



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het primaat van de wetgever in de wetgevingspraktijk: de invloed van constitutionele conventies op de totstandkoming van AMvB's

Geertjes, G.J.A.; Verhey, L.F.M.

Citation

Geertjes, G. J. A. (2016). Het primaat van de wetgever in de wetgevingspraktijk: de invloed van constitutionele conventies op de totstandkoming van AMvB's. In L. F. M. Verhey (Ed.), *De constitutionele conventie: kwal op het strand of baken in zee?* (pp. 51-66). Den Haag: Boom juridische uitgevers. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/46407>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/46407>

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

HET PRIMAAT VAN DE WETGEVER IN DE WETGEVINGSPRAKTIJK: DE INVLOED VAN CONSTITUTIONELE CONVENTIES OP DE TOTSTANDKOMING VAN AMvB'S

*Gert Jan Geertjes**

1 INLEIDING

Op 16 december 2014 verwierp de Eerste Kamer een voorstel tot wijziging van een aantal zorgwetten.¹ Het meest omstreden onderdeel van het voorstel was de beperking van de vrije artskenkeuze.² Haar verwerping leidde bijna tot een crisis in het kabinet Rutte-II. Twee dagen later opperde PvdA-fractievoorzitter Diederik Samsom in de Tweede Kamer dat de beperking van de vrije artskenkeuze eventueel ook door de regering zelf – dus zonder tussenkomst van de Tweede en Eerste Kamer – bij algemene maatregel van bestuur (AMvB) geregeld zou kunnen worden.³ Volgens VVD-fractievoorzitter Zijlstra kon de uitvaardiging van deze AMvB worden gebaseerd op artikel 126 van de Zorgverzekeringswet, dat de regering de bevoegdheid toekent bij AMvB ‘nadere regels’ te stellen ‘voor de uitvoering van de wet’.⁴ Desalniettemin oogstte de door Samsom voorgestelde AMvB-route veel kritiek in het parlement. D66-senator en hoogleraar Engels vond Samsoms voorstel ‘zeer geforceerd vanuit staatsrechtelijk oogpunt’ en zijn collega van de CU Kuiper noemde het ‘moedwillig vandalisme jegens het parlementair bestel’.⁵ Uiteindelijk besloot de regering, gezien de geuite kritiek, helemaal af te zien van een hernieuwde poging tot beperking van de vrije artskenkeuze.⁶

De kritiek van Engels en Kuiper impliceert dat de bewuste AMvB-route weliswaar niet rechtstreeks in strijd met het staatsrecht is, maar niettemin moeilijk te verenigen is met het functioneren van het staatsbestel. Strikt juridisch gezien laat artikel 126 van de Zorg-

* Ik dank Tom Eijsbouts en Luc Verhey voor hun commentaar op een eerdere versie van dit stuk.

1 *Kamerstukken I* 2013/14, 33362, A.

2 Ook wel het ‘hinderpaalcriterium’ genoemd (zie art. 13 Zorgverzekeringswet).

3 *Handelingen II* 2014/15, 39, item 71, p. 3-4.

4 *Handelingen II* 2014/15, 39, item 71, p. 13.

5 A. Korteweg, ‘Misbruik van algemene maatregel van bestuur’, *de Volkskrant* 19 december 2014.

6 Zie <http://nos.nl/artikel/2017678-schippers-lager-eigen-risico-bij-keuze-contractarts.html> (geraadpleegd op 22 december 2015).

verzekeringwet wellicht de ruimte voor het beperken van de vrije artskeuze bij AMvB, maar gezien de daarover ontstane verontwaardiging in het parlement lijkt het onwenselijk dat de regering van die route gebruikmaakt. Het lijkt er dus op dat het parlement meer van de regering verlangt dan het louter navolgen van het geldende recht. De regering dient niet alleen het positiefrechtelijke legaliteitsbeginsel in acht te nemen, maar daarnaast ook 'het primaat van de wetgever' te respecteren. Deze normatieve aanscherping van het legaliteitsbeginsel houdt in dat de wet in formele zin de hoofdelementen van een bepaalde regeling bevat,⁷ waarvan de beperking van de vrije artskeuze een voorbeeld is. Het primaat van de wetgever maakt als zodanig geen deel uit van het positieve recht, maar is wel leidend bij de opstelling van wetgeving door ambtenaren. De Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar), een soort dienstinstructie voor wetgevingsambtenaren, schrijven onder meer voor dat de regering niet zonder tussenkomst van het parlement zelfstandige AMvB's mag vaststellen (Ar 21), dat de wet in formele zin de hoofdelementen van een regeling bevat (Ar 22) en dat nadere details en uitvoeringsregels op basis van een specifieke formeelwettelijke grondslag in lagere regels, zoals een onzelfstandige AMvB, worden opgenomen (Ar 25).

In deze bijdrage onderzoek ik de verhouding tussen het legaliteitsbeginsel naar positief recht en het primaat van de wetgever. Meer in het bijzonder bespreek ik de vraag in hoeverre het primaat voor de wetgever aanleiding geeft tot de vorming van informele gedragsregels – constitutionele conventies – rond de regelgevende bevoegdheid van de regering. Ik behandel de eisen van het primaat van de wetgever aan de zelfstandige AMvB, die de regering naar Nederlands recht weliswaar nog mag vaststellen, maar die in de praktijk nauwelijks meer voorkomt, respectievelijk de onzelfstandige AMvB op basis van een ruime delegatiegrondslag, zoals de voorgestelde AMvB rond de beperking van de vrije artskeuze.

De opbouw van deze bijdrage is als volgt. Allereerst bespreek ik welke eisen het legaliteitsbeginsel naar Nederlands recht aan de vaststelling van AMvB's stelt en hoe die eisen in de Aanwijzingen voor de regelgeving zijn uitgewerkt (par. 2). Vervolgens komt de manier waarop de Aanwijzingen voor de regelgeving de aanzet hebben gegeven tot de vorming van constitutionele conventies ten aanzien van de regelgevende bevoegdheid van de regering aan bod (par. 3). Ik sluit af met een conclusie (par. 4).

⁷ S.A.J. Munneke, 'De bevoegdheid tot wetgeving bij de centrale overheid', in: S.E. Zijlstra e.a. (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 257-258.

2 HET LEGALITEITSBEGINSEL IN HET POSITIEVE RECHT EN DE
WETGEVINGSPRAKTIJK

Het primaat van de wetgever is een normatieve aanscherping van het legaliteitsbeginsel en als zodanig een aanvulling op – maar geen onderdeel van – het positieve recht.⁸ Hierna komen achtereenvolgens de betekenis van dit (formele) beginsel in het positieve recht (par. 2.1) en de aanvullende (inhoudelijke) eisen die aan dit beginsel in de wetgevingspraktijk worden gesteld (par. 2.2), aan de orde.

2.1 *Het legaliteitsbeginsel naar positief recht*

Wetgeving is in sterkere mate democratisch gelegitimeerd dan andere vormen van regelgeving, omdat voor het aannemen ervan instemming van zowel de Tweede als de Eerste Kamer is vereist. Dit hangt samen met het legaliteitsbeginsel, dat voor bepaalde overheids-handelingen een grondslag in een wet in formele zin eist. Het legaliteitsbeginsel is slechts gedeeltelijk in de Grondwet terug te vinden. In de eerste plaats bepaalt artikel 89, tweede lid, van de Grondwet dat voorschriften die door straffen worden gehandhaafd een grondslag in een wet in formele zin moeten hebben. Bovendien dient de wet in formele zin de maximaal op te leggen straf te bepalen. Verder schrijft de Grondwet ten aanzien van sommige onderwerpen expliciet een formeelwettelijke basis voor, zoals het Nederlander-schap (art. 2), de bescherming en eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (art. 10) en de openbaarheid van overheidsgegevens (art. 110). Ten slotte is nog van belang dat de Grondwet de overdracht van de bevoegdheid tot het stellen van algemene regels (delegatie) niet toestaat wanneer zij bepaalt dat een grondrecht 'bij de wet' of 'behoudens ieders ver-antwoordelijkheid volgens de wet' mag worden beperkt.⁹ Een bepaling die bijvoorbeeld het kiesrecht (art. 4), de godsdienstvrijheid (art. 6) of het recht tot vereniging (art. 8) beperkt, kan alleen in een wet in formele zin worden opgenomen.

Een belangrijke uitbreiding van het legaliteitsbeginsel volgt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad. Volgens de Hoge Raad is een wettelijke grondslag tevens vereist voor al het overheidsoptreden dat eenzijdig verplichtingen aan betrokkenen oplegt.¹⁰ Binnen deze

8 Zie over dat onderscheid ook F.J. van Ommeren, 'Het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 465-468.

9 C.A.J.M. Kortmann/P.P.T. Bovend'Eert e.a., *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 330.

10 F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wets-begrip* (diss. Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 86-87. Van Ommeren concludeert dit na een uitvoerige analyse van de jurisprudentie van de civiele kamer van de Hoge Raad, waaronder HR 22 juni 1973, NJ 1973/386 (*Fluoridering*) en HR 27 juni 1986, NJ 1987/898 (*Methadonbrief*). De 'ingrijpende maatregelen' waarover de Hoge Raad in het Fluorideringsarrest spreekt, moeten volgens Van Ommeren als feitelijke verplichtingen worden opgevat. Zie ook W.J.M. Voermans, 'Legaliteit als middel tot een doel', in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (preadviezen NJV), Deventer: Kluwer 2011, p. 14-27.

grenzen staat het de regering op grond van artikel 89, eerste lid, van de Grondwet nog altijd vrij om zelfstandig regels vast te stellen zonder bemoeienis van de Staten-Generaal (de zelfstandige AMvB).¹¹ Hoewel in de literatuur wordt betoogd dat een wettelijke grondslag zo specifiek mogelijk moet zijn,¹² wordt deze eis in de rechtspraak niet altijd gesteld. Dat blijkt bijvoorbeeld uit recente jurisprudentie van de strafkamer van de Hoge Raad over het gebruik van opsporingsmethoden door de politie zonder dat daarvoor een grondslag in een wet in formele zin bestaat. Volgens de Hoge Raad is het gebruik van dergelijke methoden zonder expliciete wettelijke grondslag toelaatbaar 'op een wijze die een beperkte inbreuk maakt op grondrechten van burgers en die niet zeer risicovol is voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing' en moet worden gezien of 'de opsporingsmethode gelet op de duur, intensiteit en frequentie van de inzet ervan geschikt is om een min of meer compleet beeld te verkrijgen van bepaalde aspecten van het persoonlijk leven van de betrokkene'.¹³ De Hoge Raad maakt dus voor de toelaatbaarheid van het gebruik van opsporingsmethoden op basis van het legaliteitsbeginsel een onderscheid naargelang de ingrijpendheid van de inbreuk die die methode maakt op de grondrechten. Wanneer die inbreuk beperkt is, kan het gebruik van de betreffende opsporingsmethode volgens de Hoge Raad worden gebaseerd op de *algemene* bevoegdheid van de politie om strafbare feiten op te sporen.¹⁴

Uit een recent arrest van de Hoge Raad over de inzet van een IMSI-catcher voor de opsporing van strafbare feiten blijkt dat de grenzen van ingrijpendheid volgens de strafrechter betrekkelijk ruim zijn.¹⁵ De IMSI-catcher is een apparaat met behulp waarvan kan worden vastgesteld waar de gebruiker van een mobiele telefoon zich bevindt. De inzet van dit apparaat is als zodanig niet bij wet in formele zin geregeld, maar werd desondanks door de Hoge Raad toelaatbaar geacht voor de opsporing van een van poging tot doodslag en zware mishandeling verdachte persoon. Het behoeft echter geen betoog dat de consequenties van deze beslissing voor de verdachte groot waren, omdat de Hoge Raad het met de IMSI-catcher verkregen bewijs weigerde uit te sluiten. In de rechtspraak, althans in die van de strafrechter, worden aan de specificiteit van de wettelijke grondslag dus betrekkelijk soepele

11 Zie bijv. J.P.H. Donner, 'The Principle of Legality Revisited', in: H.J.Th.M. van Roosmalen e.a. (red.), *Fundamental Rights and Principles* (Van Dijk-bundel), Antwerpen: Intersentia 2013, p. 352-353.

12 F.J. van Ommeren, 'Het legaliteitsbeginsel van het staats- en bestuursrecht', *AA* 2010, afl. 9, p. 646, ook gepubliceerd in: R.J.B. Schutgens e.a. (red.), *Canon van het recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010, p. 240. Zie ook Van Ommeren 1996, p. 113-114.

13 HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1562, *NJ* 2015/115 m.nt. P. van Kempen, *AA* 2015, afl. 6, p. 485-489 m.nt. R.J.B. Schutgens en T. Arts, r.o. 3.5.2 (Inzet IMSI-catcher). Zie ook HR 19 december 1995, *NJ* 1996/249 m.nt. T.M. Schalken, r.o. 6.4.5 (Zwolsman).

14 Het gaat om art. 3 Politiewet 2012. Dit artikel luidt: 'De politie heeft tot taak in ondergeschiktheid aan het bevoegde gezag en in overeenstemming met de geldende rechtsregels te zorgen voor de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde en het verlenen van hulp aan hen die deze behoeven.'

15 HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1562 (Inzet IMSI-catcher).

*HET PRIMAAT VAN DE WETGEVER IN DE WETGEVINGSPRAKTIJK: DE INVLOED VAN
CONSTITUTIONELE CONVENTIES OP DE TOTSTANDKOMING VAN AMvB's*

eisen gesteld. De eisen van de wetgevingspraktijk aan het bestaan respectievelijk de specificiteit van de wettelijke grondslag zijn aanzienlijk strenger.

2.2 *Het legaliteitsbeginsel in de wetgevingspraktijk*

Ambtenaren die belast zijn met de vaststelling van nieuwe wetgeving nemen niet alleen het positieve recht in acht, maar dienen ook rekening te houden met de Aanwijzingen voor de regelgeving. De minister-president heeft de Aanwijzingen bij circulaire vastgesteld.¹⁶ Volgens de Aanwijzingen zelf dienen zij door de ministers en staatssecretarissen en door de onder hen ressorterende ambtenaren in acht te worden genomen bij de voorbereiding van de opstelling van wetgeving.¹⁷ Zij worden in de literatuur doorgaans als voor de ambtenaren bindende dienstbevelen beschouwd, al is het niet zeker of de Aanwijzingen ook daadwerkelijk als een dienstbevel kwalificeren.¹⁸

Zij hebben bovendien een zekere externe werking, omdat zowel de Afdeling advisering van de Raad van State als de Tweede en Eerste Kamer de Aanwijzingen betrekken in hun beoordeling van voorgestelde wetgeving.¹⁹ In zoverre zijn zij dus ook aan de formele wetgever gericht. Het gaat hier niet om beleidsregels, omdat niet de wetgever zelf maar de minister-president de Aanwijzingen heeft vastgesteld. Van zelfbinding is in dit geval dus geen sprake. In mijn ogen kunnen de Aanwijzingen voor de regelgeving dan ook het beste worden gekwalificeerd als *richtlijnen*. In navolging van Bröring kunnen zij worden omschreven als algemene, niet tot enige bevoegdheid te herleiden regels die dienen ter normering van overheidshandelen.²⁰ Het betrokken overheidsorgaan – in dit geval de formele wetgever – hoort bij afwezigheid van bijzondere omstandigheden met deze regels rekening te houden, maar mag ze vervolgens naast zich neerleggen.²¹ De typering van de Aanwijzingen als richtlijnen blijkt ook uit de toelichting op Ar 4, waarin is vermeld dat de Aanwijzingen de Staten-Generaal niet kunnen binden. Daar komt nog bij dat het twijfelachtig is of de minister-president andere ministers bij circulaire kan binden, ook als de

16 Besluit van de minister-president, handelende in overeenstemming met het gevoelen van de Raad van Ministers, van 18 november 1992 (*Stcrt.* 1992, 230), laatstelijk gewijzigd (negende wijziging) bij besluit van 1 april 2011 (*Stcrt.* 2011, 6602).

17 S.E. Zijlstra, 'Inleiding', in: S.E. Zijlstra e.a. (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 20.

18 Zijlstra 2012, p. 20.

19 Zijlstra 2012, p. 20.

20 H.E. Bröring, *Richtlijnen. Over de juridische betekenis van circulaire, leidraden, aanbevelingen, brochures, plannen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992, p. 28. Bröring spreekt in zijn definitie van 'bestuurshandelen' in plaats van 'overheidshandelen'. Ik gebruik hier liever de term overheidshandelen, omdat de wetgevende macht geen bestuursorgaan in de zin van de Awb is (art. 1:2, tweede lid, onder a, Awb).

21 Bröring 1992, p. 369-370. Vgl. ook de toelichting bij Ar 4, waarin staat dat de Aanwijzingen de Staten-Generaal weliswaar niet kunnen binden, maar dat het ook voor het parlement raadzaam is daarmee rekening te houden.

circulaire in overeenstemming met het gevoel van de ministerraad is vastgesteld. Hoewel wetgevingsambtenaren volgens Witteveen de Aanwijzingen navolgen 'alsof het om voorschriften gaat op het niveau van de Grondwet',²² is hun bindende kracht voor de formele wetgever juridisch gezien minder sterk. Voor zover de regering en/of de Staten-Generaal zich aan de Aanwijzingen gebonden achten, geven de Aanwijzingen een aanzet tot de vorming van constitutionele conventies in de politieke arena. De Aanwijzingen zijn als zodanig echter geen conventies, omdat zij in strikte zin zelf geen gedraging, laat staan gedragsregels vormen – slechts voor zover de Aanwijzingen daadwerkelijk tot uiting komen in een bepaalde gedragsregel kan van een conventie worden gesproken.²³

De Aanwijzingen stellen voor de wetgevingspraktijk strengere eisen aan de naleving van het legaliteitsbeginsel dan het positieve recht. Daarbij dient de regering bij de vaststelling van algemene regels het primaat van de wetgever in het oog te houden.²⁴ Een uitwerking van deze gedachte is te vinden in Ar 21 tot en met 25, waarvan voor de in deze bijdrage te bespreken casus vooral Ar 21, 22 en 25 van belang zijn. Ar 21 stelt dat de regering alleen bij hoge uitzondering AMvB's zonder medewerking van de Staten-Generaal mag vaststellen:

'Voor het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften wordt een zelfstandige algemene maatregel van bestuur niet gebruikt behoudens in uitzonderlijke situaties bij wijze van tijdelijke voorziening.'

Deze Aanwijzing lijkt in de wetgevingspraktijk ter harte te worden genomen, want, zoals in paragraaf 3.2 zal blijken, zelfstandige AMvB's komen in de praktijk nauwelijks nog voor. De invloed van het primaat van de wetgever doet zich daarnaast gelden bij de totstandkoming van onzelfstandige AMvB's. Onzelfstandige AMvB's vinden hun grondslag in een bepaling van een wet in formele zin die de regering de bevoegdheid geeft bepaalde onderwerpen nader te regelen. De delegatie van regelgevende bevoegdheden is op basis van het primaat van de wetgever in de wetgevingspraktijk aan strengere eisen dan die van het geldende recht onderworpen. Ar 22 luidt:

'Bij verdeling van de elementen van een regeling over de wet en algemeen verbindende voorschriften van lager niveau bevat de wet ten minste de hoofdelementen van de regeling. Bij de keuze welke elementen in de wet zelf regeling

22 W.J. Witteveen, *De wet als kunstwerk. Een andere filosofie van het recht*, Amsterdam: Boom 2014, p. 243.

23 Om die reden acht ik de suggestie van Van Ommeren (2015, p. 467) dat het primaat van de wetgever mogelijk zelf als een conventie kwalificeert, niet precies genoeg. Het primaat van de wetgever is voor die kwalificatie te onbestemd.

24 Het begrip is geïntroduceerd in het eindrapport van de commissie-Polak (ook wel Commissie Wetgevingsvraagstukken genoemd), die onderzoek deed naar de regelgevende bevoegdheid van wetgever en bestuur, zie Commissie Wetgevingsvraagstukken, *Orde in de regelgeving*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1985, p. 42-43.

*HET PRIMAAT VAN DE WETGEVER IN DE WETGEVINGSPRAKTIJK: DE INVLOED VAN
CONSTITUTIONELE CONVENTIES OP DE TOTSTANDKOMING VAN AMvB's*

moeten vinden en ter zake van welke elementen delegatie is toegestaan, dient het primaat van de wetgever als richtsnoer.'

Volgens de toelichting op deze Aanwijzing moeten onder 'de hoofdelementen van de regeling' in ieder geval 'de reikwijdte', 'de structurele elementen' en veelal ook 'de voornaamste duurzame normen' worden begrepen. Nadere uitvoeringsregels en andere details kunnen door lagere regelgevers, zoals de regering of een minister, worden vastgesteld. Welke onderdelen van een wettelijke regeling 'hoofdelementen' zijn, zal steeds per geval moeten worden vastgesteld.²⁵ Daarnaast is van belang dat delegatiebepalingen volgens de Aanwijzingen niet ongeclausuleerd mogen zijn. Ar 25 stelt:

'Elke delegatie van regelgevende bevoegdheid dient in de delegerende regeling zo concreet en nauwkeurig mogelijk te worden begrensd.'

Volgens de toelichting bij deze Aanwijzing zal in een dergelijk delegatievoorschrift worden vermeld onder welke omstandigheden van de bevoegdheid tot delegatie gebruik mag worden gemaakt, over welke onderwerpen voorschriften in lagere regelgeving kunnen worden vastgesteld en voor welke doeleinden delegatie is geoorloofd.

3 CONSTITUTIONELE CONVENTIES ROND HET PRIMAAT VAN DE WETGEVER

De Aanwijzingen bevatten niet alleen instructies voor wetgevingsambtenaren, maar vormen ook richtlijnen voor de formele wetgever ten aanzien van de kwaliteit van wetgeving. Op die manier geven zij de aanzet tot de vorming van constitutionele conventies in het parlementair debat. In deze paragraaf zet ik allereerst een aantal algemene kenmerken van conventies en hun verhouding tot het ongeschreven staatsrecht uiteen (par. 3.1). Vervolgens bespreek ik in hoeverre er sprake is van een constitutionele conventie ten aanzien van de inzet van respectievelijk de zelfstandige AMvB (par. 3.2) en de vaststelling van onzelfstandige AMvB's op basis van ruim geformuleerde delegatiebepalingen (par. 3.3).

3.1 *Constitutionele conventies en ongeschreven staatsrecht*

Constitutionele conventies zijn informele gedragsregels die het gedrag van staatsinstellingen reguleren. Het bestaan van een conventie wordt doorgaans vastgesteld aan de hand van

²⁵ Zie nader F.J. van Ommeren, 'Het legaliteitsbeginsel in het wetgevingsbeleid', *Bestuurswetenschappen* 2009, afl. 4, p. 22.

drie oorspronkelijk door Sir Ivor Jennings vastgestelde criteria (de ‘Jennings-test’).²⁶ Volgens de Jennings-test is van een conventie sprake indien er bij de betrokken staatsinstelling gelet op (1) de precedenteren een bepaalde gedragsregelmaat zichtbaar is, die (2) de instelling als bindend ervaart op basis van (3) een goede reden. Het tweede element hoort daarbij in mijn ogen centraal te staan.²⁷ Alleen wanneer de betrokken staatsinstelling een regel naleeft op basis van de overtuiging dat zij daaraan gebonden is, kan de betreffende regel in potentie een conventie worden genoemd. Bij het achterhalen van de overtuiging van de betrokken actor kunnen schriftelijke documenten als hulp- of bewijsmiddel dienen, zoals de Reglementen van Orde van de betrokken staatsinstellingen. In dat kader spelen ook de precedenteren – het eerste element van de Jennings-test – een zekere rol. Wanneer een bepaalde gedragsregelmaat zich langere tijd voordoet, ligt het meer voor de hand dat op dat terrein een conventie bestaat. Noodzakelijk is dat overigens niet. De overtuiging van gebondenheid van de betrokken actor kan al na één precedent ontstaan.²⁸ Ten slotte kan het bestaan van een conventie worden geanalyseerd aan de hand van het laatste onderdeel: het bestaan van een goede reden. Verhey objecteert deze eis voor de Nederlandse constellatie zodanig dat de betreffende regel moet beantwoorden aan de logica van de Nederlandse constitutie,²⁹ daarbij aansluiting zoekend bij de door Hirsch Ballin geformuleerde maatstaf van inpasbaarheid in het constitutionele recht.³⁰ Een regel voldoet aan dit laatste criterium indien deze een aanvulling op of nadere invulling van het constitutionele recht vormt. Over de noodzaak van deze aanvullende eis bestaat geen overeenstemming in de literatuur. Volgens Eijsbouts is de invloed van gestolde machtsverhoudingen op het ontstaan van conventies dusdanig groot dat het niet nodig is een dergelijke aanvullende eis aan te nemen.³¹ Wanneer een dergelijke opvatting wordt aangehangen, kan dit criterium worden gebruikt voor het analyseren van de *wenselijkheid* van de conventie in plaats van voor het vaststellen van het bestaan van de conventie zelf.

De hiervoor besproken eisen lijken enigszins op die van de criteria voor het aannemen van ongeschreven staatsrecht, maar zijn toch minder zwaar. Volgens de heersende leer kan van ongeschreven staatsrecht slechts sprake zijn, indien er sprake is van een bestendige praktijk die door de daarbij betrokken staatsinstellingen als een rechtsregel wordt gekwa-

26 Sir I. Jennings, *The Law and the Constitution*, Londen: London University Press 1967, p. 136.

27 Zie de bijdrage van Thomas Beukers aan deze bundel, p. 86.

28 Jennings 1967, p. 136.

29 Verhey 2014, p. 15.

30 E.M.H. Hirsch Ballin, ‘De wetenschap van het constitutionele recht: een kleine methodologie’, in: *Object en methode van de staatsrechtwetenschap* (preadviezen Staatsrechtconferentie 1982), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982, p. 82-83. Beukers noemt in zijn bijdrage voor deze bundel nog andere grondslagen voor de bindende kracht van een conventie, zoals de oplegging van een nieuw machts-evenwicht, verwachtingen van wederkerigheid en zelfbeperking. Zie met verdere verwijzingen Beukers’ bijdrage, p. 86.

31 Zie de bijdrage van Eijsbouts aan deze bundel. Zie over de invloed van machtsverhoudingen op het ontstaan van constitutionele conventies tevens de bijdrage van Van den Berg aan deze bundel.

*HET PRIMAAT VAN DE WETGEVER IN DE WETGEVINGSPRAKTIJK: DE INVLOED VAN
CONSTITUTIONELE CONVENTIES OP DE TOTSTANDKOMING VAN AMvB's*

lificeerd.³² Volgens de laatste druk van het handboek van Kortmann kwalificeert een regel bovendien pas als ongeschreven staatsrecht indien niet-naleving daarvan leidt tot 'lamlegging van het staatsbestel'.³³ De hierna te bespreken conventies rond het primaat van de wetgever voldoen in ieder geval niet aan de criteria voor het aannemen van ongeschreven staatsrecht. Regels die wel aan de definitie van het ongeschreven staatsrecht beantwoorden, voldoen tevens aan de hiervoor geformuleerde criteria van de constitutionele conventie. Er zijn dus per definitie meer regels die als conventie dan als ongeschreven staatsrecht kunnen worden gekwalificeerd.

Strikt genomen maken constitutionele conventies geen deel uit van het staatsrecht. Toch kunnen staatsrechtjuristen constitutionele conventies niet negeren, gelet op het bijzondere karakter van het Nederlandse staatsrecht. Dit karakter komt tot uiting in de handhaving en in de aard van de normen van de Nederlandse constitutie. In de eerste plaats is de handhaving van de constitutie primair toebedeeld aan politieke organen. De rechter speelt bij de handhaving van deze normen een beperkte rol vanwege het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet. In de tweede plaats kent het Nederlandse staatsrecht verschillende open normen die soms niet eens in de Grondwet te vinden zijn. Dergelijke normen bestaan bijvoorbeeld in de context van de kabinetsformatie, de uitwerking van de ministeriële verantwoordelijkheid en het primaat van de Tweede ten opzichte van de Eerste Kamer. Deze normen kunnen niet op een eenduidige manier worden uitgelegd en dienen zich in de praktijk verder te ontwikkelen.³⁴ Het Nederlandse staatsbestel biedt dus relatief veel ruimte voor constitutionele conventies. Het aantal scherpomlijnde rechtsregels omtrent deze onderwerpen is beperkt, maar dat betekent niet dat de manier waarop staatsinstellingen invulling geven aan deze kwesties vrijblijvend is. De betrokken actoren ervaren conventies als bindend resultaat van gestolde machtsverhoudingen. Een staatsinstelling kan de naleving van een conventie afdwingen op basis van argumenten die hun grondslag vinden in constitutionele waarden. In zoverre hebben constitutionele conventies dus een normatieve dimensie. Volgens Dicey gaat het hier om niet-juridische regels van 'morality' die de rechtsregels van de constitutie aanvullen.³⁵ Dat geldt ook voor de hierna te bespreken conventies rond het primaat van de wetgever.

32 A.H.M. Dölle, *Over ongeschreven staatsrecht* (diss. Groningen), Groningen: Wolters-Noordhoff 1988, p. 43. De bewerkers van de laatste druk van het handboek van Van der Pot betogen dat deze eisen afhankelijk van de omstandigheden verlaagd of verhoogd kunnen worden, zie C.W. van der Pot/D.J. Elzinga e.a., *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 190-191. Deze zienswijze heeft als bezwaar dat zij juridisering in de hand werkt. Ik laat deze opvatting in dit stuk verder buiten beschouwing.

33 Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2012, p. 131.

34 Zie voor een uitwerking van de gedachte dat het gepositieerde staatsrecht een gebrekkig inzicht biedt in de werking van de Nederlandse constitutie D.J. Elzinga, *De waarde van een relatief rechtsbegrip* (oratie Groningen), Groningen: Wolters Noordhoff 1988.

35 A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (tiende druk), Londen: Macmillan 1959, p. 417. Zoals hiervoor werd opgemerkt, is het stellen van een aanvullend normatief criterium niet per se

3.2 *Het gebruik van de zelfstandige AMvB*

Volgens Ar 21 dient de regering niet een zelfstandige AMvB uit te vaardigen, behalve bij 'uitzonderlijke situaties bij wijze van tijdelijke voorziening'. Zoals in paragraaf 2.2 al werd opgemerkt, zijn de Aanwijzingen voor de regelgeving in de praktijk zeer gezaghebbend, hetgeen erop lijkt te wijzen dat de regering zich inderdaad aan die regel gebonden acht. Ten aanzien van de zelfstandige AMvB is dat inderdaad het geval. Hoewel artikel 89, eerste lid, van de Grondwet en de jurisprudentie van de Hoge Raad over het legaliteitsbeginsel meer ruimte dan de Aanwijzingen laten voor het uitvaardigen van een zelfstandige AMvB, maakt de regering er nauwelijks gebruik van. Sinds 2000 zijn in de wetgevingspraktijk nog slechts vijftien (ontwerp-)AMvB's met een zelfstandig karakter tot stand gekomen.³⁶ Afgezet tegen de duizenden onzelfstandige AMvB's die in dezelfde periode tot stand zijn gekomen, is dat uitzonderlijk weinig.

Om vast te stellen of op dit punt een conventie bestaat, dient te worden bezien hoeveel van de vijftien vastgestelde zelfstandige AMvB's waren bestemd voor een uitzonderlijk geval voor een tijdelijke periode. Twaalf van deze maatregelen waren gezien Ar 21 relatief onproblematisch, bijvoorbeeld omdat het in deze gevallen steeds ging om een maatregel waarvan het zelfstandige karakter (zeer) beperkt was, een tijdelijk karakter had en/of een uitzonderlijke situatie regelde, of weer werd ingetrokken of aangepast na kritiek van de Afdeling advisering van de Raad van State op het zelfstandige karakter van de maatregel.³⁷ Drie maatregelen voldeden niet aan de eisen van Ar 21, maar bleven ondanks kritische opmerkingen van de Afdeling advisering ongewijzigd. Een daarvan voldeed aan de eisen van het positieve recht, maar niet aan die van de Aanwijzingen voor de regelgeving.³⁸ De betreffende AMvB heeft betrekking op de instelling van een commissie die als adviespunt voor potentiële klokkenluiders dient.³⁹ Voor een deel berustte de instelling van deze commissie niet op een wettelijke grondslag. In haar advies was de Afdeling advisering kritisch over de maatregel, gelet op Ar 21. Zij was van mening dat de instelling van een dergelijke

noodzakelijk voor het aannemen van een conventie. Zie daarover ook de bijdrage van Kummeling aan deze bundel, p. 71-72.

36 Zie voor een overzicht van deze zelfstandige AMvB's T.C. Borman, 'De zelfstandige AMvB: hoe staat het daarmee?', *RegelMaat* 2013, afl. 5, p. 315. Na de verschijning van genoemd overzicht zijn, voor zover ik kan overzien, geen nieuwe zelfstandige AMvB's meer vastgesteld.

37 Ik baseer mij voor dit stuk op het genoemde overzicht van Borman 2013. Alleen de hierna te bespreken zelfstandige AMvB's die in zijn overzicht zijn opgenomen, overschrijden zonder meer de grenzen van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

38 De andere twee betroffen de opname en het bewaren van DNA-materiaal dat gedetineerden respectievelijk veroordeelden op vrijwillige basis hebben afgestaan. Deze twee AMvB's zijn ook in strijd met het positief-rechtelijke legaliteitsbeginsel en zullen daarom niet op deze plaats worden besproken. Zie over deze maatregelen W.J.M. Voermans, 'Besluit DNA-onderzoek als uiting van een regressieve zelfstandige-AMvB-opvatting', *RegelMaat* 2003, afl. 2, p. 82-83.

39 Tijdelijk besluit Commissie advies- en verwijspunt klokkenluiden (*Stb.* 2011, 427). De regeling vervalt per 1 juli 2016.

*HET PRIMAAT VAN DE WETGEVER IN DE WETGEVINGSPRAKTIJK: DE INVLOED VAN
CONSTITUTIONELE CONVENTIES OP DE TOTSTANDKOMING VAN AMvB's*

commissie – ook al krijgt zij geen bevoegdheden – op gespannen voet staat met het primaat van de wetgever.⁴⁰ Het betrof hier echter niet een maatregel die eenzijdig verplichtingen oplegt of met straffen wordt gehandhaafd. Desondanks oordeelde de Afdeling advisering negatief over het wetsvoorstel. Volgens de voor deze maatregel verantwoordelijke minister Donner was in dit geval sprake van een uitzonderlijke situatie, omdat het instellen van een commissie voor klokkenluiders al te lang zou hebben geduurd en daarom een zekere urgentie had.⁴¹ De totstandbrenging van wetgeving op dit terrein zou volgens hem te veel tijd kosten. Het kritische advies van de Afdeling advisering deed de regering besluiten om de AMvB weliswaar te handhaven, maar desalniettemin een tijdelijk karakter te geven.

Ar 21 heeft duidelijk haar weerslag op de wetgevingspraktijk. De Afdeling advisering beoordeelt elke zelfstandige AMvB op basis van de uitzonderlijkheid van de situatie die de AMvB regelt en of de maatregel tijdelijk van aard is. De formele wetgever – in deze gevallen steeds vertegenwoordigd door de regering – heeft vervolgens steeds moeten uitleggen waarom hij handelt in strijd met de Aanwijzingen voor de regelgeving. De maatregel tot instelling van het adviespunt voor potentiële klokkenluiders voldeed aan de eisen van het positieve recht, maar niet aan die van de Aanwijzingen. Hoewel die AMvB uiteindelijk werd gehandhaafd, hebben de Aanwijzingen hun invloed wel doen gelden, omdat de betreffende maatregel uiteindelijk een tijdelijk karakter kreeg.

In mijn ogen weerspiegelt Ar 21 het bestaan van een conventie op basis waarvan de regering zeer terughoudend dient om te springen met het vaststellen van een zelfstandige AMvB. De precedentes wijzen erop dat een dergelijke conventie bestaat. De regering voelt zich gebonden aan de regel niet zomaar voorschriften bij zelfstandige AMvB vast te stellen. In mijn ogen is deze conventie goed inpasbaar in het Nederlandse constitutionele recht. Zij vormt immers een uitwerking van het primaat van de wetgever. Gezien het in de vorige subparagraaf besproken politieke karakter van onze constitutie maakt het primaat van de (uit politieke organen bestaande) wetgever daarvan zonder meer deel uit.⁴² De conventie die inhoudt dat de regering slechts zeer terughoudend van zelfstandige AMvB's gebruikmaakt, maakt dus deel uit van het Nederlandse staatsbestel. Het parlement moet er vervolgens op kunnen vertrouwen dat het niet langs deze weg door de regering wordt gepasseerd.

In de casus van de beperking van de vrije artskeuze gaat het echter niet om de zelfstandige AMvB. Het ligt niet voor de hand dat de beperking van de vrije artskeuze naar Nederlands recht bij zelfstandige AMvB kan worden ingevoerd, omdat deze maatregel, zoals Kummeling terecht opmerkt in zijn bijdrage, feitelijk een eenzijdig bindende verplich-

40 Advies van 9 juni 2011, W04.11.0145/I, tezamen met het nader rapport te vinden op www.raadvanstate.nl.

41 Nader rapport bij Advies W04.11.0145/I van 9 juni 2011, par. 1.

42 Zie in dat kader E.M.H. Hirsch Ballin, 'De revitalisering van de wet als rechtsbron', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *De staat van wetgeving* (Kortmann-bundel), Deventer: Kluwer 2009, p. 5 en E.M.H. Hirsch Ballin, *Het grondrecht op vrijheid en de wet* (oratie Tilburg, tweede herziene druk), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989.

ting aan burgers oplegt.⁴³ De regering stelde in haar oorspronkelijke plan echter voor om de beperking van de vrije artsenkeuze te baseren op artikel 126 van de Zorgverzekeringswet – en dus bij onzelfstandige AMvB in te voeren. Ook voor de vaststelling van de onzelfstandige AMvB is het primaat van de wetgever relevant.

3.3 *De regelgevende bevoegdheid van de regering na delegatie*

In de praktijk worden nauwelijks nog zelfstandige AMvB's vastgesteld. Veruit de meeste AMvB's zijn gebaseerd op een grondslag in een wet in formele zin en dus onzelfstandig van aard. Gelet op de capaciteit van het parlement, is het begrijpelijk en in sommige gevallen zelfs wenselijk dat een regelgevende bevoegdheid aan de regering of aan een lagere regelgever wordt gedelegeerd.⁴⁴ De Aanwijzingen voor de regelgeving vereisen wel dat de formele wetgever de hoofdelementen van een bepaalde regeling in de formele wet opneemt (Ar 22) en dat de mogelijkheid tot delegatie zo nauwkeurig mogelijk wordt begrensd in de delegerende regeling (Ar 25). Uit de in paragraaf 2.1 besproken jurisprudentie van de strafrechter bleek echter dat beide eisen niet zonder meer onderdeel zijn van het positieve recht. Wellicht duiden de Aanwijzingen ook op het bestaan van een conventie rond het streven naar een concreet geformuleerde delegatiegrondslag of op het ontstaan daarvan. In deze bijdrage kan ik daarop geen definitief antwoord geven, omdat daarvoor meer empirische gegevens over de vaststelling van onzelfstandige AMvB's en hun wettelijke grondslag nodig zijn. Wel kunnen uit de casus van de beperking van de vrije artsenkeuze van de inleiding de nodige aanwijzingen voor het bestaan van een dergelijke conventie worden gedestilleerd.

Gezien het grote gezag van de Aanwijzingen voor de regelgeving ligt het voor de hand dat ook de eis van een ruim geformuleerde delegatiegrondslag in de wetgevingspraktijk en daarbuiten serieus wordt genomen. De Afdeling advisering van de Raad van State heeft zich in het verleden regelmatig kritisch geuit over wetgeving die ruime delegatiebepalingen bevat. Dat bleek bijvoorbeeld uit haar adviezen over de nieuwe Aanbestedingswet en Omgevingswet, waarin aan de hand van de Aanwijzingen kritische opmerkingen werden gemaakt over het gebruik van ruime delegatiebepalingen.⁴⁵ Naar aanleiding van de kritiek van de Afdeling heeft de wetgever bij de genoemde wetten de ruime delegatiebepalingen verder begrensd.⁴⁶

⁴³ Zie de bijdrage van Kummeling aan deze bundel, p. 76-77.

⁴⁴ Commissie Wetgevingsvraagstukken 1985, p. 42-45. Zie ook Ph. Eijlander, M. Lokin & W.J.M. Voermans, 'Delegatie van regelgevende bevoegdheid: de Aanwijzingen voorbij', *RegelMaat* 2001, afl. 2, p. 68-69.

⁴⁵ Zie respectievelijk de nadere rapporten bij de adviezen van 23 januari 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 30501, 4 en 13 januari 2014, *W.14/13/0235/IV*.

⁴⁶ Zie voor het voorbeeld van de Aanbestedingswet tevens het voorlopig verslag van de vaste commissie voor Economische Zaken van de Eerste Kamer *Kamerstukken I* 2006/07, 30501, B, p. 1-2.

HET PRIMAAT VAN DE WETGEVER IN DE WETGEVINGSPRAKTIJK: DE INVLOED VAN
CONSTITUTIONELE CONVENTIES OP DE TOTSTANDKOMING VAN AMvB's

Toch komen ruime delegatiebepalingen in de praktijk voor. Neem het voorbeeld van de voorgestelde invoering van de beperking van de vrije artsenkeuze op basis van artikel 126 van de Zorgverzekeringswet. Volgens dit artikel is delegatie van regelgevende bevoegdheid mogelijk ten aanzien van regels die betrekking hebben op de *uitvoering* van de wet en op *nadere* regels. Deze bepaling is in zeer algemene bewoordingen geformuleerd. Zoals De Kok terecht opmerkt, zijn de begrippen 'uitvoering' en 'nadere regels' nogal vaag van aard. Desalniettemin kennen verschillende andere wetten, zoals de Meststoffenwet, de Drank- en Horecawet en de Luchtvaartwet, een vergelijkbare brede delegatiegrondslag.⁴⁷ Kan de beperking van de vrije artsenkeuze wel worden ingevoerd op basis van een dergelijke algemeen geformuleerde delegatiegrondslag? Het geldende recht is ten aanzien van die vraag beslist niet zonneklaar. Uit paragraaf 2.1 bleek al dat de Hoge Raad betrekkelijk lage eisen stelt aan de specificiteit van de wettelijke grondslag. Het is dus wellicht verdedigbaar dat de beperking van de vrije artsenkeuze juridisch gezien, gelet op artikel 126 van de Zorgverzekeringswet, bij AMvB kan worden ingevoerd. De Tweede Kamer was in de casus van de beperking van de vrije artsenkeuze volgens mij dan ook niet zozeer verontwaardigd over een verkeerde toepassing van het recht, maar over het passeren van de Tweede en Eerste Kamer als staatsinstellingen. Het volgen van de AMvB-route is weliswaar mogelijk rechtmatig, maar in strijd met een constitutionele conventie – en daarmee inconstitutioneel.⁴⁸ De schending van de conventie hangt niet zozeer samen met het geldende recht, maar veeleer met de belofte om de opvatting van het parlement over kwesties te respecteren die deel uitmaken van de hoofdelementen van de regeling. Toenmalig minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) Hoogervorst deed een dergelijke belofte al ten aanzien van artikel 126 van de Zorgverzekeringswet in de memorie van antwoord. Hij stelde:

'Het artikel is bedoeld om bij onvoorziene omstandigheden bij AMvB – en derhalve in ieder geval met betrokkenheid van de Raad van State – regels te kunnen stellen.'⁴⁹

De uitspraak van Hoogervorst suggereert de intentie van de regering terughoudend gebruik te maken van dergelijke breed geformuleerde delegatiebepalingen, ook als het positieve recht voor dat gebruik mogelijk de ruimte biedt. In die gevallen dient de regering het parlement niet zomaar te passeren. Een dergelijk terughoudend gebruik geldt dan sowieso voor onderwerpen die een hoofdelement van de regeling omvatten. Uit de door Hoogervorst uitgesproken intentie kan voorzichtig een overtuiging van gebondenheid ten aanzien van

47 D.R.P. de Kok, 'Ruimte krijgen en ruimte nemen. De onwenselijkheid van ruime delegatiebepalingen naar aanleiding van de nieuwe zorgwet', *RegelMaat* 2015, afl. 2, p. 115-116.

48 De term 'inconstitutioneel' voor de schending van een conventie ontleen ik aan Verhey 2014, p. 18.

49 *Kamerstukken I* 2004/05, 29763, E, p. 109-110.

een terughoudende toepassing van de delegatiebepaling van de Zorgverzekeringswet worden afgeleid.⁵⁰ Voor zover ik dat kan overzien, wijzen ook de precedents in die richting. Mij zijn althans geen gevallen bekend waarin hoofdelementen van een regeling alsnog op basis van een ruime delegatiegrondslag bij AMvB zijn geregeld. Voor de bevestiging van die aanname is echter nader (empirisch) onderzoek nodig. De casus van de Zorgverzekeringswet biedt hoe dan ook een interessant precedent – mogelijk zelfs het startschot van een conventie, omdat één voorval voor het ontstaan van een conventie al voldoende kan zijn.⁵¹

Terug naar de casus uit de inleiding. Tijdens het Tweede Kamerdebat over de verwerping van het voorstel tot beperking van de vrije artsenkeuze stelde Zijlstra voor het tot een confrontatie met de Eerste Kamer te laten komen:

‘De Eerste Kamer heeft bewust geaccepteerd dat artikel 126 in de wet is opgenomen. Dat artikel geeft de mogelijkheid om per AMvB zaken te regelen. Dat is binnen de wet. Op geen enkele wijze kan dit uitgelegd worden als iets onhebbelijks doen, richting welke Kamer dan ook. Dan hadden wij of in ieder geval onze voorgangers in de Tweede Kamer en/of Eerste Kamer die wet moeten afstemmen.’⁵²

Uit het voorgaande bleek al dat Zijlstra op zijn minst een punt heeft: het positieve recht stelt slechts in beperkte mate eisen aan de formulering van een grondslag in een wet in formele zin. Toch is het niet wenselijk dat de regering het parlement poogt te omzeilen ten aanzien van kwesties die volgens het parlement deel uitmaken van de hoofdelementen van de regeling.⁵³ De regering moet dat ook hebben onderkend, want minister Schippers besloot uiteindelijk het oorspronkelijke plan tot beperking van de vrije artsenkeuze niet opnieuw in te dienen. Dit voorval lijkt dan ook een voorzichtige illustratie te vormen van het bestaan van een conventie op basis waarvan de regering niet gebruikmaakt van ruim

50 Het parlement kan overigens ook controleren of de regering zich aan die belofte houdt door de regering in een wettelijke grondslag een *gecontroleerde* bevoegdheid tot delegatie te geven. Vervolgens kan het parlement de inhoud van de AMvB zelf controleren en de totstandkoming ervan eventueel zelfs tegenhouden. Zie ook Ar 37.

51 Jennings 1967, p. 136.

52 *Handelingen II* 2014/15, 39, item 71, p. 12. Het verdient nog opmerking dat alleen de Tweede Kamerfractievoorzitters Samsom en Zijlstra expliciet hebben gesuggereerd dat art. 126 Zorgverzekeringswet als grondslag kan dienen voor een AMvB waarin de beperking van de vrije artsenkeuze wordt geregeld. Toch kan hier over de regering worden gesproken, omdat het ministerie van VWS de landsadvocaat om advies heeft gevraagd over het gebruik van deze bepaling, zie De Kok 2015, p. 119, noot 16.

53 De Kok (2015, p. 119) stelt dat art. 126 Zorgverzekeringswet om ‘politieke/ethische redenen’ niet mag worden ingezet. Volgens Van Ommeren (2009, p. 24) is het ‘niet “netjes” als een bewindspersoon het debat met het parlement probeert te ontlopen’.

*HET PRIMAAT VAN DE WETGEVER IN DE WETGEVINGSPRAKTIJK: DE INVLOED VAN
CONSTITUTIONELE CONVENTIES OP DE TOTSTANDKOMING VAN AMvB's*

geformuleerde delegatiebepalingen ten aanzien van onderwerpen die volgens de Tweede of Eerste Kamer worden geacht deel uit te maken van de hoofdelementen van een regeling.

Ten slotte dient nog de inpasbaarheid van deze regel in de Nederlandse constitutie te worden gezien. Anders dan de zelfstandige AMvB komt de onzelfstandige variant in zeer grote mate voor. Het is gelet op het belang van de parlementaire betrokkenheid bij wetgeving belangrijk dat de bijbehorende delegatiegrondslagen voldoende concreet geformuleerd zijn. De aansluiting van deze conventie bij het primaat van de wetgever past bij het systeem van de Nederlandse constitutie.

4 CONCLUSIE

Het legaliteitsbeginsel is niet louter juridisch van aard. In de wetgevingspraktijk is dit beginsel nader uitgewerkt in de Aanwijzingen voor de regelgeving. De relevantie van de Aanwijzingen blijkt uit de besproken casus over de oprichting van de klokkenluiderscommissie bij zelfstandige AMvB en de geopperde invoering van de beperking van de vrije artskeuze bij onzelfstandige AMvB. Voor beide casus zijn in ieder geval drie Aanwijzingen relevant. Ar 21 bepaalt dat zelfstandige AMvB's slechts in uitzonderlijke situaties bij wijze van tijdelijke regeling horen te worden vastgesteld. Ar 22 schrijft voor dat de formele wet de hoofdelementen van de regeling bevat en dat alleen de nadere uitwerking daarvan in lagere regels wordt opgenomen. Volgens Ar 25 hoort een delegatiegrondslag van een wet in formele zin zo concreet mogelijk te worden geformuleerd. Hoewel de Aanwijzingen voor de regelgeving een groot gezag hebben bij wetgevingsambtenaren, de Raad van State en de Staten-Generaal, binden zij noch de regering, noch het parlement. Het zijn richtlijnen die de formele wetgever niet kunnen binden, maar waarmee hij wel rekening zou moeten houden.

De Aanwijzingen voor de regelgeving zijn zodanig gezaghebbend dat zij de aanzet hebben gevormd tot de vorming van bindende informele regels – constitutionele conventies – rond het primaat van de wetgever. Bij conventies staat de overtuiging van de betrokken staatsinstelling, in dit geval de regering, centraal. Deze overtuiging kan worden beredeneerd aan de hand van geschreven documenten, zoals de Reglementen van Orde die binnen die instellingen gelden, of met behulp van de standpunten die de betrokken staatsinstellingen innemen in het parlementaire debat. De precedentes lijken erop te wijzen dat de regering inderdaad de genoemde Aanwijzingen in acht neemt en hier inderdaad van constitutionele conventies sprake is: de regering hoort terughoudend om te gaan met de vaststelling van zelfstandige AMvB's en met de vaststelling van onzelfstandige AMvB's voor zover daarin hoofdelementen van een regeling zijn opgenomen. Voor beide conventies geldt dat zij in het licht van onze politieke constitutie in het Nederlandse constitutionele

systeem ingepast kunnen worden. Hoewel zij geen onderdeel uitmaken van het recht, zijn zij van groot belang voor een goed begrip van de volle breedte van het legaliteitsbeginsel.

Voor een jurist is het niet altijd eenvoudig om het bestaan van conventies vast te stellen vanwege hun ongrijpbaarheid. Conventies worden immers in de praktijk gevormd, waardoor hun bestaan met twijfels kan zijn omgeven, zij in de loop der tijd kunnen veranderen en bovendien soms zelfs kunnen ophouden te bestaan. Die complexiteit biedt echter ook belangrijke voordelen. Zij slaan een brug tussen grilligheid en voorspelbaarheid, continuïteit en verandering en tussen rechtmatigheid en behoorlijkheid. Zij zijn daarmee een onmisbare aanvulling op het positieve staatsrecht.