

Reorganisatie van de bestuurlijke organisatie en democratische legitimatie

Artikel 3 EP EVRM en artikel 4 Grondwet onder de loep genomen in het licht van de komende wijzigingen in de bestuurlijk organisatie

R.J.M.H. DE GREEF*

De bestuurlijke organisatie in Nederland gaat op de schop als het aan het kabinet-Rutte ligt. Dat moet leiden tot een krachtige, kleine en dienstverlenende overheid, met minder ambtenaren, minder regels en minder bestuurders. In dat kader is in het regeerakkoord onder meer afgesproken dat plusregio's en de deelgemeentebesturen worden afgeschaft en dat de waterschapsbesturen gekozen zullen worden door de gemeenteraden.¹ Ook de publieke bedrijfsorganisatie staat onder druk.² De hervormingen nopen tot een principiële discussie over de bestuurlijke organisatie in relatie tot de democratische rechtsstaat. In dit artikel wordt ingegaan op een deelvraag in deze brede principiële discussie, namelijk op welke wijze de uitoefening van bevoegdheden democratisch gelegitimeerd moet worden. Vaak staat de legitimatie van afzonderlijke organen voorop, maar uit zowel parlementaire geschiedenis als uit (Europese) jurisprudentie is op te maken dat de mate van legitimatie mede afhankelijk is van de zwaarte van de door het betreffende orgaan uit te oefenen bevoegdheden.

1. Inleiding

Nederland is een democratische rechtsstaat, hoewel de Grondwet (Gw) dit niet expliciet aangeeft.³ Dat laat onverlet dat de notie van de democratische rechtsstaat wel belangrijke eisen stelt aan de inrichting van de bestuurlijke organisatie. De notie dient als normatief kader.⁴ De notie van de democratische rechtsstaat reguleert de verhouding tussen overheid en onderdaan, hij zorgt voor invloed van de 'onderdaan' op de overheid en begrenst het overheidsoptreden jegens de onderdaan. De democratische rechtsstaat valt uiteen in drie kernbeginselen, te weten de liberale rechtsstaat, de sociale rechtsstaat en het democratiebeginsel, die ieder weer uiteenvallen in nadere beginselen.⁵ Vooral de combinatie van de nadere beginselen van de legaliteitseis, de machtenspreiding en het democratiebeginsel heeft mijns inziens implicaties voor de bestuurlijke organisatie. In

arti- kelen

* Mr. R.J.M.H. de Greef is senior consultant bij Berenschot te Utrecht, binnen het kennis-team bestuurlijk organisatierecht en is daarnaast als buitenpromovendus verbonden aan de Vrije Universiteit. Hij bedankt prof. mr. H.R.B.M. Kummeling en prof. mr. S.E. Zijlstra voor hun commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

1. *Kamerstukken II 2010/11, 32 417, nr. 15, p. 6-7.* Voor de afschaffing van de deelgemeenten is reeds een conceptwetsvoorstel openbaar gemaakt door de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

2. Zie de aangenomen motie-Aptroot om te onderzoeken of de taken van de product- en bedrijfsschappen ook zonder

deze schappen kunnen worden uitgevoerd (*Kamerstukken II 2010/11, 32 500 XV, nr. 62*). De motie-Ulenbelt tot afschaffing van de publieke bedrijfsorganisatie haalde (vooralsnog) geen meerderheid (*Kamerstukken II 2010/11, 32 500 XV, nr. 63*).

3 De Staatscommissie Grondwet pleit er wel voor om een nieuwe algemene bepaling op te nemen in de Grondwet waarvan het eerste lid luidt: 'Nederland is een democratische rechtsstaat'. Zie *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 37-38 en p. 40.

4 Vgl. S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 7 en uitgebreider S.E. Zijlstra, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat* (diss. Rotterdam), Den Haag: VUGA 1997, hoofdstuk 2.

5 Vgl. Zijlstra 2009, p. 7 en Zijlstra 1997, hoofdstuk 2.

6 HR 13 januari 1879, W 4330 (Meerenberg).

7 HR 22 juni 1973, NJ 1973/386, m.nt. Blombergen; AB 1973/187; AA 1973/457 (Fluoridering) en HR 27 juni 1986, NJ 1987/898, m.nt. Scheltema; AB 1987/241, m.nt. Van der Burg (Methadonbrief).

8 Vgl. M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen en R.G.J.M. Widdershoven, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 17.

9 Vgl. *Kamerstukken II 1980/81*, 16 035, nr. 8, p. 4.

10 Vgl. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 49-50 en R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 36.

dit artikel wordt ingegaan op het democratiebeginsel (par. 2). Artikel 3 van het Eerste Protocol bij het (Europees) Verdrag inzake de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EP EVRM) geeft een uitwerking van het democratiebeginsel. Van belang is dan ook welke eisen het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) stelt aan het democratiebeginsel in relatie tot de bestuurlijke organisatie (par. 3) en hoe dit zich vertaalt naar de Nederlandse situatie (par. 4). Het EVRM biedt slechts een minimale bescherming tegen de overheid, de vraag die rijst is of artikel 4 Grondwet (par. 5) zwaardere eisen stelt aan de bestuurlijke organisatie. Ten slotte wordt bekeken welke rol artikel 4 Grondwet en artikel 3 EP EVRM kunnen spelen bij de door het kabinet-Rutte aangekondigde bestuurlijke reorganisatie (par. 6).

2. Legaliteitseis, machtspreiding en democratie

De Hoge Raad formuleerde als regel dat aan een orgaan slechts regelgevende bevoegdheden toekomen wanneer deze expliciet aan het orgaan zijn toegekend bij of krachtens wettelijk voorschrift.⁶ Ook in latere arresten kwam de Hoge Raad tot de conclusie dat maatregelen van ingrijpende aard een wettelijke grondslag moeten hebben.⁷ Ingrijpende maatregelen moeten op grond van het legaliteitsbeginsel bij voorafgaande algemene regel, naar Nederlands recht een wet in formele zin, mogelijk zijn gemaakt. De zwaarte van bevoegdheden bepaalt zodoende wat voor grondslag noodzakelijk is.

Het legaliteitsbeginsel als zodanig biedt geen bescherming tegen een absolutistisch of dictatoriaal regime. Immers, de wet kan alle bevoegdheden aan een dictator toekennen die deze verder onbegrensd kan uitoefenen, nu hij de wetten naar eigen inzicht kan veranderen.⁸ Hierin voorziet het nadere beginsel van machtscheiding of machtspreiding. In Nederland is geen absolute machtscheiding doorgevoerd, maar kennen we een vorm van machtspreiding en *checks and balances*.⁹ De bevoegdheidsverdelingen en controlemechanismen die voortvloeien uit de *checks and balances* strekken er toe te voorkomen dat er één soeverein, één absoluut ambt ontstaat.¹⁰ Het beginsel van machtspreiding moet er voor zorgen dat niet alle bevoegdheden en machten in één hand komen te liggen. De wetgevende macht en uitvoerende macht mogen niet geheel in één hand zijn, er moeten ten minste verschillende organen bij betrokken zijn, die elkaar controleren en in balans houden. Dit geeft een belangrijke voorwaarde voor de inrichting van een openbaar lichaam wanneer sprake is van zowel regelgevende als uitvoerende bevoegdheden.

Met de legaliteitseis en de machtspreiding is echter de invloed van de 'onderdaan' op de overheid nog niet gegeven. Deze invloed komt terug in

het democratiebeginsel, dat met name rust op de ideeën van Locke en Rousseau. De kern van Lockes opvattingen voor de notie van democratische legitimatie is dat er vooraf gegeven algemeen bekende wetten zijn, die met algemene instemming (middels een maatschappelijk contract) zijn aanvaard. Een onafhankelijke rechter spreekt recht middels deze wetten.¹¹ Jean-Jacques Rousseau komt eveneens tot het oordeel dat een maatschappelijk contract moet worden gesloten tussen individuen om hun zelfbehoud te verzekeren. Rousseau vraagt zich daarbij echter af hoe individuen hun eigen natuurrechten inzetten zonder zichzelf schade toe te brengen. Rousseau stelt het begrip 'algemene wil' centraal binnen het maatschappelijk contract. De algemene wil is niets anders dan datgene wat ieder redelijk denkend persoon zou moeten willen, als hij het algemeen belang voor ogen houdt.¹² Het sluiten van het maatschappelijk contract zorgt er voor dat burgers instemmen met het voor hen geldende algemene recht. Het democratiebeginsel richt zich er dan ook op om bevoegdheidsuitoefening legitimiteit te verschaffen.¹³ De invloed van de burgers komt tot uitdrukking in de rechtstreekse verkiezing van organen (actieve kiesrecht), dan wel door organen die verantwoording schuldig zijn aan rechtstreeks gekozen organen. Het actief kiesrecht, is net als het passief kiesrecht, terug te vinden in verscheidene mensenrechtenverdragen en in hoofdstuk 1 van de Grondwet.¹⁴ Dit recht van de burger betekent ook een plicht voor de nationale overheid om te zorgen voor organen die rechtstreeks gekozen worden. Verschillende mensenrechtenverdragen gaan in op het actieve en passieve kiesrecht.¹⁵ In dit artikel wordt uitsluitend ingegaan op artikel 3 EP EVRM, nu de jurisprudentie die door de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM) en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens is ontwikkeld, aanknopingspunten biedt voor de inrichting van de bestuurlijke organisatie. In de volgende paragraaf wordt dan ook ingegaan op de minimumeisen die het EVRM stelt aan het actieve kiesrecht in relatie tot de bestuurlijke organisatie.

3. Artikel 3 EP EVRM: Wetgevende macht

3.1 Algemeen

Het EVRM biedt een minimum-bescherming van mensenrechten, welke bescherming door de lidstaten kan worden uitgebreid (vgl. artikel 53 EVRM). Artikel 3 EP EVRM geeft als minimumeis dat ten aanzien van de wetgevende macht periodiek vrije en geheime verkiezingen worden gehouden om zo de vrije meningsuiting van het volk te waarborgen. Het artikel geeft verder geen invulling aan het begrip wetgevende macht. Het

¹¹ J. Locke (vert. F. van Zetten), *Over het staatsbestuur*, Meppel: Boom 1988, p. 138.

¹² P. Westerman, *Rechtsfilosofie: Inleiding*, Heerlen: Van Gorcum/Open Universiteit 1998, p. 55-56.

¹³ Burkens/Kummeling c.s. 2006, p. 195-196. Vgl. Schlössels/Zijlstra 2010, p. 28-29.

¹⁴ Alsmede in een aantal andere artikelen waar het om de verkiezing van concrete organen gaat.

¹⁵ Zie o.a. artikel 21 Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens, artikel 25 IVBPR en artikel 7 Vrouwenrechtenverdrag.

16 EHRM 2 maart 1987, zaak 9267/81 (Mathieu-Mohin and Clerfayt t. België). Dit laat onverlet dat het artikel ook van toepassing kan zijn op indirect gekozen kamers van het parlement, zie EHRM 22 december 2009, zaak 27996/00 en 34836/06; EHRC 2010/17, m.nt. Broeksteeg en Gerards (Sejdi and Finci t. Bosnië-Herzegovina). Referenda vallen niet onder artikel 3 EP EVRM, zie EHRM 7 september 1999, zaak 31981/96 (Hilbe t. Liechtenstein), EHRM 20 juni 2002, zaak 54767/00 (Borghi t. Italië) en EHRM 16 januari 2003, zaak 36681/97 (Santoro t. Italië).

17 EHRM 2 maart 1987, zaak 9267/81 (Mathieu-Mohin and Clerfayt t. België). In dit verband is de conclusie van de Commissie van Advies inzake de Waterstaatswetgeving dat artikel 3 EP EVRM slechts ziet op de centrale wetgevende macht erg bijzonder, nu het EHRM expliciet stelt dat dit niet zo is

(*Belangenrepresentatie in het waterschapsbestuur* 2009, p. 8,

Bijlage bij *Kamerstukken II* 2008/09, 31 986, nr. 1). Zie ook

EHRM 25 januari 2000, zaak 51501/99 (Cherepkov t. Rusland).

18 Kortmann 2008, p. 44-45.

19 Burkens/Kummeling c.s. 2006, p. 282-283.

20 ECRM 11 september 1995, zaak 27311/95 (Timke t. Duitsland).

21 ECRM 12 juli 1976, zaak 7008/75 (X t. Oostenrijk).

22 EHRM 2 maart 1987, zaak 9267/81 (Mathieu-Mohin and Clerfayt t. België).

23 Vgl. EHRM 25 januari 2000, zaak 51501/99 (Cherepkov t. Rusland).

24 ECRM 17 mei 1985, zaak 10650/83 (Clerfayt and Legros t. België).

EHRM oordeelt dat onder de wetgevende macht in ieder geval het nationale parlement valt, wat betekent dat dit parlement, of ten minste een van zijn kamers wanneer het uit meerdere kamers bestaat, rechtstreeks gekozen moet worden.¹⁶ Het EHRM heeft inmiddels meerdere arresten gewezen waarbij het begrip ‘wetgevende macht’ aan de orde is gekomen. Het EHRM oordeelt dat niet alleen het nationale parlement onder het begrip ‘wetgevende macht’ valt, maar dat in het licht van de constitutionele structuur van de betreffende staat ook andere organen onder het begrip kunnen vallen.¹⁷ Hieronder wordt achtereenvolgens ingegaan op wetgevende macht in federale staten, in eenheidsstaten en van overige organen. Aan het slot wordt op grond van deze jurisprudentie bekeken welke voorwaarden het EHRM stelt voor het actieve kiesrecht.

3.2 Wetgevende macht in federale staten

Kenmerkend voor federale staten (of bondsstaten) is dat de federale constitutie een regeling bevat voor de verdeling van bevoegdheden tussen organen van het centrale/federale gezag en de deelstaten, waarbij die bevoegdheden onafhankelijk van elkaar worden uitgeoefend. De federatie en de deelstaten kennen ieder hun eigen grondwetten en de deelstaten hebben geen recht van secessie.¹⁸ De deelstaten hebben eigen exclusieve bevoegdheden en zijn niet hiërarchisch ondergeschikt aan het federaal gezag. De competentieverdeling tussen het federaal gezag en de deelstaten wordt beschermd door een onafhankelijke rechter.¹⁹

De volksvertegenwoordigingen van deelstaten binnen de federale staat, zoals de Duitse²⁰ en Oostenrijkse²¹ *Landtage*, worden door het EHRM aangemerkt als ‘wetgevende macht’ in de zin van artikel 3 EP EVRM.

Hetzelfde geldt voor de volksvertegenwoordigingen van de Belgische gemeenschappen en gewesten.²² Het EHRM past daarbij geen nadere toetsingsgronden toe. Geconcludeerd kan dus worden dat het eerste criterium voor de toetsing aan het begrip ‘wetgevende macht’ de staatsvorm is. Is er sprake van een federale staat, dan zijn de vertegenwoordigende organen (parlementen) van de deelstaten in beginsel direct aan te merken als onderdeel van de wetgevende macht, gelet op hun positie en bevoegdheden binnen het constitutionele bestel, zodat zij rechtstreeks gekozen moeten worden.²³ Dat wil niet zeggen dat alle volksvertegenwoordigingen van regionale of lokale overheden tot de wetgevende macht behoren. De deelstaten, maar ook de federatie, kunnen immers zelf nog verdere decentralisatie of deconcentratie kennen. Of ook zij onderdeel uitmaken van de wetgevende macht hangt af van hun constitutionele positie en bevoegdheden. Zo oordeelde de ECRM dat de Belgische gemeenteraden niet zijn aan te merken als onderdeel van de wetgevende macht, nu zij geen wetgevende macht bezitten op grond van de Belgische Grondwet.²⁴ Het EHRM

oordeelt omtrent de gemeenteraad van Vladivostok dat deze evenmin is aan te merken als onderdeel van de wetgevende macht, nu zij geen regelgevende macht bezit krachtens de Russische constitutie of het deelstatelijke statuut.²⁵ Het gaat hier om decentrale overheden, zoals die ook in gedecentraliseerde eenheidsstaten voorkomen. De vraag die rijst is of ook decentrale vertegenwoordigende organen binnen (gedecentraliseerde) eenheidsstaten onder het bereik van artikel 3 EP EVRM kunnen vallen.

3.3 Wetgevende macht in gedecentraliseerde eenheidsstaten

Ook binnen (gedecentraliseerde) eenheidsstaten kan wetgevende macht toekomen aan organen die niet tot de centrale overheid behoren. Zo oordeelde het EHRM dat de wetgevende assemblees (de regionale parlementen) van de Spaanse autonome regio's wetgevende macht in de zin van artikel 3 EP EVRM bezitten.²⁶ Het EHRM hanteert daarbij geen nader criterium en verwijst uitsluitend naar de nationale wetgeving en de positie van de autonome regio's daarin. Ook de Italiaanse gewestraden bezitten volgens het EHRM wetgevende macht in de zin van artikel 3 EP EVRM, nu de gewestraden bevoegdheden hebben ten aanzien van de terreinen van administratieve inrichting, lokaal beleid, publieke gezondheidszorg, onderwijs, ruimtelijke ordening en landbouw.²⁷ Typerend voor zowel de Spaanse regionale parlementen als de Italiaanse gewestraden is dat het hier om autonome overheden gaat, die te vergelijken zijn met deelstaten binnen een federatie, terwijl beide landen volgens hun constituties eenheidsstaten zijn.²⁸ Ook Frankrijk is een gedecentraliseerde eenheidsstaat.²⁹ Nieuw-Caledonië is sinds 1999 een verband met een speciaal statuut binnen de Franse Republiek. Het EHRM oordeelt dat het Congres van Nieuw-Caledonië wetgevende macht bezit als bedoeld in artikel 3 EP EVRM. Het EHRM toetst in deze zaak aan een aantal criteria. Allereerst constateert het EHRM dat de algemene macht bij de drie provincies van Nieuw-Caledonië berust, terwijl de Franse Staat en Nieuw-Caledonië bevoegdheden hebben op specifieke terreinen. De wetgevende macht van het Congres van Nieuw-Caledonië is volgens het EHRM wel duidelijk afgebakend. Binnen deze afbakening heeft het Congres van Nieuw-Caledonië initiatiefrecht om territoriale wetten tot stand te brengen die kracht van wet hebben. Daarnaast bezit het Congres budgetrecht en mag het straf stellen op overtreding van zijn wetten binnen de kaders van het Franse recht, inclusief vrijheidsontneming. Tot slot oordeelt het EHRM dat het Congres niet slechts een consultatief orgaan is.³⁰

In bovengenoemde gevallen oordeelt het EHRM dat 'decentrale' organen wetgevende macht in de zin van artikel 3 EP EVRM bezitten. Het gaat daarbij echter om autonome organen, die vergelijkbaar zijn met deelstaten in een federatie. Het EHRM hanteert als hoofdlijn bij decentrale

25 EHRM 25 januari 2000, zaak 51501/99 (Cherepkov t. Rusland).

26 EHRM 7 juni 2001, zaak 56618/00 (Federacion Nacionalista Canaria t. Spanje).

27 EHRM 1 juli 2004, zaak 36681/97, EHRC 2004/83, m.nt. Kiiver (Santoro t. Italië).

28 Zie artikel 2 *Constitución* (Spanje) en artikel 5 *Costituzione* (Italië). Prakke en Schutte geven aan dat maar weinigen zo ver gaan dat zij spreken van een gefederaliseerd Spanje maar dat het om meer gaat dan een vorm van decentralisatie in een eenheidsstaat. Prakke/Kortmann 2009, p. 808. Dölle en Elzinga spreken van een nieuw type semi-federale staat, A.H.M. Dölle en D.J. Elzinga, *Handboek van het Nederlandse gemeenterecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 30.

29 Artikel 1 *Constitution*.

30 EHRM 11 januari 2005, zaak 66289/01, NJ 2006/169, m.nt. Alkema; EHRC 2005/26, m.nt. Kiiver (Py t. Frankrijk).

overheden echter dat de lokale regelgevende bevoegdheid moet worden onderscheiden van de wetgevende macht als bedoeld in artikel 3 EP EVRM. Zo bezitten de Spaanse gemeenten, ondanks dat artikelen 137 en 140 Constitución hen autonomie en een bepaalde mate van zelfregulering toekennen, volgens het EHRM geen wetgevende macht, nu zij geen constitutioneel gegarandeerde bevoegdheden hebben en slechts op beperkte terreinen bevoegd zijn.³¹ Ook Italiaanse provincies bezitten geen wetgevende macht, nu zij slechts regelgevende bevoegdheden bezitten voor taken die hen bij wet zijn opgedragen en dus geen constitutioneel gegarandeerde bevoegdheden hebben. Deze (lokale) regelgevende bevoegdheid moet volgens het EHRM worden onderscheiden van de wetgevende macht in de zin van artikel 3 EP EVRM.³² Ook de regionale raden van de Franse regio's vallen volgens het EHRM niet onder de wetgevende macht van Frankrijk nu zij slechts op beperkte terreinen mogen beraadslagen en besluiten.³³

De lijn van het EHRM om lokale regelgevende bevoegdheid te onderscheiden van de wetgevende macht in de zin van artikel 3 EP EVRM sluit aan bij de jurisprudentie van de ECRM. De ECRM oordeelde dat de organen van de lokale autoriteiten in Noord-Ierland geen wetgevende macht bezitten, nu deze organen slechts regelgevende bevoegdheid hebben tot lokale verordeningen en dat deze bevoegdheid strikt gelimiteerd is bij wet. De lokale organen bezitten geen andere regelgevende bevoegdheid dan die hen bij wet is opgedragen.³⁴ Later voegde de ECRM hier aan toe dat lokale autoriteiten kunnen worden ingesteld en afgeschaft door het Britse parlement en dat zij geen constitutionele bescherming genieten. Dit geeft volgens de ECRM duidelijk aan dat het om ondergeschikte entiteiten gaat. Dit blijkt eens te meer nu de uitoefening van de bevoegdheden van deze autoriteiten sterk ingekleurd is, en wanneer dit niet zo is, dan moeten de besluiten eerst goedgekeurd worden voor zij in werking treden.³⁵

Organen binnen een gedecentraliseerde eenheidsstaat kunnen slechts onder strikte omstandigheden worden aangemerkt als wetgevende macht in de zin van artikel 3 EP EVRM. Wanneer de status van de regionale overheid vergelijkbaar is met die van een deelstaat in een federale staat, dan moet het vertegenwoordigend orgaan binnen die regionale overheid rechtstreeks verkozen worden, omdat dit orgaan wetgevende macht bezit. Het EHRM hanteert daarbij als criterium dat bevoegdheden niet slechts consultatief mogen zijn, en dat het niet slechts om afgeleide regelgevende bevoegdheid mag gaan. Doorslaggevend is dat de regionale overheid regelgeving mag vaststellen die gelijk is aan nationale wetten, waarbij straf kan worden gesteld op overtreding van die wetten, inclusief de mogelijkheid van vrijheidsbeneming. De wetgevende macht moet ten slotte gelden op verschillende essentiële onderdelen, zoals bijvoorbeeld administratieve

31 EHRM 12 oktober 2000, zaak 52226/99 (Salleras Llinares t. Spanje).

32 EHRM 16 januari 2003, zaak 36681/97 (Santoro t. Italië).

33 EHRM 5 september 2000, zaak 46813/99 (Malarde t. Frankrijk).

34 ECRM 12 juli 1976, zaak 5155/77 (X t. Verenigd Koninkrijk).

35 ECRM 5 juli 1985, zaak 11391/85 (Booth-Clibborn t. Verenigd Koninkrijk).

inrichting, lokaal beleid, publieke gezondheidszorg, onderwijs, ruimtelijke ordening en landbouw.

3.4 Overige organen

Wetgevende macht kan ook aan andere organen toekomen dan het nationale parlement of regionale overheden. Zo heeft het EHRM ten aanzien van het Europees Parlement bepaald dat dit parlement moet worden aangemerkt als onderdeel van de wetgevende macht van de lidstaten van de Europese Unie. Het EHRM gebruikt een aantal criteria om tot dit oordeel te komen. Allereerst merkt het EHRM op dat de Europese verordeningen rechtstreeks doorwerken in de nationale rechtsorde en zelfs prevaleren boven de nationale wetgeving. Het verwijst hierbij dus naar het *sui generis* karakter van de Europese Unie. Het Europese Parlement is het onderdeel binnen de Europese wetgevende macht (Europese Commissie, Raad van Ministers en Europees Parlement) dat rechtstreeks gekozen is. Het Europese Parlement is voldoende betrokken bij het wetgevingsproces zoals dat noodzakelijk is voor het aannemen van (Europese) wetten.³⁶ Ook supranationale organen kunnen dus tot de wetgevende macht van een staat behoren.³⁷

Waar de ECRM oordeelde dat bevoegdheden van staatshoofden niet waren aan te merken als wetgevende macht in de zin van artikel 3 EP EVRM³⁸, oordeelt het EHRM dat ook presidenten onder omstandigheden wetgevende macht kunnen bezitten. Wanneer aan deze omstandigheden is voldaan, is echter niet duidelijk. Zo oordeelt het EHRM dat de Macedonische president geen onderdeel van de wetgevende macht als bedoeld in artikel 3 EP EVRM uitmaakt nu hij geen initiatiefrecht voor wetgeving heeft, hij geen (zelfstandige) wetgeving kan aannemen of ruime bevoegdheden heeft om het wetgevingsproces te controleren (zoals een vetorecht of onbepaalde discretionaire bevoegdheid tot kamerontbinding of tot kabinetsformatie).³⁹ Wanneer een president echter wel een vetorecht heeft en zelfstandig regelgeving kan vaststellen, dan wil dit nog niet zeggen dat hij wetgevende macht als bedoeld in artikel 3 EP EVRM bezit. De Azerbeidjaanse president bezit een vetorecht en de zelfstandige bevoegdheid om presidentiële besluiten uit te vaardigen, maar volgens het EHRM moeten deze bevoegdheden onderscheiden worden van die een wetgevende macht, nu de president niet kan interveniëren in het wetgevingsproces van de hoogste wetten van het land en hij deze wetten moet uitvoeren en naleven in zijn eigen besluiten. Zijn vetorecht moet worden gezien in het licht van de *checks and balances*.⁴⁰ In een zaak over Georgische presidentsverkiezingen constateert het EHRM dat de president initiatiefrecht heeft, een referendum kan uitroepen (echter niet ten aanzien van het aannemen van wetten of verdragen en amnestie) en verdragen kan sluiten (onder

³⁶ EHRM 18 februari 1999, zaak 24833/94, *NJ* 1999/515, m.nt. Alkema; *AB* 1999/181, m.nt. Sewandono; *JB* 1999/63, m.nt. Heringa (Matthews t. Verenigd Koninkrijk). De ECRM leek er eerder van uit te gaan dat het Europees Parlement geen onderdeel was van de wetgevende macht, zie ECRM 9 december 1987, zaak 11123/84 (Tete t. Frankrijk) en ECRM 10 maart 1988, zaak 11406/85 (Fournier t. Frankrijk).

³⁷ Vgl. H.-M.Th.D. ten Napel, 'Het EHRM en de 'waarlijk democratische regeringsvorm'', *NJCM-Bulletin* 2007/8, p. 1090-1106.

³⁸ ECRM 14 december 1989, zaak 15344/89 (Habsburg-Lothringen t. Oostenrijk) en ECRM 21 oktober 1998, zaak 41090/98 (Baskauskaite t. Litouwen).

³⁹ EHRM 2 september 2004, zaak 11676/04 (Boskoski t. Macedonië).

⁴⁰ EHRM 27 mei 2004, zaak 35584/02 (Guliyev t. Azerbeidzjan).

voorbehoud van ratificatie door het parlement). De president kan echter geen wetten aannemen, heeft geen vetorecht en heeft evenmin een ontbindingsrecht met betrekking tot het parlement, terwijl hij wel via *impeachment* kan worden afgezet door het parlement. De president heeft voorts geen vrij recht tot benoeming en ontslag van de leden van de regering. De presidentiële besluiten hebben slechts een individueel karakter en kunnen niet als algemene regels worden aangemerkt, en, voor zover zij dit wel kunnen, kunnen zij niet afwijken van wetten of hebben zij een zeer uitzonderlijk karakter. Het EHRM concludeert dat de Georgische president geen wetgevende macht bezit.⁴¹

Supranationale organen en staatshoofden kunnen deel uitmaken van de wetgevende macht, wanneer zij voldoende betrokken zijn bij het wetgevingstraject. Deze betrokkenheid mag niet slechts bestaan uit *checks and balances*, maar moet bestaan uit zelfstandige bevoegdheden om wetgeving te initiëren en blokkeren. Deze zelfstandige bevoegdheden mogen op hun beurt weer niet slechts afgeleide regelgeving betreffen, maar moeten kracht van wet hebben. Om die reden wordt het Europees Parlement wel aangemerkt als onderdeel van de wetgevende macht van de lidstaten, terwijl staatshoofden tot op heden nog nimmer tot de wetgevende macht worden gerekend.

3.5 Conclusie

Wat kan nu worden afgeleid uit deze jurisprudentie van het EHRM?

Kiiver onderscheidt op grond van deze jurisprudentie twee naast elkaar staande benaderingen om te komen tot beantwoording van de vraag wanneer een autoriteit voldoet aan het begrip wetgevende macht als bedoeld in artikel 3 EP EVRM.⁴² De eerste benadering is de zogenoemde *competentiecatalogus-benadering*. Bij deze benadering wordt volgens Kiiver gekeken naar het bevoegdhedenpakket van de autoriteit. Hij geeft aan dat deze benadering al meerdere malen is toegepast, maar dat dit nog niet geleid heeft tot een minimumvereiste voor zelfstandige wetgevers. Deze competentiecatalogus-benadering wordt met name toegepast op decentrale of deelstatelijke overheden. Daarnaast onderscheidt Kiiver de *betrokkenheidsbenadering*, zoals die is toegepast in de zaak Matthews ten aanzien van het Europees Parlement, die vereist dat een orgaan '[is] sufficiently involved in the specific legislative process leading to the passage of legislation'. Deze is volgens hem, in theorie, ook van toepassing op staatshoofden. Broeksteeg wijst erop dat in elk geval de nationale parlementen onder de wetgevende macht vallen.⁴³ Andere organen moeten volgens hem in elk geval *rule-making power*, regelgevende bevoegdheid zodoende, hebben. Het orgaan moet daarbij een zekere mate van autonomie hebben die rechtstreeks uit de Grondwet volgt. Om die reden vallen wetgevende

41 EHRM 22 mei 2007, zaak 9103/04, EHRC 2007/190 (Georgian Labour Party t. Georgië).

42 EHRM 11 januari 2005, EHRC 2005/26, m.nt. Kiiver (Py t. Frankrijk).

43 J.L.W. Broeksteeg, 'Het Eerste Protocol – Artikel 3 Verkiezingen', in J.H. Gerards e.a. (red.), *EVRM Rechtspraak & Commentaar*, Den Haag: Sdu (losbl.).

lichamen van deelstaten binnen een federale staat volgens hem reeds onder het begrip wetgevende macht. Gedelegeerde wetgevende macht valt buiten het bereik van artikel 3 EP EVRM. De door decentrale overheden vastgestelde by-laws vallen volgens Broeksteeg dan ook niet onder het bereik van artikel 3 EP EVRM.

Onder wetgevende macht in de zin van artikel 3 EP EVRM moeten in ieder geval worden verstaan: (1) het nationale parlement, (2) het Europees Parlement en (3) regionale parlementen van de federale staten of gefederaliseerde eenheidsstaten. Daarnaast kunnen andere nationale organen, zoals presidenten, en regionale volksvertegenwoordigingen wetgevende macht in de zin van het artikel bezitten wanneer zij (1) krachtens de Grondwet eigen autonome ruimte hebben op essentiële terreinen of voldoende betrokken zijn bij het wetgevingsproces, (2) initiatiefrecht bezitten, (3) zelfstandig regels kunnen vaststellen, (4) straf kunnen stellen op overtredingen van door hen gestelde regels, inclusief de mogelijkheid van vrijheidsbeneming en (5) budgetrecht bezitten. Wanneer aan al deze voorwaarden voldaan is, zal een orgaan snel als onderdeel van de wetgevende macht worden aangemerkt. Wanneer niet aan alle voorwaarden is voldaan, zal het oordeel afhangen van de constitutionele orde van het betreffende land, waarbij de kans groter lijkt aangemerkt te worden als wetgevende macht, wanneer aan meer voorwaarden is voldaan.⁴⁴

De (minimum)bescherming die het EVRM biedt is van belang nu inwoners⁴⁵ van staten die partij zijn bij het EVRM middels het individuele klachtrecht van artikel 34 EVRM een beroep op het EHRM kunnen doen wanneer zij van oordeel zijn dat zij geen actief (of passief) kiesrecht hebben voor een orgaan dat wetgevende macht bezit in de zin van artikel 3 EP EVRM. Dat geldt dus ook voor inwoners van Nederland.⁴⁶ Wanneer het EHRM een schending constateert, leidt dit in beginsel slechts tot een verplichting tot rechtsherstel of schadevergoeding (vgl. artikel 41 EVRM). Dat laat onverlet dat een Straatsburgse 'veroordeling' in het verleden wel degelijk heeft geleid tot wijzigingen in het constitutioneel recht, met name waar het de rechterlijke organisatie betrof.⁴⁷ Dit geldt overigens ook voor Straatsburgse jurisprudentie die niet direct over Nederland ging.⁴⁸ In de volgende paragraaf worden de Nederlandse decentrale overheden langs de maatlat van het EHRM gelegd.

44 In deze zin ook Kiiver in zijn noot bij EHRM 11 januari 2005, *EHRC* 2005/26 (Py t. Frankrijk) en Ten Napel 2007, p. 1090-1106.

45 Artikel 34 EVRM is niet slechts beperkt tot inwoners, maar dit geldt wel voor artikel 3 EP EVRM dat slechts een recht verleent aan alle individuen die tot het volk van de betreffende staat behoren, zie EHRM 2 maart 1987, zaak 9267/81 (Mathieu-Mohin and Clerfayt t. België).

46 Mits zij alle nationale middelen hebben uitgeput (artikel 35 lid 1 EVRM). Artikel 3 EP EVRM is een ieder verbindend en kan zodoende bij de nationale rechter worden ingeroepen, zie bijv. HR 16 februari 2001, *NJ* 2001/291 (Brown e.a. – Nederlandse Antillen).

47 Denk bijvoorbeeld aan EHRM 23 oktober 1985, *NJ* 1986/102, m.nt. Alkema; *AB* 1986/1, m.nt. Hirsch Ballin (Benthem) waarna het kroonberoep werd afgeschaft.

48 Zo leidde de Luxemburgse Procola-zaak (EHRM 28 september 1995, *NJ* 1995/667, m.nt. Alkema; *AB* 1995/588, m.nt. Van der Vlies; *JB* 1995/251) tot een scheiding van rechtspraak en wetgevingsadvisering bij de Nederlandse Raad van State, die vooralsnog als afdoende is beoordeeld (EHRM 6 mei 2003, *NJ* 2004/15, m.nt. Boon; *EHRC* 2003/54, m.nt. Gerards; *AB* 2003/111, m.nt. Verhey; *JB* 2003/119, m.nt. Heringa; *Gst.* 2003/91 (Kley)).

4. Wetgevende macht in de zin van het EVRM in Nederland

4.1 Inleiding

In de vorige paragraaf is ingegaan op de criteria waaraan voldaan moet worden om aangemerkt te worden als wetgevende macht in de zin van artikel 3 EP EVRM. Deze criteria worden nu toegepast op Nederlandse bestuursorganen die (zelfstandige) regelgevende bevoegdheid bezitten. Deze vraag is in die zin van belang nu met een beroep op artikel 3 EP EVRM in rechte zou kunnen worden afgedwongen dat overheidsorganisaties die wetgevende macht bezitten in elk geval een rechtstreeks gekozen orgaan moeten hebben dat deze wetgevende macht (mede) uitoefent. Hieronder wordt slechts ingegaan op de decentrale overheden, nu het duidelijk mogen zijn dat voor het nationale parlement voldaan is aan de eisen van artikel 3 EP EVRM, nu de Tweede Kamer rechtstreeks gekozen wordt.

4.2 Provinciale staten en gemeenteraden

Naast het toekennen van regelgevende bevoegdheid aan zowel de formele wetgever (artikel 81 Grondwet) als aan de regering (artikel 89 Grondwet)⁴⁹, kent de Grondwet ook regelgevende bevoegdheid toe aan provinciale staten en gemeenteraden (artikel 127 Grondwet). Zij bezitten in ieder geval autonome ruimte tot regeling en bestuur van hun huishouding (artikel 124 lid 1 Grondwet). Deze autonome bevoegdheden kunnen door de nationale wetgever niet aan andere organen dan de raad, het college en de burgemeester worden opgedragen, behoudens bij herindeling (artikel 128 Grondwet). Maar hebben deze organen ook wetgevende macht in de zin van artikel 3 EP EVRM? Het EHRM heeft hieromtrent nog geen uitspraak gedaan. De vraag is wel eens voorgelegd aan de ECRM, maar de ECRM is aan de beantwoording niet toegekomen omdat de zaak al op andere gronden werd afgewezen.⁵⁰

Toetsend aan de in de vorige paragraaf uitgewerkte criteria zal in ieder geval niet tot discussie leiden dat provinciale staten en gemeenteraden geen onderdeel uitmaken van het nationale parlement of op een andere wijze een nationaal orgaan zijn en evenmin zijn aan te merken als deelstatelijke parlementen.⁵¹ Ook van gefederaliseerde regionale parlementen is geen sprake, nu de Nederlandse Grondwet geen exclusieve catalogus van bevoegdheden geeft voor deze organen.⁵² Provinciale staten en gemeenteraden zijn decentrale overheden. In beginsel valt de regelgevende bevoegdheid van decentrale overheden niet onder de wetgevende macht als bedoeld in artikel 3 EP EVRM, nu deze daarvan juist moet worden onderscheiden.⁵³ Maar geldt dit ook voor de Nederlandse gemeenten en provincies? Zij bezitten immers wetgevende bevoegdheid (in materiële zin)

49 Ook ministers kunnen algemeen verbindende voorschriften vaststellen bij ministeriële regelingen (vgl. aanw. 20 Aanwijzingen voor de regelgeving), maar dit is geen algemene bevoegdheid tot regelgeving, nu deze steeds slechts geldt voor een bepaald terrein op grond van een in een wet in formele zin opgenomen delegatiebepaling (vgl. aanw. 26 en 27 Aanwijzingen voor de regelgeving). Dit soort gedelegeerde wetgeving, zonder autonome ruimte, valt niet onder de bescherming van artikel 3 EP EVRM.

50 ECRM 11 oktober 1979, zaken 8348/78 en 8406/78, NJ 1980/525, m.nt. Alkema (Glimmerveen and Hagenbeek).

51 Zo hebben provinciale staten en gemeenteraden geen initiatiefrecht voor nationale wetgeving, zoals bijvoorbeeld de Spaanse autonome regio's of de Italiaanse gewesten dit wel hebben.

52 *Kamerstukken II* 1976/77, 13 990, nr. 6, p. 11.

53 EHRM 16 januari 2003, zaak 36681/97 (Santoro t. Italië).

krachtens de Grondwet zelf voor zover het de regeling inzake hun eigen huishouding betreft (artikel 124 lid 1 Grondwet), de zogenoemde autonome bevoegdheid.⁵⁴

De terreinen waarop zij deze ruimte hebben zijn echter niet constitutioneel verankerd, deze volgen uit wetgeving in formele zin. Het toekennen van regelgeving en bestuur met betrekking tot de eigen huishouding door artikel 124 lid 1 Grondwet doet daar niets aan af, nu dit begrip geen grondwettelijke definitie of afbakening heeft. Provinciale staten en gemeenteraden hebben autonome ruimte, waar de wetgever (en voor gemeenteraden tevens het provinciebestuur) geen regels heeft gesteld, of medebewind heeft gevorderd. Het vorderen van medebewind van het provincie- en gemeentebestuur is immers per definitie een inbreuk op hun autonome ruimte, nu de besturen verplicht worden regelgeving tot stand te brengen of medewerking te verlenen aan uitvoering van hogere regelgeving. Dat daarbij soms veel discretionaire ruimte wordt gelaten, doet niet af aan het feit dat geen sprake meer is van autonome ruimte. De notie van de wetgever dat zoveel mogelijk gedecentraliseerd moet worden om zo de gemeentebesturen meer autonome ruimte te geven, klopt dan ook niet. Het decentraliseren van taken betekent immers dat het Rijk eerst taken aan zich trekt en dan vervolgens (in medebewind) van gemeentebesturen (of provinciebesturen) vordert dat zij regelgeving tot stand brengen en/of uitvoering geven aan hogere regels.

Binnen de aan hen gelaten ruimte, bezitten provinciale staten en gemeenteraden initiatiefrecht voor het tot stand brengen van verordeningen (artikel 143a Provinciewet resp. artikel 147a Gemeentewet). Tevens kunnen zij door gedeputeerde staten respectievelijk het college van burgemeester en wethouders geïnitieerde verordeningen amenderen (artikel 143b Provinciewet resp. artikel 147b Gemeentewet).⁵⁵ Provinciale staten en gemeenteraden kunnen daarbij zelfstandig regelgeving tot stand brengen, daarbij is geen medebeslissingsbevoegdheid toegekend aan gedeputeerde staten respectievelijk het college van burgemeester en wethouders en evenmin aan andere organen (artikel 143 Provinciewet resp. artikel 147 Gemeentewet).⁵⁶ Provinciale staten en gemeenteraden kunnen straf stellen op overtreding van de door hen opgestelde verordeningen, maar het gaat daarbij wel uitsluitend om een beperkte strafmogelijkheid ten aanzien van overtredingen, geen misdrijven (artikel 150 Provinciewet resp. artikel 154 Gemeentewet). Daarbij kan slechts een beperkte hechtenis worden opgelegd en geen gevangenisstraf (vgl. artikel 9 Sr). Verder hebben provinciale staten en gemeenteraden een zelfstandig budgetrecht (artikel 193 Provinciewet resp. artikel 189 Gemeentewet). Slechts in uitzonderlijke gevallen, wanneer de begroting niet sluitend is of niet sluitend dreigt te raken, kan het budgetrecht van provinciale staten of de gemeenteraad worden

54 *Kamerstukken II 1975/76*, 13 990, nr. 3, p. 15.

55 Het initiatiefrecht van gedeputeerde staten resp. het college berust op artikel 158 lid 1 onder b Provw resp. artikel 160 lid 1 onder b Gemw.

56 Evenmin kan de rechter provinciale staten of gemeenteraden verplichten verordeningen tot stand te brengen of in te trekken. Zie HR 1 oktober 2004, *NJ 2004/679*, m.nt. Koopmans; *JB 2004/385*; *Gst. 2006/114*; *AA 2005*, p. 80, m.nt. Kortmann. Zie voorts D.E. Bunschoten, 'Rechterlijk bevel tot wetgeving II: de verordening', *Gst. 2006/113*.

onderworpen aan goedkeuring door de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties respectievelijk gedeputeerde staten (artikel 207 Provinciewet resp. artikel 203 Gemeentewet). Provinciale staten en gemeenteraden zijn tot slot bevoegd tot het instellen van eigen belastingen (artikel 220 Provinciewet resp. artikel 216 Gemeentewet), maar wel slechts voor zover hiertoe een wettelijke grondslag bestaat (artikel 132 lid 6 Grondwet jo. artikel 221 lid 1 Provinciewet resp. artikel 219 lid 1 Gemeentewet). Aan de meeste toetsingscriteria die het EHRM stelt aan het begrip 'wetgevende macht' is dus voldaan waar het gemeenteraden en provinciale staten betreft. In de Nederlandse doctrine wordt veelal dan ook aangenomen dat provinciale staten en gemeenteraden wetgevende macht in de zin van artikel 3 EP EVRM bezitten. Zo oordelen Akkermans, Bax en Verhey dat provinciale staten en gemeenteraden onderdeel zijn van de wetgevende macht omdat voldaan is aan het criterium van autonome wetgevingsbevoegdheid die rechtstreeks aan de Grondwet wordt ontleend.⁵⁷ Elzinga komt tot eenzelfde conclusie en baseert zich daarbij uitsluitend op het criterium dat zowel provinciale staten als de gemeenteraden hun regelgevende bevoegdheid rechtstreeks aan de Grondwet ontlennen.⁵⁸ Akkermans en Koekkoek komen, in navolging van Van Dijk en Van Hoof, eveneens tot deze conclusie omdat gemeente- en provinciebesturen over voldoende ruime regelgevende bevoegdheid beschikken om hen aan te merken als wetgevende macht.⁵⁹ Broeksteeg oordeelt echter dat aangenomen mag worden dat provinciale staten en gemeenteraden, ondanks het feit dat zij over een grondwettelijk toegekende autonome verordenende bevoegdheid beschikken, niet als wetgevende macht in de zin van artikel 3 EP EVRM kunnen worden aangemerkt. Hij komt tot dit oordeel omdat hun regelgeving onder toezicht (spontane vernietiging) staat van de centrale overheid en omdat de nationaal vastgestelde Provinciewet en Gemeentewet hun vrijheid inperken.⁶⁰ Met Broeksteeg moet naar mijn mening geconcludeerd worden dat bij provinciale staten en gemeenteraden geen sprake is van wetgevende macht in de zin van artikel 3 EP EVRM. De regels die provinciale staten en gemeenteraden vaststellen staan immers niet op gelijke voet met nationale wetgeving, maar zijn slechts daarvan afgeleide regels nu de autonome ruimte geheel kan worden beperkt bij wet in formele zin. Daarnaast hebben deze organen geen invloed op de vaststelling van nationale wetgeving (anders dan advisering via de koepels IPO en VNG), ook niet indirect via een regionaal samengestelde kamer van het parlement, zoals bijvoorbeeld de Duitse Bondsdag, of de Belgische, Spaanse of Italiaanse Senaat. Sterker nog, zelfs de autonoom vastgestelde verordeningen kunnen door de Kroon vernietigd worden, zonder dat daarbij ook maar sprake is van strijd met de wet.⁶¹

57 P.W.C. Akkermans, C.J. Bax en L.F.M. Verhey, *Grondrechten: Grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland*, Deventer: Kluwer 2005 (vierde druk), p. 60

58 Elzinga 1997, p. 38.

59 P.W.C. Akkermans en A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 86 en P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *Theory and practice of the European convention on human rights*, 1998, p. 664.

60 Broeksteeg (EVRM losbl.), artikel 3 EP EVRM, aant. 3.

61 Zie in dit verband ook artikel 8 lid 2 EHLA, waarbij Nederland een voorbehoud heeft gemaakt.

4.3 Deelraden

In Amsterdam en Rotterdam bestaan ook nog deelgemeenten, met een eigen deelgemeentebestuur bestaande uit een deelraad, een dagelijks bestuur en een voorzitter van het dagelijks bestuur (artikel 87 lid 2 en 3 Gemeentewet). Het vertegenwoordigende orgaan van het deelgemeentebestuur is de deelraad, die rechtstreeks gekozen wordt (artikel 87 lid 5 Gemeentewet). De deelraden hebben geen Grondwettelijke basis.⁶² Zij hebben zodoende ook geen eigen constitutioneel gegarandeerde autonome ruimte. De bevoegdheden die zij hebben, berusten geheel op overdracht van bevoegdheden door de gemeenteraad, het college van burgemeester en wethouders en de burgemeester. Daarbij moet wel ten minste de bevoegdheid worden overgedragen om algemeen verbindende voorschriften vast te stellen (artikel 87 lid 2 Gemeentewet). Deze bevoegdheid komt in beginsel toe aan de deelraad. De overdracht door de gemeenteraad van zijn bevoegdheden bepaalt de discretionaire ruimte van de deelraden. De raad kan in beginsel al zijn bevoegdheden overdragen, tenzij de raad van de bevoegdheid zich tegen overdracht verzet (artikel 156 lid 1 Gemeentewet). Niet kan worden overgedragen de bevoegdheid tot instelling van een onderzoek als bedoeld in artikel 155a lid 1 Gemeentewet, de vaststelling of wijziging van de gemeentelijke begroting en jaarrekening en de aanwijzing van accountants bedoeld in artikel 213 lid 2

Gemeentewet (artikel 156 lid 5 jo lid 2 Gemeentewet). De bevoegdheid tot het instellen van belastingen bij belastingverordeningen kan in beginsel ook niet worden overgedragen, behoudens de in artikel 156 lid 2 onder *h* Gemeentewet genoemde belastingen. De bevoegdheid straf te stellen op verordeningen kan wel worden overgedragen (artikel 156 lid 5 jo. lid 2 Gemeentewet).⁶³ De deelraden hebben in beginsel geen zelfstandig budgetrecht, nu hun begrotingen deel uitmaken van de gemeentelijke begroting. Het is echter mogelijk de begroting van de deelgemeenten niet te integreren in de gemeentelijke begroting (artikel 6 lid 1 BBV). Wanneer toepassing wordt gegeven aan de zelfstandige begrotingsmogelijkheid van de deelgemeenten, dan wordt de deelgemeente beschouwd als een verbonden partij van de gemeente (artikel 6 lid 2 BBV).

Akkermans en Koekkoek oordelen dat de deelgemeenten moeten worden aangemerkt als organen die wetgevende macht in de zin van artikel 3 EP EVRM bezitten.⁶⁴ Nu het bij deelraden uitsluitend kan gaan om gedelegeerde bevoegdheden, zij hebben geen eigen autonome ruimte, moet mijns inziens vastgesteld worden dat deze bevoegdheid zich onderscheidt van de wetgevende macht en dat de deelraden zodoende niet onder artikel 3 EP EVRM vallen.⁶⁵

62 Al komt de rechtbank Amsterdam tot een andere conclusie, zie Rb. Amsterdam 23 november 2009, *LJN* BK4052; *Gst.* 2010/12, m.nt. De Greef (Stadsdeel Amsterdam-Noord).

63 Zie uitgebreider R.J.M.H. de Greef, 'Deelgemeenten, deelgemeentebesturen en territoriale bestuurscommissies: do's and don't's', *Gst.* 2010/1.

64 Akkermans/Koekkoek 1992, p. 87. Opvallend is dat deze beschouwingen in de derde druk niet meer voorkomen.

65 Vgl. EHRM 16 januari 2003, zaak 36681/97 (Santoro t. Italië).

4.4 Algemene besturen van waterschappen

Waterschappen zijn gebaseerd op artikel 133 Grondwet en worden ingesteld bij provinciale verordening (artikel 2 e.v. Waterschapswet). Waterschappen hebben ten doel de waterstaatkundige verzorging van een bepaald gebied (artikel 1 lid 1 Waterschapswet). De taken die daarbij horen zijn in elk geval de zorg voor het watersysteem en de zorg voor het zuiveren van afvalwater (artikel 1 lid 2 Waterschapswet). De waterschapsbesturen hebben daarmee een vastomlijnde taakomschrijving, en dus geen algemene competentie zoals provincie- en gemeentebesturen. Zij hebben evenmin een open huishouding. Om die reden worden zij aangemerkt als functioneel gedecentraliseerde organen.⁶⁶

De waterschapsbesturen bestaan uit een algemeen bestuur, een dagelijks bestuur en een voorzitter (artikel 10 Waterschapswet). Het algemeen bestuur is het vertegenwoordigend orgaan van het waterschap. De waterschapsbesturen hebben geen eigen constitutioneel gegarandeerde bevoegdheden, artikel 133 lid 2 Grondwet stelt slechts dat de wet de bevoegdheden van de waterschappen regelt. De bevoegdheden die zij hebben, krijgen zij dus bij wet (artikel 1 lid 2 Waterschapswet) of krijgen zij overgedragen van de provinciale bestuursorganen (artikel 107 lid 1 Provinciewet). Daarnaast kunnen de waterschappen in medebewind worden geroepen bij wet, bij algemene maatregel van bestuur of bij provinciale verordening vastgesteld door provinciale staten (artikel 56 lid 2 Waterschapswet en artikel 146 Provinciewet).

Bij de totstandkoming van de Wet modernisering waterschapsbestel woedde een heftige discussie tussen de CDA- en PvdA-fracties in de Eerste Kamer enerzijds en de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat anderzijds.⁶⁷ Met name de CDA-fractie vond het benoemen van leden in het algemeen bestuur van de waterschappen in strijd met artikel 3 EP EVRM, gelet op de bevoegdheid van het algemeen bestuur om algemeen verbindende voorschriften te geven die een ieder binnen het waterschap binden, en niet slechts een beperkt aantal vertegenwoordigden, zoals bijvoorbeeld bij een productschap. Daarnaast kan het algemeen bestuur belastingen instellen en straf stellen op overtreding van zijn verordeningen en bestuursdwang (doen) toepassen.⁶⁸ CDA-senator Wagemakers kwam bij de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel terug op de strijd met artikel 3 EP EVRM en gaf aan dat hij vond dat de benoeming van leden in het algemeen bestuur haaks stond op het gedachtegoed dat ten grondslag ligt aan artikel 3 EP EVRM (en artikel 4 Grondwet). De CDA-fractie kreeg bijval van de toenmalige coalitiepartner. PvdA-senator Eigeman vond dat benoeming van leden in het algemeen bestuur afbreuk deed aan de representativiteit van het algemeen bestuur en daarmee aan het adagium 'no taxation without representation'.⁶⁹ Staatssecretaris

66 H.J.M. Havekes, *Functioneel decentraal waterbestuur: borging, bescherming en beweging* (diss. Utrecht), 2009, p. 47 e.v., J.T. van den Berg, A. van Hall en H.F.M.W. van Rijswick, *Waterstaats- en waterschapsrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 28 en H.Ph.J.A.M. Hennekens, H.J.A.M. van Geest en R. Fernhout, *Decentralisatie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 34.

67 Zie Havekes 2009, p.

319-335.

68 *Kamerstukken I 2006/07*, 30601, nr. B, p. 2-3.

69 *Handelingen I 2006/07*, nr. 21, p. 662-663.

Huizinga verzette zich tegen deze opmerkingen van CDA en PvdA door te stellen dat gelet op de Europese jurisprudentie waterschappen niet vallen onder artikel 3 EP EVRM.⁷⁰ Ook Bunschoten, Havekes en Verburg komen tot deze conclusie.⁷¹ Sewandono is van oordeel dat de waterschapsbesturen wel wetgevende macht in de zin van artikel 3 EP EVRM bezitten.⁷² Met de staatssecretaris en de meeste auteurs moet mijns inziens worden aangenomen dat, gelet op het beperkte taakveld van de waterschappen en het feit dat zij geen constitutioneel gegarandeerde bevoegdheden hebben, waterschappen niet beschikken over wetgevende macht in de zin van artikel 3 EP EVRM.⁷³ Dit wordt nog eens versterkt door het feit dat zij door provinciale staten kunnen worden ingesteld en afgeschaft.⁷⁴ Er geldt geen vereiste voor een landelijk dekkend stelsel van waterschappen, ondanks dat dit er in feite momenteel wel is. Het EHRM heeft zich nog nooit uitgelaten over de waterschappen in relatie tot artikel 3 EP EVRM, wel is duidelijk dat de openbare lichamen voor bedrijf (de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie) niet onder het begrip vallen, ondanks de regelgevende bevoegdheid die deze organen bezitten.⁷⁵

4.5 Algemene besturen van plusregio's of gemeenschappelijke openbare lichamen

Bestuursorganen van gemeenten, provincies en waterschappen kunnen onderling gemeenschappelijke regelingen treffen. Bij een dergelijke gemeenschappelijke regeling kan een gemeenschappelijk openbaar lichaam worden ingesteld (artikel 135 Grondwet jo. artikel 8 lid 1 Wgr). Het bestuur van een gemeenschappelijk openbaar lichaam bestaat uit een algemeen bestuur, een dagelijks bestuur en een voorzitter (artikel 12 lid 1 Wgr). Het algemeen bestuur is het vertegenwoordigende orgaan, maar vertegenwoordigt de deelnemers aan de gemeenschappelijke regeling. Bij een gemeenschappelijke regeling is namelijk sprake van zogenoemd verlengd lokaal bestuur. Dat houdt in dat er een hechte band is tussen de deelnemers en het samenwerkingsverband, die zich uit middels de bestuurssamenstelling, de verantwoordingsrelaties, de financiering en de bevoegdheidstoekenning.⁷⁶ Het bestuur van een gemeenschappelijk openbaar lichaam verkrijgt zijn bevoegdheden in beginsel via overdracht door de deelnemers (artikel 30 Wgr).⁷⁷ Het bestuur heeft in beginsel geen eigen wettelijke bevoegdheden, anders dan bevoegdheden om aan het maatschappelijk verkeer deel te nemen (vgl. artikel 31 Wgr) of interne aangelegenheden te regelen. Wanneer raden, provinciale staten of algemene besturen van waterschappen deelnemen aan de gemeenschappelijke regeling, kan het bestuur van het gemeenschappelijk openbaar lichaam ook verordenende bevoegdheid overgedragen krijgen. In beginsel kunnen immers alle bevoegdheden tot regeling en bestuur worden overgedragen. Alleen het instellen van

70 *Kamerstukken I 2006/07, 30 601, nr. C, p. 4* en *Kamerstukken I 2006/07, 30 601, nr. E. Zie voorts Havekes 2009, p. 325-335* en *Belangenrepresentatie in het waterschapsbestuur, 2009, p. 7-8.*

71 D.E. Bunschoten, 'De Grondwet en het waterschap', *TvCR 2011, p. 22-44*, Havekes 2009, p. 334 en J.J.I. Verburg, 'Geen strijd van waterschapsverkiezingen met het EVRM', *NJB 1992, p. 1425.*

72 I. Sewandono, 'Waterschapsverkiezingen in strijd met het EVRM', *NJB 1992, p. 1080* en I. Sewandono, 'Getrapte waterschapsverkiezingen geheid in strijd met Eerste Protocol', *NJB 1992, p. 1426.*

73 Vgl. EHRM 16 januari 2003, zaak 36681/97 (Santoro t. Italië).

74 Vgl. ECRM 5 juli 1985, zaak 11391/85 (Booth-Clibborn t. Verenigd Koninkrijk).

75 ECRM 1 maart 1983, zaak 9926/82 (Produktschap voor Siergewassen).

76 Zie R.J.M.H. de Greef, 'De veiligheidsregio's: verlengd lokaal bestuur of toch functioneel bestuur?', *Gst. 2009/97* en R.J.M.H. de Greef, 'De gemeenschappelijke regeling: onbegrepen, onbekend en onbemind!', *Gst. 2008/107.*

77 Zie voorts artikel 43, 50b, 54, 63, 76 en 86 Wgr.

algemene belastingen is in de wet beperkt (vgl. artikel 30 lid 1 Wgr).⁷⁸ Daarnaast kan de aard van de bevoegdheid zich tegen overdracht verzetten.⁷⁹ Nu het bestuur van een gemeenschappelijk openbaar lichaam niet over eigen gegarandeerde constitutionele bevoegdheden beschikt, en slechts afgeleide regelgevende bevoegdheden kan hebben, is naar mijn oordeel geen sprake van wetgevende macht in de zin van artikel 3 EP EVRM. Dit ligt niet anders voor de zogenoemde plusregio's, die een bijzondere vorm van een gemeenschappelijk openbaar lichaam zijn, met eigen wettelijke of door de provinciebesturen overgedragen bevoegdheden (artikel 104 en artikel 118 Wgr, artikel 107 Provinciewet).⁸⁰

4.6 Conclusie

Ingezetenen van de provincies en gemeenten kunnen zich niet op artikel 3 EP EVRM beroepen wanneer zij vinden dat er geen sprake is van rechtstreekse en vrije verkiezingen bij de verkiezing van provinciale staten onderscheidenlijk de gemeenteraden. Deze organen vallen niet onder de minimumnorm van het EVRM. Dat geldt evenzeer voor de deelraden en de algemene besturen van waterschappen of gemeenschappelijke openbare lichamen. De betekenis van artikel 3 EP EVRM binnen Nederland is dus slechts beperkt. Het EVRM beperkt echter niet de rechten die op grond van (nationale) wetten of andere verdragen gelden (artikel 53 EVRM). In de volgende paragraaf wordt dan ook ingegaan op de eisen die de Grondwet stelt aan het democratiebeginsel.

5. Artikel 4 Grondwet: Algemeen vertegenwoordigende organen

5.1 Algemeen

Het actief en passief kiesrecht zijn sinds 1983 in algemene zin geregeld in artikel 4 Grondwet.⁸¹ Het artikel koppelt het actieve kiesrecht aan algemeen vertegenwoordigende organen. De Grondwet laat zich niet verder uit over de vraag wanneer sprake is van een algemeen vertegenwoordigend orgaan, en welke organen hier zodoende onder vallen. Wat uit de term wel duidelijk wordt, is dat het om een vertegenwoordigend orgaan moet gaan. De toevoeging 'algemeen' ziet niet op het feit dat de vertegenwoordiging algemeen van aard is, maar op het feit dat de bevoegdheden van het orgaan algemeen zijn.⁸² De algemeen vertegenwoordigende organen vertegenwoordigen volgens de Hoge Raad de gehele bevolking zonder dat zij daarbij onderscheid maken tussen de burgers die daarvan deel uitmaken en vormen zodoende het hart van de democratie en een waarborg voor het democratische gehalte van de staat.⁸³

78 Zie R.J.M.H. de Greef, 'Samenwerking op het gebied van heffing en invordering van gemeente- en waterschapsbelastingen', *Gst.* 2010/87.

79 ABRvS 21 januari 1997, *AB* 1997/136, m.nt. Backes; *Gst.* 1997/7052/10, m.nt. Teunissen; *BR* 1997/392, m.nt. De Vries (Exploitatiemaatschappij Bedrijvenpark Drachten). Zie ook R.J.M.H. de Greef en F. Maas, 'De veiligheidsregio: een bijzondere vorm van samenwerking', *RBOH* 2011, p. 17-23, Zijlstra 2009, p. 306-307 en J.L.W. Broeksteeg, 'Gebreken van delegatie', *TAR* 2010, p. 351-360.

80 Zie voor een uitputtend overzicht van de bevoegdheden van de plusregio's het register van plusregio's op www.rijks-overheid.nl.

81 Voor de grondwetsherziening van 1983 was geen algemeen grondrecht geformuleerd (zie *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 26).

82 In deze zin ook de Raad van State, *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 4, p. 63-64.

83 HR 9 april 2010, *LJN* BK4547; *NJ* 2010/338, m.nt. Alkema; *AB* 2010/190, m.nt. Van Ommeren; *JB* 2010/115, m.nt. Schutgens en Sillen (*Vrouwenstandpunt SGP I*) en HR 9 april 2010, *LJN* BK4549; *Gst.* 2010/63, m.nt. Broeksteeg (*Vrouwenstandpunt SGP II*).

5.2 Grondwetsgeschiedenis

De grondwetsgeschiedenis biedt wel enige aanknopingspunten.⁸⁴ Onder de algemeen vertegenwoordigende organen van artikel 4 Grondwet vallen volgens de regering in ieder geval de Staten-Generaal, dus zowel de Tweede Kamer als de Eerste Kamer, provinciale staten en de gemeenteraden.⁸⁵ De Grondwet schrijft hun verkiezingswijze dan ook zelf voor (artikel 54, 55 resp. 129 Grondwet). Het algemeen bestuur van een waterschap valt niet onder het begrip algemeen vertegenwoordigend orgaan, maar is aan te merken als een functioneel vertegenwoordigend orgaan.⁸⁶ De Grondwet schrijft dan ook niet voor hoe het algemeen bestuur van een waterschap wordt samengesteld (artikel 133 lid 1 Grondwet). Hetzelfde geldt voor vertegenwoordigende organen bij de openbare lichamen voor beroep en bedrijf (artikel 134 lid 2 Grondwet), die evenzeer slechts als functioneel vertegenwoordigende organen kunnen worden aangemerkt. Toch zijn de beide Kamers, provinciale staten en de gemeenteraden niet de enige algemeen vertegenwoordigende organen. Onder omstandigheden kunnen volgens de regering onder het begrip algemeen vertegenwoordigend orgaan ook deelraden en algemene besturen van gemeenschappelijke openbare lichamen op grond van de Wgr worden verstaan. Of dergelijke organen zijn aan te merken als algemeen vertegenwoordigend orgaan is afhankelijk van de positie die zij in de deelgemeente respectievelijk de regio innemen, gelet op hun bevoegdheden en samenstelling.⁸⁷ Het moet gaan om een algemeen karakter qua bevoegdhedenpakket en een bepaalde zwaarte in het bestuursproces. De Tweede Kamer vond deze uitleg van de regering niet voldoende helder en vroeg om meer duidelijkheid. De regering antwoordde dat het belang (de taak) waarvoor het gemeenschappelijk openbaar lichaam wordt ingesteld niet beperkt mag zijn tot een speciaal onderdeel van het bestuursterrein.⁸⁸ Dit lijkt logisch, er is dan immers sprake van samenwerking die te typeren is als functionele samenwerking, te vergelijken met de functionele openbare lichamen zoals waterschappen en de openbare lichamen voor beroep en bedrijf. Daarnaast merkte de regering op dat de taak en positie een zeker gewicht moeten hebben en niet beperkt mogen zijn tot advisering of studie. Anders gezegd: het moet gaan om zwaardere bevoegdheden, die ingrijpen in de regio. De Eerste Kamer vond ook deze uitleg niet afdoende. Een inmiddels na Tweede Kamerverkiezingen anders samengestelde regering⁸⁹ vond dat deelraden kunnen worden aangemerkt als algemeen vertegenwoordigend orgaan, op voorwaarde dat zij een met een gemeenteraad vergelijkbaar bevoegdhedenpakket hebben.⁹⁰ Naar het oordeel van het nieuwe kabinet vallen intergemeentelijke samenwerkingsvormen echter niet onder het begrip algemeen vertegenwoordigend orgaan, nu zij geen met een provincie of gemeente gelijkstaand bevoegdhedenpakket

84 Vgl. *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3 (hierna: MvT), p. 28.

85 MvT, p. 27.

86 MvT, p. 27.

87 MvT, p. 27. Zie in dit verband ook *Handelingen II* 1976/77, p. 2158.

88 *Kamerstukken II* 1976/77, 13 872, nr. 7, p. 21-22.

89 Eind 1977 was het kabinet-Van Agt I aangetreden, bestaande uit het CDA en de VVD, na een mislukte poging om tot een tweede kabinet-Den Uyl te komen. Het kabinet-Van Agt I volgde het kabinet-Den Uyl, bestaande uit PvdA, KVP, ARP, PPR en D'66, op dat het voorstel tot wijziging van de Grondwet indiende en verdedigde in de Tweede Kamer.

90 *Kamerstukken I* 1978/79, 13 872 en 13 873, nr. 96a, p. 6-9.

kunnen hebben onder de nieuwe Wgr. Daarin is immers sprake van verlengd lokaal bestuur.⁹¹ De coördinerende, plannende en sturende bevoegdheden die organen ingesteld krachtens gemeenschappelijke regelingen konden bezitten jegens de deelnemende gemeentebesturen zouden worden afgeschaft. Het kabinet-Van Agt I distantieerde zich dan ook van het eerdere oordeel van het kabinet-Den Uyl.

Kortmann wijst op deze omslag in het denken van de regering bij de grondwetsherziening. Hij constateert dat waar de regering oorspronkelijk een ruime uitleg gaf aan het begrip algemeen vertegenwoordigend orgaan, de regering uiteindelijk, uit angst voor het ontstaan van een vierde bestuurslaag, voor een strikte uitleg heeft gekozen, waarbij sprake moet zijn van een takenpakket vergelijkbaar met een provincie of gemeente. Volgens Kortmann heeft artikel 4 Grondwet daarmee veel van zijn praktische betekenis verloren, nu in het kiesrecht voor de resterende organen reeds in de Grondwet is voorzien. Het artikel kan volgens Kortmann alleen nog een rol spelen bij zware deelraden, maar het artikel biedt naar zijn oordeel te weinig aanknopingspunten om te beoordelen wanneer daarvan sprake is.⁹² Later komt Kortmann enigszins op zijn oordeel terug als hij opmerkt dat ook ambten van zware gemeenschappelijke regelingen onder het begrip kunnen vallen.⁹³ Ook Bunschoten constateert dat artikel 4 Grondwet weinig praktische betekenis toekomt nu het kiesrecht voor alle door de regering erkende algemeen vertegenwoordigende organen reeds in de Grondwet zelf, of voor deelraden in de Gemeentewet, is voorzien. Bunschoten onderscheidt als criterium om te worden aange-merkt als algemeen vertegenwoordigend orgaan dat het om overheidsambten moet gaan die zware taken en bevoegdheden bezitten op een breed terrein.⁹⁴ Hennekens c.s. wijzen erop dat artikel 4 Grondwet niet van toepassing is op samenwerkingsverbanden die gebaseerd zijn op de Wgr, nu daarbij sprake is van verlengd lokaal bestuur. Om die reden zijn openbare lichamen of gemeenschappelijke organen die op basis van de Wgr worden ingesteld niet te vergelijken met de vanouds bekende vertegenwoordigende organen.⁹⁵ Ook De Lange komt tot de conclusie dat organen van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden op grond van de Wgr niet onder het begrip algemeen vertegenwoordigend orgaan vallen, gelet op het beginsel van verlengd lokaal bestuur.⁹⁶ Elzinga geeft, net als Kortmann en De Lange, aan dat de regering een draai heeft gemaakt bij de uitleg van het begrip. Hij geeft daarbij tevens aan dat het artikel vooral een rol heeft gespeeld bij deelraden op grond van de Gemeentewet-1992 en de regionale bestuursorganen op grond van de Kaderwet bestuur in verandering.⁹⁷

Mijns inziens moet de uitleg in de memorie van toelichting leidend zijn voor de uitleg van het begrip. Dat betekent dus dat het bevoegdheden-

91 Zie uitgebreider De Greef in *Gst.* 2009/97.

92 C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherziening 1983*, Deventer: Kluwer 1983, p. 73.

93 Kortmann 2008, p. 426.

94 P.P.T. Bovend'Eert e.a., *Tekst & Commentaar Grondwet*,

Deventer: Kluwer 2010, artikel 4 (commentaar D.E. Bunschoten).

95 H.Ph.J.A.M. Hennekens c.s. (red.), *Praktijkboek gemeenschappelijke regelingen*, Den Haag: VUGA (losbl.), p. II C-17.

96 D.J. Elzinga en R. de Lange, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 331.

97 D.J. Elzinga, *Het Nederlandse kiesrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 34-35.

pakket leidend is voor de vraag of sprake is van een algemeen vertegenwoordigend orgaan. Dit sluit ook aan bij de werkwijze van het EHRM ten aanzien van de invulling van artikel 3 EP EVRM. Daarnaast berust de latere uitleg van het kabinet-Van Agt I op een bepaling in de Wgr (het voorgestelde artikel 23), die uitsloot dat een gemeenschappelijk openbaar lichaam coördinerende en sturende taken zou krijgen. Deze bepaling is later echter uit het wetsvoorstel geschrapt.⁹⁸ De overwegingen van het kabinet-Van Agt I berusten daarmee op een bepaling in een wetsvoorstel die nooit van kracht is geworden. Het criterium uit de memorie van toelichting geeft echter ook geen duidelijke afbakening. Het bevoegdhedenpakket leidend maken sluit tevens aan bij de jurisprudentie van het EHRM omtrent de minimumeisen aan democratische legitimatie middels het actieve kiesrecht. De vraag die rijst is wat de wetgever gedaan heeft met de invulling van dit begrip, nu de grondwetgever er bewust voor heeft gekozen het begrip algemeen vertegenwoordigend orgaan niet verder in te kleuren, om de formele wetgever de ruimte te laten voor interpretatie van het begrip.⁹⁹ De wetgever heeft hier met name mee te maken gehad bij de totstandkoming van de Wgr, de Kaderwetgebieden, de plusregio's en de deelgemeenten.

5.3 Wet gemeenschappelijke regelingen

De regering heeft zich in het kader van de totstandkoming van de Wgr van 1985 op het standpunt gesteld dat democratische legitimatie vooral moet komen van het zogenoemde verlengd lokaal bestuur¹⁰⁰, en dat daarvoor geen sprake kon zijn van een algemeen vertegenwoordigend orgaan. Het algemeen bestuur, het vertegenwoordigend orgaan van het gemeenschappelijk openbaar lichaam, vertegenwoordigt niet de gehele bevolking als zodanig, maar vertegenwoordigt de deelnemende bestuursorganen.¹⁰¹ Artikel 13 lid 1 Wgr sluit directe verkiezingen van het algemeen bestuur van een gemeenschappelijk openbaar lichaam dan ook uit, nu de leden van het algemeen bestuur door en uit de gemeenteraden worden aangewezen, wanneer raden deelnemen aan de gemeenschappelijke regeling.¹⁰² De leden van het algemeen bestuur worden door het college van burgemeester en wethouders uit zijn midden aangewezen bij gemeenschappelijke regelingen waaraan uitsluitend colleges deelnemen (artikel 13 lid 6 jo. lid 1 Wgr), en het algemeen bestuur wordt gevormd door de burgemeesters bij gemeenschappelijke regelingen die uitsluitend door burgemeesters worden getroffen (artikel 13 lid 7 Wgr).¹⁰³ De wetgever kiest hier dus niet voor het bevoegdhedenpakket als leidraad, maar juist voor de wijze van samenstelling van het vertegenwoordigend orgaan.

98 *Kamerstukken II 1982/83*, 16 538, nr. 10 voor een inhoudelijke wijziging en later *Kamerstukken II 1983/84*, 16 538, nr. 14 voor de schrapping. Zie voorts *Kamerstukken II 1982/83*, 16 538, nr. 11, p. 2-3 en *Kamerstukken II 1983/84*, 16 538, nr. 13, p. 27-28. 99 Vgl. MvT p. 28.

100 Zie uitgebreider De Greef in *Gst.* 2009/97.

101 Dit blijkt des te meer nu de deelnemende bestuursorganen het door hen aangewezen lid in het algemeen bestuur kunnen ontslaan bij gebrek aan vertrouwen (artikel 16 lid 5 Wgr, zie ook *Kamerstukken I 2004/05*, 27 008 en 29 532, nr. E, p. 9-10), terwijl volksvertegenwoordigers in algemeen vertegenwoordigende organen zonder last stemmen en zodoende niet kunnen worden ontslagen bij gebrek aan vertrouwen (vgl. artikel 67 lid 3 resp. artikel 129 lid 6 Gw).

102 In tegenstelling tot in het privaatrecht waar rechtshandelingen (zoals overeenkomsten) door de rechtspersoon worden verricht (artikel 3:32 jo. artikel 2:5 BW), wordt een gemeenschappelijke regeling getroffen door bestuursorganen, vandaar dat verschillende typen regelingen kunnen worden onderscheiden. Zie onder meer ABRvS 31 maart 2010, *LJN* BL9633, *JB* 2010/125, *Gst.* 2010/53, m.nt. De Greef (Recreatieschap Midden-Delfland I), ABRvS 31 maart 2010, *LJN* BL9634 (Recreatieschap Midden-Delfland II), CRvB 19 september 2007, *LJN* BB3987 (Pentasz I) en CRvB 7 augustus 2007, *LJN* BB1469, *JB* 2007/199, m.nt. Timmermans (Kompas I).

103 Zie uitgebreider De Greef in *Gst.* 2008/107. Hetzelfde geldt overigens voor de samenstelling van een gemeenschappelijk orgaan (artikel 15 Wgr), alleen het gemeenschappelijk orgaan kan geen verordenende bevoegdheden krijgen (artikel 30 lid 1 Wgr).

5.4 Kaderwet bestuur in verandering

Bij de totstandkoming van de Kaderwet bestuur in verandering laaide de discussie over rechtstreeks gekozen organen bij regionale openbare lichamen weer op. Deze wet kwam tot stand om een tijdelijke voorziening te geven voor het bestuur in de grootstedelijke regio's.¹⁰⁴ Het oorspronkelijke wetsvoorstel voor de Kaderwet bestuur in verandering voorzag in twee mogelijkheden van samenwerking, te weten het regionaal openbaar lichaam en de regionale gebiedsautoriteit. Waar het regionaal openbaar lichaam met name gebaseerd was op het concept van verlengd lokaal bestuur en de Wgr, was de regionale gebiedsautoriteit, met veel verdergaande bevoegdheden, niet meer aan te merken als verlengd lokaal bestuur. Met name ten aanzien van de regionale gebiedsautoriteit is ingegaan op de relatie met artikel 4 Grondwet, dit op advies van de Kiesraad. Volgens de Kiesraad was de regionale gebiedsautoriteit, zeker met het maximale takenpakket, aan te merken als algemeen vertegenwoordigend orgaan in de zin van artikel 4 Grondwet.¹⁰⁵ Van der Vlies merkt in haar advies aan de regering op dat geen sprake is van een algemeen vertegenwoordigend orgaan waar het over het regionaal openbaar lichaam gaat. Voor de regionale gebiedsautoriteit ziet zij dit anders.¹⁰⁶ Konijnenbelt sluit zich in zijn advies aan de regering bij Van der Vlies aan.¹⁰⁷ De regering oordeelt dat niet in algemene zin kan worden gesteld dat de regionale gebiedsautoriteit moet worden aangemerkt als algemeen vertegenwoordigend orgaan, maar dat dit per concreet geval moet worden bekeken. Hoe dichter men bij het maximaal toegestane takenpakket komt, hoe eerder sprake is van een algemeen vertegenwoordigend orgaan in de zin van artikel 4 Grondwet. De Raad van State vindt dat bij de regionale gebiedsautoriteit sowieso sprake is van een algemeen vertegenwoordigend orgaan.¹⁰⁸ Het bevoegdhedenpakket lijkt dus als leidraad te zijn gekozen voor de vraag of sprake is van een algemeen vertegenwoordigend orgaan. De regionale gebiedsautoriteit is bij de amendementen De Cloe c.s. uit het wetsvoorstel geschrapt, waarmee de vraag nooit definitief beantwoord is.¹⁰⁹

Ook over verkiezingen bij het regionaal openbaar lichaam heeft een gedachtewisseling plaatsgevonden. De regering gaat er daarbij vanuit dat een regionaal openbaar lichaam slechts in een overgangsfase bestaat, als opmaat naar een nieuw regionaal bestuur. Alleen al om die reden dient niet te worden overgegaan tot rechtstreekse verkiezing, maar moet verlengd lokaal bestuur voorop staan.¹¹⁰ De regering kijkt hierbij dus niet naar het bevoegdhedenpakket, maar slechts naar de tijdelijkheid. Blijkbaar is het tijdelijke karakter al voldoende om niet te hoeven voldoen aan eisen die voortvloeien uit de Grondwet en de democratische rechtsstaat.

104 De zogenoemde Kaderwetgebieden waren de regionale openbare lichamen rond Amsterdam, Rotterdam, Den Haag, Utrecht, Eindhoven-Helmond, Arnhem-Nijmegen en Enschede-Hengelo.

105 Brief van de Kiesraad van 31 oktober 1991, kenmerk KR91/41.

106 *Kamerstukken II 1993/94*, 23 048, nr. 10, p. 18-19. Naar het oordeel van Van der Vlies is evenmin sprake van toepasselijkheid van artikel 3 EP EVRM, al geeft zij aan het niet met zekerheid te kunnen zeggen.

107 *Kamerstukken II 1993/94*, 23 048, nr. 10, p. 21.

108 *Kamerstukken II 1992/93*, 23 048, nr. B, p. 17-18.

109 *Kamerstukken II 1993/94*, 23 048, nr. 24.

110 *Kamerstukken II 1993/94*, 23 048, nr. 13, p. 57.

5.5 Wijzigingswet Wgr-plus

De Kaderwet bestuur in verandering is inmiddels ingetrokken en vervangen door de Wijzigingswet Wgr-plus.¹¹¹ De voormalige Kaderwetgebieden zijn daarbij omgevormd tot zogenoemde plusregio's (artikel XIX lid 2 Wijzigingswet Wgr-plus). Naast de voormalige Kaderwetgebieden kunnen ook in andere stedelijke regio's plusregio's worden ingesteld op verzoek van de gemeenten, hetgeen tot op heden slechts is gebeurd met Parkstad Limburg. Deze Wijzigingswet heeft, anders dan de Kaderwet bestuur in verandering, een structureel en geen incidenteel of tijdelijk karakter.

De regering vindt dat de nieuwe plusregio's niet zodanig zware bevoegdheden hebben, dat een van hun organen rechtstreeks gekozen moet worden. De plusregio is volgens de regering een hulpstructuur waarbij de gezamenlijke verantwoordelijkheid van de gemeenten voorop staat.¹¹² De Raad van State wijst er op dat de voorgestelde plusregio's de vorm van hulpstructuur overstijgen en dat zodoende meer aandacht moet worden besteed aan de democratische legitimatie. De wetgever holt volgens de Raad van State de figuur van de gemeenschappelijke regeling uit. De Raad van State vindt dat de regering uitdrukkelijk moet ingaan op de toekomst van de plusregio's in relatie tot rechtstreekse verkiezing.¹¹³ Zijlstra c.s. geven aan dat bij de vraag of het algemeen bestuur van een plusregio is aan te merken als algemeen vertegenwoordigend orgaan in de zin van artikel 4 Grondwet met name de bevoegdheden van het algemeen bestuur met betrekking tot het vaststellen van een regionaal structuurplan en van bestemmingsplannen aandacht verdienen. Zij komen tot de conclusie dat het algemeen bestuur van de plusregio is aan te merken als algemeen vertegenwoordigend orgaan, gelet op de beide bevoegdheden.¹¹⁴ De regering geeft in reactie hierop aan dat wanneer het bestuur van een gemeenschappelijk openbaar lichaam zodanige bevoegdheden krijgt dat een van zijn organen zou moeten worden aangemerkt als algemeen vertegenwoordigend orgaan, dat dan niet over moet worden gegaan tot rechtstreekse verkiezingen, maar tot opheffing van het gemeenschappelijk openbaar lichaam.¹¹⁵ Ook hier is het bevoegdhedenpakket dus leidend.

De Wijzigingswet Wgr-plus is op 1 januari 2006 in werking getreden, zonder de mogelijkheid tot rechtstreekse verkiezingen van de algemene besturen van plusregio's. Mede om die reden zijn via het (aangenomen) amendement Neppéus c.s. de bevoegdheden van plusregio's met betrekking tot de ruimtelijke ordening geschrapt uit de Invoeringswet Wet ruimtelijke ordening.¹¹⁶ Staatssecretaris Bijleveld-Schouten van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties geeft in haar reactie aan het jammer te vinden dat niet gewacht is op een evaluatie van de Wijzigingswet Wgr-plus om een principiële discussie over de plusregio's te voeren.¹¹⁷ Die evaluatie heeft inmiddels plaatsgevonden¹¹⁸, de principiële

111 Wet van 24 november 2005, *Stb.* 2006, nr. 666.

112 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 532, nr. 3, p. 6.

113 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 532, nr. 4, p. 2-3.

114 S.E. Zijlstra, H. Battjes en D.A. Roos, *Advies inzake concept Wijzigingswet Wgr-plus*, Amsterdam: VU 2004, p. 12-13.

115 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 532, nr. 6, p. 6.

116 *Kamerstukken II* 2007/08, 30 938, nr. 17.

117 *Kamerstukken II* 2007/08, 30 938, nr. 21.

118 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 32 461, nr. 1.

le discussie nog niet, maar het kabinet-Rutte is wel voornemens de plusregio's af te schaffen.¹¹⁹

5.6 Tussenconclusie

Concluderend kan gesteld worden dat ten aanzien van de verhouding tussen de Wgr (inclusief bijzondere vormen van samenwerking) en artikel 4 Grondwet nooit geheel duidelijkheid is ontstaan. De grondwetgever noemt eerst als criterium het bevoegdhedenpakket van het gemeenschappelijk openbaar lichaam. Later komt hij daar op terug, nu door ingrijpende wijzigingen in de Wgr niet langer zware regionale lichamen kunnen worden ingesteld. Deze wijzigingen zijn vervolgens echter uit het wetsvoorstel geschrapt. De schrapping komt voor de grondwetgever te laat. De relatie tussen de Wgr en artikel 4 Grondwet is sedertdien niet heroverwogen door de grondwetgever. De wetgever heeft zich wel over deze relatie uitgesproken bij de Kaderwet bestuur in verandering en de Wijzigingswet Wgr-plus. In alle gevallen komt de regering tot de conclusie dat geen sprake is van algemeen vertegenwoordigende organen in de zin van artikel 4 Grondwet, gelet op het bevoegdhedenpakket. Vanuit de Tweede en Eerste Kamer worden hier vraagtekens bij gezet, maar uiteindelijk worden de wetsvoorstellen (althans op dit punt) ongewijzigd aangenomen. Ook in de staatsrechtelijke literatuur is men niet overtuigd van het negatieve antwoord op de vraag of sprake kan zijn van algemeen vertegenwoordigende organen.

5.7 Deelraden

In het kader van de deelraden bij deelgemeenten is door de wetgever wel bepaald dat deze onder omstandigheden kunnen worden aangemerkt als algemeen vertegenwoordigend orgaan. Bij de totstandkoming van de Gemeentewet van 1994 kwam deze vraag aan de orde. Artikel 87 lid 1 van de Gemeentewet-1994 koppelt het zijn van een algemeen vertegenwoordigend lichaam aan het criterium dat sprake moet zijn van (1) een commissie waaraan de behartiging van de belangen van een deel van de gemeente is opgedragen en (2) waaraan een zodanig samenstel van bevoegdheden is overgedragen dat sprake is van een algemeen vertegenwoordigend orgaan. De vraag wanneer sprake is van een algemeen vertegenwoordigend orgaan wordt door de wetgever niet duidelijk ingevuld, maar wordt aan de gemeenteraad overgelaten, die immers onder de Gemeentewet uit 1994 bevoegd was tot het instellen van commissies en tevens bevoegd was de samenstelling van de commissie te bepalen (artikel 82 Gemeentewet-1994).¹²⁰ De parlementaire geschiedenis biedt wel enige aanknopingspunten.¹²¹ Criterium is volgens de regering dat de bevoegdheden van de deelgemeente in belangrijke mate overeen moeten komen met die van de

119 *Kamerstukken II 2010/11, 32 417, nr. 15, p. 7.*

120 Kortmann wijst op de institutionele karakter van deze bepaling, nu de Grondwet delegatie door de wetgever niet toestaat. Zie C.A.J.M. Kortmann, 'De nieuwe Gemeentewet; een voorlopig verslag voor de Eerste Kamer', *Gst.* 1991-6915, 1. De regering was het hier niet mee eens, *Kamerstukken I 1990/91, 19 403, nr. 64b, p. 22.*

121 *Kamerstukken II 1985/86, 19 403, nr. 3, p. 107-108.*

gemeente. Volgens de regering heeft de gemeenteraad enige marge voor interpretatie.¹²² De regering kan geen omschrijving geven maar vindt het afdoende dat zij via het Koninklijke vernietigingsrecht kan ingrijpen. De Tweede Kamer is niet tevreden met de beantwoording van de regering. De regering koppelt in zijn reactie het zijn van een algemeen vertegenwoordigend orgaan vervolgens voor het eerst aan het hebben van verordenende bevoegdheden.¹²³ De CDA-fractie in de Eerste Kamer vraagt zich af of het college van burgemeester en wethouders op grond van het criterium dat gebruikt wordt voor deelraden ook niet onder omstandigheden is aan te merken als algemeen vertegenwoordigend orgaan, daarmee rechtstreeks gekozen moet worden, gelet op artikel 4 Grondwet. De regering wijst deze redenering resoluut van de hand, nu het college, als dagelijks bestuur van de gemeente dat door en uit de raad wordt gekozen, niet als algemeen vertegenwoordigend orgaan kan worden aangemerkt. Het college legt over de uitvoering van zijn taken en bevoegdheden verantwoording af aan de gemeenteraad en is zodoende democratisch gelegitimeerd.¹²⁴

Het commissiestelsel, met name ten aanzien van deelgemeentebesturen, is bij de Wet dualisering gemeentebestuur ingrijpend gewijzigd. Het deelgemeentebestuur is sindsdien een aparte organisatievorm die in de Gemeentewet in een aparte paragraaf wordt geregeld.¹²⁵ In het wetsvoorstel is artikel 87 Gemeentewet-1994 vervangen door het nieuwe artikel 87 lid 2, waarin het begrip algemeen vertegenwoordigend orgaan als zodanig niet meer wordt gebezigd.¹²⁶ Om tot instelling van een deelgemeentebestuur te kunnen overgaan moet echter nog wel aan de criteria van artikel 87 Gemeentewet-1994 zijn voldaan. Aan het deelgemeentebestuur moet een 'aanzienlijk deel van de belangen van de deelgemeente worden overgedragen'. De regering koppelt dit in de memorie van toelichting nog wel aan het zijn van een algemeen vertegenwoordigend orgaan. Wanneer aan een deelraad immers bepaalde bevoegdheden zijn overgedragen, moet deze deelraad worden aangemerkt als een algemeen vertegenwoordigend orgaan.¹²⁷ Volgens Minister De Vries moet om te voldoen aan het begrip algemeen vertegenwoordigend orgaan in ieder geval sprake zijn van overdracht van verordenende bevoegdheid, anders is geen sprake van een deelraad maar van een gewone territoriale bestuurscommissie.¹²⁸ Dit sluit aan bij het standpunt van de regering bij de totstandkoming van de Gemeentewet-1994, met dien verstande dat het criterium nu expliciet in de wet is opgenomen.¹²⁹ Minister De Vries stelt zelfs dat het hebben van de bevoegdheid tot het vaststellen van één algemeen verbindend voorschrift voldoende is om te kunnen worden aangemerkt als algemeen vertegenwoordigend orgaan, voor zover sprake is van deelgemeente met deelgemeentebestuur.¹³⁰ De minister kan zich niet goed voorstellen dat

122 *Kamerstukken II* 1988/89, 19 403, nr. 10, p. 172.

123 Vgl. *Kamerstukken II* 1989/90, 19 836, nr. 15, p. 3.

124 *Kamerstukken I* 1990/91, 19 403, nr. 64b, p. 3.

125 Zie uitgebreider De Greef in *Gst.* 2010/1.

126 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 751, nr. 2.

127 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 751, nr. 3, p. 73 en 77.

128 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 751, nr. 6, p. 72.

129 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 751, nr. 7.

130 *Kamerstukken I* 2001/02, 27 751, nr. 10b, p. 64.

ingezetenen niet kunnen meebeslissen over de samenstelling van een overheidsorgaan dat ten aanzien van hen algemeen verbindende voorschriften kan vaststellen. Sedert de dualisering spelen ook de over te dragen collegebevoegdheden een rol met betrekking tot de inkleuring van de term 'aanzienlijk belang'.¹³¹

5.8 Conclusie

Duidelijk is op grond van de parlementaire geschiedenis dat de Staten-Generaal, provinciale staten, gemeenteraden worden aangemerkt als algemeen vertegenwoordigende lichamen. Algemene besturen van waterschappen zijn niet aan te merken als algemeen vertegenwoordigende organen, maar als functioneel vertegenwoordigende organen, nu zij slechts over een beperkt bevoegdhedenpakket beschikken. Onder omstandigheden kunnen ook deelraden en regionale openbare lichamen worden aangemerkt als algemeen vertegenwoordigende lichamen, wanneer hun bevoegdhedenpakket hiertoe noopt. Daarbij geldt het adagium dat slechts bij zware bevoegdheden over hoeft te worden gegaan tot rechtstreekse verkiezing. In de parlementaire geschiedenis is geen duidelijkheid te vinden over de vraag wanneer een orgaan als een algemeen vertegenwoordigend orgaan moet worden aangemerkt, gelet op zijn bevoegdhedenpakket. Enige vaste criteria zijn dat (1) het niet mag gaan om functioneel vertegenwoordigende organen, (2) de bevoegdheden vergelijkbaar moeten zijn met die van provincies en gemeenten en (3) er verordenende bevoegdheid moet zijn toegekend. Volgens minister De Vries sluit dit laatste aan bij artikel 3 EP EVRM.¹³² Dölle en Elzinga geven aan dat het hierbij om rijkelijk vage criteria gaat. Daarbij geven zij aan dat een deelraad nooit een bevoegdhedenpakket kan hebben dat (kwantitatief) geheel overeenkomt met dat van de gemeenteraad van de moedergemeente.¹³³ Dit was toch het criterium voor het kabinet-Van Agt I om te stellen dat een gemeenschappelijk openbaar lichaam nimmer een algemeen vertegenwoordigend orgaan kan hebben.

¹³¹ Vgl. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 751, nr. 3, p. 73.

¹³² *Kamerstukken II* 2000/01, 27 751, nr. 6, p. 72.

¹³³ A.H.M. Dölle en D.J. Elzinga, *Handboek van het Nederlandse gemeenterecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 503-504.

¹³⁴ Mogelijk dat over artikel 4 Gw meer duidelijkheid komt, wanneer wetten getoetst mogen worden aan dit artikel. Het wetsvoorstel-Halsema voorziet hier in elk geval in (*Kamerstukken II* 2009/10, 32 334, nr. 2).

6. Tot slot

Artikel 4 Grondwet en artikel 3 EP EVRM bevatten voorschriften omtrent het actief kiesrecht. Artikel 4 Grondwet geeft actief kiesrecht ten aanzien van algemeen vertegenwoordigende organen, terwijl artikel 3 EP EVRM actief kiesrecht toekent ten aanzien van de wetgevende macht. Beide artikelen geven geen nadere criteria voor de door hen gehanteerde begrippen. Uit jurisprudentie en parlementaire geschiedenis zijn wel enkele criteria af te leiden.¹³⁴ Bij de uitleg van beide begrippen wordt het bevoegdhedenpakket gehanteerd als leidraad. Daar is als hoofdregel uit af te leiden dat

hoe zwaarder het bevoegdhedenpakket is, hoe zwaarder ook de legitimatie moet zijn.

Vast staat dat zowel de Tweede Kamer als de Eerste Kamer algemeen vertegenwoordigende organen zijn die tevens wetgevende macht bezitten in de zin van artikel 3 EP EVRM.¹³⁵ Provinciale staten, gemeenteraden en deelraden zijn wel algemeen vertegenwoordigende organen die regelgevende macht bezitten, maar zijn geen onderdeel van de wetgevende macht in de zin van artikel 3 EP EVRM. De algemene besturen van waterschappen zijn niet aan te merken als algemeen vertegenwoordigende organen en bezitten evenmin wetgevende macht. Ditzelfde geldt ook voor de vertegenwoordigende organen van de openbare lichamen voor beroep en bedrijf en in beginsel ook voor regionale openbare lichamen vormgegeven middels verlengd lokaal bestuur. Het feit dat deze organen echter geen algemeen vertegenwoordigend orgaan zijn en geen wetgevende macht bezitten, betekent echter niet dat de criteria die de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie stellen, er niet aan kunnen bijdragen om te bepalen hoe en in welke mate deze organen democratisch gelegitimeerd moeten worden. Anders gezegd: naarmate aan meer criteria wordt voldaan (en het vertegenwoordigend orgaan dus zwaardere bevoegdheden heeft), moet de legitimatie steeds zwaarder zijn, met als geoptimaliseerde vorm rechtstreekse verkiezing. Omgekeerd kan ook gesteld worden dat naarmate aan minder criteria wordt voldaan (en het vertegenwoordigend orgaan dus lichtere bevoegdheden heeft), de legitimatie zwakker mag zijn. Op die manier kunnen artikel 4 Grondwet en artikel 3 EP EVRM als voorbeeld dienen voor de door het kabinet-Rutte voorgestelde bestuurlijke reorganisaties, zodat niet alleen de efficiency en 'kleine overheid' voorop staan, maar dat ook recht wordt gedaan aan de uitgangspunten van de democratische rechtsstaat, met name het democratiebeginsel.

Bij het conceptwetsvoorstel tot afschaffing van de deelraden wordt in de concept-memorandum van toelichting bepaald dat het niet langer mogelijk is om een zodanig samenstel van bevoegdheden, waaronder de verordende bevoegdheid van de raad, over te dragen aan andere organen binnen de gemeente, dat rechtstreekse verkiezing noodzakelijk is.¹³⁶ Dat rechtstreekse verkiezing niet noodzakelijk is, wil echter niet zeggen dat de instellende gemeentebesturen niet toch kunnen besluiten tot rechtstreekse verkiezing, zoals dit ook bij adviserende dorps- en wijkraden gebeurt. Het wetsvoorstel sluit dit niet uit. Wanneer de regering wil dat er geen algemeen vertegenwoordigende organen meer kunnen voorkomen op binnengemeentelijke schaal, dan moet mijns inziens de mogelijkheid van bevoegdheidsoverdracht verder beperkt worden, gelet op het uitgangspunt dat de legitimatie sterker moet zijn wanneer zwaardere bevoegdheden kunnen worden overgedragen, dat volgt uit de analyse van artikel 4 Grondwet en

¹³⁵ Dit laatste moge raar lijken nu de beide Kamers geen zelfstandige regelgevende bevoegdheid bezitten. De wetgevende macht komt echter toe aan de regering en (de beide Kamers der) Staten-Generaal gezamenlijk. Het ambt van formele wetgever moet onderscheiden worden als apart ambt van de beide Kamers afzonderlijk dan wel gezamenlijk (vgl. artikel 1:1 lid 2 onder a en b Awb). Het is de formele wetgever die rechtstreeks gekozen moet worden, waarbij het voor het EHRM voldoende is wanneer één van de Kamers van de wetgever rechtstreeks gekozen wordt.

¹³⁶ Concept-memorandum van toelichting, p. 1-2.

artikel 3 EP EVRM. Dit kan bijvoorbeeld door de mogelijkheid om verordenende bevoegdheden over te dragen geheel uit te sluiten (voor territoriale bestuurscommissies), of uitsluiten dat territoriale bestuurscommissies worden ingesteld.

De afschaffing van de plusregio's zal naar verwachting niet leiden tot een zwakkere democratische legitimatie, mits de bevoegdheden teruggaan naar de deelnemende gemeentebesturen of naar het provinciebestuur.

Deze besturen kennen immers eigen algemeen vertegenwoordigende organen, die rechtstreeks gekozen worden. Wanneer er, bijvoorbeeld in de Randstad, een bijzondere bovenregionale autoriteit komt, dan zal, afhankelijk van de bevoegdheden, wederom een discussie oplaaien over de democratische legitimatie, en eventuele directe of indirecte verkiezingen. Het vervangen van de rechtstreekse verkiezing en belangenrepresentatie bij het algemeen bestuur van een waterschap door indirecte verkiezingen middels de gemeenteraad, zoals het kabinet-Rutte voorstaat, zal ertoe moeten leiden dat ook de bevoegdheden van de waterschappen nog eens onder de loep worden genomen. Door de vele fusies hebben de waterschappen een steeds algemenere taak gekregen, hetgeen de wetgever ertoe bracht tot een zwaardere legitimatie (rechtstreekse verkiezing) over te gaan, ondanks dat er (nog) geen sprake was van een algemeen vertegenwoordigend orgaan in de zin van artikel 4 Grondwet of wetgevende macht in de zin van artikel 3 EP EVRM volgens de regering. Die legitimatie wordt nu weer afgezwakt, waardoor mijns inziens de indirecte legitimatie nadrukkelijk in verband moet worden gebracht met de begrenzing van het bevoegdheden- en takenpakket van de waterschappen. Op die manier kan de gedachte achter artikel 4 Grondwet en artikel 3 EP EVRM (bij zwaardere bevoegdheden een zwaardere legitimatie, en bij lichtere bevoegdheden een lichtere legitimatie), nu deze artikelen (vooralsnog) niet van toepassing zijn op de waterschappen.

Het eventuele afschaffen van de publieke bedrijfsorganisatie leidt eveneens tot een legitimatievraagstuk. Uitgangspunt bij de bedrijfslichamen is immers dat zij een vertegenwoordigend orgaan hebben dat de betrokken ondernemingen en werknemers vertegenwoordigt (artikel 73 Wbo). Nu de bevoegdheden van de bedrijfslichamen eventueel overgaan naar andere organen, moet bekeken worden hoe deze organen gelegitimeerd worden, en hoe de ondernemingen en werknemers nader betrokken kunnen worden bij de besluiten die alleen hen raken.

Kortom, er wacht de beoefenaars van het staatsrecht en het bestuurlijk organisatierecht in Nederland een boeiende periode die veel stof tot discussie zal doen opwaaien. Met dit artikel is beoogd een aanzet te geven voor die discussie, vanuit het kader van de democratische legitimatie.