

Tilburg University

Review of the book *De verplichting verankerd*

Eijlander, Ph.

Published in:

Nederlands tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie = Netherlands journal for legal philosophy and jurisprudence

Publication date:

1997

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Eijlander, P. (1997). Review of the book *De verplichting verankerd: De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetbegrip*, F.J. van Ommeren, 1996. *Nederlands tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie = Netherlands journal for legal philosophy and jurisprudence*, 26(3), 227-231.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

F.J. van Ommeren, De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip, dis. VU Amsterdam, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1996, xxii + 431 p.

1. **Achtergrond en probleemstelling.** De aanleiding voor Frank van Ommeren om een proefschrift te schrijven over de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip is – zo blijkt uit Deel I van zijn boek – de zogenoemde regulatieve crisis en meer in het bijzonder een van de genoemde remedies tegen die crisis, te weten het zoeken naar alterna-

tieven voor wetgeving. Teneinde te weten te komen wanneer alternatieven voor wetgeving mogelijk zijn, dient – zo betoogt de auteur op p. 10 van zijn boek – eerst te worden vastgesteld welk overheidshandelen per se bij of krachtens de wet moet geschieden. Aldus behandelt Van Ommeren een klassiek staatsrechtelijk onderwerp tegen de achtergrond van een moderne vraagstelling. De probleemstelling spitst zich toe op de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel. Moet heel het overheidshandelen een wettelijke basis hebben of dient slechts een bepaald soort overheidsoptreden van een wettelijke grondslag voorzien te zijn? De beantwoording van deze vraag vereist dat duidelijkheid wordt geboden over de betekenis van het materiële wetsbegrip. Om te kunnen bepalen welk overheidshandelen op een wet dient te berusten, moet ook nauwkeurig aangegeven worden welke regels we als wet aanmerken. Een goed inzicht in de werking van het legaliteitsbeginsel is moeilijk te verwerven zonder een duidelijk beeld van het daarbij gehanteerde wetsbegrip (p. 15).

2. *Criteria voor reikwijdte legaliteitsbeginsel.* Van Ommeren begint zijn boek met een historische beschouwing over de ontwikkeling in het denken over het legaliteitsbeginsel. In de 19e eeuw richt zich de discussie op de bevoegdheid van de Koning ten opzichte van die van het parlement. Volgens de Grondwet van 1815 was de Koning bevoegd om algemene maatregelen van inwendig bestuur (amvb) te treffen. De vraag is dan wat nu precies onder een amvb moet worden verstaan. Van Ommeren gaat in op de opvattingen van Buys en van de Hoge Raad (Meerenberg-arrest uit 1879). Met de grondwetswijziging van 1887 wordt gekozen voor het criterium 'door straffen te handhaven voorschriften'. Een nieuw artikel 56 van de Grondwet luidde als volgt: 'Door den Koning worden algemeene maatregelen van bestuur vastgesteld. Bepalingen, door straffen te handhaven, worden in die maatregelen niet gemaakt, dan krachtens de wet. De wet regelt de op te leggen straffen.' In artikel 89 van onze huidige Grondwet vinden we deze bepaling (met een moderne redactie) nog steeds terug.

Böhtlingk heeft gepleit voor een ruimere uitleg van het legaliteitsbeginsel. In plaats van het criterium 'algemeen verbinden' (opgevat als het opleggen van ge- en verboden) introduceert hij het criterium 'naar buiten werken'. Het legaliteitsbeginsel heeft in zijn visie betrekking op alle naar buiten werkende besluiten. Intern (binnen de overheid) werkende regels vallen er niet onder.

Van Ommeren stelt vast dat de overwegingen voor Böhtlingk om deze keuze te maken voortvloeien uit het rechtsstaatbeginsel: wetgever en bestuur mogen niet willekeurig handelen. Wezenlijk is de constatering van Van Ommeren dat in de historische discussie over de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel twee verschillen soorten overwegingen aan de orde zijn: het bevoegdheidsaspect (parlement-Koning) en het rechtsstatelijke aspect (consistent overheidshandelen).

Tegenvoerdig duikt deze 'oude vraag' op in een nieuw jasje. De discussie wordt nu gevoerd in termen van algemeen verbindende voorschriften versus beleidsregels. Van Ommeren stelt vast dat de Hoge Raad (Avanti- en Leidraad-arrest) door algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels van elkaar te blijven scheiden aan de klassieke werking van het legaliteitsbeginsel – burgers bindende bepalingen dienen op een wet te berusten – vasthoudt.

Aldus komt de auteur tot een voor het vervolg van zijn dissertatie zeer wezenlijke categorisering van soorten regels:

- *Naar buiten werkende regels.* Deze bepalen de rechtspositie van de burger. Zij hebben rechtsgevolg buiten de overheid. Dat rechtsgevolg kan bestaan uit rechten of verplichtingen.
- *Bindende regels.* Deze leggen betrokken een verplichting op; het gaat om ge- of verboden.
- *Naar buiten werkende niet bindende regels.* Bij deze categorie bestaat het rechtsgevolg uit rechten, niet uit verplichtingen.

3. *Wat is een verplichting?* De centrale notie uit het proefschrift van Van Ommeren is dat het overheidsoptreden dat voor betrokkenen bindend is, het ge- en verbiedende overheidsoptredende of – anders geformuleerd – het verplichtende optreden een grondslag in de wet behoeft. Het opleggen van verplichtingen aan de burger door de overheid dient in een democratische rechtsstaat in de wet verankerd te zijn. Wat zijn dan precies bindende of verplichtende voorschriften?

Na analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad (Fluoriderings- en Methadonbrieffarrest) stelt de auteur vast dat het bij verplichtende voorschriften niet alleen gaat om voorschriften die op een wettelijk geregelde wijze (bestuurs- of strafrechtelijk) worden gehand-

haafd, maar ook anderszins gesanctioneerde verplichtingen, ongesanctioneerde verplichtingen (zoals het rookverbod in openbare gebouwen) en (ingrijpende) maatregelen die neerkomen op een feitelijke verplichting.

Behalve voor normatieve verplichtingen geldt de eis van een wettelijke grondslag dus ook voor feitelijke verplichtingen die door de overheid worden opgelegd, zoals het geval was bij de fluoridering van drinkwater. De ingrijpende aard van de fluorideringsmaatregel zit – zo meent van Ommeren – in het feit dat de fluoride in het drinkwater vrijwel onontkoombaar is. In termen van onze oosterburen: bij fluoridering van drinkwater is weliswaar geen sprake van 'Sollen', maar wel van 'Müssen'. Er kan worden gesproken van fysieke dwang.

Van Ommeren neemt met deze opvatting afstand van de invulling van het begrip ingrijpend zoals Van der Vlies die in haar dissertatie heeft gekozen. Volgens haar is ook sprake van ingrijpende besluiten als er fundamentele zaken geraakt worden die de staatsorganisatie betreffen en als het om eerste levensbehoeften dan wel fundamentele rechtsbeginselen gaat. Aldus opgevat kunnen bijvoorbeeld ook subsidiebesluiten ingrijpend van aard zijn. Deze interpretatie is volgens Van Ommeren te ruim en algemeen en kan niet worden gebaseerd op de jurisprudentie van de Hoge Raad. Van der Vlies kiest voor een rechtspolitieke benadering om de exclusieve competentie van het parlement te duiden.

Van Ommeren baseert zich, waar het gaat om zijn opvatting dat ook feitelijke en ongesanctioneerde verplichtingen een wettelijke grondslag behoeven, mede op de rechtstheorie van Hart ('The concept of law', 1961). In het rechtsbegrip van Hart is de sanctie geen constitutief element van de verplichting. Essentieel is de sociale druk in de zin van de feitelijke werking die van de verplichtende norm uitgaat.

Aldus komt Van Ommeren tot de conclusie dat ook ongesanctioneerde verplichtingen en maatregelen die neerkomen op feitelijke verplichtingen een wettelijke grondslag behoeven.

4. Wat is een wettelijke grondslag? Welke eisen moeten aan de wet worden gesteld, wil zij in staat zijn een grondslag voor een verplichting te vormen? Mag worden verlangd dat die grondslag specifiek is en wat betekent dat precies? Op die vragen gaat Van Ommeren in hoofdstuk 6 van zijn boek in. Hij constateert dat de betekenis van de eis van een wettelijke grondslag in de literatuur onderbelicht is en dat er door de meeste auteurs nauwelijks eisen worden gesteld aan de grondslag. Als maar op enigerlei wijze een verband kan worden gelegd met een wet, dan zou er een voldoende grondslag zijn voor het (verplichtende) optreden van de overheid.

Van Ommeren bepleit een specifieke grondslag. Deze opvatting hangt uiteraard samen met de door hem verdedigde beperkte reikwijdte van het legaliteitsbeginsel.

De eis van specificiteit houdt in dat het doel, de grenzen en de voorwaarden van de (bestuurs)bevoegdheid op grond waarvan de verplichtingen kunnen worden opgelegd nauwkeurig in de wet zijn omschreven.

Voor de uitwerking van de eis van een specifieke wettelijke grondslag introduceert Van Ommeren een onderscheid in drie functies van wetgeving: de bindingsfunctie, de bevoegdheidsfunctie en de organisatiefunctie. Via bindende regels worden verplichtingen aan de betrokkenen opgelegd. Bevoegdheidsregels maken een bestuursorgaan bevoegd om bindende maatregelen te treffen. Organisatieregels geven de overheidsorganisatie gestalte door de toedeling van taken en bevoegdheden. Het gaat om regels over het reilen en zeilen van de overheidsorganisatie. Organisatiebepalingen zijn – door hun algemene karakter – ongeschikt om als bevoegdheidsgrondslag voor burgers bindende bepalingen te dienen. Wel kunnen dergelijke regels naar buiten werken doordat ze de handelingsvrijheid van de overheid begrenzen. Als voorbeelden van organisatieregels noemt Van Ommeren: de sociale grondrechten, algemene bestuursbevoegdheden, toezichtsbepalingen en andere taakstellende en taakverdelende bepalingen.

5. Wat zijn algemeen verbindende voorschriften en wettelijke voorschriften? Van Ommeren heeft vastgesteld dat regels die voor de betrokkenen bindend zijn een wettelijke grondslag behoeven. In de Grondwet van 1983 (art. 89) en ook veelvuldig in de literatuur komt het begrip algemeen verbindend voorschrift voor. De vraag is hoe dat begrip zich verhoudt tot het door Van Ommeren gebruikte begrip betrokkenen bindend. De auteur komt op basis van een analyse van de Grondwet, de Bekendmakingswet, de Algemene wet bestuursrecht en de jurisprudentie van de Hoge Raad ter zake tot de conclusie dat het begrip algemeen verbindend voorschrift – in tegenstelling tot het begrip wettelijk voorschrift – een materiele betekenis heeft. Algemeen verbindende

voorschriften zijn wetten in materiele zin. Het algemeen verbinden slaat op wat de regeling doet, het verwijst naar de werking van de regeling. En die werking houdt in dat aan betrokkenen verplichtingen worden opgelegd.

Ook het beleidsregelbegrip krijgt bij Van Ommeren een materieel karakter. Een beleidsregel is een regel die wel naar buiten kan werken maar geen zelfstandige verplichtende bepalingen bevat.

Aldus komt de schrijver tot de conclusie dat een wettelijk voorschrift (als formeel begrip) vijf verschillende soorten van inhoud kan bevatten: algemeen verbindende voorschriften (binding van rechtswege), beleidsregels (zelfbinding), algemene voorwaarden (binding door aanvaarding), niet naar buiten werkende regels en concrete besluiten.

6. Een tussenbalans. Wat betekenen de hiervoor besproken keuzes van Van Ommeren nu voor het scala aan opvattingen over het legaliteitsbeginsel? Hij legt – zoals in de literatuur wel meer is gedaan – een verband tussen het legaliteitsbeginsel en het materieel wetsbegrip. Aldus ontstaat een beperkte maar stringente invulling van het legaliteitsbeginsel: eenzijdig op te leggen verplichtingen dienen te berusten op een specifieke grondslag in een wet. De strekking van het legaliteitsbeginsel volgens Van Ommeren is die van de begrenzing van de bevoegdheid van de overheid. Daarnaast is in een rechtsstaat het consistentiebeginsel wezenlijk. Dit beginsel, dat een ruimere strekking heeft en voor het gehele overheidsoptreden geldt, brengt met zich mee dat het overheidshandelen overeenkomstig algemene regels dient plaats te vinden en (dus) niet willekeurig mag zijn. Ook in het geval dat (geschreven) algemene regels ontbreken, dient de overheid stelselmatig op te treden.

7. Het vervolg. Na de uitgebreide behandeling van het onderwerp algemeen verbinden in deel II van zijn boek vervolgt de auteur met de bespreking van de thema's zelfbinding (deel III), verplichtende voorwaarden (deel IV) en algemene wetgeving (deel V).

Het thema zelfbinding plaatst de auteur tegen de achtergrond van het streven naar regelmaat en consistentie als wezenskenmerk van een bureaucratie. Een consistent beleid kan onder meer worden bevorderd door het opstellen en toepassen van beleidsregels, maar evenzeer door andere uitingsvormen van zelfbinding zoals wettelijke organisatorische regels, interne regelingen en toezeggingen.

Beleidsregels. Van Ommeren geeft de stand van zaken in het denken over beleidsregels. Een van de elementen van de beleidsregel is de zelfbinding van het bestuur die kan ontstaan ingevolge de werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Beleidsregels kunnen slechts het bestuur zelf binden, niet de burger. Dat is het meest wezenlijke verschil met wetten. Beleidsregels moeten zich – volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad – naar inhoud en strekking ertoe lenen jegens de bij de desbetreffende regeling betrokkenen als rechtsregel te worden toegepast. Van Ommeren stelt vast dat een beleidsregel heel vaak aanvullend werkt ten aanzien van een wettelijke regel. De regel bepaalt dan mede de rechtspositie van de betrokkene.

De keuze van Van Ommeren voor een materieel beleidsregelbegrip laat ruimte voor het bestaan van wettelijke beleidsregels. Dit zijn regels die voor wat betreft hun inhoud en werking beleidsregels zijn en die zijn opgenomen in een wettelijk voorschrift, zoals subsidieregels, richtlijnen of regels waarmee een andere orgaan rekening dient te houden bij de uitoefening van een bevoegdheid. *Verplichtende voorwaarden.* De vraag is of het legaliteitsbeginsel ook vereist dat er een specifieke wettelijke grondslag is voor het verbinden van verplichtende voorwaarden aan besluiten. De opvattingen hierover lopen uiteen. Van Ommeren maakt de vergelijking met de rechtsfiguur van de overeenkomst en onderkent een (beperkt) element van wilsovereenstemming in de figuur van de vergunning onder voorwaarden. Een dergelijke vergunning omvat volgens hem drie kenmerken: de inhoud van de beschikking wordt eenzijdig door de overheid vastgesteld, de wilsovereenstemming heeft betrekking op de totstandkoming van de rechtsbetrekking (eerst door de aanvaarding van de vergunning treedt er een wijziging op in de rechtspositie van de betrokkene) en de betrokkenen kan zich van de verplichtingen bevrijden door de vergunning niet te aanvaarden. Op grond van deze redenering komt de auteur tot de slotsom dat het legaliteitsbeginsel niet vereist dat verplichtende voorwaarden een specifieke grondslag behoeven.

Algemene wetgeving. Wat is de functie van algemene wetten, zoals die over subsidies en beleidsregels in de Algemene wet bestuursrecht? Die vraag dringt zich op met de conclusies van Van Ommeren over de reikwijdte en de inhoud van het legaliteitsbeginsel voor ogen.

De schrijver stelt vast dat dergelijke wetten de overheid niet-bevoegd maken tot het verstrekken van subsidies of het vaststellen van beleidsregels. Die bevoegdheid is er ook zonder dergelijke regelingen. Deze bepalingen brengen geen wijziging in de binding van de betrokkenen en de bevoegdheid van de overheid; ze zijn van organisatorische, procedurele aard.

8. **Beoordeling en kanttekeningen.** Frank van Ommeren heeft een fraai en overtuigend proefschrift geschreven. Het predikaat cum laude is naar mijn oordeel zonder meer verdiend. Het boek blinkt uit door de systematische aanpak en de heldere redeneertrant. De schrijver schroomt niet om afstand te nemen van de opvattingen van gerenomeerde auteurs. Hij ontwikkelt een eigen dogmatiek inzake de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiele wetsbegrip, die gebaseerd is op de vraag naar de overheidsbevoegdheid.

» Voor de onderbouwing van zijn dogmatiek maakt Van Ommeren zowel gebruik van geldende regelingen en jurisprudentie als van rechtstheoretische noties, zoals de indeling in verschillende soorten functies van wetgeving en de verschillende wijzen waarop binding kan ontstaan in ons rechtsstelsel. De lezer is steeds goed in staat om op de voet te volgen wat de lijn van het betoog is en op grond van welke argumenten die lijn wordt gevolgd. Dat is zonder meer een verdienste.

Valt er dan niets af te dingen op het proefschrift van Van Ommeren? Uiteraard is er kritiek mogelijk en zijn er kanttekeningen te maken bij het boek. Mijn voornaamste kritiek betreft het kader waarin de auteur zijn onderzoek plaatst. Hij begint zijn boek met het signaleren van de regulatieve crisis en de pleidooien voor het denken in alternatieven voor wetgeving. Hij noemt drie remedies voor de regulatieve crises: het verbeteren van de wetgevingskwaliteit, de toetsing van wetten door de rechter en het zoeken naar alternatieven voor wetgeving. De aanleiding voor het onderzoek is – zo schrijft Van Ommeren op p. 9 van zijn boek – het pleidooi voor alternatieven voor wetgeving. Het onderzoek van Van Ommeren beperkt zich echter tot de vraag in welke gevallen voor het overheidsoptreden een wettelijke grondslag is vereist. In die situatie is een alternatief voor een wet niet aan de orde. Maar daarmee is nog niet gezegd welke alternatieven er voor wetgeving zijn, onder welke omstandigheden die alternatieven in aanmerking komen en wat de voor en nadelen zijn van het gebruik van wetgeving ten opzichte van de alternatieven.

Van Ommeren heeft – zo meen ik – zijn onderzoek in een modern perspectief willen plaatsen, met als gevolg dat in het begin van het boek een wat vertekend beeld ontstaat van de reikwijdte van het onderzoek. De lezers die op zoek gaan naar beschouwingen over de mogelijkheden en beperkingen van het gebruik van zelfregulering, convenanten, zorgplichtbepalingen en dergelijke zullen wellicht teleurgesteld zijn. Zo verging het mij niet.

Ten slotte plaats ik nog een kanttekening bij de behandeling van de betekenis van het vereiste van een wettelijke grondslag. Op zichzelf is het een verdienste dat Van Ommeren aandacht besteedt aan de specificiteit van de wettelijke grondslag. In de literatuur ontbreekt die aandacht veelal. Om zicht te krijgen op de implicaties van de opvatting van Van Ommeren is verdere uitwerking noodzakelijk. Op basis van concrete voorbeelden uit de wetgeving zou bezien moeten worden welke (wijze van) bevoegdheidstoedeling nauwkeurig genoeg is om als grondslag te dienen voor het opleggen van verplichtingen.

Van Ommeren heeft het denken over een klassiek staatsrechtelijk thema een nieuwe impuls gegeven. De handboeken kunnen daar niet omheen!

Ph. Eijlander