

1 Het onderwerp van het staats- en bestuursrecht

31-10-2004 7:54

De plaats van het staats- en bestuursrecht

Het staats en bestuursrecht omvat formele en materiële rechtsnormen inzake het handelen van de overheid en de rechtsbetrekkingen van burgers ten opzichte van de overheid.

De meeste publiekrechtelijke rechtshandelingen hebben de vorm van besluiten die eenzijdig bindend worden opgelegd.

Sommige publiekrechtelijke rechtshandelingen zijn tweezijdig, b.v.

- Gemeenschappelijke regeling tussen gemeenten
- Besluit tot ratificatie van, of toetreding tot, een verdrag

Bij privaatrechtelijk handelen neemt de overheid niet op dezelfde wijze aan het rechtsverkeer deel als een burger. De overheid moet bijvoorbeeld (art. 1 GW) gelijkheid van behandeling betrachten.

Het verschil tussen staatsrecht en bestuursrecht is conventioneel van aard:

- Het staatsrecht betreft vooral besluiten van de hoogste staatsorganen en de organisatorische structuur van deze organen.
- Het bestuursrecht betreft vooral besluiten van organen die zich op specifieke terreinen tot de burgers richten, alsmede de organisatorische structuur van specifieke organen.

Het basismateriaal van het staats- en bestuursrecht: overheidsbesluiten

Binding van overheidsbesluiten:

- Eenzijdig
- Meerzijdig
- Niet (b.v. een plan)

De meeste overheidsbesluiten zijn bindend.

De noodzaak van bindende overheidsbesluiten

Er is een behoefte aan bindende besluiten omdat in elke menselijke gemeenschap een aantal voorzieningen dient te worden getroffen die de gemeenschap als zodanig aangaan.

- Ook als dergelijke voorzieningen geheel of gedeeltelijk in particuliere handen zijn (b.v. telefonie) zal toch door bindende

besluiten de productie en consumptie moeten worden
"veiliggesteld".

Al dergelijke voorzieningen kosten geld. Een collectief budget is derhalve onvermijdelijk.

Het problematische karakter van bindende overheidsbesluiten

In een (onze) complexe samenleving is er ook behoefte aan dat bindende regels worden opgesteld ter regulering van de wisselwerking tussen burgers:

- Bescherming van de zwakkeren.
- Voorkomen van aantasten van het gemeenschapsbelang.

Het is dan veelal nodig om diep te ingrijpen in de rechtspositie van burgers. Naarmate besluiten meer omstrede (kunnen) zijn, zal het des te noodzakelijker zijn deze besluiten te laten nemen door een orgaan, dat qua samenstelling en gedragslijn waarborgt dat volgens een zorgvuldige procedure alle opvattingen worden gehoord en tegen elkaar afgewogen.

- Het staatsrecht houdt zich in belangrijke mate bezig met de organisatie van dergelijke besluitvorming.

De aanvaardbaarheid van bindende overheidsbesluiten: rechtsstaat en democratie

Één van de kernproblemen van het staats- en bestuursrecht: Er dienen eenzijdig bindende overheidsbesluiten van velerlei aard te worden genomen. "Aanvaardbaar zijn":

- is gebaseerd op een normatieve, binnen de gemeenschap geldende opvatting omtrent wat redelijkerwijze aanvaard dient te worden.
 - Sterk ervaren minderheidsopvattingen (b.v. van religieuze aard) dienen zoveel mogelijk te worden gerespecteerd.
 - De vrijheid van de burgers dient zoveel mogelijk te worden ontzien (grondrechten!)
- is normatief gekleurd; het is een opvatting omtrent een behoren, en die opvatting ligt niet bij alle rechtsgenoten gelijk.

Hoe hebben wij in de loop van de geschiedenis gestalte gegeven aan ons constitutionele bestel, zodat overheidsgezag aanvaardbaar blijkt te zijn?

- Rechtsstaat

- Democratie

De opkomst van de soevereine staat

Staat: Een organisatievorm waarin over de bevolking binnen een bepaald territorium macht (in de zin van soevereine, hoogste, macht) wordt uitgeoefend.

- "Uitvinding" van tamelijk recente datum

Theocratische theorie: De vorst is de soeverein omdat hij in naam van God regeert.

- Middeleeuwen
- Vorst staat boven de wet (immers: is de wet als vertegenwoordiger Gods)
- Alle rechten die bij lagere overheden en individuen berusten vinden hun oorsprong in de vorstelijke almacht
- Er is dus geen sprake van rechten, maar alleen van *gunsten*, die niet beschouwd kunnen worden als beperkingen van de machtsvolkomenheid van de vorst.
- Er is dus geen "recht op verzet"; vermindering van rechten komt neer op vermindering van de goedgunstige gaven van de vorst.

Afwijkende (vermoedelijk dominante) visie was dat de vorst slechts beperkte, door de fundamentele beginselen van het natuurrecht begrensde, bevoegdheden had, die hij ten behoeve van het welzijn van de gemeenschap diende aan te wenden.

- Legitieme vorst v.s. tiran
- Thomas van Aquino: "De wet die van het natuurrecht afwijkt is geen wet, maar een verdorvenheid van de wet" (*corruptio legis*).
- Omverwerping van een dergelijke vorst is geen opstand.

In het algemeen ontbrak het de vorst aan militaire macht en financiële middelen om de (overspannen) claims van de theocratische theorie af te dwingen → feodalisme

- Vorst geeft domeingoederen in gebruik van machtige leenmannen in ruil voor militaire diensten.
- Het leen ging al gauw over van vader op zoon: ontstaan van de adel.
- Sterke band tussen leenheer en vazal; wederzijdse rechten en plichten (contractuele relatie).

- Niet nakomen van verplichtingen aan de ene zijde heft de verplichtingen aan de andere zijde op (b.v. Magna Carta (1215), De Blijde Incomste (1356)).
- Deze charters hadden primair tot doel om het gewoonterecht (uitwerking van het natuurrecht) te codificeren.

De macht van de vorst wordt door dit gewoonterecht aanzienlijk beperkt.

Verder is de vorst (in theorie) leenheer van de Rooms-Duitse keizer; op het geestelijk terrein is hij onderworpen aan het gezag van de paus.

Vanaf de 13^e eeuw verzwakt de macht van paus en keizer

(Investituurstrijd); de vorsten stellen zich in toenemende mate

onafhankelijk op. Ze claimen op hun eigen grondgebied aan geen macht van buiten meer onderworpen te zijn.

De Hervorming (16^e eeuw) vernietigt de geloofseenheid. Het middeleeuwse universum van *respublica christiana* verandert nu geleidelijk in een pluriversum van soevereine staten.

De vorst kan zich steeds meer ontwikkelen tot de hoogste macht binnen het grondgebied (interne soevereiniteit).

De geloofsverdeeldheid leidt tot oorlogen en chaos. Veel politieke denkers uit die tijd zien versterking van de macht van de vorst als oplossing hiervoor.

- Ook het hoogste woord in religieuze zaken.
- Betekent dat vorst niet van andere machten afhankelijk dient te zijn.
- Dient ook te beschikken over vergaande bevoegdheid tot wetgeving
→ Recht wordt *positief*.

Het maatschappelijk verdrag

Streven naar concentratie en vergroting van de centrale macht komt in strijd met de privileges van de feodale adel en de andere standen (burgerij). In onze streken leidt dat tot de afscheiding van de Zeven Provinciën:

- Verzetsleer
- Plakkaat van Verlatinge (1581)
- Gaat uit van collectieve, historisch verworven, privileges. Draggers van die rechten zijn de standen!

- De standen zijn dus niet te begrijpen als democratische volksvertegenwoordigers, maar als representanten van de traditionele hiërarchische ordening!

Een meer principiële rechtvaardiging van verzet tegen de tirannieke vorst werd gevonden in de natuurrechtelijke contractsleer die zich niet baseert op de bestaande aan collectiviteiten toegekende privileges, maar uitgaat van bovenhistorische, aan het individu als zodanig toegekende, vrijheidsrechten.
 → De staat is een door individuen bij *maatschappelijk verdrag* opgerichte centrale macht waaraan zij een deel van hun vrijheid afstaan.

De klassiek-liberale rechtsstaat

De klassiek-liberale rechtsstaat:

- Legaliteitsbeginsel
 - De vrijheid van het individu is de hoofdregel, de beperking daarvan de uitzondering
 - Ingrijpen van de overheid in die individuele vrijheid dient op een wettelijke grondslag te berusten → legaliteitsbeginsel
 - (Biedt overigens op zich onvoldoende waarborgen tegen willekeur en absolutisme; ondersteuning door andere fundamentele rechtsstatelijke vereisten is nodig).
- Machtsverdeling
 - Belangrijk uitgangspunt van het klassiek-liberale rechtsstaatidee is dat het individu primair gericht is op zijn eigenbelang, en derhalve partijdig indien hij/zij betrokken is bij besluitvorming
 - De Staat staat boven de conflicten van de individuen; het is een objectieve instantie die de natuurwetten positieveert in wetgeving, en deze wetgeving onpartijdig toepast (Locke).
 - Montesquieu: *trias politica*
 - Verdere aanscherping: het bestuur is op twee manieren aan de wet gebonden:
 - Dient zich te houden aan de wet (begrenzing)
 - Ontleent haar bevoegdheden aan de wet (grondslag)

- De leer der machtscheiding is in haar zuivere vorm in Nederland niet ingevoerd. De grondgedachte is echter behouden gebleven.
- Grondrechten
 - In de klassiek-liberale rechtsopvatting is het individu de primaire drager van de vrijheid
 - De staat is een instrument ten behoeve van de handhaving en bescherming van de eigen en andermans vrijheid.
 - De overheid heeft niet te treden in de wijze waarop een individu van zijn vrijheid gebruik maakt.
 - De paternalistische staat, die meent te weten wat zijn onderdanen gelukkig maakt, is de grootste bedreiging van de vrijheid.
 - Het non-identificatie beginsel: de staat wordt gekenmerkt door een levensbeschouwelijk neutrale houding; de staat houdt zich verre van de pretentie te kunnen bepalen wat de waarheid, het echte geluk en de ware vrijheid is.
 - Vanaf het einde van de 18^e eeuw gaat men er toe over specifieke garanties in de Grondwet -- de grondrechten -- op te nemen ter bescherming van historisch bedreigde terreinen.
 - Het individu hoeft het gebruik dat hij van zijn vrijheidsrecht maakt niet te legitimeren.
 - Bataafse staatsregeling (1798): scheiding van kerk en staat en afschaffen van voorrechten van de heersende kerk, de adel en de gilden.
 - Sociale grondrechten: niet alleen gelijkheid voor de wet, maar ook gelijke kansen door de wet.
- Rechterlijke controle
 - Het belangrijkste mechanisme om toe te zien op inachtneming van het legaliteitsbeginsel en de grondrechten.
 - In toenemende mate is ook het handelen van de overheid in haar publiekrechtelijke gedaante aan rechterlijke controle onderworpen.
 - B.v. toetsing aan rechtsbeginselen

De democratische rechtsstaat

Ontstaan van de klassiek-liberale rechtsstaat is tevens uitdrukking van de opkomst van de burgerij als de drijvende kracht achter de staat.

Cruciale vooronderstelling in de klassiek-liberale rechtsstaatidee is dat de onbelemmerde concurrentie leidt tot een fair eindresultaat, indien maar voldaan is aan de eisen van gelijkheid voor de wet en privilegeverbod, van wetgeving louter in de vorm van algemeen geldende voorschriften, en van waarborgen van de natuurlijke vrijheidsrechten.

Het is voor ons evenwel evident dat een dergelijke formele gelijkheid en vrijheid, waarbij volstrekt geabstraheerd wordt van (niet aan het individu toerekenbare) ongelijkheden in persoonlijke kwaliteiten en economische macht, onvoldoende garantie biedt voor een faire competitie.

De sociale rechtsstaat

De klassieke rechtsstaat waarborgt alleen de individuele vrijheid, en dan slechts op eenzijdige wijze. Een dergelijke staat beschermt de competitie van gelijkwaardige vrije individuen. Door verschillen in uitgangspositie is deze competitie voor velen echter niet vrij en biedt ze geen gelijke kansen. Derhalve gaat de overheid met name na de totstandkoming van de parlementaire democratie in toenemende mate in de sociaal-economische sfeer ingrijpen met beschermende, stimulerende en herverdelende maatregelen → de sociale rechtsstaat → sociale grondrechten

Problemen van de democratische rechtsstaat

In hoeverre moet men rekening houden met minderheidsstandpunten?

- Het revolutionaire denken stond onder sterke invloed van Rousseau, die benadrukt had dat besluiten van de democratische wetgever – gegeven bepaalde procedurele randvoorwaarden – in absolute zin waar zouden zijn.
 - Één van de oorzaken van de trage ontwikkeling van de democratie in Nederland was dat men zich bedreigd voelde door de radicale democratie.

- De DRS gaat principieel uit van een niet-absoluut (dus slechts relatief) waarheidsbegrip. Rationele discussie is een middel om tot gedeelde waarheid en tot betere besluitvorming te komen.
- Omdat de juistheid van de besluiten aldus slechts betrekkelijk is, moet zoveel mogelijk rekening worden gehouden met minderheidsstandpunten.

De DRS is een ideaal en geen panklare oplossing voor de constitutionele problemen waar ook ter wereld.

- Afwijzing van de DRS in sommige Afrikaanse en Aziatische samenlevingen:
 - Waardenrelativisme wordt soms radicaal afgewezen
 - Onvoldoende tegenwicht aan consumptiedrang en individueel eigenbelang

Er bestaat soms een wat moeizame verhouding tussen DRS-eisen enerzijds en effectief overheidsoptreden anderzijds.

Spanningsveld tussen DRS en digitale informatiemaatschappij

- Deterritorialisering
- Turbulentie
- Leidt tot druk op het legaliteitsbeginsel
- Kracht van eenzijdige overheidsbesluiten neemt af
- Dematerialisering
- Bovens pleit voor de erkenning van informatierechten

Problemen van de sociale rechtsstaat

Vooronderstelling van de klassieke democratische rechtsstaat is dat de te regelen materie door de volksvertegenwoordiging te overzien en in hoofdzaak te sturen is door middel van algemeen geformuleerde wetgeving. Thans is dat niet meer zo!

De verzorgingsstaat gaat gepaard met een enorme groei van de overheidstaken die slechts vervuld kunnen worden indien het bestuur over ruime on- of slechts zwak genormeerde bevoegdheden beschikt.

- Kaderwetgeving
- Grote discretionaire beslissingsbevoegdheid

Voor zover de wetgever zelf nog inhoudelijke normen stelt, voldoen deze veelal niet aan het rechtsstatelijk ideaaltype.

Regelverdichting:

- Onoverzichtelijk
- Tegenstrijdigheid
- Voortdurende verfijningen

Naleving, toezicht en handhaving schieten dan ook vaak tekort

De pretentie dat de volksvertegenwoordiging de adequate verwoording van de volkswil vormt en deze kan verwerkelijken kan slechts ten dele worden waargemaakt:

- Smalle marges in beleidsruimte
- Volksvertegenwoordiging moet er samen met de regering voor zorgen dat er een effectief beleid kan worden gevoerd
- Dit klemt met name gezien de immense zorgverplichtingen die de overheid op zich genomen heeft. Overheidszorg kost geld; geld wordt ~~primair~~ in de marktsector verdiend.

De samenleving is slechts beperkt maakbaar; fundamenteel kan men van overheidswege de samenleving slechts op zeer lange termijn omvormen.

Het bestaan van de democratische en sociale rechtsstaat hangt af van de mate waarin burgers bereid zijn tot coöperatie.

- Dit veronderstelt een minimum aan sociale cohesie
- Dit minimum staat onder druk door autonome processen als individualisering en de ontwikkeling naar een pluriforme, multiculturele maatschappij.
- De rechtsstaat is uit zijn aard echter niet bij machte dat minimum aan cohesie af te dwingen.

Het legaliteitsbeginsel

In de rechtsstaat wordt de grondslag van statelijk gezag in het recht gelegd en wordt de uitoefening van dit gezag in als zijn verschijningsvormen onder de heerschappij van het recht geplaatst.

Een zekere mate van binding van macht aan recht trof men ook reeds in het absolutistische staatsbestel aan

Eind 18^e eeuw

- Macht wordt *bevoegdheid*
 - Macht wordt nog slechts als legitiem ervaren wanneer ze op recht berust
- Recht wordt positief
 - Ontstaat door rechtsscheppende handeling
 - Het traditionele, overgeleverde, recht geldt nog slechts voor zoverre het door de wetgever gestelde positieve recht dit toelaat of er naar verwijst.

In het kader van de opkomende democratisering wordt onder wetgever begrepen een representatief orgaan. Ook wordt bij de wetgever wel gedacht aan de samenwerking tussen zo'n vertegenwoordigend orgaan en de regering (Nederland: art. 81 Gw).

Wetgeving:

- Bevrijding uit de banden van de traditionele rechtsaanspraken.
- Maakte een eind aan het als willekeurig ervaren gezag van absolute vorsten
- Onderworpenheid aan de rechtsregels die men zelf in het leven heeft geroepen.

Binding van het overheidsgezag aan het recht biedt onvoldoende waarborgen wanneer de wetgever zelf naar willekeur rechtsregels in het leven kan roepen.

In de klassiek-liberale opvatting wordt een wet geacht aan bepaalde kwaliteitseisen te voldoen:

- Algemene regels
- Deugdelijke bekendmaking

Constitutie:

- Bindt de wetgever aan het recht
- Legt de onderlinge verhoudingen tussen de staatsorganen normatief vast
- Geeft de grenzen van bevoegdheden aan en legt de controlemechanismen vast
- Waarborgen van fundamentele rechten (grondrechten)
- Waarborgen voor een onafhankelijke rechterlijke macht

Wanneer men thans spreekt van soevereiniteit moet men spreken over soevereiniteit van de grondwetgever.

- Grondwetgevende vergadering
- Formele wetgever bij gekwalificeerde besluitvorming

Onderscheid maken tussen constitutie en grondwet (b.v. Engeland; wel een constitutie, geen grondwet)

In Nederland is het constitutionele recht in hoofdzaak vervat in:

- De Grondwet
- Het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden
- Wetten zoals de Kieswet
- Ongeschreven recht

Typisch voor het bestuursrecht is dat elk beleidsterrein zijn "eigen", bijzondere, wet heeft.

Door de invoering van de Awb is ten aanzien van onderwerpen als de procedure voor het nemen van besluiten e.d., eenheid gebracht in al die wetten.

Verscheidene belangrijke terreinen van overheidshandelen zijn van de Awb uitgesloten, b.v.:

- Het handelen van de formele wetgever
- Het handelen van de overheid o/h gebied van strafrecht en strafprocesrecht
- Privaatrechtelijk en feitelijk optreden van de overheid wordt slechts ten dele door de Awb bestreken.

Machtsverdeling

Machtsverdeling gaat uit van de gedachte dat overheidshandelingen functioneel van elkaar kunnen worden gescheiden:

- Regelgeving
- Bestuur
- Rechtsspraak

Grondrechten

De eerste grondrechten waren reacties op onderdrukkend overheidsbewind dat rechten en vrijheden aantastte.

Veeleer zijn het algemene normen die het principieel beperkte karakter van overheidsbevoegdheden doen uitkomen.

Bij de grondwetsherziening van 1983 is de band tussen grondrechten en het legaliteitsbeginsel versterkt:

- De bevoegdheid van de overheid tot het stellen van grondrechtenbeperkingen is nauwkeurig omlijnd

Rechterlijke controle

Een nader rechtsstatelijk vereiste is het bestaan van een onafhankelijke rechter (art. 117 Gw).

- Controleren of overheidsoptreden overeenstemt met rechtmatigheidsnormen.

Rechtmatigheid:

- Enge zin: wetmatigheid; in overeenstemming met de wet
- Ruime zin: Toetsing aan ongeschreven rechtmatigheidscriteria

Belangrijk item in de rechtsstaatgedachte is de onderworpenheid van de overheid aan het algemene (commune) privaatrecht in de gevallen waarin de overheid privaatrechtelijk optreedt.

- Hangt samen met de rechtspersoonlijkheid van de staat

Vereist de rechtstatelijkheid dat het optreden van de overheid in al zijn vormen aan een rechterlijk oordeel moet kunnen worden onderworpen?

- Administratieve rechtspraak, administratief beroep

Andere rechtstatelijke vraag: mogen rechters wetten in f.z. aan de grondwet toetsen.

Overzicht van rechtstatelijke vereisten

Overzicht:

- Legaliteitsbeginsel: elk overheidsoptreden moet blijven binnen de grenzen van geschreven en ongeschreven recht, en dient te berusten op een wettelijke grondslag
 - Wetten dienen in beginsel te bestaan uit algemeen geformuleerde normen
 - De wet dient tot stand te zijn/worden gebracht door een besluit dan wel medebeslissing van een vertegenwoordigend orgaan
- Machtsverdeling
- Grondrechten
- Rechterlijke controle

Klassiek rechtstatelijk legaliteitsidee had geen betrekking op het overheidsoptreden in het algemeen, maar alleen daar waar het ingreep in de rechtssfeer van de burgers.

• Die beperkte opvatting wordt inmiddels niet meer aangehangen
Overheidsoptreden dient plaats te vinden door instanties die daartoe door of krachtens de wet die bevoegdheid is gegeven:

- Wie: welke overheidsinstanties zijn bevoegd
- Wat: welke bevoegdheden hebben ze
- Hoe: op welke wijze zijn die bevoegdheden verkregen
- Hoe ver: Binnen welke grenzen dienen deze bevoegdheden gehanteerd te worden

Bevoegde overheidsinstanties

De Nederlandse overheidsorganisatie bestaat uit een veelheid van instanties die bevoegdheden kunnen uitoefenen.

- Publiekrechtelijke, maar ook privaatrechtelijke bevoegdheden
- Een *ambt* is een instantie die met *overheidsbevoegdheden* is bekleed.
- Bevoegdheid om te beschikken in een concreet geval
 - B.v. Informatie Beheer Groep, Centrale Raad van Beroep, Afdeling Bestuursrechtspraak van de RvS
 - Bevoegdheid om regelgeving (wet in f.z., APV, et cetera) vast te stellen

Een aantal ambten tezamen noemt men een openbaar lichaam.

De wetgevende macht, de regering, de minister en rechterlijke instanties zijn ambten van het openbaar lichaam: Staat der Nederlanden.

Openbare lichamen met organen die krachtens de Grondwet over regelgevende bevoegdheid beschikken, hebben rechtspersoonlijkheid naar privaatrecht (art. 2:1 eerste lid BW)

Wie treedt er op? Wie is de "bevoegde instantie"?

- Publiekrecht: het ambt
- Privaatrecht: het openbaar lichaam (de rechtspersoon)

Het ambt leidt een los bestaan van de ambtsdragers

De ambtsdragers zijn meestal niet in staat zelf alle werkzaamheden te vervullen die noodzakelijk zijn voor de uitoefening van het ambt.

- Hulptroupen: ambtenaren (personen die krachtens eenzijdige aanstelling in openbare dienst werkzaam zijn)
- Echter, het is het ambt die de overheidsbevoegdheden uitoefent

Het dogmatische begrip *ambt* is veel breder dan het Awb-begrip *bestuursorgaan!!!*

- Een aantal ambten zijn geen bestuursorgaan! (art. 1:1 tweede lid Awb)

Een a-orgaan (Awb: orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld) valt voor zijn gehele handelen (privaat-, feitelijk en publiekrechtelijk) onder de Awb; een b-orgaan (een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed) valt alleen onder de Awb voor zijn publiekrechtelijke handelen.

Soms kunnen ook ambtenaren orgaan van een rechtspersoon naar publiekrecht zijn (en daarmee bestuursorgaan):

- Ambtenaren door wie aan de wet zelf eigen bevoegdheden zijn toegekend
 - Ambtenaren van gedeconcentreerde rijksdiensten:
 - OvJ
 - Belastinginspecteur
- Aangezien zij geen eigen rechtspersoonlijkheid hebben worden zij aangemerkt als organen van de rechtspersoon Staat.

Zelfstandige Bestuursorganen (ZBO's): de meeste zijn ingesteld bij wet en (dus) a-orgaan. De Kiesraad bezit b.v. geen rechtspersoonlijkheid en zijn dus organen van de Staat

Bevoegdheden en instrumenten van de overheid

Instrumenten van de overheid:

- Privaatrechtelijke instrumenten
 - Openbare lichamen verschillen van gewone burgers. De overheid heeft namelijk geen eigen/privaat belang, maar dient het algemeen belang na te streven. Verder beschikt zij ook over publiekrechtelijke bevoegdheden en is ze veelal monopolist.
- Allerlei bevoegdheden om beslissingen te nemen waarbij eenzijdig rechten en plichten voor burgers en bedrijven worden gecreëerd.

Besluit in de zin van de Awb:

- Een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling
 - Let op: de wetgevende en rechtsprekende macht zijn geen bestuursorganen, en wetten in f.z. en rechterlijke uitspraken daarmee geen besluiten in de zin van de Awb!

Kenmerken van een besluit:

- Vereiste van schriftelijkheid
 - Mondeling bevel van b.v. een politieagent is een feitelijke handeling
- Beslissing
 - Wilsuiting die gericht is op een toegevoegde waarde
- Rechtshandeling
 - Gericht op het intreden van een rechtsgevolg
 - Wijziging in de rechten of plichten van één of meer burgers of bedrijven
 - Nota's en principebeslissingen zijn dus (nog) geen besluiten, want ze vormen geen rechtshandeling
- Publiekrechtelijk

Twee categorieën van besluiten:

- Van algemene strekking
 - Algemeen verbindende voorschriften
 - Wetten in materiële zin
 - Kenmerken:
 - Een voorschrift dat algemeen is in de zin van een voor herhaalde toepassing vatbaar voorschrift, niet gericht tot geïndividualiseerde, of te individualiseren, personen, maar tot een open verzameling van personen
 - Gegeven door een orgaan dat de bevoegdheid tot het vaststellen van dat voorschrift direct of indirect ontleent aan de Grondwet of een wet in formele zin.
 - Plannen
 - Een besluit dat een samenhangend geheel van op elkaar afgestemde keuzes bevat omtrent de door een

bestuursorgaan te nemen besluiten of te verrichten handelingen, ten einde één of meer doelstellingen te bereiken.

- Plan moet niet indicatief zijn, maar juridisch bindend (b.v. bestemmingsplan)
- Beleidsregels
 - Een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan.
 - Niet van toepassing bij een *gebonden bevoegdheid*.
 - Bevoegdheid waarin de ruimte van het bestuursorgaan zeer klein is door de wettelijke bepaling die de bevoegdheid verleent.
 - Dus wel bij *vrije beschikkingen*
 - Beleidsregels zijn dan pseudo-wetgeving
 - Beleidsregels binden niet de burger maar uitsluitend het bestuursorgaan dat de beleidsregels heeft vastgesteld!!!
- Met een concrete strekking:
 - Beschikking
 - Awb: een besluit dat niet van algemene strekking is
 - Weigering en intrekking van beschikkingen zijn ook beschikkingen
 - Begunstigende beschikkingen versus belastende beschikkingen
 - De beschikking is als het ware het eindpunt van zogenaamde *gelede normstelling*.

Bestuursorganen beschikken over de bevoegdheid om bestuurlijke sancties op te leggen:

- Reparatoir:
 - Bestuursdwang
 - Alleen als dit bij of krachtens de wet is toegestaan
 - Beslissing tot toepassing van bestuursdwang is een beschikking (behalve in extreem spoedeisende gevallen)

- Kosten komen voor toepassing van de overtredende burger
 - Last onder dwangsom
- Punitief:
 - Bestuurlijke boete
 - B.v. de fiscale boete
 - Intrekken begunstigende beschikking

Gedogen:

- Het niet optreden tegen een geconstateerde overtreding van bij of krachtens de wet gestelde voorschriften door een bestuursorgaan dat daartoe in beginsel juridisch bevoegd en ook feitelijk in staat is.

Het verkrijgen van overheidsbevoegdheden

Attributie:

- Er wordt een nieuwe bevoegdheid gecreëerd en toegedeeld aan een ambt.
- Ligt ten grondslag aan alle bevoegdheden (Grondwet)
- Is slechts mogelijk door een ambt dat de bevoegdheid heeft wettelijke voorschriften tot stand te brengen
- Regelgevende bevoegdheden kunnen alleen worden geattribueerd bij de Grondwet of een wet in formele zin
- De Awb bevat geen voorschriften over attributie.

Delegatie (art. 10:13 Awb):

- Het overdragen door een bestuursorgaan (dus niet voor alle ambten!) van zijn bestaande bevoegdheid tot het nemen van besluiten naar een ander orgaan dat deze bevoegdheid onder eigen naam en verantwoordelijkheid gaat uitoefenen.
- Delegans delegeert aan delegataris
- Aan delegatie gaat altijd attributie vooraf
- Delegatie is privatief; een eenmaal gedelegeerde bevoegdheid kan niet meer zelf worden uitgeoefend
- Delegatie mag alleen indien daarin bij wettelijk voorschrift is voorzien
 - Staat vaak in dezelfde wet die ook de attributie bevat

- Delegatie van bevoegdheden kan niet aan ondergeschikte ambtenaren geschieden!

Mandaat:

- Een bestuursorgaan machtigt een ander om een bevoegdheid in naam en onder verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan uit te oefenen.
- Mandans mandateert mandataris
- Mandaatgever mandateert gemandateerde
- De mandans blijft ook bevoegd om de gemandateerde bevoegdheid zelf uit te oefenen. Verder kan de mandans per geval of in het algemeen instructies geven ter zake van de uitoefening van de gemandateerde bevoegdheid.
- Mandaat wordt doorgaans verleend aan hiërarchisch ondergeschikten.
 - Mandaat aan niet-ondergeschikte ambtenaren is mogelijk, maar dan heeft de mandaatverlening instemming van de gemandateerde alsmede van degene onder wiens verantwoordelijkheid de gemandateerde werkt.
- Mandaat is in beginsel altijd mogelijk tenzij de wet of de aard van de bevoegdheid zich daartegen verzet
- Mandaat wordt niet verleend in het betreft de bevoegdheid tot:
 - Het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften
 - Het nemen van besluiten waarvoor een gekwalificeerde meerderheid geldt
 - Het beslissen op een beroepschrift
 - Het vernietigen van of het onthouden van goedkeuring aan een besluit van een ander bestuursorgaan.

De eis van een wettelijk grondslag voor een burgers bindend overheidsoptreden komt uiteindelijk neer op de eis dat er een wettelijke grondslag is voor de vaststelling van regels die de burger binden. Moet deze grondslag altijd rechtstreeks door de wetgever zelf worden geleverd, of kan dat eventueel ook door middel van een tussenschakel? In ons staatsrecht mag de wetgever (inclusief in zijn gedaante als grondwetgever) in beginsel aan regering, ministers, en eventueel zelfs aan ambtenaren, een **specifieke** bevoegdheid verlenen tot het vaststellen van

bepaalde burgers bindende regels. Een algemene bevoegdheid tot vaststelling van dergelijke regels heeft echter uitsluitend de formele wetgever.

- Het verlenen van een algemene bevoegdheid is niet toegestaan
- Wel mag de wetgever wanneer hij met betrekking tot een bepaalde materie wettelijke voorschriften geeft, aan andere overheidsorganen, door middel van een specifieke machtiging, bevoegdheden tot nadere uitwerking van burgers bindende regelgeving verlenen.

Door gebruik van de term "krachtens" in de frase "bij of krachtens" wordt aangegeven dat de regering haar regelgevende bevoegdheid mag delegeren aan de minister:

- Ministeriële verordeningen

Wanneer de Grondwet bij een bevoegdheidstoekenning de term "krachtens", een vorm van het werkwoord "regelen" of de zelfstandige naamwoorden "regels" of "regeling" bezigt, is de wetgever bevoegd tot delegatie: het overdragen door middel van attributie door de grondwetgever aan hem toebedeelde wetgevende bevoegdheid.

- Tevens de bevoegdheid om subdelegatie mogelijk te maken

Volgens het systeem van de Grondwet is de overdracht van de in een grondwetsbepaling aan de formele wetgever geattribueerd regelgevende bevoegdheid door de formele wetgever aan de regering een vorm van delegatie (dit laatste niet in de zin van de Awb, omdat het niet gaat om de overdracht van bevoegdheid door een bestuursorgaan!!!)

Indien volgens de Grondwet delegatie is toegestaan, kan de regelgevende bevoegdheid in principe ook worden overgedragen buiten de sfeer van de centrale overheid (verticale delegatie versus horizontale delegatie).

Met de term "uit kracht van een wet" (art. 104 Gw) heeft de grondwetgever tot uitdrukking willen brengen dat de formele wetgever op het terrein van de belastingen terughoudend dient te zijn met delegeren, en ten minste de hoofdlijnen van het belastingstelsel zelf diende vast te leggen.

Wordt door de soepele invulling van het criterium "wettelijke grondslag" het legaliteitsbeginsel niet onderuitgehaald? Het antwoord is "ja en nee".

- Ja, want:

- Weinig binding meer met de formele wet die door de formele wetgever is vastgelegd.
- Neiging tot kaderwetten.
- Nee, want:
 - De Grondwet neemt op een aantal belangrijke terreinen geen genoegen met een blanco-delegatie.
 - In de rechtspraak wordt nauwkeurig gecontroleerd of een lagere regeling die in het geding is uiteindelijk een grondslag in de wet heeft.

Het legaliteitsbeginsel vereist een keten van wettelijke voorschriften zodanig geschakeld dat in elk geval herleidbaarheid moet bestaan tot een formele wet. Ontbreekt deze herleidbaarheid dat ontbreekt rechtsgeldigheid.

In de praktijk ontmoeten we regelingen die niet herleidbaar zijn tot een formele wet, maar die door de jurisprudentie toch als rechtsgeldig worden aangemerkt. Dit komt omdat het strikt genomen geen wettelijke voorschriften (regelgeving) zijn, al lijken ze er veel op.

- Ook wanneer geen delegatie is toegestaan kan het tot uitvoering bevoegde bestuursorgaan soms toch een soort van regelgeving tot stand brengen (vgl. Bromfietshelmen).
- Het betreft dan echter geen echte regelgeving, maar louter gebonden uitvoering, concretisering van gebonden uitvoering.
- Er zijn dus twijfelgevallen.... !!!

Volgens de Grondwet van 1815 was de Koning niet bevoegd tot de zelfstandige vaststelling van strafbepalingen:

- Blanketwet (1818) stelde de overtreding van Algemene Maatregelen van Bestuur onder strafsanctie
- Staatsrechtelijk was dit een ernstig "vergrijp", nu was de Koning namelijk bevoegd om zelfstandig Algemene Maatregel van Bestuur te creëren waarop een strafsanctie stond → uitschakeling van de wetgevende macht
- Twee oplossingen:
 - Meerenberg-arrest (1879): Koning is slechts dan bevoegd om Algemene Maatregel van Bestuur vast te stellen als dit blijkt uit een specifieke wet of de Grondwet

- Deze oplossing gaat er aan voorbij dat Algemene Maatregel van Bestuur ook bepalingen kunnen bevatten die de burgers niet binden.
- Grondwetsherziening van 1887: De bevoegdheid tot vaststelling van Algemene Maatregel van Bestuur werd onbepaald, zolang die maatregelen maar niet in strijd zijn met de wet of de Grondwet.
 - Echter: in de Grondwet werd opgenomen dat in Algemene Maatregel van Bestuur slechts krachtens de wet bepalingen mogen worden opgenomen die door straffen werden/worden gehandhaafd. De wet regelde (heden: *bepaalt* (dus geen delegatie meer mogelijk!!!!)) de op te leggen straffen
 - De formele wetgever kan dus wel het vaststellen van de delictsomschrijvingen delegeren, maar het terrein waarop dit kan geschieden dient omljnd te zijn en de wetgever moet zelf de straffen bepalen.

De wetgever bleef echter (t/m vandaag) bevoegd om zelfstandig Algemene Maatregel van Bestuur af te kondigen, zij het zonder strafbedreiging. In het kader van de "trias politica" zijn er dus in Nederland dus twee zelfstandige regelgevers:

- De formele wetgever (art. 81 Gw)
- De regering, doch binnen de grenzen die door de Grondwet (art. 89 tweede lid) en de formele wetgever zijn aangegeven.

Sindsdien is het legaliteitsbeginsel verder opgerekt:

- Overheidsmaatregelen die de burger in zijn vermogen treffen dient ook op een formeel-wettelijke grondslag te berusten
- Klassieke grondrechten kunnen alleen op basis van formele wetgeving beperkt worden
- Bepalingen die de rechtspositie van ambtenaren betreffen dienen eveneens een basis in een formele wet te hebben.
- Zelfstandige Algemene Maatregel van Bestuur: subsidiebeschikking thans op wettelijke basis door art. 4:23 Awb.

Begrenzing en normering van overheidsbevoegdheden

“Rechtmatige verkrijging van overheidsbevoegdheden” is een noodzakelijke maar niet afdoende voorwaarde om aan het legaliteitsbeginsel te voldoen.

De uitoefening dient ook te zijn begrensd/genormeerd door het recht

- Rechtszekerheid
- Bescherming van de burger tegen willekeur

Groot deel van die normen zijn te vinden in de Awb.

- Codificatie van jurisprudentie
- “Beginselen van behoorlijk bestuur” niet volledig in de Awb gecodificeerd
 - Rechtszekerheidsbeginsel
 - Vertrouwensbeginsel
 - Gelijkheidsbeginsel
- Dus ongeschreven recht ook nog steeds belangrijk voor de normering van de overheidsbesluitvorming

Drie vormen van begrenzing van bevoegdheidsuitoefening:

- Eisen in verband met het wettelijke kader
 - Is de bevoegdheid herleidbaar tot een formeel-wettelijke bepaling?
 - De wettelijke voorschriften waarop de beschikkingsbevoegdheid is gebaseerd mogen niet onverenigbaar zijn met een voorschrift van een hogere orde.
 - Is de bevoegdheid in het concrete geval correct (conform de wet) toegepast? Hierbij dienen algemeen geldende wettelijke normen (zoals grondrechten) ook in acht te worden genomen.
- Formele normen
 - → Normen die primair betrekking hebben op de organisatie en de wijze van besluitvorming
 - Vereiste van zorgvuldige voorbereiding
 - (b.v. diverse hoorplichten in de Awb)
 - Vereiste van tijdige besluitvorming
 - Vereiste van een kenbare motivering
 - Vermelding van wettelijk voorschrift
 - Aanduiding van de relevante feiten en belangen
 - Toegespitst op het concrete geval
 - Vereiste van behoorlijke bekendmaking
- Materiële normen

- → Normen die inhoudelijke eisen stellen aan de uitoefening
- Verbod van “détournement van pouvoir”
- Evenredige belangenafweging
 - Ter beoordeling aan het bevoegde bestuursorgaan
 - Rechter moet zich terughoudend opstellen en zich beperken tot een marginale toetsing
- Vereiste van een draagkrachtige (deugdelijke) motivering
 - Feitelijke grondslag van het besluit moet juist zijn
 - Relevante belangen moeten op juiste wijze in aanmerking worden genomen
 - Motivering moet inhoudelijk adequaat zijn
- Gelijkheidsbeginsel
- Rechtszekerheidsbeginsel
 - Stelt grenzen aan de terugwerkende kracht van de regelgeving
- Vertrouwensbeginsel
 - Heeft geen absolute werking
 - Belangenafweging
 - Wat is de gedraging van de overheid waarop de burger zijn vertrouwen baseert?
 - Beleidsregel?
 - Overeenkomst?
 - Algemene informatie en mededelingen van een telefonisch informatienummer kunnen in het algemeen geen rechtens te honoreren vertrouwen wekken.

Over beleidsregels:

- Is een manier om vrije bevoegdheden te normeren.
- Er is een sterke samenhang tussen beleidsregels en de diverse materiële normen die aan bevoegdheidsoefening worden gesteld.
- Dus: Uit vrije bestuursbevoegdheden vloeit ook de plicht tot het stellen van beleidsregels voort!
- De verbindende kracht van beleidsregels is anders dan die van algemeen verbindende voorschriften

- Beleidsregels zijn niet te herleiden tot een a.v.v. en kunnen dus in beginsel niet binden (legaliteitsbeginsel)
- Afwijking van een beleidsregel (door het bestuursorgaan) ten gunste van een burger is geoorloofd en soms noodzakelijk (art. 4:84 Awb)
- Het niet-afwijken van een beleidsregel kan een verplicht onderdeel van de motivering van een beschikking zijn. Een bestuursorgaan hoeft natuurlijk nooit te motiveren waarom met niet van een a.v.v. is afgeweken...

Over privaatrechtelijke bevoegdheden:

- Vanwege haar bijzondere taakstelling en verantwoordelijkheden is de op grond van het privaatrecht handelende overheid soms tot meer, maar veelal tot minder, bevoegd dan de burger of de gewone rechtspersoon.
- Gedurende lange tijd was de jurisprudentie van oordeel dat in geval de twee rechtswegen publiekrechtelijk en privaatrechtelijk beiden open stonden, de overheid vrij was om hiertussen te kiezen.
 - Stuit echter op bezwaren omdat de overheid dan door de privaatrechtelijke weg te kiezen de waarborgen van het publiekrecht zou kunnen omzeilen.
 - Begin jaren-90 heeft de Hoge Raad in het Windmill arrest nadere eisen gesteld waaraan voldaan moet worden wil de overheid in zo'n situatie de privaatrechtelijke weg kiezen:
 - Windmill: lozen afvalgips in Nieuwe Waterweg. Overheid bedong op basis van eigendomsrecht van de Nieuwe Waterweg een vergoeding voor het lozen, i.p.v. het gebruik van de Wvo.
 - Criteria:
 - Geeft de publiekrechtelijke regeling expliciet antwoord op de vraag of de privaatrechtelijke route open staat?
 - Wordt bij het gebruik van de privaatrechtelijke weg de publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist?

- De Pina-Helmond arrest: ontruiming terrein waar De Pina met een aantal woonwagens stond. Gemeente Helmond wilde dit privaatrechtelijk aanpakken terwijl art. 61 Woonwagenwet hiervoor een publiekrechtelijke regeling bood.
- Als de overheid privaatrechtelijk handelt worden aan dat handelen zwaardere eisen gesteld.
 - Art. 3:1 tweede lid Awb j^o art. 3:14 BW: Brengt het privaatrechtelijk handelen van de overheid onder de invloed van de Awb (hoofdstuk 3).Overheid dient o.a. grondrecht in acht te nemen bij het uitvoeren van privaatrechtelijke bevoegdheden.

De middeleeuwse feodale en standenstaat was in hoge mate op machtsverdeling gebaseerd. De opkomst van het vorstenabsolutisme in de zestiende eeuw vormde hiermee een fundamentele breuk.

Machtsverdeling in de oorspronkelijke Nederlandse opzet

In Nederland bestond onder het bewind van Koning Willem I een staatsrechtelijke opzet die gelijkenis vertoonde met hetgeen Montesquieu voor ogen had gestaan.

- Koning had echter een vrije regelgevende bevoegdheid (ook om burgers bindende regelingen te maken)
- Blanketwet (1818) maakt het mogelijk om aan overtreding van die regelingen straffen te verbinden.
- Bestuurlijke geschillen waren niet/nauwelijks aan de onafhankelijke rechtsspraak onderworpen.

Machtsverdeling en legaliteitsbeginsel

Het begrip "wetgevende macht" hield in de toen heersende visie niet in dat ieder overheidsoptreden uiteindelijk op de wetgever berustte.

Het begrip "uitvoerende macht" duidde op uitvoering van het recht, maar dat hoefde helemaal niet in te houden: uitvoering van de wet!!!

De macht van de Koning om zelfstandig Algemene Maatregelen van Bestuur vast te stellen werd teruggedrongen.

In het kader van de opkomende legaliteitsgedachte veranderde de visie op het rechtsstatelijk model van Montesquieu.

Verder is in Nederland het model toch ook weer niet geheel (perfect) ingevoerd. Er worden namelijk nog wel eens specifieke beschikkingen bij wet vastgesteld (door de wetgever); denk aan voogd- en regentbenoemingen met betrekking tot de Koning.

Machtsverdeling naar hedendaagse betekenis

Horizontale machtsverdeling:

- (Horizontale) machtsverdeling in de hedendaagse staatsrechtelijke betekenis houdt in dat bepaalde hoofdorganen van het staatsbestel

(Staten-Generaal, regering, rechterlijke macht) zijn belast met bepaalde taken, die zij deels zelfstandig en deels in samenwerking met elkaar uitoefenen, waarbij sprake is van onderlinge afhankelijkheid en onderlinge controle → "checks & balances"

Verticale machtsverdeling:

- Bevoegdheden blijven niet geconcentreerd binnen de centrale overheid, maar worden gespreid over hogere en lagere overheden.

Rechterlijke macht:

- De rechterlijke macht is niet uitsluitend belast met geschillenbeslissing en strafoplegging; bij wege van volontaire jurisdictie worden door de rechterlijke macht ook bestuurlijke besluiten genomen (bijvoorbeeld voogdbenoemingen).

Staten-Generaal:

- De Staten-Generaal hebben eigenlijk weinig zelfstandige besluitvormende bevoegdheden, in de zin van zelfstandige bevoegdheden tot het nemen van besluiten met externe werking.
 - Uitzondering: art. 70 Gw: enquête
- Art. 81 Gw: De vaststelling van wetten geschiedt door Staten-Generaal en de regering gezamenlijk.
- Wet: besluit van regering en Staten-Generaal, totstandgekomen volgens de wetgevingsprocedure.
- Bijna alle besluiten kunnen in wetsvorm worden genomen.
 - Uitzondering: Art. 113 Gw: Bij wet kunnen geen straffen worden opgelegd.
 - De taak van de wetgever heeft echter toch wel een duidelijke oriëntatie (rechtstatelijk legaliteitsvereiste).

De verhouding tussen regering en Staten-Generaal in het kader van de machtsverdeling wordt gekenmerkt door de vertrouwensrelatie.

Uit zich primair in de ministeriële verantwoordelijkheid

- Omvat het totale doen en nalaten van de regering alsmede van aan de regering ondergeschikte ambtenaren.
- Motie van wantrouwen: kan leiden tot:
 - Aftreden bewindspersoon
 - Aftreden kabinet
 - Ontbinding van de kamer

Reeds vanaf de middeleeuwen treft men documenten aan waarin waarborgen zijn vastgelegd tegen willekeurig of oppressief overheidsgezag

→ Magna Carta (1215)

Rechtswaarborgen werden echter meestal door en voor bepaalde groepen bedongen. Zij golden niet algemeen.

Grondrechten zijn niet afhankelijk van toekenning door de overheid. Veeleer is het zo dat grondrechten een terrein afgrenzen dat principieel niet aan overheidsmacht is onderworpen.

Locke: Het maatschappelijk verdrag heeft primair tot doel level, vrijheid en eigendom van alle burgers te waarborgen. Met het oog daarop moeten fundamentele rechten door de overheid worden gerespecteerd.

Grondrechten hebben een pre-constitutioneel karakter: het zijn rechten die de mens los van het staatsverband toekomen.

In Nederland:

- Grondrechten werden voor het eerst systematisch opgenomen in de Staatsregeling van 1798.
- Het aantal grondrechten nam toen weer af...
- In de Grondwet van 1814 waren zij slechts in zeer beperkte mate vervat.
- In de Grondwet van 1815 werden (met name op aandrang van de Belgen) de grondrechten weer uitgebreid:
 - Gelijkheidswaarborgen
 - Petitierecht
 - Schadeloosstelling bij onteigening
 - Onschendbaarheid van de woning
 - Drukpersvrijheid
- Grondwet 1848:
 - Recht van vereniging en vergadering
 - Onschendbaarheid van het briefgeheim
 - Vrijheid van onderwijs
- 1917:
 - Algemeen kiesrecht
 - Financiële gelijkstelling bijzonder/openbaar onderwijs (pacificatie)
- 1983:
 - Betogingsrecht

- Sociale grondrechten

Verloop van de grondrechtensituatie wordt verklaart door de geleidelijke overgang van de klassiek-liberale rechtsstaat → democratische rechtsstaat → verzorgingsstaat (sociale rechtsstaat)

Tevens ook codificatie van grondrechten in EVRM en andere verdragen

Rechtsstatelijk waarborgkarakter van de grondrechten

Rechtsstaat: De grondslag van het statelijk gezag ligt in het recht en het overheidshandelen wordt onder de heerschappij van het recht geplaatst
Grondrechten zijn daarbij van fundamenteel belang!

De heerschappij van het recht kan zelf onderdrukkend worden indien het recht niet bepaalde grenzen in acht neemt.

Omdat recht positief wordt (resultaat van rechtscheppende handeling) kan het dubbel en dwars oppressief worden; de matigende werking van het traditionele gewoonterecht (met zijn inherente verbinding met een rechtvaardigheidsidee) is verloren gegaan.

Het positieve recht als uiting van de op zich arbitraire wil van de wetgever heeft dus een rechtsstatelijk beveiligingsmechanisme nodig.

- Echter, als het beveiligingsmechanisme zelf ook positief recht is, kan het buiten werking worden gesteld.
- De Lockiaanse opvatting van grondrechten als pre-constitutionele elementen lost dit probleem op. Deze natuurrechten zijn dan zelfs voor de grondwetgever onaantastbaar!

Grondrechten en het principiële beperkte karakter van overheidsbevoegdheden

Grondrechten brengen het beperkte karakter van overheidsbevoegdheden in beeld.

Overheidsbevoegdheden dienen specifiek en beperkt te zijn.

- Hiertegenover staat de vrijheid van de burger.

De subjecten van grondrechten: bijzondere rechtsverhoudingen

De meeste grondrechten zijn rechten die aan het individu toekomen. In enkele gevallen gelden ze alleen voor Nederlanders of voor vreemdelingen. Sommige grondrechten kunnen door collectiviteiten worden ingeroepen. Grondrechten kunnen daarentegen niet door overheidsorganen worden ingeroepen!!!

- Aral arrest: Beroep van de gemeente Den Haag op art. 6 EVRM werd door de Hoge Raad verworpen.

Vraagstuk van de gelding van grondrechten voor personen die in een bijzondere rechtsverhouding staan tot de overheid: ambtenaren, gedetineerden, militairen:

- In het verleden werd volledige grondrechtenwerking voor deze groepen ontkend.
- B.v.: Uitlatingen van ambtenaren vallen onder de ministeriële verantwoordelijkheid. Daarmee is onverenigbaar dat een ambtenaar uitingen doet welke de minister niet voor zijn rekening zou willen nemen.
- Naar huidige rechtsopvattingen gelden grondrechten in beginsel onverkort voor personen in zulke bijzondere rechtsverhoudingen. Wel kunnen op grondslag van de grondwettelijke beperkingsclausules voor deze personen meer en andere beperkingen worden vastgesteld dan voor burgers in het algemeen gelden.

De rechter erkent in principe het recht tot uitoefening van grondrechten binnen de werksituatie!

Categorieën van grondrechten

Tweedeling:

- Klassieke grondrechten of vrijheidsrechten: gericht op overheidsonthouding
- Sociale grondrechten: gericht op overheidsprestaties

Meer uitgewerkte typologie:

- Bodemnormen; streven ernaar de mens in zijn fysieke en psychische kern te beschermen tegen aantasting
- Klassieke vrijheidsrechten; verplichten tot overheidsonthouding
- Gelijkheidsbeginsel

- Participatierechten
- Rechtsbescherming
- Sociale grondrechten

De reikwijdte van grondrechten; redelijke uitleg van grondrechten

Hoever reikt een grondrecht? Is bijvoorbeeld alles wat door betrokkene als godsdienstig handelen wordt aangemerkt beschermd door art. 6 Gw en art. 9 EVRM?

- Satanskerk
- AOW-premiebetaling predikant
 - Hoge Raad was van mening dat de weigering AOW-premie te betalen geen handeling is die naar haar aard uitdrukking geeft aan een godsdienst.

Een redelijke uitleg van grondrechten brengt met zich mee dat de door deze rechten gegarandeerde vrijheden geacht worden niet zover te gaan dat ze waarborgen dat de betreffende activiteiten te allen tijde, op elke plaats en op iedere wijze, uitgeoefend mogen worden.

Beperking van klassieke grondrechten

De overheid is in principe bevoegd tot het stellen van beperkingen in de uitoefening van grondrechten, met inachtneming van het legaliteitsbeginsel. Dit betekent dat voor grondwettelijke grondrechten de basis voor de beperking in de Grondwet te vinden moet zijn.

De typisch rechtsstatelijke structuur van de klassieke grondrechten in onze Grondwet is dat:

- Een vrijheidsrecht wordt erkend
- Waarna een beperkingsclausule volgt waarin de formele wetgever de bevoegdheid wordt gegeven zekere beperkende voorschriften te stellen.
- Soms laat de grondwetgever de wetgever tevens de vrijheid om deze bevoegdheid aan lagere regelgevers te delegeren.
 - B.v. voorschriften die uitingen wegens hun inhoud verbieden mogen slechts door de formele wetgever worden vastgesteld, maar niet-de-inhoud-betreffende beperkingen mogen soms

(ook) krachtens delegatie door lagere regelgevers worden gegeven.

- Soms worden beperkingen gebonden aan procedurevoorschriften (b.v. bij het binnentreden, art. 12 tweede lid Gw).

Als de formele wetgever een beperkende bevoegdheid wil delegeren dan zal hij dat uitdrukkelijk moeten doen (specifieke wet, bijvoorbeeld de Wet Openbare Manifestaties).

Bepalingen waarbij aan de gemeenteraad en provinciale staten autonome bevoegdheden worden toegekend, gelden niet als door de Grondwet vereiste uitdrukkelijke specifieke delegatiebepalingen.

- En daarom bijvoorbeeld art. 147a Gemeentewet (sluiting drugspannen)

De opzet van het beperkingssysteem in de mensenrechtenverdragen is in termen van legaliteit minder strikt.

Volgens het EHRM kunnen gewoonterecht en andere vormen van ongeschreven recht een grondslag voor beperking opleveren.

Voorwaarde om als "wet" in de zin van verdragsbepalingen te worden aangemerkt is wel dat het moet gaan om regels die toegankelijk en voorzienbaar zijn.

Bij overlapping van een internationaal en grondwettelijk grondrecht prevaleert de zwaarste bescherming!

De waarde van de internationale verdragen zit hem hierin:

- Ook wetten in f.z. kunnen eraan worden getoetst
- Bestrijken meer terreinen dan de Grondwet
- Beperkingsclausules vereisen een sterke proportionaliteitstoets

Politie en Openbaar Ministerie ervaren de grondrechtelijke waarborgen soms als hindernissen die in de weg staan aan een effectieve aanpak van zware criminaliteit.

Het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten; de sociale dimensie van grondrechten

Soms is een klassiek grondrecht niet geformuleerd als een vrijheid, maar als een verbod voor de overheid om op een bepaalde vrijheid een inbreuk te maken.

- Negatieve competentienormen (de overheid heeft een bepaalde competentie)
- Afweerrechten

Klassieke grondrechten verplichten de overheid tot onthouding.

Soms levert een klassiek grondrecht in samenhang met het gelijkheidsbeginsel soms wel een rechtens afdwingbare claim op overheidsprestaties op (b.v.: subsidiëring religieuze groepering).

In toenemende mate worden echter uit vrijheidsrechten aanspraken op overheidsprestaties afgeleid

- Positieve verplichtingen
- B.v. recht op gezinsleven ex art. 8 EVRM i.c.m. verlenen verblijfsvergunning

Sociale grondrechten dragen de overheid op bepaalde activiteiten te ontplooiën.

- Geen in rechte afdwingbare instructienormen
- Kunnen mogelijk fungeren als afdwingbare stand-still bepalingen die de overheid verbieden om onder een eenmaal bereikt voorzieningenniveau af te zakken.

Ondanks het principiële verschil tussen klassieke en sociale grondrechten blijkt dit verschil in de rechtspraak niet altijd meer volgehouden te kunnen worden.

Horizontale werking van grondrechten

Horizontale werking van grondrechten: werking van grondrechten in de betrekkingen tussen burgers onderling.

Grondrechten hebben naar hun oorspronkelijke bedoeling uitsluitend verticale werking.

In de huidige tijd is echter een in kracht en betekenis steeds toenemende tendens ontstaan om de gelding van grondrechten ook uit te doen strekken over rechtsbetrekkingen tussen burgers en tussen burgers en particuliere organisaties.

De verbintenisscheppende overeenkomst kan echter juist tot doel of gevolg hebben dat de mogelijkheid tot uitoefening van grondrechten wordt beperkt.

- B.v. concurrentiebeding
- Toch zijn we geneigd om te zeggen dat deze overeenkomst mogelijk moet zijn: ze is vrijwillige aangegaan en geeft niet blijk van een onredelijke belangenafweging.

Ook in de sfeer van de (vermeende) onrechtmatige daad kunnen dergelijke problemen opduiken.

Bedacht dient te worden dat met horizontale werking van grondrechten ook de problematiek van botsing van grondrechten gegeven is.

Horizontale werking is (dus) problematisch. Aan de rechter wordt overgelaten om in concrete gevallen een passende oplossing te vinden.

In de praktijk gaat deze pragmatisch te werk. Veelal gaat hij uit van een indirecte horizontale werking. Hierbij wordt vaak een belangenafweging gemaakt waarbij de uitoefening van het grondrecht een zwaarwegend belang vormt.

Kenmerk van de indirecte horizontale werking is dat indien de belangenafweging leidt tot afwijzing van de grondrechtenclaim, deze afwijzing niet herleid hoeft te worden tot een beperkingsclausule in de Grondwet.

7 Rechterlijke controle

31-10-2004 7:54

Slechts langzaam groeide het besef dat de binding van de overheid aan het recht gebaat is met een daarop gerichte controle door een van wetgever en bestuur onafhankelijke rechter.

- In de eerste plaats heeft de burgerlijke rechter zich opgeworpen als beschermer van de rechten van de burger in diens relatie met de overheid
- Vanaf het begin van deze eeuw is er langzaam een volwassen stelsel van administratieve rechtspraak opgebouwd

In de 19^e eeuw was het in het algemeen niet zo dat bestuursoptreden waardoor de belangen der burgers getroffen werden, aan een rechterlijk oordeel onderworpen konden worden.

- Opvatting was dat het bestuur omwille van een adequate behartiging van het algemeen belang over een aanzienlijke rechtsvrije ruimte diende te beschikken.
- Ook leefde de gedachte dat bestuursoptreden het beste gecontroleerd kon worden door hogere bestuursorganen → Kroonberoep
 - (Strafrechtelijke en civielrechtelijke gedingen daargelaten)

Slechts op enkele terreinen, vooral in de sfeer van de belastingen, werden in de tweede helft van de 19^e eeuw procedures gecreëerd.

Alle pogingen om tot administratieve rechtspraak te komen liepen spaak.

- Struycken: democratische controle op het bestuursoptreden volstaat

Aldus was een uit het oogpunt van de rechtstaat problematische lacune in de rechtsbescherming van de burger tegen de overheid ontstaan.

- Met name met de steeds dieper in de samenleving ingrijpende overheid (ongebonden bevoegdheden) stuitte dit op problemen

Aangezien de democratische controle meestal niet voldoet is bij gebrek aan een administratieve rechter de burgerlijke rechter dit gat gaan opvullen.

- Met name door toetsing aan art. 1401 BW (oud, thans art. 6:162 BW): onrechtmatige daad
- Uitgangspunt hierbij was dat het privaatrecht het algemene recht is, dat van toepassing is tenzij het publiekrecht ter zake een bijzondere regeling bevat.
- Daarbij werd echter in eerste instantie een onderscheid gemaakt tussen het optreden van de overheid als bijzonder persoon en het

handelen van de overheid als zodanig (als zijnde bekleed met openbaar gezag).

- Alleen de eerste categorie werd aan art. 1401 BW (oud) getoetst!
- Die terughoudende toetsing werd waarschijnlijk ingegeven door de verwachting dat er snel een systeem van administratieve rechtspraak zou komen.
- Toen dit evenwel uitbleef is de burgerlijke rechter (schoorvoetend) die lacune gaan opvullen.
- In 1915 vestigde de Hoge Raad de "obiectum litis" leer: Voor de bevoegdheid van de rechter is het voldoende dat de eiser vraagt beschermd te worden in een burgerlijk recht. Het is niet vereist dat de rechtsverhouding tussen eiser en gedaagde van privaatrechtelijke aard is!
 - "Obiectum litis" is van belang (voorwerp van geschil), niet het "fundamentum petendi" (de grondslag, de aard van de rechtsbetrekking).
 - Vroeger: art. 2 RO
 - Thans: art. 112, eerste lid Gw

Wel werden er gaandeweg steeds meer in bijzondere wetten afzonderlijke voorzieningen getroffen tegen het optreden van het bestuur:

- Administratief beroep
 - Met in enige of laatste instantie: Kroonberoep
- Nieuwe (gespecialiseerde) rechterlijke instanties
 - Centrale Raad van Beroep
 - Ambtenarenrechter
 - College van beroep voor het bedrijfsleven
 - Gewone rechter (ter zake van b.v. de Kieswet en de belastingwetgeving)

1963: Wet Beroep Administratieve Beschikkingen (BAB)

- Weinig bevredigend

1976: Wet Administratieve Rechtspraak overheidsinstanties (AROB)

- Oprichting afdeling rechtspraak van de Raad van State
 - Rechter in laatste instantie indien er geen bijzondere administratieve rechter bevoegd was gesteld (door de wet)

- Uitzondering: Kroonberoep; tegen door de Kroon genomen besluiten was geen AROB-beroep mogelijk
- Benthem arrest: EHRM acht dit laatste in strijd met art. 6 EVRM
- 1988: Tijdelijke wet Kroongeschillen (TwK)
 - Kroonberoep omgezet in beroep op de Afdeling "geschillen van bestuur" van de Raad van State
 - Werd hiermee gepromoveerd tot onafhankelijke rechter

1994: Awb

- Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
 - Fusie van de twee hierboven genoemde afdelingen

Rechtsgang:

- Voor de gespecialiseerde administratieve rechters koos de wetgever er voor om beslissingen waartegen beroep kan worden aangetekend met zoveel woorden in een speciale wet op te nemen.
- Voor de rechtsgang naar de algemene administratieve rechter is bepalend of er sprake is van een specifieke rechtsbetrekking tussen burger en overheid die tot uiting komt in een Awb-besluit (fundamentum petendi).
- Daarnaast is er ook nog de leer van de obiectum litis; om nu een ongewenste samenloop van beide rechtswegen te voorkomen verklaart de burgerlijke rechter een particulier niet-ontvankelijk in diens eis indien er een met voldoende waarborgen omklede administratieve rechtsgang openstaat.
 - Burgerlijke rechter is dan vangnetrechter of restrechter indien de administratieve rechtsbescherming ergens tekort zou schieten

1919: Lindenbaum-Cohen; opende de mogelijkheid het bestuur ook buiten de gevallen van schending van een uit de wet voortvloeiende rechtsplicht of subjectief recht aan te spreken

- Beginselen van behoorlijk bestuur
- Détournement de pouvoir
- Marginale toetsing!

Huidige bescherming tegen het bestuursoptreden

De rechtspraak in eerste aanleg is in de regel opgedragen aan de rechtbank

- Administratieve kamers ingesteld
 - Bestuurssector van de rechtbank

Tegen een uitspraak van de rechtbank staat hoger beroep open op de:

- Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
- Centrale Raad van Beroep
- College van Beroep voor het Bedrijfsleven

Soms dient er echter een beroep te worden ingesteld in eerste (en veelal enige) aanleg bij "een andere administratieve rechter":

- Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS)
 - Rechter in eerste aanleg in ondermeer milieugeschillen en bestemmingsplannen
- Centrale Raad van Beroep (CRvB)
 - Belast met rechtspraak in eerste en enige aanleg in geschillen die voortvloeien uit de toepassing van wetten betreffende oorlogsgetroffenen
- College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB)
 - Beslissingen van organen van publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties, alsmede besluiten ingevolge diverse sociaal-economische wetten (b.v. Landbouwwet, In- en uitvoerwet, Drank- en Horecawet)
- Belastingrechter
 - Gerechtshof en in cassatie de Hoge Raad

Al deze rechters hanteren het bestuursprocesrecht van de hoofdstukken 6 en 8 van de Awb.

Voordat men een beroep op de administratieve rechter doet dient t.a.v. het bestreden besluit eerst een bestuurlijke heroverweging te hebben plaatsgevonden.

- Meestal een bezwaarprocedure
 - Volledige heroverweging van het besluit door het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen
 - Rechtmatigheid en beleid
 - Ex nunc: feiten en omstandigheden die zich na het oorspronkelijke besluit hebben voorgedaan dienen in beginsel bij de heroverweging te worden betrokken.
 - Procesrecht: afdeling 7.2 Awb

- Gedeeltelijk andere set ambtenaren (art. 7:5, eerste lid Awb), of externe adviescommissie
- De bevoegdheid om op bezwaar te beslissen kan worden gemandateerd, maar niet aan degene die het originele besluit heeft genomen
- Administratief beroep:
 - Bestuurlijke heroverweging door een ander bestuursorgaan (meestal een hoger bestuursorgaan)
- Bezwarenprocedure blijft achterwege indien er een uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure heeft plaatsgevonden (afd. 3.5 Awb)
 - Ontwerpbesluit
 - Termijn van vier weken voor schriftelijke bedenkingen
 - Definitief besluit (inclusief motivering voor het eventueel niet meegaan met de bedenkingen)

Bezwarenprocedure:

- Ontlast de rechter
- Zeefwerking
- Goedkope, laagdrempelige, vorm van rechtsbescherming
- Signaalfunctie voor tekortkomingen in het bestuur
- Dossiervorming; versnelt een eventuele gerechtelijke procedure

Wetsvoorstel om de bezwarenprocedure over te slaan wanneer partijen aan deze procedure geen behoefte hebben.

Het instellen van beroep bij een bestuursrechter heeft geen schorsende werking

- Men kan een voorziening vragen bij de rechter
- In te dienen bij de President van het rechterlijke college dat bevoegd is in de hoofdzaak
- President verricht een belangenafweging
 - Voorlopige rechtmatigheidtoetsing van het bestreden besluit

Hoger beroep tegen uitspraken van de rechtbanken:

- Afdeling bestuursrechtspraak van de RvS
- Centrale Raad van Beroep
- College van beroep voor het bedrijfsleven

Er vindt regelmatig overleg plaats tussen de presidenten van de genoemde colleges i.v.m. de rechtseenheid

Om te voorkomen dat de burger de weg kwijt raakt is aan het bestuursorgaan een informatieplicht opgelegd:

- Bekendmaking van de mogelijkheid tot beroep tezamen met het besluit

Er zijn bestuurlijke handelingen die niet voldoen aan de definitie van "besluit" (Awb) maar waartegen wel bezwaar en beroep openstaan:

- B.v. Het niet tijdig nemen van een besluit

Een aantal besluiten is uitgezonderd van het bezwaren- en beroepsrecht:

- Besluiten inhoudende een a.v.v. of een beleidsregel
- Besluiten inhoudende de intrekking of vaststelling van de inwerkingtreding van een a.v. of een beleidsregel
- Besluiten inhoudende de goedkeuring van zodanige besluiten
- Besluiten ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling
- Besluiten inhoudende schorsing of vernietiging van besluiten
- Besluiten genomen op grond van noodrecht
- Besluiten genomen op grond van een wettelijk voorschrift ter beveiliging van militaire belangen

Alleen belanghebbenden hebben toegang tot de bestuursrechter

Ook niet-geadresseerden kunnen echter belanghebbenden zijn:

- B.v. omwonenden
- Derden-belanghebbenden
- Rechtspersonen die het getroffen belang krachtens hun doelstellingen en feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen
 - Dus geen politieke partijen!

Het belang moet:

- substantieel zijn
- objectief bepaalbaar zijn
- rechtstreeks bij het besluit betrokken zijn

Algemene termijn van zes weken voor bezwaar- en beroepschriften

De procedure bij de bestuursrechter is een mengeling van contradictoire en inquisitie elementen:

- Contradictoir: Gebaseerd op het principe van tegenspraak
- Inquisitoir: Rechter heeft een eigen onderzoeksverantwoordelijkheid (actieve rechter)
 - Beginsel van ongelijkheidscompensatie

De bestuursrechter verricht een rechtmatigheidstoetsing ex tunc:

- Uitgaande van de feiten, omstandigheden en het recht zoals deze golden op het moment dat het bestreden besluit (besluit op bezwaar) werd genomen
- Toetsing op:
 - rechtmatigheid
 - formele en materiële normen van de Awb, alsmede aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur
 - overeenstemming besluit met de eis van consistent bestuur
 - juiste toepassing van beleidsregels
- Bij gebonden bevoegdheidsoefening is een indringende toetsing mogelijk.
- De bestuursrechter dient zich terughoudend op te stellen ten aanzien van de inhoudelijke belangenafweging: marginale of willekeurtoetsing
 - Maxis-Praxis: Is er sprake van een zodanige onevenwichtigheid dat moet worden geoordeeld dat het bestuursorgaan niet in redelijkheid tot het bestreden besluit heeft kunnen komen

Vernietiging van een besluit werkt ex tunc (terugwerkend)

- Onder omstandigheden kan de rechter echter bepalen dat de rechtsgevolgen geheel of gedeeltelijk in stand blijven
 - B.v. bij onrechtmatig ontslag van een ambtenaar
- Meestal zal het bestuursorgaan dat het gewraakte besluit heeft genomen een nieuw besluit moeten nemen met inachtneming van de uitspraak
- Rechter kan ook zelf in de zaak voorzien!!!
 - Democratisch niet-gelegitimeerde rechter neemt dan een bestuursbesluit!!!

- Terughoudend mee omgaan
- Feitelijk alleen indien er na vernietiging van het besluit geen andere beslissing meer mogelijk is.
- Ook indien partijen daarom verzoeken

Sinds 1994 kunnen de bestuursrechters ook schadevergoedingen toekennen.

- De weg naar de burgerlijke rechter blijft open, naar keuze van betrokkene, met dien verstande dat een behandeling van een verzoek om schadevergoeding door de bestuursrechter uitputtend is
- Bestuursrechter oriënteert zich op de burgerlijke rechter voor de criteria voor schadevergoeding

Bestuursrechter is ook bevoegd om partijen te veroordelen in de kosten.

- Een particulier kan alleen in de kosten van het bestuursorgaan worden veroordeeld bij misbruik van procesrecht.
- Meestal wordt het bestuursorgaan veroordeeld in de kosten; het is hierbij niet per se noodzakelijk dat de burger de zaak heeft gewonnen!
- Kostenvergoeding heeft een forfaitair karakter

Er blijft een belangrijke aanvullende rol voor de burgerlijke rechter weggelegd:

- Obiectum litis leer
 - Echter civiele rechter treedt terug indien er een met voldoende rechtswaarborgen omklede administratieve rechtsgang open staat
- Besluiten die zijn uitgezonderd van een beroep op de bestuursrechter

Leer van de formele rechtskracht:

- Een niet tijdig aangevochten besluit is rechtsgeldig
 - Beperkt aantal uitzonderingen
- Ratio: voorkomen dat burgers via de civiele rechter de korte bezwaren- en beroepstermijn van de bestuursrechter omzeilen!!!
- Heeft ook gevolgen voor een eventuele schadevergoeding

Nationale ombudsman:

- Art. 78a Gw: Hoog College van Staat

- Onderzoek mondt uit in een niet-bindend oordeel dat echter in de praktijk vaak wel als bindend wordt beschouwd
- Wet Nationale Ombudsman (Wno)
- Onbevoegd t.a.v.:
 - A.v.v.'s
 - Wanneer tegen een bepaald besluit bezwaar of beroep openstaat
 - Als de bestuursrechter uitspraak heeft gedaan
- Ombudsman speelt dus vooral een rol bij feitelijke gedragingen van bestuursorganen en overheidsfunctionarissen
 - Behoorlijk gedrag

De veranderende positie van de rechter

Er is altijd wel een ingang bij een onafhankelijke rechter waardoor bestuuroptreden gecontroleerd kan worden op conformiteit met het geschreven recht.

Contra legem-jurisprudentie:

- Dient in bepaalde gevallen toepassing van een a.v.v. achterwege te blijven ten gunste van ongeschreven recht (beginsel van behoorlijk bestuur)?
 - B.v. bestuursorgaan wekt vertrouwen op bij burger dat later in strijd met de wet blijkt te zijn...
- Wordt alleen gehonoreerd indien het beroep zijn grond vindt in eigen toedoen van het bestuur:
 - Toezeggingen (vertrouwensbeginsel)
 - Gelijkheidsbeginsel
- Verder alleen toepassing in een concreet geval
- Strikt exceptioneel correctief!!!
 - Geen losmaking uit de binding der wet

De rechter krijgt nu soms de taak van wetgever-plaatsvervanger toegemeten:

- Wetgever soms t.g.v. complexiteit van de samenleving onmachtig om algemene inhoudelijke normen te stellen.

- Rechter ontwikkelt jurisprudentie (b.v. over rechtmatigheid van stakingen)
- Wet heeft aan legitimizeitsgehalte ingeboet
 - Zwaartepunt van wetgeving bij regering (departement) i.p.v. bij parlement
 - Kamerleden stellen zich vaker op als partijvertegenwoordiger dan als volksvertegenwoordiger
- Sterkere infiltratie van internationaal recht in onze rechtsorde
 - Art. 93/94 Gw

Het toetsingsverbod

Het toetsingsverbod betreft zowel de inhoud als de wijze van totstandkoming van formele wetten

Grondwetsbepalingen zijn veelal uiterst beknopt geformuleerd en tegelijk zeer principieel van karakter. De exacte werkingssfeer (het geheel van handelingssituaties dat door de Grondwet wordt beschermd) valt veelal niet uit de grondwettelijke tekst zelf af te leiden.

Traditionele argument voor toetsing geldt voor bondsstaten en gaat dus in Nederland niet op

Het toetsingsverbod fixeert een eenmaal door de wetgever ingenomen standpunt over de grondwettigheid van een wet

De meeste grondrechten hebben hun equivalent in verdragsbepalingen en bevatten meestal een niet-genormeerde beperkingsclausule ten bate van de formele wetgever

Het valt niet uit te sluiten dat rechterlijke toetsing aan grondwettelijke grondrechten niet beperkt zal blijven tot toetsing aan duidelijk in de Grondwet omschreven normen, maar veeleer het karakter zal krijgen van een creatieve invulling van grondwettelijke termen en begrippen. Daarmee eigent de rechter zich een enorme beleidsvrijheid toe.

Oplossing?: "declaration of incompatibility" in combinatie met actie door de wetgever om die onverenigbaarheid op te heffen

Toetsing van de wet aan fundamentele rechtsbeginselen

Verdedigd zou kunnen worden dat het belang van opheffing van het toetsingsverbod eigenlijk niet primair gelegen zou zijn in toetsing van formele wetten aan de grondwetsbepalingen zelf, maar veeleer in toetsing aan (ongeschreven) fundamentele rechtsbeginselen die aan deze bepalingen ten grondslag liggen.

- Meer in het verlengde van recente rechtsontwikkelingen

Tegenwoordig acht de rechter zich ook bevoegd om te oordelen dat andere wettelijke regels dan die van de wet in f.z. met fundamentele rechtsbeginselen in strijd zijn.

- Dus niet alleen de toepassing, maar ook het voorschrift als zodanig!
 - Willekeurtoetsing
- Hoge Raad: Harmonisatiewet arrest: Wetten in f.z. kunnen krachtens art. 120 Gw niet aan fundamentele rechtsbeginselen worden getoetst.

Voor rechterlijke toetsing van wetgeving geven beginselen te weinig houvast
De norm bakent het beginsel niet af!

Uitgaande van de vrijheid en gelijkheid van een ieder beoogt democratie bij te dragen aan de menselijke zelfbepaling.

In het staats- en bestuursrecht gaat de belangstelling echter meer uit naar de andere doelstelling van democratie, te weten het verschaffen van legitimiteit aan bevoegdheidsuitoefening van de overheid.

- Legitimiteit met een normatieve inslag: vanuit de overtuiging dat regels rechtvaardig zijn en de uitvaardigers terecht tot hun handelen zijn gemachtigd.
- Dus niet door berusting van de burgers, maar in de aanvaarding dat het rechtens zo behoort te gaan.

Democratie is een containerbegrip:

- Actief kiesrecht voor een ieder gelijkkelijk via vrije en geheime verkiezingen
- Passief kiesrecht (recht om gekozen te worden)
- Een ieder heeft het recht om naar politieke machtsverwerving te streven
- Politieke grondrechten: vrijheid van meningsuiting en vrijheid van vereniging
- Vertegenwoordigende colleges hebben invloed op de besluitvorming door middel van (mede)beslissingsrecht vooraf en/of door de bevoegdheid tot controleren achteraf
- Openbaarheid van besluitvorming en/of besluiten
- De meerderheidsregels wordt gehanteerd.
- Rechten van minderheden worden gerespecteerd

Actief kiesrecht

(Dit is een zeer korte samenvatting, omdat alles wat ik weet c.q. bekend veronderstel hier niet wordt herhaald).

Nederland is een representatieve democratie

De kiesdrempel is gelijk aan de kiesdeler

De kieswet kent een lijstenstelsel

Passief kiesrecht

Politieke partij: Een georganiseerde groep die als zodanig kandidaten stelt voor de verkiezing van een volksvertegenwoordigend lichaam.

Art. 67 derde lid Gw: "Vrij mandaat":

- Een afgevaardigde kan niet door een politieke partij of fractie worden verplicht zijn stem op een bepaalde wijze uit te brengen, of zijn zetel op te zeggen als hij zijn partijlidmaatschap verliest.
- Vertegenwoordigers hebben geen imperatief mandaat; zij hoeven niet de wil van de vertegenwoordigden na te komen

Streven naar machtsverwerving legitiem

Één van de lastigste problemen waarmee een democratisch bestel worstelt, is de vraag of het zichzelf mag en moet verdedigen tegen ondemocratische en anderszins verwerpelijke stromingen die naar politieke machtsverwerving streven:

- De zelfverdediging van de democratische rechtsstaat tegen de dreiging van opheffing van binnenuit, tegen aanslagen op de democratische orde als zodanig is recht en plicht van deze staat.
- Dit ondanks het gehuldigde relatieve waarheidsbegrip; de relativiteit van de waarheid betekent nog geen volstrekt waardenrelativisme. De DRS dient open te staan voor een scala van waarheden, maar hoeft niet elke waarheid te verdragen

Uiteraard dient een DRS slechts in extreme gevallen tot verdedigingsmaatregelen, bijvoorbeeld een partijverbod, te besluiten.

(Politieke) grondrechten

Het Nederlandse constitutionele recht kent geen specifieke voorschriften met betrekking tot politieke partijen.

- Komt voort uit politiek liberalisme

Vrijheid van meningsuiting is onlosmakelijk met democratie verbonden

- Vooral radio, televisie en internet zijn hier een belangrijke rol gaan vervullen. In dat opzicht is het opmerkelijk dat de Grondwet een relatief geringe bescherming biedt aan deze media.

De tijd dat demonstatisch als een bijkans onoirbaar drukmiddel jegens de overheid werd beschouwd ligt nog niet zo lang achter ons. De Hoge Raad

heeft steeds geweigerd deze wijze van uiten onder de werking van art. 7 Gw te brengen.

Pas sinds 1983 is de demonstratievrijheid in de nationale Grondwet verankerd, overigens niet in art. 7 Gw maar in art. 9 Gw.

Het petitierecht vervult nog een bescheiden functie naast de vrijheid van meningsuiting. Op grond van dit recht is het desbetreffende bevoegde gezag verplicht een schriftelijk geuite mening in ontvangst te nemen.

- Grondwettelijk gezien heeft de overheid geen antwoordplicht!

Democratische zeggenschap in en controle op besluitvorming

Het Nederlandse parlement heeft geen exclusieve wetgevende bevoegdheid.

- Art. 81 Gw: vaststelling van wetten geschiedt door de regering en Staten-Generaal gezamenlijk

De wetgevende en controlerende taak van het parlement zijn hier nauw met elkaar verweven. Wellicht kan men zelfs stellen dat juist bij uitstek het proces van wetgeving door de beide kamers wordt aangegrepen om rekening en verantwoording te eisen van de regering.

In Nederland geldt als uitgangspunt dat bestuurders steeds verantwoording schuldig zijn aan een volksvertegenwoordiging.

Volksvertegenwoordigers dienen verantwoording af te leggen aan het volk. Dit geschiedt door middel van periodieke verkiezingen.

Openbaarheid van besluiten en besluitvorming

Art. 110 Gw: bevat regelingsopdracht terzake van openbaarheid

Wet Openbaarheid Bestuur:

- Actieve openbaarheidsplicht t.a.v. beleid, inclusief voorbereiding en uitvoering
- Passieve openbaarheidsplicht
 - Uitzonderingsgronden en beperkingen

De openbaarmaking van adviezen van de Raad van State aan de regering of het parlement is aan bijzondere regels gebonden.

Vergadering van vertegenwoordigende organen zijn als regel openbaar

- Uitzonderingen mogelijk

Aan de meeste besluiten zijn pas rechtsgevolgen verbonden als zij openbaar zijn gemaakt:

- Wetten, Algemene Maatregelen van Bestuur en "kleine KB's" die a.v.v. bevatten: Staatsblad
- Kleine KB's die geen a.v.v. bevatten: geen voorschriften
- A.v.v. in ministeriële regeling: Staatscourant
- Verder nog: AwB en "Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen"

Meerderheidsregel

In democratieën is de meerderheidsregel verheven tot uitgangspunt bij politieke besluitvorming.

Voor enkele besluiten waaraan een bijzondere waarde wordt gehecht is een gekwalificeerde meerderheid nodig (b.v. 2/3)

- Soms bepaalt een gewone meerderheid of een 2/3^e meerderheid nodig is ☺

Democratie weegt meningen niet, maar telt ze.

In Nederland bestaat er een traditie om zoveel mogelijk te streven naar consensus ten aanzien van het stellen van een regel en de inhoud van die regel.

Beslissingen zijn in zekere zin naar de toekomst toe "open": ze kunnen worden teruggedraaid.

Rechten van minderheden

Respect voor de rechten van minderheden:

- Functioneel: Grondrechten die aan alle burgers toekomen mogen minderheden niet ontnomen worden.
 - In enkele gevallen worden minderheden op een bijzondere wijze beschermd, namelijk door het stellen van zogenaamde gekwalificeerde meerderheidseisen.
- Inhoud: Belangen van minderheden moeten ontzien worden in de zin dat minderheden niet onnodig in hun handelen worden beperkt.
 - Er zal voor gezorgd moeten worden dat zij bereid blijven de beslissingen van de meerderheid na te leven.

Verdergaande democratisering

Opvallend is dat in Nederland de democratisering vooral gericht is geweest op ambtsdragers.

- Democratisering in rechtstreekse zin heeft zich beperkt tot de aanwijzing van leden van algemeen vertegenwoordigende organen.
- De democratische invloed op de samenstelling van andere ambten bleef indirect.
- De democratische invloed is derhalve slechts middellijk.

Referenda (*need I say more?*)

Drie regeringsvormen:

- Presidentieel stelsel
- Parlementair stelsel
- Conventioneel stelsel

Presidentieel stelsel

Strikte scheiding tussen wetgevende en uitvoerende macht

De regering is geen verantwoording schuldig aan de volksvertegenwoordiging

Alleen in geval van ambtsmisdrijven kunnen president en ministers tot aftreden worden gedwongen

President/regering heeft niet de bevoegdheid om het parlement te ontbinden
Parlement en president tot samenwerking gedwongen om beleid tot stand te brengen

- Voor het aanpakken van problemen is wetgeving & bestuur nodig!

Zowel president als parlement kunnen zich beroepen op directe kiezerslegitimatie!!!

Parlementair stelsel

Alleen de volksvertegenwoordiging wordt door verkiezingen aangewezen

- In diverse implementaties van het parlementaire stelsel zijn er wel verschillen in de democratische legitimatie van de regering te onderkennen.
 - Nederland v.s. Verenigd Koninkrijk

Regering kan niet functioneren als zij het vertrouwen van het parlement mist

- Vertrouwen opgezegd: opstappen of parlement ontbinden

Het parlementaire stelsel is gericht op de samenwerking van de centrale gezagsdragers

Het staatshoofd regeert niet, en de regeringsleider is geen staatshoofd

Conventioneel stelsel

Oorsprong ligt in de tijd van de Franse Revolutie

Uitgangspunt is absolute volkssoevereiniteit, zonder machtsverdeling. De volksvertegenwoordiging is hier zowel ten aanzien van wetgeving als uitvoering de hoogste macht (Rousseau)

Regering is geheel ondergeschikt aan het parlement → geen vertrouwensregel

Geen enkele vorm van machtsverdeling → risico van aberraties

In Nederland tot 2001 een conventioneel stelsel op het niveau van provincies en gemeenten

Mengvormen en feitelijke verhoudingen

Diverse staten kennen mengvormen

Bepalend voor de typering van een regeringsvorm is de verhouding tussen regering en parlement.

- Niet of het een republiek of een monarchie is!!!

Feitelijke verhoudingen binnen een stelsel per land kunnen in de tijd verschillen

De regering

De Grondwet geeft een wat ongelukkige definitie van het ambt "regering" in art. 42 Gw: De regering wordt gevormd door de Koning en de minister.

Art. 47 Gw stelt dat voor regeringsbesluiten (KB) de handtekening van de Koning en die van een of meer ministers en/of staatssecretarissen voldoende is.

Andere naam voor de regering: De Kroon

Het staatsrecht kent de Koning in drie hoedanigheden:

- Als privé-persoon
- Als deel van de regering
- Als staatshoofd

Dat de Koning staatshoofd is blijkt niet uit de tekst van de Grondwet, maar kunnen we afleiden uit de grondwetsgeschiedenis.

De gebrekkige democratische legitimatie van de monarchie wordt gerelativeerd door de geringe politieke betekenis van het ambt.

De ministers tezamen vormen de ministerraad; dit is een belangrijk ambt binnen de regering

Binnen de ministerraad dienen behandeld te worden:

- Wetsvoorstellen
- Ontwerp-Algemene Maatregelen van Bestuur
- Belangrijke nota's aan de Staten-Generaal
- Belangrijke adviesaanvragen
- De benoeming van een aantal ambtsdragers

Staatssecretarissen zijn geen lid van de ministerraad; zij kunnen aan die vergadering slechts deelnemen met raadgevende stem

In externe verhoudingen heeft de staatssecretaris dezelfde bevoegdheden en verplichtingen als de minister (art. 46 Gw)

Het kabinet is geen apart staatsrechterlijk college met eigen bevoegdheden.

De formatie wordt beheerst door de vertrouwensregel

Voor het overige geschiedt de formatie aan de hand van ongeschreven procedureregels die min of meer vaste praktijk zijn geworden:

- Zodra de uitslag van de verkiezingen vaststaat wint de Koning advies in van vice-voorzitter van de Raad van State, de voorzitters van de Tweede en de Eerste Kamer en de fractievoorzitters uit de Tweede Kamer.

- De Eerste Kamer speelt verder geen rol bij de formatie
- De adviezen van de fractievoorzitters worden gepubliceerd in de Staatscourant.
- Op basis van die adviezen wijst de Koning een formateur of een informateur aan.
 - Dit is een besluit dat de Koning geheel zelfstandig neemt, het is dus geen KB in de zin van art. 47 Gw.
- Een formateur heeft tot taak heel gericht te werken aan de samenstelling van een kabinet met een bepaalde politieke kleur en een bewindsliedenploeg ter benoeming voor te dragen.
- Een informateur heeft als opdracht om onderzoek te doen naar de mogelijkheden om een meerderheidskabinet te formeren. De fractievoorzitters zijn niet verplicht om met de informateur te praten.
- Een formateur kan falen, een informateur niet.

Door de keuze van de informateur kan de Koning enige invloed uitoefenen op de politieke kleur van het toekomstige kabinet. Echter, door de openbaarheid van de adviezen van de fractievoorzitters wordt de vrijheid van het staatshoofd feitelijk beperkt.

Tot 1963 werd veelvuldig gekozen voor de extra-parlementaire formatiemethode

- De formatie ging buiten het parlement om
- Tegenwoordig doen we aan de parlementaire formatiemethode

Het sluiten van een regeerakkoord is niet verplicht, maar gebeurt de laatste decennia steeds.

- Brengt een politieke binding teweeg, geen juridische!

Na een geslaagde formatiepoging houdt de formateur een constituerende vergadering met de kandidaat-ministers waarin zij zich jegens elkaar binden aan het regeerakkoord.

Hierna brengt de formateur verslag uit aan de Koning.

Daarna doet de beoogde minister-president de Koning een voordracht voor de te benoemen minister-president, de overige ministers en eventueel ook van de staatssecretarissen.

Zij allen worden benoemd door de Koning, onder contraseign van de nieuwe minister-president.

Het kabinet heeft voor het rechtsgeldig functioneren geen motie van vertrouwen nodig!!!

- Er kan wel meteen een motie van wantrouwen tegenaan worden gegooid (Colijn V in 1939; motie Deckers)

Nadelen van de formatieprocedure:

- Er bestaat geen ministeriële verantwoordelijkheid voor de voorafgaande fases in de formatie.
- Lange duur (record: ruim 7 maanden, in 1977)
- Kiezers hebben geen rechtstreekse invloed op de politieke samenstelling van het kabinet
- Gebrek aan openbaarheid

1971: Motie-Kolfschoten: nieuwe Tweede Kamer doet voordracht aan de Koning over de formateur. Ging echter meteen mis (TK kon niet tot overeenstemming komen over de voordracht)

Ander voorstel: Minister-President rechtstreeks kiezen

- Nadeel: een gekozen MP zou met zijn eigen democratische legitimiteit een te sterke positie ten opzichte van het parlement kunnen verwerven.

Motie-Jurgens/Mateman (art. 139a RvOTK):

- In de adviezen die leiden tot een (in)formatie-opdracht een termijn opnemen voor de duur van de opdracht
- Verplichting voor van (in)formateurs om na afloop van die termijn of het einde van hun opdracht beschikbaar te zijn voor de kamer om inlichtingen te verschaffen over de door hen verrichte werkzaamheden.
 - Ook geen doorslaggevend succes

Parlement

De Staten-Generaal bestaan uit de Tweede Kamer en de Eerste Kamer (art. 51, eerste lid, Gw)

Wat is in Nederland het nut van een twee-kamer stelsel?

- Geen bondsstaat

In het verleden werden wel eens twee-kamer systemen in eenheidsstaten ingevoerd om de belangen van een bepaalde stand (adel) te waarborgen.

- Dit is ook de oorsprong van het Nederlandse stelsel (Belgen).

- Chambre de réflexion (heroverwegingsfunctie)

De Eerste Kamer mist een aantal belangrijke bevoegdheden die de Tweede Kamer wel heeft:

- Recht van amendement
- Recht van initiatief

Bij de behandeling van wetsontwerpen kan zij slechts aannemen of verwerpen.

- Wel kunnen er wijzigingsvoorstellen worden aangemomen (novellen), die echter eerst weer door de Tweede Kamer moeten worden behandeld.

Het Nederlandse stelsel kent geen conflictenregeling in het geval van een verschil van mening tussen de Tweede en de Eerste kamer.

Vestiging parlementaire stelsel

In de eerste grondwetten van 1814 en 1815 was nog geen aanwijzing te vinden voor een verantwoordelijkheid van de ministers jegens het parlement.

De vorst kon verder niet ter verantwoording worden geroepen.

In 1840: invoering van het contraseign voor Koninklijke Besluiten → Koning kon niet meer zonder hulp van een minister een besluit nemen.

- De bevelsverhouding verdween en zelfs het ontslagbesluit van een minister diende door een minister te worden ondertekend.

Grondwet 1848: De Koning is onschendbaar, de ministers zijn verantwoordelijk

De vertrouwensregel ontwikkelt zich in het verlengde van de politieke verantwoordelijkheid:

- Kwestie-Mijer (1866)
- Luxemburg-kwestie (1868)

Vertrouwensregel

Onze vertrouwensregel is een *ongeschreven* regel:

- Vastlegging zou afbreuk doen aan de nodige souplesse die in de verhouding regering en parlement gewenst is
- Formulering dus niet geheel zeker

- Negatieve formulering: pas wanneer afwezigheid van vertrouwen blijkt dient een minister of een kabinet op te stappen.

Kamer dient de vertrouwensregel in werking te stellen. Bewindspersoon kan expliciet om het vertrouwen vragen...

Volgens een aantal auteurs is er ook een tweede vertrouwensregel die stelt dat een minister ook moet wijken als hij/zij de steun verliest van de (een) geestverwante fractie

- Het kan ook zijn dat een minister opstapt omdat een coalitiefractie de steun opzegt

Ook met de Eerste Kamer heeft de regering een vertrouwensrelatie

Indien bewindsliden door een wantrouwenstemming worden getroffen:

- Zullen zijn hun ontslag aanbieden aan de Koning.
- Indien het een individuele minister betreft zal de Koning dit verzoek inwilligen
- Indien het gehele kabinet op wenst te stappen:
 - Koning geeft niet ogenblikkelijk ontslag, maar neemt het in beraad
 - Koning vraagt het demissionaire kabinet alles te doen wat in het kader van het landsbelang noodzakelijk is
 - Vervolgens begint een formatieprocedure
 - Twee mogelijkheden:
 - Koning ontbindt de kamer ex art. 64 Gw
 - Ontbinding gaat pas feitelijk in op het moment dat de nieuwe kamer bijeenkomt
 - Er wordt een nieuw kabinet geformeerd dat steunt op een meerderheid van het zittende parlement
 - Niet iedereen vindt dit aanvaardbaar; in de ogen van de criticasters dient na een crisis het oordeel van de kiezers gevraagd dienen te worden

Ministeriële verantwoordelijkheid

Drie soorten verantwoordelijkheid:

- Civielrechtelijke verantwoordelijkheid
 - Ministers zijn organen van de rechtspersoon Staat
- Strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid

- Art. 119 Gw
- Strafrechtelijke vervolging begint bij KB of een besluit van de TK
- Opportuniteitsbeginsel geldt nu niet: OM moet vervolgen
- Het uiteindelijke oordeel berust bij de Hoge Raad
- Politieke verantwoordelijkheid
 - Betreft niet alleen de rechtmatigheid, maar ook de effectiviteit en de efficiëntie van het regeringsoptreden.

Ministeriële verantwoordelijkheid gekoppeld aan de bevoegdheden die hij heeft krachtens zijn ambt, en dus aan de verschillende posities die hij in ons staatsbestel bekleedt:

- Eigen doen en (na)laten
- Lid van de regering
- Lid van de ministerraad
- Lid van de Raad van Ministers (EU)

En dus o.a. voor:

- Medewerking aan geattribueerde en gedelegeerde wetgeving
- Gebruik van subdelegatie
- Uitvoering van beschikkingsbevoegdheid op basis van wettelijke regelingen
- Toezicht op besluiten van lagere publiekrechtelijke lichamen
- Wijze waarop buitenlands beleid wordt gevoerd
- Besteding van begrotingsgelden
- Verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen en feitelijke handelingen

Minister is als hoofd van een ministerie ook verantwoordelijk voor de aan hen ondergeschikte ambtenaren

- Dit ligt wat moeilijker voor ambtenaren die eigen bevoegdheden geattribueerde hebben gekregen (gedeconcentreerde rijksdiensten)
- Minister is echter ook hiervoor verantwoordelijk, want hij heeft de bevoegdheid om de ondergeschikten aanwijzingen te geven

De ministers zijn ook verantwoordelijk voor het onschendbare staatshoofd

- Ook voor het privé-optreden van de Koning, doch slechts zover als het openbaar belang in het geding is

Voor het optreden van de overige leden van de het Koninklijk Huis geldt een beperkte verantwoordelijkheid.

Er geldt ook een inlichtingenplicht aan de Staten-Generaal (art. 68 Gw en art. 69 Gw). Beperkingen:

- Geheim van de Kroon (bescherming van de positie van het staatshoofd)
- Belang van de Staat

Monisme en dualisme

Presidentieel stelsel → dualistisch

Conventioneel stelsel → monistisch

Parlementair stelsel → het kan verkeren; de situatie kan van land tot land en per periode verschillen

Rol politieke partijen

Functies:

- Mobilisatiefunctie
- Aggregatie- c.q. integratiefunctie
- Communicatiefunctie
- Participatiefunctie
- Representatiefunctie
- Selectiefunctie

Zijn politieke partijen wel in staat om een integratie- en communicatiefunctie te vervullen?

M.b.t. representatiefunctie: wie worden vertegenwoordigd? Electoraat of partij?

In het Nederlandse stelsel is de kiezersdemocratie verworden tot een partijdemocratie

Monistische verhoudingen

Monistische verhouding tussen regering en parlementaire meerderheid in de TK.

Oorzaken:

- Fractiediscipline
- Uitgebreide en gedetailleerde regeerakkoorden

Oppositie voert dus de controlefunctie uit; de parlementaire meerderheid niet (meer). Van die taak komt dan (dus) niet veel meer terecht.

- Oppositie heeft beperkte mogelijkheden om corrigerend op te treden.
- Doet de roep om rechterlijke toetsing van wetten toenemen

Functioneren ministeriële verantwoordelijkheid

Er is een tendens tot koppeling van politieke verantwoordelijkheid met verwijtbaarheid.

- Het staatsrecht gaat echter uit van volle ministeriële verantwoordelijkheid!

- Als een minister die zelf een onberispelijk gedrag heeft vertoond [in dergelijke omstandigheden] opstapt dan bewijst hij het landsbestuur en zijn opvolger een grote dienst.

In het algemeen blijken individuele bewindspersonen voor hun functioneren meer afhankelijk te zijn van hun eigen fractie en/of politieke partij dan van de parlementaire meerderheid.

- Coalitie- en fractiediscipline

Velen zijn van opvatting dat als gevolg van de grote omvang van de staatstaak de ministeriële verantwoordelijkheid meer dan ooit een fictie is. Met de instelling van Zelfstandige Bestuursorganen heeft men doelbewust de ministeriële verantwoordelijkheid willen inperken.

- De praktijk laat zien dat een minister toch via art. 68 Gw wordt aangesproken op het functioneren van een ZBO, maar hij hier vaak weinig aan kan doen omdat hij nauwelijks bevoegdheden (meer) heeft ten aanzien van het desbetreffende ZBO.

Legitimiteit van besluiten en besluitvorming

De besluitvorming door het bestuur heeft een indirecte/afgeleide legitimatie. Delegatie van bevoegdheden vindt op grote schaal plaats.

De afnemende normerende invloed van de wet heeft ook tot gevolg dat de grondslag van de legitimiteit van het overheidshandelen voor een groot deel is weggevallen.

Verhoogde legitimatie van de besluitvorming kan worden gevonden in toenemende participatie van de burger bij de (voorbereiding van de) besluitvorming met als oogmerk een directe invloed te verschaffen, maar kan ook worden bereikt door de burger meer rechtswaarborgen in de totstandkomingsprocedure van besluiten toe te kennen.

Er is sprake van een onmacht van de wetgever deels voortkomend uit een gebrek aan durf om inhoudelijke normen te stellen. Regering en parlement vluchten bij lastige inhoudelijke problemen al snel in het inrichten van een nette procedure

Er is behoefte ontstaan bij overheid en burgers aan meer invloed en controle van de bevolking op het bestuur. Het vertegenwoordigend stelsel sluit in beginsel niet uit dat er op tal van terreinen en in tal van vormen rechtstreekse bemoeienis is van de burger met het proces van beleidsvoorbereiding en besluitvorming.

Verschillende gradaties in participatie:

- Meeweten
- Meepraten (horing door het bestuur)
- Meebeslissen

Ook onderverdeling naar directe en indirecte democratie

Inspraak

Een georganiseerde gelegenheid voor personen en organisaties van buiten de betrokken overheid, waarin deze hun meningen en gedachten kunnen uiten over beleidsuitgangspunten en –voornemens en daarover in discussie kunnen treden met overheidsvertegenwoordigers

- Resultaten binden het bestuur niet!

Brede Maatschappelijke Discussie

Werkt in het algemeen verdragend en kostenverhogend

Uit het oogpunt van zorgvuldige besluitvorming is het vaak zeer gewenst (en soms zelfs verplicht) dat betrokken burgers worden gehoord

- De rechter hecht er in het algemeen aan dat hoorplichten worden nagekomen

In de Awb zijn er een aantal uniformerende regelingen getroffen

- Openbare voorbereidingsprocedure
- Uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure
 - Milieurecht

Ook in de Gemeentewet en de Provinciewet zijn algemene inspraakregelingen opgenomen

Over het algemeen niet erg efficiënt en tijdrovend.

Adviescommissies

Externe adviescolleges zijn colleges die voor tenminste de helft bestaan uit personen die niet werkzaam zijn onder verantwoordelijkheid van het overheidsorgaan waaraan het college adviseert.

Verhoogt de legitimiteit van de besluitvorming:

- Belangenraden of representantenraden
 - SER
 - Knelpunten:
 - Gebrekkige representativiteit van hun samenstelling
 - Minder georganiseerde groeperingen komen niet of nauwelijks aan bod
 - Beperken politieke speelruimte
- Hoorzittingen en opinieonderzoek

Afwijken van een advies is niet altijd geoorloofd

- Onder invloed van geschreven recht en beginselen van behoorlijk bestuur
- Indien wel geoorloofd heeft het een deugdelijke motivering

Bestuur mag een advies niet klakkeloos uitvoeren: toetsingsplicht

Overleg

Verhoging van de legitimiteit van de besluitvorming kan ook gezocht worden in het voeren van overleg met belanghebbenden

Overheden voeren veelvuldig overleg, vooral onderling

- Coördinatie
- Verkapte vorm van toezicht

Ook vindt er wel overleg plaats tussen de overheid en burgers

- Slechts zelden wordt overleg gevoerd met individuele burgers

Overleg is betrekkelijk veelvuldig geïnstitutionaliseerd in

arbeidsverhoudingen, ook waar de overheid als werkgeefster optreedt

Veelal is er echter geen sprake van open overleg. De financiële kaders zijn vaak al gegeven, zodat de invloed op het resultaat op voorhand al beperkt is. Verder is er een beperkte handhavingsstructuur als het overleg niet als open en reëel wordt ervaren.

Ook hier speelt de vraag omtrent de representativiteit van de participanten

(Functionele) decentralisatie

De opvatting wordt wel verdedigd dat het zo dicht mogelijk bij de burger plaatsen van de bevoegdheidsuitoefening door de overheid tegemoet komt aan democratische verlangens. Hierdoor voelt de burger zich meer betrokken bij de besluitvorming en is zijn invloed hierop (indien gewenst) directer.

Decentralisatie kan territoriaal of functioneel van aard zijn

- Territoriaal: provincies, gemeentes
- Functioneel: openbare lichamen voor beroep en bedrijf
- Mengvorm: waterschappen

Functionele decentralisatie heeft een grote vlucht genomen: Zelfstandige bestuursorganen (ZBO's):

- Personen of colleges die niet in een hiërarchische verhouding tot een minister staan en die bij de wet bepaalde bevoegdheden geattribueerde of gedelegeerd hebben gekregen die zij zelfstandig kunnen uitoefenen:
 - Commissariaat voor de Media
 - Informatie Beheer Groep
- Ontlasting van de centrale overheid
- Verbetering van de kwaliteit van een deel van het bestuur
- Belang kan beter tot zijn recht komen door afzonderlijke behartiging
- Verschijningsvormen zeer divers:
 - Raden, commissies, fondsen, stichtingen
 - Soms privaatrechtelijke rechtspersonen, soms niet
 - In het bestuur zitten soms vertegenwoordigers van belangenorganisaties
- Ook grote problemen:
 - Ondoorzichtigheid van bestuur
 - Democratisch gehalte en democratische controle laten te wensen over
 - Geen algemeen wettelijk regime

Referendum en volksinitiatief

Referendatypes:

- Consultatief vs. Decisief
- Obligatoir vs. Facultatief

Voorstel:

- Uitgesloten zijn voorstellen van wet inzake het koningschap, het koninklijk huis, de begroting dan wel een voorstel van wet dat uitsluitend strekt tot uitvoering van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden, verdragen of besluiten van volkenrechtelijke organisaties.
- Nodige drempels ingebakken

Door het referendum wordt de politieke controle vergroot

Vaste politieke verhoudingen kunnen worden doorbroken

Kunnen echter ook legitimizeitsverlagend werken

Referendum kan worden misbruikt door regeerders

Of kan verworden tot een plebisciet (aanblijven/opstappen)

Kan worden gebruikt om deelbelangen door te drukken of om politieke tegenstanders de wind uit de zeilen te nemen

Kan de zittende regering na een nederlaag bij een referendum wel aanblijven?

Het zo dicht mogelijk bij de burger plaatsen van de besluitvorming past in een streven naar verdergaande democratisering van de bevoegdheidsuitoefening.

- Europese Handvest voor de lokale autonomie

Decentralisatie is als zodanig niet een eis die rechtstreeks voortvloeit uit rechtstatelijke eisen!

- Er bestaat zelfs een zekere spanningsverhouding tussen (territoriale) decentralisatie van bevoegdheden en het rechtstatelijke legaliteitsbeginsel dat vereist dat op basis van algemeen werkende wetten iedereen gelijk wordt behandeld.
- Echter, het toerusten van gedecentraliseerde overheidsinstanties met bevoegdheden past wel degelijk in een rechtstatelijke conceptie
- De remedie tegen absolutistische bevoegdheidsuitoefening is immers volgens rechtstatelijke principes het verdelen van macht over verschillende overheidsorganen

Verschijningsvormen van decentralisatie

Een van de dwingende uitgangspunten van de rechtstaatgedachte is de spreiding van overheidsbevoegdheden

- Horizontale machtenscheiding
 - Binnen een overheidsniveau
- Verticale machtenscheiding
 - Tussen hogere en lagere overheden

Drie ideaaltypische staatsvormen:

- Statenbond, of confederatie
 - Samenwerkingsverband waarbij staten gezamenlijk een verdrag sluiten en daarbij taken aan een gezamenlijk gezagsorgaan toedelen, maar voor het overige hun zelfstandigheid behouden.
 - Zwak centraal gezag
 - Meer een volkenrechtelijk samenwerkingsverband dan een zelfstandige staatsvorm
 - In het algemeen geen lang leven beschoren; vallen uiteen of worden omgevormd tot een bondsstaat of een eenheidsstaat

- Republiek der Verenigde Nederlanden heeft het dan toch maar mooi uitgehouden van 1579 tot 1795 ☺
 - Bondsstaat, of federatie
 - Één soevereine staat bestaande uit deelstaten en een federaal gezag.
 - Federale constitutie bevat een regeling voor de verdeling van bevoegdheden tussen de organen van het centrale federale gezag en de deelstaten →
Competentieverdeling
 - Enumerated powers
 - Opsomming van bevoegdheden van de federale overheid, de overige bevoegdheden vallen toe aan de staten
 - Implied powers
 - De federale wetgever heeft ook de bevoegdheden die impliciet liggen besloten liggen in de opgesomde bevoegdheden
 - Limited powers
 - Federale constitutie bevat limitatieve opsomming van de bevoegdheden van de provincies/staten (Canada)
 - Ook staten met een gemengde competentieverdeling
 - Het ligt niet voor de hand dat het federale gezag wordt belast met de bewaking van de competentieverdeling tussen de deelstaten en de centrale overheid
 - Onafhankelijke rechterlijke instantie
 - Supreme Court
 - Bundesverfassungsgericht
 - Tweekamer stelsel in het parlement
 - Bondsraad (benoemd door de staten, b.v. de deelstaatministers)
 - Senaat (gekozen door de deelstaatinwoners)
- Eenheidsstaten
 - Zuivere eenheidsstaat
 - Alle bevoegdheidsuitoefening vindt op centraal niveau plaats

- Gedecentraliseerde eenheidsstaat
 - Belangrijke bevoegdheden komen toe aan organen van lagere publiekrechtelijke lichamen
 - Die lagere publiekrechtelijke lichamen beschikken echter niet over een constitutioneel gewaarborgde competentie die onaantastbaar is voor de centrale wetgever

Deconcentratie:

- Het verlenen van bevoegdheden aan hiërarchisch ondergeschikte organen d.m.v. attributie door de wetgever
- Gedeconcentreerde ambten hebben een verantwoordingsplicht

Gedecentraliseerde organen oefenen hun bevoegdheden niet uit in ondergeschiktheid aan een hoger overheidsorgaan ten opzichte waarvan ze een verantwoordingsplicht hebben!

Welke taken bevoegdheden dienen op gedecentraliseerd niveau uitgeoefend te worden?

Vroeger: driekringenleer

- Rijk, provincie en gemeenten hebben ieder een eigen, natuurlijk, werkterrein; een eigen huishouding
- Elk belang zou slechts in één van die drie kringen behartigde kunnen worden
- → Gaandeweg werd duidelijk dat deze leer onhoudbaar was

In het verleden zijn steeds meer taken door de centrale overheid aan zich getrokken, ook die taken welke voorheen werden beschouwd als typisch gemeentelijk.

- Doelmatigheid
- Politieke afwegingen
- Streven om alle Nederlanders een gelijke toegang te bieden tot bepaalde voorzieningen

De Grondwet kent nog steeds het wat ouderwetse begrip "huishouding" ter onderscheiding van de verschillende taken en bevoegdheden van gemeenten, provincies en rijk.

Autonomie:

- De organen van lagere publiekrechtelijke lichamen moge in beginsel naar eigen inzicht regelend en besturend optreden.

Veel oorspronkelijk autonome gemeentelijke en provinciale bevoegdheden zijn in het verleden toebedeeld aan organen van de centrale overheid.

- De autonomie is een restgebied geworden

Grondwettelijke bescherming van de gemeentelijke en provinciale autonomie is beperkt.

- Een volledige ontneming van de autonome bevoegdheden is in strijd met de Grondwet
- Tevens voorafgaand toezicht op alle autonome besluiten

Kwantitatief veel belangrijker zijn de taken en bevoegdheden die gemeenten en provincies bezitten krachtens medebewind.

- Verplichte uitoefening van bevoegdheden, opgedragen bij hogere regeling
- Is **geen** uitvoering van opdrachten van hogerhand!!!
- Medebewind is opdracht tot zelfstandige (op eigen naam en verantwoordelijkheid te verrichten) uitoefening van bevoegdheden binnen de grenzen van de medebewindverlangende hogere regeling
 - Die grenzen kunnen ruim getrokken zijn en veel beleidsruimte laten aan de lagere overheden

Qua rechtsgevolgen is er nog maar weinig verschil tussen autonomie en medebewind.

- Vroeger konden medebewindverlenende organen aan civielrechtelijke aansprakelijkheid en publiekrechtelijke verantwoordingsplicht ontkomen door zich te beroepen op het feit dat zij in opdracht van de medebewindvorderende overheidsinstantie hadden gehandeld
- 1947, arrest Tak/Haarlemmermeer; Hoge Raad stelt vast dat in geval van medebewind gemeentelijke functionarissen niet handelen als organen van de staat maar als organen van de gemeente en dat derhalve de gemeente civielrechtelijk aansprakelijk was
- De verantwoordingsplicht van de genoemde colleges en hun individuele leden geldt tegenwoordig ook voor daden in het kader van medebewind
 - Wel is er nog enig verschil t.a.v. taakverwaarlozing
 - In geval van autonome taken kan slechts worden ingegrepen indien deze taken grovelijk worden verwaarloosd

Europese handvest voor de lokale autonomie

- Diverse belangwekkende bepalingen die door Nederland allen zijn geaccepteerd zonder voorbehoud

Aan een hogere bestuurslaag komt slecht dan een taak toe wanneer door een orgaan van die hogere bestuurslaag wordt aangetoond dat een lager bestuursorgaan deze taak niet kan uitoefenen (art. 117 tweede lid Gemeentewet, art. 115 tweede lid Provinciewet)

In een eenheidsstaat is er een voortdurende strijd om bevoegdheden en beleidsruimte

- De beleidsruimte van lagere overheden wordt aanzienlijk beperkt door de beschikbare financiële middelen
 - Gemeentefonds en Provinciefonds
 - Centrale overheid stelt verder voor de uitvoering van bepaalde medebewindstaken aparte middelen ter beschikking
 - Gebonden budgetten
 - Problematiek van de "zilveren koorden" in het openbaar bestuur
 - Het invoeren, wijzigen of afschaffen van een gemeentelijke of provinciale belasting behoeft goedkeuring van de Kroon
 - Het percentage eigen heffingen is de laatste jaren sterk toegenomen, met name door de ten gevolge van milieueisen noodzakelijk gebleken tariefsstijging van rioolrechten en reinigingsrechten.

Inrichting, samenstelling en bevoegdheden van decentrale ambten

Dualisering gemeentebestuur:

- Bestuursfunctie wordt bij het college B&W gelegd
- De raad is eerst en vooral controleur van het college
- Burgemeester kreeg eigenstandige rol, opereert met enige distantie van de partijpolitiek

In het oorspronkelijke conventionele stelsel op provinciaal en gemeentelijk niveau stond de volksvertegenwoordiging aan het hoofd van het bestuur

De gemeenteraad is het enige algemeen vertegenwoordigende orgaan waarvoor ook niet-Nederlanders kiesrecht hebben

In de Provinciewet en de Gemeentewet worden een aantal functies genoemd die niet gelijktijdig met het lidmaatschap van provinciale staten of gemeenteraad kunnen worden vervuld → incompatibiliteiten

Als (grond)wettelijk hoogste orgaan zijn aan provinciale staten en gemeenteraad tot dusver ook de belangrijkste bevoegdheden toegekend.

In het kader van de dualisering worden medebewindstaken tegenwoordig bij GS en B&W neergelegd

- Uit de medebewindvorderende wet blijkt bijna altijd zonneklaar van welk orgaan medebewind wordt gevraagd

Commissaris van de Koningin en de gedeputeerden vormen samen Gedeputeerde Staten

- CvK is voorzitter van dit college
- Vroeger werden de gedeputeerden uit en door de provinciale staten gekozen

Het college van burgemeester en wethouders vormt het dagelijks bestuur van de gemeente

- Burgemeester is voorzitter van dit college
- Er dienen minstens twee wethouders te zijn; het maximum is 20% van het aantal raadsleden
- Collegevorming:
 - Afspiegelingscollege
 - Passen in conventioneel stelsel
 - Meerderheidscollege
 - Passen meer in duaal stelsel
 - Programcollege

Binnen zes weken na de eerste vergadering van de raad na verkiezingen dienen de wethouders te worden benoemd

GS en B&W opereren onder collegiale besluitvorming

- Individuele leden kunnen niet worden belast met bevoegdheden
 - Zij zijn geen afzonderlijk bestuursorgaan
 - Binnen het dagelijks bestuur wordt wel een taakverdeling aangehouden
- Als een gedeputeerde of wethouder bevoegdheden uitoefent dan doet hij dat in een mandaatconstructie namens het college/GS

CvK en burgemeester waren in vroeger tijden vooral bedoeld als bewaker van rijksbelangen

In 1994 werd in de Provinciewet en Gemeentewet de in de praktijk gevestigde betrokkenheid van provinciale staten en gemeenteraad bij de benoeming en herbenoeming van hun voorzitter vastgelegd.

CvK en burgemeester zijn voorzitter van de provinciale en gemeentelijke volksvertegenwoordiging, alsmede van het dagelijks bestuur. Voorts vertegenwoordigen zij de provincie en gemeente in en buiten rechte.

De burgemeester is belast met de handhaving van de openbare orde

- Art. 147a Gemeentewet: bevoegdheden tot het sluiten van overlastpanden
- Art. 176a jo 154a Gem.w: bevoegdheid tot vrijheidsbeneming van ordeverstoorders

PS en gemeenteraden zijn bevoegd commissies in te stellen:

- Commissies van advies
- Commissies met gedelegeerde bevoegdheden

Territoriale commissies:

- Deelgemeenteraden
- Leden moeten rechtstreeks worden gekozen door de ingezetenen van het territorium

De leden van het dagelijks bestuur zijn tezamen en ieder afzonderlijk aan PS/raad verantwoording schuldig voor het door hen gevoerde bestuur, ongeacht of dit autonome dan wel medebewindstaken betreft

- CvK/burgemeester ook verantwoording- en inlichtingenplichtig
 - CvK heeft geen verantwoordingsplicht aan PS voor zijn handelen in het kader van de uitvoering van de ambtsinstructie, omdat hij in dit kader optreedt als rijksorgaan. Voor dit handelen is hij verantwoording schuldig aan de minister van Binnenlandse Zaken

De individuele verantwoordingsplicht sluit aan bij de praktijk van portefeuillevindeling

In een strikt conventioneel stelsel past ook niet de werking van een vertrouwensregel

- Ten aanzien van wethouders was al eerder gebleken dat zij in de praktijk niet konden functioneren zonder het vertrouwen van de raad. In de oude gemeentewet was dan ook een ontslagmogelijkheid wegens ontbreken van vertrouwen opgenomen.
- In 1994 vertrouwensregel opgenomen in Gemeentewet en Provinciewet

De burgemeester kan overigens niet door de gemeenteraad wegens gebrek aan vertrouwen tot ontslag worden gedwongen. In de praktijk gaat de regering echter wel tot ontslagverlening over in geval van een ernstige vertrouwensbreuk. Hetzelfde geschiedt in geval van ernstig disfunctioneren van een burgemeester. Ten aanzien van de CvK bestaat dezelfde juridische mogelijkheid.

Van de Fransen wordt wel gezegd dat zij zoveel watervrees hadden dat zij – hoewel normaliter toch niet vies van bestuurlijke reorganisaties – de waterschappen ongemoeid lieten ☺

1 juni 1992: Waterschapswet:

- Geen uniformerende regeling, maar een kaderwet
- Reglementering kan dus nog steeds per provincie en zelfs per waterschap verschillen

Grote waterschappen: Hoogheemraadschappen

Waterschappen kennen een algemeen bestuur (volksvertegenwoordiging) en een dagelijks bestuur.

- Algemeen bestuur samengesteld uit vertegenwoordigers van categorieën van belanghebbenden
 - Ingelanden

Kenmerkend voor de waterschapswet is de koppeling tussen belang, betaling en zeggenschap

Dagelijks bestuur: heemraden, hoogheemraden, dijkschepenen en gezworenen

- Voorzitter: dijkgraaf, poldermeester

Waterschapsbestuur kan bij wet, Algemene Maatregel van Bestuur en provinciale verordening met medebewindstaken worden belast

Bij het algemeen bestuur berust de verordenende bevoegdheid, waaronder de bevoegdheid tot het vaststellen van keuren, de strafverordeningen van waterschappen.

Art. 134 Gw maakt de instelling mogelijk van openbare lichamen voor beroep en bedrijf, en andere openbare lichamen

Het talrijkst zijn de openbare lichamen van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties (PBO, bij de WBO)

- Hun bestaan wordt wel teruggevoerd op de bij de Staatsregeling van 1798 vervallen verklaarde gilden.
- Voorbeelden van functionele decentralisatie
- Ze mogen alleen opkomen voor hun specifieke taken op sociaal-economisch terrein en ze hebben alleen bevoegdheden ten aanzien van dat deel van het bedrijfsleven waarvoor ze zijn ingesteld.

Sociaal Economische Raad (SER)

- Bevoegd tot het uitvaardigen van die (straf)verordeningen die hij in het kader van zijn taak nodig oordeelt

De WBO maakt de instelling van bedrijfsschappen, hoofdbedrijfsschappen en productieschappen mogelijk

Legaliteit

Conform het rechtstatelijke legaliteitsbeginsel kunnen decentrale bestuursorganen slechts die bevoegdheden uitoefenen die heb bij of krachtens de (Grond)wet zijn toebedeeld.

Zijn decentrale bestuursorganen bij de uitoefening van een autonome bevoegdheid volledig vrij???

- Viertal grenzen:
 - Territoriale grens
 - Gemeenten en provincies kunnen geen regels stellen die werking hebben buiten hun eigen grondgebied
 - Zijgrens
 - Situaties waarin lagere wetgevers gedragingen regelen die ook door wetgevers van gelijke rang – maar met een ander oogmerk – kunnen worden betrekken.

- Geijkt voorbeeld: ophaalbruggen (strijd met waterschap)
 - In dit soort gevallen kan alleen de Kroon orde scheppen door een van de strijdige bepalingen te vernietigen
- Bovengrens
 - Verordeningen mogen niet in strijd zijn met hogere regelingen
 - Anterieure/posterieure regelingen
 - Motief!!!
 - (Emmense Baliekluiwers)
- Benedengrens
 - Verordeningen mogen niet treden in de bijzondere belangen van de ingezetenen
 - (Wilnisser Visser)

Machtsverdeling, waaronder toezicht

De verticale machtsverdeling is in zekere zin onevenwichtig. Talloze bevoegdheden heeft de centrale overheid aan zich getrokken, en de decentrale overheden zijn voor de omvang en de zwaarte van hun bevoegdheden afhankelijk van de bereidheid van de centrale overheid om bevoegdheden aan hen te laten dan wel aan hen toe te delen.

Territoriale decentralisatie op horizontaal niveau betekent vrijwel automatisch dat burgers in de onderscheidene gemeenten en provincies verschillend worden behandeld.

Bij autonome taakuitoefening bestaat uit de aard der zaak een betrekkelijk grote beleidsvrijheid. Er treedt door deze beleidsvrijheid een zekere spanning op met het rechtsstatelijk legaliteitsvereiste dat dwingt tot een gelijke behandeling van burgers (algemeen werkende wetten)

De afgelopen decennia hebben een verschuiving van de macht van de volksvertegenwoordiging naar het bestuur laten zien. Als tegenwicht kwam een zwaardere collectieve, maar ook individuele, verantwoordelijkheid met als sluitstuk het opnemen van de vertrouwensregel in de nieuwe Gemeentewet en de nieuwe Provinciewet.

Toezichtrelaties bestaan alleen voor zover de wet ze heeft geregeld. Er bestaat geen algemene bevelsbevoegdheid van de centrale naar de decentrale overheid.

Toezicht:

- Repressief toezicht
 - Een hoger ambt grijpt in nadat een lager ambt een besluit heeft genomen
 - Schorsing of spontane vernietiging
 - In beginsel kunnen alle besluiten van lagere overheidsorganen worden geschorst of vernietigd
 - De besluiten van waterschapsbesturen kunnen worden geschorst en vernietigd door GS.
 - Vernietiging kan alleen plaatsvinden wegens strijd met het recht of met het algemeen belang.
 - Handvest lokale autonomie verbiedt beleidstoetsing van autonome besluiten van lagere overheden
- Preventief toezicht
 - Goedkeuring of verklaring van geen bezwaar door een hoger ambt
 - Bij goedkeuring vaak financiële belangen in het geding
 - Wordt tegenwoordig steeds meer vervangen door een mededelingsplicht
- Positief toezicht
 - Bepaalde besluiten worden van hogerhand dwingend opgelegd

Grondrechten

Decentrale overheden dienen de grondrechten te respecteren en mogen die slechts beperken indien ze daar uitdrukkelijk toe zijn bevoegd

- Expliciete delegatie door de formele wetgever

Het is opvallend dat gemeentes vooral regelend mogen optreden op een terrein waarop zij van oudsher al een belangrijke taak hebben, namelijk de handhaving van de openbare orde

- Grondrechten mogen daarbij niet zover worden aangetast dat er geen mogelijkheid meer blijft om van het grondrecht gebruik te maken
 - Nuth criterium
- Demonstraties: Wet Openbare Manifestaties

Volgens de grondwetgever drukken de zorgverplichtingen van de sociale grondrechten ook op de gedecentraliseerde overheden

- Ruimte voor eigen initiatieven op basis van autonome bevoegdheden worden beperkt door rijksbeleid (ongelijke behandeling)

Lagere regelgeving ter uitvoering van sociale grondrechten mag geen beperking van klassieke grondrechten tot gevolg hebben.

Rechterlijke controle en administratief beroep

Sinds de Staatsregeling van 1798 zijn de decentrale organen niet meer bevoegd een eigen rechterlijke organisatie in te richten of zichzelf aan te wijzen als rechtsprekende instantie

- Kunnen wel functioneren als instanties voor administratief beroep en administratief bezwaar
 - Of beroep op de raad tegen besluiten van B&W

Administratief beroep heeft ook elementen van toezicht

Het belang van de mensenrechtenverdragen voor het nationale recht is de laatste twee decennia sterk toegenomen.

- Men kan het zich niet meer veroorloven alleen de nationale regelgeving en jurisprudentie te raadplegen

De voorrangspositie van het internationale recht in de Nederlandse rechtsorde brengt met zich mee dat eventuele democratische en rechtsstatelijke tekortkomingen in het internationale recht als het ware automatisch onderdeel van het Nederlandse recht vormen, zonder dat nationale waarborgen daartegen een dam kunnen opwerpen.

- Thans lijkt het besef te groeien dat het internationale recht ook lelijk recht kan bevatten. Te lang is er voetstoots van uitgegaan dat het internationale recht uit zijn aard een hoge morele kwaliteit zou hebben. Te lang is genegeerd dat dit recht veelal primair het in juridisch gewaad verklede eigenbelang van de machtige staten is!
- Ter zake van internationale normen in het algemeen doen zich uit rechtsstatelijk oogpunt geen grote problemen voor.
- Problematischer is het internationale recht vanuit democratisch oogpunt!!!
- Hetzelfde geldt voor EG-normen, echter niet alleen vanuit democratisch maar ook vanuit rechtsstatelijk oogpunt

Internationale normen in het algemeen

Het internationale recht eist dat de nationale staat zijn internationaal-rechtelijke verplichtingen nakomt

- Weens verdragenverdrag

Het internationale recht formuleert slechts resultaatverplichtingen, en laat het aan het nationale recht over hoe de vereiste tenuitvoerlegging in de nationale rechtsorde gerealiseerd wordt:

- Dualistisch – transformatie naar nationaal recht nodig
- Monisme – integratie van de internationale rechtsnormen in het nationale recht; aan de burger komt in rechte beroep toe op internationale rechtsnormen
- Nederland: gematigd monisme
 - Vloeit voort uit ongeschreven Nederlands recht
 - At. 93/94 Gw leggen niet het monisme vast!!!

- Geven slechts aan hoe rechter en bestuur met een bepaald onderdeel van het volkenrecht hebben om te gaan
- Ook overige normen van internationaal recht hebben interne werking
- Art. 94 is een uitputtende regeling die a contrario moet worden uitgelegd
 - Beperkt toetsingsbevoegdheid
 - Over de verenigbaarheid van geschreven Nederlands recht met niet een ieder verbindende bepalingen en met ongeschreven volkenrecht gaat de wetgever

Verdragen kunnen de Nederlandse burger pas binden nadat het parlement ze heeft goedgekeurd

Naast verdragen zijn er echter ook besluiten van volkenrechtelijke organisaties

- Staat op gespannen voet met rechtsstatelijke en democratische eisen
- Bij "gewone volkenrechtelijke organisaties" (VN, Raad van Europa) behouden de lidstaten hun soevereine beslissingsmacht.
 - Staten worden dan alleen gebonden door besluiten waarmee ze instemmen

Feitelijk blijkt de mogelijkheid van nationaal-democratische controle op de vorming van internationaal recht door verdragen/besluiten minder groot dan het voorgaande doet vermoeden.

Gang van zaken:

- De Nederlandse regering ondertekent het verdrag
 - Meestal is dit niet genoeg om het verdrag in werking te laten treden!
 - Akte van bekrachtiging nodig (ratificatie)
- Verdrag wordt goedgekeurd:
 - Expliciet, bij wet
 - Stilzwijgend

Uitzonderingen

- Uitvoeringsverdrag
 - Behoeft geen aparte goedkeuring (kleeft aan de goedkeuring van het moederverdrag)

- Besluiten van internationale instellingen
 - Grondwet geeft het parlement geen goedkeuringsrecht hiervoor

Internationale controle:

- VN: Internationaal Gerechtshof (Den Haag)
- IVBPR: Comité voor de rechten van de mens (Geneve)
- EVRM: EHRM (Straatsburg)
- Nederlandse rechter (art. 94 Gw)
 - Alleen voor een ieder verbindende bepalingen
 - Bepalingen die rechtstreeks toepasbaar zijn voor allen zonder dat er nadere wetgeving noodzakelijk is
 - Bepalingen inhoudende sociale grondrechten zijn niet een ieder verbindend
 - Niet een ieder verbindende bepalingen kunnen soms interpretatieve waarde hebben

EVRM is in het kader van de rechtstoepassing een eigen leven gaan leiden

- Van origine een verdrag met minimum-waarborgen

De Europese Gemeenschap

Rechtsreeks werkende bepalingen van EG-recht kennen burgers niet alleen rechten toe, zij kunnen ook verplichtingen opleggen.

EG → supranationale rechtsorde

- Lidstaten hebben definitief en onvoorwaardelijk bevoegdheden tot wetgeving, rechtspraak en bestuur overgedragen
- Nationaal-rechtelijke bepalingen kunnen aan de werking van EG-recht niet nint de weg staan, ook niet als het grondwettelijke bepalingen betreft!
- Het EG-recht vormt een integraal onderdeel van het nationale recht → monistisch stelsel!
 - De vraag of en hoe het gemeenschapsrecht in de nationale rechtsorde toegepast moet worden is een vraag van het gemeenschapsrecht zelf!

Drie pijlers:

- Communautaire pijler: EGKS, Euratom, EG

- Gemeenschappelijke buitenlandse en veiligheidspolitiek
- Politiële en justitiële samenwerking in strafzaken

Tweede en derde pijler:

- Vormen geen supranationale rechtsorde, het gewone internationale recht is van toepassing
- Besluitvorming van intergouvernementele aard
- De bevoegdheid van het Hof van Justitie is beperkt tot de derde pijler

De EG is een doelgemeenschap

- De meest ingrijpende bevoegdheden tot wetgeving en bestuur zijn toegekend aan de Raad (ministers)
- Tegenover de intergouvernementeel samengestelde Raad heeft de Commissie een meer autonoom communautair of supranationaal karakter.
- Besluitvorming vindt plaats op initiatief van de Commissie. Uitsluitend bij eenparigheid kan de Raad van een commissievoorstel afwijken.
- Het Europees Parlement was oorspronkelijk gedacht als een raadgevende vergadering
 - Sinds 1987 een zekere mede-wetgevende bevoegdheid ten aanzien van besluiten ter verwezenlijking van de interne markt die totstandkomen via de samenwerkingsprocedure
 - Een unanieme Raad kan evenwel nog steeds het standpunt van het parlement opzij zetten
 - Sinds verdrag van Maastricht in werking is getreden zijn er sterkere bevoegdheden voor het parlement tot stand gekomen: vetorecht voor besluiten die in de medebeslissingsprocedure tot stand dienen te komen
 - Sinds 1987: budgetrecht
 - Politieke controle ten opzichte van de commissie

Sinds 1957 heeft de EG, ondanks de begrensde bevoegdheden en de eis van een specifieke grondslag, een onwaarschijnlijke hoeveelheid recht geproduceerd:

- Verordeningen

- Algemene strekking, rechtstreeks binden voor lidstaten en particulieren, rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat
- A.v.v. uit Brussel
- Iedere lidstaat moet de verordening indien nodig inkaderen z.d.d. zij kan worden toegepast
- Richtlijnen
 - Is slechts verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat
 - Moet worden geïmplementeerd in nationale regelgeving en vervolgens door nationale organen toegepast
- Beschikkingen
 - Verbindend in al haar onderdelen voor degene tot wie zij uitdrukkelijk zijn gericht

Soms creatieve uitleg van verdragsartikelen nodig om de grondslag te vinden voor EG-regelgeving

- Implied Powers
- Spanning met het legaliteitsbeginsel

Nationale stelsels van machtsverdeling laten zich niet vergelijken met de onderlinge verhoudingen van de communautaire instellingen

Democratische controle niet voldoende verzekerd

- Geen vertrouwenrelatie tussen parlement en Commissie/Raad
- Controlemogelijkheden voor het nationale parlement ook beperkt
- Machtsverschuiving naar de nationale regeringen aangezien die de onderhandelingen in Brussel voeren!

EG-verdrag bevat nauwelijks grondrechten

EG-recht wordt dus niet binnen de perken gehouden door nationale grondrechten. Daardoor zouden de fundamentele van de nationale rechtsorde kunnen worden aangetast

- Hof van Justitie heeft gaandeweg een grondrechten-jurisprudentie ontwikkeld
 - Put inspiratie uit het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM
- Er gaan stemmen op om de EU tot het EVRM te laten toetreden
 - Verdragswijziging nodig

In de communautaire rechtsorde is op afdoende wijze voorzien in rechterlijke controle:

- Communautair niveau:
 - Hof van Justitie
 - Gerecht van Eerste Aanleg
- Nationaal niveau
 - Nationale rechter
 - Indien burger wordt geconfronteerd met een rechtsregel van EG-recht dient deze burger naar zijn lokale nationale rechter te stappen
 - Rechter laat strijdig nationaal recht buiten beschouwing

Rechtswegen:

- Verdragsschendingsprocedure
 - Initiatief van Commissie of lidstaat
- Vernietigingsberoep
 - Staat open voor lidstaten, Raad en Commissie
- Prejudiciële procedure
 - Vragen door nationale rechters omtrent uitlegging EG-verdrag