen verbindende voorschriften, dienen zij te worden bekendgemaakt overeenkomstig de daartoe strekkende voorschriften van de Bekendmakingswet en zijn zij ingevolge de Auteurswet vrij van auteursrecht; worden zij daarentegen aangemerkt als private regels dan is de Bekendmakingswet er niet op van toepassing en is voor deze normen wel auteursrecht verschuldigd. Betrekkelijk recent heeft de Hoge Raad in het, hiervoor al meergenoemde, *Knooble-arrest* – in navolging van het arrest van het hof en een vergelijkbare uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State⁴² – deze knoop doorgehakt: normalisatie-normen zijn geen algemeen verbindende voorschriften, ook niet voor zover er in wetgeving naar is verwezen.⁴³

4.2 Dwingende en niet-dwingende verwijzingen

Dat normalisatienormen waarnaar in wetgeving is verwezen geen algemeen verbindende voorschriften zijn in de zin van de art. 89 lid 4 Grondwet, neemt niet weg dat dit soort normen uit publiekrechtelijk oogpunt relevant zijn. De verwijzing door de wetgever is van wezenlijke betekenis. Het is niet ongebruikelijk dat vooraf tussen de minister en het normalisatie-instituut wordt afgestemd of een normalisatienorm zal worden gebruikt voor verwijzing in wetgeving, zodat de terminologie en de uitwerking van de norm door het instituut kan worden afgestemd op die wettelijke regeling.⁴⁴

De wetgever kan die verwijzing op verschillende manieren realiseren, te weten op dwingende of niet-dwingende wijze. Wanneer naar een normalisatienorm op dwingende wijze is verwezen betekent dit dat de betrokkene verplicht is om de normalisatienorm toe te passen. Indien op niet-dwingende

³⁹ F.J. van Ommeren, ‘Bestuurswetgeving en haar alternatieven: een verkenning van beleidsregels, algemene voorwaarden van de overheid en normalisatienormen als prototypen’, *RegelMaat* 2008/3, p. 82 e.v.

⁴⁰ In de toelichting bij Ar 8 van de Aanwijzingen voor de regelgeving wordt normalisatie als een vorm van zelfregulering beschouwd.

⁴¹ Vgl. M.W. Scheltema, *Effectiviteit van privaatrechtelijke regulering: is dat meetbaar?* (oratie Rotterdam), BJu 2012, p. 8.

⁴² ABRvS 2 februari 2011, AB 2011/85 m.nt. P.M.J. de Haan.

⁴³ HR 22 juni 2012, NJ 2012/397; AB 2012/228 m.nt. F.J. van Ommeren.

⁴⁴ Zoals door Knooble werd aangevoerd (zie o.a. r.o. 3.8 van het arrest).

wijze is verwezen kan de betrokkene de normalisatienorm gebruiken, maar is hij daartoe niet verplicht: het staat hem vrij om op een andere, alternatieve manier aan het wettelijk voorschrift te voldoen; wel levert het gebruik van de normalisatienorm tenminste het bewijsvermoeden op dat aan de wettelijke eis is voldaan. De Aanwijzingen voor de regelgeving sporen de wetgever aan in beginsel op een niet-dwingende wijze te verwijzen (Ar 91a).

Ook wanneer de wet naar normalisatienormen verwijst, dienen de betrokkenen, de (potentiële) gebruikers, voor het raadplegen van deze normen te betalen. Dit soort normalisatienormen is niet vrij van auteursrecht, zo volgt immers uit de hier besproken rechtspraak. Het kabinet heeft evenwel besloten dat per 1 januari 2012 nationale normalisatienormen waarnaar dwingend is verwezen kosteloos ter beschikking worden gesteld.⁴⁵ Het is derhalve voor de betrokkenen van wezenlijk belang of de wetgever op dwingende of niet-dwingende wijze naar de normalisatienormen heeft verwezen.

De introductie van het onderscheid tussen het dwingend en niet-dwingend verwijzen en het uitgangspunt dat door de wetgever in beginsel zoveel mogelijk op niet-dwingende wijze wordt verwezen, is nieuw wetgevingsbeleid dat mede in het licht van de (tot voor kort: wisselende) rechtspraak is ontwikkeld en betrekkelijk recent is ingevoerd. De reeds bestaande wetgeving wordt met het oog daarop doorgelicht en waar nodig aangepast.⁴⁶

Het onderscheid tussen dwingende en niet-dwingende verwijzingen sluit goed aan bij de omstandigheid dat het verplichtende karakter de regels in materieel opzicht burgers bindend maakt. Het behoeft geen uitleg dat indien dwingend wordt verwezen de normalisatienormen meer op één lijn komen te staan met *algemeen verbindende voorschriften*. Is er daarentegen niet-dwingend verwezen dan lijken de normalisatienormen veeleer meer op de hiervoor besproken *beleidsregels* die slechts *een* en niet *de* wijze voorschrijven waarop aan de wettelijke eisen kan worden voldaan: het is immers aan de betrokkene om te bezien of hij een alternatieve manier verkiest. Deze benadering spreekt aan vanwege de coherentie met het stelsel van andere publiekrechtelijk algemeen geldende normen, hetgeen overigens niet weg neemt dat er uiteenlopende kanttekeningen zijn te plaatsen bij het hier uiteengezette kabinetsbeleid.⁴⁷

⁴⁵ Nota Kenniseconomie in zicht: *Kamerstukken II 2010/11*, 27 406, nr. 193, p. 7.

⁴⁶ Zie de hiervoor aangehaalde nota, p. 7, 8.

⁴⁷ Zie voor een meer uitvoerige bespreking van normalisatienormen en het met deze nota uiteengezette wetgevingsbeleid: Van Ommeren 2012, p. 216 - 221. Zie ook A.R. Neerhof, *Certificering en normalisatie in het publieke bouwrecht*, 's-Gravenhage: IBR 2013, p. 169 - 173.

5. Wetgevingsbeleid: het primaat van de wetgever

5.1 *Staatsrechtelijke conventies in het wetgevingsbeleid*

Uit de interferentie van de lijn van het legaliteitsbeginsel met die van het materiële wetsbegrip volgt dat ‘burgers bindende’ bepalingen in de zin van eenzijdig verplichtende bepalingen op een wettelijke bevoegdheidsgrondslag dienen te berusten. De rechtspraak brengt hiermee een harde minimumeis tot uitdrukking. Het is beslist niet uitgesloten dat ook allerlei andere voorschriften een wettelijke grondslag hebben.

Met name op grond van de hiervoor beschreven jurisprudentie worden het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip gerekend tot de categorie van het ongeschreven staatsrecht. Het is van belang om in het oog te houden dat zij binnen deze categorie tot de relatief weinige rechtsregels behoren die uit de rechtspraak blijken. In dit opzicht zijn het staatsrechtelijke buitenbeentjes. Dat komt doordat het ongeschreven staatsrecht – anders dan het ongeschreven privaatrecht of het ongeschreven bestuursrecht – in hoofdzaak niet door de rechtspraak worden gevormd, maar bestaat uit vaste gewoonten en conventies, die in meer of mindere mate juridisch relevant zijn.⁴⁸

Het verdient de aandacht dat in de doctrine meer dan eens andere maatstaven zijn aangedragen om het legaliteitsbeginsel tot uitdrukking te brengen. Zo is al decennia lang in verschillende bewoordingen bepleit dat de wet de meest wezenlijke zaken tot uitdrukking moet brengen. Betoogd wordt dat het moet gaan om de meest ‘ingrijpende besluiten’,⁴⁹ een ‘kernachtige wetgever’,⁵⁰ de ‘richtinggevende besluiten’ of gewoon de ‘belangrijkste besluiten’.⁵¹

Door Voermans is zelfs opgemerkt dat een opvatting over de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel die sterk de nadruk legt op verplichtingen, ‘goedgeleerd steunt op inmiddels al weer wat oudere jurisprudentie en dat het recht – en daarmee ook de eisen die het legaliteitsbeginsel stelt – ook sedertdien aanzienlijk is ontwikkeld’;⁵² daarmee suggererend dat deze opvatting inmiddels achterhaald zou zijn. Wat de jurisprudentie betreft is die opmerking in ieder geval niet juist. Uit de zojuist besproken rechtspraak blijkt immers zonneklaar dat de verplichtingenlijn onverdroten is voortgezet. Zij doet echter de vraag rijzen hoe de verhouding tussen de jurisprudentie en de doctrinaire wensen dan wel moet worden gezien.

⁴⁸ Vgl. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 24 e.v.

⁴⁹ I.C. van der Vlies, *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: VUGA 1984, p. 105 en W.S.R. Stoter, *Belangenafweging door de wetgever* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: BJu 2000, p. 123.

⁵⁰ H. Stout, *De betekenissen van de wet* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 230.

⁵¹ M. Scheltema, ‘Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht’, *NJB* 1996, p. 1359, 1360.

⁵² W. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid* (oratie Leiden), Den Haag: BJu 2004, p. 3-4.

Een reden te meer om op deze vraag in te gaan, is dat de jurisprudentiële verplichtingenbenadering niet uitsluit dat het wenselijk wordt geacht om het legaliteitsbeginsel een grotere reikwijdte te geven. Zo zagen we, in het kader van de toekomstige ontwikkelingen, dat het legaliteitsbeginsel niet alleen onder druk staat op het terrein van de handhaving van de openbare orde (bij uitstek een terrein waar verplichtingen worden opgelegd), maar bijvoorbeeld ook op het vlak van de actieve openbaarmaking van overheidsinformatie (een terrein waarvoor de verplichtingenbenadering mogelijk niet ver genoeg gaat).⁵³ Verder bleek er sprake te zijn van enige wisselwerking tussen de rechtspraak en het wetgevingsbeleid over het in wetgeving verwijzen naar normalisatienormen.

Het politiek-bestuurlijke streven om de meest belangrijke zaken in wetgeving – bij voorkeur in wetgeving in formele zin – vast te leggen, is een vast onderdeel van het algemeen wetgevingsbeleid dat door de nationale wetgever wordt gevoerd. Het is onder meer tot uitdrukking gebracht in de *Aanwijzingen voor de regelgeving* (Ar 21 t.e.m. 24). Het zogeheten ‘primaat van de wetgever’ dient hierbij als richtsnoer.⁵⁴ De gedachte achter het primaat van de wetgever is met name het democratische gehalte van wetgeving zo hoog mogelijk te houden, zonder dat het parlement zich in technische details hoeft te verliezen. Kortom, de ratio van het primaat van de wetgever is het primaat van de politiek. Het behoeft geen uitleg dat de rechtspraak en het wetgevingsbeleid het legaliteitsbeginsel op een geheel verschillende wijze invullen en uitwerken.

Vrij recent heeft Verhey in een intrigerende inaugurele rede gepleit voor de erkenning van *conventies* als een staatsrechtelijke ‘tussencategorie’ tussen het harde staatsrecht (bestaande uit wetgeving en een enkele regel van ongeschreven recht) en de praktijk. Het is niet gemakkelijk precies te zeggen wanneer er sprake is van een staatsrechtelijke conventie. Verhey heeft daarvoor een interessante verkenning verricht.⁵⁵ Hij noemt de Aanwijzingen van de regelgeving, waarin in aanvulling op de Grondwet is vastgelegd welke zaken bij formele wet moeten worden geregeld, uitdrukkelijk als een voorbeeld van zo’n soort conventie.⁵⁶

Of we het ‘primaat van de wetgever’ nu beschouwen als een doctrinair standpunt, als algemeen wetgevingsbeleid of als staatsrechtelijke conventie – zij sluiten elkaar niet uit – het gaat hier in ieder geval niet om een echte positief-

⁵³ Dit laatste is ook de kritiek van L.J.A. Damen, ‘Het legaliteitsbeginsel als partieel gecodificeerde constitutionele norm’, in: H.R.B.M. Kummeling e.a. (red.), *Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 49 e.v. Zie voor een bespreking van de verplichtingenbenadering meer in het algemeen ook Voermans 2011, p. 22 e.v.

⁵⁴ Ar 22. Zie voor het adagium van ‘het primaat van de wetgever’ met name reeds het Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken 1985, p. 42. Zie voorts uitvoerig Voermans 2004, p. 40 e.v.

⁵⁵ Geïnspireerd door het debat daarover in het Britse staatsrecht, zie: L.F.M. Verhey, *De constitutionele conventie: een blinde vlek in ons staatsrecht* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2014, p. 11 e.v.

⁵⁶ Verhey 2014, p. 14.

rechtelijke rechtsregel. Dat is (dus) een groot verschil in rechtskarakter met het uit de rechtspraak afgeleide legaliteitsbeginsel.

5.2 *Het formele legaliteitsvereiste en het materiële legaliteitsbeginsel*

Het is mijns inziens buitengewoon zinvol om het verschil in rechtskarakter tussen het jurisprudentiële legaliteitsbeginsel en het legaliteitsbeginsel als onderdeel van het wetgevingsbeleid goed in het oog te houden. Daarbij gaat het niet alleen om het verschil in inhoud en betekenis. Van belang is ook dat het jurisprudentiële legaliteitsbeginsel een harde rechtsregel tot uitdrukking brengt, waarvan rechtens in beginsel niet mag worden afgeweken. Van het wetgevingsbeleid als staatsrechtelijke conventie gaat daarentegen een zekere mate van zelfbinding uit, maar een harde rechtsregel is het zeker niet. Er kan van worden afgeweken en dat gebeurt in de praktijk dan ook met vrij grote regelmaat.

Een andere reden om het verschil tussen het legaliteitsvereiste zoals we dat uit de rechtspraak kennen en het legaliteitsbeginsel als beleidsstreven, scherp uit elkaar te houden, is dat in de literatuur meer dan eens uit het oog wordt verloren dat een beperking van de reikwijdte van het primaat van de politiek, bijvoorbeeld tot de meest wezenlijke besluiten, niet uitsluit dat verplichtingen – ook de in deze zin niet-wezenlijke verplichtingen (!) – van een wettelijke grondslag dienen te zijn voorzien.⁵⁷ Dat bleek hiervoor duidelijk uit het arrest Huizen: de verplichting om een afschrift van de bouwopdracht te versturen betreft een technisch uitvoeringsdetail, maar toch vereist de Hoge Raad een wettelijke grondslag voor de bevoegdheid om deze verplichting op te mogen leggen; zij kan niet louter op een beleidsregel worden gebaseerd. Dat leidde in casu tot cassatie van het door het hof gewezen arrest.

Het legaliteitsbeginsel zoals dat in het wetgevingsbeleid tot uitdrukking wordt gebracht – het primaat van de wetgever – wordt ook wel aangeduid als het materieel-positieve aspect van het legaliteitsbeginsel of kortweg als het *materiële* legaliteitsbeginsel.⁵⁸ Dat is met name zinvol om het van het hiervoor beschreven jurisprudentiële legaliteitsbeginsel te onderscheiden. Het uit de rechtspraak afgeleide beginsel, kan, omdat er niet van mag worden afgeweken, goed worden aangeduid als het (*formele*) legaliteitsvereiste.⁵⁹ Een belangrijk verschil is dat het formele deel uitmaakt van het positieve recht, terwijl het

⁵⁷ Zie reeds mijn bespreking van de opvatting van Van der Vlies in Van Ommeren 1996, p. 88 e.v.

⁵⁸ Van Ommeren 2009, p. 14.

⁵⁹ Zoals eerder betoogd, zie: Van Ommeren 2002, p. 125; S.E. Zijlstra, 'Wetgeven in een democratische rechtsstaat', in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 71 e.v en E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortlep en A. Tollenaar (red.), *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (preadviezen VAR-reeks), Den Haag: BJu 2015, p. 12.

materiële dat niet doet. Het materiële legaliteitsbeginsel is een staatsrechtelijke conventie.

Het is voor de jurist – in de praktijk vooral voor de wetgevingsjurist en de overheidsjurist die werkzaam is op het terrein van het staatsrecht – van groot belang om beide soorten legaliteitsbeginsel in het oog te houden, in de analyses te betrekken en vooral niet te verwarren. Wetsvoorstellen en andere voorstellen van regelgeving die het (formele) legaliteitsvereiste niet in acht nemen, lopen uiteraard het risico naderhand bij de rechterlijke toetsing onverbindend of onrechtmatig te worden geacht. Het daarentegen niet in acht nemen van het primaat van de wetgever heeft minder harde positiefrechtelijke consequenties, maar doet afbreuk aan het belang van het democratisch-ideaal waar het voor staat.

Ten slotte is het hier de plaats om te memoreren dat ook het primaat van de wetgever positiefrechtelijke wortels heeft, hoewel dat wel eens uit het oog wordt verloren. Het primaat van de wetgever behoort niet voor niets tot de juridische component van het algemeen wetgevingsbeleid.⁶⁰ Het heeft onmiskenbaar een rechtspolitek karakter. Daarmee is de cirkel weer rond en zijn we terug bij het aan het begin van deze bijdrage genoemde *Meerenbergarrest*. Het wordt heden ten dage wellicht niet meer steeds zo ervaren, maar het is – ook hier – de Hoge Raad die mede aan de wieg heeft gestaan van deze rechtspolitieke koers.

⁶⁰ F.J. van Ommeren, 'Algemeen wetgevingsbeleid', in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 117 e.v.