



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Heroverweging artikel 89 Grondwet

Voermans, W.J.M.; Elzinga D.J., Voermans W.J.M.

Citation

Voermans, W. J. M. (2009). Heroverweging artikel 89 Grondwet. In V. W. J. M. Elzinga D.J. (Ed.), *Publikaties van de Staatsrechtkring* (Vol. 27, pp. 45-56). Nijmegen: Wolf Legal Publishers. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14677>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14677>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Leiden/Nootdorp 5 november 2009

betreft:
heroverweging artikel 89 Grondwet

Leden van de Staatscommissie, mw. de voorzitter,

Van alle ondoorgrondelijke bepalingen uit de Nederlandse Grondwet spant artikel 89 ongetwijfeld de kroon. Een moerasbepaling gesteld in kabbalistisch jargon welke in zijn huidige vorm niemand nog een dienst bewijst. Geen touw aan vast te knopen. Generaties studenten hebben er hun tanden op stukgebeten en met nogal eens een levenslange staatsrechtelijke weerzin als gevolg. Ook biedt de letter van de bepaling de rechtspraktijk al een tijdlang geen houvast meer.¹ En dan heb ik het nog niet

¹ Zo bestaat er in de praktijk veel onduidelijkheid over de precieze norm die artikel 89 Grondwet aanlegt. Kan de regering in 2009 nog algemeen verbindende voorschriften vaststellen bij een algemene maatregel van bestuur zonder een basis in een wet? Zolang die zelfstandige maatregel van bestuur zelf geen straffen oplegt moet dat kunnen, vond de toenmalige Minister van Justitie Donner eind 2002 (DNA-besluit van 16 december 2002). Hij zag daarbij kennelijk over het hoofd dat burgers ook zonder straffen door dergelijke regeringsbesluiten gebonden kunnen worden. Dergelijke zelfstandige algemene maatregelen van bestuur met een burgers bindend karakter zijn op zijn minst – in de geest van de Grondwet – ongewenst (zie o.a. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*. Deventer: Kluwer 2008, zesde druk, p. 348-349) wellicht ook onrechtmatig (zie F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd*, dissertatie Universiteit Utrecht. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 185, en W. Voermans, Besluit DNA-onderzoek als uiting van een regressieve, zelfstandige AMvB-opvatting. *RegelMaat* 2003/2, pp. 78-83). De hele kwestie wordt ook al niet vooruitgeholpen door de rechter. Er is nauwelijks recente jurisprudentie over de aanvaardbaarheid van zelfstandige algemene maatregelen van bestuur, waarschijnlijk mede vanwege de gecombineerde werking van het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet en artikel 8:2 Algemene wet bestuursrecht. Wel is er het 'primaat van de wetgever', een norm die is neergelegd in de Aanwijzingen voor de regelgeving. Dat primaat drukt de contemporaine stand van de rechtsontwikkeling op het terrein van het Nederlandse legaliteitsbeginsel uit. Aanwijzing 21 bepaalt dat zelfstandige algemene maatregelen van bestuur, houdende algemeen verbindende voorschriften, niet worden gebruikt, behoudens in uitzonderlijke situaties en bij wijze van tijdelijke voorziening. De Aanwijzingen voor de regelgeving binden in het kader van het tot stand brengen regelgeving als een beleidsregel slechts de regering en de voor hen werkende ambtenaren, maar dat doet er niet aan af dat ze wel het positieve constitutionele recht vastleggen op dit punt. De Raad van State hanteert de norm over zelf-

eens over de niet juridisch geschoolde medemens die uit deze raadselachtige bepaling zou moeten kunnen lezen dat hier een, wat zeg ik, hét meest wezenlijke element van de rechtsstaatgedachte grondwettelijk is verankerd: het legaliteitsbeginsel. Dat beginsel dat vergt dat de overheid zich altijd aan het recht te houden heeft, dat vergt dat recht in beginsel wordt neergelegd in wetten waarover we meepraten in democratische gekozen volksvertegenwoordigingen, dat vergt dat er wordt geregeerd binnen en op basis van die wettelijke kaders die wij – de Nederlanders – hebben gesteld aan overheidsoptreden. De kerngedachte van ons staatsrechtelijke bestel. Lees dat maar eens terug in artikel 89 van de Grondwet.

Natuurlijk, juristen weten hoe de huidige redactie via een lang historisch kronkelpad tot stand is gekomen. Een pad dat loopt van de Grondwet van 1814, de Blanketwet van 1818,² via het Meerenbergarrest³ naar het compromis van 1887. En hoe in de redactie van 1887 is getracht kool en geit te sparen door wel de mogelijkheid van niet op enige wet rustende regeringsbesluiten te behouden, maar geen bevoegdheid voor de regering om daarin zelfstandig straffen op te leggen. Het binden van burgers – in 1887 dachten we daarbij vooral aan straffen – blijft voorbehouden aan grondwettelijke wetgever⁴ waarvan ook de volksvertegenwoordiging deel uitmaakt. Want in een rechtsstaat gaat het niet aan dat het bestuur zelfstandig en op eigen titel de vrijheid van burgers kan beperken door hen te binden. In een moderne rechtsstaat zijn het in beginsel de burgers zelf die – via de bemiddeling van hun vertegenwoordigers – bepalen of en in hoeverre zij via recht door de overheid (en met name het bestuur) kunnen worden gebonden.⁵ Dat democratische fundament van het moderne legaliteitsbeginsel is ook terug te lezen uit de 122-jarige rechtsontwikkeling en het recht dat zich vormde op basis van de grondwettelijke bepaling over regeringsbesluiten uit 1887. Er veranderde veel in de samenleving en het recht in die bijna anderhalve eeuw. De rechtsopvattin-

standige algemene maatregelen van bestuur, zoals neergelegd in de Aanwijzingen, in ieder geval als uitgangspunt bij de advisering. Zie daarvoor o.a. het advies van de Raad van State van 12 maart 2001, *Kamerstukken II* 2001/02, 27 570 (R1672) A en Raad van State, *Jaarverslag* 2002. Den Haag, p. 25.

² *Stb.* 181, 12.

³ Hoge Raad 13 januari 1879, *W* 4330. Een uitspraak die is bijgezet in de 'Hall of Fame' van de juridische canon van Nederland. Zie W. Voermans, *De tachtigers in het recht: het Meerenberg arrest*. *Ars Aequi*, 58, 2009, pp. 597-600.

⁴ I.e. de wetgever in formele zin.

⁵ We zouden dat het uitgangspunt van de zelfbepaling kunnen noemen. Zie Wim Voermans, *Toedeling van bevoegdheid*. Oratie Universiteit Leiden. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 4.

gen verschoven mede doordat de overheidsactiviteit sterk toenam, waardoor het bestuur op veel meer en andere manieren ging ‘binden’ dan alleen via strafrechtelijke handhaving – de meest gangbare publiekrechtelijke bindingsmethode uit de negentiende eeuw. Uit die ontwikkeling wordt door Hoge Raad in 1973 de consequentie genomen als die zich buigt over een zelfstandig regeringsbesluit waarin de fluoridering van het drinkwater wordt verordonneerd.⁶ Ook dat fluorideren bindt burgers, constateert de Hoge Raad, en daarom kan de regering fluoridering van drinkwater niet zonder medewerking van de volksvertegenwoordiging op eigen houtje vastleggen in een algemene maatregel van bestuur. Zelfs al wordt de regeringsmaatregel tot fluorideren niet gehandhaafd door straffen dan nog vergt het legaliteitsbeginsel – volgens de moderne lezing ervan door de Hoge Raad – voor het vaststellen van een zodanig ingrijpende regeringsmaatregel een wettelijke basis.

Artikel 89 is onder de invloed van het compromis van 1887 en het verouderde taalgebruik niet alleen nagenoeg onleesbaar, het drukt ook niet langer het positieve constitutionele recht uit. Voor het artikel gelden zeker Nijhoff's woorden: ‘Lees maar, er staat niet wat er staat (...)’.⁷

De tekst van artikel 89 Grondwet lijkt te suggereren dat de regering zelfstandig algemeen verbindende voorschriften vast kan stellen, zolang ze maar niet straffen of op *ingrijpende wijze* binden. Volgens het huidige positieve staatsrecht legt het legaliteitsbeginsel juist een nog grotere principiële beperking aan op die zelfstandige regelgevende bevoegdheid van de regering. Volgens een geaccordeerde staatsrechtelijke norm, die we wel aanduiden als het ‘primaat van de wetgever’⁸, kan de regering zelfstandig geen algemeen verbindende voorschriften vaststellen, enkel dan in geval van uitzonderlijke situaties en bij wijze van tijdelijke voorziening. Die norm is niet vastgelegd in de Grondwet of enige andere wet, maar ‘losjes’ verankerd in interne werkinstructies die de regering hanteert bij het voorbereiden van wetgeving (de Aanwijzingen voor de regelgeving). Het primaat van de wetgever is echter niet zomaar een instructie, maar een echte en ook harde constitutioneelrechtelijke norm die bijvoorbeeld de Raad van State als toetsingskader aanhoudt. Gekker moet het natuurlijk niet worden; dat je om te weten wat een van de meest wezenlijke grond-

⁶ Hoge Raad 22 juni 1973, *NJ* 1973, 386.

⁷ M. Nijhoff, Awater, uit: *Verzamelde gedichten*. Amsterdam: Bert Bakker 1990, p. 222.

⁸ Dit begrip is gemunt door de Commissie-Polak, *Orde in de regelgeving*, Eindrapport van de Commissie wetgevingsvraagstukken. Den Haag 1985.

wettelijke normen als die van artikel 89 inhoudt, te rade moet bij een interne werkinstructie van de regering.

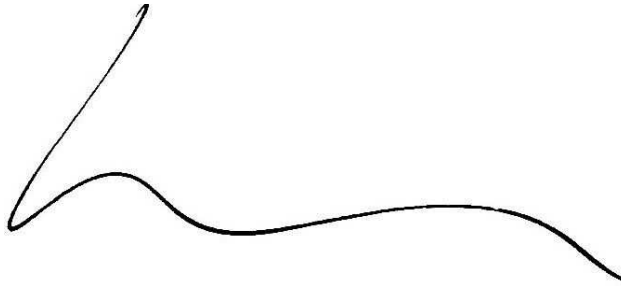
Het is hoog tijd dat er aan deze scheefgegroeide situatie iets wordt gedaan. Artikel 89 van de Grondwet verdient uit een oogpunt van toegankelijkheid, maar ook inhoud heroverweging. Een heroverweging die binnen het mandaat van uw commissie past.

Om u bij enige afweging op dit punt op weg te helpen – u heeft per slot van rekening niet langer dan een goed jaar om te adviseren – neem ik de vrijheid een suggestie te doen.⁹ Als bijlage bij deze brief treft u een voorstel voor een nieuwe redactie van artikel 89 Grondwet voorzien van een summiere lidgewijze toelichting. Ik hoop dat het helpt.

⁹ U mag hieruit afleiden dat eerdere suggesties tot herformulering van artikel 89 Grondwet mij niet hebben overtuigd. Het voorstel gedaan in Karen Heij en Wessel Visser, *De Grondwet in eenvoudig Nederlands*. Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 208 en 209 is – voor zover ik kan zien – op tal van punten geen accurate kopie van de juridische inhoud van het huidige artikel 89. Het derde lid begint, bijvoorbeeld, met de zin: ‘In de wet staat hoe de regering de algemene maatregel van bestuur bekendmaakt.’ Het venijn zit hem hier in het lidwoord ‘de’. Dat kan alleen maar verwijzen naar de specifieke wet waarop de algemene maatregel van bestuur rust. En dat is nu juist niet wat het huidige derde lid van artikel 89 bedoelt. Ook de Bekendmakingswet – een wet waarop ‘de’ algemene maatregel van bestuur niet behoeft te berusten – is een wet waarop dit lid doelt. Ook het vierde lid van het voorstel van Heij en Wessel verlaat het perk van het geldende recht. Het primaat van de wetgever verzet zich tegen het vaststellen van algemene regels in een andere vorm dan algemene maatregelen van bestuur. Aanwijzing 20 van de Aanwijzingen voor de regelgeving verzet zich hiertegen.

WIM VOERMANS

Ik ben graag bereid het voorstel nader toe te lichten en wens u veel succes toe in uw werk.

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of connected loops and curves, starting with a small upward stroke and ending with a downward curve.

Wim Voermans

Hoogleraar staats- en bestuursrecht Universiteit Leiden

BIJLAGE VOORSTEL VOOR EEN NIEUWE REDACTIE VAN ARTIKEL 89 GRONDWET

VOORSTEL¹⁰

Overwegende dat het om reden van de bevordering van de toegankelijkheid wenselijk is de redactie van artikel 89 Grondwet te herzien, doe ik u het volgende voorstel:

Artikel I

Artikel 89 van de Grondwet komt als volgt te luiden:

Artikel 89

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

TOELICHTING

ALGEMEEN

Bij het ontwerpen van de bepaling zijn twee uitgangspunten gehanteerd. Het eerste is dat van de *codificatie*. De nieuwe redactie doet in wezen niet meer dan uitdrukken wat het legaliteitsbeginsel naar zijn moderne duiding meebrengt voor het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften door de regering. In een enkel geval worden in de toelichting alternatieven voorgesteld die verder gaan dan de huidige dogmatiek. Die zijn telkens onder de kopjes 'optie' opgenomen. Al gaan deze opties soms verder dan het stellige constitutionele recht, ze zijn opgenomen

¹⁰ Met dank aan dr. A.C.M. Meuwese, mr. T.C. Borman en prof. mr. W. Konijnenbelt die eerdere versies van het voorstel becommentarieerden en waardevolle tekstsuggesties deden.

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

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

LIDGEWIJZE TOELICHTING

Eerste lid

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

Advisering door de Raad van State over ontwerpen voor algemene maatregelen van bestuur is van belang omdat het bij het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften meestal gaat om bindende regelingen met werking buiten de overheid (externe werking).¹¹ De Staten-Generaal kunnen daar alleen indirect toezicht op houden en dergelijke maatregelen zijn onder het stelsel van de Algemene wet bestuursrecht¹² niet vatbaar voor rechtstreeks bestuursrechtelijk beroep.

In theorie kan een algemene maatregel van bestuur ook een algemeen verbindend voorschrift bevatten dat primair bindt binnen de interne or-

¹¹ Oudere literatuur spreekt ook wel van burgers bindende regelingen.

¹² Zie o.a. de uitsluiting in artikel 8:2 Algemene wet bestuursrecht.

ganisatie van de overheid.¹³ Voorbeelden daarvan uit het recente verleden zijn schaars. Het is inmiddels goed gebruik regeringsbesluiten met algemeen verbindende voorschriften die, al hebben hoofdzakelijk betrekking op de interne organisatie van de overheid vanwege hun vaak 'extern bindende' slagschaduw te doen passeren bij de Raad van State voor advies

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

Het eerste lid spreekt niet langer van een koninklijk besluit, maar van regeringsbesluit.¹⁴ Daarmee wordt beter dan nu het geval is aangesloten bij de systematiek van de Grondwet en komt de leesbaarheid van de bepaling ten goede. De terminologische aanpassing laat onverlet dat als vanouds algemene maatregelen van bestuur bij koninklijk worden vastgesteld. Ook heeft deze aanpassing geen andere gevolgen voor kleine koninklijke besluiten, dan de reeds bestaande; kleine regelende koninklijke besluiten worden met de voorgestelde tekst grondwettelijk onmogelijk gemaakt.

Tweede lid

Het tweede lid drukt uit dat voor het vaststellen van algemene maatregelen van bestuur en andere algemeen verbindende voorschriften in het algemeen een wettelijke basis is vereist.¹⁵ Het derde lid regelt de uitzondering op de regel: de mogelijkheid om een zelfstandige – dat wil zeggen niet op een wet in formele zin rustende – algemene maatregel van bestuur vast te stellen. De eis dat regelingen van een lager niveau dan wet in formele zin moeten berusten op een wettelijke basis is een essentieel fundament van ons rechtsstatelijke bestel. De creatie (attributie) van bevoegdheid tot het binden via algemene regels is daarin in eerste instantie voorbehouden aan de grondwetgever en – zo men wil – aan de wetgever in formele zin.¹⁶ De Grondwet is de bron en het kader

¹³ Zie over het leerstuk van de interne en externe werking van algemeen verbindende voorschriften C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*. Deventer: Kluwer zesde druk, 2008 pp. 56-57, 182.

¹⁴ Ook de Proeve van Kortmann spreekt in het voorgestelde artikel 12 van 'regeringsbesluit'. Zie C.A.J.M. Kortmann, 'Wegwerprecht, oude dame of frisse juf?' in: C.A.J.M. Kortmann e.a., *De Grondwet herzien; 25 jaar later*. Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2008, p. 22.

¹⁵ Zie ook Frank van Ommeren, Het legaliteitsbeginsel in het wetgevingsbeleid, *Bestuurswetenschappen* 4, 2009, p. 12.

¹⁶ Ik zelf geloof - met bijvoorbeeld Hennekens - dat alleen de grondwetgever het vermogen van attributie van regelgevende bevoegdheid toekomt om reden dat de Grondwet zelf al de bevoegdheid tot het stellen van regels aan de wetgever in formele zin heeft toegekend. Als diezelfde formele wetgever zelf ook weer

van de rechtsvorming in Nederland. Toestaan dat bijvoorbeeld het bestuur zelfstandig, zonder machtiging van volksvertegenwoordigingen ingrijpende algemene regels stelt, strijdt met dat stelsel van de Grondwet en met de geest die uit dat stelsel spreekt. De jurisprudentie is daarover de laatste honderd dertig jaar betrekkelijk consistent.¹⁷ De praktijk van het wetgevingsbeleid heeft een nuance op deze eis aangebracht. Voor het vaststellen van algemene verbindende voorschriften bij zelfstandige algemene maatregel van bestuur bestaat enige ruimte indien het gaat om uitzonderlijke situaties en indien de maatregel wordt getroffen bij wijze van tijdelijke voorziening. Over de aanvaardbaarheid van die nuance heeft de rechter zich nog niet uitgesproken al lijkt de Raad van State die in zijn advisering te billijken.¹⁸

Optie 2.1, artikel 89, tweede lid, eerste volzin:

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

De zinsnede 'vanwege het Rijk vastgestelde' komt nu voor in het vierde lid van artikel 89 Grondwet. Op deze wijze wordt ook alle rijkswetgeving en andere regelgeving afkomstig van de centrale overheid onder het regime van de artikel 89, eerste tot en met het derde lid, gebracht. Deze optie voorstel spreekt niet langer van rijkswetgeving om twee redenen. Ten eerste is de huidige redactie van artikel 89 Grondwet weliswaar juridisch-technisch in lijn met de opzet van het Statuut en de verhouding daarin tot de Grondwet, maar toch blijft het bijzonder dat de Nederlandse Grondwet hier de regels stelt voor rijkswetgeving (te weten algemene maatregelen van rijksbestuur, kleine koninklijke rijksbesluiten en rijksministeriële regelingen). De bekendmaking van rijkswetten en algemene maatregelen van rijksbestuur is al voorzien in artikel 22 van het Statuut. Dat laat alleen de rijksministeriële regelingen over. Omdat dat soort regelingen relatief weinig voorkomt en het Statuut ze niet noemt¹⁹ is het eigenlijk ook niet nodig ze hier in de Nederlandse Grondwet ze nog nader te noemen of te reguleren. De nieuwe redactie van het vierde lid van artikel 89 spreekt bovendien heel in het algemeen van algemeen verbindende voorschriften, waardoor voor alle hier voor gebiedsdeel Nederland geldende algemeen verbindende voorschriften (rijksafkomstig of niet) geldt dat ze bekend moeten worden gemaakt alvorens ze in werking kunnen treden.

zou kunnen attribueren dan wordt voor de tweede keer een al bestaande bevoegdheid gecreëerd. Twee keer scheppen kan volgens mij niet. Zie Wim Voermans, *Toedeling van bevoegdheid*. Oratie Universiteit Leiden. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 20.

¹⁷ Zie o.a. het eerder genoemde HR 22 juni 1973, *NJ* 1973, 386 (Fluoriderings-arrest), alsook de recente uitspraak HR 23 mei 2003, *AB* 2004, 157.

¹⁸ Zie o.a. het advies van de Raad van State van 12 maart 2001, *Kamerstukken II* 2001/02, 27 570 (R1672) A en Raad van State, *Jaarverslag* 2002. Den Haag, p. 25.

¹⁹ Zie C. Borman, *Het Statuut voor het Koninkrijk*. Deventer: Kluwer tweede druk, 2005, pp. 134-135.

Optie 2.2, artikel 89, tweede lid, tweede volzin:

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

In deze optionele bepaling is het primaat van de wetgever uitgedrukt. Dit door de commissie-Polak²⁰ ontwikkelde uitgangspunt houdt in dat bij de verdeling van elementen van een regeling over de wet en algemeen verbindende voorschriften van lager niveau de wet de essentialia van het regelingscomplex bevat. In de Aanwijzingen voor de regelgeving is dit primaat van de wetgever in de aanwijzingen 21 en 24 verwoord. Aanwijzing 22 bepaalt dat de hoofdelementen van een regeling in een wet worden ondergebracht, en aanwijzing 24 geeft daaraan nadere invulling door te bepalen welke elementen zoveel mogelijk in de wet worden opgenomen.

Derde lid

In de eerste volzin van het derde lid wordt de in aanwijzing 21 neergelegde norm ten aanzien van het gebruik van zelfstandige algemene maatregelen van bestuur tot uitdrukking gebracht. In 1985 zag de commissie-Polak,²¹ in lijn met de jurisprudentie, geen ruimte meer voor zelfstandige algemene maatregelen van bestuur. Het legaliteitsbeginsel verzet zich daartegen, meende de commissie. Het kabinet kwam daarop met een nader standpunt daarbij stellende dat er in ons bestel toch enige ruimte bestaat voor zelfstandige algemene maatregelen van bestuur. In geval van bijzondere situaties kan het bij wijze van tijdelijke voorziening wenselijk zijn een algemene maatregel vast te stellen.²² Voor dit standpunt is wel wat te zeggen. Het staat het bestuur toe om in geval van nood of dringende spoed slagvaardig op te treden. Deze compromisnorm is ook neergelegd in aanwijzing 21 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Het probleem is echter wel dat het bestaan van deze bevoegdheid tot het slaan van zelfstandige algemene maatregelen van bestuur betwist is²³ en er bovendien geen hedendaagse normen of procedures zijn die het gebruik ervan normeren.

De voorgestelde bepaling normeert het gebruik van de zelfstandige algemene maatregel van bestuur inhoudelijk (alleen in geval van buitengewone omstandigheden) en via een bekrachtigingsprocedure. In de enkele gevallen van zelfstandige – extern werkende – algemene maatregelen van bestuur die zich de laatste jaren nog hebben voorgedaan, zien we in Nederland, dat het praktijk begint te worden een zelfstandige algemene maatregel van bestuur te doen volgen door een gelijkkluidend wetsvoorstel.²⁴ Ook in andere landen waarin de regering zelfstandig –

²⁰ Commissie-Polak, *Orde in de regelgeving, Eindrapport van de Commissie wetgevingsvraagstukken*, Den Haag 1985.

²¹ Zie vorige noot.

²² *Kamerstukken II* 1986/87 20 038, nrs. 1-2.

²³ W. Voermans, Besluit DNA-onderzoek als uiting van een regressieve, zelfstandige AMvB-opvatting. *RegelMaat* 2003/2.

²⁴ Zie bijvoorbeeld in het geval van het Besluit DNA-onderzoek (*Stb.* 2002, 640).

op basis van een grondwettelijke bevoegdheid – in buitengewone omstandigheden decreten mag uitvaardigen, is er wel steeds een procedure waarbij zo'n decreet alsnog ter goedkeuring aan het parlement wordt voorgelegd. De Spaanse Grondwet vergt bijvoorbeeld dat een tijdelijk wetsdecreet zo spoedig mogelijk doch uiterlijk binnen dertig dagen na bekendmaking ter bevestiging aan het parlement wordt voorgelegd (artikel 86 Grondwet). Italië kent een ander systeem. Daar moet het parlement binnen 60 dagen het tijdelijke wetsdecreet bevestigen (artikel 77 Grondwet).

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

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

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

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

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

Optie 3.1, artikel 89, derde lid, eerste volzin

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

In deze optie zijn de woorden 'met kracht van wet' toegevoegd. Hierdoor krijgen tijdelijke algemene maatregelen van bestuur kracht van wet en kunnen daarmee derogeren aan wetten. In verschillende landen van de Europese Unie staat deze mogelijkheid van wetsdecreten de regering grondwettelijk ter beschikking. Om reden van nood of spoed kan de re-

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

Optie 3.2, artikel 89, derde lid, eerste volzin

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

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

Vierde lid

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