

Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging

141e jaargang/2011-I

Controverses rondom legaliteit en legitimatie

Preadviezen van

W.J.M. Voermans

M.J. Borgers

C.H. Sieburgh

Ontwerp omslag: Corps Ontwerpers, Den Haag

© W.J.M. Voermans, M.J. Borgers, C.H. Sieburgh

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgeverij.

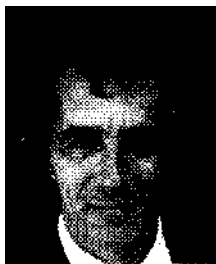
Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h tot en met 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

ISBN 978-90-13-08950-9

NUR 820-102



Wim Voermans (1961) studeerde rechten aan de Universiteit van Tilburg, de Universiteit waar hij later als universitair docent en hoofddocent werkte en in 1995 promoveerde op een proefschrift dat de mogelijkheden van computerondersteuning bij het ontwerpen van wetgeving behandelt. Vanaf 2002 is hij als hoogleraar staatsrecht verbonden aan de Universiteit Leiden. Voermans was tussen 2004 en 2009 voorzitter van de Vereniging voor Wetgeving, hij is vicevoorzitter van de Internationale Vereniging voor Wetgeving, rector van de Europese Academie voor Recht en Wetgeving (EALL) en wetenschappelijk directeur van het Instituut publiekrecht van de faculteit rechtsgeleerdheid (Leiden Law School) van de Universiteit Leiden.

Zie voor meer wetenswaardigheden:

<http://law.leidenuniv.nl/org/publiekrecht/sbrecht/medewerkers/wim-voermans.html>



Matthias Borgers (1973) is na afronding van zijn rechtenstudie aan de Universiteit Maastricht in 1996 als onderzoeker-in-opleiding gaan werken bij de Katholieke Universiteit Brabant. In 2001 is hij daar cum laude gepromoveerd op een proefschrift over de ontnemingsmaatregel. Nadien is hij werkzaam geweest als advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn te Den Haag en als universitair (hoofd)docent aan de Universiteit van Tilburg. Sinds 1 maart 2006 is hij als

hoogleraar straf(proces)recht verbonden aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Matthias Borgers is tevens raadsheer-plaatsvervanger in het gerechtshof Amsterdam en vaste annotator van de Nederlandse Jurisprudentie.



Carla Sieburgh (1969) studeerde Geneeskunde en Rechtsgeleerdheid aan de Rijksuniversiteit Groningen. Na het behalen van haar arts-examen (Universiteit van Amsterdam) was zij van 1995-1999 verbonden aan de vakgroep Privaatrecht en Notarieel recht van de Rijksuniversiteit Groningen, waar zij bij prof. mr. C.J.H. Brunner cum laude promoveerde op 'de toerekening van een onrechtmatige daad'. Van 2000-2002 was zij gerechtsauditeur bij het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad der Nederlanden. Vanaf 2001 is zij Raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof Amsterdam. In 2003 werd zij benoemd tot hoogleraar Burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Sinds 2010 is zij onderzoekshoogleraar aan dezelfde universi-

teit met als leeropdracht Burgerlijk recht, in het bijzonder de Europees-rechtelijke aspecten hiervan.

In haar onderzoek betreft ze naast de beginselen van het Europese recht en het burgerlijke recht onder meer wiskunde, filosofie en straf- en administratief recht. Haar juridische werk legt daarnaast ook verbanden met maatschappelijke ontwikkelingen zoals wrongful life en wrongful birth, legaliteit en legitimiteit en het toenemende belang van Europa.

Zij was gasthoogleraar aan de Katholieke Universiteit Leuven (2000) en aan the University of California in Berkeley (2003) en is dat thans aan de Westfälische Wilhelms-Universität Münster.

Zij was van 2006 tot 2011 lid van De Jonge Akademie en is sinds 2010 lid van de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen. Zij is medeauteur van de vier delen Verbintenissenrecht van de Asser-serie.

Zij is lid van the Common Core of European Private Law (tort-group), van de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland, van de Asser Adviesraad en van de redactie van de serie Monografieën BW.

Inhoud

W.J.M. Voermans

Legaliteit als middel tot een doel 1

M.J. Borgers

De communicatieve strafrechter 103

C.H. Sieburgh

Legitimiteit van de confrontatie van Europees recht en burgerlijk
recht van nationale origine 187

Legaliteit als middel tot een doel

W.J.M. Voermans¹

Inhoudsopgave

1	Adieu à la légalité?	3
1.2	Aanpak: schieten op een bewegend doel	4
1.3	Definities van het legaliteitsbeginsel: rijke variëteit	7
1.4	Functies van het legaliteitsbeginsel	10
2	De ontwikkeling van het legaliteitsbeginsel	14
2.1	Naar Meerenberg: wie mag vrijheden beperken?	16
2.2	Grondwetsherziening 1887: wie mag er beperken en hoe ver mag dat gaan?	17
2.3	Naar het Rogge-arrest: wat is een wet in materiële zin?	18
2.4	Naar het Fluoridering-arrest: wat geldt als ingreep?	19
2.5	Methadonbrief-arrest: wat wordt beperkt of hoe wordt in gegrepen?	20
2.6	Stand van de rechtsontwikkeling	21
2.7	Rol van het legaliteitsbeginsel in recente rechtspraak	25
2.8	Beperkte codificatie van het legaliteitsbeginsel	26
3	Betekenis van het legaliteitsbeginsel voor het bestuur	27
3.1	Aanvaardbaarheid van overheidsoptreden zonder wettelijke basis?	29
3.2	Voldoende specifieke en duidelijke wettelijke basis	30
3.3	Internationale besluiten, met name EU-besluiten, als basis voor optreden van Nederlandse bestuursorganen	32
3.4	EU-besluiten als basis	33
3.6	Internationale besluiten als basis voor overheidsoptreden	36
3.7	Legaliteitsbeginsel als norm voor het bestuur	41

1. Wim Voermans is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en wetenschappelijk directeur van het Instituut Publiekrecht van de faculteit rechtsgeleerdheid van die universiteit. Hij dankt professor Patricia Popelier van de Universiteit van Antwerpen en Leidse collega's professor Janneke Gerards, Jerfi Uzman, professor Willemina den Ouden en Jacobine van den Brink en professor Tom Barkhuysen voor hun waardevolle commentaren en suggesties. Dank ook aan mw. Karolina Pill voor de hulp bij de correctie van de drukproeven en aan Stefan Wissink voor de hulp bij de voorbereiding.

4	Betekenis van het legaliteitsbeginsel voor de wetgever	42
4.1	Het negatieve wetgevingsvoorbehoud	42
4.1.1	<i>Het grondwettelijke delegatiestelsel</i>	44
4.1.2	<i>Zelfstandige algemene maatregelen van bestuur</i>	45
4.1.3	<i>Bevoegdheidsgebreken: zuiverende jurisprudentie?</i>	47
4.1.4	<i>Bevoegdheidsgebreken: strenger in de leer indien belangen justitiabelen erdoor worden geschaad?</i>	50
4.2	Positief wetgevingsvoorbehoud	51
4.2.1	<i>Positief wetgevingsvoorbehoud in het positieve recht</i>	52
4.2.2	<i>Positief grondwetsvoorbehoud?</i>	54
4.2.3	<i>Positief en negatief wetgevingsvoorbehoud in het beleid: het primaat van de wetgever</i>	54
4.3	Voorrang van de wet	56
4.4	Bepaaldheidsgebot – lex certa	57
5	Betekenis van het legaliteitsbeginsel voor de rechter	58
5.1	Rechter en legaliteit met kleine ‘l’	62
5.2	Rechter en legaliteit met grote ‘L’	65
5.3	Rechter en buitenwettelijke rechtsvorming: twee bewegingen	67
6	Legaliteitsbeginsel 2.0: observaties, conclusies, toekomst	68
6.1	Het ongrijpbare legaliteitsbeginsel	68
6.2	De tastende doctrine	70
6.3	Een functionele benadering van het legaliteitsbeginsel	71
6.4	Een kwestie van vertrouwen	75
6.5	Codificeren?	78
	Aangehaalde literatuur	79
	Bijlage 1 Voorstel grondwettelijke codificatie legaliteitsbeginsel	93

'The fate of every democracy, of every government based on the sovereignty of the people, depends on the choices it makes between these opposite principles, absolute power on the one hand, and on the other the restraints of legality and the authority of tradition.'

*John Acton*²

1 Adieu à la légalité?

Het legaliteitsbeginsel. Geen comfortzone voor juristen. Meer zoiets als een bezoek aan de tandarts. Nodig, maar daarom nog geen lolletje. Abstract en ingewikkeld ook. Je hoopt als jurist altijd maar dat, als iemand ernaar vraagt, er niet te lang in dat kennisgaatje gepeuterd gaat worden. Veel vakgenoten – buiten uzelf dan natuurlijk – worden er wat onvast van.

Het zit ook in de weg, dat legaliteitsbeginsel. Een bal aan het been van het bestuur dat bij het zoeken naar oplossingen voor dringende problemen bij zowat iedere ademtocht een machtiging in de vorm van een wettelijke basis nodig heeft. Een tegenwoordig vaak inhoudsloos gymbriefje dat bij een ongeïnteresseerde volksvertegenwoordiging moet worden opgehaald. Is het legaliteitsbeginsel inmiddels niet een doorgeslagen en achterhaald rechtsbeginsel?

Volgens Scheltema wel. Hij verkondigde in 1996 al het einde van het legaliteitsbeginsel zoals we dat nu kennen.³ Dat beginsel voldoet volgens hem allang niet meer aan zijn eigenlijke doel: het beschermen van burgers tegen onjuist overheidsoptreden. Het frustreert tegenwoordig eerder de prestaties die we van een modern bestuur verwachten. Scheltema's bijdrage sloeg aan, want er volgden veel meer overlijdensadvertenties en ook enkele analyses die trachtten te komen tot een verdere doorgronding en herwaardering van het legaliteitsbeginsel. Zo wijdde Themis er een serie artikelen aan,⁴ Bestuurswetenschappen deed hetzelfde onder de wat leidende titel 'Legaliteit uit de tijd'.⁵ Ook ontwikkelingen in de rechtspraktijk stemden tot nadenken over de hedendaagse betekenis van het legaliteitsbe-

2. Acton (1986).

3. Scheltema 1996, p. 1355-1359.

4. Tussen 1999 en 2003 met bijdragen van K. Rozemond (RMThemis 1999/4), F.J. van Ommeren (RMThemis 2002/3) en P.W. Brouwer (RMThemis 2003/2). Een aantal van die bijdragen komt hierna nog aan bod.

5. De serie verscheen in 2009 onder redactie van H.D. Stout met bijdragen van Stout zelf (Bestuurswetenschappen 2009/1), S. Stoter en J. Rijnsdijk (Bestuurswetenschappen 2009/2), B. Hendriks (Bestuurswetenschappen 2009/3), F.J. van Ommeren (Bestuurswetenschappen 2009/4), Stout, Stoter en M. de Jong (Bestuurswetenschappen 2009/5), S. Bernds en L. Huberts en A. van Montfort (Bestuurswetenschappen 2009/6) en een slot-beschouwing door I.C. van der Vlies (Bestuurswetenschappen 2009/6). Ook deze bijdragen komen hierna nog aan bod.

ginsel. In 1997 vergastte de Afdeling bestuursrechtspraak ons op de Van Vlodrop uitspraak.⁶ Daarin wordt een besluit op een schadevergoedingsverzoek als een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht aangemerkt, zonder dat voor dat besluit een wettelijke bevoegdheid bestaat. In diezelfde Algemene wet bestuursrecht werd een bepaling opgenomen (artikel 4:23) die inhoudt dat subsidies slechts op basis van een wettelijk voorschrift kunnen worden verstrekt. Daarop werd en wordt kritiek geïoefend. En onlangs nog worstelden bestuursrechters met de vraag of een EU-besluit, zoals een verordening, eigenlijk wel een voldoende wettelijke basis biedt om een Nederlands bestuursorgaan in staat te stellen op te treden.⁷ De regering waagde zich aan een enkele zelfstandige algemene maatregel van bestuur.⁸ Er was opwinding over de vraag of de Nederlandse rechter eigenlijk wel een zelfstandige rechtsvormende taak heeft en hoever die taak dan strekt. Allemaal zaken die direct met het legaliteitsbeginsel verband houden.

Wat opvalt in de legaliteitsdiscussies van de afgelopen vijftien jaar is dat er een soort Tweestromenland lijkt te bestaan. Aan de ene kant is er een kamp van preciezen of – laten we eens een lelijk woord gebruiken – *formalisten* die er op wijzen dat het (min of meer op principiële gronden) meer dan ooit nodig is dat overheidsoptreden op een wettelijke basis rust, omdat dat de enige manier is om een democratisch overheidsbestuur te waarborgen, een oververhitte overheid aan het recht te binden, en de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid te waarborgen. Daar tegenover staan de rekkelijken of *realisten*, die er op wijzen dat modern overheidsbestuur op hele andere wijzen opereert, wordt gecontroleerd en ook andere noden kent en dat de verhoudingen tussen burgers en overheid ingrijpend zijn gewijzigd. Halsstarrig vasthouden aan de oude concepten is dan niet meer of minder dan ‘bringing a knife to a gunfight’.⁹ Maar wie heeft er nu gelijk?

1.2 Aanpak: schieten op een bewegend doel

Als het legaliteitsbeginsel werkelijk obsoleet is, dan zou dit een prettig kort preadvies kunnen worden. En als het als vanouds een belangrijke rechtsstatelijke pijler zou blijken, zou de exercitie – want immers niks nieuws

6. ABRvS 6 mei 1997 (Van Vlodrop), AB 1997, 229, m.nt. P.J.J. van Buuren; BR 1997, p. 600, m.nt. Van Ravels; JB 1997, 118, m.nt. H.J. Snijders; AA 46 (1997) 9, p. 602 e.v., m.nt. I.C. van der Vlies.
7. Zie o.a. ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208 m.nt. Den Ouden (Fleuren-Compost); ABRvS 30 augustus 2007, AB 2007, 240 en 241, m.nt. Jacobs & Den Ouden; Vz. CBB 28 augustus 2008, AB 2008, 344, m.nt. Ortlep.
8. Zie o.a. het Besluit van 16 december 2002 tot wijziging van (o.a.) het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken, Stb. 2002, 640.
9. S. Connery, *Untouchables* (Brian de Palma – regie), 1987.

onder de zon – al evenmin veel aandacht behoeven. Ik vrees dat het niet zo eenvoudig is, dat het niet zo binair ligt. Dat wezenlijke beginsel dat vergt dat eenzijdig verplichtend¹⁰, beter: *dwingend*, overheidsoptreden een machting in de vorm van een wettelijke basis behoeft, is niet meer en niet minder dan het geraamte van het levende lichaam van de rechtsstaat.¹¹ Het legt allerlei beperkingen aan op overheidsrechtsvorming en stelt tegelijkertijd die overheid in staat te functioneren. Die rechtsstaat is geen statisch concept, maar een instituut dat evolueert onder de getijdenwerking van maatschappelijke, politieke en juridische ontwikkelingen.¹² En het legaliteitsbeginsel evolueerde en evolueert mee.¹³ En waar in de juridische wetenschap de voorbije decennia terecht veel aandacht is besteed aan de ontwikkelingen van de andere rechtsstatelijke pijlers (machterspreiding, evolutie van mens- en grondrechten, ontwikkeling en nieuwe rol voor de onafhankelijke rechter), is er in verhouding veel minder debat geweest over de wijze waarop het legaliteitsbeginsel zich heeft ontwikkeld, zich aan het ontwikkelen is, of zou moeten ontwikkelen.¹⁴ Die relatieve stilte is aan een kant wel te begrijpen. Het legaliteitsbeginsel is grotendeels ongeschreven en daardoor moeilijk grijpbaar. Tastbaar wordt het beginsel pas in de rechtspraak. Alleen aan de hand van de verschillende betekenissen die de rechter er over de jaren aan geeft, is de ontwikkeling die het beginsel door-

10. Dwingend gedragsalternatieven opleggen kan in een rechtsstaat eigenlijk maar op twee manieren, ten eerste via wederzijds instemmen (wilsovereenstemming) – meestal in de vorm van een overeenkomst – of, ten tweede, op basis van een juridische titel (machting). Eenzijdig dwingend optreden is alleen maar mogelijk via het recht. Ook overheidsoptreden via overeenkomst (wederzijds instemmen) vergt dat de overheid daartoe juridisch in staat en dus ook bevoegd is. De bevoegdheid tot contracteren en het plegen van vermogensrechtelijke handelingen wordt aan overheidsorganen soms bij instellingswet nadrukkelijk toegekend, maar ook generiek via artikel 1, eerste lid, van boek 2 van het Burgerlijk wetboek.
11. Of de kern van de rechtsstaat, zoals dat meestal wordt uitgedrukt. Zie Van der Pot 2006, p. 651.
12. Zie WRR 2002, p. 30-33. De raad wijst in de paragraaf 'De veranderende omgeving van de rechtsstaat' op internationalisering en individualisering als twee van de hier belangrijkste ontwikkelingen.
13. In hun boek 'Typen van legaliteit' laten Hoekema en Van Manen op overtuigende wijze zien hoe legaliteit zich de afgelopen twee eeuwen heeft ontwikkeld en hoe dat heeft geleid tot verschillende, elkaar veelal opvolgende, typen van legaliteit. Een van de hele aardige inzichten die het boek biedt, is dat nieuwere typen van legaliteit zich ontwikkelen naast bestaande. Ze worden niet ingevuld, maar groeien er als een laag overheen of naast. De oudere typen blijven een rol spelen. Een kleine caveat, trouwens. Onder legaliteit verstaan Hoekema en Van Manen iets anders dan louter 'binding aan het recht' of 'het beginsel van wetmatigheid' in enge zin. In hun brede definitie is 'Legaliteit (...) het geheel van in de maatschappelijke praktijk van de rechtsorde uitgedrukte en in sociale instituties werkzame overtuigingen omtrent de juiste opbouw van de maatschappij en onderdelen daarvan.' Zie Hoekema & Van Manen 2000, o.a. p. 30.
14. De artikelenreeks die Rechtsgeleerd Magazijn Themis en – onlangs nog – het tijdschrift Bestuurswetenschappen er aan wijdde, niet te na gesproken.

maakt en de hedendaagse betekenis ervan te begrijpen. Maar het is met de jurisprudentie over het legaliteitsbeginsel al bijna net zo gesteld als met de Penisplant in de Hortus Botanicus in Leiden. Die bloeit slechts een keer in de tien tot vijftien jaar, kort en op onverwachte momenten. Tegen de achtergrond van zo weinig rechtspraak is het vaak lastig om de stand van de rechtsontwikkeling te markeren en dus hier en nu vast te stellen wat de legaliteitsnorm precies inhoudt op een manier waarop de rechtspraktijk er mee kan werken.

Toch is dat wat ik in deze verkenning graag zou doen: met u kijken naar de norm die het legaliteitsbeginsel tegenwoordig aanlegt. Dat is een lastiger exercitie dan het op het eerste gezicht lijkt omdat er – in vergelijking met andere rechtsgebieden – zoveel minder is om op terug te vallen. Door het grotendeels ongeschreven karakter zijn de wetgevingsbronnen schaars en de weinige, diverse jurisprudentie van verschillende rechters, helpt ook al niet echt. Verder biedt ook rechtsvergelijking weinig houvast. De eis van een wettelijke basis voor rechtsvorming door de overheid heeft zich op heel verschillende wijzen ontwikkeld in andere landen.

Zoeken naar de hedendaagse inhoud van het legaliteitsbeginsel lijkt daarmee wel wat op het puzzelwerk van paleontologen: die moeten ook uit fragmenten een reconstructie maken om zo te komen tot een duiding. Hoe doen ze dat? Hoe gaan paleontologen om met versnipperde informatie en hier en daar ontbrekende elementen? Zij kijken eerst en vooral naar de functies die de onderdelen verrichtten. Daarvoor kijken ze ook naar de omgeving en de tijdlijn. Zo komen ze tot een reconstructie aan de hand waarvan ze kunnen (proberen te) begrijpen.

Zoiets stel ik me ook hier voor. Om te begrijpen wat het legaliteitsbeginsel anno 2011 inhoudt, zal ik eerst – na een verkenning van definities – kijken naar de functies – of om met Scheltema te spreken: doelen¹⁵ – die het legaliteitsbeginsel tegenwoordig vervult. Die functies verschillen naar tijd en naar context. Het legaliteitsbeginsel heeft door de jaren heen een andere inhoud gekregen en het legaliteitsbeginsel heeft verschillende betekenissen voor de wetgever, een bestuursorgaan en voor de rechter gekregen. Die opschuivende betekenis wordt nogal eens over het hoofd gezien.¹⁶ Ik zal daarbij ook kijken naar de betekenis die het legaliteitsbeginsel bij Euro-

15. Ik vind 'doel' niet het juiste woord omdat het letterlijk betekent: 'situatie waarnaar wordt gestreefd'. Van Dale, Elektronische grote woordenboeken, versie 5.0, 2009. Functie heeft een wat bredere, maar ook neutralere betekenisconnotatie: die van 'werking'. Bij 'functie' gaat het weliswaar ook om een doel (doel dat iets heeft binnen een groter geheel), maar daarbij staat het streven niet zo voorop, waardoor de vraag of dat streven ook resulteert in doelbereiking van tweede orde is.

16. Belinfante wijst er vanaf de eerste drukken van zijn handboek 'Beginselen van het Nederlandse staatsrecht' al op dat het legaliteitsbeginsel zich uitstrekt over de rechtsvorming door alle geledingen van de overheid, ook de rechter en de wetgever. Zie Belinfante & De Reede 2009.

pese, inter- en transnationale rechtsvorming toekomt. Daarbij ga ik niet kijken of er een Europeesrechtelijke of internationaalrechtelijke legaliteitsbeginsel bestaat – naar mijn mening in ieder geval niet in de vorm zoals wij dat in Nederland kennen – maar slechts naar de vraag of Europese of internationale besluiten ook als afdoende wettelijke basis voor optreden van Nederlandse overheden kunnen gelden.

Mijn zoektocht is naar zijn aard kort en beperkt. Een NJV-lid mocht, zo leerde ik ergens, reizend met de trein (toch tenminste één van) de preadviezen kunnen lezen. Ik mik daarbij in eerste instantie op die Groningse en Maastrichtse collegae die geverseerd zijn in snel lezen, maar hoop ook alle andere verenigingsgenoten te bedienen met een verhaal dat, misschien niet gedurende de treinreis zelf, maar toch in een korte tijd daarvoor, de boodschap overbrengt. Bij zo'n ambitie horen beperkingen. Ik zal me beperken tot een verkenning van de betekenis van het legaliteitsbeginsel in het hedendaagse publiekrecht, maar dat niet eens volledig. Het domein van het strafrecht wordt in het preadvies van Borgers behandeld. Het burgerlijke recht wordt in kaart gebracht in het preadvies van Sieburgh.

1.3 *Definities van het legaliteitsbeginsel: rijke variëteit*

Een van de a-b-c'tjes van het recht, dat beginsel van legaliteit. Wat houdt het ook weer in? Het beste kan je daarvoor, zou je toch zo denken, te rade gaan bij de handboeken constitutioneel of staatsrecht die in het Nederlandse juridische onderwijs worden gebruikt. Er zijn redelijk wat van die handboeken en al bijna evenveel verschillende definities van het legaliteitsbeginsel in omloop (ik laat het verschil in benaming 'legaliteitsbeginsel', 'wetmatigheidsbeginsel', 'beginsel van wettelijke grondslag' nog even terzijde). Een enkele greep.

Eerste in de rij kan niet anders zijn dan het *Handboek van het Nederlandse staatsrecht* van Van der Pot, waarvan de laatste druk is bewerkt door Elzinga, De Lange en Hoogers. De auteurs definiëren het legaliteitsbeginsel in hele ruime, omschrijvende zin:

'Het legaliteitsbeginsel is bij uitstek het centrale beginsel van de democratische rechtsstaat. Het vormt de uitdrukking van de democratische gedachte, maar evenzeer van de rechtsstatelijke gedachte. Het volk stelt zichzelf – door middel van zijn vertegenwoordigers – regels (democratisch element) en de burgers zijn aan geen andere regels gebonden dan de regels die door het volk zelf of zijn vertegenwoordigers gesteld zijn. Ook de overheid is aan regels gebonden, en overheidsorganen bezitten geen andere bevoegdheden dan de bevoegdheden die hun door deze regels zijn toegekend (rechtsstatelijke element).' ¹⁷

17. Van der Pot 2006, p. 651.

Naar het constitutionele recht volgens Kortmann houdt het legaliteitsbeginsel de eis in dat:

‘Elk overheidsoptreden moet berusten op algemene, d.w.z. voor herhaalde toepassing vatbare, regel, hetzij krachtens attributie, hetzij krachtens delegatie vastgesteld.’¹⁸

Volgens Bellekom, Heringa, Van der Velde en Verhey vergt het staatsrechtelijke¹⁹ legaliteitsbeginsel dat:

‘(...) overheidsbevoegdheden (...) hun grondslag [hebben] in de wet en conform die wettelijke grondslag worden uitgevoerd.’²⁰

Voor Burkens, Kummeling, Vermeulen en Widdershoven is het legaliteitsbeginsel de rechtsstatelijke eis die inhoudt dat:

‘(...) overheidsoptreden waardoor burgers gebonden worden – in hun vrijheden beperkt worden – op een wettelijke grondslag berust.’²¹

In Koekkoeks grondwetscommentaar wordt het als volgt verwoord:

‘het legaliteitsbeginsel, dat naar huidig inzicht inhoudt dat overheidsoptreden dat eenzijdig verplichtingen aan burgers oplegt, moet berusten op een wettelijke grondslag (...)’²²

In de ogen van Belinfante/de Reede:

‘(...) dat voor iedere met dwang gepaard gaande overheidshandeling een grondslag bestaat in de wet (...)’²³

In het klassieke bestuursrechtelijk handboek van Van Wijk, bewerkt door Konijnenbelt en Van Male, wordt het wetmatigheidsbeginsel gezien als de eis dat alle bevoegdheden van bestuursorganen die inbreuk kunnen maken op vrijheid of eigendom van bestuurden, van burger moeten berusten op een wettelijke grondslag.²⁴

18. Kortmann 2008, p. 51-52.

19. De auteurs onderscheiden een apart strafrechtelijk legaliteitsbeginsel.

20. Koopmans' Compendium 2007. Met het element ‘conform de wet’ brengen de bewerkers van Koopmans' Compendium ook het element van gehoorzaamheid aan de wet in de definitie, een element dat volgens sommigen (bijvoorbeeld Konijnenbelt) naast de eis van een machtigende wettelijke grondslag een afzonderlijk element van het legaliteitsbeginsel vormt. Zie Van Wijk/Konijnenbelt 2008, p. 37-38.

21. Burkens 2006, p. 17.

22. Koekkoek 2000, p. 395

23. Belinfante/De Reede 2009, p. 156 (en eerder op p. 9 onder het kopje ‘Geen bevoegdheid zonder grondslag in wet of Grondwet’, Belinfantes eerste grondregel.)

24. Van Wijk/Konijnenbelt 2008, p. 36.

Speciale vermelding dient Van Ommeren's omschrijving (niet uit een handboek, maar wel uit een standaardwerk) die het resultaat is van een uitvoerige jurisprudentieanalyse. Volgens hem vergt het legaliteitsbeginsel, gemeten naar de stand van de jurisprudentie van 1996, dat:

'betrokkenen bindende bepalingen, dat wil zeggen *verplichtingen*,²⁵ (...) een wettelijke grondslag [dienen] te hebben.'^{26,27}

Het is maar een kleine greep uit enkele van de gangbare handboeken, maar wat direct opvalt zijn de (aanzienlijke) verschillen. Als we alleen al kijken naar het *object* van de legaliteitsnorm (waarvoor is een wettelijke basis nodig) dan zien we aan de ene kant van het spectrum Kortmann (*elk* overheidsoptreden – bindend of niet) en –Bellekom e.a. (voor *alle* overheidsbevoegdheid) en aan de andere kant Burkens e.a. (burgers bindend, vrijheidsbeperkend overheidsoptreden), Van Ommeren (*verplichtend* optreden) en Van Wijk e.a. (optreden dat leidt tot *inbreuken* op *vrijheid* of *eigen-dom*). Opmerkelijk is ook dat er een verschil tussen bindend, dwingend of beperkend overheidsoptreden wordt aangelegd, waarbij *bindend* wordt opgevat als een feitelijke²⁸ of juridische verplichting opgelegd door de overheid, *dwingend* meer de connotatie heeft van het tegen de wil van betrokkenen doorzetten van een overheidsvoornemen en *beperkend* een bepaalde bestaande of vooronderstelde handelingsvrijheid, een recht dan wel een bestaande aanspraak suggereert. Het aangelegde verschil tussen binden, dwingen en beperken is grotendeels semantisch – de betekenissen ervan overlappen elkaar grotendeels – maar de verschillen zijn toch op zijn minst genomen opvallend.

Een laatste opmerkelijk verschil tussen de doctrinaire definities heeft te maken met de *aard* van het al dan niet verplichtende, dwingende of vrijheidsbeperkende overheidsoptreden. Sommige schrijvers leggen erg het accent op de *overheidsbevoegdheid* (bijvoorbeeld bij Van der Pot: alleen die bevoegdheid die door wettelijke regels is toegekend, bij Bellekom e.a.:

25. Bij verplichtingen onderscheid van Ommeren 5 soorten, te weten: a. strafrechtelijke gesanctioneerde verplichtingen (zoals bedoeld in artikel 89, tweede lid, van de Grondwet), b. bestuursrechtelijke gesanctioneerde verplichtingen (bijvoorbeeld via bestuursdwang), c. anderszins gesanctioneerde verplichtingen, d. ongesanctioneerde verplichtingen en, e. feitelijke verplichtingen. Van Ommeren 1996, p. 104.
26. Van Ommeren 1996, p. 104.
27. In een samenvatting die Van Ommeren later zelf van zijn eigen definitie geeft, houdt het legaliteitsbeginsel naar positief recht in dat overheden bij 'eenzijdig op te leggen verplichtingen over een wettelijke grondslag dienen te beschikken.' Daarin lijkt hij een klein beetje opgeschoven door het element 'eenzijdig' wat sterker te beklemtonen. Van Ommeren 2009a, p. 15.
28. Denk hierbij bijvoorbeeld aan bestuursdwang of overheidsoptreden waardoor een burger geen andere keus meer wordt gelaten (zoals de fluoridering van drinkwater).

overheidsbevoegdheden dienen een grondslag in de wet te hebben, en zo iets dergelijks ook bij Van Wijk). Anderen leggen meer de nadruk op de *werkelijkheid van het overheidsoptreden* zelf (Kortmann: alle overheidsoptreden, Kockkoek: overheidsoptreden dat eenzijdig verplichtingen oplegt, en zo ook bij Burkens, Belinfante en Van Ommeren). De kwestie van het bindende, dwingende of beperkende optreden wordt dan los gezien van de vraag of daar nu wel of niet een duidelijke bevoegdheid aan ten grondslag ligt.

Waarom zijn er zoveel verschillen in die definities? Is dat het gevolg van grote verschillen van wetenschappelijk inzicht, verschillende scholen, of zit er iets anders achter? Om heel eerlijk te zijn weet ik het niet zo een-twee-drie. Het aspiratieve of normatieve karakter van het beginsel is zeker een van de oorzaken. Het legaliteitsbeginsel bevindt zich in de overgangszone van grondidee (of rechtsideaal), fundamenteel rechtsbeginsel en positieve rechtsnorm.²⁹ Veel doctrinaire discussies en definities gaan daarom niet alleen over de vraag wat het beginsel naar positief recht inhoudt, maar ook over de vraag voor welk soort overheidsoptreden in de huidige verhoudingen een wettelijke basis nodig zou zijn? Daarnaast heeft de doctrinaire variatie – als hierboven aangegeven – zeker ook te maken met de onbepaaldheid van het legaliteitsbeginsel als ongeschreven rechtsbeginsel en met het tempo van de rechtsontwikkeling. Het Fluoridering-arrest ligt inmiddels 38 jaar achter ons, het Methadonbrief-arrest is 25 jaar oud, het Leidraad-arrest 21 jaar. Dat is een lange tijd en de verhoudingen in de samenleving en de verhoudingen tussen de overheid en de samenleving zijn gewijzigd. Vooral de internationalisering en europeanisering van de rechtsvorming heeft sindsdien een hoge vlucht genomen. Dat soort ontwikkelingen laat ik zei het al eerder – sporen na.³⁰ De vraag is natuurlijk: welke dan? De doctrine helpt hier niet.

Om te kunnen beoordelen wat het legaliteitsbeginsel anno 2011 inhoudt, moeten we – zoals ik al zei – eerst ook beter weten welke functie dat beginsel bij de rechtsvorming door de overheid tegenwoordig vervult. Dat kan helpen de jurisprudentie en (beleids)documenten waarin we moderne toepassingen van de legaliteitsnorm tegenkomen, beter te begrijpen doordat we het bezielde verband ervan dan zien.

1.4 Functies van het legaliteitsbeginsel

Wat is eigenlijk de functie van het legaliteitsbeginsel in ons bestel; waar-toe is het op aarde? Daar wordt door publiekrechtelijke auteurs niet zo vaak

29. Zie WRR 2002, p. 23-26.

30. Zie ook Hoekema & Van Manen 2000.

bij stilgestaan, terwijl het toch een wezenlijke vraag is.³¹ Scheltema vraagt zich dit wel af en komt tot de wat verrassende conclusie dat het legaliteitsbeginsel eigenlijk geen zelfstandig nastrevenswaardig doel inhoudt.³² Het ontleent zijn betekenis aan een buiten het beginsel zelf gelegen doel: het vrijwaren van burgers voor onjuist overheidsoptreden. Door het stellen van de eis van een wettelijke grondslag wordt op verschillende, indirecte manieren machtsmisbruik door de overheid voorkomen. Het dient de beginselen van *rechtszekerheid* (willekeur wordt voorkomen door overheidsbestuur te binden aan algemene, kenbare regels), *gelijkheid* (abstract geformuleerde regels zorgen voor gelijke behandeling)³³ en *democratie* (medewerking van volksvertegenwoordigingen bij het vaststellen van regels die bepalen of en in hoeverre de overheid op mag treden).³⁴

Van Ommeren komt tot een iets andere duiding van de betekenissen van het legaliteitsbeginsel. De drie belangrijkste zijn volgens hem die van de *gehoorzaamheid aan de wet* (verplichting voor openbaar bestuur en burger om in overeenstemming met de wet te handelen en het verbod om wettelijke regels te overtreden),³⁵ *de wettelijke grondslag* (de eis dat het openbaar

31. Krygier geeft daar in een recente bijdrage een verklaring voor. Het idee van de Rule of Law (dat voor wat betreft deze discussie op een lijn mag worden gesteld met het legaliteitsbeginsel) is volgens hem een betrekkelijk zelfreferentieel cliché binnen de juridische en politieke wetenschap. Het wordt als té evident en té sacrosanct beschouwd, om er het doel of de reële en actuele betekenis binnen de samenleving of het politieke systeem van te onderzoeken. Er bestaat ook weerstand tegen. '(...) there are many things that conspire against close sociological exploration of the rule of law. Prominent among them are purists' fears of disciplinary contamination. The rule of law is so associated with law and politics, that sociologists have tended to keep their distance from this hallowed legal ideal – too normative, too legal, too political, too formal, too disconnected from life; and how is it to be measured.' volgens Krygier. 'That neglect is unfortunate', vervolgt Krygier, 'for some of the central questions about the rule of law are sociological ones.' Krygier 2009, p. 45.

32. Scheltema 1996.

33. Van der Hoeven wijst er op dat het met het legaliteitsbeginsel verbonden gelijkheidsbeginsel een ontwikkeling heeft doorgemaakt. De liberale rechtsstaat, zoals we die in de negentiende eeuw kenden, was geenszins gericht op de gelijkheid van mensen, maar op gelijkheid voor de wet, niet – zoals tegenwoordig – om een einde te maken aan ongelijkheid en ongelijke behandeling in de samenleving (gelijkheid door de wet). Van der Hoeven 1989, p. 5.

34. Scheltema 1996, p. 1358. Van Ommeren duidt deze doelen van het legaliteitsbeginsel in een bijdrage uit 2003 aan als waarden. De gebondenheid van de overheid aan het recht dient er toe een aantal waarden ten behoeve van de burger te realiseren. Dat is inderdaad preciezer denk ik dan de term 'doel'. Die waarden zijn volgens hem vrijheid, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Daarnaast ziet hij ook het streven naar consistentie als een waarde van de rechtsstaat, al is dat volgens Van Ommeren nog niet breed aanvaard. Ik denk dat hij consistentie terecht als een van die waarden aanduidt. Zie Van Ommeren 2003a, p. 17-19.

35. Van Wijk/Konijnenbelt 2008, p. 38. Deze auteurs achten twee aspecten van het legaliteitsbeginsel wezenlijk: de noodzaak van een wettelijke grondslag voor bepaalde handelingen van de overheid (in de Duitse doctrine ook aangeduid als 'Vorbehalt des Gesetzes') en de gehoorzaamheid aan de wet ('Vorrang des Gesetzes').

bestuur een uit wettelijke regels voorkomende bevoegdheid nodig heeft om te kunnen handelen) en de *regulering bij de wet* (dat van overheidswege gestelde rechtsregels zoveel mogelijk in wettelijke voorschriften moeten zijn opgenomen.) Deze laatste, wat ik zou noemen, *codificerende* functie vindt bijvoorbeeld uitdrukking in een codificatieartikel zoals 107 Gw, maar ook – in een wat andere context – artikel 12 van de Wet algemene bepalingen (verbod voor de rechter om bij wege van algemene verordening, dispositie of reglement uitspraak te doen).³⁶

Er zit veel overlap tussen Scheltema en Van Ommeren, maar wat opmerkelijk is, is dat ze de functies van het legaliteitsbeginsel binnen het systeem van het recht zoeken, een verzekering van binding aan het recht en een bepaalde vormgeving daarvan (in wettelijke regelingen). Scheltema proeft het formele van deze benadering en houdt het er – daarom waarschijnlijk – op dat het legaliteitsbeginsel geen eigen doel heeft. Althans geen eigen doel *binnen* het recht.

Het legaliteitsbeginsel vervult echter ook functies die *buiten* het recht zelf gelegen zijn. Zo kanaliseert het recht politieke macht door de uitoefening ervan te binden aan het recht (eerder gemaakte afspraken die in een soort sacrosancte vorm zijn neergelegd) en het geeft volksvertegenwoordigingen – als fora van politieke macht – de mogelijkheid aan dat recht zelf vorm te geven (via wederom een plechtige, gezaghebbende procedure). Daarmee heeft het legaliteitsbeginsel ook een *legitimerende functie*.³⁷

Het legaliteitsbeginsel dient ook meer rechtstreeks een *politiek*³⁸ doel: het bewaken van de vrijheid van burgers in relatie tot een overheid die keu-

36. Van Ommeren 2009a, p. 11-12.

37. Dit soort gezag dat uitgaat van het recht wordt door Weber als 'rationeel-legaal' gezag geduid, een van de drie typen gezag (charismatisch, traditioneel en rationeel-legaal) die hij onderscheidt. Weber 1922. Weber heeft er ook op gewezen dat de uitoefening van rationeel-legaal gezag een zichzelf versterkend proces is: het draagt er toe bij dat rechts-onderhorigen gaan 'geloven' in het recht. Formeel gezag, verinnerlijkt tot de facto gedragsrichtsnoer. Niklas Luhmann heeft later laten zien hoe besluiten gezag kunnen verwerven aan de hand van de procedure die ze hebben doorlopen. Luhmann 1969. Carl Schmitt heeft fundamentele kritiek geïfend op dit volgens hem veel te simpele schema van – wat hij noemt – de 'Legislative State' die via formele (parlementaire) besluitvormingsarrangementen en besluiten legitimiteit verwerft. Hij doet dat door te wijzen op de feilbaarheid en het (partij)politieke karakter van meerderheidsbeslissingen in het parlement, maar ook door te wijzen op andere factoren die bijdragen tot het gezag van het recht (en die wellicht wezenlijker zijn). Wat de theorie van Schmitt in ons huidige tijdsbestek interessant maakt is dat hij legaliteit relateert aan de hand van de positie van een bestuur in een moderne staat: dat is geen automatisch verlengde van de wetgever, dat bestuur is beïnvloedbaar, en kent ook een eigen legitimatie. De 70 jaar oude kritiek op legaliteit als pijler van de rechtsstaat, klinkt – als we die kruisen met het Nederlandse debat over het legaliteitsbeginsel – verrassend modern. Schmitt 1932.

38. Hier begrepen als de wijze waarop keuzes tussen tegengestelde belangen in een samenleving worden vorgegeven (meestal in instituties via onderhandelingen) en hoe die keuzes worden geëffectueerd. Of in de woorden van Lasswell: 'who gets what, when, how?' Lasswell 1936).

zes maakt en die – zelfs tegen de zin van burgers – doorzet. Volgens van der Hoeven is dit ‘vrijheidsbeginsel’ een kernelement van de rechtsstaat, en zijn andere beginselen zoals het gelijkheidsbeginsel en het democratiebeginsel secundair daaraan. Ook het legaliteitsbeginsel staat in dienst van dat vrijheidsstreven, dat in de ogen van Van der Hoeven het grotere doel van een rechtsstaat is.³⁹ Dergelijk lucide waarnemingen over de externe betekenis, het externe doel van het legaliteitsbeginsel zie je, als gezegd, niet veel⁴⁰ maar is ook wel te vinden bij Schuyt die ziet dat de grondwaarde van een rechtsstaat bestaat uit de reductie van willekeur in het gedrag tussen burgers onderling en in het verkeer tussen burgers en overheden, waardoor onderling vertrouwen (nodig voor het functioneren van de samenleving en markten) mogelijk wordt. Die willekeursbeperking beschermt ook belangrijke andere waarden zoals individuele vrijheid en persoonlijke autonomie. Het legaliteitsbeginsel is daarbij in de ogen van Schuyt cruciaal: het is ‘de hoeder van vertrouwen tussen mensen en tussen burger en ambtenaar’.⁴¹

Patricia Popelier wijst in haar boek *Democratisch regelgeven*⁴² nog op andere min of meer buiten het recht gelegen functies. De eerste zouden we kunnen omschrijven als de *prerogatieve* of *attributieve* functie. Die houdt kort samengevat in dat de wet⁴³ – als uitdrukking van de soevereine wil van een natie – het handelen van andere overheids machten regelt en bindt en ook als hoogste regeling geldt.⁴⁴ In spiegelbeeld: de wetgevende macht kan zijn eigen bevoegdheid niet (geheel) uit handen geven of overdragen.⁴⁵ In geval van delegatie moet de wetgever wel zelf steeds de basis regelen en

39. Van der Hoeven 1989, p. 3-4.

40. Een uitzondering daarop vormt het al eerder aangehaalde rapport De toekomst van de rechtsstaat van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid uit 2002, zij het dat de Raad zich bij de behandeling van de ontwikkeling van het legaliteitsbeginsel erg toespit op de positie van de wetgever. Zie WRR 2002, o.a. p. 44 en hoofdstuk 9 van het rapport.

41. Schuyt 2006, p. 128-131.

42. Popelier 2001.

43. Hieronder begrepen ook de Grondwet die eveneens kan gelden als uitdrukking van de soevereine wil van een natie.

44. Dit komt onder meer tot uitdrukking in artikel 120 Gw.

45. Popelier 2001, p. 106, waar ze ook verwijst naar Carré de Malberg die al in de jaren dertig van de vorige eeuw het voorbehoud van de wetgever als een van de wezenskenmerken van het legaliteitsbeginsel noemde. Zie Carré de Malberg 1931, p. 162-163. Van der Vlies zet op basis van een interpretatie van het Fluoridering-arrest nog een stap verder door te stellen dat het nemen van ingrijpende overheidsbesluiten tot de exclusieve competentie van de wetgever behoort, en door eveneens aan te nemen dat de competentie van de wetgever daartoe ook beperkt is. Zie Van der Vlies 1987, p. 30-37. Van Ommeren spreekt hier van het materiele legaliteitsbeginsel, dat, volgens hem, in tegenstelling tot het formele legaliteitsbeginsel (de eis van de wettelijke bevoegdheidsgrondslag voor het openbaar bestuur) niet in het positieve recht is verankerd. Van Ommeren 2009a, p. 12-14.

het moet steeds mogelijk zijn een delegatie ongedaan te maken.⁴⁶ De opdrachten die Nederlandse Grondwet aan de wetgever in formele zin geeft – bijvoorbeeld in artikel 116 Gw – kunnen uitdrukking geven aan deze functie. Naast de, al genoemde, *democratische* functie van het legaliteitsbeginsel (binding van overheidsoptreden aan de wet die met medewerking van vertegenwoordigers van rechtssubjecten via meerderheidsbesluitvorming tot stand wordt gebracht), onderscheidt ze nog de *communicatieve* functie van het legaliteitsbeginsel. Communicatief in de zin zoals ook Habermas dat verstaat.⁴⁷ Die functie houdt kort gezegd in dat een wettelijke basis legitimatie biedt voor overheidshandelen, niet alleen vanwege het feit dat die democratisch tot stand is gekomen, maar ook omdat een wet het resultaat is van een transparante afweging van argumenten, in een openbaar forum, dat openstaat voor de inbreng van verschillende argumenten en voorkeuren.⁴⁸

Als we via deze bril naar de definities van het legaliteitsbeginsel uit de literatuur kijken, dan zien we dat de meeste auteurs de betekenis van het legaliteitsbeginsel zoeken binnen het juridische systeem (rechtszekerheid, gelijkheid, democratie, gehoorzaamheid aan de wet, regulering bij de wet), en maar enkelingen ook aandacht hebben voor betekenissen die daarbuiten liggen (legitimerende, prerogatieve en communicatieve functies). De aandacht voor de betekenissen van legaliteit buiten het recht is betrekkelijk gering (wellicht op Belinfante en Van der Pot na), waarmee het ook lastiger wordt een overtuigend antwoord te geven op de vraag wat – gezien de functie van het beginsel – de contemporaine inhoud ervan is, of zou moeten zijn in het licht van de veranderde omstandigheden. De betekenis van het legaliteitsbeginsel alleen zoeken binnen het rechtssysteem ontleemt ook het zicht op mogelijke accentverschuivingen binnen de functies die het beginsel vervult. Om de huidige functies van het legaliteitsbeginsel goed te kunnen begrijpen, zullen we ook naar het verleden moeten kijken. Welke ontwikkelingen hebben zich voorgedaan in functie en inhoud van het legaliteitsbeginsel? Daar zal ik in de volgende paragraaf naar kijken.

2 De ontwikkeling van het legaliteitsbeginsel

De ontwikkelingsgeschiedenis van het legaliteitsbeginsel is een grillige, met zo op het oog geen waarneembare rode draad. Toch is die er wel. De

46. Deze gedachte is ook terug te vinden in het nieuwe artikel 290 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en het in het Nederlandse wetgeviingsbeleid verankerde primaat van de wetgever. Zie de Aanwijzingen voor de regelgeving, aanwijzingen 22 en 24.

47. In zijn *Theorie van het communicatieve handelen*. Habermas 1981.

48. Deze functie, nauw verbonden met het idee van de deliberatieve democratie, ligt dicht tegen de legitimerende functie aan. Zie Popelier 2001, p. 108-109.

Grondwet van 1814 en zeker die van 1848 zijn ingericht volgens de blauwdruk van de negentiende-eeuwse rechtsstaat. Die is dan nog niet zo uitgekristalliseerd als het huidige rechtsstaatsconcept.⁴⁹ De basisgedachten die aan die eerste versie van de Grondwet van het Koninkrijk ten grondslag liggen zijn die van machtsverspreiding (onderscheid tussen wetgevende,⁵⁰ uitvoerende macht⁵¹ en een rechterlijke macht⁵²), de borging van enkele grondrechten,⁵³ een onafhankelijke rechter, maar ook die van wetmatigheid van overheidsbestuur. Dat laatste element is maar moeilijk terug te vinden. In tegenstelling tot de andere basisconcepten van de rechtsstaat is het niet verankerd, niet als zodanig gecodificeerd, in de Grondwet van 1815. Legaliteit wordt verondersteld, het vormt het uitgangspunt van het staatsbestel waaraan de grondwetten van 1814 en 1815 uitdrukking geven.⁵⁴ Hier en daar klinkt er wel een echo van door. Lees bijvoorbeeld het poëtische artikel 101 Gw 1814, dat luidt:

‘Ten einde aan de Ingezetenen dezer landen te waarborgen de onschatbare voorregten van burgerlijke vrijheid en persoonlijke veiligheid, zullen de volgende regelen de grondslagen der wettelijke beschikkingen uitmaken.’

Ongeschreven uitgangspunt van de Grondwetten van 1814 en 1815 is dat de overheid bij de taakuitoefening is gebonden aan het recht (de klassieke *rule of law*-gedachte)⁵⁵ en dat de overheid alleen de vrijheid van burgers

49. Zie over het hedendaagse concept van de rechtsstaat het WRR 2002 en – voor de wijze waarop dat rechtsstaatsconcept van grondidee, naar beginselen tot concreet toegepaste normen vertakt in de legisprudentie en jurisprudentie van de Raad van State – Gerards & Voermans 2010.
50. Artikel 105 Gw 1815.
51. Die wordt in 1814 en 1815 nog niet in de Grondwet gedefinieerd. Uit de context van de Grondwet van 1815 moet worden afgeleid dat de Koning de uitvoerende macht bezit. Er zijn verschillende bepalingen die de Koning het opperbeestuur over bepaalde overheids-taken opdragen (artikel 61 opperbeestuur over de geldmiddelen, artikel 190 oppertoezicht waterstaat, etc.) maar een algemene competentie verschijnt pas na de herziening van 1848. Artikel 54 Gw 1848 stelt dan dat ‘De uitvoerende magt berust bij den Koning’.
52. Artikel 165 Gw 1815.
53. Met name gelijkheid voor de wet (artikel 4) gelijke benoembaarheid in openbare dienst (artikel 10), vrijheid van godsdienst (artikel 164), vrijheid van drukpers (artikel 227), huisrecht (artikel 170), habeas corpus (artikel 168), etc.
54. Dat volgt ook uit de verklaring die Willem, Prins van Oranje, op 2 december 1813 aflegde toen hij de soevereiniteit over de Verenigde Nederlanden aanvaardde. Hij deed dat ‘alleen onder waarborging eener vrije constitutie, welke uwe vrijheid tegen volgende mogelijke misbruiken verzekert.’ Colenbrander 1908, p. 26. Nergens meer te krijgen, maar nu gelukkig gedigitaliseerd, zie: <http://www.inghist.nl/retroboeken/grondwet/#view=images&page=88&source=1&size=2&accessor=toc>.
55. In de zin van ‘a government of laws not of men.’

kan beperken volgens (grond)wettelijke regels.⁵⁶ Daarmee wordt direct een traditie gevestigd: het legaliteitsbeginsel als uitgangspunt van de staatsrechtelijke ordening kent in Nederland nauwelijks grondwettelijke verankering, maar werkt hoofdzakelijk uit kracht van een ongeschreven rechtsbeginsel.

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

2.1 Naar Meerenberg: wie mag vrijheden beperken?

Tot aan het midden van de negentiende leverde de toepassing van het legaliteitsbeginsel geen noemenswaardige problemen op, vooral ook omdat Willem I een zogenaamde besluitenregering voerde. Voor ingrepen in rechten en vrijheden van burgers, die nog niet door de formele wetgever waren mogelijk gemaakt, verschafte hij zichzelf de bevoegdheid via regelende koninklijke besluiten.^{57,58} De situatie veranderde met de grondwetsherziening van 1848, dat een artikel 54 voorbracht waarin de uitvoerende macht wordt opgedragen aan de Koning. Dat had tweeërlei gevolg. Niet langer kon worden volgehouden dat de Koning – zeg maar regering – onder de herziene Grondwet een soort geïmpliceerde algemene bestuursbevoegdheid had, en, ten tweede, legde de herziening een duidelijk onderscheid aan tussen wetgeving en uitvoering, ergo, de regering kon niet langer zelfstan-

56. Volgens Stout vormt de eis dat slechts de wet de vrijheid van het individu kan beperken en dan nog op voorwaarde dat de beperking nauwkeurig is omschreven, de kern van het legaliteitsbeginsel, dat op zijn beurt weer behoort tot de essentialia van de klassieke liberale rechtsstaatsgedachte. Zie Stout 2009, p. 53. Die kern is bijvoorbeeld ook terug te lezen in artikel 170 Gw 1815 'Niemand mag de woning van eenen ingezetenen zijns ondanks treden, dan op last en een magt, door de wet bevoegd verklaard, en volgens de vormen daarbij bepaald.'

57. Vanaf 1848 worden dit soort regelende koninklijke besluiten ook wel aangeduid als 'algemene maatregelen van inwendig bestuur'.

58. De naleving van die besluiten werd geregeld via de Wet van den 6 maart 1818, omtrent de straffen tegen overtreders van algemeene verordeningen uit te spreken of bij provinciale of plaatselijke reglementen vast te stellen, Stb. 1818, 12). Deze wet, meestal aangehaald als 'Blanketwet' Die wet stelt heel in het algemeen straf op het overtreden van bepalingen van algemene maatregelen van (inwendig) bestuur, of ze nu in delegatie zijn vastgesteld of niet.

dig 'wetgeven', of regelen en zichzelf – zonder tussenkomst van de formele wetgever – de bevoegdheid verschaffen vrijheid van burgers te beperken. Deze gevolgtrekking verbindt althans de Hoge Raad eraan in het Meerenberg-arrest van 1879.⁵⁹ De psychiatrische kliniek Meerenberg had verzuimd een op grond van het Registratiebesluit 1877 – een algemene maatregel van bestuur – de daarin verplichte patiëntenregistratie bij te houden en te deponeren en kwam tegen naar aanleiding daarvan ingezette strafvervolgning in het geweer. De Hoge Raad stelt vast dat niet duidelijk is wat nu precies onder een algemene maatregel van bestuur in de zin van de Grondwet moet worden verstaan, en daarmee ook niet duidelijk is welke onderwerpen nu wel en niet bij algemene maatregel van bestuur mogen worden geregeld. Die vraag kan volgens de Hoge Raad alleen worden beantwoord door te kijken naar het stelsel van de Grondwet zelf. Die Grondwet van 1848 legt volgens de cassatierechter een nauwkeurig onderscheid aan tussen de bevoegdheid van de wetgever (neergelegd in art. 104 Gw toen - art. 81 nu) enerzijds en die van de Koning (art. 54⁶⁰ toen – min of meer artikel 42, eerste lid, nu) anderzijds. De Grondwet 1848 kent aan de Koning (regering) geen algemene zelfstandige wetgevende bevoegdheid toe en dat betekent – in de ogen van de Hoge Raad – dat als de Koning een algemene maatregel van bestuur wil vaststellen dat *alleen maar kan* als de formele wetgever de Koning via delegatie de bevoegdheid heeft toegekend dat onderwerp (nader) te regelen.⁶¹ Van een dergelijke delegatie is in de Meerenberg-casus geen sprake, ergo, het bestreden Registratiebesluit is niet verbindend. Het Meerenberg-arrest draait dus hoofdzakelijk over de wie-vraag.

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

De gevolgen van het arrest werden na 1879 al direct als té verstrekkend ervaren. Het bestuur zou via deze jurisprudentielijn te zeer worden beknot in zijn handelen, een soort bestuurlijke verlamming waar Buys al voor had gewaarschuwd.⁶² Bij gelegenheid van de grondwetsherziening van 1887 werd getracht een nieuwe balans te vinden door te bepalen dat de Koning op grond van de Grondwet weliswaar bevoegd is tot het vaststellen van

59. HR 13 januari 1879, W 4330. Zie over de context van het arrest ook Voermans 2009a.

60. Artikel 54 Grondwet 1848 luidde: 'De uitvoerende magt berust bij den Koning.'

61. Er is wel een kleine uitzondering. De Grondwet 1848 kende ten aanzien van een aantal onderwerpen de Koning het opperbestuur of oppergezag toe. Bijvoorbeeld artikel 41 (recht van munt), artikel 58 (oppergezag strijdkrachten) en art. 190 (oppertoezicht waterstaat) Grondwet 1848. In latere arresten werden dergelijke reglementen die zich op deze artikelen baseerden niet onverbindend geacht: de Grondwet leek daar wel een bevoegdheid te geven. Zie HR 30 juni 1879, W 4404 en HR 26 januari 1880, W 4477.

62. Buys 1883, deel I, p. 199. Ook aangehaald bij Stout 2009, p. 59.

algemene maatregelen van bestuur, maar dat bepalingen door straffen te handhaven in die maatregelen niet worden gemaakt dan krachtens de wet. De wet zelf regelt de op te leggen straffen. Een bepaling die we nu – in verwaterde en minder goed te begrijpen vorm – in artikel 89 van de Grondwet terug kunnen vinden. De grondwetsherziening van 1887 draait daarmee om de *wie-* en de *hoe-vraag*: wie mag op eigen titel en gezag vrijheden van burgers beperken? Onder het 1887-regime zijn dat de formele (parlementaire) wetgever en de regering (bij zelfstandige algemene maatregel van bestuur, verder: amvb). Hoe mag die vrijheid worden beperkt onder het stelsel van de Grondwet van 1887? Hier geldt een restrictie voor de zelfstandig bij amvb regelende regering: zelfstandig strafbedreiging stellen op overtreding van regels in een amvb is niet mogelijk. De formele wetgever kent die restrictie niet.

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

Ingrepen van in vrijheden van burgers behoeven volgens de missaal van het legaliteitsbeginsel een wettelijke grondslag. Met het Meerenberg-arrest en de grondwetsherziening 1887 werden slechts enkele piketpaaltjes geslagen: de wet in formele zin (parlementaire wet) en – onder voorwaarden – een algemene maatregel van bestuur kunnen een dergelijke grondslag bieden. Maar hoe zit het met andere regelende besluiten van bijvoorbeeld een minister of van een provincie- of gemeentebestuur? Dat soort vragen waren aan het begin van de twintigste eeuw nog niet opgelost. Onze Grondwet gaf toen en nu nauwelijks een inhoudelijk antwoord op de vraag welke regelaar – wetgever – waartoe bevoegd is en laat ook in het duister wie nu – naast de wetgever in formele zin – als wetgever op kan treden en – daaraan direct gekoppeld – welke ingreep als ‘wettelijk’ kan gelden. Het antwoord daarop is wezenlijk om te kunnen beoordelen of een ingreep in vrijheden van burgers – dwang – in het licht van de legaliteitsnorm rechtmatig is of niet.

In zijn grondwetscommentaar uit 1883 (vier jaar voor de herziening van 1887) preekt Buys de oplossing van Duitse rechtsgeleerde Paul Laband aan. Een criterium om te bepalen of een overheidsbesluit inhoudelijk zou kunnen gelden als een ‘wet’ of ‘wettelijke’ ingreep, is te vinden door niet zozeer te kijken naar de afkomst daarvan, maar naar het karakter, het verbindende effect van de regeling. Wezenskenmerk voor een wetgevend besluit is, in de ogen van Laband en Buys, dat het ‘een voor burgers bindende rechtsregel’ inhoudt. Een burgers bindende rechtsregel is dan:

‘Elke daad van het staatsgezag waardoor het gebiedend of verbiedend tegenover onderdanen optreedt, hun plichten oplegt, welke zonder dat gebod niet zouden gelden, hunne door de wet gewaarborgde vrije beschikking over persoon en goed wijzigt en beperkt, elk zodanig voorschrift is eene wet.’⁶³

63. Buys 1883, deel I, p. 336.

Het aardige van Buys' inhoudelijke of materiële wetsbegrip is dat het niet alleen aangeeft welke besluiten inhoudelijk als wet kunnen gelden, maar dat het ook een antwoord geeft op de *wat-vraag*: *wat* voor soort vrijheden van burgers worden door het legaliteitsbeginsel beschermd? De opvatting van Buys verkreeg niet direct stadsrechten en werd ook niet gecodificeerd. Ze speelde mogelijk wel een rol bij het Rogge-arrest van de Hoge Raad uit 1919.⁶⁴ Het betreft een zaak waarin een bijna zestigjarige boer een ongehoorde douw van 2500 gulden⁶⁵ krijgt vanwege het verbouwen en verhandelen van zaaigoed in strijd met een distributieregeling van de Minister van Landbouw, Nijverheid en Handel uit 1917. Die was weer gebaseerd op de Distributiewet van 1916 (de Eerste Wereldoorlog is dan op zijn hoogtepunt). Kan dat, ingrijpen in de rechten van deze boer op basis van een ministeriële regeling? De Grondwet van 1887 zegt daar niets over. De Hoge Raad zoekt naar houvast en vindt dat in artikel 99 van de toenmalige Wet op de Rechterlijke Organisatie. Volgens het legaliteitsbeginsel is ingrijpen in rechten en vrijheden slechts toegestaan op basis van een 'wet' en de Hoge Raad kan in cassatie oordelen (naar de toen geldende tekst) op grond van 'verkeerde toepassing of schending van de wet.' De Hoge Raad maakt een *passo doble* die een klassieker wordt. De Raad overweegt dat onder 'wetten' in de zin van de Wet op de Rechterlijke Organisatie moeten worden verstaan naar 'buiten werkende, dus tot een ieder gerichte algemeene regelingen, welke zijn uitgegaan van een openbaar gezag, dat de bevoegdheid daartoe aan de wet, in de zin van eene regeling door de wetgevende macht, ontleent.'⁶⁶

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

Gedurende de hoogtijdagen van de verzorgingsstaat komt een groep bezorgde burgers op tegen het voornemen van de Amsterdamse waterleidingbedrijf om fluor aan het drinkwater toe te voegen. Goed voor je tan-

64. HR 10 juni 1919, W 10429.

65. Dat is te vergelijken met een boete van ongeveer 165.000,- euro in 2010 (conservatief berekend).

66. 85 Jaar later buigt de Hoge Raad zich ook over de vraag of aan beleidsregels – al dan niet op schrift gestelde aankondigingen van de wijze waarop een bestuursorgaan denkt om te gaan met bestuursbevoegdheid – verbindende kracht toekomt. De Hoge Raad oordeelt in 1990 dat beleidsregels weliswaar niet kunnen gelden als algemeen verbindende voorschriften, maar wel een bestuursorgaan kunnen verbinden op basis van algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Nu dat zo is komt de Raad – in afwijking van eerder jurisprudentie – tot de conclusie dat beleidsregels gelden als 'recht' in de zin van de Wet op de rechterlijke organisatie. De omstandigheid dat in bijzondere omstandigheden kan worden afgeweken van beleidsregels doet daaraan niet af. De kwestie is inmiddels goeddeels achterhaald door de codificatie van beleidsregels in de Algemene wet bestuursrecht (artikelen 1:3, vierde lid, en de artikelen 4:81-4:84) Zie HR 28 maart 1990 (Teidraad-arrest) AB 1990, 306, NJ 1991, 118. Zie ook Van der Burg 2009, p. 243-251.

den, voorkomt gaatjes. Op grond van het stelsel van de Waterleidingwet en daarop gebaseerde Waterleidingbesluit heeft een waterleidingbedrijf geen bevoegdheid om drinkwater te fluorideren.⁶⁷ De wetgever heeft zich op dat moment nog niet over die vraag uitgesproken. Staat dat nu in de weg aan fluoridering zoals de gemeente Amsterdam (eigenaar van het waterleidingbedrijf) voor ogen stond? Je zou kunnen betogen dat fluoridering van drinkwater geen vrijheidsbeperkend optreden is. Er wordt eigenlijk geen bestaande vrijheid of recht van een burger beknot, geen juridische verplichting opgelegd. De Hoge Raad maakt korte metten met deze redenering. Weliswaar legt de gemeente Amsterdam geen juridische verplichting op, maar door fluoridering ontstaat wel situatie waarin verbruikers in het distributiegebied *praktisch gedwongen* zijn om fluor tot zich te nemen. Praktische overheidsdwang – in de zin van het ontnemen van gedragsalternatieven bij burgers – staat daarmee, in de ogen van de Hoge Raad, op één lijn met juridisch dwingen via het opleggen van ge- of verboden. Toevoeging van stoffen om daarmee een buiten de eigenlijke drinkwatervoorziening gelegen doel te dienen is daarom, in de klassieke bewoordingen van de Hoge Raad: 'een maatregel van zó ingrijpende aard dat, zonder wettelijke grondslag, niet kan worden aangenomen dat een waterleidingbedrijf daartoe bij de vervulling van de hem in artikel 4 lid 1 van de Wet opgedragen taak de vrijheid heeft.'⁶⁸

Uit het Fluoridering-arrest leren we dat wanneer een overheid *feitelijk* dwingt (ingrijpt in een vorm die geen gedragsalternatieven meer toelaat), dat in wezen op één lijn te stellen valt met de dwang die uitgaat van een juridische verplichting die door straffen wordt gehandhaafd (zie artikel 89, tweede lid, Gw). Dus ook dan is een wettelijke basis als volmacht nodig.

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

Dertien jaar na het Fluoridering-arrest buigt de Hoge Raad zich over de vraag of ook *juridische verplichtingen* die op andere wijze dan door straffen worden gehandhaafd (dat komt wel meer voor) een wettelijke basis behoeven. De Grondwet vergt immers slechts voor voorschriften door straffen te handhaven een wettelijke basis. In het Methadonbrief-arrest uit 1986⁶⁹ draait het om een brief die Hoofdinspecteurs van het Staatstoezicht op de Volksgezondheid aan alle artsen en apothekers in Nederland zenden.

67. Artikel 4 van de toenmalige wet legt een waterleidingbedrijf de plicht op om deugdelijk drinkwater te leveren, artikel 4, eerste lid, van het Drinkwaterbesluit verbiedt de eigenaar van een waterleidingbedrijf stoffen aan drinkwater toe te voegen die de gezondheid kunnen schaden. Net de omgekeerde situatie dus.

68. HR 22 juni 1973, NJ 1973, 386.

69. HR 27 juni 1986, NJ 1987, 898.

In die brief worden artsen opgeroepen verslaafden alleen dan methadon als behandelingsmiddel voor te schrijven indien er geen gespecialiseerde behandelingsinstelling in de regio aanwezig is, of indien de capaciteit daarvan ontoereikend is. Een arts negeert die oproep, waarna de inspecteur van de volksgezondheid apothekers in de regio verzoekt de recepten van de arts die strijden met de beleidslijn uit de brief niet langer te honoreren. De brief is geen echte regeling (de bevoegdheid om te verbinden ontbreekt), het verzoek is ook geen echte straf in juridische zin. Toch vergt dit soort optreden wel een wettelijke basis, zo oordeelt de Hoge Raad, want 'Aan geen wetsbepaling kunnen de Hoofdingspecteurs van het Staatstoezicht op de Volksgezondheid de bevoegdheid ontleen zelfstandig werkzame artsen bindende voorschriften te geven met betrekking [tot de wijze] waarop dezen hun praktijk uitoefenen.'⁷⁰ Je kunt het op twee manieren lezen. In het Methadonbrief-arrest gaat het om een geval net als in het Fluoridering-arrest. Je kunt het zien als *feitelijk* knechten (de brief is een louter advies) door de overheid dat op één lijn moet worden gesteld met *juridisch verplichten* al dan niet te handhaven via straf. Of je kunt, zoals sommigen doen,⁷¹ kijken naar het oogmerk van de overheid en het karakter van de ingreep – de Hoofdingspecteurs wilden binden zou je kunnen zeggen – om dan vervolgens te concluderen dat het weliswaar gaat om het opleggen van een *juridische verplichting* (de brief drukt normen uit). Die worden echter niet door straffen in juridische zin gehandhaafd, maar door feitelijke maatregelen. Daaruit volgt dat wanneer de overheid juridische verplichtingen af wil dwingen via feitelijke dwang, ook daarvoor een wettelijke basis nodig is. De visie die je huldigt, maakt uit voor de vraag hoever het legaliteitsbeginsel reikt, zoals ik hierna nog hoop duidelijk te maken. Het probleem is echter dat het Methadonbrief-arrest minder duidelijk en minder expliciet is uitgewerkt op dit punt dan het Fluoridering-arrest.⁷²

2.6 Stand van de rechtsontwikkeling

Het Fluoridering- en Methadonbrief-arrest fungeren als een soort waterscheiding, eentje die ook vandaag nog aanleiding geeft tot discussie. Het zijn, dat staat vast, twee belangrijke uitbreidingen – waar het betreft de

70. Overweging 3.3 van het arrest.

71. Zie ook Van Ommeren 1996, p. 65.

72. In dezelfde overweging 3.3 kwalificeert de Hoge Raad het optreden van de inspecteur nog een keer en stelt dat deze 'zonder daartoe aan enige wetsbepaling de bevoegdheid te kunnen ontleen, door middel van een door zijn gezag gedekte en daardoor effectieve opwekking tot boycot ingegrepen in het recht van Rauwerda om – behoudens zijn verantwoordelijkheid ingevolge de Medische Tuchtwet en het strafrecht – zijn praktijk naar eigen inzicht uit te oefenen en zich reeds uit dien hoofde jegens Rauwerda schuldig [heeft] gemaakt aan een onrechtmatige daad.'

werking van het legaliteitsbeginsel – op het grondwettelijke legaliteitsgebod dat slechts voor bestraffend overheidsoptreden een wettelijke basis verlangt.

Want betekent met name het Fluorideringsarrest nu dat, daar waar de overheid praktisch dwingt, zonder dat daarbij een juridisch bindende verplichting wordt opgelegd, daarvoor altijd een wettelijke basis nodig is? Dat is inderdaad de uitkomst die bijvoorbeeld Kortmann (wettelijke basis voor alle overheidsoptreden)⁷³ en de bewerkers van Belinfante⁷⁴ daaraan lijken te verbinden. Er zit ook veel in die gevolgtrekking, want in ons soort samenlevingen is de overheid talloze malen actiever dan die in de negentiende eeuw was. Er waren indertijd veel minder overheidsinterventies en de keren dat werd tussengekomen, was dat meestal met gebruikmaking van het recht. Als we de oorspronkelijke ratio van het legaliteitsbeginsel in het achterhoofd houden – inbreng van de rechtsgenoten in de wijze waarop de overheid wordt toegestaan in te grijpen in vrijheden van burgers⁷⁵ – dan mag niet louter de *vorm* van overheidsdwang leidend zijn bij de beantwoording van de vraag of al dan niet een wettelijke basis nodig is. Als de overheid optreedt, intervenueert, in een democratische rechtsstaat dan is daarvoor in beginsel een machtiging van een democratisch gelegitimeerde wetgever voor nodig; die wettelijke basis legitimeert dan het optreden als een soort volmacht.

Anderen gaan wat minder ver. Zij vragen zich af of presterend overheidsoptreden, in de vorm van het verlenen van subsidies, het verstrekken van informatie of het uitvoeren van feitelijke handelingen (maaien van gras, plaatsen van wegwijzers) wel steeds een wettelijke basis behoeft. En hoe zit het met overeenkomsten, die weliswaar in beginsel tweezijdig zijn, maar soms toch een eenzijdige verplichting opleggend, hoe met andere vormen van verplichtend optreden? Van Ommeren houdt het er in zijn proefschrift op dat indien de overheid *eenzijdig verplichtingen* oplegt, er – volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad – een wettelijke basis nodig is.⁷⁶ Of dat nu gebeurt in de vorm van een overeenkomst, of verplichtende voorwaarden bij een beschikking of anderszins, dat doet in wezen niet ter zake. Tot die eenzijdig opgelegde verplichtingen rekent Van Ommeren ook

73. Kortmann verbindt ook nog een kwaliteitseis. De regel waarop het overheidshandelen berust, moet niet alleen algemeen, dat wil zeggen abstract en voor herhaalde toepassing vatbaar, zijn zij moet op grond van overwegingen van rechtszekerheid ook aan het overheidsoptreden voorafgaan. Kortmann 2008, p. 329.

74. Zie hierboven Belinfante 2009, p. 9 e.v.

75. Zie voor het element dat ik eerder aanduidde als juridische zelfbepaling door de rechtsgenoten, Voermans 2003a, p. 4 en Popelier 2001, p. 105.

76. Zie ook in de samenvatting p. 397.

de feitelijke verplichting;⁷⁷ zijn kwalificatie voor ingrijpende maatregelen die de gedragsalternatieven van een burger zo beperken dat deze wordt gedwongen zich te voegen. Hoewel een mooie vondst, wordt met het idee van de eenzijdig opgelegde verplichting niet helemaal recht gedaan aan de jurisprudentie van de Hoge Raad.⁷⁸ Daarin moet denk ik gelezen worden dat overheidsoptreden dat op één lijn kan worden gesteld met het opleggen van een juridische bindende verplichting een wettelijke basis behoeft. Dat een maatregel eenzelfde effect kan hebben als een verplichting, maakt het nog geen verplichting. Toegegeven het begrip 'verplichting' zoals van Ommeren dat gebruikt, heeft als aardige bijkomstigheid dat in de loutere 'Wortlaut' al een element van behoren lijkt te zitten; een soort impliciete referte aan iets wat als norm is bedoeld, als zodanig is opgelegd of als zodanig wordt ervaren. En daarmee wordt nu juist de open vraag die het moderne legaliteitsdiscussie nog laat omzeild: heeft de overheid voor interventies die *niet* bedoelen het gedrag van burgers, bedrijven, organisaties of instituties te sturen, maar dat wel als neveneffect hebben, ook een wettelijke basis nodig? In het geval van het Fluoridering-arrest en het Methadon-brief-arrest was er duidelijk sprake van de ambitie van de overheid om met een interventie het gedrag van burgers te sturen. En waar dat leidt tot het dirigeren van gedrag kan dat niet gebeuren zonder een wettelijke grondslag. Zo kan je de legaliteitsjurisprudentie van de Hoge Raad natuurlijk ook verstaan: bedoelde de overheid eenzijdig te dirigeren? Zo ja, dan is daarvoor een machtiging van de wetgever een vereiste. Zo nee, dan is slechts sprake van 'collateral damage' die mogelijk tot aansprakelijkheid achteraf aanleiding kan geven, maar geen machtiging vooraf behoeft. Als mijn gemeente bijvoorbeeld in verband met groot onderhoud een park of een weg een langere tijd afzet, levert dat de facto voor mij de verplichting op om een andere route naar mijn werk te kiezen. Het kan zelfs zover gaan dat ik – als ik een nering in het park zou hebben – langere tijd zou moeten sluiten. Een dergelijke overheidsmaatregel bedoelt echter niet mijn gedrag te sturen, bedoelt mij niet te verplichten mijn gedrag op een bepaalde wijze in te richten – dat is slechts het neveneffect – en daarom is er ook geen wet-

77. Van Ommeren 1996, p. 80-87. Zie ook Van Ommeren 2009b. Daar vat Van Ommeren het, op p. 59, als volgt samen dat voor overheidsoptreden een wettelijke grondslag is vereist indien:

- a. de Grondwet voor een specifiek geval een wettelijke grondslag eist (bijvoorbeeld bij de beperking van grondrechten),
- b. voorschriften door straffen worden gehandhaafd;
- c. voorschriften die -- zelfs zonder sancties -- juridisch beogen te binden – zgn. bindende voorschriften (dit volgt uit het Methadonbrief-arrest HR 27 juni 1986, AB 1987, 241)
- d. ingrijpende maatregelen (Fluoridering-arrest) aan de orde zijn.

78. Ook Damen aarzde bij de vraag of Van Ommeren's 'verplichtingenleer' wel recht doet aan de moderne betekenis die het legaliteitsbeginsel heeft. Damen 1999, p. 49-50.

telijke basis voor nodig. Het lastige van deze motieftheorie is natuurlijk wel dat die moeilijk is toe te passen in concrete casus: de bedoeling van sommige vormen van overheidsoptreden laat zich soms maar moeilijk raden.

Ook Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male oordelen dat het legaliteitsbeginsel slechts voor gekwalificeerde vormen van overheidsoptreden een wettelijke basis verlangt. Zij vallen terug op de ratio van het legaliteitsbeginsel: de wens tot regulering van *inbreuken* van overheidswege. Bij inbreuken denken Konijnenbelt en Van Male dan aan daadwerkelijke inbreuken op vrijheden en rechten van burgers die kunnen worden doorgezet via sancties en gebruik van zwaarmacht.⁷⁹ Dat is ook waar Burckens, Kummeling, Vermeulen en Widdershoven op uitkomen, zoals we zagen.

De ontwikkeling van het legaliteitsbeginsel in Nederland volgt een meanderend pad waarmee de doctrine moeite lijkt te hebben. Het blijkt lastig er een lijn uit te destilleren waar het betreft de inhoudelijke betekenis van het beginsel. We moeten in ieder geval vaststellen dat de jurisprudentie zich niet eenvoudig laat duiden, en dat er veel verschil van inzicht is. Dat heeft ongetwijfeld te maken met het aspiratieve karakter van het beginsel – van welk overheidsoptreden vinden we dat het eigenlijk een wettelijke basis behoeft? – Dat heeft zeker ook te maken met het ongeschreven karakter van het beginsel, het niet codificeren van de rechtsontwikkeling en de verschillende ontwikkeling die het legaliteitsbeginsel op de verschillende deelterreinen van het publiekrecht heeft doorgemaakt. Het legaliteitsbeginsel vervult binnen het strafrecht, het bestuursrecht of op het terrein van de wetgeving andere rollen. In het bestuursrecht – en voor het bestuur – bijvoorbeeld staat de rechtsontwikkeling en de discussie over de werking van het beginsel vooral in het teken van bescherming van de burger tegen overheidsoptreden (binding aan de wet, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, en ook enigszins democratie), terwijl voor de discussie en ontwikkeling van het beginsel voor de overheidsfunctie wetgeving de codificerende, legitimerende en politieke functie ook een rol spelen. Strafrecht laat ik even buiten beschouwing.

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

Recente discussies over de betekenis van het legaliteitsbeginsel hebben een sterk rechtsstatelijk accent en zoeken – zo zagen we hierboven al bij de definities – de functie van het beginsel vooral *binnen* het systeem van het recht. Dat heeft gevolgen. Een aantal bestuursrechtelijke opvattingen over het legaliteitsbeginsel lijdt daardoor – onbedoeld wellicht – aan een vorm

79. Van Wijk/Konijnenbelt 2008, p. 36.

van blikvernuwing. Zo vormt in de ogen van o.a. Scheltema en Van Ommeren het legaliteitsbeginsel primair een waarborg tegen ongeoorloofde inbreuken op de rechtspositie van betrokkenen, en zijn de belangrijkste oogmerken ervan het bewerkstelligen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.⁸⁰ Die opvatting is in zoverre beperkt en 'bestuurscentrisch' dat ze het uiteindelijke doel van het legaliteitsbeginsel exclusief lijkt te zoeken in het bieden van rechtsbescherming tegen in verschillende varianten van ingrijpendheid⁸¹ – optreden van het bestuur.⁸² Gedachten over de waarde van het beginsel als legitimatiebron voor overheidsoptreden, rolbepaler voor overheids machten bij de rechtsvorming, e.d. staan hier niet voorop. Een dergelijke invulling leidt al snel tot een relativering van de wetmatigheidseis. Immers, waar de rechtspositie van rechtsgenoten niet direct wordt bedreigd door het bestuur, of waar rechtszekerheid en rechtsgelijkheid door het bestuur ook of juist zonder wettelijke grondslag kan worden gediend, is een wettelijke grondslag – gemeten naar het doel daarvan – niet direct nodig. Die wettelijke grondslagen kan zelfs een hindernis worden voor slagvaardig en dienend bestuur. De gedachte dat het legaliteitsbeginsel eveneens beoogt de rechtsgenoten zelf te betrekken bij de inhoudelijke bepaling van het recht lijkt in deze benadering afwezig of verwezen naar het tweede plan. Ook is er weinig oog voor de wijze waarop het legaliteitsbeginsel betekenis heeft voor rechtspraak en wetgeving. Voor die overheidsfuncties heeft het legaliteitsbeginsel een eigen dimensie, een eigen betekenisaccent en een eigen invulling. Daaraan zal ik in de paragrafen 3 tot en met 5 aandacht besteden.

2.7 *Rol van het legaliteitsbeginsel in recente rechtspraak*

Het legaliteitsbeginsel komt in de periode 1999-2010 361 keer voor in uitspraken van Nederlandse rechters,⁸³ zo leert de uitsprakendatabank LJN. Kijken we wat preciezer dan figureert het legaliteitsbeginsel in die periode in de kern van de zaak maar zes keer in een arrest van de Hoge Raad, waarvan drie keer in strafrechtelijke zin en twee keer in fiscaalrechtelijke zin (i.e. de toepassing van artikel 104 van de Grondwet dat bepaalt dat belastingen worden geheven uit kracht van een wet). In de uitspraken van de Centrale Raad van Beroep komt het beginsel in die periode vijf keer in de

80. Zie Van Ommeren 2002, p. 132 en Scheltema 1996, p. 1358.

81. Door Damen fraai gecatalogiseerd in zijn bijdrage 'Het legaliteitsbeginsel als partieel gecodificeerde constitutionele norm', Damen, 1999, p. 49.

82. Ook Heldeweg heeft al eens aandacht gevraagd voor dit eenzijdige accent op de waarborgfunctie legaliteitsopvattingen. Zie Heldeweg 2001, 15-19.

83. Zoeken op synoniemen levert niet veel extra op: twee vermeldingen, maar daarbij gaat het niet om de kern van de zaak of de norm zelf.

conclusie of het dictum voor, negentien keer bij de Afdeling bestuurs-rechtspraak van de Raad van State, en – opmerkelijk – maar liefst 36 keer bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Uit die 69 zaken komen een aantal thema's naar voren. Het eerste wat opvalt, is dat er in de jurisprudentie van die periode weinig uitbreiding is gegeven aan de werking van het legaliteitsbeginsel. Er is wel sprake van zekere trends in de jurisprudentie. De eerste ontwikkelingstrend houdt verband met de vraag of een EU-besluit ook rechtstreeks kan gelden als een wettelijke basis voor het optreden van een Nederlands bestuursorgaan. Vooral de bestuursrechter boog zich daar een aantal keren over in de afgelopen periode. Ik bespreek dat in paragraaf 3 nader. Een tweede trend is te ontwaren in de belasting-rechtspraak. Uit het gebod dat belasting wordt geheven krachtens een wet (art. 104 Gw), leidt de belastingrechter tegenwoordig af – mede tegen de achtergrond van de bescherming die het legaliteitsbeginsel beoogt te bieden – dat belastingheffing daarom alleen op basis van *publiekrechtelijke* wetgeving plaats kan vinden. Een derde trend is terug te vinden in de wijze waarop de rechter bevoegdheidsgebreken in wetgeving probeert op te lossen indien en voor zover die tenminste niet ten nadele van de rechtszoekende burger uitpakt; regelgeving met een bevoegdheidsdefect dat de justitiabele benadeelt wordt veelal vanwege onverbindendheid buiten toepassing gelaten. Ook dit komt in paragraaf 3 nog aan de orde. En een laatste hier te vermelden trend betreft die van de toepassing van het bepaaldheidsgebod en daarmee verband houdende *lex certa*-beginsel: zowel de strafrechter als de bestuursrechter passen dit aspect van de legaliteitsnorm vaak toe. Wederom: dadelijk in paragraaf 3 aan de orde.

Het aantal vermeldingen en toepassingen van het legaliteitsbeginsel zegt op zichzelf niet veel, maar levert weer wel een indicatie voor de mate van gebruik als je het vergelijkt met het aantal treffers van andere beginselen zoals die van het vertrouwensbeginsel (6157 keer, waarvan 827 keer in de kern van de zaak), het gelijkheidsbeginsel (8383 keer, 976 kern), evenredigheidsbeginsel (1875 keer, 122 kern). Tussen het aantal ingeroepen en toegepaste beginselen neemt het legaliteitsbeginsel in de Nederlandse jurisprudentie dus een bescheiden plaats in.

2.8 Beperkte codificatie van het legaliteitsbeginsel

Als rechtsnorm is het legaliteitsbeginsel in de afgelopen honderd jaar vooral in de jurisprudentie ontwikkeld. Slechts onderdelen zijn gecodificeerd, zoals het strafrechtelijke bepaaldheidsgebod in artikel 16 Grondwet en artikel 1, tweede lid, Wetboek van Strafrecht, en het verbod om zelfstandig strafbedreigingen op te nemen in algemene maatregelen van bestuur uit artikel 89, tweede lid, van de Grondwet. Ter gelegen van de grondwetsherziening 1983 is nog wel overwogen om ook voor feitelijk dwingend optreden, zoals via bestuursdwang, te verlangen dat dat alleen krachtens wet zou

kunnen.⁸⁴ Omdat het indertijd nauwelijks voorkwam dat algemene maatregelen van bestuur via bestuursdwang werden gehandhaafd, is een uitbreiding in die richting achterwege gelaten. Enige verdere gedachte aan codificatie van meer dan honderd jaar jurisprudentiële ontwikkeling op het terrein van het legaliteitsbeginsel is er bij gelegenheid van de grondwetsherziening 1983 niet aan het onderwerp gewijd. Ook is er niet in algemene zin gesproken over de vraag of de grondwetgever wellicht de werking van het legaliteitsbeginsel verder zou moeten uitbreiden. Alleen een zin waarmee ministeriële regelingen ook onder het regime van artikel 89, tweede lid, worden getrokken. Uitbreidingen en onderdelen van het legaliteitsbeginsel zijn later gedeeltelijk neergelegd in de Algemene wet bestuursrecht (o.a. in artikel 4:32 bijvoorbeeld) en het wetgevingsbeleid. Dat we in Nederland een centrale norm als het legaliteitsbeginsel grotendeels ongeschreven laten heeft zeker als voordeel dat daarmee ruimte wordt gelaten voor rechtsontwikkeling waarin ook rekening kan worden gehouden met nieuwe inzichten. Een groot nadeel is echter wel dat de kenbaarheid van deze norm voor niet-ingewijden buitengewoon klein is, zeker tegen de achtergrond van de externe legitimerende functies die het beginsel heeft. Wie zonder voorkennis uit artikel 89 van de Grondwet af zou weten te leiden dat daarin een kernelement van het legaliteitsbeginsel is verankerd, zou met recht een knappe meid of vent genoemd kunnen worden. Er zit ook een zekere wrange ironie in het feit dat de norm die de kenbaarheid van regels probeert te waarborgen in het Nederlandse constitutionele recht zelf haast onkenbaar is. Die onbepaaldheid kent ook een prijs; de wijze waarop de rechter het legaliteitsbeginsel toepast is gedeeltelijk onvoorzienbaar. In paragraaf 4 hoop ik dat aan te kunnen tonen aan de hand van de wijze waarop verschillende rechters omgaan met delegatie-incidenten. Ook de rechtsleer worstelt met het verschil tussen de droom en daad van het legaliteitsbeginsel. Sommigen leren, in de hoop dat dat eens wordt bewaarheid, dat het legaliteitsbeginsel een wettelijke basis vergt voor alle overheidsop treden, waar anderen – aan de hand van de stand van de jurisprudentie – het er op houden dat slechts overheidsop treden dat eenzijdig verplichtingen oplegt wettelijke basis behoeft.

3 Betekenis van het legaliteitsbeginsel voor het bestuur

Denken we aan het legaliteitsbeginsel dan denken velen onmiddellijk – en soms bij uitsluiting – aan wetmatigheid van *bestuur*. En inderdaad als we naar de rechtsontwikkeling van het Nederlandse legaliteitsbeginsel kijken, dan neemt daarin de binding van de bestuurlijke (vroeger: uitvoerende)

84. Zie NNG, deel Va (Wetgeving en bestuur) 1983, p. 14-16.

overheidsfunctie aan het recht een belangrijke plaats in. Kijken we echter naar de jurisprudentie van de bestuursrechter van de afgelopen tien jaar, dan speelt het legaliteitsbeginsel daarin een minder grote rol dan je zou verwachten.⁸⁵ Dat kan te maken hebben met verschillende omstandigheden, zoals de ‘verwettelijking’, door sommigen ook wel aangeduid als ‘juridisering’, van het bestuursoptreden in Nederland. Zo is in 1994 in fasen de Algemene wet bestuursrecht (Awb) ingevoerd, die niet alleen bestuurshandelen normeert, maar ook een wettelijke basis geeft aan verschillende vormen van bestuurlijk optreden. Te denken valt hier aan artikel 4:81 Awb dat een bestuursorgaan de bevoegdheid geeft beleidsregels vast te stellen. Verder maakt diezelfde Awb ook een einde aan wat slepende kwesties. Mag een bestuursorgaan zonder wettelijke basis subsidiëren? Je kunt je namelijk afvragen of dat ingrijpend of dwingend overheidsoptreden is. Artikel 4:23 Awb lost dat op door te bepalen dat subsidie slechts kan worden verstrekt op grond van een wettelijk voorschrift. Maar het is niet alleen die Algemene wet bestuursrecht zelf, over de volle linie is het bestuur ‘verwettelijk’. Er zijn allerhande kaderwetten gekomen (denk aan de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen), speciale toezichtwetten,⁸⁶ en algemene wetten (zoals de Gemeentewet⁸⁷) die tot bestuursoptreden machtigen.

Kijken we vanaf 1986 (het Methadonbrief-arrest) door de ooghalen naar de rechtsontwikkeling die het legaliteitsbeginsel heeft doorgemaakt ten aanzien van bestuursoptreden dan zijn daarin – zover ik kan overzien – de volgende kernthema’s te onderscheiden: aanvaardbaarheid van overheids-optreden zonder wettelijke basis, de eis van voldoende specifieke wettelijke basis en de vraag of internationale besluiten, met name EU-besluiten, kunnen gelden als een afdoende wettelijke basis voor optreden van Nederlandse bestuursorganen.

85. Het schriftelijke trefwoordenregister van het weekblad Bestuursrechtspraak, de AB, geeft een aardige indruk. In het register 2000 (2 vermeldingen), 2001 (geen vermelding legaliteitsbeginsel of wetmatigheid van bestuur), 2002 (geen vermelding), 2003 (geen vermelding), 2004, (1 vermelding), 2005 (geen vermelding), 2006 (4 vermeldingen), 2007 (2 vermeldingen), 2008 (1 vermelding) 2009 (3 vermeldingen). Bijzonder is dat Kluwer’s elektronische zoekmachine (Navigator) meer treffers geeft in die jaren. De reden daarvoor is gelegen in het feit dat de trefwoordenregisters van de AB alleen selecteren op basis van de zogenaamde kopjes (welke trefwoorden zijn daar door de annotator of uitgever ingezet). De Navigator kijkt naar het voorkomen van het woord legaliteitsbeginsel in de hele uitspraakaanhef. Dan nog zijn er in de onderzochte jaren per jaar slechts tussen de 3 en de 10 treffers te vinden.

86. Denk bijvoorbeeld aan wetten als de Wet op het onderwijstoezicht en de Wet op het financieel toezicht.

87. Denk bijvoorbeeld aan de mogelijkheid voor het gemeentebestuur om een last onder bestuursdwang op te leggen (art. 125 Gemeentewet).

3.1 *Aanvaardbaarheid van overheidsoptreden zonder wettelijke basis?*

Mag een bestuursorgaan, zonder dat de wet dat uitdrukkelijk toestaat, schade of nadeel die bestuurdien lijden, compenseren? Daarover kan je, als over zoveel dingen in het leven, verschillend denken. Aan de ene kant is de lijn te verdedigen dat een bestuur dat schade vergoedt zonder dat de wet daartoe in het bijzonder opdraagt, of het recht daartoe rechtstreeks noopt, daarmee uitdrukking geeft aan een evenredige afweging van belangen. Aan de andere kant geldt dat met compensatie meestal publieke middelen zijn gemoeid die niet zonder voorafgaande machtiging in een (begrotings)wet zo maar kunnen worden toegekend. Dit vraagstuk is op verschillende manieren aan de orde geweest in de bestuursrechtelijke jurisprudentie van de afgelopen 15 jaar.

In 1995 wordt Van Vlodrop B.V. – een bedrijf dat zilver en andere stoffen wint uit afval van fotomateriaal – geconfronteerd met reductiedoelstelling van 60% van fotografisch-chemische afvalstoffen in het jaar 2000. Iets wat over de boeg van de vergunningvoorschriften gevolgen heeft voor de bedrijfsvoering: er was niet geïnvesteerd op grond van de bestaande eisen. Het bedrijf voelt zich overvallen door deze plotselinge beleidswijziging en vraagt schadevergoeding. Het bestuursorgaan heeft weliswaar geen bevoegdheid om schadevergoeding toe te kennen, maar reageert wel inhoudelijk op de aanvraag (en wijst die af). Uiteindelijk belandt de zaak in 1997 in hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State – die zich al in eerdere uitspraken gevoelig heeft getoond voor de aanvaarding van schadevergoedingsbesluiten waaraan geen wettelijke titel ten grondslag ligt (zogenaamde ‘zuivere schadebesluiten’).⁸⁸ In deze Van Vlodrop zaak⁸⁹ oordeelt de Afdeling uiteindelijk dat een bestuursorgaan bevoegd is tot het vergoeden van schade, veroorzaakt *binnen het kader van de uitoefening* door dat orgaan van een aan *het publiekrecht ontleende bevoegdheid* – ook indien dat verzoek niet op een specifiek wettelijke grondslag is gebaseerd.⁹⁰ Deze uitspraak lokte veel discussie uit want

88. In de uitspraak van de ABRvS van 18 februari 1997, AB 1997, 143 nam de Afdeling al aan dat de bevoegdheid tot het nemen van een beslissing op een verzoek om schadevergoeding, zelfs zonder wettelijke basis, moet worden aangenomen, voor zover het schade betreft die is ontstaan door de rechtmatige uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid. De bevoegdheid daartoe berust op het – mede aan art. 3:4 lid 2 van de Awb ten grondslag liggende – rechtsbeginsel van ‘égalité devant les charges publiques’ (gelijkheid voor de publieke lasten).

89. ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229.

90. De Hoge Raad heeft de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak en de daarmee samenhangende verschuiving van bevoegdheid aanvaard in HR 17 december 1999, AB 2000, 89 m.nt. PvB (Groningen/Raatgever). Het arrest bevat echter wel een belangrijk voorbehoud. De bestuursrechter is in geval van een zelfstandig schadebesluit →

moesten we hieruit lezen dat bestuursorganen indirecte, niet rechtstreeks op de wet steunende, bevoegdheden zouden kunnen hebben, zelfs gehouden zou kunnen zijn tot schadevergoeding op basis van rechtsbeginselen?⁹¹ Het lijkt er wel op. Voor zover en zolang er een verband is met wettelijk toegekende bevoegdheid. De kwestie van buitenwettelijke, dan wel indirecte grondslagen voor zuivere schadebeslissingen zal naar verwachting in afzienbare tijd worden opgelost. In 2007 werd een Voorontwerp Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad gepresenteerd, dat voorziet in een algemene grondslag voor de vergoeding van onevenredig drukkende⁹² en bovennormale⁹³ schade, veroorzaakt in het kader van de uitoefening van publieke taken of bevoegdheden door bestuursorganen. Inmiddels is het hierop gebaseerde wetsvoorstel nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten bij de Tweede Kamer ingediend.⁹⁴

3.2 Voldoende specifieke en duidelijke wettelijke basis

Waar de bestuursrechter enige ruimte lijkt te laten voor schadevergoedend optreden op grond van een min of meer indirect aan een wettelijke bevoegdheid of taak ontleende bevoegdheid, worden aan belastende ingrepen strenge eisen gesteld. Strenger dan voorheen wellicht. Zo kan bestuurs-

niet exclusief bevoegd tot het beoordelen van vorderingen tot schadevergoeding wegens overheids-handelen: ook de burgerlijke rechter blijft bevoegd. Volgens de Hoge Raad heeft het Awb-schadevergoedingsregime (o.a. neergelegd in art. 8:73 Awb) in de ogen van wetgever niet ten doel een vordering tot schadevergoeding bij de burgerlijke rechter uit te sluiten.

91. Kritisch Kortmann 1997a (volgens hem is 'de beer los' als rechtsbeginselen bevoegdheden kunnen scheppen en raken we rechtsstatelijk daarmee op een hellend vlak). En ook Kortmann 1997b. Drupsteen toont meer begrip. Volgens hem geeft de Afdeling met Van Vloderp een strategisch vervolg aan een rechtsontwikkeling waarin billijkheids- en efficiencyoverwegingen steeds vaker een reden vormen voor het vergoeden van onevenredige schade. Het zonder meer vasthouden aan de eis van een wettelijke grondslag voor een zelfstandig schadebesluit ontkent in zijn ogen die rechtsontwikkeling. Drupsteen 1997. Van Ommeren kiest een middenpositie. Hij wijst er op dat in de Van Vloderp-uitspraak eigenlijk geen sprake is van een – als zodanig – bevoegdheidscheppend rechtsbeginsel. De bevoegdheidsgrondslag bij zelfstandige schadebesluiten is volgens hem accessoir aan de bevoegdheid die ten grondslag ligt aan het schadeveroorzakend besluit. De rechtsbeginselen die de Afdeling in de Vloderp-zaak noemt, hebben volgens hem slechts als functie dat ze inzichtelijk maken welke inherente bevoegdheden kunnen worden afgeleid uit de oorspronkelijke (originare) bevoegdheid. Die beginselen vormen volgens Van Ommeren geen zelfstandige basis voor een bevoegdheid tot het nemen van zelfstandige schadebesluiten, maar slechts een aanvullende. Van Ommeren 2002, p. 131. Zie ook Van Ommeren 1998, p. 115 e.v. Zie in deze zin ook Voermans 2003, p. 12. Er worden hier enkele passages uit geciteerd; beter dan toen kan ik het nu niet zeggen.
92. Schade die een benadeelde in vergelijking met anderen onevenredig zwaar treft.
93. Schade die uitgaat boven het normaal maatschappelijke risico.
94. Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nrs. 1-3.

dwang in de ogen van de Afdeling bestuursrechtspraak alleen worden toegepast indien daarvoor een expliciete wettelijke grondslag bestaat.⁹⁵ De Algemene wet bestuursrecht biedt die grondslag zelf niet. En dan nog is het bestaan van zo'n grondslag geen vrijbrief: de uitoefening van bestuursdwang mag alleen gericht zijn op de naleving van bij of krachtens de wet gestelde verplichtingen.⁹⁶ Bestuursrechters stellen tegenwoordig ook eisen aan de kwaliteit van de wettelijke grondslag. Zo verzet het legaliteitsbeginsel, volgens het College van Beroep voor het bedrijfsleven, zich er tegen dat bestuursdwang wordt toegepast om wettelijke voorschriften te handhaven indien voor degene die ze moet naleven, de verplichting daar uit onvolgende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar is (lex certa beginsel).⁹⁷ In diezelfde lijn oordeelde ook het Hof van Justitie EG dat subsidievoorwaarden die een ontvanger niet kende en niet kon kennen, niet aan deze kunnen worden tegengeworpen in een terugvorderingsactie.⁹⁸

Verder houdt de bestuursrechter bestuursorganen strikt aan de wettelijke basis van hun optreden. Zo kunnen geen boetes worden opgelegd aan anderen dan precies die personen, rechtspersonen of organisaties die de wet noemt.⁹⁹ Ook neemt de bestuursrechter er geen genoegen mee dat een bestuursorgaan, in afwachting van een wettelijke uitvoeringsregeling met nadere criteria, ter overbrugging alvast zelf invulling aan die criteria geeft.¹⁰⁰

95. ABRvS 4 juli 2007, AB 2007, 315. Annotator Vermeer wijst er op dat voor de inwerkingtreding van de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht in de bestuursrechtelijke doctrine vrij algemeen werd aangenomen dat de bevoegdheid voor de overheid om door feitelijk optreden de wet te handhaven een vanzelfsprekende en noodzakelijke bevoegdheid was, die niet pas was ontstaan doordat de wetgever de bevoegdheid ging regelen. Die bevoegdheid werd verondersteld. Van Buuren e.a. wijzen er in hun recente monografie ook op dat tot voor kort wel als leer werd aanvaard dat voor bestuursdwang zelf geen wettelijke grondslag nodig was, maar dat voor die in de literatuur betrekkelijk algemeen aanvaarde lijn geen steun te vinden was in de jurisprudentie. Inmiddels heeft de wetgever de knoop doorgehakt. Voor bestuursdwang en dwangsom wordt in artikel 5:4 Awb (uitvloeisel van de derde tranche van de Awb) een wettelijke grondslag vereist. Voor decentrale overheden bestaan er betrekkelijk algemene wettelijke grondslagen voor bestuursdwang (en dwangsom), voor de centrale overheid echter (nog) niet. Zie Van Buuren, Jurgens & Michiels 2010, p. 21-22.

96. Zie wederom ABRvS 4 juli 2007, AB 2007, 315.

97. Zie o.a. CBB 9 juli 2009, AB 2009, 294. In casu ging het om de – niet uit artikel 76 van de Uitvoeringsregeling Meststoffenwet af te leiden – verplichting om een geijkt meetwerktuig te hebben om dierlijke meststoffen te wegen.

98. HvJEG 21 juni 2007, C-158/06, AB 2007, 239. Zie ook Den Ouden 2009.

99. Zie o.a. Rb 's-Gravenhage 12 december 2005, AB 2006, 309. CBB 26 juni 2008, AB 2009, 404 (Boete kan niet worden opgelegd aan een ander dan de overtreder).

100. CRvB 10 juni 2008, AB 2008, 287. De Wet delegeert de bevoegdheid aan de regering om de criteria voor beroepsmatig actieve kunstenaar op te stellen. Die algemene maatregel van bestuur was nog niet vastgesteld, waarop het bestuursorgaan toch maar besloot de inkomensvoorziening van een kunstenaar, waarvan bij ontbreken van toetsingskader niet (langer) kon worden vastgesteld of die beroepskunstenaar was, door te laten lopen. Zie hierover ook paragraaf 4 van dit preadvies.

3.3 *Internationale besluiten, met name EU-besluiten, als basis voor optreden van Nederlandse bestuursorganen*

Recht wordt in toenemende mate gevormd in internationale fora en dat internationale recht richt zich allang niet meer alleen tot staten, maar steeds vaker ook rechtstreeks tot de onderdanen van die staten. Denk bijvoorbeeld aan mensenrechtenverdragen zoals het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. De belangrijkste vormen van internationale rechtsvorming vinden we terug in verdragen, besluiten van volkenrechtelijke organisaties en – als aparte categorie – besluiten van instellingen van de Europese Unie. Veel van dat internationale recht bindt omdat onze Grondwet er verbindende kracht aan toekent,¹⁰¹ dan wel, in het geval van het recht van Europese Unie, uit kracht van de eigen EU-rechtsorde. Welke rol komt hier het legaliteitsbeginsel toe?

Een eerste vraag, de grote vraag, is of internationale organisaties en de instellingen van de Europese Unie zelf zijn gebonden aan de norm dat dwingende overheidsinterventies moeten berusten op een – met medewerking van een volksvertegenwoordiging tot stand gebrachte – wettelijke grondslag. Daar is niet in een adem antwoord op te geven. In ieder geval geldt het Nederlandse legaliteitsbeginsel niet op dezelfde manier, of onverkort voor internationale rechtsvorming.¹⁰² Dat spreekt. Als norm houdt het Nederlandse legaliteitsbeginsel weliswaar verband met het bredere en internationaal breed doorgevoerde concept van de democratische rechtsstaat, maar, zoals met diersoorten die tot een zelfde familie behoren maar zich op verschillende plekken, verschillend ontwikkelen, heeft ook het Nederlandse legaliteitsbeginsel zich op geheel specifieke wijze ontwikkeld in de biotoop van de Nederlandse rechtsorde.¹⁰³ Voor de legaliteitsgedachte in Europa geldt dat deze wel een rol speelt bij bijvoorbeeld rechtsvorming in de EU. Daar zien we het terug als het attributiebeginsel dat inhoudt dat de EU instellingen alleen regels kunnen maken en op kunnen treden op grond van bevoegdheden die de lidstaten uitdrukkelijk aan de EU hebben toegekend. Een zelfde soort idee kennen we bij verdragen of verdragsorganisaties: die kunnen soms weliswaar recht vormen (en ook ingrijpen), maar alleen indien en voor zover hen daartoe bevoegdheid is overgedragen. En voor de overdracht van bevoegdheden waarmee – op termijn – (internationale) overheden kunnen ingrijpen, is instemming – goedkeuring – nodig van de Nederlandse volksvertegenwoordiging.

Een tweede wat praktischere vraag is of besluiten van internationale organisaties of EU-besluiten ook een werkelijke, afdoende wettelijk grondslag kunnen bieden voor optreden van Nederlandse overheidsorganen. Bij het

101. Zie artikel 93 Gw.

102. Zie ook Van der Pot 2006, p. 653-654.

103. Zie ook Stoter, Stout & De Jong 2009, p. 16-28.

bekijken van die vraag moeten we onderscheiden tussen de EU – met een eigen samengestelde rechtsorde, en, na het Verdrag van Lissabon, met een eigen democratisch gelegitimeerde wetgever¹⁰⁴ – en andere internationale organisaties waar besluiten en regels worden vastgesteld zonder medewerking van een werkelijke volksvertegenwoordiging. Ingrijpen op basis van een democratisch gelegitimeerd besluit is eerder aanvaardbaar dan ingrijpen op basis van een besluit zonder zo'n achtergrond.

Er is nog een derde dimensie. Het verdragenrecht, met name het EVRM, stelt zelf wel eens de eis van een wettelijke grondslag. Zo kan de uitoefening van bepaalde verdragsrechten door overheden in de aangesloten staten aan beperkingen worden onderworpen, maar voorwaarde is dan dat die beperkingen bij de wet moet zijn voorzien. De idee van het legaliteitsbeginsel keert hier terug: beperkingen kunnen alleen via een bepaald soort besluiten worden aangebracht en ze moeten kenbaar en voorzienbaar zijn. Dat hoeven niet per se democratisch gelegitimeerde wettelijke regelingen te zijn. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens huldigt een materiële en functionele opvatting ten aanzien van een bij wet voorziene beperking. Het rechtskarakter of de vorm van de 'wettelijke' regeling speelt geen grote rol. Ook rechtersrecht of in voorkomend geval een beleidsregel kan als een bij wet voorziene beperking gelden. In de Sunday Times-uitspraak van 1979¹⁰⁵ heeft het Hof criteria ontwikkeld voor de beantwoording van de vraag wat als een afdoende wettelijke grondslag voor een beperking kan gelden. Die criteria komen er op neer dat een beperking die op enigerlei wijze verankerd is in het nationale recht, die voldoende voorzienbaar en toegankelijk is voor de betrokkene, en die ook voldoende is gepreciseerd, als een bij wet voorziene beperking kwalificeert.¹⁰⁶ Een heel andere invulling van de eis van een wettelijke basis dan wij daaraan in Nederland geven.¹⁰⁷

3.4 *EU-besluiten als basis*

De vraag of EU-besluiten een afdoende basis geven voor optreden van Nederlandse bestuursorganen houdt de bestuursrechtelijke gemoederen al enige tijd bezig. Kan een Nederlands bestuursorgaan (dwingend) besluiten en optreden op basis van een Europeesrechtelijke wettelijke grondslag? Vooropgesteld: de opzet van het EU-Verdrag en het Verdrag betreffende de werking van de EU (VWEU) is juist te voorkomen dat lidstaten met dit soort hoofdpijnvragen worden geconfronteerd. Als de EU regels vaststelt is

104. Zie Voermans 2008.

105. EHRM 26 april 1979 Sunday Times t. het Verenigd Koninkrijk, ECHR Series A, 30.

106. Zie ook EHRM 19 december 1994 Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs en Gubi t. Oostenrijk, ECHR Series A, vol. 302.

107. Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (PbEG 2000, C 364, 1) neemt dit systeem over. Zie Barkhuysen/Bos 2011.

het de bedoeling dat de lidstaten – krachtens het beginsel van *loyale samenwerking*¹⁰⁸ – alle algemene en bijzondere maatregelen nemen die geschikt zijn om de verplichtingen van de lidstaat onder de Verdragen na te komen. De lidstaten zijn verantwoordelijk voor de uitvoering van EU-wetgeving.¹⁰⁹ Daarbij zijn ze in beginsel vrij om te bepalen welk nationaal orgaan op welke wijze de uitvoering van EU-regels op zich neemt. Die – jurisprudentieel verankerde – vrijheid wordt ook wel het beginsel van de *institutionele autonomie* genoemd.¹¹⁰ Tellen we de gehoudenheden die uit het gebod van *loyale samenwerking* en de *institutionele autonomie* voortvloeien bij elkaar op, dan betekent dat dat Nederland in geval van een EU-richtlijn of -verordening die uitvoering behoeft steeds een bestuursorgaan aan zal moeten wijzen via een apart besluit. Andersom gelezen: willen EU-richtlijnen of -verordeningen hun volle beslag in lidstaat Nederland krijgen dan is daarvoor vaak een dubbel besluit nodig: een EU-regeling en een nationaal besluit waarbij een uitvoeringsorgaan wordt aangewezen. Dit principe wordt wel aangeduid als het principe van de *dubbele bevoegdheidsgrondslag*. Tot zover is iedereen het wel eens. Het wordt pas ingewikkeld als lidstaat Nederland nalaat een bestuursorgaan aan te wijzen, of de aanwijzing onvolkomen is, dan wel indien de EU zelf zich – in een besluit – met de aanwijzing van een Nederlands bestuursorgaan bemoeit. Kan een Nederlands bestuursorgaan op de een of andere manier rechtmatig besluiten nemen door zich rechtstreeks te baseren op een Europese wettelijke basis, zonder dat er een Nederlands aanwijzingsbesluit is geweest? Op de enkele Europese basis dus. Daar is in verleden verschillend over gedacht,¹¹¹ maar inmiddels hebben het Hof van Justitie en de Nederlandse bestuursrechter daar enige helderheid in aangebracht. Maartje Verhoeven heeft onlangs in haar preadvies voor de jonge VAR de jurisprudentie heel verhelderend op een rijtje gezet.¹¹² Op de vraag of EU-regels rechtstreeks als een afdoende wettelijke basis kunnen dienen voor het optreden van een Nederlands bestuursorgaan komt zij tot de conclusie dat dat in beginsel kan, maar dat:

108. Artikel 4, derde lid, Verdrag betreffende de EU (artikel 10 EG-Verdrag-oud).

109. Of zoals het VWEU ze tegenwoordig noemt, de ‘juridisch bindende handelingen’. Zie artikel 291 VWEU.

110. Zie Voermans 2003a, p. 27, zie Verhoeven 2010, p. 39. Ik verwijs naar de jurisprudentie die zij Verhoeven aanhaalt. HvJEG zaak 8/99 Duitsland tegen de Commissie, Jur. 1990, p. I-2321; zaak C-35/90, Commissie tegen Italië (Campania), Jur. 1991, p. I-5987; zaak C-435/92 Association pour la protection des animaux sauvages, Jur. 1994, p. I-67.

111. Jans, De Lange, Prechal en Widdershoven wijzen er op dat het antwoord in wezen afhangt van de vraag of men een strikt nationale opvatting van het legaliteitsbeginsel huldigt (dan is ook altijd een nationale wettelijke basis nodig voor bestuursoptreden) of niet (dan kan in beginsel ook een Europees besluit dienen als wettelijke basis voor Nederlands bestuursoptreden). Jans, De Lange, Prechal & Widdershoven 2007, p. 25.

112. Verhoeven 2010.

- a) er in de EU-regeling sprake moet zijn van een werkelijke bevoegdheidstockenning;¹¹³
- b) het Nederlandse legaliteitsbeginsel vergt dat (uit de EU-regel) volgt welke Nederlands bestuursorgaan bevoegd is;¹¹⁴
- c) indien niet duidelijk is welk bestuursorgaan bevoegd is, Nederlandse bestuursorganen bevoegdheden uit EU-besluiten ook niet rechtmatig kunnen uitoefenen.¹¹⁵

Naast de vraag of een nationaal bestuursorgaan op *kan* treden op basis van een Europeesrechtelijke grondslag, is ook de vraag interessant of een Nederlands bestuursorgaan op *moet* treden ter uitvoering van een Europeesrechtelijke verplichting, zelfs als er geen nationale wettelijke basis is. Het beginsel van de loyale samenwerking (vroeger: gemeenschapstrouw) onderscheidt niet naar soorten overheid, dus zijn bestuursorganen van een lidstaat verplicht uitvoering te geven aan Europeesrechtelijke verplichtingen. De loutere omstandigheid dat de nationale wetgever dat heeft nagelaten doet daar niet aan af. Maar hoever gaat dat nu? In de Fleuren Compostzaak zat de Minister van LNV op zo'n manier klem tussen Europeesrechtelijke verplichtingen en de mogelijkheden naar nationaal recht om daaraan gevolg te geven. Op basis van een Europese verordening moest de Minister een subsidie met rente terugvorderen, terwijl het Nederlandse subsidierecht geen mogelijkheid kent in dit soort gevallen ook met rentevergoeding terug te vorderen. Hij besloot dit toch maar te doen en zich daarbij rechtstreeks op de Europese verordening te baseren. De Afdeling bestuursrechtspraak vernietigde het besluit tot de rentetereugvordering oordelende dat de Europese verordening (4253/88) lidstaat Nederland wel de verplichting oplegde onrechtmatig verleende subsidie met rente terug te vorderen, maar dat dat daarom nog niet betekende dat de Minister op basis van die verplichting ook *bevoegd* was om dat te doen.¹¹⁶ De 'Europese verplichting is nationale bevoegdheidstheorie' zoals Den Ouden die zo fraai noemt,¹¹⁷ werd hiermee impliciet van de hand gewezen. Die Fleuren Compost-lijn is ook zo gek nog niet als we bedenken dat aan een Europeesrechtelijke verplichting als deze ook door andere organen in een lidstaat

113. Dat zijn meestal verordeningen. Zie voor een recent voorbeeld CBB 7 januari 2011, LJN BPO667.

114. Zie bijvoorbeeld ABRvS 19 april 2006, AB 2006, 296. In dit geval oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak dat een bepaling van een EU-verordening niet kon dienen als een wettelijke bevoegdheidsgrondslag nu niet duidelijk was of provinciale staten, dan wel gedeputeerde staten bevoegd was. Zie ook Vz CBB 28 augustus 2008, AB 2008, 344 waarin de voorzitter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven aannam dat de Voedsel en Waren autoriteit bevoegd was een controleregime op een bedrijf van toepassing te verklaren. De bevoegdheid vloeide voort uit een communautair besluit i.e. een verordening.

115. Verhoeven 2010, p. 39.

116. ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208 en JB 2006, 54 (Fleuren Compost).

117. Den Ouden 2008, p. 14.

uitvoering kan worden geven en die organen – denk aan de wetgever – veel eerder aangewezen zijn om dat te doen dan een bestuursorgaan dat in de knijp komt.¹¹⁸

Toch veranderde het beeld in de ESF-zaak. In die zaak werd de Afdeling bestuursrechtspraak weer geconfronteerd met een terugvordering van Europese subsidie zonder dat daarvoor naar nationaal recht een bevoegdheid bestond.¹¹⁹ De Afdeling besloot tot het stellen van een prejudiciële vraag, die er op neer komt of het Hof van Justitie van mening is dat een communautaire verplichting tot een nationale bevoegdheid kan leiden. In het ESF-arrest uit 2008 geeft het Hof daarop een buitengewoon onduidelijk antwoord: het Hof oordeelt dat zelfs zonder dat een nationale bevoegdheids-attributie noodzakelijk is, er een verplichting onder het EU-recht bestaat tot terugvordering over te gaan.¹²⁰ Een betrekkelijk circulaire redenering, want dat was nu juist wat de Afdeling wilde weten. De Afdeling heeft diezelfde ontwijkende redenering in latere jurisprudentie dan toch maar tot de hare gemaakt.¹²¹ Een soort impliciete erkenning van de redenering ‘plicht-geeft-bevoegdheid’ als het ware.

In spiegelbeeld zijn de mogelijkheden van nationale bestuursorganen om Europeesrechtelijke verplichtingen tot terugvordering op te schorten, omdat ze bijvoorbeeld stuiten op de werking van het nationale vertrouwensbeginsel, door het Hof van Justitie begrensd. In de genoemde ESF-zaak oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak tevens wederom op basis van die prejudiciële uitspraak van het Hof van Justitie, dat bij de beoordeling van de vraag of het vertrouwensbeginsel zich wellicht verzet tegen een volledige terugvordering van een Europese subsidie, die vraag alleen kan worden beantwoord aan de hand van het gemeenschappelijke vertrouwensbeginsel, niet op basis van het (meer bescherming biedende) nationale beginsel.¹²²

3.6 *Internationale besluiten als basis voor overheidsoptreden*

De nationale rechtsordes van de EU lidstaten en die van Europese Unie zelf zijn nauw met elkaar verbonden en vormen naast een rechtsgemeenschap

118. De bestuursrechter staat in subsidiezaken zelfs toe dat met terugwerkende kracht wettelijke bases voor subsidiëring worden gefourneerd. Zie bijvoorbeeld ABRvS 10 februari 2010, AB 2010, 214.

119. ABRvS 24 december 2008, AB 2009, 96.

120. HvJEG 13 maart 2008 C-383-385/06, NJ 2008, 349, AB 2008, 207, JB 2008, 104. Inmiddels heeft ook de Franse Conseil d'Etat in september 2010 een prejudiciële beslissing aan het Hof van Justitie gevraagd. Het gaat de Conseil met name om de vraag of er in het unierecht een verplichting (en daarmee bevoegdheid voor Franse overheden) bestaat om subsidies terug te vorderen indien er fouten zijn gemaakt bij de aanbesteding van overheidsopdrachten. Zaak C-465/10.

121. ABRvS 30 december 2009, AB 2010, 283 m.n. J.E. van den Brink en W. den Ouden.

122. Zie wederom ABRvS 24 december 2008, AB 2009, 96. Zie ook Van den Brink 2010.

tezamen ook een eigen rechtsorde. Dat is minder het geval bij andere internationale verdragsgemeenschappen waarin internationale organisaties¹²³ soms een besluitvormende verantwoordelijkheid hebben. De besluiten van dergelijke organisaties kunnen, indien ze naar hun inhoud gemeten en ieder verbindend karakter hebben, net als verdragsbepalingen rechtstreeks doorwerken in de Nederlandse rechtsorde. De vraag is echter wel of ze daarnaast ook direct bevoegdheden kunnen verlenen aan Nederlandse overheden. Een lastig vraagstuk. In ieder geval zijn er argumenten die ertegen pleiten. Ten eerste is er het in beginsel interstatelijke karakter van het internationale publiekrecht: het is primair bedoeld om tussen staten te werken en waar dat recht wel ingrijpt in binnenstatelijke verhoudingen (denk aan VN-sancties, de autorisatie van geweld om humanitaire redenen, de oprichting van straftribunalen),¹²⁴ het nationale autoriteiten zelden¹²⁵ rechtstreeks bevoegd maakt tot het optreden tegen burgers. Ten tweede strookt een dergelijke bevoegdheidstoekenning ook niet met de ratio achter het Nederlandse legaliteitsbeginsel: overheidsingrijpen vergt een mandaat van een volksvertegenwoordiging die namens de rechtsonderhorigen kan bezien of en hoeverre er moet worden ingegrepen. Bij het tot stand brengen van internationale regels en besluiten ontbreekt die band. Argumenten die vóór bevoegdheidscheppend internationaal recht pleiten zijn de steeds verdere mondialisering van het internationale recht, het gegeven dat bestuur en recht steeds vaker uitgaan van niet-statelijke actoren,¹²⁶ en de zorg die er moet zijn voor de effectiviteit van het internationale recht.

In Nederland zit Nollkaemper op die laatste lijn. Volgens hem kunnen verdragsbepalingen een grondslag vormen voor de uitoefening van

123. In de Nederlandse Grondwet 'volkenrechtelijke organisaties' genoemd (artikelen 93 en 94 Gw).

124. Wessel laat zien hoe het internationale recht verticaliseert en toont aan dat er ook sprake is van een verschuiving van internationaal naar mondiaal recht. Zie Wessel 2007.

125. Om Nederlandse overheden bevoegd te maken om in te grijpen worden internationale regels, zoals VN sancties of embargo's, meestal omgezet in EU-recht of nationaal recht. Als een internationale maatregel wordt ondergebracht in een Europese verordening dan geeft een strafbaarstelling daarin ook direct ruimte voor nationale toepassing. Zonder EU tussenkomst bieden nationale wetten, zoals de Sanctiewet 1977, een algemene grondslag voor de totstandkoming van nationale regels ter uitvoering van internationale sanctie maatregelen in Nederland zelf. Meestal worden de internationale bepalingen dan overgeschreven in nationale wetgeving. Een heel enkele keer gebeurt het wel dat direct uitvoering kan worden gegeven aan de internationale normen omdat ze geen uitvoering (lees: nadere afweging) meer behoeven in nationale regelgeving. Zo worden internationale visumrestricties direct uitgevoerd door de bevoegde (nationale) overheidsinstanties. Aangezien deze bepalingen zich rechtstreeks en uitsluitend richten tot overheidsinstanties zijn – zo is de theorie – geen nationale regels gericht op particulareren noodzakelijk. Zie <http://www.minbuza.nl/dsresource?objectid=buzabeheer:46545&type=pdf>.

126. Wessel 2007 en de bij hem aangehaalde Slaughter 2004.

bevoegdheden door het bestuur.¹²⁷ Ook Huisman en Jak¹²⁸ achten het niet onvoorstelbaar dat een Nederlands bestuursorgaan rechtstreeks bevoegdheden ontleent aan een ieder verbindende verdragsbepaling, nu de bestuursrechter al eerder bereid bleek om zelfs ongeschreven internationaal recht als bevoegdheidsgrondslag te accepteren.¹²⁹ Vaak komt het in ieder geval niet voor en de vraag is wel of het een wenselijke ontwikkeling is. Schreuder-Vlasblom is kritisch over het verschijnsel van aan het ongeschreven volkenrecht ontleende bevoegdheden,¹³⁰ en ook Huisman en Jak hebben, net als ikzelf overigens,¹³¹ daarbij aarzelingen. Bevoegdheid op basis van ongeschreven recht druist in tegen de idee van overheidsbestuur op wettelijke grondslag en die grondslag moet ook duidelijk, kenbaar en voorzienbaar zijn.¹³² Daarvan is bij ongeschreven recht niet altijd sprake. Verder wringt het idee van bevoegdheid krachtens ongeschreven volkenrecht ook met het democratische aspect van het legaliteitsbeginsel, d.i. het recht van de rechtsgenoten om via wetgeving de inhoud van het recht waardoor ze direct of indirect gebonden zijn of zullen worden, zelf te bepalen.¹³³ Dat aandeelhouderschap van de rechtsgenoten bij het vormen van het recht, zo ben ik met Popelier van mening,¹³⁴ is tegenwoordig een wezenlijk element van de eis van wettelijke grondslag voor overheidsop treden. Het moderne legaliteitsbeginsel strekt er niet langer louter, of in allereerste instantie, toe om burgers te beschermen tegen de overheid (interne functies), maar juist ook om die burgers te betrekken bij de rechtsvorming, daarvoor de voorwaarden te bepalen en zo het overheidsop treden en de rechtsvorming te legitimeren (externe functies). Om die reden heb ik evenveel moeite met – niet op enigerlei wijze democratisch gelegitimeerde – bevoegdheden die aan het geschreven volkenrecht worden ontleend als met die ontleend worden aan het ongeschreven recht. Misschien zelfs nog wel meer, want aan het bewijs van het bestaan van ongeschreven volkenrecht worden hoge eisen gesteld. Voor het aangaan van een eenvoudige

127. Nollkaemper 2009, p. 458. Hij verwijst hiervoor naar de uitspraak ABRvS 7 november 2007, AB 2008, 128 waarin de Afdeling bestuursrechtspraak de tariefbeslissing die een Nederlandse minister kan nemen onder een internationaal verdrag (i.c. een overeenkomst tussen Nederland en de Republiek Suriname over luchtdiensten) aanmerkt als een bevoegdheid die de minister wordt toegekend in het verdrag.

128. Huisman & Jak 2010, p. 120-121.

129. Huisman & Jak wijzen op de uitspraken ABRvS 10 april 1995, AB 1995, 498 (Long Lin) en ABRvS 18 februari 1999, AB 1999, 143 (Dazie's documenten). Ook de Hoge Raad erkende het ongeschreven volkenrecht als bron van publiekrechtelijke bevoegdheid. Zie HR 7 februari 1986, NJ 1986, 477.

130. In haar noot onder ABRvS 18 februari 1999, AB 1999, 143.

131. Zie Voermans 2003, p. 8 en 14.

132. Om deze reden heeft Van Ommeren ook terecht moeite met het afleiden van bestuursbevoegdheden uit publieke taken. Zie Van Ommeren 2003b, p. 152.

133. Deze opvatting van het legaliteitsbeginsel komt voort uit het principe van de democratische rechtsstaat. Zie Popelier 2001, p. 105.

134. Zie Popelier 2001, p. 97 jo. p. 105.

tussenstatelijke overeenkomst, die in de praktijk nogal eens stilzwijgend door het parlement wordt goedgekeurd, gelden veel minder eisen en bestaan er ook minder garanties. Een bestuursorgaan kan zich zo letterlijk zelf op bevoegdheid 'tracteren'. Bevoegdheid die louter voortvloeit uit de wil van onderhandelende staten kan daarmee in een aantal gevallen¹³⁵ de garanties die het nationale legaliteitsbeginsel voor de thuismarkt biedt, omzeilen. Het is daarom goed dat de Nederlandse rechter niet al te snel overgaat tot het erkennen van bevoegdheid die Nederlandse bestuursorganen toevalt op basis van verdragsbepalingen.¹³⁶ Daarvoor is nog te meer reden in het licht van het recente Kadi-arrest van het Hof van Justitie EG. Het Hof deed daar een principiële uitspraak op dit vlak.¹³⁷ De zaak draaide om de rechtmatigheid van EG-verordening 881/2002 die o.a. uitvoering geeft aan door de VN-Veiligheidsraad ingestelde financiële sancties tegen de appellanten Kadi en Al Barakaat. Die stelden zich op het standpunt dat de Raad van Ministers van de EU niet bevoegd was geweest om die EG-verordening vast te stellen en dat die verordening ook inbreuk maakt op verschillende van hun grondrechten, met name het eigendomsrecht en de rechten van de verdediging. Het Gerecht van Eerste aanleg verwerpt de argumenten en acht de verordening wel rechtsgeldig ook al omdat de gemeenschapsrechter in beginsel niet bevoegd zou zijn om de geldigheid van de betrokken verordening te toetsen (behalve aan bepaalde dwingende regels van volkenrecht, het zogenaamde *jus cogens*), aangezien de lidstaten zich overeenkomstig het Handvest van de Verenigde Naties moeten voegen naar de resoluties van de Veiligheidsraad. Het gaat daarmee om een internationaal verdrag dat voorrang heeft boven het gemeenschapsrecht. Een dergelijke redenering komt in wezen neer op acceptatie van rechtstreeks bevoegdheidscheppend internationaal recht. Het Hof van Justitie gaat in hoger beroep (hogere voorziening) niet mee in die redenering en vernietigt de sanctie-implementerende verordening 881/2002 door te oordelen dat de gemeenschapsrechter de wettigheid van *alle gemeenschapshandelingen*, dus ook een verordening die uitvoering geeft aan resoluties van de Veiligheidsraad, in beginsel volledig dient te toetsen aan de grondrechten die behoren tot de algemene beginselen van gemeenschapsrecht. Die eerbiediging van mensenrechten is een vereiste voor de wettigheid van com-

135. De Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen kent een soepel regime voor de stilzwijgende goedkeuring van verdragen. Stilzwijgende goedkeuring treedt soms in door tijdsverloop (artikel 5) en voor veel gevallen is niet eens goedkeuring nodig (artikel 7 e.v.) Soms kunnen verdragsbepalingen per direct binden (artikel 10). Dit soepele regime gecombineerd met het grote volume van internationale verdragen zet een parlement dat ermee moet instemmen op grote achterstand.

136. Huisman en Jak noemen nog de zaak ABRvS 6 februari 2008, LJN BC3585 (Pukhet Airlines). Huisman en Jak 2010, p. 121.

137. Hof van Justitie EG 3 september 2008 gevoegde zaken C-402/05 P & C-415/05 P Yassin Abdullah Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad van de Europese Unie en de Commissie van de Europese Gemeenschappen.

munautaire maatregelen en maatregelen die onverenigbaar zijn met de eerbiediging van deze rechten zijn in de Gemeenschap niet toelaatbaar: de Raad was dus niet - al gaf het internationale recht daarvoor op het oog een titel - bevoegd de verordening vast te stellen met voorbijgaan van de garanties die de communautaire rechtsorde biedt. In eigen woorden van het Hof: 'De toetsing door het Hof van de geldigheid van een gemeenschapshandeling aan de grondrechten vormt (...) de uitdrukking van een uit het EG-Verdrag als autonoom rechtstelsel voortvloeiende garantie waarop een internationale overeenkomst geen inbreuk kan maken.' Ergo: een besluit dat garanties van het eigen rechtstelsel omzeilt, is geen rechtsgeldig besluit.

Waarin schuilt nu de relevantie voor de Nederlandse situatie? Het is de Nederlandse rechter immers op grond van artikel 120 Gw niet toegestaan wetten in formele zin en verdragen te toetsen aan de Grondwet (daaronder begrepen rechtsbeginselen).¹³⁸ Toch gaan er ook in Nederland wel stemmen op om verdragsbepalingen of besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die indruisen tegen wezenlijke waarden van de Nederlandse constitutie, niet als vanzelf voorrang te geven boven het nationale recht.¹³⁹ Ook de Staatscommissie Grondwet acht dit onwenselijk.¹⁴⁰ Bevoegdheden bij of krachtens stilzwijgend goedgekeurde verdragen toegekend aan Nederlandse bestuursorganen zouden zich wat mij betreft in de toekomst kwalificeren voor die voorrangsuitzondering en wel wegens strijd met het nationale legaliteitsbeginsel.

Wat kunnen we hieruit concluderen? Het legaliteitsbeginsel is een beginsel dat diep is geworteld in ons nationale rechtssysteem en daar ook zijn betekenis heeft en aan ontleent.¹⁴¹ Die nationale verankering heeft tweërlei gevolg: ten eerste dat het beginsel zich niet zonder meer laat vertalen naar internationaal niveau, en, ten tweede, dat nu rechtssystemen steeds verder met elkaar vervlochten raken, en nu er steeds meer internationaal recht doorwerkt in de nationale rechtsordes, daardoor het legaliteitsbeginsel als het ware wordt uitgedaagd en wordt gerelativiseerd. Dat zijn lastige vraagstukken, want rechtssystemen als de onze zijn opgebouwd rondom de garanties die wezenlijke beginselen als het legaliteitsbeginsel bieden. Als dat soort garanties haperen bij internationale rechtsvorming is dat ernstig. Er zijn verschillende manieren om dat te voorkomen. Een eerste recept is dat van het Kadi-arrest, een recept dat we ook kennen uit de jurisprudentie van het Bundesverfassungsgericht, o.a. in het Lissabon Urteil uit 2009.¹⁴² Dat recept houdt in dat er ruim baan is voor internationale rechtsvorming en de werking van dat internationale recht maar dat via internationale

138. Zie IIR 14 april 1989, NJ 1989, 469 (Harmonisatiewet-arrest).

139. Kamerstukken II 2007/08, 31570, nr. 3.

140. Zie ook Staatscommissie 2010, p. 117-118.

141. Stoter, Stout & De Jong 2009, p. 16 e.v.

142. BVerfGE, 2 BvF 2/08 van 30 juni 2009.

rechtsvorming nooit wezenlijke constitutionele garanties mogen worden omzeild. Heel veel landen ter wereld kennen vormen van dergelijk *constitutioneel protectionisme*.¹⁴³ Al is constitutioneel protectionisme voor Nederland als methode niet geheel uitgesloten,¹⁴⁴ de gecombineerde werking van de artikelen 120 Gw en de artikelen 93 en 93 Gw maakt het de Nederlandse rechter wel heel lastig nationaal (constitutioneel) recht of beginselen toe te passen als beperking op verbindende bepalingen uit verdragen of volkenrechtelijke besluiten. Stoter c.s. bepleiten mede daarom ook andere recepten, zoals dat van de institutionele transplantatie en een interculturele dialoog over rechtsstatelijkheid op internationaal niveau.¹⁴⁵ Dat kan werken maar kent wel heel indirecte garanties. Verstandige vormen van constitutioneel protectionisme binnen de eigen rechtsorde zijn waarschijnlijk effectiever en daarom verkieslijker.

3.7 *Legaliteitsbeginsel als norm voor het bestuur*

Samenvattend: als eis voor bestuursoptreden neemt het legaliteitsbeginsel de vorm aan van het beginsel van wetmatigheid van bestuur. Die eis houdt in dat een bestuur in beginsel alleen kan binden op basis van bevoegdheden die berusten op een wettelijke grondslag en dat het bestuur zich ook houdt aan de wet. Wat we er ook van vinden, we moeten vaststellen dat de betekenis van het legaliteitsbeginsel ten opzichte van het bestuur de afgelopen twintig jaar is vergroot. Dat is onder meer af te lezen uit het in de Algemene wet bestuursrecht neerleggen van de eis dat subsidieverstrekking geschiedt bij wettelijk voorschrift (artikel 4:23 Awb), maar ook uit de toename van andere normen die een wettelijke basis verlangen voor vormen van bestuursoptreden.¹⁴⁶ Er is sprake van een duidelijke verwettelijking van het bestuur, waarbij de discussies over de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel een duidelijke rol hebben gespeeld. Daarnaast wordt met name in het bestuursrecht de werking van het nationale legaliteitsbeginsel uitgedaagd door de europeanisering en internationalisering van het recht. In de afgelopen periode is vast komen te staan dat EU-besluiten voldoende basis kunnen bieden voor het optreden van nationale bestuursorganen. Minder duidelijkheid bestaat er over de vraag of dat ook geldt voor bevoegdheden die voortvloeien uit besluiten van internationale organisaties.

143. Voermans 2009.

144. Zie Voermans 2003b, p. 107-115 voor enkele vormen. Wat de rechter ook kan doen is – zoals ik bepleite – niet langer aan te nemen dat er voldoende wettelijke grondslag is in geval van bevoegdheidsuitoefening op basis van bevoegdheden uit stilzwijgend goedgekeurde verdragen.

145. Stoter, Stout & De Jong 2009, p. 22-27.

146. Denk bijvoorbeeld aan artikel 10:15 Awb. Ook het Voorontwerp Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad van mei 2007 kan als een ontwikkeling in die richting worden gezien. Inmiddels ligt er een wetsvoorstel Kamerstukken 2010/11, 32 621, nrs. 1-3.

4 Betekenis van het legaliteitsbeginsel voor de wetgever

Het legaliteitsbeginsel bindt ook de wetgever zelf.¹⁴⁷ Het is in een rechtsstaat de overheid niet toegestaan om als wet bedoelde algemene regels uit te vaardigen zonder daartoe een regelgevende bevoegdheid te bezitten.¹⁴⁸ Voor de wetgever zelf omvat het legaliteitsbeginsel in wezen vier soorten normen, te weten:

- a. de overheid is als wetgever uitsluitend tot optreden bevoegd op basis van een uitdrukkelijke, bij wettelijke regeling toegekende bevoegdheid (negatief wetgevingsvoorbehoud).¹⁴⁹
 - b. Als er een bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften bestaat, kunnen bepaalde vormen van overheidsoptreden alleen via uitoefening van die regelgevende bevoegdheid worden uitgeoefend (positief wetgevingsvoorbehoud).¹⁵⁰
 - c. Als er een wettelijke regeling is, moet het bestuur – ook als het wetgevend optreedt – zich daaraan houden (voorrang van de wet).¹⁵¹
 - d. Het bepaaldheidsgebod – wettelijke regels mochten duidelijk, voorzienbaar en kenbaar zijn (ook wel aangeduid als *lex certa*-beginsel).
- Ik behandel de normen hier alle vier kort.

4.1 Het negatieve wetgevingsvoorbehoud

Een wetgever (in materiële zin) kan de bevoegdheid tot het stellen van algemeen verbindende voorschriften rechtstreeks aan de Grondwet zelf (via attributie), of krachtens de Grondwet – via doorgifte van regelgevende bevoegdheid door een andere wetgever (delegatie) – ontlelen. Aan de Grondwet zelf ontlelen de parlementaire wetgever (artikel 81), de regering (artikel 89), en provinciale staten en de gemeenteraden (artikel 124, eerste lid, jo. artikel 127) algemene of beperkte wetgevende bevoegdheid. Andere organen moeten hun eventuele wetgevende bevoegdheid rechtstreeks of indirect aan de formele wet ontlelen.

Een probleem bij het overdragen van regelgevende bevoegdheden aan lagere regelgevers, zoals regering of een minister, is dat daarmee de directe participatie van een volksvertegenwoordiging bij het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften verloren gaat. Delegatie houdt dus

147. Zie Eijlander/Voermans 2000, p. 37 e.v., Van Ommeren 1996 en Derks 1995, p. 272.

148. Zie o.a. HR 24 januari 1969, AAe 1969, p. 266 e.v.

149. In de Duitstalige doctrine ook wel 'negatives Vorbehalt des Gesetzes' genoemd. Zie voor de betekenis van de 'negative Gesetzesvorbehalt' in de Bondsrepubliek Duitsland, Eijlander 1993, p. 101 e.v. Zie ook Teunissen 2009, p. 236-237.

150. In de Duitstalige doctrine 'positives Vorbehalt des Gesetzes'. Zie Eijlander 1993.

151. 'Vorrang des Gesetzes' in het Duits.

altijd een gedeeltelijk verlies aan democratische legitimatie in. Dat verlies wordt wel gedeeltelijk gecompenseerd door het feit dat deze lagere regelgevers meestal op hun beurt weer verantwoording verschuldigd zijn aan het parlement (of in voorkomend geval aan een volksvertegenwoordiging zoals een gemeenteraad) en het feit dat de formele wetgever meestal de kaders waarbinnen de gedelegeerde regelgeving plaatsvindt, zelf heeft vastgesteld en ook de delegatie weer ongedaan kan maken. Dat laat onverlet dat de directe verbinding met de volksvertegenwoordiging bij het vaststellen van regels door delegatie wordt verbroken. Daarmee ontstaat door delegatie van regelgevende bevoegdheid ook een asymmetrie in de spreiding der machten. Organen die volgens het machtspreidingsmodel van de trias politica bij uitstek belast zijn met de uitvoering van wetten, wordt via delegatie van regelgevende bevoegdheid tevens de bevoegdheid toegekend om de wetten zelf te stellen. Het bestuur wordt wetgever.

Dat noemt een hoge vlucht. Als we bijvoorbeeld alleen al naar de centrale overheid kijken, dan zien we dat in 2010 76% van alle regels afkomstig is van het bestuur¹⁵² (24% daarvan afkomstig van de regering, 76% van ministers) en 24% van de formele wetgever. Er is ook een gestage toename over de jaren heen te zien van *bestuur per wet*. In hun rapport 'Alle regels tellen' signaleren De Jong en Herwijer¹⁵³ een regelingsstocname van 2% per jaar tussen 1975 en 2004. Dat is nadien -- in weerwil van de Balkenende regelveegoperaties -- alleen nog maar meer geworden.¹⁵⁴

Het kan ook nauwelijks anders. Delegatie van regelgevende bevoegdheid is in moderne verhoudingen een noodzaak.¹⁵⁵ Wil de wetgever slagvaardig en effectief op kunnen treden, kunnen sturen, dan kan de formele wetgever het niet alleen af. Waar het wel om gaat is dat er een goede balans wordt

152. Er waren in 2010 1806 wetten in formele zin, 2292 algemene maatregelen van bestuur en 5379 ministeriële regelingen. Zie de brief van de Minister van Justitie van 10 februari met daarin de laatste tellingen uit de Regelgevingsmonitor die Nederland tegenwoordig kent, Kamerstukken II 2009/010, 29 279, nr. 101. Er wordt -- maar dit even terzijde -- tegenwoordig van alles uitgethaald door departementen om gunstig in de tellingen van de Regelgevingsmonitor voor de dag te komen. Veel zaken die vroeger per ministeriële regeling werden geregeld, worden nu nogal eens in beleidsregels neergelegd. De randen van het oirbare worden daarbij opgezocht. In de jurisprudentie zie je vaker beleidsregels opduiken met een 'gemengd' karakter, dat wil zeggen met bepalingen die algemeen en extern proberen te binden. Zie bijvoorbeeld HR 23 mei 2003, AB 2004, 7 m.nt. FvO. Daarnaast worden er ook cosmetische foefjes uitgethaald, zoals het vaststellen van zogenaamde 'verzamelbesluiten', i.e. een algemene maatregel van bestuur waarin uitvoeringsregelingen onder delegatiebepalingen uit verschillende wetten worden ondergebracht. Zie daarover Borman 2010.

153. De Jong & Herwijer 2004.

154. Het gaat dan met name om de toename van de regelingsvoorraad. Zo is de voorraad rechtsgeldige wetten in formele zin (parlementaire wetten is eigenlijk een betere aanduiding) tussen 1980 en 2010 gestegen van 1100 tot 1806. De Jong & Herwijer 2004, p. 52-53.

155. Commissie-Polak 1985, p. 42-43.

getroffen tussen parlementaire wetgeving en bestuurswetgeving. Een situatie waarin het bestuur nagenoeg geheel op eigen gezag regels stelt die het zelf uit moet voeren, is, in een hedendaagse democratische rechtsstaat, al even onwenselijk als bestuurlijke inertie ten gevolge van een doorgeslagen behoefte om het parlement bij ieder detail van een regelingscomplex te betrekken.

Om aan de problemen van overmatige bestuurswetgeving¹⁵⁶ het hoofd te kunnen bieden is er – op basis van het legaliteitsbeginsel – een aantal normen ontwikkeld die de mogelijkheden tot delegatie begrenzen.¹⁵⁷ Die normen vallen in twee hoofdgroepen uiteen, te weten a. de normen die ons grondwettelijke delegatiestelsel aangeeft, en b. de normen die samenhangen met het primaat van de wetgever.

4.1.1 Het grondwettelijke delegatiestelsel

De Grondwet beperkt de mogelijkheden tot delegatie van regelgevende bevoegdheid.¹⁵⁸ Door het gebruik van een vaste terminologie wordt daarin aangegeven ten aanzien van welke onderwerpen wel of juist geen delegatie is toegestaan. Indien de Grondwet de formule ‘bij of krachtens de wet’ of enigerlei vorm van het werkwoord ‘regelen’ of het zelfstandig naamwoord ‘regel’ of ‘regeling’ bevat, is delegatie van regelgevende bevoegdheid door de formele wetgever aan een lagere regelgever toegestaan.¹⁵⁹ Ontbreekt een van deze termen dan is delegatie niet toegestaan en is slechts regeling bij wet in formele zin (of beter: parlementaire wet) mogelijk.¹⁶⁰ Een grondwettelijk delegatieverbod houdt overigens niet in dat aan een lagere regelgever helemaal geen regelgevende bevoegdheid toe zou kunnen komen ter zake van een onderwerp dat onder het delegatieverbod valt. Het grondwettelijke delegatieverbod houdt slechts in dat alle wezenlijke bepa-

156. Als het bestuur regels stelt heet dat proces eigenlijk ‘regelgeving’. Toch noem ik het voorlopig nog maar ‘bestuurswetgeving’, de naam waarmee Ron van Male als een van de eersten in zijn proefschrift *Rechter en bestuurswetgeving* (Van Male 1988) het verschijnsel aanduidt.

157. Ik ga hier niet verder in op procedures die beogen het parlement controle uit te laten oefenen op gedelegeerde regelgeving, zoals voorhangprocedures, waarbij uitvoeringsregelingen in de ontwerpfasen ter kennis worden gebracht van het parlement. Voorhangvormen worden geregeld in de Aanwijzingen voor de regelgeving (aanwijzingen 36 tot en met 41). Er is wel kritiek geïnterd op het gebruik van voorhangprocedures als zoenu-offer of lapmiddel. Zie voor een overzicht Eijlander/Voermans 2000, p. 44-45.

158. Zie in dit verband ook Derks 1995.

159. De Grondwet kent zelf een uitzondering op dit systeem in artikel 104 waar de term ‘kracht van een wet’ wordt gebruikt.

160. In een enkel geval staat de Grondwet in het kader van de beperking van grondrechten zelfs geen regelgevend optreden van de formele (parlementaire) wetgever toe. Zie hiervoor bijvoorbeeld artikel 5 van de Grondwet.

lingen ten aanzien van het betrokken onderwerp in een (parlementaire) wet in formele zin moeten worden neergelegd.¹⁶¹ Dat betekent dat op de terreinen waarop een delegatieverbod geldt in een parlementaire wet ook niet mag worden volstaan met het ter zake van het betrokken onderwerp toekennen van vage bestuursbevoegdheden in de wet, waarbij de invulling van de regeling in feite geheel aan lagere organen wordt overgelaten. Een grondwettelijk delegatieverbod laat – gezien de jurisprudentie van de Hoge Raad – waarschijnlijk ook onverlet dat als *uitvoering* te beschouwen regels over details toch aan een lagere regelgever worden overgelaten.¹⁶²

De Grondwet normeert de mogelijkheden tot delegatie nog op een andere manier. Artikel 89, tweede jo. vierde lid, bepaalt dat voorschriften – neergelegd in algemene maatregelen van bestuur of algemeen verbindende voorschriften – waarvan de bedoeling is dat ze door straffen worden gehandhaafd alleen krachtens de wet kunnen worden gegeven. Het opleggen van straffen is daarmee aan de parlementaire wetgever voorbehouden.

4.1.2 Zelfstandige algemene maatregelen van bestuur

Een in de Nederlandse rechtsgeschiedenis omstreden vorm van bestuurswetgeving kennen we in de vorm van de zelfstandige algemene maatregel van bestuur. Een regeringsdecreet waarvoor geen wet de basis vormt, maar waarvoor de bevoegdheid rechtstreeks in de Grondwet wordt gezocht (artikel 89). De commissie-Polak was in 1985 kritisch over zelfstandige algemene maatregelen van bestuur. Dat heeft ook direct te maken met de democratische betekenis die de commissie aan het legaliteitsbeginsel toedicht.¹⁶³ In de moderne opvatting van het legaliteitsbeginsel geeft het namelijk geen pas dat de top van het bestuur (de regering) zonder medewerking van een volksvertegenwoordiging regels stelt die ze later zelf uitvoert. De commissie-Polak adviseerde dan ook om een einde te maken aan de figuur van de zelfstandige algemene maatregel van bestuur, maar het kabinet vond dat wat te ver gaan en kwam met een eigen standpunt. Dat standpunt is tegenwoordig verwoord in Aanwijzing 21 Awr en luidt:

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

161. Zie o.a. 23 aanwijzing van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

162. Zie ook in deze zin HR 11 januari 1977, NJ 1977, 467 (Bromfietsvalhelm-arrest). Ik gebruik de toevoeging ‘waarschijnlijk’ omdat het Bromfietsvalhelm-arrest werd gewezen vóór de algehele grondwetsherziening van 1983, die de nieuwe delegatiesystematiek introduceerde.

163. Commissie-Polak 1985, p. 42.

Deze benadering is ook in lijn met oplossingen voor decretenwetgeving (dat wil zeggen zelfstandig wetgevend optreden van de regering) die in andere landen is gekozen.¹⁶⁴

De praktijk is echter weerbarstig. Er worden nog steeds zelfstandige algemene maatregelen van bestuur gemaakt, ook voor maatregelen die burgers de facto dwingen. Een enkel voorbeeld daarvan is het Besluit DNA-onderzoek (*Stb.* 2002, 640). Deze maatregel maakte het mogelijk om DNA-profiel van veroordeelde personen te verkrijgen als ze daarmee instemden en dat materiaal te doen opnemen en bewaren in een speciale databank bedoeld voor strafrechtelijk onderzoek. Al legt de amvb zelf geen straffen op, de situatie is er hier een van feitelijke dwang en dan gaat het niet aan dat de regering dat op eigen titel, zonder machtiging van het parlement regelt. Het besluit is niet direct in strijd met de Grondwet maar in zekere zin wel – omdat sprake is van feitelijke dwang¹⁶⁵ – in strijd met de lijn uit het Fluoridering-arrest en zeker met het primaat van de wetgever.¹⁶⁶ Ook de Raad van State oordeelde dat (het ontwerp voor) dit koninklijke besluit in strijd kwam met het primaat van de wetgever. Toch zette de regering door, in weerwil van de eigen Aanwijzingen voor de regelgeving en continueerde die praktijk bij de wijziging en aanvulling van het DNA-besluit door de werkingssfeer daarvan uit te breiden naar ex-veroordeelden (*Stb.* 2005, 17). Dat verdient geen schoonheidsprijs en doet de vraag rijzen naar de hardheid van de norm die het primaat van de wetgever aanlegt. Is dat slechts aanwijzing of ook een rechtsnorm? Ik denk het laatste. Het primaat van de wetgever is een hedendaagse doorberekening van de norm die het Fluoridering-arrest aanlegt, het is neergelegd in een regel die het karakter van een beleidsregel heeft en die regel wordt ook als norm toegepast door de Raad van State bij de wetgevingsadvisering.¹⁶⁷ De loutere omstan-

164. De Spaanse Grondwet vergt bijvoorbeeld dat een tijdelijk wetsdecreet zo spoedig mogelijk doch uiterlijk binnen dertig dagen na bekendmaking ter bevestiging aan het parlement wordt voorgelegd (artikel 86 Grondwet). Italië kent een ander systeem. Daar moet het parlement binnen 60 dagen het tijdelijke wetsdecreet bevestigen (artikel 77 Grondwet). Zie ook bijlage 1 van dit preadvies.

165. Van Ommeren leest in de vrijwillige medewerking dat er geen sprake is van dwang en concludeert dat daarom het DNA-besluit niet in strijd komt met de lijn uit het Fluoridering-arrest. Ik zie dat anders. Je kunt je natuurlijk afvragen of er niet de facto sprake is van dwang als een gedetineerde wordt gevraagd mee te werken aan DNA-onderzoek vaak toch enige weg om je van een mogelijke verdenking te ontlasten.

166. Voermans 2003c, p. 78-83.

167. Zie daarvoor in relatie tot zelfstandige algemene maatregelen van bestuur o.a. het advies van de Raad van State van 12 maart 2001, Kamerstukken II 2001/02, 27 570 (R1672) A en Raad van State, Jaarverslag 2002. Den Haag, p. 25. Het primaat van de wetgever wordt vaker gebruikt als norm door de Raad van State o.a. in de adviezen W08.09.0558 Besluit algemene regels ruimtelijke ordening, W05.01.0166 Accreditatie hoger onderwijs, W03.02.0287 Wijziging Besluit DNA-onderzoek, en W03.04.0452 Wijziging Besluit DNA-onderzoek, W08.03.0200 Wijziging Wet Bodembescherming W10.05.0512 Raamwet aanbesteden W05.06.0319 Wijziging Leerplichtwet, Advies W03.07.0454 Identiteitsvaststelling verdachten.

digheid dat er nog uitspraak van een rechter is geweest, of een arrest van de Hoge Raad waarin die norm wordt ingeroepen, betekent nog niet dat de norm niet bestaat. Een proefzaak op dit terrein zou zeker aardig zijn.

4.1.3 Bevoegdheidsgebreken: souverende jurisprudentie?

Waar over de vraag over de aanvaardbaarheid van zelfstandige algemene maatregelen van bestuur nog wel discussie mogelijk is, bestaat er over de vraag of een minister of enig zelfstandig bestuursorgaan zelf bindende algemene regels op mag stellen veel minder twijfel; dat mag eigenlijk niet. Een minister of daarmee gelijk te stellen overheidsorgaan kan alleen regelen als hij daartoe via delegatie gemachtigd wordt door een hogere regelgever. Ministeriële regelingen zonder wettelijke grondslag kunnen dan weliswaar niet door de beugel, de Nederlandse rechter is praktisch en een enkele keer wel bereid mee te werken aan reddingsconstructies in gevallen waarin bijvoorbeeld door een wetswijziging - een ministeriële regeling waaraan de wettelijke basis is ontvallen is 'in de lucht' komt te hangen. Een bekend voorbeeld is dat van het hierboven al kort gememoreerde - Bromfietsvalhelm-arrest.¹⁶⁸ De Hoge Raad redde in dit geval een ministeriële uitvoeringsregeling die nadere eisen stelde aan de net verplicht gestelde bromfietsvalhelmen. Betwistbaar was of de algemene maatregel van bestuur waarop die ministeriële regeling zich baseerde daarvoor wel de grondslag gaf.¹⁶⁹ De Hoge Raad achtte die regeling toch verbindend nu het slechts ging om uitvoering van details van de hoofdregeling. Het Bromfietsvalhelm-arrest zou ik een voorbeeld willen noemen van *souverende* jurisprudentie: nu de betwiste ministeriële regeling mogelijk tijdelijk een wettelijke basis ontbeerde, gaat de rechter niet over tot onmiddellijk vaststellen van - in wezen betrekkelijk zinloze (er was vanaf 1974 wel een afdoende wettelijk basis) - onverbindendheid, maar zoekt hij een constructie om de té draconische gevolgen van onverbindendheid af te wenden.

168. HR 11 januari 1977, NJ 1977, 467.

169. Artikel 2 van de Wegenverkeerswet (WVW) bepaalde indertijd dat alleen bij algemene maatregel van bestuur nadere regels konden worden gesteld. Het daarop gebaseerde artikel 94 van het Reglement Verkeersregels en Verkeerstekens (RVV) delegerde in het tweede lid toch de bevoegdheid tot goedkeuring van helmen en het uitgeven van goedkeuringsmerken over aan de minister. In strikte zin was - gezien het in artikel 2 WVW gebruikte woordje 'bij' - geen subdelegatie aan de minister mogelijk. De Hoge Raad redeneerde dat, dat wat artikel 94a, tweede lid, RVV deed geen delegatie is omdat geen sprake is van de bevoegdheid tot het vaststellen van nadere regels. De minister wordt daarin slechts 'uitvoering' opgedragen, nodig om aan het door de besluitgever gegeven verbod de vereiste werking te verzekeren. Een beetje gezocht, want er worden wel delegatie regels gesteld. De omstandigheid dat in 1974 al (een jaar na de vaststelling van de ministeriële regeling) artikel 2 van de WVW werd gewijzigd (Stb. 1974, 546) waardoor het mogelijk werd 'bij of krachtens' algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen, zal ongetwijfeld een rol hebben gespeeld in afweging van de Hoge Raad.

Een voorbeeld van die techniek is ook terug te vinden in een recent arrest van de Hoge Raad waarin de verbindendheid van het rookverbod van artikel 3 van het Besluit beperking verkoop en gebruik tabaksprodukten moest beoordelen in het licht van de artikelen 10, 11 en 11a van de Tabakswet.¹⁷⁰ Doordat artikel 11, tweede lid, Tabakswet op een onduidelijke, dan wel verkeerde manier verwijst naar het tweede lid van artikel 10 Tabakswet kan daaruit gelezen worden dat er geen bevoegdheid zou bestaan om ook rookverboden te gelasten voor horecaondernemingen zonder personeel (zoals artikel 3 van het Besluit doet). De Hoge Raad constateert dat noch uit de wetsgeschiedenis, noch uit de context van de Tabakswet is af te leiden dat uit de Tabakswet geen bevoegdheid zou voortvloeien voor het verbod in het besluit. Wel stelt de Hoge Raad zuinigig vast dat de verkeerde verwijzing van de artikelen in de Tabakswet de duidelijkheid van de regeling als geheel wellicht niet ten goede komt. Niet alleen de Hoge Raad beoefent souverene jurisprudentie.¹⁷¹ Meer rechters doen dat.

Zo redde de Centrale Raad van Beroep in 2002¹⁷² in twee militair-ambtenaarrechtelijke uitspraken regelingen die door een delegatie-incident in wezen onverbindend waren. In deze zaken argumenteerde de Centrale Raad van Beroep dat artikel 44, eerste lid, van de Grondwet de Minister van Defensie een bevoegdheid geeft tot het uitvaardigen van voorschriften betreffende de interne organisatie en de werkwijze van de ambtelijke dienst van zijn departement. Nog los van de vraag of artikel 44 Grondwet ooit zo is bedoeld of zich leent voor deze gezochte constructie ging het in beide gevallen om een kwestie met niet louter interne gevolgen. In het ene geval ging het om de vraag of een militair rijbewijs nog rechtsgeldig kon worden omgezet in een civiel rijbewijs, in het andere geval om een disciplinaire schorsing van een wapenmeester met mogelijk gevolgen voor zijn ambtenaarrechtelijk rechtspositie.¹⁷³

Ook in een uitspraak van 7 maart 2005¹⁷⁴ lijkt de Centrale Raad van Beroep niet zonder meer tot de conclusie van onverbindendheid te willen komen. Het ging in die zaak over de verbindendheid van de Verordening Inkomensondersteuning 2001 van de Gemeente Oostellingerwerf. Voor het vaststellen van die verordening ontbreekt een bevoegdheid, zo stelt de Raad vast, maar dat doet er in wezen niet toe omdat de verordening geen algemeen verbindende voorschriften vaststelt. De verordening moet in wezen worden gezien als de verwoording van – bestendig – beleid in de ogen van de Raad. De verordening wordt dusdoende door de Raad gecon-

170. Hoge Raad 23 februari 2010, RvdW 2010, 363/LJN BK8211.

171. Een ander vroeg voorbeeld is ook te vinden in HR 8 mei 1953, NJ 1953, 614.

172. CRvB 3 mei 2002, AB 346 en CRvB 4 juli 2002, AB 308.

173. Zie hierover Voermans 2003d, p. 178-181.

174. AB 2005, 269.

verteerd in een beleidsregel die de vervelende consequentie dat de verordenaar niet aan de eigen regels kan worden gehouden door een fout die die zelf heeft gemaakt afwendt. Op het terrein van juridische techniek verdient de reddingsconstructie geen schoonheidsprijs. Zo is de tot beleidsregel geconverteerde verordening niet op de juiste wijze bekendgemaakt en was ook de medebesluitende gemeenteraad niet bevoegd tot het mede vaststellen van een beleidsregel (want geen bestuursbevoegdheid).¹⁷⁵

In de omgekeerde richting was de Centrale Raad strenger. Het UWV had in beleidsregels regels voor boetehoogte vastgesteld ingeval van ziekte-doormeldingsverzuimen van de kant van de werkgever. Artikel 45 van de Ziektewet vergt dat dergelijke regels alleen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen worden vastgesteld. Voor het neerleggen van dergelijke regels in beleidsregels ontbreekt de bevoegdheid.¹⁷⁶ Niet verbindend oordeelde de Centrale Raad – net als de Afdeling bestuursrechtspraak in een eerder soortgelijk geval¹⁷⁷ – ook al was nadien wel een algemene maatregel van bestuur met nagenoeg dezelfde inhoud als de beleidsregels tot stand gekomen. Conversie van beleidsregels in algemeen verbindende voorschriften zou inderdaad curieus zijn geweest.

In de sauverende jurisprudentielijn die met name de Centrale Raad er op nahoudt, valt op dat de Raad het legaliteitsbeginsel ziet als een middel tot een doel. Dat blijkt ook uit een uitspraak uit 2008.¹⁷⁸ De Wet werk en inkomen kunstenaars (WWIK) draagt de regering op bij algemene maatregel van bestuur criteria vast te stellen op basis waarvan kan worden vastgesteld of een kunstenaar kan worden aangemerkt als beroepsmatig actief. Op een tijdstip waarop die nadere regels nog niet zijn vastgesteld gaat de gemeente Maastricht er in 2006 toe over de WWIK-uitkering van een kunstenaar te beëindigen. Het bestuursorgaan had zich hier niet zelfstandig het oordeel aan kunnen matigen over de vraag of de betrokkene nog beroepsmatig actief is, zo oordeelt de Raad. Die criteria over (her) beoordeling van de beroepsmatigheid van de kunstenaar moeten door de regering worden vastgesteld. Je kunt er uit lezen dat de Raad toch vooral kijkt naar de burger. Die mag aan de ene kant niet de dupe worden van regelingsfouten die door bevoegdheidsgebreken ontstaan en aan de andere kant mogen hem of haar niet de garanties die procedures tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften geven, worden ontnomen.

175. Annotator Bröring houdt het er op dat de Raad in dit geval de verordening beter had kunnen converteren in een richtlijn. Zie AB 2005, 269 m.n. HBr.

176. CRvB 15 februari 2006, AB 2006, 216.

177. ABRvS 9 januari 1998, JB 1998, 35.

178. CRvB 10 juni 2008, AB 2008, 287.

4.1.4 Bevoegdheidsgebreken: strenger in de leer indien belangen justitiabelen erdoor worden geschaad?

Een terugkerend probleem van rechtswetenschap is hoe de richting van ontwikkelingen in de jurisprudentie te duiden. Wat zegt de laatste uitspraak of enkele uitspraken nu over een ontwikkeling in het recht, in welke mate is een uitspraak representatief te achten voor een ontwikkelingslijn? Dat geldt zeker voor de houding die Nederlandse rechters aannemen wanneer ze worden geconfronteerd met bevoegdheidsgebreken bij wetgeving.

In oudere jurisprudentie is de Hoge Raad streng waar het gaat om mogelijkheden van in subdelegatie gestelde regels. In de zaak van het Jamin-arrest, die in 1926 bij de Hoge Raad diende, had het districtshoofd van de Arbeidsinspectie nadere regels gesteld over de verwarming van winkels. De Hoge Raad beschouwde dit als subdelegatie van de bevoegdheid tot het stellen van algemeen verbindende voorschriften, iets wat de Arbeidswet niet toestond, en achtte de regels daarom ook niet verbindend.¹⁷⁹ Hieruit is o.a. door Scheltema wel afgeleid dat subdelegatie van regelgevende bevoegdheid alleen is toegestaan indien de wet daartoe uitdrukkelijk machtigt.¹⁸⁰ Die lijn is ook terug te vinden in de jurisprudentie van de Hoge Raad tot aan 1977.¹⁸¹

De Centrale Raad van Beroep houdt ook strikt de hand in de eis van een adequate bevoegdheidsbasis, zo komt het voor, indien bevoegdheidsgebreken in het nadeel van burgers uitpakken. Dat zou je af kunnen leiden uit de uitspraak 2 maart 1999¹⁸² waarin een Vlaardingse toeslagen en verlagingsverordening onvoldoende grondslag vond in het stelsel van de Algemene bijstandswet en het op basis daarvan tot stand gekomen Besluit landelijke normering. De omstandigheid dat de categorieën gerechtigden uit de Vlaardingse verordening, in tegenstelling tot het Besluit, niet duidelijk waren af te leiden (en daardoor de precieze regeling te veel aan B&W werd overgelaten) deed de Raad oordelen dat daarmee ook onvoldoende bevoegdheid bestond voor bepalingen uit de verordening.

Ook de Hoge Raad lijkt minder geneigd delegatie-incidenten en daarmee verband houdende bevoegdheidsgebreken te vergeven als ze in het nadeel van de justitiabele uitpakken. Dat zagen we al in het Fluoridering-arrest, maar ook in recente jurisprudentie is die lijn te herkennen. In een zaak uit 2006 waarin een spoorweginvesteringssambtenaar iemand een bevel had gegeven zich te verwijderen uit een spoorweginvestering (en daar ook veertien dagen lang niet meer terug te keren) kwam de vraag naar de rechtmatig-

179. HR 25 januari 1926, W 11464, NJ 1926, 246.

180. Zie Scheltema 1988, p. 457.

181. Zie o.a. HR 8 februari 1955, NJ 1955, 401, HR 26 november 1957, NJ 1958, 53 en HR 22 december 1976, NJ 1977, 114.

182. CRvB 2 maart 1999, AB 1999, 263.

heid van het bevel naar voren. Dat bevel was gegeven op basis van het stelsel van het oude artikel 69a Spoorwegwet 1875. Dat artikel keerde niet terug in 2005 in werking getreden Spoorwegwet, waardoor de bevoegdheidsbasis aan het bevel kwam te ontvallen.¹⁸³ Ergo: geen bevoegdheid en geen rechtmatig gegeven bevel.

4.2 *Positief wetgevingsvoorboud*

We zagen hierboven dat op grond van het legaliteitsbeginsel de overheid alleen via algemeen verbindende voorschriften kan sturen wanneer daartoe gemachtigd door een wet – het zogenaamde negatieve wetgevingsvoorboud. Het legaliteitsbeginsel heeft ook in meer positieve zin betekenis voor de wetgever. Bij de keuze tussen verschillende mogelijke vormen van overheidsoptreden (overeenkomst, feitelijke handeling, beschikking of algemeen verbindend voorschrift) gelast het legaliteitsbeginsel soms dat bepaalde interventies geschieden in de vorm van een wettelijke regeling. Alhoewel er in Nederland wel doctrine op dit punt bestaat, is die nog niet erg reu in het positieve recht.

Zo is in Nederland met name door Van der Vlies wel betoogd dat beslissingen van groot maatschappelijk gewicht eigenlijk bij of krachtens de wet behoren te worden genomen.¹⁸⁴ Van Ommeren heeft er op gewezen dat voor die opvatting geen steun te vinden is in ‘recente’ jurisprudentie van de Hoge Raad, met name zoals die naar voren komt in het Leidraad-arrest.¹⁸⁵ Volgens hem houdt het Nederlandse legaliteitsbeginsel – gemeten naar de jurisprudentie – niet meer of minder in dan dat eenzijdig opgelegde verplichtingen een wettelijke grondslag behoren te hebben.¹⁸⁶ Met die opvatting komt Van Ommeren ook meer in de buurt van de opvattingen over het legaliteitsbeginsel van Hirsch Ballin en Konijnenbelt. Hirsch Ballin ziet in het legaliteitsbeginsel een beginsel dat een wettelijke grondslag voor vrijheidsbeperkend optreden verlangt.¹⁸⁷ Volgens Konijnenbelt is – dat was hiervoor al aan de orde – de klassieke betekenis van het legaliteitsbeginsel veeleer dat voor ingrijpend overheidsoptreden (Eingriffsverwaltung) een wettelijke grondslag nodig is. De meer contemporaine, door Konijnenbelt bepleite variant op die betekenis houdt in dat de legaliteitseis ook voor presterend overheidsoptreden van belang kan zijn. Daar waar presterend overheidsoptreden (Leistungsverwaltung) tevens ingrijpend overheidsoptreden is (Eingriffsverwaltung), is, in deze betekenis van het legaliteitsbe-

183. HR 7 november 2006 LJN: AU8060.

184. Van der Vlies 1984, p. 100.

185. HR 6 april 1980, BNB 218, NJ 1981, 564.

186. Zie Van Ommeren 1996, p. 190.

187. Hirsch Ballin 1982, p. 28 e.v.

ginsel, een wettelijke basis voor dergelijk overheidsoptreden aangewezen.¹⁸⁸

Zo vormen het negatieve en positieve wetgevingsvoorbehoud – of formele en materiële legaliteitsbeginsel zoals Van Ommen zou zeggen¹⁸⁹ – in Nederland eigenlijk twee zijden van één medaille: verplichtend of ingrijpend overheidsoptreden moet berusten op een wettelijke grondslag (negatief voorbehoud) en wanneer de overheid overweegt eenzijdig verplichtend te interveniëren is daarvoor de vorm van wettelijk voorschrift aangewezen (positief voorbehoud). Lood om oud ijzer? Nee, dat niet.

4.2.1 Positief wetgevingsvoorbehoud in het positieve recht

De Nederlandse leer over wat alleen in of bij wettelijk voorschrift kan worden geregeld is niet erg ontwikkeld. Dat heeft alles van doen met het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet en een bleke, terughoudende rechterlijke praktijk van toetsing van wettelijke voorschriften aan de Grondwet.¹⁹⁰ En wellicht ook met de sobere – zo men wil – betrekkelijk lege Grondwet die we hebben.¹⁹¹ Toch zijn er wel degelijk positiefrechtelijke verankerde wetgevingsvoorbehouden aan te wijzen in ons stelsel. Een aantal daarvan zijn te vinden in onze Grondwet.

Zo bepaalt de Grondwet dat voorschriften over bepaalde onderwerpen alleen *bij* wet in formele zin kunnen of moeten worden vastgesteld zonder de mogelijkheid van delegatie. De begroting dient bijvoorbeeld bij de wet te worden vastgesteld (artikel 105, eerste lid Gw), het recht tot vereniging alleen *bij* de wet worden beperkt (artikel 8 Gw) en grondwetsherzieningen kunnen alleen worden ingeleid via een overwegingswet (artikel 137, eerste lid, Gw). Zelfs daar waar de Grondwet wel delegatie toe staat, is het vaak nog zo dat de regeling van onderwerpen als bekendmakingsregimes van verdragen en volkenrechtelijke besluiten of de rechtspositie van ambtenaren in beginsel in de vorm van wettelijk voorschrift dient te geschieden. We zijn niet gewend deze normen aan te duiden als wetgevingsvoorbehouden, maar in wezen zijn ze dat wel. Aanwijzing 23 van de – hierna nader te

188. Zie Van Wijk/Konijnenbelt 2008, p. 36-38.

189. Van Ommen 2009a, p. 26-27.

190. Dat heeft er ook vooral mee van doen dat Nederlandse rechters artikel 120 Grondwet niet naar de letter opvatten (geen wetten of verdragen toetsen aan de Grondwet), maar daarin ook een constitutionele fingerwijzing lezen voor de rol die de rechter ten aanzien van afwegingen van de wetgever toekomt. Zie Voermans 2003c. Zie voor een analyse van de grondwettelijke toetsingspraktijk van de Raad van State en mogelijkheden tot verbetering De Poorter & Van Rosmalen 2010, m.n. Deel III.

191. Zie Staatscommissie 2010, p. 21-27. Zie in meer uitgebreide zin over de Nederlandse grondwetcultuur en de hantering van de Grondwet door de overheid Barkhuysen, Van Emmerik & Voermans 2009.

bespreken – *Aanwijzingen voor de regelgeving* drukt het Nederlandse beleid op het vlak van wetgevingsvoorbehoud als volgt uit:

- ‘1. In ieder geval worden in de wet opgenomen voorschriften ten aanzien van onderwerpen waarvoor de Grondwet een regeling bij wet eist en geen delegatie toelaat.
2. Een in de Grondwet neergelegd verbod tot delegatie houdt in dat
 - a. alle *wezenlijke* bepalingen ten aanzien van het betrokken onderwerp in de wet moeten worden vastgelegd en
 - b. in de wet niet mag worden volstaan met het ter zake van het betrokken onderwerp toekennen van vage bestuursbevoegdheden in de wet, waarbij de invulling van de regeling geheel of grotendeels aan bestuursorganen wordt overgelaten.’

Dit wetgevingsvoorbehoud vormt onderdeel van het primaat van de wetgever (waarover meer in paragraaf 4.2.3). Het belichaamt tegelijkertijd ook de harde, positiefrechtelijke kant van het primaat van de wetgever. Het Nederlandse primaat van wetgever heeft tegenwoordig ook een tegenhanger – zeg maar nichtje – in het Verdrag betreffende de Werking van de EU (VWEU – het nieuwe EG-Verdrag na het Verdrag van Lissabon). Artikel 290, eerste lid, VWEU bepaalt dat de wettelijke regeling van essentiële onderdelen van een bepaald gebied geen voorwerp kan zijn van bevoegdheidsdelegatie.

Het positieve wetgevingsvoorbehoud in Nederland is niet alleen verankerd in het wetgevingsbeleid, het wordt ook door de rechter als norm erkend. Dat zagen we in de vorige paragraaf. Zowel de Raad van State als de Centrale Raad van Beroep oordeelden recentelijk dat waar de wet de regeling van een bepaald onderwerp bij wettelijk voorschrift voorschrijft, het niet aangaat dat een dergelijk onderwerp dan – alvast maar – bij beleidsregel of andere regelingsvorm wordt geregeld. De rechter is bereid te mee te denken met het bestuur en onverbindende algemeen voorschriften uit te leggen als beleidsregel of beleid, maar dat gaat niet zover dat de rechter ook bereid is beleidsregels c.a. te converteren naar algemeen verbindende voorschriften.¹⁹² De Hoge Raad en het College van Beroep voor het bedrijfsleven lezen daarnaast in artikel 104 van de Grondwet (belastingen worden geheven krachtens een wet) dat belastingheffing *dus* louter op basis van publiekrechtelijke wetgeving plaats kan hebben (en niet via andere instrumenten zoals renteschadevordering¹⁹³ of verplichte bijdragen¹⁹⁴ die het effect van een belasting hebben). Ook een erkenning van een positief wetgevingsvoorbehoud.

192. Zie o.a. de eerder genoemde uitspraken CRvB 15 februari 2006, AB 2006, 216 en de wat oudere ABRvS 9 januari 1998 JB 1998, 35.

193. Zie HR 8 mei 1998, NJ 1998, 890 en onlangs nog HR 11 november 2005, AB 2006, 48.

194. CBB 21 september, 2006 AB 2006, 372.

4.2.2 Positief grondwetsvoorbehoud?

Waar we in het Nederlandse constitutionele recht het positieve wetgevingsvoorbehouden kennen, lijkt eenzelfde norm voor wat betreft de Grondwet niet te bestaan. Een werkelijk constitutioneel voorbehoud inhoudende dat de regeling van bepaalde zaken alleen in de Grondwet zelf kan geschieden¹⁹⁵ – een beginsel dat in andere landen wel bestaat – hebben we niet. In ieder geval niet onder de naam van een constitutioneel voorbehoud. Toch zijn er wel kiemen van een dergelijk beginsel aan te wijzen in de jurisprudentie van de Raad van State. Zo stelde de Raad van State in een advies over het Hervormingsverdrag (het latere Verdrag van Lissabon) vast dat voor de goedkeuring van dat Verdrag – in tegenstelling tot situatie bij het grondwettelijke verdrag uit 2005 – geen ruimte meer bestond voor een adviserend referendum, maar dat alleen de route van parlementaire goedkeuring openstond, een en ander in het licht van het gesloten goedkeuringssysteem van artikel 91 Grondwet.¹⁹⁶ In soortgelijke zin adviseerde de Raad al eens eerder over het wetsvoorstel Dualisering gemeentebestuur waaruit afgeleid zou kunnen worden dat de leiding van de gemeente niet meer exclusief lag bij de democratisch gekozen gemeenteraad, zoals artikel 125, eerste lid, Grondwet dat voorschrijft. Daarom zou een dergelijke maatregel alleen via grondwetsherziening kunnen worden doorgevoerd, in de ogen van de Raad.¹⁹⁷ Een en ander ook met het noodzakelijk brede draagvlak dat voor een dergelijke systeemverandering nodig is. De benadering van de Raad van State verdient bijval; een doctrine op het terrein van constitutioneel voorbehoud sterkt de waarde en normativiteit van onze Grondwet.

4.2.3 Positief en negatief wetgevingsvoorbehoud in het beleid: het primaat van de wetgever

In 1985 introduceerde de Commissie Wetgevingsvraagstukken (de Commissie-Polak) het begrip het 'primaat van de wetgever' in het rapport Orde in de regelgeving. Dat primaat drukt uit welke betekenis het legaliteitsbeginsel momenteel ten aanzien van de functie wetgeving toekomt en kan worden gezien als een Nederlandse invulling van het positieve wetsvoorbehoud.¹⁹⁸ Voor de wetgever houdt dat primaat van de wetgever in dat hij zelf de voornaamste (rechtspolitieke) keuzen over de inhoud van het recht

195. Andere landen hebben een min of meer uitgewerkte doctrine op dit punt, zoals bijvoorbeeld de Bondsrepubliek Duitsland en India. Zie Voermans 2009b.

196. Advies W02.07.0254/B en Kamerstukken II 2007/08, 31 091, no. 4.

197. W04.00.603 Dualisering gemeentebestuur, Kamerstukken II 2000/01, 27 751, nr A.

198. Eijlander/Voermans 2000, p. 42.

in wettelijke regelingen behoort te maken en die keuzen niet kan overlaten aan het bestuur of aan de rechter.¹⁹⁹

Dat betekent in meer praktische zin dat de structuur van een wetgevingscomplex als geheel, alsmede de hoofdlijnen, de voornaamste duurzame normen en de reikwijdtebepalende elementen, in een wet in formele zin moeten worden neergelegd. Aan lagere regelgevers kan dan, binnen de kaders die de wet stelt, worden overgelaten uitvoeringsregels op te stellen. Het primaat van de wetgever is niet wettelijk of jurisprudentieel verankerd, maar wel neergelegd in de Aanwijzingen voor de regelgeving (Awv). Dat is een verzameling voorschriften over de inrichting en vormgeving van regelgeving, opgesteld door de Minister-president als chef van de centrale overheidsdienst. Die aanwijzingen binden ministers en staatssecretarissen en de onder hen ressorterende diensten en ambtenaren. Een soort intern bindende beleidsregel. De grootste regelproducent van Nederland – het complex regering, ministers en staatssecretarissen – is er formeel aan gebonden, maar ook andere overheidsgeledingen – zoals gemeenten en provincies – zijn er toe overgegaan het voorbeeld van de centrale overheid op dit punt te volgen. In de geest van de nationale aanwijzingen zijn er decentrale aanwijzingen opgesteld. Algemeen verbindend voor alle regelgevers zijn de nationale aanwijzingen niet (Raad van State en parlement zijn bijvoorbeeld niet geboden) en daarmee in wezen ook het primaat van de wetgever niet. Desalniettemin heeft het primaat van de wetgever grote betekenis voor de wetgevingspraktijk.

Met het primaat van de wetgever is door de commissie-Polak indertijd wel een interessant theoretische brug geslagen tussen de functie wetgeving en de in essentie democratische grondslag van rechtsschepping in een democratische rechtsstaat enerzijds en het legaliteitsbeginsel anderzijds.²⁰⁰ Daarnaast biedt het primaat een belangrijk en praktisch aanknopingspunt bij de bepaling van de geoorloofdheid en mogelijkheden tot delegatie binnen een bepaald regelingscomplex.

Het rapport Orde in de regelgeving geeft zelf al op hoofdlijnen aan welk soort bepalingen ingevolge het primaat van de wetgever nu bij uitstek behoren tot de materie die regeling bij wet in formele zin behoeft en welke voorschriften kunnen worden overgelaten aan welke gedelegeerde regelge-

199. Zie Commissie-Polak 1985, p. 42-44.

200. In de woorden van de Commissie 'In ons constitutionele bestel is de wet de zwaarste vorm van de voor de voor algemene verbindende voorschriften beschikbare vormen van regelgeving. Het mede vaststellen van algemeen verbindende voorschriften door de beide Kamers der Staten-Generaal, behoort tot de voornaamste verworvenheden van onze parlementaire democratie. Het recht daarover mee te besluiten, versterkt de democratische grondslag van bij de wet over burgers gestelde regels. Geen van de andere zojuist genoemde vormen van regelgeving biedt een vergelijkbare waarborg voor het democratische gehalte van de inhoud der regels.' Commissie-Polak 1985, p. 42. Zie ook Voermans 1998.

vers binnen de centrale overheid (meestal onderdeel van het bestuur).²⁰¹ Die inhoudelijke richtsnoeren zijn met enkele uitbreidingen overgenomen in de Aanwijzingen voor de regelgeving.²⁰² Aanwijzing 24 bijvoorbeeld bepaalt wat voor soort zaken zoveel mogelijk in een wet in formele zin moeten worden opgenomen.²⁰³

Het bijzondere van het primaat van de wetgever zoals dat in het Nederlandse wetgevingsbeleid wordt gehanteerd is dat het elementen bevat van zowel een positief wetgevingsvoorbehoud (zaken die vanwege hun gewicht alleen bij wet kunnen worden geregeld) als van een negatief wetgevingsvoorbehoud, dat in paragraaf 4.1 aan de orde kwam.

4.3 Voorrang van de wet

Het legaliteitsbeginsel legt ook een rangorde aan tussen de normen en regels die bestuursorganen in het leven roepen en de regels die de democratische gelegitimeerde wetgever vaststelt. In de verhouding tussen de twee komt de wet afkomstig van de democratisch gelegitimeerde wetgever het primaat toe. Bestuursorganen zijn daarnaast gebonden aan het bepaalde in wettelijke voorschriften (ook indien ze die zelf hebben vastgesteld).

201. Zie commissie-Polak 1985, p. 46 e.v.

202. Zie met name aanwijzingen 22 tot en met 27 en aanwijzing 212.

203. Het gaat dan om:

- a. voorschriften die de grondslag vormen van een stelsel van vergunningen of een stelsel waarbij anderszins de toelaatbaarheid van handelen afhankelijk wordt gesteld van verlof door de overheid;
- b. voorschriften die andere overheden in medebewind roepen;
- c. voorschriften waarbij nieuwe bestuursorganen in het leven worden geroepen;
- d. voorschriften betreffende rechtsbescherming;
- e. voorschriften inzake sancties van bestuursrechtelijke of civielrechtelijke aard;
- f. voorschriften waarbij toezichts- of opsporingsbevoegdheden worden toegekend;
- g. voorschriften omtrent rechten en verplichtingen van burgers jegens elkaar;
- h. voorschriften die beogen aan burgers procedurele waarborgen te bieden ten aanzien van het gebruik van bevoegdheden door de overheid, en
- i. voorschriften die – bestendige – financiële aanspraken van burgers jegens de overheid vestigen.

Ingevolge het primaat van de wetgever dient delegatie van regelgevende bevoegdheid aan ministers beperkt te blijven tot het vaststellen van regels houdende

- a. voorschriften van administratieve aard;
- b. uitwerking van details van een regeling;
- c. voorschriften die dikwijls wijziging behoeven, en
- d. voorschriften waarvan te voorzien is dat zij mogelijk met grote spoed moeten worden vastgesteld. Daarnaast is delegatie van regelgevende bevoegdheid aan een minister toegestaan in het kader van de implementatie van internationale besluiten of regelingen die Nederland weinig of geen eigen beleidsruimte overlaten (zie ook aanwijzing 26 Awr). Het tweede lid van aanwijzing 24 voegt daar nog de financiële aanspraken met een niet tijdelijk of incidenteel karakter aan toe.

Ze kunnen daar niet zomaar van afwijken noch ten voordele noch ten nadele van justitiabelen. Slechts in zeer uitzonderlijke gevallen kan er voor een bestuursorgaan reden zijn om af te wijken van het bepaalde in een algemeen verbindend voorschrift (*contra legem* te gaan), indien ongeschreven rechtsbeginselen, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, daartoe dwingen. Daartoe kan aanleiding zijn als zich omstandigheden voordoen waarin strikte toepassing van de wet in die mate in strijd komt met een of meer beginselen van behoorlijk bestuur dat strikte wetstoepassing achterwege dient te blijven. Dat de wet kortom buiten toepassing moet blijven. Dat was bijvoorbeeld het geval in de zgn. doorbraakarresten die door de belastingkamer van de Hoge Raad werden gewezen in 1978.²⁰⁴ De Centrale Raad van Beroep oordeelde al eerder in dezelfde zin in 1975.²⁰⁵ Burkens e.a. constateren dat deze betrekkelijk zeldzame *contra legem*-jurisprudentie op zichzelf niet het primaat van de wet en het legaliteitsbeginsel aantast. In de *contra legem*-uitspraken gaat het steeds om gevallen waarin het bestuur er zelf debet aan was dat tegenwettelijk vertrouwen was opgewekt. Daarbij komt dat het in deze uitspraken ging om het voorrang geven aan ongeschreven rechtsbeginselen in een concreet geval, en – door het buiten toepassing laten ervan in dat ene geval – de regels verder niet werden aangetast.²⁰⁶ De *contra legem*-jurisprudentie dateert overigens van vóór het Harmonisatiewet-arrest uit 1989.²⁰⁷ In die laatste zaak oordeelde de Hoge Raad dat het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet niet alleen aan grondwettelijke toetsing van wetten in formele zin in de weg stond, maar ook aan toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen. De belastingrechter volgde in 1990 – in weerwil van de eerdere doorbraaklijn – ook die koers.²⁰⁸ Het is dus maar de vraag of de Nederlandse rechter nog steeds bereid is voorrang te geven aan rechtsbeginselen bij de toepassing van bepalingen uit wetten in formele zin.

Bestuursorganen zijn ook aan wettelijke voorschriften gebonden indien ze zelf via algemene regels, zoals beleidsregels, uitvoering geven aan hun bestuursstaak of -bevoegdheid.

4.4 Bepaaldheidsgebod – *lex certa*

Het legaliteitsbeginsel vergt van de wetgever dat bij het inrichten van wetgeving de normen die in de regels worden gesteld voldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar zijn. De strafrechter leidt dit gebod af uit de artikelen 1, eerste lid, Wetboek van Strafrecht en artikel 16 Grondwet. Het

204. HR 12 april 1978, BNB 1978, 135-137, NJ 1979, 533.

205. CRvB 18 februari 1975, AB 1975, 243.

206. Burkens 2006, p. 180.

207. Harmonisatiewet-arrest van 14 april 1989, NJ 1989, 469.

208. HR 21 maart 1990, BNB 1990, 179.

zogenoemd bepaaldheidsgebod houdt in dat de burger moet kunnen weten ter zake van welke gedragingen hij kan worden gestraft. De rechtszekerheid eist dat ook. Van de wetgever mag dus worden verlangd dat hij met het oog daarop op een zo duidelijk mogelijke wijze delicten omschrijft. Het preadvies van Borgers gaat hier verder op in. Echter het bepaaldheidsgebod speelt zeker niet alleen in strafrechtelijke zaken een rol. Ook de bestuursrechter past het toe. Zo achte afgelopen jaar het College van Beroep voor het bedrijfsleven een verordening van het Productschap Tuinbouw (de Verordening PT vakheffing bloembollen leverbaar oogstjaar 2004/2005) onverbindend wegens strijd met dit element van het legaliteitsbeginsel. De Verordening was in de ogen van het CBB inconsistent en de eruit voortvloeiende rechten en plichten waren niet exact genoeg omschreven, noch voldoende herleidbaar.²⁰⁹ De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State leidt het bepaaldheidsgebod mede af uit artikel 7 van het EVRM dat verlangt dat de wetgever met het oog op de rechtszekerheid op een zo duidelijk mogelijke wijze de verboden gedraging omschrijft.²¹⁰

5 Betekenis van het legaliteitsbeginsel voor de rechter

Je afvragen welke betekenis het legaliteitsbeginsel heeft voor de rechter is niet zo gebruikelijk.²¹¹ Er wordt eerder gesproken over de verschillende rollen, taken en staatsrechtelijke positie die rechter en wetgever jegens elkaar hebben en innemen in het constitutionele bestel. Toch is de rechter natuurlijk ook een overheidsinstantie en daarmee, als ieder orgaan van de overheid, gebonden aan het recht.²¹² Dat het legaliteitsbeginsel niet altijd bijzonder relevant wordt geacht voor het rechterlijke werk kan daarmee van doen hebben dat we veronderstellen dat de eis van wetmatigheid van diens werk minder weegt omdat ze als vanzelfsprekend wordt verondersteld.²¹³ Een rechter grijpt niet zelfstandig in het leven van burgers, dat doen de wetgever of het bestuur. De rechter beoordeelt de besluiten van dat bestuur en past de regels die wetgever stelt toe. Interpreteert en toetst die waar nodig. Deze visie getuigt van een betrekkelijk klassieke opvatting van

209. CBB 19 mei 2010 LJN BM5026.

210. Zie o.a. ABRvS 17 maart 2010, AB 2010, 182.

211. Paul Bovend'Eert doet dat bijvoorbeeld wel. Zie Bovend'Eert 2009, p. 27-45, met name p. 39-42. Ook Borgers stelt die vraag in zijn hierna volgende preadvies.

212. Marc de Werd is - in navolging van Van Gerven - een van de weinige Nederlandse schrijvers die de rechterlijke taak ook ziet als de uitoefening van rechterlijke bevoegdheid (en niet louter uitspraakbevoegdheid). Bij het uitoefenen van die bevoegdheid, zo neemt hij waar, worden keuzen gemaakt en wordt beleid gevormd. De Werd 2004, p. 93-94.

213. Gerards signaleert dat de wetgever in zekere zin als 'aangever' voor de rechter fungeert. Zie Gerards 2008, p. 161.

de taak van de rechter in ons rechtsbestel.²¹⁴ Wat we er ook van vinden,²¹⁵ de rechter is veel meer dan in het verleden actief betrokken bij de rechtsvorming en vervult een actievare, soms correctieve, rol²¹⁶ ten opzichte van het zowat gefuseerde overheids machtencomplex van bestuur en wetgever.²¹⁷ Mede door de snel veranderende maatschappelijke context en de vervlechting van de nationale rechtsorde met de Europese en internationale wordt de rechter steeds meer in de positie van 'rechtgever' of – soms ook – wetgever plaatsvervanger gebracht.²¹⁸

Dat zijn geen louter indrukken. Hirsch Ballin heeft aan de hand van een inhoudelijk analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad tussen 1950/1951 en 1987 aangetoond hoe die zich heeft ontwikkeld van een loutere *toepassingsjurisdictie* (louter toepassen en interpreteren van de normen die de wetgever stelt) naar een *belangenjurisdictie* (de rechter is meer geneigd belangrijke waarden – zoals rechtsbeginselen – en belangen – bijvoorbeeld grondrechtelijke – mee te nemen in de totale afweging).²¹⁹ Dat betekent niet dat daarmee de binding aan de wet als zodanig wegvalt, maar dat die wordt uitgebreid doordat de Hoge Raad – volgens Hirsch Ballin – steeds meer achter de wettelijke regels kijkt (en terug grijpt op de belangenafweging die daar is gemaakt) en rechtsbeginselen, voorrangsregels en verantwoordelijkheden van overheden en burgers in de afweging betreft. Dat is geen machtsgreep van de rechter, maar een effect van ons 'hogelijk

214. Scheltema stelt zelfs dat het staatsrechtelijke uitgangspunt dat de rechter, als derde macht in de trias, niet zelf het recht vormt, maar het door de wetgever vastgestelde recht interpreteert, achterhaald is. Scheltema 2006, p. 196.

215. In Nederland is het vooral Tijn Kortmann die fulmineerde tegen rechterlijke rechtsvorming. Die opvatting is in die zin negationistisch dat ze geen rekening houdt met de wijze waarop de rechterlijke functie zich heeft ontwikkeld vanaf de negentiende eeuw. De rechter heeft in de zich steeds herijkende balansen van ons staatsbestel een andere – meer correctieve – functie gekregen dan aanvankelijk in het constitutionele bestel was voorzien. Zie Kortmann 2009.

216. De Engelse juriste Kate Malleson toont in haar boek *The New Judiciary* op overtuigende wijze aan hoe het werk van de rechterlijke macht in veel Westerse landen politieker en – op het terrein van de rechtsvorming – activistischer is geworden. Ze ziet daarvoor een aantal oorzaken, ten eerste doordat de politiek zelf verrechtelijkt (meer afspraken vastgelegd in de vorm van recht, voor beslechting van politieke geschillen wordt ook meer dan voorheen het recht ingezet), ten tweede doordat er sprake is van een wereldwijde trend van verrechtelijking van verhoudingen (o.m. door de aanwas van internationale mensenrechten), ten derde door de noodzaak om een tegenwicht te bieden aan de steeds nauwer samenwerkende wetgever en het bestuur (en elkaar daardoor onderling minder controleren) en ten vierde door de houding van de politiek en/of de wetgever die bewust steeds meer ruimte laat voor de rechter om – daar waar zaken omstreden zijn, of nog geen recht ontwikkeld kan worden – in concrete gevallen het recht te vormen. Zie Malleson 1999 en Voermans 2007.

217. Zie o.a. Brenninkmeijer 1991, Jurgens 1991 en Brenninkmeijer 2001, p. 1191.

218. Brenninkmeijer 2001, p. 1191.

219. Hirsch Ballin 1988.

interactief geworden rechtssstelsel.²²⁰ De wetgever speelt daar ook op in door steeds meer naar de rechter toe te schuiven, bijvoorbeeld via open normen, of door zelf de knoop niet door te hakken maar te precluderen op een rechterlijke uitspraak.²²¹ Daar komt nog bij dat er – mede onder invloed van internationalisering en Europeanisering – steeds meer recht is dat moet worden toegepast en vaak ook moet worden gerijmd. Dat de rechter actiever de rechtsvorming ter hand neemt, zal iedereen duidelijk zijn die de geschiedenis van de rechtsontwikkeling een beetje kent. Ton Hartlief wijst op de ‘spectaculaire’ rechterlijke ontwikkeling van het stelsel van verkeersaansprakelijkheid en bijvoorbeeld het opleggen van een verzekeringsplicht van werkgevers voor arbeidsongevallen van werknemers. De rechter vult gaten op die de wetgever laat.²²² In de bestuursrechtelijke jurisprudentie kan gewezen worden op de ontwikkeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de al eerder genoemde jurisprudentie inzake de zuivere schadebeslissing. In een enkel geval gaat de rechtsvorming zover dat de rechter afwijkt van de wil van de wetgever, zoals in het Euthanasie-arrest uit 1994.²²³

De actieve rol van de rechter bij de rechtsvorming is, over de volle breedte, onmiskenbaar. De vraag is echter wel hoever de rechter daarin gaat en mag gaan. Op die vraag kun je op twee manieren een antwoord zoeken: inhoudelijk of institutioneel. Kijken we naar de inhoudelijke kant dan moeten we vaststellen dat de rechter in een rechtsstaat bij de rechtspleging is gebonden aan het recht, waarbij het recht vastgelegd in wettelijke voorschriften het uitgangspunt vormt.²²⁴ Daarmee houdt het echter niet op. Het kan gebeuren dat de wet zwijgt, fundamentele rechtsbeginselen aan de orde zijn of dat rechtens beschermenswaardige belangen in het geding zijn die niet of onvoldoende zijn meegenomen in de afweging die leidde tot een wettelijke voorschrift. Dan kan de rechter, volgens huidige opvattingen, niet stil zitten maar moet hij de eisen die het wettelijke en niet-wettelijke recht stellen, rijmen. Immers, in een rechtsstaat *kan* een wetgever niet in strijd willen handelen met het recht en in zoverre *kan* de rechter ook niet afwijken van de wil van de wetgever. En al evenmin kan de rechter, daar waar recht bestaat, maar de wetgever het niet in wettelijke voorschriften heeft neergelegd, in rechtsstatelijke verhoudingen dat niet-wettelijke recht zo maar buiten toepassing laten. De gebondenheid van de rechter aan wet en recht wordt bij bijvoorbeeld toepassing van niet-wettelijk recht niet veronachtzaamd, maar juist uitgedrukt.

220. Hirsch Ballin 1988, p. 236-237.

221. Zie Vranken 2000, p. 2.

222. Hartlief 2009.

223. HR 21 juni 1994, NJ 1994, 656 (Chabot).

224. Die gedachte treffen we ook aan in artikel 11 Wet algemene bepalingen (Wet AB).

Bij het institutionele antwoord gaat het meer om de rol die de rechter ten opzichte van met name de wetgever inneemt. In tegenstelling tot die wetgever is de rechter niet rechtstreeks democratisch gelegitimeerd en daarom past de rechter ook een volgende rol. Daarbij is passend dat de rechter zich terughoudend opstelt bij de uitleg van wettelijke regelingen en – in geval die geen uitsluitsel geven – hij terugverwijst naar de wetgever om die regels aan te passen.²²⁵ Deze ‘judicial-restraint’ opvatting²²⁶ pakt in een moderne rechtsstaat op een aantal punten onbevredigend uit. Het recht is er te veelvormig voor geworden (denk aan de rol van rechtsbeginselen, internationaal en Europees recht), de wetgever en wetgeving té zeer van karakter veranderd (niet langer hoofdzakelijk codificerend en de meeste regels worden door het bestuur vastgesteld) en de gevolgen die een afwach- tende – in de perceptie van sommigen soms zelfs ‘recht weigerende’²²⁷ – rechter teweeg brengt zó groot dat daardoor de rechtsstatelijke rol en de daarmee samenhangende verhouding tussen rechters enerzijds en bestuur en wetgever anderzijds is gaan veranderen. Ook moest veranderen. Hierboven werd al gewezen op die veranderde rol van de rechter. Moeten we er bezorgd over zijn dat een niet democratisch gelegitimeerde rechter zich steeds meer actieve tegenspeler van de wetgever op gaat stellen? Raakt hierdoor de balans tussen de overheidsmachten verstoord? Niet direct denk ik. Zo is de rechterlijke macht nog steeds de minst ‘gevaarlijke’ van de overheidsmachten²²⁸ omdat de rechterlijke macht zelf geen zaken aan kan brengen,²²⁹ zelf niet de bevoegdheden heeft om vonnissen uit te voeren en alleen uitspraken kan doen in individuele gevallen.²³⁰ De Wetenschappelijke raad voor het regeringsbeleid wijst er in het rapport ‘De toekomst van de nationale rechtsstaat’ bovendien op dat de rechter zich in de overgrote meerderheid van de gevallen keurig houdt aan de wet. Alleen in een kleine reeks van principiële zaken, vaak in maatschappelijk controversiële zaken, is het vraagstuk van rechterlijke – autonome – rechtsvorming aan de orde. Dat dat zo is, betekent natuurlijk nog niet automatisch dat dat ook zo zal blijven. Daarom moeten we ons ook afvragen wat voor soort opstelling het beginsel van wetmatigheid van rechtspraak tegenwoordig van de rechter vergt.

225. Het zogenaamde ‘*reféré législatif*’.

226. Zie WRR 2003, p. 181. De raad verwijst hierbij naar het boek van Cass 2001. Zie ook De Werd 2004, p. 94.

227. Artikel 13 van de Wet AB verbiedt rechtswijgering.

228. Zo kenschetste Alexander Hamilton de rechterlijke macht in zijn bijdrage over de ‘The Judiciary Department’ in *The Federalist* No. 78 van zaterdag 14 juni 1788, Hamilton 1788. Zie voor een relativering ook Bickel 1962.

229. Dat zou wellicht anders kunnen worden als de voorstellen van de commissie-Hammerstein worden overgenomen. Zie commissie-Hammerstein 2008.

230. WRR 2003, p. 181.

Twee benaderingen zijn ook hier weer mogelijk: een waarbij we het legaliteitsbeginsel beperkt, of kaal opvatten (rechterlijk optreden behoeft, als ieder overheidsoptreden, een wettelijke grondslag), of een waarbij we het legaliteitsbeginsel in een wat bredere betekenis oppakken (de gebondenheid van de rechter aan de wet).

5.1 Rechter en legaliteit met kleine 'l'

Laten we met de eerste benadering beginnen. Het legaliteitsbeginsel – in zijn kleine variant – verzet zich noch inhoudelijk noch institutioneel tegen een actieve, rechtsvormende taak – zelfs niet tegen de soort rechtsvormende rol van de Hoge Raad zoals de Commissie-Hammerstein zich voorstelt²³¹ – van de rechter,²³² maar vergt in de huidige verhoudingen dat waar er sprake is van gelijktijdige – soms dialogische – rechtsvorming van zowel rechter als wetgever²³³, dat de wetgever daarin in de Nederlandse verhoudingen het laatste woord heeft. Dat is bijvoorbeeld af te leiden uit het Waterpakt-arrest van de Hoge Raad,²³⁴ waarin de onvolledige omzetting van een de Europese Nitraatrichtlijn aan de orde was en waarin een bevel aan de wetgever was geëist om alsnog in volledige omzetting te voorzien. De Hoge Raad overwoog dat dat bevel niet kon worden gegeven, omdat:

‘3.5 Wetten in formele zin worden ingevolge art. 81 Gw vastgesteld door de regering en de Staten-Generaal, waarbij de vraag of, wanneer en in welke vorm een wet tot stand zal komen, moet worden beantwoord op grond van politieke besluitvorming en afweging van de erbij betrokken belangen. De evenzeer op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen brengt mee dat de rechter niet vermag in te grijpen in die procedure van politieke besluitvorming. Dit een en ander is niet anders ingeval het met deze wetgeving te bereiken resultaat en de termijn waarbinnen het resultaat moet zijn bereikt, vast liggen op grond van een Europese richtlijn. Ook ingeval de wetgever heeft nagelaten binnen de implementatietermijn van een richtlijn wetgeving vast te stellen om het vereiste resultaat te bereiken, en indien moet worden aangenomen dat de Staat daarmee onrechtmatig handelt, kan de rechter niet een bevel geven binnen een door hem te bepalen termijn alsnog die wetgeving vast te stellen. Ook dan geldt nog steeds dat de vraag of wetgeving tot stand moet worden gebracht en zo ja welke inhoud deze moet hebben, noopt tot een afweging van vele belangen, ook van niet bij een pro-

231. Commissie-Hammerstein 2008.

232. Zie ook Martens 2000. Martens betreft in zijn bijdrage de stelling dat de rechtsvormende taak wellicht vroeger niet expliciet wettelijk vergund was aan de rechter, met name aan de Hoge Raad, maar dat de wetgever die tegenwoordig wel erkent. Hij wijst daarbij bijvoorbeeld op artikel 81 Wet RO.

233. Zie Gerards 2008 en de concrete voorstellen die ze doet voor terugkoppeling van rechter naar wetgever, p. 185-192.

234. HR 21 maart 2003, NJ 2003, 691.

cedure als de onderhavige betrokken partijen, en een politieke beoordeling vergt, waarin de rechter niet kan treden. Evenzeer is het een kwestie van politieke beoordeling of de Staat, wanneer niet, niet tijdig of niet op de juiste wijze formele wetgeving is tot stand gebracht ter implementatie van een richtlijn, het wil laten aankomen op een eventuele inbreukprocedure.⁷

Ergo, de rechter kan de wetgever niet opdragen wetgeving aan te passen (geen geforceerd *référé législatif* dus).²³⁵ De rechter kan ook geen wetgevingsbevel²³⁶ opleggen aan andere wetgevers, zo volgt uit de arresten *Waterpakt/Staat*,²³⁷ *Faunabescherming/Provincie Fryslân*²³⁸ en een uitspraak van het Hof 's-Gravenhage inzake minimumloon minderjarigen.²³⁹ Er lijkt draagvlak te bestaan voor deze jurisprudentielijn²⁴⁰ al heeft Schutgens onlangs een lans gebroken om de rechter in beginsel die mogelijkheid tot wetgevingsopdracht te geven. De nadelen er van (onbalans tussen de overheids machten, mogelijke derdenwerking en de beperkte mogelijkheden van de rechter alle relevante belangen af te wegen) wegen in zijn ogen niet op tegen de voordelen ervan (effectieve rechtsbescherming, rechtmatigheid van wetgeving, instrument voor belangenorganisaties).²⁴¹

De kleine invulling van de werking van het legaliteitsbeginsel ten aanzien van de rechterlijke bevoegdheid (legaliteit met kleine 'l') houdt overigens niet als vanzelf een waardeoordeel in over wat heeft te primeren: het inzicht van de rechter of dat van de wetgever. Debatten over de rechtsvormende taak van de rechter schakelen in de internationale literatuur nogal eens op naar het principiële vraagstuk van het 'countermajoritarian' pro-

235. Gerards doet het voorstel om dat in de toekomst wellicht toch te overwegen in geval de rechter strijd constateert tussen een wettelijke regeling en een direct werkende verdragsbepaling of – indien de overwegingswet Halsema er in zou slagen artikel 120 Gw te herzien – onder de Grondwet de rechter de mogelijkheid te geven om de wetgever te verplichten de regelgeving in kwestie aan te passen. Gerards 2008, p. 192.

236. Zie voor deze benaming Schutgens 2009, p. 237 e.v.

237. HR 21 maart 2002, NJ 2003, 691.

238. IIR 1 oktober 2004, NJ 2004, 679.

239. Hof 's-Gravenhage 24 maart 2005, LJN AT3175. Het Hof wenste hier geen wetgevingsbevel op te leggen mede met het oog op mogelijke ongewenste derdeneffecten (of *erga omnes* werking zo men wil).

240. Bunschoten ziet nog wel een mogelijkheid voor een rechterlijk bevel tot wetgeving indien een in medebewind geroepen overheid geen gevolg heeft gegeven aan een verplichtende opdracht tot het vaststellen van regels en daarbij geen beleidsruimte is gelaten. Bunschoten 2004. Die opvatting houdt denk ik echter onvoldoende rekening met het al bestaande 'kleine' taakverwaarlozingsregime dat in de Gemeentewet en Provinciewet is opgenomen (bijvoorbeeld in artikel 124 Gemeentewet). Daar is het aan naasthogere volksvertegenwoordiging in het geval van een gemeente is dat provinciale staten – overgelaten te doen wat de gemeenteraad had moeten doen. Provinciale staten zouden in zo'n geval dus de nagelaten medebewindsverordening moeten maken. Een rechterlijk bevel past – door het bestaan van die 'koninklijke' weg – daarom niet in dit soort situaties.

241. Schutgens 2009, p. 262-264.

bleem,²⁴² de confrontatie tussen de idee van de suprematie van het recht versus het primaat van de politiek. Voor de wijze waarop het legaliteitsbeginsel de rechterlijke bevoegdheidsuitoefening in Nederland bindt, heeft dat vraagstuk maar een betrekkelijke relevantie. Mede onder invloed van het toetsingsverbod stelt de rechter zich ten overstaan van de wetgever betrekkelijk volgend op. In zijn 'kale' betekenis houdt het legaliteitsbeginsel voor de Nederlandse rechter niet veel meer in dat de rechterlijke macht is opgedragen – en ook bevoegd is – geschillen te beslechten en strafbare feiten te berechten,²⁴³ dat de rechter recht toepast en toetst aan het recht²⁴⁴ en dat de rechter 'volgens de wet' rechtsprekt en niet per algemene verordening, dispositie (lees: regeling) of reglement uitspraak doet.²⁴⁵

Dat ook de rechterlijke bevoegdheidsuitoefening een wettelijke basis behoeft, zegt nog niet direct iets over de vraag of en in hoeverre rechters de inhoud van wettelijke regelingen de maat kunnen nemen.²⁴⁶ Dat de rechter artikel 120 van de Grondwet als een vingerwijzing voor zijn constitutionele positie is op gaan vatten, is niet het logische gevolg van de werking van het legaliteitsbeginsel.²⁴⁷ Ook staat het 'kleine' legaliteitsbeginsel niet in de weg aan een activistische houding, noch aan een terughoudende opstelling van de rechter bij de rechtsvorming. De keuze tussen die twee is meer een kwestie van constitutionele positie.

Een vraag die uit het oogpunt van het 'kleine' legaliteitsbeginsel weer wel relevant is, is of de rechter steeds gehouden is om in geval hij strijd met het recht constateert, daaraan ook direct een gevolg moet verbinden in zijn uitspraak. Het stokoude verbod van rechtsweigeren uit artikel 13 Wet algemene bepalingen wordt daarbij wel eens van stal gehaald. Dat verbod heeft er tot op heden niet aan in de weg gestaan dat Nederlandse rechters zich soms bij de toepassing van mensenrechtelijke verdragen zoals het EVRM gedwongen zien impliciet te absteren (door in het midden te laten of er sprake is van een verdragschending en het beroep toch ongegrond te verklaren)²⁴⁸ of dat expliciet te doen (weliswaar een verdragschending con-

242. Zie voor een samenvatting daarvan Van der Schyff 2010, p. 48-50 en Bickel 1962 (de naamgever van dit fenomeen).

243. Artikelen 112 en 113 Gw.

244. Verschillende procesrechtelijke wetten bevatten verschillende – vaak indirect geformuleerde – bepalingen daarover, zie o.a. artikel 79 Wet op de rechterlijke organisatie.

245. Artikelen 11 en 12 van de Wet algemene bepalingen (Wet AB).

246. Sillen heeft een wat bijzondere benadering van het legaliteitsbeginsel. In zijn ogen handhaaft de rechter het legaliteitsbeginsel door zijn toetsingsbevoegdheid. Daar zit indirect wel wat in – de rechter is meer in het algemeen de handhaver van het recht – maar in eerste instantie is de rechter natuurlijk zelf ook gebonden aan het legaliteitsbeginsel. Sillen 2010, p. 237-238.

247. Zie Voermans 2003c.

248. Bijvoorbeeld ABRvS 29 oktober 2003, JB 2004, 3 (Arbeidskostenforfait). De Hoge Raad achtte zich in dit geval niet gerechtigd in het rechtstekort – ontstaan door strijd van een belastingmaatregel met artikel 14 EVRM en artikel 26 IVBPR – te voorzien omdat de wetgever zelf nog keuzes zou kunnen maken om de ontstane discriminatie op te heffen.

cluderen, maar alsnog het beroep, in weerwil daarvan, ongegrond verklaren).²⁴⁹ Barkhuysen heeft er op gewezen dat vooral expliciet absteren schuurt met de rechtsplicht van de rechter zowel naar nationaal, alsook naar EVRM-recht.²⁵⁰ Dat ziet hij denk ik juist. De vraag is echter wel die naar het alternatief: het constateren van een verdragschending kan draconische en onomkeerbare gevolgen hebben zonder dat de Nederlandse rechter steeds weet of zijn interpretatie ook geheel gedekt zal worden door die van het Staatsburgse Hof. Een mogelijkheid tot het vragen van een prejudiciële beslissing bestaat niet onder het EVRM.

5.2 *Rechter en legaliteit met grote 'L'*

Moet de rechter zich bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden houden aan de wet? Kan die rechtsvormend optreden als de wet daartoe niet expliciet de bevoegdheid geeft? Deze vraag naar het legaliteitsbeginsel met de grote 'L' kwam hierboven al kort aan de orde.²⁵¹ Er is een inhoudelijk en een institutioneel antwoord op mogelijk, stelden we vast. Het debat er over is in Nederland levend en levendig. Kortmann kwam onlangs in zijn afscheidsrede 'Staatsrecht en raison d'Etat' tot een soort 'j'accuse' in de richting van rechters die zich bezighouden met rechtsvorming, zonder daartoe een kennelijke bevoegdheid te bezitten. Daartegenover staat de nuchtere constatering van Vranken dat rechters aan rechtsvorming doen, ze naar algemeen aanvaarde opvatting ook een rechtsvormende taak hebben, en in een moderne samenleving ook aan rechtsvorming *moeten* doen.²⁵² Een klassiek debat dat door juristen wereldwijd wordt gevoerd.

Natuurlijk geldt in ons stelsel dat de rechter zich bij de rechtspleging houdt aan wettelijke voorschriften, die interpreteert en ze toepast. Maar in een rechtsstaat bestaat meer recht dan wettelijk recht.²⁵³ Ook het ongeschreven recht, al dan niet in de vorm van rechtsbeginselen, dient door de rechter te worden toegepast. Hier ontstaat wel een soort kentheoretisch probleem: als de rechter dat recht vindt – via een soort revelatie – en toepast in een concreet geval, dan is daar, gezien de rol die de rechter in een rechtsstaat als de onze heeft, niets mis mee. Wat hij doet is in feite ook geen rechtsvorming maar het ontdekken van recht dat er al was.²⁵⁴ Recht dat als het ware al ingebakken is in ons systeem. Iedere jurist begrijpt dit

249. Bijvoorbeeld HR 12 mei 1999, NJ 2000, 170.

250. Barkhuysen 2004, p. 98 e.v.

251. Zie ook van Ommeren 1999, p. 81 die dit aanduidt als de 'brede' opvatting van het legaliteitsbeginsel.

252. Vranken 2005, p. 9-11.

253. Daaronder begrepen het recht neergelegd in verdragen en volkenrechtelijke besluiten.

254. Daarom wordt deze benadring ook wel de declaratoire theorie van rechtsvinding genoemd.

voor buitenstaanders wat mystieke proces; het heeft voor de rechtsontwikkeling ook grote waarde gehad. Het leverde ons de autonome Europese rechtsorde op, de definitie van onrechtmatige daad in moderne zin, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de verfijning van de EVRM-mensenrechten.

Andere benaderingen stellen de rol van de wetgever centraal bij de rechtsvorming. Dan is rechterlijke rechtsvorming buiten het kader van wettelijke voorschriften minder vanzelfsprekend en minder te waarderen. Kijken we met een onthechte, de-mystiferende blik dan verschijnt de rechter als een niet democratische gelegeitimeerd overheidsorgaan dat eenzijdig ingrijpende beslissingen kan nemen en ook beleid voert. Van Gerven maakte in 1973 duidelijk dat juristen en ook de rechter bij het toepassen van rechtsregels keuzes maken en dat rechters beleid voeren.²⁵⁵ Moet daar uit rechtsstatelijk oogpunt geen controle op bestaan, is het wel wenselijk dat – vooral hoogste rechters – naar eigen inzicht recht kunnen ‘maken’ via interpretatie of rechtsvinding? Waldron heeft onlangs nog laten zien dat rechterlijke rechtsvorming net als rechtsvorming via wetgeving vol zit met betwiste argumentaties en politieke keuzen en dat het enige werkelijk grote verschil daarin schuilt dat de belangentegenstelling en discussie bij rechtsvorming via wetgeving zich afspeelt in een breder forum met wisselende representatie, op een transparante manier via meerderheidsbeslissingen.²⁵⁶ Waar rechters keuzes maken, zonder dat bij de behandeling van de argumenten, de argumentatie en de wijze van besluitvorming duidelijk en op transparante wijze wordt weergegeven (communicatie in termen van Habermas), dan is er het risico dat de legitimiteit van het oordeel tekort schiet indien dat niet één-op-één loopt met de afwegingen die de wetgever heeft gemaakt.²⁵⁷ Zo bekeken valt er veel te zeggen voor ‘dissenting opinions’, uitgebreide motivering van rechterlijke uitspraken en meer in het algemeen discursieve rechtspraak.

Stof om lang en geanimeerd over te debatteren al komt het er – naast de zakelijke argumentenwisseling – vaak in wezen op neer wie je het meest vertrouwt: de rechter of de wetgever. Na een vijf- of zesjarige juridische opvoeding in casusoplossing en jurisprudentie-analyse (als de vorm van rechtsvorming bij uitstek) zijn de kansen wel groot dat je als jurist meer waardering zult hebben voor de rechter als de hoeder van het recht.

255. Van Gerven 1973.

256. Zie Waldron 1999. Waldron komt tot een herwaardering van rechtsvorming via wetgeving en stelt: ‘The appeal of majority decision is that it not only solves the difficulty that [general disagreement] generates, but it does so in a respectful manner.’ (p. 118). Zie ook Fallon 2008.

257. Habermas 1981.

5.3 *Rechter en buitenwettelijke rechtsvorming: twee bewegingen*

Enfin. Ik wil hier Paris' twistappel over de juiste rol van de rechter niet weer uitsteken, maar me beperken tot de vraag hoe de Nederlandse rechter omgaat met het legaliteitsbeginsel met grote 'L' en de discussie daarover. Doen we dat, dan zien we eigenlijk twee bewegingen. De eerste daarvan is dat de Nederlandse rechter niet weg schrikt van 'buitenwettelijke' rechtsvorming (of wat daar voor doorgaat); in tegengedeel. De rechter houdt zich actief bezig met rechtsvorming. De andere, tweede, beweging is dat de rechtsontwikkeling ook laat zien dat de Nederlandse rechter een grote reverentie aan de dag legt voor wetten in formele zin, onder andere vanwege de – al eerder besproken – ruime opvatting die de rechter huldigt ten aanzien van het toetsingsverbod van artikel 120 Gw. De rechter is in en na het Harmonisatiewet-arrest niet bereid wetten in formele zin te toetsen aan rechtsbeginselen, of het zou moeten gaan om elementen in wet waarmee de wetgever bij de vaststelling geen rekening heeft gehouden.²⁵⁸ Dat laatste heeft zich tot dusver nog niet voorgedaan. Andere, lagere vormen van regelgeving worden door de rechter wel aan rechtsbeginselen getoetst.²⁵⁹

Zijn die twee bewegingen met elkaar te rijmen? Volgens mij wel. De sleutel tot het antwoord ligt in de functionele wijze waarop de rechter omgaat met het legaliteitsgebod. Dat houdt samengevat in dat de rechter zich onder het constitutionele stelsel bevoegd en gehouden acht tot rechtsvorming in het kader van geschillenbeslechting. De 'plicht' tot geschillenbeslechting wordt in ons stelsel vrij uitdrukkelijk door de Grondwet (o.a. in de artikelen 112, 113) en de Wet algemeene bepalingen (artikel 13) opgedragen. Bij het beslechten van geschillen houdt de rechter zich aan de wet en meet zich daarover geen nader oordeel aan, of het moest zo zijn dat het gaat om belangen die de wetgever in zijn afweging niet heeft meegenomen (verdiscontering). Heeft die hoogste, democratisch gelegitimeerde wetgever gesproken en belangen afgewogen, dan voegt de rechter zich, indien er tenminste geen strijd bestaat met geschreven verdrags- of volkenrecht (meestal ook een emanatie van een afweging waarbij volksvertegenwoordigers zijn betrokken in het kader van de goedkeuring). Deze functionele opvatting van de legaliteit van het eigen werk is ook verstandig omdat die per saldo vormen van rechterlijke rechtsvorming aanvaardbaar maakt en

258. Dat heet ook wel de verdisconteringsuitzondering. Deze werd door de Hoge Raad aangelegd in het Harmonisatiewet-arrest 14 april 1989, NJ 1989, AB 1989, 412. De uitzondering houdt in dat de rechter, in weerwil van het toetsingsverbod van artikel 120 Gw, in sommige gevallen een bepaling uit een wet in formele zin buiten toepassing kan laten indien toepassing van die bepaling, in verband met daarin door de wetgever niet verdisconteerde omstandigheden, in strijd zou komen met een fundamenteel rechtsbeginsel. Zie R.o. 39 van het Harmonisatiewet-arrest.

259. Zie o.a. HR 16 mei 1986, NJ 1987, 251 (Landbouwvliegers).

legitimeert. In ons stelsel hebben democratisch gelegitimeerde wetgevers het voortouw bij de rechtsvorming (niet het monopolie) en dat wordt – blijkens de jurisprudentie – door de rechter gerespecteerd. Die leidende rol van de wetgever brengt – bij het ontbreken van een toetsingsmogelijkheid van formele wetten – in ons constitutionele stelsel evenwicht aan in de verhouding tussen de verschillende overheids machten en leidt tot een relatief legitimiteits-optimum bij de rechtsvorming.

6 Legaliteitsbeginsel 2.0: observaties, conclusies, toekomst

‘Man vergißt über der Reise gemeinlin deren Ziel. (...) Das Vergessen der Absichten ist die häufigste Dummheit, die gemacht wird.’ (F. Nietzsche)²⁶⁰

6.1 Het ongrijpbare legaliteitsbeginsel

Het Nederlandse legaliteitsbeginsel is moeilijk grijpbaar en te begrijpen. Om het te begrijpen moet je door een rijstebrijberg van jurisprudentie, juridische literatuur, adviezen en beleidsdocumenten. En nu dus door dat hele preadvies dat, vergeef me, toch wat aan de lange kant is geworden. Dat ligt natuurlijk niet aan mij, maar aan het beginsel zelf, zo wil ik althans graag geloven.

Het ongeschreven karakter van het beginsel, de lange en verschillende ontwikkeling die het doormaakte als norm voor bestuur, wetgeving en rechtspraak en het feit dat het niet zo vaak aan bod komt in de rechtspraak zorgen er voor dat het heel lastig is om in 2011 precies de betekenis van de norm die het legaliteitsbeginsel aanlegt te ijkten. Om dat goed te kunnen doen, zo stelde ik, moet je eigenlijk de functies die het beginsel heeft, kennen. We zagen dat het legaliteitsbeginsel interne en externe functies kent, en dat mogelijk die externe – legitimerende en communicatieve – functie van het legaliteitsbeginsel in moderne verhoudingen aan belang gewonnen heeft. Tenminste, dat werd in de literatuur vermoed, maar is zo langzamerhand ook in de rechtsontwikkeling waar te nemen. Die zoektocht naar de opschuivende functie was lastig omdat er niet alleen betrekkelijk weinig principiële jurisprudentie over de werking van het legaliteitsbeginsel is, maar waar die er wel is, daarin nagenoeg geen principiële overwegingen aan doel of functies van het beginsel worden gewijd. Toch hebben de functies van het legaliteitsbeginsel een rol gespeeld voor die rechtsontwikkeling, zoals ik hoop te hebben aangetoond. Naast de reikwijdte is ook de functie van het legaliteitsbeginsel gedeeltelijk veranderd; de participatie van rechtsgenoten in de bepaling van de inhoud van wettelijke regelingen

260. Nietzsche 1879.

en daarmee de legitimatie van rechtsvorming, heeft in de rechtspraak ontegenzeggelijk een rol gespeeld, al zijn daarvan niet direct uitgeschreven sporen in de jurisprudentie zelf aan te treffen. Aan de hand van de rol die de rechter ten opzichte van de wetgever inneemt zagen we – ik ga daar in paragraaf 6.3 nog nader op in – *per reconstructie* dat de legitimerende en communicerende functie van het legaliteitsbeginsel belangrijker is geworden.

Wat wel duidelijk uit de tekst van de jurisprudentie zelf is af te leiden, is dat de rechter kennelijk hecht aan de beschermingsfunctie (rechtszekerheid c.a.) die het beginsel borgt. De rechter is bijvoorbeeld niet snel bereid een ontbrekende wettelijke grondslag te pardonneren als dat ten nadele van de justitiabele uitpakt – ook als het een louter technisch mankement betreft – maar is, voor zover mogelijk, wel bereid te sauveren indien dat tot voordeel van een burger zou kunnen strekken. In het beleid – met name in het wetgevingsbeleid – is er meer aandacht voor de functies van het legaliteitsbeginsel. In het rapport Orde in de regelgeving, dat gedeeltelijk aan de basis ligt van het huidige wetgevingsbeleid, komen de verschillende functies van het legaliteitsbeginsel, zowel de functies die meer *binnen* als die meer *buiten* het recht zijn gelegen, aan de orde. Het hele idee van het primaat van de wetgever – een moderne invulling van de legaliteitsnorm voor de wetgever – is een uitdrukking van de gedachte dat de regeling van bepaalde onderwerpen voorbehouden is aan democratisch gelegitimeerde wetgevers en niet zelfstandig door het bestuur geregeld kunnen worden. Een duidelijke expressie van de externe functie van het legaliteitsbeginsel. De discussie over de al dan niet aanvaardbaarheid van zelfstandige maatregelen van bestuur in de afgelopen honderd jaar vormt in dit opzicht ook een levend bewijs van het opschuiven van de functies die het legaliteitsbeginsel vervult. Die accentverschuiving van functies van het legaliteitsbeginsel heeft betekenis. Als de externe, legitimerende functie van het legaliteitsbeginsel belangrijker is geworden voor de wetgever, dan valt bijvoorbeeld niet direct in te zien waarom die functieverschuiving daar geen betekenis zou hebben voor andere overheids machten, zoals het bestuur en de rechter. Volgen we die redenering dan komt het er in wezen op neer dat het moderne legaliteitsbeginsel voor het gehele overheidsoptreden een zo specifiek mogelijke wettelijke grondslag nodig maakt. Als een overheid in een democratische rechtsstaat als de onze *interveniet* (dus buiten de eigen organisatie gedrag probeert te sturen) dan is daarvoor – in de moderne lezing en volgens de huidige functies die het legaliteitsbeginsel heeft – in beginsel een machtiging van democratisch gelegitimeerde wetgever nodig; de wettelijke basis *legitimeert* het optreden als een soort volmacht.²⁶¹ Van ver-

261. Damen 1999, p. 63-66 en Van Buuren 1997, p. 1985.

schillende kanten is er op gewezen dat de wetgever de taak om voor alle overheidsopptreden in wettelijke bases te voorzien niet aankan en dat het tot perverse vormen van regelgeving gaat leiden, zoals erg globale wetten met veel open normen of blanketwetten. Dat is een wel wat sombere redenering die de status quo tot uitgangspunt neemt. Damen heeft terecht gewezen op de goede kansen die er bestaan om werkendeweg tot een betere aansturing van het bestuur via wettelijke regels te komen. En dan nog, nu zijn er ook veel open en vage normen, wetten op hoofdlijnen, kaderwetten, enz. Tot grote rampen leidt dat naar mijn waarneming niet. Damen wijst er ook op dat bijvoorbeeld artikel 4:23 Algemene wet bestuursrecht een nuttige invloed heeft gehad om het subsidiërende bestuur; dat beter via wettelijke regels is gaan sturen. Een wettelijke basis vergen voor alle interveniërende overheidsopptreden is zeker niet onmogelijk (het is eigenlijk al bijna zo ver) en het is ook beter in lijn met de huidige functies die het legaliteitsbeginsel vervult. En ook praktisch is het beter om het bestuur te controleren. Het is namelijk eenvoudiger een per wet afgegeven machtiging voor bestuursopptreden in te trekken, dan reeds bestaand overheidshandelen (bijvoorbeeld schade vergoeden zonder wettelijke basis uit coulance overwegingen) alsnog onder controle te brengen via een wettelijke grondslag.

6.2 De tastende doctrine

Er bestaat, zo zagen we, ook een rijke verscheidenheid van opvattingen in de Nederlandse staats- en bestuursrechtelijke doctrine over de inhoud van het legaliteitsbeginsel. Dat heeft niet alleen te maken met de moeilijk exact te duiden stand van de jurisprudentie en het ontbreken van codificatie, maar ook met het gedeeltelijk ontbreken van fundamentele discussie over de vraag welke doelen het legaliteitsbeginsel dient. Dat is jammer want daarmee wordt het vermogen van de wetenschap als routewijzer voor de rechtsontwikkeling kleiner. Discussie over de huidige inhoud en functie van het legaliteitsbeginsel heeft belang om de rechtspraktijk te helpen vraagstukken op te lossen die bijvoorbeeld leven in verband met de internationalisering en europeanisering van het recht. Zo rijst wel de vraag, nu steeds meer EU-recht en internationaal recht doorwerkt en onderdeel uitmaakt van de Nederlandse rechtsorde, of dat recht – net als Nederlands recht – een wettelijke basis kan bieden voor eenzijdig, dwingend overheidsopptreden. De functies van het legaliteitsbeginsel doen er dan toe. Kijk je alleen naar de interne functies die het legaliteitsbeginsel vervult (met een accent op rechtszekerheid en rechtsgelijkheid), dan is recht van vreemde herkomst, gewoon recht op basis waarvan een overheid kan handelen. Aandacht voor functies van legaliteit die buiten het recht zelf gelegen zijn, zoals de communicatieve, legitimerende, politieke of attributieve functies, levert andere vragen en andere antwoorden op. Is het recht op basis waarvan de Nederlandse overheid in de richting van zijn burgers op gaat treden

wel de uitkomst van een democratische gelegitimeerd en transparant wetgevingsproces? Zo niet, hebben Nederlandse volksvertegenwoordigers een kans gehad zich over het bevoegdheidscheppende Europese of internationale recht uit te spreken? Oog hebben voor de verschillende – met name ook externe – functies van het legaliteitsbeginsel leert dat het legaliteitsbeginsel mede de autonomie van de Nederlandse rechtsorde markeert. Overheidsingrijpen dat geschiedt op basis van democratisch gelegitimeerde EU-regels is eerder aanvaardbaar als die met medewerking van het Europese Parlement zijn vastgesteld. Bevoegdheden ontleend aan verdragen die stilzwijgend zijn goedgekeurd, wringen juist met het legaliteitsbeginsel. Inzicht in de functies van het legaliteitsbeginsel leert ook waarom het ontlenen van publiekrechtelijke bevoegdheid aan het ongeschreven (internationale) recht een anomalie is in ons recht en dat ook moet blijven. Dat strijdt namelijk met een essentiële functie van het legaliteitsbeginsel, d.i. het recht van de rechtsgenoten om via wetgeving de inhoud van het recht waardoor ze direct of indirect gebonden zijn of zullen worden, zelf te bepalen.²⁶² Begrijp me niet verkeerd: dit is geen oproep tot eensluidende doctrine, maar tot een verbreding van de discussie over legaliteit en meer begrip van de functies ervan. Zoiets kan waarde hebben voor de praktijk.

6.3 Een functionele benadering van het legaliteitsbeginsel

Welke betekenis heeft het legaliteitsbeginsel *als norm* voor wetgeving, bestuur en rechtspraak in 2011? Van der Vlies wijst er op dat de vraag naar die betekenis van het legaliteitsbeginsel vanuit verschillende invalshoeken kan worden benaderd.²⁶³ Zo valt waar te nemen dat het legaliteitsbeginsel een belangrijke historische betekenis heeft gehad voor wat betreft de binding van de overheid – met name het bestuur – aan het recht, recht dat vooral is neergelegd in wettelijke voorschriften. Het Nederlandse legaliteitsbeginsel wordt daarom ook wel eens op een lijn gesteld met het iets engere beginsel van de wetmatigheid.²⁶⁴

Het legaliteitsbeginsel heeft, dat kunnen we vaststellen, in ieder geval bijgedragen aan de ontwikkeling van de hedendaagse democratische rechtsstaat. De macht van het bestuur werd erdoor uitgebreid, bevoegdheidsuitoefening door de overheid gebonden aan de wil van een democratisch gelegitimeerde wetgever (zonder wettelijk²⁶⁵ mandaat geen publiekrechtelijke

262. Deze opvatting van het legaliteitsbeginsel ontspringt uit het principe van de democratische rechtsstaat. Zie Popelier 2001, p. 105.

263. Van der Vlies 2009, p. 27.

264. Van der Vlies 2009.

265. Of verdragsrechtelijk of volkenrechtelijk.

bevoegdheid²⁶⁶) en overheidshandelen werd erdoor afhankelijk gemaakt van duidelijke, vooraf kenbare, algemene en abstract werkende regels.²⁶⁷ Verder valt waar te nemen dat het legaliteitsbeginsel zich – als beginsel – de afgelopen anderhalve eeuw in stappen steeds verder – via jurisprudentie en (grond)wetgeving²⁶⁸ – wortelde in het positieve recht.²⁶⁹ Wat daarbij in het oog springt is dat het legaliteitsbeginsel zich in het Nederlandse staats- en bestuursrecht voornamelijk als *rechtsbeginsel* heeft ontwikkeld waarbij er steeds sprake is geweest van een opvallende dialoog tussen wetenschap, praktijk en rechtspraak. Dat is bijvoorbeeld te zien aan de receptie van de ideeën van Buys in de jurisprudentie, de introductie van de eis van wettelijke basis voor subsidiëring in de Algemene wet bestuursrecht, na eerdere discussie daarover in de bestuursrechtelijke literatuur, de ontwikkeling van het primaat van de wetgever als norm voor de wetgever. Kenmerkend voor de ontwikkeling van het legaliteitsbeginsel in Nederland is dat die steeds balanceert op de grens van het *ius constitutum* en *ius constituendum*.²⁷⁰ Niet zo verwonderlijk: het legaliteitsbeginsel heeft een horizon die verder ligt dan die van het positieve recht. Het legaliteitsbeginsel belichaamt een fundamenteel beginsel – zo men wil een rechtsideaal – dat verbonden is met een grondidee van moderne rechtsstaten: de binding van staatsmacht aan de regels van het recht.²⁷¹

Nog een waarneming: de vlekwerking van het legaliteitsbeginsel. De reikwijdte ervan is gaande de jaren verbreed. Waar in de negentiende eeuw nog alleen voor daadwerkelijk bestraffend overheidsoptreden een wettelijke grondslag werd geëist (van Meerenberg-arrest naar grondwetsherziening 1887) werd die eis later ook gesteld voor feitelijk dwingend overheidsoptreden (Fluoridering-arrest) en juridisch dwingend overheidsoptreden (Methadonbrief-arrest). Anno 2010 wordt ook voor subsidiërend overheidsoptreden, voor bestuursdwang, en – wellicht binnenkort – ook nadeelcompenserend of schadevergoedend optreden een wettelijke grondslag vereist.²⁷² En al is het nog niet zo dat voor iedere vorm van overheidsoptreden een wettelijke basis nodig is, door de combinatie van de legaliteits-

266. Met daarop anno 2011 nog enkele zeldzame – meestal omstreden – uitzonderingen. Onder publiekrechtelijke bevoegdheid versta ik overigens de bevoegdheid om eenzijdig (dat wil zeggen zonder expliciete instemming van de gebodene met de beslissing) het (institutionele) gedrag van rechtssubject te kunnen bepalen krachtens een machtiging daartoe op grond van een wettelijk voorschrift (waaronder begrepen grondwettelijke, verdragsrechtelijke en voorschriften op grond van een volkenrechtelijk besluit).

267. Kortmann 2008, p. 329.

268. Denk aan artikel 89, tweede lid, van de Grondwet, artikel 4:23 Awb, artikel 5:4 Awb

269. Hendriks 2009.

270. Van der Vlies 2009.

271. WRR 2002, p. 23-24.

272. Voor goed begrip: het Voorontwerp Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad voorziet zelf in een generieke wettelijke grondslag. Er ligt inmiddels een wetsvoorstel, Kamerstukken 2010/2011, 32 621, nrs. 1-3.

eis en de verwettelijking van ons bestuur zitten we ook niet heel erg ver meer af van die situatie.

Dat is allemaal vast te stellen, maar waardoor wordt die ontwikkeling verklaard? Als je alle jurisprudentie, wetgeving en literatuur betreffende het legaliteitsbeginsel op een rijtje zet, dan lijkt er niet altijd een directe logica te ontdekken in het meanderende pad van de rechtsontwikkeling. Het legaliteitsbeginsel speelt – gemeten naar het aandeel van andere rechtsbeginselen – geen grote rol in de jurisprudentie en eens in de zoveel tijd worden, ineens zo lijkt het, de bakens verzet. Maar er zijn ook tegenstrijdigheden. In eenzelfde tijdvak lijkt de rechter de ene keer erg te hechten aan een wettelijke grondslag (Fluoridering-arrest, Methadonbrief-arrest), de andere keer lijkt de rechter niet zo'n punt te willen maken van het gebrek aan wettelijke grondslag (Bromfietsvalhelm-arrest, CRvB-uitspraak verordening Inkomensondersteuning Oostellingerwerf, Rookverbod-arrest).

Een mogelijke verklaring voor die zo grillige rechtsontwikkeling is wellicht eveneens te vinden in de functierverschuivingen die het legaliteitsbeginsel in de afgelopen eeuwen heeft ondergaan. In het Meerenberg-arrest staat de toepassing van het legaliteitsbeginsel nog voornamelijk in de sleutel van de attributieve en politieke functie ervan (welk overheidsorgaan is – in relatie tot de andere organen – eigenlijk gerechtigd bestraffend op te treden? Mag vrijheid worden beperkt door een bestuur dat daarvoor geen bevoegdheid bezit?) Vanaf het Rogge-arrest komen de meer juridische functies als rechtszekerheid en rechtsgelijkheid prominenter naar voren. Het Fluoriderings- en het Methadonbrief-arrest markeren de periode naar de moderne duiding van het legaliteitsbeginsel: daarin ligt een groter accent op de democratische, legitimerende en communicatieve functie van het beginsel. Tegenwoordig dient de eis van de wettelijk grondslag meer dan voorheen het belang van de betrokkenheid en inbreng van de rechtsgenoten – al dan niet via democratische representatie – bij de rechtsvorming. Indirect is dat af te leiden uit het Fluoridering-arrest en het Methadon-arrest (geen overheidsdwang dan krachtens een mandaat per wettelijk voorschrift vastgesteld met medewerking van een volksvertegenwoordiging), maar nog rechtstreeks uit de ontwikkeling van het *primaat van de wetgever* en de wijze waarop – bijvoorbeeld – de Raad van State dat toepast in zijn adviseringspraktijk. De Raad van State roept het *primaat van de wetgever* nogal eens in en relateert dat *primaat* nogal eens rechtstreeks aan democratische legitimatie.²⁷³ Die

273. Zie voor enkele voorbeelden het advies inzake de Crisis- en herstelwet W01.10.0536.1, het advies inzake de invoering van het puntenstelsel rijbewijzen (W03.05.0205/1) (referentie aan parlementaire invloed), advies inzake voorstel-Van Oven tot wijziging artikel 14 van het Statuut (W01.0018/1/K). Expliciet en opmerkelijk is het advies (ex artikel 18 WRvS) over de 'Juridische keuzes regelgeving BES' van 23 juli 2008 (W04.08.022/1/A), waarin de Raad overweegt: 'Met het oog op de *democratische grondslag* (curs. WV) die het recht in een democratische rechtsstaat dient te hebben, alsmede de eenheid en de samenhang van de Nederlandse wetgeving acht de afdeling het wenselijk dat voor de langere termijn het beginsel van het *primaat van de wetgever* wordt gewaarborgd.'

functieverschuiving – preciezer wellicht functieverbreding – is ook al sporadisch terug te vinden in de literatuur. In de meest recente druk van het Handboek van het Nederlandse staatsrecht van Van der Pot (2006), stellen de auteurs:

‘het legaliteitsbeginsel is bij uitstek het centrale beginsel van de democratische rechtsstaat. Het vormt de uitdrukking van de democratische gedachte, maar ook van de rechtsstatelijke gedachte.’

In laatste druk van Belinfante/De Reede zien de auteurs als uitkomst van het moderne legaliteitsbeginsel dat:

‘Zonder voorafgaande autorisatie van de volksvertegenwoordiging dus geen dwangmaatregelen door de overheid genomen (mogen) worden.’²⁷⁴

Zij staan daarin zeker niet alleen.²⁷⁵

Het moderne legaliteitsbeginsel strekt er voornamelijk toe op procedurele wijze de vrijheid van rechtsgenoten te beschermen tegen eenzijdig dwingende overheidsmaatregelen. Het doet dat door een wettelijke grondslag voor eenzijdig dwingend overheidsoptreden te eisen (interne rechtsstatelijke element) en dat voor rechtsgenoten aanvaardbaar te maken (externe legitimerende element) door een eigen inbreng en aandeel van de rechtsgenoten bij wettelijke rechtsvorming. Twee lagen, twee zijden van een medaille.

Als we zó de jurisprudentie van de afgelopen dertig jaar doorlezen dan lijkt die ineens minder grillig. De rechter pakt het legaliteitsbeginsel op als *een middel tot een doel*: bescherming van vrijheid van rechtsgenoten via belangenafweging door de wetgever. De jurisprudentie laat zien dat de rechter geen genoegen neemt met dwingende overheidsingrepen buiten de eigen overheidsorganisatie, als daarvoor geen of geen afdoende wettelijke grondslag bestaat *én* de wetgever zich niet heeft uitgesproken over die ingreep in de vorm van enige afweging.

Technische bevoegdheidsdefecten en delegatie-incidenten, zoals die van het Bromfietsvalhelm-arrest of de uitspraak van Centrale Raad van Beroep inzake de verordening inkomensondersteuning Oostellingerwerf (en andere zaken), worden wel eens gesauveerd, maar in al die zaken is het zo dat de wetgever in beginsel de belangen die bij de ingreep een rol spelen, eigenlijk al zelf heeft afgewogen. De bevoegdheidsdefecten waar het om draait zijn steeds van juridisch-technische aard en dan heeft het gezien het doel en de functie van het moderne legaliteitsbeginsel niet zoveel zin op je ponteneur te staan waar het betreft de wettelijke grondslag.

274. Belinfante/De Reede 2009, p. 9.

275. Zie o.a. Popelier 2001, Voermans 2003a, Burkens 2006, p. 49.

Die *functionele toepassing* van het legaliteitsbeginsel binnen het staats- en bestuursrechtelijke domein helpt niet alleen te begrijpen, ze vormt ook een leidraad voor een consistente toepassing van dat beginsel op nieuwe vraagstukken. Kunnen Nederlandse bestuursorganen dwingende maatregelen nemen op basis van een volkenrechtelijk of een EU-besluit? Bij de oplossing van dat soort kwesties naar Nederlands recht zou de vraag of een democratisch gelegitimeerde wetgever de belangen die bij de ingrijpende maatregel spelen al dan niet reeds heeft afgewogen volgens de functionele benadering een bepaald gewicht krijgen. Voor ingrepen van Nederlandse bestuursorganen op basis van EU-besluiten ligt de situatie voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon (1 december 2009) anders dan daarna. Waar voor de inwerkingtreding van dat Verdrag nog een behoorlijk aantal richtlijnen en verordeningen – zeker wanneer die via comitologie tot stand waren gekomen – zonder medewerking van de Europese volksvertegenwoordiging tot stand kwamen, is na de inwerkingtreding van het Verdrag de medewerking van het Europees Parlement in nagenoeg alle gevallen verzekerd.²⁷⁶ Voor volkenrechtelijke besluiten ligt dit weer anders: die worden meestal niet met directe medewerking van een volksvertegenwoordiging tot stand gebracht. De parlementaire goedkeuring van het verdrag fungeert daarbij als legitimatie. Waar die stilzwijgend is gegeven voor een verdrag en op basis van zo'n stilzwijgend goedgekeurd tractaat besluiten worden genomen waarmee wordt ingegrepen, wringt dat met de ratio van het moderne Nederlandse legaliteitsbeginsel (zie ook paragraaf 3).

Dat alle interveniërend overheidsoptreden een wettelijke basis behoeft, zoals ik in paragraaf 6.1 betoogde, is een logisch verlengde van die functionele toepassing van het legaliteitsbeginsel.

6.4 Een kwestie van vertrouwen

De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel heeft zich flink verbreed de afgelopen 150 jaar. Het effect daarvan is dat de greep van de wetgever op de publiekrechtelijke rechtsvorming en overheidsoptreden is vergroot. Nou ja, in theorie. Daar is niet iedereen even blij mee. Er bestaan twijfels over het nut van legaliteit in moderne verhoudingen. Die twijfel lijkt soms ook te maken hebben met de natuur van Nederlandse juristen, zoals al in paragraaf 5 aan de orde kwam. Die stelt – misschien mede vanwege zijn of haar opleiding – niet als vanzelf veel vertrouwen in de wet en de afwegingen die de wetgever maakt. Die wet wordt toch vaak eerder gezien als een betrekkelijk willekeurige uitkomst van politieke machinaties dan als de adequate uitdrukking van de – op rechtvaardigheidsidealen gestoelde – beginselen van het recht. Voor het vinden van wat werkelijk 'recht' mag heten en de

276. Voermans 2008.

ontwikkeling daarvan vertrouwen veel van onze vakgenoten liever op de rechter, die volgens de systeemeigen logica van het recht zelf voortbouwt aan de verwezenlijking van rechtsidealen. Dat gaat het best per geval, van uitspraak naar uitspraak en niet via de korte baan van door niet-juristen²⁷⁷ gevonden rechtsoplossingen in de vorm van algemene regels met beperkte houdbaarheidsdatum. Burkens, Kummeling, Vermeulen en Widdershoven wijzen er bijvoorbeeld op dat de wet aan legitimiteitsgehalte heeft verloren, en dat te betwijfelen valt of het huidige wetgevingsproces nog wel voldoende garanties biedt voor het rechtsgehalte van de wet.²⁷⁸ Dat komt ook doordat parlementariërs zich meer als partijvertegenwoordiger dan als volksvertegenwoordiger opstellen. Analyses die niet direct tot vertrouwen inspireren in het legitimerende vermogen van wettelijke regelingen.

Juridisch ongemak met de wetgever. Dat verklaart misschien ook waarom de verwettelijking van het bestuur – zoals ik dat noemde – in de vorm van de eis van een wettelijke basis voor subsidiërend overheidsoptreden, bestuursdwang, en allerhande andere bestuurshandelingen, soms met aarzeling, dan wel kritisch wordt begroet. In een adem wordt dan ook de waarde van het legaliteitsbeginsel wel betwijfeld: waarom steeds een wettelijke basis eisen als het hele idee van dat beginsel – het dienen van rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en democratie – daarmee op het eerste oog niet wordt gediend? Dergelijke opvattingen kennen minder gewicht toe aan de buiten het recht gelegen dimensies van het legaliteitsbeginsel en stellen meer vertrouwen in de rechter als borg voor het recht als afweiger van belangen – als een *countervailing power*.

Toch is de wet en daarmee de eis van de wettelijke basis voor overheids-optreden nog steeds wezenlijk in ons systeem.²⁷⁹ 'Kern van een democratische rechtsstaat is dat de wet bij uitstek het democratisch gelegitimeerde instrument is om aan de samenleving gezaghebbende normen op te leggen en aan het bestuur taken en bevoegdheden op te dragen' zoals de nota Juridisering van openbaar bestuur het onlangs verwoordde.²⁸⁰ Dat is meer dan een louter zalvende of loze beleidsbezwering. Een wettelijke basis, de wet, legitimeert nog steeds – en misschien wel meer dan ooit – de publiekrechtelijke rechtsvorming en het overheidsoptreden dat er op is gebaseerd. Op verschillende manieren. Wettelijke normen worden niet via willekeurige meerderheidsbeslissingen vastgesteld, maar vormen het resultaat van een belangenafweging, waarbij politieke gezichtspunten naast en tegen elkaar worden afgewogen in een open forum, volgens een transparante pro-

277. Althans niet altijd.

278. Burkens 2006, p. 180-181. Zie in deze zin ook Koopmans 2003, p. 95-97.

279. Hirsch Ballin 2009.

280. Zie kabinetsstandpunt «Juridisering in het openbaar bestuur» Kamerstukken II 1998/99, 26 360, nr. 1, p. 5.

cedure.²⁸¹ Witteveen wijst er – met een verwijzing naar Waldron – op dat onenigheid en verschillen van opvatting, politieke twist, bij het tot stand komen van wetten niet als een negatief element moet worden gezien. De wet kan tegenstellingen overbruggen door verschillende elementen uit een discussie op weg er naar toe te reflecteren en afspraken na politieke strijd te internaliseren. ‘De wet als collectief besluit bindt alle burgers beter, indien na duidelijke en openbare beraadslaging verschillende gezichtspunten ten aanzien van te nemen besluiten zijn uitgewisseld’.²⁸² Waldron bepleit daarom ook een herwaardering van wetgeving.²⁸³ Ook Habermas onderkent dat legaliteit bij kan dragen aan de legitimiteit van het recht.²⁸⁴ Niet alleen omdat volksvertegenwoordigers deelnemen aan de besluitvorming (input-participatie) over wetgeving, maar ook door het *openbare* debat dat erover wordt gevoerd. Dat discoursprincipe – zoals hij dat noemt – is wezenlijk voor het draagvlak van het recht.²⁸⁵ Het recht wint aan legitimiteit via legaliteit door de openbare procedure die het doorloopt (throughput-legitimiteit zoals Scharpf dat noemt²⁸⁶) en door de wijze waarop het – probeert – een oplossing voor problemen te bieden (output-legitimiteit). Een wettelijke grondslag vragen voor alle interveniërende overheidsop treden heeft, over die boeg dus belangrijke directe en indirecte legitimerende effecten voor dat optreden.

De rechter in Nederland lijkt zich zeer bewust van de grenzen die het legaliteitsbeginsel aanlegt aan de rechtsvorming door de rechter. Geen rechterlijke bevelen tot wetgeving, geen toetsing van wetgeving in formele zin aan rechtsbeginselen. En waar een democratisch gelegitimeerde wetgever een afweging heeft gemaakt, wordt die niet of slechts marginaal getoetst. De rechter lijkt te erkennen dat waar het gaat om de legitimatie van rechtsvorming de wetgever de betere papieren heeft. De rechter stelt zich daarom niet lijdelijk, maar volgend op ten aanzien van de wetgever. Die houding verandert slechts als de wetgever *kennelijk* elementen niet heeft meegewogen in de afweging.

281. Of zoals Waldron het uitdrukt: ‘The modern legislature is an assembly of representatives of the main competing views in society, and it conducts its deliberations and makes its decisions in the midst of the competition and controversy among them.’ Waldron 1999a, p. 23.

282. WRR 2002, p. 238.

283. Waldron 1999b.

284. Ashenden wijst er op dat Habermas in historisch perspectief goed heeft gezien dat ‘the issue of legitimacy in modernity is framed in terms of the democratic genesis of legal norms’. Ashenden 2010, p. 60.

285. Habermas 1992, zie met name p. 187-207.

286. Scharpf onderscheidt drie wijzen waarop beslissingen legitimiteit kunnen verwerven, te weten via ‘input-legitimiteit’ (deelnemerschap bij de beslissing), ‘throughput-legitimiteit’ (via een afspraak over de procedure) en ‘output-legitimiteit’ (overtuiging door het – heilzame – effect van de beslissing zelf). Scharpf 1999.

Natuurlijk zou het beter zijn indien de rechter wetten in formele zin zou mogen toetsen aan de Grondwet en aan rechtsbeginselen. Laat ik dat maar direct bekennen. Zoals het ook beter zou zijn als rechtstreeks bestuursrechtelijk bezwaar en beroep tegen algemeen verbindende voorschriften in zouden kunnen stellen.²⁸⁷ Dat doet niet af aan de legitimatie die wettelijke regelingen geven aan overheidsoptreden, het draagt er alleen maar aan bij. Toetsingsrecht en rechtstreeks beroep tegen wettelijke regelingen zouden nog meer evenwicht kunnen brengen in ons Nederlandse rechtstelsel dat, hoe we het ook bekijken, betrekkelijk gouvamenteel is en wel erg veel vertrouwen stelt in het bestuur.²⁸⁸ Maar dit terzijde.

6.5 Codificeren?

Het is eigenlijk wonderlijk dat een rechtsstatelijke kernbeginsel als dat van de legaliteit grotendeels een ongeschreven leven leidt. Een blik op de rechtsontwikkeling van de afgelopen anderhalve eeuw op het terrein van het legaliteitsbeginsel leert dat dat beginsel zich op allerlei manieren heeft ontwikkeld, maar dat die ontwikkelingen nauwelijks zijn gecodificeerd. Het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel is in Grondwet en Wetboek van Strafrecht verankerd. Verder is er een element terug te vinden in artikel 89 Grondwet en – afhankelijk van hoe je het leest²⁸⁹ – in artikel 4:23 Algemene wet bestuursrecht en enkele grondwettelijke (codificatie)opdrachten. Dat grotendeels ongeschreven karakter maakt het legaliteitsbeginsel ongreepbaar en moeilijk kenbaar. In ieder geval heeft de ontbrekende codificatie er voor gezorgd dat de rechtsontwikkeling voornamelijk afhankelijk is geweest van de jurisprudentie, het beleid en de doctrine. Daarin is de werking van het legaliteitsbeginsel in de afgelopen anderhalve eeuw belangrijk uitgebreid naar vormen van overheidsoptreden die juridisch verplichten, zelfs zonder strafbedreiging, en ook naar vormen van overheids-optreden die op één lijn te stellen zijn met een verplichting. Voor een jurist is het al lastig, maar voor een leek haast ondoenbaar om de reikwijdte van de legaliteitsnorm te kennen. Je kunt je met de Staatscommissie afvragen of het legaliteitsbeginsel daarom niet moet worden gecodificeerd.²⁹⁰ Ook eerder zijn wel voorstellen in die richting gedaan. Damen heeft bijvoor-

287. Schuurmans & Voermans 2010.

288. Voermans 2003a.

289. Als je artikel 4:23 Algemene wet bestuursrecht begrijpt als een norm die een wettelijke basis eist voor subsidiërend overheidsoptreden omdat dat soort optreden gedrag stuurt op een wijze die op een lijn moet worden gesteld met verplichtend overheidsoptreden, dan is het een codificatie van het legaliteitsbeginsel. In de toelichtende stukken zoals de memorie van toelichting bij de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht, is daarover overigens weinig terug te vinden.

290. Staatscommissie 2010, p. 31-32 en p. 40-43.

beeld gepleit voor een volledige codificatie van het legaliteitsbeginsel in de Grondwet,²⁹¹ Van der Burg voor een partiële.²⁹²

Je zou je op het standpunt kunnen stellen dat codificatie niet nodig is omdat de rechtspraktijk zich er nu mee weet te bedruipen. Vastleggen zou ook ruimte weg kunnen nemen voor toekomstige rechtsontwikkeling. Daar staat tegenover dat de kenbaarheid en de toegankelijkheid van de norm die het legaliteitsbeginsel aanlegt zodanig klein is, dat die voor niet ingewijden nauwelijks nog is te begrijpen. En het kennen van de norm die het legaliteitsbeginsel aanlegt is niet alleen van belang uit een oogpunt van 'weten waaraan je rechtens toe bent', maar ook uit een oogpunt van het aandeel dat je als rechtsgenoot hebt bij de rechtsvorming. De externe functies van het legaliteitsbeginsel garanderen controle en zeggenschap van rechtsgenoten op de rechtsvorming; dat is wezenlijk voor de legitimatie van recht en overheidsoptreden. Daarom klemt het te meer dat het wordt gecodificeerd en wel op een wijze die recht doet aan de inhoud van de norm en de functies ervan. Het voorstel van de Staatscommissie ('Openbaar gezag wordt alleen uitgeoefend krachtens de Grondwet of de wet') acht ik uit dat oogpunt niet gelukkig, al is er met de tekst zelf niets mis. Die geeft een prima basis. Het voorstel gaat alleen wel voorbij aan de betekenis van het legaliteitsbeginsel voor de wetgever (o.a. in de vorm van het primaat van de wetgever) heeft en legt daarmee een eenzijdig accent op de interne functies van het beginsel. In het eigen voorstel voor een nieuw artikel 89 Grondwet heb ik geprobeerd die dimensie van het legaliteitsbeginsel, met een extra onderdeel naar buitenlands voorbeeld, uit te drukken. Het is opgenomen in bijlage I.

Codificatie is vanuit een oogpunt van rechtszekerheid verstandig, het kan daarnaast een ankerpunt worden voor de verdere rechtsontwikkeling en een oriëntatiepunt voor de vraag of en welke Europese of internationale rechtsnormen afdoende wettelijke basis voor overheidsoptreden in Nederland kunnen bieden. En het zou ook zomaar – zoals we boven zagen – bij kunnen dragen aan verstandige vormen van constitutioneel protectionisme. Maar, ja, dat is eigenlijk weer een heel ander verhaal. Dat moet maar wachten tot een andere keer.

Aangehaalde literatuur

Aanwijzingen voor de regelgeving

Regeling van de minister-president van 18 november 1992, nr. 92M008 337, houdende de vaststelling van de Aanwijzingen voor de regelgeving (*Stcrt.* 1992, 230)

291. Damen 1999, p. 66.

292. Van der Burg 1995, p. 331

Acton 1986

Baron John Emerich Edward Dalberg-Acton (Lord Acton), *Essays in the History of Liberty* (Selected Writings of Lord Acton), bezorgd door J. Rufus Fears (ed.), Indianapolis: Shadeland 1986

Ashenden 2010

Samantha Ashenden, 'Legality, legitimacy, and the circumstances of sociology', in: Chris Thornhill and Samantha Ashenden (eds.), *Legality and Legitimacy: Normative and Sociological Approaches*, Baden-Baden: Nomos 2010, p. 57-77

Barkhuysen 2004

T. Barkhuysen, 'Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht', in: Barkhuysen e.a., *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht*, preadviezen, VAR-reeks 132, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 11-113

Barkhuysen, Van Emmerik & Voermans 2009

T. Barkhuysen, M.E. van Emmerik, W. Voermans e.a., *De Nederlandse Grondwet geëvalueerd; anker- of verdwijnpunt?*, Deventer: Kluwer 2009

Barkhuysen/Bos 2011

T. Barkhuysen en A.W. Bos, 'De betekenis van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht', *JBplus* (te verschijnen)

Belinfante/De Reede 2009

A.D. Belinfante, J.L. de Reede (bewerkt door L. Dragstra, N.S. Efthymiou, Hins en R. de Lange), *Beginnelen van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2009

Bickel 1962

A. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, Indianapolis/New York: Bobbs-Merrill 1962

Borman 2005

C. Borman, *Het Statuut voor het Koninkrijk*, tweede druk, Deventer: Kluwer 2005

Borman 2010

T.C. Borman, (Het ambacht) 'Alles ineen: het combineren van uitvoeringsregels', *RegelMaat*, afl. 5, 2010, p. 275-284

Bovend'Eert 2009

P.P.T. Bovend'Eert, 'Wetgever, rechter en rechtsvorming; 'partners in the business of law', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a., *De staat van de wetgeving*; opstellen aangeboden aan prof. mr. C.A.J.M. Kortmann, Deventer: Kluwer 2009, p. 27-46

Brenninkmeijer 1991

A.F.M. Brenninkmeijer, 'Politiek en rechtspraak', *Socialisme & Democratie* 1991 p. 193-203

Brenninkmeijer 2001

A. F.M. Brenninkmeijer, 'De rechtgever', *Nederlands Juristenblad* 2001, p. 1191-1201

Van den Brink 2010

J.E. van den Brink, 'Europese grenzen aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel', in: M. Verhoeven e.a., *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid en transparantie*, VAR-reeks, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 65-142

Bunschoten 2004

D.E. Bunschoten, 'Rechterlijk bevel tot wetgeven?', *Gemeentestem* 2004, 147, p. 7214-7223

Van der Burg 1995

F.H. van der Burg, 'Het materiële wetsbegrip', in: J.B.J.M. ten Berge e.a., *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 311-331

Van der Burg 2009

F.H. van der Burg, 'Leidraad administratieve boeten 1984', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009, p. 243-251

Burkens 2006

M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen en R.J.G.M. Widdershoven, *Beginselen van de democratische rechtsstaat; inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006

Van Buuren 1997

P.J.J. van Buuren, 'De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel', *Nederlands Juristenblad* 1997, p. 1984-1985

Van Buuren, Jurgens & Michiels 2010

P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens, F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer: Kluwer 2010

Buys 1883

J.T. Buys, *De Grondwet. Toelichting en kritiek*, Eerste deel, Arnhem: P. Gouda Quint 1883

Carré de Malberg 1931

R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale* (1931), Heruitgegeven Parijs: Economica 1984

Cass 2001

R.A. Cass, *The Rule of Law in America*, Baltimore: John Hopkins University Press 2001

Colenbrander 1908

H.T. Colenbrander, *Ontstaan der Grondwet*, Bronnenverzameling deel 1, (1814), 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1908

Damen 1999

L. Damen, 'Het legaliteitsbeginsel als partieel gecodificeerde constitutionele norm', in: H.R.B.M. Kummeling e.a., *Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht*, staatsrechtconferentie 1999, Publikaties van de Staatsrechtkring 3, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 35-67

Derks 1995

J.M.E. Derks, *De Grondwet en delegatie; het delegatievraagstuk in constitutioneel perspectief*, dissertatie RU Limburg, Lelystad: Vermande 1995

Drupsteen 1997

Th. G. Drupsteen, 'Het zelfstandig schadebesluit en de ondraaglijke lichtheid van de Nederlandse Grondwet', *NJB* 1997, p. 1596-1598

Eijlander 1993

P. Eijlander, *De wet stellen*, dissertatie KUB, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993

Eijlander/Voermans 2000

P. Eijlander en W. Voermans, *Wetgevingsleer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000

Fallon 2008

Richard Fallon, 'The Core of An Uneasy Case For Judicial Review', *Harvard Law Review* 2008, 1693

Gerards 2008

J.H. Gerards, 'Wisselwerking tussen wetgever en rechter - naar een betere dialoog', in: R. de Lange (red.), *Wetgever en grondrechten*, Publikaties van de Staatsrechtkring 12, Nijmegen: Wolf Publishers 2008, p. 161-194

Gerards & Voermans 2010

J.H. Gerards, W. Voermans, c.a., *Juridische betekenis en reikwijdte van het begrip "rechtsstaat" in de legisprudentie & jurisprudentie van de Raad van State*, Leiden/Den Haag 2010 – rapport vervaardigd in opdracht van de Raad van State – publieksuitgave te verschijnen 2011

Van Gerven 1973

W. van Gerven, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen/Zwolle: Standaard Uitgeverij/W.E.J. Tjeenk Willink 1973

Habermas 1981

Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action, volume 2, Life-world and System, a Critique on Functionalist Reason* (vertaling Thomas McCarthy), (oorspronkelijk (1981), vertaling 1987), Boston: Beacon Press 1989

Habermas 1992

Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 1992

Hamilton 1788

Alexander Hamilton, 'The Judiciary Department', *The Federalist* No. 78 Saturday 14 June 1788

Commissie-Hammerstein 2008

Commissie normstellende rol Hoge Raad, *Versterking van de cassatie-rechtspraak*, Den Haag 2008

Hartlief 2009

Ton Hartlief, 'Den Haag, let op uw saeck!', *NJB* 2009, p. 1073

Heldeweg 2001

M.A. Heldeweg, 'Ongeschreven rechtsbeginselen en geïmpliceerde bevoegdheden als opmaat voor een autonoom bestuursrecht', in: H. Koning en E.M.J. Crombag (red.), *De autonomie van het bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 15-19

Hendriks 1999

Benjamin Hendriks, 'Het legaliteitsbeginsel in het geldend recht, in het bijzonder het bestuursrecht', *Bestuurswetenschappen* 2009, nr. 3, p. 8-24

Hirsch Ballin 1988

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Onafhankelijke rechtsvorming; staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde', in: *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 211-253

Hirsch Ballin 1982

E.M.H. Hirsch Ballin, *Het grondrecht op vrijheid en de wet*, tweede druk oratie KHT (1982), Alphen aan den Rijn: W.E.J. Tjeenk Willink 1989

Hirsch Ballin 2009

E.M.H. Hirsch Ballin, 'De revitalisering van de wet als primaire rechtsbron', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a., *De staat van de wetgeving*; opstellen aangeboden aan prof. mr. C.A.J.M. Kortmann, Deventer: Kluwer 2009, p. 1-10

Hoekema & Van Manen 2000

A.J. Hoekema, N.F. van Manen, *Typen van legaliteit*, Deventer: Kluwer 2000

Van der Hoeve 1989

J. van der Hoeve, 'De rechtsstaat herdacht', in: J.W.M. Engels e.a., *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 1-9

Huisman & Jak 2010

P.J. Huisman en N. Jak, 'Bevoegdheidsgrondslagen voor Awb-besluiten in internationaal en Europees recht', *Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht* 2010, p. 117-125

Jans, De Lange, Prechal & Widdershoven 2007

J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven, *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007

De Jong & Herwijer 2004

P.O. de Jong en M. Herweijer, *Alle regels tellen; De ontwikkeling van het aantal wetten, AMvB's en ministeriële regelingen in Nederland*, Den Haag: WODC 2004

Jurgens 1991

E.C.M. Jurgens, 'Naar een *Duas Politica*', *Socialisme & Democratie* 1991, p. 469-474

Kockkoek 2000

A.K. Kockkoek (red.), *de Grondwet*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000

Koopmans 2003

Tim Koopmans, *Courts and Political Institutions*, Cambridge: Cambridge University Press 2003

Koopmans' Compendium 2007

Th.L. Bellekom, Heringa, J. van der Velde, L.F.M. Verhey, *Compendium staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2007

Kortmann 1997a

C.A.J.M. Kortmann, 'De Grondwet en de jurisprudentie inzake het zelfstandige schadebesluit', *NJB* 1997, p. 1327-1328

Kortmann 1997b

C.A.J.M. Kortmann, 'De vliegende Grondwet', *NJB* 1997, p. 1599

Kortmann 2008

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008

Kortmann 2009

C.A.J.M. Kortmann, *Staatsrecht en raison d'Etat*, afscheidsrede Radboud Universiteit, Deventer: Kluwer 2009

Krygier 2009

Martin Krygier, 'The Rule of Law: Legality, Teleology, Sociology', in: Gianluigi Palombella & Neil Walker, *Relocating the Rule of Law*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2009, p. 43-69

Laswell 1936

Harold D. Lasswell, *Politics: who gets what, when, how?*, New York: Peter Smith 1950 (heruitgave origineel New York: McGraw-Hill 1936)

Luhmann 1969

N. Luhmann *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied/Berlin: Luchterhand 1969

Van Male 1988

R.M. van Male, *Rechter en bestuurswetgeving*, dissertatie KU Brabant, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988

Malleson 1999

K. Malleson, *The New Judiciary; the effects of expansionism and activism*, Ashgate/Dartmouth: Aldershot and Brookfield 1999

S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *Nederlands Juristenblad* 2000, p. 747-758

Nietzsche 1879

Friedrich Nietzsche, *Menschliches, Allzumenschliches II, ein Buch für freie Geister*, Leipzig: E.W. Fritsch, 1879

NNG

Naar een nieuwe Grondwet, 's-Gravenhage: SDU 1983

Nollkaemper 2009

André Nollkaemper, *Kern van het internationale publiekrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009

Van Ommeren 1996

F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd; de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip*, dissertatie VU Amsterdam, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996

Van Ommeren 1998

F.J. Van Ommeren, 'Op weg naar publiekrechtelijk vermogensrecht', *Nederlands tijdschrift voor burgerlijk recht* 1998, p. 115 e.v

Van Ommeren 1999

F.J. van Ommeren, 'De betekenis van het legaliteitsbeginsel voor het staatsrecht', referaat bij het preadvies van L.J.A. Damen, in: H.R.B.M. Kummeling e.a., *Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht*, staatsrechtconferentie 1999, Publikaties van de Staatsrechtkring 3, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 69-85

Van Ommeren 2002

F.J. van Ommeren, 'Het legaliteitsbeginsel in het staats- en bestuursrecht: opkomst en ondergang van geïmpliceerde bevoegdheden', *RM Themis* 2002, nr. 3, p. 123-137

Van Ommeren 2003a

F.J. van Ommeren, 'De rechtsstaat als toetsingskader', in: F.J. van Ommeren, S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 1-4

Van Ommeren 2003b

F.J. Van Ommeren, 'Het publieke-taakcriterium in de bestuursrechtelijke jurisprudentie,' in: J.W. Sap e.a. (red.), *De publieke taak*, Deventer: Kluwer 2003

Van Ommeren 2009a

F.J. van Ommeren, 'Het legaliteitsbeginsel in het wetgevingsbeleid', *Bestuurswetenschappen* 2009, nr. 4, p. 11-31

Van Ommeren 2009b

Van Ommeren, 'Fluoridering; Wettelijke grondslag', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek* 2009, p. 49-60

Den Ouden 2008

W. den Ouden, *De terugvordering van Europese subsidies in Nederland: over legaliteit, rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel*, oratie UL, Deventer: Kluwer 2008

Den Ouden 2009

W. den Ouden, 'BUG-Alutechnik', in: Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009, p. 253-262

Commissie-Polak 1985

Orde in de regelgeving, Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1985

De Poorter & Van Roosmalen 2010

J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Roosmalen, *Rol en betekenis van de Grondwet; constitutionele toetsing in relatie tot de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2010

Popelier 2001

P. Popelier, *Democratisch regelgeven*, Antwerpen/Groningen: Intersentia Rechtswetenschappen 2001

Van der Pot 2006

D.J. Elzinga, R. de Lange, m.m.v. H.G. Hoogers, *Van der Pot's Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006

Scharpf 1999

Fritz, W. Scharpf, *Governing in Europe: Effective and Democratic?*, Oxford: Oxford University Press 1999

Scheltema 1988

M. Scheltema, Advies aan de parlementaire enquêtecommissie bouwsubsidies, *Kamerstukken II* 1987/88, 19623, nr. 30, p. 457

Scheltema 1996

M. Scheltema, 'Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht', *Nederlands Juristenblad* 1996, p. 1355-1362

Scheltema 2006

M.S. Scheltema, 'Staatsrecht zonder staat', *Nederlands Juristenblad*, 2006, p. 192-196

Schmitt 1932

Carl Schmitt, *Legality and Legitimacy* (Engelse vertaling van het origineel 'Legalität und Legitimität' uit 1932), vertaling en redactie Jeffrey Seitzer, Durham & London; Duke University Press 2004

Schutgens 2009

R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving*, dissertatie Radboud Universiteit Nijmegen, Nijmegen 2009

Schuurmans & Voermans 2010

Y.E. Schuurmans en W.J.M. Voermans, 'Artikel 8:2 Awb: weg er mee!' in: Barkhuysen, T., Ouden, W., den, Polak, J.E.M. (eds.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 809-832

Schuyt 2006

Kees Schuyt, *Steunberen van de samenleving; sociologische essays*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2006

Van der Schyff 2010

Gerhard van der Schyff, *Judicial Review of Legislation; A Comparative Study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa*, dissertatie Universiteit Leiden, Dordrecht/Heidelberg: Springer 2010

Sillen 2010

J.J.J. Sillen, *De rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving, een vergelijkend onderzoek naar het Amerikaanse Duitse en Nederlandse recht*, dissertatie Radboud Universiteit Nijmegen, Deventer: Kluwer 2010

Slaughter 2004

A.M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton University Press 2004

Staatscommissie 2010

Rapport van de Staatscommissie, Den Haag: Staatscommissie Grondwet 2010

Stoter, Stout & De Jong 2009

S. Stoter, H. Stout en M. de Jong, 'Het legaliteitsbeginsel in mondiaal perspectief. Mind your step!', *Bestuurswetenschappen* 2009, nr. 5, p. 16-28

Stout 2009

H. Stout, 'Het legaliteitsbeginsel en de staatsrechtelijke verhouding tussen Koning en wetgever in de negentiende eeuw', *Bestuurswetenschappen* 2009, nr. 1, p. 51-66

Teunissen 2009

J.M.F.F. Teunissen, 'Publiek domein en de legaliteitseis', *Gemeentestem* 2009, 7317

Van der Vlies 1984

I.C. van der Vlies, *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving*, dissertatie UvA, 's-Gravenhage 1984

Van der Vlies 1987

I.C. van der Vlies, *Handboek wetgeving*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987

Van der Vlies 2009

I.C. van der Vlies, 'Nabeschouwing', *Bestuurswetenschappen* 2009, nr. 6, p. 27-34

Verhoeven 2010

M. Verhoeven, 'Bestuursorganen en legaliteit in communautair perspectief', in: M. Verhoeven e.a., *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid en transparantie*, VAR-rechts, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 17-61

Voermans 1998

W. Voermans, 'Toekomstperspectieven voor het primaat van de wetgever', *RegelMaat* 1998, 1, p. 35-40

Voermans 2003a

W. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid*, oratie UL, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003

Voermans 2003b

W. Voermans, 'Nederlands constitutioneel recht in het raam van een Europese grondwet', in: Broeksteeg, J.L.W., Bruin, M.Th., Drewes, J., Munneke, S.A.J. (eds.), *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, Publikaties van de staatsrechtkring 22, Deventer: Kluwer 2003

Voermans 2003c

W. Voermans, 'Besluit DNA-onderzoek als uiting van een regressieve, zelfstandige AMvB-opvatting', *RegelMaat* 2003, p. 78-83

Voermans 2003d

W. Voermans, 'Artikel 44 Grondwet als bevoegdheidsbasis voor ministeriële regelingen?' *Nederlands Juristenblad*, 4, 2003, p. 178-181

Voermans 2003e

W. Voermans, 'De bestuursrechter en artikel 120 Grondwet', *JB plus* 2003, p. 142-155

Voermans 2007

W. Voermans, 'Judicial transparency furthering public accountability for new judiciaries', *Utrecht Law Review*, 3 (1), 2007, p. 148-159

Voermans 2008

W. Voermans, 'Is de Europese wetgever na Lissabon wel een échte wetgever?', in: Gestel, R.A.J., van & Schooten, J., van (eds.), *Europa en de toekomst van de nationale wetgever*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 65-89

Voermans 2009a

W. Voermans, 'De Tachtigers in het recht: het Meerenberg arrest', *Ars Aequi* 2009, p. 597-600

Voermans 2009b

W. Voermans, 'Constitutional Reserves and Covert Constitutions', *Indian Journal of Constitutional Law*, 3, 2009, p. 84-104

Voermans 2009c

W. Voermans, 'Hieroverweging artikel 89 Grondwet', in: W.J.M. Voermans & D.J. Elzinga (eds.), *Brieven aan de Staatscommissie*, Publicaties van de Staatsrechtkring 27, p. 45-56, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009

Vranken 2000

J.B.M. Vranken, 'Toeval of beleid; over rechtsvorming door de hoogste rechter', *Nederlands Juristenblad* 2000, p. 1-5

Vranken 2005

J.B.M. Vranken, *Algemeen deel. een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005

Waldron 1999a

Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press 1999

Waldron 1999b

Jeremy Waldron, *The Dignity of Legislation*, Cambridge: Cambridge University Press 1999

Weber 1922

M. Weber, *Wirtschaft und gesellschaft. Grundriß der Verstehenden Soziologie*, vijfde druk, Tübingen: J.C.B. Mohr 1972 (oorspronkelijk 1922)

De Werd 2004

M.F.J.M. de Werd, 'De constitutionele taak van de rechter', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *Grenzen aan de rechtspraak?; Political question, acte de gouvernement en rechterlijk interventionisme*, Publicaties van de Staatsrechtkring, Staatsrechtconferenties 9, Deventer: Kluwer 2004, p. 69-126

Wessel 2007

R.A. Wessel, 'Internationaal recht in ontwikkeling' (Hoofdstuk 1), in: N. Horbach e.a. (red.), *Handboek voor internationaal recht*, Den Haag: Asser Press 2007

Van Wijk/Konijnenbelt 2008

H.D. van Wijk (bewerkt door Willem Konijnenbelt en Ron van Male), *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier juridisch 2008

WRR 2002

Wetenschappelijke raad voor het regeringsbeleid, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Wetenschappelijke raad voor het regeringsbeleid 2002

Bijlage 1 Voorstel grondwettelijke codificatie legaliteitsbeginsel

VOORSTEL²⁹³

Overwegende dat het in het licht van de rechtsontwikkeling en de toegankelijkheid van de Grondwet wenselijk is het legaliteitsbeginsel te codificeren, stel ik voor:

Artikel I

Er bestaat grond het hierna in artikel II omschreven voorstel tot verandering in de Grondwet in overweging te nemen.

Artikel II

A

Artikel 16 komt als volgt te luiden:

Artikel 16

1. Openbaar gezag wordt alleen uitgeoefend krachtens de Grondwet of de wet.²⁹⁴
2. Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling.

B

Artikel 89 komt als volgt te luiden:

Artikel 89

1. Een regeringsbesluit dat een algemeen verbindend voorschrift bevat, wordt vastgesteld in de vorm van een algemene maatregel van bestuur.
2. Algemene maatregelen van bestuur en andere vanwege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften rusten op een wettelijke basis. De wet draagt de bepaling van straffen niet over.
3. In buitengewone omstandigheden kan een tijdelijke algemene maatregel van bestuur worden vastgesteld zonder wettelijke basis. Na de bekendmaking van de maatregel wordt zo spoedig mogelijk maar uiterlijk binnen dertig dagen een voorstel van wet aan de Tweede Kamer gezonden omtrent het voortduren of het bekrachtigen van de maatregel. Wordt het voorstel ingetrokken of verworpen dan wordt de maatregel

293. Zie ook Voermans 2009c. Met dank aan Anne Meuwese, Tim Borman en professor Willem Konijnenbelt die eerdere versies van het voorstel becommentaricerden en waardevolle tekstsuggesties deden.

294. Tekstvoorstel Staatscommissie 2010, p. 40 e.v.

aanstands ingetrokken. Daarbij worden zo nodig de gevolgen van de intrekking geregeld.

4. De wet regelt de bekendmaking en de inwerkingtreding van algemeen verbindende voorschriften. Zij treden niet in werking voordat zij zijn bekendgemaakt.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren wie zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

Gegeven

De Minister-President, Minister van Algemene Zaken,

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,

MEMORIE VAN TOELICHTING

ALGEMEEN

Codificatie legaliteitsbeginsel

In het voorstel is aan artikel 16 Gw een nieuw eerste lid toegevoegd waarin het voorstel van de Staatscommissie is overgenomen om de algemene aspecten van het legaliteitsbeginsel in de Grondwet te verankeren. De Staatscommissie licht zelf het voorstel niet toe,²⁹⁵ waarschijnlijk omdat ze meent dat de norm kracht van evidentie heeft. Mede om die redenen, maar ook omdat het auteurschap elders ligt, wordt het voorstel uit het eerste lid niet nader toegelicht. Omdat het algemene legaliteitsbeginsel naar onderwerp gemeten het best bij de bepaling past die het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel codificeert, is die daarom ook in dit artikel ondergebracht.

Codificatie primaat van de wetgever

Bij het ontwerpen van het herziene artikel 89 zijn twee uitgangspunten gehanteerd. Het eerste is dat van de *codificatie* van het primaat voor de wetgever, een concept waarmee de norm die het legaliteitsbeginsel aanlegt voor de wetgever wordt uitgedrukt. De nieuwe redactie doet in wezen niet meer dan uitdrukken wat het legaliteitsbeginsel naar zijn moderne duiding meebrengt voor het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften door de regering. In een enkel geval worden in de toelichting alternatieven voorgesteld die verder gaan dan de huidige dogmatiek. Die zijn telkens onder de kopjes ‘optie’ opgenomen. Al gaan deze opties soms verder dan

295. Staatscommissie 2010 p. 40 e.v.

het stellige constitutionele recht, ze zijn opgenomen omdat ze mogelijk leiden tot een beter eindresultaat. Op het uitgangspunt van varen tegen de kust van het bestaande constitutionele recht is één uitzondering gemaakt en wel in het derde lid van het hoofdvorstel. Daar wordt in de tweede volzin een bekrachtigingsprocedure geregeld voor zelfstandige algemene maatregelen van bestuur. Die is opgenomen omdat de huidige grondwettelijke regeling van de zelfstandige algemene maatregel onvolkomen is en steeds tot problemen leidt. Het derde lid codificeert wat inmiddels praktijk geworden is: dat een zelfstandige algemene maatregel van bestuur tegenwoordig wordt gevolgd door een gelijkkluidend wetsvoorstel.

Het tweede uitgangspunt houdt nauw verband met het eerste. Het voorstel gaat er van uit dat de commissie-Polak in 1985 gelijk had en dat de norm van het primaat van de wetgever niet meer of minder is dan een correcte uitdrukking van het stellige Nederlandse constitutionele recht, afgelezen uit (Grond)wet, jurisprudentie en literatuur (tezamen: dogmatiek) van dat moment. Het voorstel gaat er tevens van uit dat het nader standpunt van de regering over het rapport *Orde in de regelgeving*, zoals overgenomen in de Aanwijzingen voor de regelgeving, inmiddels eveneens tot de dogmatiek behoort.

LIDGEWIJZE TOELICHTING

Eerste lid

Het eerste lid regelt dat voor het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften door de regering de vorm algemene maatregelen van bestuur wordt gebruikt. Daarmee wordt aangesloten bij de bestaande norm. Aanwijzing 20 van de Aanwijzingen voor de regelgeving schrijft al sinds 1992 voor dat algemeen verbindende voorschriften bij algemene maatregel van bestuur worden vastgesteld. Daarmee is voorzien dat de Raad van State wordt gehoord. Kleine regelende koninklijke besluiten – zo stelt ook de toelichting van diezelfde aanwijzing 20 – zijn onwenselijk omdat ze zich aan dat raadstatelijke toezicht onttrekken.

Advisering door de Raad van State over ontwerpen voor algemene maatregelen van bestuur is van belang omdat het bij het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften meestal gaat om bindende regelingen met werking buiten de overheid (externe werking). De Staten-Generaal kunnen daar alleen indirect toezicht op houden en dergelijke maatregelen zijn onder het stelsel van de Algemene wet bestuursrecht²⁹⁶ niet vatbaar voor rechtstreeks bestuursrechtelijk beroep.

296. Zie o.a. de uitsluiting in artikel 8:2 Algemene wet bestuursrecht.

In theorie kan een algemene maatregel van bestuur ook een algemeen verbindend voorschrift bevatten dat primair bindt binnen de interne organisatie van de overheid. Voorbeelden daarvan uit het recente verleden zijn schaars. Het is inmiddels goed gebruik regeringsbesluiten met algemeen verbindende voorschriften die, al hebben hoofdzakelijk betrekking op de interne organisatie van de overheid (vanwege hun vaak 'extern bindende' slagschaduw) te doen passeren bij de Raad van State voor advies. Een voorbeeld hiervan vormt het reglement van orde voor de ministerraad.

In het eerste lid wordt gesproken van algemeen verbindend voorschrift. Dat is in lijn met het bestaande vierde lid van artikel 89 Grondwet. Ook daar wordt zonder verdere definiëring deze terminologie gebezigd, al net als de Algemene wet bestuursrecht dat doet. Er bestaat op dit moment geen dringende reden tot een nadere grondwettelijke bepaling van dit begrip te komen.

Het eerste lid spreekt niet langer van een koninklijk besluit, maar van regeringsbesluit. Daarmee wordt beter dan nu het geval is aangesloten bij de algemene terminologie en systematiek van de Grondwet. Het komt ook de leesbaarheid van de bepaling ten goede. De terminologische aanpassing laat onverlet dat als vanouds algemene maatregelen van bestuur bij koninklijk worden vastgesteld. Ook heeft deze aanpassing geen andere gevolgen voor kleine koninklijke besluiten, dan de reeds bestaande; kleine regelen-de koninklijke besluiten worden met de voorgestelde tekst grondwettelijk onmogelijk gemaakt.

Tweede lid

Het tweede lid drukt uit dat voor het vaststellen van algemene maatregelen van bestuur en andere algemeen verbindende voorschriften in het algemeen een wettelijke basis is vereist.²⁹⁷ Het derde lid regelt de uitzondering op de regel: de mogelijkheid om een zelfstandige – dat wil zeggen niet op een wet in formele zin rustende – algemene maatregel van bestuur vast te stellen. De eis dat regelingen van een lager niveau dan wet in formele zin moeten berusten op een wettelijke basis is een essentieel fundament van ons rechtsstatelijke bestel. De creatie (attributie) van bevoegdheid tot het binden via algemene regels is daarin in eerste instantie voorbehouden aan de grondwetgever en – zo men wil – aan de wetgever in formele zin.²⁹⁸ De

297. Zie Van Ommeren 2009.

298. Ik zelf geloof – met bijvoorbeeld Hennekens – dat alleen de grondwetgever het vermogen van attributie van regelgevende bevoegdheid toekomt om reden dat de Grondwet zelf al de bevoegdheid tot het stellen van regels aan de wetgever in formele zin heeft toegerekend. Als diezelfde formele wetgever zelf ook weer zou kunnen attribueren dan wordt voor de tweede keer een al bestaande bevoegdheid gecreëerd. Twee keer scheppen kan volgens mij niet. Zie Voermans 2003a, p. 20.

Grondwet is de bron en het kader van de rechtsvorming in Nederland. Toestaan dat bijvoorbeeld het bestuur zelfstandig, zonder machtiging van volksvertegenwoordigingen ingrijpende algemene regels stelt, strijdt met dat stelsel van de Grondwet en met de geest die uit dat stelsel spreekt. De jurisprudentie is daarover de laatste honderd dertig jaar betrekkelijk consistent.²⁹⁹ De praktijk van het wetgevingsbeleid heeft een nuance op deze eis aangebracht. Voor het vaststellen van algemene verbindende voorschriften bij zelfstandige algemene maatregel van bestuur bestaat enige ruimte indien het gaat om uitzonderlijke situaties en indien de maatregel wordt getroffen bij wijze van tijdelijke voorziening. Over de aanvaardbaarheid van die nuance heeft de rechter zich nog niet uitgesproken al lijkt de Raad van State die in zijn advisering te billijken.³⁰⁰

Optie 1.1, artikel 89, tweede lid, eerste volzin:

2. Algemene maatregelen van bestuur en andere algemeen verbindende voorschriften rusten op een wettelijke basis.(...)

De zinsnede 'vanwege het Rijk vastgestelde' komt nu voor in het vierde lid van artikel 89 Grondwet. Op deze wijze wordt ook alle rijkswetgeving en andere regelgeving afkomstig van de centrale overheid onder het regime van de artikel 89, eerste tot en met het derde lid, gebracht. Deze optie voorstel spreekt niet langer van rijkswetgeving om twee redenen. Ten eerste is de huidige redactie van artikel 89 Grondwet weliswaar juridisch-technisch in lijn met de opzet van het Statuut en de verhouding daarin tot de Grondwet, maar toch blijft het bijzonder dat de Nederlandse Grondwet hier de regels stelt voor rijkswetgeving (te weten algemene maatregelen van rijksbestuur, kleine koninklijke rijksbesluiten en rijksministeriële regelingen). De bekendmaking van rijkswetten en algemene maatregelen van rijksbestuur is al voorzien in artikel 22 van het Statuut. Dat laat alleen de rijksministeriële regelingen over. Omdat dat soort regelingen relatief weinig voorkomt en het Statuut ze niet noemt³⁰¹ is het eigenlijk ook niet nodig ze hier in de Nederlandse Grondwet ze nog nader te noemen of te reguleren. De nieuwe redactie van het vierde lid van artikel 89 spreekt bovendien heel in het algemeen van algemeen verbindende voorschriften, waardoor voor alle hier voor gebiedsdeel Nederland geldende algemeen verbindende voorschriften (rijksafkomstig of niet) geldt dat ze bekend moeten worden gemaakt alvorens ze in werking kunnen treden.

299. Zie o.a. het oerder genoemde HR 22 juni 1973, NJ 1973, 386 (Fluoridering-arrest), als ook de recente uitspraak HR 23 mei 2003, AB 2004, 157.

300. Zie o.a. het advies van de Raad van State van 12 maart 2001, Kamerstukken II 2001/02, 27 570 (R1672) A en Raad van State, Jaarverslag 2002. Den Haag, p. 25.

301. Zie Borman 2005, p. 134-135.

Optie 1.2, artikel 89, tweede lid, tweede volzin:

2. (...) De wet draagt de bepaling van straffen en van hoofdelementen van een regeling niet over.

In deze optionele bepaling is het primaat van de wetgever uitgedrukt. Dit door de commissie-Polak³⁰² ontwikkelde uitgangspunt houdt in dat bij de verdeling van elementen van een regeling over de wet en algemeen verbindende voorschriften van lager niveau de wet de essentialia van het regelingscomplex bevat. In de Aanwijzingen voor de regelgeving is dit primaat van de wetgever in de aanwijzingen 21 en 24 verwoord. Aanwijzing 22 bepaalt dat de hoofdelementen van een regeling in een wet worden ondergebracht, en aanwijzing 24 geeft daaraan nadere invulling door te bepalen welke elementen zoveel mogelijk in de wet worden opgenomen.

Derde lid

In de eerste volzin van het derde lid wordt de in aanwijzing 21 neergelegde norm ten aanzien van het gebruik van zelfstandige algemene maatregelen van bestuur tot uitdrukking gebracht. In 1985 zag de commissie-Polak,³⁰³ in lijn met de jurisprudentie, geen ruimte meer voor zelfstandige algemene maatregelen van bestuur. Het legaliteitsbeginsel verzet zich daartegen, meende de commissie. Het kabinet kwam daarop met een nader standpunt daarbij stellende dat er in ons bestel toch enige ruimte bestaat voor zelfstandige algemene maatregelen van bestuur. In geval van bijzondere situaties kan het bij wijze van tijdelijke voorziening wenselijk zijn een algemene maatregel vast te stellen.³⁰⁴ Voor dit standpunt is wel wat te zeggen. Het staat het bestuur toe om in geval van nood of dringende spoed slagvaardig op te treden. Deze compromisnorm is ook neergelegd in aanwijzing 21 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Het probleem is echter wel dat het bestaan van deze bevoegdheid tot het slaan van zelfstandige algemene maatregelen van bestuur betwist is en er bovendien geen hedendaagse normen of procedures zijn die het gebruik ervan normeren.

De voorgestelde bepaling normeert het gebruik van de zelfstandige algemene maatregel van bestuur inhoudelijk (alleen in geval van buitengewone omstandigheden) en via een bekrachtigingsprocedure. In de enkele gevallen van zelfstandige – extern werkende – algemene maatregelen van bestuur die zich de laatste jaren nog hebben voorgedaan, zien we in

302. Commissie-Polak 1985.

303. Zie vorige noot.

304. Kamerstukken II 1986/87 20 038, nrs. 1-2

Nederland, dat het praktijk begint te worden een zelfstandige algemene maatregel van bestuur te doen volgen door een gelijkkluidend wetsvoorstel.³⁰⁵ Ook in andere landen waarin de regering zelfstandig - op basis van een grondwettelijke bevoegdheid - in buitengewone omstandigheden decreten mag uitvaardigen, is er wel steeds een procedure waarbij zo'n decreet alsnog ter goedkeuring aan het parlement wordt voorgelegd. De Spaanse Grondwet vergt bijvoorbeeld dat een tijdelijk wetsdecreet zo spoedig mogelijk doch uiterlijk binnen dertig dagen na bekendmaking ter bevestiging aan het parlement wordt voorgelegd (artikel 86 Grondwet). Italië kent een ander systeem. Daar moet het parlement binnen 60 dagen het tijdelijke wetsdecreet bevestigen (artikel 77 Grondwet).

Met het huidige voorstel is voor een variant gekozen die zo nauw mogelijk aansluit bij de voorhangvariant van aanwijzing 41 (delegatie onder goedkeuring bij wet). Deze variant sluit ook het best aan bij de reeds bestaande praktijk waarin zelfstandige algemene maatregelen van bestuur meestal direct worden gevolgd door een gelijkkluidend voorstel van wet.

Er bestaat wel een verschil. Aanwijzing 41 laat een termijn van acht weken. Dat is een lange tijd in geval het een zwaarwichtig onderwerp betreft. In het voorstel is daarom gekozen voor een termijn van dertig dagen.

De termijn voor de indiening gaat lopen vanaf het bekendmakingsmoment. Dit geeft de regering enige ruimte om een tijdelijke algemene maatregel van bestuur op een later moment in werking te laten treden. Het voorstel van wet wordt ingediend bij de Tweede Kamer waarna het de gewone route van de artikelen 81 tot en met 88 van de Grondwet doorloopt.

Indien de regering een zelfstandige algemene maatregel van bestuur vaststelt zijn er twee mogelijkheden volgens het voorstel. De regering kan een voorstel indienen tot het doen voortduren van de maatregel of tot de bekrachtiging van de inhoud van de maatregel. Het laten voortduren van de tijdelijke maatregel kan zin hebben als er voorzienbaar veel tijd gemoeid zal zijn met een voorstel ter bekrachtiging van de maatregel. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn van complexe materie of regeling van zaken die in ontwikkeling zijn. Via bekrachtiging ineens kan - aan de andere kant - weer tijd worden gewonnen. Combinaties van beide voorstellen zijn onder de voorgestelde redactie mogelijk.

Weliswaar volgt al uit de procedure dat een zelfstandige algemene maatregel van bestuur tijdelijk is, maar om reden van duidelijkheid is er voor gekozen dat ook in de grondwettelijke aanduiding van zo'n maatregel nog een keer tot uitdrukking te brengen.

305. Zie bijvoorbeeld in het geval van het Besluit DNA-onderzoek (Stb. 2002, 640).

Optie 3.1, artikel 89, derde lid, eerste volzin

3. In buitengewone omstandigheden kan zonder wettelijke basis een tijdelijke algemene maatregel van bestuur met kracht van wet worden vastgesteld.(...)

In deze optie zijn de woorden ‘met kracht van wet’ toegevoegd. Hierdoor krijgen tijdelijke algemene maatregelen van bestuur kracht van wet en kunnen daarmee derogeren aan wetten. In verschillende landen van de Europese Unie staat deze mogelijkheid van wetsdecreten de regering grondwettelijk ter beschikking. Om reden van nood of spoed kan de regering – meestal tijdelijke – decreten afkondigen die de kracht van wet hebben (wetsdecreten). Dat is bijvoorbeeld het geval in Italië (artikel 77 Grondwet), Spanje (artikel 86 Grondwet) en Portugal (daar is het gebruik niet beperkt tot gevallen van nood of spoed. Zie o.a. de artikelen 201, 115 en 172 van de Portugese Grondwet). Het voordeel van deze wetsdecreten is dat ze de regering toestaan snel en slagvaardig in te spelen op noodsituaties, zelfs met voorbijgaan aan bepalingen van bestaande wetten. De figuur van het decreet met wetskracht echter staat wel betrekkelijk ver af van de bestaande situatie in Nederland. Zelfstandige algemene maatregelen van bestuur in Nederland – een figuur die wel wat lijkt op wetsdecreten in andere landen – hebben geen kracht van wet en kunnen ook niet aan wetten derogeren.

Optie 3.2, artikel 89, derde lid, eerste volzin

3. In bij wet te bepalen buitengewone omstandigheden kan een tijdelijke algemene maatregel van bestuur worden vastgesteld zonder wettelijke basis.

Bij de vraag wie moet bepalen of er sprake is van buitengewone omstandigheden is het in de redactie van het oorspronkelijke voorstel de regering die de inschatting maakt. De kamers van de Staten-Generaal kunnen achteraf beoordelen of de inschatting van de regering ook een juiste was. Dat geeft een brede beoordelingsmarge aan de regering. Optie 3.2 staat de wetgever toe die beoordelingsruimte in te snoeren. Via een wet kan dan worden voorzien in een kader voor de beoordeling van de vraag of sprake is van buitengewone omstandigheden. Dat kan – aan de andere kant – natuurlijk weer wel ten koste gaan van de bestuurlijke slagvaardigheid.

Vierde lid

In het voorstel is er voor gekozen om bekendmaking constitutief te maken voor de inwerkingtreding. Die eis geldt – al net als nu – ook voor rijks-wetgeving. Met de nieuwe redactie wordt constitutioneel verankerd wat in wezen al geldt voor alle algemeen verbindende voorschriften die beogen in Nederland toepasselijk te zijn.

De communicatieve strafrechter

Over de actuele betekenis van het legaliteitsbeginsel in het materiële strafrecht, de beslissingsvrijheid van de rechter en de interactie tussen wetgever en rechter

M.J. Borgers¹

Inhoudsopgave

1	Vooraf	105
2	Inleiding	105
2.1	Het basismodel	105
2.2	Vraagstelling	107
3	Het basismodel in de praktijk van de strafrechtspleging	108
3.1	De wetgever	108
3.2	De rechter	114
3.3	Het basismodel opnieuw bezien	119
4	Vage strafbaarstellingen	121
4.1	Wat zijn vage strafbaarstellingen?	121
4.2	Toepassing van het bepaaldheidsgebod	122
4.3	Het operationaliseren van vage strafbaarstellingen	124
5	Vage randen van strafbaarstellingen	127
5.1	Wat zijn de vage randen van strafbaarstellingen?	127
5.2	Hoe gaat de rechter om met vage randen?	129
5.2.1	<i>Eerste observatie: stellige presentatie van de uitkomst</i>	130
5.2.2	<i>Tweede observatie: geringe aandacht voor casuïstiek</i>	132

1. Hoogleraar straf(proces)recht, Vrije Universiteit Amsterdam. Graag zeg ik dank aan degenen die in enigerlei vorm commentaar hebben geleverd op eerdere versies van dit preadvies: mijn collega-preadviseurs, de leden van de NJV-voorbereidingscommissie, alsmede Ivo Giesen, Elisa Hoving, Jaap de Hullu, Klaas Rozemond, Elies van Slidregt en Khalid van Willigenburg. Ik noem voorts de deelnemers aan de onderzoekslunch van de afdeling Strafrecht & Criminologie van de VU van 18 februari 2010 en de leden van de 'leesclub' van de sectie strafrecht van de VU. Ik ben hen erkentelijk voor de bijdrage die zij – soms ongemerkt – hebben geleverd aan de gedachtevorming waarvan dit preadvies een neerslag vormt. Het onderzoek is afgesloten op 1 januari 2011.

6	(Te) ruime strafbaarstellingen	138
6.1	Wat is het probleem?	138
6.2	(Te) ruime strafbaarstellingen in de rechtspraak	140
6.2.1	<i>Enkele voorbeelden</i>	140
6.2.2	<i>Niet-problematiserende uitspraken</i>	142
6.2.3	<i>Het aanbrengen van beperkingen</i>	145
6.2.4	<i>Slotom: de rechter als evenwichtskunstenaar</i>	147
7	Voorzienbaarheid	148
7.1	Rechtszekerheid en het perspectief van de burger	148
7.2	De stand van zaken	148
7.3	Verplaatsing van de bakens?	151
8	Synthese: de interactie tussen wetgever en rechter	155
8.1	Enkele rode draden	155
8.2	Van basismodel naar samenwerkingsmodel	158
8.3	Van basismodel naar communicatiemodel	162
8.4	Tegenwerpingen	165
8.4.1	<i>Komt de rechter op de verkeerde stoel te zitten?</i>	165
8.4.2	<i>Een te intensieve bemoeienis met het werk van de wetgever?</i>	167
8.4.3	<i>Levert meer communicatie meer hoofdbrekens op?</i>	169
8.5	Kortom: van basismodel naar interactiemodel	171
9	Tot slot	172
	Aangehaalde literatuur	175

1 Vooraf

Is een strafbaarstelling van de strekking dat men zich (in de trein en op het station) niet onbehoorlijk mag gedragen, voldoende bepaald om op basis daarvan strafrechtelijke aansprakelijkheid aan te kunnen nemen? Kunnen virtuele voorwerpen uit de *online game* RuneScape worden aangemerkt als goederen zoals bedoeld in de aloude strafbaarstelling van diefstal? Bestaat er aanleiding voor de strafrechter om beperkingen aan te brengen in de reikwijdte van de wel erg ruim uitgevallen strafbaarstelling van witwassen? Voor de beantwoording van deze uiteenlopende vragen, die alle nog nader aan de orde komen, is één klassiek rechtsbeginsel van grote betekenis: het legaliteitsbeginsel. Het belang van dit beginsel voor de strafrechtspleging kan nauwelijks worden overschat. Maar dat betekent niet dat de betekenis van het legaliteitsbeginsel voor de praktijk van het strafrecht eenduidig is en zich dus in een enkele pennestreek laat schetsen. Dit preadvies gaat nader in op de actuele betekenis van het legaliteitsbeginsel in relatie tot de beslissingsvrijheid van de strafrechter en de verhouding tussen wetgever en rechter.

2 Inleiding

2.1 *Het basismodel*

Het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel kent niet alleen een hecht fundament – artikel 1 Sr, artikel 16 Grondwet, artikel 7 EVRM en tegenwoordig ook artikel 49 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie –, het vormt ook een rustig bezit in het strafrecht.² In een recente beschouwing brengt Kristen naar voren dat het legaliteitsbeginsel ‘als hoeksteen van de strafrechtspleging (...) nog steeds de bouwwerk verstevigende rol vervult’.³ De Hullu noteert in zijn handboek dat het fundament van het legaliteitsbeginsel ‘op zichzelf hecht verankerd en niet omstreden’ is.⁴

Dit fundament bestaat in de kern uit twee met elkaar vervlochten grondslagen: het verschaffen van rechtszekerheid en het bieden van rechtsbescherming tegen machtsmisbruik door de overheid.⁵ Dat aan deze princi-

2. Ter voorkoming van misverstanden: het *materieelrechtelijke* legaliteitsbeginsel, waarover in de hoofddekt wordt gesproken, moet worden onderscheiden van het *materiële* legaliteitsbeginsel in de zin van het positieve wetgevingsvoorboud waarover collega Voermans in paragraaf 4 van zijn preadvies schrijft.
3. Kristen 2010a, p. 645. De beschouwing van Kristen omvat overigens ook het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel.
4. De Hullu 2009, p. 107.
5. Groenhuijsen 1987, p. 26-31 voegt hieraan nog enkele andere grondslagen toe. Zie voorts Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 11-16.

pes veel belang wordt gehecht, hangt nauw samen met het feit dat in het strafrecht sprake is van een ingrijpende vorm van machtsuitoefening: het vaststellen van strafrechtelijke aansprakelijkheid maakt niet alleen de oplegging en tenuitvoerlegging van stevige sancties mogelijk, voorafgaand aan die vaststelling kunnen ook diverse bevoegdheden worden aangewend die fundamentele rechten en vrijheden in aanmerkelijke mate verkorten. Het legaliteitsbeginsel beoogt eerst en vooral de belangen van burgers te beschermen. Maar het beginsel heeft tegelijkertijd betekenis vanuit het oogpunt van rechtshandhaving: het stellen van duidelijke en concrete normen en het in vooruitzicht stellen van bestraffing in geval van overtreding van die normen, dragen – in elk geval in theorie – eraan bij dat burgers zich aan het recht conformeren.⁶

Naar algemeen wordt aangenomen, vloeien uit het materieelrechtelijk legaliteitsbeginsel verschillende principes of deelnormen voort, die zich enerzijds tot de wetgever en anderzijds tot de strafrechter richten.⁷ Aldus is het legaliteitsbeginsel van grote betekenis voor de taak en de positie van de wetgever en de rechter binnen het strafrecht. Men zou kunnen stellen dat het legaliteitsbeginsel in zekere zin een basismodel – men zou ook kunnen zeggen: een basispatroon of een fundamenteel uitgangspunt – verschaft voor die taak en positie.⁸ De wetgever dient te voorzien in een duidelijke en concrete formulering van gedragsnormen waarvan de overtreding tot strafbaarheid leidt. Tevens moet de wetgever zich onthouden van het met terugwerkende kracht voorzien in strafbaarstellingen en strafbedreigingen.

De rechter dient op zijn beurt alleen strafbaarheid aan te nemen op grond van wettelijke (en dus niet ongeschreven) strafbaarstellingen. Bij de toepassing van strafbaarstellingen is het onvermijdelijk dat de tekst van de wet uitleg behoeft. Het uitgangspunt daarbij is dat die uitleg restrictief is en dat de rechter dus zo dicht mogelijk bij de tekst van de wet blijft. De rechter dient er in elk geval voor te waken dat hij aan de gedragsnorm een andere betekenis geeft dan de wetgever daaraan heeft toegekend. De door de wetgever verschaft norm mag, anders gezegd, niet uit zijn verband worden getrokken. Wijziging van de inhoud van de norm is de taak en de verantwoordelijkheid van de wetgever, niet die van de rechter.

In dit basismodel laten de taken en de verantwoordelijkheden van respectievelijk de wetgever en de rechter zich dus duidelijk van elkaar onderscheiden. Wellicht zou men mogen spreken van een zekere verticale verhouding: de wetgever creëert de normen en de rechter past deze 'slechts' toe. De rechter is dan ook niet bij machte om de betekenis van die normen wezenlijk te veranderen of in verregaande mate in te kleuren. Deze begre-

6. Rozemond 1999, p. 124. Vgl. ook Groenhuijsen 1987, p. 28-29.

7. Zie voor een nadere uitwerking onder andere De Hullu 2009, p. 85-106 en Kristen 2010a, p. 642-643.

8. Vgl. Groenhuijsen 1987, p. 15 en Claes 2003, p. 27-29.

zing van de rechterlijke interpretatievrijheid kan tot gevolg hebben dat de reikwijdte van de desbetreffende strafbaarstelling beperkter (of juist ruimer) moet worden gehouden dan wellicht wenselijk wordt bevonden. Indien een verandering wenselijk wordt bevonden, kan de rechter weinig anders doen dan de kwestie onder de aandacht van de wetgever te brengen. De beslissingsvrijheid van de rechter is, zo bezien, tamelijk beperkt. Daar waar er 'gaten' in de strafrechtelijke aansprakelijkheid ter zake van bepaalde gedragingen blijken te zitten, is het de verantwoordelijkheid van de wetgever om – desgewenst – die gaten te dichten. Betoogd kan worden dat aldus recht wordt gedaan aan het democratiebeginsel, in die zin dat het aan de democratisch gelegitimeerde wetgever wordt gelaten om de grenzen van de overheidsmacht af te bakenen en dat wordt voorkomen dat de rechter op de stoel van de wetgever gaat zitten.⁹

2.2 *Vraagstelling*

Geeft het geschetste basismodel ook een adequate beschrijving van de praktijk van de strafrechtspleging? Wie enigszins thuis is in die praktijk, zal onmiddellijk geneigd zijn deze vraag geheel of gedeeltelijk ontkennend te beantwoorden. Om de stand van zaken met een pennestreek te schetsen (een nadere uitwerking volgt nog): vaag en ruim geformuleerde strafbaarstellingen komen veelvuldig voor, terwijl in de rechtspraak weinig weerstand lijkt te bestaan om strafbaarstellingen extensief te interpreteren. Dat roept de vraag op welke consequenties dit heeft voor de verhouding tussen wetgever en rechter. Hoe laat die verhouding zich het beste omschrijven wanneer men naar de praktijk van het strafrecht kijkt? En hoe laat die verhouding zich vervolgens waarden in het licht van het legaliteitsbeginsel? Het zijn deze vragen die ik in dit preadvies aan de orde wil stellen. Daartoe bespreek ik in paragraaf 3 enkele redenen waarom het basismodel niet (volledig) functioneert in de praktijk van de strafrechtspleging. Daarbij besteed ik niet alleen aandacht aan praktische redenen voor het (dis)functioneren van het basismodel. Het is evenzeer van belang om iets te zeggen over de aard van het rechtsvindingsproces in het strafrecht, mede in het licht van het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel. Het doel van deze inventarisatie is om een begin van een antwoord te geven op de vraag of, en zo ja: in hoeverre en in welke richting, het basismodel bijstelling behoeft.

Hierop volgt een nadere uitwerking aan de hand van een beschouwing over de wijze waarop de rechter omgaat met vage strafbaarstellingen (paragraaf 4), vage randen van strafbaarstellingen (paragraaf 5) en (te) ruime

9. Deze voorstelling van het democratiebeginsel en de trias politica is uiteraard rudimentair. Zie voor meer nuances onder andere Claes 2003, p. 425-429, 462-463 en Rozemond 2008, p. 14-16. In paragraaf 8 komt de (constitutionele) verhouding tussen rechter en wetgever nader aan de orde.

strafbaarstellingen (paragraaf 6). Ook onderzoek ik op welke wijze in de rechtspraak wordt omgegaan met de voorzienbaarheid van strafrechtelijke aansprakelijkheid, of beter gezegd: het ontbreken daarvan (paragraaf 7). Aan de hand van een inventarisatie van de bevindingen wordt in paragraaf 8 een overkoepelende beschouwing gewijd aan de interactie tussen rechter en wetgever op het terrein van het materiële strafrecht. Met deze beschouwing wordt getracht een antwoord te geven op de centrale vraag hoe de verhouding tussen rechter en wetgever zich laat kwalificeren en waarderen in het licht van het legaliteitsbeginsel.

Volledigheidshalve wijs ik erop dat de ambitie van dit preadvies in meerdere opzichten bescheiden is, en dat terwijl het thema van de jaarvergadering zo veelomvattend is. Dit preadvies beperkt zich allereerst tot het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel. Maar ook met die beperking worden verschillende interessante kwesties en controverses rondom het legaliteitsbeginsel – die vaak ook raken aan thema's van rechtstheoretische aard en kwesties die de grenzen van het hier aan de orde zijnde rechtsgebied overschrijden – niet of slechts beperkt uitgewerkt.¹⁰ De reden voor deze beperkte opzet is overwegend praktisch van aard. De hoeveelheid beschikbare pagina's is namelijk eveneens beperkt. Ik heb er daarom voor gekozen om een (in mijn ogen) intrigerend thema – de verhouding tussen wetgever en rechter – uit te diepen aan de hand van het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel, juist omdat – zoals nog zal blijken – op het vlak van het materiële strafrecht de beslissingsvrijheid van de strafrechter in theorie nogal beperkt lijkt, maar in praktijk tamelijk ruim blijkt te zijn.¹¹

3 Het basismodel in de praktijk van de strafrechtspleging

3.1 De wetgever

In hoeverre functioneert het geschetste basismodel in de praktijk van de strafrechtspleging? Teneinde die vraag te beantwoorden, is het nuttig afzonderlijk te kijken naar de taak en de positie van de wetgever en die van de rechter. De blik wordt allereerst op de wetgever geworpen.

Strafbaarstellingen komen in allerlei soorten en maten voor. Naast concreet en duidelijk geformuleerde bepalingen bestaan er ook vaag, open of

10. Bijvoorbeeld de betekenis van het toenemende regelbestand vanuit de Europese Unie voor de inrichting van de strafwetgeving. Ik stip dit onderwerp slechts zijdelings aan. Verder valt te denken aan de vele boekenkasten vol met geschriften over rechtsvinding en constitutionele beschouwingen over de verhouding tussen rechter en wetgever.

11. In dit preadvies bouw ik voort op enkele eerdere publicaties. Zie Borgers 2003, Borgers 2004, Borgers 2008a, Borgers 2008b, alsmede mijn annotaties onder HR 5 september 2006, *NJ* 2006, 612, HR 2 oktober 2007, *NJ* 2008, 16, HR 7 oktober 2008, *NJ* 2009, 94 en Hof Leeuwarden 10 november 2009, *NJ* 2010, 616.

anderszins ruim geformuleerde strafbaarstellingen.¹² Er is een aantal redenen dat het gebruik van dergelijke strafbaarstellingen kan verklaren. De wellicht belangrijkste reden is dat de wetgever veelal gedragingen beoogt te verbieden die een variëteit aan verschijningsvormen hebben. Het is voor de wetgever niet altijd mogelijk om alle situaties te voorzien waarin de wet toepassing zou moeten vinden.¹³ Daarbij kunnen een gewijzigde maatschappelijke context en technologische veranderingen een rol spelen. Anders gezegd: de wetgever redeneert – noodgedwongen – vanuit een vrij algemeen en statisch beeld en mist de verfijning van de casuïstiek, waarover de rechter in een dynamisch proces wel de beschikking krijgt.

In het verlengde hiervan wordt veelal gesteld dat het hanteren van al te gedetailleerde normen ertoe kan leiden dat de normstelling complex wordt en daardoor mogelijk aan duidelijkheid inboet. Dat klinkt paradoxaal: juist een vaag, open of ruim geformuleerde delictsomschrijving maakt niet precies duidelijk wat de verboden gedraging is.¹⁴ Tegelijkertijd kan niet worden ontkenend dat een korte, bondige maar niet geheel sluitende norm soms beter hanteerbaar is dan een lange reeks van gedetailleerde voorschriften.¹⁵ Bovendien stelt de wetgever er in het algemeen vrij veel vertrouwen in dat de rechter bij machte zal zijn om de in de wet neergelegde normen te verfijnen.¹⁶ Illustratief is de volgende opmerking van minister Modderman – aan het einde aan de negentiende eeuw – in een discussie over de betekenis van het delictsbestanddeel ‘mishandeling’: ‘Zeker, zoodra men in bijzonderheden afdaaft, openbaart zich verschil. (...) Maar deze natuurlijke nuances in de toepassing van het begrip kan men gerust aan de beoordeling van den rechter overlaten.’¹⁷ Men kan dan ook constateren dat de wet-

12. Met de termen vaag, open en ruim doel ik hier op voorschriften waarvan de betekenis zich niet eenvoudig laat bepalen aan de hand van de tekst van het voorschrift. In paragraaf 4-6 leg ik nader uit wat ik onder die termen versta. Vgl. voor een uitwerking van de varianten waarin een regel ‘vaag’ kan zijn Visser 2001, p. 41-49.
13. Vgl. Van Kreveld 2006, p. 187: ‘Het is immers vaak moeilijk [voor de wetgever; MJB] om vooraf ten volle voor ogen te krijgen welke verscheidenheid aan situaties zich kan gaan voordoen en met welk stelsel en welke voorschriften de gebruikers van de wet behoorlijk uit de voeten kunnen.’
14. Daarbij kan in het bijzonder worden gedacht aan zogeheten gelede normstellingen die in de sfeer van het economisch strafrecht voorkomen. De graad van gedetailleerdheid kan van dien aard zijn dat juist daardoor de kenbaarheid van de norm op het spel komt te staan. Vgl. hierover Visser 2001, p. 103, 136-137, 409.
15. Vgl. voor dit argument ook EHRM 22 oktober 1996, Cantoni tegen Frankrijk, appl.nr. 17862/91, overweging 31.
16. Vgl. ook Sackers 2007, p. 140.
17. Smidt 1891, p. 477. Een eigentijds voorbeeld betreft de strafbaarstelling van belaging. Zie daarover paragraaf 6.2. Bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht van 1886 is door minister Modderman bij herhaling naar voren gebracht dat de nadere definitie van bepaalde rechtsbegrippen door de rechter dient te geschieden (terwijl de wetenschap daar ook een rol in vervult). Ook bij latere wetwijzigingen zijn dergelijke opmerkingen te vinden, in het bijzonder waar het gaat om de algemene leerstukken van het materiële strafrecht. Zie hierover, met nadere verwijzingen, Rozemond 2008, p. 14.

gever bewust de rechter ruimte verschaft om – tot op zekere hoogte – tot rechtsvinding en rechtsvorming over te gaan.¹⁸ In die zin kan ook worden gesteld dat de rechtsvormende taak democratische legitimatie kent. Die legitimatie is er in zekere zin ook indirect, doordat de wetgever vrijwel nooit ingrijpt indien de rechter een strafbaarstelling (zeer) ruim interpreteert.

Wellicht zou ook een meer politieke reden kunnen worden genoemd waarom het werken met ruime en niet al te gedetailleerde normen aantrekkelijk is. Een dergelijke aanpak kan immers bijdragen aan het beeld van een daadkrachtige aanpak van criminaliteit, in elk geval meer dan een benadering waarin de aandacht vooral uitgaat naar de fijne details van de delictsomschrijving vanuit de zorg dat het strafbare gedrag niet precies genoeg wordt omschreven. Iets dergelijks is bijvoorbeeld aan de orde bij onderwerpen zoals het witwassen van misdaadgeld en de aanpak van georganiseerde criminaliteit.¹⁹ Voorts kan erop worden gewezen dat de implementatie van internationale en Europese rechtsinstrumenten er onder omstandigheden toe leidt dat in de nationale wetgeving voorschriften worden opgenomen waarin vage of open termen worden gehanteerd.²⁰ De marge van de wetgever om bij de implementatie voor meer duidelijkheid te zorgen, is beperkt.²¹

Dat er verschillende redenen kunnen worden genoemd die verklaren waarom regelmatig wordt gewerkt met vaag, open of anderszins ruim

18. Ik hanteer in dit preadvies de begrippen rechtsvinding en rechtsvorming (en ook rechtsontwikkeling) naast elkaar. Hoewel met deze begrippen een zeker accentverschil kan worden aangebracht, wil ik geenszins beweren dat rechtsvinding en rechtsvorming een van elkaar te scheiden betekenis hebben. Dat heeft ermee van doen dat geen strikte scheidslijn kan worden getrokken tussen enerzijds het toepassen van het recht en anderzijds het creëren van recht.
19. Gedacht kan ook worden aan de recente introductie van artikel 141a Sr. Aan die strafbaarstelling zitten allerlei 'technische' haken en ogen, terwijl de tekst van deze delictsomschrijving, in het licht van de beweegredenen achter de introductie van artikel 141a Sr, veel ruimer uitpakt dan nodig is. Een goede afbakening van de strafbaarstelling en een doordachte inbedding daarvan in het Wetboek van Strafrecht zijn ondergeschikt gemaakt aan de politieke wil om voetbalgerelateerd geweld straf aan te pakken. Zie nader Keulen 2009 en *Kamerstukken I* 2009/10, 31 467, G, p. 7-12.
20. Zie hierover Van Kempen 2003, p. 249-250. Tegelijkertijd geldt uiteraard dat het legaliteitsbeginsel en in het bijzonder het *lex certa*-vereiste ook weer kunnen gelden als richtsnoer bij (de onderhandelingen over) de totstandkoming van rechtsinstrumenten die nopen tot het strafbaar stellen van gedragingen. Zie daarover Verheijen 2006, p. 318-323.
21. Zie nader over de implementatie van richtlijnen en kaderbesluiten in het strafrecht Borgers 2006. Indien de wetgever vanwege een nadere concretisering van de in de richtlijn of het kaderbesluit voorgeschreven norm komt tot een afwijkende omzetting, leidt dit op zichzelf weer tot rechtsonzekerheid. Alsdan rijst de vraag of de plicht tot (kaderbesluit- of richtlijn)conforme interpretatie noopt tot een van de tekst van de wet afwijkende uitleg. Vgl. Kristen 2010a, p. 644.

geformuleerde strafbaarstellingen, betekent niet dat deze praktijk vanuit het oogpunt van het legaliteitsbeginsel als vanzelfsprekend zou moeten worden beschouwd. Visser wijst erop dat het argument dat het gebruik van vage en open termen in strafbaarstellingen onvermijdelijk is, 'het risico van lijdzaamheid voor de wetgever' in zich draagt. Het beproeven of een scherpere formulering mogelijk is, zou nog wel eens achterwege blijven.²² Kristen brengt terecht onder de aandacht dat het opmerkelijk is dat de wetgever op het terrein van de strafvordering zich het belang van nauwkeurig en duidelijk geformuleerde wettelijke bepalingen wél heeft aangetrokken, getuige de 'massieve wetgevingsoperatie' waarmee de bijzondere opsporingsbevoegdheden zijn geregeld. In schrill contrast daarmee staat het gebruik van vaag, open en anderszins ruim geformuleerde delictsomschrijvingen in de materiële strafwetgeving.²³

Hier wordt een interessant punt aangestipt. De wetgevingsoperatie waarvan Kristen refereert, betreft uiteraard de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden. De aanleiding voor die wet was, zoals bekend mag worden verondersteld, politiek van aard: het was de politieke verontwaardiging omtrent de in de eerste helft van de jaren negentig van de afgelopen eeuw gebleken ontsparing van de opsporing, en de daarop volgende parlementaire enquête die ervoor hebben gezorgd dat een uitvoerige wettelijke regeling is ingevoerd. Deze codificatie is niet 'afgedwongen' doordat veelvuldig uit rechterlijke beslissingen zou zijn gebleken dat opsporingsmethoden een toereikende wettelijke basis ontbeerden en om die reden als onrechtmatig werden aangemerkt.²⁴ Diverse nieuwe opsporingsmethoden werden in de rechtspraak aanvaard niettegenstaande het ontbreken van een gedetailleerde wettelijke regeling, zij het dat in de rechtspraak wel zekere grenzen zijn getrokken met betrekking tot de toepassingsmogelijkheden van die methoden.²⁵

Ten aanzien van het materiële strafrecht heeft niet een politiek momentum plaatsgevonden dat vergelijkbaar is met de crisis in de opsporing. Dat heeft wellicht mede van doen met het feit dat in het materiële strafrecht

22. Visser 2001, p. 96. Vgl. ook Sackers 2007, p. 126: 'Het *lex certa*-beginsel ofwel het *Bestimmtheitsgebot* is een gebod tot wetgevingskwaliteit, het mag niet verworden tot een EHBO-does voor de rechter.'

23. Kristen 2010a, p. 644.

24. Rozemond spreekt in dit verband van 'een ontmaskering van de rechtspraak' door het rapport van de parlementaire enquêtecommissie, zie Rozemond 1998, p. 180. Rozemond betoogt – kort gezegd – dat de Hoge Raad zich onvoldoende gelegen heeft laten liggen aan het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel en de daarmee samenhangende uitgangspunten zoals die voortvloeien uit de Staatsburgse rechtspraak. Vgl. voor een nadere beschouwing van de aanleiding van de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden Buruma 2001, p. 2-9.

25. Daarbij verdient aantekening dat in de rechtspraak ook geen volledig zicht bestond op de opsporingspraktijk. Deze relativisering wordt ook naar voren gebracht door Rozemond 1998, p. 182.

minder vaak 'grote' thema's aan de orde zijn die (relatief eenvoudig) tot politieke commotie leiden. Wat daar ook van zij, het introduceren van vaag, open of anderszins ruim geformuleerde strafbaarstellingen stuit bij de parlementaire behandeling van wetsvoorstellen doorgaans niet op fundamentele bezwaren. Ook pleegt de rechter niet het vuur na aan de schenen van de wetgever te leggen. Veelzeggend is de constatering van De Hullu dat klachten van de strekking dat een strafbaarstelling in strijd is met het bepaaldheidsgebod – ook aangeduid als het *lex certa*-vereiste of het *Bestimmtheitsgebot* – 'in concrete strafzaken eigenlijk nooit [worden] gehonoreerd'.²⁶ Illustratief is de argumentatie die de Hoge Raad bezigt in het zogeheten krulsla-arrest, in reactie op de klacht in het cassatiemiddel dat de aan de orde zijnde strafbaarstelling in strijd is met het *lex certa*-vereiste.²⁷ Na artikel 7 EVRM, artikel 1 lid 1 Sr en artikel 16 Grondwet te hebben aangehaald, overweegt de Hoge Raad als volgt:

'In deze voorschriften ligt onder meer het zogenaamde bepaaldheidsgebod besloten. Dit houdt in dat de burger moet kunnen weten ter zake van welke gedragingen hij kan worden gestraft. De rechtszekerheid eist dit. Van de wetgever mag worden verlangd dat hij met het oog daarop op een zo duidelijk mogelijke wijze delicten omschrijft. Daarbij moet niet uit het oog worden verloren dat de wetgever soms met een zekere vaagheid, bestaande in het bezigen van algemene termen, delicten omschrijft om te voorkomen dat gedragingen die strafwaardig zijn buiten het bereik van de delictsomschrijving vallen. Die vaagheid kan onvermijdelijk zijn, omdat niet altijd te voorzien is op welke wijze de te beschermen belangen in de toekomst zullen worden geschonden en omdat, indien dit wel is te voorzien, delictsomschrijvingen anders te verfijnd worden met als gevolg dat de overzichtelijkheid wegvalt en daarmee het belang van de algemene duidelijkheid van de wetgeving schade lijdt.'

Aldus blijkt dat de eerder in deze paragraaf genoemde redenen voor het werken met vaag, open of anderszins ruim geformuleerde strafbaarstellingen door de Hoge Raad zonder voorbehoud worden erkend. Van een daadwerkelijke toetsing aan het bepaaldheidsgebod is – zoals nog nader aan de orde zal komen – nauwelijks sprake.²⁸

Tegelijkertijd geldt dat de marges voor de aanvaarding van een beroep op rechtsdwaling uiterst klein zijn. Een dergelijk beroep lijkt alleen te worden gehonoreerd indien de burger zich daadwerkelijk op de hoogte heeft laten stellen van de geldende normen, maar daarbij onjuist is geïnformeerd door personen of instanties met een zodanig gezag dat de burger in redelijkheid

26. De Hullu 2009, p. 92.

27. HR 31 oktober 2000, *NJ* 2001, 14. Zie nader over dit arrest Groenhuijsen & Kristen 2001.

28. Zie paragraaf 4.2.

op de deugdelijkheid van het advies mocht vertrouwen.²⁹ De lankmoedige houding van de Hoge Raad tegenover vaag, open of anderszins ruim geformuleerde strafbaarstellingen in combinatie met de terughoudendheid in het aanvaarden van een beroep op rechtsdwaling lijkt te impliceren dat aan de rechtszekerheid van de burger – in die zin dat hij aan de hand van de wettelijke normen desgewenst kan vaststellen of hij in een bepaalde situatie al dan niet strafbaar handelt – niet veel gewicht wordt toegekend. In elk geval geldt dat de burger zich geenszins veilig mag wanen wanneer hij zijn gedrag uitsluitend op de tekst van de wet zou afstemmen.

Van belang is ook dat het argumentatiepatroon van de Hoge Raad zoals dat naar voren komt in de hierboven geciteerde overweging uit het krulslaarrest, eveneens herkenbaar is in de rechtspraak van het EHRM. Enerzijds wordt onderstreept dat strafbaarstellingen helder en duidelijk in de wet moeten worden omschreven. Anderzijds wordt een behoorlijke marge gelaten om te werken met strafbaarstellingen die in vage of open termen worden geformuleerd.³⁰ Een dergelijk patroon herkent men bijvoorbeeld ook in de Duitse rechtspraak, niettegenstaande het feit dat in Duitsland strafbaarstellingen strenger dan in Nederland plegen te worden getoetst aan het (constitutioneel verankerde) materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel.³¹ Uiteraard mogen (de nuances in) de overeenkomsten en verschillen tussen de uitleg van het legaliteitsbeginsel in de Nederlandse, Straatsburgse en Duitse rechtspraak geenszins uit het oog worden verloren. Niettemin lijkt men te mogen vaststellen dat breed wordt aanvaard dat het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel een behoorlijke marge aan de wetgever laat om te werken met vage en open normen of anderszins ruim geformuleerde strafbaarstellingen. Kortom: het bepaaldheidsgebod wordt niet opgevat als een rigide norm, noch door de wetgever, noch door de rechter.

29. Zie nader De Hullu 2009, p. 357-360, en voorts paragraaf 7.2.

30. Zie bijvoorbeeld EHRM 25 mei 1993, Kokkinakis tegen Griekenland, appl.nr. 14307/88, overweging 40, nadien vele malen herhaald. Een recent overzicht van de rechtspraak van het EHRM treft men aan in EHRM 17 september 2009, Scoppola tegen Italië (no. 2), appl.nr. 10249/03, *ECtHR* 2009, 123 m.nt. C. Peristeridou & T. Spronken, *AB* 2010, 102 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik. Zie in het bijzonder overweging 100: 'In consequence of the principle that laws must be of general application, the wording of statutes is not always precise. One of the standard techniques of regulation by rules is to use general categorisations as opposed to exhaustive lists. That means that many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent are vague, and their interpretation and application depend on practice (...). Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances.' Zie ook Cromheecke & Dhont 2004, p. 669-672 en Bleichrodt 2006, p. 653-656.

31. Een recent voorbeeld betreft de uitspraak van het *Bundesverfassungsgericht* in een zaak waarin het gaat om de delictomschrijving van *Untreue* (§ 266 StGB). Zie BVerfG 23 juni 2010, BvR 2559/08, in het bijzonder Rn. 73-74.

3.2 *De rechter*

Indien de blik (nader) wordt verlegd van de wetgever naar de rechter, kan allereerst worden geconstateerd dat, ook al zijn er uitspraken voorhanden waarin nadrukkelijk wordt gekozen voor restrictieve interpretatie,³² niet telkens de keuze wordt gemaakt om wettelijke normen terughoudend uit te leggen. Om uiteenlopende redenen vindt er ook ruime of extensieve interpretatie plaats. Soms heeft dat van doen met de behoefte om (kennelijke) fouten of ongelukkige formuleringen in de tekst van strafbaarstellingen niet fataal te laten zijn, dan weer wordt beoogd teksten uit vervlogen tijden toepasselijk te doen zijn op de actuele werkelijkheid en ook komt het voor dat een extensieve interpretatie ertoe strekt om – in het belang van een effectieve strafrechtspleging – de reikwijdte van een strafbaarstelling niet onnodig beperkt te laten zijn.³³

In de rechtspraak van de Hoge Raad treft men nauwelijks – algemene – overwegingen of beschouwingen aan met betrekking tot de mogelijkheden en de grenzen van de interpretatie van de strafwet.³⁴ Het is niettemin duidelijk dat de Hoge Raad het materiele rechtelijke legaliteitsbeginsel niet beschouwt als een structurele belemmering voor extensieve wetsuitleg. Het lijkt niet al te gewaagd om te veronderstellen dat de Hoge Raad – in ieder geval in grote lijnen – de zienswijze van het EHRM zal delen omtrent de positie van de rechter bij de uitleg van de wet. Die zienswijze kent als vertrekpunt dat er sprake is van ‘an inevitable element of judicial interpretation’. Die onvermijdelijkheid houdt er allereerst mee verband dat wettelijke bepalingen, hoe nauwkeurig de wetgever die ook zou trachten te formuleren, altijd weer vragen oproepen omtrent de precieze betekenis van onderdelen van die bepalingen. Voorts is het noodzakelijk om de betekenis van de norm bij de tijd te houden en dus bij de uitleg rekening te houden met veranderende omstandigheden. Het EHRM beschouwt het bij uitstek als de taak van de rechter om de twijfels die aldus kunnen ontstaan omtrent de betekenis van de strafrechtelijke gedragsnorm, weg te nemen. Op die wijze draagt de rechtspraak bij aan ‘the gradual development of criminal law’. Artikel 7 EVRM verzet zich hier niet tegen, aldus het EHRM. Wel wordt vereist dat het resultaat van de rechterlijke interpretatiearbeid in

32. Zie bijvoorbeeld HR 9 februari 1988, *NJ* 1988, 613 m.nt. GEM, HR 29 november 1994, *NJ* 1995, 292 m.nt. ‘tH en HR 2 december 1997, *NJ* 1998, 306.

33. Zie voor een overzicht De Hullu 2009, p. 104-106.

34. Dat neemt niet weg dat de Hoge Raad in sommige uitspraken wel uitvoerig motiveert hoe hij tot een bepaalde beslissing komt. Uit die motivering kan men dan het nodige afleiden over de gezichtspunten die de Hoge Raad in acht neemt bij de uitleg van de wet. Het voorbeeld bij uitstek is het mensenroofarrest, HR 20 november 2001, *NJ* 2003, 632 m.nt. PMc en R. de Lange. Juist vanwege de uitvoerige motivering heeft dit arrest veel discussie uitgelokt. Zie naast de annotatie van Mevis en De Lange, ook Borgers 2004, Dolman 2004 en Cleiren 2008.

overeenstemming is met 'the essence of the offence' en ook redelijkerwijs voorzienbaar is geweest.³⁵

De positie van de rechter laat zich ook vanuit een meer theoretisch perspectief beschouwen. De interpretatieve vrijheid die de strafrechter zich soms permiteert, kan aan de hand van het legaliteitsbeginsel worden geproblematiseerd. Dit beginsel strekt ertoe, zo kan worden betoogd, dat het de wetgever en niet de rechter is die het bereik van een strafbaarstelling bepaalt. Om die reden zou men kunnen stellen dat de rechter een min of meer 'legistische' positie dient in te nemen. Het legisme dient daarbij niet te worden verward met letterknechterij of mechanische wetstoepassing.³⁶ In het legisme wordt tot uitgangspunt genomen dat de verantwoordelijkheid voor de rechtsontwikkeling bij de wetgever en niet bij de rechter ligt. De rechter stelt de betekenis van de wettelijke norm vast op grond van de bewoordingen van de wet, bezien in het licht van met name de wetgeschiedenis, en daarnaast ook de wetssystematiek alsmede het doel en de strekking van de wet. Daarbij geldt als beslisregel dat indien de betekenis van de wettelijke norm zich aldus niet eenduidig laat vaststellen, de rechter de minst vergaande uitleg kiest of – in het uiterste geval – de norm terzijde schuift.³⁷ Tegen deze achtergrond zou kunnen worden betoogd dat de rol van de rechter zoals die naar voren komt in de rechtspraak van het EHRM, niet past bij het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel van artikel 1 lid 1 Sr. Daartoe zou kunnen worden aangevoerd dat die rechtspraak is toegesneden op de rol die de rechtspraak speelt in Angelsaksische rechtssystemen,³⁸ terwijl

35. Zie onder andere EHRM 27 oktober 1995, C.R. tegen Verenigd Koninkrijk, appl.nr. 20190/92, *NJ* 1997, 1 m.nt. Kn, overweging 34 en voorts, met verwijzingen naar eerdere rechtspraak, overwegingen 100-101 in EHRM 17 september 2009, Scoppola tegen Italië (no. 2), appl.nr. 10249/03, *ECHR* 2009, 123 m.nt. C. Peristeridou & T. Spronken, *AB* 2010, 102 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmecrik. Vgl. voorts Cromheecke & Dhont 2004, p. 672-679. Het gewicht dat het EHRM toekent aan de voorzienbaarheid, komt in paragraaf 7 nader aan de orde.

36. Opzoomer 1873, p. 193 drukt het aldus uit: 'Ofschoon de rechter volgens de wet recht moet spreken, is hij daarom tot geen dienaar harer letter vernederd.' Vgl. in dit verband ook Strikwerda 1974 en Bokhorst 2000.

37. Groenhuijsen & Wiemans 1989, p. 109. Deze beslisregel komt ook duidelijk naar voren in de Duitse rechtspraak. Zie BVerfG 23 juni 2010, BvR 2559/08, Rn. 78: 'Der Gesetzgeber und nicht der Richter ist zur Entscheidung über die Strafbarkeit berufen (...). Den Gerichten ist es verwehrt, seine Entscheidung zu korrigieren (...). Sie müssen in Fällen, die vom Wortlaut einer Strafnorm nicht mehr gedeckt sind, zum Freispruch gelangen und dürfen nicht korrigierend eingreifen (...).' Een dergelijke benadering herkent men voorts in oudere rechtspraak van de Hoge Raad, zie onder andere HR 21 januari 1929, *NJ* 1929, p. 709 en HR 9 maart 1948, *NJ* 1948, 367.

38. Zie bijvoorbeeld EHRM 12 februari 2008, Kafkaris tegen Cyprus, appl.nr. 21906/04, *NJ* 2009, 90 m.nt. T.M. Schaalken, overweging 139-140. Vgl. over de invloed van *common law* op de wijze waarop het EHRM uitleg geeft aan artikel 7 EVRM onder andere Bleichrodt 2006, p. 654-655 en Murphy 2010, p. 194. Zie voorts Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 17-18.

het legaliteitsbeginsel van artikel 1 lid 1 Sr strengere eisen stelt vanwege het hierin gebezigde wetsbegrip.³⁹

Deze 'legistische' opvatting is voorwerp van kritiek.⁴⁰ In de kern luidt die – juridisch-hermeneutische⁴¹ – kritiek dat om verschillende redenen de wet en daarmee ook de woorden van de wet een zekere openheid kennen. Wettelijke normen krijgen eerst betekenis in confrontatie met de feiten en met maatschappelijke en technologische ontwikkelingen. Dat heeft tot gevolg dat interpretatie van wettelijke normen onvermijdelijk is, waarbij een scherp onderscheid tussen restrictieve en extensieve interpretatie lastig valt aan te brengen, en ook dat casuïstiek onvermijdelijk een belangrijke rol speelt.⁴² Daarmee wordt rechtszekerheid als waarde niet opgegeven. Ook uitgaande van de hier geschetste positie mag van de rechter worden verlangd dat hij zich bij de toepassing van de wet oriënteert op de tekst van de wet, de wetsgeschiedenis, de wetssystematiek alsmede het doel en de strekking van de wet. Aanvaard moet echter worden dat het recht voor een belangrijk deel in de rechtspraak vorm krijgt en dat derhalve rechtszekerheid niet eenvoudig kan worden bewerkstelligd met – door het bepaaldheidsgebod ingegeven – scherpe wettelijke normen. Dat heeft ook implicaties voor de voorzienbaarheid: de burger moet worden geacht tot op zekere hoogte rekening te houden met het feit dat een norm in de rechtspraak wordt geconcretiseerd. De tekst van de wet alleen is niet het kompas waar men blind op kan en mag varen. De zienswijze van het EHRM sluit, gelet op het gewicht dat daarin wordt toegekend aan de interpretatieve arbeid van de rechter, tot op grote hoogte bij (het resultaat van) de hier geschetste juridisch-hermeneutische benadering.

39. Dit wordt benadrukt door Visser 2001, p. 91-92, 101, 433. Vgl. voorts onderdeel 3 van de noot van Knigge onder EHRM 22 november 1995, C.R. tegen Verenigd Koninkrijk, appl.nr. 20190/92, NJ 1997, 1, Groenhuysen & Kristen 2001, p. 340, 345 en De Hullu 2009, p. 84.

40. Deze en de navolgende alinea's grijpen terug op Borgers 2008b. Nadere bronverwijzingen treft men aldaar aan. In aanvulling op die bronverwijzingen wijs ik op Loth 2009. Voorts breng ik de zeer lezenswaardige Belgische dissertatie van Clacs (2003) onder de aandacht. In deze studie wordt de betekenis van het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel voor de interpretatieve arbeid van de rechter vanuit diverse rechtstheoretische gezichtspunten aan een uitvoerige analyse onderworpen. Een compacte weergave van zijn bevindingen betreft Clacs 2004.

41. De aanduiding 'juridisch-hermeneutisch' neem ik over van Witteveen 2001, p. 365. In de juridische hermeneutiek wordt het rechtsvindingsproces opgevat als 'een complex proces van interactie tussen norm en feit'. Zie Van Klink 2001, p. 202-203.

42. Clacs 2003 wijdt hieraan een paar treffende volzinnen. Op p. 171 schrijft hij: 'Pas na denkbeeldige toepassing van een delictsomschrijving op de feiten, en na een waardenafweging, komt de precieze betekenis en draagwijdte van die delictsomschrijving in het vizier.' En op p. 199: 'De daarin [in de wet; MJB] geïncriminerde gedraging is de afkorting van een nooit volledig articuleerbare praktijk waarvan de betekenis zich toont in haar gebruik.'

Waar het in het legisme draait om de vaststelling van de betekenis van de woorden van de wet als een stap die vooraf gaat aan de toepassing van de strafrechtelijke norm op de feiten, staat in de juridisch-hermeneutische benadering de relatieve onbepaaldheid van de wettelijke norm voorop en vindt concretisering eerst plaats in confrontatie met de feiten en ook met maatschappelijke en technologische ontwikkelingen. Anders gezegd: waar in de legistische benadering ervan wordt uitgegaan dat de rechter, op de keper beschouwd, niets anders of méér doet dan het toepassen van de wet, wordt in de juridisch-hermeneutische benadering het recht beschouwd als een 'open systeem', waarin het toepassingsbereik van de wet mede afhankelijk is van de berechting van concrete gevallen door de rechter.⁴³ In dit opzicht moeten beide benaderingen duidelijk van elkaar worden onderscheiden. Waar het gaat om het streven naar rechtszekerheid, liggen de beide posities minder ver uiteen. In beide benaderingen wordt het belang van rechtszekerheid op zich onderschreven, al bestaat wel duidelijk verschil van inzicht over de wijze waarop en de mate waarin die rechtszekerheid kan worden bereikt.

De moderne strafrechtsdogmatick laat zich aan de hand van de zojuist geschatste posities duiden. Enerzijds wordt betrekkelijk veel waarde gehecht aan het legaliteitsbeginsel en de daarmee nauw verbonden fundamentele waarden als rechtszekerheid, voorzienbaarheid en rechtsbescherming.⁴⁴ Anderzijds wordt onderkend dat de mogelijkheden om die waarden te realiseren beperkt zijn. Dat wettelijke normen uitleg behoeven, is onomstreden.⁴⁵ Dat burgers niet uitsluitend de tekst van de wet als richtsnoer van hun handelen kunnen gebruiken, wordt ook niet als zeer problematisch beschouwd. Extensieve interpretatie wordt nogal eens gepresenteerd als een problematisch gegeven, maar daaraan wordt niet zonder meer de conclusie verbonden dat die vorm van interpretatie principieel moet worden afgewezen. Veeleer wordt in dit verband aangedrongen op terughoudendheid en/of een goede motivering. Dat ook op het terrein van het materiële strafrecht sprake is van een 'open systeem' wordt niet volmondig onderschreven, maar ook niet duidelijk weersproken.

Het debat over de toelaatbaarheid van analogische interpretatie is in dit verband wellicht nog het meest illustratief. Aan de ene kant wordt analogische interpretatie geproblematiseerd omdat door het toepassen van een

43. Zie over het 'open systeem' van het recht Scholten 1974, p. 76-77: 'iedere beslissing, ook die welke zogenaamd naar de woorden geschiedt, is tegelijk toepassing en schepping; er is altijd het oordeel van hem, die beslist, dat mede de toepassing bepaalt. (...) Het recht is nooit "af", het verandert dagelijks. Niet alleen door de wetgeving, de bewuste schepping van nieuw recht, ook door de toepassing. We kunnen dat ook zo uitdrukken: het systeem is "dynamisch", niet "statisch" te zien.'

44. In plaats van 'waarden' zou men ook kunnen spreken van 'doelen' of 'functies'. Vgl. het preadvies van collega Voermans.

45. Vgl. Rummelink 1996, p. 65: 'Kortom, elk woord vraagt uitleg (...) en iedere aflevering van de NJ bevestigt deze stelling.'

analogie een wettelijke norm uit zijn verband zou worden getrokken en de rechtszekerheid op het spel komt te staan. De huiver voor de analogie is diep geworteld.⁴⁶ Tegelijkertijd wordt onderkend dat een duidelijke grens tussen een (niet-toegelaten) analogische uitleg en een (aanvaardbare) extensieve uitleg niet valt te trekken, juist omdat de woorden van de wet geen eenduidige betekenis hebben. Het legistische streven naar rechtszekerheid door middel van een strikte binding aan de wet wordt aldus tegenover de hermeneutische onvermijdelijkheid van de relatieve onbepaaldheid van de wettelijke norm gesteld. Maar het is uiteindelijk van tweeën één. Ook al wordt dat niet altijd even scherp onderkend en soms zelfs gemaskeerd, toch lijkt de juridisch-hermeneutische benadering in de moderne dogmatiek de overhand te hebben. Hoe krachtig het belang van rechtszekerheid ook wordt onderstreept en hoe hoog dat belang als ideaal wordt aangeslagen,⁴⁷ het besef is alom aanwezig – ook al wordt dat niet altijd expliciet tot uitdrukking gebracht – dat de wet voor meerdere uitleg vatbaar is, dat de contouren van materieel-strafrechtelijke normen zich aftekenen in en door de toepassing van de normen in concrete gevallen en dat in ieder geval een zekere marge bestaat om bij de uitleg van de wet allerhande – ook door de wetgever onvoorziene – feitelijke omstandigheden of maatschappelijk ontwikkelingen te verdisconteren.⁴⁸

Voorts kan nog worden gewezen op het belang dat wordt gehecht aan de noodzaak tot bescherming van fundamentele rechten van burgers door middel van het strafrecht. Mede in het licht van Straatsburgse jurisprudentie⁴⁹

46. Ook in de rechtspraak van het EHRM, waarin toch vooral de juridisch-hermeneutische positie doorklinkt, lijkt analogische interpretatie vrij stellig te worden afgewezen. Vgl. bijvoorbeeld EHRM 17 mei 2010, Kononov tegen Litouwen, appl.nr. 36376/04, overweging 185, waarin het EHRM in relatie tot artikel 7 EVRM spreekt over 'the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy'. De huiver voor de analogie is uiteraard niet los te zien van het autoritaire denken in de periode voorafgaand aan de Tweede Wereldoorlog en het belang dat daarbinnen werd toegekend aan de analogische interpretatie. Zie hierover Jansen 2006. Vgl. ook Groenhuijsen & Wienans 1989, p. 49-53, 57-64.

47. Vgl. ook Claes 2003, p. 201.

48. Dat neemt overigens op zichzelf niet weg dat men nog wel van een analogieverbod zou kunnen blijven spreken, maar alsdan wordt daarmee niet méér tot uitdrukking gebracht dan dat de interpretatievrijheid van de strafrechter niet onbegrensd is en dat (daarom) de rechter niet een dusdanige betekenis aan wettelijke termen mag verlenen dat daarmee de wettelijke norm volledig uit zijn context wordt geplaatst. Vgl. Claes 2003, p. 158, 210-211, 282.

49. Uit de Straatsburgse rechtspraak blijkt dat het EHRM bij de toetsing aan artikel 7 EVRM ermee rekening houdt of de nationale rechter met de ruime uitleg die is gegeven aan een delictomschrijving, mede heeft beoogd bescherming te bieden tegen de schending van fundamentele rechten van burgers. Zie daarover onder andere Bleichrodt 2006, p. 655. Voorts spelen hier de zogeheten positieve verplichtingen een rol (zie daarover Vellinga-Schootstra & Vellinga 2008, p. 30-33), al is de betekenis daarvan voor de rechterlijke interpretatie vooralsnog niet glashelder (vgl. De Hullu 2009, p. 108, voetnoot 314). Vgl. uitvoerig nader over de betekenis van positieve verplichtingen voor het strafrecht Van Kempen 2008.

wordt in de hedendaagse literatuur veelal benadrukt – al verschillen de meningen over de mate waarin dit moet geschieden – dat bij de rechterlijke interpretatie van delictomschrijvingen niet alleen aandacht moet worden geschonken aan de rechtszekerheid van de verdachte, maar ook aan de rechtszekerheid van burgers dat hun fundamentele rechten worden gewaarborgd en gehandhaafd.⁵⁰ In de rechtspraak lijkt deze opvatting eveneens voet aan de grond te hebben gevonden, ook al wordt dat niet *expressis verbis* tot uitdrukking gebracht.⁵¹ Waar het in de kern om gaat, is dat bij de uitleg van bepaalde strafbaarstellingen – bijvoorbeeld waar het gaat om zedendelicten – de nadruk wordt gelegd op het doel en de strekking van een strafbaarstelling, waarin veelal de te beschermen rechten tot uitdrukking komen. Hiermee wordt overigens het begrip rechtszekerheid in een bredere context geplaatst. Het gaat niet uitsluitend om de zekerheid van de burger dat hij wordt beschermd tegen willekeurig overheidsoptreden. Het gaat ook om de zekerheid van de burger dat de overheid kan en zal optreden wanneer hij in zijn rechten wordt aangetast. Daardoor wordt niet de bijl aan de wortels van het legaliteitsbeginsel gelegd. Maar deze bredere benadering van het begrip rechtszekerheid brengt met zich dat de grenzen van de interpretatievrijheid van de rechter wat ruimer (mogen) worden getrokken.⁵²

3.3 *Het basismodel opnieuw bezien*

Wat kan op grond van het vorenstaande overzicht worden vastgesteld? Duidelijk is in ieder geval dat de waarden die ten grondslag liggen aan het legaliteitsbeginsel – rechtszekerheid, voorzienbaarheid, rechtsbescherming –, niet eenvoudig zijn te realiseren. De reden daarvoor is niet gelegen in het feit dat die waarden geen erkenning zouden vinden. Waar het om gaat, is dat het realiseren van deze waarden soms niet goed mogelijk lijkt of blijkt te zijn en soms – rekening houdende met andere belangen – niet onverkort wenselijk wordt bevonden. Tegen die achtergrond kan worden geconsta-

50. Zie hierover in het bijzonder Rozemond 1999 (die in dit verband spreekt over de rechtenconceptie van legaliteit) en Loth 1999. Vgl. voorts Kool 1999, p. 159-160 en Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 23-24. Een nadere uitwerking op rechtstheoretisch niveau treft men aan bij Claes 2003, p. 373-503 (waarin hij een zogeheten rechtsethisch model van het strafrecht presenteert en analyseert). Kritische kanttekeningen zijn – naar aanleiding van de door Rozemond gepresenteerde rechtenconceptie – geplaatst door Van Klink 2001, p. 220 en Brouwer 2003, p. 75-77. Die kanttekeningen strekken ertoe dat men niet mag doorschieten door de binding van de wet (volledig) ondergeschikt te maken aan de bescherming van fundamentele rechten van slachtoffers.

51. Vgl. nader Rozemond 1999, p. 121-123 (in relatie tot enkele arresten die betrekking hebben op zedendelicten) en Cleiren 2008, p. 302, 305 (naar aanleiding van het mensenroofarrest).

52. Vgl. onder andere Claes 2003, p. 465-466.

teerd dat het beeld van de taak en de positie van wetgever en rechter moet worden bijgesteld ten opzichte van het beeld daarvan zoals dat voortvloeit uit het besproken, legistisch georiënteerde basismodel. Vooral de positie van de rechter blijkt prominenter te zijn dan het basismodel suggereert, omdat de rechter een belangrijke rol speelt bij de (nadere) bepaling van de inhoud van strafrechtelijke normen. Daarmee is tegelijkertijd gezegd dat de rol van de wetgever minder dominant blijkt te zijn dan in het basismodel wordt aangenomen. Anders gezegd: het besproken basismodel is vooral een theoretisch model dat kan worden geformuleerd op grond van de uit het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel voortvloeiende principes of deelnormen. Hoewel in verschillende opvattingen in de literatuur wel tot op zekere hoogte dit basismodel doorklinkt – of daar in elk geval lippen-dienst aan wordt bewezen –, sluit dat model al met al niet goed aan bij de praktijk van wetgeving en rechtspraak, terwijl dit basismodel ook niet (goed) verenigbaar is met moderne opvattingen omtrent de openheid van de woorden van de wet en de daaruit voortvloeiende noodzaak van (rechterlijke) interpretatie van de wet aan de hand van concrete gevallen.

Wellicht zou men het als volgt kunnen zien. De wetgever kan worden beschouwd als de leverancier van de bouwstenen waarmee de rechter werkt: de tekst van de wet, de wetsgeschiedenis, de wetssystematiek alsmede het doel en de strekking van de wet. Weliswaar heeft de rechter het te doen met deze bouwstenen, maar het ligt in handen van de rechter hoe het bouwwerk – de constructie – eruit komt te zien. Daarbij heeft de rechter nogal wat vrijheid, ook omdat de bouwstenen op zichzelf een zekere flexibiliteit vertonen en daardoor meerdere constructies toelaten. Want wat bijvoorbeeld precies volgt uit de wetsgeschiedenis of hoe het doel en de strekking van een strafbaarstelling exact moeten worden geduid, is zelf ook weer voorwerp van rechterlijke interpretatie. Bovendien zullen de diverse bouwstenen ook niet altijd goed op elkaar passen en dan staat de rechter voor de keuze met welke stenen hij wel en niet aan de slag gaat. Het gaat voorts niet om eenmalige bouwactiviteiten, maar om een doorlopend constructieproces. Dat proces verloopt tegen de achtergrond van veranderende – maatschappelijke en technologische – omstandigheden en in het licht van de concrete feiten en omstandigheden van het geval. Bovendien gaat het niet om een geïsoleerde activiteit, maar moet het bouwwerk passen binnen het grotere raamwerk van het recht en moet er dus rekening worden gehouden met andere juridische constructies. Zonder nu te willen beweren dat in elke concrete strafzaak de complexiteit van het constructieproces naar voren komt,⁵³ mag het duidelijk zijn dat de concrete vormgeving van de strafrechtelijke aansprakelijkheid zoals deze voortvloeit uit een delictsom-

53. Het 'rechtssvinderssyndroom' ligt immers op de loer. Vgl. daarover Vranken 1995, p. 54-57.

schrijving, voor een niet onbelangrijk deel in handen van de rechter ligt en dat dus ook op het terrein van het materiële strafrecht sprake is van een ‘open systeem’.

In dit licht is het eigenlijk niet passend om de relatie tussen wetgever en rechter aan te duiden als een verticale verhouding. Daarvoor is de stempel die de rechter drukt op de betekenis van materieel-strafrechtelijke normen te groot. Maar daarmee is nog niet gezegd hoe die relatie dan wél kan worden geduid. Het is ook nog te vroeg om dat te doen. Eerst moet worden bezien hoe de strafrechter pleegt om te gaan met – wat ik maar aanduid als – problematische wettelijke normen, dat wil zeggen met normen die vanwege hun vage, open of ruime formulering de rechter confronteren met de vraag hoe hij de grenzen van de wet en daarmee de grenzen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid trekt. Hoe positioneert de rechter zich dan ten opzichte van de wetgever?

4 Vage strafbaarstellingen

4.1 Wat zijn vage strafbaarstellingen?

In zijn boek *Thinking like a lawyer* onderscheidt Schauer ‘two types of indeterminacy’.⁵⁴ De eerste vorm – de andere vorm komt in paragraaf 5 aan de orde – heeft betrekking op een ‘vague or imprecise statute that furnishes virtually no answers by itself’.⁵⁵ Het gaat hierbij om het hanteren van open of vaag geformuleerde begrippen, waardoor er sprake is van ‘pervasive statutory vagueness’. De invulling van dergelijke begrippen ‘requires an exercise of judicial discretion or at least some recourse to purpose, intent, justice, equity, or something else’.⁵⁶ Het standaardvoorbeeld van een vage strafrechtelijke norm uit de (Nederlandse) strafrechtelijke literatuur kan heel goed in deze categorie worden geplaatst. Dat voorbeeld betreft de norm: ‘het is verboden om op enig gedeelte van de stations of in de treinen te vechten, handtastelijkheden te plegen, vuurwerk af te steken, anderen uit te schelden of lastig te vallen *dan wel zich op andere wijze onbehoorlijk te gedragen*’.⁵⁷ De cursief weergegeven norm is zo vaag en open geformuleerd – ‘gij zult zich niet onbehoorlijk gedragen’ – dat deze op zichzelf nauwelijks houvast biedt. Toepassing van een dergelijke norm

54. Schauer 2009, p. 162-163.

55. De tweede vorm komt in paragraaf 5 aan de orde.

56. Schauer geeft als voorbeeld het gebruik van formules als ‘in the best interest of the child’, ‘hazardous products’ en ‘dangerous animals’.

57. Artikel 4 Algemeen Reglement Vervoer (oud), zoals dat aan de orde was in HR 2 april 1985, *NJ* 1985, 796.

is alleen mogelijk indien anderszins valide aanknopingspunten worden verschaft voor de uitleg van deze norm.

4.2 *Toepassing van het bepaaldheidsgebod*

In paragraaf 3 is reeds aangestipt dat klachten van de strekking dat een strafbaarstelling althans bestanddelen daarvan zo vaag is geformuleerd dat deze strafbaarstelling wegens strijd met het legaliteitsbeginsel onverbindend moet worden geacht, vrijwel nooit worden gehonoreerd. Uit de aldaar geciteerde overweging uit het kruisla-arrest blijkt dat de Hoge Raad het bepaaldheidsgebod erkent als een uit het legaliteitsbeginsel voortvloeiende rechtsnorm. Dat gebod strekt ertoe dat delictsomschrijvingen ‘op een zo duidelijk mogelijke wijze’ worden omschreven. Tegelijkertijd maakt de Hoge Raad klip en klaar dat een zekere vaagheid niet ontoelaatbaar is: die vaagheid heeft praktische voordelen en is ook niet altijd vermijdbaar. De kous is daarmee af voor de Hoge Raad. Van een daadwerkelijke *toetsing* of de ter discussie gestelde norm wellicht concreter of specifiekier had kunnen of moeten worden geformuleerd, dan wel of de norm dermate vaag is dat deze vanwege strijd met het bepaaldheidsgebod onverbindend moet worden verklaard, is geen sprake. Een toelichting waarom – gelet op de aard en de (mogelijke) verschijningsvormen van de te bestrijden gedragingen alsmede de noodzaak om regelgeving niet al te gedetailleerd te maken – de vaagheid van de ter discussie staande delictsomschrijving onvermijdelijk is, wordt ook niet gegeven. Op de keper beschouwd doet de Hoge Raad een beroep op het bepaaldheidsgebod telkens af met vergelijkbare, in de kern weinig specifieke overwegingen.⁵⁸

De Hoge Raad besteedt wel expliciet aandacht aan de vraag of de ter discussie gestelde norm ‘voldoende concreet is om de burger in staat te stellen zijn gedrag daarop af te stemmen’.⁵⁹ Bij de wijze waarop dat gebeurt, kunnen evenwel vraagtekens worden geplaatst. Zo valt het op dat de Hoge Raad nogal eens genoeg neemt met een gedeeltelijke concretisering van de bestreden delictsomschrijving. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van zojuist reeds genoemde norm: ‘het is verboden om op enig gedeelte van de stations of in de treinen te vechten, handtastelijkheden te plegen, vuurwerk af te steken, anderen uit te schelden of lastig te vallen *dan wel zich op andere wijze onbehoorlijk te gedragen*’. De Hoge Raad heeft de klacht dat het geccursiveerde gedeelte van deze bepaling ontoc-

58. Zie HR 8 maart 1994, *NJ* 1994, 412, HR 20 oktober 1998, *NJ* 1999, 48, HR 1 september 1998, *NJ* 1999, 61, HR 5 december 2000, *NJ* 2001, 98, HR 28 mei 2002, *NJ* 2002, 483 en HR 28 maart 2006, *NJ* 2006, 237. Vgl. ook HR 16 oktober 1990, *NJ* 1991, 442 m.nt. C.

59. HR 8 maart 1994, *NJ* 1994, 412, HR 20 oktober 1998, *NJ* 1999, 48, HR 28 mei 2002, *NJ* 2002, 483 en HR 28 maart 2006, *NJ* 2006, 237.

laatbaar vaag is, verworpen met onder andere het argument dat ‘evenbedoelde norm in zoverre is geconcretiseerd dat het gaat om gedrag op de stations en in de treinen’.⁶⁰ Een soortgelijk argument wordt ook gebezigd in andere arresten.⁶¹ De vraag is evenwel wat de aanduiding van de locatie bijdraagt aan de concreetheid van de (vaag omschreven) gedraging.⁶² Waarom zou het in stations en treinen eerder duidelijk zijn of er sprake is van onbehoorlijk gedrag dan daarbuiten? Daarover zegt de Hoge Raad niets.⁶³

Een ander argument dat de Hoge Raad bezigt in het kader van de vraag of een delictomschrijving voldoende houvast biedt, betreft de mogelijkheid voor de betrokkene om zich te laten adviseren over de inhoud van relevante gedragsnormen. Dit argument komt, toegespitst op professionele marktdeelnemers, tot uitdrukking in het eerder genoemde krulsla-arrest. Maar wordt het probleem van de vaagheid van de norm daarmee opgelost? Geenszins, want voor de adviseur is de norm net zo vaag als voor degene die het advies inwint. De mogelijkheid van het inwinnen van advies is wel in een ander verband van belang, namelijk waar het gaat om de vraag wat men van de burger verlangt indien hij zich geconfronteerd ziet met onduidelijke normen.⁶⁴ In die situatie kan consultatie van een (kundige) adviseur in beginsel een nuttige rol spelen. De adviseur kan immers aangeven in welke context de norm tot stand is gekomen en in hoeverre de norm reeds nader is geconcretiseerd in de rechtspraak. Daarmee is tegelijkertijd gezegd dat indien die context geen duidelijkheid verschaft en relevante rechtspraak ontbreekt, de adviseur weinig anders kan doen dan de vaagheid van de norm te bevestigen.⁶⁵

Al met al kan dus worden geconstateerd dat het bepaaldheidsgebod geen rol van betekenis speelt in de rechtspraak van de Hoge Raad.⁶⁶ Er wordt heel gemakkelijk aangenomen dat een vaag geformuleerde delictsom-

60. HR 2 april 1985, *NJ* 1985, 796.

61. HR 1 september 1998, *NJ* 1999, 61, HR 28 mei 2002, *NJ* 2002, 483 en HR 28 maart 2006, *NJ* 2006, 237.

62. Vgl. ook Groenhuijsen 1987, p. 17 en Visser 2001, p. 17.

63. Hetgeen niet uitsluit dat in die locatie een *begin* van een antwoord zou kunnen worden gevonden, in die zin dat de strafbaarstelling vooral beoogt de belangen van de gebruikers van stations en treinen te beschermen. In het vervolg van de hoofdttekst komt dit aan de orde.

64. Zie nader paragraaf 7.

65. Alleen al vanwege mogelijke beroepsaansprakelijkheid zal een (verstandige) adviseur zich niet, althans niet zonder voorbehouden en exoneration, wagen aan een nadere uitleg van de norm.

66. Vgl. ook Visser 2001, p. 444. Ook het EHRM is zeer terughoudend met het oordeel dat de toepassing van een vaag geformuleerde delictomschrijving in strijd komt met artikel 7 EVRM. Zie voor een uitzondering hierop EHRM 25 juni 2009, *Liivik tegen Estland*, appl.nr. 12157/05, overweging 95.

schrijving voldoende houvast voor de burger verschaft.⁶⁷ Bovendien wordt er feitelijk niet getoetst of de vaagheid van de ter discussie gestelde strafbaarstelling noodzakelijk of onvermijdelijk is en dus of een meer concrete formulering niet aangewezen of onmogelijk zou zijn geweest. Dit laatste wekt wellicht in zoverre geen verbazing dat de Hoge Raad blijkens het in paragraaf 3 opgenomen citaat uit het kruisla-arrest het bepaaldheidsgebod eigenlijk alleen in verband brengt met de voorzienbaarheid. Kennelijk ziet de Hoge Raad geen relatie tussen enerzijds het bepaaldheidsgebod en anderzijds de afbakening van de positie van wetgever en rechter, in die zin dat van de wetgever dusdanig duidelijke wettelijke normen worden verlangd dat een al te grote eigen inbreng van de rechter in de duiding van de betekenis van die wettelijke normen niet aan de orde is en dat daarom de norm niet alleen voor de burger, maar ook voor de rechter voldoende concreet moet zijn. Anders gezegd: in de rechtspraak van de Hoge Raad komt, in reactie op klachten omtrent schending van het bepaaldheidsgebod,⁶⁸ niet het argument naar voren dat het niet aan de rechter, maar aan de wetgever is om nader af te bakenen waar de grens ligt tussen toelaatbare en niet-toelaatbare gedragingen.⁶⁹

4.3 *Het operationaliseren van vage strafbaarstellingen*

Het valt op dat de Hoge Raad betrekkelijk weinig aandacht besteedt aan de vraag hoe de bestreden norm in concrete zaken, praktisch gezien, kan worden geoperationaliseerd.⁷⁰ Zou deze vraag niet een meer prominente rol

67. Zie in dit verband ook nog HR 20 oktober 1998, *NJ* 1999, 48. In deze zaak wordt door de verdediging gesteld dat de delictomschrijving van artikel 197a Sr (het uit winstbejag behulpzaam zijn van illegaal in Nederland verblijvende personen) in strijd is met het bepaaldheidsgebod. De Hoge Raad overweegt onder andere dat 'onder de feitelijke omstandigheden die het Hof heeft vastgesteld (...) het ook voor de verdachte duidelijk [moet] zijn geweest dat haar handelen medeplegen van het misdrijf van art. 197a Sr opleverde'. Deze overweging gaat naar mijn mening langs de kern van de zaak heen. De vraag is immers primair of de delictsbestanddelen voldoende concreet zijn – of in voldoende mate geconcretiseerd kunnen worden – om te kunnen worden toegepast op die feitelijke omstandigheden. Dat de betekenis van een norm mede door de feiten wordt bepaald, doet er niet aan af dat de norm op zichzelf voldoende richtinggevend moet zijn om als gedragsnorm te kunnen fungeren.

68. Een verwijzing naar de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter komt men soms wel in een ander verband tegen, namelijk wanneer een bepaalde interpretatie op zichzelf mogelijk zou zijn, maar de rechter de keuze daarvoor aan de wetgever wil laten. Vgl. bijvoorbeeld HR 7 januari 1997, *NJ* 1997, 361 m.nt. 'tH.

69. In de Duitse dogmatiek en constitutionele rechtspraak wordt het *Bestimmtheitsgebot* juist nauw in verbinding gebracht met het *Gesetzesvorbehalt*. Zie daarover, met verdere verwijzingen, Jescheck & Weigend 1996, p. 136-137.

70. Overigens wordt in de hier relevante zaken waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld, doorgaans niet geklaagd over een onjuiste rechtstoepassing, maar richt het middel zich meer algemeen op de strijd met het bepaaldheidsgebod. In dat opzicht laat de verdediging nog wel eens mogelijkheden liggen.

moeten spelen? Immers, indien wordt geoordeeld dat een norm als 'geen onbehoorlijk gedrag op stations en in treinen' geen ontoelaatbare vage en dus een verbindende norm is, moet deze norm 'gewoon' worden toegepast. Maar hoe krijgt dat dan gestalte? Hoe stelt de rechter vast of een gedraging 'onbehoorlijk' is geweest?

Het feit dat de norm een zekere (onvermijdelijke) vaagheid kent, sluit op zichzelf niet uit dat aanknopingspunten kunnen worden verschaft voor de toepassing van die norm. Dit betekent dat, indien wordt aangevoerd dat sprake is van een (ontoelaatbaar) vage norm, de aandacht primair moet worden gericht op de vraag of voldoende aanknopingspunten – in het bijzonder in de vorm van de tekst van de wet, de wetsgeschiedenis, de wets-systematiek alsmede het doel en de strekking van de wet – beschikbaar zijn voor de toepassing van de norm in het concrete geval. Waar het gaat om onbehoorlijk gedrag op stations en in treinen, zou er bijvoorbeeld op kunnen worden gewezen dat het gaat om een norm die 'een speciaal soort ordelijkheid in het belang van de veiligheid en van het gerief van de andere reizigers' beoogt te bewaken.⁷¹ Deze strekking laat zich eenvoudig construeren aan de hand van de in de desbetreffende bepaling wél concreet genoemde gedragingen (vechten, handtastelijkheden te plegen, vuurwerk af te steken, anderen uit te schelden of lastig te vallen).⁷² Gelet daarop is – zo kan worden betoogd – van onbehoorlijk gedrag eerst dan sprake indien het gaat om een gedraging die de veiligheid van andere reizigers in gevaar brengt of die de rust van andere reizigers aanmerkelijk verstoort.⁷³ Van een heel scherpe norm is daarmee nog geen sprake, maar deze invulling geeft wel meer richting dan louter de norm dan men zich op stations en in treinen niet onbehoorlijk mag gedragen. Dergelijke concretiseringen zijn ook mogelijk ten aanzien van andere normen waarvan de geldigheid wordt bestreden met een beroep op het bepaaldheidsgebod.⁷⁴

71. Aldus A-G Leijten in zijn conclusie voor HR 2 april 1985, *NJ* 1985, 796.

72. Vgl. over deze wijze van concretisering Visser 2001, p. 43, 100-101, 427-428.

73. In zoverre speelt de concretisering naar de plaats nog wel een rol, maar dan als *vertrekpunt* van de redenering. Uit het feit dat het gaat om gedragingen op de stations en in de treinen, wordt afgeleid dat de bescherming van de belangen van reizigers wordt beoogd. Daarmee is een eerste stap in de duiding van de norm gezet. Vgl. voor een vergelijkbare benadering, maar dan in relatie tot (het huidige) artikel 5 WvW 1994, Simmelink 1991, p. 53-54 en Simmelink 1995, p. 286-289. Ook in de benadering van Simmelink is de concretisering naar de plaats (niet meer dan) het begin van de concretisering van de norm.

74. Vgl. de wijze waarop A-G Vellinga in (onderdeel 15 van) zijn conclusie voor HR 28 maart 2006, *NJ* 2006, 237 heel praktisch uiteenzet hoe de verbodsbepaling van artikel 78 APV 's-Gravenhage 1982 moet worden begrepen. Ter zijde wijs ik op HR 15 juni 2010, *NJ* 2010, 362. Hoewel in deze zaak geen beroep is gedaan op het bepaaldheidsgebod, brengt de Hoge Raad het verbod op het 'zich hinderlijk gedragen' uit de APV Utrecht in verband met het, in de toelichting op de APV toegelichte, doel van deze bepaling, namelijk het bestrijden van verstoringen van de openbare orde. Daarin ligt een zekere concretisering (en aanscherping) van de verbodsnorm besloten.

Men belandt hier in feite bij de lakmoesproef. Is het mogelijk om aanknopingspunten aan te wijzen aan de hand waarvan de wettelijke norm kan worden geoperationaliseerd, dan maakt juist dát de norm minder problematisch en is om die reden van schending van het bepaaldheidsgebod geen sprake. Indien het mogelijk is relevante aanknopingspunten te benoemen, wordt tegelijkertijd meer zicht verschaft op de reikwijdte van de strafbaarstelling. Daarmee wordt voor de toekomst meer duidelijkheid verschaft in welke gevallen die strafbaarstelling van toepassing zal zijn.⁷⁵ Indien het niet mogelijk is de benodigde aanknopingspunten te verschaffen, rest geen andere conclusie dan dat het om een norm gaat waaraan redelijkerwijs geen toepassing kan worden gegeven. Daarmee wordt dan tevens een duidelijk signaal aan de wetgever afgegeven: er dient een andere, beter toepasbare delictomschrijving te komen.

De hier voorgestane benadering strekt er dus toe dat niet overwegend op een abstracte wijze wordt gekeken naar de geoorloofdheid van de vage formulering van een strafrechtelijke norm of naar de mate waarin die norm enigerlei houvast biedt. Dat de norm open of ruim is geformuleerd, is op zichzelf niet bijster interessant. Er zou daarentegen veel concreter moeten worden onderzocht of, en zo ja: op welke wijze, de ter discussie gestelde strafbaarstelling zich laat operationaliseren.⁷⁶ Blijkt dat mogelijk te zijn, dan kan worden vastgesteld dat de norm voldoet aan de eis van 'minimale gedragsleidende betekenis'.⁷⁷ En dat is dan de reden dat de rechtszekerheid niet in het geding is.

75. Het EHRM kijkt bij de beoordeling van de voorzienbaarheid niet alleen naar de bewoordingen van de wet, maar ook naar de interpretatie van de norm in de rechtspraak. Zie onder andere EHRM 25 mei 1993, Kokkinakis tegen Griekenland, appl.nr. 14307/88, overwegingen 40 en 52 alsmede EHRM 17 september 2009, Scoppola tegen Italië (no. 2), appl.nr. 10249/03, *FCHR* 2009, 123 m.nt. C. Peristeridou & T. Spronken, *AB* 2010, 102 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, overweging 101. Vgl. in dit verband HR 5 december 2000, *NJ* 2001, 98, waarin een beroep op de onbepaaldheid van 'schennis van de eerbaarheid' wordt afgewezen onder andere met een verwijzing naar de uitleg van artikel 239 Sr in eerdere rechtspraak van de Hoge Raad. Vgl. voorts, in verband met de uitleg van 'listige kunstgrepen' in artikel 326 Sr, onderdeel 4 van de noot van Keijzer onder HR 4 april 2006, *NJ* 2006, 398. De Hoge Raad verwijst in dit arrest zelf niet naar eerdere rechtspraak.
76. Interessant in dit verband zijn de zogeheten zorgplichtbepalingen, waarin veelal betrekkelijk vage termen voorkomen. De studie van Visser maakt duidelijk dat die vage termen zich in veel gevallen laten concretiseren, bijvoorbeeld aan de hand van een (niet-limitatieve) opsomming van verboden gedragingen of de duiding van het gevolg dat de gedraging teweeg moet brengen. Zie Visser 2001, p. 441-444.
77. Vgl. Claes 2003, p. 199, 204, 210, 278-279, 463-464. Claes ontleent de term 'gedragsleidende betekenis' aan Loth 1999. Zie nader over de (mogelijke) gedragsleidende betekenis van vaag of open geformuleerde normen Waldron 2010.

Met de hier beschreven werkwijze wordt van de rechter niet verwacht dat hij het werk van de wetgever volledig overneemt.⁷⁸ Op de keper beschouwd doet de rechter niet meer dan het onderzoeken of de aan de verdachte verweten gedraging kan worden bewezen en zich ook laat kwalificeren als een strafbare gedraging. Daartoe wordt in kaart gebracht of voldoende aanknopingspunten voorhanden zijn om een dusdanige nadere invulling van de norm te geven dat deze zich laat toepassen op de concrete feiten en omstandigheden van het geval. Voorts wijs ik erop dat, ook indien een dergelijke nadere invulling mogelijk is, niet is uitgesloten dat de verdachte een geslaagd beroep kan doen op rechtsdwaling, omdat zich bijzondere omstandigheden voordoen die met zich brengen dat – niettegenstaande de minimale gedragsleidende betekenis van de norm – voor *deze* verdachte (toch) niet voorzienbaar was dat hij strafbaar zou handelen. Anders gezegd: met de minimale gedragsleidende betekenis is de voorzienbaarheid in objectieve zin gegeven, maar niet noodzakelijkerwijs in subjectieve zin.⁷⁹

5 Vage randen van strafbaarstellingen

5.1 *Wat zijn de vage randen van strafbaarstellingen?*

Om verschillende redenen kunnen zich interpretatievragen voordoen bij de toepassing van (bestanddelen van) delictsomschrijvingen. Vaak heeft dat van doen met de vage, open of anderszins ruime formulering van de delictsomschrijving. Maar ook delictsomschrijvingen die op zichzelf tamelijk concreet zijn geformuleerd, kunnen leiden tot hoofdbreken. Hoe precies en concreet men ook een norm tracht te formuleren, er kunnen zich – op enig moment – feiten en omstandigheden voordoen waardoor vragen rijzen met betrekking tot de interpretatie van één of meer bestanddelen. Schauer omschrijft deze tweede vorm van ‘indeterminacy’ als volgt: ‘(...) words that seem precise, and words that *are* precise for most applications, will become imprecise in the context of some particular application.’ Hij spreekt daarom van de ‘vague edges of normally precise statutes’.⁸⁰ Delictsomschrijvingen bakenen in algemene bewoordingen af wanneer sprake is van strafbaarheid. Maar welke concrete gevallen onder die algemene

78. Vooruitlopend op paragraaf 8.2 merk ik op dat de activiteiten van enerzijds de wetgever en anderzijds de rechter zich niet volledig laten scheiden, maar die activiteiten vallen uiteraard ook niet geheel samen.

79. Zie nader paragraaf 7.

80. Schauer 2009, p. 163.

bewoordingen vallen, laat zich niet op voorhand zeggen. Dat blijkt pas in confrontatie met de feiten.⁸¹

Een voorbeeld van 'vague edges' betreft de delictsomschrijving van diefstal. In legio situaties zal nauwelijks discussie bestaan of sprake is van het wegnemen van een 'goed'. Maar zo nu en dan doen zich casus voor waarin daarover gerede twijfel kan bestaan. Circa tachtig jaar geleden deed zich bijvoorbeeld de vraag voor of elektriciteit een goed is.⁸² Tegenwoordig kan die vraag worden gesteld met betrekking tot een virtueel masker en amulet in de *online game* RuneScape.⁸³ De aanleiding voor discussie is in dergelijke gevallen niet alleen gelegen in de strikte bewoordingen van de strafbaarstelling. Het gaat vooral ook om de vraag welke betekenis die bewoordingen binnen de context van de strafbaarstelling plegen te hebben.⁸⁴ Juist wanneer men onder goed een tastbaar voorwerp meent te moeten begrijpen, is het problematisch om elektriciteit of een virtueel voorwerp als goed aan te merken. Dat ligt anders indien men in plaats van de tastbaarheid de (economische) waarde laat prevaleren. En zo kunnen nog meer gezichtspunten worden genoemd die relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een strafbare gedraging. Dit voorbeeld laat zien dat het bij dit tweede type van 'indeterminacy' vooral gaat om situaties waarin discussie over de betekenis van de bewoordingen van de wet door de specifieke omstandigheden van het voorliggende geval al snel verwordt tot een complex debat over het doel, de strekking en de reikwijdte van de wetelijke norm.

Het onderscheid dat Schauer aanbrengt tussen 'pervasive statutory vagueness' en 'vague edges of normally precise statutes',⁸⁵ is geen scherp onderscheid. Het gaat om een gradueel verschil. Dit laat zich illustreren aan de hand van de term 'ontuchtige handelingen' in de strafbaarstelling van diverse zedenmisdrijven.⁸⁶ In de commentaar van Noyon-Langemeijer-Remmelink worden de begrippen ontucht en ontuchtige handelingen aan-

81. Vgl. ook Groenhuijsen & Wiemans 1989, p. 115-116. In dit verband wordt veelal - in navolging van H.L.A. Hart - gesproken over de 'open texture' of 'open textuur' van termen. Zie Claes 2003, p. 385: 'De term "open textuur" verwijst naar het gegeven dat de bewoordingen van het misdrijf een afkorting zijn van een nooit volledig te vatten praktijk die door de strafrechter geval per geval dient te worden gearticuleerd.' Vgl. voorts, met nadere verwijzingen, Visser 2001, p. 45 en Claes 2003, p. 66-67, 120-124, 136-140, 385-387.

82. HR 23 mei 1921, *NJ* 1921, p. 564 m.nt. T.

83. Hof Leeuwarden 10 november 2009, *NJ* 2010, 616 m.nt. M.J. Borgers.

84. Vgl. 't Hart in zijn noot onder HR 11 mei 1982, *NJ* 1982, 583.

85. Schauer 2009, p. 163.

86. Een ander voorbeeld, dat ik verder niet uitwerk, betreft de strafbaarheid van geestelijke mishandeling. Mishandeling is een abstracte, maar geen intrinsiek vage term. Niettemin is het niet eenvoudig om te bepalen of geestelijke mishandeling onder de reikwijdte van de strafbaarstelling valt. Zie daarover Baaijens-van Geloven 2005.

geduid als vage norm.⁸⁷ Toch is deze norm niet zo vaag geformuleerd dat die geen enkele richting zou geven aan hetgeen onder het bereik van de norm valt. Naar normaal taalgebruik is van ontucht sprake indien seksuele handelingen worden gepleegd die tegen de heersende moraal ingaan. Een soortgelijke betekenis wordt ook in de wetsgeschiedenis tot uitgangspunt genomen: het gaat om seksuele handelingen die in strijd met de sociaal-ethische norm zijn.⁸⁸ Dat geeft op zichzelf houvast. Zo zal het weinig discussie opleveren dat het betasten van borsten of geslachtsdelen in principe een ontuchtige handeling oplevert. In die zin zou men kunnen zeggen dat de term ontucht wel abstract, maar niet intrinsiek vaag is.⁸⁹ Tegelijkertijd is de term 'ontuchtige handelingen' ook weer niet zo concreet dat alleen in heel specifieke gevallen de 'vague edges' van de strafbaarstelling op de voorgrond treden. Juist omdat de sociaal-ethische acceptatie een rol speelt, is er een behoorlijke marge waarbinnen verschil van inzicht kan bestaan met betrekking tot de reikwijdte van deze strafrechtelijke norm.⁹⁰

5.2 *Hoe gaat de rechter om met vage randen?*

Met betrekking tot strafbaarstellingen die 'vague edges' kennen, speelt niet de discussie of die strafbaarstellingen onverbindend (kunnen) zijn wegens strijd met het bepaaldheidsgebod.⁹¹ Dat ligt ook voor de hand juist omdat in het leeuwendeel van de gevallen de toepassing van dergelijke strafbaarstellingen betrekkelijk onproblematisch is. Alleen in grensgevallen rijzen er complexe interpretatievragen, waarbij de betekenis van de woorden van de wet nadere duiding behoeft. Op zich gaat het hier om een normale rechterlijke activiteit: het uitleggen van de reikwijdte van een wettelijke norm, mede aan de hand van de wetsgeschiedenis, de wetssystematiek alsmede

87. Noyon-Langemeijer-Rommeling (losbladig), Inleiding op Titel XIV, aantekening 7 (bewerkt door Machiels). Vgl. ook Kool 1992 en Keijzer in onderdeel 3 van zijn noot onder HR 30 maart 2010, *NJ* 2010, 376. De term 'ontuchtige handelingen' treft men aan in artikel 245, 246, 247, 248a, 248b en 248c Sr.

88. *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 3, p. 2.

89. Vgl. over het onderscheid tussen abstract en vaag Visser 2001, p. 46.

90. Vgl. Buruma in zijn noot onder HR 10 november 2009, *NJ* 2010, 599. Illustratief is de in paragraaf 5.2.2 nader te bespreken zaak waarin de Hoge Raad een oordeel heeft moeten vellen over – kort gezegd – het ontuchtige karakter van trioseks tussen een 15-jarig meisje, een 16-jarige jongen en een 17-jarige jongen.

91. Ook in de rechtspraak van het EHRM wordt het bestaan van dergelijke strafbaarstellingen niet problematisch bevonden. Vgl. EHRM 28 oktober 1996, *Cantoni* tegen Frankrijk, appl.nr. 17862/91, overweging 32, waarin wordt ingegaan op het type strafbaarstelling dat 'grey areas at the fringes of the definition' en een 'penumbra of doubt in relation to borderline facts' kent. Een dergelijke strafbaarstelling is niet overeenigbaar met artikel 7 EVRM 'provided that it proves to be sufficiently clear in the large majority of cases'. Vgl. nader Crommesteek & Dhont 2004, p. 671-672 en Bleichrodt 2006, p. 655.

het doel en de strekking van de wet. Niettemin vallen bij de bestudering van de rechtspraak twee zaken op. Allereerst gaat het om de stelligheid waarmee de Hoge Raad in sommige zaken de uitkomst van het interpretatieproces onderbouwt, met als gevolg dat de complexiteit van dit proces aan het zicht wordt onttrokken. Ten tweede kan worden gewezen op de soms relatief geringe mate waarin casuïstische redeneringen worden uitgewerkt. Ik licht beide observaties nader toe.

5.2.1 Eerste observatie: stellige presentatie van de uitkomst

Een goed voorbeeld van een uitspraak waarin de uitkomst van het interpretatieproces nogal stellig wordt gepresenteerd, betreft het tongzoenarrest.⁹² In dit arrest wordt aan het bestanddeel 'sexueel binnendringen van het lichaam' onmiskenbaar een extensieve uitleg gegeven door het geven van een tongzoen – het brengen en het houden van de tong in de mond van een ander – onder de reikwijdte van dit bestanddeel te trekken, waardoor het onder omstandigheden mogelijk is om het geven van een tongzoen als verkrachting te kwalificeren.⁹³ Onder verwijzing naar een eerder arrest uit 1994⁹⁴ overweegt de Hoge Raad dat de wetsgeschiedenis 'dwingt (...) tot de opvatting dat de wetgever voor wat de toepassing van art. 242 Sr betreft geen beperking heeft willen aanbrengen in de wijze waarop het lichaam is binnengedrongen.' De Hoge Raad wijst daarbij op de ratio van deze strafbaarstelling, namelijk de bescherming van de (seksuele) integriteit van het lichaam, terwijl hij voorts overweegt dat een differentiatie naar de wijze waarop het lichaam wordt binnengedrongen alsmede naar de aard en de ernst van dat binnendringen, 'op gespannen voet zou staan met de eisen die vanuit het oogpunt van rechtszekerheid aan de afgrenzing van de desbetreffende strafbepaling mochten worden gesteld'.

Op de dwingendheid van de wetsgeschiedenis valt het één en ander af te dingen. Een analyse van die wetsgeschiedenis brengt A-G Machielse tot een andere conclusie dan de Hoge Raad: 'Het komt mij voor dat alleen die vormen van sexueel binnendringen die objectief gezien als even strafwaardig worden ervaren als de 'oude' verkrachting [waarbij het ging om vleeselijke gemeenschap; MJB] met die verkrachting gelijk kunnen worden gesteld.'⁹⁵ Waarin nu precies de discrepantie is gelegen tussen enerzijds de uitleg van de wetsgeschiedenis door de Hoge Raad (in de uitspraak uit 1994) en anderzijds de wetshistorische duiding van A-G Machielse, laat ik

92. HR 21 april 1998, *NJ* 1998, 781 m.nt. JdH.

93. 'De spankracht van dit woord [verkrachting; MJB] wordt aldus (...) zeer op de proef gesteld', aldus Noyon-Langemeijer-Remmelink (losbladig), aantekening 6 op artikel 242 Sr (bewerkt door Machielse).

94. HR 22 februari 1994, *NJ* 1994, 379.

95. Zie onderdeel 5.7 van de conclusie voor HR 21 april 1998, *NJ* 1998, 781 m.nt. JdH.

omwille van de omvang van dit preadvies in het midden. Veelzeggend is evenwel de volgende opmerking van annotator De Hullu: ‘Nu kan men van de desbetreffende wetsgeschiedenis veel zeggen – als men vriendelijk gestemd is, noemt men deze open en spannend, onvriendelijk uitgedrukt komen kwalificaties als onduidelijk en warrig in aanmerking –, maar men kan moeilijk met de Hoge Raad de wetsgeschiedenis als zo cenduidig en krachtig opvatten dat zij “dwingt” tot de opvatting dat de wetgever geen beperking heeft willen aanbrengen in de wijze waarop het lichaam is binnengedrongen.’⁹⁶

Ook de overige argumenten die de Hoge Raad bezigt, roepen vragen op. De strafbaarstelling van verkrachting is zonder twijfel gericht op de bescherming van de (seksuele) integriteit van het lichaam, maar andere zedendelicten zijn dat ook. Een tongzoen zou ook kunnen worden aangemerkt als een feitelijke aanranding van de eerbaarheid (artikel 246 Sr), hetgeen een minder ernstig misdrijf betreft dan verkrachting. Voorts bevreemdt het dat een beroep op de rechtszekerheid wordt gedaan. Ook als men zou aannemen dat een differentiatie naar de wijze, de aard en de ernst van het binnendringen ertoe zou leiden dat de buitengrenzen van de strafbaarstelling enigszins grillig worden,⁹⁷ kan dat bezwaarlijk een dwingend argument opleveren om die buitengrenzen dan maar zo ruim mogelijk te trekken. Indien bijvoorbeeld het doel en de strekking van de strafbaarstelling of de wetssystematiek valide argumenten verschaffen om een dergelijke differentiatie te maken, zou evenzeer kunnen worden betoogd dat het juist in strijd is met de rechtszekerheid om die argumenten te negeren.

Een zaak als het tongzoenarrest roept bij mij de vraag op waarom de Hoge Raad niet zelf duidelijker benoemt dat en waarom de beantwoording van de voorliggende rechtsvraag – is het geven van een tongzoen een vorm van seksueel binnendringen van het lichaam als bedoeld in artikel 242 Sr? – gecompliceerd is. Zo had de Hoge Raad bijvoorbeeld kunnen wijzen op de meerduideligheid van de wetsgeschiedenis.⁹⁸ Nog los van de wijze waar-

96. Zie onderdeel 2 van zijn annotatie onder HR 21 april 1998, *NJ* 1998, 781. Zie ook A-G Hofstee in zijn conclusie voor HR 18 mei 2010, *NJ* 2010, 287: ‘Kernelijk in beslag genomen door allerlei andere (in die tijd “spelende”) aspecten van het wetsvoorstel “verkrachting binnen het huwelijk”, “dwingen”, “verstandelijk gehandicapten”, “zelfbeschikkingsrecht” – wordt, en dat is opvallend, in de parlementaire beraadslagingen over het toenmalige wetsontwerp nergens de vraag opgeworpen wat precies onder het “seksueel binnendringen” is te verstaan.’

97. De vraag is overigens of het hier wel om zo’n gecompliceerde kwestie gaat. Zie onderdeel 2 van de annotatie van De Hullu onder HR 21 april 1998, *NJ* 1998, 781 en Kool 1999, p. 168. Vgl. ook reeds Van der Landen 1994, p. 557-560.

98. De uitvoerige motivering in bijvoorbeeld het mensenroofarrest (IIR 20 november 2001, *NJ* 2003, 632 m.nt. P.M.e. en R. de Lange) maakt wel duidelijk – zij het enigszins impliciet – dat discussie mogelijk is over de reikwijdte van de strafbaarstelling. Een voorbeeld uit het civiele recht van een arrest waarin helder uiteen wordt gezet op welke interpretatievragen de rechter stuit, betreft de hangmatzaak, IIR 8 oktober 2010, *LJ/N* BM6095.

op die rechtsvraag vervolgens wordt beantwoord, zou daarmee de boodschap zijn afgegeven dat de bepaling van de grenzen van de strafbaarstelling problematisch is. Een dergelijke boodschap zou aanleiding kunnen zijn voor nadere bezinning – door de wetgever, maar ook door andere deelnemers aan het juridisch discours – op de reikwijdte van de strafbaarstelling. Is deze adequaat of is bijstelling aangewezen?

Mogelijk zou een dergelijke meer transparante benadering – men zou ook kunnen zeggen: een meer discursieve inkleding van het oordeel⁹⁹ – een zekere preventieve werking kunnen hebben. Achteraf bezien had de Hoge Raad in de uitspraak uit 1994 reeds een signaal kunnen geven door te wijzen op de meerduidigheid van de wetsgeschiedenis, zonder dat daarmee in die zaak – waarin het niet ging om een tongzoen maar om het binnendringen met een vinger in het vrouwelijk geslachtsdeel – tot een ander oordeel had hoeven te worden gekomen.¹⁰⁰ Dat had het debat over de toen reeds gesignalcerde vraag of een gedwongen tongzoen verkrachting oplevert,¹⁰¹ (nieuw) leven kunnen inblazen, hetgeen weer nadere bezinning aan de zijde van de wetgever op de reikwijdte van artikel 242 Sr tot gevolg zou kunnen hebben gehad. Men kan er slechts over speculeren of de wetgever daartoe ook zou zijn overgegaan. Dat laat evenwel onverlet dat dit voorbeeld laat zien dat het op zichzelf wel tot de mogelijkheden van de Hoge Raad behoort om de boodschap af te geven dat de afbakening van de reikwijdte van een strafbaarstelling complexe vragen oproept.¹⁰²

5.2.2 Tweede observatie: geringe aandacht voor casuïstiek

De tweede observatie houdt, zoals aangekondigd, verband met de soms relatief geringe mate waarin casuïstische redeneringen handen en voeten krijgen. Vooropgesteld moet worden dat het belang van casuïstiek binnen het strafrecht tegenwoordig zonder meer wordt onderkend.¹⁰³ Dat komt in de rechtspraak van de Hoge Raad onder andere tot uitdrukking in de vorm

99. Zie over het recht als discursieve grootheid en de implicaties daarvan voor de wijze van argumenteren Vranken 1995, p. 69, 141-142, 160-162. Vgl. ook, in relatie tot de bestuursrechtspraak, De Poorter & Van Roosmalen 2009, p. 100, 121-122.

100. Van der Landen 1994, p. 560-563, zet helder uiteen waarom de Hoge Raad in het arrest uit 1994 onvoldoende aandacht heeft gehad voor de meerduidigheid van de wetsgeschiedenis.

101. Zie Machiels 1992, p. 721: 'Maar wat te denken van degenen die een arm om een ander heen slaat (feitelijkheid) en de ander tegen zijn of haar zin een tongzoen geeft?'. Machiels zet vervolgens kort en bondig de met deze vraag samenhangende interpretatiekwesies uiteen. Vgl. in meer algemene zin over de vraag of de zedendelicten 'niet wat al te ruim zijn geformuleerd', De Hullu & Van der Neut 1991.

102. Vgl. ook De Hullu 2000, p. 718, die naar aanleiding van het tongzoenarrest de vraag oproept of de contouren van de verkrachtingsbepaling niet eerder hadden kunnen worden verhelderd.

103. Zie Franken 2006, Rozemond 2007a en Van Willigenburg 2010.

van de overweging dat de beantwoording van de vraag of aan een bepaald delictsbestanddeel is voldaan, niet in algemene termen valt te beantwoorden, maar sterk verweven is met de omstandigheden van het geval. Daarmee speelt vooral de feitenrechter een belangrijke rol, omdat het aan hem is om de omstandigheden van het geval te wegen en te waarderen. De Hoge Raad kan – zo wordt onderstreept – het oordeel van de feitenrechter daaromtrent slechts in beperkte mate toetsen. Die toetsing beperkt zich in de regel tot de begrijpelijkheid van het gegeven oordeel.¹⁰⁴

Het is een positief te waarderen gegeven dat de Hoge Raad expliciteert dat en wanneer geen concrete (vuist)regels kunnen worden verschaft voor de uitleg van een delictsomschrijving. Dat verschaft, ook al klinkt dat wellicht paradoxaal, duidelijkheid. Tegelijkertijd geldt dat de rechter, indien de betekenis van een delictsomschrijving in het licht van de voorliggende zaak vragen oproept, op één of andere wijze tot een beslissing moet komen. Van belang is dan in hoeverre het mogelijk is om – aan de hand van de wetsgeschiedenis, de wetssystematiek alsmede het doel en de strekking van de wet – gezichtspunten te formuleren die van belang zijn voor de toepassing van de desbetreffende delictsomschrijving op de concrete feiten en omstandigheden van het geval.¹⁰⁵ Daarbij is het zaak dat, in het licht van de aldus beschikbare gezichtspunten, zo goed mogelijk wordt benoemd welke feiten en omstandigheden relevant worden geacht voor het oordeel of al dan niet aan de delictsomschrijving wordt voldaan. Een dergelijke benadering maakt niet alleen de beslissing in het concrete geval inzichtelijk, maar verschaft ook in enigerlei mate houvast voor de beoordeling van toekomstige gevallen. Zonder het benoemen van de relevante casuïstische factoren is gevalsvergelijking niet mogelijk.¹⁰⁶

In de rechtspraak krijgen casuïstische oordelen niet altijd vorm aan de hand van dit stramen. Een voorbeeld van een minder geslaagd geval betreft een vrij recent arrest over ontucht.¹⁰⁷ In deze zaak draait het om het ontuchtige karakter van trioseks tussen een 15-jarig meisje, een 16-jarige jongen en een 17-jarige jongen. De Hoge Raad slaat voor zijn oordeel enkele piketpaaltjes. Op grond van de wetsgeschiedenis wordt als doel van de strafbaarstelling van artikel 245 Sr genoemd ‘de bescherming van de seksuele integriteit van personen die gelet op hun jeugdige leeftijd in het algemeen geacht moeten worden niet of onvoldoende in staat te zijn zelf die integriteit te bewaken en de draagwijdte van hun gedrag in dit opzicht te overzien.’ Daaraan voegt de Hoge Raad toe dat artikel 245 Sr ook

104. Vgl. onder andere HR 3 november 1998, *NJ* 1999, 125 en HR 15 april 2003, *NJ* 2003, 334.

105. In zoverre bestaat geen verschil met het operationaliseren van vage normen (zie paragraaf 4.3).

106. Zie daarover nader Van Willigenburg 2010.

107. HR 30 maart 2010, *NJ* 2010, 376 m.nt. N. Koijzer.

bescherming biedt 'tegen verleiding die mede van henzelf [de jeugdige personen; MJB] kan uitgaan'. Voorts wijst de Hoge Raad erop dat onder omstandigheden het ontuchtige karakter aan seksuele handelingen kan ontbreken, bijvoorbeeld indien die handelingen vrijwillig plaatsvinden tussen personen die slechts in geringe mate verschillen. De Hoge Raad benadrukt evenwel dat 'een scherpe afbakening van dergelijke omstandigheden in haar algemeenheid niet [valt] te geven',¹⁰⁸ dat de relevante maatstaf in dit verband is of de desbetreffende seksuele handeling al dan niet 'algemeen als sociaal-ethisch is aanvaard' en dat de beoordeling of in het concrete geval sprake is van ontucht in belangrijke mate aankomt op de aan de feitenrechter voorbehouden weging en waardering van de omstandigheden van het geval.

Vervolgens somt de Hoge Raad – aan de hand van de door het gerechtshof gebezigde bewijsmiddelen alsmede de nadere bewijsoverwegingen van het gerechtshof – een elftal feiten en omstandigheden op. Die houden onder meer verband met het geringe leeftijdsverschil tussen de betrokkenen, de gang van zaken voorafgaand aan en tijdens de avond waarop de seksuele handelingen hebben plaatsgevonden en meer specifiek de toestand waarin de aangeefster die avond verkeerde en de wijze waarop zij het gebeurde heeft beleefd. Onder verwijzing naar het belang dat artikel 245 Sr beoogt te beschermen alsmede naar de genoemde feiten en omstandigheden overweegt de Hoge Raad dan, zonder nadere toelichting, dat het oordeel van het gerechtshof – dat in de onderhavige zaak sprake is geweest van ontuchtige handelingen in de zin van artikel 245 Sr – geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, terwijl dat oordeel ook niet onbegrijpelijk is.

Waar het mij nu vooral om gaat,¹⁰⁹ is dat de stap van de feiten naar de uitkomst niet nader wordt toegelicht. Zou het niet veeleer voor de hand hebben gelegen om de feiten te *duiden* in het licht van de geslagen piketpaaltjes? Waarin is in deze casus het sociaal-onethische element van de gestelde gedraging gelegen? Door hetgeen nu onuitgesproken blijft te expliciteren, zou de Hoge Raad een nadere concretisering hebben gegeven die de beslissing in de zaak zelf (meer) inzichtelijk maakt. Daardoor zou ook enig houvast zijn geboden voor de beoordeling van toekomstige gevallen.

Het ontbreken van een duiding van de feiten klemmt in deze zaak temeer omdat A-G Jörg in een uitvoerige conclusie tot een ander oordeel komt dan

108. Vgl. ook Keijzer in onderdeel 4 van zijn noot onder het hier besproken arrest, waar hij stelt dat wethistorische interpretatie van de term 'ontuchtige handelingen' geen heldere uitkomst biedt. In die zin ook reeds Machiels 1992, p. 721-723.

109. Zie voor een nadere, doorwrochte analyse van de argumentatie van de Hoge Raad de noot van Keijzer onder het hier besproken arrest. Keijzer betoogt daarin dat op grond van een teleologische en verdragsconforme interpretatie de verwijzing naar strijdigheid met de sociaal-ethische norm achterwege zou hebben kunnen en moeten blijven, en dat veeleer aansluiting zou moeten worden gezocht bij het begrip 'seksueel misbruik'.

de Hoge Raad. Interessant is dat de A-G vrijwel dezelfde piketplaatjes slaat als de Hoge Raad. Vervolgens stelt de A-G echter dat het in deze zaak gaat om 'een sociaal-ethisch grensgeval'. In een uitvoerig betoog komt Jörg tot de slotsom dat van ontucht geen sprake is. De trio seks die in deze zaak heeft plaatsgevonden – tussen personen van respectievelijk 15, 16 en 17 jaar, waarbij het meisje met één van de jongens eerder seks heeft gehad (en met de andere jongen dus niet) – laat zich volgens hem niet als inherent sociaal-onethisch aanduiden, terwijl uit de bewijsmiddelen niet, althans niet onmiskenbaar, blijkt van misbruik van de situatie of ongewenste beïnvloeding van de wil van het meisje.

Dat de Hoge Raad anders tegen de zaak aankijkt dan A-G Jörg, is duidelijk en op zichzelf ook niet problematisch. Maar wat nu precies het verschil in benaderingswijze is, wordt in het midden gehouden. Natuurlijk, op grond van *close reading* van de uitspraak kan daarover wel een hypothese worden geformuleerd. Zo komt het mij voor dat de Hoge Raad de feiten vooral heeft willen duiden vanuit het gezichtspunt dat artikel 245 Sr ook bescherming biedt tegen de verleiding die van een jeugdige persoon – *in casu* het meisje – is uitgegaan, waarbij de Hoge Raad de feiten kennelijk zo begrijpt dat het voor de verdachte duidelijk moet zijn geweest dat het meisje zich, mede vanwege haar obsessie voor de andere jongen dan de verdachte, heeft laten meesleuren in een 'spel' waarbij zij in zekere mate de controle over haarzelf is kwijtgeraakt. Alsdan zou de seks haar door de verdachte zijn opgedrongen. Dat zou dan weer verklaren waarom geen (doorslaggevende) betekenis wordt toegekend aan de uitlatingen van het meisje die wijzen op haar bereidheid tot seks met de verdachte. Kortom: de verdachte zou in de gegeven omstandigheden misbruik hebben gemaakt van de verleiding die van het meisje uitging.¹¹⁰ Maar of dit ook werkelijk de zienswijze van de Hoge Raad is, is niet geheel zeker. Te meer niet nu – in mijn ogen – de nadere bewijsoverwegingen van het gerechtshof vooral het perspectief van het betrokken meisje weergeven, maar veel minder duidelijk maken waarom bezien vanuit de verdachte sprake is geweest van het maken van misbruik van de omstandigheden. Om het maar eens eenvoudig te zeggen: op welk moment en op grond van welke specifieke omstandigheden had bij de verdachte een lichtje moeten gaan branden dat hij niet op de goede weg zat?¹¹¹

Het zou naar mijn mening dan ook te prefereren zijn geweest indien de Hoge Raad zelf had geëxpliciteerd waarom het gerechtshof naar zijn oordeel in deze zaak geen onjuist of onbegrijpelijk oordeel heeft gevelde. Bovendien, zou de zo-even geformuleerde hypothese kloppen, dan had de

110. Vgl. ook onderdeel 6 van de noot van Keijzer onder het hier besproken arrest.

111. Spontane seks – in diverse varianten – is immers niet volslagen abnormaal onder jongeren. Vgl. onderdeel 27 van de conclusie van A-G Jörg voor het hier besproken arrest. Zie voor nadere beschouwingen Gooren & Moerings 2010.

Hoge Raad wellicht ook het gezichtspunt van de bescherming tegen de verleiding die van een jeugdige persoon is uitgegaan, meer kunnen benadrukken. Dit gezichtspunt komt in eerdere rechtspraak weliswaar reeds naar voren,¹¹² maar het lijkt hier een doorslaggevende rol te spelen. Het gewicht dat wordt toegekend aan het gezichtspunt van de bescherming tegen de verleiding die van een jeugdige persoon is uitgegaan, is van wezenlijke betekenis voor de seksuele omgangsnormen die jongeren in acht *behoren* te nemen.

Voorts zou een nadere explicitering van de aan de veroordeling ten grondslag liggende redenering aanleiding kunnen zijn voor debat. Zo kan de vraag worden gesteld in hoeverre met het benadrukken van het gezichtspunt van de bescherming tegen de verleiding die van een jeugdige persoon is uitgegaan, het nog mogelijk is om te spreken van vrijwillige seksuele handelingen. Die vraag is relevant gelet op de ruimte die de wetgever heeft willen laten voor 'normale consensuele seksuele contacten tussen jonge leeftijdsgenoten',¹¹³ en ook in verband met de vraag in hoeverre strafrechtelijk optreden een geschikt middel is om de seksuele gewoonten van jeugdigen te beïnvloeden.

In meer algemenere zin zou men het ook zo kunnen formuleren dat met het toepassen van casuïstische redeneringen weliswaar geen *hard and fast rules* (kunnen) worden geformuleerd, maar dat de inkleding van dergelijke redeneringen wel alleszins van belang is omdat daarmee enig zicht wordt geboden op de mogelijkheden en de begrenzingen die aan een strafbaarstelling zijn verbonden.¹¹⁴ Aan een goede motivering is in dergelijke zaken ook een communicatie-element verbonden. Die communicatie richt zich niet alleen op de rechter die een volgend geval moet beoordelen, maar is mede relevant in verhouding tot de wetgever. Daar waar het overwegend in handen van de rechter ligt om de reikwijdte van strafbaarstelling af te bakenen, is het van belang dat de wetgever zich een oordeel kan vormen of aanpassing – in de zin van aanscherping, inperking of uitbreiding – van de delictomschrijving wenselijk is.¹¹⁵

112. Zie HR 20 januari 1959, *NJ* 1959, 102 m.nt. WP en HR 20 januari 1959, *NJ* 1959, 103. Ook wordt in eerdere rechtspraak in meer algemene zin gesproken over bescherming tegen ongewenste beïnvloeding van de wil van jeugdige personen. Zie onder andere IIR 24 juni 1997, *NJ* 1997, 676.

113. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 808 (R 1872), nr. 3, p. 10. Zie voorts *Kamerstukken II* 1989/90, 20 930, nr. 8, p. 6. *Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, nr. 14, p. 16 en *Kamerstukken I* 2001/02, 27 745, nr. 299b, p. 10.

114. Zie nader over de inkleding van casuïstische argumentaties in rechtelijke uitspraken Rozemond 2007a.

115. Een ander voorbeeld betreft de strafbaarstelling van oplichting. In hoeverre speelt de handelingsonbekwaamheid van het slachtoffer een rol bij het aannemen van listige kunstgrepen? Zie hierover het zogeheten klusjesmanarrest, HR 4 april 2006, *NJ* 2006, 398, in het bijzonder de conclusie van A-G Knigge voor en de noot van Keijzer onder het arrest.

In relatie tot de communicatie met de wetgever verdient vermelding de situatie waarin de wetgever – min of meer – welbewust de strafbaarstelling een ‘vague edge’ heeft meegegeven, bijvoorbeeld door de strafbaarstelling een ‘open einde’ te geven. Alsdan wordt het – impliciet of expliciet – aan de rechter overgelaten om de grenzen van de reikwijdte van de strafbaarstelling te trekken. Een voorbeeld betreft de strafbaarstelling van mensenhandel in artikel 273f Sr. Blijkens het tweede lid van deze bepaling omvat het bestanddeel uitbuiting ‘ten minste uitbuiting van een ander in de prostitutie, andere vormen van seksuele uitbuiting, gedwongen of verplichte arbeid of diensten, slavernij en met slavernij of dienstbaarheid te vergelijken praktijken’. Deze niet-limitatieve opsomming geeft een zekere indruk van hetgeen de wetgever onder uitbuiting heeft willen verstaan, maar het wordt aan de rechter overgelaten om nader af te bakenen in welke gevallen van uitbuiting kan worden gesproken.¹¹⁶ Aan deze afbakening zijn complexe interpretatievragen verbonden.¹¹⁷ Het is dan ook alleszins begrijpelijk dat de Hoge Raad hier primair kiest voor een casuïstische benadering: ‘De vraag of – en zo ja, wanneer – sprake is van “uitbuiting” (...) is niet in algemene termen te beantwoorden, maar is sterk verweven met de omstandigheden van het geval’. Wel heeft de Hoge Raad enkele gezichtspunten benoemd die van belang zijn voor de beantwoording van die vraag.¹¹⁸ Met het benoemen van dergelijke gezichtspunten en door ook te laten zien op welke wijze deze van belang zijn voor de toetsing van oordelen van feitenrechters, kan de Hoge Raad – stapje voor stapje – inzichtelijk maken wat de reikwijdte is van de strafbaarstelling. Dat maakt op een gegeven moment evaluatie mogelijk,¹¹⁹ al dan niet gevolgd door bijstelling door de wetgever.¹²⁰

116. Dit is de consequentie van de keuze die de wetgever heeft gemaakt om de delictomschrijving vrijwel letterlijk te ontleen aan de tekst van internationale bepalingen, waaronder het kaderbesluit inzake de bestrijding van mensenhandel (*PbEG* 2002, I, 203/1). Ook in de wetgeschiedenis worden betrekkelijk weinig aanknopingspunten geboden voor de uitleg van de delictomschrijving. Zie hierover de Zevende rapportage van de nationaal rapporteur mensenhandel (2009), p. 532, 575, Lestrade & Ten Kate 2009, p. 854 en Alink & Wiarda 2010, p. 213.
117. Zie daarover de doorwrochte conclusie van A-G Knigge voor HR 27 oktober 2009, *LJN* B17099, onder 29-56. Vgl. ook Korvinus, Koster & De Jonge van Ellemeet 2006 en Lestrade & Ten Kate 2009. Zie voorts de Vijfde rapportage van de nationaal rapporteur mensenhandel (2007), p. 259: ‘Bij de verbreding van de strafbaarstelling van mensenhandel heeft de wetgever onvoldoende duidelijk bepaald welke misstanden in relatie tot arbeid en diensten onder uitbuiting in de zin van mensenhandel vallen’.
118. HR 27 oktober 2009, *NJ* 2010, 598 m.nt. Y. Buruma.
119. Met het inzichtelijk maken van de reikwijdte van de strafbaarstelling worden ook kritische reflecties vanuit de literatuur beter mogelijk gemaakt (vgl. bijvoorbeeld de noot van Buruma onder het hier besproken arrest), hetgeen bijdraagt aan die evaluatie.
120. Vgl. *Kamersstukken II* 2003/04, 29 291, nr. 3, p. 13, waarin de minister naar voren brengt dat hij wil afwachten hoe artikel 273f Sr in de praktijk zal worden toegepast, alvorens te bezien of specifieke bepalingen omtrent slavenhandel moeten worden gehandhaafd.

6 (Te) ruime strafbaarstellingen

6.1 Wat is het probleem?

Er kan nog een derde vorm van 'indeterminacy' worden aangewezen. Het gaat dan om de delictsomschrijving die in bewoordingen is gesteld die in het licht van de ratio van desbetreffende strafbaarstelling wel erg ruim en eigenlijk té ruim uitpakken. Een mooi voorbeeld hiervan betreft de strafbaarstelling van witwassen. Deze strafbaarstelling omvat, zo kan worden betoogd, niet alleen typische witwashandelingen maar ook handelingen die – mede gelet op de beschouwingen in de parlementaire stukken omtrent de gedragingen die met de strafbaarstelling moeten worden bestreden – niet evident als witwasactiviteiten zijn te beschouwen. Kenmerkend is hier dat de tekst van de wet – juist omdat de tekst een zo ruim toepassingsbereik heeft – niet zozeer de bron van discussie is. Het is veeleer de ratio van de strafbaarstelling die maakt dat redelijke twijfel ontstaat of een bepaalde gedraging wel onder de reikwijdte van die strafbaarstelling valt of zou moeten vallen. In de terminologie van Schauer zou men hier kunnen spreken van 'overinclusive' normen: 'the reach of the rule is broader than the reach of its background justification'.¹²¹

Een interessante vraag is nu of deze 'overinclusive' normen problematisch zijn in het licht van het legaliteitsbeginsel. De Hullu stelt in zijn handboek: 'Het legaliteitsbeginsel heeft niet (...) zozeer betrekking op te ruime (...) als wel op onduidelijke strafbaarstellingen'.¹²² Weliswaar hebben te ruime strafbaarstellingen evenals onduidelijke strafbaarstellingen met elkaar gemeen dat beide de grenzen van de processuele bevoegdheden van de overheid niet helder afbakenen. Maar te ruime strafbaarstellingen zijn volgens De Hullu vooral problematisch vanuit de *ultimum remedium*-gedachte, omdat de wetgever meer gedragingen strafbaar heeft gesteld dan vanuit een oogpunt van rechtshandhaving strikt noodzakelijk is.

Uit het betoog van De Hullu kan worden afgeleid dat het rechtszekerheidsprobleem zoals dat speelt bij onduidelijke strafbaarstellingen, zich in zijn ogen niet – of in elk geval niet in een vergelijkbare mate – voordoet bij te ruime strafbaarstellingen. Aan De Hullu kan zonder meer worden toegegeven dat kenmerkend is voor de eerder besproken vormen van 'indeterminacy' – vage strafbaarstellingen en 'vague edges' – dat de onbepaaldheid betrekkelijk nauw samenhangt met de woorden waarin de norm is gesteld, doordat vage, open of abstract geformuleerde termen worden gebezigd. Bij te ruime strafbaarstellingen is, zoals hiervoor reeds aangegeven, de tekst niet het probleem. Het probleem is juist dat die tekst gevallen

121. Schauer 2009, p. 26-27.

122. De Hullu 2009, p. 95.

omvat die buiten de eigenlijke kern van de strafbaarstelling (lijken te) liggen. Er is dus inderdaad sprake van een verschil. Maar gaat het ook om een in het licht van de rechtszekerheid relevant verschil?

Mede gelcet op de bevindingen in paragraaf 3.2 komt het mij voor dat men de rechtszekerheid die het legaliteitsbeginsel beoogt te waarborgen, niet alleen moet koppelen aan de tekst van de wet. Strafbarestellingen krijgen evenzeer inhoud aan de hand van de wetsgeschiedenis, de wetssystematiek alsmede het doel en de strekking van de wet. Daarbij wordt betekenis gehecht aan (veranderingen in) de maatschappelijke context waarin het strafrecht functioneert, en de gerechtvaardigde verwachtingen van burgers dat fundamentele rechten door middel van het strafrecht worden beschermd. Binnen dit kader moeten de verschillende vormen van 'indeterminacy' vooral worden gezien als variaties op één thema. Het gaat er telkens om dat de tekst van de wet op de één of andere wijze aanleiding geeft tot een nadere beschouwing over de betekenis van de norm.

Kenmerkend voor vage normen is dat de toepassing van deze normen vergt dat er anderszins, buiten de tekst van de norm, valide aanknopingspunten voorhanden zijn voor de interpretatie. Hoe problematisch een vage norm is, hangt af van de mate waarin dergelijke aanknopingspunten beschikbaar zijn en kunnen worden geoperationaliseerd. Waar het gaat om de zogeheten 'vague edges' van strafbarestellingen, betreft het zo is eerder geconstateerd - situaties waarin discussie over de betekenis van de bewoordingen van de wet al snel verwordt tot discussie over het doel, de strekking en de reikwijdte van de wettelijke norm. Bij 'overinclusive' normen roept een op zichzelf duidelijke tekst toch vragen op, juist omdat de tekst in meer gevallen tot strafbaarheid lijkt te leiden dan vanuit de ratio van de strafbaarstelling kan worden gerechtvaardigd. Ook dan is er een duidelijke spanning tussen enerzijds de tekst van de norm en anderzijds de wetsgeschiedenis, de wetssystematiek en/of het doel en de strekking van de wet, die leidt tot onzekerheid over de betekenis van de wettelijke norm.

Een tegenwerping zou kunnen zijn dat in het geval van 'overinclusive' normen de burger weliswaar in twijfel kan geraken door het verschil tussen tekst en ratio, maar dat hij juist vanwege de duidelijke tekst er beducht voor moet zijn dat de reikwijdte van de norm ruim uitpakt, wellicht ook ruimer dan men wenselijk zou bevinden. Bij vage strafbarestellingen en in het geval van 'vague edges' ligt dat anders, reeds omdat de tekst van de norm geen duidelijke richting aangeeft. Het gaat hier inderdaad om een verschil, maar mijns inziens dan wel om een gradueel verschil. De uitleg van een onduidelijk geformuleerde norm kan immers zowel ruim als beperkt uitpakken. In zoverre verschafft een dergelijke norm niet wezenlijk meer zekerheid dan een 'overinclusive' norm. Anders gezegd: de voorzienbaarheid is eerst en vooral in het geding indien er dusdanig veel 'ruis' ontstaat over de betekenis van een norm, dat die norm onvoldoende houvast biedt voor de burger die zijn gedragingen op de wet wil afstemmen.

Een dergelijke situatie doet zich ook voor indien de tekst van de wettelijke norm op zich duidelijk is, maar er anderszins gereede twijfel ontstaat over de (beoogde) reikwijdte van de norm.

De Hullu geeft terecht aan dat te ruime strafbaarstellingen problematisch zijn omdat de grenzen van de processuele bevoegdheden van de overheid niet helder worden afgebakend. Dat probleem hangt mijns inziens echter niet uitsluitend samen met het negeren van de *ultimum remedium*-gedachte. Evenzeer is hier het legaliteitsbeginsel aan de orde. Het legaliteitsbeginsel strekt er niet alleen toe de grenzen van de overheidsmacht te markeren, maar tevens om de handelingsvrijheid van de burger te beschermen. Mede daarom dient in de wet duidelijk te worden aangegeven waar de grenzen van die vrijheid liggen.¹²³ Daar waar redelijke twijfel bestaat over de reikwijdte van een wettelijke norm (bijvoorbeeld vanwege een discrepantie tussen tekst en ratio), is sprake van een problematische norm, niet alleen bezien vanuit de *ultimum remedium*-gedachte maar tegelijkertijd vanwege het legaliteitsbeginsel.

In dit verband zou ook de democratische legitimatie van wettelijke normen kunnen worden aangestipt. Het legaliteitsbeginsel strekt er niet alleen toe dat strafrechtelijke aansprakelijkheid uit de wet voortvloeit, maar ook dat de aldus gestelde strafrechtelijke normen democratisch zijn gelegitimeerd.¹²⁴ In dit perspectief is het problematisch indien de tekst van de wet het toelaat dat strafrechtelijke aansprakelijkheid ter zake van een bepaalde gedraging wordt aangenomen, terwijl het tegelijkertijd onduidelijk is of de wetgever die gedraging daadwerkelijk strafbaar heeft willen stellen.¹²⁵

6.2 (Te) ruime strafbaarstellingen in de rechtspraak

6.2.1 Enkele voorbeelden

Eén van de meest sprekende voorbeelden van een ‘overinclusive’ strafbaarstelling betreft witwassen, zoals strafbaar gesteld in artikel 420bis-420quater Sr.¹²⁶ In de kern houdt witwassen verband met een proces van

123. Vgl. Groenhuijsen 1987, p. 31.

124. Vgl. Groenhuijsen 1987, p. 31.

125. Hierin zou ook een argument kunnen worden gevonden voor terughoudendheid bij de vervolging van dergelijke delicten en in relatie daarmee ook voor een strengere rechterlijke toetsing van de vervolgingsbeslissing. Vgl. Buruma in onderdeel 4 van zijn annotatie onder HR 18 april 2006, *NJ* 2006, 397 en, kritisch daarover, Duker 2010, p. 243. In het licht van het legaliteitsbeginsel, meer in het bijzonder de rechtszekerheid, is dit echter een suboptimale oplossing, omdat langs deze weg geen duidelijke beperking wordt gesteld aan de reikwijdte van de strafrechtelijke aansprakelijkheid. Vgl. ook De Hullu 2009, p. 100.

126. ‘Art. 420bis Sr is geen wonder van wetgeving; een wonderlijke bepaling is het wel’, aldus Keijzer in onderdeel 3 van zijn noot onder HR 26 oktober 2010, *NJ* 2010, 655.

versluiering van de herkomst van criminele gelden.¹²⁷ Witwashandelingen zijn dan al die handelingen die op enigerlei wijze onderdeel uitmaken van dit proces. De strafbaarstelling van artikel 420bis e.v. Sr is echter zodanig opgezet dat, afgaande op de tekst van de wet, voor strafbaarheid in principe volstaat dat men een uit een al dan niet gespecificeerd – misdrijf afkomstig voorwerp bezit. Daarmee kan strafrechtelijke aansprakelijkheid ook worden aangenomen indien de gestelde gedraging geen element van versluiering in zich draagt. Wie een fiets steelt en daarop wegrijdt, is naar de letter van de wet al aan het witwassen. In essentie heeft dat met witwassen – het op enigerlei wijze (trachten te)¹²⁸ versluieren van de wederrechtelijke herkomst van vermogensbestanddelen – niets van doen.¹²⁹

Ook anderszins kan worden gewezen op ‘onverwachte mogelijkheden’ die de strafbaarstelling van witwassen lijkt te bieden, in het bijzonder waar het gaat om de ‘extraterritoriale werking’ van deze strafbaarstelling. Daarvan is sprake indien in het buitenland begane strafbare feiten indirect in Nederland worden vervolgd, namelijk vanwege het genieten van opbrengsten uit die feiten.¹³⁰ Daardoor ontstaat feitelijk extraterritoriale rechtsmacht zonder specifieke wettelijke grondslag. Uit de wetsgeschiedenis blijkt niet dat dit is beoogd met de strafbaarstelling van witwassen. Tot slot noem ik de mogelijkheid om, met enige creativiteit, verjaarde vermogensmisdrijven te vervolgen via de ‘omweg’ van het witwassen. Die mogelijkheid bestaat eruit dat, indien het gronddelict eerder zou verjaren dan het witwasmisdrijf, na die verjaring toch nog vervolging plaatsvindt wegens witwassen, ook al bestaat dat witwassen uit niet meer dan het voorhanden hebben (gehad) van de opbrengst uit het verjaarde misdrijf. Technisch is dit mogelijk, maar het is de vraag of dat ook een beoogde en wenselijke constructie is.¹³¹

127. Zie uitvoerig over deze strafbaarstelling Haverkate 2008. Hoewel Haverkate de huidige delictsommschrijving niet problematisch acht, noteert hij op p. 61 dat ‘niet ontkend [kan] worden dat de witwasbepalingen vele mogelijkheden bieden’, terwijl hij ook spreekt van ‘een nagenoeg algemene strafbaarheid van *nabereidingshandelingen* met betrekking tot misdrijven die opbrengsten genereren’. Overigens laat zich uit de wetsgeschiedenis niet afleiden dat een dergelijke algemene strafbaarheid is nagestreefd.

128. Voor witwassen is niet vereist dat men slaagt in die versluiering. Sterker nog, wanneer de versluiering succesvol geschiedt, zal niemand in de gaten hebben dat van witwassen sprake is. Men zou dan ook kunnen stellen dat politie en justitie zich per definitie bezighouden met mislukte witwastrajecten.

129. Zie nader mijn noot onder HR 2 oktober 2007, *NJ* 2008, 16.

130. Kristen 2010b, p. 150-151.

131. Vgl. mijn noot onder HR 9 december 2008, *NJ* 2009, 147. Overigens vloeit uit HR 26 oktober 2010, *NJ* 2010, 655 m.nt. N. Keijzer, een zekere beperking voort voor deze constructie, omdat in deze uitspraak is uitgemaakt dat het voorhanden van de opbrengst van een misdrijf niet in alle omstandigheden als witwassen kan worden gekwalificeerd. Dit arrest komt nog nader aan de orde in de hoofddekt.

Een andere strafbaarstelling die in dit verband de aandacht trekt, betreft belaging. In de kern ziet deze strafbaarstelling op de stelsmatige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. De tamelijk ruime formulering van de strafbaarstelling, in combinatie met het gegeven dat in de wetsgeschiedenis niet erg duidelijk wordt afgebakend wanneer van een stelsmatige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer sprake is,¹³² brengt met zich dat ‘allerlei gedrag onder [de strafbaarstelling van artikel 285b Sr; MJB] te vangen is waarvan maar de vraag is of het binnen de (bedoelde) reikwijdte van de strafbepaling valt’.¹³³ Zo dadelijk volgt een voorbeeld waarmee dit wordt geïllustreerd.

Hoe gaat de Hoge Raad om met ‘overinclusive’ strafbaarstellingen? Het antwoord op deze vraag hangt ervan af naar welke uitspraak men kijkt. Er zijn uitspraken voorhanden waarin de Hoge Raad nauwelijks laat doorklinken dat een strafbaarstelling problematisch is – in die zin dat deze complexe interpretatievragen oplevert – vanwege de spanning tussen de tekst en de ratio. Maar er is ook rechtspraak waarin de Hoge Raad vanwege de spanning tussen de tekst van een strafbaarstelling en de beoogde reikwijdte wél paal en perk stelt aan de reikwijdte van de strafrechtelijke aansprakelijkheid. Door middel van een beknopt overzicht schets ik de stand van zaken.

6.2.2 Niet-problematiserende uitspraken

De eerste benadering, waarin de reikwijdte van de strafbaarstelling niet wordt geproblematiseerd, komt onder andere naar voren in enkele – maar zoals verder nog zal blijken, niet alle – uitspraken over witwassen, waaronder een uitspraak waarin de vraag aan de orde is of het bezit van ‘zwart’ – niet-gefiscaliseerd – geld witwassen oplevert.¹³⁴ In de desbetreffende uitspraken wordt nauwelijks gearticuleerd wat de rechtsgoederen zijn die de strafbaarstelling beoogt te beschermen,¹³⁵ en in hoeverre in dat perspectief

132. In die zin is er niet alleen sprake van een ‘overinclusive’ strafbaarstelling, maar wordt de strafbaarstelling ook gekenmerkt door het gebruik van open geformuleerde delictsbestanddelen.

133. Duker 2007, p. 146. Vgl. voorts Krabbe & Wedzinga 1998, p. 230, Van Klink & Royakkers 1998, p. 639-640, Royakkers & Van Klink 1998, p. 16-17 en Pelsier 1999, p. 242.

134. Zie HR 2 oktober 2007, *NJ* 2008, 16 alsmede HR 7 oktober 2008, *NJ* 2009, 94, en voor een verdere uitwerking en nadere bronverwijzingen mijn annotaties onder deze uitspraken. Aan die bronverwijzingen laat zich nog toevoegen Peek 2009. Ik wijs voorts nog op de conclusie van A-G Machielse voor HR 26 oktober 2010, *LJN* BN4298, waarin de vraag aan de orde komt of het in strijd met de wet wisselen van geld reeds witwassen (vanwege het onder zich hebben van dat geld) oplevert. Machielse beantwoordt die vraag positief onder verwijzing naar het zojuist genoemde arrest van 7 oktober 2008. De Hoge Raad verwierpt de desbetreffende klacht met toepassing van artikel 81 RO.

135. Het gaat, blijkens de wetsgeschiedenis, bij witwassen om het voorkomen van een aantasting van de integriteit van het financiële en economische verkeer en van de openbare orde doordat gelden met een criminele oorsprong een (schijnbaar) legale rol in dat verkeer kunnen gaan spelen zonder dat dit voor de bonafide deelnemers aan dat verkeer kenbaar is. Zie *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 159, nr. 3, p. 5.

twijfel zou kunnen bestaan over de strafwaardigheid van bepaalde casusposities die zich onder de letter van de delictomschrijving laten brengen. In plaats daarvan wordt volstaan met het aanhalen van een enkele passage uit de wetsgeschiedenis ter rechtvaardiging van een uitleg overeenkomstig de tekst van de wet, terwijl de relevantie van dergelijke passages wellicht minder evident is dan de Hoge Raad doet voorkomen. De uitkomst van het interpretatieproces wordt daarmee nogal stellig gepresenteerd.

Ook in de rechtspraak over belaging besteedt de Hoge Raad betrekkelijk weinig aandacht aan de mogelijkheden voor een zodanige interpretatie van de delictomschrijving dat de reikwijdte van de strafbaarstelling meer tot de kern wordt beperkt. Een interessante uitspraak in dit verband, waar ik ter illustratie langer bij stil wil staan, houdt verband met de vraag in hoeverre een burencollict belaging kan opleveren.¹³⁶ Hierbij kan worden gedacht aan de situatie waarin een bewoner zich zodanig gedraagt dat de burenen daar veel overlast van ondervinden. Denk aan de buurljongen die elke dag urenlang oorverdovende *grunge* draait.¹³⁷ Dat kan op zichzelf worden aangemerkt als het maken van een stelselmatige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer en in zoverre brengt de tekst van de delictomschrijving geen beperking met zich. Tegelijkertijd is het de vraag of het hier nu 'prototypisch' gaat om belaging, omdat dit delict juist betrekking lijkt te hebben – zo kan althans uit de wetsgeschiedenis worden afgeleid – op situaties waarin iemand *gericht* inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer van een persoon.¹³⁸ Daarvan is bij de overlast veroorzakende buurlbewoner niet per definitie sprake. Hoezeer de burenen ook hinder ondervinden van deze bewoner, het hoeft de bewoner niet specifiek te doen te zijn om de persoon van de burenen. In zoverre kan de veroorzaakte overlast ook ongericht zijn.

De wetsgeschiedenis biedt op dit punt verder weinig houvast. Duidelijk is dat geen principiële belemmering bestaat om gedragingen in het kader van burencollicten onder de reikwijdte van de strafbaarstelling te brengen, terwijl ook wordt opgemerkt dat 'ongerichte belaging' niet goed denkbaar is, maar voor het overige is het volgens de indieners van het wetsvoorstel afhankelijk van de concrete feiten en omstandigheden van het geval of sprake is van belaging. In dit verband wordt nog opgemerkt dat de rechtspraak met de benodigde afbakening weet om te gaan.¹³⁹ Tegen deze achtergrond brengt A-G Knigge het volgende naar voren:

136. IJR 7 februari 2006, NJ 2007, 107 m.nt. P.A.M. Mevis.

137. Wikipedia geeft de volgende omschrijving: 'grunge is generally characterized by heavily distorted electric guitars, contrasting song dynamics, and apathetic or angst-filled lyrics'.

138. Vgl. Van Klink & Royakkers 1998, p. 639-640, Royakkers & Van Klink 1998, p. 12, 15 en Malsch 2004, p. 49.

139. *Kamerstukken I* 1999/2000, 25 768, nr. 67a, p. 5, 7-8.

‘Het gedrag dat de initiatiefnemers tot de strafbaarstelling van stalking in elk geval primair op het oog hadden, was handelen vanuit een gemankeerde, op het slachtoffer geprojecteerde relatie. Tegelijk slaagden de indieners er niet in om dit gedrag op een heldere wijze af te bakenen van ander storend, overlast veroorzakend gedrag. Dat leidde tot een wettekst die, naar de letter genomen, veel te ruim is en tot een in armoede uitgesproken vertrouwen in de rechtspraak. (...) Een en ander biedt de rechter mijns inziens enige vrijheid bij het zoeken naar de noodzakelijke afgrenzing.’¹⁴⁰

Die afgrenzing kan volgens Knigge – mede gelet op het doel en de strekking van het misdrijf en de wetssystematick – worden gevonden door de exclusieve gerichtheid van het gedrag op de persoon van het slachtoffer als stilzwijgend of impliciet bestanddeel van de delictsomschrijving te beschouwen.¹⁴¹ Dat is – in mijn ogen – een aansprekende suggestie, omdat uit de wetsgeschiedenis niet alleen blijkt dat de indieners van het wetsvoorstel de noodzaak van een heldere afbakening van de delictsomschrijving zonder meer onderschrijven, maar ook dat zij met de vormgeving van die afbakening nogal hebben geworsteld,¹⁴² terwijl geenszins is gewild dat de strafbaarstelling van belaging ongelimiteerd kan worden ingezet: ‘Belaging wordt niet een panacee voor alle ongemak.’¹⁴³

De Hoge Raad gaat niet in op het voorstel van A-G Knigge. De Hoge Raad legt het accent veeleer op de stelselmatigheid van de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van een ander. Daarbij gaat het erom, zo overweegt de Hoge Raad, of het lastigvallen van een ander een zekere mate van indringendheid, duur en frequentie heeft. In hoeverre de Hoge Raad daarmee ongerichte belaging strafbaar acht, is niet geheel duidelijk. Ligt in het door de Hoge Raad genoemde criterium besloten dat eerst gesproken kan worden van de vereiste mate van indringendheid, duur en frequentie, indien er sprake is van een doelgerichte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de ander?¹⁴⁴ Of acht de Hoge Raad het mogelijk dat een niet doelgerichte inbreuk kan volstaan, mits de inbreuk zelf maar van een zeker gewicht is?¹⁴⁵ Door hierover geen duidelijkheid te verschaft

140. Onderdeel 37 van de conclusie.

141. Op dit punt wordt hij bijgevalen door Mevis in zijn noot onder het hier besproken arrest.

142. Zie vooral de gedachtenwisseling in de Eerste Kamer, *Kamerstukken I* 1999/2000, met name p. 1359-1362.

143. *Kamerstukken I* 1999/2000, 25 768, nr. 67a, p. 7.

144. Vooral de indringendheid zou daarvoor een aanknopingspunt kunnen bieden. Het feit dat de inbreuk zich op de persoonlijke levenssfeer van een specifieke persoon richt, maakt die inbreuk voor die persoon klemmender dan een ongerichte inbreuk. Vgl. onderdelen 34-35 van de conclusie van A-G Knigge voor HR 30 mei 2006, *NJ* 2006, 319.

145. In die zin dat ‘meer contacten worden afgedwongen dan samenhangen met de gewone omgang van burens onder elkaar’. Zie voor dit criterium Noyon-Langemeijer-Remmelink (losbladig), aantekening 5 op artikel 285b (bewerkt door Machielse).

fen,¹⁴⁶ laat de Hoge Raad onzekerheid bestaan over de reikwijdte van de strafbaarstelling van belaging.

6.2.3 Het aanbrengen van beperkingen

Met de zojuist gegeven voorbeelden is niet gezegd dat de Hoge Raad nimmer bereid zou zijn om – duidelijk – paal en perk te stellen aan de reikwijdte van een strafbaarstelling. Want er zijn ook uitspraken waarin de Hoge Raad die bereidheid wel degelijk toont. Een mooi voorbeeld daarvan is de uitspraak waarin de Hoge Raad een beperking aanvaardt op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van erfgenamen wegens witwassen.¹⁴⁷ Die beperking is met name van belang in de situatie waarin men, nadat de erfenis is aanvaard, er achter komt dat de erfenis crimineel geld omvat. De tekst van artikel 420bis-quater Sr brengt met zich dat de erfgenaam op dat moment vrijwel automatisch strafbaar wordt. Dat wordt evenwel niet redelijk geacht. Derhalve heeft de Hoge Raad bepaald dat degene die een erfenis heeft aanvaard en er dan achter komt dat de erfenis uit enig misdrijf afkomstig is, niet wegens witwassen kan worden veroordeeld indien het oogmerk ontbreekt de (verdere) feitelijke zeggenschap over de uit misdrijf afkomstige voorwerpen uit te oefenen. Dat oogmerk ontbreekt in ieder geval wanneer de erfgenaam onverwijld politie en justitie inlicht en de erfenis, althans het uit enig misdrijf afkomstige gedeelte daarvan, ‘vrijwillig’ aan de Staat afdraagt.¹⁴⁸ De Hoge Raad licht deze aanvaarding van een beperking op de strafrechtelijke aansprakelijkheid niet anders toe dan met een beroep op een redelijke wetsuitleg. Daarbij lijkt voor de Hoge Raad een belangrijke rol te hebben gespeeld dat de wetsgeschiedenis een tamelijk concreet aanknopingspunt biedt voor het aanvaarden van deze beperking.¹⁴⁹

146. Mevis lijkt er in zijn noot onder het hier besproken arrest van uit te gaan dat de Hoge Raad evenals A-G Knigge de eis stelt dat er sprake is van een specifiek op het slachtoffer gerichte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, al had de Hoge Raad die gerichtheid naar de mening van Mevis wel wat meer mogen benadrukken. Duker 2007, p. 152, stelt daarentegen dat de Hoge Raad – overigens ook in het latere arrest van 30 mei 2006, *NJ* 2006. 319 – in het midden laat of exclusieve gerichtheid al dan niet is vereist.

147. HR 5 september 2006, *NJ* 2006. 612 m.nt. M.J. Borgers. Een ander, nogal technisch-juridisch voorbeeld betreft IIR 23 november 1999, *NJ* 2000. 587 m.nt. D.H. de Jong, waarin paal en perk wordt gesteld aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid van medeplegers van het delict van artikel 341, aanhef en sub 3, Sr. Zie nader de instructieve uiteenzetting van De Jong in zijn noot onder dit arrest.

148. Vgl. voor een variant hierop Rb. Roermond 23 april 2010, *LJN* BM2176: ontslag van alle rechtsvervolgning omdat de verdachte, nadat hij had ontdekt dat de op zijn bankrekening gestorte bedragen uit oplichting afkomstig waren, zo snel mogelijk is overgegaan tot het retourneren van die bedragen aan de rechthebbenden.

149. De Hoge Raad citeert een passage uit *Kamerstukken I* 2001/02, 27 159, nr. 33a, p. 5-6. Daarin is het voorbeeld aan de orde van een transactie met betrekking tot een plezierjacht, waarbij later blijkt dat er misdaadgeld in het spel is. De minister geeft aan dat voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid dan relevant is of op dat moment al dan niet politie en justitie worden ingeschakeld.

Deze laatste constatering is niet zonder belang. De Hullu merkt op dat het 'probleem van erg (en misschien wel te) ruime delictomschrijvingen' zou kunnen worden opgelost door te kiezen voor een interpretatie die niet 'tot een wezensvreemde toepassing van het delict' leidt, om zodoende 'een zinvolle en passende beperking' te bereiken. Hij voegt daaraan toe: 'Maar de rechter heeft het daarbij in mijn ogen wel moeilijk: het wezen van het delict is een begrip met weinig harde ijkpunten. Waar de wetgever kennelijk van geen beperking heeft willen weten, is het doorgaans voor de rechter moeilijk een grond voor restrictieve interpretatie te formuleren en te rechtvaardigen.'¹⁵⁰

Deze zienswijze verklaart waarom een concreet aanknopingspunt in de wetsgeschiedenis goed van pas komt wanneer een beperking op de strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt aangebracht. Alsdan blijkt immers – tot op zekere hoogte – dat de wetgever van een beperking heeft willen weten.¹⁵¹ Veelal treft men in de wetsgeschiedenis echter geen passages aan waarin duidelijk en expliciet wordt ingegaan op de vraag of de wetgever van een beperking heeft willen weten. Doorgaans heeft de rechter het te doen met enkele, al dan niet aan de wetsgeschiedenis ontleende, indicaties dat een zekere beperking waarschijnlijk is beoogd. Of de wetgever al dan niet van een beperking in de strafrechtelijke aansprakelijkheid heeft willen weten, is wat dat betreft een (interpretatie)vraag, waarbij het antwoord soms (re)constructie van 'de wil van de wetgever' vereist.

Twee recente uitspraken die eveneens draaien om de strafbaarstelling van witwassen, zijn in dit verband illustratief. In de ene zaak aanvaardt de Hoge Raad wederom een kwalificatieuitsluitingsgrond, die van toepassing is 'indien vaststaat dat het enkele voorhanden hebben door de verdachte van een voorwerp dat afkomstig is uit een door hemzelf begaan misdrijf niet kan hebben bijgedragen aan het verbergen of verhullen van de criminele herkomst van dat voorwerp'.¹⁵² De Hoge Raad citeert in dit arrest uitvoerig uit de parlementaire stukken. De desbetreffende passages bieden, anders dan in de zojuist besproken zaak over het aanvaarden van een erfenis die crimineel geld bevat, geen concrete handvatten voor de aanvaarding van een dergelijke kwalificatieuitsluitingsgrond. Niettemin rijst uit de geciteerde stukken wel het beeld dat die strafbaarstelling naar de letter wat ruimer is uitgevallen dan op dat moment voor wenselijk werd gehouden.

150. De Hullu 2009, p. 99.

151. Ook in het omgekeerde geval – wanneer in de wetsgeschiedenis duidelijk naar voren komt dat de wetgever juist niet van een beperking heeft willen weten – staat de rechter niet voor een moeilijke rechtsvraag. Al is het uiteraard niet uitgesloten dat dan anderszins valide argumenten aanwezig zijn om toch de reikwijdte van de strafbaarstelling te beperken. In een dergelijk geval mag van de strafrechter ten minste worden verlangd dat hij de kwestie onder de aandacht van de wetgever brengt. Zie daarover paragraaf 8.

152. HR 26 oktober 2010, NJ 2010, 655 m.nt. N. Keijzer.

Kennelijk – en terecht – heeft de Hoge Raad hierin aanleiding gevonden voor de aanvaarding van de kwalificatieuitsluitingsgrond.¹⁵³

In de andere zaak geeft de Hoge Raad aan dat ‘bepaald gedrag onder omstandigheden niet als witwassen kan worden gekwalificeerd’, in de situatie waarin – kort gezegd – vermenging van legaal verkregen vermogensbestanddelen met van uit misdrijf afkomstige vermogensbestanddelen heeft plaatsgevonden en/of de aangetroffen vermogensbestanddelen in een ver verwijderd verband staan met het gronddelict.¹⁵⁴ De Hoge Raad verstrekt daarbij diverse gezichtspunten die van belang zijn voor het oordeel in het concrete geval of deze kwalificatieuitsluitingsgrond toepassing vindt. Interessant is nu dat in de door de Hoge Raad geciteerde passages uit de wetsgeschiedenis eigenlijk nauwelijks specifieke en eenduidige aanknopingspunten zijn te vinden voor de beperking die de Hoge Raad aanbrengt in de reikwijdte van het witwasmisdrijf. Toch neemt de Hoge Raad tot uitgangspunt dat ‘[d]e wetgever het aldus aan het openbaar ministerie en de rechter [heeft] overgelaten ervoor te zorgen dat de witwasbepalingen niet worden toegepast ten aanzien van in wezen niet-strafwaardige gedragingen’, terwijl ook wordt genoteerd dat ‘een onbegrensde wetstoepassing niet in alle gevallen strookt met de bedoeling van de wetgever’. Ook in deze uitspraak toont de Hoge Raad zich bereid – ook al wordt dat niet uitvoerig toegelicht – om de verschillende onderdelen van de wetsgeschiedenis in onderlinge samenhang te beschouwen en een relatie te leggen met de doelstellingen van de witwasbepaling. De Hoge Raad lijkt daarbij in aanmerking te nemen dat een delict als witwassen zich, vanwege de uiteenlopende verschijningsvormen waarin dat witwassen zich kan voordoen, niet eenvoudig laat afbakenen in een delictsom beschrijving. Daardoor is het (des te meer) van belang dat de rechter bij de toepassing van de delictsom beschrijving in concrete zaken de kern van het witwasmisdrijf goed in het oog houdt.

6.2.4 Slotsom: de rechter als evenwichtskunstenaar

Op basis van het vorenstaande overzicht kan niet heel scherp worden aangegeven wanneer de Hoge Raad al dan niet bereid is om de reikwijdte van de aansprakelijkheid zoals die voortvloeit uit (te) ruim opgezette strafbaarstellingen, van beperkingen te voorzien. Het aanvaarden van een dergelijke beperking is geen schering en inslag, maar de bereidheid daartoe bestaat onder omstandigheden wel en lijkt – gelet op de recente witwasuitspraken – ook toe te nemen. Dat er geen scherpe demarcatielijn valt te trekken, hoeft wellicht ook geen verbazing te wekken. Juist op het hier bespro-

153. Keijzer werpt overigens terecht vragen op met betrekking tot de (toch nog beperkte) reikwijdte van deze kwalificatieuitsluitingsgrond. Zie zijn noot onder het hier besproken arrest. Ik ga hier niet nader op in.

154. HR 23 november 2010, *LJN* BN0578.

ken terrein van de toepassing van 'overinclusive' strafbaarstellingen is de rechter bij uitstek een evenwichtskunstenaar.

7 Voorzienbaarheid

7.1 Rechtszekerheid en het perspectief van de burger

Alvorens over te gaan tot het spinnen van enkele rode draden verdient één onderwerp nadere aandacht. Juist omdat de interpretatievrijheid van de rechter groot blijkt te zijn, ligt de vraag op tafel of voldoende betekenis wordt toegekend aan de rechtszekerheid als aan het legaliteitsbeginsel ten grondslag liggende waarde. Meer specifiek gaat het dan om de wijze waarop in de rechtspraak wordt omgegaan met de voorzienbaarheid van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Heeft de verdachte een reële mogelijkheid om zich te verweren met de stelling dat voor hem de betekenis van de norm niet voldoende kenbaar was en dat dus in subjectieve zin de strafrechtelijke aansprakelijkheid niet voorzienbaar was? Een dergelijk verweer veronderstelt dat de verdachte voorafgaand aan de gedraging zich daadwerkelijk heeft georiënteerd op de betekenis van de norm, maar dat hij daaraan een andere betekenis heeft toegekend – en meende te mogen toekennen – dan nadien door de rechter aan de norm wordt gegeven. In hoeverre kan een verdachte zich dan disculperen?

7.2 De stand van zaken

Uit het eerder besproken kruisla-arrest blijkt dat de Hoge Raad het bepaaldheidsgebod op zichzelf erkent. Dit gebod houdt – als vereiste van rechtszekerheid – in, zo overweegt de Hoge Raad, dat de burger moet kunnen weten ter zake van welke gedragingen hij kan worden gestraft. Tegelijkertijd is van een daadwerkelijke toetsing aan het bepaaldheidsgebod geen sprake, zo is gebleken in paragraaf 3.2. Langs deze lijn speelt de voorzienbaarheid dan ook geen werkelijke rol van betekenis. Dit ligt anders met betrekking tot een beroep op rechtsdwaling, of nauwkeuriger gezegd: afwezigheid van alle schuld wegens dwaling ten aanzien van de wederrechtelijkheid van het bewezenverklarde feit.¹⁵⁵ De rechtspraak

155. Zie onder andere HR 23 mei 1995, *NJ* 1995, 631. Ik ga niet nader in op kleurloos en boos opzet. Het hanteren van een boos opzetvereiste, zij het dan in een vorm waarin voorwaardelijk boos opzet volstaat, zou ruimte kunnen bieden om rekening te houden met de complexiteit van de ordeningswetgeving. Hiermee zou in bepaalde situaties een mouw kunnen worden gepast aan problemen van voorzienbaarheid. Zie daarover de conclusie van A-G Vellinga voor en de noot van Buruma onder HR 24 april 2007, *NJ* 2007, 544 en voorts – ook voor relativerende kanttekeningen – De Hulle 2009, p. 219. De Hoge Raad heeft evenwel een duidelijke keuze gemaakt voor het kleurloos opzet. Zie naast het zojuist genoemde arrest ook HR 21 april 2009, *NJ* 2009, 210.

biedt enige ruimte voor het slagen van een dergelijk verweer. Om hoeveel ruimte gaat het?

De Hoge Raad hanteert als uitgangspunt dat voor het slagen van een beroep op rechtsdwaling aannemelijk moet worden dat een verdachte heeft gehandeld in een verontschuldigbare onbewustheid ten aanzien van de ongeoorlooftheid van de hem verweten gedraging.¹⁵⁶ Centraal staat dan dus niet de vraag of *de norm* waaruit die ongeoorlooftheid voortvloeit, voldoende concreet is (en dus minimale gedragsleidende betekenis heeft),¹⁵⁷ maar de vraag of *de verdachte* zich mogelijk niet bewust is geweest en ook niet hoefde te zijn dat zijn gedraging in strijd met de wet was. Overigens kan, zoals nog naar voren zal komen, voor de beantwoording van die laatste vraag de kwaliteit van de norm wel een rol spelen.

Van verontschuldigbare onbewustheid is blijkens de rechtspraak van de Hoge Raad niet snel sprake.¹⁵⁸ Allereerst geldt dat men de nodige inspanningen moet hebben gedaan en initiatieven hebben ontplooid om zich op de hoogte te stellen van de stand van het recht.¹⁵⁹ Dat moet er vervolgens toe hebben geleid dat de verdachte daadwerkelijk in de overtuiging verkeerde dat zijn handelen niet in strijd zou zijn met de bepaling waarop nadien de tenlastelegging is toegesneden,¹⁶⁰ of enige andere strafbaarstelling.¹⁶¹ Er moet dus geen twijfel over die geoorlooftheid hebben bestaan.¹⁶² Indien de verdachte zich bewust is of moet zijn geweest van de mogelijkheid dat zijn handelen rechteens ongeoorloofd was, faalt het beroep op rechtsdwaling dan ook.¹⁶³

Zie ik het goed, dan staat met het voldaan zijn aan deze twee vereisten, nog niet vast dat er sprake is van afwezigheid van alle schuld.¹⁶⁴ Of de onbewustheid ten aanzien van de ongeoorlooftheid van de hem verweten gedraging, ook *verontschuldigbaar* is, hangt af van de mate waarin de verdachte zich heeft ingespannen¹⁶⁵ en van de redelijkheid van de gevormde

156. Zie onder andere HR 23 mei 1995, *NJ* 1995, 631 en HR 4 april 2006, *NJ* 2007, 144 m.nt. T.M. Schalken.

157. Zie daarover paragraaf 4.3.

158. Het navolgende is mede gebaseerd op het overzicht bij De Hullu 2009, p. 358-360.

159. HR 23 mei 1978, *NJ* 1979, 26, HR 31 oktober 2000, *NJ* 2001, 14 en HR 31 oktober 2006, *NJ* 2006, 602.

160. HR 9 maart 2004, *NJ* 2004, 675 m.nt. P.M. & R. de Lange.

161. In HR 14 september 1981, *NJ* 1981, 642 m.nt. Th.W.v.V. spreekt de Hoge Raad van 'de overtuiging (...) dat zijn gedraging geen enkel strafbaar feit opleverde'. Het komt mij voor dat de Hoge Raad in het in de vorige voetnoot genoemde arrest geen andere maatstaf heeft willen aanleggen, maar dat de verwijzing naar de strafbaarstelling waarop de tenlastelegging is toegesneden, verband houdt met de inhoud van het cassatiemiddel.

162. HR 26 maart 1974, *NJ* 1974, 238. Vgl. ook HR 9 oktober 1990, *NJ* 1991, 131.

163. HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 167 m.nt. Sch.

164. Vgl. HR 9 maart 2004, *NJ* 2004, 675 m.nt. P.M. & R. de Lange, waarin de Hoge Raad overweegt dat de verdachte 'daadwerkelijk (en verontschuldigbaar)' in de overtuiging moet verkeren dat zijn handelen geoorloofd is.

165. De Hullu 2009, p. 358, spreekt van 'adequate inspanningen'.

overtuiging, gelet op de aard en de inhoud van de beschikbare informatie.

In de jurisprudentie over rechtsdwaling wordt veel gewicht toegekend aan de mogelijkheid tot het inwinnen van advies. De Hoge Raad overweegt in het krulsla-arrest dat 'indien het om professionele marktdeelnemers gaat, mag worden verlangd dat deze zich terdege laten informeren over de beperkingen waaraan hun gedragingen zijn onderworpen.'¹⁶⁶ Maar ook ten aanzien van de 'gewone' burger bestaat de verwachting dat hij navraag doet naar (de betekenis van) de geldende voorschriften.¹⁶⁷ Daarbij geldt dat niet op elk willekeurig advies mag worden afgegaan.¹⁶⁸ Het dient te gaan om een 'advies van een persoon of instantie aan wie of waaraan zodanig gezag valt toe te kennen dat de verdachte in redelijkheid op de deugdelijkheid van het advies mocht vertrouwen'. Of van een zodanig gezag sprake is, hangt weer af van diverse gezichtspunten, waaronder de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de adviseur, de specifieke deskundigheid van de adviseur, de complexiteit van de materie waarover advies wordt ingewonnen, alsmede de manier waarop en de omstandigheden waaronder het advies is ingewonnen en gegeven.¹⁶⁹

Overziet men de jurisprudentie over rechtsdwaling, dan kan worden geconstateerd dat de lat behoorlijk hoog ligt.¹⁷⁰ Van de burger wordt niet alleen verwacht dat hij zich op de hoogte stelt van de geldende regelgeving, maar ook dat hij rekening houdt met het feit dat wettelijke normen nadere uitleg behoeven en ook krijgen in de rechtspraak,¹⁷¹ en dat daaruit een zekere inspanningsverplichting voortvloeit om zich op de hoogte te stellen van de stand van het recht.¹⁷²

Langs vergelijkbare lijnen wordt in de rechtspraak over artikel 7 EVRM de voorzienbaarheid van strafrechtelijke aansprakelijkheid afgebakend. In de Straatsburgse rechtspraak komt onder andere tot uitdrukking, zoals in paragraaf 3.2 reeds is aangestipt, dat 'the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case' niet in strijd komt met artikel 7 EVRM, 'provided that the resultant development

166. HR 31 oktober 2000, *NJ* 2001, 14.

167. HR 23 mei 1978, *NJ* 1979, 26.

168. Vgl. IIR 9 oktober 1990, *NJ* 1991, 131.

169. HR 4 april 2007, *NJ* 2007, 144 m.nt. T.M. Schalken.

170. Vgl. Buruma in onderdeel 1 van zijn noot onder HR 24 april 2007, *NJ* 2007, 544: 'En omdat het leerstuk van de rechtsdwaling streng wordt geïnterpreteerd, worden mensen die echt niet wisten dat ze de wet overtraden toch vrij eenvoudig veroordeeld.'

171. Daarbij kan, indien de strafbaarstelling verband houdt met verplichtingen die voortvloeien uit het Europese recht, ook de plicht tot (kaderbesluit- of richtlijn)conforme interpretatie een rol spelen. Indien enigszins mogelijk, moet de rechter de in het nationale recht gebruikelijke interpretatiemethoden zodanig toepassen dat het (met een kaderbesluit of richtlijn) beoogde resultaat wordt bereikt (vgl. in het bijzonder HvJ EG 5 oktober 2004, zaken C-397/01 t/m C-403/01, Pfeiffer e.a., *NJ* 2005, 333 m.nt. MRM).

172. Mulder 1987, p. 412-413, spreekt in dit verband van de 'goede trouw' van de burger. Vgl. voorts De Hullu 2009, p. 219.

is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen'. Het EVRM vervolgt:

'Foreseeability depends to a considerable degree on the content of the law concerned, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed. A law may still satisfy the requirement of "foreseeability" where the person concerned has to take appropriate legal advice to assess, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail (...)'¹⁷³

Ook in deze benadering geldt dat burgers rekening moeten houden met de mogelijkheid dat bepaalde handelingen in strijd met de wet zullen zijn en dat daarom een zekere gehoudenheid tot het inwinnen van advies bestaat.¹⁷⁴ Weliswaar wordt het belang van de kenbaarheid van de norm hiermee niet genegeerd, de voorzienbaarheid van strafrechtelijke aansprakelijkheid zal niet snel in het geding zijn.¹⁷⁵

7.3 Verplaatsing van de bakens?

Op grond van de voorgaande beschouwing kan worden geconstateerd dat niet alleen een daadwerkelijke toetsing van vage normen aan het bepaaldheidsgebod ontbreekt, maar ook dat de mogelijkheden voor een geslaagd beroep op rechtsdwaling beperkt zijn. Men zou kunnen betogen dat dit een problematische situatie oplevert: in objectieve zin noch in subjectieve zin wordt de rechtszekerheid gegarandeerd. Die gevolgtrekking is te verstrekkend, maar een zekere versoepeling van de eisen die worden gesteld aan een geslaagd beroep op rechtsdwaling, lijkt verdedigbaar en aangewezen.¹⁷⁶ Ik licht dit nader toe.

Uit de beknopte beschouwing omtrent het juridisch-hermeneutische karakter van de strafrechtelijke rechtsvinding in paragraaf 3.2 volgt dat absolute rechtszekerheid nimmer kan worden geboden. Hoeveel gewicht

173. Overweging 102 in EHRM 17 september 2009, Scoppola tegen Italië (no. 2), appl.nr. 10249/03, ECHR 2009, 123 m.nt. C. Peristeridou & T. Spronken, AB 2010, 102 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik. Zie voorts onder andere EIIR 22 oktober 1996, Cantoni tegen Frankrijk, appl.nr. 17862/91, overweging 35.

174. Vgl. ook Murphy 2010, p. 199-200.

175. Vgl. Cromhecke & Dhont 2004, p. 669-670, 674-679.

176. Daarnaast zou ook kunnen worden gedacht aan een ruimere toepassing van vormen van rechterlijk overgangsrecht, waaronder met name *prospective overruling*. De toepassing van *prospective overruling* is naar mijn mening echter vooral aangewezen indien er sprake is van een koerswijziging in de rechtspraak, en niet zozeer indien het gaat om de – nadere – concretisering van de betekenis van een wettelijke norm. Een koerswijziging is doorgaans onverwacht en komt (daarom) niet vaak voor, terwijl een (nadere) concretisering juist de normale (en daarmee een gangbare) rechterlijke activiteit betreft. Vgl. ook Schalken in zijn noot onder HR 24 december 2002, NJ 2003, 167. Zie meer uitvoerig Groenhuijsen 2003.

men ook toekent aan de tekst van de wet, eerst in de toepassing wordt de betekenis van een wettelijke norm geconcretiseerd. Van de rechter mag worden geveerd – zeker indien het gaat om vage wettelijke normen – dat zoveel mogelijk de relevante aanknopingspunten worden benoemd die van belang zijn voor de invulling van de norm. Daardoor wordt meer zicht verschaft op de reikwijdte van de strafbaarstelling (zie paragraaf 4.3). Maar ook voor die werkwijze geldt, op de keper beschouwd, dat de betekenis van de norm zich pas achteraf – na het begaan van het ten laste gelegde delict – uitkristalliseert. In zoverre kan de wettelijke norm – de strafbaarstelling – op zichzelf, dus los van de concrete casus, slechts in beperkte mate bijdragen aan rechtszekerheid (in objectieve zin).¹⁷⁷

Is dit problematisch? Men zou kunnen betogen dat dit niet het geval is, omdat in de praktijk justitiabelen zich niet op de hoogte plegen te stellen van de stand van het recht.¹⁷⁸ Het feit dat voorafgaand aan een gedraging niet volstrekt helder is of die gedraging tot strafbaarheid leidt, levert dan op zichzelf geen onbillijke situatie op. De keerzijde lijkt mij evenwel te moeten zijn dat in die gevallen waarin de burger zich wel inspant om zich een beeld te vormen van zijn rechtspositie, hij een reële mogelijkheid moet hebben om strafrechtelijke aansprakelijkheid te voorkomen.¹⁷⁹

De consequentie van deze zienswijze is uiteraard niet dat de wetgever zich er niet meer over zou hoeven te bekommeren of strafrechtelijke gedragsnormen wel duidelijk worden geformuleerd. Dat blijft onverminderd van belang, omdat degene die de norm raadpleegt, een zo duidelijk mogelijke indicatie moet krijgen van de verboden gedragingen.¹⁸⁰ Waar het hier om gaat, is dat er *evenwichtige* eisen aan de burger worden gesteld, in die gevallen waarin een norm op enigerlei wijze en in enigerlei mate faalt in het geven van die indicatie. Ik spreek van evenwichtige eisen, omdat er concurrerende belangen in het spel zijn. Aan de ene kant zou het ontwrichtend werken indien iedere vorm van onzekerheid over de strekking van de norm in het voordeel zou werken van de burger. Dat burgers ervoor kiezen om niet te handelen indien de voorgenomen handeling vermoedelijk of waarschijnlijk in strijd is met de wet, is niet per definitie onge-

177. Vgl. Claes 2003, p. 135: 'De evidentie van de wettoepassing volgt niet uit de duidelijke betekenis van de strafwet, maar uit de ontegensprekelijkheid van haar gebruik in een concreet geval.'

178. Vgl. voor dit argument Rozemond 2006, p. 21. Zie ook Rozemond 1999, p. 125: 'Er zijn waarschijnlijk maar weinig mensen die (...) hun gedrag laten bepalen door het Staatsblad en de kamerstukken.' Rozemond legt veeleer de nadruk op de rol van sociale normen. Van burgers mag worden verwacht dat zij rekening houden met de belangen van anderen. Zie Rozemond 2006, p. 22. In de hoofdtekst komt de betekenis van die sociale normen nog kort aan de orde.

179. Zie in dit verband Brouwer 1999, p. 195 en Brouwer 2003, p. 72.

180. Dat is tevens van belang met het oog op de begrenzing van de mogelijkheden van strafvorderlijk overheidsoptreden. Vgl. ook Rozemond 2006, p. 22.

wenst.¹⁸¹ Tegelijkertijd lijkt het onredelijk om zodanige eisen aan de burger te stellen dat het risico van onduidelijkheden in het recht in feite volledig op het bord van de burger wordt gelegd.¹⁸² Dan zou immers de rechtszekerheid als waarde volledig worden uitgehold.¹⁸³

De hier bedoelde evenwichtige eisen laat zich niet invullen aan de hand van enkele eenvoudige (vuist)regels. Diverse gezichtspunten spelen – in onderlinge samenhang – een rol. Allereerst is de tekst van de in het geding zijnde norm van belang. In hoeverre geeft die tekst richting? Dat ‘krulsla’ valt onder de reikwijdte van het begrip ‘sla’, is nauwelijks een verrassing te noemen.¹⁸⁴ Maar wanneer een norm – zonder nadere specificatie – voorschrijft dat bepaalde stoffen moeten worden gewogen, blijkt daar niet uit dat de opsteller van die regeling ook in gedachten heeft gehad dat van specifieke, geijkte weegapparatuur gebruik moet worden gemaakt.¹⁸⁵

Ten tweede kan worden gekeken of, los van de tekst van de norm, zich redenen hebben voorgedaan die met zich brengen dat de betrokkene rekening had moeten houden met de ongeoorloofdheid van zijn gedrag. Daartoe zijn naast de strekking (de ‘essence’) van het delict, ook meer algemene sociale en juridische normen van belang.¹⁸⁶ De tandarts uit het elektriciteitsarrest moet zich ten tijde van het blokkeren van de meter ervan bewust zijn geweest dat hij een onrechtmatige gedraging verrichtte, waarvan het geenszins onaannemelijk was dat deze onder het bereik van de vermogensdelicten zou vallen. Dat op dat moment nog niet expliciet was uitgemaakt dat elektriciteit een goed is in de zin van artikel 310 Sr, doet daaraan niet af.¹⁸⁷ In het ordeningsstrafrecht zal de voorzienbaarheid weer eerder een punt van discussie zijn, omdat in die context sociale en juridische normen – anders dan de neerslag daarvan in de delictomschrijving – in veel mindere mate een sturende betekenis plegen te hebben.

181. Zie over dit ‘chilling effect’ (en de gewenste en ongewenste effecten daarvan) nader Brouwer 1999, p. 194-195, 205 en Brouwer 2003, p. 70, 74-75.

182. Vgl. ook A-G Rummelink in zijn conclusie voor HR 7 maart 1972, *NJ* 1972, 348 m.nt. CB, waar hij opmerkt dat het risico van onvoldoende doordachte wetsproducten niet in alle gevallen op de justitiabelen mag worden afgewenteld.

183. Vgl. Brouwer 1999, p. 202-203 en Brouwer 2003, p. 67.

184. Vgl. onderdeel 12 van de conclusie van A-G Wortel voor HR 31 oktober 2000, *NJ* 2001, 14.

185. Het voorbeeld ontleen ik aan een uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, waarin wordt overwogen dat de plicht tot het gebruik van geijkte weegapparatuur aldus ‘niet voldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar is’. Zie Voorzieningenrechter CBB 22 januari 2009, *LJN* BH2651 en BH2653 alsmede CBB 9 juli 2009, *LJN* BJ2684 en BJ2688.

186. Rummelink 1996, p. 384 formuleert het aldus: ‘De dwaling moet betrekking hebben op het strafrechtelijk *onrecht*, dus alleen dwaling inzake de *strafbaarheid* van het gedrag bevreemdt niet (...)’.

187. Vgl. Rozemond 2006, p. 155 en Rozemond 2008, p. 18.

Het derde gezichtspunt houdt verband met de doortastendheid die mag worden verlangd van de betrokkene. Hierbij komt het in mijn ogen vooral aan op de vraag of zich in het concrete geval omstandigheden voordoen op grond waarvan mag worden gevegd dat men zich laat voorlichten over de betekenis van een bepaalde norm, ook indien deze op het eerste gezicht duidelijk is. Evenzeer is van belang in hoeverre de betrokken zich een beeld heeft kunnen vormen van de reikwijdte van de norm, in het bijzonder wanneer die norm niet heel concreet is geformuleerd. Voor wie zich bezighoudt met een milieubelastend productieproces, zal het geen verrassing zijn dat men van doen heeft met complexe regelgeving. Een militair kan beter inschatten wanneer 'het functioneren van de krijgsmacht' in het geding is dan een persoon zonder affiniteit met militaire activiteiten.¹⁸⁸ Wie zich verlaat op strafbaarstellingen die reeds zeer lange tijd bestaan, zou het niet moeten verbazen dat de betekenis van de delictomschrijving in rechterlijke uitspraken aan de orde is geweest en nadere gestalte heeft gekregen. Maar er zijn ook situaties waarin men maar weinig grip kan krijgen op de stand van het recht, hoeveel moeite men daar ook voor zou doen. Iets dergelijks doet zich bijvoorbeeld ook voor in de sfeer van euthanasie en hulp bij zelfdoding. In die context vindt de rechtsontwikkeling primair plaats doordat de rechter oordeelt over tevoren lastig te duiden grensgevallen.¹⁸⁹

Dit afwegingsschema sluit in grote lijnen aan bij de rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot rechtsdwaling. Ook in de zojuist geschetste benadering wordt als vertrekpunt gehanteerd dat de verdachte zich moet hebben ingespannen om de betekenis van de norm te achterhalen. In de verdere uitwerking wordt het accent echter op tweeërlei wijze anders gelegd. Allereerst zou de plicht tot het inwinnen van advies niet moeten worden verabsoluteerd. Indien de geraadpleegde tekst van de wettelijke norm op zichzelf duidelijk geformuleerd is en zich geen omstandigheden hebben voorgedaan op grond waarvan de verdachte had moeten veronderstellen dat die norm wel eens een andere, verderstrekkende reikwijdte zou kunnen hebben, is het niet onredelijk dat geen advies wordt ingewonnen.¹⁹⁰ Een gezichtspunt hierbij zou nog kunnen zijn, met name wanneer het complexe technische regelgeving betreft, of de overheid zich voldoende heeft

188. Vgl. HR 8 maart 1994, *NJ* 1994, 412. Zie nader over de rol van de normadressaat Visser 2001, p. 430-432. Vgl. voorts in meer kritische zin Groenhuijsen & Kristen 2001, p. 334-335.

189. Vgl. Schalken in zijn noot onder HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 167, Rozemond 2006, p. 155-157 en Rozemond 2007b.

190. Over het eerder genoemde voorbeeld van het wegen van bepaalde stoffen merkt annotator Michiels op – zie *AB* 2009, 295 – dat, nu het gebruik van een geijkt weegapparaat niet wordt voorgeschreven, 'van de burger [niet kan] worden gevraagd een uitvoerig regelgevingsonderzoek te doen om na te gaan of de wetgever deze eis wellicht toch op het oog heeft gehad en uit andere regelgeving wellicht kan worden afgeleid dat hetgeen er niet staat geacht moet worden er toch te staan.'

ingespannen om de regelgeving voor de burger te ontsluiten, bijvoorbeeld door voorlichting of het voorzien in een informatiepunt.¹⁹¹

Ten tweede is het de vraag of een beroep op rechtsdwaling reeds zou moeten worden afgewezen op de grond dat de verdachte zich bewust is of moet zijn geweest van de (enkele) mogelijkheid dat zijn handelen rehtens ongeoorloofd was. Strikt genomen bestaat die mogelijkheid altijd, in die zin dat het nimmer is uitgesloten dat de rechter de strafrechtelijke aansprakelijkheid desnoods *contra legem* construeert. De maatstaf zou veeleer moeten zijn of de verdachte, in de concrete omstandigheden van het geval, is uitgegaan van een redelijke interpretatie van de wet.¹⁹² Hierbij moet nog worden bedacht dat het bij rechtsdwaling gaat om de afwezigheid van de verwijtbaarheid. Dat de verdachte – achteraf bezien – in strijd met de wettelijke norm heeft gehandeld, sluit het ontbreken van die verwijtbaarheid niet uit.¹⁹³

Tegen deze achtergrond verdient het aanbeveling dat de rechter, indien een beroep op rechtsdwaling wordt gepasseerd, zo concreet mogelijk duidt op welke gronden de verdachte *vooraf* rekening had moeten houden met strafbaarheid. Daarmee wordt niet alleen aan de verdachte een verklaring geboden waarom de voorzienbaarheid in zijn zaak niet in het geding is geweest. Langs deze weg kristalliseert zich ook meer in het algemeen uit wat er van de burger wordt verwacht in de omgang met de wet, dus welke gezichtspunten daarvoor van belang worden geacht en op welke wijze de burger wordt geacht die gezichtspunten op het spoor te komen.

8 Synthese: de interactie tussen wetgever en rechter

8.1 Enkele rode draden

Aan het slot van paragraaf 3 is de vraag opgeworpen hoe de rechter zich in de omgang met problematische wettelijke normen positioneert ten opzich-

191. Enigszins ter zijde wijs ik erop dat in het kader van het instellen van rechtsmiddelen een zekere coullance wordt betracht ten aanzien van de niet van rechtsbijstand voorziene verdachte die geen wijs kan worden uit de tamelijk complexe wettelijke regeling. Hierbij speelt een rol in hoeverre deze verdachte door overheidsfunctionarissen wordt geïnformeerd over relevante formaliteiten. Zie bijvoorbeeld HR 22 december 2009, *NJ* 2010, 102 m.nt. M.J. Borgers en HR 12 oktober 2010, *LJN* BL7694.

192. Vgl. ook Rozemond 2006, p. 156-157 en De Hullu 2009, p. 218, 358. De Hullu ontleent aan de leer van het kleurloos opzet een argument voor 'een zekere soepelheid in de omgang met een beroep op rechtsdwaling indien de verdachte inderdaad adequate inspanningen heeft verricht om zich op de hoogte te stellen van het geldende recht'. Bedacht dient ook te worden dat de 'gemiddelde' burger niet even makkelijk grip krijgt op het recht als de doorgewinterde jurist. 'Kenbaarheid voor de rechter wil (...) nog niet zeggen kenbaarheid voor de burger', aldus Groenhuijsen & Kristen 2001, p. 346.

193. Mogelijk kan (onder omstandigheden) inspiratie worden gevonden in de fiscaalrechtelijke benadering van het pleitbare standpunt. Ik ga hier niet nader op in. Zie voor een aanzet tot discussie Doorenbos 2010, p. 281.

te van de wetgever. Bij de beantwoording van deze vraag geldt als vertrekpunt dat de concrete vormgeving van de strafrechtelijke aansprakelijkheid zoals deze voortvloeit uit een delictsomschrijving, voor een belangrijk deel in handen van de rechter ligt, en dat de rol van de wetgever bescheidener is dan men wellicht – op grond van het eerder geschetste basismodel – zou verwachten. Hoe bakent de rechter, gegeven dit vertrekpunt, zijn taak en positie af ten opzichte van de taak en de positie van de wetgever? Over het geheel genomen springen drie zaken in het oog.

Allereerst kan worden geconstateerd dat de Hoge Raad weinig nadruk legt op de problematische kenmerken van bepaalde typen strafbaarstellingen. Zo heeft de toetsing aan het bepaaldheidsgebod weinig om het lijf, met als consequentie dat vaag geformuleerde strafbaarstellingen vrijwel zonder uitzondering de toets der kritiek doorstaan. De rechter laat aldus een behoorlijke marge aan de wetgever om te werken met vage en open normen of anderszins ruim geformuleerde strafbaarstellingen. Het bepaaldheidsgebod wordt geenszins opgevat als een rigide norm op grond waarvan de wetgever wordt 'afgerekend' op het niet hebben voorzien in een duidelijke formulering van de bestreden norm.

Ten tweede kan worden vastgesteld dat de werkwijze van de Hoge Raad van een zekere terughoudendheid blijkt waar het gaat om de nadere vormgeving van delictsomschrijvingen. Daarmee zeg ik niet dat van een dergelijke vormgeving in de praktijk van de rechtspraak geen sprake zou zijn. Integendeel, de berechting van concrete gevallen heeft hoe dan ook tot gevolg dat, stapje voor stapje, de reikwijdte van wettelijke normen uitkristalliseert. De terughoudendheid waar ik hier op doel, komt op verschillende wijzen naar voren. Zo heeft de Hoge Raad de neiging om de gecompliceerdheid van het rechtsvindingsproces buiten beeld te houden. In relatie tot de vage randen van strafbaarstellingen is geconstateerd dat de uitkomst van het interpretatieproces doorgaans vrij stellig wordt gepresenteerd, waardoor de complicaties die aan de voorliggende rechtsvraag zijn verbonden, in zekere mate worden verhuld.¹⁹⁴ Ook operationaliseert de Hoge Raad in betrekkelijk geringe mate casuïstische redeneringen.

Van terughoudendheid is voorts sprake waar het gaat om het 'sleutelen' aan strafbaarstellingen. Naar aanleiding van klachten met de strekking dat het bepaaldheidsgebod is geschonden, volstaat de Hoge Raad met een abstracte beoordeling van de geoorloofdheid van de vage formulering van de strafrechtelijke norm. De Hoge Raad concretiseert daarbij niet of, en zo ja: op welke wijze, de ter discussie gestelde strafbaarstelling zich laat operationaliseren. Verder is gebleken dat de Hoge Raad er niet zonder meer voor kiest om, daar waar dat wel bepleitbaar zou zijn, beperkingen aan te bren-

194. Al past daarbij de relativiserende kanttekening dat juist hier de conclusie van de A-G het beeld kan completeren.

gen in de reikwijdte van al te ruim geformuleerde strafbaarstellingen (al zijn er zeker ook voorbeelden van zaken waarin dergelijke uitzonderingen wel expliciet zijn aanvaard).

Ten derde kan worden geconstateerd dat de rechtszekerheid als aan het legaliteitsbeginsel ten grondslag liggende waarde in het gedrang lijkt te komen. Dat heeft enerzijds van doen met de wijze waarop de Hoge Raad omgaat met het bepaaldheidsgebod en anderzijds met het feit dat, gelet op de huidige stand van de rechtspraak, de mogelijkheden voor een geslaagd beroep op rechtsdwaling tamelijk beperkt zijn.

Enigszins schematisch weergegeven, zou men samenvattend kunnen stellen dat vaag, ruim of open geformuleerde normen door de rechter als een gegeven worden beschouwd, dat de rechter het als zijn taak beschouwt om die normen verder in te vullen, dat niet het automatisme bestaat om voor een beperkte of terughoudende invulling te kiezen en dat bij de invulling en de toepassing van de normen de rechtszekerheid van de burger een betrekkelijk geringe rol speelt.

Hoe nu verder? Wellicht zou men thans een vurig pleidooi verwachten voor een revitalisering van het legaliteitsbeginsel, daarbij het belang van het bepaaldheidsgebod en het principe van restrictieve interpretatie krachtig onderstrepend. Een dergelijk pleidooi zou echter al snel kunnen vervallen in een sjabloonverhaal waarin de mogelijkheden worden overschat die de wetgever tot zijn beschikking heeft, gegeven het feit dat normen worden opgesteld vanuit een vrij algemeen en statisch beeld en zonder de verfijning van de casuïstiek.¹⁹⁵ Een dergelijk pleidooi zou in zekere zin ook een miskenning zijn van het 'open systeem' van het (straf)recht en het juridisch-hermeneutische karakter van het rechtsvindingsproces, zoals zich dat ook in de context van het materiële strafrecht voltrekt. Er doen zich ook geen dwingende redenen voor op grond waarvan een zeer kritische houding zou moeten worden ingenomen tegenover rechterlijke rechtsvinding, rechtsvorming of rechtsontwikkeling in het strafrecht, ook niet indien dat leidt tot extensieve interpretaties.

Dit betekent evenwel geenszins dat de aan het legaliteitsbeginsel ten grondslag liggende waarden – rechtszekerheid, voorzienbaarheid en rechtsbescherming – geen enkele betekenis meer zouden hebben of zouden moeten hebben. In paragrafen 4-7 zijn reeds verschillende suggesties aan bod gekomen, die erop zijn gericht die waarden op enigerlei wijze te realiseren en te revitaliseren. Thans wil ik, ter afronding van mijn betoog, nog een algemeen schets geven van de wijze waarop de rechter en de wetgever hun taak en positie vorm kunnen geven aan de hand van het legaliteitsbeginsel. Daarin komen die eerder genoemde suggesties samen.

195. Vgl. ook paragraaf 5 van het preadvies van collega Voermans.

8.2 *Van basismodel naar samenwerkingsmodel*

Het in paragraaf 1 geschetste basismodel, waarin de rechter en de wetgever duidelijk van elkaar te onderscheiden taken en posities hebben, is in de daarop volgende paragrafen in aanmerkelijke mate gerelativeerd. Men zou daarom ook een andere benadering kunnen kiezen, door niet de vraag te stellen wat de wetgever en de rechter van elkaar onderscheidt, maar wat zij gemeenschappelijk hebben. Het – betrekkelijk eenvoudige – antwoord op deze vraag wordt gegeven door Röling: ‘Taak van wetgever en rechter beiden is: de bepaling van wat recht is. De wetgever doet dat meer in abstracto, de rechter in concreto.’¹⁹⁶ Anders gezegd: wetgever en rechter werken allebei aan hetzelfde bouwproject, maar ieder op eigen wijze.¹⁹⁷ Van een strakke afbakening van activiteiten is geen sprake. Veeleer gaat het erom op welke wijze de wetgever, respectievelijk de rechter op zinvolle wijze kan bijdragen aan de bepaling van wat recht is,¹⁹⁸ met respect voor en behoud van de aan het legaliteitsbeginsel liggende waarden.

Traditioneel wordt uit het legaliteitsbeginsel afgeleid dat de rechter de wet in principe restrictief uitlegt. Vanwege het juridisch-hermeneutische karakter van het rechtsvindingsproces moet dit uitgangspunt worden gerelativeerd. De woorden van de wet hebben immers geen eenduidige betekenis. Dat brengt reeds met zich dat mogelijk gesproken kan worden van een ‘dwingende’ keuze voor een restrictieve uitleg. Veeleer gaat het erom dat de rechter die wordt geconfronteerd met een moeilijke rechtsvraag, zich de vraag moet stellen of de voorliggende rechtsvraag zich ervoor leent om door de rechter te worden beantwoord, dan wel dat de kwestie beter kan worden doorgeschoven naar de wetgever. Ik licht dit toe aan de hand van twee uitspraken in de sfeer van het orderingsstrafrecht.

De eerste uitspraak betreft een zaak waarin de vraag aan de orde is wat – in relatie tot het Vuurwerkbesluit zoals dat toentertijd gold – moet worden verstaan onder vuurwerk dat is bestemd voor de particuliere gebruiker.¹⁹⁹ De Hoge Raad constateert in deze zaak dat de wetgever het Vuurwerkbesluit en het Reglement gevaarlijke stoffen niet goed op elkaar heeft afgestemd. Daarbij lijkt een normeringsspat te zijn ontstaan, waardoor de regelgeving geen betrekking heeft op de situatie waarin een particulier de

196. Röling 1937, p. 29. Deze gezamenlijke taak wordt ook door andere auteurs naar voren gebracht. Zie, met nadere verwijzingen, Rijpkema 2001, p. 118.

197. Zie in dezelfde beeldspraak ook Keijzer in onderdeel 2 van zijn noot onder HR 30 oktober 2007, *NJ* 2008, 146: ‘Wetgeving en rechtspraak zijn wel te onderscheiden maar niet te scheiden. Wetgever en rechter bouwen samen aan hetzelfde huis, evenals de metselaar en de stucadoor.’ Vgl. voorts Mevis 2000, p. 23-26.

198. Vgl. ook De Waard 1994, p. 1-2: ‘Rechter en wetgever hebben toch in ieder geval één centraal belang gemeenschappelijk: het belang van zo goed mogelijke rechtsnormen? Zouden zij dan niet moeten samenwerken?’

199. HR 6 februari 2001, *NJ* 2001, 498 m.nt. P.A.M. Mevis.

beschikking krijgt over zogeheten groot vuurwerk. Tegelijkertijd is het duidelijk – gelet op de toelichting op het Vuurwerkbesluit – dat de wetgever niet heeft gewild dat een dergelijk gat zou ontstaan. De Hoge Raad vult daarom het gat door het relevante criterium uit het Vuurwerkbesluit terzijde te schuiven en daar een ander criterium voor in de plaats te stellen dat beter aansluit bij de strekking van het Vuurwerkbesluit en het Reglement gevaarlijke stoffen. De Hoge Raad doet dit welbewust: ‘Hoewel de tekst van het Vuurwerkbesluit en voorheen het Reglement gevaarlijke stoffen een andere bedoeling van de wetgever tot uitdrukking brengen, te weten de wederzijdse uitsluiting van toepasselijkheid van die regelingen moet de Hoge Raad daaraan voorbij gaan.’

De tweede uitspraak heeft betrekking op het ‘postmixen’ – het op bestelling door het barpersoneel mixen – van sterke drank en frisdrank. De vraag die aan de orde is, is of dit ‘postmixen’ valt onder het verbod van het (bedrijfsmatig) verstrekken van sterke drank aan jongeren onder 18 jaar.²⁰⁰ Van sterke drank is volgens de wet sprake wanneer de drank (bij een temperatuur van 20 graden Celsius) een alcoholpercentage van 15% of meer heeft, met uitzondering van wijn. De Hoge Raad oordeelt dat mixen van sterke drank met frisdrank onder de definitie van sterke drank valt, ook indien niet vaststaat dat het gepostmixte drankje een alcoholpercentage van 15% of meer alcohol bevat. Ter onderbouwing van dit oordeel wordt een beroep gedaan op het doel en de strekking van de strafbaarstelling: het tegengaan van alcoholmisbruik door jongeren. De Hoge Raad overweegt: ‘Aan de doelstelling en het daaruit voortvloeiende verbod (...) om sterke drank te verstrekken aan jongeren onder 18 jaar, zou tekort worden gedaan, indien dat verbod niet zou omvatten de verstrekking van sterke drank in een door de verstrekker vervaardigd mengsel van sterke drank en (een) andere drank(en) (...).’ A-G Machielse zet in zijn conclusie voor dit arrest evenwel uiteen dat de wetsgeschiedenis in een andere richting wijst: ‘Nergens in de wetsgeschiedenis is een aanknopingspunt te vinden voor de gedachte dat de kwalitatieve samenstelling en niet de kwantitatieve voor de indeling van een mixdrank beslissend is.’²⁰¹

Over beide uitspraken valt veel te zeggen.²⁰² Het gaat mij evenwel om het volgende. Gemeenschappelijk aan beide uitspraken is dat de Hoge Raad zich bereid toont om een ruime of extensieve uitleg te geven aan wet-

200. HR 6 februari 2007, *NJ* 2007, 110.

201. Daarbij worden ‘alcopops’ – alcoholhoudende fruitdranken – in de parlementaire stukken als zwak-alcoholhoudende dranken beschouwd. Zie de weergave van de wetsgeschiedenis in de conclusie van A-G Machielse.

202. Zie over de vuurwerkzaak de noot van Mevis in *NJ* 2001, 498 (die de beslissing van de Hoge Raad bekritiseert aan de hand van het legaliteitsbeginsel) en De Wilde 2001 (die betoogt dat de werkwijze van de Hoge Raad juist kan worden gerechtvaardigd in het licht van een ruime opvatting van – het legaliteitsbeginsel). De postmixzaak wordt kritisch besproken door Doorenbos 2010, p. 278-279.

telijke voorschriften wanneer het doel en de strekking van die voorschriften daartoe aanleiding geven. Er is echter ook een verschil. In de vuurwerkzaak is het tamelijk evident dat de wetgever geen normeringsgat heeft willen laten vallen met betrekking tot groot vuurwerk dat is bestemd voor een particulier.²⁰³ Extensieve uitleg is alsdan niet problematisch, mits – voor het geval dat de verdachte juist door de gebrekkige tekst van de betrokken regelingen in verwarring is gebracht – een beroep op rechtsdwaling niet bij voorbaat kansloos is. In de postmixzaak is het, naar het mij voorkomt, veel minder evident dat de wetgever het ook strafbaar heeft willen laten zijn dat postmixdranken worden verkocht (aan jongeren onder achttien jaar) waarvan niet vaststaat wat het alcoholpercentage is en waarvan dat percentage dus ook lager zou kunnen zijn dan 15%.²⁰⁴ De consequentie van de beslissing van de Hoge Raad is nu dat er ook sprake is van strafbaarheid indien een verkochte postmixconsumptie in werkelijkheid niet teveel alcohol bevat en dus feitelijk zwakalcoholisch is.

Het is naar mijn mening niet het feit dat de rechter kiest voor extensieve uitleg dat als problematisch moet worden beschouwd. Wat wel voor discussie vatbaar is, is of de Hoge Raad in de postmixzaak voor extensieve uitleg had moeten kiezen, omdat er een aanmerkelijke mate van onzekerheid bestaat of de ter discussie staande gedraging als een strafbare gedraging moet worden beschouwd. Om die reden had de Hoge Raad in mijn ogen beter kunnen kiezen voor een restrictieve – dat wil hier zeggen: niet tot strafbaarheid leidende – interpretatie, waarbij in de motivering dan tot uitdrukking had kunnen worden gebracht dat het gaat om een rechtsvraag die zich beter leent voor nadere beantwoording door de wetgever.²⁰⁵

Op dit punt kan ook worden teruggegrepen naar de observatie in paragraaf 6.2 dat de rechtspraak van de Hoge Raad wordt gekenmerkt door een zekere terughoudendheid wanneer het gaat om de keuze voor een zodanige interpretatie van ruim gestelde delictsomschrijvingen dat de reikwijdte van die strafbaarstellingen meer tot de kern worden beperkt. Kenmerkend voor de aldaar besproken voorbeelden is dat zich een samenloop voordoet van *i.* het ontbreken van een heldere grondslag voor strafbaarheid (van de

203. Een dergelijke evidentie is er ook – of beter gezegd: helemaal – indien het gaat om redactionele misslagen in de redactie van een strafbaarstelling. Vgl. bijvoorbeeld HR 2 maart 2010, *NJ* 2010, 147. Zie voor meer voorbeelden van en nadere beschouwingen over dergelijke misslagen Keijzer in zijn noot onder HR 30 oktober 2007, *NJ* 2008, 146.

204. Een ander voorbeeld betreft HR 16 juni 2007, *NJ* 2007, 347 over artikel 12 lid 1 Natuurbeschermingswet (oud). Zie daarover Borgers 2008a.

205. Ter vergelijking wijs ik op een arrest van de fiscale kamer van de Hoge Raad waarin ter zake van artikel 25a Wet op de inkomstenbelasting 1964 een restrictieve interpretatie wordt gekozen vanwege een hopeloos verdeelde wetsgeschiedenis en de ingrijpende en mogelijk onvoorziene gevolgen van een ruime interpretatie. Zie HR 24 januari 1996, *BNB* 1996, 138 m.nt. T.J.F.A. van Vijfeijken.

tenlastegelegde gedraging) in de tekst van de wet, de wetsgeschiedenis of de wetssystematiek, *ii.* de afwezigheid van (verhoudingsgewijs) sterke argumenten ten faveure van een ruime uitleg, en *iii.* de aanwijsbaarheid van tamelijk verstrekkende en/of niet voorshands volstrekt redelijke consequenties van een ruime uitleg. In een dergelijke situatie valt er veel voor te zeggen dat de rechter niet voor een ruime, maar voor een restrictieve interpretatie kiest en de kwestie voor het overige naar de wetgever doorschuift.

Volledigheidshalve moet worden aangetekend dat de vraag op wiens bord een lastige juridische kwestie het beste kan worden gelegd, zelf soms ook weer lastig te beantwoorden is.²⁰⁶ In de vuurwerkzaak en de postmix-zaak beschikt men nog over tamelijk heldere en actuele toelichtingen op de regelgeving. In bijvoorbeeld de RuneScape-zaak ligt dat heel anders, omdat de wetsgeschiedenis van artikel 310 Sr uit het einde van de negentiende eeuw stamt. Alsdan zijn andere aanknopingspunten nodig om uit te maken of de ter discussie staande gedraging – het wegnemen van virtuele voorwerpen – als een strafbare gedraging moet worden aangemerkt, zoals de waarde van virtuele voorwerpen en de graduele ontwikkeling van de interpretatie van de bestanddelen van artikel 310 Sr in verband met maatschappelijke en technologische ontwikkelingen.²⁰⁷

Waar het evenwel om draait, is dat bij de interpretatie van delictsom-schrijvingen mede acht wordt geslagen op de positie en de taak van de wetgever, respectievelijk de rechter. Men zou dat ook zo kunnen formuleren dat het legaliteitsbeginsel met zich brengt dat de *trias politica* één van de leidende principes is bij de uitleg van de wet. Daarbij wordt de *trias politica* niet zozeer opgevat als het principe van de scheiding der machten, maar veeleer geduid als het beginsel van *evenwicht en samenwerking der machten*.²⁰⁸

Uiteraard veronderstelt de hier bedoelde samenwerking dat niet alleen de rechter zich bekommert over de afstemming van de werkzaamheden van wetgever en rechter. Evenzeer mag worden verwacht dat de wetgever zich responsief opstelt.²⁰⁹ Indien de rechter een bepaalde kwestie uitdrukkelijk op het bord van de wetgever legt, zou de wetgever daar op enigerlei moment ook gevolg aan moeten geven. Toont de wetgever zich niet responsief, dan bestaat de kans dat de rechter zich geprikkeld zal voelen om

206. Sterker nog, deze vraag raakt aan complexe discussies in relatie tot institutionele theorieën over de vraag wie het beste in staat is (moeilijke) rechtsvragen te beantwoorden: de wetgever of de rechter. Ik volsta hier met een verwijzing naar Vermeule 2006 en, voor een beknopt overzicht, Farrelly 2008.

207. Hof Leeuwarden 10 november 2009, *NJ* 2010, 616 m.nt. M.J. Borgers.

208. Zie hieromtrent Claes 2003, p. 395, 461.

209. Hetgeen vanzelfsprekend impliceert dat de wetgever de jurisprudentie bijhoudt en deze actief betreft bij zijn werkzaamheden. Vgl. ook Davids 2006, p. 2238-2339.

bepaalde zaken toch aan zich te houden en zelf de keuzes te maken die de wetgever beter zou kunnen maken.²¹⁰

8.3 *Van basismodel naar communicatiemodel*

In paragrafen 4-7 zijn diverse suggesties gedaan met betrekking tot de wijze waarop de rechter omgaat met vage, open en (te) ruime normen. Daarin wordt op verschillende wijzen gerefereerd aan de communicatie tussen rechter en wetgever: indien de conclusie wordt getrokken dat aan een norm redelijkerwijs geen toepassing kan worden gegeven, wordt daarmee tevens het signaal aan de wetgever afgegeven dat een andere, beter toepasbare delictsomschrijving nodig is (paragraaf 4.3); het afgeven van het signaal dat de reikwijdte van een strafbaarstelling complexe vragen oproept, het nader expliciteren van een casuïstisch oordeel en het verschaffen van gezichtspunten voor de toepassing van normen, stelt de wetgever in staat zich een oordeel te vormen of aanscherping, inperking of uitbreiding van een strafbaarstelling wenselijk is (paragraaf 5.2.1 en 5.2.2). Iets dergelijks geldt eveneens in relatie tot (te) ruime strafbaarstellingen (paragraaf 6). Ook in die context zou de rechter misschien vaker expliciet kunnen ingaan op de vraag of de strafbaarstelling van een beperking zou moeten worden voorzien, teneinde daarmee bij de wetgever onder de aandacht te brengen welke moeilijke interpretatievragen rijzen. Dat is weer van belang voor een eventuele heroverweging door de wetgever.²¹¹ Aanvaarding van een beroep op rechtsdwaling zou onder omstandigheden eveneens aanleiding kunnen zijn om de desbetreffende strafbaarstelling kritisch te beschouwen.

Het is juist vanuit de waarden die ten grondslag liggen aan het legaliteitsbeginsel, goed te verdedigen dat van de rechter wordt verwacht dat hij verantwoordt hoe hij tot zijn oordeel komt en ook dat die verantwoording zodanig wordt ingekleed dat de communicatie met de wetgever wordt bevorderd. Die verantwoording draagt eraan bij dat – na verloop van tijd – inzichtelijk wordt wat de reikwijdte is van een strafbaarstelling. Daarmee zijn de rechtszekerheid en de voorzienbaarheid gebaat. Ook vanuit een

210. Vgl. in dit verband een arrest van de fiscale kamer van de Hoge Raad waarin duidelijk wordt gemaakt dat de rechter zelf een voorziening voor een bepaald probleem zal treffen indien de wetgever niet 'met de nodige spoed' aan de slag gaat. Zie HR 12 mei 1999, *BNB* 1999, 271 m.nt. P.J. Wattel en daarover Giesen & Schelhaas 2006, p. 167-168. Een soortgelijk voorbeeld op het terrein van het strafprocesrecht betreft HR 30 juni 1998, *NJ* 1998, 799 m.nt. Sch. Hetgeen in de hoofdttekst wordt gesteld, geldt overigens ook andersom: indien de rechter bepaalde kwesties niet op het bord van de wetgever legt, zal de wetgever ook niet snel in actie komen. Vgl. in dit verband De Jong in zijn annotatie onder HR 19 april 2005, *NJ* 2007, 386.

211. Vgl. Van Kreveld 2006, p. 188 (in het bijzonder de bespreking van 'een tweede type knelpunt').

oogpunt van rechtsbescherming kan het van belang zijn dat de rechter de wetgever erop attendeert dat delictomschrijvingen op enigerlei wijze complexe vragen oproepen, en eveneens dat de rechter indien daartoe goede redenen bestaan beperkingen aanbrengt in de reikwijdte van al te ruim geformuleerde strafbaarstellingen.

Wat de hier voorgestane communicatie dan ook vooral beoogt te bewerkstelligen, is dat een interactief proces tussen wetgever en rechter plaatsvindt. Aanhakend bij een uitspraak van Davids – ‘De wetgever gaat over de productie van dit stuk gereedschap [de wet met toelichting; MJB], de rechter over de doeltreffendheid van het gebruik’²¹² – kan worden gezegd dat het vooral aankomt op het doorgeven van de ervaringen van de rechter met het gereedschap.²¹³ Aan de hand van deze gebruikersinformatie wordt de wetgever in de gelegenheid en in staat gesteld om wijzigingen in het productieproces en/of het product aan te brengen. De wetgever en de rechter zijn beide gebaat bij deze communicatie.²¹⁴ Eerder is geconstateerd dat de wetgever redeneert vanuit een vrij algemeen en statisch beeld en de verfijning van de casuïstiek mist. Juist daarom is de gebruikerservaring van de rechter nuttig voor de wetgever. Andersom heeft de rechter er baat bij dat de wet normen aanreikt die zo goed mogelijk omlijnen welke gedragingen tot strafrechtelijke aansprakelijkheid leiden. Eerst dan kan hij optimaal recht doen aan de aan het legaliteitsbeginsel ten grondslag liggende waarden. De rechter kan daaraan bijdragen door zijn ervaringen terug te koppelen aan de wetgever.

Ter nadere toelichting op de hier voorgestane communicatie vanuit de rechter in de richting van de wetgever maak ik – alvorens over te stappen naar de mogelijke bedenkingen daartegen – nog drie opmerkingen. Allereerst betreft dat het geëigende communicatiemiddel. De uitspraak is uiteraard bij uitstek het communicatiemiddel waarover de rechter beschikt.²¹⁵ De in paragraaf 4-7 gedane suggesties zijn daarop ook toegesneden. Het is echter niet ondenkbaar om soms ook een ander middel te hanteren voor communicatie tussen rechter en wetgever, in het bijzonder het

212. Davids 2006, p. 2241.

213. Vgl. Polak 1976, p. 11: ‘Het zijn de rechters die vrijwel dagelijks gesteld worden voor geschillen over de betekenis van wetsbepalingen. Zij ervaren meer dan eens dat onvolkomenheden in een wet of veroudering van wetsbepalingen hen verhinderen een rechtvaardige beslissing te nemen. Niemand heeft meer recht en daarom m.i. ook de plicht de wetgever de helpende hand te bieden.’

214. Men zou daarom ook kunnen spreken van wisselwerking of dialoog. Zie nader Gerards 2008, p. 162. Vgl. voor vergelijkbare benaderingen van de verhouding tussen wetgever en rechter onder andere Rijkema 2001, p. 19, 219 en Vranken 2011.

215. Over de inkleding van de uitspraak valt natuurlijk nog het nodige te zeggen, maar dat gaat de omvang van dit preadvies te buiten. Ik wijs in het bijzonder op de mogelijkheden die zogeheten voorafgaande beschouwingen bieden, onder andere in de situatie dat de Hoge Raad een boodschap wil afgeven die over de grenzen van het voorliggende geval heen reikt. Zie nader Rozemond 2000.

(twee)jaar(lijks)verslag van de Hoge Raad.²¹⁶ Daarin zou, naar aanleiding van concrete zaken waarin problematische normen aan de orde zijn geweest, kunnen worden gewezen op voor de wetgever relevante aandachtspunten.²¹⁷ Over de mogelijkheden en de beperkingen van de inzet van dit communicatiemiddel valt het nodige te zeggen.²¹⁸ Op deze plaats laat ik het bij de opmerking dat een voordeel van communicatie door middel van het jaarverslag erin kan zijn gelegen dat uitspraken in concrete zaken niet onnodig zwaar hoeven te worden opgetuigd. Daarbij heb ik vooral het oog op zaken die wel aanleiding geven tot het afgeven van een signaal aan de wetgever, maar waarin de daaraan ten grondslag liggende overwegingen niet doorslaggevend zijn voor de concrete beslissing in de zaak zelf. Het afgeven van het signaal kan dan worden losgemaakt van de uitspraak in de desbetreffende zaak.

Ten tweede wijs ik erop dat effectieve communicatie een goede dosering vergt. Waar het om gaat, is dat de rechter de oordelen die hij (toch al) velt over de wijze waarop een delictsomschrijving wordt geoperationaliseerd, duidelijk motiveert. Daar waar dat zinvol is, verdient het aanbeveling dat de rechter die motivering zodanig inkleedt dat het voor de wetgever voldoende helder wordt waar zich (potentiële) knelpunten voordoen. In het gros van de zaken waarin de rechter oordeelt, zal geen aanleiding bestaan voor het afgeven van een dergelijk signaal. Ook hoeft de rechter zich niet altijd expliciet tot de wetgever te richten. Zo wordt met het nader expliciteren van een casuïstisch oordeel en het verschaffen van gezichtspunten voor de toepassing van normen, reeds nuttige informatie verschaft ten behoeve van (onder andere) de wetgever, zonder dat de rechter daar nog overwegingen aan hoeft toe te voegen. Ik bepleit evenmin dat de rechter vragen omtrent de toepasbaarheid van strafbaarstellingen tot in het oneindige problematiseert en ook niet dat de rechter wetenschappelijke verhandelingen daaromtrent gaat schrijven.²¹⁹ Het gaat om het delen van gebruikerservaringen. Niet meer, maar ook niet minder.

Ten derde is van belang dat de hier bepleite communicatie niet iets nieuws is. Integendeel, het is niet moeilijk om uitspraken te noemen die laten zien dat dergelijke communicatie allang plaatsvindt. Zo heeft de

216. Zie, meer in het algemeen, over deze mogelijkheid onder andere Polak 1976, p. 12, Polak 1987, p. 28, Rijkema 2001, p. 183, Vranken 2005, p. 86, Van Kreveld 2006, p. 190 en Adams 2009, p. 1440-1441.

217. Thans worden in deze verslagen vooral overzichten verstrekt van belangrijke uitspraken die de Hoge Raad heeft gedaan, echter zonder expliciete duiding van voor de wetgever relevante aandachtspunten.

218. Interessant in dit verband is de discussie naar aanleiding van een terugkoppelingssysteem van de Raad van State. Zie daarover, ook voor nadere verwijzingen, Van Kreveld 2006 en Gerards 2008, p. 186-187.

219. Zie het prikkelende betoog over de 'motivering van het genoeg' van Van Klink 2010, p. 63-71.

Hoge Raad op 22 december 2009 een arrest gewezen waarin met betrekking tot de wettelijke regeling van het instellen van rechtsmiddelen op niet mis te verstane wijze aandacht wordt gevraagd voor enkele knelpunten in die regeling.²²⁰ Wat evenwel opvalt, is dat juist op het terrein van het materiële strafrecht een zekere terughoudendheid lijkt te bestaan.²²¹ In die zin zijn de in paragraaf 4-7 gedane suggesties er mede op gericht dat de communicatie tussen rechter en wetgever verder wordt versterkt.

8.4 Tegenwerpingen

8.4.1 Komt de rechter op de verkeerde stoel te zitten?

De vraag kan worden gesteld of, en zo ja: in hoeverre, de hier bepleitte communicatie tot gevolg heeft dat de rechter zich teveel gaat bemoeien met het werk van de wetgever en daardoor feitelijk op de stoel van de wetgever gaat zitten. Aarzelingen omtrent de communicatie tussen wetgever en rechter zouden in verband kunnen worden gebracht met een bepaald beeld van de rechterlijke attitude. Dit beeld, dat naar mijn inschatting wel op enig draagvlak kan rekenen, is verwoord door Van Amersfoort. In de kern komt het erop neer dat de rechter, niettegenstaande de eventuele haken en ogen die aan een wettelijke bepaling zijn verbonden, met behulp van de hem ter beschikking staande interpretatiemethoden heeft te komen tot 'een zinvolle uitlegging en toepassing' van die bepaling. Van Amersfoort vervolgt:

'Als het rechtsvindingsproces tot een goed einde is gebracht, is daarmee de gebrekkige wetbepaling opgelapt, zodat niets meer naar de wetgever teruggekoppeld hoeft te wor-

220. IIR 22 december 2009, *NJ* 2010, 102 m.nt. M.J. Borgers. Zie daarnaast bijvoorbeeld HR 8 mei 2001, *NJ* 2001, 508.

221. Naast de reeds besproken arresten over het aanvaarden van een kwalificatieuitsluitingsgrond met betrekking tot de strafbaarstelling van witwassen, kan als voorbeeld van een zaak waarin wel duidelijk een signaal aan de wetgever wordt afgegeven, worden genoemd IIR 23 februari 2010, *NJ* 2010, 263 m.nt. P.A.M. Mevis (in het bijzonder overweging 4.2 *in fine*). Op het terrein van het sanctierecht is een voorbeeld IIR 20 april 2010, *NJ* 2010, 429 ('Een nadere wettelijke regeling zou de duidelijkheid overigens ten goede komen.'). De signalen die de Hoge Raad afgeeft, zijn soms wel erg subtiel. Vgl. IIR 9 maart 2010, *NJ* 2010, 530 m.nt. J.M. Reijntjes, waarin ten aanzien van de centraal staande rechtsvraag – in hoeverre kan in het kader van mensensmokkel de doorreis wederrechtelijk zijn indien de betrokkene rechtmatig in Nederland verblijft? – slechts wordt opgemerkt dat deze vraag in de wetgeschiedenis niet aan de orde komt. In zijn noot zet Reijntjes uiteen waarom de wetgever bij het opstellen van de strafbaarstelling van artikel 197a Sr 'geen gelukkige hand' had. Tot slot wijs ik op het in paragraaf 6.2 besproken arrest IIR 26 oktober 2010, *NJ* 2010, 655, waarin een 'uitnodiging tot discussie' – aldus Keijzer in zijn noot onder het arrest – kan worden gelezen, gelet op het feit dat de in dit arrest geformuleerde kwalificatieuitsluitingsgrond niet beslissend was voor de beoordeling van het cassatieberoep.

den. Bij gevallen waarin de rechter het gebrek of de lacune in de wetbepaling niet kan repareren of opvullen, gaat het veelal om situaties waarin uit de ontstaansgeschiedenis, de strekking of het systeem van de wet geen enkele aanwijzing is te putten dat de wetgever het gebrek of de lacune die de rechter meent te ontwaren, niet zou hebben gewild. Het is dan niet aan de rechter de wetgever een gebrek of lacune voor te houden.²²²

In zijn verdere betoog legt Van Amersfoort er de nadruk op dat de rechter zich behoort te onthouden van kritiek op de beleidskeuzes van de wetgever, dat de rechter geen verantwoordelijkheid draagt voor de kwaliteit van de wetgeving en dat de rechter ervoor dient te waken dat de eigen onafhankelijkheid, onbevangenheid en creativiteit niet in het gedrang komen. Alleen indien de rechter stuit op onoplosbare problemen, zou hij dat in zijn uitspraak moeten signaleren.²²³ Ik maak naar aanleiding hiervan enkele opmerkingen.

Vooropgesteld moet worden dat het onvermijdelijk is, juist omdat de wetgever en de rechter tezamen bepalen wat recht is, dat interferentie plaatsvindt tussen de activiteiten van de wetgever en de rechter. De keuzes die elk van hen maakt, hebben betekenis voor de werkzaamheden van de ander. Naarmate de wetgever meer gebruik maakt van vaag, open of ruim geformuleerde strafbaarstellingen, geeft hij de rechter meer speelruimte.²²⁴ en *vice versa*. Naargelang de rechter dergelijke strafbaarstellingen kritischer toetst aan het bepaaldheidsgebod of de reikwijdte van strafbaarstellingen op enigerlei wijze en in enigerlei mate beperkt, vindt de wetgever eerder aanleiding zich te beraden op de wenselijkheid van modificatie van die strafbaarstellingen. Er worden op dit vlak telkens afwegingen gemaakt en die afwegingen staan niet op zichzelf. Daar komt bij dat actieve bemoeienis van de rechter met de vormgeving van een strafbaarstelling, niet alleen zou kunnen worden gezien als bemoeienis met het werk van de wetgever, maar ook zou kunnen worden aangemerkt als een oprechte uiting van bezorgdheid dat de waarden die aan het legaliteitsbeginsel ten grondslag liggen, niet in het gedrang komen, en als communicatiemiddel teneinde de wetgever te informeren over de haken en ogen die aan een strafbaarstelling betrokken zijn.²²⁵

222. Van Amersfoort 2006, p. 198-199.

223. Van Amersfoort 2006, p. 198-200.

224. Vgl. Rijkema 2001, p. 136: het hanteren van open normen kan worden beschouwd als delegatie van rechtsvormende bevoegdheid aan de rechter. Zie ook Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 19-20, 35-36.

225. Vgl. voor een vergelijkbare zienswijze (in een andere context, namelijk die van de rechterlijke toetsing aan grondrechten) Gerards 2008, p. 163, 173-175, 184-185. Vgl. voorts Rijkema 2001, p. 181: 'Dat de rechtsvormende bevoegdheden van de rechter en van de wetgever gedeeltelijk overlappen, bevordert de mogelijkheid van de rechter en de wetgever om elkaars rechtsvormende activiteiten te controleren en te corrigeren.'

Bovendien moet in het oog worden gehouden dat het niet altijd even gemakkelijk valt uit te maken of de rechter op de stoel van de wetgever is gaan zitten of dreigt te gaan zitten. Het achterwege laten van een kritische toetsing aan het bepaaldheidsgebod zou kunnen worden opgevat als een gepaste terughoudende opstelling van de rechter jegens de wetgever. De consequentie is evenwel dat de rechter de desbetreffende vage norm moet toepassen en daarom, vanwege de vaagheid van de norm, zelf handen en voeten moet geven aan de norm. Dat zou men evenzeer kunnen duiden als een actieve bemoeienis met de inhoud van de norm, waardoor de rechter feitelijk op de stoel van de wetgever gaat zitten. Men zou daarom met evenveel recht kunnen betogen dat het respect voor de eigen positie van de wetgever vergt dat indien de rechter geen chocola kan maken van een norm, dat hij er dan ook geen chocola van moet willen maken.

Los van dit alles geldt dat de suggesties die in paragrafen 4-7 zijn gedaan, er 'slechts' toe strekken dat de communicatie tussen wetgever en rechter meer accent krijgt. De taak van de rechter is en blijft de toepassing van het recht in concrete gevallen. Bij de uitoefening van die taak is het evenwel onvermijdelijk dat aan rechtsvorming wordt gedaan. Het is de wijze waarop die rechtsvorming gestalte krijgt, waar het om draait. Ook wil ik met het doen van deze suggesties niet zeggen dat de wetgever maar lui achterover kan gaan leunen door te volstaan met allerlei vage en open geformuleerde strafbaarstellingen en vervolgens te kijken hoe de rechter daar vorm aan geeft. De speelruimte die de rechter heeft, wordt immers eerst en vooral bepaald door de wetgever. Het is immers de wetgever die de bouwstenen voor de rechter aanlevert en het is afhankelijk van de vorm en de soliditeit van die bouwstenen tot welke constructies de rechter kan komen. Dit brengt met zich dat de wetgever bewuste keuzes dient te maken. Wordt gekozen voor nauwkeurig geformuleerde en gedetailleerde normstellingen - waarbij niet alleen de tekst van de strafbaarstelling van belang is, maar ook de omvang, de gedetailleerdheid en de kwaliteit van de toelichting - of wordt gekozen voor normen die meer flexibiliteit bieden? Indien voor het laatste wordt gekozen, aanvaardt de wetgever dat de rechter in veel sterkere mate dan in het eerste geval zal gaan verfijnen. Daarbij kan die verfijning ook tot resultaat hebben dat de reikwijdte van de norm in enigerlei mate wordt beperkt. Voorts is van belang dat, indien de rechter zich inspant om te communiceren met de wetgever, er ook daadwerkelijk wordt geluisterd en, indien daartoe aanleiding bestaat, ook wordt gereageerd. Deze responsiviteit is reeds aangestipt aan het slot van paragraaf 8.2.

8.4.2 Een te intensieve bemoeienis met het werk van de wetgever?

Een tegenwerping zou ook kunnen zijn dat door te spreken van een communicatieproces dat bestaat uit het verschaffen van relevante informatie en

het afgeven van signalen, de zaken iets te rooskleurig worden voorgesteld, omdat enkele van de in paragrafen 4-7 gedane suggesties méér dan dat inhouden. Dat geldt vooral voor een kritischer toetsing aan het bepaaldheidsgebod en het aanbrengen van beperkingen in strafbaarstellingen. Dat betekent toch een tamelijk intensieve bemoeienis met het werk van de wetgever?

Allereerst moet worden opgemerkt dat door mij niet wordt bepleit dat de rechter zonder enige reserve strafbaarstellingen onverbindend verklaart of van een beperking voorziet. Het gaat er veeleer om dat de rechter vage normen zoveel mogelijk tracht te operationaliseren, zodat strijd met het bepaaldheidsgebod pas wordt aangenomen indien het gaat om een norm waaraan redelijkerwijs geen toepassing kan worden gegeven. Het aanbrengen van een beperking in de reikwijdte van een strafbaarstelling is eerst aan de orde in situaties waarin verschillende aanknopingspunten voorhanden zijn waaruit – meer of minder expliciet – blijkt dat een zekere beperking is beoogd of in elk geval passend is, gelet op de achtergronden en de strekking van de strafbaarstelling. Daarbij is het ook van belang dat de rechter in de motivering van de uitspraak helder tot uitdrukking brengt op welke gronden het aanbrengen van die beperking plaatsvindt. Mocht de wetgever zich onverhoopt niet in deze beslissing van de rechter kunnen vinden, dan staat het de wetgever vrij om met nieuwe wetgeving te komen waarin die beperking op enigerlei wijze teniet wordt gedaan. In dat opzicht is en blijft het laatste woord aan de wetgever.²²⁶

Dat neemt niet weg dat indien de rechter wel overgaat tot het onverbindend verklaren van een strafbaarstelling of het voorzien van een beperking in de reikwijdte van een strafbaarstelling, dat op zichzelf als een niet te miskennen gebaar kan worden opgevat. Een dergelijke stap zal inderdaad door de rechter niet zorgeloos worden gezet, omdat er vragen rijzen omtrent de (politieke) wenselijkheid van het resultaat of omdat de beoogde beslissing nadere afbakeningsvragen oproept.²²⁷ Mijn stelling is ook niet dat het voor de rechter altijd even aangenaam zal voelen om bezwaren ten aanzien van een strafbaarstelling te uiten. Dat hoeft ook niet: binnen de bestaande constitutionele verhoudingen zullen dergelijke uitingen wellicht altijd gepaard gaan met een zekere krampachtigheid.²²⁸ Maar feit is dat als

226. Zij het dat elk laatste woord weer nieuwe (interpretatie)vragen kan oproepen. In zoverre is sprake van een cyclisch proces.

227. Al kunnen dergelijke vragen ook rijzen indien juist geen beperking op de reikwijdte van een strafbaarstelling wordt aangenomen. Zie ter illustratie onderdeel 6 van de noot onder HR 7 oktober 2008, NJ 2009, 94.

228. Het bestek van dit preadvies laat geen ruimte voor nadere beschouwingen omtrent (de grenzen van) de rechtsvormende taak van de rechter in het licht van de constitutionele verhoudingen tussen wetgever en rechter. Zie voor een beknopt overzicht van de discussie Bovend'Eert 2009.

de rechter de bezwaren die er wel zijn, toch maar niet uit, hij daarmee belangrijke informatie onthoudt aan de wetgever. En daarmee doet de rechter – om het nu maar even zwaar aan te zetten – de kwaliteit van de wet en het recht tekort. Wat dat betreft is enige kramp te verkiezen boven een deficit.²²⁹

8.4.3 Levert meer communicatie meer hoofdbrekens op?

Een andere tegenwerping zou kunnen zijn dat het inzetten op meer communicatie tussen rechter en wetgever alleen maar leidt tot allerlei vervolgvragen over de betekenis van vervolgstappen van de wetgever naar aanleiding van signalen die de rechter afgeeft. Stel dat de rechter een signaal afgeeft van de strekking dat een strafbaarstelling door de ruim gekozen opzet moeilijk toepasbaar is, maar dat daarop geen reactie van de zijde van de wetgever volgt. Welke betekenis heeft dan dat stilzwijgen? Mag de rechter daarin een rechtvaardiging vinden om (verder) te gaan 'sleutelen' aan de strafbaarstelling? Of is het juist een reden voor terughoudendheid? En wat nu indien in dezelfde situatie wel een reactie volgt – bijvoorbeeld in de vorm van een antwoord van de minister op een Kamervraag – waaruit blijkt dat de ruime reikwijdte – door de minister – wenselijk wordt geacht en dat geen wetswijziging geïndiceerd is? Heeft de rechter zich daarmee dan niet in een lastig parket gemanoeuvreed?

Het valt niet te ontkennen dat dergelijke vragen kunnen rijzen. De vraag is evenwel in hoeverre men hierin bezwaren moet zien tegen een meer communicatieve attitude van de rechter. Omdat wetgever en rechter nu eenmaal aan hetzelfde project werken – het bepalen wat recht is –, is het onvermijdelijk, hoe terughoudend of expressief de rechter zich ook opstelt, dat interactie plaatsvindt. Het is ook een feit dat er politieke aandacht bestaat voor de uitspraken die de rechter doet.²³⁰ Onder omstandigheden vindt er ook – indirect – politieke bemoeienis plaats met lopende strafzaken. Voorbeelden daarvan zijn de discussies die zijn gevoerd over (de beperkingen van) de strafrechtelijke immuniteit van lagere overheden, naar aanleiding van het eerste Pikmeerarrest en in aanloop naar het tweede Pikmeerarrest,²³¹ alsmede het parlementaire debat in het kader van de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, waarin de

229. Vgl. in dit verband ook Loth 2010, p. 1038. Wellicht zou men de zwakte ook kunnen omzetten in een kracht. In plaats van een krampachtige afbakening van elkaars positie is het ook denkbaar dat wetgever en rechter (samen met anderen) de handen ineen slaan om problemen in de regelgeving met elkaar te bespreken. Zie het aansprekende voorstel voor een Periodiek Overleg Rechtsvormers (POR), zoals uitgewerkt door Giesen & Schelhaas 2006 en Giesen 2007, p. 135-137.

230. Een alweer wat oudere studie hierover is die van Groenendijk 1991.

231. Zie HR 23 april 1996, *NJ* 1996, 513 m.nt. 'tH en HR 6 januari 1998, *NJ* 1998, 367 m.nt. JdH.

toen spelende Brongersma-zaak aanleiding voor en onderwerp van debat is geweest.²³² In deze kwesties heeft de Hoge Raad het verloop en de uitkomst van de politieke debatten betrokken in zijn oordeelsvorming.²³³

Op zichzelf levert dit geen problematische situatie op. Van de rechter mag worden verwacht dat hij zich responsief toont ten opzichte van het politieke debat, zeker indien de rechter zelf de aandacht vraagt van de wetgever. Dat betekent evenwel niet dat elke politieke uitlating – of juist het uitblijven daarvan – ook relevant is voor de rechterlijke interpretatiearbeid. Van belang voor de rechter zijn vooral die politieke handelingen waaruit brede consensus blijkt over een bepaalde juridische kwestie.²³⁴ Bovendien heeft de rechter zich telkens de vraag te stellen of bij de interpretatie van de wet wel ruimte bestaat om met dergelijke consensus rekening te houden. Hoewel het hier gaat om complexe interpretatievragen,²³⁵ is er geen reden om de beantwoording van die vragen niet aan de rechter toe te vertrouwen. Wanneer het rekening houden met politieke consensus zou leiden tot resultaten die de verdachte niet heeft kunnen voorzien, zou het leerstuk van de rechtsdwaling zodanig kunnen worden toegepast dat een voor de verdachte onredelijke uitkomst wordt vermeden.²³⁶

Een relativerende kanttekening is nog dat niet elke kwestie waar de rechter aandacht voor vraagt, ook een politiek spectaculaire kwestie zal zijn. Vaak zal het gaan om – vanuit politiek oogpunt gezien – betrekkelijk technisch-juridische kwesties, die eerst en vooral voorwerp van discussie zullen zijn binnen de afdeling Wetgeving van het ministerie van Veiligheid en Justitie. Daarmee is tevens gezegd dat communicatie tussen wetgever en rechter kan bevorderen dat aandacht wordt besteed aan onderwerpen die anders in de politieke waan van de dag zouden verdwijnen.²³⁷

232. Zie HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 167 m.nt. Sch.

233. Genoemd kan ook nog worden het parlementaire debat naar aanleiding van de uitleg in HR 6 maart 1990, *NJ* 1990, 667 m.nt. 'tH van 'een afbeelding van een seksuele gedraging' in artikel 240b Sr (kinderpornografie). In latere rechtspraak refereert de Hoge Raad aan de desbetreffende kamerstukken, zie onder andere HR 11 april 2006, *LJN* AV4193. Overigens kan hier de vraag worden gesteld of het parlementaire debat voor meer duidelijkheid, of juist voor meer verwarring, heeft gezorgd. Zie daarover de uitvoerige conclusie van A-G Knigge voor HR 7 december 2010, *LJN* BO6446.

234. Vgl. Rijpkema 2001, p. 202.

235. Vgl., met nadere verwijzingen, over de betekenis van politieke uitlatingen over reeds geldende wettelijke normen Rijpkema 2001, p. 199-200 en Borgers 2003, p. 61-62. Zie voorts, onder andere over de betekenis van het stilzwijgen van de wetgever, Rozemond 2008, p. 15.

236. Onder omstandigheden kan ook worden gedacht aan rechterlijk overgangsrecht. Vgl. voor een nadere beschouwing aan de hand van de positie van de arts in het geval van levensbeëindigend handelen, Pans 2003.

237. Vgl. Polak 1976, p. 8: 'Bij de economie leerden wij dat slecht geld goed geld verjaagt, in de politiek, zo leerde mij de ervaring, verdrijven actuele problemen steeds weer die op de lange termijn. Wetgeving over echt juridische onderwerpen betreft slechts zelden urgente aangelegenheden. Reeds hierdoor komt ze niet aan bod.'

8.5 *Kortom: van basismodel naar interactiemodel*

Het legaliteitsbeginsel vormt een rustig bezit in het strafrecht, zo is aan het begin van dit preadvies geconstateerd. Aan het einde van dit preadvies is er geen reden om daar anders tegenaan te kijken. Dat het legaliteitsbeginsel een 'hoeksteen van de strafrechtspleging'²³⁸ is, staat niet ter discussie. Dat ligt anders met betrekking tot de vraag welke betekenis het legaliteitsbeginsel heeft voor de verhouding tussen wetgever en rechter. Ik meen te mogen concluderen dat de realisatie van de waarden die het legaliteitsbeginsel in het strafrecht beoogt te beschermen – rechtszekerheid, voorzienbaarheid en rechtsbescherming –, eerst en vooral een interactief proces vergt tussen wetgever en rechter, langs de hiervoor beschreven lijnen.

Het besproken interactiemodel biedt een denkraam waarbinnen de actuele betekenis van het legaliteitsbeginsel op het terrein van het (materiële) strafrecht kan worden geduid. De interactionistische benadering gaat niet uit van de legistisch georiënteerde zienswijze van het in paragraaf 2 besproken basismodel, maar neemt tot uitgangspunt dat het recht en dus ook het (materiële) strafrecht als een 'open systeem' moet worden beschouwd waarin het toepassingsbereik van de wet mede afhankelijk is van de berechting van concrete gevallen door de rechter. Tegelijkertijd is de interactionistische benadering erop gericht de waarden te realiseren die het legaliteitsbeginsel beoogt te beschermen. Dat het strafrecht als 'open systeem' wordt beschouwd, betekent dan ook niet dat geen belang meer zou (moeten) worden gehecht aan het aanvaarden van zekere restricties ten aanzien van het toepassingsbereik van de strafwet. Men dient zich evenwel te beseffen dat dit resultaat niet wordt bereikt door ervan uit te gaan dat de strafrechter in essentie niets anders doet en ook niet anders mag en moet doen dan het toepassen van de wet. Veelmeer dient de rechter zich van verschillende 'technieken' te bedienen waarmee de betekenis van wettelijke normen wordt geconcretiseerd en, waar nodig, van beperkingen wordt voorzien. Eveneens dient een reële mogelijkheid te bestaan voor de betrokkene om zich te disculperen indien strafrechtelijke aansprakelijkheid redelijkerwijs niet was te voorzien, teneinde te voorkomen dat het risico van onduidelijkheden in het recht volledig op het bord van de burger belandt. Dit alles vergt een meer concrete wijze van toetsing aan het bepaaldheidsgebod, het verschaffen van concrete aanknopingspunten voor de uitleg van strafbaarstellingen, het duidelijk benoemen van de vragen die bij de uitleg van strafbaarstellingen rijzen, het expliciteren van casuïstische argumentaties, het aanbrengen van beperkingen in de reikwijdte van strafbaarstellingen in gevallen waarin de tekst van een strafbaarstelling te ruim is in het licht van de ratio daarvan, en het hanteren van een evenwichtige benade-

238. Kristen 2010a, p. 645.

ring van het leerstuk van rechtsdwaling. Daarnaast, of beter gezegd: in combinatie daarmee, is een goede communicatie tussen wetgever en rechter van groot belang. Die communicatie kan ook buiten vonnissen en arresten plaatsvinden, bijvoorbeeld door middel van jaarverslagen.

Binnen dit interactiemodel spelen wetgever en rechter beide een belangrijke rol. Niettemin stelt de titel van dit preadvies – ‘de communicatieve strafrechter’ – de rechter centraal. De reden daarvoor is tweeledig. Allereerst is het vooral de rechter die de interactie op gang brengt. Ook al mag van de wetgever een responsieve opstelling worden verlangd, het is de rechter die – door het delen van zijn gebruikerservaringen – het initiatief neemt en ook zou moeten nemen. De titel van dit preadvies refereert aan de gewenste bereidheid van de strafrechter om die communicatieve houding aan te nemen op het moment dat daartoe aanleiding bestaat, en op de wijze zoals in dit preadvies geschetst. De tweede reden om de rechter centraal te stellen, is dat het uiteindelijk de rechter is die in laatste instantie moet waarborgen – aan de hand van de hiervoor genoemde technieken – dat de rechtszekerheid en rechtsbescherming van de burger alsmede de voorzienbaarheid niet in het gedrang komen.

9 Tot slot

Met de voorgaande beschouwingen over het interactiemodel heb ik beoogd een bijdrage te leveren aan de discussie over de actuele betekenis van het legaliteitsbeginsel voor het materiële strafrecht. Het interactiemodel zou ook in verband kunnen worden gebracht met andere gebieden van en thema's binnen het strafrecht. Ter afsluiting van dit preadvies maak ik daarover drie opmerkingen.

Allereerst is interactie tussen wetgever en rechter niet uitsluitend van belang op het terrein van het materiële strafrecht. Hoewel het legaliteitsbeginsel zich ook uitstrekt tot het strafprocesrecht, bestaat op dat terrein meer ruimte voor ‘buitenwettelijk’, door de rechter gecreëerd recht dan in het materiële strafrecht. Waar het gaat om de uitoefening van bevoegdheden die inbreuk maken op grondrechten, is een (betrekkelijk) nauwkeurige wettelijke grondslag geboden. Ten aanzien van andere onderdelen van het strafprocesrecht – denk aan het verloop van de strafprocedure of het bewijsrecht – reikt de polsstok van de rechter echter een stuk verder. Maar ook dan kan de vraag zich opdringen of een bepaald probleem het beste door de rechter dan wel door de wetgever kan worden opgelost.²³⁹

In paragraaf 8.3 is een arrest aangehaald waarin de Hoge Raad, na eerder die mogelijkheid te hebben afgewezen, toestaat dat een advocaat een

239. Zie hierover de doorwrochte beschouwing van Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 8-38.

rechtsmiddel instelt door middel van een brief of fax, in welk verband de Hoge Raad ook nader uiteenzet welke formaliteiten hierbij in acht moeten worden genomen.²⁴⁰ Deze beslissing is ingegeven door een duidelijke discrepantie tussen enerzijds de tekst van de wet en anderzijds de toelichting op een in dit verband relevante recente wetswijziging. Ook al past de Hoge Raad zelf een mouw aan het geconstateerde probleem, de Hoge Raad is van oordeel dat eigenlijk niet hij, maar de wetgever verantwoordelijk is voor adequate regelgeving. De Hoge Raad overweegt daarom 'dat het aanbeveling verdient dat de wetgever ter zake voorziet in een duidelijke en houvast biedende, bij zijn bedoelingen aansluitende wettelijke regeling omdat de wijze van aanwenden van rechtsmiddelen in strafzaken direct uit de wet moet kunnen worden afgeleid'. Dit is een voorbeeld van een interactionistische benadering die in meer gevallen geïndiceerd is. Zo zou de Hoge Raad bij de wetgever onder de aandacht kunnen brengen dat er goede argumenten zijn om een nadere wettelijke regeling in het leven te roepen met betrekking tot het inzetten van lokmiddelen ten behoeve van de opsporing, ook al kan in artikel 2 Politiewet en/of artikel 141 en 142 Sv (in veel situaties) reeds een toercikende wettelijke grondslag worden gevonden.²⁴¹

Ten tweede wijs ik op de toenemende Europese invloed op het Nederlandse straf(proces)recht. Bij de implementatie van Europese kaderbesluiten en richtlijnen is de vrijheid van de wetgever beperkt. Weliswaar zijn de lidstaten vrij in de keuze van vorm en middelen, maar deze rechtsinstrumenten zijn verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat.²⁴² Daarbij heeft de Commissie een voorkeur voor een zo letterlijk mogelijke omzetting van kaderbesluiten en richtlijnen.²⁴³ Op grond van Europese regelgeving kan aldus op de Nederlandse wetgever de verplichting komen te rusten om vaag, open of ruim geformuleerde strafbaarstellingen te introduceren.²⁴⁴ Voor de strafrechter geldt dat hij verplicht is om het nationale recht zoveel mogelijk in overeenstemming met het Europese recht uit te leggen. Die verplichting geldt ook indien de wetsgeschiedenis – en dus de bedoeling van de nationale wetgever – in een andere richting wijst dan het resultaat dat met de conforme interpretatie wordt bereikt.²⁴⁵

Deze Europese invloed op het strafrecht doet, juist ook in relatie tot het legaliteitsbeginsel, tal van vragen rijzen.²⁴⁶ Hoe streng mag de rechter een

240. HR 22 december 2009, NJ 2010, 102 m.nt. M.J. Borgers.

241. Zie nader onderdeel 6 van mijn noot onder HR 20 januari 2009, NJ 2009, 225.

242. Vgl. artikel 34 lid 2 EU-Verdrag (oud), artikel 249 EG-Verdrag (oud) en artikel 288 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

243. Zie nader Borgers 2006.

244. Zie ook paragraaf 3.1.

245. Vgl. onder andere HvJ EG 29 april 2004, zaak C-371/02, Björnckulla Fruktindustrier, *Jur.* 2004, p. 1-5791.

246. Vgl. ook Kristen 2010a, p. 644-645.

delictsom-schrijving toetsen aan het bepaaldheidsgebod indien de wetgever feitelijk geen mogelijkheid heeft gehad om voor een andere formulering te kiezen? Hoe kan de rechter, gegeven de Europese herkomst, concrete aanknopingspunten verschaffen voor de uitleg van de norm? Staat het de rechter vrij om beperkingen aan te brengen in de reikwijdte van delictsom-schrijvingen? Wat is de betekenis van de doorwerking van het Europese recht wanneer het gaat om de beoordeling van een beroep op rechtsdwal-ing?²⁴⁷ Op de antwoorden op deze vragen kan hier niet nader worden inge-gaan. Wel is het van belang erop te wijzen dat ook in de context van de invloed van het Europese recht op het Nederlandse strafrecht een interac-tionistische benadering betekenis heeft. Wanneer de rechter de wetgever attendeert op knelpunten bij de toepassing van strafbepalingen, zou dat voor de wetgever aanleiding kunnen zijn om die knelpunten ook op Europees niveau kenbaar te maken (bijvoorbeeld in het kader van een evalua-tie van de implementatie van het desbetreffende rechtsinstrument). Gebruikerservaringen van nationale rechters zouden zodoende aanleiding kunnen geven voor heroverweging en bijstelling van regelgeving op Europees niveau. Evenzeer van belang is dat de nationale rechter zich richt tot het Hof van Justitie van de Europese Unie, hetgeen mogelijk is door het stellen van prejudiciële vragen. Knelpunten bij de toepassing van delictsom-schrijvingen met een Europese herkomst kunnen aanleiding zijn voor het stellen van dergelijke vragen, gegeven het feit dat het legaliteitsbegin-sel ook een beginsel van Unierecht is.²⁴⁸

Tot slot kan worden gewezen op de voorstellen van de commissie-Hammerstein, die er – kort gezegd – toe strekken dat de Hoge Raad in de nabije toekomst meer tijd kan besteden aan zaken die vanuit het perspec-tief van rechtsbescherming, rechtseenheid en rechtsvorming er werkelijk

247. In een arrest van de fiscale kamer brengt de Hoge Raad naar voren dat de burger bedacht dient te zijn op de invloed van het Europese recht: 'Het beginsel van de rechtszekerheid verlangt (...) niet dat de justitiabele die reden vindt zich nader te oriënteren omtrent de betekenis en reikwijdte van de wettelijke bepaling, met voorbijgaan aan het bepaalde in artikel 249 F.G moet kunnen afgaan op uitsluitend de gevolgtrekkingen die hij meent te kunnen baseren op toelichtingen en uittalingen die zijn gegeven of gedaan in het proces van het tot stand brengen van de wettelijke regeling. Dit is slechts anders indien in zulke toelichtingen of uittalingen ondubbelzinnig uitdrukking is gegeven aan de welbewuste bedoeling om de nationale regeling te doen afwijken van hetgeen waartoe de richtlijn zou verplichten of de vrijheid zou laten.' Zie HR 10 augustus 2007, *AB* 2007, 291 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven. Vgl. ook HvJ EG 5 juli 2007, zaak C-321/05, Kofoed, *Jur.* 2007 p. I-5795, overweging 45.

248. Vgl. onder andere HvJ EG 3 mei 2007, zaak 303/05, *Advocaten voor de Wereld*, *Jur.* 2007, p. I-3633, overweging 49. Zie voorts artikel 49 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

toe doen.²⁴⁹ In de voorstellen wordt onder andere voorzien in een stroomlijning van de cassatieprocedure, waardoor beroepen waarin kansloze klachten of klachten die maar weinig om het lijf hebben, naar voren worden gebracht, zo snel mogelijk uit het systeem kunnen worden gefilterd. De voorstellen van de commissie-Hammerstein hebben in die zin geen rechtstreekse betekenis voor de in dit preadvies besproken interactionistische benadering, dat voor (meer) interactie en communicatie tussen wetgever en rechter de invoering van deze voorstellen geen noodzakelijke voorwaarde is. Dat neemt niet weg dat zaken die aanleiding geven tot enigerlei vorm van interactie tussen wetgever en rechter, vrijwel altijd zaken zullen zijn die vanuit het perspectief van rechtsbescherming, rechtseenheid en rechtsvorming er werkelijk toe doen. Wanneer aan deze zaken meer tijd en aandacht kan worden besteed, komt dat ook de interactie tussen wetgever en rechter ten goede.

Aangehaalde literatuur

Adams 2009

M. Adams, 'Toekomstmuziek bij de Hoge Raad: waarom geen jaarverslagen *à la française*?', *Nederlands Juristenblad* 2009, p. 1439-1443

Alink & Wiarda 2010

M. Alink & J. Wiarda, 'Materieelrechtelijke aspecten van mensenhandel in het Nederlands strafrecht', in: *Materieelrechtelijke aspecten van mensenhandel. Preadviezen 2010. Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: BJU 2010, p. 175-256

Van Amersfoort 2006

P.J. van Amersfoort, 'Kanttekeningen bij de terugkoppeling van rechter naar wetgever', *Regelmaat* 2006, p. 197-202

249. Hammerstein 2008. Zie over deze voorstellen uitvoerig nader Hol, Giesen & Kristen 2011. Net voor afronding van dit preadvies is het wetsvoorstel versterking cassatierechtspraak verschenen onder kamerstuknummer 32 576. In lijn met de voorstellen van de commissie-Hammerstein wordt voorgesteld te voorzien in de bevoegdheid om een cassatieberoep niet ontvankelijk te verklaren 'wanneer de aangevoerde klachten geen behandeling in cassatie rechtvaardigen, omdat de partij die het cassatieberoep instelt klaarblijkelijk onvoldoende belang heeft bij het cassatieberoep of omdat de klachten klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden' (artikel 80a lid 1 RO-nieuw).

Baaijens-van Geloven 2005

Y.G.M. Baaijens-van Geloven, 'Is psychische mishandeling strafbaar?', in: A. Harteveld, D.H. de Jong & F. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling (Knigge-bundel)*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 5-22

Bleichrodt 2006

F.W. Bleichrodt, 'Freedom from retrospective effect of penal legislation (Article 7)', in: P. van Dijk, F. van Hoof e.a. (red.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 651-662

Bokhorst 2000

R.J. Bokhorst, 'Logisme versus vrije rechtsvinding', *Delikt & Delinkwent* 2000, p. 311-335

Borgers 2003

M.J. Borgers, 'Wetshistorische interpretatie in de strafrechtspraak', in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen (De Hullu-bundel)*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 51-69

Borgers 2004

M.J. Borgers, 'De grenzen van het Rijk in Europa en de grenzen van de interpretatievrijheid van de strafrechter', *Delikt & Delinkwent* 2004, p. 590-601

Borgers 2006

M.J. Borgers, 'Europese normen voor de implementatie van kaderbesluiten', in: M.J. Borgers, F.G.H. Kristen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Implementatie van kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 5-37

Borgers 2008a

M.J. Borgers, 'Redelijke wetsuitleg en strafrechtelijke aansprakelijkheid', *Ars Aequi* 2008, p. 229-236

Borgers 2008b

M.J. Borgers, 'Legaliteit en wetsinterpretatie in het materiële strafrecht', in: A.A. Franken, M. de Langen & M. Moerings (red.), *Constance waarden (Liber Amicorum Constantijn Kelk)*, Den Haag: BJu 2008, p. 193-202

Bovend'Eert 2009

P.P.T. Bovend'Eert, 'Wetgever, rechter en rechtsvorming', *RM Themis* 2009, p. 137-145

Brouwer 2003

P.W. Brouwer, 'Beginselen van legaliteit', *RM Themis* 2003, p. 64-77

Buruma 2001

Y. Buruma, *Buitengewone opsporingsmethoden*, Deventer: Tjeenk Willink 2001

Claes 2003

E. Claes, *Legaliteit en rechtsvinding in het strafrecht*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2003

Claes 2004

E. Claes, 'Legaliteit, rechtszekerheid en democratie in het strafrecht', in: M. Adams & P. Popelier (red.), *Recht en democratie*, Antwerpen: Intersentia 2004, p. 381-422

Cleiren 2008

C.P.M. Cleiren, 'Het legaliteitsbeginsel', in: C.P.M. Cleiren, Th.A. de Roos & M.A.H. van der Woude (red.), *Jurisprudentie strafrecht select*, Den Haag: Sdu 2008, p. 285-306

Cromheecke & Dhont 2004

M. Cromheecke & F. Dhont, 'Artikel 7. Geen straf zonder wet', in: J. Vande Lanotte & Y. Haeck (red.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze Commentaar. Volume I*, Antwerpen: Intersentia 2004, p. 653-704

Davids 2006

W.J.M. Davids, 'Communicatie tussen wetgevende en rechterlijke macht', *Nederlands Juristenblad* 2006, p. 2237-2241

Dolman 2004

M.M. Dolman, 'Actus regit locum? Over legaliteit, rechtsmacht en "prospectieve overruling"', *Delikt & Delinkwent* 2004, p. 231-245

Duker 2007

M.J.A. Duker, 'De reikwijdte van het belagingsartikel', *RM Themis* 2007, p. 141-154

Duker 2010

M.J.A. Duker, 'Toetsing van de opportuniteit van vervolging door de zittingsrechter', *Trema* 2010, p. 238-243

Farrelly 2008

C. Farrelly, 'The Institutional Theory of Legal Interpretation', *University of Toronto Law Journal* 2008, p. 217-232

Franken 2006

A.A. Franken, 'Casuïstiek en legaliteit in het materieel strafrecht', *Delikt & Delinkwent* 2006, p. 949-958

Gerards 2008

J.H. Gerards, 'Wisselwerking tussen wetgever en rechter – naar een betere dialoog?', in: R. de Lange (red.), *Wetgever en grondrechten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 161-194

Giesen & Schelhaas 2006

I. Giesen & H.N. Schelhaas, 'Samenwerking bij rechtsvorming', *Ars Aequi* 2006, p. 159-172

Giesen 2007

I. Giesen, 'Alternatieve regelgeving en privaatrecht', in: *Alternatieve regelgeving. Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2007-I*, Deventer: Kluwer 2007

Gooren & Moerings 2010

J.C.W. Gooren & L.M. Moerings, 'Seksuele contacten onder jongeren. Wanneer strafrechtelijk relevant?', in: G.K. Schoep, C.P.M. Cleiren, J.P. van der Leun & P.M. Schuyt (red.), *Vervlechting van domeinen*, Deventer: Kluwer 2010, p. 103-111

Groenendijk 1991

C.A. Groenendijk, 'Parlementaire reacties op rechterlijke uitspraken: democratische controle op aanvullende regelgevers', in: G.J.M. Corstens e.a. (red.), *Met hoofd en hart (Leijten-bundel)*, Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 67-85

Groenhuijsen 1987

M.S. Groenhuijsen, *Straf en wet*, Arnhem: Gouda Quint 1987

Groenhuijsen & Wiemans 1989

M.S. Groenhuijsen & F.P.E. Wiemans, *Van electriciteit naar computercriminaliteit*, Arnhem: Gouda Quint 1989

Groenhuijsen & Kristen 2001

M.S. Groenhuijsen & F.G.H. Kristen, 'Het Bestimmtheitsgebot bepaald', *Delikt & Delinkwent* 2001, p. 330-346

Groenhuijsen 2003

M.S. Groenhuijsen, 'Enkele aspecten van rechterlijk overgangsrecht en "prospective overruling" in het straf(proces)recht', in: M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen (De Hullu-bundel)*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 185-202

Groenhuijsen & Knigge 2004

M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, 'Afronding en verantwoording. Algemeen deel', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 3-185

Hammerstein 2008

Commissie normstellende rol Hoge Raad, *Versterking van de cassatierechtspraak*, Den Haag 2008

Haverkate 2008

G.C. Haverkate, 'Bereik en toepassing van de Nederlandse strafbepalingen inzake witwassen', in: F. Deruyck & G.C. Haverkate, *Witwassen in België en Nederland*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 3-64

Hol, Giesen & Kristen 2011

A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025*, Den Haag: BJu 2011

De Hullu & Van der Neut 1991

J. de Hullu & J.L. van der Neut, 'Zedelijkheidswetgeving', *Nederlands Juristenblad* 1991, p. 389-396

De Hullu 2000

J. de Hullu, 'Meer rechtsvorming in het strafrecht?', *Nederlands Juristenblad* 2000, p. 717-718

De Hullu 2009

J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009

Jansen 2006

C.J.H. Jansen, 'Enige beschouwingen over het "nieuwe" strafrechtsdenken in de jaren dertig van de 20^e eeuw aan de hand van het legaliteitsbeginsel', *Delikt & Delinkwent* 2006, p. 415-431

Jescheck & Weigend 1996

H.-H. Jescheck & Th. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin: Duncker & Humblot 1996

Van Kempen 2003

P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Waarborgen tegen de ontwrichtende werking van Eurostrafrecht', in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende Schalen (De Hullu-bundel)*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 247-266

Van Kempen 2008

P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008

Keulen 2009

B.F. Keulen, 'Over voetbal, voorbereiding en samenspanning', *Nederlands Juristenblad* 2009, p. 1897-1901

Van Klink & Royakkers 1998

B. van Klink & L. Royakkers, 'Enkele kanttekeningen bij de strafbaarstelling van stalking', *Delikt & Delinkwent* 1998, p. 630-643

Van Klink 2001

B.M.J. van Klink, 'Rechtsvinding en rechtszekerheid in het strafrecht', in: E.-J. Broers & B. van Klink (red.), *De rechter als rechtsvormer*, Den Haag: BJu 2001, p. 197-220

Van Klink 2010

B.M.J. van Klink, *Rechtsvormen*, Den Haag: BJu 2010

Kool 1992

R.S.B. Kool, 'Ontucht(ig): een rechtsonzeker begrip?', *Delikt & Delinkwent* 1992, p. 251-269

Kool 1999

R.S.B. Kool, 'Verkrachting en legaliteit', in: M. Moerings, C.M. Pelsier & C.H. Brants (red.), *Morele kwesties in het strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 157-169

Korvinus, Koster & De Jonge van Ellemeest 2006

D. Korvinus, D. Koster & H. de Jonge van Ellemeest, 'Mensenhandel: het begrip uitbuiting in art. 273a Sr', *Trema* 2006, p. 286-290

Krabbe & Wedzinga 1998

H.G.M. Krabbe & W. Wedzinga, 'Belaging in wetsontwerp 25 768', *Delikt & Delinkwent* 1998, p. 215-233

Van Kreveld 2006

J.H. van Kreveld, 'Terugkoppelen vanuit de rechtspraak naar de wetgever', *Regelmaat* 2006, p. 186-196

Kristen 2010a

F.G.H. Kristen, 'Het legaliteitsbeginsel in het strafrecht', *Ars Aequi* 2010, p. 641-645

Kristen 2010b

F.G.H. Kristen, 'Maatschappelijk verantwoord ondernemen en strafrecht', in: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging* 2010-1, Deventer: Kluwer 2010, p. 121-189

Van der Landen 1994

D. van der Landen, 'Aanranding en verkrachting', *Delikt & Delinkwent* 1994, p. 553-567

Lestrade & Ten Kate 2009

S. Lestrade & W. ten Kate, 'De strafbaarstelling van "overige uitbuiting" binnen mensenhandel', *NJCM* 2009, p. 852-870

Loth 1999

M.A. Loth, 'Verloren zekerheid. Over vertrouwen en rechtszekerheid in het strafrecht', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 1999, p. 209-221

Loth 2009

M.A. Loth, 'Op de bres voor rechtszekerheid', *Rechtsfilosofie & Rechts-theorie* 2009, p. 17-26

Loth 2010

M.A. Loth, 'De taak van de strafrechter in de punitieve rechtsorde', *Nederlands Juristenblad* 2010, p. 1034-1039

Machielse 1992

A.J.M. Machielse, 'De nieuwe zedendelikten', *Delikt & Delinkwent* 1992, p. 715-731

Malsch 2004

M. Malsch, *De Wet Belaging*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004

Mevis 2000

P.A.M. Mevis, 'Introductie: de betekenis van het legaliteitsbeginsel in de rechtsontwikkeling naar een eigentijds strafrecht', in: P.C. Bogert & T.

Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 1-36

Mulder 1987

G.E. Mulder, 'Vage normen', in: Ch.J. Enschede e.a. (red.), *Naar eer en geweten (Remmelink-bundel)*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 409-427

Murphy 2010

C.C. Murphy, 'The Principle of Legality in Criminal Law under the ECHR', *European Human Rights Law Review* 2010, p. 192-207

Noyon-Langemeijer-Remmelink (losbladig)

T.J. Noyon, G.E. Langemeijer & J. Remmelink, *Het Wetboek van Strafrecht*, bewerkt door J.W. Fokkens & A.J.M. Machielse, Deventer: Kluwer z.j. (losbladig)

Opzoomer 1873

C.W. Opzoomer, *Aanteekening op de Wet, houdende Algemeene Bepalingen der Wetgeving van het Koninkrijk*, Amsterdam: J.H. Gebhard & Comp. 1873

Pans 2003

E. Pans, 'De Hoge Raad en de onzekere arts', *Nederlands Juristenblad* 2003, p. 870-877

Peek 2009

J.H. Peek, 'Zwart geld hebben is witwassen maar zwart geld "witten" niet', *Tijdschrift voor Formeel Belastingrecht* 2009, nr. 5, p. 20-27

Pelser 1999

C.M. Pelser, 'De morele verplichting van de overheid om inbreuken op de persoonlijke levenssfeer strafbaar te stellen', in: M. Moerings, C.M. Pelser & C.H. Brants (red.), *Morele kwesties in het strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 217-243

Polak 1976

C.H.F. Polak, 'Hulp voor de wetgever', in: *Handelingen 1976 der Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 2*, Zwolle: Tjeenk Willink 1976, p. 7-14

Polak 1987

J.M. Polak, 'Algemene inleiding', in: *De rechter als dictator?*, Lochem: Van den Brink 1987, p. 11-43

De Poorter & Van Roosmalen 2009

J.C.A. de Poorter & H.J.Th.M. van Roosmalen, *Motivering bij rechtsvorming*, Den Haag: Raad van State 2009

Remmelink 1996

J. Remmelink, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996

Rijkema 2001

P. Rijkema, *Rechttersrecht*, Den Haag: BJu 2001

Röling 1937

B.V.A. Röling, 'Prae-advies', in: *Analogische toepassing van strafbepalingen*, Leiden: E.J. Brill 1937, p. 1-34

Royakkers & Van Klink 1998

L.M.M. Royakkers & B.M.J. van Klink, 'Stalking: van media-hype tot juridische categorie', in: L.M.M. Royakkers & A. Sarlemijn (red.), *Stalking strafbaar gesteld*, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 1-20

Rozemond 1998

K. Rozemond, *Strafvorderlijke rechtsvinding*, Deventer: Gouda Quint 1998

Rozemond 1999

K. Rozemond, 'Legaliteit in het materiële strafrecht', *RM Themis* 1999, p. 117-130

Rozemond 2000

K. Rozemond, 'Voorafgaande beschouwingen in de strafrechtspraak van de Hoge Raad', *Nederlands Juristenblad* 2000, p. 706-712

Rozemond 2006

K. Rozemond, *De methode van het materiële strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2006

Rozemond 2007a

K. Rozemond, 'De casuïstische grenzen van het materiële strafrecht', *Delikt & Delinkwent* 2007, p. 465-495

Rozemond 2007b

K. Rozemond, 'Chabot en de terugwerkende kracht van de rechterlijke beslissing', in: R. Janse e.a. (red.), *Rechtsfilosofische annotaties*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007, p. 94-96

Rozemond 2008

N. Rozemond, 'De rechtsvindingsleemte in het strafrecht', *RM Themis* 2008, p. 13-18

Sackers 2007

H.J.B. Sackers, 'De erosie van de geschreven gedraging', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis & G. van Roermund (red.), *De gedraging in beweging*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 125-141

Schauer 2009

F. Schauer, *Thinking like a lawyer*, Cambridge/London: Harvard University Press 2009

Scholten 1974

P. Scholten, *Algemeen deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1974

Simmelink 1991

J.B.H.M. Simmelink, 'Het RVV 1990, niet iedere verandering is ook een verbetering', in: C.J.G. Bleichrodt & J.P. Scheffer (red.), *Het RVV 1990 en het BABW*, Lochem: Van de Brink & Co 1991, p. 21-61

Simmelink 1995

J.B.H.M. Simmelink, *Algemeenheden in het wegenverkeersrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995

Smidt 1891

H.J. Smidt/J.W. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Tweede deel*, Haarlem: Tjeenk Willink 1891

Strikwerda 1974

L. Strikwerda, 'Art. 11 AB: middel om de rechter in het rechte spoor te houden?', *Ars Aequi* 1974, p. 1-17

Vellinga-Schootstra & Vellinga 2008

F. Vellinga-Schootstra & W.H. Vellinga, '*Positive obligations*' en het Nederlandse straf(proces)recht, Deventer: Kluwer 2008

Verheijen 2006

E.A.M. Verheijen, *Nederlandse strafrechtelijke waarden in de context van de Europese Unie*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006

Vermeule 2006

A. Vermeule, *Judging under Uncertainty*, Cambridge: Harvard University Press 2006

Visser 2001

M.J.C. Visser, *Zorgplichtbepalingen in het strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2001

Vranken 1995

J.B.M. Vranken, *Algemeen deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995

Vranken 2005

J.B.M. Vranken, *Algemeen deel, een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005

Vranken 2011

J.B.M. Vranken, 'Taken van de Hoge Raad en zijn Parket in 2025', in: A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025*, Den Haag: BJu 2011, p. 29-46

De Waard 1994

B.W.N. de Waard, *Samenwerkende machten*, Zwolle: Tjeenk Willink 1994

Waldron 2010

J. Waldron, 'Vagueness and the Guidance of Action', *New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper No. 10-81*

De Wilde 2001

B. de Wilde, 'Geeoorloofde interpretatie of schending van het legaliteitsbeginsel?', *Delikt & Delinkwent* 2001, p. 1160-1168

Van Willigenburg 2010

K. van Willigenburg, 'Casuïstiek en scherpe normen in het materiële strafrecht', ongepubliceerd concept, december 2010

Witteveen 2001

W.J. Witteveen, *De geordende wereld van het recht*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2001

Legitimiteit van de confrontatie van Europees recht en burgerlijk recht van nationale origine

C.H. Sieburgh

Inhoudsopgave

1	Inleiding	189
1.1	DCFR biedt geen partituur	191
1.2	Legitimiteit	193
1.3	Afbakening en plan van behandeling	194
2	Rechtsontwikkeling en rechtsvorming	196
2.1	Recht van nationale origine, argumenten uit en inbedding in het systeem	196
2.2	Confrontatie tussen Europees recht en recht van nationale origine	197
2.3	Europees recht: anders of eender?	198
3	Burgerlijk recht en legaliteit	200
3.1	Belang van kenbaarheid van toepasselijke normen	202
3.2	Rechtsvorming door de rechter: nieuwe normen	203
3.3	Rechtsontwikkeling door de rechter: open normen	206
3.4	Concretisering van open normen: legaliteit en legitimiteit	208
3.5	Legaliteit en legitimiteit van burgerlijkrechtelijke open normen: juridisch interessant	210
3.6	Legaliteit en legitimiteit van door Europees recht beïnvloede burgerlijkrechtelijke normen: maatschappelijk urgent	213
4	Actueel probleem: incoherentie als gevolg van confrontatie van Europeesrechtelijke en privaatrechtelijke normen	214
4.1	Autonome maar afhankelijke rechtsorde; voorrang en directe werking	214
4.2	Vormen van doorwerking van Europees recht in verhouding van particulieren onderling	217
4.3	Verschillende gradaties van (in)coherentie bij doorwerking	219

5	Ondervangen van problematiek: recht, wetgever, rechter, advocaat en (privaat)rechtswetenschap	224
5.1	Europeesrechtelijke en nationaalrechtelijke legaliteit en legitimatie	224
5.2	Autonome positie nationale rechter	226
5.3	Bewaking van legitimiteit door nationale rechter	229
6	Overbrugging probleem: rol en bijdrage nationale rechter	234
6.1	Tweeledige rol nationale rechtspraak bij bewaking legitimiteit	234
6.2	Doorberekeningsverweer: tegendruk door nationale rechter	235
6.3	Doorberekeningsverweer: communicatie met burger	237
6.4	Andere voorbeelden	238
7	Rechtsontwikkeling, rechtsvorming, discursie	239
8	Recht, wetgever, rechter, advocaat en rechtswetenschap	241
8.1	De burgerlijke rechter als spil in haar context	241
8.2	Europees recht moet inburgeren	242

“European Community law is integrated into the legal orders of the Member States. It has become “law of the land” and as such it is valid.”¹

1 Inleiding

Het is lang geleden dat een oordeel van de burgerlijke rechter in hoogste instantie een opschuddend effect had op de rechtsgenoten. Het beeld van een voorbijganger die hollend en met de armen zwaaiend het geluk uitschreeuwde over de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak *Lindenbaum/Cohen* is van een andere tijd.² Molengraaff en Meijers ontvingen het arrest met groot enthousiasme.³ De civilist van tegenwoordig rept nog wel eens van een nieuwe wind in de Kazernestraat, maar stapt niet achter zijn bureau vandaan om te ervaren hoe hard die wind nu eigenlijk waait.⁴

Dit preadvies vraagt aandacht voor de invloed die het geldende Europese recht (hierna ook wel aangeduid als Unierecht of recht van de Europese Unie) heeft op het privaatrecht van nationale origine⁵ en voor de legitimiteit daarvan. In de afgelopen decennia heeft het Hof van Justitie in Luxemburg duidelijk gemaakt dat het Europese recht mede strekt tot bescherming van particulieren. Het burgerlijke recht van nationale origine wordt, als bestanddeel van het nationale recht, ingezet om dat doel te bereiken. De ingrijpende gevolgen die de inwerking van het Europese recht heeft voor het geldende burgerlijke recht, zullen in de toekomst nog toenemen. De inwerking van leerstukken als effectiviteit, voorrang, directe werking en een autonome rechtsorde, alle gericht op het garanderen van de volle werking van het Unierecht in de nationale rechtsordes heeft in Duitsland reeds

1. S. Prechal, Does direct effect still matter? CMLR 2000, p. 1067.
2. Ontleend aan de herinnering van de vader van Jan Wiarda en opgetekend naar aanleiding van een college op 31 januari 1969 ter gelegenheid van de herdenking van het feit dat 50 jaar daarvoor het arrest *Lindenbaum/Cohen* werd gewezen. Te kennen uit G. E. van Maanen, De Zutphense juffrouw en de ontrouwe bediende van *Lindenbaum*, Nijmegen 2006 en Een dubbel feestje? 50 jaar *Quint/te Poel* en 90 jaar *Lindenbaum/Cohen*, NJB 2009, p. 251 e.v.
3. W.L.P.A. Molengraaff, noot in Weekblad van het Recht 10 365 (1919), p. 2-3, E.M. Meijers, noot in WPNR 2564 (1919), p. 66.
4. T. Hartlief, Werkgevers aansprakelijkheid ex art. 7:658. Een nieuwe wind in de Kazernestraat?, WPNR 6559 (2003), p. 933-934.
5. De reden dat ik de begrippen ‘privaatrecht van nationale origine’ en ‘regel van nationale origine’ gebruik en niet ‘nationaal privaatrecht’ en ‘nationaalrechtelijke regel’ is omdat het Europese recht en een Europeesrechtelijke regel evenzeer nationaalrechtelijk zijn. Het Europese recht is deel van de Nederlandse rechtsorde. Het voor dit preadvies relevante verschil is gelegen in de afkomst van de desbetreffende regels.

de nodige opschudding veroorzaakt. In Nederland is het onderwerp echter voor velen onbekend en krijgt het weinig aandacht.⁶ Dat is jammer, want het is een interessant en dynamisch terrein van het recht waarop veel nieuws te ontdekken en uit te denken valt.⁷ Aan deze uitdaging gaat een noodzaak vooraf. Het Europese recht is aan zijn opmars richting privaatrecht begonnen. Naarmate de invloed van het Europese recht op de Nederlandse privaatrechtelijke rechtsorde groter wordt, zullen de incoherenties toenemen. Op den duur zou het Europese recht de samenhang van het recht van nationale origine dermate aantasten, dat tijdige bijsturing onmogelijk wordt. Legitimiteit van de gevolgen die het Europese recht heeft voor het privaatrecht zou dan een gepasseerd station zijn.

Dat kan voorkomen worden. Om de legitimiteit van de invloed die het Europese recht op het privaatrecht heeft en zal hebben te waarborgen, moet snel een inhoudelijke dialoog tussen het recht van nationale origine en het Europese recht gestart worden.⁸ De nationale rechter en de nationale regering kunnen refererend aan de (ook in andere lidstaten erkende) uitgangspunten van het burgerlijke recht door het stellen van goed toegelichte prejudiciële vragen respectievelijk het interveniëren in prejudiciële procedures voorkomen dat het Hof van Justitie in zijn beantwoording onvoldoende rekening houdt met het systeem van het privaatrecht. Voor die gevallen waarin het Hof van Justitie desondanks een oordeel geeft dat op gespannen voet staat met het privaatrecht, zal dat in meer detail zijn overwogen en gemotiveerd. Om de rechter en de regering te voorzien van achtergronden en argumenten zal door de verschillende beoefenaren van het privaatrecht en het Europese recht een constructieve bijdrage geleverd moeten worden. Met vereende krachten en met een op beide rechtsgebieden betrokken houding kunnen wetgever, rechter, advocaat en wetenschapper een pluralistisch, spannend 'Gesamtkunstwerk' tot stand brengen.

Dit preadvies is gericht aan iedereen die geïnteresseerd is in de inhoud en de ontwikkeling van het geldende privaatrecht in Nederland. Die inhoud wordt immers mede bepaald door het EU-recht. In zoverre is het Europees recht 'gewoon, geldend' nationaal (privaat)recht. Het is dan ook niet alleen geschreven voor de "kleine groep ... die gespecialiseerd is in het Europese recht. Een groep die ... gekenschetst is als ... zeer storend voor de natio-

6. Zo behandelt A.L.M. Keirse, *Europeanisering van Verbintenissenrecht*, in: Preadviezen 2010, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk recht, Deventer 2010, de invloed van het VWEU in 1 pagina, de rechtspraak van het Hof van Justitie in 5 pagina's en wordt het onderwerp niet genoemd als onderdeel van wetenschappelijke activiteiten.

7. Zie ook J. Brinkhof, *De Europese uitdaging voor rechtspraak, rechtswetenschap en onderwijs*, afscheidrede Utrecht 2010.

8. Vgl. T. Barkhuysen, *Grenzen aan het opzoeken en verleggen van (Europese) juridische grenzen voor nationaal beleid?*, NJB 2011, p. 4-5.

naalrechtelijke gang van zaken ...”⁹, waarnaar Sevenster ruim tien jaar geleden verwees ter gelegenheid van haar referaat bij het NJV-pleidooi van Meij. De Europeesrechtelijke aspecten van het burgerlijke recht kunnen worden benut en ontmoet in de geschillen van alledag en worden voorgelegd aan de nationale Nederlandse rechter. Zij maken deel uit van het geldende burgerlijke recht.¹⁰ Zo gezien is aan het behandelde onderwerp niets exotisch te ontdekken. Het zal dan ook niet om die reden mogen zijn dat de lezing van dit pleidooi hier wordt gestaakt.

1.1 *DCFR biedt geen partituur*

Bij het signaleren van de problemen waarvoor de confrontatie tussen Europees recht en privaatrecht ons stelt, wordt dikwijls gerefereerd aan het door de Europese Commissie geïntamceerde Draft Common Frame of Reference project (DCFR) of aan zijn voorganger, de Principles of European Contract Law (PECL).¹¹ Bij de oplossing van de problematiek is echter voor het DCFR (het Ontwerp voor een Gemeenschappelijk Referentiekader) of de PECL geen bijzondere rol weggelegd. Dat is wellicht contra-intuïtief maar begrijpelijk. Het DCFR en de PECL bevatten regels van privaatrecht, geen regels die uitdrukken hoe dat privaatrecht zich zou moeten richten naar, aanpassen aan of verzetten tegen andersoortige regels, waaronder de regels van EU-recht.

De in het DCFR voorgestelde normen zijn grofweg te verdelen in twee groepen. De eerste groep wordt gevormd door normen die reeds deel uitmaken van het nationale burgerlijke recht. Zij gelden in het Nederlandse privaatrecht op dezelfde wijze (een overeenkomst komt tot stand door aanbod en aanvaarding, art. II-4:201 DCFR). De tweede groep normen belichaamt een keuze die niet dezelfde is als de naar nationaal privaatrecht gel-

9. H.G. Sevenster, referent bij pleidooi van A.W.H. Meij, Europese rechtspraak in de Nederlandse rechtspleging: impressies uit Den Haag en Luxemburg, *Handelingen NJV* 1999-II, Deventer 1999, p. 45. Het onverbrokele citaat luidt: “Ik behoer zelf tot een kleine groep advocaten die gespecialiseerd is in het Europese recht. Een groep advocaten die door de heer Daalder op een bijeenkomst aan de Universiteit van Amsterdam op 27 mei jl. gekenschetst is als advocaten, die – zeer storend voor de nationaalrechtelijke gang van zaken – op het laatste moment lange en ingewikkelde stukken produceren en desalniettemin verbaasd zijn als de rechter – anders dan zij – geen zin blijkt te hebben daarop al te diep in te gaan.”
10. Zij worden dan ook volgens de in 2008 geïntroduceerde, nieuwe opzet van de Asser-serie als onderdeel van het nationale vermogensrecht behandeld.
11. K.J.M. Mortelmans, *Vijftig jaar zegeningen van het Europees materiële recht*, SEW 2010, p. 501, A.L.M. Keirse, *Europeanisering van Verbintenissenrecht*, in: *Pleidooien* 2010, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk recht, Kluwer, Deventer, 2010, p. 16 waar zij de invoering van een Burgerlijk Wetboek op Europees niveau als de kortste weg naar de Europeanisering van het privaatrecht ziet, zonder daarbij acht te slaan op de typisch Europeesrechtelijke aspecten die dat privaatrecht zouden moeten kenmerken.

dende keuze maar die goed is in te passen in het systeem van het nationale privaatrecht (verjaringstermijnen).¹²

Regels die – als zij zouden gelden – een andere richting uitwijzen dan regels van nationale origine omdat zij fundamenteel verschillen wat betreft uitgangspunten en doelstellingen, kent het DCFR nauwelijks.¹³ En dat terwijl een van de opvallendste kenmerken van het privaatrecht dat door het Europese recht wordt beïnvloed is, dat het een belichaming is van de botsing van rechtssystemen. Waar het DCFR crop is gericht binnen de Europese Unie een gemeenschappelijk privaatrechtelijk referentiekader te bieden en het een bron voor rechtsvinding kan zijn¹⁴, geeft het dus geen oplossing voor die gevallen waarin het burgerlijke recht wordt geconfronteerd met daarmee schurende en botsende, door het Europese recht gestelde eisen. Het DCFR laat zich niet in met de problematiek van een meerge-laagd rechtssysteem en heeft mede om die reden geen formele status.

Voor privatisten biedt het DCFR een bekend en aansprekend beeld waarover veel te lezen valt.¹⁵ Onjuist is echter het beeld dat het DCFR ook aan-keeft: een privaatrechtelijk kader dat refereert aan geldend Unierecht. Een rechter die het DCFR toepast is op geen enkele wijze gevrijwaard van het risico dat hij het Europese recht schendt.¹⁶

12. Ik teken hierbij aan dat het feit dat een keuze gemaakt is in het DCFR niet om het enkele feit dat zij privaatrechtelijk beredeneerbaar is, voldoende gelegitimeerd is. Het valt niet in te zien waarom voor het DCFR gemaakte keuzen – die voor een deel willekeurig zijn – zouden moeten voorgaan op de keuze die in een nationaal stelsel is gemaakt en die deel is gaan uitmaken van een coherent en afgestemd systeem.
13. Te denken is aan de wijze waarop de regels van het DCFR moeten worden uitgelegd en ontwikkeld (art. I-1:102 DCFR: autonome uitleg en ontwikkeling van de regels; overeenkomstig hun doelen en hun onderliggende beginselen. Deze zijn te vinden in 'Principles' en zijn: vrijheid, zekerheid, rechtvaardigheid en doelmatigheid, waarvan deel uitmaken de beslissende uitgangspunten, bijv. de bevordering van de interne markt (als onderdeel van de bescherming en bevordering van welvaart)).
14. Zie daarover M.W. Hesselink, *The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law*, *Tulane Law Review* 2009, p. 919-971.
15. Zie onder veel meer M.W. Hesselink, *Naar een coherenter Europees contractenrecht? Het actieplan van de Europese Commissie*, NJB 2003, p. 2086-2094, dez., *Een Europees Burgerlijk wetboek door de voordeur*, NJB 2007, p. 2484-2485, dez., *CFR & Social Justice; A short Study for the European Parliament on the values underlying the draft Common Frame of Reference for European private law: what roles for fairness and social justice?* München 2008 en J.M. Smits, *Het actieplan voor een coherenter Europees contractenrecht: een bespreking*, WPNR 6532 (2003), p. 385-389, dez., *Europees burgerlijk wetboek mag enkel een optionele code zijn*, NJB 2007, p. 2010, dez., *The Draft-Common Frame of Reference for a European Private Law: Fit for Purpose*, MJ 2008, p. 145-148, dez., *Europees recht als alternatief: de charme van het 28ste rechtstelsel*, TPR 2009, p. 1731-1735.
16. Zie ook C.H. Sieburgh, *Samenspel van privaatrecht en Europees recht: DCFR biedt geen partituur*, in: M.W. Hesselink (red.), *Bijdragen aan het symposium groenboek Europees contractenrecht: naar een optioneel instrument?*, Den Haag 2011, p. 83-94.

1.2 Legitimiteit

De invloed van het Europese recht op het privaatrecht komt in veel gevallen door rechtspraak tot ons. De vraag is in hoeverre de legitimiteit van een oordeel dat berust op veelal onvermoede en onbekende juridische gegevens gewaarborgd kan worden. In dit preadvies wordt onder legitimiteit verstaan de situatie waarin het geldende recht, in het bijzonder het rechterlijke oordeel, inhoudelijk correspondeert met de in de maatschappij levende opvattingen, representatief is voor het in de maatschappij levende waardenpatroon en aldus 'wervende kracht heeft'.¹⁷ De wervende kracht van een oordeel dat voortvloeit uit een systeem dat zich gedurende lange tijd heeft ontwikkeld en als het ware deel is van het wezen van de rechtsgenoten verschilt van de wervende kracht van een oordeel dat berust op een piepjong en nieuw systeem dat aan het begin van zijn ontwikkeling staat en dat nog in mindere mate is opgegaan in een gedeeld waardenpatroon.

Ter illustratie een paar voorbeelden van hetgeen op burgerlijkrechtelijk terrein gebeurt: aansprakelijkheid voor schade verbonden aan het eigen leven¹⁸, algemene aanknopingspunten voor gedragingen binnen een overeenkomst (waaronder het plegen van wanprestatie) die onrechtmatig kunnen zijn jegens een derde wiens rechtspositie samenhangt met de overeenkomst waarbinnen het gedrag plaatsvindt¹⁹, kwalitatieve aansprakelijkheid van de bezitter van een opstal jegens zijn medebezitter²⁰. Zij zijn rechtsfiguren die op indringende wijze kunnen ingrijpen in privaatrechtelijke verhoudingen. Hun lancering lijkt bij de rechtsgenoten geen en in de rechtsleer nauwelijks onrust te veroorzaken.²¹ Een onderdeel van het burgerlijke recht dat in de nabije toekomst in toenemende mate in het teken zal staan van spanning, wrijving en tegenstrijdigheid en dat mogelijk wel tot onrust zal leiden is het privaatrecht van nationale origine dat door het recht van de Europese Unie wordt beïnvloed.²² Het waarborgen van de legitimiteit van rechtsontwikkeling en rechtsvorming op dit terrein vraagt een andere aanpak dan die waaraan de privaatrechtjurist gewend is.

17. Vgl. O.A. Haazen, Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht, diss. Tilburg, Deventer 2001, p. 275 e.v., W. Van Gerven, Theorie en praktijk van de rechtsvinding, Zwolle 1981, p. 22 en Het beleid van de rechter, Antwerpen 1973, p. 111, 119, 147.
18. HR 18 maart 2005, NJ 2006, 206 m.nt. J.B.M. Vranken (Kelly).
19. HR 24 september 2004, NJ 2008, 587 m.nt. C.E. du Perron (Vleesmeesters/Alog). Zie ook HR 16 februari 2007, RvdW 2007, 203 (Tuin Beheer/Mr. X).
20. HR 8 oktober 2010, RvdW 2010, 1164 (hangmat).
21. Het hangmat-arrest brengt wel enige onrust teweeg. Zie T. Hartlief, Een eenvoudige casus stelt het recht voor problemen, NJB 2010, p. 2071. Zie voor een bijdrage na het wijzen van het arrest F. Oldenhuis, De Hangmatzaak, NJB 2010, p. 2456 e.v.
22. De nadruk ligt op het rechtstreeks in de stelsels van de Lidstaten doorwerkende Unierecht. De incoherenties die de omzettingswetgeving van richtlijnen teweegbrengen, blijven buiten beschouwing.

1.3 Afbakening en plan van behandeling

Vragen betreffende de legitimiteit van de invloed van het Unierecht op het (privaat)recht van nationale origine doen zich voor over de volle breedte van het Unierecht. In dit preadvies staat centraal de legitimiteit van het nationaalrechtelijke oordeel dat mede berust op het primaire Unierecht (VEU, VWEU, rechtspraak van het Hof van Justitie en de daarin onderscheiden algemene beginselen van Unierecht). De reden daarvoor is dat onderdelen van het primaire Unierecht direct, zonder tussenkomst van het recht van nationale origine, kunnen ingrijpen in de rechtsverhouding van particulieren onderling.²³ De legitimiteit van het geldende, primaire Unierecht (waaronder de rechtspraak van het Hof van Justitie²⁴) zelf wordt niet onderzocht. De doorwerking van richtlijnen als onderdeel van het secundaire Unierecht, komt slechts zijdelings aan de orde.²⁵ Richtlijnen als zodanig grijpen namelijk niet direct in in de rechtsverhouding van particulieren en hebben dan ook minder abrupte gevolgen voor het recht van nationale origine. Om gevolgen te hebben voor de rechtsverhouding van particulieren onderling, moet de richtlijn door de nationale wetgever worden omgezet in een nationale wet.

De wijze waarop de legitimiteit van een (mede) op Europees recht berustend en daardoor beïnvloed oordeel kan worden bewaakt door de burgerlijke rechter wordt vergeleken met de manier waarop de legitimiteit van het oordeel van de burgerlijke rechter in gevallen waarin hij privaatrecht van nationale origine toepast wordt bewaakt. Om die reden wordt ook ingegaan op verschijnselen die raken aan de legitimiteit van dat oordeel van de burgerlijke rechter. Hoofdstuk 2 behandelt de thema's rechtsontwikkeling en rechtsvorming. Verschillen tussen het gedurende ruim 2000 jaar tot wasdom gekomen burgerlijke recht en het piepjonge Europese recht worden toegelicht en ten grondslag gelegd aan het verschil in benadering van rechtsontwikkeling en rechtsvorming op beide rechtsgebieden. De andere gerichtheid van het Europese recht onderstreept de urgentie van het waarborgen van de legitimiteit van het rechterlijke oordeel als bron van recht en de uitdaging waarvoor het Europese recht het burgerlijke recht stelt.

Hoofdstuk 3 behandelt de legitimiteit van de rechtsontwikkeling en rechtsvorming bij de toepassing van privaatrechtelijke open normen. De

23. Zie over deze directe horizontale werking hierna onder 4.2.

24. H.C.F.J.A. de Waele, *Rechterlijk activisme en het Europees Hof van Justitie*, diss. Nijmegen, Den Haag 2009, plaatst met betrekking tot de legitimiteit vraagtekens bij onderdelen van de rechtspraak van het Hof van Justitie.

25. Zie hierover M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, diss. Leiden, Deventer 2001, de bijdragen in Hartkamp, Sieburgh & Keus, *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht II*, Deventer 2007, p. 3-428, A.L.M. Keirse, *Europeanisering van Verbintenissenrecht*, in: *Preadviezen 2010*, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk recht, Deventer 2010.

verwevenheid van die rechtsontwikkeling en rechtsvorming met het verfijnde en uitgekristalliseerde systeem van burgerlijk recht lijkt mee te brengen dat de legitimatie in de vorm van rechtszekerheid aangaande het rechterlijke oordeel vooraf is geëvolueerd in legitimiteit van de motivering en begrijpelijkheid van dat oordeel achteraf. Omdat het door het Europese recht beïnvloede burgerlijke recht niet altijd kan worden herleid tot dit verfijnde systeem, doen zich juist op dit terrein ontwikkelingen voor waarbij het uiteindelijke, dikwijls rechtsvormende, oordeel wat betreft uitleg en motivering een andere benadering vraagt om de legitimiteit te waarboren dan de benadering waaraan het burgerlijke recht en de burgerlijke rechter zijn gewend.

Hoofdstuk 4 laat aan de hand van enkele voorbeelden zien tot welke confrontaties en incoherenties de inwerking van het Europese recht op het burgerlijke recht van nationale origine (via directe en indirecte werking) kan leiden.

In Hoofdstuk 5 staat het bewaken van de legitimiteit van het door het Europese recht beïnvloede nationale privaatrecht centraal. Omdat de rechtsontwikkeling en rechtsvorming in het algemeen onvoldoende zijn uitgekristalliseerd om tot wetgeving op nationaal niveau over te gaan, is het de nationale rechter die de brug slaat en moet slaan tussen het recht van nationale origine en het (daarmee soms inconsistente) Europese recht en het uiteindelijke resultaat aan de burgers uitlegt. Met de wijze waarop hij invulling geeft aan deze beide taken kan hij een bijdrage leveren aan de legitimiteit van het oordeel en daarmee van het te vormen recht. Een zorgvuldig gebruik van een met inhoud gevulde prejudiciële procedure leidt tot een grotere mate van afstemming en verfijning van het door het Europese recht beïnvloede nationale (privaat)recht. In de prejudiciële procedure is, in de vorm van de interventie, ook een rol weggelegd voor de nationale regering.

Hoofdstuk 6 geeft aan de hand van het voorbeeld van het doorberekeningsverweer (inhoudende dat de pleger van een onrechtmatige daad aan de 'benadeelde' geen schade hoeft te vergoeden als de schadelijke gevolgen aan derden zijn doorberekend) een concrete invulling aan de in Hoofdstuk 5 bepleite wijze van versterking van de prejudiciële procedure. Voorts wordt een aantal voorbeelden gegeven van zaken waarin de nationale rechter, ondersteund door de interventies van de nationale regering, een belangrijke bijdrage aan de legitimiteit had kunnen leveren als voorafgaand aan de vraagstelling de achtergronden van het geldende burgerlijke recht en de (verstrekkenheid van) incoherenties waartoe een concreet antwoord van het Hof van Justitie leidt of zou kunnen leiden waren genoemd en toegelicht.

Hoofdstuk 7 legt een verband tussen de, tegen de achtergrond van het Europese recht, toe te nemen discursiviteit in het werk van de rechter, de rechtswetenschap en de rechtspraktijk en het met name op het recht van nationale origine teruggaande debat over de aard van rechtsvinding en de

(in Hoofdstuk 2 behandelde) legitimiteit van het oordeel berustend op een open norm van nationale origine.

In Hoofdstuk 8 wordt de urgentie van de bestudering en doordenking van de rechtsvragen die voortvloeien en kunnen voortvloeien uit het door het Europese recht beïnvloede burgerlijke recht nog eens benadrukt. De complexiteit van de materie vereist een vergaande coöperatie van juristen: rechters, wetgevers, advocaten en wetenschappers met achtergronden in het Europese recht en het privaatrecht.

2 Rechtsontwikkeling en rechtsvorming

2.1 Recht van nationale origine, argumenten uit en inbedding in het systeem

Dat rechtsontwikkeling en rechtsvorming op het gebied van het burgerlijke recht van nationale origine in het algemeen tot weinig ophef aanleiding geven, kan op verschillende manieren verklaard worden. Eén van die verklaringen is dat het burgerlijke recht gedurende de ruim 2000 jaar dat het bestaat een dermate grote verfijning heeft bereikt dat nieuwe oplossingen vrij gemakkelijk in een reeds bekend kader gepast kunnen worden. Terwijl in Lindenbaum/Cohen de Hoge Raad een nieuw onrechtmatigheidscriterium (strijd met het ongeschreven recht) toevoegde aan het bekende arsenaal (strijd met de wet en rechtsinbreuk), is in de onder 1.2 genoemde voorbeelden (Kelly en Vleesmeesters/Alog) geen sprake van een wezenlijk nieuwe norm. De basisnorm (onzorgvuldigheid) en de aanknopingspunten voor de invulling daarvan, zijn reeds bekend. Dit brengt mee dat het uiteindelijke oordeel goed is te begrijpen en gemakkelijk wordt geaccepteerd, oftewel dat het 'Konzensfähigkeit' bezit. Hetzelfde zou overigens hebben gegolden voor het oordeel waarbij de uiteindelijke keuze tegengesteld was (geen aansprakelijkheid voor leven, geen onrechtmatigheid jegens een derde door het plegen van wanprestatie binnen een overeenkomst) maar wel berust op dezelfde aanknopingspunten.²⁶ Het is ook één van de bevindingen van rechtsvergelijkend onderzoek op het terrein van het burgerlijke recht: "... the comparison shows how much the courts approach the questions from a very similar cultural, ethical and legal background, trying to find solutions while remaining aware that other courts may reach an opposite result starting from the same underlying principles."²⁷

26. W. Van Gerven & S. Lierman, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, Algemeen Deel* Veertig jaar later, Mechelen 2010, nr. 93.

27. W. Van Gerven e.a., *Cases, Materials and Text on Tort Law*, Oxford 2000, p. 136. Vgl. W. Van Gerven, *A Common Framework of Reference and Teaching*, *European Journal of Legal Education* 2003, tekst bij voetnoot 45, te kennen uit <http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/stakeholders/5-54b.pdf>.

Voor de discussie en de ontwikkeling van het recht is het uiteraard nuttig dat de rechter, bij wijze van ‘verantwoording achteraf’²⁸, duidelijk maakt tussen welke juridisch verdedigbare, ‘konzensfähige’ oplossingen gekozen is en welke (meta-juridische) overwegingen tot de uiteindelijke keuze hebben geleid. Voor de acceptatie van de uiteindelijke keuze lijkt discussie van de alternatieven minder belangrijk dan een nauwkeurige motivering van het gekozen alternatief. Met de acceptatie van het achteraf, door een verfijnde motivering, gelegitimeerde oordeel dat aansluit bij door de rechtsgenoten gedeelde waarden, lijken zij te aanvaarden dat een beslissing niet altijd te voorzien is.

2.2 *Confrontatie tussen Europees recht en recht van nationale origine*

De zojuist geschetste kalmte van het burgerlijke recht wordt doorbroken waar het burgerlijke recht wordt geconfronteerd met gegevens, uitgangspunten, doelstellingen en technieken die hem onbekend zijn. Denk aan de gevallen waarin het burgerlijke recht interacteert met publiekrechtelijke eisen en noties (van nationale, supranationale en internationale origine). Op het gebied van bijvoorbeeld energie, openbaar personenvervoer, post en telecommunicatie, verzekering en mededingingsrecht verkeert de contractsvrijheid die menig privatist hoog in het vaandel heeft in contractsdwang.²⁹ Deze toenemende verwevenheid van het privaatrecht en het publiekrecht brengt mee dat “het onderscheid privaats/publiekrecht (...) een onderscheid geworden (is) dat nog weinig betekenis heeft”.³⁰

Toch is de interactie tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke normen, beginselen en doelen niet probleemloos. Zo is de vraag of het beginsel van effectiviteit in een privaatrechtelijke rechtsverhouding tot gevolg kan hebben dat een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid niet open staat.³¹ Voorts kan de verwezenlijking van bepaal-

28. Asser/Vranken, *Algemeen Deel* ** (1995), nr. 217.

29. Zie bijvoorbeeld I.S.J. Houben, *Contractdwang*, diss. Leiden, Deventer 2005.

30. W. Van Gerven & S. Lierman, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, *Algemeen Deel* Veertig jaar later, Mechelen 2010, nr. 2. Zie over de interactie van privaatrecht en publiekrecht ook W. Devroe, *Impact van door het Europees Hof van Justitie ontwikkelde algemene beginselen op privaatrechtelijke verhoudingen*, in: Hartkamp, Sieburgh & Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, *Algemeen Deel I*, Deventer 2007, p. 133-189, N. Jansen en R. Michaels, *Private Law and the State. Comparative Perceptions and Historical Observations*, *RabelsZ* 2007, p. 345-397 en *Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*, *American Journal of Comparative Law* 2006, p. 843-890 die uiteenzetten hoezeer de invulling van noties als privaatrecht, publiekrecht, staat, rechten vs. handhaving kan verschillen.

31. I.V. Aronstein, *European Law and Open norms of Private Law*, Utrecht University School of Law, Master Thesis Legal Research Master 2010, n.g., p. 136-138, 148-151, 160-163.

de publiekrechtelijke doelen in strijd komen met door het privaatrecht gegenereerde (en vervolgens in het publiekrecht opgenomen) beginselen. De effectieve handhaving van mededingingsrecht door particulieren kan haar grens bereiken als zij in strijd komt met het uitgangspunt dat de omvang van de schadevergoedingsverplichting niet groter is dan de werkelijk geleden schade en het uitgangspunt dat ongegronde verrijking moet worden voorkomen.³² Naast de botsing van deels tegengestelde uitgangspunten en beginselen, vloeien uit de confrontatie tussen het privaatrecht en het publiekrecht steeds opnieuw rechtsvragen voort die nieuw zijn, maatschappelijk gevoelig liggen, in de rechtspraak of rechtsleer omstreden zijn en/of onmiddellijk ingrijpen in de beleavingswereld van de rechtsgenoten. De beantwoording van dergelijke rechtsvragen vergt een weergave van de in verschillende richtingen wijzende regels en doelen en zoals steeds, een grondige en genuanceerde motivering.

Het thema van de interactie tussen privaatrecht en publiekrecht en de legitiemiteit van haar gevolgen is vrijwel oeverloos. Dit preadvies richt zich op de confrontatie tussen het burgerlijke recht van nationale origine en het EU-recht. Derhalve op de inwerking van leerstukken als effectiviteit, voorrang, directe werking en een autonome rechtsorde, alle gericht op het garanderen van de volle werking van het Unierecht in de nationale rechtsordes. Het geeft een indruk van de gevolgen die het geldende EU-recht voor het privaatrecht heeft en zal hebben met als doel te verhelderen welke bijdrage de nationale rechter, de nationale regering en wetgever en met hen de rechtswetenschap en de praktijk aan de legitiemiteit van die gevolgen kunnen leveren.

2.3 Europees recht: anders of eender?

Het privaatrecht dat door het EU-recht wordt beïnvloed, is een voorbeeld van een meergelaagd rechtssysteem. De samenstellende hoofdcomponenten, privaatrecht en EU-recht, verschillen op drie punten. Het privaatrecht is van nationale origine, het EU-recht is van supranationale origine en gaat uit van een door zichzelf autonoom verklaarde rechtsorde. Daarnaast hebben zij verschillende doelstellingen. Het privaatrecht beoogt de interactie tussen individuen te faciliteren en een verstoord evenwicht in het vermogen te herstellen en het EU-recht is erop gericht de integratie van de lidstaten te bevorderen (art. 1 VEU) aan de hand van verschillende economische (bijv. de interne markt) en niet-economische (bijv. sociale, culturele, milieu en veiligheids-) doelstellingen (art. 3 VEU). Waar het privaatrecht geleidelijk en dikwijls aan de hand van tussen burgers gevolgde gewoontes de kans heeft gekregen en genomen om uit te kristalliseren, oneffenheden

32. Zie nader onder 6.2.

weg te kijken en aan de hand van open normen door te groeien volgens een enigszins coherent en daardoor herkenbaar patroon, is het Unierecht piepjong en biedt het een ordenend kader met vooralsnog veel open plekken en niet afgehechte draden. De algemene beginselen van Unierecht kunnen in de toekomst als open normen een vergelijkbare werking hebben als de open normen van privaatrecht, maar hebben de mate van verfijning die nodig is voor de herkenbaarheid van het patroon nog niet teweeg gebracht.³³ Meij omschrijft het (toenmalige) gemeenschapsrecht als een 'onvolledig rechtsstelsel', Tridimas typeert het Unierecht als 'no more than a framework'.³⁴

Deze verschillen kunnen op uiteenlopende wijze worden benaderd. Het feit dat het privaatrecht van nationale origine niet om het Europese recht heen kan, kan aanleiding zijn om de verschillen tussen de beide rechtssystemen niet te zeer te benadrukken. In het verlengde daarvan kan worden betoogd dat het privaatrecht dient als instrument ter verwezenlijking van de doelen van het Europese recht³⁵, zoals het in het verleden tot instrument is geworden van invloeden uit het publieke recht en de grondrechten. Deze benadering kies ik niet. De belangrijkste reden daarvoor is dat mijns inziens de problemen waarvoor het privaatrecht in deze fase van zijn ontmoeting met het Europese recht gesteld wordt, niet ondervangen kunnen worden door de verschillen te relativiseren. Mensen die elkaar zojuist hebben ontmoet en denken dat zij met elkaar verder willen of moeten, stellen vragen om met de antwoorden elkaars grenzen te verkennen en worden al snel met elkaars allergieën geconfronteerd. De eerste kennismaking wordt daarna afgerond op een iets hoger niveau van begrip. Bij de volgende ontmoeting herhaalt dit ritueel zich. Het duurt lang voor de wederzijdse mate van bekendheid zo groot is dat de ene al lacht als de ander de grap nog moet maken. Om elkaar goed te leren kennen, is het niet zinvol om nauwelijks waarneembare verschillen uit te vergroten, maar wel om relevante verschillen waar te nemen en te verduidelijken. Op grond daarvan kunnen de verschillen worden begrepen en wellicht overbrugd.³⁶ Het is belangrijk en nuttig dat aan het 'gesprek' met het Europese recht op brede basis door

33. De begrensdheid van de doelstelling en regelgeving van het Europese recht neemt niet weg dat die doelstelling over het gehele recht verspreid om verwezenlijking kan vragen. "De interne markt strekt zich uit over het gehele sociaal-economische leven in de lidstaten", aldus R. Barents, *EU-procesrecht*, 4e druk, Deventer 2010, nr. 599. Zie over de mogelijkheid om aan de hand van algemene beginselen van Unierecht leemtes te vullen en een systeem uit te bouwen K. Lenaerts & J.A. Gutiérrez-Fons, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, *CMLR* 2010, p. 1629 e.v.

34. A.W.H. Meij, *Europese rechtspraak in de Nederlandse rechtspleging: impressies uit Den Haag en Luxemburg*, *Handelingen NJV* 1999-I, Deventer 1999, p. 151, T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, 2nd ed., Oxford 2006, p. 18.

35. Vgl. M.W. Hesselink, *The New European Legal Culture*, Deventer 2001, p. 73.

36. Een heldere analyse van de identiteit van het gemeenschapsrecht (thans Unierecht) is te vinden in R. Barents, *De Communautaire rechtsorde*, Deventer 2000.

privatisten een bijdrage geleverd wordt: “De verfijnde analyse technieken van de privaatrechtelijke expertise met haar rijke traditie worden losgelaten op het Europese recht. Dit blijkt niet alleen verrijkend voor de ontwikkeling van het Europese recht, het kan ook een belangrijke bijdrage leveren aan de effectieve doorwerking van het Europese recht in de nationale rechtsorde”.³⁷

Door het zojuist genoemde drietal verschillen leven het privaatrecht en het Europese recht niet in vreedzame co-existentie samen. Het is lastig en ten dele thans niet mogelijk de precieze inhoud van het geldende meerge-laagde recht vast te stellen. Deze rechtsonzekerheid kan op afzienbare termijn worden verminderd als zowel Europeesrecht-juristen als privaatrecht-juristen de vereende krachten richten op het samenbrengen van beide rechtsgebieden. De basis voor het analyseren van de verschillen tussen en, indien mogelijk, het verweven en integreren van beide rechtssystemen is het geldende recht – dat wil dus zeggen het privaatrecht van nationale origine en het primaire verdragsrecht, de richtlijnen en verordeningen en, zeer belangrijk, de rechtspraak van het Hof van Justitie en de daarin ontwikkelde algemene beginselen van Unierecht.³⁸ De aantrekkingskracht van het onbekende wordt mooi beschreven door Arnall onder verwijzing naar de overweging van Lord Denning in *Bulmer v Bollinger*: “The EEC Treaty is like an incoming tide. It flows into the estuaries and up the rivers. It cannot be held back.”³⁹ Arnall duidt Dennings impressie als volgt: “His judgment revealed a certain ambivalence about the new legal order which Parliament, the courts and the legal profession would now have to assimilate. On the one hand, he appeared to welcome the intellectual challenge posed by EC law and the vindication it seemed to offer, in cases where it applied, of the purposive approach to interpretation he had for so long championed. On the other hand, the judgment betrayed anxiety about the Treaty’s capacity to subvert the established order. Not only was the Treaty ‘equal in force to any statute’, but, on questions of Community law, ‘the European court is supreme. It is the ultimate authority. Even the House of Lords has to bow down to it.’”⁴⁰

3 Burgerlijk recht en legaliteit

Voor het publiekrecht geldt als leidend principe dat overheidsoptreden moet berusten op duidelijke, toegankelijke, kenbare en democratisch gele-

37. C.W.A. Timmermans, Redactionele signalen, SEW 2008, p. 315.

38. Art. 94 GW bekrachtigt dit.

39. *HP Bulmer Ltd v J. Bollinger SA* [1974] Ch. 401 at 418; [1974] 3 W.L.R. 202.

40. A. Arnall, *The Law Lords and the European Union: Swimming with the incoming tide*, ELR 2010, p. 58.

gitimerde wettelijke regels en beginselen. Omdat overheidsoptreden geen deel uitmaakt van een privaatrechtelijke rechtsverhouding, appelleert die rechtsverhouding niet in dit opzicht aan het legaliteitsvereiste.⁴¹ Het burgerlijke recht raakt wel in andere opzichten aan het legaliteitsbeginsel.

Partijen in een burgerlijkrechtelijk geschil treden beiden op in een privaatrechtelijke hoedanigheid. Anders dan in het strafrecht en het bestuursrecht zien partijen zich niet geconfronteerd met een wederpartij (de overheid) die een structureel andere positie inneemt. Gezien hun onderlinge gelijkwaardigheid geldt als uitgangspunt dat zij zelf bepalen welke regels op hun rechtsverhouding van toepassing zijn. Als burgers die keuze niet expliciet maken, wordt zij verondersteld te zijn gemaakt. In zo'n geval geldt de wettelijke regel van aanvullend recht. Aanvullend recht voorziet burgers van regels waarmee zij de inhoud van hun rechtsverhouding nader kunnen concretiseren – juist als zij voordat zij met elkaar in zee gingen nooit over die regels hebben nagedacht. De legitimatie van de im- of expliciet gekozen regel ligt in het maken van die keuze door de burger. Binnen bepaalde randvoorwaarden (bijvoorbeeld dwingend recht, openbare orde en goede zeden) is alles mogelijk.⁴² Aan het probleem van (gebrek aan) legitimatie wordt niet geraakt.

Terwijl overheidsoptreden⁴³ geen deel uitmaakt van het ontstaan van de privaatrechtelijke rechtsverhouding, gaat het wel een rol spelen als partijen in conflict met elkaar komen en de overheidsrechter vragen om haar rechtsverhouding uit te leggen, te bekrachtigen, vast te stellen en/of af te dwingen. Afhankelijk van de rol die de rechter wordt toegedacht bij het vervullen van deze taken (rechtsvormer, rechtsontwikkelaar, rechtsvinder (heteronoom dan wel autonoom), spreekbuis van de partijwil en de wet) is in meer of mindere mate sprake van overheidsoptreden jegens partijen en, hand in hand daarmee, van de relevantie van het legaliteitsbeginsel.⁴⁴ Dit geldt ongeacht of de rechter regels van aanvullend recht of van dwingend recht uitlegt, aanvult, invult en/of concretiseert.

Voor regels van dwingend recht geldt niet dat zij door een (impliciete) keuze van partijen worden gelegitimeerd. Dat zij zijn gelegitimeerd door

41. Dit kan anders zijn als de overheid en een burger tot elkaar in een privaatrechtelijke verhouding staan. De daaraan verbonden specifieke aspecten zijn geen onderwerp van dit preadvies.

42. Zie over dwingend en aanvullend recht Mon. BW A 19 (Loth) (2009). Vgl. ook I. Kisch, Het eerste zevental, RM Themis 1955, p. 137 e.v., die op p. 138 bepleit in plaats van het begrip 'dwingend recht' gebruik te maken van het begrip 'onverzetbaar recht'. De reden hiervoor is "(...) dat alle recht gelijkelijk dwingt als het eenmaal accuut is geworden – óók het aanvullende recht als het is ingetreden bij gebreke van partij-dispositie."

43. Met overheidsoptreden bedoel ik in dit verband niet het handelen van de overheid dat tussen de overheid en de burger een privaatrechtelijke rechtsverhouding doet ontstaan.

44. Vgl. T. Koopmans, bewerking van G.J. Wiarda, 3 typen van rechtsvinding, 4e druk, Deventer 1999, p. 22 e.v.

het wetgevingsproces betekent niet dat, voor zover zij een open norm bevatten, de legitimiteit van hun concretisering een gegeven is. Dat de rechtsverhouding waarin misbruik is gemaakt van bevoegdheid privaatrechtelijk is, brengt niet mee dat het wegens het misbruik opgelegde verbod minder legitimatie behoeft dan ingeval de schending van dwingende regels tot een door de overheid aan een burger opgelegd verbod leidt. Wel kan het onderscheid tussen de ingrijpendheid van publiekrechtelijke rechtsgevolgen (vrijheidsontneming, boetes, overheidsbemoeienis) en privaatrechtelijke rechtsgevolgen (herstel van het vermogensrechtelijke evenwicht) een verschil in uitwerking van het legaliteitsbeginsel rechtvaardigen.

3.1 Belang van kenbaarheid van toepasselijke normen

Burgers hebben belang bij kenbaarheid van de toepasselijke norm. Dat geldt als zij de op hun rechtsverhouding van toepassing zijnde regels niet of niet expliciet hebben vastgesteld en eveneens als zij die regels wel expliciet hebben vastgesteld of als die regels van dwingend recht zijn.

Dikwijls komen burgers buiten hun daarop gerichte wil in een privaatrechtelijke verhouding te staan. Degene die een onrechtmatige daad pleegt en daardoor schade veroorzaakt, is op grond van de wet verplicht de schade te vergoeden aan de benadeelde. In zo'n geval konden dader en benadeelde van te voren niet een keuze maken voor de toepasselijke regels. Het is voor hen van belang te kunnen overzien met welke gedragingen zij het terrein van het burgerlijke recht betreden en ten opzichte van welke gedragingen het recht een neutrale houding inneemt. Het onderscheid tussen situaties waarin het rechtssysteem zich niet mengt (bijv. huis-, tuin- en keukensituaties, ook wel bekend als de ongelukkige samenloop van omstandigheden) en situaties waarin het rechtssysteem wel wordt geactiveerd, bepaalt de rechtspositie van burgers. Als zij slecht kunnen voorspellen of hun gedragingen en de voor hun risico komende omstandigheden privaatrechtelijk gezien neutraal zijn en derhalve geen rechtsgevolgen in het leven roepen, veroorzaakt dat (rechts)onzekerheid. Rechtsonzekerheid doet afbreuk aan de notie dat burgers een grote mate van vrijheid genieten. Door rechtsonzekerheid verkeert vrijheid in toevalligheid. Wie zijn kozijnen rood wil schilderen, schildert zijn kozijnen rood. De overbuurman die rood niet kan verdragen heeft pech.⁴⁵ In beginsel kan men ervan uitgaan dat zo'n overbuurman niet met succes een vordering kan instellen die ertoe strekt dat de kozijnen opnieuw en wel in een andere kleur geschilderd worden. De toewijsbaarheid van de vordering zou legitimiteitsvragen oproepen:

45. Afgezien van eventuele bestuursrechtelijke voorschriften, vindt dit uitgangspunt zijn grens in het leerstuk 'misbruik van bevoegdheid' zoals geregeld in art. 3:13 BW. Zie het, in het licht van het in de hoofdstuktekst betoogde, opmerkelijke vonnis van Rb Groningen, 4 augustus 2010, 106725 / HA ZA 09-5, LJN nr. BN 4010.

waarop voert de rechter het vermogen terug om hierover te oordelen (en als uitvloeisel daarvan, waarop stoelt zijn oordeel dat er iets mis is met de rode kozijnen)? De burger die een gebod krijgt opgelegd zijn kozijnen van kleur te doen verschieten, voelt dat hij niet (meer) zeker kan zijn van zijn vrijheid. Niet omdat die vrijheid wordt begrensd, maar omdat zij willekeurig wordt begrensd.

Het voorgaande blijft van belang in gevallen waarin wel, impliciet of expliciet, een keuze is gemaakt voor de regels die op de rechtsverhouding van toepassing zijn. Een toepasselijke regel van aanvullend recht kan door de rechter worden geconcretiseerd: de contractuele wederpartij moet tegen zichzelf, meer in concreto tegen haar ontluikende beleggers-enthousiasme worden beschermd. Een door burgers zelf vormgegeven regel wordt, indien voorgelegd aan de rechter, uitgelegd: dat partijen bepaalden dat zij elkaar over en weer geen informatie behoefden te verstrekken over de motorfiets die Piet van Klaas zou krijgen in ruil voor zijn tractor, betekent niet dat het Klaas vrijstond te verzwijgen dat de motorfiets een gevaar op de weg is.

In de zojuist beschreven gevallen wordt de burger geconfronteerd met de invulling door de rechter van open normen, hetzij van dwingend, hetzij van aanvullend recht. Tegen de positie die de rechter inneemt in dit proces kan verschillend worden aangekeken: de rechter stelt vast wat reeds tussen partijen gold versus de rechter geeft mede invulling aan de rechtsverhouding. In dat laatste geval is de inhoud van de rechtsverhouding mede afhankelijk van overheidsoptreden (het oordeel van de rechter), hetgeen de relevantie van het legaliteitsbeginsel onderstreept.⁴⁶

3.2 *Rechtsvorming door de rechter: nieuwe normen*

Het privaatrecht kent een aantal voorbeelden van gevallen waarin de rechter uitdrukkelijk zegt dat hij over het geschil geen oordeel kan geven.⁴⁷ De vraag of affectieschade wel of niet voor vergoeding in aanmerking kan

46. T. Koopmans, bewerking van G.J. Wiarda, 3 typen van rechtsvinding, 4e druk, Deventer 1999, p. 79 werpt ten aanzien van de autonome rechtsvinding door de rechter de volgende vraag op: "... waaraan ontleent de rechter dan de legitimatie om bindende beslissingen aan de samenleving op te leggen?". Zie voor overige kanttekeningen bij de autonome rechtsvinding p. 77 e.v.

47. De gevallen waarin de rechter zich onthoudt van het geven van een bepaalde oplossing omdat dit zijn rechtsvormende taak te buiten gaat, zijn te onderscheiden in gevallen waarin de rechter niet wil beslissen in strijd met een concrete wettelijke regel (bijv. HR 5 sept. 1997, NJ 1998, 686, m.nt. J. de Boer (G/K), geen buiten toepassing latende echtpaarverreichte ex art. 1:227 lid 1 BW bij adoptie), die waarin hij onder refereert aan het wettelijke systeem niet een oplossing wil toevoegen (bijv. HR 19 januari 1990, NJ 1991, 213 m.nt. E.E. Alkema, het uitdenken van een oplossing voor de vraag of de gefailleerde gehoord moet worden ten aanzien van het vaststellen van het salaris van de curator is aan de wetgever; HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 m.nt. JBMV (kindertaxi), →

komen, kan door de rechter niet worden beantwoord.⁴⁸ Het geldende wettelijke systeem geeft geen basis voor de vergoeding van affectieschade. Bovendien heeft de wetgever uitdrukkelijk te kennen gegeven dat voor de vergoeding van affectieschade geen plaats is.⁴⁹ Tegen deze achtergrond heeft de rechter geoordeeld dat het zijn rechtsvormende taak te buiten gaat om de vergoeding van affectieschade wel toewijsbaar te verklaren. Dat is voor slachtoffers problematisch. Toewijsbaarheid van affectieschade zonder dat zij is terug te voeren op een wettelijke grondslag, zou echter problematisch zijn voor hen die deze schade veroorzaakten resp. voor hun verzekeraars. Zij worden geconfronteerd met een regel waarop zij hun gedragingen en contractuele voorwaarden niet konden afstemmen.

De wrok die vrijwel niemand vreemd is, kan in het hiervoor bedoelde geval bijdragen aan de opvatting dat de veroorzaker van de schade niet zo'n voorkomende bejegening door het recht verdient. Wat hiervan zij, de argeloze bezitter van een gebrekkige onroerende zaak en zijn door die gebrekkigheid gewonde, in gelijke mate argeloze medebezitter verdienen dezelfde voorkomende rechterlijke bejegening. Toen de Hoge Raad aansprakelijkheid aannam van de bezitter van een opstal op grond van art. 6:174 BW jegens zijn als gevolg van de gebrekkigheid van de opstal gelaedeerde medebezitter (met dien verstande dat de gelaedeerde zelf dat gedeelte van de schade draagt dat overeenkomt met zijn aandeel in de opstal)⁵⁰, was dat een verrassing: het geval was niet uitdrukkelijk in de wet geregeld en er werd niet eerder in rechte over geoordeeld. Zowel voor als tegen de aansprakelijkheid van de bezitter jegens zijn medebezitter zijn goede, aan het wettelijke systeem en zijn doelstellingen ontleende, argumenten aan te voeren. De Hoge Raad besliste dat de bezitter jegens zijn medebezitter aansprakelijk is. Het verweer van de aangesproken bezitter tegen zijn aansprakelijkheid kan, anders dan ten aanzien van de veroorzaker van de affectieschade, niet worden afgedaan met het argument dat hij,

HR 28 juni 2002, NJ 2002, 57 m.nt. T. Koopmans, geen toekenning van parlementaire immuniteit buiten art. 71 G aan een externe deskundige van een parlementaire enquête-commissie); HR 17 december 1999, NJ 2000, 87 m.nt. A.R. Bloembergen onder NJ 2000, 88 (Groningen/Raatgever), geen aanpassing van de afbakening van de bevoegdheden van de bestuursrechter en de burgerlijke rechter) en die waarin de rechter de rechtszekerheid of de zekerheid van het rechtsverkeer als argument gebruikt om een wettelijke regel niet toe te passen op andere dan daarin geregelde gevallen (bijv. m.b.t. art. 1:88 BW HR 29 november 2002, NJ 2003, 152 m.nt. WMK (Zijlstra/Rabobank) en HR 13 juni 2003, NJ 2003, 519).

48. HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240, m.nt. J.B.M. Vranken (Taxibus).

49. Zie over de, gezien het wetsvoorstel betreffende de aanpassing van de Wet Schadeloosstelling Geweldsmisdrijven, niet meer eenduidige opstelling van de wetgever en over lagere rechtspraak die ingaat tegen de rechtspraak van de Hoge Raad R. Rijnhout en I. Giesen, Rechterlijke 'ongehoorzaamheid' en wetgevende zijpaden: gaat de wal het schip van de shock- en affectieschade keren?, WPNR 6870 (2011), p. 34-37.

50. HR 8 oktober 2010, RvdW 2010, 1164 (hangmat).

nu hij schade heeft veroorzaakt, geen beroep moet kunnen doen op het gegeven dat hij zijn gedragingen niet kon afstemmen op de gedachte dat zij fout zouden zijn. Juist het feit dat de aansprakelijkheid van de bezitter een risicoaansprakelijkheid is, brengt mee dat wordt geabstraheerd van het antwoord op de vraag of hij fout heeft gehandeld. Dat brengt vervolgens mee dat rechtsvorming op dit terrein van het recht niet geborgd wordt door de grenzen die de open norm van de zorgvuldigheid en de variatie aan nog niet verkende invullingsmogelijkheden daarvan stellen.

Bij het nemen van de beschreven beslissing zijn de wettelijke kaders van groot belang. Al voordat de Hoge Raad aansprakelijkheid van de bezitter jegens zijn medebezitter aannam, is betoogd dat zo'n beslissing niet zou passen in het systeem van de wet.⁵¹ Als dit betekent dat de wetgever, in het hypothetische geval dat hij zich in 2010 over de reikwijdte van art. 6:174 BW had gebogen, zou oordelen dat deze aansprakelijkheid de medebezitter niet beoogt te beschermen, zou het oordeel van de Hoge Raad een contra legem beslissing zijn die de rechtsvormende taak van de rechter te buiten zou gaan. De Hoge Raad neemt echter in zijn oordeel tot uitgangspunt dat art. 6:174 BW het antwoord op de vraag of de medebezitter onder zijn beschermingsbereik valt, openlaat. De rechtsvorming door de Hoge Raad is dan toegelaten. Datzelfde zou het geval zijn als de Hoge Raad ervan mocht uitgaan dat de wetgever op het moment waarop de beslissing werd genomen hetzelfde oordeel toegedaan zou zijn.

Dit drieluk van mogelijkheden laat zien dat de Hoge Raad oordeelde op het scherp van de snede. Dat blijkt ook uit de wijze waarop hij zijn oordeel heeft gecomponcerd (de wettelijke regel beantwoordt de vraag niet en de aansprakelijkheid van de medebezitter past in het wettelijke systeem). Hij zet uiteen uit welke oordelen gekozen kan worden en wat de daarbij behorende argumenten en tegenargumenten zijn. Een doorrekening van dit oordeel voor het systeem van kwalitatieve aansprakelijkheden ontbreekt. Zo is logisch gezien aannemelijk maar thans niet zeker of deze rechtspraak ook voor medebezit van een dier of een roerende zaak geldt.

Een rechter die in gevallen van de vorming van nieuw recht of van daaraan grenzende en dus vergaande rechtsontwikkeling ook de gevolgen van zijn oordeel voor het systeem doorrekent en uiteenzet, zal minder snel een stap zetten die voor het gehele systeem ingrijpend is. Als de stap gezet wordt, is hij doordacht en uitgekristalliseerd, verfijnd beargumenteerd (door weerlegging van de tegenargumenten) en voor discussie vatbaar. De combinatie van deze factoren tilt de rechtsvorming op een hoger niveau. Dit alles maakt de rechtszekerheid van de inmiddels aansprakelijk gestelde niet groter. Wel wordt de algemene rechtszekerheid groter, bijvoorbeeld betreffen-

51. T. Hartlief, Een eenvoudige casus stelt het recht voor problemen, NJB 2010, p. 2071. Zie voor een bijdrage na het wijzen van het arrest F. Oldenhuis, De Hangmatzaak, NJB 2010, p. 2456 e.v.

de de vraag of de bezitter van een dier of een roerende zaak eveneens aansprakelijk is jegens zijn door dat dier of de gebrekkigheid van die zaak gewonde medebezitter. De hier bedoelde motivering en doorrekening van het oordeel bevordert de acceptatie van het oordeel door zowel de aansprakelijk gestelde als de rechtsgenoten in het algemeen.⁵²

3.3 Rechtsontwikkeling door de rechter: open normen

Tegenover de uitzonderlijke gevallen waarin de burgerlijke rechter niet oordeelt omdat dit zijn rechtsvormende taak te buiten gaat, waarin hij nieuw recht vormt of het recht ingrijpend ontwikkelt, staat een groot aantal gevallen waarin de rechter oordeelt over een privaatrechtelijke rechtsverhouding op grond van een in de wet neergelegde open norm. Het is aan de rechter die open norm te concretiseren. De inhoud van die concretisering is dikwijls niet van te voren duidelijk en kenbaar.⁵³ De legitimatie van de concretiserende norm is afgeleid van de legitimatie van de open norm waarvan zij de invulling is en van de in de trias politica besloten liggende legitimatie voor de rechter om het recht toe te passen en uit te leggen. De legitimiteit van het inhoudelijke oordeel is afgeleid uit het systeem zoals dat in de rechtspraak, mede op geleide van de maatschappelijke opvattingen, voor verschillende gevalstypen is uitgewerkt.⁵⁴ De acceptatie van de concretiserende norm sluit daarbij aan.⁵⁵

Ook in dit geval komen rechtsgenoten voor verrassingen te staan. Voordat één iemand een emmertje met onbekende vloeistof bij het vuilnis zette en de gevolgen daarvan desastreus waren nu het emmertje natronloog bleek te bevatten, had vermoedelijk niemand nagedacht over het lot van in de hoeken en gaten van dorpshuizen en leegstaande panden gevonden emmertjes. Dat blijft het geval zolang het goed gaat, ook als er natronloog in zo'n emmertje zit. Pas als schade veroorzaakt is, wordt de vraag gesteld naar de onzorgvuldigheid van de gedraging. Deze in de wet verankerde norm wordt door de rechter ingevuld: het is onzorgvuldig om een emmertje met onbe-

52. Vgl. M.A. Loth, Een illegale adoptie, in: A. Hol e.a. (red.), *Rechtsfilosofische annotaties*, Nijmegen 2007, p. 89-93.

53. Zier hierna onder 3.5 over de in de rechtsleer daartegen geuite bezwaren.

54. Vgl. de mogelijkheid een verbod toe te wijzen dat een grondrecht beperkt op grond van een schending van het ongeschreven recht ex art. 6:162 BW jo art. 3:296 BW. Er wordt algemeen van uitgegaan dat deze in art. 6:162 BW neergelegde norm, gelet op de vaste rechtspraak die zich daarover inmiddels heeft gevormd, aan het vereiste 'voorzien bij wet' voldoet. Zie onder meer A-G Keus, voor HR 2 mei 2003, NJ 2004, 80, m.nt. F.J. Dommering (*The Storms/Niessen*), onder 2.7.

55. Deze vormen van legitimiteit weerspiegelen de vormen van geldigheid die R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg 1992, p. 139 e.v. onderscheidt. Vgl. O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, diss. Tilburg, Deventer 2001, p. 254 e.v.; R.H. Fallon, *Legitimacy and the Constitution*, *Harvard Law Review* 2005, p. 1789 e.v.

kende vloeistof zonder meer bij het vuilnis te zetten.⁵⁶ Wie dit leest, vindt het voor de hand liggend. Natuurlijk is dat onzorgvuldig. Maar wie denkt daar nog zo over als het tot waakzaamheid oproepende woord 'onbekende' wordt weggelaten? Voor de vinder van het emmertje was het niet een emmertje met onbekende vloeistof, maar een emmertje met een niet nader verbeelde vloeistof – een vloeistof, een gewone vloeistof eigenlijk.

Dit voorbeeld laat zien dat partijen in het burgerlijke recht regelmatig worden geconfronteerd met normen die zij van te voren niet kenden en die ook niet kenbaar waren. Dat is logisch. Een kracht van het burgerlijke recht is immers dat het kan werken met open normen. Normen die ingevuld kunnen worden aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval, die de rechter de mogelijkheid geven een op het specifieke geval toegesneden oordeel te geven, die het systeem flexibel en toepasbaar maken en houden en die, anders dan bij de wetgever het geval is, 'de fantasie van het onfatsoen'⁵⁷ en de razende snelheid van technische en andere maatschappelijke ontwikkelingen kunnen bijhouden.⁵⁸ Deze normen kennen in het Burgerlijke Wetboek verschillende gedaanten, zoals misbruik van bevoegdheid, verkeersopvattingen, openbare orde en goede zeden, goede trouw, redelijkheid en billijkheid, zorgvuldigheid.⁵⁹ Daarnaast voorziet de wet in de

56. IJR 8 januari 1982, NJ 1982, 614 m.nt. C.J.H. Brunner (natronloog): "De Hoge Raad leest echter in de laatste onderdelen van het middel ook de klacht dat het Hof een onjuist criterium heeft aangelegd bij de beantwoording van de vraag, hoeveel zorgvuldigheid aan de kant van het Dorpshuis mocht worden geëist *bij het opruimen van een vloeistof waarvan men de aard niet kende*, door deze klaar te zetten voor afvoering door een vuilnisophaaldienst.

Deze klacht is gegrond. *Het is in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer wordt vereist met het oog op de veiligheid van al degenen die tussen het moment van het buiten klaarzetten van vuilniszakken en dat van de afvoering ervan door de vuilnisophaaldienst met de inhoud van de zakken in aanraking zouden kunnen komen, om een emmertje met onbekende vloeistof in een kartonnen doos met daaromheen niet anders dan een dichtgebonden plastic vuilniszak voor afvoering door een vuilnisophaaldienst neer te zetten, tenzij men ofwel weet of gegronde redenen heeft om aan te nemen dat het om een vloeistof gaat die bij aanraking met de mens geen gevaar oplevert, ofwel de betreffende vuilniszak onder controle houdt en degenen die de zak aan wil pakken waarschuwt voor de aanwezigheid daarin van een emmertje met een mogelijk gevaarlijke vloeistof.*"

57. IJffmann/Drion & Wiersma, Het Nederlandse verbintenissenrecht. De algemene leer der verbintenissen. Tweede gedeelte. 8e druk, Groningen 1959, p. 74 in hun behandeling van de maatschappelijke zorgvuldigheid in het kader van de onrechtmatige daad.

58. Zie over de kritiek op deze open normen hierna onder 3.5.

59. Misbruik van bevoegdheid (3:12), verkeersopvattingen (3:4 en 9 (bestanddeelvorming resp. vruchten), 3:76 (einde volmacht), 3:108 (bezit en houderschap), 3:254 (duurzaam dienende roerende zaken), 3:14, 15 en 16 (natrekking, vermenging, zaaksvorming), 6:75 (overmacht), 6:77 (aansprakelijkheid voor gebruikte zaken), 6:162 (toerekening onrechtmatige daad), 6:228 (toerekening dwaling), 6:229 (voortbouwende overeenkomst) en 6:258 (toerekening onvoorziene omstandigheden)), openbare orde en goede zeden (art. 3:40), goede trouw (art. 3:118), redelijkheid en billijkheid (art. 3:12 (wijze van invulling redelijkheid en billijkheid), 6:2, 6:248), zorgvuldigheid (art. 6:162 lid 2).

mogelijkheid dat verbintenissen ontstaan als dit uit de wet voortvloeit (art. 6:1 BW) – dus niet alleen in de in de wet geregelde gevallen, maar ook in gevallen die aansluiten bij de in de wet geregelde gevallen. Wat onredelijk en onbillijk is, onzorgvuldig, rechtsmisbruik, wanneer iemand niet te goeder trouw is en wanneer hem krachtens verkeeropvattingen iets kan worden toegerekend, en welke verbintenissen voortvloeien uit de verbintenissen die in de wet geregeld zijn, verschilt in tijd en plaats.

3.4 Concretisering van open normen: legaliteit en legitimiteit

Zoals reeds opgemerkt, waarborgt de verankering van het (rechterlijke) oordeel in een wettelijke open norm de legaliteit. Daarom onthoudt de rechter zich van een oordeel als de wet (uitdrukkelijk) geen basis geeft voor het gevorderde. Het betekent echter niet dat de norm waarvan gebruik gemaakt wordt altijd kenbaar is. Dit gebrek aan kenbaarheid en dus aan rechtszekerheid is een gevolg van de keuze voor open normen door de wetgever. Het is een feit waarmee we (moeten) leven. Hoe is het gesteld met de legitimiteit van een dergelijk rechterlijk oordeel?

Ten dele wordt het gebrek aan kenbaarheid van de toe te passen norm gerechtvaardigd door het feit dat het burgerlijke recht (slechts) is gericht op herstel. Het evenwicht tussen partijen is verstoord en kan worden hersteld. Dat vereist een minder vergaande zekerheid en kenbaarheid dan bijvoorbeeld de toevoeging van leed door bestraffing. Aan de onzekerheid die het juridisch gelegitimeerde gebruik van open normen teweegbrengt, kan tegenwicht worden geboden door aandacht te schenken aan een meer verfijnde verantwoording van het gevonden oordeel. Daarbij wordt dikwijls verwezen naar noties als rechtvaardigheid en gerechtigheid.⁶⁰ Zo is bijvoorbeeld het doel van de verschillende regels die een overeenkomst beheersen, het bereiken van 'Vertragsgerechtigkeit'. De legitimiteit van de concreet geformuleerde norm is gelegen in het motiveren van de nagestreefde invulling van rechtvaardigheid of gerechtigheid. Daarbij kan de rechter verwijzen naar het wettelijke systeem, het systeem van het burgerlijke recht, naar algemene beginselen die aan het recht als geheel ten grondslag liggen en de verbinding daarvan met het actuele maatschappelijke debat, naar feitelijke gegevens en naar rechtsontwikkelingen in het verleden waaruit nieuwe gezichtspunten zijn ontstaan. Een dergelijke opvatting van legitimiteit ondervangt niet dat de toegepaste norm vooraf niet (nauwkeurig) vaststond. Zij draagt er wel aan bij dat de burger het resultaat van de toepassing niet als onzekermakend ervaart.⁶¹

60. Zie hierna onder 3.5.

61. Zie over de gerechtigheid als existentiële ervaring P. van Schilfgaarde, *Recht als taalgang*, WPNR 6843 (2010), p. 420-428 en *Accidituitie in de rechtsvinding*, WPNR 6649 (2006), p. 1 e.v., C.H. Sieburgh, *L'art de la distinction*, 'Alle oordeel is dat des onderscheids', NJB 2008, p. 3-13.

Dat de civielrechtelijke rechtsontwikkeling meestal weinig opschudding teweegbrengt, impliceert dat de oordelen en de motivering daarvan representatief zijn voor de maatschappelijke opvattingen. Toch zou er mijns inziens iets aan de motivering toegevoegd kunnen worden. De gangbare motivering staat in het teken van het inweven van het oordeel in het bestaande systeem. De aspecten die minder mooi in het patroon passen worden ofwel niet geaccentueerd, ofwel met een *a-contrario* redenering in het systeem gepast. Door de grote verfijndheid en variëteit van het privaatrechtelijke conceptuele en argumentatieve arsenaal lijkt vrijwel ieder oordeel prachtig aan te sluiten bij het reeds gevonden recht. Toch vertoont deze benadering slechte plekken. Het versuift het debat en leidt tot onscherp redeneringen en afgrenzingen. Ter illustratie dient een arrest van de Hoge Raad inzake oneerlijke concurrentie. Multicar verkocht zonder tot het distributienetwerk van Alfa Romeo Nederland (ARN) te behoren, nieuwe Alfa Romeo's. Deze auto's verkreeg hij van wel aan het distributiestelsel gebonden handelaren in Nederland of elders in Europa. Door het toeliveren van de nieuwe auto's aan Multicar pleegden de desbetreffende gebonden handelaren wanprestatie jegens hetzij de importeur (ARN) hetzij Alfa Romeo. ARN vorderde dat het aan Multicar op grond van onrechtmatig handelen jegens haar verboden zou worden nieuwe auto's te betrekken van gebonden dealers en om die auto's te verkopen. De Hoge Raad maakt niet duidelijk hoe zijn uitdrukkelijk vermelde uitgangspunt dat bewust profiteren van wanprestatie in beginsel niet onrechtmatig is, zich verhoudt tot de factoren die volgens hem kunnen inhouden dat sprake is van oneerlijke concurrentie jegens de handelaren die gebonden waren aan het selectieve distributiestelsel, dan wel jegens de distributeur als daardoor het distributiestelsel wordt ondermijnd: a. het bewust gebruik maken van de wanprestatie die de aan het distributiestelsel gebonden handelaar jegens de distributeur pleegt door aan de ongebonden handelaar nieuwe auto's te verkopen, b. het in concurrentie treden met de (andere) gebonden handelaren en c. ter bevordering van het eigen bedrijf profiteren van de omstandigheid dat de andere handelaren gebonden zijn en in een ongunstige positie verkeren door zich wel aan de overeenkomst met de distributeur te houden.⁶² Vermoedelijk is de afhankelijke positie van de gebonden handelaren die zich wel houden aan hun overeenkomst met ARN en die zich tegen de hun door Multicar aangedane concurrentie slecht kunnen verweren als zij zich aan de afspraken blijven houden, de bijkomende factor die tot de onrechtmatigheid kan bijdragen. Maar zoals Mok in zijn noot bij het arrest be- toogt, is een kenmerk van gezonde en wenselijke concurrentie dat een product zowel kan worden aangeboden in de luxueuze setting van een geslo-

62. HR 8 januari 2010, NJ 2010, 187 m.nr. M.R. Mok (Alfa Romeo Nederland/Multicar). Zie daarover Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 62.

ten distributiestelsel als in de karige setting van de prijsvechter. De handelaar die ervoor kiest zich te binden aan de luxueuze setting behoeft niet om die reden beschermd te worden. Het is bovendien de vraag of de uitspraak van de Hoge Raad nog in deze tijd past.⁶³

Aan de conceptuele en argumentatieve kwaliteit van het oordeel en het voorkomen van cirkelredeneringen kan een impuls worden gegeven door de tegengestelde uitgangspunten en tegenargumenten in de redenering te betrekken. In het kielzog daarvan kan over de uiteindelijke keuze van de rechter op grond van kenbare argumenten en tegenargumenten verschil van mening bestaan. Aldus wordt tegenwicht geboden aan de beperkte voorstelbaarheid en bijgedragen aan de inzichtelijkheid en blijvende acceptatie van het rechterlijke oordeel.⁶⁴

3.5 Legaliteit en legitimiteit van burgerlijkrechtelijke open normen: juridisch interessant

Het valt op dat het geweld waarmee open normen de rechtsontwikkeling aanjagen vooral door juristen wordt gewaardeerd (in positieve en negatieve zin). Rechtsontwikkelingen die binnen het privaatrecht als kwantumsprong zijn aangemerkt, veroorzaken geen duidelijke maatschappelijke onrust.

De termen 'legaliteit' en 'legitimiteit' zijn in het burgerlijkrechtelijke debat niet veelvuldig aan te treffen. Wel wordt, steeds opnieuw en dikwijls in andere bewoordingen, aan de strekking van deze beginselen gerefereerd. Ik noem een aantal thema's en belicht de rol die de rechter ten aanzien van rechtsontwikkeling en rechtsvorming en presentatie van zijn oordeel wordt toebedeeld.

Volgens legisten is de wet het aandachtspunt van de jurist en moet voor de rechtsontwikkeling naar de wetgever en niet naar de rechter worden gekeken.⁶⁵ Dat betekent niet dat de legisten de rechter beschouwden als

63. Zoals Mok in zijn noot meedeelt, is het hanteren van een doorleveringsverbod krachtens het Europese mededingingsrecht niet toelaatbaar. Voor motorvoertuigen gold ten aanzien daarvan tot 31 mei 2010 een uitzondering. Daarna zijn doorleveringsverboden ook ten aanzien van motorvoertuigen verboden en dus ongeldig, zodat niet meer kan worden tekortgeschoten in de nakoming ervan en dus evenmin onrechtmatig van een tekortkoming geprofiteerd kan worden.

64. Vgl. E. Pauino, *Beyond Predictability – Reflections on Legal Certainty and the Discourse Theory of Law in the EU Legal Order*, *German Law Journal*, 2009, p. 1469-1493. S. Grundmann en K. Riesenhuber, *Die Auslegung des Europäischen Privat- und Schuldvertragsrechts*, *JuS* 2001, p. 534, noot 69, stellen dat de plicht om te motiveren afgeleid wordt uit het beginsel van democratische legitimatie.

65. Borgers wijst in zijn pre-advies erop dat legisme niet moet worden verward met letterknechterij. Dat in het legisme de verantwoordelijkheid voor de rechtsontwikkeling bij de wetgever ligt en niet bij de rechter, maakt de rechter niet tot een mechanische wetstoe-passer. Zie uitgebreid P.C. Kop, *Legisme en privaatrechtswetenschap*, Deventer 1982. Opzoomer 1873, p. 193 drukt het aldus uit: "Ofschoon de rechter volgens de wet recht moet spreken, is hij daarom tot geen dienaar harer letter vernederd."

een ziellose en starre spreekbuis van de wet. Integendeel, in hem werd geacht een rechtsbewustzijn aanwezig te zijn dat "ten nauwste samenhangt met de wet onder welke het geworden en ontwikkeld is".⁶⁶ Met dat rechtsbewustzijn kon de rechter vermijden in strijd te handelen met het verbod recht te weigeren (vgl. art. 13 AB (thans art. 26 Rv): De regter die weigert recht te spreken, onder het voorwendsel van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid der wet, kan uit hoofde van rechtsweigering vervolgd worden). Strijd met art. 11 AB (: De regter moet volgens de wet recht spreken: hij mag in geen geval de innerlijke waarde of de billijkheid der wet beoordeelen) dreigde niet. Dit artikel was in 1829 ingevoerd om duidelijk te maken dat de rechter regels ter uitlegging van wetten niet meer aan het Romeinse recht mocht ontleenen⁶⁷, niet om hem te beletten het recht verder te ontwikkelen.

Ook het thema van de vage of open normen raakt aan de legitimatie van het door het rechterlijke oordeel gearticuleerde geldende recht. Aan het einde van de twintigste eeuw stelde Barendrecht de vage norm ter discussie. Refererend aan (onder meer) het gebrek aan rechtszekerheid, het gebrek aan rechtsstatelijkheid in de zin van democratische legitimatie en het tot stilstand komen van de rechtsontwikkeling verbonden aan vage normen, pleitte hij voor de ontwikkeling van scherpe, flexibele normen.⁶⁸ In het verlengde daarvan ligt zijn kritiek op het oordeel van de Hoge Raad van 12 februari 2010 waarin het de rechter verboden wordt om een formule ten grondslag te leggen aan het vaststellen van een ontslagvergoeding. Zoals hij nu werkt, kan de Hoge Raad naar de mening van Barendrecht beter uit het systeem worden gehaald: "Hij creëert vooral onzekerheid en langere procedures. Geef het budget aan rechtbanken om richtpunten te ontwikkelen en dat proces goed te verantwoorden. Crisissen in mensenlevens zijn erg genoeg. De rechtspraak moet klaar staan om conflicten te beslechten. Voorspelbaarheid en rechtsgelijkheid is daarbij een vereiste."⁶⁹ Vanuit het perspectief van het legaliteitsvereiste en gezien zijn op rechtszekerheid en democratische legitimatie berustende argumenten, is opmerkelijk dat Barendrecht de bevoegdheid om regels en formules vast te stellen niet aan de wetgever toekent, maar aan lagere rechters. Omdat verschillende lagere rechters niet noodzakelijk dezelfde regels en formules zullen vaststellen, kan deze gang van zaken leiden tot rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid.

66. P.C. Kop, *Legisme en privaatrechtswetenschap*, Deventer 1982, p. 38.

67. C.J.H. Jansen, *Over de plaats en de functie van de Wet, houdende Algemeene Bepalingen der Wetgeving van het Koninkrijk* (1829), *Ars Acqui* 2008, p. 22 e.v.

68. J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, diss. Tilburg, Deventer 1992.

69. M. Barendrecht, Hoge Raad creëert onzekerheid en ongelijkheid, *NRC Handelsblad* 19 februari 2010, p. 7. Zie ook J.M. Barendrecht, Wat als de civiele kamer van de Hoge Raad er niet meer zou zijn? in: Raad & Daad, *Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen 2008, p. 39 e.v.

Een derde thema is het debat over de rechtsontwikkelende resp. rechtsvormende taak van de rechter. Wat betreft de rechtsvormende taak van de burgerlijke rechter appelleert Hartlief aan Montesquieu, de trias politica en het vereiste dat rechtsvorming in balans is met politieke controle (en dus met democratische legitimatie).⁷⁰ Ook Hartliefs opvatting over de onder 3.2 behandelde hangmatcasus gaat hierop terug.

Het vierde thema is vrijwel onafgebroken aanwezig geweest: de spanning die kan bestaan tussen rechtvaardigheid en rechtszekerheid. Niemand geeft graag een van deze waarden op. In veel gevallen is dat ook niet nodig omdat de rechtszekerheid deel uitmaakt van de rechtvaardigheid. De rechtvaardigheid die aan de wieg van ons rechtssysteem stond is niet de instantane, enkelvoudige verrukking van het moment, maar de bestendige en onafgebroken wil ieder zijn recht te doen toekomen.⁷¹ Afgeleid daarvan is het reeds vermelde, allesoverspannende doel van het overeenkomstenrecht de 'Vertragsgerichtheid': de binnen en door de rechtsband gegenereerde rechtvaardigheid. Deze rechtvaardigheid is in overeenstemming met het legaliteitsbeginsel en de daarin besloten waarden van rechtszekerheid en bestrijding van willekeur. In gevallen waarin de rechtszekerheid en legaliteit op gespannen voet staan met de rechtvaardigheid, zijn zij niet op zichzelf staand redengevend gebleken.⁷² Daar waar de kool en de geit niet beide gespaard kunnen blijven en de rechtszekerheid niet de resultante is van een regel van dwingend recht, was de rechtvaardigheid in het burgerlijke recht dikwijls beslissend.⁷³

Hoewel de hiervoor aangestipte thema's aan het wezen van het recht raken, hebben zij niet geleid tot een fundamentele verandering van het burgerlijke recht of van de taakopvatting door de rechter.⁷⁴ Er is geen aanleiding te veronderstellen dat hierin op het terrein van het burgerlijke recht op korte termijn verandering komt. De verfijndheid van het privaatrechtelijke denken zoals zich dat in ruim 2000 jaar heeft ontwikkeld, bedt nieuwe normen schijnbaar moeiteloos in. Het burgerlijke recht en de wijze waarop de rechter daarmee omgaat worden geaccepteerd. Zij vormen tezamen een rustig bezit. Onder 3.4 plaatste ik de kanttekening dat het gemak en de rust

70. T. Hartlief, Den Haag. Iet op Uw saeck, NJB 2009, nr. 17.

71. Institutio 1 1: Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens; Dig. 1,1,10: Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.

72. Een vurig pleitbezorger van rechtszekerheid was P.W. Brouwer. Zie bijvoorbeeld Onvermijdelijke rechtsonzekerheid?, R&R 1999, p. 188-208 en de reactie daarop van M.A. Loth, Verloren zekerheid? Over vertrouwen en rechtszekerheid in het strafrecht, R&R 1999, p. 209-221.

73. Vgl. Asser/Vranken Algemeen Deel ** 1995, nr. 103.

74. T. Koopmans, bewerking van G.J. Wiarda, 3 typen van rechtsvinding, 4e druk, Deventer 1999, p. 38 e.v. signaleert zelfs een verschuiving van de wetgever naar de rechter die het gevolg is van a. de taakopvatting van de rechter en b. in het kielzog daarvan het gebruik van meer open normen door de wetgever.

van het privaatrechtelijke oordeel tot vervlakking kunnen leiden en daarmee tot afname van de verfindheid van het bereikte resultaat. Dat is de reden waarom ik pleit voor een meer discursieve wijze van motivering van het rechterlijke oordeel.

Waar deze discursiviteit op het gebied van het privaatrecht van nationale origine wellicht wordt beschouwd als een luxe waaraan de moderne op productie gerichte rechter zich niet te buiten kan gaan, zal hierna blijken dat zij noodzakelijk is om voor vraagstukken die teruggaan op rechtsbronnen uit verscheidene lagen tot een oordeel te komen dat geaccepteerd wordt.

3.6 *Legaliteit en legitimiteit van door Europees recht beïnvloede burgerlijkrechtelijke normen: maatschappelijk urgent*

Waar het burgerlijke recht van nationale origine wordt beïnvloed door Europees recht, is sprake van zo'n meergelaagd systeem. Urgent, actueel en interessant is dan ook om een terrein te belichten waarop de ontwikkeling van het burgerlijke recht wel stuit op wezenlijke problemen: het door het Europese recht beïnvloede deel daarvan. Omdat het nationale recht en de nationale rechter zich moeten richten naar twee rechtsbronnen die van verschillende herkomst en textuur zijn (Europees recht en privaatrecht van nationale origine), wordt het probleem van legaliteit en legitimiteit voelbaar voor de burger. Dit preadvies zal dan ook verder ingaan op de wijze waarop kan worden omgegaan met een situatie waarin de toepasselijke norm van Europees recht niet coherent is met of aanleiding geeft tot tot inconsistenties in het burgerlijke recht van nationale origine.

De keuze voor het Europese recht impliceert niet dat het probleem van incoherentie beperkt is tot gevallen waarin het burgerlijke recht wordt geconfronteerd met Europees recht. Dat probleem speelt bijvoorbeeld ook als het burgerlijke recht moet worden afgestemd op (nationale) administratiefrechtelijke regelgeving of op de bescherming die het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens blijktens de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens biedt. Zo brengt de confrontatie met de Wet op de Ruimtelijke Ordening mee dat een exploitatieovereenkomst geen aanspraak op nakoming geeft als zij niet berust op een door die wet voorgeschreven exploitatieverordening.⁷⁵ Op grond van het EVRM bestaat de (door de rechter uit te voeren) verdragsverplichting om een bepaling in een testament die (in 1939) naar nationaal recht geldig tot stand is gekomen en die inhoudt dat de zoon en erfgenaam de geërfde goederen bij zijn

75. HR 17 november 2000, NJ 2001, 580 (Breezand/Veere). Op grond van HR 6 januari 2006, NJ 2006, 301 (Gemeente Beuningen/VVE) is aannemelijk dat de Hoge Raad thans aanneemt dat de overeenkomst nietig is wegens strijd met de openbare orde. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 346.

overlijden moet doorgeven aan een zoon of kleinzoon uit een wettig en kerkelijk huwelijk, aldus uit te leggen dat zij niet in strijd komt met art. 14 jo. art. 8 EVRM. Als uitgangspunt geldt dat het EVRM een levend instrument is en dat het moet worden geïnterpreteerd in het licht van de ten tijde van de rechterlijke uitspraak geldende voorwaarden. Het gewicht dat toegekend wordt aan de gelijkheid van wettige kinderen (geboren uit een huwelijk of geadopteerd) brengt mee dat de door de nationale rechter te geven uitleg aan de bepaling in het testament niet in strijd mag zijn met het verbod van discriminatie tussen kinderen uit een wettig en kerkelijk huwelijk en adoptiefkinderen.⁷⁶

4 Actueel probleem: incoherentie als gevolg van confrontatie van Europeesrechtelijke en privaatrechtelijke normen

Het kenmerk van de ontmoeting van Europees recht en privaatrecht van nationale origine is dat het privaatrecht wordt geconfronteerd met eisen die het Europese recht daaraan stelt. Die eisen zijn geformuleerd vanuit het doel de integratie van de lidstaten te bevorderen op economische en niet-economische terreinen. Voor het privaatrecht in het oog springende doelstellingen zijn het tot stand brengen van een interne markt en het aan de burgers bieden van een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht.⁷⁷

4.1 Autonome maar afhankelijke rechtsorde; voorrang en directe werking

Het Hof van Justitie heeft de verwezenlijking van de doelstellingen van het Europese recht verzekerd door via de uit het internationale recht afkomstige instrumenten van voorrang en directe werking te komen tot een autonome rechtsorde.⁷⁸ Daardoor is het Europese recht in ieder geval conceptueel

76. EHRM 13 juni 2004, 69498/01 (Pla en Puncernau/Andorra), NJ 2005, 508 m.nt. J. de Boer.

77. R. Barents, *De communautaire rechtsorde*, Deventer 2000, p. 218 e.v., legt uit dat de gemeenschappelijke markt (naast de economische en monetaire Unie en de gemeenschappelijke en gecoördineerde politiek) een middel is ter verwezenlijking van de economische, sociale en milieu doelstellingen van het Europese recht (zie art. 2 EG, thans ten gronde vervangen door art. 3 VWF). Deze doel-middelen structuur neemt niet weg dat de gemeenschappelijke markt "het kernbegrip is van de EG, aan de hand waarvan de totale inhoud van het materiële en het institutionele gemeenschapsrecht" kan worden verklaard.

78. HvJ EG 15 juni 1964, 6/64 (Costa/ENEL), Jurispr. 1964, p. 1203, HvJ EG 5 februari 1963, 26/62 (Van Gend & Loos/Nederlandse Administratie der Belastingen), Jurispr. 1963, p. 3.

zelfstandig van het recht van nationale origine.⁷⁹ Die zelfstandigheid betekent niet dat het onafhankelijk van het recht van nationale origine kan bestaan.⁸⁰ Dat zou een veelomvattender rechtssysteem veronderstellen, wat betreft doelstellingen en, in het verlengde daarvan, wat betreft het bereik, de detaillering en systematisering van de regelgeving. In lijn daarmee wordt in de rechtsleer steeds vaker erop gewezen dat in werkelijkheid sprake is van pluralistische ofwel meerlagige rechtsordes.⁸¹

Gegeven zijn, juridisch beschouwd, 'beperkte' doelstelling en regelgeving⁸² kan het Europese recht alleen maar verwezenlijkt worden met behulp van het recht van nationale origine.⁸³ Dat geldt in de eerste plaats het procesrechtelijke deel van het nationale recht.⁸⁴ Zonder een nationale rechter en/of zonder een rechtsfiguur als het kort geding is het niet mogelijk op grond van bijvoorbeeld de door het VWEU beschermde vrijheid van vestiging of van werknemersverkeer een verbod te vragen om collectieve

79. R. Barents, *De communautaire rechtsorde*, Deventer 2000, p. 193 e.v., onderscheidt in de opvatting van het begrip 'rechtsorde' door het Hof van Justitie drie stadia. Aanvankelijk hanteerde het Hof van Justitie het paradigma van de gescheiden rechtsordes, vervolgens (in *Van Gend & Loos*, *Costa/ENEL* en in het eerste EER-Advies) het paradigma van de nieuwe, eigen of bijzondere rechtsorde en thans het paradigma van de geïntegreerde rechtsorde (HvJ 13 februari 1969, 14/68 (Walt Wilhelm), *Jurispr.* 1969, p. 1, punt. 6). Opmerking verdient dat de term 'integratie' in dit verband dient te worden verstaan als 'binnendringen' of het als eigen, eenvormige rechtsorde gelden op het nationale grondgebied van alle Lid-Statens. Zie aldus Barents, a.w., p. 201. Zie ook p. 379 waar wordt gesproken van een 'eenzijdige invasie van gemeenschapsrecht in de nationale rechtsordes'.
80. Vgl. R. Barents, *De communautaire rechtsorde*, Deventer 2000, p. 320, die onderscheidt tussen de normatieve onafhankelijkheid en de feitelijke afhankelijkheid van het nationale recht. Dit kenmerk van Unierecht herleidt hij tot de autonomie-theorie.
81. R. Barents, De voorrang van unierecht in het perspectief van constitutioneel pluralisme, *SEW* 2009, p. 44 e.v., J.M. Smits, *Contractenrecht als meergelaagde rechtsorde: uitdagingen voor de komende tien jaar*, *Contracteren* 2009, p. 110-115, W. Van Gerven & S. Lieberman, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, Algemeen Deel Veertig jaar later*, Mechelen 2010.
82. Zoals reeds opgemerkt in noot 33 neemt de begrensdheid van de doelstelling en regelgeving van het Europese recht niet weg dat die doelstelling over het gehele recht verspreid om verwezenlijking kan vragen.
83. R. Barents, De voorrang van unierecht in het perspectief van constitutioneel pluralisme, *SEW* 2009, p. 44, P.A. Nollkaemper, *Internationalisering van nationale rechtspraak*, *Preadvies NVJF* 2005, Den Haag, p. 65. Zie ook M. Poiares Maduro, *Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, *European Journal of Legal Studies* 2007, <<http://www.ejls.eu/2/25UK.pdf>>.
84. In de in art. 4 lid 3 VWEU neergelegde loyaliteitsplicht liggen besloten de afhankelijkheid van het Unierecht van het recht van nationale origine en de plicht van het nationale procesrecht zich aan te passen aan de eisen van de doorwerking van het Unierecht.

acties te voeren, zoals gebeurde in de casus Viking en Laval.⁸⁵ Dikwijls is daarnaast ook een materieelrechtelijke inbedding in het recht van nationale origine nodig. Dat geldt in sterke mate voor de aansprakelijkheid van particulieren onderling. Terwijl de grondslag voor aansprakelijkheid voor bijvoorbeeld een schending van art. 101 VWEU in de rechtspraak van het Hof van Justitie ligt verankerd⁸⁶, en derhalve van Unierechtelijke aard is, zijn de invulling en effectuering daarvan overgelaten aan het recht van de lidstaten. De enige voorwaarde die geldt is dat voldaan moet zijn aan de Europeesrechtelijke randvoorwaarden van doelmatigheid en gelijkwaardigheid. Maar ook wat betreft de door het Hof van Justitie meer in detail uitgewerkte aansprakelijkheid van lidstaten voor een gekwalificeerde schending van Unierecht, geldt dat de verwezenlijking daarvan afhangt van het recht van nationale origine.⁸⁷ Zo wordt de Europeesrechtelijke grondslag voor aansprakelijkheid met behulp van het recht van nationale origine voorzien van rechtsmiddelen als een schadevergoeding, een verbod of gebod of een bestuurs- of strafrechtelijke sanctie zoals een boete.

De combinatie van autonomie en afhankelijkheid van het Unierecht kan alleen bestaan als het recht van nationale origine zich aanpast aan de voorwaarden die het Unierecht stelt. Maar juist omdat het Unierecht afhankelijk is van het corpus van nationaal recht, mag die aanpassing niet uitmonden in een vervorming of misvorming van het recht van nationale origine. Zodra het systeem van het nationale recht te zeer op de proef wordt gesteld en incoherent wordt, veroorzaakt het onzekerheid en verliest het zijn slagkracht en zijn legitimiteit. Het is dan niet meer in staat de gevallen die niet aan het Europees recht raken af te doen – en evenmin de gevallen die daar aan wel raken.

85. HvJ 11 december 2008, C-438/05 (International Transport Workers' Federation/Viking), Jurispr. 2007, p. I-10779, NJ 2008, 149 m.nt. M.R. Mok; HvJ 18 december 2007, C-341/05 (Laval/Svenska Byggnadsarbetareförbundet), Jurispr. 2007, p. I-11767, NJ 2008, 150 m.nt. M.R. Mok, waarover hierna onder 4.3. Zie over het belang van het nationale procesrecht R. Barents, *Rechter en partijen in het EU-procesrecht*, SEW 2010, p. 141 e.v., W. Van Gerven, *Bridging the Gap between Community and National Laws: towards a Principle of Homogeneity in the Field of Legal Remedies*, CMLR 1995, p. 679-702 en dez. *Of Rights, Remedies and Procedures*, CMLR 2000, p. 501-506.

86. HvJ 20 september 2001, C-453/99 (Courage/Crehan), Jurispr. 2001, p. I-6297, NJ 2002, 43, punt 25, waarover hierna onder 4.2.

87. Zie voor verwijzingen naar de rechtspraak van het Hof van Justitie en de uitwerking van de daarin gestelde vereisten voor aansprakelijkheid C.H. Sieburgh, *Het Europese Gemeenschapsrecht en het Nederlandse buiten-contractuele aansprakelijkheidsrecht*, in: Hartkamp, Sieburgh & Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, I, Deventer 2007, p. 486 e.v. Het door het Hof van Justitie uitgewerkte regime regelt in welke mate particulieren tenminste beschermd moeten worden tegen schendingen van Unierecht door de lidstaten.

Het voorgaande maakt duidelijk dat van het nationale recht en de nationale rechter en wetgever een bijzonder vergaande mate van inleving met de wensen van het Europese recht wordt verlangd, zonder dat de eigen waarden uit het oog verloren kunnen worden.⁸⁸ Deze meersporige attitude wordt hierna onder 5 voor het privaatrecht toegelicht.

4.2 *Vormen van doorwerking van Europees recht in verhouding van particulieren onderling*

De interactie tussen Europees recht en nationaal (privaat)recht neemt scherpe vormen aan als het Europese recht doorwerkt in een rechtsverhouding tussen particulieren. Die doorwerking kan berusten op de directe horizontale werking van de regel van Unierecht, op de indirecte horizontale werking van Unierecht of op gevolgen die de doorwerking van Unierecht in een rechtsverhouding tussen de overheid en een particulier voor een andere particulier (een derde) heeft.⁸⁹ Directe horizontale werking versta ik aldus dat het Europese recht de geldigheid, inhoud of uitleg van rechtsverhoudingen tussen particulieren rechtstreeks beïnvloedt. Dat kan onder meer betekenen dat wegens strijd met een verdragsbepaling een door partijen gesloten overeenkomst nietig is of een gedraging van een burger een onrechtmatige daad jegens een andere burger oplevert. Burgers ontfanen rechten en plichten aan zo'n regel. Zij kunnen zich tegenover andere burgers voor de nationale rechter op de regels van Unierecht beroepen. Bekende voorbeelden van regels van Unierecht met directe horizontale werking zijn de bepalingen op het gebied van de mededinging, de vrijverkeerbepalingen (uitgezonderd de goederenvrijheid) en de bepaling betreffende de gelijke beloning van mannen en vrouwen. De rechtsgrond is verankerd in het Unierecht en kan worden ingeroepen ongeacht de inhoud van het recht van nationale origine. Met andere woorden: ook als het recht van nationale origine geen aanspraak op grond van bijvoorbeeld onrechtmatige daad zou kennen, kan degene die schade lijdt als gevolg van een schending van art. 101 VWEU, een vordering tot schadevergoeding instellen.⁹⁰

88. R. Barents, *De communautaire rechtsorde*, Deventer 2000, onderwerpt de verhouding van het Unierecht en het nationale recht aan een zorgvuldig onderzoek. Zo impliceert de zelfuitgeroepen specificiteit van het Unierecht niet dat bezien vanuit het nationale recht dezelfde specificiteit geldt. Hieruit volgt dat het nationale recht en het Europese recht met elkaar strijdige rechtsgevolgen kunnen hebben en dat de voorrang van het Europeesrechtelijke rechtsgevolg niet vanuit het nationale recht logisch verklaarbaar behoeft te zijn.

89. Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 12-21, 42-95 (verdragsbepalingen), 143-151 (algemene beginselen).

90. Vgl. HvJ 20 september 2001, C-453/99 (*Courage/Crehan*), *Jurispr.* 2001, p. I-6297, NJ 2002, 43; HvJ 13 juli 2006, C-295-298/04 (*Manfredi/Lloyd Adriatico*), *Jurispr.* 2006, p. I-6619, NJ 2007, 34 m.nt. M.R. Mok.

In geval van indirecte horizontale werking is dit anders. De aanspraak van een burger jegens een andere burger wordt dan niet rechtstreeks herleid tot het Unierecht. Zij berust op een rechtsgrond waarin het recht van nationale origine voorziet. Het Europese recht kan zijn invloed daarop uitoefenen doordat het de invulling beïnvloedt van de toepasselijke norm van nationale origine (Unierecht conforme invulling of uitleg van een regel van nationaal recht). Zo kan de schending door de overheid van de verplichting om geplande steunmaatregelen aan te melden bij de Europese Commissie (art. 108 lid 3 VWEU, dat geen directe horizontale werking heeft) bijdragen aan het oordeel dat het bedrijf dat de niet aangemelde staatssteun ontving jegens derden (bijvoorbeeld een concurrent) onzorgvuldig heeft gehandeld (art. 6:162 BW).⁹¹ Dit mechanisme is (onafhankelijk van het EU-recht) bekend op het terrein van de doorwerking van grondrechten en kent een met de correctie-Langemeijer⁹² vergelijkbare redeneerwijze.

Naast deze vorm van vrijwillige afstemming van de open norm van nationale origine en de regel van Unierecht, kan de indirecte horizontale werking door het Europese recht met meer klem worden voorgeschreven. Dat geldt voor de plicht tot Unierecht-conforme (waaronder richtlijnconforme) interpretatie van het recht van nationale origine.

Voorts kan indirecte horizontale werking het gevolg zijn van de directe verticale werking van Unierecht. Uit het VWEU kan de verplichting voor de lidstaten worden afgeleid om de aan de vrijverkeerbepalingen en de discriminatieverboden te ontleen rechten te beschermen en tegenover hun burgers, ook in 'horizontale verhoudingen', te waarborgen. Deze constructie wordt ook gebruikt voor grondrechten, zowel nationaal als in het kader van het EVRM. Zij houdt in dat de nationale grondwet of het EVRM aldus moet worden uitgelegd dat op de staat niet slechts de 'negatieve' verplichting rust om zich van inbreuk op de fundamentele rechten van de burgers te onthouden, maar onder omstandigheden ook de 'positieve' verplichting om door wetgeving of andere maatregelen de uitoefening van die rechten te waarborgen, zowel tegenover de staat als tegenover medeburgers.⁹³

Tenslotte kan indirecte horizontale werking het gevolg zijn van de toetsing door de rechter van de nationale regel aan een regel van Unierecht met verticale directe werking.⁹⁴ Te onderscheiden zijn a) gevallen waarin in een geschil tussen particulieren onderling met succes wordt aangevoerd dat de rechter een regel van nationaal recht wegens strijd met het Europese recht buiten toepassing moet laten⁹⁵ en b) gevallen waarin de regel van Europees

91. Vgl. HvJ 11 juli 1996, C-39/94 (SFEI/La Poste), Jurispr. 1996, p. I-3547, NJ 1997, 365.

92. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 138.

93. Aldus Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 19.

94. Zie Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 21, 144 e.v., 158.

recht door een burger in een niet-horizontale verhouding wordt ingeroepen en het gevolg daarvan is dat een andere burger zijn gedragingen moet aanpassen (derdenwerking van verticale werking van Europees recht).⁹⁶

4.3 *Verschillende gradaties van (in)coherentie bij doorwerking*

De eisen die het Europese recht stelt aan het nationale privaatrecht kunnen vreedzaam samenlopen met het recht van nationale origine, zij kunnen van een mogelijkheid die het nationale recht kent een verplichting maken en zij kunnen in een andere richting wijzen dan het nationale recht doet.⁹⁷

Van vreedzame samenloop is sprake als de regel van Europees recht geen ander resultaat voorschrijft dan naar nationaal recht bereikt zou worden indien de regel van Europees recht niet zou gelden. De samenloop verloopt eveneens zonder problemen als het recht van nationale origine tot een beter beschermingsresultaat leidt dan de regel van Europees recht (en de nationale rechter in zo'n geval de regel van nationaal recht ook in de gevallen waarop Europees recht van toepassing is daadwerkelijk toepast). Dat laatste geldt in Nederland voor de overheidsaansprakelijkheid ter zake van handelingen van het bestuur en de wetgever. De daarvoor geldende regels van nationale origine beschermen de benadeelde van een normschending door de overheid beter⁹⁸ dan de bescherming die het Europese recht ten minste eist op grond van de Francovichrechtspraak.⁹⁹

Soms eist het Europese recht een duidelijke keuze die naar nationaal recht wellicht anders gemaakt zou worden, maar die niet systeemvreemd is. Naar wordt aangenomen mag de nietigheid van rechtswege op grond van art. 101 VWEU¹⁰⁰ bijvoorbeeld niet worden ondervangen door de nie-

95. Zie bijvoorbeeld HvJ 22 november 2005, C-144/04 (Mangold/Helm), Jurispr. 2005, p. I-9981, NJ 2006, 227; HvJ 27 oktober 2009, C-115/08 (Oberösterreich/ EZ), Jurispr. 2009, p. I-10265, NJ 2010/94 m.nt. M.R. Mok, IIvJ 19 januari 2010, C-555/07 (Küçükdöveci/Swedex), NJ 2010/256 m.nt. M.R. Mok.

96. Zie bijvoorbeeld HvJ 7 januari 2004, C-201/02 (Wells/Secretary of State), Jurispr. 2004, p. I-723, waarover Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 158 e.v. en hierna onder 4.3.

97. Een overzicht van de mogelijke rechtsgevolgen van toepasselijkheid van Europees recht en recht van nationale origine geven R. Barents, De voorrang van unierecht in het perspectief van constitutioneel pluralisme, SEW 2009, p. 44 e.v. en C.H. Sieburgh, Ich weiß nicht was soll es bedeuten. Europees recht en nationaal privaatrecht: voorrang en samenloop, in: A.G. Castermans e.a. (red.), Ex Libris Hans Nieuwenhuis, Deventer 2009, p. 239 e.v.

98. Zij het dat waakzaamheid geboden is ten aanzien van de werking van het relativiteitsvereiste. Zie C.H. Sieburgh, Het Europese Gemeenschapsrecht en het Nederlandse buiten-contractuele aansprakelijkheidsrecht, in: Hartkamp, Sieburgh & Keus (red.), De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht, I, Deventer 2007, p. 476-479 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 343.

99. Zoals verderop nog wordt aangestipt, geldt dit niet voor aansprakelijkheid voor rechtspraak gewezen in hoogste instantie.

tige rechtshandeling om te zetten in een geldige rechtshandeling met dezelfde strekking (cf. art. 3:42 BW). In de bewoordingen van het Hof van Justitie is de nietigheidsbepaling van art. 81 lid 2 EG (thans 101 lid 2 VWEU) "bestemd om verbodiging van het Verdrag te verzekeren".¹⁰¹ De doelstellingen van het Europese recht, en in het bijzonder het veiligstellen van de effectiviteit van deze regels, brengen mee dat een nationale regel (art. 3:42 BW) waarvan de toepassing naar nationaal recht ter beoordeling kan staan, op grond van het Europese recht buiten beschouwing dient te blijven. In zo'n geval is de effectiviteit van het Europese recht een afzonderlijke factor die door de nationale rechter in acht genomen moet worden.¹⁰²

Een volgende trede op de ladder naar incoherentie van Europees recht en nationaal privaatrecht wordt genomen als in de beoordeling van een geschil rekening moet worden gehouden met regels van Europees recht die nieuw zijn voor en/of in een andere richting wijzen dan het recht van nationale origine. De rechtmatigheid van het uitroepen van een staking door een vakbond wordt op grond van het recht van nationale origine getoetst aan art. 6 lid 4 Europees Sociaal Handvest, dat het recht op collectief optreden (inclusief staking) in geval van belangengeschillen erkent. Als een staking onder deze bepaling valt, kan het organiseren daarvan slechts onrechtmatig zijn indien zwaarwegende procedureregels zijn veronachtzaamd, dan wel een vakbond, met inachtneming van de in art. 31 ESH gestelde beperkingen, op grond van alle omstandigheden van het gegeven geval in redelijkheid niet tot de actie had kunnen komen. De rechtmatigheid van stakingen die niet worden gedekt door art. 6 lid 4 ESH, wordt getoetst met behulp van de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW. Het aansporen tot een dergelijke staking zal spoedig worden beschouwd als het onrechtmatig

100. Art. 101 VWEU lid 1. Onverenigbaar met de interne markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemingsverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die welke bestaan in: (...)

lid 2. De krachtens dit artikel verboden overeenkomsten of besluiten zijn van rechtswege nietig.

lid 3 (...).

101. HvJ 30 juni 1966, 56/65 (LTM/MBU), Jurispr. 1966, p. 235.

102. Zie M.R. Mok, Regels betreffende mededinging. Kartelrecht en bepalingen over staatssteun, in: Hartkamp, Sieburgh & Keus (red.), De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht, I, Deventer 2007, p. 573 e.v. Vgl. HR 8 juli 1987, NJ 1988, 323 m.nt. P.A. Stein (Van Hensbergen/Albers), waarin een nietig proeftijdbeding niet werd geconverteerd in een geldig proeftijdbeding. Zie daarover J. Kortmann & C. Sieburgh, Handhaving door Nederlands privaatrecht, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag 2009, p. 264 e.v., Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 656.

uitlokken van wanprestatie (in de vorm van werkweigering door de werknemers), behoudens de aanwezigheid van een bijzondere rechtvaardigingsgrond. Dit beoordelingskader¹⁰³ volstaat echter niet indien de staking een beperking inhoudt van de Europeesrechtelijke vrijheid van vestiging, van werknemersverkeer of van dienstenverkeer. Als één van partijen zich op die verkeersvrijheid beroept, bijvoorbeeld omdat hij zich in een andere lidstaat wil gaan vestigen (Viking) of omdat hij diensten wil verrichten in een andere lidstaat dan die waarin hij is gevestigd (Laval), staat het de nationale rechter niet vrij om haar buiten beschouwing te laten of als een van de vele gezichtspunten bij zijn oordeel over de zorgvuldigheid van de staking te betrekken. Hij is, zoals bevestigd in de arresten Viking en Laval¹⁰⁴, verplicht het stramien van art. 49 en 56 VWEU, die beide horizontale directe werking hebben, te volgen. De staking is een schending van de vrijheden maar kan gerechtvaardigd zijn. Het nationale (rechters)recht en het Europese recht wijzen wat betreft de opbouw van de redenering in verschillende richtingen. Waar de vrijheden van personen- en dienstenverkeer voorheen niet in verband werden gedacht met de vraag of een staking zorgvuldig is, is het waarborgen van die vrijheden nu het vertrekpunt voor het oordeel over de (on)rechtmatigheid van een staking. De andere textuur van de rechterlijke redenering kan gevolgen hebben voor de uiteindelijke beslissing. Als een staking in beginsel de vrijheid van personen- of dienstenverkeer belemmert, zal minder gemakkelijk dan voorheen geoordeeld kunnen worden dat de staking is toegestaan.¹⁰⁵ Bovendien heeft het Hof van Justitie ten aanzien van bepaalde typen van beperkingen van de desbetreffende verkeersvrijheden uitdrukkelijk geoordeeld dat zij niet objectief gerechtvaardigd kunnen zijn.¹⁰⁶

Een tweede voorbeeld van deze incoherentie doet zich in Nederland voor met betrekking tot de aansprakelijkheid voor rechtspraak in hoogste instan-

103. Deze stakingsjurisprudentie wordt sinds 1986 gevolgd, toen voor het beoordelingskader een nieuw uitgangspunt, namelijk art. 6 Europees Sociaal Handvest, werd gekozen. Voor die tijd werd het oproepen tot staken in beginsel beschouwd als het uitlokken van wanprestatie en derhalve als onrechtmatig aangemerkt. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1V* 2011, nr. 64 en T. Koopmans, bewerking van G.J. Wiarda, 3 typen van rechtsvinding, 4e druk, Deventer 1999, p. 58-59 die deze jurisprudentie als voorbeeld geeft van rechterlijke creativiteit.

104. HvJ 11 december 2008, C-438/05 (International Transport Workers' Federation/Viking), Jurispr. 2007, p. I-10779, NJ 2008, 149 m.nt. M.R. Mok; HvJ 18 december 2007, C-341/05 (Laval/Svenska Byggnadsarbetareförbundet), Jurispr. 2007, p. I-11767, NJ 2008, 150 m.nt. M.R. Mok.

105. K. Lenaerts & J.A. Gutiérrez-Fons, The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law, CMLR 2010, p. 1664-1667 betogen dat op grond van deze jurisprudentie stakingen bloot staan aan strengere toetsing, maar dat er beoordelingsruimte behouden blijft voor de nationale rechter.

106. Viking, punt 88 en Laval, punt 111 en 116-119.

tie. Waar het Europese recht geen principieel onderscheid maakt tussen aansprakelijkheid wegens schending van het Unierecht door bestuurlijk handelen, feitelijk handelen, contracteren, wetgeving of rechtspraak¹⁰⁷, wordt naar het recht van nationale origine aansprakelijkheid voor rechtspraak in veel beperktere mate aangenomen dan voor ander overheidsop treden. De nationaalrechtelijke maatstaf dat sprake moet zijn van veronachtzaming van zo fundamentele rechtsbeginselen bij de voorbereiding van de beslissing dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, is minder beschermend voor de benadeelde dan de in het arrest Köbler bevestigde Unierechtelijke maatstaf die aansprakelijkheid aanneemt als een regel van Unierecht die bedoeld is rechten aan particulieren toe te kennen voldoende gekwalificeerd is geschonden.¹⁰⁸

Ook buiten gevallen van directe horizontale werking om, kan in een horizontale verhouding de confrontatie met het Europese recht verstrekkende gevolgen hebben. Zo kan het Europese recht een algemeen beginsel van Unierecht in stelling brengen en daarmee de toepasselijkheid uitsluiten van een nationaalrechtelijke norm.¹⁰⁹ Dit deed zich voor in de Mangold-casus, waarin het Hof van Justitie oordeelde dat het Europese recht zich verzet tegen een nationale wet (i.c. de implementatiewet van een richtlijn) die het sluiten van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd onbeperkt toestaat wanneer de werknemer 52 jaar of ouder is. De nationale rechter moet de volle werking van het algemene Unierechtelijke beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd verzekeren door elke strijdige bepaling van nationaal recht buiten toepassing te laten.¹¹⁰ Hierdoor herleefde de toepasselijkheid van een andere regel van nationale origine die het sluiten voor een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd verbiedt. Het tussen Mangold en zijn werkgever Helm tot stand gekomen beding in de arbeidsovereen-

107. Ilv 5 maart 1996, C-46/93 en 48/93 (Brasserie du Pêcheur/Duitsland), Jurispr. 1996, p. I-1029, NJ 1997, 145, punt 32 en uitdrukkelijk bevestigd in HvJ 30 september 2003, C-224/01 (Köbler/Oostenrijk), Jurispr. 2003, p. I-10239, NJ 2004, 160 m.nt. M.R. Mok, punt 31 en HvJ 13 juni 2006, C-173/03 (Traghetti/Italië), Jurispr. 2006, p. I-5177, NJ 2006, 543, m.nt. M.R. Mok.

108. Zie over de afstemmingsproblematiek waartoe deze incoherentie kan leiden C.H. Sieburgh, Ich weiß nicht was soll es bedeuten. Europees recht en nationaal privaatrecht: voorrang en samenloop, in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex Libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer 2009, p. 239 e.v., F. Fernhout, *Onrechtmatige rechtspraak herzien*, NJB 2010, p. 2696-2699.

109. Het aan deze confrontatie ten grondslag liggende mechanisme is dat een regel van nationaal recht getoetst kan worden aan een algemeen beginsel van Unierecht. Het Europese recht voorziet aldus in een andere toetsingsmogelijkheid dan het recht van nationale origine. In deze situatie is geen sprake van strijd tussen (en dus incoherentie van) een toepasselijke regel van Europees recht en een toepasselijke regel van nationale origine.

110. HvJ 22 november 2005, C-144/04 (Mangold/Helm), Jurispr. p. I-9981, NJ 2006, 227 m.nt. M.R. Mok.

komst was met die regel van nationale origine in strijd en daardoor nietig. Als gevolg daarvan 'resteert' een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde termijn.¹¹¹

Het voorgaande betekent dat in een geschil tussen particulieren onderling (werknemer Mangold en werkgever Helm, werknemer Küçükdeveci en werkgever Swedex, kerncentrale exploitant ČEZ en het land Oberösterreich als eigenaar van percelen¹¹²) ook op grond van het ongeschreven Europese recht met succes kan worden aangevoerd dat de rechter een regel van nationaal recht wegens strijd daarmee buiten toepassing moet laten.¹¹³ Ten aanzien van het geschreven Verdragsrecht was dit al eerder beslist.¹¹⁴ Via de band van het terzijde stellen van een strijdige nationale wet kan de ene particulier zich aldus met succes beroepen op een recht dat hij ontleent aan het Europese recht, terwijl de andere particulier wordt geconfronteerd met een beperking van zijn mogelijkheden (dienstverband voor bepaalde termijn overeenkomen met een werknemer ouder dan 52 resp. het in acht moeten nemen van een langere ontslagtermijn) of met het verlies van een civielrechtelijke vordering (geen verbod kunnen vorderen tegen een instal-

111. Dat bij deze ingrijpende inwerking van de algemene beginselen van Unierecht geen sprake is van een vergissing of van een te vermetel gebruikte mogelijkheid door het Hof, blijkt nu het deze jurisprudentie heeft bevestigd in de arresten ČEZ (waarin op grond van het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit een nationaalrechtelijke regeling op basis waarvan tegen een onderneming die over de vereiste vergunningen beschikt om een in een andere lidstaat gelegen kerncentrale te exploiteren, een rechtsvordering kan worden ingesteld tot beëindiging van de hinder die naburige terreinen van deze installatie ondervinden of kunnen ondervinden, terwijl tegen een onderneming met een industriële installatie die in de forumlidstaat is gelegen en daar over een vergunning beschikt, niet een dergelijke vordering kan worden ingesteld, maar slechts een vordering ter vergoeding van de door een naburig terrein geleden schade, niet mag worden toegepast) en Küçükdeveci (een nationale wettelijke regeling die in strijd is met het verbod van discriminatie op grond van leeftijd omdat de ontslagregeling die tijdvakken van arbeid die de werknemer vóór het bereiken van de leeftijd van 25 jaar heeft vervuld niet in aanmerking neemt bij de berekening van de opzegtermijn). Zie HvJ 27 oktober 2009, C-115/08 (Oberösterreich/ČEZ), Jurispr. 2009, p. I-10265, NJ 2010, 94 m.nt. M.R. Mok; HvJ 19 januari 2010, C-555/07 (Küçükdeveci/Swedex), NJ 2010, 256 m.nt. M.R. Mok. In het laatste arrest heeft het Hof overwogen dat de nationale rechter de nationale bepalingen die hij moet toepassen, zo veel mogelijk in overeenstemming met de eisen van het Unierecht moet uitleggen. Indien een dergelijke conforme toepassing onmogelijk is, is de nationale rechter gehouden om het gemeenschapsrecht in volle omvang toe te passen en de door dit recht aan particulieren toegekende rechten te beschermen, waarbij hij zo nodig de nationale bepalingen buiten toepassing moet laten indien de toepassing daarvan in het betrokken geval tot een met het gemeenschapsrecht strijdig resultaat zou leiden.

112. Zie voor de twee laatste casus noot 111.

113. Zie over de door het Hof van Justitie gebruikte constructie M. de Mol, noot bij HvJ 19 januari 2010, C-555/07 (Küçükdeveci/Swedex), EHRC 2010, nr. 42. Zie voorts Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 144 e.v.

114. Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 30 en 31 e.v.

latic met een vergunning). Gezien de voorrang en directe werking van het Europese recht is dat niet vreemd. Wat opmerkelijk is en voor de praktijk een belangrijk feit, is dat de algemene beginselen van Unierecht op deze wijze 'ontsloten zijn' en tot voor particulieren niet voorzienbare, vergaande rechtsgevolgen leiden.

Hiermee vergelijkbaar is het mechanisme op grond waarvan een regel van Europees recht weliswaar niet direct de verhouding tussen burgers onderling beïnvloedt, maar wel indirect bepaalt wat de inhoud is van hun rechten en plichten. Zo kon Wells zich tegen de Engelse staat erop beroepen dat de staat, zonder dat was voldaan aan de door het Europese recht verplichte milieuraportage, toestemming had verleend aan een mijnexploitant om werkzaamheden uit te oefenen, ook al had dit tot gevolg dat een derde (de mijnexploitant) de gevolgen daarvan zou ondervinden (het recht om werkzaamheden uit te oefenen verviel).¹¹⁵

5 Ondervangen van problematiek: recht, wetgever, rechter, advocaat en (privaat)rechtswetenschap

Daar waar de regels van Europees recht en van nationale origine dus een systematisch afwijkende redenering vereisen (Viking en Laval) en/of in verschillende richtingen wijzen (Mangold, Küçükdeveci, ÇEZ en Köbler) zien het recht, de nationale wetgever, de nationale rechter en de rechtswetenschap zich gesteld voor de vraag of, en zo ja, op welke wijze deze kloof moet worden overbrugd.

5.1 Europeesrechtelijke en nationaalrechtelijke legaliteit en legitimatie

In de zojuist genoemde typen van gevallen geldt dat het oordeel van de nationale rechter mede moet berusten op de Europeesrechtelijke regel. De nationale rechter moet beslissingen nemen die weliswaar een basis hebben in het Europese recht – en in die zin dus gelegitimeerd zijn¹¹⁶ – maar die

115. HvJ 7 januari 2004, C-201/02 (Wells/Secretary of State), Jurispr. 2004, p. I-723.

116. Ten aanzien van de horizontale effecten van algemene beginselen van Unierecht zijn ook bij deze legitimiteit kanttekeningen te plaatsen. M. de Mol, EHRC 2010, nr. 42, merkt op dat de rechtspositie van werkgevers als Helm en Swedex onzeker wordt. Het Hof van Justitie vindt klaarblijkelijk dat het rechtszekerheidsbeginsel (eveneens een algemeen beginsel van Unierecht, geconcretiseerd in de eis dat een regeling die nadelige gevolgen heeft voor particulieren duidelijk en nauwkeurig is en dat de toepassing ervan voor de justitiabelen voorzienbaar is) niet is geschonden. Zonder uit te leggen waarom en waar de grens ligt, neemt het Hof van Justitie kennelijk aan dat Helm en Swedex hadden moeten weten of begrijpen dat het EU beginsel de expliciete Duitse bepaling opzij zou kunnen zetten. Vgl. ook M. de Mol, noot bij HvJ 27 oktober 2009, C-115/08 →

strijdig zijn met het recht van nationale origine – en in dat opzicht niet gelegitimeerd zijn. Dit is één van de facetten van de realiteit van een meergelaagd (privaat)rechtssysteem.

Het geschetste probleem is vanuit verschillende invalshoeken geanalyseerd. Rijk vertegenwoordigd zijn de door het constitutionele recht geïnspireerde bijdragen en de – deels daarmee samenhangende – bijdragen over een Europeesrechtelijke methodenleer resp. over de inconsistentie van de Europeesrechtelijke methode en de nationaalrechtelijke methode.¹¹⁷

(Land Oberösterreich/ČEZ), SLW 2010, nr. 81, p. 129. Zie voorts O. Mörsdorf, *Unmittelbare Anwendung von EG-Richtlinien zwischen Privaten in der Rechtsprechung des EuGH*, EuR 2009, p. 219 e.v.

H.C.F.J.A. de Waele, *Rechterlijk activisme en het Europees Hof van Justitie*, diss. Nijmegen, Den Haag 2009, plaatst in meer algemene zin vraagtekens bij onderdelen van de rechtspraak van het Hof van Justitie. Omdat dit preadvies zich richt op de gevolgen die het Europese recht, daaronder begrepen de rechtspraak van het Hof van Justitie, heeft, ga ik zoals reeds opgemerkt onder 1.3 niet in op de legitimiteit van oordelen van het Hof van Justitie.

117. Zie voor bronnen aangaande het constitutionele recht: A. von Bogdandy, *Grundprinzipien des Unionsrechts – eine verfassungstheoretische und -dogmatische Skizze*, EuR 2009, p. 749 e.v.; M. Polares Maduro, *Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, *European Journal of Legal Studies* 2007; H.C.F.J.A. de Waele, *Rechterlijk activisme en het Europees Hof van Justitie*, diss. Nijmegen, Den Haag 2009; N. Reich, *Procedural Autonomy of Member States vs. Effective Legal Protection in Recent Court Practice – On the Way to “Procedural plurality”*, in: *Private Law: past, present and future. Liber Amicorum Valentinas Mikelenas*, Vilnius 2008, p. 271-286; J. Priban, *Multiple Sovereignty: On Europe’s Self-Constitutionalization and Legal Self-Reference*, *Ratio Juris* 2010, p. 41-64.

Bronnen aangaande de Europeesrechtelijke rechtsmethodiek: S. Grundmann, *Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof*, Konstanz 1997; S. Grundmann, K. Riesenhuber, *Die Auslegung des Europäischen Privat- und Schuldvertragsrechts*, JuS 2001, p. 529-536; M. Potacs, *Effet utile als Auslegungsgrundsatz*, EuR 2009, p. 465-486; E. Paunio, *Beyond Predictability – Reflections on Legal Certainty and the Discourse Theory of Law in the EU Legal Order*, *Gorman Law Journal* 2009, p. 1469 e.v.; C. Höpfner en B. Rütters, *Grundlagen einer europäischen Methodenlehre*, *Archiv für die civilistische Praxis* 2009, p. 1-36; A. Fritzsche, *Discretion, Scope of Judicial Review and Institutional Balance in European Law*, *CMLR* 2010, p. 361-403; T. von Danwitz, *Die Aufgaben des Gerichtshofes bei der Entfaltung des europäischen Zivil- und Zivilverfahrensrechts*, ZEuP 2010, p. 463-476.

Bronnen aangaande de vergelijking van nationaalrechtelijke methoden: S. Vogenauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent Band I und II*, Tübingen, 2001; K. Riesenhuber, *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts*, Berlin 2003.

Bronnen aangaande de inconsistentie van de Europeesrechtelijke en de nationaalrechtelijke methode: C. Busch, C. Kopp, M.R. McGuire, M. Zimmermann, *Konvergenz und Diskrepanz nationaler und europäischer Methodik: Der Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf das äussere System des deutschen Privatrechts*, GPR 2009, p. 150-159; J. Basedow, *Der Europäische Gerichtshof und das Privatrecht*, *Archiv für die civilistische Praxis* 2010, p. 157-195.

Mede aan de hand van in deze bronnen gepresenteerde bevindingen zal in dit deel van het preadvies worden gezien door wie en op welke wijze een bijdrage geleverd kan worden aan de legitimiteit van het mede op het Europese recht berustende privaatrecht.

In het kader van legaliteit en legitimiteit wordt dikwijls primair gekeken naar de wetgever. De nationale wetgever is ook Europese medewetgever. Bij onderhandelingen over Europese regels (verdragsbepalingen of voorschriften in richtlijnen) moet de aansluiting bij de structuur, de achtergronden en de overige kenmerken van het nationale privaatrecht een rol spelen, zeker als het privaatrecht van andere lidstaten daartoe ook aanleiding geeft. Het is aan de wetgever zoveel mogelijk proactief op te treden om tot zinvolle wetgeving te komen.¹¹⁸

Daarnaast is de verwezenlijking van het Europese recht in de nationale rechtsorde (mede) een verantwoordelijkheid van de wetgever. In dat verband kan hij spanningen tussen Europees recht en privaatrecht van nationale origine wegnemen door privaatrechtelijke wetgeving aan te passen of in te voeren. Voor het over de volle breedte integreren van de invloed van het primaire Unierecht op het privaatrecht van nationale origine is de tijd voor deze vorm van wetgevend optreden mijns inziens in het algemeen nog niet rijp. De doelen van het Europese recht zijn dermate anders dat het vertalen naar privaatrecht een meer geleidelijke benadering vereist dan op dit moment is te verwezenlijken in wetgeving. Bovendien zijn gevallen waarin de confrontatie tussen Unierecht en privaatrecht van nationale origine tot spanningen leidt, divers en moeilijk te voorspellen. De spanningen volgen dikwijls uit de rechtspraak van het Hof van Justitie, als het de regelgeving uitlegt. Maar die rechtspraak is onvoldoende uitgekristalliseerd om als grond voor wetgeving te dienen. Als op termijn sprake is van constante jurisprudentie van het Hof van Justitie en van voldoende verfijning, kan op het desbetreffende terrein worden overgegaan tot nationale wetgeving.

Tegen deze achtergrond is het voorlopig de nationale rechter die, bijgestaan door de regeringen van de lidstaten, advocaten en de wetenschap de legitimiteit van het mede op het Europese recht berustende privaatrecht moet waarborgen. Reden om de positie van de nationale rechter in een meergelaagd privaatrecht te analyseren en vervolgens in te gaan op de wijze waarop de nationale rechter bij de ontwikkeling en vorming van het recht in een meergelaagd systeem een bijdrage kan leveren aan de legitimiteit daarvan.

5.2 Autonome positie nationale rechter

Om op de vragen of en zo ja op welke wijze de nationale rechter de incoherenties moet overbruggen tussen het Europese recht en het privaatrecht.

118. T. Barkhuysen, Grenzen aan het opzoeken en verleggen van (Europese) juridische grenzen voor nationaal beleid?, NJB 2011, p. 4-5.

een antwoord te kunnen geven, dient duidelijk te zijn wat de positie is van de nationale rechter in een geschil dat raakt aan het Europese recht. Uit de door het Hof van Justitie gepostuleerde autonome rechtsorde volgt (althans beschouwd vanuit de Europeesrechtelijke invalshoek) dat de nationale rechter in dergelijke gevallen een autonome Europese rechter in eerste aanleg is. Dat blijkt ook uit art. 19 lid 1, tweede alinea VEU. De nationale rechter is belast met de beoordeling van geschillen tussen nationale overheden en hun burgers en tussen burgers onderling.¹¹⁹ Om te voorkomen dat de verschillende nationale rechters het Unierecht verschillend uitleggen en toepassen voorziet art. 267 VWEU (ex art. 234 EG) in een prejudiciële procedure die nationale rechters steeds de bevoegdheid geeft en in sommige gevallen de verplichting oplegt om het Hof van Justitie te verzoeken een prejudiciële uitspraak te doen over de uitlegging van de Verdragen en over de geldigheid en de uitlegging van de handelingen van de instellingen, de organen of instanties van de Unie.¹²⁰ De in art. 267 VWEU geïmpliceerde autonomie van de nationale rechter is door het Hof van Justitie met zoveel woorden bevestigd in de *Cartesio*-uitspraak.¹²¹

In zijn hoedanigheid van autonome Europese rechter in eerste aanleg moet hij in geval van tegenstrijdigheid van Europees en nationaal recht het Europese recht toepassen. Dat betekent echter niet dat hij zich van de inconsistentie van het Europese recht met het recht van nationale origine niets behoeft aan te trekken. De regels van Europees recht hebben een beperkt bereik. Zij treden dus niet in de plaats van de nationale rechtsstelsels en zelfs niet noodzakelijk in de plaats van de strijdige regel van nationaal recht. De strijdigheid kan ook meebrengen dat geen rechtsregel wordt toegepast, dat de nationale regel anders wordt uitgelegd of dat een andere nationale regel wordt toegepast.¹²² Afgezien hiervan zou het Europese recht geen voet aan de grond krijgen zonder een goed functionerend rechtssysteem van nationale origine. De regels van Europees recht en hun doelen zijn niet te verwezenlijken zonder de inzet van de rechtsstelsels van de lidstaten. Als een rechterlijk oordeel niet verankerd is in het recht van

119. De toewijzing van deze bevoegdheid wordt afgeleid uit het feit dat de bevoegdheid niet is toegekend aan het Hof van Justitie. Zij wordt herleid tot het beginsel van loyale samenwerking van art. 4, lid 3 VEU (ex art. 10 EG), ook wel bekend als de 'gemeenschapstrouw'.

120. Op grond van art. 19, lid 1 VEU strekt het bereik van de prejudiciële procedure zich naast het in art. 267 VWEU bedoelde geschreven Unierecht uit tot geschreven en ongeschreven regels en beginselen uit andere rechtsgebieden die buiten het geschreven Unierecht vallen. Zie hierover R. Barents, *EU-procesrecht*, 4e druk, Deventer 2010, Hoofdstuk 10, nr. 630.

121. HvJ 16 december 2008, C-210/06 (*Cartesio*), Jurispr. p. I-9641, NJ 2009, 202 m.nt. P. Vlas, punt 95.

122. Zie voor literatuur over de mogelijke rechtsgevolgen in geval van strijdigheid van Europees recht en recht van nationale origine noot 97.

nationale origine, is dat ongunstig voor de volle werking en het nuttige effect van het Europese recht. Bezien vanuit het recht van nationale origine roept dat vragen op die raken aan de legitimiteit van het rechterlijke oordeel. De legaliteit op Europeesrechtelijk niveau wordt niet gevolgd door een legitimiteit op nationaal niveau. Het oordeel kan worden ervaren als verrassend, vreemd, onaangenaam en onwenselijk. Kort gezegd, zo'n oordeel is (nog) niet 'ingeburgerd'.¹²³

Uit het voorgaande valt af te leiden dat het van groot belang is te komen tot een gecoördineerde benadering van het meergelaagde recht. De nationale rechter speelt hierbij een centrale rol.¹²⁴ Bezien vanuit het Europese recht is hij degene die de bescherming die het Europese recht aan particulieren wil bieden, onder de rechtsgenoten moet brengen. Eveneens gezien vanuit het Europese recht dient hij het daartoe in te zetten recht van nationale origine aan te wenden en uit te leggen op een wijze die spoort met de Europeesrechtelijke regels. Bezien vanuit het nationaalrechtelijke systeem dient hij de coherentie daarvan te bewaken en ervoor te zorgen dat de resultaten in de maatschappij geaccepteerd worden en niet tot onrust leiden. Beschouwd vanuit de realiteit van het meergelaagde recht moet hij het ene doen en het andere niet laten: de volle verwezenlijking van het Europese recht zal slechts slagen als het nationale recht niet aan incoherenties ten onder gaat.

Als door een nationale rechter een prejudiciële vraag wordt gesteld, hebben de regeringen van de lidstaten de gelegenheid te interveniëren. Anders dan de nationale rechter, hebben zij die gelegenheid ook als een rechter van een andere lidstaat een prejudiciële vraag stelt aan het Hof van Justitie. Om de legitimiteit van de invloed die het Unierecht heeft op het privaatrecht te bewaken, zal de regering actief op de hoogte moeten blijven van de door andere lidstaten gestelde prejudiciële vragen en gebruik moeten maken van de gelegenheid om het nationale recht toe te lichten en uit te leggen.¹²⁵

Zowel voor interventies door de regering als voor de toelichting door de nationale rechter is het belangrijk zich in te leven in het feit dat de rechters in het Hof van Justitie afkomstig zijn uit verschillende rechtsstelsels en dikwijls geen specialistische civielrechtelijke kennis hebben. Het is dan ook nuttig om bij het uitleggen van het nationale recht, het uiteenzetten van

123. De term 'inburgeren' van Europees recht is afkomstig van R. Lauwaars. Tijdens het plenaire gedeelte van het congres ter gelegenheid van het 50 jarige bestaan van de Nederlandse Vereniging voor Europees Recht, gehouden op 24 september 2010 in Amsterdam, merkte hij op dat het "Europees recht moet inburgeren". De bijdragen aan deze dag zijn bijeengebracht in SEW 2010, nr. 12.

124. Vgl. ook A.W.H. Meij, Europese rechtspraak in de Nederlandse rechtspleging: impressies uit Den Haag en Luxemburg, Handelingen NJV 1999-I, Deventer 1999, p. 147.

125. Zie voor de adviezen namens de regering ten aanzien van belangrijke arresten van het Hof van Justitie <<http://www.minbuza.nl/ecer/ICER/Adviezen:129000>> en voor aanwijzingen voor het maken van interventies <http://www.minbuza.nl/ecer/Hof_van_Justitie/Nederlandse_interventies>.

ationale vanzelfsprekendheden en het beschrijven van de ruimere gevolgen van de inwerking van het Europees recht op het privaatrecht, een daarop gerichte vertaalslag te maken.

5.3 *Bewaking van legitimiteit door nationale rechter*

De tegenstrijdigheden tussen Europees recht en recht van nationale origine zijn (mede) een zorg van de nationale rechter – ook al is zijn positie beschouwd vanuit het Unierechtelijke perspectief een autonome. Daarmee roep ik weer in gedachten de beperkte reuring die het privaatrecht van nationale origine kenmerkt. Waar Lindenbaum/Cohen vreugdevol werd ingehaald, is te verwachten dat de reacties op rechtsoordelen die door het Europese recht zijn ingegeven en die niet sporen met het privaatrecht van nationale origine, negatief van aard zullen zijn. Illustratief daarvoor is de onvrede op een parallel rechtsterrein: de inwerking van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en de op grond daarvan door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) gewezen rechtspraak. Betoogd is dat het EHRM ten onrechte wetgevend optreedt, bijvoorbeeld door in detail vast te stellen wat de Europese openbare orde inhoudt en dat het teveel in details treedt ten aanzien van het recht van de verdragsluitende staat. Daardoor meet het zich bevoegdheden aan die het nooit kreeg toebedeeld. Bevoegdheden bovendien die thuishoren bij de democratisch gekozen instanties (zoals de wetgever) of de rechter van de verdragsluitende staat. Zij zijn immers degenen die in de desbetreffende maatschappij zijn geïntegreerd en als zodanig worden gerespecteerd.¹²⁶ In reactie hierop hebben verschillende wetenschappers benadrukt dat een niet snel te overschatten verworvenheid van de rechtspraak van het EHRM is dat de burger wordt beschermd tegen de overheid.¹²⁷ Dat neemt niet weg

126. Lord Hoffmann, The Universality of Human Rights. Judicial Studie Board Annual Lecture, 19 March 2009 <http://www.judiciary.gov.uk/Resources/JCO/Documents/Speeches/Hoffmann_2009_ISB_Annual_Lecture_Universality_of_Human_Rights.pdf> Zie voorts T. Baudet, Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens vormt een ernstige inbreuk op de democratie, *Opinie*, NRC Handelsblad 13 november 2010 die betoogt dat het EHRM de afgelopen decennia “niet mis te verstane politieke uitspraken (heeft) gedaan waaruit moet worden geconcludeerd dat hier sprake is van een machtovername door het Hof.”

127. J. Peters en L.A. Kapper, Eurohof beschermt tegen overheid, NRC Handelsblad 15 november 2010, p. 9; H. Gerbrandij e.a., Het belang van de rechtsstaat zou evident moeten zijn, *Opinie & Debat*, NRC Handelsblad 20 november 2010. Interessant is dat M. Loth, Courts in quest for legitimacy. A comparative approach, in: N. Huls e.a. (eds.), *The legitimacy of highest courts' rulings, judicial deliberations and beyond*, The Hague 2009, p. 267-289 de impact van de rechtspraak van het EHRM als positief karakteriseert en signaleert dat voor deze uitspraken publieke aandacht en steun is. Het vrijwel ontbreken van publieke aandacht voor de rechtspraak van het Hof van Justitie schrijft hij toe aan het feit dat de beoordeelde gevallen minder tot de verbeelding spreken en technocratischer zijn. Hierdoor is het activisme van het EHRM naar zijn oordeel “more successful than that of the ECJ”.

dat het EHRM "zich soms onvoldoende bewust is van de maatschappelijke context van zijn oordelen. Op den duur kan dat zijn legitimiteit schaden." Om het EHRM te voeden met die maatschappelijke context werden de regeringen van de verdragsluitende staten opgeroepen om het mensenrechtenhof meer 'weerwerk' en 'tegenspel' te bieden. Daartoe kan in het Comité van Ministers van de Raad van Europa meer kritische massa worden gecreëerd, bijvoorbeeld door afspraken over de procedure te maken waarin ook de belangen van de verdragsluitende staten worden betrokken.¹²⁸

De ingrepen van het EHRM in het privaatrecht van de lidstaten brengen, via het pad van de op de verdragsluitende staat rustende verdragsverplichting, een breuk teweeg in het denken aan de hand van het privaatrecht van nationale origine. Een bepaling in een in 1939 geldig tot stand gekomen testament die inhoudt dat de zoon en erfgenaam de geërfde goederen bij zijn overlijden moet doorgeven aan een zoon of kleinzoon uit een wettig en kerkelijk huwelijk, mag door de rechter niet in strijd met het EVRM worden uitgelegd. In concreto betekent dit dat het in het testament gemaakte verschil tussen wettige kleinkinderen (door huwelijk of door adoptie) anno 2004 niet verwezenlijkt mag worden. Ook de in een huurovereenkomst opgenomen clause dat het gehuurde niet mag worden voorzien van een (vanuit de keuken naar buiten uit- en inklapbare) schotelantenne, moet via de constructie van de negatieve verdragsverplichting en tegen de achtergrond van de nationale regelgeving betreffende het goede huurderschap door de nationale rechter worden uitgelegd op een wijze die niet in strijd komt met het EVRM. Het resultaat van die uitleg moet zijn dat het recht om informatie te ontvangen uit het land van herkomst (o.g.v. art. 10 EVRM) die zonder een schotelantenne niet kan worden ontvangen, niet opweegt tegen fysieke en esthetische belangen van de verhuurder.¹²⁹

In beide gevallen moet de burgerlijke rechter iets nieuws doen: oordelen aan de hand van regels en doelstellingen die (nog) niet herleid kunnen worden tot het verfijnde systeem van burgerlijk recht. Hij moet refereren aan uitgangspunten die onbekend zijn en komen tot oplossingen die een breuk veroorzaken. De eerder genoemde stakingsjurisprudentie die in 1986 een abrupte wending onderging door de oriëntatie op het Europees Sociaal Handvest is daarvan een voorbeeld. Dat dit in het licht van het recht der werkelijkheid, daaronder begrepen de grondrechten, niet verbazingwekkend is, neem niet weg dat de accommodatie van dergelijke nieuwe gegevens een daarop gerichte houding van recht, rechter, regering, wetgever en rechtsgenoten vergt.

128. T. Zwart, Bied dat mensenrechtenhof weerwerk, NRC Handelsblad 17 januari 2011, p. 9.

129. EIJRM 16 december 2008, 23883/06 (Khurshid Mustafa en Tarzibachi/Zweden). FHRC 2009/17 m.nt. J. Gerards.

In de confrontatie van het recht van nationale origine met Unierechtelijke doelstellingen hebben de nationale (burgerlijke) rechter en met hem de regering die in een prejudiciële procedure kan interveniëren, een tweeslachtige positie. De rechter wordt gesteld voor vragen als: voldoe ik aan de plichten die volgen uit het supranationale of internationale (verdrags)-recht? Als ik dat doe, doe ik dat zonder meer, of pas nadat ik precies heb achterhaald wat die plicht inhoudt tegen de achtergrond van het nationaal-rechtelijke systeem? Hoe breng ik in dat laatste geval het nationale recht onder de aandacht? In hoeverre bied ik tegendruk aan de regels van internationaal en supranationaal recht om aldus de vereiste coherentie van mijn eigen systeem te bewaken? Als ik vervolgens oordeel, is dat dan aan de hand van het supra- of internationaalrechtelijke systeem en zijn methode of aan de hand van de nationaalrechtelijke methode? Volg ik in beginsel het nationale recht en houd ik alleen als dat mogelijk is rekening met supranationale en internationale regels? Hoe leg ik een oordeel dat naar nationaal recht nieuw is en een breuk oplevert met het bekende systeem uit aan de rechtsgenoten? Kan ik wel tot zo'n oordeel komen als het recht van nationale origine in een andere richting wijst?

Nu het Nederlandse lidmaatschap van de Europese Unie (reeds meer dan 50 jaar) een feit is, dient de vraag of de nationale rechter zich in gevallen die mede worden beheerst door het Europese recht primair naar het recht van nationale origine moet/kan richten, ontkennend te worden beantwoord. Steeds als op een geschil Europees recht van toepassing is, zal dat in aanmerking genomen moeten worden. Dit is een logisch gevolg van de toetreding tot de E(E)G resp. het lidmaatschap van de EU. Door het Hof van Justitie is dat logische gevolg proactief gezekerd door de volle werking van het Europese recht te bevorderen met de voorrang en de directe werking. Deze bevinding articuleert het belang van de overige gestelde vragen. Hoe kunnen het nationale recht en de nationale rechter aan de aan hen gestelde eisen en verwachtingen (blijven) voldoen?

Bezien in het licht van de legaliteit en legitimiteit van het oordeel van de nationale rechter, vraagt het spanningsveld waarin de (burgerlijke) rechter zich bevindt een bijzondere houding. Om zowel in de supra- en internationale regels als in het systeem van nationale origine te kunnen ankeren, moeten die legaliteit en legitimiteit immers een meervoudige gerichtheid hebben.¹³⁰ Welke middelen kunnen de nationale rechter en de nationale regering die intervenueert in prejudiciële procedures ten behoeve daarvan inzetten?

130. Vgl. T. von Danwitz, *Die Aufgaben des Gerichtshofes bei der Entfaltung des europäischen Zivil- und Zivilverfahrensrechts*, ZEuP 2010, p. 463-476.

Gezien de intermediaire positie van de nationale rechter bij het uitvoeren van zijn taak van autonome Europese rechter met inzet van het recht van nationale origine, is het aangewezen te zoeken naar middelen die de communicatie tussen de verschillende lagen van rechtsbronnen bevorderen. Mijn aanname is dat de kwaliteit van communicatie toeneemt als op basis van evenredige gelijkwaardigheid van gedachten gewisseld wordt en kan worden. Zij impliceert dat de nationale rechter meer 'tegenspel' biedt door in debat te gaan met de gegevens die het Europese recht aanlevert. Dit debat is erop gericht om waar mogelijk incoherenties te voorkomen en de wederzijdse juridische inbedding van Europees recht en (privaat)recht van nationale origine te bevorderen. Behulpzaam daarbij is het stellen van prejudiciële vragen, niet alleen om de regels van Europees recht uitgelegd te krijgen, maar ook om een uitleg te verkrijgen die zoveel mogelijk is afgestemd op het recht van nationale origine en om te bevorderen dat de reactie van de Europese rechter als die mogelijkheid naar Europees recht bestaat valt in te passen in het nationale (privaat)recht. Om dat te bereiken zal de nationale rechter meer moeten ondernemen dan te signaleren dat zich een relevante rechtsvraag voordoet die aan het Europese recht raakt. Hij moet de Europese rechter voorlichten over achtergronden, uitgangspunten en beginselen van (nationaal) privaatrecht en uitleggen welke gevolgen het Europese recht daarvoor mogelijk kan hebben. Juist omdat het privaatrecht een lange ontwikkeling kent die in veel van de lidstaten langs vergelijkbare lijnen is verlopen, is in dit verband het verrichten van rechtsvergelijking nuttig.¹³¹ Waar een incoherentie dreigt voor het privaatrecht van verscheidene lidstaten is er voor het Hof van Justitie meer reden behoedzaamheid te betrachten. Ter ondersteuning van de rechter en ten aanzien van door rechters van andere lidstaten voorgelegde prejudiciële vragen kan de nationale regering interveniëren. Zo'n interventie moet dezelfde intentie hebben als bepleit voor de prejudiciële vraag.

Het voorgaande sluit aan bij hetgeen Meij in 1999 heeft verdedigd. Hij pleitte voor de inrichting van de prejudiciële procedure als een 'postjudiciële' procedure, aldus verstaan dat de nationale rechter alvorens de rechtsvraag aan het Hof van Justitie ter beoordeling voor te leggen, zelf een afgeronde uitspraak voorbereidt of zijn rechtsvindingsexercitie volledig afmaakt, zonodig in de vorm van meer alternatieve oplossingshypotheses. Dit maakt de behandeling van de rechtsvraag door het Hof van Justitie doeltreffend(er) en verzekert dat het Hof van Justitie "de consequenties van zijn uitspraken in de verschillende nationale rechtssystemen goed kan overzien om zo goed mogelijk rekening te kunnen houden met de ontvangst en

131. Vgl. J.M. Smits, *Omstreden rechtswetenschap*, Den Haag 2009, p. 116, 129.

toepassing daarvan in elk van de lidstaten".¹³² Tegen het bezwaar dat het voor een rechter onaantrekkelijk is om een oordeel voor te bereiden en dat kenbaar te maken, terwijl de kans bestaat dat het oordeel op grond van het antwoord van het Hof van Justitie moet worden herzien of bijgesteld, kan worden ingebracht dat de hier voorgestelde werkwijze bij Duitse sociale zekerheidsrechters gebruikelijke praktijk is geworden. Ook de gedachte dat het Hof van Justitie zijn eigen gang zal gaan en zich weinig zal aantrekken van de voorgelegde argumenten gaat te zeer ervan uit dat het Europese recht en het Hof van Justitie het kunnen stellen zonder begrijpelijk recht van nationale origine. Het is niet voor niets dat in de informatienota van het Hof van Justitie over de prejudiciële spoedprocedure (104ter Reglement) de nationale rechter wordt uitgenodigd zelf een antwoord op de door hem gestelde vraag te formuleren. Daarbij sluit aan de overweging van het Hof van Justitie dat "de geest van samenwerking die het verloop van de prejudiciële procedure moet beheersen, impliceert dat de verwijzende rechter oog heeft voor de aan het Hof opgedragen taak om bij te dragen aan een goede rechtsbedeling in de lidstaten".¹³³

Komt de nationale rechter tot een (mede) op het Europese recht gestoeld oordeel dat tegen de achtergrond van het geldende privaatrecht van nationale origine een breuk vormt, dan zal hij de maatschappelijke acceptatie daarvan kunnen bevorderen door zijn oordeel te voorzien van een gedetailleerde uitleg en voorlichting over doelstellingen, achtergronden, uitgangspunten en beginselen van Europees recht. Met zo'n gedegen motivering wordt recht gedaan aan de rechtszekerheid en de kenbaarheid en daarmee aan de legitimiteit van het oordeel.

Het voorgaande vraagt een opstelling van de rechter die in het huidige Nederlandse burgerlijkrechtelijke debat niet dikwijls voorkomt en in nog geringere mate in het burgerrechtelijke oordeel. Waar de verfijndheid van het klassieke burgerlijke recht de burgerlijke rechter in staat stelt om zijn oordeel in te bedden in het systeem en zijn keuze te verantwoorden zonder dat het nodig is alternatieven te weerleggen¹³⁴, wordt hij nu uitgedaagd

132. A.W.H. Meij, *Europese rechtspraak in de Nederlandse rechtspleging: impressies uit Den Haag en Luxemburg*, *Handelingen NJV* 1999-I, Deventer 1999, p. 160, 162, 173, 204. Aan deze verzwaarde inrichting van de prejudiciële procedure verbindt Meij dat aan de ontvankelijkheid van prejudiciële vragen door het Hof van Justitie hogere eisen gesteld moesten worden. De nationale rechter moet een op rechtseenheid gerichte selectie toepassen bij het stellen van vragen. Hij moet afzien van het stellen van vragen die gericht zijn op het inwinnen van informatie bij het Hof van Justitie waarvoor geldt dat de rechter die ook zelf uit de reeds bestaande rechtspraak zou kunnen putten. Een verwijzing is opportuun als het een vraag van algemeen belang betreft, waarover in praktijk en doctrine in de lidstaten verschillende opvattingen bestaan. Zie p. 159, 172-173, 204-205.

133. HvJ 16 juli 1992, C-83/91 (Meilicke), *Jurispr.* p. I-4871, punt 25.

134. Vgl. D. Asser, *Cassatie in civiele zaken (Nederlands recht)*, in: *De werkwijze van de hoogste rechtscolleges, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland* 2007, Den Haag 2007, p. 225.

onder de aandacht te brengen (van zowel de Europese rechter als de rechtsgenoten) waar een incoherentie optreedt ten opzichte van het vertrouwde beeld als gevolg van de inwerking van verschillende lagen van (geldend) recht. In dergelijke gevallen is sprake van een “dilemma met zich opdringende alternatieven waardoor in het licht daarvan de keuze nadere motivering verdient”.¹³⁵ De rechter zal sterker de noodzaak voelen het recht als een discursieve grootheid te benaderen en zijn oordeel anders te presenteren en te motiveren.¹³⁶

6 Overbrugging probleem: rol en bijdrage nationale rechter

De positie van de nationale rechter als eerstelijns Europese rechter die een autonome positie inneemt, brengt niet mee dat deze rechter niets anders te doen staat dan toezien hoe het Europese recht het recht van nationale origine te lijf gaat. Vanuit het bewustzijn dat het Europese recht deel uitmaakt van het geldende nationale recht kan hij de tegendruk die het nationale recht op het Europese recht uitoefent en moet uitoefenen, onder woorden brengen. Het uiteindelijke resultaat moet hij aan de rechtsgenoten uitlegen.

6.1 Tweeledige rol nationale rechtspraak bij bewaking legitimiteit

De rol van de nationale rechter bij de bewaking van de legitimiteit van recht dat mede berust op Europees recht is derhalve tweeledig. Hij ziet, waar mogelijk gesteund door interventies van de nationale regering, toe op de bevordering van de legitimiteit van het proces op grond waarvan het uiteindelijke oordeel tot stand komt. Dit doet hij door het ‘voeren van een gesprek’ tussen het recht van nationale origine en het Europese recht (in de vorm van het stellen van prejudiciële vragen). Daarnaast bewaakt hij de legitimiteit van het uiteindelijke oordeel door in zijn beslissing de implicaties van een meergelaagd systeem aan de rechtsgenoten toe te lichten (in de vorm van een motivering).

De tweeledige positie van de nationale rechter in de verbinding van het Europese recht en het nationale (privaat)recht zou naar mijn mening in de prejudiciële procedure vorm kunnen krijgen. De door het recht van natio-

135. D. Asser, Cassatie in civiele zaken (Nederlands recht), in: De werkwijze van de hoogste rechtscolleges, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 2007, Den Haag 2007, p. 225.

136. Voor een algemeen pleidooi voor discursiviteit in de motivering zie de bijdragen in Franken & Giesen (red.), De Hoge Raad binnenstebuiten, Den Haag 2003, E. Paunio, Certainty and the Discourse Theory of Law in the EU Legal Order, German Law Journal 2009, p. 1469 e.v.

nale origine te bieden tegendruk kan zoals in 5.3 reeds betoogd gestalte krijgen door aan een prejudiciële vraag niet alleen de op het geval van toepassing zijnde regels vooraf te laten gaan. Daaraan gekoppeld kan de nationale rechter, meer dan thans gebeurt, de Europese rechter voorlichten over de implicaties voor het systeem van nationale origine van een mogelijk antwoord, of van mogelijke alternatieven. Zo krijgt de door het Hof van Justitie als ‘een dialoog van rechter tot rechter’ omschreven prejudiciële procedure een wezenlijke inhoudelijke component afkomstig uit het recht van nationale origine. Een verwijzing naar de in het kader van de nationale rechtsgang genomen conclusie van de A-G volstaat in dat verband overigens niet, omdat het Hof van Justitie niet als zodanig kennisneemt van de conclusie.

Bij het stellen van de vraag naar de toelaatbaarheid van een in het nationale recht voorzien (of daarin geïmpliceerd) doorberekeningsverweer (‘passing on defence’), kan bijvoorbeeld aan de orde gesteld worden op welke (privaatrechtelijke) achtergronden het verweer teruggaat. Ook kan de toelichting op het systeem van nationale origine leiden tot een duidelijk beantwoording van een vooralsnog niet uitgekristalliseerd probleem. In het geval van de aansprakelijkheid voor rechtspraak in hoogste instantie kan de rechter uitleggen dat bij het terzijde moeten stellen van de nationale jurisprudentiële aansprakelijkheidsmaatstaf bij een schending van Europees recht, de norm van art. 6:162 BW voor overige gevallen van overheidsaansprakelijkheid (onrechtmatig bestuur en onrechtmatige wetgeving) géén equivalent van de gekwalificeerde schending vereist om aansprakelijkheid aan te kunnen nemen. Tegen die achtergrond kan hij het Hof van Justitie vragen zich uit te laten over de verstrekkendheid van de conceptuele gelijkstelling van resp. het aanbrengen van subtiele nuances met betrekking tot aansprakelijkheid voor verschillende typen van overheids-optreden.¹³⁷ Hierna geef ik aan de hand van het doorberekeningsverweer in meer detail aan hoe de door mij bepleite aankleding gestalte kan krijgen.

6.2 *Doorberekeningsverweer: tegendruk door nationale rechter*

De nationale rechter kan met het reeds bekende middel van het stellen van een prejudiciële vraag vorm geven aan de vanuit het recht van nationale origine te bieden tegendruk. Zo is onderwerp van debat of de ‘passing on defence’ (het doorberekeningsverweer) bij schendingen van het mededingingsrecht gevoerd kan worden. Stel dat een bierbrouwer door een afnemer wordt aangesproken op de schending van art. 101 VWEU omdat hij op grond van prijsafspraken de verkoopprijs van het bier kunstmatig hoog

137. Zie hierover nader C.H. Sieburgh, *Ich weiß nicht was soll es bedeuten*. Europees recht en nationaal privaatrecht: voorrang en samenloop, in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex Libris Hans Nieuwenhuis*. Deventer 2009, p. 239 e.v.

heeft gehouden. De afnemer heeft hierdoor teveel betaald voor het bier. De brouwer verweert zich vervolgens met de stelling dat de afnemer geen schade heeft geleden omdat hij het teveel betaalde heeft doorberekend aan de klanten. De producent refereert daarmee aan een aantal, voor dit geval enigszins complementaire uitgangspunten van privaatrecht: civielrechtelijke aansprakelijkheid bestaat voor de schade die is veroorzaakt door norm-schendend handelen, een schadevergoedingsverplichting geldt niet jegens iemand die geen schade heeft geleden en ongegronde verrijking moet worden vermeden of ongedaan gemaakt. De gerichtheid van het Europese recht spoort niet (meteen) met deze privaatrechtelijke uitgangspunten. Immers, degene die het mededingingsrecht schendt, kan zich aldus erop beroepen dat de wederpartij geen schade heeft geleden omdat zij de nadelige gevolgen van de schending aan derden heeft kunnen doorberekenen. Daarmee wordt aan één van degenen die het mededingingsrecht kunnen handhaven, het instrumentarium uit handen geslagen. Bovendien ontloopt de pleger van de onrechtmatige daad zo (een deel van) zijn verplichting schade te vergoeden en ontvalt een prikkel om zich te onthouden van de schending van het mededingingsrecht. Een feit is immers dat degenen die de schade wel hebben geleden, namelijk de klanten van de afnemer van het bier die steeds iets teveel hebben betaald voor hun biertje, geen civielrechtelijke actie tot vergoeding van hun schade tegen de producent zullen instellen. Dat is rationeel te verklaren nu hun belang bij de vordering geringer is dan de (proces)kosten die gemocid zijn met het geldend maken van hun recht.

Tegen deze achtergrond kan betoogd worden dat het doorberekenings-verweer niet mag worden gevoerd. Die benadering zou echter privaatrechtelijk tot fricties leiden. Het privaatrecht is er immers niet om schade te vergoeden die niet is geleden. Het is er om een verstoring van het vermogensrechtelijke evenwicht te herstellen. Een keuze voor een oplossing waarbij een vergoeding wordt gegeven voor niet geleden schade veroorzaakt een ongegronde verrijking aan de zijde van de eiser/'benadeelde'. Omdat de derden op hun beurt, in ieder geval in theorie, de schade (ook) kunnen vorderen van de primaire dader, is mogelijk dat de laatste verschillende keren schade moet vergoeden. Nog afgezien van de willekeurige verrijking van de afnemer (hetgeen overigens ook in strijd zou zijn met het Unierechtelijke beginsel om ongerechtvaardigde verrijking te voorkomen¹³⁸) en het in de hand werken van op subjectieve drijfveren berustend handhavend optreden door particulieren onderling, biedt het privaatrecht voor de bestraffende aspecten van deze privaatrechtelijke handhaving geen

138. Zie recent de conclusie van A-G Cruz Villalón, 7 december 2010, C-398/09 (*Lady & Kid*), i.h.b. punt 44.

legitimatie.¹³⁹ Het verdient de aandacht van het Hof van Justitie dat het verbieden van het verweer ten behoeve van de maximalisatie van de effectiviteit van de Europese regel hand in hand kan gaan met de minimalisatie van de effectiviteit van het privaatrecht.

Om op een prejudiciële vraag van het Hof van Justitie een antwoord te krijgen waarmee meer gedaan kan worden dan een zuivere 'instrumentele opvolging' van wat 'nu eenmaal is beslist', is het van belang het Hof van Justitie met inhoud te voeden. Met Meij ben ik van mening dat een goede garantie voor het bieden van relevante inhoud aan het Hof van Justitie is, dat de rechter die de vraag stelt tegen de achtergrond van het meergelaagde recht zelf tot een oordeel of tot een aantal alternatieve oordelen komt die hij aan de hand van de achtergronden van het privaatrecht nauwkeurig toelicht en motiveert.¹⁴⁰

6.3 Doorberekeningsverweer: communicatie met burger

In het hypothetische geval¹⁴¹ dat de nationale rechter van de Europese rechter te horen krijgt dat het doorberekeningsverweer niet mag worden gehonoreerd, zal hij de wortel van deze systeembreuk (de uitleg die het Hof van Justitie aan het effectiviteitsbeginsel geeft) in zijn uitspraak moeten noemen om vervolgens uiteen te zetten welke consequenties dat heeft voor de mededingingsrechtelijke onderdelen van het privaatrecht (handhaving, vrijking, willekeurig toevallen van voordelen, meer moeten vergoeden dan

139. W.P.J. Wils, *The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages*, World Competition 2009, p. 3 e.v., J.S. Kortmann & Ch. R.A. Swaak, *The EC White Paper on Antitrust Damage Actions: why the Member States are (right to be) less than Enthusiastic*, E.C.L.R. 2009, p. 340 e.v., J.S. Kortmann & C.H. Sieburgh, *Handhaving door Nederlands privaatrecht*, preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag 2009, p. 282 e.v. Zie voor een nauwkeurige behandeling van het doorberekeningsverweer in het Europese recht en het Nederlandse vermogensrecht R.W.E. van Leuken, *Zo. Nu eerst een passing-on verweer? I en II*, WPNR 6734 en 6735, 2007 en E.-J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht*, Deventer 2009, p. 391 e.v. Zippro betoogt dat op grond van de abstracte schadeberekening geahstraheerd kan worden van doorberekening. Hij ziet daarmee over het hoofd dat in de Nederlandse rechtspraak abstracte schadeberekening ten aanzien van vermogensschade niet wordt gevold (een schadepost die o.g.v. art. 6:98 minder snel wordt toegerekend dan bijvoorbeeld letsel en zaakschade). Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 31 e.v. Vgl. ook B.T.M. van der Wiel, *Schadevergoeding bij schending van mededingingsrecht*, NJB 2009, p. 724 e.v., die ervoor pleit het passing-on-verweer niet toe te staan.

140. A.W.H. Meij, *Europese rechtspraak in de Nederlandse rechtspleging: impressies uit Den Haag en Luxemburg*, *Handelingen NJV* 1999-I, Deventer 1999, p. 160, 162, 173, 204.

141. Het HvJ heeft reeds geoordeeld dat het doorberekeningsverweer mag worden gehonoreerd. Zie HvJ 27 februari 1980, 68/79 (Just), *Jurispr.* 1980, p. 501, HvJ 9 november 1983, 199/82 (San Giorgio), *Jurispr.* 1983, 3595, HvJ 14 januari 1997, C-192-218/95 (Comateb), *Jurispr.* 1997, p. I-165.

de schade die veroorzaakt werd). Een volgende stap is na te gaan in hoeverre die benadering gevolgen heeft voor het commune onrechtmatig daadsrecht. Op deze manier kan de rechtsonzekerheid die de ontmoeting van het Europese recht en het nationale privaatrecht teweegbrengt, enigszins worden ondervangen en gelegitimeerd.

De onder 5.3, 6.1 en 6.2 bepleite wijze van het formuleren van de prejudiciële vraagstelling preludeert op dit aspect van de bewaking van de legitimiteit door de nationale rechter. Zij versterkt de dialoog tussen het recht van nationale origine en het Europese recht, leidt tot een concretere en meer op het recht van nationale origine teruggaande beantwoording door het Hof van Justitie¹⁴² en voorziet aldus in bouwstenen voor de communicatie die de nationale rechter met de burgers onderhoudt. Vooral in gevallen waarin het Europese recht andere resultaten vereist dan waarin het recht van nationale origine op zichzelf zou voorzien, is het verstrekken van bouwstenen waarop een dergelijk resultaat berust, een eerste aanzet tot de inbedding van het Europese recht in het recht van nationale origine. Daarbij komt dat deze wijze van vraagstelling uit zichzelf de tegendruk vanuit het recht van nationale origine versterkt, waardoor het Hof van Justitie de beoordelingsruimte die het heeft kan benutten en nauwkeuriger moet motiveren waarom het Europese recht een ander resultaat vereist. De noodzaak nauwkeuriger te motiveren en toe te lichten en met behulp van een (voorlopig) rechtsoordeel of een aantal alternatieve rechtsoordelen de gevolgen voor het rechtssysteem als geheel door te rekenen, kan ertoe leiden dat het Hof van Justitie terughoudender is met het neerleggen van eisen die in strijd komen met het recht van nationale origine, in het bijzonder als rechtsvergelijking uitwijst dat dit ook in andere lidstaten geldt. Dit is bevorderlijk voor een, waar mogelijk, over en weer afgestemde ontwikkeling van het door het Europese recht beïnvloede nationale (privaat)recht.

6.4 Andere voorbeelden

De hiervoor aan de hand van het doorberekeningsverweer uiteengezette benadering levert ook voor andere vraagstukken een wezenlijke bijdrage aan de inbedding van het Europese recht, de interactie van het Europese recht en het privaatrecht van nationale origine en, indien mogelijk het behoud van coherentie van het recht van nationale origine. Zo zou het van waarde zijn geweest als de nationale rechter die een prejudiciële vraag stelde zou hebben toegelicht welke de plaats en het belang zijn van de nemo

142. Zie aldus ook A.W.H. Meij, *Europees rechtspraak in de Nederlandse rechtspleging: impressies uit Den Haag en Luxemburg*, Handelingen NJV 1999-I, Deventer 1999, p. 204.

auditor-leer voor het Engelse recht¹⁴³ en welke strekking, welk gewicht en welke effecten de relativering van nietigheden heeft in het Nederlandse recht¹⁴⁴. Een verwijzing naar de conclusie van de A-G volstaat hierbij niet omdat het Hof van Justitie niet als zodanig kennisneemt van de conclusie. In de toekomst kan bij het formuleren van vragen over bijvoorbeeld de mate van gelijkschakeling van de verschillende typen van lidstaataansprakelijkheid (bedoelt het Hof van Justitie de aansprakelijkheid voor bestuurlijk handelen, wetgeving en rechtspraak inderdaad op dezelfde leest te schoeien, in hoeverre is (nog) ruimte voor nuances?) en de afstemming van de fundamentele verdragsvrijheden en de grondrechten (zijn de arresten Viking en Laval verklaarbaar door het stramen dat de Verdragsartikelen voorschrijven, maar impliceren zij geen verschil in gewicht tussen de fundamentele verdragsvrijheden en de grondrechten?, welke ruimte heeft een lidstaat om afstemming te bereiken van de eisen die het Unierecht resp. het Europese Verdrag van de Rechten van de Mens stellen?) meer aandacht besteed worden aan de achtergronden van het recht van nationale origine. Een dergelijke, meer op de algemene uitgangspunten van het privaatrecht en/of de uitgangspunten van het (privaat)recht van nationale origine afgestemde formulering van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie draagt bij aan een inhoudsrijke dialoog tussen de nationale rechter en het Hof van Justitie en loopt vooruit op het andere aspect van de legitimiteit van de oordelen die wortelen in een meergelaagd rechtssysteem: de op de eigen rechtsgenoten gerichte toelichting en motivering van het uiteindelijke oordeel.

7 **Rechtsontwikkeling, rechtsvorming, discursie**

Eerder in dit preadvies werd aandacht besteed aan de open normen in het privaatrecht van nationale origine en aan de ontmoeting van het recht van nationale origine met het EU-recht. De open normen van privaatrecht zijn een belangrijke bron voor het in het nationale privaatrecht gevoerde debat over de taak die de rechter heeft bij het ontwikkelen van het recht, de vor-

143. Vgl. HvJ 20 september 2001, C-453/99 (Courage/Crehan), Jurispr. 2001, p. I-6297, NJ 2002, 43, waar dit niet is gebeurd.

144. Vgl. IIR 28 mei 2010, NJ 2010, 299 (Residex/Rotterdam), waarin de prejudiciële vraag gericht is op het verkrijgen van een antwoord naar Europees recht en geen toelichting geeft op de inbedding van de antwoordmodaliteiten in het nationale burgerlijke recht. Zie voor een mooie uiteenzetting daaromtrent de conclusie van A-G Keus. Indien de Hoge Raad naar de conclusie van de A-G verwijst, kan de conclusie bijdragen aan de legitimiteit van een uiteindelijk oordeel jegens de burger. Een dergelijke verwijzing voorziet echter in de communicatie met het Hof van Justitie niet in de toelichting die het Hof van Justitie nodig heeft om acht te kunnen slaan op de achtergronden van het recht van nationale origine omdat het Hof als zodanig geen kennis neemt van de conclusie.

ming van het recht, het recht als discursieve grootheid: "het altijd voorlopige resultaat van een proces van meningsvorming en overtuiging, zowel in abstracto als bij de beslissing in concreto"¹⁴⁵, en het rechtssysteem dat Larenz aldus typeerde: "Als 'offenes' ist das System immer unvollendet und unvollendbar."¹⁴⁶ Voor de rechtspraak berustend op het recht van nationale origine heeft dit debat niet geleid tot een duidelijke wending in de wijze waarop de rechter zijn oordeel inkleedt. Daarvoor zijn verschillende redenen aangevoerd. Het is meestal niet nodig discursief te motiveren¹⁴⁷, het draagt niet bij aan de overtuigingskracht van de uiteindelijke beslissing om allerlei tegenargumenten breed uit te meten en te weerleggen¹⁴⁸, de (hoogste) rechter is geen (hoogste) wetenschapper¹⁴⁹ of beleidsmaker¹⁵⁰ en het uiteindelijke resultaat is in te passen in een vertrouwd, verfijnd en uitgekristalliseerd systeem. Het oordeel sluit aan bij de in de maatschappij levende opvattingen, het heeft voldoende wervende kracht en de legitimiteit ervan staat nauwelijks ter discussie.

Waar het echter gaat om de ontmoeting van het recht van nationale origine met het Europese recht is het voeren van het debat langs de lijnen van discursiviteit van wezenlijk belang. Van het relatief veilige terrein van het verder ontwikkelen van reeds bestaand recht zal dikwijls overgestapt moeten worden naar het terrein van de rechtsvorming. De uiteenlopende en soms tegengestelde gerichtheid van de beide rechtssystemen vraagt erom duidelijk onder woorden gebracht te worden. In plaats van het tegengaan en het ondervangen van tegenstrijdigheden zullen tegenstrijdigheden juist blootgelegd moeten worden. Het hierdoor ontstane beeld is de basis voor kennis en begrip, voor de in verschillende richtingen wijzende argumenten en daarmee voor een uiteindelijke beslissing (keuze). Het is de aanzet voor de verdere ontwikkeling en verfijning van het recht door wetenschap en praktijk en voor de bevordering van de legitimiteit van de invloed die het Europese recht uitoefent op het privaatrecht.

145. Asser/Vranken, *Algemeen Deel* ** (1995), nr. 105.

146. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3e Aufl., Berlin 1975, p. 474.

147. Asser/Vranken, *Algemeen Deel* ** (1995), nr. 248. D. Asser, *Cassatie in civiele zaken* (Nederlands recht), in: *De werkwijze van de hoogste rechtscolleges, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 2007*, Den Haag 2007, p. 225.

148. S.K. Martens, *Motivering van uitspraken van de cassatierechter*, in: *Gemotiveerd gehuldigd* (Van Boeschoten-bundel), Zwolle 1993, p. 133-153, J.H. Nieuwenhuis, *Een discursieve grootheid*, *NJB* 1995, p. 1391.

149. D. Asser, *Cassatie in civiele zaken* (Nederlands recht), in: *De werkwijze van de hoogste rechtscolleges, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 2007*, Den Haag 2007, p. 225.

150. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 75.

8 Recht, wetgever, rechter, advocaat en rechtswetenschap

8.1 *De burgerlijke rechter als spil in haar context*

Bij de door mij voorgestelde gang van zaken zal de rechter de discursiviteit van het (privaat)recht aan den lijve ondervinden én haar in de opmaat tot zijn oordeel (de formulering van de prejudiciële vragen en/of de opbouw en motivering van zijn beslissing) onder woorden brengen. De rechter is degene bij wie de confrontatie met het Europese recht voelbaar wordt. Ook als partijen hem niet of onvoldoende voeden met de Europees-rechtelijke implicaties van hun rechtsverhouding en bij (de hypothetische) afwezigheid van de rechtswetenschap, rust op hem in een aantal gevallen de plicht de verbinding te leggen tussen het Europese recht en het recht van nationale origine. Bij de wisselwerking tussen Europees recht en burgerlijk recht heeft de nationale rechter een spilfunctie omdat hij de contacten met beide gesprekspartners onderhoudt: met het Europese recht en met de burger. Het (vrouwelijke) woord spil kan worden verstaan als ‘gereedschap waarmee men lange vezels tot een draad ineenwerkt’ en als ‘as waar iets om draait’. Beide betekenissen veronderstellen de aanwezigheid van een basis, in dit geval het burgerlijke recht zelf.

Het burgerlijke recht moet de (vooralsnog veelal onduidelijke) eisen die het Europese recht stelt, duiden en implementeren. Minstens even belangrijk is dat het beargumenteerde weerstand biedt. De nationale rechter is een vertolker van dit proces. De vaart die hij daarbij kan maken is mede afhankelijk van de mate waarin hij gevoed wordt met kennis en opbouwende analyses afkomstig van de wetgever, de regering, de rechtswetenschap en de praktijk.¹⁵¹ Het op de rails krijgen en houden van het door het Europese recht beïnvloede burgerlijke recht is een gemeenschappelijke verantwoordelijkheid en vereist vergaande coöperatie. Coöperatie om de mogelijkheden en onmogelijkheden van de inwerking van het geldende Europese recht op het burgerlijke recht in kaart te brengen, door te rekenen en uit te leggen. Een gedetailleerd en afgestemd begrip van het Europese recht, van de eisen die het stelt aan het burgerlijke recht en van de randvoorwaarden voor een coherent burgerlijk recht leidt op termijn tot een verbeterde voorstelbaarheid van de inhoud van dit deel van het recht. De rechtsonzekerheid neemt daarmee af terwijl de legitimiteit sterker wordt.¹⁵²

151. Vgl. A. von Bogdandy, Grundprinzipien des Unionsrechts – eine verfassungstheoretische und – dogmatische Skizze, EuR 2009, p. 749 e.v. die de algemene beginselen van Unierecht aanmerkt als de structurele bouwstenen voor de legitimatie van het Unierecht.

152. Vgl. C. Busch, C. Kopp, M.R. Mc Guire, M. Zimmermann, Konvergenz und Diskrepanz nationaler und europäischer Methodik: Der Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf das äussere System des deutschen Privatrechts, GPR 2009, p. 150-159.

8.2 *Europees recht moet inburgeren*

Het Europese recht is een jong systeem, dat in volle ontwikkeling is. Het is een systeem met hooggespannen ambities: voorrang, directe werking, autonome rechtsorde en effectiviteit met als doel de bevordering van de integratie van de lidstaten.

Het privaatrecht is een oud systeem en heeft als doel de verhouding tussen particulieren onderling en tussen particulieren en hun rechten te reguleren. Het kent een hoge graad van verfijning en uitkristallisering, waarmee nieuwe vermogensrechtelijke vraagstukken (schijnbaar) moeiteloos worden ondergebracht in een bekend denkwerk. Voor liefhebbers heeft het een intrigerende schoonheid die niet graag wordt prijsgegeven.

Eén van de terreinen waarop deze relatieve gelijkmatigheid wordt verstoord is daar waar het Europese recht het burgerlijke recht van nationale origine beïnvloedt. Het burgerlijke recht kan niet anders dan zich verhouden tot het geldende Europese recht. Het moet oplossingen bieden om de incoherenties die een meergelaagd systeem in zich bergt te onderkennen en waar mogelijk te overbruggen. Voor de effectieve doorwerking van het Europese recht, voor het waar mogelijk behouden van een coherent rechtssysteem van nationale origine en voor een optimale afstemming binnen deze vorm van meergelaagd recht is noodzakelijk en urgent dat wetgever, rechtspraak, wetenschap en praktijk de problemen die de interactie vooralsnog meebrengt, analyseren en beredeneerd oplossen. Aan het door het Europese recht beïnvloede burgerlijke recht moet met vereende krachten worden gewerkt door wetenschappers met een Europeesrechtelijke en privaatrechtelijke achtergrond, Europese én nationale wetgevers en Europese en nationale rechters en door advocaten, met als uiteindelijk doel een inzichtelijke interactie van Europees recht en (burgerlijk) recht van nationale origine. Een situatie kortom waarin het Europese recht is ingeburgerd en waarin een blik in een fraai alternatief voor “den zuiveren en diepen, in soberheid schoonen, Spiegel”¹⁵³ van het burgerlijke recht leidt tot bewaking van de legitimiteit van een aan verscheidene lagen van het recht ontsproten oordeel.

153. Deze frase is van H. van Goudoever, De ontwikkeling van de verbintenis uit onrechtmatige daad van 1838 tot heden, in: Gedenkboek Burgerlijk Wetboek, Zwolle 1938, p. 505, die haar gebruikte om de Hoge Raad aan te sporen “den grotesken en bedrieglijken Spiegel der Onrechtmatigheid” achter te laten om hem te vervangen door “den zuiveren en diepen, in soberheid schoonen, Spiegel der Schulden”.