Jaarrede van de voorzitter

Anticiperen op een delegatiegrondslag?

prof. dr. S.E. Zijlstra

1 Inleiding

Dames en heren,

Het is in dit huis, en zelfs in deze zaal, dat in 1989 het startschot voor onze vereniging werd gegeven, met een symposium over kwaliteit van wetgeving. Ik was daar als beginnend wetgevingsjurist bij aanwezig. Eén van de sprekers was de toenmalige Minister van Justitie Ernst Hirsch Ballin, op dat moment bezig met het ontwerpen van wat wij nu kennen als het algemeen wetgevingsbeleid. Ik heb zijn verhaal niet kunnen terugvinden, maar herinner mij dat het in ieder geval ging over de organisatie van de wetgevingsfunctie binnen de ministeries. Zijn stelling: Wetgeving moet niet te laat bij de beleidsontwikkeling betrokken worden, want worden daar verkeerde keuzes gemaakt, dan is er vaak niet veel meer aan te doen.

In dat opzicht hadden wij het bij Binnenlandse Zaken goed voor elkaar, want de drie directoraten-generaal bij dat ministerie hadden elk een eigen wetgevingsafdeling, waardoor wetgeving en beleid min of meer samen optrokken. Het directoraat-generaal Management en Personeelsbeleid maakte de ambtenarenregelgeving, het directoraat-generaal Openbare Orde en Veiligheid, waar Thom de Graaf werkte, maakte de Politiewet en de Brandweerwet, en het directoraat-generaal Openbaar Bestuur maakte de Gemeentewet, de Provinciewet en de Wgr. De stafafdeling Constitutionele Zaken en Wetgeving, met op dat moment 18 juristen, bewaakte daar dan weer de juridische en technische kwaliteit van. Een mooi systeem, dat helemaal aan de opvattingen van Hirsch Ballin tegemoet kwam, en waar ongetwijfeld niemand aan zou willen tornen, zo constateerde ik tevreden. Monter begaf ik mij naar de aangrenzende ruimte, daar achter die deur, waar Willem Konijenbelt achter een tafel zat om de eerste leden van de Vereniging voor Wetgeving en Wetgevingsbeleid i.o. in te schrijven.

Ik laat nu even een spanningsboogje vallen om u te laten reflecteren op de positie van de wetgevingsfunctie in de bij u bekende organisaties.

Het was mijn voornemen om mijn jaarrede ditmaal te wijden aan wat onze vereniging in 30 jaar heeft voortgebracht, waarbij ik met name wilde ingaan op de preadviezen die in de loop der jaren zijn geschreven, en wat daarvan de tand des tijds heeft doorstaan. Ik heb van dat voornemen moeten afzien. De preadviezen die vandaag aan de orde zijn, raken aan vrijwel alle voorgaande preadviezen. Zou ik die inhoudelijk bespreken, dan dreigt schending van het beginsel van behoorlijk voorzitterschap dat in een jaarrede niet wordt ingegaan op het onderwerp van vervolgens te bespreken preadviezen. Proberen de vergadering vanmiddag neutraal te leiden zal al moeite genoeg kosten, omdat de preadviezen van vandaag gaan over alles wat aan wetgeving belangrijk is, en wat wetgeving belangrijk maakt. Wellicht zult u mij tijdens de discussie betrappen op het stellen van suggestieve vragen, zoals "Is het niet zo dat…?", of "Hoor ik u nu werkelijk beweren dat …?" Ik zal mij proberen te beheersen.

Maar dan nu mijn eigenlijke jaarrede.[1]

2 Anticiperen op een nog niet geldige delegatiegrondslag

Op 1 januari 2021 treedt de Omgevingswet 'naar verwachting', zegt men dan, in werking. We hebben over de totstandkoming van die wet hier enkele jaren geleden een fraai preadvies besproken. Tijdens verschillende cursussen voor decentrale overheden die ik recentelijk gaf, werd mij de vraag gesteld of men al op die wet gebaseerde omgevingsverordeningen kan vaststellen. Er is immers nog geen in werking getreden wettelijke delegatiegrondslag voor. Ik kon de cursisten op dit punt gerust stellen. Zowel de Aanwijzingen voor de regelgeving als de Ideeën voor de gemeentelijke regelgever zeggen dat dat kan.

Een lagere wetgever kan een uitvoeringsregeling vaststellen die is gebaseerd op een wet die zelf nog niet in werking is getreden. Dat laat de Omgevingswet trouwens al zien, want het belangrijkste deel van het omgevingsrecht is in al vastgestelde amvb's neergelegd. Ze kunnen overigens niet eerder in werking treden dan de regelingen waarop zij zijn gebaseerd. Konijnenbelt zegt hierover in zijn *Ideeën*: 'Het gaat hier om een juridische onmogelijkheid: zolang de 'hoofdregeling' nog niet in werking is getreden, is er geen juridische grondslag voor de werking van de uitvoeringsregeling.' Maar uitvoeringsvoorschriften van een regeling kunnen wel worden vastgesteld "zodra die regeling tot stand is gekomen." Dit verscheen ook in de eerste versie van de Aanwijzingen voor de regelgeving, en wel in de toelichting bij aanwijzing 176.

---

1 Ik dank Willem Konijnenbelt en Tim Borman voor hun hulp bij en commentaar op (eerdere versies van) deze rede.

Nu roept dit natuurlijk wel vragen op. Wat is tot stand gekomen? De argeloze lezer zal zeggen: misschien nog niet in werking getreden, maar wel al vastgesteld en gepubliceerd. Dat was inderdaad wat er in de Aanwijzingen van 1992 mee was bedoeld. Maar a contrario gelezen zou dit opleveren dat die uitvoeringsregeling niet *eerder* kan worden vastgesteld. En dat werd bij nader inzien 'te absoluut'[2] bevonden. In een nieuwe aanwijzing 34a werd eerst de hoofdregel herhaald. Ook was zij verduidelijkt, namelijk 'tot stand gekomen' werd vervangen door 'vastgesteld.' Maar toegevoegd werd, 'in uitzonderlijke situaties kan een algemene maatregel van bestuur reeds worden vastgesteld nadat het wetsvoorstel dat aan de algemene maatregel van bestuur ten grondslag ligt door de Tweede Kamer is aanvaard.'

Dat roept wel een aantal vragen op, waarvan ik de belangrijkste met u wil bespreken. De eerste is: hoe is het eigenlijk staatsrechtelijk mogelijk dat een uitvoeringsregeling op een nog niet inwerking getreden wet kan worden gebaseerd? En de tweede is: áls we dit aanvaarden, waar ligt dan precies de grens?

3 Waar is dit op gebaseerd?

De hierboven geformuleerde regel is in 1998, bij de derde wijziging van de Aanwijzingen voor de regelgeving, in een afzonderlijke aanwijzing 34a vastgelegd, maar de gedachte is al terug te voeren op de Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek. Onderbouwing geeft zij niet, anders dan hetgeen nu in aanwijzing 4.19 is opgenomen: bepalingen betreffende delegatie van regelgevende bevoegdheid gelden vanaf het tijdstip van totstandkoming van de regeling. Dit helpt ons niet verder: het gaat er nu juist om, te beargumenteren waaróm zij al meteen gelden na totstandkoming, dus zonder inwerkingtreding.

We lijken ons hier, als een Baron von Münchhausen, aan onze eigen haren uit het staatsrechtelijke moeras te moeten trekken. Dat doet zich bijvoorbeeld ook voor bij inwerkingtredingsbepalingen. Die kunnen immers pas gelden als zij in werking zijn getreden, en dat bepalen zij zelf. Maar dat is een onvermijdelijkheid die in alle ontwikkelde rechtssystemen wordt onderkend. Dat een wet haar eigen inwerkingtreding kan bepalen, zou te onzent als een regel van ongeschreven staatsrecht kunnen worden beschouwd.

Maar ik acht het gevaarlijk zonder meer hetzelfde te zeggen over de vraag waar wij het hier over hebben. Het is natuurlijk heel aantrekkelijk dat de Igr en de Ar zeggen dat het mag, en dat de Afdeling advisering er kennelijk niet

2 Zie de hierna te bespreken nota bij de behandeling van de Penitentiaire beginselenwet, *Kamerstukken I* 1997/98, 24 263, nr. 62f.

moeilijk over doet, maar, met alle respect, daarmee weten we nog niet waarom dat zo is. En het antwoord op die vraag is weer van belang voor de vraag waar dan de grenzen liggen. Want in een democratische rechtsstaat, of zo u wilt in een ordentelijk constitutioneel bestel, zijn Von Münchhausen-bevoegdheidstoekenningen verdacht, en in ieder geval nooit onbegrensd.

Veel kon ik over het onderwerp niet vinden. Ik zocht inspiratie bij een vraagstuk waarover wél is gesproken en geschreven, namelijk het voorhangen van amvb's als de onderliggende wet nog niet is vastgesteld. Dan is er immers ook geen geldige wettelijke grondslag. Die discussie levert bij nader inzien toch te weinig aanknopingspunten op. Het gaat daar immers om ontwerp-amvb's, en, zoals een minister van Justitie het eens terecht opmerkte: "het voorhangen van een ontwerp-algemene maatregel van bestuur is een feitelijke handeling die op zichzelf geen wettelijke grondslag behoeft."

Ik heb ook nog even bij onze oosterburen gekeken, want die hebben, zo weten wij, de neiging over de rechtsstatelijke vragen wat grondiger na te denken dan wij. Daar kwam ik helaas bedrogen uit. Nr. 825 uit het Handbuch der Rechtsförmlichtkeit zegt hierover, vertaald en samengevat, het volgende: De uitvoeringsregeling kan alleen werken als bij haar vaststelling een geldende en haar inhoud dekkende wettelijke grondslag bestaat. Om die reden mag zij pas uitgevaardigd worden, nadat de wettelijke grondslag waarop zij berust, in werking is getreden.[3] Kijk, dat is klare taal. In Duitsland dus geen vaststelling vóór inwerkingtreding van de onderliggende wet. Maar dan: de uitvoeringsregeling mag daarnaast ook niet eerder in werking treden dan de wet waarop zij is gebaseerd. Dat is toch wel verwarrend. Dat zou namelijk alleen een probleem kunnen zijn als de uitvoeringsregeling al is vastgesteld, maar dat mocht toch niet? We moeten dus onze eigen onderbouwing construeren voor de bij ons kennelijk breed onderschreven gedachte, dat een wettelijk voorschrift kan worden vastgesteld vooruitlopend op, maar dus nog zonder een in werking getreden grondslag.

Wel een inhoudelijke onderbouwing vinden wij in de nota naar aanleiding van het eindverslag bij de Pentitentiare beginselenwet in 1998,[4] over de hierboven besproken aanwijzing 34a, die toen net tot stand was gekomen. Minister Sorgdrager achtte eerdere vaststelling geen probleem, want "de rechtsgevolgen van de uitvoeringsregeling ontstaan immers pas door de in-

---

3 Volgt verwijzing naar de Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO), en wel § 66 (– Ausfertigung; Vorbereitung der Verkündung
Eine Rechtsverordnung ist erst auszufertigen, nachdem die ermächtigende Gesetzesbestimmung in Kraft getreten ist.
(1) […]

4 *Kamerstukken I* 1997/98, 24 263, nr. 62f.

werkingtreding daarvan, en dus niet door de vaststelling". Zij merkte daarbij op dat ook de Raad van State die mening blijkens enkele adviezen lijkt te zijn toegedaan, verwees naar een niet openbaar stuk van de Commissie wetgeving van de Raad, en constateerde ten slotte dat de Raad van State geen opmerkingen heeft gemaakt over de voorgestelde aanwijzing 34a, hetgeen volgens de minister "een belangrijke indicatie is dat deze regel door de Raad wordt onderschreven."

De redenering is dus: zolang ze geen rechtsgevolg hebben, kunnen ze worden vastgesteld, als er ten tijde van inwerkingtreding maar een adequate grondslag voor bestaat. Hoewel zij praktisch voordelen heeft, ben ik nog niet meteen overtuigd van de juridische juistheid van deze redenering. Het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften is geen feitelijke handeling maar een publiekrechtelijke rechtshandeling. Ook de Awb lijkt ervan uit te gaan dat de vaststelling, niet de inwerkingtreding, constitutief is voor het totstandkomen van een publiekrechtelijke rechtshandeling. En dan gaat het hier ook nog om een daad van wetgeving, een publiekrechtelijke rechtshandeling van de zwaarste soort, en die behoeft een adequate grondslag.

Wellicht dat het stuk van de Commissie wetgeving van de Raad van State hier nog een andere onderbouwing voor geeft – ik zal straks in de theepauze eens voorzichtig informeren of ik dat stuk zou mogen inzien – maar zonder dat, ben ik nog niet overtuigd.

Hoe dit dan wel te funderen? Wellicht kunnen we de vaststelling baseren op de regelgevingsbevoegdheid die de betrokken organen ook zonder wettelijke grondslag hebben: bij de regering de zelfstandige amvb, bij decentrale overheden de autonome verordeningen. Dat levert echter niets dan ellende op. De zelfstandige amvb en de autonome verordening hebben constitutioneelrechtelijk beperkingen die in veel gevallen geheel of gedeeltelijk in de weg zullen staan aan het regelen van de zaken waartoe zij straks op basis van de wet bevoegd zullen zijn. Bovendien biedt dit voor ministeriële regelingen geen soelaas, want die kunnen – als daad van wetgeving – niet zonder wettelijke grondslag bestaan.

Dan maar eens kijken in de literatuur. Ik was er bij de voorbereiding van deze jaarrede vanuit gegaan dat Borman medior daar in zijn onvolprezen rubriek 'Het ambacht' wel op in zou zijn gegaan, maar helaas: meer dan een cliffhanger ("[hierover] is veel te zeggen, wat echter het bestek van deze bijdrage te buiten gaat") trof ik niet aan.[5] Wel is er wat oudere literatuur over. De enkele jaren geleden helaas overleden Frans van der Burg betrok in zijn nog steeds

5 T.C. Borman, 'Het ambacht: De inwerkingtreding van inwerkingtredingsbepalingen', *RegelMaat* 2017, nr. 1, p. 57.

lezenswaardige *Regelgeving en bestuur* de stelling dat een wet "onmiddellijk na haar ontstaan kracht van wet heeft, maar pas na inwerkingtreding naar buiten werkt. De bevoegdheid uitvoeringsvoorschriften te stellen volgt uit het feit dat de wet er is."[6]

Diametraal hiertegenover staat een publicatie uit 1986 van een dan nog zeer jonge Nico Verheij, die, zich baserend op Huart, zegt: "een delegatiebepaling is een kernbepaling: het rechtsgevolg, het ontstaan van de regelgevende bevoegdheid, treedt pas in werking als de wet in werking treedt." Maar hij vervolgt met te constateren dat men in de praktijk eerder vaststellen aanvaardbaar acht, en dat vindt hij om praktische redenen terecht. Sterker, hij vindt het ook aanvaardbaar als nieuwe organen alvast worden ingesteld, worden georganiseerd en bemenst.[7]

Ook deze beschouwingen overtuigen mij niet: de eerste omdat zij een petitio principii is (waarom volgt uit 'kracht van wet' een werkende delegatiegrondslag?), de tweede omdat zij geen verklaring geeft, anders dan dat het voor de praktijk nuttig is. Op het gevaar af dat ik een valide redenering over het hoofd zie, resteert, vrees ik, niet anders dan terug te vallen op staatsrechtelijk uitzonderingsrecht. Ik kan aanvaarden dat een uitvoeringsregeling mag worden vastgesteld als de wettelijke grondslag daarvoor is vastgesteld, maar nog niet in werking is getreden. Maar dat is geen staatsrechtelijke hoofdregel, zoals de Aanwijzingen willen, maar uitzondering.

Voor deze uitzondering kan aanknoping worden gezocht bij de rechtszekerheid. De betrokken grondslag staat vast, zodat justitiabelen zich daarop kunnen richten: de wetgever heeft er immers mee ingestemd dat de uitvoeringsregels tot stand komen. Maar de rechtszekerheid heeft hier nog meer betekenis. Zij stelt ook grenzen aan wat aanvaardbaar is. Bovendien vloeit uit haar karakter van beginsel van de democratische rechtsstaat een optimaliseringsgebod voort. Dat betekent dat steeds moet worden bezien of alternatieven denkbaar zijn die beter aan haar doel beantwoorden. Zoals gezegd: het behoort geen hoofdregel maar terugvalpositie voor bijzondere, praktisch nauwelijks te vermijden situaties te zijn.

---

6 F.H. van der Burg, *Regelgeving en bestuur,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 199-201.

7 *RegelMaat* oktober 1986, p. 147-148.

4 En waar ligt dan de grens?

Ik maakte eerder gewag van de in 1998 tot stand gekomen derde wijziging van de Aanwijzingen, waarin een nieuwe aanwijzing 34a werd geïntroduceerd, de voorloper van de huidige aanwijzing 2.33. Daarin werd niet alleen de hoofdregel opgenomen, maar werd zij ook versoepeld: niet alleen kan de amvb worden vastgesteld als de delegerende wet is vastgesteld, maar 'in uitzonderlijke situaties' ook als het wetsvoorstel door de Tweede Kamer is aangenomen.

Wat is dan die uitzonderlijke situatie? Als het gaat om "zaken die niet doelmatig in de wet zelf te regelen zijn (administratieve voorschriften, aangelegenheden omtrent de uitvoering) tijdig bekend dienen te zijn aan justitiabelen of uitvoeringsinstanties, teneinde hun de gelegenheid te bieden zich hierop adequaat voor te bereiden, en de wet zelf op zeer korte termijn in werking moet treden. Steeds moet hierbij echter bezien worden of op andere wijze, bijvoorbeeld door circulaires of voorlichting, tijdig in de gewenste duidelijkheid kan worden voorzien."

Het moet mij van het hart dat de Aanwijzingen hier hun eigen mogelijkheden overschatten. Het bleek al een hele toer om een onderbouwing te geven voor de praktijk van het vaststellen zonder *in werking getreden* delegatiegrondslag. Nu zelf ook nog eens een verdere versoepeling daarvan poneren, zou Von Münchhausen zelf doen verbleken.

U zult inmiddels begrijpen dat deze versoepeling mij te ver gaat. De rechtszekerheid is wel degelijk in het geding als de Eerste Kamer er nog niet mee heeft ingestemd. Ik realiseer me dat die zich ook in door mij wel aanvaarde uitzonderlijke gevallen kunnen voordoen, maar hier zitten ze als het ware structureel ingebakken, als we althans de Eerste Kamer niet op voorhand willen desavoueren.

Ondanks de verwijzingen uit de nota van minister Sorgdrager uit 1998, lijkt de Raad van State het met mij eens te zijn. In zijn voorlichting over voorhangen van gedelegeerde regelgeving zegt de Raad zonder voorbehoud: "Het vaststellen van de algemene maatregel van bestuur kan niet eerder geschieden dan nadat het wetsvoorstel door beide Kamers is aanvaard. Dan is er een wettelijke grondslag voor de algemene maatregel van bestuur."[8]

8 Voorlichting inzake het voorhangen van gedelegeerde regelgeving, nr. W03.09.0557/II/A, 12 maart 2010, p. 5. Bijlage bij *Kamerstukken I* 2009/10, 32 123VI, nr . L.

5 Conclusie

Ik kan dus leven met de regel van ongeschreven staatsrecht dat het mogelijk is uitvoeringsregelingen vast te stellen als de delegatiegrondslag is vastgesteld. Maar dat moet niet hoofdregel, maar uitzondering zijn. En: het optimaliseringsgebod van de rechtszekerheid brengt mee dat wij verplicht zijn na te denken over staatsrechtelijk juistere, of, zoals wij het in wetgevingsland graag uitdrukken, 'elegantere' oplossingen.

We zagen die gedachte al terug in Ar 2.33, waar wordt gezegd dat steeds moet worden bezien of niet door middel van circulaires of voorlichting, tijdig in de gewenste duidelijkheid kan worden voorzien.

Naar mijn oordeel is een structurele juiste aanpak gelegen in eerdere inwerkingtreding van de grondslagbepalingen. Als gezegd, er zijn tal van situaties denkbaar waarin dat niet mogelijk is, maar bij een wet die niet kort na afkondiging in werking hoeft te treden, kan dit wel. Heeft men de uitvoeringsregelingen al goed voorbereid (inclusief voorhang), dan kan dit soepel verlopen. Dit moet dus de hoofdregel zijn. Wijkt men van deze procedure af, dan zou de Afdeling advisering moeten toetsen of dat, gelet op die hoofdregel, terecht is gebeurd. Hetzelfde geldt voor de organisatieregels waar Verheij het over had, zodat men vast een uitvoeringsorganisatie kan inrichten.

Naar mijn mening zou aanwijzing 2.33 dus fundamenteel moeten worden gewijzigd. Ook is denkbaar dat modellen worden ontwikkeld voor de betrokken inwerkingtredingsbepalingen. Zoals inmiddels gebruikelijk, richt ik mij dus ook dit jaar weer tot de Werkgroep Aanwijzingen.

Het voorgaande laat opnieuw zien dat wetgevingstechniek veel meer is dan gefriemel op de vierkante centimeter, uitsluitend voor de liefhebber. Achter wetgevingstechniek gaan steeds substantiële materiële en procedurele vragen schuil. En oplossingen voor die vragen behoeven weer een uitwerking in de wetgevingstechniek. Dat maakt ons vak zo mooi. Maar dat wist u al, anders zat u hier niet.

Ik dank u voor uw aandacht.