



# Parlement en Wetenschap

## VERZAMELWET BREXIT

Deze factsheet is tot stand gekomen in het kader van de samenwerking tussen de Tweede Kamer, de KNAW, NWO, VSNU en de Jonge Akademie.

Auteur: prof. dr. Wim J.M. Voermans.

december 2018

## Achtergrond

Dit najaar werd als voorbereiding op de aanstaande uittreding van het Verenigd Koninkrijk uit de Europese Unie het Wetsvoorstel Wijziging van enige wetten en het treffen van voorzieningen in verband met de terugtrekking van het Verenigd Koninkrijk uit de Europese Unie (Verzamelwet Brexit) bij de Tweede Kamer ingediend.<sup>1</sup> Uw Kamer buigt zich op het ogenblik over dit voorstel – de commissie Europese Zaken bereidt een verslag voor.

In deze factsheet ga ik, op uw verzoek en naar aanleiding van de vragen die uw commissie stelde, in op de mogelijke knelpunten tussen dit wetsvoorstel en het nationale constitutionele recht. De specifieke vragen die u me stelde luiden als volgt:

1. Wat zijn de consequenties van de machtigingsbepaling uit het voorstel (art. X), inclusief het aspect van terugwerkende kracht (art. XI), voor parlementaire controle, democratische legitimiteit en rechtszekerheid?
2. Wat zijn redelijke voorwaarden voor een dergelijke machtigingsbepaling en hoe wordt hier in andere landen mee omgegaan?
3. Wat zijn mogelijke alternatieven voor deze bepaling, bijvoorbeeld in bestaande wetgeving.
4. Is de wet, en de terreinen waarop zij betrekking, heeft volledig?

Ik zal de vragen, na een korte overweging vooraf, hieronder behandelen.

## I. Overweging vooraf

De aankomende uittreding van het Verenigd Koninkrijk (VK) uit de Europese Unie blijkt, ondanks het bereikte uittredingsakkoord, nog omgeven met veel onzekerheden. Ook is er nog veel ongewis waar het betreft de gevolgen die de uittreding van het VK (Brexit) gaat hebben voor Nederland en de Nederlandse economie. Dat de Nederland zich tracht voor te bereiden op de mogelijk ernstige gevolgen, volgens verschillende en gedeeltelijke onvoorspelbare scenario's is begrijpelijk en verstandig.

Wat het voorliggende wetsvoorstel in de kern beoogt te doen, is de mogelijk ernstige consequenties die de Brexit kan hebben op te vangen via wijziging van enkele sleutelwetten op het terrein economisch verkeer (regelingen voor de vitale economisch verkeerstructuur). Daar is een soort ondervangnet toegevoegd dat bestaat uit een stelsel van machtigingsbepalingen, dat toestaat snel te handelen voor het geval zich dringende problemen op een termijn die niet toelaat te wachten tot er in samenspraak met de Staten-Generaal regels kunnen worden vastgesteld.

<sup>1</sup> Kamerstukken II 35084, 2018/19, nrs. 1-4.

De door uw Kamer voorgelegde vragen gaan allemaal in op deelaspecten van en overwegingen over zaken die te maken hebben met de techniek van de aan de orde zijnde machtigingsbepalingen en overgangsbepalingen. Ze komen neer op de vraag: mag dat? Daar zal ik straks antwoord op proberen te geven, maar de belangrijkste vraag is in een land als Nederland, waar geen andere grondwettelijke scheidsrechter voor de wetgever bestaat dan de wetgever zelf: willen we dit? Heiligt het doel (ordelijke Brexit, beschermen vitale Nederlandse economische belangen) de middelen (mogelijk tijdelijk buitenspel zetten van het parlement en het voorbijgaan aan het wezenlijke constitutionele principe van het primaat van de wetgever)? Degene die hierover uiteindelijk oordeelt, is het parlement zelf. En een praktisch en constructief denkend parlement als het Nederlandse zal, denk ik, snel geneigd zijn de abstracte constitutionele principes even ter wille van de praktische dringende noden, terzijde te schuiven. Praktische noodzaak wint het meestal van de grotere, stemloze principes en beginselen. 'Nood breekt wet, het doel heiligt de middelen'. Toch zijn kwetsbare constitutionele principes, zoals dat van het primaat van de wetgever – een uitdrukking van de kern van het zelfbeschikkingsrecht en de autonomie van burgers in een democratische rechtsstaat – wezenlijk en eigenlijk juist bedoeld om bescherming te bieden tegen de spoed-, nood- en urgentierationaliteiten die zich historisch gezien - in verschillende maten en soorten – steeds aan de zijde van het, steevast grootste, gelijk van het zittende bestuur scharen. Er is historisch geen andere constante in het overheidsbestuur aan te wijzen dan dat er een acute noodzaak bestaat te handelen en dat vertraging – in de vorm van pottenkijkerij van enige soort – in de weg staat aan de nodige oplossingen.

Zo begint bijvoorbeeld een van de eerste echte vergaderingen van de Franse Assemblée Nationale in de nacht van 4-5 augustus 1789 niet over de beloofde nieuwe grondwettelijke regeling of de principes daarvan, maar met de poging van de regering om het vooral maar over dat ene urgente punt te hebben: belastingen. Die moeten geregeld worden. Spreken over principes en regels is een soort luxe die het land zich op dat moment niet kan veroorloven. Het land is na recente buitenlandse militaire avonturen, misoogsten en jaren van financieel-economisch wanbeleid bankroet. En al hebben de afgevaardigden een paar maanden eerder afgesproken dat er een nieuw grondwet moet komen met een modern monarchaal bestel, met mogelijk een nieuw belastingstelsel als onderdeel van het pakket, daar kan niet op gewacht worden: voor nu is het dringend noodzakelijk dat de bestaande belastingen worden gehandhaafd wil het land niet afdrijven naar financiële chaos. Opschorten van de belastingen in afwachting van die nieuwe grondwet waar, zelfs met de populaire markies de Lafayette in de commissie, maar geen schot in zit, is onverantwoord.

Het liep anders in die nacht - daar moeten we het misschien niet over hebben. De anekdote illustreert wel het dieper gelegen probleem. Natuurlijk zijn er altijd voorbeelden te bedenken, die ons zullen doen twijfelen aan onze constitutionele principes of de zinvolheid van belangrijke rechtsbeginselen, en grondwetsbepalingen. En wat maakt het nou uit die voor die ene keer, au besoin de la cause, tijdelijk en maar gedeeltelijk terzijde te stellen? Weinig tot niets, ik geef het direct toe. Een politiek-constitutioneel stelsel dat niet mee kan bewegen met de noden van alledag, dat inflexibel is, dat breekt op enig moment. Aan de andere kant, het terzijde schuiven van belangrijke principes zoals kernbeginselen van ons bestel – legaliteitsbeginsel, primaat van de wetgever – hoe abstract die ook zijn en hoe onschuldig de inbreuk ook lijkt, is ook een beetje je ziel verkopen en gevaarlijke precedentes scheppen. Want de aanstaande Brexit mag een groot risico in zich dragen, is dat risico het ook waard dat we daarvoor wat en wie we zijn in Nederland terzijde stellen? Risico's van een ongewisse toekomst met grote gevaren doen zich aan de lopende band voor. We zijn een klein land in een grote, gevaarlijke wereld. Waarom zou je voor het bezwerven van al dat soort risico's niet als regel open machtigingen aan de regering of zelfs ministers geven zodat ze snel kunnen ingrijpen met juridische dwingende regels die, als het zo uitkomt, ook af kunnen wijken van bestaande hogere regels? Dat soort redeneringen heeft altijd het kortlopende, bestuurlijke gezond verstand aan zijn zijde. En toch hebben we samen de afgelopen tweehonderd jaar aan een politiek constitutioneel systeem gebouwd waar dit soort gezond verstand niet altijd ruim baan krijgt of zou moeten krijgen. Om hele principiële, ingewikkelde, kwetsbare maar goede systeemredenen. Die noties moeten we goed ter harte nemen, voordat we in de technische details van het hoe en waarom van de in het Brexit-voorstel opgenomen technieken duiken.

## II. De vragen

### 1 Wat zijn de consequenties van de machtigingsbepaling uit het voorstel (art. X), inclusief het aspect van terugwerkende kracht (art. XI), voor parlementaire controle, democratische legitimiteit en rechtszekerheid?

De machtigingsbepaling van artikel X van het voorstel gaan heel ver, vooral daar waar ministers een heel ruime bevoegdheid krijgen om algemeen verbindende voorschriften vast te stellen en daarmee ook van bestaande – zelfs hogere regels – af te wijken. Daarmee strijdt deze bepaling naar de letter en geest van het aan de jurisprudentie ontleende *primaat van de wetgever* – de vertaling van het democratie – legaliteits- en rechtzekerheidsbeginsel, als norm voor de wetgever zelf.

#### *Primaat voor de wetgever*

Het ‘primaat van de wetgever’, werd als begrip geïntroduceerd in het door de Commissie Polak in 1985 uitgebrachte rapport *Orde in de regelgeving* en geeft uitdrukking aan de consistente jurisprudentie waarmee die de Hoge Raad vanaf 1879 invulling heeft gegeven aan het in Nederland ongeschreven legaliteitsbeginsel.<sup>2</sup> Dat primaat drukt op hoofdlijnen uit welke betekenis momenteel het legaliteitsbeginsel ten aanzien van de functie wetgeving toekomt binnen onze democratische rechtsstaat. Voor de wetgever houdt dat primaat van de wetgever in dat hij zelf de voornaamste (rechtspolitieke) keuzen over de inhoud van het recht in wettelijke regelingen behoort te maken, en die keuzen niet kan overlaten aan het bestuur of aan de rechter.<sup>3</sup> In praktische zin houdt het beginsel volgens de Commissie-Polak in dat de structuur van een wetgevingscomplex als geheel, alsmede de hoofdlijnen, de voornaamste duurzame normen en de reikwijdte-bepalende elementen, in een wet in formele zin moeten worden neergelegd. Aan lagere regelgevers kan dan, binnen de kaders die de wet stelt, worden overgelaten uitvoeringsregels op te stellen.

Met het primaat van de wetgever wordt een theoretische brug geslagen tussen de functie wetgeving, de in essentie democratische grondslag van rechtsschepping in een democratische rechtsstaat en het legaliteitsbeginsel. Daarnaast biedt het een belangrijk en praktisch aanknopingspunt bij de bepaling van de geoorloofdheid en mogelijkheden tot delegatie binnen een bepaald regelingscomplex.

Het rapport *Orde in de regelgeving* geeft zelf al op hoofdlijnen aan welk soort bepalingen ingevolge het primaat van de wetgever nu bij uitstek behoren tot de materie die regeling bij wet in formele zin behoeft en welke voorschriften kunnen worden overgelaten aan welke gedelegeerde regelgevers van de centrale overheid.<sup>4</sup> Die inhoudelijke richtsnoeren zijn – met enkele uitbreidingen – ook overgenomen in de *Aanwijzingen voor de regelgeving*, een circulaire van de minister-president voor functionarissen en ambtenaren die werkzaam zijn in rijksdienst.<sup>5</sup>

Het primaat van de wetgever gaat niet zomaar over een dingetje, of een stukje wetgevingstechniek. Het is de uitermate principiële en fundamentele democratisch-rechtsstatelijke richtsnoer die ons vertelt wanneer en hoe het parlement, onze volksvertegenwoordigers, meepraten over de inhoud van de wetten waaraan wij als vrije burgers in een vrije samenleving gebonden zijn. Een soort zelfbeschikkingsrecht van vrije burgers op het terrein van vrijheidsbeperking. Meepraten achteraf, of commentaar leveren op regels, die al zijn vastgesteld – via democratische controle – voldoet niet aan de eisen die dat primaat stelt. Controleren achteraf is veel minder effectief dan inhoudelijk meebeslissen.

Natuurlijk kan het parlement niet over de inhoud van alle regels en details die nodig zijn meepraten – dat is een gecompliceerde samenleving als de onze onmogelijk. Maar daarom vergt het primaat van de wetgever *juist* dat het parlement meepraat en inhoudelijk meebeslist over de hoofdstructuur en reikwijdte van de normen van een wettelijk stelsel.

<sup>2</sup> Zie daarover Wim Voermans, ‘Legaliteit als middel tot een doel’. In: Voermans W.J.M., Borgers M.J., Sieburgh C.H. (red.) *Controverses rondom legaliteit en legitimatie / preadviezen*. Handelingen Nederlandse Juristen Vereniging nr. 141/2011-1 Deventer: Kluwer 2011, p. 1-101 en Wim Voermans, Hoofdstuk 5 - Wetgeving en bestuur [algemene inleiding wetenschappelijk commentaar]. In: Hirsch Ballin E.M.H., Leenknecht G. (red.) *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2016. Tilburg: nederlandsrechtstaat.nl.

<sup>3</sup> Zie Eindrapport van de Commissie wetgevingsvraagstukken (Commissie-Polak), *Orde in de regelgeving*. 's-Gravenhage: SDU 1985, p. 43.

<sup>4</sup> Zie Commissie Polak 1985, p. 46 e.v.

<sup>5</sup> Stcrt. 1998, 45. Zie met name aanwijzing 2.19 e.v. van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

Aanwijzing 2.21 van de Aanwijzingen voor de regelgeving (Awr) geeft een praktische vertaling van het primaat. Het geeft voorbeelden van elementen of onderdelen van een regelingscomplex die al dan niet in een parlementaire wet aan de regering kunnen worden overgedragen (gedelegeerd). Inhoudelijke details van een wettelijk complex kunnen zo, via een soort trechtvorming, ter nadere regeling in een algemene maatregel van bestuur aan – in beginsel alleen – de regering worden overgelaten. Bij de vaststelling van die uitvoeringsdetails van een regeling worden keuzes gemaakt zonder rechtstreekse betrokkenheid van de democratisch gelegitimeerde volksvertegenwoordiging. Dat verlies aan parlementaire controle op dat soort uitvoeringsregelingen wordt kan in ons constitutionele bestel - als er aan de regering wordt gedelegeerd (amvb's) - nog wel enigszins worden gecompenseerd door de garantie van intercollegiaal overleg over ontwerpen voor algemene maatregelen van bestuur (amvb's) in de ministerraad en advisering door de Raad van State, alsmede publicatie van dat advies en de reactie van de regering (nader rapport) op dat advies.

Bij delegatie van regelgevende bevoegdheid aan een individuele minister ontbreken dit soort garanties: er is geen advisering door de Raad van State, er is geen intercollegiaal overleg. Vanuit democratisch-rechtsstatelijk perspectief zijn de mogelijkheden voor delegatie aan een minister dan ook uitermate klein. Alleen voor die regelingsdetails waarin er eigenlijk geen politieke of beleidskeuzes moeten worden gemaakt. Het vaststellen van een formulier, de welhaast automatische indexering van bedragen of andere 'voorschriften van administratieve aard', zoals het in aanwijzing 2.24 van de Awr heet. Daaraan heeft de opsteller van de Awr (de minister-president) aan toegevoegd dat ook ministeriële regels mogen worden opgesteld als het voorschriften betreft die met grote spoed moeten worden vastgesteld. Dat is een eigen vinding en invulling van de opstellers van de Aanwijzingen want de jurisprudentie van de Hoge Raad kent in de afgelopen eeuw geen aanknopingspunten voor deze uitzondering.

*Ongeclausuleerd regelgevende bevoegdheid delegeren aan een minister, zoals gebeurd in artikel X eerste tot en met vierde lid, strijdt naar letter en geest met het primaat van de wetgever.*

Wat met deze bepaling gebeurd is dat er in wezen een (beperkte) noodtoestand wordt uitgeroepen voor een bepaalde tijd, op een manier die minder waarborgen biedt dan de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden van 3 april 1996.<sup>6</sup> Binnen de periode voorzien in het Brexit-voorstel hebben ministers de vrije hand om waar zij dat nodig achten regelgevend op te treden, en af te wijken van iedere en elke regeling die ze nodig achten – zelfs van de Grondwet of verdragen; beperkingen te dien aanzien bevat het voorstel niet. Een dergelijke delegatie is alleen al daarmee inconstitutioneel te achten. Verwijzingen naar de Aanwijzingen voor de regelgeving of naar artikel 22 van de Invoeringswet openbare lichamen Sint-Eustatius, Bonaire en Saba snijdt geen hout. In de eerste plaats overtreden de delegaties van artikel X de Aanwijzingen – die al veel ruimer zijn gesteld dan de jurisprudentie toelaat. Zo vergen de Awr dat delegatie van regelgevende bevoegdheid zo nauwkeurig en concreet mogelijk wordt begrensd (wat hier kennelijk niet gebeurt). Daarnaast is de situatie van artikel 22 Invoeringswet BES-eilanden onvergelykbaar – er is een hiërarchische verhouding tussen de rijksoverheid en die – als gemeenten te beschouwen - eilanden sinds 2010. En dan nog: ook die regeling, die machtigingen gingen té ver. Het oordeel van de Raad van State 29 oktober 2018, nr. W02.18.0310/II over de delegatieconstructie van artikel X, als 'onconventioneel' is dan ook uitzonderlijk mild te noemen, zelfs al trekt het de conclusie dat er strijd is met het primaat van de wetgever. Wat met de open en ongeclausuleerde machtiging aan ministers gebeurt, mag echt niet.

Het uit dat oogpunt niet verstandig om de ongeclausuleerde delegatie aan ministers in artikel X van het wetsvoorstel te bewaren, zelfs als men mocht menen dat de regering, die dezelfde bevoegdheden heeft, wel een oogje in het zeil zal houden, of daar waar werkelijk belangrijke zaken regeling behoeven wel het instrument van de algemene maatregel van bestuur ter hand zal nemen, door vast een ontwerp amvb te maken. Dit voorstel bevat geen enkele grens of beperking voor een minister om regelgevend op te treden of om voorrang te geven aan een instrument dat met meer waarborgen is omgeven. Alleen als structureel wordt afgeweken van een wet of algemene maatregel van bestuur is er een procedure die doet denken aan die van de wetsdecreten zoals we die wel kennen uit Italië en Spanje. Daar zijn dat soort procedures trouwens én omstreden én in de grondwet verankerd, zoals ook de machtigingsbevoegdheden voor de regering dat in Frankrijk zijn.

<sup>6</sup> Stb. 365.

En ze werken anders: de parlementen daar moeten de nooddecreten (die van wetten af kunnen wijken) die door de regering worden gemaakt, als zodanig goedkeuren. Anders vervallen ze, of werken ze niet langer.

En waarom zou de regering onder deze regeling regels gaan stellen in plaats van de – veel eenvoudigere route via – de minister? Het wetsvoorstel stelt geen enkele premie op het volgen van zwaardere procedures, bijvoorbeeld ingeval algemeen verbindende voorschriften afwijken van bestaande regels. Je kunt je nauwelijks voorstellen dat een minister met de bevoegdheden die hij krijgt in artikel X van dit voorstel uit eigen beweging een zwaardere procedure gaat volgen dan strikt noodzakelijk is. *Alles* wordt ministeriële regeling, met mogelijk afwijkingen en al – dat kun je op je vingers uittellen.

Maar zelfs wie zich hierdoor niet zou laten overtuigen: het is onwaarschijnlijk dat de rechter zal meegaan in ingrijpende regels die op deze manier worden vastgesteld. De jurisprudentielijn van de Hoge Raad van de afgelopen 140 jaar wijst een andere kant uit dan die van het voorstel.

#### *Afwijken van hogere regels?*

Mag je met lagere regels afwijken van hogere? Een constructie die ook wordt voorgesteld in artikel X van het wetsvoorstel. Het probleem van afwijkende lagere regels trok binnen het Nederlandse staatsrecht en de wetgevingswetenschap tot voor kort weinig bekijks totdat Erik Jurgens zich er vanaf 1999 als een terriër in vastbeet. Jurgens reageerde indertijd op verschillende voornemens van de regering om via ruimhartige delegatieconstructies de omzetting van EU-richtlijnen te bespoedigen. Bij verschillende van die constructies zou het op de een of andere manier mogelijk worden om via een algemene maatregel van bestuur of soms zelfs via een ministeriële regeling af te wijken van bepalingen wet in formele zin. Dergelijke constructies lijken zo op het eerste gezicht strijdig met staatsrechtelijke regels en rechtsbeginselen, zoals het hierboven al genoemde primaat van de wetgever en ook het daarmee samenhangende verbod van blanco delegatie.<sup>7</sup> En dan is er nog het belangrijke principe van de normhiërarchie en het daarmee verband houdende beginsel dat regels hoger in de hiërarchie voorrang hebben op lagere (*lex superior derogat legi inferiori*). Jurgens zelf vond dat dergelijke afwijkingspraktijken ook strijden met artikel 81 van de Grondwet omdat, in zijn ogen, de wetgever op grond van dat grondwetsartikel de bevoegdheid om een formele wet te wijzigen niet kan attribueren aan een lagere regelgever.<sup>8</sup>

Wat er ook van dat laatste zij, lagere regels die afwijken van hogere regels druisen in tegen een groot aantal democratisch-rechtsstatelijke normen die in ons staatsrechtelijke bestel verankerd zijn. Om die reden verbieden de Awr die handelwijze ook in heldere bewoordingen met een enkele uitzonderingsmogelijkheid.

#### **Aanwijzing 2.31 Afwijking bij lagere regelgeving**

1. In een hogere regeling wordt niet toegestaan dat daarvan bij lagere regeling wordt afgeweken.
2. Het eerste lid is niet van toepassing op:
  - a. afwijkende regelingen die bij wijze van experiment worden ingevoerd;
  - b. afwijkende regelingen ten behoeve van noodsituaties.

Een van de uitzonderingen betreft dan die noodsituaties. De toelichting geeft als een voorbeeld artikel 35 van de Noodwet financieel verkeer. Die wet legt (in artikel 2 e.v.) eerst en vooral een verbinding met de noodtoestand zoals die in de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden is geregeld en bepaalt dan in artikel 35:

Bij algemene maatregel van bestuur worden regelen gesteld terzake van betalingen door het Rijk in enig gebied, zo lang de verbindingen tussen Onze Minister en een zodanig gebied zijn verbroken. Hierbij kan van andere wettelijke regelingen worden afgeweken.

<sup>7</sup> Zie daarover ook L.F.M. Besselink, H.R.B.M. Kummeling, R. de Lange, P. Mendelts & S. Prechal (2002), *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, rapport in opdracht van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Groningen; Europa Law publishing.

<sup>8</sup> Net voor afloop van zijn Kamerlidmaatschap wist hij de senaat te verenigen achter een door hem ingediende motie waarin er bij de regering wordt aangedrongen niet langer gebruik te maken van constructies waarbij lagere wetgevers worden gemachtigd regels vast te stellen die afwijken van de wet, dan wel regels vast te stellen die in plaats worden gesteld van bestaande wetteksten. Kamerstukken I 2006/2007 26.200 VI, nr. 65 / 21.109, D.

Geen open delegatie aan een minister met afwijkingsbevoegdheid dus, maar alleen een afwijkingsbevoegdheid in een nauwkeurig omschreven noodsituatie.

Met deze ongeclausuleerde bevoegdheid tot afwijken te geven aan een minister vliegt het Brexit-voorstel uit de bocht. Op tal van terreinen. Niet alleen inconstitutioneel een minister een dergelijke ongeclausuleerde bevoegdheid te geven – zoals de regering ook al in 2008 erkende toen het – naar aanleiding van onderzoek van de Universiteit Leiden naar afwijkingsbepalingen<sup>9</sup> - een opschoningsoperatie uitvoerde om van veel van deze té ver reikende afwijkingsdelegaties af te komen.<sup>10</sup> Die gaan die gaan zeker té ver als een minister het mag bepalen. Daarnaast kan het leiden tot ongelukken. Alleen uit de toelichting van het Brexit-voorstel<sup>11</sup> kunnen we vernemen dat ‘vanzelfsprekend’ dergelijke voorzieningen geen inbreuk kunnen maken op de Grondwet of internationale verplichtingen. Net zoals het ‘vanzelf spreekt’ dat deze hele figuur niet mag. En ook hierbij kan worden aangetekend dat er een betrekkelijk groot risico bestaat dat de rechter niet mee zal gaan in ministeriële regelingen die afwijken van hogere regelingen. Er is ook geen enkel inhoudelijk criterium voor de vraag wanneer een minister in zijn eentje een van hogere regeling afwijkende regeling mag maken. Ja, als hij het dringend of noodzakelijk acht, maar enig houvast voor het soort situaties is er niet. Naar aanleiding van de kritiek van de Raad van State over de criteriumloosheid van de bevoegdheid van de minister om af te wijken heeft de regering ervoor gekozen een paar procedurestappen in te voegen. Als een ministeriële regeling, bijvoorbeeld, structureel (wat is dat?) afwijkt van een hogere regeling dan wordt een gelijklopend wetsvoorstel of ontwerp amvb (in geval van afwijking van een amvb) voorgelegd. De idee is dan dat de afwijkende ministeriële regeling maar een tijdelijke afwijking wordt. Dat gaat er dan allemaal wel van uit dat het parlement of de regering dan ook maar onmiddellijk in de houding springt voor het gelijk van de minister en zijn regeling die afwijkt. Maar het zou heel best kunnen dat er discussie ontstaat over hoe het verder moet, waarmee de als tijdelijk bedoelde afwijkende regeling van een minister veel langer gaat gelden. De praktijk van de Londense wetsbesluiten uit de Tweede Wereldoorlog leert dat tijdelijk bedoelde wetsbesluiten soms decennialang kunnen blijven bestaan. Met het ontbreken van een inhoudelijk criterium en een procedure die niet automatisch tot tijdelijkheid leidt wordt mogelijk alles afhankelijk van een persoonlijke, ministeriële inschatting, zonder een werkelijke toetssteen voor- of achteraf aan de hand waarvan dat handelen beoordeeld kan worden.

#### *Terugwerkende kracht*

De geoorloofdheid van terugwerkende kracht, zoals die in artikel XI van het Brexit-voorstel wordt geregeld, is nog weer een apart vraagstuk. Geschreven regels verzetten zich er vaak tegen (zoals grondwettelijke en verdragsrechtelijke bepalingen) en terugwerkende kracht schuurt met rechtsstatelijke beginselen (zoals het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel). Toch is terugwerkende kracht zeker niet altijd uitgesloten. Terugwerkende kracht is in het algemeen niet mogelijk als het gaat om het scheppen van strafbare feiten of om het verhogen van de strafmaat. Dit druist in tegen artikel 16 van onze Grondwet en tegen bepalingen van internationaal recht.<sup>12</sup> Het verlenen van terugwerkende kracht aan regelingen die (deels) belastend zijn, is slechts in uitzonderlijke gevallen mogelijk. Zo zal het vertrouwensbeginsel naar verwachting niet geschonden zijn in het geval een bepaalde, reeds ruim van tevoren aangekondigde belastingverhoging voor een beperkte tijdsperiode terugwerkt.<sup>13</sup> In welke variant dan ook, terugwerkende kracht blijft op gespannen voet staan met het rechtszekerheidsbeginsel en dient om die reden steeds zo terughoudend mogelijk te worden toegepast.

Het probleem is niet dat het voorstel een mogelijkheid tot terugwerkende kracht aan regelingen geeft, maar wel de wijze waarop het dat doet. Ten eerste is er ook hier geen sprake van clausulering, en ten tweede is er een verwarrende relatie tussen het tweede en derde lid van artikel XI. Want wat wordt daar nou bedoeld. Dat alleen en voor zolang de regering heeft bepaald dat aan de Brexit-wet (wijzigingen van andere wetten) terugwerkende kracht toekomt ook ministers en de regering zelf terugwerkende kracht aan hun maatregelen kan geven.

<sup>9</sup> Zie o.a. F.R.P. Huson, *Afwijkende regels; afwijken van wetten in formele zin bij algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling*. Universiteit Leiden 2006.

<sup>10</sup> Handelingen I 2006/07, 29-880-887 en de brief van de Minister van Justitie van 27 februari 2008 Kamerstukken I 2007/08, 26 200 V, 65 en 21 109, E.

<sup>11</sup> Kamerstukken II 2018/19, 35084, nr. 3., p. 19.

<sup>12</sup> Met name artikel 7, eerste lid, EVRM en artikel 15, eerste lid, IVBP.

<sup>13</sup> Of er al dan niet een vooraankondiging is geweest, is in dit verband van groot belang voor de geoorloofdheid. Zie over het beleid inzake terugwerkende kracht in de fiscale regelgeving *Kamerstukken II 1996/97*, 25 212.

Of juist weer niet. Verder: wat voor soort terugwerkende kracht hebben we het dan over. In belastende zin is dat – bijvoorbeeld bij van wetten afwijkende maatregelen – nauwelijks voor te stellen ('neutraal of niet belastend' zegt de toelichting). De toelichting raakt in ieder geval het Noorden kwijt waar die zegt dat:

De terugwerkende kracht strekt er in dat geval toe de genomen maatregel alsnog van een deugdelijke wettelijke basis te voorzien. De eventuele verlening van terugwerkende kracht aan onderdelen van dit voorstel zal gemotiveerd worden bij het inwerkingtredingsbesluit.<sup>14</sup>

Juist bij het verlenen van terugwerkende dringt rechtszekerheid zeer. Deze disclaimer die lijkt uit te drukken dat voorkomen beter is dan genezen, voldoet in ieder geval niet aan elementaire eisen van rechtszekerheid.

Verder is de gekozen techniek complex. Het tweede en derde lid hangen op een ingewikkelde manier samen. Maar wie het probeert goed te bekijken en te begrijpen ziet dat voor de vraag of en hoe er terugwerkende kracht en in welke mate wordt verleend, alleen de regering bepaalt. Ook die brede betrekkelijk ongeclausuleerde bevoegdheidsoverdracht, schuurt met het primaat van de wetgever.

## **2 Wat zijn redelijke voorwaarden voor een dergelijke machtigingsbepaling en hoe wordt hier in andere landen mee omgegaan?**

Mijn antwoord op de volgende vragen zal kort zijn. De redelijke voorwaarden voor machtigingsbepalingen lijken me in ieder geval dat een open delegatie als deze aan ministers niet mogelijk is. Je kunt je alleen iets voorstellen bij dit soort machtigingen op amvb-niveau, misschien zelfs met voorhangconstructies. En verder is het zeker zaak een inhoudelijk criterium te hebben. Het zou bijvoorbeeld zeker helpen als de bevoegdheid van de regering tot het afwijken van hogere regels beperkt zou blijven tot die spoedeisende gevallen waarin de mogelijkheid bestaat dat er *grote en onomkeerbare nadelige gevolgen* op zullen treden voor Nederlandse burgers, bedrijven of staatsbelangen.

Ook andere landen in Europa kennen systemen die het de regering mogelijk maken om in geval van noodsituaties af te wijken van wettelijke regelingen. Zulke *wetsdecreten* die we bijvoorbeeld kennen in Italië en Spanje, maar in veel andere landen (zoals ook Brazilië) zijn daar meestal wel met veel waarborgen omgeven en grondwettelijk vastgelegd. In die landen zijn er aparte procedures voor. Zoals in de Spaanse Grondwet dat vergt een tijdelijk wetsdecreet zo spoedig mogelijk doch uiterlijk binnen dertig dagen na bekendmaking ter bevestiging aan het parlement wordt voorgelegd (artikel 86 Grondwet). Is die goedkeuring er dan niet, dan vervalt de maatregel. Italië kent een ander systeem. Daar moet het parlement binnen 60 dagen het tijdelijke wetsdecreet bevestigen (artikel 77 Grondwet). Gebeurt dat niet dan vervalt de regeling niet alleen, maar moeten ook de gevolgen ervan worden teruggedraaid. Ook Brazilië kent zo'n instemmingsstelsel volgens het onmiddellijkheidsbeginsel. Het parlement moet instemmen met het tijdelijke decreet, anders vervalt het, met alle gevolgen die het heeft gehad. Het huidige Brexit-voorstel bevat veel, veel minder waarborgen. Eerst en vooral hebben we geen grondwettelijk geborgde en goedgekeurde procedure waarbij er een ordentelijke dialoog is geweest over zo'n ingrijpend instrument. In geen van die landen wordt er ook maar over gedroomd om een wetsdecreet aan een alleen opererende minister over te laten. In Italië, Spanje en Brazilië kijken hoge colleges van staat eerst naar een ontwerp voor een spoeddecreet en het is ook altijd onder de waarborg van regeringsverantwoordelijkheid. De nominale waarborg in dit Brexit-voorstel dat de regering of een minister zijn decreet aan het parlement voorlegt als wetsvoorstel of een ontwerp-wijzigings-amvb (die een minister in ons stelsel niet eens kan maken, maar dat terzijde) voldoet niet aan de minimaalste vereisten die andere landen met spoedprocedures en afwijzingsmogelijkheden daaraan stellen.

<sup>14</sup> Kamerstukken II 2018/19, 35084, nr. 3., p. 20.

### **3 Wat zijn mogelijke alternatieven voor deze bepaling, bijvoorbeeld in bestaande wetgeving.**

Een goed alternatief lijkt me om de bevoegdheden die het voorstel geeft alleen en bij uitsluiting aan de regering toe te kennen, en de bevoegdheid, als gezegd, nauwkeuriger te clausuleren (alleen voor gevallen waarin onomkeerbare nadelige gevolgen optreden) alsmede de toelichting op dit punt aan te scherpen en te verduidelijken. Kortom: om alleen bij algemene maatregel van bestuur regels en afwijkende regels toe te staan. Dat hoeft niet te vertragen: de Raad van State kan heel snel adviseren, zeker in dit soort noodsituaties.

### **4 Is de wet, en de terreinen waarop zij betrekking, heeft volledig?**

Ik zou denken van wel. Het probleem is juist dat de wet té volledig is: ze geeft een veel te brede ongeclausuleerde bevoegdheid.

---

*Disclaimer: De Jonge Akademie, KNAW, NWO en VSNU bemiddelen tussen parlementaire kennisvraag en wetenschappelijk kennisaanbod. De informatie in het kader van Parlement en Wetenschap is afkomstig van vooraanstaande wetenschappers, maar niet onderworpen aan peer review en niet door de wetenschapsorganisaties geverifieerd.*