

DIMENSIES VAN DE OVERHEIDSBEVOEGDHEID: ONGESCHREVEN EN IMPLICIETE BEVOEGDHEDEN

Een verkenning van de legaliteits-eis tegen de achtergrond van enkele grondbeginselen van het bestuursrecht

Door Michiel Heldeweg

1. Rechtsvormende bevoegdheden

De kern van het publiekrecht wordt gevormd door ongeschreven recht. De preponderante positie van het legaliteitsbeginsel draagt er echter toe bij dat, hoewel het legaliteitsbeginsel zelf ongeschreven is, publiekrecht nog altijd in sterke mate wordt geïdentificeerd met het van de overheid afkomstige, geschreven publiekrecht. Natuurlijk wordt algemeen erkend dat het ongeschreven recht ook in het publiekrecht een plaats heeft. Maar dan wordt vaak gedacht aan een aanvullende, corrigerende plaats. Ongeschreven publiekrecht kan, zo lijkt het, geen zelfstandige grondslag voor rechtsvorming zijn.¹ Alleen de geschreven constitutie en de formele wetten lijken daarvoor een basis te kunnen bieden.

Enkele recente uitspraken maken duidelijk dat de eis van een wettelijke bevoegdheidsgrondslag in het bestuursrecht op z'n minst aan enige herijking toe is. Ik denk hierbij in het bijzonder aan twee uitspraken. Allereerst aan de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak inzake de terugvordering van eerder door het bestuur verstrekte toekenningen, waarin de Afdeling ruimte ziet voor -kortgezegd- het beginsel van de 'onverschuldigde betaling' als bevoegdheidsgrondslag voor een terugvorderingsbesluit van het bestuur.² In de tweede plaats denk ik aan de uitspraak van dezelfde Afdeling terzake van het zelfstandig schadebesluit.³ In die uitspraak werd het beginsel van de 'égalité devant les charges publiques' bepalend geacht voor het publiekrechtelijk karakter van het bestreden besluit. Voor dat besluit was geen (specifieke) wettelijke grondslag aan te wijzen maar op basis van voornoemd beginsel is het bestuur, volgens de Afdeling, gehouden tot compensatie van -kortgezegd- onevenredig nadeel voor de publieke last.⁴

Saillant is in dit verband de reactie van Kortmann, in een klein debat over met name laatstgenoemde beslissing⁵: 'Het is nog tot daar aan toe, als uit rechtsbeginselen en taken *verplichtingen* van de overheid jegens de onderdaan worden afgeleid. (...) Maar zodra men, wat de Afdeling doet, daarop *bevoegdheden* laat berusten, is (...) de (zwaarvoetige) beer los. (...) Het is uit rechtsstatelijk oogpunt van groot belang overheidsbevoegdheden in de tang te houden. Dáárom ging en gaat het mij.' Mede in het licht van deze staatsrechtelijke cri de coeur is het interessant om na te gaan of met de weg die de Afdeling inslaat inderdaad, om maar eens een andere beeldspraak te gebruiken, het hek van de dam is.

Daarnaast rijst de vraag of voornoemde uitspraken nu de doodsteek toebrengen aan de gemene rechtsleer. In zijn voornoemde uitspraak ter zake van de onverschuldigde betaling spreekt de Afdeling van 'het algemene, ook (cursivering MAH) in het bestuursrecht geldende, rechtsbeginsel,..'. In de aangehaalde uitspraak van de Afdeling inzake het zelfstandig schadebesluit gaat het om, 'het, mede aan art. 3:4, tweede lid, van de Awb ten grondslag liggende *algemene* rechtsbeginsel..'. Het ontbreken

1. Algemeen wordt de stelling onderschreven dat -bij voorbeeld- de abbb geen bevoegdheidsgrondslag voor rechtsvorming kunnen bieden.

2. ABR 21 oktober 1996, JB'96/232, m.n. HJS (vgl. overigens CRvB 26 juli 1994, JB'94/220).

3. ABR 18 februari 1997, JB 1997, 47 m.n. Simon, AB 1997, 143 m.n. PvB. Daaraan vooraf ging de 'doorbraak' in ABR 29 november 1996, JB 1996, 253 en AB 1997, 66 m.n. PvB.

4. Volgens sommigen, vgl. Simon in zijn noot bij voornoemde uitspraak in JB en Th. G. Drupsteen in zijn reactie in het NJB, Het zelfstandig schadebesluit en de ondragelijke lichtheid van de Nederlandse Grondwet, NJB 1997/34, p. 1596-1598 (reactie op Kortmann), ligt in de uitspraken inzake het zelfstandig schadebesluit (en -vlg. Simon- in de uitspraak inzake de onverschuldigde betaling) tevens het beginsel besloten, dat degene die aan een ander toerekenbare onrechtmatige schade toebrengt, deze moet vergoeden.

5. C.A.J.M. Kortmann, De vliegende grondwet, Naschrift bij Th.G. Drupsteen, K. Frielink en B.A.W. Ten Holter, NJB 1997/34, p. 1599.

van een geschreven publiekrechtelijke regeling wordt kennelijk niet 'geheeld' met het invoeren van (ongeschreven) privaatrecht, maar van ongeschreven *algemene* rechtsbeginselen, die ook voor het bestuursrecht van kracht zijn.⁶ Is wellicht de invullende rechtsleer inmiddels aanvaard?⁷

Een en ander geeft aanleiding tot de vraag wat thans nog de positie van het legaliteitsbeginsel is en welke rol ter legitimatie van rechtsvorming door het overheidsbestuur is weggelegd voor de rechtsbeginselen.

Deze bijdrage gaat -kortom- over de bevoegdheid tot rechtsvorming in het publiekrecht. Onder rechtsvorming wordt hier verstaan het (in abstracto en in concreto) doen ontstaan, wijzigen of te niet gaan van rechten en plichten bij afzonderlijk daarop gerichte handeling, zonder dat het ontstaan, wijzigen of te niet gaan van de desbetreffende rechten en plichten dwingend voortvloeit uit reeds bestaande rechtsregels of rechtsbeginselen; de bedoelde rechtsvormende handeling behelst een normatieve keuze tussen meerdere -rechtens aanvaardbare- beoogde rechtsgevolgen. Leidende vraag is of deze bevoegdheid steeds een expliciete fundering in de wet behoeft.

Dat hier de stelling zal worden betrokken dat dit niet het geval is, is wellicht weinig spectaculair. Voornoemde uitspraken maken duidelijk dat het bestuur naar geldend recht bevoegd kan zijn zonder uitdrukkelijke wettelijke grondslag, en ook in de literatuur zijn voor die redenering aanknopingspunten te vinden. In de meest recente drukken van Nicolaï c.s en Van Wijk⁸ wordt gewag gemaakt van zogenoemde impliciete of geïmpliceerde bevoegdheden, onder meer op grondslag van ongeschreven recht. Hoe een grondslag in het ongeschreven recht kan worden gevonden zonder dat, om nogmaals met Kortmann te spreken, 'de beer los is', is echter niet bepaald helder. In deze bijdrage wordt een verkenning ondernomen naar de mogelijkheid om vanuit de grondbeginselen van het publiekrecht -en dus niet vanuit zogenoemde 'algemene rechtsbeginselen'- een basis te ontwikkelen voor rechtsvorming door de overheid, zoals onder meer in het geval van de onverschuldigde betaling en de bestuurscompensatie, maar waarbij tevens het waarborgkarakter van het publiekrecht als uitgangspunt wordt behouden. Daarbij wordt als uitgangspunt genomen dat het objectief publiekrecht primair een bemiddelende functie vervult. Rechtspolitieke idealen bepalen op welke wijze elementaire begrippen, basisconcepten en dragende regelingen worden geïnterpreteerd en toegepast, alsmede hoe ten principale wordt aangekeken tegen de (on)vrijheid van de overheid. Vanuit dit punt is het -mede gezien voornoemde uitspraken- de vraag of het legaliteitsbeginsel legitiem overheidsoptreden niet juistodeloos belemmert. Onder omstandigheden zou het ontbreken van geschreven 'overheidsrecht' de bemiddelende rol van het objectief publiekrecht zelfs kunnen frustreren, zulks ten detrimente van de rechtsbelangen van burgers en de publieke zaak in het algemeen.

Bij de verkenning worden eerst enkele grondbeginselen van de democratische rechtsstaat in kaart gebracht (in § 2). Daarna wordt (in § 3) gezien hoe deze grondbeginselen legitimatie kunnen verschaffen aan overheidsinterventies in de samenleving en welke begrenzingen daarbij in acht moeten worden genomen.

Als schot voor de boeg geef ik nu alvast mee dat het spectrale element van deze bijdrage is gelegen in de idee, dat op grond van het democratie-beginsel toegekende bestuursbevoegdheden, als rechtsfeit, in samenhang met andere grondbeginselen van het publiekrecht, impliciete bevoegdheden kunnen doen ontstaan -al dan niet als gebonden sequel van een objectieve rechtsplicht tijdens het bestuur. Het democratie-beginsel blijft daarmee de kern van de legitimatie van de overheid en door relativering van de legaliteitseis (niet langer als beginsel aan te duiden!) kan beter recht worden gedaan aan andere

6. Vergelijk ook de stellingname HJS in zijn annotatie bij ABR 21 oktober 1996, JB 1996, 232.

7. Vgl. A.Q.C. Tak, Overheid en burgerlijk wetboek, Naar een invullende rechtsleer, R&K 1993, p. 174-190, alsmede zijn monografie, De overheid in het burgerlijk recht, Den Haag 1997.

8. Nicolaï, P., B.K. Olivier, I.C. van der Vlies, L.J.A. Damen, B.J. Schueler, Bestuursrecht, zesde druk, Amsterdam 1997, § 303-304 en Van Wijk, H.D., Hoofdstukken van administratief recht, bewerkt door Willem Konijnenbelt en Ron van Male, tiende druk, Utrecht 1997, § 5.5.

grondbeginselen van het publiekrecht.

2. Grondbeginselen van het publiekrecht

2.1 - De rechtsstaat

De rechtsstaat behelst de identificatie van de staat als rechtsorde, dat wil zeggen een ordening van de samenleving door het recht. In de rechtsstaat dient de overheid als rechtsvormer (van geschreven recht, niet van alle recht) en rechtshandhaver de bestendiging van de rechtsorde te bevorderen en mede vorm te geven aan de ontwikkeling van de rechtsorde. Essentieel is dat de overheid, hoewel gedreven en handelend uit politieke motieven, daarbij ook zelf is onderworpen aan de regels van het recht, c.q. de vigerende rechtsorde. De overheid staat niet boven de rechtsorde maar maakt er juist deel van uit, bestendigt het bestaan daarvan en geeft daaraan (tenminste mede) vorm. Niet de overheid is soeverein, maar het recht. Deze onderworpenheid heeft een formeel-negatief karakter omdat het recht geen dwingende en onvoorwaardelijke, inhoudelijke impuls geeft tot handelen van de overheid. Eerst als een ideologische grondslag is gevonden ter legitimatie van overheidsgezag, is een basis aanwezig voor -in moderne termen- 'aansturing' van de rechtsstaat.

De zorg voor de bestendiging van de rechtsorde vormt het materieel-positief postulaat van de rechtsstaat.⁹ Dit omvat zowel het garanderen van de voorwaarden voor minimale bestaanszekerheid, als de idee van de overheid als geweldsmonopolist in de samenleving. De rechtsstaat is een dwanggemeenschap -men kan de jurisdictie van de rechtsstaat wellicht verlaten, maar binnen deze jurisdictie is men onderworpen aan het positieve recht daarvan en kan iemand zich daaraan niet eenzijdig onttrekken- en daarbinnen is de handhaving van de rechtsorde bij uitsluiting¹⁰ opgedragen aan de overheid. Die handhavingstaak werkt intern, binnen de jurisdictie van de eigen rechtsorde, maar ook extern, tegen bedreiging van buiten de eigen jurisdictie (c.q. het eigen territoir). Als de overheid tekortschiet in het handhaven van de rechtsorde en het garanderen van het bestaansminimum, is de legitimatie van de overheid direct en ten principale in het geding (en is verzet tegen de overheid -in beginsel- gerechtvaardigd). De zorg van de overheid voor minimale bestaanszekerheid kan overigens beperkt of ruim worden ingevuld. De beschikbaarheid van voldoende voedingsstoffen, voldoende gezondheidszorg, leefmilieu en woonruimte, onderwijs, arbeid, bijstand, pensioen, transport en toegang tot telecommunicatie, kunnen ook daartoe behoren. Of dit ook zo is, is mijns inziens een kwestie van de politieke idealen waarmee de rechtsstaat zich op enig moment verenigt.

In samenhang met beide -voornoemde- postulaten van de rechtsstaat onderscheid ik drie grondbeginselen van de rechtsstaat.

Allereerst het *beginsel van machtenscheiding*. Onderworpenheid van de overheid aan het recht en de plicht de rechtsorde (m.i.v. de bestaanszekerheid) te garanderen moet effectief gemaakt kunnen worden. Dit verlangt allereerst een scheiding van machten, c.q. een stelsel van 'checks and balances'; een 'monolithische' overheid die zichzelf op de naleving van het recht controleert, overtuigt niet. Anders wordt het als de rechtsvormende tak van de overheid in rechte door een daarvan onafhankelijke, niet rechtsvormende tak van de overheid kan worden gecorrigeerd.¹¹ Machtenscheiding dient overigens tevens te zijn gericht op bestendiging van de rechtsstaat. Eén enkele schending van rechtsregels door de overheid of het in een enkel geval uitblijven van de garantie van een bestaansminimum komt niet aanstonds op een 'einde rechtsstaat' te staan. Machtenscheiding steunt op de rechtsstaatgedachte als een *aspiratie* waarbinnen rechtsvorming (door de overheid) een zaak van 'trial

9. Zie ook J. van der Hoeven, De rechtsstaat herdacht, in: J.W.M. Engels, et al., De rechtsstaat herdacht, Zwolle 1989, p. 1-9.

10. Ik ga voorbij aan uitzonderingen op het verbod van eigenrichting: zij bevestigen de regel.

11. Impliciet leg ik hier neer dat ik rechtspraak niet zie als rechtsvorming maar als rechtsvinding. Eigenlijk behoeft dat nader betoog. Dat betoog ligt besloten in hetgeen ik later zal opmerken over de aard van het objectief publiekrecht. Vergelijk terzake van rechtsvorming door de rechter de bijdrage van Richard Neerhof aan deze bundel, met daarin een wat andere -in elk geval verder uitgewerkte- benadering.

en error' is.¹²

In nauw verband met de machtenscheiding staat het zogenoemde *bevoegdheids- of legitimiteitsbeginsel*. De overheid is niet vanzelfsprekend; er moet een juridische legitimatie zijn.¹³ Deze legitimatie behelst een uitdrukkelijk toegekende bevoegdheid tot (onder andere) rechtsvorming, al dan niet nader genormeerd naargelang de aard van de bevoegdheid. Niet gezegd is dat de bevoegdheid alleen in het geschreven recht kan zijn gelegen. Ook het ongeschreven recht kan een basis bieden; zolang er maar een grondslag in het recht is aan te wijzen.

Voorts wijs ik op het *rechtszekerheidsbeginsel* in samenhang met het *verbod van willekeur*.

'Onderworpenheid aan het recht' en 'plicht tot handhaving van de rechtsorde' verworden tot kretologie als het recht niet kenbaar, helder, voorspelbaar en inroepbaar is. Daarmee is niet gezegd dat het recht onveranderbaar zou moeten zijn, maar wel, dat voor ingezetenen redelijkerwijs duidelijk moet zijn wat het recht inhoudt (of hoe men daar zonder overdreven moeite achter zou kunnen komen) en onder welke voorwaarde rechtsregels kunnen worden gewijzigd. Waar de overheid keuzes maakt is zij gehouden de betrokken belangen af te wegen en te beslissen op grondslag van voor herhaalde toepassing vatbare criteria (beleid). Stelselmatigheid van bevoegdheidsuitoefening, om met Duk¹⁴ te spreken, moet voorop staan. Daarmee biedt het willekeurverbod een elementaire waarborg tegen 'een door gril of toeval ingegeven, gebruik van bevoegdheden'.¹⁵

2.2. De ideologische component

Tegen de achtergrond van voornoemde beginselen rijst de vraag naar de inhoudelijke of materiële grondslag voor de legitimiteit van de overheid en de normering van haar handelen. De invulling van het formeel-negatieve element (welke rechtsregels binden de overheid?) en van het materieel-positieve element (wat behelst de rechtsorde en wat moeten we verstaan onder garantie van minimale bestaanszekerheden?) krijgt vorm doordat de rechtsstaatgedachte zich verbindt met bepaalde idealen ten aanzien van de menselijke samenleving in het algemeen en binnen het verband van de desbetreffende rechtsstaat in het bijzonder.¹⁶

Het is eigenlijk nooit zo, dat op een bepaald moment in een bepaalde rechtsstaat sprake is van een absolute overheersing door één bepaald 'rechtspolitek' ideaal. Dergelijke idealen zijn altijd weer ondergedetermineerd. Dat wil zeggen, dat het niet mogelijk is om deductief vanuit een bepaald ideaal voor elk concreet geval dwingend aan te geven welke beslissing moet worden genomen (c.q. welke norm moet worden gesteld of toegepast). Daarom zijn deze idealen vaak weer verbonden met tradities, gewoonte, of met andere (min of meer congruente) idealen. Het bij uitstek interessante van het democratisch ideaal is overigens, dat het naar zijn aard beoogt onderdak te bieden voor meerdere overtuigingen, mits deze elkander (en daarmee impliciet het democratisch ideaal) respecteren.¹⁷ Het corpus van 'overheidsregels' kan dan het beeld opleveren van een 'smeltkroes' van door meerdere overtuigingen ingegeven regels. Rechtszekerheid en het verbod van willekeur moeten daarom voldoende opening bieden om (het proces van) rechtsvorming op basis van dergelijke (wisselende) idealen te accommoderen.¹⁸

2.3 Het democratisch ideaal

12. Tot op zekere hoogte uiteraard. Het is niet alleen het 'aansprakelijkheidsrisico' dat de overheid voor zijn fouten wil aangaan dat bepalend is voor de 'maximale rek' van de rechtsstaat.

13. Vgl. mijn bijdrage in *Eenzijdig en wederkerig?*, p. 131: 'Bevoegdheden vormen geen bevestiging van overheidsgezag maar verschaffen eerst het gezag aan de overheid.' Nota bene, dat het een juridische legitimatie moet betreffen, duidt vooral op een consistente inpassing in de rechtsstatelijke rechtsorde. De legitimatie zal ook in andere, bijvoorbeeld sociologische of politicologische termen kunnen worden gedeut.

14. W. Duk, *De zachte kern van het bestuursrecht*, RMTh 1978, p. 564-587.

15. *Ibidem*, p. 575. Wellicht kan men beide beginselen, in de rechtsstatelijke context *sec* capteren in het 'consistentie' beginsel.

16. Van der Pot-Donner-Prakke, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, Zwolle 1995, p. 136 e.v.

17. Resp. mits de vertolkers ervan vertolkers van andere overtuigingen respecteren. In feite geldt het aloude credo van het vrijheidsideaal: 'mijn armslag eindigt waar jouw neus begint'.

18. Zoals regels inzake bekendmaking en terugwerkende kracht.

Het kernpunt van de *democratische* rechtsstaat is de emancipatie van de samenleving ten opzichte van de overheid en de emancipatie binnen de samenleving zelf. Speurend naar de beginselmatige grondslag van de democratische rechtsstaat onderscheid ik twee dimensies. Allereerst de objectieve dimensie waarbij de vraag naar de legitimatie van de overheid en 'het doel' van de overheid de overheid centraal staat. Daarnaast staat de subjectieve dimensie waarbij het gaat om de vraag hoe rechtens de positie van de burgers in de samenleving, ten overstaan van de overheid, moet worden beoordeeld. Deze tweedeling¹⁹ weerspiegelt een premisse, namelijk die van de niet vanzelfsprekend bevoegdheid tot rechtsvorming van de overheid enerzijds, tegenover de vanzelfsprekende rechtsvormende bevoegdheid van burgers anderzijds. Deze tweedeling²⁰ weerspiegelt twee premissen, namelijk die van de niet vanzelfsprekend bevoegdheid tot rechtsvorming van de overheid enerzijds, tegenover die van de vanzelfsprekende rechtsvormende bevoegdheid van burgers anderzijds. Deze premissen zijn -juist in hun 'gespannen samenhang'- cruciaal en vormen de leidraad voor de speurtocht naar de grondbeginselen van de democratische rechtsstaat.

2.3.1

De objectieve dimensie behelst in de kern het uitgangspunt dat de overheid ten dienste staat van de samenleving en niet (langer) omgekeerd. Dit komt allereerst sterk tot uitdrukking in het zogenoemde *non-identificatiebeginsel*²¹, dat inhoudt dat de overheid zich niet mag identificeren met bijzondere belangen van particulieren (laat staan die van de ambtsdragers zelf) en slechts oog mag hebben voor de behartiging van het algemeen belang. Anders gezegd, de overheid mag zich niet laten leiden door de wens tot behartiging van bijzondere belangen van één of enkele particulieren, althans niet als zelfstandig belang.²² Het is daarom wel mogelijk dat de overheid zich uit hoofde van het algemeen belang bekommert om bepaalde bijzondere belangen (bij voorbeeld om materiële ongelijkheid in inkomen te temperen), mits het algemeen belang daarmee gediend is.²³

Waar het non-identificatiebeginsel voorop stelt dat de overheid slechts het algemeen belang *mag* behartigen, vloeit uit het beginsel van de *dienende overheid*²⁴ voort dat de overheid -ten positieve- het oog *moet* houden op de behartiging van het algemeen belang en wel in die zin dat het streven er steeds op gericht dient te zijn het algemeen belang optimaal te behartigen. Niet alleen is de overheid bij het maken van keuzes gehouden belangen af te wegen (willekeurverbod), maar ook om haar gediensigheid aan de samenleving zo groot mogelijk te laten zijn. Een zo positief mogelijk 'belangenresultaat' dient het oogmerk te zijn. Het past niet bij het uitgangspunt van de dienende overheid dat publieke middelen niet doeltreffend en doelmatig worden aangewend aangezien dit resulteert in nodeloze lasten voor de (leden van de) samenleving. Op basis van dit beginsel zullen eisen van zorgvuldigheid en proportionaliteit van groot belang zijn.²⁵

19. Men kan de hier onderscheiden dimensies vergelijken met de dimensies die J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht*, geschriften van de Vereniging voor administratief recht, nr. 100, Alphen aan den Rijn 1989, onderscheidt. De objectieve dimensie omvat de legitimatie en de normering, de subjectieve dimensie de waarborgen.

20. Men kan de hier onderscheiden dimensies vergelijken met de dimensies die J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht*, geschriften van de Vereniging voor administratief recht, nr. 100, Alphen aan den Rijn 1989, onderscheidt. De objectieve dimensie omvat de legitimatie en de subjectieve dimensie de waarborgen. De normering of instrumentatie, de tweede dimensie volgens Van der Hoeven, zie ik vooral als een reflex op de door mij geschetste eerste en tweede dimensie: in het verlengde van de doelen (objectief) overweegt de overheid instrumenten, terwijl het verder ontwikkelen en de bepaling van de 'instrumentele mix' in samenhang met de eisen die voortvloeien uit de (reeds) gepositieerde waarborgen voor burgers (subjectief) plaats vindt.

21. Vgl. J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk kleding van de staat*, Beschouwingen over de tweewegenleer, diss. UM 1996, m.n. p. 228 e.v (en concluderend p. 316).

22. Ibidem.

23. Vgl. overigens mijn opm. in *Wederkerig en eenzijdig?*, p. 129: 'Kortom: voor de democratische overheidsstaat zijn bijzondere belangen van burgers geen zelfstandige basis voor interventie in de samenleving.'

24. Vgl. M. Scheltema, *De rechtsstaat*, in: J.W.M. Engels et al., *De rechtsstaat herdacht*, a.w., p. 11-25, m.n. p. 20-22.

25. Proportionaliteit in de afweging tussen algemene belangen, niet van het beginsel van de minste last of de égalité devant les charges publiques. Die laatste twee evenredigheidsmaatstaven horen bij de subjectieve dimensie. De rechter zou daarop ook indringender kunnen toetsen dan op de proportionaliteit! Ik kom op dit punt in een aparte publicatie nog terug.

Consequentie van het beginsel van de dienende overheid is het *erga-omnes-karakter* van publiekrechtelijke normstelling. Dit houdt in dat publiekrechtelijke rechtsnormen zich verheffen boven de bijzondere belangen van rechtssubjecten en objectief, dat wil zeggen zonder aanzien des persoons, kortom, tegenover iedereen gelden. In een absolute visie wordt die gedachte strikt opgevat en is iedere ingezetene, ook als van belanghebbendheid geen sprake is, betrokken bij welke vorm van rechtsvorming door de overheid dan ook.²⁶ De positivering van het algemeen belang in rechtsnormen is immers een zaak die iedereen aangaat en bindt. Als het algemeen belang iedereen aangaat, geldt dat ook tot op het 'laatste', individueel gerichte besluit aan het einde van de gelede normstellingsketen. Ook dat besluit dient immers in functie van het algemeen belang te zijn gegeven (het ontleent daaraan zijn legitimatie en daarmee ook z'n rechtsgelding jegens een ieder). De consequentie daarvan kan zijn dat ook aan een ieder het recht toekomt om zijn beklag te doen over het geven van rechtsnormen die het algemeen belang niet dienen. In een meer relativistisch perspectief wordt het erga-omnes-karakter van publiekrechtelijke normen minder strikt opgevat. Dat het algemeen belang werkelijk algemeen moet zijn is iets dat in het democratisch proces (zie hierna) kan worden verwezenlijkt; rest slechts dat bij besluiten waarbij derde-belanghebbenden zijn betrokken, deze derden nog wel uitdrukkelijk betrokken moeten worden, c.q. de kans moeten krijgen in te spreken en/of te appelleren tegen het besluit in kwestie.²⁷

Verwezenlijking van het beginsel van de dienende overheid krijgt nadere invulling door het *democratiebeginsel*. Dit beginsel behelst allereerst dat sprake moet zijn van een bepalende, richtinggevende invloed van de samenleving op (rechtsvormende) interventies van de overheid, c.q. op de determinatie van het algemeen belang. Gelet op de ingrijpendheid van wetten in materiële zin ligt het voor de hand dat de invloed van de samenleving vooral bij de vaststelling daarvan sterk doorweegt.²⁸ Vormgeving van die betrokkenheid van de samenleving is echter op verschillende wijze mogelijk.²⁹ Vanuit het perspectief van de publiekrechtelijke gelijkwaardigheid zijn een algemeen stemrecht enerzijds en een stelsel van representatieve vertegenwoordiging³⁰ anderzijds belangrijke waarborgen voor betrokkenheid van de samenleving. Mij dunkt dat de politieke vrijheidsrechten van openbaarheid van bestuur, vrijheid van meningsuiting en vrijheid van vereniging en van betoging, daarop een noodzakelijke aanvulling vormen.

Belangrijk is dat het democratiebeginsel leidt tot een specifieke invulling van de idee van machtenscheiding binnen de overheid. Vanuit een duaal perspectief staan de regeermacht (van wetgeving en bestuur) met rechtsvormende bevoegdheid en de rechterlijke macht met rechtsprekende bevoegdheden tegenover elkaar. Juist omdat de rechtsvorming een democratische legitimatie behoeft, kan voor de machtenscheiding worden gesproken van een democratisch primaat dat primair ligt bij de hoogste wetgever en dat binnen de regeermacht leidraad vormt voor het bestuur. Voor de rechtsprekende macht, waarbinnen van de regeermacht onafhankelijke en tevens onpartijdige rechters recht spreken, is het democratisch primaat een aanwijzing voor terughoudendheid. De rechter ontbeert -in beginsel- de legitimatie om zelf recht te vormen. Het democratisch primaat is, met andere woorden, een *normatief primaat*: geschreven rechtsvorming door de overheid hoort thuis bij de democratisch gestuurde regeermacht, niet bij de rechter. Dit is mijns inzien ook de kern van de legaliteitseis. Tegelijkertijd is het democratisch primaat een uitgangspunt dat mede door de rechter kan worden bewaakt. De rechter kan de regeermacht dwingen de voor een democratische samenleving essentiële beginselen te

26. Zelfs indien het overeenkomsten met particulieren betreft.

27. Zie over dit punt ook mijn annotatie bij Pres. rechtbank Maastricht, 24 februari 1995, Café-bedrijf Meers, Het specialiteitsbeginsel: bel voor de laatste ronde?, in: L.J.A. Damen et al., Rechtspraak bestuursrecht: de annotaties (1994/1995), Utrecht 1995, p. 175 e.v. (m.n. p. 191 e.v.).

28. Ik kom hierop nog terug.

29. Waarbij ook de vraag rijst in welke mate 'de samenleving' betrokken moet zijn en of dat bij alle algemeen verbindende voorschriften opgeld doet. Deze vraag komt later nog aan de orde.

30. Dat, anders dan bij directe democratie, en i.h.b. mede door de regel 'zonder last of ruggespraak' (hetgeen fractiedicipline niet per se uitsluit) de scheiding tussen bijzondere belangen (van de kiezers) en het algemeen belang (dat de overheid tot zorg heeft) duidelijker markeert - vgl. hierover ook de dissertatie van Teunissen, a.w. en de dissertatie van R. Kleijkers, stemmen zonder last, UM 1993, m.n. hfst 6.

respecteren. Daartoe behoren naast het democratiebeginsel als concretisering van de bevoegdheidseis, ook de hierna te noemen 'subjectieve beginselen'.³¹

Twee punten zijn hier nog van zodanig belang dat ik ze even moet noemen, dit ter voorkoming van een te smalle interpretatie van voornoemde uitgangspunten.

Allereerst moet de idee van een dienende overheid en een democratisch primaat in zoverre ruim worden opgevat dat daarin het openbare debat over de collectieve waardentoeiding centraal staat. Het gaat er niet alleen om dat beslissingen formeel democratisch zijn genomen. De kern van het uitgangspunt is dat stellingnames kritiseerbaar zijn en daarmee ook de kwaliteit van de besluitvorming ten dienste van de samenleving wordt bevorderd. Ook mag het democratie-beginsel niet worden geïnterpreteerd als de heerschappij van de meerderheid. Allereerst omdat gewaarborgd moet zijn dat minderheden vrije toegang hebben tot het publieke en politieke debat (op gelijkwaardige voet als de meerderheid). De mogelijkheden moeten daar zijn dat minderheden zich, door overtuiging van anderen, tot meerderheid ontwikkelen. Voorts dienen besluiten van de meerderheid steeds gediensig te zijn aan het algemeen belang. Het mag niet zo zijn dat alleen de belangen van de meerderheid worden gediend. Dan zou immers het non-identificatiebeginsel geschonden worden.

2.3.2

In de subjectieve dimensie staan de samenleving en de rechtssubjecten daarbinnen voorop. Leidend beginsel is dat van de autonomie van de gemeenschap als samenleving van vrije burgers (hierna het *autonomie-beginsel*). Dit behelst dat wordt uitgegaan van het vermogen van individuele burgers om zelfstandig te beschikken over eigen belangen binnen het verband van de samenleving. Van oudsher denken we in dit verband in termen van een soort van staatsvrije sfeer, waar de overheid buiten heeft te blijven opdat individuele burgers daadwerkelijk de ruimte tot zelfbeschikken krijgen. Mijns inziens moeten we in dit verband thans twee publiekrechtelijke elementen onderscheiden.

Het eerste element is dat van de benadering van de autonomie van individuele burgers in termen van grondrechten. In deze benadering is sprake van afscherming van bepaalde individuele belangen tegen (ongebreidelde) overheidsbemoeyenis. Overigens behoeft men hierbij niet alleen in termen van klassieke grondrechten te denken. Sociale grondrechten kunnen eveneens een belangrijke bijdrage leveren aan de ontplooiingsmogelijkheden van autonome burgers en kunnen in die zin erkenning van die autonomie behelzen en faciliterend zijn voor de realisatie daarvan.

Het tweede element behelst de benadering van de autonomie van individuele burgers in de erkenning van subjectief privaatrecht en het zelfstandig rechtsvormend vermogen van burgers in de gemeenschap binnen de rechtsstaat. Hierbij moeten wij in het bijzonder denken aan de privaatrechtelijke bevoegdheden van individuele burgers (of van groepen van burgers of rechtspersonen). In dit verband verwijst ik ook naar een stellingname van Simon³² die benadrukt dat de subjectieve private rechten voortvloeien uit de autonomie van de burger en 'slechts' door objectief privaatrecht worden geregeld, terwijl de subjectieve publieke rechten, in het bijzonder overheidsbevoegdheden door het objectieve publiekrecht in het leven worden geroepen, en hun grondslag vinden in de behartiging van het algemeen belang.³³

De hier genoemde autonomie is publiekrechtelijk van belang in de vorm van twee beginselen:

- in de eerste plaats het noodzakelijkheidsbeginsel, dat vergt dat steeds kritisch de vraag wordt gesteld of rechtsvorming door de overheid wel nodig is (ofte wel of het iets toevoegt aan het rechtsvormend vermogen van burgers binnen het samenlevingsverband). Dit lijkt niet erg principieel, want de overheid bepaalt dat dan waarschijnlijk zelf wel. Objectivering hiervan zie ik echter aldus dat interventies in de subjectieve sfeer gelegitimeerd moeten zijn en het in elk geval niet zo

31. In mijn visie doet de rechter niet aan rechtsvorming maar is het 'slechts' zijn taak vast te stellen of stelling van partijen in een geding steun vinden in het geldend recht (dat dus al bestaat en waarvan hij slechts een kenbron is) en in het licht van zijn bevindingen daaromtrent op het geschil beslist.

32. Henk Simon, *Publiekrecht of privaatrecht?* diss. VU, Zwolle 1993, p. 85 e.v., alsmede p. 208.

33. Vgl. de eerdere opmerking onder 3. over het niet vanzelfsprekende karakter van overheidsbevoegdheden.

mag zijn dat een handeling van de overheid niet is te begrijpen als een handeling met een positief belangenresultaat. Hier is derhalve in elk geval sprake van een raakvlak met de beginselen uit de objectieve dimensie: er moet een democratische basis zijn zodat de noodzakelijkheid van de inbreuk in abstracto is of kon worden getoetst en er moet sprake zijn van een handeling die redelijkerwijs als dienend aan de samenleving, c.q. als het resultaat van een daarop gerichte belangenafweging is te begrijpen.³⁴

- in de tweede plaats het materiële zorgvuldigheidsbeginsel, inhoudende dat de overheid de doelen die zij stelt, uitgaande van de noodzaak deze door overheidsinterventie in de samenleving te realiseren, steeds met een zo gering mogelijke last voor betrokken burgers moet trachten te realiseren.³⁵

Naast het autonomie-beginsel is van belang dat in de democratische rechtsstaat autonome burgers ten overstaan van de overheid individueel gelijkwaardig zijn en derhalve gelijkwaardig vrij zijn om zich te ontplooien en zij -bijgevolg- een gelijk recht hebben op respect door en zorg van de overheid (hierna het *beginsel van de gelijkwaardige behandeling*). Deze gelijkwaardige vrijheid houdt enerzijds verband met de gelijke mogelijkheid tot persoonlijke ontplooiing. Het betreft hier de subjectivistische reflex op het non-identificatiebeginsel. Naast de eerder besproken (objectieve) evenredigheid in abstracto (als aspiratie gericht op een zo groot mogelijk netto-belangenresultaat), staat de evenredigheid in concreto. Deze houdt in dat de overheid dient te voorkomen dat uit hoofde van het algemeen belang, bijzondere belangen van particulieren zodanig worden geschaad dat de gelijkheid van burgers ten overstaan van de overheid (kortweg de publiekrechtelijke gelijkwaardigheid) in het geding is. Dit dient dan, onder omstandigheden, aanleiding te zijn tot correctie van de rechtsvorming, bij voorbeeld door bestuurscompensatie - vergelijk het zogenoemde *égalité devant les charges publiques*-beginsel (dat ziet op niet-onevenredigheid voor de publieke last).³⁶

2.4 Objectief publiekrecht

Binnen een *democratische* rechtsstaat is het essentieel dat het objectief recht meerdere rechtspolitieke idealen kan accommoderen. Essentieel voor de democratie is immers de mogelijkheid van wisselende meerderheden en bijgevolg van rechtspolitieke wisselingen. Het objectief publiekrecht moet dergelijke veranderingen niet alleen toelaten, het moet dergelijke veranderingen ook mogelijk maken. Dit is één van de belangrijkste elementen in de democratische rechtsstaat: het open, bemiddelende karakter van het objectief publiekrecht, opdat wijziging van standpunten -een minderheidsopvatting die meerderheidsopvatting wordt- mogelijk is.

In dat verband maak ik een onderscheid tussen een 'harde kern' van het objectief publiekrecht, een 'binnenste ring' van nadere beginselen en constitutionele regelingen en een 'omringende schil' van algemeen geldende producten van rechtsvorming door de overheid. De harde kern bevat de beginselen waarop de democratische rechtsstaat steunt. Deze fundering heb ik hiervoor beschreven: in § 2 de rechtsstatelijke beginselen (machtenscheiding, legitimiteit, rechtszekerheid en het verbod van willekeur) en de beginselen van de democratische rechtsstaat (dienende overheid, democratie, autonomie en gelijke behandeling).³⁷ De binnenste ring omvat beginselen die zijn geënt op de grondbeginselen uit

34. Men zou het noodzaakbeginsel ook kunnen interpreteren als een uitgangspunt dat er voor pleit dat de overheid eerst nadrukkelijk onderzoekt of het algemeen belang in een bepaalde context ook door het ondersteunen van zelfregulering of door indirecte regulering kan worden bereikt.

35. Ik zie niet in dat de rechter hierin marginaal zou toetsen (zie ook noot 28). Wel is voorstelbaar dat hij zich ten aanzien van de waardering van de relevante feiten terughoudend opstelt (is sprake van een niet onredelijke, althans niet onzorgvuldige vaststelling van de relevante feiten door het bestuur?). Vgl. hierover mijn diss., Normstelling en expertise, RL (thans UM) 1993.

36. Vgl. Teunissen, prft, a.w. die de verdelende rechtvaardigheid voor de 'publiekrechtelijke sfeer' plaatst naast de vergeldende rechtvaardigheid voor de 'private sfeer'. Ook hier geldt, ten aanzien van de indringendheid van het rechterlijk oordeel, hetgeen ik opmerkte in de voorgaande noot, alsmede in noot 28).

37. Voorstelbaar is dat we ook binnen deze kern nog een cirkel aanbrenge, te weten tussen de rechtsstatelijke beginselen en de democratisch-rechtsstatelijke beginselen. Wat mij betreft is echter toch sprake van een zekere inkleuring of osmose tussen beide categorieën.

de harde kern en die specifiek naar de statelijke rechtsorde in kwestie zijn gevormd, ik denk aan de grondrechtencatalogus, de organisatie van de statelijke rechtsorde en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De 'omringende schil' bestaat uit de rechtsvormende producten van de overheid als vrucht van de behartiging van het algemeen belang. Er zijn momenten dat ik mij in gemoede afvraag of hetgeen wij daar aantreffen, zelfs als het formele wetten betreft, eigenlijk wel Recht mag heten. Misschien is de term beleid(srecht) meer op zijn plaats.

Het aldus gehanteerde beeld rust op mijn premisse van een beginselmatige grondslag van het recht, in het bijzonder het publiekrecht. Die premisse ligt weer besloten in een cultuurrechtelijke of interactionistische benadering. Typerend daarvoor is, toegespitst op het publiekrecht, dat de overheid als een *fait accompli* wordt opgevat, als een fenomeen dat zich aan de samenleving heeft 'opgedrongen'. De ontwikkeling van de absolutistische overheidsstaat tot de democratische rechtsstaat zie ik als een emancipatieproces, waarin op grondslag van bestendige opvattingen over en verwachtingen en gedragingen in het verkeer tussen overheid en burgers, de overheid in toenemende mate juridisch is ingesnoerd. De overheid is in juridisch opzicht gaandeweg steeds nadrukkelijker verantwoordelijkheid verschuldigd tegenover de samenleving en (met name) de burgers daarbinnen. Die verantwoordingsplicht ligt primair besloten in de acceptatie van rechtsbeginselen. Daarin zullen bestendige opvattingen over de verantwoordelijkheid van de overheid vaak eerst als een aspiratie naar voren komen. Bestendigheid is een belangrijk element dat samenhangt met de algemene rechtstatelijke notie van bestendiging en continuïteit van de rechtsorde. Ook hangt het samen met het perspectief van de emancipatie van de samenleving en de dienende overheid. Rechtsbeginselen moeten door de samenleving (breed) worden gedragen, met aanspraak op herhaalde toepasbaarheid. Die aanspraak kan ook alleen in hun objectieve karakter zijn gelegen, in het feit dat ze niet het belang van één of enkele personen uitdragen, maar daarvoor juist behoeden. Bestendigheid behelst dan tevens dat beginselen eigenlijk reeds als aspiratie in het verkeer tussen overheid en burger moeten zijn te ontwaren, omdat zij een juridische reflectie vormen van een positief of negatief ervaren praktijk. Op grondslag van beginselen als juridische aspiratie, kunnen concretisering worden aangebracht door wettelijke normen of rechterlijke uitspraken. Aldus beschouwd is de kern van het publiekrecht ongeschreven.

Het beeld van de 'harde kern', een 'binnenste ring' en een omringende schil' doet wellicht nogal statisch aan. Het is echter niet zo bedoeld. In de werkelijkheid zullen nieuwe ontwikkelingen in de samenleving (bij enige bestendigheid daarvan) kunnen leiden tot wijzigingen in de inhoud van schil, ring en kern. Te verwachten valt dat eerst in de schil veranderingen zullen optreden. Met aanvullende rechtsvorming zal de overheid aan nieuwe verwachtingen en verantwoordelijkheden trachten recht te doen. Naarmate een nieuwe trend krachtiger is zal het effect daarvan echter dieper doordringen. Uiterste consequentie kan zijn dat zelfs de 'harde -ongeschreven- kern' wordt beïnvloed.³⁸

We moeten goed voor ogen houden dat uit de 'harde kern' en de 'omringende schil' van het objectieve publiekrecht niet logisch-dwingend één concreet-inhoudelijk bepaald overheidsdoel kan worden afgeleid. De objectieve beginselen van de democratische rechtsstaat bieden in positieve zin een formele grondslag voor de determinatie van het algemeen belang. In negatieve zin is daarbij wel sprake van een materiële begrenzing: bepaalde handelingen zijn uitgesloten, zoals overheidshandelen in het belang van de gezagsdragers zelf. In positief-materiële zin is er geen andere leidraad dan dat het algemeen belang behartigd dient te worden op democratische grondslag. In het democratisch discours dient dan de materiële grondslag voor het overheidsoptreden (het specifieke doel van specifieke overheidsinterventies) te worden bepaald. Uiteraard kunnen de voornoemde beginselen daarin een inspiratiebron vormen, zoals bij voorbeeld geldt voor de sociale grondrechten (van de binnenste ring), maar de overheid als rechtsvormer kan het algemeen belang op verschillende wijze definiëren en de behartiging daarvan op verschillende manieren nader normeren. Daarin komt -in vergelijkbare zin als

38. Het beeld is ontleend aan de wetenschapsfilosofie van Lakatos. Vgl. in dit verband ook A. H. de Wild, *De rationaliteit van het rechterlijk oordeel*, diss., Deventer 1979. Notabene: het ongeschreven recht is dus het 'taaiest' omdat het zich 'als regel' minder snel zal aanpassen. In uiterste consequentie zou het immers ook gaan om het verwerpen van de idee van de *democratische rechtsstaat*.

waarin Boasson de term heeft opgeworpen- het cultuurmoment van het publiekrecht naar voren. Dit uit zich in de nadere codificatie van het recht door de overheid en een zich verder ontwikkelen van ongeschreven recht als fundering en normering van het overheidsoptreden, alsmede -tenslotte- in de individuele bestuursbesluiten.³⁹ In dat cultuurmoment kunnen ook bestendige opvattingen over collectieve waardeverdeling als geschreven en ongeschreven normen (denk aan het materiële gelijkheidsbeginsel) tot uitdrukking komen. Deze mag men echter niet zien als een enkelvoudig positief-inhoudelijk doel van het objectief publiekrecht (of zelfs van de democratische rechtsstaat), zoals 'het maximaliseren van de gelijke vrijheid van alle burgers', de 'maximering van welvaart en welzijn', of het bereiken van enige 'heilstatelijke' vorm.⁴⁰ Het objectief publiekrecht behoudt steeds een open karakter. Daarvoor is een openbaar politiek en juridisch discours vereist, omdat dit de ontwikkeling en erkenning van het ongeschreven recht faciliteert en de samenleving langs democratische weg de normstelling door de overheid kan aansturen. Aldus zal het objectief publiekrecht een basis kunnen bieden voor een wisseling van rechtspolitieke 'paradigmata' en zich daaraan zelf ook kunnen accommoderen.

2.5 - Legitimiteit en algemeen belang

Geldt op voet van het voorgaande (ook) in het publiekrecht het credo: 'Anything goes'? Het antwoord is ja, als we er op uit zijn een blijvende, inhoudelijk gesloten, welhaast empirische fundering van het publiekrecht te definiëren. Het antwoord is nee, als men allereerst erkent dat steeds een normatief vertrekpunt nodig is om een bepaalde rechtsordening te kunnen funderen. De eerder besproken grondbeginselen bieden een dergelijke fundering en hun kracht is juist gelegen in het feit dat gegeven hun aard het publiekrecht een open systeem blijft en dus verandering mogelijk wordt gemaakt zonder dat de rechtsorde zelf op de helling moet en burgers niet zonder het risico dat zij al hun feitelijke en rechtsbelangen verspelen de rechtsorde kunnen kritiseren. Dan gaat 'anything goes' niet op in de populaire zin van 'doe maar wat, 't is allemaal wel goed!', maar juist in de positieve zin -die ook Feyerabend⁴¹ daarbij in gedachte had- namelijk dat er ruimte moet bestaan om dingen eens even anders aan te pakken om dan later te bezien of dat, *gemeten aan het bestaande en de bestaande aanpak*, tot betere resultaten leidt. Uiteindelijk gaat het dan -in het recht- om de menselijke waardigheid als een open concept⁴²

Ik neem daarom de voorbesproken grondbeginselen als uitgangspunt. Voor het onderwerp van deze bijdrage is het door het democratie-beginsel gelegitimeerde normatief primaat van de regeermacht daarin een hoeksteen; zij het onder gelijktijdige erkenning van onmisbare rol van de rechter, als gezaghebbend vertolker van met name het ongeschreven recht.

Kortom, de rechtsvormende bevoegdheid van de overheid ligt besloten in de objectieve dimensie van de democratische rechtsstaat. Op basis van het democratie-beginsel dient de materiële grondslag voor de behartiging van het algemeen belang te worden ontwikkeld. Aldus kan het democratie-beginsel vanwege het daarin rustende 'normatieve primaat' zelfstandig de grondslag vormen voor rechtsvorming; hetgeen niet voor de andere beginselen geldt. Het beginsel van de dienende overheid en het non-identificatiebeginsel kunnen immers geen positief, concreet inhoudelijk richtsnoer voor de determinatie van het algemeen belang genereren. Daarin ligt juist wel de kracht van het democratie-beginsel. De beginselen uit de subjectieve dimensie hebben primair een beschermend of afweerkarakter. Ook zij kunnen niet zelfstandig basis vormen voor rechtsvorming.

Niet zelden zien we dat de eis van een democratische grondslag wordt vernauwd tot de legaliteitseis. Zolang de bevoegdheid tot rechtsvorming maar op de Grondwet of een wet in formele zin is te

39. J.J. Boasson, De rechter tegenover de vrijheid van de administratie, diss. Groningen 1911. Hij reserveert de term vooral voor de vraag hoe in concreto het algemeen belang tegen de bijzondere belangen van betrokkenen moet worden afgewogen. dat ligt wat meer in de sfeer van het micro-bestuur, terwijl het in mijn betoog ook om het macro-niveau gaat.

40. Tenzij men direct en onomwonden erkent dat deze geen dwingend normatieve betekenis hebben.

41. Feyerabend, Paul, Against method: outline of an Anarchistic Theory of Knowledge, London 1975.

42. In de kern is dit natuurlijk een moralistische waarschuwing voor vooringenomenheid ('Kijk eens hoe goed wij het voor elkaar hebben!') en de mogelijke prijs daarvan (geweld en onderdrukking). Als dat niet een rechtens relevant vertrekpunt mag heten, ben ik geen jurist!

herleiden, is het in orde. Daarmee is immers de betrokkenheid van de hoogste volksvertegenwoordiging, te onzent de Staten Generaal, verzekerd. Waar bevoegdheden voortvloeien uit verordeningen van lokale overheden is -getrapt- ook op dat niveau nog een volksvertegenwoordiging aan het werk. Een en ander dient het democratiebeginsel, terwijl de wettelijke vorm ook de gelijkheid, de evenredigheid en de rechtszekerheid bevordert. Ook de kans op willekeur wordt erdoor verminderd en het autonomie-beginsel wordt gediend doordat vertegenwoordigende organen, naast de rechter, bij uitstek ook de vraag aan de orde kunnen stellen of niet nodeloos (diep) wordt ingegrepen in de belangen van burgers. Ten slotte heeft de legaliteitseis het voordeel van de mogelijkheid om te komen tot een doelmatige ordening van bevoegdheden en wordt door procedureel verzekerde advisering ook de kwaliteit van de normstelling bevordert. Er valt, kortom, veel ten faveure van de legaliteitseis te zeggen. Punt is echter dat de legaliteitseis niet moet worden verabsoluteerd. We zouden ons van geval tot geval moeten afvragen of toepassing van de legaliteitseis (als confectiepak), bezien vanuit de grondbeginselen van de democratische rechtsstaat, ook aangewezen is. Wellicht is er een beter alternatief (maatpak) voorhanden, waarbij in overeenstemming met de grondbeginselen, vanuit de subjectieve rechtsbelangen van burgers of vanuit het algemeen belang een beter resultaat wordt bereikt.

Een ander motief tot relativering wordt gegeven door Reiner de Winter.⁴³ Hij vraagt zich af hoe zwaar nog aan het legitimiteitsbeginsel moet worden getild. Overheidsoptreden is geen uitzonderlijkheid meer. Burgers zijn tegenwoordig met handen en voeten gebonden aan de overheid en het is niet zozeer een plotseling overheidsingrijpen dat burgers vrezen, als wel het achterwege blijven daarvan. Daarbij komt dat toverformules, zoals het oude art. 28 Politiewet, en de onbedwingbare neiging tot delegatie van bevoegdheden -naar zijn smaak- er een wassen neus van hebben gemaakt. De Winter voegt daar nog art. 18 WAO aan toe, waarin de regering met zoveel woorden wordt toegelaten om 'zo nodig' van de wet af te wijken. In zijn visie zouden we de oude verhalen over de beperktheid van bevoegdheden moeten laten vallen.

Ook Scheltema heeft, op persoonlijke titel,⁴⁴ langs twee wegen zijn scepsis over de hantering van het legaliteitsbeginsel geuit. Allereerst in een bijdrage voor het NJB (onder de titel: Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht)⁴⁵ en vervolgens in zijn afscheidsrede.⁴⁶ Kernpunt in zijn zienswijze is dat het legaliteitsbeginsel niet een echt beginsel is omdat het geen in zichzelf nastrevenswaardig doel inhoudt. Zijns inziens dient dit beginsel rechtszekerheid, gelijkheid en democratie.⁴⁷ Eigenlijk is het legaliteitsbeginsel alleen met het oog op het democratiebeginsel nog echt van belang. Het legaliteitsbeginsel werkt verstorend doordat het niet de voor burgers logische samenhangen tussen problemen c.q. beslissingen als uitgangspunt neemt, maar individuele bevoegdheden (waarmee een verbrokkeling van beleid wordt bestendig).⁴⁸

Volgens Tak, in zijn inleiding bij de bundel Eenzijdig en wederkerig?⁴⁹ lijkt de bevoegdheidsvraag tegenwoordig 'uit', waarmee de wetmatigheidsleer is ingeruild voor de rechtmatigheidsleer. In het concept van de wederkerige rechtsbetrekking is het -bij voorbeeld- gedateerd om nog de eis van een specifieke bevoegdheid te stellen. De overheid is alomtegenwoordig en wordt ook geacht om daar waar bescherming gewenst is in te grijpen.

De stellingname van De Winter en van de aanhangers van de wederkerige rechtsbetrekking in het publiekrecht is mij in die zin te radicaal dat ik vasthoud aan de eis van een bevoegdheidsgrondslag voor alle overheidsoptreden (ook het meerzijdige!).⁵⁰ Het enkele feit dat burgers voor bijkans elk

43. Reiner de Winter, *Azen op tegenslag*, Lelystad 1994, p. 14-19.

44. Niet onbelangrijk gelet op zijn functie als regeringscommissaris voor de algemene regels van bestuursrecht.

45. NJB 1996/33, p. 1355-1361, reacties A.Q.C. Tak in NTB'96/9, p. 299 e.v., Eveline van der Linden en schrijver dezes in NJB 1996/43, p. 1818-1820, met naschrift Scheltema (verwijzend naar zijn toen nog uit te spreken afscheidsrede).

46. Onder de titel: *De wondere wereld van het bestuursrecht*, Deventer 1997.

47. NJB, p. 1358. In zijn rede ligt het accent meer op rechtszekerheid (p. 1-10) en democratie (p. 10-11).

48. A.w., p. 1359.

49. A.w., p. 3-4.

50. De enkele 'instemming' van een burger in de vorm van een overeenkomst met de overheid is niet voldoende. Ik kom

ongemak de overheid verantwoordelijk houden, wil naar mijn smaak nog niet zeggen dat zij -en de samenleving 'als geheel'- de overheid dan verder maar vrij baan willen geven. Ook zal de consequentie van het loslaten van een expliciete (d.w.z. specifieke en exclusieve) bevoegdheidsgrondslag waarschijnlijk zijn dat het normatief primaat van de democratie nog verder aan betekenis inboet dan thans reeds het geval is. De vraag is of daarmee niet juist het paard achter de wagen wordt gespannen en of dat niet tevens een ongewenste verzwaring van de taak van de rechter zal meebrengen. Deze zal dan immers gevraagd worden de algemene normen te stellen die anders zouden zijn gegeven in de desbetreffende bevoegdheidstoekennende regeling. Anderzijds sluit de kritiek wel aan bij het slot van de vorige alinea, dat het juist uit het oogpunt van de dienende overheid nodig kan zijn de legaliteitseis te relativiseren. De vraag is dus of het legitimitieitsbeginsel ook steeds de legaliteitseis impliceert. Met Scheltema luidt mijn antwoord daarop negatief. Maar, indachtig de opmerking van Kortmann, aangehaald in de inleiding van deze bijdrage, is het dan wel zaak een beroep op een buitenwettelijke bevoegdheid kritisch te bezien. Zouden wij dat niet doen en niet meer spreken over 'expliciete bevoegdheden', dan zou het legitimitieitsbeginsel inderdaad zijn waarde verliezen (en 'de beer los zijn'). Daarover -niet over die beer, maar over de bevoegdheidseis- gaat de volgende paragraaf.

Eerst wil ik echter nog een -laatste- opmerking maken over de behartiging van het algemeen belang, want in functie daarvan is de kwestie van de legitimititeit hier aan de orde.

In mijn visie behartigt alleen de formele wetgever ten volle het algemeen belang. Eigenlijk heeft de formele wetgever, positiefrechtelijke 'belemmeringen' daargelaten⁵¹, slechts te maken met het feit dat hij niets dan het algemeen belang mag behartigen. Zolang bijzondere belangen maar niet het zelfstandig doel worden, mag en moet de wetgever in de volle breedte afwegen en is prioritering tussen diverse algemene belangen een zaak van de wetgever zelf. Als deze wetgever dan in het algemeen belang wetten vaststelt, worden in feite specifieke algemene belangen geconcretiseerd. Met Teunissen kan men in dat verband spreken van publiekrechtelijke belangen, afgeleid uit het algemeen belang.⁵² Indien in die wetten bestuursbevoegdheden zijn gegeven, heeft het bestuur bij de uitoefening daarvan niet als taak *het* algemeen belang te behartigen maar 'slechts' publiekrechtelijke belangen. Indachtig het specialiteitsbeginsel is (ipso iure) sprake van een beperking naar het doel van de toegekende bevoegdheid. Het opleggen van andere beperkingen aan burgers dan uit hoofde van het desbetreffende publiekrechtelijke belang is uitgesloten. Op grond van het beginsel van de dienende overheid zal het bestuur overigens wel steeds, waar een bevoegdheid daartoe ruimte laat, andere publiekrechtelijke belangen in de afweging moeten betrekken. Daarbij dient echter de effectuering van de behartiging van het desbetreffende publiekrechtelijke belang voorop te staan. Andere publiekrechtelijke belangen mogen echter niet worden genegeerd, zolang de regel 'beperkingen niet dan uit hoofde van het doel van de bevoegdheid' maar wordt gerespecteerd.⁵³⁵⁴ Overigens zijn natuurlijk ook ten aanzien van het bestuur alle andere geschreven en ongeschreven normen van kracht, maar waar het hier om gaat is dat de belangenbehartiging door het bestuur veel nadrukkelijker wordt genormeerd doordat een bepaald publiekrechtelijk belang voorop is gesteld; er is hier dus wel een prioritering vooraf. Ook de belangenbehartiging bij wetgeving binnen gemeenten, provincies, waterschappen en andere openbare lichamen is beperkter dan die van de formele wetgever. De beperktheid van hun afwegingsruimte ligt echter besloten in hun taakomschrijving: het gemeentelijk of provinciaal belang, de taakbehartiging volgens een eigen reglement en dergelijke. De aldus omliggende belangen

daarop nog terug.

51. Zoals met name internationale regelgeving.

52. Teunissen, diss, a.w., p. 233-235.

53. Ergo, een milieuvergunning zou, niettegenstaande milieubezwaren wel kunnen worden verleend als andere -zwaarwegende(!)- publiekrechtelijke belangen dat verlangen (denk aan werkgelegenheid), mits het te behartigen belang dan wel zo effectief mogelijk wordt behartigd (voorwaarden, compensatie door andere milieumaatregelen op kosten van aanvrager of overheid). Eveneens ergo: een subsidie kan uit hoofde van andere -zwaarwegende(!)- publiekrechtelijke belangen met voorwaarden gepaard gaan, zolang het oogmerk van subsidiëring niet wordt doorkruist en de ontvanger van de subsidie niet met beperkingen wordt geconfronteerd waardoor de beoogde activiteit redelijkerwijs niet kan worden verwezenlijkt of andere, reeds bestaande activiteiten (in de wijze waarop zij worden verricht) worden verstoord of belemmerd.

54. Vgl. over de mogelijkheid om andere publiekrechtelijke belangen bij de afweging te betrekken, PG Awb1, p. 68.

moeten echter wel weer algemeen worden afgewogen en in die zin is er wel weer 'vrijheid' tot prioritering. Mede vanuit dit perspectief beschouwd, is het realistisch dat, het medebewind nog daargelaten, kijkend naar art. 1:1 Awb alleen de formele wetgever nog een echte wetgever is en niet een bestuursorgaan.

Met deze kleine precisering op het punt van de belangenafweging is de verkenning van de grondbeginselen voltooid. Ook is een voorschot gegeven op wat volgt. Het centrale uitgangspunt is dat rechtsvorming door de overheid uit hoofde van het legitimiteitsbeginsel zijn grondslag moet vinden in het recht. Klassiek is nu te zeggen dat dit kan zijn geschreven of ongeschreven recht. Ik stel echter voorop dat de basis ligt in het ongeschreven recht, te weten de eerdergenoemde grondbeginselen van de democratische rechtsstaat. Het democratiebeginsel geeft daarbij een invulling van het legitimiteitsbeginsel. Op basis daarvan ligt het normatief primaat bij de volksvertegenwoordiging. In het democratisch discours wordt de materiële bevoegdheidsgrondslag bepaald. De wijze waarop dat geschiedt kan verschillen. Het credo daarbij luidt: hoe ingrijpender de interventie, des te zwaarder de eisen. In het 'zwaarste geval' geldt dat de norm niet alleen met medewerking van de volksvertegenwoordiging wordt vastgesteld, maar dat ook de (andere) materiële beginselen van de rechtsstaat, in het bijzonder de rechtszekerheid/het verbod van willekeur, in het besluit zijn verankerd.⁵⁵ Dan hebben we het feitelijk over de wetsvormen, c.q. over de legaliteitseis. In andere, minder zware gevallen is voorstelbaar dat de legaliteitseis niet geldt. Hoe dan te redeneren komt in het vervolg aan de orde.

3. Specifieke bevoegdheden

Indachtig het normatief primaat van het democratie-beginsel voor de legitimatie van het overheidshandelen staat thans de vraag voorop wanneer een overheidsbevoegdheid expliciet door een volksvertegenwoordiging moet zijn toegekend (en zo nodig genormeerd). Voor zover daaruit blijkt dat dit niet het geval is, zal worden bezien welke eisen, gegeven het normatieve primaat van het democratie-beginsel, aan de bevoegdheidsgrondslag gesteld moeten worden.

Bij de nadere analyse zal ik gebruik maken van het onderscheid tussen bestuursbevoegdheden tot normstelling in abstracto en normstelling in concreto. Het onderscheid 'in abstracto' - 'in concreto' behelst het volgende: normstelling in abstracto betreft voor herhaalde toepassing vatbare voorschriften, of, anders gezegd, normstelling voor een open groep van personen; normstelling in concreto betreft het geven van bindende voorschriften voor één of enkele personen, of, anders gezegd, voor een gesloten groep van (dus met name te noemen) personen. Men kan overigens betogen dat normstelling in concreto niets meer is dan de concretisering van een norm in abstracto in termen van de rechten en/of plichten van één of enkele met name te noemen personen. Het is dus eigenlijk meer rechtsvaststelling dan rechtsvorming (zoals dat in de inleiding tot deze bijdrage is geformuleerd). Alleen bij een beleidsvrije bevoegdheid, inhoudende dat door het bestuur in één en hetzelfde geval meerdere rechtens juiste beslissingen genomen kunnen worden, kan sprake zijn van een werkelijk normatieve, rechtsvormende dimensie kan bij normstelling in concreto. Zo opgevat behelst een beleidsvrije bevoegdheid tot normstelling in concreto eigenlijk impliciet de bevoegdheid tot normstelling in abstracto.⁵⁶ De toekenning van de bevoegdheid tot normstelling in concreto zal zijn gelegen in het mogelijk maken van maatwerk, hetgeen meebrengt dat niet in de vorm van een algemeen verbindend voorschrift -en dus in een nadere normstelling in abstracto- een verdere beperking van de bevoegdheid tot concrete normstelling mag worden aangebracht. Alleen door het formuleren van het eigen beleid (al dan niet in de vorm van een beleidsregel) is nadere (zelf)normering mogelijk. Reeds uit de inherente afwijkingsbevoegdheid volgt dat de beleidsregel niet bij voorbaat ten nadele van

55. Het beginsel van de machtenscheiding zie ik primair als een formeel beginsel van de rechtsstaat. Ook het legitimiteitsbeginsel. Dat wordt materieel door de verbinding met het democratiebeginsel. De aard van het democratiebeginsel brengt mee dat de materiële grondslag uiteindelijk in het politieke discours wordt vastgesteld.

56. Men moet goed letten op het onderscheid tussen normstelling en rechtsvorming! Vgl. wat de beleidsvrijheid bij normstelling in concreto betreft ook de kritische aantekening van F.A.M. Stroink bij Petroleumkachels Jamin, HR 25 januari 1926, in: F.H. van der Burg et al. (red.), AB-klassiek, p. 43-51, m.n. p. 45.

burgers beperkingen kan meebrengen die niet voortvloeien uit de bevoegdheid zelf.⁵⁷

3.1 De bevoegdheid tot normstelling

Scheltema stelde in zijn eerder aangehaalde bedenking over het legaliteitsbeginsel dat eigenlijk alleen richtinggevend besluiten een wettelijke vorm behoeven en dat het de wetgever zelf zou moeten zijn die uitmaakt welke besluiten dat zouden moeten zijn. E.e.a. met die beperking dat de (grond)wetgever wezenlijke punten waarop wetgeving nodig is moet aangeven.⁵⁸ Bij toekenning van bestuursbevoegdheden zou duidelijk moeten zijn dat voor burgers ingrijpende beslissingen 'gestuurd moeten worden door een uitspraak van de wetgever'.⁵⁹

Uitgaande van het normatief primaat van het democratiebeginsel en de elementair rechtsstatelijke beginselen in zake rechtszekerheid en consistentie (als aspect van het willekeurverbod), is mijn uitgangspunt dat algemeen verbindende voorschriften (normstelling in abstracto - de echte rechtsvorming) dienen te worden vastgesteld door een vertegenwoordigend orgaan maar, in beginsel ook kunnen worden vastgesteld door een direct onder toezicht van een vertegenwoordigend orgaan staand bestuursorgaan. In beginsel wil hier zeggen dat die mogelijkheid in bepaalde gevallen, als het zwaarwegende aangelegenheden betreft achterwege zou moeten blijven. Ik denk daarbij aan de volgende gevallen:

3.1.1 Als het gaat om een beperking of nadere regeling van de reikwijdte van (geschreven of ongeschreven) grond- en mensenrechten, zal (mede) door een volksvertegenwoordiging een normatief kader moeten worden gegeven voor de mate waarin inbreuken mogelijk zijn en hoe nadere regeling vorm kan krijgen. Daarbij kan ook worden bepaald of delegatie van de bevoegdheid tot normstelling in abstracto tot de mogelijkheid zal behoren; zonder een dergelijke bepaling moet worden aangenomen dat die mogelijkheid ontbreekt.

Het is niet slechts een kwestie van 'politieke opportuniteit' of de volksvertegenwoordiging in deze een rol speelt. De grond- en mensenrechten bieden een goed aanknopingspunt om de 'countervailing power' van de rechter te activeren. De rechter kan de volksvertegenwoordiging erop aanspreken zijn verantwoordelijkheid te nemen, zoals we dat ook zagen in de bekende zaak van het Jodiumhoudend broodzout. Aldus kan hij een belangrijke rol spelen, ter bescherming van de autonomie van burgers. Gelijk dat nu al geldt, zal de grondwetgever kunnen aangeven dat inbreuken op bepaalde grondrechten slechts in de vorm of op grondslag van een (formeel)wettelijke basis mogelijk zijn. Als regel zal de rol van de volksvertegenwoordiging vooral van belang zijn ten aanzien van ongeschreven grondrechten. De rechter zal te dien aanzien kunnen aangeven dat de volksvertegenwoordiging zich vooreerst expliciet heeft uit te laten over de toelaatbaarheid van inbreuken op dergelijke grondrechten door eenzijdig bindende rechtsvorming anders dan bij of op grondslag van een wet (in formele zin). De rechter zou de regering moeten opdragen de zaak aan de Staten-Generaal voor te leggen. Omdat ik hecht aan een actieve democratie zou ik de politieke opportuniteit vervolgens voorop willen stellen: de Staten-Generaal zou zelf moeten bepalen of het een wettelijke regeling noodzakelijk acht of niet. Dat is in lijn met de erkenning van het normatief primaat. Het is dan uiteindelijk de volksvertegenwoordiging die beslist 'of het onderwerp de wettelijke vorm verlangt'.⁶⁰

3.1.2 Als het gaat om de bestuursbevoegdheid tot strafbaarstelling van bepaalde gedragingen is het noodzakelijk dat de bevoegdheidstoekenning kan worden herleid tot een wet in formele zin of de Grondwet. Dit uitgangspunt, dat ook in art. 1 Sr en art. 89, tweede en vierde lid GW ligt besloten,

57. Zie mijn, *Beleidsregels: naar een nieuwe catechismus voor 'ambtelijke bijbels'*, NTB 1995/4, p. 81 e.v., m.n. p. 84, en mijn annotatie bij *Café-bedrijf Meers*, Pres. Rechtbank Maastricht, 24 februari 1995, in: L.J.A. Damen et al. (red), *Rechtspraak bestuursrecht: de annotaties 1994/1995*, p. 175 e.v.

58. A.w., p. 1360.

59. A.w., p. 1359.

60. Uit een oogpunt van een grotere invloed van de rechter zou ook denkbaar zijn dat de rechter de wettelijke vorm kan 'bevelen', eenvoudig vanwege de andere waarborgen die daaraan verbonden zijn-en uiteraard met afstand tot de inhoud van die regeling.

wordt algemeen als vanzelfsprekend aanvaard. De rol van de rechter is in dit opzicht ook helder: als een wettelijke grondslag ontbreekt is de strafbepaling onverbindend.

3.1.3 Ik heb lang nagedacht over de vraag of het ingeval we van doen hebben met de bevoegdheid tot rechtsvorming (normstelling in abstracto) die, in aansluiting op de bewoordingen van art. 6 EVRM, een 'determination of civil rights and obligations' behelst⁶¹, noodzakelijk is dat normstelling in abstracto geschiedt door een volksvertegenwoordiging. Mijn (voorlopige?) eindconclusie luidt negatief. Dat geldt ook voor de ruimere categorie van eenzijdig burgers bindende bepalingen (buiten samenloop met 3.1.1 en 3.1.2).⁶² In al deze gevallen zie ik geen bezwaar tegen uitoefening van deze bevoegdheid door een direct onder democratisch toezicht staand bestuursorgaan. Daarmee wil ik vooral ruimte bieden aan het aspect van de 'politieke opportuniteit'. Hier zijn we mijns inziens op een terrein waar de democratie zichzelf moet bewijzen. Praktisch betekent dit dat onder direct toezicht van de volksvertegenwoordiging staande bestuursorganen⁶³ algemeen verbindende voorschriften kunnen geven, tenzij het vertegenwoordigend orgaan zich in casu die bevoegdheid voorbehoudt. Of dit zo is, is een zaak van politieke opportuniteit. Dat brengt mee dat de rechter in deze categorie van gevallen niet als taak heeft het normatief primaat van de democratie te waarborgen (door voor te schrijven dat in een bepaalde kwestie -buiten de gevallen als in 3.1.1 en 3.1.2 bedoeld- de volksvertegenwoordiging normstellend dient op te treden).

Ik ben wel gecharmeerd van de redenering van Jurgens⁶⁴ om, op centraal niveau, uit te gaan van de bevoegdheid van de regering om bij zelfstandige AMvB al hetgeen de regering van belang acht te regelen, tenzij het een zaak betreft waarvan de Staten-Generaal te kennen geven regeling bij wet te prefereren. Of dat laatste het geval is kan op tweeërlei wijze blijken. Enerzijds door toepassing van een (soort) voorhangprocedure op elke zelfstandige AMvB die de regering voornemens is vast te stellen. Anderzijds structureel, doordat de Staten-Generaal er, als onderdeel van de grondwetgevende macht, op kan aandringen dat voor de regeling van bepaalde onderwerpen een formeelwettelijke vorm is voorgeschreven.

Deze aanpak, die na de voornoemde gevallen waarin betrokkenheid van een volksvertegenwoordiging wel is aangewezen, van beperkte omvang zal zijn, is een kleine impuls om de volksvertegenwoordiging te ontdoen van het juk van een plichtmatige wetgevingsarbeid. Het voorbeeld betreft de verhouding tussen Staten-Generaal en de regering, maar ik zou het ruimer willen zien, dus ook op het niveau van openbare lichamen.

3.1.4 Voor het geven van voorschriften zonder burgers bindende kracht wordt de noodzaak van betrokkenheid van de volksvertegenwoordiging, voor zover ik kan zien nergens gesteld. Voor zover het gaat om de inrichting van de overheid vormt de Grondwet natuurlijk een duidelijk uitgangspunt en zodra het een aangelegenheid van de staatsinrichting betreft die daarmee verband houdt, ligt betrokkenheid van de Staten-Generaal natuurlijk voor de hand of is deze (zoals bij wijziging van de Grondwet) zelfs verplicht voorgeschreven.

Een (geheel) andere categorie is het geven van beleidsregels.⁶⁵ Daarvan wordt aangenomen dat zij slechts het bestuur zelf binden en bijgevolg is betrokkenheid van een volksvertegenwoordiging niet aan de orde, tenzij de 'politieke opportuniteit' iets anders meebrengt. De bevoegdheid tot beleidsregelgeving is van oudsher impliciet. Inmiddels is voorzien in een algemene wettelijke grondslag in art. 4:81 Awb. Dit neemt echter niet weg dat steeds een (materiële) specifieke, maar impliciete bevoegdheid moet worden gevonden in een andere bestuursbevoegdheid. In § 3.2 kom ik ook hierop nog terug.

61. Vgl. ook A.Q.C. Tak, boekbespreking F. J. van Ommeren.

62. Voor een specifieke benadering vanuit de theorie van het materiële wetsbegrip vergelijk men, F.J. van Ommeren, De verplichting verankerd, De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip, diss. VU 1996.

63. Hier heb ik niet het oog op vertegenwoordigende lichamen van 'lagere overheden'.

64. E. Jurgens, De mythe van Meerenberg, Over de betrekkelijke legitimatie die uitgaat van medewetgeving door de Staten-Generaal, NJB 1993, p. 1381 e.v.

65. 'Geheel' staat tussen haakjes omdat in de terminologie van de Awb beleidsregels ook de verdeling van bevoegdheden en verantwoordelijkheden kunnen betreffen - vgl art. 10:16 Awb.

De lijn van redeneren in de voorgaande gevallen sluit mijns inziens aan bij hetgeen Scheltema betoogt, al zal de uitwerking misschien minder grote verschuivingen geven dan hij in gedachten heeft. Hier is echter de vraag hoe het (normatief primaat van het) democratie-beginsel tot gelding moet worden gebracht, de leidraad. Mij dunkt dat de aangehouden lijn bepaald geen voeding geeft aan de idee van een 'uitverkoop van de democratie'. De door mij (in 3.1.3) gemaakte uitzondering op de regel waarin de volksvertegenwoordiging abstracte normstelling geeft, sluit betrokkenheid van het parlement niet uit, omdat toch steeds op basis van 'politieke opportuniteit' kan worden ingesprongen.

Formeel-juridisch is de regelgevende bevoegdheid van het bestuur (ik sprak over zelfstandige AMvB's) in algemene zin wel degelijk democratisch gefundeerd, te weten in de Grondwet en in de politieke verantwoordingsplicht! Ten slotte blijft uiteraard staan dat in alle gevallen bij originele en specifieke toekenning van bestuursbevoegdheden een normatief kader wordt gegeven dat uitgangspunt vormt voor behartiging van het desbetreffende publiekrechtelijke belang. Daarin ligt bij voorbeeld ook het uitgangspunt voor de toepassing van het specialiteitsbeginsel.

De volksvertegenwoordiging kan zich uiteraard ook uitspreken in andere vorm dan -tezamen met de regering- bij wet in formele zin. In het bijzonder moeten we daarbij denken aan de vorm van een door de meerderheid van de Tweede Kamer aanvaarde motie. Waarom zou niet ook een motie een voldoende democratisch gefundeerde materiële bevoegdheidsgrondslag kunnen inhouden? Ik stel mij voor dat dit niet uitgesloten is. We moeten echter in de vergelijking met de wet in formele zin, of de zelfstandige AMvB niet vergeten dat bij die laatste rechtsfiguren ook andere beginselen gediend worden, ik noem in het bijzonder de rechtszekerheid, maar men kan ook denken aan de kwalitatieve aspecten in de procedure van totstandkoming van formele wetten en AMvB's (zoals de advisering). Hier speelt, op voet van het beginsel van de dienende overheid, de zorgvuldigheid een belangrijke rol. Het zal mede van de aard van de materie afhankelijk zijn of een motie reeds op zichzelf voldoende grondslag kan zijn voor het aannemen van een bevoegdheid. Vooralsnog houd ik het erop dat moties in samenhang met wel bij wet of zelfstandige AMvB toegekende bevoegdheden basis kunnen vormen voor het aannemen van impliciete bevoegdheden, kortom, dat een bestaande bevoegdheid in het licht van een motie ruimer wordt opgevat dan voor die motie het geval was. Daarbij denk ik echter slechts aan de motie als grondslag voor normstelling in concreto. Voor normstelling in abstracto zou ik niet verder willen gaan dan hetgeen ik hierboven heb gezegd over uitoefening van de bevoegdheid tot normstelling in abstracto door bestuursorganen (met direct democratisch toezicht, bij voorbeeld door toepassing van een 'voorhangprocedure'). Voor normstelling in concreto zou de motie, mits de rechtszekerheid voldoende is gewaarborgd, in aansluiting op een expliciete wettelijke bevoegdheid, grondslag kunnen zijn voor het aannemen van een impliciete bevoegdheid (waarover meer in § 3.2). Het zelfde geldt voor normstelling in concreto op basis van begrotingsposten. Indien door een volksvertegenwoordiging vastgesteld zie ik niet in waarom niet zo mogen worden aangenomen dat uit het reserveren van middelen voor bepaalde doelen niet impliciet zou mogen worden afgeleid dat het desbetreffende bestuursorgaan bevoegd is in functie daarvan de desbetreffende bestemmingen nader te definiëren en uitgaven te doen. In abstracto zou met beleidsregels voorzien kunnen worden in een nadere normering van de bevoegdheidsuitoefening in concreto. Ook wettelijke taakopdrachten zou ik in beginsel willen behandelen op de wijze als voor moties omschreven. Ik laat deze echter verder buiten beschouwing.

3.2 Impliciete bevoegdheden.

Misschien is de lijn van wat gaat volgen nu reeds aangegeven, want zojuist heb ik eigenlijk al een van de meest saillante voorbeelden van een impliciete bevoegdheid gegeven. Maar laat ik schematisch proberen aan te geven wat ik bedoel als ik spreek over impliciete bevoegdheden.

Ik stel voorop dat het nu slechts nog gaat om bestuurlijke bevoegdheden tot normstelling in concreto (hiervoor behandelde ik immers reeds de normstelling in abstracto). Het uitgangspunt blijft ook hier het normatief primaat van het democratiebeginsel en het uitgangspunt dat alleen het democratie-beginsel zelfstandige basis kan vormen tot rechtsvorming (d.w.z. normstelling in

abstracto).⁶⁶ Gegeven het normatief primaat zie ik daarom ook slechts ruimte voor andere (impliciete) bevoegdheden, als deze in een duidelijk herleidbare relatie staan tot een wel expliciet door de wetgever toegekende bevoegdheid en voorts zijn ingegeven ter verwezenlijking van één of meer andere grondbeginselen van de democratische rechtsstaat. Geen verwijzing dus naar 'algemene rechtsbeginselen, al wil ik niet uitsluiten dat rechtsbeginselen uit -bij voorbeeld- het privaatrecht een inspiratie kunnen vormen voor de verdere ontwikkeling van het objectief publiekrecht. Belangrijk zal dan wel zijn of deze beginselen consistent zijn met de grondbeginselen van de democratische rechtsstaat. In feite is het echter niet zo interessant om te spreken over 'algemene rechtsbeginselen' in het publiekrecht, als deze beginselen naar inhoud geheel als een invulling of uitwerking van de publiekrechtelijke grondbeginselen zijn te begrijpen. Hooguit zou dan een gevoel van 'eenheid van recht' worden gediend. Ik denk dat dit mij niet zo zou bekoren, gegeven de principiële verschillen tussen de legitimatie van het handelen van burgers (vanzelfsprekend/op vrij te bepalen doelen gericht) en het handelen van overheidsorganen (niet-vanzelfsprekend/dienend aan het algemeen belang).

Vooreerst zou ik nog een relativering op het normatief primaat van het democratie-beginsel willen aanbrengen. Ik denk daarbij aan het geval van onvoorziene noodsituaties waarin door buitengewone omstandigheden de behartiging van het algemeen belang vordert dat een besluit wordt genomen ook al ontbeert het bestuur daartoe een expliciete wettelijke bevoegdheid of ontbreekt zelfs een wettelijke bevoegdheid waaraan de bevoegdheid tot onverwijld optreden impliciet zou kunnen worden ontleend.⁶⁷ Ik doel hier op strikte noodsituaties, die zich als regel, niet snel voordoen. Ik beschouw een dergelijk geval niet als iets dat geheel los staat van de grondbeginselen van het publiekrecht. Allereerst neem ik het uitgangspunt dat zodra dit mogelijk is alsnog aan de desbetreffende volksvertegenwoordiging rekenschap wordt afgelegd en reeds genomen besluiten mogelijk ook worden afgedekt.⁶⁸ Voorts ga ik er van uit dat de situatie dusdanig is dat moet worden gevreesd voor een ingrijpende aantasting van de rechtsorde, waarmee grondbeginselen direct in het geding komen. Ik denk, naast het postulaat van de waarborging van minimale bestaanszekerheid⁶⁹, aan de rechtszekerheid en de autonomie en de evenredigheid. Ten slotte zal bij de vraag aan welk bestuursorgaan het is om op te treden, een aanknopingspunt worden gezocht bij expliciete of impliciete taakomschrijvingen, waarmee -opnieuw- impliciet wordt aangesloten bij erkende bevoegdheidsverdelingen.

Maar nu de schematische gedachtengang. Deze bestaat uit drie stappen:

1. Ook als de expliciete wettelijke bevoegdheid ontbreekt blijft voor het bestuur, als deel van de regeermacht en dus als deel van de overheid, de taak tot behartiging van het algemeen belang (het beginsel van de dienende overheid) in algemene zin werkzaam. Eerder beschreef ik al hoe het bestuur het ter behartiging opgedragen publiekrechtelijke belang effectief en efficiënt (zonder onnodige lasten) moet behartigen en dat het bestuur daarbij steeds op een maximaal netto-belangenresultaat gericht moet blijven.
2. In de behartiging van dat publiekrechtelijke belang is de wil van de volksvertegenwoordiging het primaire kompas. Dit volgt uit het normatief primaat en dat behelst dat de volksvertegenwoordiging, met normstelling in abstracto, in de vorm van wetten, moties en andere verklaringen, een normatief kader kan aanreiken dat uitgangspunt vormt voor de wijze waarop het belang wordt behartigd en met name welke bevoegdheden daarbij worden aangenomen. Nota bene, het laatste klinkt misschien al als glad ijs, maar we moeten ons realiseren dat algemeen als expliciet erkende bevoegdheden soms eigenlijk enigszins impliciet zijn, zoals bij de bouwvergunning.⁷⁰
3. Noodsituaties daargelaten, is het bestuur slechts zonder expliciete wettelijke bevoegdheids-

66. Indachtig Van Wijks stellingname, 'de norm is per definitie abstract', oogt dit als een pleonasme, maar ik gebruik deze term ook in de zin van normstelling van algemene strekking.

67. Nicolaï c.s., a.w., p. 97.

68. Denk aan de Londense besluitenwetgeving, HR 30 oktober 1946, NJ 737.

69. Met inbegrip van de zekerheden die burgers ontnemen aan privaatrechtelijke aanspraken.

70. Vgl. Nicolaï et al., a.w., p. 93-94. De Woningwet verbiedt in art. 40 lid 1 het bouwen zonder vergunning van B&W, maar nergens wordt de bevoegdheid tot vergunningverlening expliciet aan B&W toegekend.

grondslag bevoegd tot normstelling in concreto indien:

- a. daarbij in abstracto of in concreto wordt aangesloten bij een wel wettelijk toegekende bevoegdheid ter behartiging van het zelfde publiekrechtelijke belang en het daarbij aangereikte normatieve kader⁷¹;
- b. de verwezenlijking van één of meer andere kernbeginselen van de democratische rechtsstaat daartoe bijzonder aanleiding geeft (noodzaak);
- c. geen sprake is van een onaanvaardbare doorkruising van bij wet gemaakte verdeling van bestuursbevoegdheden of sprake is van de in § 3.1.1 of § 3.1.2 genoemde gevallen;
- d. geen sprake is van ernstige aantasting van een ander publiekrechtelijke grondbeginsel dan op grond waarvan de bevoegdheid wordt aangenomen (de rechtszekerheid zou een beroep op het beginsel van de dienende overheid kunnen beletten!);
- e. voorts, waar het de uitoefening van de bevoegdheid betreft, op rechtmatige wijze wordt gehandeld.

Als ik in dit schema refereer aan kernbeginselen van de democratische rechtsstaat (vgl. met name 3.b) ga ik er van uit dat we eigenlijk met 'objectieve rechtsplichten' van het bestuur te doen hebben. Mijn uitgangspunt is echter dat deze objectieve rechtsplichten in samenhang met reeds bestaande bevoegdheden bevoegdheden kunnen impliceren, dat wil zeggen dat de overheid op basis daarvan eenzijdig rechten en plichten in het leven kan roepen in functie van een wel bestaande, expliciete, bevoegdheid. De invloed van het beginsel beperkt zich niet tot een interne gedragscode voor het bestuur (zoals een zorgvuldige feitenvaststelling) maar strekt zich uit over het optreden van het bestuur vis a vis de rechten en plichten van burgers.⁷²

Mijns inziens moeten we er voor waken dat we bestuursbevoegdheden niet te beperkt opvatten. Het eerste hierboven genoteerde punt richt zich op de mogelijke miskenning van de plicht van de overheid om steeds naar een maximaal netto-belangenresultaat te streven, hetgeen vanuit het perspectief van het primair te behartigen publiekrechtelijke belang de effectiviteit en efficiëntie van het overheidsoptreden voorop stelt!

Elke expliciete bestuursbevoegdheid behelst in die zin een *opdracht* tot behartiging van een bepaald publiekrechtelijk belang in overeenstemming met de (overige)⁷³ grondbeginselen van de democratische rechtsstaat en de mede op grondslag daarvan specifiek ten aanzien van het functioneren van het overheidsbestuur geldende beginselen -zoals de abbb.

Deze verwijzing naar het beginsel van de dienende overheid schraagt enerzijds het normatief primaat van het democratie-beginsel. Vandaar de verwijzing -onder 2. hierboven naar het democratisch kompas, dat zal moeten worden aangereikt door het vertegenwoordigend lichaam dat met expliciete bevoegdheden het publiekrechtelijke belang in kwestie heeft geconcretiseerd. Daarnaast echter is het besturen bepaald geen gratuite aangelegenheid en moet een effectieve en efficiënte afweging van publiekrechtelijke belangen plaatsvinden. Het gaat niet aan dat de behartiging van een publiekrechtelijk belang verzandt omdat het overheidsbestuur zijn rechtsvormende bevoegdheden te restrictief opvat. Ik denk dat het oogmerk van het streven naar het grootste netto-belangenresultaat in de praktijk van de rechtswetenschap, anders dan in de bestuurswetenschappen, vaak aan het zicht wordt onttrokken, doordat te dien aanzien sprake is van een marginale rechterlijke toetsing.⁷⁴

Let wel, als ik pleit voor een minder restrictieve zienswijze, stel ik beslist niet voor om het specialiteitsbeginsel maar aan de wilgen te hangen. Integendeel! Voor de onderkenning van impliciete bevoegdheden is essentieel dat deze naar doelstelling congruent zijn met een bepaalde expliciete

71. Alleen de wetgever (en de regering bij zelfstandige AMvB) heeft de bevoegdheid op *het* algemeen belang te behartigen. Alles wat volgt is steeds een afgeleide van *het* algemene belang, te weten een publiekrechtelijke belang.

72. Hier ligt een verschilpunt met de in de inleiding aangehaalde positie van Kortmann. Ook I.C. van der Vlies, Zelfstandige schadebesluiten, AAe 46 (1997)9, p. 602-611 (i.h.b. p. 608) gaat o.a. op deze problematiek in.

73. Het voorafgaande staat in het teken van het beginsel van de dienende overheid.

74. Ik gaf dat eerder al aan: de afweging van algemene (publiekrechtelijke) belangen is een 'objectieve' aangelegenheid en kan door de rechter slechts marginaal worden getoetst, de materiële zorgvuldigheid en de égalité devant les charges publiques zijn 'subjectieve beginselen' en kunnen door de rechter 'vol' worden getoetst.

bevoegdheid. In dat opzicht zouden expliciete en impliciete bevoegdheden kunnen worden vertaald met primaire en secundaire bevoegdheden: met een secundaire -impliciete- bevoegdheid vermag een bestuursorgaan nimmer meer te doen dan in functie van de primaire bevoegdheid passend is.⁷⁵ Dit hangt samen met het zogenoemde 'normatieve kader' waarover ik reeds eerder sprak. Bij de vaststelling van expliciete bevoegdheden wordt doorgaans reeds een afwegingskader aangereikt, waarbij af te wegen belangen worden aangeduid en waarbij feiten worden aangegeven waarnaar onderzoek moet worden gedaan en normen waarmee rekening moet worden gehouden of die in acht moeten worden genomen. Ook de toelichting bij een wettelijke regeling of de expliciet toegekende bevoegdheden is daarbij van belang omdat daarmee nader zicht wordt gegeven op de beoogde vorm en mate van belangenbehartiging. Ook beleidsregels, zoals op grond van art. 10:16 en art. 4:81 lid 2 Awb (delegatieregels en allo-beleid) vormen deel van het normatieve kader. Last but not least kunnen ook moties, ook als deze van veel recenter datum zijn dan het toekennen van de expliciete bevoegdheden zelf, het normatief kader verder invullen. In zoverre is het normatieve kader nooit 'af'. Naast het feit dat impliciete bevoegdheden tot normstelling in concreto moeten wijken als het gaat om de beperking van (on)geschreven grondrechten en om de vaststelling van door straffen te handhaven voorschriften, ga ik er -kortom- van uit dat impliciete bevoegdheden ook impliciet worden genormeerd. Dat wil zeggen dat het normatieve kader voor expliciete bevoegdheden mee gaat met, mede op basis van die expliciete bevoegdheden afgeleide impliciete bevoegdheden.

Mijn uitgangspunt voor de bespreking van impliciete bevoegdheden is dat van de bevoegdheid tot normstelling in concreto. De zelfstandige AMvB's en andere vormen van normstelling in abstracto waarover ik hierboven (in § 3.1) sprak, blijven nu buiten beeld. Uitgangspunt van die impliciete bevoegdheid is dat de lijn tussen een vertegenwoordigend orgaan en het normstellend bestuursorgaan, mede door toepassing van voorhangconstructies, zo kort is dat het normatief primaat effectief gehandhaafd wordt. De algemene regels voor bekendmaking van de impliciete normstelling in abstracto⁷⁶ dragen zorg voor de rechtszekerheid, terwijl de abbb de uitoefening van deze impliciete bevoegdheden verder in voldoende mate normeren.

Nu gaat het echter om bevoegdheden tot normstelling in concreto. 'Spectraal' uitgedrukt zal bij de nu te behandelen impliciete bevoegdheden een onderscheid worden gemaakt tussen situaties waarin het bestaan van de primaire (expliciete) bevoegdheid reeds op zich zelf het rechtens relevante rechtsfeit is dat basis vormt voor het aannemen van een impliciete bevoegdheid (algemene impliciete bevoegdheden) en de situatie waarin de impliciete bevoegdheid volgt uit de op basis van een expliciete bevoegdheid ontstane rechtsverhouding tussen één of meer met name te noemen burgers en het bestuur en bijgevolg is gericht op (nadere) normstelling in concreto (bijzondere impliciete bevoegdheden). Ter illustratie vergelijk men het op grondslag van een expliciete bevoegdheid tot normstelling in concreto, indachtig de rechtszekerheid, geven van beleidsregels met het op grond van een uit die zelfde expliciete bevoegdheid in samenhang met opgewekt vertrouwen in de desbetreffende rechtsverhouding 'sine lege of contra legem gaan'.

Met het uitgangspunt van expliciete bevoegdheden tot normstelling in concreto wil ik vervolgens een aantal gevallen, eerst van algemene impliciete bevoegdheden en vervolgens van bijzondere impliciete bevoegdheden op een rij zetten.⁷⁷

3.2.1

Tot de algemene impliciete bevoegdheden reken ik in het bijzonder de impliciete bevoegdheid tot het mede op voet van het rechtszekerheidsbeginsel stellen van beleidsregels. Deze bevoegdheid is thans weliswaar verankerd in de Awb, art. 4:81 Awb, maar rust in feite toch impliciet op een bepaalde expliciete (en primaire) bestuursbevoegdheid. Daarin wordt uiteindelijk de materiële bevoegheids-

75. Vgl mijn eerder aangehaalde artikel over beleidsregels in het NTB 1995.

76. Art. 3:42 Awb of de specifieke wettelijke regels ter zake.

77. De lezer heeft al in de gaten dat ik niet werk op basis van een tweedeling tussen wel of niet eenzijdig verplichtend overheidshandelen, vgl. F.J. van Ommeren, diss. a.w., die dit onderscheid als belangrijke scheidslijn voor de noodzaak van een wettelijke bevoegdheidsgrondslag neemt.

grondslag gevonden. Naar mijn mening is rechtszekerheid de evidente redengeving achter het geven van beleidsregels, zonder dat ik wil ontkennen dat thans ook de verlichting van de motiveringsplicht (art. 4:82 Awb) een belangrijke prikkel kan zijn. De rechtszekerheid verlangt dat discretionaire bevoegdheden zo mogelijk, indachtig ook de aspiraties van de legaliteitseis, worden omgezet in heldere criteria. Dit gaat nog niet zo ver dat bij discretionaire bevoegdheden reeds van een plicht tot beleidsregelgeving kan worden gesproken -althans niet in het algemeen.⁷⁸ Tegelijkertijd kan men zeggen dat juist het discretionaire karakter van de primaire bevoegdheid een belangrijke aanwijzing is dat er ruimte bestaat voor het aannemen van een impliciete bevoegdheid.⁷⁹

Er is nog een andere algemene impliciete bevoegdheid. Op basis van het beginsel van de dienende overheid bieden expliciete bestuursbevoegdheden, expliciete taakomschrijvingen of een expliciete beheersopdracht, mits voldoende duidelijk is dat de uitvoering daarvan de inzet van 'productiemiddelen' vergt, grondslag voor het aannemen van de algemene impliciete bevoegdheid tot het sluiten van overeenkomsten met burgers teneinde de utensiliën te verwerven die nodig zijn om deze bevoegdheden te kunnen uitoefenen resp de opgedragen ta(a)k(en) te kunnen volvoeren. Essentieel is dan wel dat de formele bevoegdheid tot het aangaan van overeenkomsten, zoals neergelegd in het BW, er slechts toe strekt hulpmiddelen te verschaffen tot behartiging van het (volgens de expliciete bevoegdheid, de taak of de beheersopdracht) betrokken belangen. De impliciete bevoegdheid zelf strekt niet zelfstandig tot behartiging van dat belang (resp. die belangen), maar is slechts gericht op het mogelijk maken van de effectuering van primaire bevoegdheden en taken op een efficiënte wijze. Zou wel een zelfstandige belangenbehartiging beoogt zijn, dan zou naar mijn smaak, gelet op het non-identificatiebeginsel en het democratiebeginsel, nog een publiekrechtelijke bestuursbevoegdheid vereist zijn. Daarmee zou in aansluiting op de algemene bevoegdheid die voortvloeit uit art. 2:1 j° 2:5 j° 3:40 BW een voldoende specifieke bevoegdheidsbasis zijn gegeven. Die bevoegdheid kan bij wettelijk voorschrift worden gegeven of bij motie of anderssoortige uitspraak van het desbetreffende vertegenwoordigende lichaam; expliciet of impliciet.⁸⁰ Ik laat dit punt hier echter verder rusten. Van belang is nog dat tot het aangaan van overeenkomsten als hier bedoeld, dat wil zeggen overeenkomsten ter zake van de utensiliën, een afzonderlijk publiekrechtelijk besluit moet worden genomen.⁸¹

3.2.2

Tot de bijzondere impliciete bevoegdheden reken ik -onder meer- de volgende gevallen:⁸²

A. op voet van de eisen die de rechtszekerheid aan een concrete rechtsverhouding stelt en de autonomie van elke individuele burger, de bevoegdheid om tegemoet te komen aan jegens de een burger opgewekte verwachtingen, ook als dit, buiten deze verwachtingen bezien, niet conform de meest optimale toepassing van die bevoegdheid zou zijn. Hoewel we hier doorgaans spreken van schending van het vertrouwensbeginsel gaat het er naar mijn smaak toch om dat het bestuursorgaan waaraan een bevoegdheid is toegekend heeft te hoeden voor een juiste toepassing van die bevoegdheid. Dat impliceert dat het bestuursorgaan heeft in te staan voor verwachtingen die vanuit de eigen kring (van het bevoegd gezag) worden opgewekt. Saillant wordt dit indien vertrouwen is opgewekt dat slechts door contra legem gaan kan worden vergoelijkt. Op dat moment is het bestuursorgaan echt impliciet bezig. Dan is ook het beeld van de bevoegdheid duidelijk, omdat het bestuur dan zelfstandig modaliteiten moet ontwikkelen om de rechtsposities van alle belanghebbenden goed in 'evenwicht' te brengen. Anders dan bij de impliciete bevoegdheid tot beleidsregelgeving wordt deze impliciete bevoegdheid pas actief in een concrete rechtsverhouding.

78. Onder omstandigheden kan dit anders zijn: vgl. mijn bijdrage in: L.J.A. Damen et al. (red.,) Rechtspraak bestuursrecht 1995/1996, p. 1-20 (Taxikostenvoorziening DETAM; CRvB 20 juni 1995).

79. In die zin is art. 4:81 Awb vooral relevant voor beleidsregels die geen verband houden met uitdrukkelijk discretionaire bevoegdheden, zoals ter zake van de uitleg van wettelijke termen.

80. Vgl. voor de impliciete variant HR 8 juli 1991, AB 659 (K&A-Lelystad).

81. Vgl. -expliciet- de toelichting bij art. 1:3 Awb en -impliciet- art. 8:3 Awb.

82. Ondermeer, het navolgende is bedoeld als een schets van enkele voorbeeldredeneringen.

B. op basis van de betekenis van het evenredigheidsbeginsel (als uitvloeisel van de het beginsel van gelijkwaardige behandeling) binnen een concrete rechtsverhouding denk ik aan de volgende impliciete bevoegdheden:

1. de bevoegdheid voor het toekennen van bestuurscompensatie; de bevoegdheid daartoe, vloeit m.i. voort uit het beginsel van de *égalité devant les charges publiques*, als afgeleide van het evenredigheidsbeginsel. Ook hierbij is weer sprake van een primaire bevoegdheid die richtinggevend mag worden geacht voor de bevoegdheid tot bestuurscompensatie. Daaruit volgt onder meer dat de compensatie de effectuering van de primaire bevoegdheid niet mag doorkruisen en evenmin een verdergaande beperking aan (andere) burgers mag opleggen dan op grond van het specialiteitsbeginsel bij de uitoefening van de primaire bevoegdheid mogelijk zou zijn. In recente jurisprudentie inzake het zelfstandige schadebesluit is de bestuurscompensatieproblematiek opnieuw voor het voetlicht getreden.
2. terugvordering van zonder rechtsgrond ontvangen middelen van de overheid. Denkbaar is dat de overheid, zonder enige rechtsstreekse bevoegdheidscontext en ook overigens zonder rechtsgrond bepaalde betalingen doet. Het betreft dan, in burgerrechtelijke termen, onverschuldigde betaling. Mij dunkt dat ook hier de evenredigheidsbeginsel kan meebrengen dat de overheid de middelen kan terugvorderen. Dat zou ook kunnen gelden voor situaties die in het privaatrecht vallen onder de zogenoemde ongerechtvaardigde verrijking, waarbij overigens juist weer wel aan de uitoefening van bepaalde bevoegdheden moet worden gedacht ten gevolge waarvan bepaalde personen onevenredig worden bevoordeeld (*égalité devant les services publiques*, het tegenovergestelde van de bestuurscompensatie-casuïstiek: niet-bevoordeling boven anderen). Mij dunkt dat de impliciete bevoegdheid aanwezig moet worden geacht om het onevenredig voordeel af te romen - mits dit geschiedt op en wijze waarbij (onder andere) de rechtszekerheid en de materiële zorgvuldigheid in acht worden genomen. Voor de goede orde, mijn wijze van redeneren is niet dat ik rechtstreeks aanneem dat sprake is van rechtsbeginsel inhoudende, 'dat hetgeen onverschuldigd is betaald, kan worden teruggevorderd'.⁸³ Essentieel is voor mij het bestaan van een primaire bevoegdheid⁸⁴, en vervolgens de schending van het evenredigheidsbeginsel. Het beginsel van 'terugvorderbaarheid van hetgeen onverschuldigd werd betaald' is congruent met die achtergrond en constitueert aldus een impliciete bevoegdheid.
3. de bevoegdheid tot terugvordering van kosten van handhaving van onrechtmatig handelen van een burger; opnieuw een *sequel* van een primaire bevoegdheid. Uit het oogpunt van evenredigheid (in het bijzonder van de *égalité devant les services publiques*, ofte wel van de niet-bevoordeling boven anderen) komt het mij voor dat hier een impliciete bevoegdheid kan worden aangenomen. In feite is de grondslag daarvoor te vergelijken met die genoemd onder b.⁸⁵

C. indachtig het beginsel van de dienende overheid, toegespitst op de bestuurlijke plicht tot een effectieve en efficiënte doorvoering van een primaire bevoegdheid, acht ik in concrete rechtsverhouding een aantal impliciete bevoegdheden aanwezig. Essentieel is bij deze gevallen dat het niet mag gaan om strafoplegging⁸⁶, terwijl ook daarbuiten de rechtszekerheid niet in het geding mag komen. Die rechtszekerheid speelt te meer nu het beginsel van de dienende overheid een vrij algemene strekking heeft. Waar gaat het om? Ik denk aan twee gevallen:

83. Vgl. de in de inleiding besproken uitspraak van de Afdeling.

84. Voor de Afdeling veeleer het bestaan van een bepaalde rechtsverhouding (of rechtsbetrekking, vgl. de noot van Simon in JB).

85. Overigens weegt ook het beginsel van de dienende overheid, dat een efficiënte effectuering van het algemeen belang verlangt, bij de situaties onder B.2 en B.3 mee. Juist omdat *ten onrechte of uit sanctie* is gehandeld, zou ik me kunnen voorstellen dat daarop een beroep kan worden gedaan. Een beroep op het beginsel van de dienende overheid, dat in feite een vrij brede aspiratie ('efficiënte effectuering') behelst, is het zaak dat de rechtszekerheid in acht wordt genomen. Mij dunkt dat dit bij dit type situaties wel het geval kan zijn.

86. Ik formuleer dat strikt als leedtoevoeging -versus correctie van onrechtmatig handelen door hetgeen feitelijk niet in overeenstemming met de norm geschiedt effectief en efficiënt (met zo min mogelijk lasten voor de betrokken burger) wel met de norm in overeenstemming te brengen.

1. intrekking en wijziging van een vergunning indien zulks ter behartiging van het desbetreffende publiekrechtelijke belang bijzonder aangewezen is (sanering, niet als correctie van onjuist handelen van een burger). Deze bevoegdheid is slechts dan aanwezig als de primaire bevoegdheid een beleidsvrij karakter heeft. Als dit niet zo is, of slechts in zeer beperkte mate zal deze impliciete bevoegdheid afwezig dan wel navenant beperkter zijn. Uiteraard werkt ook hier het specialiteitsbeginsel sterk door. Overigens botst deze impliciete bevoegdheid mogelijk met het rechtszekerheidsbeginsel, hetgeen reden kan zijn om compensatie te bieden en in zware gevallen zelfs tot het achterwege blijven van intrekking (afhankelijk van de aard der betrokken belangen en de omstandigheden van het geval).
2. intrekken of wijzigen van een vergunning bij wijze van correctie van onjuist handelen door een burger; de bevoegdheid daartoe acht ik, ook als geen uitdrukkelijke bevoegdheid is gegeven aanwezig, althans voor zover beperkt tot strikte en proportionele correctie van het onjuiste handelen (eigenlijk bestuursdwang, dat reeds betrekkelijk algemeen is geregeld, o.a. in de Awb). Het betreft samenhang tussen de algemene basisbevoegdheid en het verbod om in strijd met de wet te handelen. Toch moeten we hierbij in het oog houden dat we al snel ook botsen met (on)geschreven grondrechten. Thans geldt toch het uitgangspunt dat voor dit type sanctionering een wettelijke grondslag noodzakelijk zou zijn. Het komt mij voor dat indien deze handhavingsbevoegdheid impliciet zou worden aangenomen, er wel een plicht tot beleidsregelgeving zou mogen worden aangenomen. De rechtszekerheid is hier wel zeer uitdrukkelijk in het geding. Voor de toepassing van dwangmiddelen (bij bestuursdwang, of toepassing van dwangsommen of bestuurlijke boetes) neem ik aan dat wel degelijk een expliciete bevoegdheidsgrondslag is vereist.

D. uit hoofde van het willekeurverbod denk ik aan elke rechtsverhouding waarbij ter voorkoming van schending van het willekeurverbod contra legem moet worden besloten. Veelal zal overigens ook het evenredigheidsbeginsel hierbij in het geding zijn. Ook kan men hier, mede in samenhang met het beginsel van de dienende overheid, denken aan de noodsituatie (rampen e.d.), waarover ik hierboven reeds sprak. Dit is afhankelijk van de vraag of er een relatie ligt met een voldoende expliciete taak of bevoegdheid, c.q. een concrete rechtsverhouding.

E. men kan zich afvragen of het autonomiebeginsel ook impliciete bevoegdheden kan genereren. Misschien heeft het daarvoor te zeer een afweerkarakter ('overheidsonthouding'), maar denkbaar is ook de redenering dat de overheid juist zou moeten proberen (zo veel mogelijk) aan te sluiten bij de vrijheid van burgers tot rechtsvorming. Met dat uitgangspunt en binnen de beperking dat die vrijheid moet worden gerespecteerd en wel gelijkwaardig ten aanzien van alle burgers, zouden we kunnen denken aan de bevoegdheid tot het aangaan van overeenkomsten met particulieren -maar dan met het doel zelfstandig bij te dragen aan de behartiging van het algemeen belang/enig publiekrechtelijk belang. Ik verwijs dan terug naar hetgeen ik hieromtrent, en met name ten aanzien van de noodzaak van een materiële, publiekrechtelijke bevoegdheidsgrondslag *zijdens het bestuur*, in § 3.2.1 onder 6 heb opgemerkt.

Wat mij betreft sluit het autonomiebeginsel uit dat de impliciete bevoegdheid wordt aangenomen tot het instelling van een vordering ex art. 6:162 BW. De bevoegdheid daartoe behoeft een materiële fundering, d.w.z. in aansluiting op art. 2:5 jo art. 6:162 BW zou er naast verwijzing naar een primaire bevoegdheid ook sprake moeten zijn van een expliciete indicatie (wet of motie) dat de volksvertegenwoordiging van oordeel is dat deze weg kan worden bewandeld. Dit houdt mede verband met de eisen die voortvloeien uit de rechtszekerheid.

In theorie is het mogelijk de lijst van impliciete bevoegdheden nog verder uit te breiden. Voor de strekking van mijn betoog lijkt me dat niet echt nodig. Hier heb ik slechts willen aangeven dat het zeer wel mogelijk is om met behoud van het normatief primaat van het democratie-beginsel *in samenhang met andere grondbeginselen van het publiekrecht in de democratische rechtsstaat* een duidelijke fundering te geven voor rechtshandelingen die uit het perspectief van de dienende overheid en de individuele rechtsbedeling (c.q. de bescherming van 'subjectieve rechtsposities') wenselijk of -zelfs- noodzakelijk zijn.

4. Slot

Cruciaal punt voor deze verkenning is voor mij het uitgangspunt recht te doen aan het algemene belang en de individuele rechtsbedeling enerzijds en aan het normatief primaat van de democratie anderzijds. Daarom heb ik in deze bijdrage ook geen bevoegdheden aangenomen op basis van 'algemene rechtsbeginselen', maar slechts op grondslag van grondbeginselen van het publiekrecht, onder erkenning van voornoemd primaat. Niet uitgesloten is dat de publiekrechtelijke doctrine zich laat inspireren door privaatrechtelijke normen, bij voorbeeld omdat zij congruent zijn met het gedachtengoed van de democratische rechtsstaat. Voor de bevoegdheidsproblematiek en de normering van overheidsbevoegdheden stel ik mij echter voor dat alleen het publiekrechtelijk kader (de grondbeginselen) een valabele grondslag kan bieden. Vanuit een 'spectraal perspectief' -een bemiddelend objectief publiekrecht en bestaande expliciete bevoegdheden in samenhang met specifieke grondbeginselen, als grondslag voor impliciete bevoegdheden- heb ik getracht een venster te openen dat enerzijds de legaliteitseis relativeert zonder anderzijds het normatief primaat van de democratie daarvoor op te offeren. De denkrichting die ik heb geschetst is nog enigermate lapidair en eveneens -in elk geval voor mij persoonlijk- nog niet afgerond. Hopelijk worden ook anderen geprikkeld om het vertrekpunt van publiekrechtelijke grondbeginselen, objectieve, publiekrechtelijke, rechtsplichten en (impliciete) bevoegdheden verder te doordenken.