



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## De Catch-22 van de intrekking van de wet raadgevend referendum

Voermans, W.J.M.

### Citation

Voermans, W. J. M. (2018). De Catch-22 van de intrekking van de wet raadgevend referendum. *Nederlands Juristenblad*, 93(11), 732-738. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/70785>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/70785>

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

# De Catch-22 van de intrekking van de wet raadgevend referendum

Wim Voermans<sup>1</sup>

Op 21 december 2017 diende de regering het wetsvoorstel tot intrekking van de Wet raadgevend referendum in en één ding wil het kabinet absoluut niet: een referendum over deze intrekkingwet. Om er zeker van te zijn dat dat niet gaat gebeuren is er een soort dubbel slot op de deur van het voorstel van de intrekkingwet Wrr gezet, de artikelen V en VI. Deze bijzondere bezweringsformules strijden echter met de Grondwet, de Bekendmakingswet, de Aanwijzingen voor de regelgeving, regels van behoorlijk wetgeven, het rechtszekerheidsbeginsel, elementaire logica en – ook nog eens – met de Wrr zelf. Dat de voorlichting van de Raad van State van 20 februari jl. deze juridische complicaties van het intrekkingwetsvoorstel onder de mat probeert te schuiven doet daar niets aan af.

## Schoonheid in falen?

Soms schuilt er schoonheid in falen. Dat is misschien wel het geval bij het overgangsrecht en de inwerkingtreding van het wetsvoorstel waarmee we de Wet raadgevend referendum (verder: Wrr) uit het leven willen gaan tillen.<sup>2</sup> Daar is onbedoeld een overgangsrechtelijke constructie met literaire kwaliteit gecreëerd. Een heuse juridische Catch-22 situatie. Wel eentje die helaas tot veel vraagtekens en mogelijk problemen leidt. De wetgever loopt, als het deze constructie doorzet, de kans in eigen doel te scoren. Het was daarom verstandig dat de regering half februari nog eens door de Raad van State liet kijken naar de juridische aspecten van het overgangsrecht en de inwerkingtreding van de Wet Intrekking raadgevend referendum<sup>3</sup> (verder: Intrekkingwet Wrr). In zijn juridische voorlichting van 20 februari 2018 geeft de Raad van State antwoord op een aantal van de vragen die het wetsvoorstel Intrekking Wrr oproept,<sup>4</sup> maar lang niet alle. Het is zaak dat de Eerste Kamer nog eens goed naar de losse eindjes van dit voorstel kijkt.

## De juridische Catch-22 van het voorstel

Waar gaat dit allemaal om? Op 21 december 2017 diende de regering het voorstel tot intrekking van de Wrr in bij de Tweede Kamer, een van de eerste voorstellen van het kabinet Rutte-III.<sup>5</sup> Het kabinet heeft haast met die intrekking, de huidige wet heeft kennelijk grote aantrekkingskracht: het ene na het andere initiatief wordt gelanceerd.

Op 21 maart 2018 is er een referendum over de Wet inlichtingen- en veiligheidsdiensten en er zit er mogelijk één in de pijplijn over de afschaffing van de Wet Hillen (al lijkt daar nu na het succesvolle inleidende verzoek op weg naar het definitieve verzoek de wind wat uit de zeilen gevallen). Met enige ironie zou men kunnen beweren dat de reden die het kabinet in het regeerakkoord<sup>6</sup> noemde voor de afschaffing: 'het nationaal raadgevend referendum heeft (...) niet gebracht wat ervan werd verwacht (...)', aan het verschuiven is naar: het nationaal referendum begint een beetje te veel te brengen dan wat ervan werd verwacht. Als je het raadgevend referendum af wil schaffen, is het nu zeker zaak snel toe te slaan en niet te dralen. Ten eerste omdat we weten uit wereldwijd uitgevoerd onderzoek dat referenda 'wennen'<sup>7</sup> en ten tweede omdat nog steeds een meerderheid van het electoraat, zo blijkt uit recent door het Sociaal Cultuur Planbureau uitgevoerd onderzoek, vóór referenda is – slechts bij het hoogst (universitair) opgeleide gedeelte van de kiezers lijkt de steun voor nationale referenda te zijn ingestort.<sup>8</sup> En dat zou wel eens een tijdelijk effect kunnen zijn dat te maken heeft met het Oekraïne-referendum van 6 april 2016.<sup>9</sup>

In die zin is de kennelijke haast van het kabinet te begrijpen en valt ook wel in te zien dat het kabinet één ding absoluut niet wil: een referendum over de Intrekkingwet Wrr. Dat is in zekere zin ook 'logisch' – zoals de regering het in de toelichting bij het wetsvoorstel uitdrukt.<sup>10</sup> Om er zeker van te zijn dat dat niet gaat gebeuren

is er een soort dubbel slot op de deur van het voorstel van de Intrekkingwet Wrr gezet: het voorstel verklaart de hele bestaande Wet raadgevend referendum buiten toepassing (art. V van het voorstel) én het voorstel probeert de wet vanaf het moment van bekrachtiging (en dus niet vanaf het moment van de inwerkingtreding) onmiddellijk juridisch effect te doen sorteren. Dat dubbele slot weet echter een aantal kieren niet te voorkomen.

### Overgangsrechtelijke perikelen

Iedereen die ik over het intrekkingvoorstel Wrr sprak, lijkt de zaak van achteraf op te willen pakken. Oké, geen referendum over de intrekkingwet, maar kan de wetgever op deze manier wel de wet in werking laten treden? Wellicht dat er dan een dag of paar dagen zijn waarop de minister alsnog een besluit over de referendabiliteit van de intrekkingwet zou moeten nemen, en kan dat zomaar

## Kan het wetsvoorstel intrekking (straks wet) Wrr de bestaande wet wel op deze manier buiten toepassing verklaren?

terugwerkende kracht geven aan de inwerkingtreding? Maar dat is volgens mij niet de hoofdvraag. Die hoofdvraag zit in het overgangsrecht van artikel V van het voorstel. Kan het wetsvoorstel intrekking (straks wet) Wrr de bestaande wet wel op deze manier *buiten toepassing verklaren*? Dat lijkt me de eerste logische vraag. En wat is er eigenlijk de bedoeling en de werking van? Artikel V van

het wetsvoorstel Intrekking van de Wet raadgevend referendum<sup>11</sup> (verder: Intrekkingwet Wrr) luidt: 'Op deze wet is de Wet raadgevend referendum niet van toepassing'.

De bedoeling is duidelijk, maar de gekozen constructie is, als je er even dieper over nadenkt wel heel bijzonder.<sup>12</sup> De constructie en formulering van artikel V is op zijn minst genomen ongelukkig. Het artikel doet het namelijk vóórkomen dat er een moment is of zou kunnen zijn waarop zowel de Wrr en de intrekkingwet tegelijkertijd verbindend kunnen zijn – en dat kan niet. Als het voorstel tot intrekkingwet tot 'wet' wordt (op het moment van de bekrachtiging – zo volgt uit artikel 87 Gw) dan is het juridische effect daarvan dat daarmee artikel I van de intrekkingwet (luidende: 'De Wet raadgevend referendum wordt ingetrokken') juridisch misschien bestaat, maar nog niet verbindt.<sup>13</sup> Een wet kan niet eerder verbinden (externe juridische effecten hebben) dan nadat zij is bekendgemaakt, zo volgt uit artikel 88 Gw en artikel 3 Bekendmakingswet. En een wet verbindt pas op het moment van 'de inwerkingtreding' (en die inwerkingtreding ligt na de bekendmaking) in de woorden van de Grondwet. Dat weten we allemaal natuurlijk, maar het wordt door de verschillende termen en woorden wel ingewikkeld. Want wanneer ligt nou het moment van 'ontkrachtiging' en de 'uitwerkingtreding' van de bestaande Wrr? Het lijkt me niet voor de hand liggen dat met de bekrachtiging van het intrekkingwetsvoorstel Wrr, de bestaande Wrr geheel 'ontkrachtigt'. Dat zou neerkomen op het direct extern juridisch effect geven aan de intrekkingwet op het moment van de bekrachtiging, en dat mocht nou net niet van de Grondwet en de Bekendmakingswet.<sup>14</sup> Ook het wetsvoorstel lijkt daar zelf niet van uit te gaan. Het laat de intrekkingwet zelfs met terugwerkende kracht inwerking treden tot aan het moment van de bekrachtiging (en dat zou allemaal niet nodig zijn als je uitging van directe 'ontkrachtiging' van de bestaande Wrr op het moment van de bekrachtiging van de intrekkingwet). Nee, de intrekkingwet krijgt pas zijn juridische

#### Auteur

1. Prof. dr. W.J.M. Voermans is hoogleraar Staatsrecht- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Voor de duidelijkheid: dit artikel gaat niet over de zegeningen of gebreken van referenda voor representatieve democratieën. Daar valt sowieso weinig over te zeggen. Uit onderzoek blijkt dat referenda toch vooral een subject van hartstocht zijn; het instrument is een geloofsartikel. Zie daarover Wim Voermans, 'Referendum: geloofsartikel of hebeding, drama of nuttige correctie?', *Ars Aequi*, vol. 60, nr. 6, 2011, p. 468-478 en het boek W. Voermans & G. Waling, *Gemeenten in de genen*, Prometheus 2018. Graag wil Voermans collega prof. mr. Henk Kummeling, Universiteit Utrecht, bedanken voor zijn waardevolle en gewaardeerde commentaren op eerdere versies van dit stuk en enkele andere colle-

ga's en in het veld werkzame professionals die hij consulteerde.

#### Noten

2. *Kamerstukken II* 2017/18, 34854, 1-3.
3. Nu nog wetsvoorstel *Kamerstukken II* 2017/18, 34854, 2.
4. Raad van State, *Voorlichting betreffende het wetsvoorstel tot intrekking van de Wet raadgevend referendum*, 20 februari 2018, Advies W04.18.0031/1/Vo. Bijlage bij *Kamerstukken II* 2017/18, 34854, 10.
5. *Kamerstukken II* 2017/18, 34854, 1-3.
6. Regeerakkoord *Vertrouwen in de toekomst*.
7. Voermans 2011.
8. Was circa 75% van de hoogopgeleiden nog vóór referenda in 2015, nu is die steun teruggelopen tot 45% vóór, op dit moment. Een 30%-terugval – dat zie je zelden in zo'n korte tijd. Zie Sociaal Cultu-

reel Planbureau, *De sociale staat van*

*Nederland* 2017, p. 81 (resultaat daar ook uitgedrukt in figuur 3.9).

9. Zie daarover ook E. van Vugt, 'Intrekking van de Wet raadgevend referendum', *NJB* 2018/59, afl. 2, p. 78-85.

10. *Kamerstukken II* 2017/18, 34854, 3, p. 2. De regering stelde zich eerder ook al in 2002 op dit standpunt bij de intrekking van de Tijdelijke referendumwet, *Kamerstukken II* 2002/03, 28739, 3, p. 2.

11. *Kamerstukken II* 2017/18, 34854, 2.

12. De constructie werd onlangs ook gekozen in art. 12 van de Wet van 7 februari 2018, houdende voorziening in het bestuur van het openbaar lichaam Sint Eustatius (Tijdelijke wet taakverwaarlozing Sint Eustatius) maar daar is de context en betekenis een heel andere: de Wet raadgevend referendum bestond nog op het moment van inwerkingtreding van de Tijdelijke wet taak-

verwaarlozing Sint Eustatius.

13. De bekrachtiging is het laatste moment van de besluitvormingsketen en zorgt dat er in juridische zin een besluit bestaat, het besluit dat we aanduiden als 'wet'.

14. Een heel enkele keer komt het wel voor dat bepaalde bepalingen van een wet – de zogenaamde hulpbepalingen – wel direct verbinden op het moment van de bekrachtiging. Het gaat dan om bepalingen betreffende inwerkingtreding en bekendmaking van een regeling, vaststelling van een citeertitel, delegatie van regelgevende bevoegdheid of parlementaire betrokkenheid bij de totstandkoming van een regeling. Zie Aanwijzing 4.19 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. In geval van de intrekking van de Wrr helpt dat niet: de intrekking is niet mogelijk vóór de bekendmaking.



effect (waaronder de intrekking van de bestaande Wrr) op het moment van de inwerkingtreding van de Intrekkingwet Wrr. En tot op dat moment *bestaat en verbindt* de bestaande Wrr. Het moment van de inwerkingtreding van de intrekkingwet, markeert – in de tijd – het moment van de uitwerkingtreding van de Wrr.<sup>15</sup> Dat is even goed om in het geheugen te houden.

De twee wetten, Intrekkingwet raadgevend referendum en de Wet raadgevend referendum kunnen logischerwijs niet op enig moment tegelijkertijd in werking zijn, niet tegelijkertijd verbinden. Dat betekent niet dat er geen juridische gevolgen kunnen bestaan die volgen uit het feit dat de Wrr ooit heeft gegolden, maar het betekent wel dat de intrekkingwet en de in te trekken wet *niet tegelijkertijd kunnen verbinden*. Als je wel het vermoeden (zoals artikel V Intrekkingwet doet) in het leven roept, dat de ingetrokken wet nog van toepassing kan zijn, zelfs al is de

intrekking geëffectueerd, dan leidt dat tot een logische onmogelijkheid, een juridische Catch-22-situatie.<sup>16</sup> Artikel V van het intrekkingvoorstel *kan* namelijk nooit verbinden. Het zegt dat de Wet raadgevend referendum niet van toepassing is, maar doordat met de inwerkingtreding van artikel V van de Intrekkingwet, de Wet raadgevend referendum zelf buiten werking treedt, *is* er geen wet om buiten toepassing te verklaren; die is namelijk net ingetrokken. En zolang de intrekkingwet niet in werking is getreden heeft artikel V geen externe juridische effecten, verbindt het artikel niet en is er in dat stadium niets om buiten werking te stellen. Artikel V van het wetsvoorstel is dus geheel ineffectief, en kan op geen enkele wijze, ooit het juridische effect sorteren dat het zoekt: de buiten toepassing verklaring van de Wrr. Deze logische inconsistentie leidt tot een aantal ingewikkeldheden en complicaties waar waarschijnlijk 'gedoe' over gaat ontstaan.

## Uitgestelde/eerbiedigende werking en van toepassing laten

Het misverstand van artikel V van de Intrekkingwet is in zekere zin wel begrijpelijk. Indien we onderdelen van een regeling, die wordt ingetrokken, door willen laten werken (of gevolgen ervan door willen laten werken) dan doen we dat weleens door die onderdelen uit de ingetrokken regeling 'van toepassing' te laten, om zo 'uitgestelde of eerbiedigende werking' aan de oude regels te geven.<sup>17</sup> Een bepaling in de intrekkingwet zegt dan dat onderdelen uit de in te trekken wet 'geldend' blijven na de intrekking ervan. Ze worden dus als het ware uitgezonderd van de intrekking. We drukken dat in het overgangsrecht van een intrekkingwet uit door bijvoorbeeld te zeggen, zoals artikel 220a lid 2 Pensioenwet doet:

'Artikel 104, zoals dat luidde voor inwerkingtreding van artikel I, onderdeel D, van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen, blijft van toepassing op de leden, gewezen leden, werknemers die op een kandidatenlijst staan of gestaan hebben voor en de toegevoegd secretaris van een deelnemersraad.' (cursivering WV).

Als je dus delen van een regeling die je intrekt van toepassing wil laten, dan doe je dat door een uitzondering op de werking en juridische gevolgen van de intrekkingwet op te nemen en dat ook als zodanig te formuleren. Het overgangsrecht van de intrekkingwet regelt de gevolgen van de intrekking – overgangsrecht bevat zelf de *geldingsregels* over wat er gebeurt met de oude wet en het oude recht.<sup>18</sup> En dat is nu precies wat artikel V wetsvoorstel Intrekking Wrr *niet* doet. Het lijkt ervan uit te gaan dat de Wrr gewoon van toepassing blijft, op de een of andere manier, ook als het voorstel Intrekkingwet Wrr wet is geworden.

## Besluit over referendabiliteit

Een vraag die al een paar keer is opgeworpen, is de vraag of als het intrekkingvoorstel Wrr 'wet' is geworden, er alsnog een besluit op grond van de artikelen 6 e.v. Wrr (referendabiliteitsbesluit) over de intrekkingwet moet worden genomen.<sup>19</sup> Aan de ene kant zou je kunnen beweren dat de intrekkingwet een wet is als alle andere en niet is uitgezonderd in artikel 5 van de nu bestaande Wrr. Aan de andere kant kan je zeggen dat het lood om oud ijzer is – de hele bedoeling van de intrekkingwet is om een einde te maken aan raadgevende referenda en artikel V van de intrekkingwet zegt – hoe onvolkomen ook – dat het de bedoeling is om de oude Wrr niet van toepassing te laten zijn op de intrekkingwet. Die teleologische visie huldigt de Raad van State ook in zijn juridische voorlichting van 20 februari.<sup>20</sup> Kijken we met een juridische, wetstechnische blik naar het vraagstuk dan moeten we inderdaad vaststellen dat de Intrekkingwet Wrr niet is uitgezonderd en dat er dus een

## Overgangsrecht bevat zelf de geldingsregels over wat er gebeurt met de oude wet en het oude recht. En dat is nu precies wat artikel V wetsvoorstel intrekking Wrr niet doet

moment kan bestaan waarop de intrekkingwet is bekrachtigd (wet is), maar nog niet in werking getreden (want dat kan pas na de bekendmaking). Je zou dan kunnen zeggen dat in die situatie eigenlijk de oude Wrr nog geldt en dat je dus een referendabiliteitsbesluit moet nemen op grond van de oude wet. Het lijkt 'logisch' (zoals de indiener van het wetsvoorstel het heeft genoemd) dat niet te doen, maar omdat de Wrr na de bekrachtiging nog wel verbindt (pas op het moment van de inwerkingtreding van de intrekkingwet niet meer) staat de regering tussen bekrachtiging en inwerkingtreding van de intrekkingwet in wezen toch nog onder die plicht.

## Inwerkingtreding

De inwerkingtredingstermijn van artikel VI probeert dat gaatje dicht te lassen door de inwerkingtreding terug te laten werken tot op het moment van de bekrachtiging.<sup>21</sup> Met de bekrachtiging door de regering van een wetsvoorstel dat door Tweede en Eerste Kamer is gegaan wordt een voorstel 'wet' – verkrijgt het wetskracht (artikel 87 Gw).<sup>22</sup> Het juridische besluit is er, maar dat kan pas zijn juridische effecten krijgen na de inwerkingtreding. En een wet treedt pas in werking nadat die is bekendgemaakt – zegt artikel 88 Gw. Dat is in dit geval spannend, want in de praktijk zitten er altijd een of enkele dagen tussen de bekrachtiging en de bekendmaking. Dat omdat er nog wat verkeer zit in de opdrachtverlening van de Minister van Justitie en Veiligheid tot publicatie in het Staatsblad. Een of enkele dagen juridisch niemandsland waarin er wel een wet is, maar die wet nog niet in werking is getreden. De oude Wrr verbindt dan nog, zou je kunnen zeggen. En dat betekent dat een referendabiliteitsbesluit moet worden genomen, de opschortingstermijn van de oude Wrr (zie volgende paragraaf) automatisch inwerking treedt. Dat wil de wetgever niet: vandaar terugwerkende kracht van de inwerkingtreding. Maar kan artikel VI met die fictie van één of enkele dagen terugwerken, dat gat afdoende dichten? Meer in het algemeen: kan zo'n bepaling eigenlijk wel? Terugwerkende kracht van inwerkingtreding?

15. Het moment waarop artikel I van de intrekkingwet Wrr ('De Wet raadgevend referendum wordt ingetrokken') zijn juridische effect krijgt.

16. Een catch-22 is een paradoxale situatie waarin het onmogelijk is om een gewenste uitkomst te bereiken doordat de 'regels' dat vanwege tegenstrijdigheden niet toelaten.

Term ontleend aan de titel van Joseph Heller's roman *Catch-22* uit 1961.

17. Zie daarover bijv. par. 5.14 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, met name aanwijzing 5.64 (over 'Eerbiedigende en uitgestelde werking').

18. Zie o.a. Wim Voermans, 'Van oud naar nieuw: overgangsrecht in wettelijke regelin-

gen', *Regel/Maat* 2000, 1, p. 3-13 [https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/3681/360\\_211.pdf?sequence=1](https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/3681/360_211.pdf?sequence=1)

19. Zie bijv. Van Vugt 2018, p. 82.

20. Raad van State, Voorlichting 2018, onder punten 3 en 4.

21. Zie ook het verslag *Kamerstukken II* 2017/18, 34854, 5, p. 12 e.v.

22. W.J.M. Voermans, 'Commentaar op art. 87 Gw', in: E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2016 ([www.Nederlandrechtsstaat.nl](http://www.Nederlandrechtsstaat.nl)).

Dat is een vreemde constructie, verboden door de Aanwijzingen voor de regelgeving<sup>23</sup> (waaraan de voorsteller gebonden is), en die – in dit geval – ook strijdt met het rechtszekerheidsbeginsel, met de letter en geest van artikel 88 Gw en (o.a.) artikel 3 Bekendmakingswet. Je mag eigenlijk geen terugwerkende kracht geven aan bekendmaking en inwerkingtreding – maar het is strikt verboden als het leidt tot rechtsonzekerheid, zoals hier.<sup>24</sup> Toch doet het voorstel dat. Het wetsvoorstel verhaspelt hier de overgangsrechtelijke figuur van terugwerkende kracht (waarbij je in een bepaling in een wet aangeeft dat bepaalde normen terugwerken in het verleden) met die van de terugwerkende kracht van bekendmaking en inwerkingtreding. Het is een constructie die tot opperste verwarring leidt, en

## Het wetsvoorstel verhaspelt hier de overgangsrechtelijke figuur van terugwerkende kracht met die van de terugwerkende kracht van bekendmaking en inwerkingtreding

alleen is bedoeld om de wetgever uit de brand te helpen. Maar die wetgever zelf raakt er alleen maar verder mee van de regen in de drup.

De bijzondere bezweringsformule uit artikel VI van het intrekkingvoorstel Wrr over de inwerkingtreding en artikel V van de Wrr strijden met de Grondwet, Bekendmakingswet, de Aanwijzingen voor de regelgeving, regels van behoorlijk wetgeven, het rechtszekerheidsbeginsel, elementaire logica en – ook nog eens – met de Wrr zelf.

Op dit ogenblik verbindt ('geldt') de Wrr gewoon en heeft het voorstel tot intrekking ervan geen enkele juridische werking – het is een discussiestuk. Je op het standpunt stellen dat met de intrekkingwet kan worden afgeweken van de Wrr, is een onhoudbare positie, want de intrekkingwet is er nog niet, en er is dus niks buiten toepassing te verklaren, zoals we hierboven al zagen. De norm die in artikel 8 lid 1 Wrr is opgenomen:

'1. Een tijdstip van inwerkingtreding van een wet of onderdeel van een wet waarover een referendum kan worden gehouden, wordt niet eerder gesteld dan acht weken na de mededeling in de Staatscourant, bedoeld in artikel 7' verbindt ('geldt') op *dit ogenblik*, en drukt naar mijn oordeel, ook op degenen die een voorstel aan het doen zijn om de Wrr in te trekken. De handeling 'wordt niet eerder gesteld dan' kan op niets anders dan de wetgevende handeling (het tot wet verheffen van een voorstel) zelf zijn. Het is de wetgever dus niet toegestaan die termijn eerder te stellen. Het tweede lid voegt daaraan toe dat bij het korter stellen van die termijn de inwerkingtredingstermijn van *rechtsweg* wordt opgeschort. Een listig opschortingsmechanisme ingebouwd in de Wrr om toekomstige ongehoorzame wetgevers de pas af te snijden. Artikel V van de intrekkingwet helpt hier, zoals we zagen,

niet – want verbindt tijdens de voorbereiding van het wetsvoorstel intrekking Wrr nog niet. Gedurende het hele wetgevingsproces tot aan de bekrachtiging geldt de norm van artikel 8 van de bestaande Wrr en als die door de daad van bekrachtiging wordt geschonden, dan is er dus in wezen sprake van onrechtmatige wetgeving en mogelijk – de vraag is hoe de rechter dit gaat waarderen – ook van automatische opschorting van de inwerkingtredingstermijn van artikel VI van de Intrekkingwet Wrr.<sup>25</sup>

De constructie getuigt niet van een grote zucht om het netjes te doen, of van grote behoorlijke wetgevingsijver: eerder van spelbederf: kijken waar je mee weg kan komen in de hoop of wetenschap dat de rechter zich toch niet aan de beoordeling van deze Intrekkingwet Wrr gaat wagen. Zo wil je je burgers niet juridisch beentje lichten in een net democratische rechtsstaat zou ik denken, maar enfin.

### Risico's

Zelfs als je er mee weg denkt te komen, dan nog is de constructie van de intrekkingwet zo gebrekkig dat er aanzienlijke juridische risico's blijven. Ten eerste doordat artikel 8 lid 2 Wrr – zelfs na de bekrachtiging van de intrekkingwet – zijn werking behoudt:

'2. Indien bij of krachtens de wet een tijdstip van inwerkingtreding zodanig is vastgesteld dat dat tijdstip valt binnen de in het eerste lid genoemde termijn, wordt de inwerkingtreding van rechtsweg opgeschort tot de dag na het verstrijken van die termijn.'

Je kunt namelijk volhouden dat de opschorting automatisch ingaat *met* de daad van bekrachtiging van de intrekkingwet. De Intrekkingwet Wrr heeft namelijk een inwerkingtredingstermijn die niet strookt met artikel 8 Wrr, artikel VI (als dat al rechtmatig is) werkt slechts terug tot na het moment van de bekrachtiging en artikel V Intrekkingwet Wrr verbindt *nooit*. 'Case closed': de opschortingsstermijn springt automatisch *aan* op het moment van de bekrachtiging van de Intrekkingwet Wrr.<sup>26</sup> Je zou die termijn op kunnen eisen – waarschijnlijk moet je dan bij de bestuursrechter zijn, het hangt er van af wat je eist.

Daarnaast zou een belanghebbende nog op goede gronden kunnen beweren dat hij of zij door de wijze waarop de inwerkingtreding van de Intrekkingwet Wrr is vormgegeven en voorbereid in zijn of haar belangen is geschaad. De (civiele) rechter zou daar in dit geval naar kunnen kijken en een zaak als deze is zeker niet kansloos.<sup>27</sup> Dat wil niet automatisch zeggen dat er dan ook direct een referendum kan worden gehouden over de Intrekkingwet Wrr – het was kennelijk de bedoeling van de wetgever een referendum over de intrekkingwet niet mogelijk te maken. Een latere wetgever moet het werk van een eerdere wetgever op de een of andere manier ongedaan kunnen maken. Dat is zeker zo. Alleen zijn in de ijver om dat te bewerkstelligen procedurele en technische fouten gemaakt. En natuurlijk gaat het niet alleen om de wetgever zelf. Op basis van het oude recht, de bestaande Wrr, zijn verwachtingen ontstaan – verwachtingen waarmee ook de wetgever rekening heeft te houden. Het rechtszekerheidsbeginsel bindt de wetgever als ieder ander overheidsorgaan. De vraag blijft bij dit alles wel hoe de rechter de verschillende belangen en omstandigheden – ook vanuit de eigen positie van de rechter in het staatsbestel – zal wegen. Een gelopen race is het in ieder geval niet.

## Juridische voorlichting van de Raad van State

De juridische voorlichting van de Raad van State van 20 februari probeert de complicaties van het intrekking-wetsvoorstel Wrr weg te wuiven.<sup>28</sup> Het is nu eenmaal een algemeen aanvaard principe dat een latere wet voor een eerdere wet gaat, en dat dus de wetgever kan ontdoen wat die eerder heeft gedaan, volgens de Raad.<sup>29</sup> Verder moeten we niet teveel muggenziften over de artikelen V en VI, vat ik de Raad even samen. Artikel V was misschien niet nodig geweest – we moeten daar vooral de goede bedoelingen van de wetgever in willen lezen en per saldo is het allemaal reuze juridisch effectief wat de wetgever van plan is te gaan doen. Nou, daar valt denk ik een flinke boom over op te zetten. Want de vraag naar het *hoe* van de constructies is volgens mij wel degelijk van belang en is niet zomaar onder de mat van de almachtige wil van de wetgever te vegen. Want wanneer wordt zo'n latere wet eigenlijk wet, vanaf welk moment verbindt die latere wet dan, wat zijn de effecten, mag je zomaar zoals in dit geval terugwerkende kracht aan de inwerkingtreding geven, en wat doet een artikel als artikel V in dit voorstel – een artikel dat nooit kan werken? De Raad van State laat in de voorlichting veel vragen onbeantwoord en

**23.** Aanwijzing 4.16 lid 1 luidt: '1. Het tijdstip van inwerkingtreding van een regeling ligt in ieder geval na het tijdstip van haar bekendmaking.' De toelichting stelt dat indien je een regeling terugwerkende kracht wil verlenen, je dat via het overgangsrecht moet doen – ergo – niet via inwerkingtreding (sficties). Met terugwerkende kracht in werking doen treden is hoogst verwarrend en druist in tegen het rechtszekerheidsbeginsel omdat er onzekerheid door ontstaat over het moment waarop recht verbindt. Als de Grondwet en andere wetten bepalen dat er van werking van het nieuwe recht geen sprake kan zijn voor het moment van de bekendmaking, dan gaat het niet aan met het moment van die bekendmaking te gaan spelen door te zeggen dat er toch al inwerkingtreding was voor de bekendmaking. Want dat is wat je in wezen doet als je een wet met terugwerkende kracht in werking laat treden. Je schendt de rechtszekerheid die het bekendmakingsbeginsel biedt en je stuurt de geadresseerden met een onmogelijke puzzel het veld in om te bepalen vanaf welk moment het nieuwe recht in werking treedt. Een loutere verwijzing naar de bedoeling van de wetgever – zoals de Raad van State doet in de voorlichting van 2018 – neemt dit bezwaar niet weg.

**24.** Terugwerkende kracht van inwerkingtreding komt wel eens voor, maar is slechts aanvaardbaar onder strikte voorwaarden van kenbaarheid en rechtszekerheid: het moet voor geadresseerden heel duidelijk zijn wat er staat te gebeuren. Communica-

tie daarover is wezenlijk. Daar is hier geen sprake van: zonder enige verdere aankondiging (dan een korte mededeling in het regeerakkoord) wordt het voorstel Intrekkingwet Wrr gelanceerd op 21 december 2017, om dan op een holletje door het parlement te worden gesluisd. Dat is geen ordentelijke vooraankondiging van de niet-referendabiliteit van de Wrr (want daar gaat hier om), maar meer een overval. Door de onduidelijke constructie van de artikelen V en VI Intrekkingwet ontstaat ook nog eens grote onduidelijkheid en daarmee gepaard gaande rechtsonzekerheid. Het is ook een struikeldraadconstructie voor iedereen die zich in rechte zou willen weren tegen deze niet-referendabiliteit van de Wrr – niet echt fair play van de wetgever. Zie over dit soort constructies ook de prachtige doctoraalscriptie van Christien Strating, *Terugwerkende kracht; het gebruik van formele terugwerkende kracht bij de inwerkingtreding van recente wetten nader bezien*, Masterscriptie staats- en bestuursrecht Universiteit Leiden, Leiden, juni 2014.

**25.** De vraag is natuurlijk of de rechter in de beoordeling van de rechtmatigheid van de intrekkingwet zal willen treden. In het Van den Bergh-arrest (HR 27 januari 1961, *NJ* 1963/248, m.nt. D.J. Veegens) stelde de Hoge Raad zich op het standpunt dat het grondwettelijke toetsingsverbod (nu art. 120 Gw) meebrengt dat de rechter ook niet kan treden in de beoordeling van de vraag of een wet wel volgens de juiste (door Grondwet voorgeschreven) procedure tot stand is gekomen. Het is maar de vraag of

## De Raad van State laat in de voorlichting veel vragen onbeantwoord en haalt bij enkele de schouders op

haalt bij enkele de schouders op. Vooral het resultaat lijkt te tellen. De wetgever heeft volgens de Raad 'autonomie' en een in beginsel onbeperkte bevoegdheid (artikel 81 Gw). Daar kun je lang over discussiëren, maar het is gewoon niet waar – de wetgever is net als andere ambten en organen gebonden aan het recht, gevolgen van eerder recht, rechtsbeginselen, hoger recht, enz. De wetgever heeft in een democratische rechtsstaat geen toverstaf en is zeker niet almachtig.<sup>30</sup> Toch tamboereert de Raad daarop om zich vervolgens in de voorlichting in allerlei kronkels te wringen. 'Kan allemaal best hoor,' zo luidt de boodschap. Met de terugwerkende kracht van de inwerkingtreding van artikel VI van het voorstel is de hele zaak eigenlijk al rond, volgens de Raad:

de rechter de totstandkoming van de Intrekkingwet Wrr ook zo zal bekijken. Ten eerste was het toetsingsverbod in 1961 nog iets ruimer gesteld (art. 131 van de toenmalige Grondwet bepaalde: 'de wetten zijn onschendbaar'). Ten tweede verbiedt art. 120 Gw op dit ogenblik de rechter te treden in de beoordeling van de *grondwettigheid* van wetten en verdragen. Dat brengt niet als vanzelf mee dat de rechter niet zou kunnen kijken naar de vraag of tijdens de voorbereiding de Intrekkingwet Wrr niet onder de rechtsplicht van art. 8 Wrr stond (dat zou een beoordeling van de 'wettelijkheid' van de intrekkingwet zijn – niet die van de grondwettelijkheid. De redenering van de Raad van State in zijn advies van 20 december 2017 (*Kamerstukken II* 2017/18, 34854, 4) dat de latere wet (Intrekkingwet Wrr) vóór de eerdere wet gaat (Wrr) gaat niet op: met het vaststellen van een wet kun je niet de onregelmatigheden, of onrechtmatigheden van handelingen tijdens de voorbereiding als vanzelf opheffen. Het betreft meer dan een formeel gebrek – de handelwijze ontnemt burgers op onrechtmatige wijze de kans de intrekkingwet Wrr aan een referendum te onderwerpen. Daarnaast zit het gebrek in dit geval niet zozeer in de procedure als wel in het verzuim van de regering om volgens de rechtsplicht die art. 8 Wrr in het leven roept een uitgestelde inwerkingtredingsprocedure in het voorstel op te nemen. Het hangt er sterk van af hoe een zaak wordt ingestoken, maar je zou je voor kunnen stellen dat er een loutere vordering op basis van art. 8 Wrr wordt inge-

steld die de klippen van het *Van den Bergh*-arrest en die van het *Harmonisatiewet*-arrest (HR 14 april 1989, *NJ* 1989/469) weet te rondren. Laten we niet in de denkfout vervallen die het er op houdt dat, omdat het niet mogelijk is een rechter te laten oordelen over de constructie die is gekozen in het voorstel intrekkingwet Wrr (vanwege een toetsingsverbod o.i.d.), *daarom en daarmee* de constructie ook voor rechtmatig moet worden gehouden.

**26.** Tot aan die bekrachtiging natuurlijk nog 'wetsvoorstel' natuurlijk.

**27.** Zie noot 23.

**28.** Raad van State, Voorlichting 2018.

**29.** Dat de latere wet voor de eerdere gaat, geldt trouwens lang niet altijd. Soms gaan algemene wetten voor bijzondere, soms juist weer andersom. De toelichting bij de Wet raadgevend referendum zegt daar zelf over: 'Waar het gaat om de verhouding tussen algemene en bijzondere wetten kan de algemene regel dat de latere wet voor de eerdere gaat (lex posterior) niet zonder meer worden toegepast, net zo min als de regel dat de bijzondere wet voor de algemene gaat (lex specialis) (...)', *Kamerstukken II* 2005/06, 30372, p. 11. Maar enfin, we moesten niet muggenziften.

**30.** Zie W.J.M. Voermans, hoofdstuk 5 – 'Wetgeving en bestuur', in: E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2018 (oorspr. 2015) ([www.Nederland-rechtsstaat.nl](http://www.Nederland-rechtsstaat.nl)).

(...) strikt juridisch gezien [is] opname van artikel V overbodig. De inwerkingtredingsbepaling van artikel VI heeft reeds tot gevolg dat de Wrr vanaf *het moment van het van kracht worden van de intrekkingwet niet meer bestaat* (cursivering WV). Artikel V verandert daaraan echter niets; het doet niets toe of af aan het door artikel VI gerealiseerde juridische effect, dat inhoudt dat de Wrr hoe dan ook niet van toepassing zal zijn op de intrekkingwet. Opname van artikel V acht de Afdeling niettemin toch aangewezen, omdat door te expliciteren dat de Wrr niet van toepassing is op de intrekkingwet klip en klaar de bedoeling van de wetgever tot uitdrukking wordt gebracht om geen raadgevend referendum mogelijk te maken over de intrekkingwet (...)<sup>31</sup>

Een hele vreemde redering. Artikel V werkt dan weliswaar niet, maar we moeten het maar zien als een tekst die de bedoeling van de wetgever uitdrukt: een toelichting in het lichaam van de regeling. Dat geldt toch op zijn minst als heel matig wetgeven. Toelichten doen we in de toelichting. Het lichaam van de regeling bevat verbindende normen.<sup>32</sup> De Raad stapt er overheen. Het is allemaal lood om oud ijzer, want de Wrr is volgens de Raad al weg op het moment van de bekrachtiging – door die terugwerkende kracht die artikel VI aan de inwerkingtreding geeft. Dat komt allemaal griezelig dicht in de buurt van inwerkingtreding vóór het moment van bekendmaking en het is van de soort terugwerkende kracht die een soort overval inhoudt en – dan – strijdt met het rechtszekerheidsbeginsel. Geen woord over de aanvaardbaarheid van het terugwerkende kracht geven aan de inwerkingtreding, in de voorlichting van de Raad. Allemaal voor het grotere goed van het wegrukken op kortst mogelijke termijn van deze Wrr – deze plant van vreemde bodem.<sup>33</sup> Een gelegenheidsredenering,<sup>34</sup> zo lijkt het, maar wel een met een denkfout. Want wanneer treedt nu de Intrekkingwet Wrr in werking? Dat kan pas zijn *na* de bekendmaking (artikel 88 Gw). Tot op dat moment verbindt de bestaande Wrr en ook artikel 8 met die automatische opschorting van de inwerkingtredingstermijn. Die verbindt namelijk alle toekomstige wetgevers – bekrachtigers – ook in het geval van de Intrekkingwet Wrr. Dat kan je allemaal niet op titel van grotere bedoelingen van een latere wetgever wegtoveren. Net zomin als de bestaande Wrr na de bekrachtiging van de intrekkingwet in de zombie-stand gaat in afwachting van de boemerang van de terugwerkende kracht van de inwerkingtreding. Toch gaat de Raad hier kennelijk wel van uit. De Raad veronderstelt in de boven gaande passage dat de intrekkingwet al terugwerkende kracht heeft *voordat* zij in werking is getreden. De Raad

## Ingewikkeld? Absoluut. En het kan ook nog eens niet werken. Welke wetgever wil dit nu op zijn geweten hebben?

merkt op dat de inwerkingtreding van de intrekkingwet niet wordt uitgesteld door artikel 8 lid 2 Wrr, omdat de intrekkingwet terugwerkende kracht heeft. Maar de intrekkingwet heeft simpelweg nog geen terugwerkende kracht voordat zij in werking is getreden. Nu die inwerkingtreding van rechtswege wordt opgeschort, treft dat lot ook de verlening van terugwerkende kracht, omdat die verlening van terugwerkende kracht pas plaatsheeft nadat de intrekkingwet in werking is getreden. Artikel 8 lid 2 Wrr huft namelijk elegant over het element van de terugwerkende kracht van artikel VI Intrekkingwet Wrr heen, doordat het spreekt van 'het tijdstip van inwerkingtreding'. Op dat moment wordt de inwerkingtredingsopschorting effectief en daarmee wordt ook 'het verlenen van terugwerkende kracht' opgeschort (doordat dat artikel dus niet direct na de bekendmaking in werking kan treden). Die terugwerkende kracht van artikel VI treedt pas in werking nadat de opschortingsperiode van artikel 8 lid 2 Wrr is afgelopen.<sup>35</sup> En inderdaad, daarmee is dat hele artikel VI zinloos, want dat is nu precies wat dat artikel probeerde te voorkomen. Ingewikkeld? Absoluut. En het kan ook nog eens niet werken. Welke wetgever wil dit nu op zijn geweten hebben?

In de slotoverweging van de voorlichting zegt de Raad van State dat met de gekozen constructie in het wetsvoorstel Intrekkingwet: 'er geen onduidelijkheid kan bestaan over de uitsluiting van de referendabiliteit'.<sup>36</sup> Dat is nogal stellig, want de gekozen constructie is buitengewoon onduidelijk – schimmig zelfs. Dat het uiteindelijk een politieke beslissing is, zoals de Raad vervolgens stelt, doet daar niet aan af. Dit wil je niet op deze manier in het Staatsblad hebben – een wet vol struikeldraden en open eindjes.

Suzanne Bloks liet in het *NJB* van 12 januari van dit jaar al op overtuigende manier zien dat de argumenten die de regering geeft voor de intrekking de beslissing om dat te doen niet kunnen dragen.<sup>37</sup> Dat is, zo lijkt me, juist reden om dan bij de intrekking van die wet, extra behoedzaam op te treden. •

31. Raad van State, Voorlichting 2018, p. 4.  
32. Ja, zelfs de definitiebepaling van een wettelijke regeling bevat normen. Definities in een wettelijke regeling bepalen normatief wat onder de gedefinieerde begrippen moet worden verstaan. Zij normeren de interpretatie. Het opnemen van niet-normerende, niet-verbindende bepalingen is onverstandig en heel erg verwarrend. Hoe moeten we, of een rechter, in 's hemelsnaam dan gaan bepalen welke onderdelen van een

regeling wel en niet normeren, welke wel en niet verbinden.

33. Zoals de katholieke voorman Ruys de Beerenbrouck in 1921 het referendum noemde. Aangehaald door het SGP-Kamerlid, J.T. van den Berg, "Referendum "plant van vreemde bodem"", *De Banier*, 68, 1989, 6, 23 maart en *Handelingen II* 1995/96, 4000.

34. Zie daarover Wim Voermans, Gelegenheidsredenering Raad van State intrekkingwet

Wet raadgevend referendum? 21 februari 2018, Weblog stukjes <https://wimvoermans.wordpress.com/2018/02/21/gelegenheidsredenering-raad-van-state-intrekkingwet-wet-raadgevend-referendum/>

35. Dit zou pas veranderen op het moment dat er een inleidend verzoek tot het houden van een referendum zou worden toegelaten. Dan komt namelijk art. 9 Wrr weer in beeld. Dat artikel bepaalt dat vanaf dat

moment 'hetgeen in [de] wet omtrent de inwerkingtreding is geregeld van rechtswege [vervalt]'. Doordat op dat moment van rechtswege de algehele inwerkingtredingsbepaling vervalt, is van terugwerkende kracht helemaal geen sprake meer.

36. Raad van State, Voorlichting 2018, p. 6.  
37. S. Bloks, 'De wet raadgevend referendum afschaffen of verbeteren?', *NJB* 2018/60, afl. 2, p. 85-91.