

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

This full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/15176>

Please be advised that this information was generated on 2014-11-11 and may be subject to change.

Behoorlijke wetgeving

1. Inleiding

In zijn 'appèl inzake de wetgevingstechniek' schrijft Van Maarseveen (in een optimistische bui): 'Ja, zelfs een leerstuk inzake beginselen van behoorlijke wetgeving blijkt in ontwikkeling'.¹ Loopt men dan, nieuwsgierig geraakt door deze opmerking, de Nederlandse literatuur betreffende de wetgevingsproblematiek door,² dan blijkt al ras dat die ontwikkeling nog in de héél kleine kinderschoenen staat. Voor zover ik heb kunnen nagaan vormt de enige wat uitgebreidere behandeling van beginselen van behoorlijke wetgeving de openbare les van Oostenbrink.³ Daarna is het weer stil geworden, al duikt het begrip in de literatuur hier en daar nog wel op,⁴ zonder dat overigens duidelijk wordt welke de inhoud van deze beginselen is. In officiële, aan Hare Majesteit gezonden geschriften is de term onlangs echter ook gebezigd. In de inleiding van zijn advies over het ontwerp-wet afbreking zwangerschap stelt de Raad van State dat hij 'zich tot taak heeft gesteld na te gaan of. . . (het ontwerp). . . voldoet aan de eisen, die daaraan uit een oogpunt van algemene beginselen van behoorlijke wetgeving. . . dienen te worden gesteld'.⁵

Zo, denk je dan, nu zal eindelijk eens blijken welke ongeschreven normen door ons hoogste adviescollege aan wetgeving (in formele zin) worden aangelegd; nu zal ten slotte eens – een beetje – duidelijk worden welke andere grenzen dan volkenrechtelijke of grondwettelijke rond de wetgeving kunnen worden getrokken. Lezing van het advies leidt tot teleurstelling. De term algemene beginselen van behoorlijke wetgeving komt in het vervolg van het advies nog slechts twee maal voor. De eerste maal in verband met 's Raads commentaar op de naar zijn oordeel ongenuanceerde termijnstelling van 13 weken in artikel 2, tweede lid, van het ontwerp. De Raad suggereert 'dat nader overwogen dient te worden of een nuancering kan worden aangebracht, welke

1. NJB 1978, p. 1.

2. Zie de literatuur vermeld in: de veertien wetsfamilies, IBW-reeks no. 24 en in *Beleid en Maatschappij* 1977, no. 7-8.

3. Kluwer 1973.

4. Zie P. de Haan c.s., *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, p. 116, 131, Kluwer 1978, *Verkenning van enige problemen rond de coördinatie en harmonisatie van de wetgeving*, *Stcrt.* 1979, no. 49; J.M. Polak, *preadvies NJV*, *Hand. 1979 NJV*, deel I, tweede stuk, p. 37, 43, 53; B.J. van der Net, *Naar invulling van algemene beginselen van behoorlijke wetgeving?* *T.v.O.* 1979, no. 10, p. 195 e.v.

5. T.K. 1978-1979, 15475, no. 4, p. 85; zie ook T.K. 1978-1979, 15047 (R 1099) no. 7, p. 12.

uit het oogpunt van algemene beginselen van behoorlijke wetgeving aanvaardbaar is'.⁶ Welke eisen die beginselen zouden inhouden blijft geheel in het duister.

De tweede vermelding van de beginselen betreft de delegatie-mogelijkheden vervat in de artikelen 4 en 5. De Raad stelt: 'Uit een oogpunt van algemene beginselen van behoorlijke wetgeving, en gelet ook op het essentiële karakter van de voorschriften aangaande de besluitvorming tot en de uitvoering van een zwangerschapsafbreking, ligt immers regeling van deze materie bij wet in formele zin in de rede'.⁷ Wat is hier met de behoorlijkheidsbeginselen bedoeld? Welke rol vervullen zij naast het feit dat de krachtens delegatie te geven voorschriften van essentieel karakter zijn?⁸ Welk beginsel verbiedt delegatie door de formele wetgever aan andere instellingen? De Raad zegt het niet. De reactie in het nader rapport ligt dan ook voor de hand: 'Het is niet goed mogelijk, ook niet met een beroep op beginselen van behoorlijke wetgeving, nog daargelaten wat daaronder dan precies zou moeten worden verstaan, vaste regels te geven voor de mate waarin delegatie van wetgeving aanvaardbaar of toelaatbaar is'.⁹ De conclusie van bovenstaande mag wel zijn: de door de Raad van State beloofde toetsing van het ontwerp aan beginselen van behoorlijke wetgeving heeft niet plaatsgevonden en, zo zij al heeft plaatsgevonden, nergens blijkt uit met welk beginsel welke voorgestelde bepaling zou strijden. Schermen met dergelijke beginselen door de Raad van State, zonder daaraan enige inhoud te geven is, *salva omni reverentia*, volkomen nutteloos. Het wekt verwachtingen inzake de binding van de formele (ontwerp-) wetgever aan ongeschreven rechtsnormen, die niet worden gehonoreerd.

2. De wet in formele zin

In het bovenstaande ging het om beginselen van behoorlijke wetgeving toegepast op een ontwerp van wet in formele zin. De vraag rijst of het überhaupt wel zinvol is dergelijke beginselen m.b.t. de formele wet te introduceren, welke hun inhoud overigens ook moge zijn. Welke zin heeft het ongeschreven normen aan de wetgeving in formele zin te stellen, nu het de wetgever zelf is die omtrent de inhoud van zijn produkten beslist? De Kroon en Staten-Generaal beslissen naar ons staatsrecht gezamenlijk of de wetten al dan niet behoorlijk zijn, zoals zij ook beslissen of de wetten grondwettig zijn. Nu zullen regering en Staten-Generaal waar het gaat om grondwettigheidsvragen zich inderdaad door de Grondwet gebonden voelen, daar grondwetsbepalingen toch altijd nog van een zekere precisie zijn en in ruim 150 jaar een zekere vaste inhoud hebben gekregen als gevolg van interpretatie door regering, parlement en rechter. Waar het gaat om beginselen van behoorlijke wetgeving ontbreekt echter zowel de vastheid van het geschreven recht als de interpretatie. Het ziet er naar uit dat beginselen van behoorlijke wetgeving m.b.t. de wet in formele zin eerst dan een normatieve rol zou-

6. 15475, no. 4, p. 88.

7. 15475, no. 4, p. 93.

8. Waarbij onmiddellijk de vraag rijst: wanneer zijn voorschriften van essentieel karakter en wanneer niet? Zie ook onder 2.

9. 15475, no. 4, p. 115.

den kunnen gaan spelen, indien hetzij gewezen zou kunnen worden op een bestendige praktijk van regering en parlement, hetzij de onschendbaarheid van de wet in formele zin zou worden opgeheven en toetsing van de wet door de rechter aan rechtsbeginselen mogelijk zou worden, dan wel beide. Te verwachten is dat ook onder de nieuwe Grondwet toetsing van de wet uitgesloten zal zijn. De rechter zal aldus slechts beginselen van behoorlijke wetgeving kunnen introduceren via bijv. de omweg van toetsing van algemene maatregelen van bestuur, verordeningen van gedecentraliseerde besturen of andere besluiten en handelingen. Als een voorbeeld daarvan kan men wellicht het fluorideringsarrest beschouwen.¹⁰ Hoewel formeel in het arrest sprake was van toetsing aan de wet, kan ook worden verdedigd dat de Hoge Raad van oordeel was dat het een eis van behoorlijke wetgeving is dat de wetgever uitdrukkelijke bepalingen tot stand brengt wil een 'maatregel. . . van zó ingrijpende aard' geoorloofd zijn. Het – rijkelijk vage – beginsel van behoorlijke wetgeving zou in casu inhouden dat de wetgever, bevoegdheden van zeer ingrijpende aard (wat dat ook moge zijn¹¹) aan anderen toekennende, daarvoor een uitdrukkelijke basis in de wet moet bieden. Ook de administratieve rechtspraak biedt aanknopingspunten voor de verdere ontwikkeling van beginselenrecht aan te leggen aan de wet in formele zin. Zo heeft de Centrale Raad van Beroep verscheidene malen uitgesproken dat wetsbepalingen soms niet behoeven te worden toegepast, indien aldus strijd zou ontstaan met ongeschreven recht.¹² De Hoge Raad (als belastingrechter) heeft zich onlangs nog in dezelfde zin uitgelaten.¹³ Weliswaar is in deze uitspraken formeel slechts de toepassing van de wet getoetst en niet de wettelijke bepaling zelf, maar onder omstandigheden kan een dergelijke toetsing tot gevolg hebben dat ook de toegepaste bepaling wordt gevitieerd.

Meer dan van rechterlijke activiteit zijn echter wellicht resultaten te verwachten van de instellingen, met name de Raad van State, die bij de wetgevingsprocedure zijn betrokken. Nu binnenkort de adviezen van de Raad over wetsontwerpen (en wetsvoorstellen) openbaar zullen worden gemaakt, ontstaat voor de Kamers de mogelijkheid kennis te nemen van bezwaren die de Raad van State uit het oogpunt van beginselen van behoorlijke wetgeving koestert. Indien de Raad van State, nauwkeuriger dan bij het bovenbesproken wetsontwerp, in de toekomst gaat aangeven op grond van welke ongeschreven criteria hij een wetsontwerp niet of minder aanvaardbaar acht, is de mogelijkheid niet uitgesloten dat regering en Staten-Generaal zich daarnaar gaan richten. Aldus zou een wetgevingspraktijk kunnen ontstaan waarin bepaalde behoorlijkheidscriteria een normatieve rol gaan vervullen, zoals het staatsrecht ook overigens conventions kent die als normatief worden beschouwd, ook al berust de handhaving ervan bij dezelfde instanties op welke zij van toepassing zijn. Van de regering en de Kamers, met name de Tweede Kamer, is zonder inspirerende activiteit van de Raad van State op dit terrein waarschijnlijk niet veel te verwachten. De druk van de diverse

10. HR 22-6-1973, NJ 1973, 386 m.n. ARB.

11. Vgl. noot 8. Zie ook J. Leyten, Het fluorideringsarrest, in: 't Exempel dwinght (Kisch-bundel) p. 305 e.v.

12. CRvB 24-11-1971, AB 1972, 269; 18-2-1975, AB 1975, 243; 18-2-1975, AB 1976, 63.

13. HR 12-4-1978, BNB 1978, 135, 136 en 137. Zie J.P. Scheltens, Wet en rechtsbeginselen, NJB 1978, p. 717.

maatschappelijke groeperingen op regering en parlement om door hen gewenste maatregelen tot stand te brengen is veelal zo groot dat de grenzen van de wetgeving licht uit het oog worden verloren. Toetsing van de ontwerp-wetgeving door de Raad van State aan beginselen van behoorlijke wetgeving zou bovendien goed aansluiten bij de belangrijke functies die de Raad van State en zijn afdelingen vervullen: de beoordeling op grondwettigheid en het bieden van rechtsbescherming. Om deze rol van de Raad van State te versterken zou het naar mijn oordeel aanbeveling verdienen de suggestie van Donner te volgen en de Raad advies te doen uitbrengen vóór de behandeling van een wetsontwerp in de ministerraad.¹⁴ Daarmee kan worden tegengegaan dat slechts met grote moeite op in de ministerraad bereikte compromissen wordt teruggekomen, ook al bevat het advies van de Raad van State klemmende argumenten om dat wel te doen. Juist waar het gaat om rechtsbeginselen, is het van belang dat op de inachtneming ervan wordt gewezen voordat partijpolitieke 'deals' worden gesloten. Deze zouden slechts mogen worden gesloten met inachtneming van de ongeschreven rechtmatigheidscriteria vervat in de beginselen van behoorlijke wetgeving.

3. 'Lagere' wetgeving

Is voor de ontwikkeling van ongeschreven rechtmatigheidscriteria aan te leggen aan de wet in formele zin niet al te veel te verwachten van de rechter, dit kan anders zijn waar het betreft de 'lagere' wetgeving.¹⁵ Toetsingsverboden voor de (gewone en administratieve) rechter bestaan daar in het algemeen niet. Weliswaar heeft de gewone, in tegenstelling tot de administratieve¹⁶ rechter tot op heden voorschriften van wetgevende aard geweigerd te toetsen aan ongeschreven rechtsregels,¹⁷ niettemin is er wel jurisprudentie van de gewone rechter te vinden die wijst in de richting van toetsing van wetgeving aan ongeschreven recht, zij het dat deze wetgeving nog niet tot stand was gebracht, doch nog tot stand moest komen.

In zijn uitspraak van 3 oktober 1977¹⁸ beval de president van de Rechtbank 's-Gravenhage de Staat ervoor zorg te dragen dat zijn organen er zich van onthouden een

14. A.M. Donner, Raad van Ministers en Raad van State, in: Politiek, parlement, democratie (Duynstee-bundel), p. 73 e.v.

15. Daaronder wordt in dit kader verstaan de gedelegeerde wetgeving van Kroon en ministers alsmede de wetgeving van de gedecentraliseerde besturen.

16. Zie bijv. C.R.v.B. 3-4-1963, AA XIII, p. 69 e.v. Interessant is de overweging van de HR in HR (belastingkamer) 7-3-1979, AB 1979, 218, noot J.R.St.: 'dat nog de vraag zou kunnen rijzen of de voorschriften van Grondwet en Gemeentewet omtrent belastingheffing door gemeenten niet geacht moeten worden de gemeentelijke wetgever slechts dan de vrijheid te laten om ten nadele van de burgers af te wijken van het op de eisen der rechtszekerheid berustende rechtsbeginsel dat wetgevende maatregelen alleen voor de toekomst behoren te gelden, indien zulks door de bijzondere omstandigheden wordt gerechtvaardigd, en of daaruit niet moet worden afgeleid dat de rechter in zodanig geval heeft na te gaan, of die wetgever, gelet op de door hem blijkens de tekst van de verordening of de daarop gegeven toelichting ter rechtvaardiging van zulk een afwijking in aanmerking genomen omstandigheden, in redelijkheid kon oordelen dat die afwijking daardoor werd gerechtvaardigd'.

17. Een uitzondering vormen Rb. en Hof A'dam in de — minder bekende — Landsmeerzaak, waarover HR 21-2-1969, NJ 1969, 227 m.n. W.F.P.

18. AB 1977, 377 m.n. J.R.St.

voordracht te doen tot het tot stand brengen van een KB tot wijziging van het rechtspositiebesluit VWO. Hoewel de minister formeel aan de wettelijke voorschriften had voldaan (met name inzake het voorgeschreven overleg met de Bijzondere Commissie Onderwijspersoneel), was de president van oordeel dat dit overleg niet naar behoren had plaatsgehad, daar de convocaties slechts drie dagen vóór de vergaderdatum waren verzonden. Wat zegt deze uitspraak anders dan dat voorgeschreven overleg inderdaad behoorlijk overleg dient te zijn? De gevolgde procedure inzake de totstandkoming van een KB werd in casu op haar behoorlijkheidsgehalte getoetst.

De vraag die naar aanleiding van deze uitspraak rijst is of de rechter op grond van dezelfde redenering als door de president gebezigd ook zou oordelen dat een eenmaal tot stand gekomen KB onverbindend zou zijn. Moeilijk valt te beredeneren waarom het ontbreken van (de mogelijkheid tot) behoorlijk overleg wel zou kunnen leiden tot een verbod een regeling tot stand te brengen en niet zou kunnen leiden tot onverbindendverklaring, indien die regeling via dezelfde gebrekkige procedure eenmaal tot stand zou zijn gekomen. Indien dit 'waarom' inderdaad niet kan worden beargumenteerd, dan kan men in bovenstaand vonnis een aanzet zien tot toetsing door de gewone rechter van lagere wetgeving aan beginselenrecht, zoals de administratieve rechter deze al langer verricht.

Voor een dergelijke toetsing bestaan ook goede redenen: voorschriften van wetgevend karakter zijn meer en meer afkomstig van de administratie, de vertegenwoordigende instellingen zijn steeds minder bij de regelgeving betrokken. Wordt het dan niet tijd beginselenrecht ook toe te passen op de administratie, het bestuur, indien dit wetgeeft in veelal dezelfde vrijheid als het beschikkingen neemt? De beginselen van behoorlijk bestuur zijn in de rechtspraak tot op heden meestal gerelateerd aan de inhoud van het bestuursbesluit: het moet gaan om een beschikking. Zou het echter niet zinvol zijn om – in navolging van het Franse stelsel – een formeel criterium te bezigen en te bezien van welke instantie bepaalde besluiten afkomstig zijn? Is dit de administratie, dan zou op haar besluiten, ook al zijn zij inhoudelijk als regelstelling, als wetgeving te beschouwen, beginselenrecht moeten worden toegepast.¹⁹ De Conseil d'Etat is daarvoor nimmer teruggeschrokken en toetst in beginsel alle overheidsbesluiten behoudens de formele wet aan de 'principes généraux du droit'. Zo zou ook de Nederlandse (administratieve) rechter 'bestuurswetgeving' kunnen toetsen aan rechtsbeginselen, of men deze nu beginselen van behoorlijk bestuur noemt dan wel beginselen van behoorlijke wetgeving. Daarvoor is een grondwettelijke grondslag, zoals onlangs voorgesteld door de P.v.d.A.-fractie in de Tweede Kamer,²⁰ niet vereist. Het gevaar van het voorstel is zelfs dat er a-contrario uit zou kunnen worden afgeleid dat de rechtsbeginselen slechts zouden gelden voor algemene maatregelen van bestuur en andere vanwege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften en niet voor de wetgeving van gedecentraliseerde besturen.

Een tweede reden die pleit voor toetsing van besluiten van regelgevend karakter aan beginselenrecht is gelegen in het feit dat het onderscheid tussen beschikkingen en rege-

19. Vgl. P. de Haan c.s., a.w., p. 131.

20. T.K. 1978-1979, 15047 (R 1099) no. 7, p. 12.

lingen veelal niet duidelijk is, dat 'regelingen' feitelijk betrekking kunnen hebben op een of enkele concrete gevallen.²¹ Het is hier niet de plaats in te gaan op het rechtskarakter van bestemmingsplannen, verkeersborden, besluiten van algemene strekking enz. Van belang is dat de overgang van beschikking naar regeling vloeiend is geworden, waardoor het steeds minder goed verdedigbaar wordt de toetsing aan ongeschreven recht tot de beschikking te beperken.

Bovendien doet zich het feit voor dat in een aantal gevallen de administratie uit wets-technisch oogpunt kan kiezen tussen een (veelal betrekkelijk gedetailleerde) wettelijke regeling zonder vergunningenstelsel en een (veelal algemener luidende) wettelijke regeling met een vergunningenstelsel, waarbij dan niet zelden wordt gewerkt met standaardvoorwaarden voor de vergunningverlening die in feite de rol van een wettelijke regeling vervullen. Kiest de administratie voor de wettelijke regeling 'sec', dan is toetsing aan beginselenrecht naar de huidige jurisprudentie in beginsel uitgesloten, kiest zij daarentegen voor een vergunningensysteem, dan is de (weigering van de) vergunningverlening met de daaraan verbonden voorwaarden wel toetsbaar aan beginselenrecht. Met Drion zou hier gesteld kunnen worden: 'het mag niet aan de overheid staan zich aan rechterlijke controle te onttrekken, door een bestuurstaak in de vorm van een regel te gieten'.²² Niet het onderscheid tussen een beschikking en een regeling zou beslissend moeten zijn voor de vraag of aan beginselenrecht kan worden getoetst, doch de vraag of de administratie zodanige vrijheid is gelaten dat machtsmisbruik, *excès de pouvoir*, te vrezen is.²³

Naast de rechter zou overigens ook de Kroon in de toekomst een rol kunnen gaan vervullen inzake de introductie van beginselen van behoorlijke wetgeving. Naar het huidige recht valt vernietiging door de Kroon van besluiten van gedecentraliseerde besturen wegens strijd met ongeschreven recht onder de categorie strijd met het algemeen belang. Het begrip wet moet immers worden opgevat als wet in formele zin, waardoor vernietiging op andere rechtmatigheidsgronden onder de term algemeen belang valt. Om die reden is het dikwijls uitermate moeilijk na te gaan op welke gronden de Kroon tot vernietiging heeft besloten, indien geen sprake is van strijd met de wet. Indien echter de nieuwe Grondwet tot stand komt zal de Kroon kunnen vernietigen wegens strijd met het recht en met het algemeen belang. Vindt vernietiging, anders dan wegens strijd met het algemeen belang of geschreven recht plaats, dan zal naar te verwachten is uit het vernietigingsbesluit blijken met welke ongeschreven norm het vernietigde besluit in strijd was.

4. De beginselen zelf

Na lezing van het voorafgaande is een voor de hand liggende vraag: alles goed en wel,

21. Vgl. Böhtlingk-Logemann, *Het wetsbegrip in Nederland*, p. 129 e.v.; Cluysenaar bij HR 23-10-1963, AA XIII, p. 152.

22. Noot bij HR 24-1-1969, NJ 316; vgl. ook M. Scheltema, *preadvies NJV*, Hand. 1979 NJV, deel I, tweede stuk, p. 116.

23. Zie Böhtlingk-Logemann, a.w., p. 150.

de Raad van State en de diverse rechterlijke instanties zouden dus beginselen van behoorlijke wetgeving kunnen ontwikkelen; maar wat moeten die beginselen dan inhouden? Het antwoord op deze vraag is van belang, daar zonder bevredigend antwoord – althans een aanzet daartoe – het hierboven geschrevene zonder zin is.

Wat betreft beginselen aan te leggen aan de lagere wetgeving ben ik geneigd te zeggen: laat ons eens om ons heen kijken en wel naar de jurisprudentie van die landen waar algemeen werkende voorschriften wel aan ongeschreven recht worden getoetst. Met name de jurisprudentie van de Franse Conseil d'Etat bevat een schat aan gegevens omtrent de toetsing van 'ordonnances', 'règlements' en 'arrêtés' aan de 'principes généraux du droit (public)'. Bestudering van die jurisprudentie doet zien dat de door de Conseil ontwikkelde principes grotendeels overeenkomen met de Nederlandse beginselen van behoorlijk bestuur. Vooralsnog zie ik dan ook geen grote problemen indien de Nederlandse rechter regelgeving aan beginselen van behoorlijk bestuur zou toetsen.

Problematischer is de ontwikkeling van beginselen van behoorlijke wetgeving aan te leggen aan de wet in formele zin. Bestudering van de jurisprudentie van constitutionele hoven zou hier misschien enig licht kunnen brengen, daar verscheidene constitutionele rechters ook ongeschreven toetsingsnormen bezigen.²⁴ Ook los daarvan lijkt het echter mogelijk criteria te ontwikkelen, waaraan de formele wet moet voldoen, wil zij een 'behoorlijke wet' zijn. Daarbij zou dan kunnen worden onderscheiden tussen materiële en formele criteria. Het zal duidelijk zijn dat bij de formulering van materiële criteria de grootste problemen liggen. Vis heeft onlangs getracht aan te tonen dat de wetgever bepaalde wetenschappelijke of levensbeschouwelijke opvattingen niet tot juridische norm zou mogen verheffen.²⁵ Zijn betoog acht ik niet overtuigend.²⁶ Overtuigender acht ik de beschouwing van Leyten over het fluorideringsvraagstuk: de wetgever is – in beginsel – niet gerechtigd zodanige maatregelen te nemen dat het de mens fysiek onmogelijk wordt zich aan die maatregel te onttrekken.²⁷ Maar moet men niet verder gaan en zich afvragen of het de wetgever in beginsel ook niet verboden is maatregelen te nemen waaraan men zich geestelijk niet of nauwelijks kan onttrekken. Gaat de overheid, de wetgever niet te ver, indien eenieder wordt gedwongen zich op één en dezelfde wijze te ontwikkelen? Indien men aanneemt dat het opdoen van kennis en cultuur een primaire levensbehoefte is van de mens, dan lijkt de stelling verdedigbaar dat de wetgever niet gerechtigd is een mono-patroon te scheppen op het gebied van onderwijs en cultuur, waaraan feitelijk niet te ontsnappen valt. Op deze

24. Zo de Conseil constitutionnel 26-6-1969, 'Protection des sites', Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, no. 22, Sirey 1975. Ook het Amerikaanse Supreme Court heeft een aantal ongeschreven constitutionele normen geïntroduceerd, hoewel het tracht deze op te hangen aan een der grondwettelijke bepalingen. Vgl. T. Koopmans, *Vergelijkend publiekrecht*, p. 46-47. Zie voor Duitsland, dezelfde, p. 58.

25. *Rechtsstaat en verzorgingsstaat*, Kluwer 1978.

26. Zie *RMTh* 1979, no. 2, p. 192, 193.

27. Het fluorideringsarrest, a.a., p. 308 e.v. Leyten had er overigens op kunnen wijzen dat men als *ultimum remedium* het land kan verlaten om aan het verplicht drinken van gefluorideerd water te ontkomen. Maar waar het gaat om principes van behoorlijke wetgeving, dient men er van uit te gaan dat ons land een rechtssysteem bezit waaraan men niet kan ontsnappen. Anders is zelfs een volledige dictatuur goed te praten met de opmerking dat men het land toch altijd kan verlaten.

grond kan met Vis' stelling worden ingestemd dat invoering van de middenschool als enige schooltype onaanvaardbaar is.²⁸

Inmiddels rijst wel de vraag of voor het tegengaan van dergelijk wetgevend optreden introductie van materiële beginselen van behoorlijke wetgeving steeds noodzakelijk en gewenst is. In de meeste gevallen bieden de Grondwet en de verdragen houdende grondrechten voldoende aanknopingspunten om te kunnen concluderen tot strijd met geschreven recht. Ongeschreven beginselen zijn, om met Donner te spreken, 'reserve-troepen, waarmee spaarzaam moet worden omgegaan'.²⁹ Bovendien rijst de vraag of het niet moeilijk zal zijn ongeschreven criteria te ontwikkelen van een zodanige precisie dat zij voor de wetgevingspraktijk bruikbaar zijn en niet leiden tot rechtsonzekerheid.³⁰ Ondanks deze niet licht op te vatten problemen zou de Raad van State toch een rol van belang kunnen spelen bij het trekken van materiële grenzen aan de wetgeving in formele zin. Op de eerste plaats door een extensieve interpretatie van het geschreven grondrechtenrecht en, waar dit ontbreekt, door een – voorzichtige – ontwikkeling van ongeschreven materiële rechtmatigheidscriteria.³¹

Naar het voorkomt is op korte termijn echter meer te verwachten van een bescheidener streven, nl. dat naar de ontwikkeling van formele eisen³² aan de wetgeving te stellen. Zonder een uitputtende opsomming te geven, wordt hierna een aantal criteria aangeduid waaraan de wetgeving zou moeten voldoen, wil zij 'behoorlijk' zijn. Deze criteria hangen alle samen met de fundamentele eis van de 'rule of law' dat de wetgeving in haar geheel en de wetten afzonderlijk bij machte moeten zijn het gedrag van de rechtssubjecten te sturen. Met andere woorden: de rechtssubjecten moeten kunnen weten welk gedrag van hen wordt verlangd.³³

a. Een duidelijke en consistente terminologie

Niet alleen binnen één en dezelfde wet, doch ook tussen wetten onderling moet worden gestreefd naar duidelijke en consistente begripsvorming.³⁴ Wie bijvoorbeeld nagaat in welke betekenissen het begrip 'weg' in onze wetgeving voorkomt,³⁵ zal snel ervan overtuigd raken dat aan deze eis in hoge mate afbreuk kan worden gedaan.³⁶

28. Rechtsstaat en verzorgingsstaat, p. 19.

29. RMTh. 1978, p. 379.

30. Men zie in dit verband de problematiek, opgeroepen door de rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht m.b.t. het 'Verhältnismässigkeitsgebot' en het 'Übermassverbot'. Het blijft steeds onzeker welke de reikwijdte van deze normen is. Zie o.a. K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik I, p. 673 e.v.

31. Te denken is aan het verbod van terugwerkende kracht, tenzij voor terugwerking bijzondere redenen bestaan.

32. Vgl. Van Maarseveen en Stout, Algemene beginselen van behoorlijke rechtspraak, NJB 1979, p. 196, die ook meer vertrouwen hebben in formele dan materiële criteria.

33. Vgl. Joseph Raz, The rule of law and its virtue, The Law Quarterly Review, April 1977, p. 198. Zie in dit verband ook de uitspraak van het Bundesverfassungsgericht dat het Apothekenstoppgesetz nietig verklaarde wegens vergaande onduidelijkheid; Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 5, no. 7.

34. Vgl. Raz, a.a., p. 199; zie ook Verkenning van enige problemen rond de coördinatie en harmonisatie van de wetgeving, Stcrt. 1979, no. 49, p. 4, kolom 5.

35. B. de Goede, De Straat, Vuga 1977.

36. Zie ook: de 14 wetsfamilies, IBW-reeks no. 24.

De wetgeving wordt aldus onbegrijpelijk en de burger weet niet meer waar hij aan toe is. Een van de problemen is bovendien dat de betekenis van een groot aantal wettelijke bepalingen moeilijk te doorgronden is zonder kennisneming van de toelichtende stukken en het verhandelde in de Staten-Generaal. Zo blijkt uit de Wet openbaarheid van bestuur zelf niet dat zij slechts betreft openbaarheid van schriftelijke stukken, documenten. Om dat te weten moet men te rade gaan bij de memorie van toelichting en bij de algemene maatregel van bestuur ter uitvoering van de wet. Men kan zich afvragen of het uit het oogpunt van behoorlijke wetgeving – zeker waar deze rechten of plichten voor de burgers creëert – geen aanbeveling zou verdienen hetzij de begripsomschrijvingen te preciseren, waarop met name de Raad van State zou kunnen aandringen, hetzij bij de publikatie van wetten tevens een beknopte, zonodig door de Kamers geautoriseerde, toelichting op te nemen in het Staatsblad of een bijlage daarvan. Veelal is het nu zo dat zonder – gecompliceerde – nasporingen in de ‘witte stukken’ en de Handelingen het voor de burger onmogelijk is vast te stellen wat een wet voor hem betekent.³⁷ Merkwaardig is in dit verband te constateren dat algemene maatregelen van bestuur in een aantal gevallen wel met nota van toelichting in het Staatsblad worden gepubliceerd. Uit het oogpunt van duidelijkheid voor de burger zou men bijna de voorkeur gaan geven aan deze wetgevingsvorm!

b. Duidelijke doelstelling

Bij een aantal wetten is niet duidelijk met welk doel zij kunnen worden toegepast. Niet de wetgever bepaalt de doelstelling van de wet, doch dit wordt veelal aan de toepasser van de wet, de administratie, overgelaten.³⁸ Een van de klassieke voorbeelden in dit opzicht vormt de Wegenverkeerswet ‘houdende regelen nopens het verkeer op de wegen’. Het doel van deze wet kan eng worden opgevat nl. het bevorderen van de verkeersveiligheid. Maar ook een (zeer) ruime opvatting is mogelijk. In die opvatting zou het mogelijk zijn verkeersmaatregelen te nemen om geluidhinder, waterverontreiniging en aantasting van natuurgebieden tegen te gaan, om de bewegingsvrijheid te beperken, het energieverbruik terug te dringen, de autoverkoop te reguleren enz. Het duidelijk aangeven van de doelstelling van een wet vormt een van de waarborgen dat de administratie niet op basis van enkele wetten in staat is nagenoeg het gehele maatschappelijke leven door middel van gedelegeerde wetgeving of vergunningstelsels te reguleren. Bovendien maakt het ontbreken van een duidelijke doelstelling het haast onmogelijk te controleren of een bepaalde wet wel nodig was. De effectiviteit van een wet zonder duidelijke doelstelling kan immers niet worden nagegaan bij gebrek aan een toetsingscriterium. De Raad van State zou bij zijn advisering over wetsontwerpen aan de formulering van de doelstelling dan ook grote aandacht moeten geven, willen en de gebondenheid van de administratie aan de wet en een zekere wetgevingseconomie blij-

37. Zie in dit verband ook Van Maarseveen, Een appèl inzake de wetgevingsproblematiek, NJB 1978, p. 2.

38. Zie o.a. T. Koopmans, De rol van de wetgever, in: Honderd jaar rechtsleven, p. 233, 234; Verkenning van enige problemen rond de coördinatie en harmonisatie van de wetgeving, Stcrt. 1979, no. 49, p. 4, kolom 4.

ven gewaarborgd. Men kan zich in dit verband afvragen of het geen aanbeveling verdient in de nieuwe Grondwet het afkondigingsformulier, zoals vervat in artikel 81, tweede lid, Grondwet te handhaven. Aldus bestaat tenminste een minimale grondwettelijke waarborg dat de beweegredenen van een wet door de wetgever worden omschreven. Indien het niet mogelijk is de doelstelling van een wet voldoende nauwkeurig in de considerans aan te geven, zou het aanbeveling verdienen om deze doelstelling op te nemen in de inleiding van de memorie van toelichting. Deze inleiding zou dan bovendien met de wet zelf in het Staatsblad kunnen worden geplaatst, opdat de burger (en de administratie) eenvoudiger dan nu veelal het geval is na kan gaan hoever de toepasser van de wet met zijn uitvoeringsvoorschriften mag gaan.³⁹

c. De 'vindbaarheid' van de wet

Wie ooit geconfronteerd is met de wetgeving op het gebied van het onderwijs, de sociale verzekering of de belastingen kan deze wetgeving met een gerust hart kwalificeren als een welhaast ondoordringbaar oerwoud.⁴⁰ De sterk gelede opbouw van deze wetgeving – wet, a.m.v.b., ministeriële of gedecentraliseerde verordening, veelal nog aangevuld door circulaire, richtlijnen en aanwijzingen – heeft tot gevolg dat alleen nog specialisten in staat zijn de juridische knopen te ontwarren. Dit verschijnsel is in strijd met het principe dat eenieder geacht wordt de wet te kennen, zelfs met de gedachte dat eenieder geacht wordt de wet te kunnen kennen. De vraag rijst of hierin geen verbetering is te brengen. Verschillende oplossingen zijn denkbaar. Niet zozeer die van opnemings van meer voorschriften in de formele wet – hoewel ook dit in een aantal gevallen mogelijk en gewenst zou zijn. Wel echter door steeds zorgvuldig te overwegen of naast delegatie aan de algemene maatregel van bestuur ook nog subdelegatie noodzakelijk is. De indruk bestaat dat maar al te vaak de term 'bij of krachtens algemene maatregel van bestuur' wordt gebezigd zonder dat wordt aangegeven waarom aan subdelegatie behoefte bestaat. Een andere oplossing om de 'vindbaarheid' te vergroten zou kunnen bestaan in plaatsing van wetten en daarbij behorende uitvoeringsmaatregelen in het Staatsblad (of de Staatscourant) op de wijze als de 'Code des communes' door Dalloz is uitgegeven.⁴¹ In dat systeem volgen op de diverse wetsbepalingen onmiddellijk de daarbij behorende uitvoeringsvoorschriften. Bij gecompliceerde wetgeving zou de formele wetgever aan de met de uitvoering belaste minister de opdracht kunnen (moeten) verschaffen, om tot publikatie van een op dergelijke wijze geordend complex van wetgeving over te gaan. De Raad van State zou daartoe kunnen adviseren. Welke oplossing men ook moge kiezen, het beginsel van de 'vindbaarheid' is van zodanig belang dat de huidige stand van zaken, ondanks allerlei door uitgevers opgezette 'losbladigheden' en van commentaar voorziene wetsteksten,⁴² dringend ver-

39. Publikatie in het Stb. van de inleiding van de M.v.T. zou kunnen samenvallen met de publikatie van een beknopte toelichting als gesuggereerd onder a.

40. Vgl. noot V.d.N. bij KB 17-1-1979, AB 1979, 229.

41. Code administratif, Dalloz 1977, p. 37 e.v.

42. Bijv. Editie Schuurman en Jordens.

betering heeft.⁴³ De verantwoordelijkheid voor die verbetering dient niet te berusten bij de diverse particuliere uitgevers, doch bij de overheid zelf. Deze behoort als 'producente' van de talloze wettelijke voorschriften ervoor zorg te dragen dat haar produkten 'vindbaar' zijn.

d. De grote schoonmaak

Met het vraagstuk van de vindbaarheid van de wet hangt nauw samen met het probleem van wat de Duitsers noemen de 'Generalbereinigung der Rechtsordnung'.⁴⁴ De grote frequentie waarin in de huidige sociale rechtsstaat veranderingen in de bestaande wetgeving worden aangebracht en nieuwe regelingen tot stand komen — een verschijnsel dat op zichzelf al op gespannen voet staat met de eis van rechtszekerheid⁴⁵ — maken het tot een bijna hopeloze opgave te achterhalen welke normen op een gegeven ogenblik (nog) rechtskracht bezitten.⁴⁶ Het kost niet zelden uren puzzelen in vele jaargangen van het Staatsblad om er zeker van te zijn hoe een regeling op een bepaald tijdstip luidt. Dit mede als gevolg van het chronologische systeem, waarbij slechts in enkele gevallen wordt overgegaan tot plaatsing van de tekst van een regeling zoals deze na de laatste wijziging luidt. Dit vermindert niet alleen de rechtszekerheid, maar is ook uit economisch oogpunt een ongelukkige zaak. In andere landen is men al eerder tot deze conclusie gekomen en is getracht een oplossing voor deze problematiek te vinden. Zwitserland⁴⁷ kent naast de normale, chronologisch opgezette bundeling van wettelijke regelingen, een door de regering verzorgde 'Sammlung' waarin de geldende wetgeving systematisch is geordend. Dat de Zwitsers daarbij geen halve maatregelen hebben genomen blijkt uit het 'Bundesgesetz über die Herausgabe einer neuen Bereinigten Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen' van 6 oktober 1966.⁴⁸ De voor ons onderwerp belangrijkste bepalingen ervan luiden:

Art. 1 'Der Bundesrat wird beauftragt, spätestens 1974 eine neue, nach Materien geordnete Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen herauszugeben, welche die Bereinigte Sammlung von 1848-1947 ersetzt.

Das neue Sammelwerk ist in der Loseblatt-Form . . . herauszugeben.

. . .

Der Bundesrat stellt fest, welche Bestimmungen nicht mehr gelten und nicht in das Sammelwerk aufzunehmen sind.

Das Sammelwerk ist jährlich mehrmals nachzuführen. Der Bundesrat genehmigt den Inhalt jeder Nachführung.

Art. 2. Alle . . . bis zur Herausgabe des neuen Sammelwerkes erschienenen Bundes-

43. Zie omtrent de bekendheid met wettelijke voorschriften de noten van V.d.N. bij KB 29-12-1978, AB 1979, 153 en KB 17-1-1979, AB 1979, 229.

44. Noll, Gesetzgebungslehre, p. 334, Rowohlt, Hamburg 1973.

45. Vgl. Rasz, a.a., p. 199.

46. Vgl. T.K. 1978-1979, 15047 (R 1099), no. 7, p. 6.

47. Zie voor Duitsland (en ook Zwitserland), Noll, a.w., p. 234 e.v.; Müller, Handbuch der Gesetzgebungstechnik, p. 334/335, Carl Heymanns Verlag 1968.

48. Sammlung der eidgenössischen Gesetze 1967, no. 2, p. 17.

gesetze, Beschlüsse, Verordnungen und Verfügungen sind aufgehoben, sofern sie im neuen Sammelwerk nicht aufgenommen sind.'

De Zwitserse wet draagt aldus de Bondsregering op een systematische codificatie van de geldende wetgeving tot stand te brengen én deze regelmatig bij te houden. Bij de eerste uitgifte van de codificatie vervallen alle niet erin opgenomen voorschriften, hetgeen een aanzienlijke schoonmaak van de bestaande wetgeving inhoudt; de antiquiteiten worden opgeruimd.⁴⁹ De regeling is in zoverre van beperkte betekenis dat zij niet bepaalt dat voorschriften in de 'Sammlung' opgenomen inderdaad rechtskracht bezitten, noch dat ná de eerste uitgave van de 'Sammlung' door de regering (abusievelijk) niet opgenomen geldende voorschriften geen rechtskracht bezitten. Niettemin is op deze wijze een aanzienlijke vooruitgang geboekt in de richting van grotere vindbaarheid van het wettenrecht en daarmee van de rechtszekerheid. Dit Zwitserse voorbeeld verdient zoal geen navolging dan toch wel zorgvuldige overweging.

Een verdere stap zou zijn dat een dergelijke door de regering periodiek bijgewerkte codificatie ook materiële betekenis heeft. Waar het – op Nederland toegepast – de codificatie van bijv. algemene maatregelen van bestuur en ministeriële verordeningen betreft rijzen hier geen grote juridische problemen. Moeilijker ligt het toekennen van materiële rechtskracht aan een door de regering opgezette codificatie van wetten in formele zin: de regering zou buiten de medewerking van de volksvertegenwoordiging zelfstandig kunnen beslissen over de gelding van formele wetten door bepaalde bepalingen wel of niet in de codificatie op te nemen. Dit vraagstuk speelt in het bijzonder daar waar niet duidelijk is welke collisieregels moet worden toegepast indien het gaat om opname van regelingen die daaromtrent geen voorschriften bevatten.⁵⁰ Naar ons huidige recht wordt de oplossing van collisievraagstukken aan de rechter overgelaten, die – incidenteel – uit de nogal eens ordeloze hoop van bepalingen de toepasselijke moet zien te vinden. Men kan zich afvragen of het niet beter ware de regering te belasten met de taak deze wanorde te voorkomen. Het risico van vergissingen daarbij lijkt niet groter dan van die begaan door de rechter; eerder kleiner, daar de regerings-taak een permanente zou zijn. Eventueel machtsmisbruik door de regering van een dergelijke bevoegdheid zou kunnen worden tegengegaan door haar werkzaamheden op dit stuk te doen toetsen door de Raad van State en/of een commissie, benoemd door de Kamers der Staten-Generaal.⁵¹

5. Besluit

Het bestuur is er voor de burger; het dient behoorlijk te besturen, naar vorm en naar inhoud. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur vormen daarvoor, als aanvulling op en soms zelfs ter correctie van het geschreven recht, een waarborg.

49. Vgl. J.M. Polak, preadvies NJV, Hand 1979, NJV, deel II, tweede stuk, p. 17-18.

50. Zie Noll, a.w., p. 238.

51. Het bestaan van gedecentraliseerde wetgeving compliceert een stelsel als boven beschreven aanzienlijk. Men zou echter, als proef, kunnen beginnen met de centrale wetgeving.

Ook de wetgever is er voor de burger; hij dient zowel inhoudelijk als qua vorm behoorlijk wet te geven. Ontwikkeling van ongeschreven eisen aan de wetgeving te stellen kan die behoorlijkheid waarborgen. In het voorgaande is een aantal van die eisen geformuleerd. Beschouwingen over de – belangrijke – materiële grenzen aan de wetgeving ontbraken nagenoeg geheel; die zijn meer voer voor filosofen.

Maar ook de meer eenvoudige vormcriteria vormen een waarborg dat de wetten dat blijven doen waarvoor zij zijn bedoeld: het op begrijpelijke wijze formuleren van rechten en plichten, zowel van de administratie als de burger. Die begrijpelijkheid wordt afbreuk gedaan door onduidelijke en inconsistente terminologie, door vage of ontbrekende wettelijke doelstellingen, door het bestaan van talloze elkaar gedeeltelijk overlappende, aanvullende of uitsluitende regelingen⁵² en door een onoverzichtelijke wijze van bekendmaken. De overheidsdocumenten worden openbaar,⁵³ de wetten raken verborgen. Dát kan de jubilaris nooit hebben gewild.*

52. Vgl. M. Scheltema, preadvies NJV, Hand. 1979 NJV, deel I, tweede stuk, p. 75, 76.

53. S.F.L. Baron Van Wijnbergen, Openbaarheid van overheidsdocumenten, Samson 1968.

* *Mijn dank gaat uit naar Mevrouw H. Uhlenbroek, die materiaal voor deze bijdrage verzamelde.*