Universiteit Leiden
The Netherlands

Motiveringsplichten van de wetgever

Waaldijk, C.

Citation
Waaldijk, C. (1994, November 10). *Motiveringsplichten van de wetgever*. Vermande, Lelystad. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/3592

Version:	Corrected Publisher's Version
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/3592

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

Motiveringsplichten van de wetgever

Nr. M. 2.1.1.1.1
1994, nr. 69

Motiveringsplichten van de wetgever

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor aan de Rijksuniversiteit Limburg te Maastricht, op gezag van de Rector Magnificus, Prof.dr. H. Philipsen, volgens het besluit van het College van Dekanen, in het openbaar te verdedigen op donderdag 10 november 1994 om 14.00 uur

door

Cornelis Waaldijk

UNIV
LEIDEN
BIBL.

Koninklijke Vermande bv

Lelystad

1994

Promotoren:	Prof.mr. M.J. Cohen Prof.mr. E.C.M. Jurgens
Beoordelingscommissie:	Prof.mr. C. Flinterman (voorzitter) Prof.mr. F.A.M. Stroink Prof.mr. I.C. van der Vlies (Universiteit van Amsterdam) Prof.dr. B. de Witte

De Leverhulme Trust heeft aan de totstandkoming van dit proefschrift bijgedragen door toekenning van een *fellowship* op de Universiteit van Edinburgh.

CIP gegevens / Den Haag

Omslagontwerp: M. Effert
Uitgever: Koninklijke Vermande bv, Lelystad

ISBN 90 5458 168 9
NUGI 693

© 1994 C. Waaldijk

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enig andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 jo het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471, en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Voorwoord

Wanneer ik hier alle mensen en instellingen zou noemen die mij geholpen, geïnspireerd en gesteund hebben bij het schrijven van dit boek, dan zou ik velen tekort doen. Minstens zo dankbaar ben ik al die anderen (soms dezelfden), die mij verleid hebben tot allerlei activiteiten waardoor het proefschrijven juist niet opschoot. Bedankt allemaal.

Ik heb geprobeerd de stand van regelgeving, jurisprudentie, legisprudentie en literatuur per 1 januari 1994 weer te geven. Paragraaf 1.4.3 wijst de lezer de weg in dit boek.

Maastricht, zomer 1994 Kees Waaldijk

Inhoudsoverzicht

Voorwoord		v
Inhoudsoverzicht		vi
Inhoudsopgave		vii
Gebruikte afkortingen en verwijzingen		xv
Hoofdstuk 1	Inleiding	1
Hoofdstuk 2	Discussieregel in de argumentatieleer	39
Hoofdstuk 3	Verdragsrechtelijke plichten	47
Hoofdstuk 4	Grondwettelijke plichten	75
Hoofdstuk 5	Gewoonterechtelijke plichten	175
Hoofdstuk 6	Verplichtende wetten	247
Hoofdstuk 7	Rechtsgeleerde schrijvers	281
Hoofdstuk 8	Vergelijkbare motiveringsplichten	299
Hoofdstuk 9	Conclusies	339
Samenvatting		389
Summary		395
Résumé		401
Levensloop		407
Aangehaalde literatuur		409
Aangehaalde rapporten en adviezen		436
Register		437

Inhoudsopgave

Voorwoord v

Inhoudsoverzicht vi

Inhoudsopgave vii

Gebruikte afkortingen en verwijzingen xv

1 Inleiding 1

1.1 Motiveringsplicht als algemeen beginsel 1
1.1.1 Motiveringsplichten van Nederlandse rechters en bestuurders 1
1.1.2 Motiveringsplichten in Europa 3
1.1.3 Motiveringsplichten van particulieren 4
1.1.4 Argumentatie als beschavingskenmerk 6
1.1.5 Motiveringsplicht als hindernis voor willekeur 8
1.1.6 Motiveringsplicht als typisch juridisch antwoord 9

1.2 De wetgever onderworpen aan het recht 11
1.2.1 Gewone 'parlementaire' wetten 11
1.2.2 De wetgever als gewoon overheidsorgaan 13
1.2.3 Onder en boven de wet 18
1.2.4 Regelgevingsrecht 20
1.2.5 Motiveringsplichten in het regelgevingsrecht 23

1.3 Motief, motivering, toelichting 24
1.3.1 Motivering: het kenbaar maken van motieven 24
1.3.2 Regels over motieven en regels over motivering 27
1.3.3 Eigenaardigheden van de motivering van wetten en wetsvoorstellen 28

1.4 Opzet van deze studie 31
1.4.1 Probleemstelling 31
1.4.2 Plan van behandeling 33
1.4.3 Leeswijzer 34
1.4.4 Terminologie 35

2 Discussieregel in de argumentatieleer 39

2.1 Motiveringsplicht als discussieregel 39

2.2 Zeven voorwaarden 40
2.2.1 Een standpunt wordt kenbaar gemaakt 40
2.2.2 Het standpunt stuit op tegenstand 40
2.2.3 Gestreefd wordt naar oplossing door discussie 40
2.2.4 Motivering wordt verzocht 42
2.2.5 Gezamenlijke uitgangspunten worden aanvaard 43
2.2.6 Het standpunt is nog niet ingetrokken 44
2.2.7 Het standpunt is nog niet succesvol verdedigd 44

2.3 Conclusie 44

3 Verdragsrechtelijke plichten 47

3.1 Mensenrechten 47
3.1.1 Mensenrechten en motiveringsbeginsel 47
3.1.2 Rechtszekerheid en democratie 49
3.1.3 Doelcriteria 52
3.1.4 Noodzakelijkheid 54
3.1.4.1 Margin of appreciation 54
3.1.4.2 Belangenafweging 55
3.1.4.3 Pressing social need 56
3.1.4.4 Evenredigheid 56
3.1.4.5 Relevant and sufficient reasons 57
3.1.4.6 Versmalling van de margin of appreciation 58
3.1.4.7 Conclusie 59
3.1.5 Positieve verplichtingen 60
3.1.6 Discriminatieverbod 62
3.1.6.1 Artikel 14 Europees Verdrag 62
3.1.6.2 Artikel 26 Internationaal Verdrag 64
3.1.7 Toezichtprocedures 68
3.1.7.1 Bij de wetgever zelf en bij de Raad van State 68
3.1.7.2 Bij de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa 69
3.1.7.3 Bij Nederlandse rechters 69
3.1.7.4 Bij internationale geschil-beoordelende organen 70

3.2 Vrij verkeer in de Europese Gemeenschap 71

4 Grondwettelijke plichten 75

4.1 Gemeen overleg 76
4.1.1 Inleiding 76
4.1.2 Indiening bij gemotiveerde koninklijke boodschap 77
4.1.3 Ministeriële inlichtingenplicht 79

4 1 4	Grenzen aan de inlichtingenplicht	81
	4 1 4 1 Staatsbelang als enige weigeringsgrond	83
	4 1 4 2 Tijdelijke weigering	86
	4 1 4 3 Feitelijke belemmeringen	87
	4 1 4 4 Regulering van het vragenrecht	88
	4 1 4 5 Beperkte handhaving van de inlichtingenplicht	89
4 1 5	Motivering van afwijking advies	92
	4 1 5 1 Organen die afwijking moeten motiveren	94
	4 1 5 2 Nakoming van de motiveringsplicht	96
	4 1 5 3 Overlegging aan het parlement en openbaarmaking	99
4 1 6	Motivering van aanneming of verwerping	100
4 1 7	Motivering van niet-bekrachtiging	102
	4 1 7 1 Regeringsvoorstellen	102
	4 1 7 2 Initiatiefvoorstellen	103
	4 1 7 3 De wijze waarop gemotiveerd moet worden	108
	4 1 7 4 Conclusie	109
4.2	Overleg in de regering	110
4 2 1	De regering als samengesteld orgaan	110
4 2 2	Verplichte beraadslaging over het regeringsbeleid	114
4 2 3	Informatie over het regeringsbeleid	117
4 3	Overleg in de Staten-Generaal	118
4 3 1	Voorbereidend onderzoek	118
4 3 2	Parlementaire beraadslaging vooronderstelt	119
	4 3 2 1 Openbaarheid	120
	4 3 2 2 Quorum	122
	4 3 2 3 Verbod van last	124
	4 3 2 4 Parlementaire onschendbaarheid	125
	4 3 2 5 Deelname ministers aan de beraadslaging	126
	4 3 2 6 Verdediging initiatiefvoorstellen	126
4.4	Considerans	128
4 4 1	Grondwettelijke vooronderstelling van de considerans	128
4 4 2	Bevoegdheid tot vaststelling van het wetsformulier	131
4 4 3	Rechterlijke toetsing aan considerans-voorschrift	138
4.5	Toetsing	138
4 5 1	Vormen van toetsing	138
4 5 2	Rechterlijke toetsing	140
	4 5 2 1 Toetsing van wetten, wetsvoorstellen en wetgevingsprocedures	140
	4 5 2 2 Toetsing van wetstoepassing en wetsinterpretatie	142
4 5 3	Bestuurlijke toetsing	143
4 5 4	Toetsing door regering en parlement	144
	4 5 4 1 Toetsing aan internationaal recht	144
	4 5 4 2 Toetsing aan de Grondwet	148
	4 5 4 3 Toetsing aan beginselen	150
	4 5 4 4 Toetsingsplicht als motiveringsplicht	150

4.6 De inhoud van wetten 154
4.6.1 Afwijking van de Grondwet . . . 154
4.6.2 Gelijkheidsbeginsel . . . 156
4.6.2.1 Eerste volzin: gelijke gevallen . . . 157
4.6.2.2 Tweede volzin: discriminatieverbod . . . 159
4.6.2.3 Krenkend en niet krenkend onderscheid . . . 160
4.6.2.4 Discriminatie als ongerechtvaardigd onderscheid . . . 160
4.6.2.5 Op welke grond dan ook . . . 163
4.6.2.6 Meer en minder rechtvaardigbaar onderscheid . . . 165
4.6.3 Grondwettelijke doelcriteria . . . 166
4.6.3.1 Wanneer de doel-gebondenheid geldt . . . 167
4.6.3.2 Betekenis van de genoemde doelcriteria . . . 169
4.6.3.3 Waartoe de doel-gebondenheid verplicht . . . 170
4.6.3.4 Het doelcriterium van artikel 103 . . . 172
4.6.4 Nakoming van de onderscheiden motiveringsplichten . . . 172

5 Gewoonterechtelijke plichten 175

5.1 Inleiding 175

5.2 Motivering van wetten 178
5.2.1 Motivering in het lichaam van de wet . . . 178
5.2.2 Considerans . . . 179
5.2.2.1 De magere inhoud van de moderne considerans . . . 179
5.2.2.2 De minimaal vereiste inhoud . . . 181
5.2.2.3 De vorm . . . 184
5.2.2.4 Wijziging . . . 185
5.2.3 Latere motivering van omstreden wetten . . . 187

5.3 Motivering van wetsontwerpen 188
5.3.1 Departementale voorbereiding . . . 190
5.3.2 Bij de ministerraad . . . 191

5.4 Motivering van voorstellen van wet 193
5.4.1 Toelichtende teksten bij wetsvoorstellen . . . 193
5.4.2 Memorie van toelichting . . . 197
5.4.2.1 De memorie van toelichting is verplicht . . . 198
5.4.2.2 Deze plicht rust op de verantwoordelijke ministers (of kamerleden) . . . 200
5.4.3 De inhoud van de memorie van toelichting . . . 202
5.4.3.1 De beperkte vrijheid van de opstellers . . . 202
5.4.3.2 Vermelding van het doel . . . 206
5.4.3.3 Doel-middel-argumentatie . . . 207
5.4.3.4 Vermelding en aanvaardbaarheid van effecten . . . 209
5.4.3.5 Motivering van de rechtmatigheid . . . 211
5.4.3.6 Motivering van afwijking van adviezen . . . 219
5.4.4 Nader rapport . . . 222
5.4.5 Bij de Tweede Kamer . . . 226
5.4.5.1 Voortdurende motivering . . . 226
5.4.5.2 De antwoordplicht . . . 226
5.4.5.3 Schriftelijke stukken en mondelinge beraadslaging . . . 227
5.4.5.4 Vermindering cumulatieve onoverzichtelijkheid . . . 230
5.4.6 Bij de Eerste Kamer . . . 235

5.5 Motivering van beslissingen omtrent voorliggende wetsvoorstellen 239
5.5.1 Motivering van nota van wijziging 239
5.5.2 Motivering van amendement 240
5.5.3 Motivering van aanneming of verwerping 243
5.5.4 Motivering van intrekking of (niet-) bekrachtiging 246

6 Verplichtende wetten 247

6.1 Kan de wet de wetgever binden? 247
6.1.1 Uiteenlopende opvattingen 247
6.1.2 Zelfbinding door wetgever is ontoelaatbaar 249
6.1.3 Zelfbinding door wetgever is onmogelijk 250
6.1.4 Het belang van de *lex-posterior*-regel 253
6.1.5 Kunnen en mogen deelorganen van de wetgever bij wet gebonden worden? 254

6.2 Bestaande en voorgestelde motiveringsplichten in wetten 258
6.2.1 Wet op de Raad van State 258
6.2.2 Comptabiliteitswet 259
6.2.3 Provinciewet, Gemeentewet en Financiële-Verhoudingswet 1984 260
6.2.4 Algemene wet bestuursrecht 266
6.2.5 Bekendmakingswet 267

6.3 Ongeschreven verplichtingen tot motivering van afwijking van algemene wetten 268
6.3.1 Gemeentewet en Provinciewet 268
6.3.2 Algemene wet bestuursrecht 269
6.3.3 Pseudo-grondwetgeving door de wetgever 272

6.4 De rol van de rechter 277
6.4.1 Toetsing 277
6.4.2 Interpretatie 278

7 Rechtsgeleerde schrijvers 281

7.1 Schrijvers en ongeschreven beginselen 282

7.2 Grensrechters 283

7.3 Verwerpers 284
7.3.1 Van Poelje 284
7.3.2 Van Angeren en Polak 285

7.4 Beperkte erkenners 286
7.4.1 Polak en Ruiter 286
7.4.2 Kortmann 287
7.4.3 Koopmans 287
7.4.4 Van der Vlies 288

7.5 Volle erkenners 291
7.5.1 Schreuder-Vlasblom 291
7.5.2 Van Kreveld 292
7.5.3 Van Male 293
7.5.4 Barendrecht 294

7.6 Inhoud en karakter van het erkende beginsel 295

8 Vergelijkbare motiveringsplichten 299

8.1 Inleiding 299

8.2 Nederlandse beschikkingen 300
8.2.1 Twee motiveringsbeginselen 300
8.2.2 Een algemene motiveringsplicht? 300
8.2.3 Waaruit moet de motivering bestaan? 302
8.2.4 Motieven voor motiveringsplicht 303
8.2.5 Gevolgen van een motiveringsgebrek 304

8.3 Bestuurlijke regelgeving 305
8.3.1 Erkenning van een motiveringsplicht bij regelgeving 305
8.3.2 Motieven voor motiveringsplicht 309
8.3.3 Rechterlijke toetsing aan de motiveringsplicht? 310
8.3.4 Codificatie van de motiveringsplicht? 316

8.4 Europese beschikkingen 318
8.4.1 Een geschreven motiveringsplicht 318
8.4.2 Waaruit moet de motivering bestaan? 321
8.4.3 Aard en inhoud van de te motiveren bevoegdheidsuitoefening 322
8.4.4 Motieven voor motiveringsplicht 324

8.5 Europese verordeningen 327
8.5.1 Een motiveringsplicht voor regelgeving 327
8.5.2 Motieven voor motiveringsplicht 333
8.5.3 Gevolgen van een motiveringsgebrek 334

8.6 Vergelijking 334

9 Conclusies 339

9.1 De gevonden motiveringsplichten 340
9.1.1 Wat gemotiveerd moet worden 340
9.1.1.1 Doelstelling en motivering van rechtmatigheid 340
9.1.1.2 Motivering van betwijfelde rechtmatigheid 341
9.1.1.3 Motivering van vrijheidsbeperking 342
9.1.1.4 Motivering van ongelijke behandeling 345
9.1.1.5 Motivering van afwijking van algemene wetten 347
9.1.1.6 Motivering van afwijking van uitgebrachte adviezen 348

9 1 2 Wie wanneer moet motiveren 349
9 1 2 1 De wetgever moet iedere wet in haar considerans motiveren 349
9 1 2 2 Ministers moeten al voor indiening motiveren 350
9 1 2 3 Ministers moeten ongevraagd motiveren 351
9 1 2 4 Ministers moeten desgevraagd motiveren 352
9 1 2 5 Kamerleden moeten soms motiveren 354
9 1 2 6 Motivering bij de rechter 355
9 1 3 Status van de gevonden motiveringsplichten 355
9 1 3 1 Eenieder verbindende verdragsbepalingen 355
9 1 3 2 Grondwet 356
9 1 3 3 Wetten 356
9 1 3 4 Ongeschreven recht 359

9 2 Argumenten voor motiveringsplichten 360
9 2 1 Maatschappelijke norm en discussieregel 360
9 2 2 Motiveringsplichten zijn een algemeen verschijnsel in het recht 361
9 2 3 Rechtsvergelijking 362
9 2 4 Motieven voor motiveringsplichten 365

9 3 Betere motiveringsplichten 367
9 3 1 Versterking status van gevonden motiveringsplichten 367
9 3 2 Wie wanneer zou moeten motiveren 369
9 3 2 1 De wetgever moet het doel van de wet vermelden in de considerans 369
9 3 2 2 De chaos van toelichtende stukken moet drastisch beperkt worden 372
9 3 2 3 De wetgevende organen moeten wetten ook bij de rechter kunnen motiveren 376
9 3 3 Wat gemotiveerd zou moeten worden 379
9 3 3 1 Doelstelling 379
9 3 3 2 Geschiktheid en noodzaak van wet om doel te bereiken 379
9 3 3 3 Vermelding en aanvaardbaarheid van (neven-)effecten 380
9 3 3 4 Motivering van afwijking van algemene wetten, van de Aanwijzingen voor de regelgeving en van (andere) adviezen 380
9 3 3 5 Motivering van betwijfelde rechtmatigheid 382

9 4 Over en ter verantwoording 383

Samenvatting 389

Summary 395

Résumé 401

Levensloop 407

Aangehaalde literatuur 409

Aangehaalde rapporten en adviezen 436

Register van trefwoorden, namen, regelgeving en jurisprudentie 437

Gebruikte afkortingen en verwijzingen

A	Series A: Judgements and decisions of the European Court of Human Rights
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
e.a.	en anderen
EG-Verdrag	Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (Rome, 1957), dat ingevolge het Verdrag betreffende de Europese Unie (Maastricht, 1992) vanaf 1 november 1993 wordt aangeduid als het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap
Handelingen I	Handelingen van de Eerste Kamer der Staten-Generaal
Handelingen II	Handelingen van de Tweede Kamer der Staten-Generaal
Kamerstukken I	Bijlagen bij de Handelingen van de Eerste Kamer der Staten-Generaal
Kamerstukken II	Bijlagen bij de Handelingen van de Tweede Kamer der Staten-Generaal
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJCM-Bulletin	Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten, uitgegeven door het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
SEW	Sociaal-Economische Wetgeving, tijdschrift voor Europees en economisch recht
UCV	Uitgebreide commissievergadering (Tweede Kamer)
VAR	Vereniging voor Administratief Recht

Vrijwel alle literatuur wordt verkort aangehaald. De schrijversnaam wordt gevolgd door een jaartal (en zo nodig een volgletter), waarmee het desbetreffende werk gelokaliseerd kan worden in de literatuurlijst achterin dit boek. De getallen na de dubbele punt zijn paginanummers. Naar de aan het slot van de literatuurlijst opgesomde 'auteur-loze' nota's en rapporten wordt (volgens hetzelfde systeem) verwezen door vermelding van de titel.

Bij Nederlandse jurisprudentie wordt slechts één vindplaats vermeld, meestal die in NJ of AB. Bij jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens wordt het nummer vermeld waaronder zij verschenen is in *Series A: Judgements and decisions of the European Court of Human Rights*. Bij jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen wordt het zaak-nummer vermeld; eventuele paginanummers verwijzen naar de *Jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen* van het jaar van het desbetreffende arrest.

In verwijzingen naar andere passages uit dit boek betekent 'paragraaf' soms sub-, of sub-sub-paragraaf. Wat bedoeld is, blijkt uit het aantal punten in het paragraafnummer.

1 Inleiding

Over motiveringsplichten van de wetgever wordt meestal gezwegen — ook onder juristen. Zou ondanks dat gat in de Nederlandse rechtsleer toch gesproken kunnen worden van juridische verplichtingen tot motivering van wetgeving? Dat is de eerste vraag die in dit boek aan de orde wordt gesteld. Onderzocht wordt òf, en zo ja, welke motiveringsplichten krachtens nationaal en internationaal recht op de Nederlandse ('parlementaire') wetgever rusten. De tweede vraag ligt in het verlengde van de eerste en betreft de wenselijkheid van aanvulling en nadere vormgeving van de te vinden plichten.

Zo bevindt het onderwerp van dit boek zich op het raakvlak van twee juridische verschijnselen: motiveringsplichten (die steeds algemener worden) en wetgeving (die steeds gewoner wordt). Met een verkenning van beide veelbesproken verschijnselen begint deze inleiding (paragrafen 1.1 en 1.2). Vervolgens wordt het begrip motivering omschreven als dié vorm van toelichting van een besluit of voorstel die bestaat uit het kenbaar maken van motieven (bewuste redenen) voor dat besluit of voorstel (paragraaf 1.3). Daarna wordt de inleiding besloten met een overzicht van probleemstelling, behandelingsplan en gehanteerde terminologie (paragraaf 1.4).

1.1 Motiveringsplicht als algemeen beginsel

Besluiten moeten gemotiveerd worden. Dat is de inhoud van een in het recht vrij algemeen erkend beginsel. In deze studie wordt onderzocht of dit een zó algemeen rechtsbeginsel is, dat het ook van toepassing is op besluiten van de wetgever.

Eerst schets ik de algemeenheid van dit motiveringsbeginsel. Zowel in het *Nederlands procesrecht* als in het *Nederlandse bestuursrecht* nemen motiveringsverplichtingen een centrale plaats in (paragraaf 1.1.1). De algemeenheid van de verplichting om besluiten te motiveren kan ook geïllustreerd worden met voorbeelden uit *Europees recht* (paragraaf 1.1.2) en uit het Nederlandse *privaatrecht* (paragraaf 1.1.3). Dit alles kan niet los gezien worden van het *beschavingsideaal* dat het beter is om mensen met argumenten te overtuigen dan om hen te dwingen (paragraaf 1.1.4). In het recht wordt de motiveringseis vooral gehanteerd als *rem op willekeur* (paragraaf 1.1.5). Bovendien is het eisen van motivering een *typisch juridisch antwoord* op moeilijke vragen (paragraaf 1.1.6).

1.1.1 Motiveringsplichten van Nederlandse rechters en bestuurders

In zijn Utrechtse proefschrift over de motivering van strafvonnissen schreef mijn naamgenoot:

> 'Er bestaat wellicht geen redelijker voorschrift, dan het bepaalde in artikel 175 der Grondwet. Hierin wordt namelijk voorgeschreven dat alle vonnissen de gronden moeten inhouden waarop zij rusten.' [1]

Deze eis[2] geldt voor 'elke rechterlijke beslissing',[3] voor vonnissen, arresten, uitspraken en beschikkingen[4] van vrijwel alle rechters. De Grondwet beperkt de verplichting niet tot de gerechten die tot de rechterlijke macht behoren. Wel staat de Grondwet uitzonderingen toe, maar die moeten 'bij de wet bepaald' worden. Dit delegatieverbod werd tijdens de grondwetsherziening van 1983 geargumenteerd met 'het belang van de eis van motivering'.[5]

Het belang van verplichte rechterlijke motivering ligt in haar uiteenlopende functies.[6] De voornaamste onderkende functies zijn:

- bevordering controleerbaarheid (partijen, hogere rechters, de wetgever, de maatschappij kunnen de uitspraak toetsen op haar juistheid en eventueel ongedaan (laten) maken);
- overreding (de verliezende partij wordt wellicht overtuigd van haar ongelijk);
- verduidelijking (partijen en andere belanghebbenden komen te weten waar zij aan toe zijn; andere rechtsvormers leren de opvattingen van de betrokken rechters kennen);
- kwaliteitsbevordering (de verplichting noodzaakt rechters tot zorgvuldig nadenken en beslissen).

De Hoge Raad legt de nadruk[7] op de eerste twee functies van de motiveringsplicht als een van 'de grondbeginselen van een goede procesorde':

> 'dat elke rechterlijke beslissing tenminste zodanig moet worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtengang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden — in geval van openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen — controleerbaar en aanvaardbaar te maken.' [8]

Vooral de laatste decennia is in Nederland de verplichting van *bestuursorganen* om hun beschikkingen te motiveren tot ontwikkeling gekomen.[9] Wetgever, rechtspraak en literatuur gingen bij steeds meer categorieën beschikkingen een motiveringsplicht aannemen. Inmiddels kan gesproken worden van een algemene motiveringsplicht — een regel waarop enkele uitzonderingen bestaan. Regel en uitzonderingen zijn vastgelegd in de Algemene wet bestuursrecht.[10] Tegelijkertijd groeit in literatuur en jurisprudentie

1 L.T. Waaldijk 1963: 88.
2 Thans artikel 121 van de Grondwet.
3 Hoge Raad 4 juni 1993, NJ 659, zie hieronder.
4 Zie Bax 1992: 1064.
5 Kamerstukken II 1979/80, 16162 nr. 3, p. 22.
6 Zie bijvoorbeeld Perelman 1978: 425; Ten Berge en Tak 1983: 99-100; De Waard 1987: 371-374; Veegens/Korthals Altes/Groen 1989: 225-232; Kortenhorst 1990: 5; Stroink 1993:70.
7 Zie Martens 1993: 136.
8 Hoge Raad 4 juni 1993, NJ 659, overweging 3.4.
9 Zie paragraaf 8.2.
10 Artikelen 4:17 en 4:18.

bovendien de overtuiging dat ook algemeen verbindende voorschriften en andere besluiten van algemene strekking in beginsel gemotiveerd moeten worden.[11] In het Voorontwerp voor de Derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht wordt nu voorgesteld om in ieder geval die besluiten van algemene strekking die geen algemeen verbindend voorschrift inhouden, onder het bereik van de geschreven motiveringsplicht te brengen.[12]

Aan de diverse motiveringsplichten van het bestuur worden over het algemeen dezelfde functies toegeschreven als aan die van rechters.[13] In een vergelijking van de functies van bestuurlijke en rechterlijke motivering komt De Waard dan ook tot de conclusie dat er, wat de omvang van de motiveringsplichten betreft, geen reden is om verschil te maken tussen rechtspraak en bestuur.[14] In deze studie onderzoek ik in hoeverre er wel reden is om wetgeving op dit punt anders te behandelen. Op het eerste gezicht lijkt de bevordering van kwaliteit, van controleerbaarheid, van helderheid en van aanvaarding iets dat ook bij wetgeving niet zou misstaan. De onderscheiden functies van motivering vormen evenzovele motieven voor motiveringsplichten[15]

1.1.2 Motiveringsplichten in Europa

Rechterlijke en bestuurlijke motiveringsplichten zijn niet typisch Nederlandse verschijnselen.

Volgens het Europese Hof voor de rechten van de mens vloeit de motiveringsplicht van (straf-) rechters voort uit artikel 6, eerste en derde lid, van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens:

> 'The national courts must (...) indicate with sufficient clarity the grounds on which they based their decision. It is this, *inter alia*, which makes it possible for the accused to exercise usefully the rights of appeal available to him.' [16]

Eerder had de Europese Commissie voor de rechten van de mens al uit artikel 6 afgeleid dat men er recht op heeft te weten op welke overwegingen een rechter zijn beslissing baseert.[17]

Al in 1969 bleek uit rechtsvergelijkend onderzoek dat in landen waar een algemene wettelijke regeling van de administratieve procedure bestaat, motiveringsplichten daarvan steeds deel uitmaken; bovendien bleek dat in de meeste andere landen de

11 Zie paragraaf 8.3.

12 *Voorontwerp Derde Tranche* 1991: 7 en 56-57. Zie inmiddels het op dit punt gelijkluidende voorstel van wet tot Aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Derde tranche Algemene wet bestuursrecht), Kamerstukken II 1993/94, 23700 nr. 2.

13 Zie de paragrafen 8.2.4 en 8.3.2.

14 De Waard 1987: 380-393.

15 Zie de paragrafen 8.2.4, 8.3.2, 8.4.4, 8.5.2, 8.6 en 9.2.4.

16 Europese Hof voor de rechten van de mens 16 december 1992, *Hadjianastassiou*, A.252, paragraaf 33.

17 Europese Commissie voor de rechten van de mens 2 april 1973, 5460/72, *Yearbook XVI*, p. 168, en 16 juli 1981, 8769/79, *Decisions and reports* 1982, p. 241.

motivering van vele categorieën besluiten verlangd wordt door jurisprudentie en bijzondere wetten.[18] Vergelijkbare conclusies werden getrokken op het congres 'Due process in the administrative procedure' van de Fédération Internationale du Droit Européen.[19] Eerder was al geconstateerd dat in de lidstaten van de Europese Gemeenschappen steeds meer gepleit werd voor de invoering van een algemene motiveringsplicht.[20] Deze pleidooien kregen op 28 september 1977 de steun van het Comité van Ministers van de Raad van Europa, dat toen de volgende — transnationale — norm formuleerde:

> 'Where an administrative act is of such nature as adversely to affect his rights, liberties or interests, the person concerned is informed of the reasons on which it is based. (...).' [21]

Dat ook legislatieve handelingen de rechten, vrijheden en belangen van een persoon kunnen schaden, is evident. Het zou dan ook in het verlengde van de in de landen van de Raad van Europa gegroeide rechtsovertuiging liggen om ook bij regelgevende besluiten motivering te eisen.

Zo ver gaat het institutionele Europese-Gemeenschapsrecht inmiddels al sinds de jaren vijftig.[22] De drie verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen bevatten vrijwel ongeclausuleerde motiveringsplichten, die in een uitgebreide jurisprudentie van het Hof van Justitie nader zijn uitgewerkt. Zij betreffen niet slechts (individuele) beschikkingen, maar ook (algemene) richtlijnen en verordeningen. De verdragsluitende landen en het Hof van Justitie hebben het kennelijk niet nodig gevonden om legislatieve besluiten buiten het bereik van de motiveringseis te houden.

1.1.3 Motiveringsplichten van particulieren

Niet slechts in het publiekrecht zijn motiveringsplichten tot ontwikkeling gekomen. Op zeer verschillende deelterreinen van het privaatrecht zijn voorbeelden te vinden. Ik noem er enkele.

Tot enkele jaren geleden had de ouder die het gezag over zijn of haar wettig kind uitoefende een onbeperkt vetorecht ten aanzien van een door dat minderjarig kind aan te gaan huwelijk.[23] De Hoge Raad besliste echter dat toepassing van deze regel in strijd zou zijn met het Europese Verdrag voor de rechten van de mens, indien het ging om een 'niet, of niet redelijk gemotiveerde weigering van een toestemming tot huwen'.[24] Nu moeten ouders hun weigering dus motiveren.[25]

18 Wiener 1969: 787, 789-793; zie ook De Moor-van Vugt 1987: 188 en Schwarze 1992: 1384-1416.
19 Warner 1978, p. 1.9.
20 Scheffler 1974: 41.
21 Item IV van de appendix bij resolutie 77/31 'On the protection of the individual in relation to the acts of the administrative authorities'.
22 Zie de paragrafen 8.4 en 8.5.
23 Artikel 36 boek 1 Burgerlijk Wetboek, zoals dat luidde tot 1 september 1987.
24 Hoge Raad 4 juni 1982, NJ 1983, 32.
25 Zie Heida 1988: 1673.

Ondernemers zijn verplicht tot motivering van een voorgenomen besluit waarover verplicht advies van de ondernemingsraad wordt gevraagd; ook de eventuele afwijking van het advies moet gemotiveerd worden.[26] Ook elders in het geschreven en ongeschreven ondernemingsrecht komen vele motiveringsplichten voor.[27]

Bij de beëindiging van duurovereenkomsten bestaan eveneens motiveringsplichten. Zo moet bij ontslag op staande voet de dringende reden daartoe onverwijld aan de wederpartij worden medegedeeld.[28] De opzegging van duurovereenkomsten hoeft in het algemeen niet gemotiveerd te worden,[29] maar bijvoorbeeld wèl als opzegging alleen onder bepaalde omstandigheden is toegestaan.[30]

Ten aanzien van het (niet) aangaan van overeenkomsten kan een motiveringsplicht voortvloeien uit het verbod van discriminatie. Zo mag, indien uit statistische gegevens een vermoeden van discriminatie (wegens afkomst) afgeleid kan worden, op de van discriminatie betichte instelling de last gelegd worden om 'aan te tonen dat de hem verweten achterstelling berust op rechtens aanvaardbare gronden'.[31] Onduidelijk is of een dergelijke motiveringsplicht ook al geldt indien het vermoeden van discriminatie uit andersoortige gegevens is afgeleid. Als 'gezonde regel van procesrecht' is voorgesteld om in dergelijke gevallen het 'bewijs' van de motieven van het besluit te verschuiven van het slachtoffer naar degene die het besluit genomen heeft.[32] Het bewijsrecht bevat overigens al diverse mogelijkheden om motiveringsplichten aan een procespartij op te leggen.[33] Ook volgens het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen brengt het verbod van (indirecte) discriminatie een motiveringsplicht met zich. In een arrest van 13 mei 1986 besliste het Hof:

> 'dat artikel 119 EEG-Verdrag wordt geschonden door een warenhuisexploitante die deeltijdwerkers uitsluit van de bedrijfspensioenregeling, wanneer die maatregel een veel groter aantal vrouwen dan mannen treft, tenzij de onderneming aantoont dat bedoelde maatregel haar verklaring vindt in factoren die objectief gerechtvaardigd zijn en niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht'.[34]

Het gemeenschappelijke in de genoemde privaatrechtelijke verhoudingen is, dat de beslissende partij feitelijk of juridisch ten opzichte van de andere partij een bijzonder ingrijpende, maar juridisch niet onbeperkte machtspositie heeft. De motiveringsplicht strekt er telkens toe om het voor de wederpartij (kind, ondernemingsraad, aandeel-

26 Artikel 25, derde en vijfde lid, Wet op de ondernemingsraden.
27 Zie Van Leeuwen 1990: 85 en 137-143.
28 Artikel 1639o boek 7A Burgerlijk Wetboek.
29 Simon 1993: 309.
30 Zie Strijbos 1985: 115-117.
31 Hoge Raad 10 december 1982, *Woningbouwvereniging Binderen*, NJ 1983, 687, overweging 4.1.
32 Biesheuvel in zijn noot onder President Rechtbank Den Bosch 16 juli 1982, *NJCM-bulletin* 1982: 343; het ging om een lesbische lerares die meende dat zij om reden van haar seksuele gerichtheid niet herbenoemd was door het bestuur van de katholieke school; de President oordeelde dat geen enkel voorschrift verplicht tot motivering van een besluit tot niet-herbenoeming; zie Mattijssen 1990: 1557.
33 Tjittes 1988: 1128-1130.
34 Hof van Justitie, 13 mei 1986, 170/84, *Bilka*, paragraaf 31.

houders, contractpartner) en zo nodig voor de rechter mogelijk te maken om die machtsuitoefening te controleren. In dit verband noemt Van Leeuwen de motiveringsplicht een uitvloeisel van het 'verantwoordingsbeginsel'.[35]

Opnieuw zijn de mogelijke parallellen met wetgeving evident: grote maar begrensde macht die verantwoord en gecontroleerd moet (kunnen) worden.

1.1.4 Argumentatie als beschavingskenmerk

Motiveringsplichten komen niet alleen voor in het recht. Ook in de argumentatieleer en de retorica treft men dergelijke verplichtingen aan,[36] evenals bijvoorbeeld in de methodiek van residentiële hulpverlening.[37]

Gezien hun traditionele verwevenheid met het recht kan men voor de beantwoording van juridische vragen soms ook te rade te gaan bij retorica en argumentatieleer — zeker wanneer men het recht kwalificeert als een *argumentatiecultuur*, 'een praktijk waarbinnen men alleen via openbare discussie tot conflicthantering komt'.[38]

> 'Het debat over de beste oplossing van een rechtsvraag of (alleen met andere woorden:) een politieke vraag vindt in ons staatsbestel plaats op basis van uitwisseling van argumenten'.[39]

Vele schrijvers over argumentatieleer en retorica formuleren een motiveringsplicht: 'Een partij die een standpunt naar voren brengt, is verplicht dit desgevraagd te verdedigen'.[40] 'Claims should be supported by reasons'.[41] Wie 'een voor zijn publiek onwaarschijnlijke stelling poneert, moet met bewijzen komen'.[42] 'Jeder Sprecher muß das, was er behauptet, auf Verlangen begründen, es sei denn, er kann Gründe anführen, die es rechtfertigen, eine Begründung zu verweigern'.[43]

De aangehaalde schrijvers benadrukken vooral het praktische karakter van de door hen onderkende motiveringsplichten. Vedung acht de door hem opgestelde grondregel 'a kind of minimum requisite for sound discourse on any substantive matter', want 'flat claims would not impress anyone who agrees with the rules for rational argumentation'.[44] Ook Van Eemeren en de zijnen geven een praktische grondslag aan de door hen geformuleerde motiveringsplicht:

35 Een van de door haar onderscheiden beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur; Van Leeuwen 1990: 142.
36 Zie ook hoofdstuk 2.
37 L. Gualthérie van Weezel en K. Waaldijk sr. 1986: 124 formuleren de volgende vuistregel voor inrichtingswerkers: 'zorg ervoor dat de zin van een regel duidelijk is'.
38 Witteveen 1988a: 6; in gelijke zin: Van der Vlies 1993: 26.
39 Barendrecht 1992a: 92; in gelijke zin: Florijn 1993: 37-40.
40 Van Eemeren e.a. 1991: 107.
41 Vedung 1987: 357.
42 Guépin 1985: 185.
43 Alexy 1978: 239.
44 Vedung 1987: 357.

> 'Om een meningsverschil te kunnen oplossen, moet degene die een standpunt naar voren heeft gebracht, bereid zijn dat te verdedigen tegen de kritiek van degene die het standpunt in twijfel heeft getrokken'.[45]

Alexy brengt zijn motiveringsregel daarnaast echter ook in verband met het aanvaarden van de ander als gelijkwaardige gesprekspartner, en met het achterwege laten van dwang.[46] Een dergelijke normatieve grondslag vindt men ook bij Guépin, die motivering ziet als een teken van beschaving[47] en beleefdheid:

> 'Het is (...) in het algemeen onbeleefd iets te doen (waar anderen mee te maken hebben) zonder redenen op te geven.' [48]

Indien het karakter van de motiveringsplicht zuiver praktisch zou zijn ('anders overtuig je niet'), zou er geen enkele reden zijn voor een *juridische* plicht tot motivering. Zo is ademhalen (praktisch verplicht) ook niet tot rechtsplicht gemaakt. Ook schrijvers als Vedung en Van Eemeren lijken de motiveringsplicht echter als fatsoensregel te beschouwen: het is maatschappelijk betamelijk om de ander met argumenten — in plaats van met intimidatie en dwang — op andere gedachten te brengen. Zorgvuldige motivering van beslissingen kan als 'maatschappelijke deugd' worden gezien, aldus Schuyt, die meent dat de precisie van de Hoge Raad bij belangenafweging en besluitvorming een voorbeeldfunctie zou kunnen vervullen voor de maatschappelijke en politieke menings- en wilsvorming.[49]

Aldus opgevat kan de in de argumentatieleer verwoorde motiveringsplicht gezien worden als een aanwijzing voor het bestaan van de maatschappelijke norm dat beslissingen (en dus ook wetten) met redenen moeten worden omkleed. In het Humanistisch Verbond is deze gedachte neergelegd in de stelling:

> 'Rechtsregels zijn nooit vanzelfsprekend. Wie een rechtsregel in wil voeren of in stand wil laten, of de naleving van een regel wil afdwingen, zal daarvoor goede argumenten moeten hebben'.[50]

Dat dit beschavingsideaal vrijwel samenvalt met belangrijke rechtsbeginselen, is benadrukt door Barendrecht:

> 'Rechtsstaat en democratie (...) zijn als het ware twee kanten van het algemene beginsel dat de maatschappij zo wordt ingericht als wordt bepaald in een open discussie op basis van redelijke argumentatie waarin naar consensus wordt gestreefd. Het begrip rechtsstaat geeft aan dat in die discussie steeds weer resultaten worden bereikt, die in normen worden vastgelegd en dat die normen niet zonder redelijke argumenten terzijde mogen worden gesteld. Het democratische aspect is dat in de discussie steeds moet worden gestreefd naar overtuiging van allen.' [51]

45 Van Eemeren e.a. 1991: 107.
46 Alexy 1978: 239.
47 Guépin 1985: 46.
48 Guépin 1985: 48.
49 Schuyt 1988: 333.
50 Tielman e.a. 1988: 38-39.
51 Barendrecht 1992a: 116.

1.1.5 Motiveringsplicht als hindernis voor willekeur

Willekeur valt moeilijker te accepteren dan macht. Daarom willen 'we' dat macht *niet zo maar* wordt uitgeoefend. De motiveringseis is een van de middelen waarmee 'we' de willekeur van de macht aan banden proberen te leggen. Hierboven bleek dat het recht 'ons' daarin tegemoet komt met allerlei motiveringsplichten ter bevordering van de deugdelijkheid, helderheid, controleerbaarheid en aanvaardbaarheid van beslissingen van rechters, bestuurders, ouders, ondernemingen, enzovoort. 'De motiveeringseisch is waarlijk niet een preciezigheid van juristen; hij leeft elementair in het rechtsbewustzijn des volks'.[52]

Vele schrijvers hebben gewezen op de betekenis van motiveringsbeginselen bij de bestrijding van willekeurige machtsuitoefening. Enkele voorbeelden:

> 'Het is een (...) verlangen naar het scheppen van waarborgen tegen macht en willekeur der overheid dat ten grondslag ligt aan de gehele geschiedenis der motivering en voor het eerst duidelijk reliëf krijgt wanneer men de bescherming van individuele rechten en vrijheden der burgers, als fundamentele menselijke rechten gaat aanvaarden.' [53]

Voor het bestuur — en voor steeds meer andere organen — wordt de ontoelaatbaarheid van willekeur wel vertaald in een gebod om beleid te voeren. Bij het toezicht op naleving van dit gebod speelt de motiveringseis een belangrijke rol:

> 'De vraag naar betere motivering geeft gebrekkig uiting aan een verlangen naar informatie die inzicht kan verschaffen in het gevoerde beleid. Aan dat verlangen wordt slechts voldaan door inlichtingen waaruit op zijn minst voor één categorie van gevallen blijkt wat het bestuursorgaan meent daarin te moeten besluiten (...). Een bestuurder die niet duidelijk weet te maken wat voor gevallen hij gelijkstelt met het "onderhavige", heeft blijkbaar in het geheel geen criterium voor ogen. Dan moet het er voor worden gehouden, dat hij zijn besluiten naar *willekeur* neemt.' [54]

Tussen redelijkheid en motivering bestaat een hechte band:

> 'De rationaliteit van moderne rechtsoordelen bestaat hierin dat zij gefundeerd (...) kunnen worden. Dat wil zeggen dat argumenten moeten kunnen worden aangevoerd.[55]

Men kan zelfs stellen dat de normatieve werking van juridische beslissingen afhankelijk is van hun motivering:

> 'Heel in het algemeen geldt (...) voor rechtshandelingen dat zij hun gezag (...) ontlenen aan een argumentatieve *verwijzing* naar het reeds geldende recht en de feiten waarop de rechtshandeling betrekking zal hebben. (...) Niet de willekeur van de een kan voor een ander normatief zijn, maar slechts de *redelijkheid* van zijn of haar wil zoals die blijkt uit de aangevoerde *redenen*.' [56]

52 Vrij 1931: 8.
53 L.T. Waaldijk 1963: 79.
54 Duk 1978: 581.
55 De Lange 1991: 17; zie ook Van Male 1988b.
56 Hirsch Ballin 1986: 727 (zijn cursivering).

Het orgaan dat door het recht onderworpen wordt aan een motiveringsplicht, behoudt een grote vrijheid, een grote macht. In beginsel kan het immers nog steeds elke beslissing nemen die het wenst, zolang het deze maar met redenen omkleedt. Van een werkelijke beperking van zijn beslissingsvrijheid is eerst dan sprake, wanneer bepaalde redenen, bepaalde motieven (juridisch, politiek of maatschappelijk) onaanvaardbaar zouden zijn.

Het verbod van willekeur zelf, zoals dat in diverse rechtsgebieden geldt, houdt in dat bepaalde motieven juridisch onaanvaardbaar zijn. Het bestuursrecht kent bovendien het van de motiveringsplicht te onderscheiden beginsel dat een besluit moet kunnen worden gedragen door de overwegingen waarop het rust; niet-draagkrachtige motieven zijn dus niet acceptabel.[57] Ook uit talloze andere rechtsregels (zoals de fundamentele vrijheden genoemd in het Europees Verdrag voor de rechten van de mens) vloeit de onaanvaardbaarheid van allerlei motieven voort. In paragraaf 1.3.2 ga ik nader in op het verschil en de samenhang tussen rechtsregels over de *motivering van* besluiten, en rechtsregels over de *motieven voor* besluiten.

Veel politieke debatten, en dus ook veel discussies over staatsrechtelijke vragen, worden gekenmerkt door wat Holterman noemt 'argumentatieve willekeur'. Vrijwel elk argument kan gebruikt worden — 'anything goes'.[58] Inderdaad: vooral bij wetgevingsbeslissingen laat het recht vele mogelijke motieven ongemoeid. Echter, ook indien de in de motivering kenbaar gemaakte motieven juridisch aanvaardbaar zijn, is het mogelijk dat zij dat in politiek of maatschappelijk opzicht niet zijn. De mogelijke repercussies dáárvan betekenen eveneens dat de motiveringsplicht een beperking van de macht van het beslissende orgaan inhoudt. Argumentatieve, geëxpliciteerde, gemotiveerde willekeur is te controleren.[59]

Motiveringsplichten betekenen dat 'de macht' zich een beetje bloot moet geven. Bloot maakt kwetsbaar. En met kwetsbare macht valt gemakkelijker te leven dan met zo maar macht.

1.1.6 Motiveringsplicht als typisch juridisch antwoord

In de vorige paragraaf verscheen de motiveringsplicht als een methode om enerzijds de macht van het beslissende orgaan te respecteren, en anderzijds een drempel op te werpen tegen willekeurige uitoefening van die macht.

Verschillende schrijvers hebben er bovendien op gewezen dat de beschikbaarheid van de motiveringsplicht als toetsingscriterium een rol speelt bij het bewaren van afstand tussen rechter en bestuur.[60] Door een besluit te vernietigen wegens een motiveringsgebrek laat een rechter meer ruimte aan het bestuur, dan door het te vernietigen wegens bijvoorbeeld 'kennelijke onredelijkheid'. Het bestuur kan in beginsel opnieuw eenzelfde besluit nemen — maar nu met een betere motivering.

57 Zie artikel 4:16 van de Algemene wet bestuursrecht.
58 Feyerabend 1975: 23, Holterman 1988: 25.
59 Holterman 1988: 135.
60 Zie de paragrafen 8.2.4 en 8.3.3.

Meer in het algemeen kan men de motiveringsplicht herkennen als een typisch juridische oplossing om zowel de *geit* als de *wolf* te sparen:

— Vraag een jurist, of ouders hun kind toestemming mogen weigeren om een huwelijk aan te gaan, en je krijgt te horen: Ja, als de weigering maar 'redelijk gemotiveerd' wordt.[61]
— Vraag je een jurist, of een wetsvoorstel tot goedkeuring van een verdrag ingediend mag worden nog voordat dit verdrag in het Tractatenblad is gepubliceerd, dan krijg je te horen: Ja, maar dan wel 'met een verklaring waarom dat zo moet'.[62]
— Op de vraag, of aan wetgeving terugwerkende kracht mag worden toegekend, luidt het juristen-antwoord: Nee, tenzij 'daarvoor een bijzondere reden bestaat'.[63]
— Als departementaal antwoord op de vraag, of de bijzondere wetgever af mag wijken van de bepalingen van de Algemene wet bestuursrecht, lees je dat de 'reden van de afwijking (...) uitdrukkelijk moet worden gemotiveerd'.[64]
— En wanneer ambtenaren van de Commissie van de Europese Gemeenschappen gevraagd wordt om het begrip 'subsidiariteit' [65] handen en voeten te geven, dan komen zij al snel met motiveringsplichten op de proppen.[66]
— Enzovoort.

Het stellen van een motiveringseis is een uitweg voor juristen die geen absoluut ja of nee over hun lippen kunnen krijgen. Juristen wordt nu eenmaal geleerd om steeds oog te hebben voor meer dan één belang. En zo komen zij ertoe op elke regel uitzonderingen te aanvaarden. Ter bevestiging van de regel verlangen zij dan echter wel motivering van de uitzondering.

Een motiveringsplicht is dus een handig stuk gereedschap waarmee juristen hun dagelijks werk kunnen doen — ook wanneer zij nu eens niet bezig zijn met de bestrijding van willekeurige machtsuitoefening. Ook daarom kan het niet verbazen dat de activiteit van juristen tot steeds algemenere motiveringsbeginselen heeft geleid.

De *conclusie* van paragraaf 1.1 kan geen andere zijn dan dat het recht verplicht tot motivering van zeer vele besluiten. Dat wil nog niet zeggen dat deze plicht als algemeen rechtsbeginsel ook voor de wetgever geldt. Er bestaan immers ook 'rechtsbeginselen waarop uitzonderingen worden aanvaard'.[67] Daarom gaat het in de volgende paragraaf onder meer over de vraag hoe bijzonder gewone wetgeving is.

61 Hoge Raad 4 juni 1982, NJ 1983, 32.
62 *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 149.
63 Aanwijzing 167 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.
64 Kamerstukken II 1988/89, 21221 nr. 3, p. 17; zie ook aanwijzing 49 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Zie paragraaf 6.3.2.
65 Artikel 3B van het in 1993 gewijzigde EG-Verdrag.
66 Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement van 27 oktober 1992, SEC(92) 1990 def., gepubliceerd in: *Bulletin van de Europese Gemeenschappen — Commissie*, 10-1992, p. 128; zie paragraaf 8.5.1.
67 Hirsch Ballin 1988b: 231, die het motiveringsbeginsel als voorbeeld daarvan noemt.

1.2 De wetgever onderworpen aan het recht

'Nu rechter en bestuur kritisch worden gevolgd, lijkt thans de wetgever aan de beurt te komen', schreef Van Maarseveen.[1]

Vanaf de jaren '70 is wetgeving inderdaad steeds meer in de schijnwerpers gezet. Meestal wordt in dit verband verwezen naar de beschouwing van Koopmans over 'codificerende' en 'modificerende' wetgeving[2] en naar de hulproep van C.H.F. Polak voor de Nederlandse Juristen-Vereniging.[3] Voor mij persoonlijk is het vooral het Rotterdamse keuzevak 'Wetgevingsleer' geweest, zoals Van Maarseveen dat gaf nadat hij in 1978 'Een appèl inzake de wetgevingsproblematiek' had gepubliceerd. Zo is wetgeving gewoon het onderwerp geworden van een deelgebiedje van de rechtswetenschap[4] — compleet met een blad[5] en een club,[6] en met nu alweer een boek. Tegelijkertijd is 'de wet' van haar juridische voetstuk gehaald.[7]

De wetgever en zijn alledaagse produkten zijn eindelijk eens goed onder het recht geplaatst. In de Grondwet is de onschendbaarheid van wetten in 1983 vervangen door een simpel verbod van rechterlijke grondwettigheidstoetsing. Rechters zijn begonnen werk te maken van hun taak wetten aan internationaal en Europees recht te toetsen. In de literatuur en in adviezen van de Raad van State is de ontwikkeling van beginselen van behoorlijke wetgeving ter hand genomen.

Terwijl motiveringsplichten steeds algemener werden, is (aandacht voor) wetgeving steeds gewoner geworden.

1.2.1 Gewone 'parlementaire' wetten

Deze studie gaat over (de motivering van) *gewone wetten*. Dat betekent drie dingen.

In de eerste plaats gaat het hier alleen over *wetten in de zin van artikel 81 van de Grondwet* , en nu eens niet over 'wetten' die niet van de wetgever afkomstig zijn. Vrijwel alle recente literatuur over regelgeving en/of bestuursrecht besteedt al ruimschoots aandacht aan wat verwarrend-traditioneel wel 'wetgeving in materiële zin' (niet zijnde 'wetgeving in formele zin') wordt genoemd. Regelgeving die ook in formele zin 'wetgeving' is, wordt in deze literatuur veelal uitdrukkelijk buiten beschouwing gelaten.[8]

Sinds 1983 is er trouwens geen enkele reden meer om het woord 'wet' te gebruiken in materiële zin, ter aanduiding van bijvoorbeeld een gemeentelijke verordening, een

1 Van Maarseveen 1978: 1.
2 Koopmans 1970.
3 C.H.F. Polak 1976.
4 Zie Van der Velden 1988.
5 RegelMaat sinds 1986.
6 Vereniging voor Wetgeving en Wetgevingsbeleid sinds 1989.
7 Zie Van Schendelen 1978: 835.
8 Zie bijvoorbeeld J.E.M. Polak 1987a: 110, Van Male 1988a: 4, Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 1993: 96.

ministeriële regeling of een algemene maatregel van bestuur.[9] De precieze grondwettelijke verzamelnaam voor dergelijke regelingen is 'algemeen verbindend voorschrift' (artikel 89), terwijl de Grondwet ook de woorden 'regels' en 'regeling' kent.[10] Het woordje 'wet' wordt in de Grondwet tegenwoordig nog slechts in formele zin gebruikt.[11] Het zou mooi zijn indien het taalgebruik van juristen zich daarbij zou aansluiten. Dan zou een welkom einde kunnen worden gemaakt aan de verwarrende uitdrukkingen 'wet in materiële zin' en 'wet in formele zin', en aan de onzinnige uitdrukkingen 'materiële wet' en 'formele wet'.

In navolging van de Grondwet gebruik ik het woord 'wet' consequent in formele zin. Een 'wet' is dus een besluit in de zin van artikel 81 van de Grondwet, een besluit van regering en Staten-Generaal. Deze twee (samengestelde) organen samen vormen 'de wetgever'. Ook het woord 'wetgeving' (dat zowel op de totstandbrenging van wetten als op een verzameling van wetten kan slaan) gebruik ik vrijwel steeds ter aanduiding van 'parlementaire' wetgeving. Het woordje 'parlementaire' voeg ik slechts toe wanneer ik wetgeving nadrukkelijk wil onderscheiden van bestuurlijke vormen van regelgeving.[12]

In de tweede plaats gaat deze studie niet over alle soorten wetten, maar slechts over *gewone*. Bijzonderheden van de volgende buitengewone vormen van wetgeving (waarvoor bijzondere procedurevoorschriften gelden, of die geen algemeen verbindende voorschriften bevatten) komen hooguit zijdelings en verre van volledig aan de orde:

— wetgeving ter wijziging van de Grondwet;[13]
— koninkrijkswetgeving;[14]
— wetgeving inzake personen die het koninklijk gezag (zouden kunnen) uitoefenen;
— wetgeving inzake de geldelijke voorzieningen voor leden van de Staten-Generaal en hun nabestaanden, en voor leden van het koninklijk huis;
— wetgeving ter goedkeuring van verdragen;
— wetgeving ter vaststelling van begrotingen;
— onteigening en andere wetgeving betreffende bepaalde bijzondere privaatrechtelijke posities.

Toch lenen veel beweringen in deze studie zich ook voor toepassing op de uitgezonderde buitengewone vormen van wetgeving. Die vormen worden echter niet steeds mede verstaan onder uitdrukkingen als 'de wetgeving' of 'alle wetten'. Deze afbakening betekent onder meer dat het woord 'wet' in deze studie steeds verwijst naar een besluit (van regering en parlement) waarin algemeen verbindende voorschriften zijn vervat.

9 Ruiter 1987: 7 gaat er vanuit dat dat voorlopig nog wel zal blijven gebeuren.
10 Zie bijvoorbeeld de artikelen 124 en 133.
11 Heringa en Zwart 1991: 6.
12 Vergelijk Van Maarseveen 1976b: 8 en Konijnenbelt 1983: 288; de aanhalingstekens voeg ik toe ter vermijding van het misverstand dat het parlement zelfstandig wetten vaststelt; zie paragraaf 1.2.2.
13 In eerste en tweede lezing, alsmede de aanpassingen en wijzigingen bedoeld in de artikelen 138 en 142 van de Grondwet.
14 Rijkswetten komen dus meestal slechts in hun hoedanigheid van Nederlandse 'landswetten' aan de orde; zie Van der Hoeven 1958: stelling V.

Initiatiefwetgeving is ondanks haar relatieve zeldzaamheid niet uitgesloten van het onderwerp van deze studie. Deze vorm van wetgeving versta ik meestal wèl mede onder de woorden 'wet' en 'wetgeving'. Waar nodig besteed ik apart aandacht aan de bijzonderheden van wetgeving waartoe in de Tweede Kamer het initiatief genomen wordt.

In de derde plaats wil ik mijn aandacht vooral richten op *alledaagse wetten*. De wetgever is steeds meer gewoon een van de vele overheidsinstanties geworden die een aanhoudende stroom produceren van besluiten waarmee burgers te maken kunnen krijgen. Over dat orgaan gaat de volgende paragraaf.

1.2.2 De wetgever als gewoon overheidsorgaan

Volgens Witteveen[15] zou 'de wetgever' eigenlijk geen *orgaan* maar een *procedure* zijn.

> 'Iedereen die het over "de wetgever" heeft hanteert een fictieve constructie, maakt de procedure tot een handelend persoon. Wie zich afvraagt hoe wetten gemaakt worden heeft aan die manier van spreken niets. Want wetten worden niet door een handelende persoon geproduceerd. Er is een enorme veelheid van actoren (...). Het perspectief van de wetgever bestaat uit een veelheid van, vaak niet met elkaar verzoenbare, perspectieven op de problemen die regeling behoeven en de daarvoor wenselijke oplossingen.' [16]

Zeker, de activiteiten van de deelorganen van de wetgever worden mede bepaald door allerlei (maatschappelijke, politieke en juridische) actoren.[17] Inderdaad, de perspectieven van de verschillende leden van de deelorganen van de wetgever, en hun motieven om vóór (of tegen) een wetsvoorstel te zijn, lopen vaak sterk uiteen. Dit geldt echter even goed voor allerlei andere collectieve organen, zoals gemeenteraden, raden van commissarissen, de regering, de Commissie van de Europese Gemeenschappen, en tot op grote hoogte ook voor meervoudige kamers van rechterlijke colleges.[18]

De aanduiding van groepen personen als 'organen' is in het recht niet alleen een gangbare, maar ook een zinvolle vorm van beeldspraak. Vele bevoegdheden worden door het recht immers niet toegekend aan individuen, maar aan een collectief ambt, een collectief van ambtsdragers. Het is de bedoeling dat zij die bevoegdheid gezamenlijk uitoefenen. Daarbij dienen zij in de eerste plaats de rechtsregels in acht te nemen waaraan het collectief onderworpen is, en niet slechts de regels die ten aanzien van hen individueel gesteld zijn. Door hen genomen besluiten verschijnen naar buiten toe ook als besluiten van het collectief — zelfs indien individuele leden de mogelijkheid hebben om hun eventuele tegenstem naar buiten te laten blijken.

15 Witteveen 1985: 168, 1988a: 370 en 1988b: 9; zie ook Van der Hoeven 1958: 137, 1974: 21, 1991: 785 en 1992: 294.
16 Witteveen 1988b: 9.
17 Zie D'Anjou 1986.
18 En zelfs over menig orgaan dat uit één natuurlijke persoon bestaat, kan gezegd worden dat daarachter talloze actoren schuilgaan en dat de betrokken ambtsdrager zelf allerlei tegenstrijdige perspectieven en motieven heeft.

Dat juist ten aanzien van de wetgever (in het Nederlandse staatsrecht toch een collectief van ambtsdragers waaraan een zeer gewichtige bevoegdheid is toegekend) wel ontkend werd en wordt dat het een 'orgaan' zou zijn, hangt wellicht samen met de in vroeger jaren nog gedeeltelijk juiste gedachte als zou dit (koninklijke en parlementaire) collectief nauwelijks aan hoger recht zijn onderworpen en ook nauwelijks een op doelbereiking gericht beleid voeren.[19] Door over de wetgever te spreken als over een 'procedure', laat men de onderworpenheid van de wetgever aan (ook materieel) hoger recht uit het beeld verdwijnen.

Tegenwoordig is wetgeving echter een belangrijk bestuursinstrument geworden,[20] waarvan de toepassing is onderworpen aan een breed scala van (niet slechts procedureel) bovenwettelijk recht. Daar komt nog bij dat het beleid dat met wetgeving gevoerd wordt, en de verplichtingen die uit het bovenwettelijke recht voortvloeien, niet zonder meer herleid kunnen worden tot een bepaald deelorgaan van de wetgever. Om toch een goed beeld van dat beleid te kunnen krijgen, en om na te kunnen gaan of en hoe het hogere recht in de wetgeving wordt nageleefd, is het daarom nuttig de wetgever (onder meer) als één orgaan te zien.

Ik sluit mij derhalve niet aan bij Witteveen, en spreek over de wetgever als over een orgaan.[21]

Duidelijk is intussen wel, dat de wetgever complex is samengesteld. Het orgaan bestaat uit regering en Staten-Generaal (artikel 81 van de Grondwet). De regering is op haar beurt weer samengesteld uit Koning en ministers (artikel 42), terwijl de Staten-Generaal bestaan uit Tweede en Eerste Kamer (artikel 51). Bij elkaar zijn er dus vier *deelorganen van de wetgever* (al gebruik ik het woord 'deelorgaan' ook ter aanduiding van de regering of de Staten-Generaal).

Doordat 'de wetgever' uit vier deelorganen bestaat, is het motiveren van *wetten* door 'de wetgever' enigszins problematisch. De enige taak die de wetgever volgens de Grondwet kan en mag vervullen is de 'vaststelling van wetten' (artikel 81). Volgens de Grondwet[22] geschiedt deze vaststelling door een serie handelingen die — door deelorganen van de wetgever — verricht worden met een *voorstel van wet*. Geen van deze handelingen wordt door 'de wetgever' verricht. De serie handelingen bestaat in ieder geval uit:

— indiening (artikel 82);
— aanneming (artikel 85 en 87);
— bekrachtiging (artikel 87).

In het geval van initiatiefwetgeving gaat daar nog de aanhangigmaking aan vooraf,[23] en komt een besluit tot indiening in de plaats van de aanneming door de Tweede

19 Zie Schuyt 1977.
20 Jeukens 1963: 11; De Haan 1986: 179.
21 Zo ook Kranenburg 1928: 77, Oud 1970: 93 en Van der Vlies 1991: 17.
22 Artikel 82 tot en met 87.
23 Zie artikel 82, derde lid.

Kamer.[24] De indiener en de aanhangigmakers of de Tweede Kamer kunnen desgewenst het voorstel wijzigen (artikel 84). Ook deze wijziging is een handeling die deel uit maakt van de 'vaststelling van wetten' in de zin van artikel 81 van de Grondwet. Bij elkaar houden deze drie tot vijf handelingen in dat teksten worden vastgesteld die vervolgens als wetten deel uit maken van de rechtsorde.[25] Het zou onlogisch zijn om ook het horen van de Raad van State,[26] intrekking,[27] verwerping en niet-bekrachtiging te rekenen tot de 'vaststelling van wetten'.

Al de genoemde, verplichte of facultatieve, handelingen ten aanzien van wetsvoorstellen bieden aan de deelorganen van de wetgever een veelheid van mogelijkheden om die voorstellen te motiveren. Daarover meer in paragraaf 1.3.3 en hoofdstuk 2. Hier volsta ik met enkele opmerkingen over de samenstelling en structuur van de vier deelorganen.

Het koninklijk gezag wordt uitgeoefend door Koning(in), Regent(es) of Raad van State.[28]

Het hier als 'ministers' aangeduide deelorgaan is moeilijker nauwkeurig aan te wijzen. Soms, bijvoorbeeld bij de bekrachtiging van een wetsvoorstel, bestaat 'de regering' naast de Koning slechts uit één of enkele ministers of staatssecretarissen.[29] Bij indiening, ingrijpende wijziging of intrekking van een wetsvoorstel daarentegen speelt de gehele ministerraad een rol, naast de Koning en eventueel een of enkele staatssecretarissen.[30] De rol van *staatssecretarissen* in de wetgever is geheel afgeleid van die van ministers.[31] In deze studie is het dus niet nodig om apart op staatssecretarissen in te gaan. Ter vermijding van lelijke woorden als 'bewindspersonen' spreek ik daarom kortweg van 'minister(s)'.

Bij wetgeving spelen ministers niet alleen als onderdeel van de regering een rol. Zij kunnen met name leiding geven aan de departementale voorbereiding van wetsontwerpen. Bovendien zijn memories van toelichting en andere toelichtende teksten bij wetsvoorstellen niet afkomstig van de regering, maar van een of meer ministers.[32]

Van verschillen van mening tussen Koning en ministers, of binnen de ministerraad blijkt in beginsel niets naar buiten. Anders is dat bij verschillen van mening binnen en tussen de twee parlementaire deelorganen van de wetgever. Beide kamers vergaderen en besluiten immers in het openbaar, en vormen bepaald geen homogene eenheid.[33] Als kamers produceren zij in de wetgevingsprocedure alleen meerderheids-besluiten tot aanneming of verwerping van wetsvoorstellen (en van amendementen). Toelichtende en

24 Zie artikel 85.
25 Zie Ruiter 1987: 16-19.
26 Artikel 73.
27 Artikel 86.
28 In het laatste geval (voorzien in artikel 83 van de Grondwet) hebben we ook hier te maken met een collectief deelorgaan waarbinnen argumenten kunnen worden gewisseld.
29 Kortmann 1990: 62.
30 Artikel 4, tweede lid, onderdeel a, Reglement van Orde voor de Raad van Ministers.
31 Conform artikel 46 van de Grondwet.
32 Zie paragraaf 5.4.2.2.
33 Wiebenga 1986: 18.

andere beschouwingen over wetsvoorstellen worden slechts geproduceerd door leden en commissies.

Rondom de vier officiële deelorganen van de wetgever bevinden zich overigens nog allerlei organen met adviserende taken ten aanzien van wetgeving. De rol van de Raad van State in dit verband is vastgelegd in artikel 73 van de Grondwet, die van vele andere adviesorganen in wetten. Van der Hoeven rekent de Raad van State en de andere adviesorganen tot 'de wetgever'.[34] Dat lijkt mij formeel onjuist, en een overschatting van hun invloed.

De samengestelde structuur van de wetgever biedt allerlei mogelijkheden voor *taakverdeling*. In de praktijk is daarvan ook volop sprake:

— binnen de Staten-Generaal is er enige taakverdeling tussen beide kamers,[35] in beide kamers tussen commissies, en in de kamerfracties tussen specialisten;
— binnen de regering bestaat de taakverdeling tussen Koningin en ministers,[36] tussen de onderraden van de ministerraad, en tussen elke minister en haar ambtenaren;[37]
— de voornaamste taakverdeling binnen het orgaan wetgever is echter tot stand gekomen tussen regering en parlement; al in de vorige eeuw kon de regering (de Kroon) als 'hoofd' van de wetgever worden aangewezen;[38] vrijwel alle voorstellen van wet gingen en gaan uit van de regering.

Ter onderbouwing van zijn stelling dat de heerschappij bij de ministerraad is komen te liggen stelt Van Maarseveen:

> 'Het parlement kan zelf wetgevingsinitiatieven ontplooien, maar de grondwettelijke bepalingen, die de zorg voor de wetgeving primair in handen van de Kroon leggen, stemmen in dit opzicht nog steeds overeen met de vigerende rechtssituatie. (...) Het parlement is en ziet zichzelf als een fiatterend en controlerend orgaan, het erkent en aanvaardt de actie, het initiatief en de leiding van de ministerraad.'[39]

Zelfs Donner erkende inmiddels 'dat de parlementaire werkzaamheid zich op wetgevend (...) gebied vooral tot kritisch volgen beperkt', al voegde hij daar onmiddellijk aan toe dat 'de volksvertegenwoordiging een stimulerende, aanvullende en remmende rol (speelt) die niet mag worden onderschat'.[40] Aldus wordt over de rol van het parlement

34 Van der Hoeven 1958: 255.
35 Waarbij de Tweede meer op de politieke, en de Eerste wat meer op de juridische wenselijkheid van voorstellen let.
36 Waarbij eerstgenoemde zich conform de beroemde woorden van Bagehot 1867: 111 meestal schijnt te beperken tot het vragen van informatie en het geven van adviezen, waarschuwingen en aanmoedigingen; zie paragraaf 4.2.1.
37 Waarbij het meeste werk en steeds meer invloed bij de laatstgenoemden terechtkomt.
38 Vening Meinesz 1856: 148.
39 Van Maarseveen 1969: 22-23.
40 Donner 1982: 8; in vergelijkbare zin Koopmans 1970: 230-231, Koeman 1989: 76 en Jurgens 1993a: 1381-1382.

in bijna dezelfde woorden gesproken als over de rol van een de Britse of Nederlandse koning: 'the right to be consulted, the right to encourage, and the right to warn'.[41]

Dat wetgeving vooral een regeringszaak is geworden, wordt tegenwoordig nauwelijks meer bestreden. Daarbij gaat het niet alleen om het verschijnsel dat de voorbereiding en de formulering van wetsvoorstellen vrijwel geheel in handen is van ministers en hun ambtenaren. Daarnaast wordt gewezen op het feit dat regering en ministers steeds vaker belast zijn, bijvoorbeeld krachtens delegatie, met het opstellen van regelingen ter uitwerking van wetten. Bovendien worden wetten nu niet alleen gebruikt als het juridische kader voor beleid, maar steeds vaker juist als middelen ter *uitvoering* van beleid dat gevormd en gevoerd wordt door 'de executieve', die 'daarmede in de eigenlijke zin des woords "wet-gever" geworden' is.[42]

Deze geleidelijke verdwijning en omdraaiing van de klassieke rolverdeling tussen wetgever en bestuur, en van het oude onderscheid tussen wetgeving en beleid, was voor Scheltema eerst aanleiding om de vraag te stellen of het bestuur 'wetgever in eigen zaak' was geworden[43] en vervolgens om tot de conclusie te komen dat we inderdaad te maken hebben met een 'partijdige wetgever', die bestuurs-centristische wetgeving produceert.[44]

Naarmate wetgeving zich in feite meer gaat afspelen bij de regering, vermindert de openbaarheid. Zo wijst Koopmans er op dat steeds meer regelgeving (in Nederland en in de Europese Gemeenschap) tot stand komt in onzichtbare onderhandelingen binnen en tussen bureaucratieën. Het gevolg daarvan zou zijn dat veel regelgeving nauwelijks democratisch gelegitimeerd is. Dat leidt er volgens hem onder meer toe dat de motieven voor regelgeving vaak slechts pas blijken in rechterlijke procedures over de geldigheid van wetten of verordeningen.[45]

Kortom: wetgeving is vooral het werk van ministers en hun ambtenaren. Onderzoek naar de positie van de wetgever moet dus vooral betrekking hebben op dàt deelorgaan van de wetgever. Deze studie betreft daarom voornamelijk de betekenis van de motiveringsplichten van de wetgever voor het niet-koninklijke deel van de regering.

Het aandeel van kamers en Koningin in de wetgevingsactiviteit is echter niet tot nul gereduceerd. Bovendien moeten zij tot controle op hun medewetgever bevoegd, verplicht en in staat worden geacht. Daarom wordt ook aandacht geschonken aan de betekenis van genoemde motiveringsplichten voor deze andere deelorganen van de wetgever.

In de eerste plaats wordt in deze studie evenwel gezocht naar motiveringsplichten die op de wetgever als collectief orgaan rusten. De meeste bovenwettelijke regels richten zich immers niet tot een of meer deelorganen in het bijzonder.

41 Met deze aan Bagehot 1867: 111 ontleende woorden is de positie van het Britse parlement gekarakteriseerd door Fairlie 1968: 189-194; vergelijk paragraaf 4.2.1.
42 Koopmans 1970: 229-230.
43 M. Scheltema 1982.
44 M. Scheltema 1984.
45 Koopmans 1988: 153-155.

1.2.3 Onder en boven de wet

Vooral overwegingen van vrijheid, rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en democratie zouden ertoe hebben geleid dat aan de wet een centrale en verheven plaats in de rechtsorde is toegekend.[46] Van de wet werd verwacht dat zij al dat moois zou helpen realiseren. Het primaat van de wet werd gezien als een grote verbetering vergeleken met de heerschappij van weinige mannen.

Dit primaat betekende enerzijds heerschappij, en anderzijds onschendbaarheid van de wet. Volgens de leer van de *heerschappij van de wet*[47] moest elk optreden van rechter en bestuur in overeenstemming met de wet zijn, moest ingrijpend optreden tevens gebaseerd zijn op de wet, en moest zeer ingrijpend optreden bovendien in de wet zelf genormeerd zijn. Volgens de leer van de *onschendbaarheid van de wet* moesten rechters en andere wetstoepassers de wet zelf als gegeven beschouwen.

Beide zijden van het primaat van de wet hebben tot grote misverstanden aanleiding gegeven. De leer van de heerschappij van de wet deed de gedachte postvatten dat de wettelijke basis ook altijd een bijdrage aan de rechtmatigheid van rechtspraak en bestuur inhield. De leer van de onschendbaarheid van de wet gaf voedsel aan de gedachte dat wetten wel boven maar niet onder het recht staan. De mate waarin beide gedachten onjuist zijn is de laatste jaren nog aanzienlijk toegenomen.

In de *eerste* plaats loopt volgens velen de rechtmatigheid en de juridische kwaliteit van wetgeving terug.[48] Verschillende auteurs hebben daarom twijfel geuit bij de hierboven genoemde aanname dat (de heerschappij van) de wet een adequaat middel is om vrijheid, gelijkheid, rechtszekerheid en democratie te waarborgen.[49] Vooral het rechtsgehalte van de steeds omvangrijker wordende bestuursrechtelijke wetgeving zou minder worden:

> 'Bestuursorganen zijn tegenwoordig vaak zozeer betrokken bij het vaststellen van rechtsregels, dat zij wetgever in eigen zaak dreigen te worden. Zodra de rechtsvormer gaat samenvallen met één van de partijen in een rechtsbetrekking, kan er moeilijk nog van recht worden gesproken. De onderlinge relatie wordt dan niet door het recht, maar door één van de partijen beheerst.' [50]

Mede daarom wordt wetmatigheid steeds minder gezien als voldoende voorwaarde voor rechtmatigheid. De heerschappij van de wet wordt tegenwoordig vooral gezien als slechts één van de aspecten van een legaliteitsbeginsel dat wil dat overheidsoptreden in overeenstemming met het recht is.[51] Dat legaliteitsbeginsel (of 'beginsel van de

46 Hirsch Ballin 1982a: 7; Konijnenbelt 1983: 288; Van Male 1988a: 264-274.
47 Ofwel legaliteitsbeginsel, gedeeltelijk ook bekend onder de trefwoorden 'wetmatigheid van bestuur' en 'materieel wetsbegrip'.
48 Cohen en Bakker 1987: 98.
49 Koopmans 1970 en 1988; M. Scheltema 1984; Van Buuren 1987a: 13; Van Male 1988a: 265-274; Jurgens 1993a.
50 M. Scheltema 1982: 134.
51 De Haan 1986: 228-229; Kortmann 1990: 35 en 304-305; Van der Vlies 1991: 78; Koopmans 1992a: 47.

rechtsstaat') wordt mede ten grondslag gelegd aan de (ongeschreven) beginselen van behoorlijk bestuur.[52] Daarnaast heeft dit ruimere legaliteitsbeginsel belangrijke gevolgen voor de beoordeling van wetten en lagere regelingen.[53]

In de *tweede* plaats is de wetgever onderworpen aan een groeiend geheel van bovenwettelijk recht. Dat is een juridische categorie die het Nederlandse constitutionele recht al tenminste sinds 1814 kent. Wetten moeten uiteraard in overeenstemming zijn met de Grondwet en sinds 1954 bovendien met het Statuut voor het Koninkrijk. De ruimte voor rechtmatige wetgeving wordt daarnaast beperkt door geschreven en ongeschreven internationaal recht. Sinds de Tweede Wereldoorlog zijn de verdragsrechtelijke beperkingen van de vrijheid van de wetgever enorm toegenomen — met name in de vorm van mensenrechtenverdragen en Straatsburgse jurisprudentie ter zake. Ook de regelgevende en rechtsprekende organen van de Europese Gemeenschappen zijn steeds meer bovenwettelijk recht gaan produceren.

Serieuze bestudering en systematisering van de bovenwettelijke regels uit de verschillende categorieën heeft lang op zich laten wachten. Naast de vermeende 'onschendbaarheid' van de wet heeft hierbij ongetwijfeld ook meegespeeld dat de Nederlandse rechtswetenschap vooral rechtspraakwetenschap is geweest.[54] Veel rechtsvorming rond de wetgever vindt bovendien plaats op een manier die voor de vooral aan rechtspraak denkende jurist ondoorzichtig was: veelal is de wetgever 'zowel "wetgever" als "rechter" in eigen zaak'.[55]

De laatste tijd begint daar verandering in te komen. De wetgevingsadviezen van de Raad van State zijn sinds 1980 openbaar, en daarin blijken wetsvoorstellen onder meer aan Grondwet, verdragen en beginselen getoetst te worden.[56] In de wetenschap groeit de belangstelling voor algemene rechtsbeginselen[57] en verschijnen de eerste systematische beschouwingen over (vooral ongeschreven) bovenwettelijke recht.[58] Door de actualisering van de Grondwet in 1983, en met name door de codificatie van een aantal grondrechten daarin, heeft de Grondwet nog meer praktische betekenis gekregen als regeling waaraan de wetgever zich te houden heeft.

In de *derde* plaats is de onschendbaarheid van wetten goeddeels opgeheven. Sinds 1983 noemt de Grondwet wetten niet langer 'onschendbaar'.[59] Dat waren ze al geruime tijd niet meer.

Toetsing van wetten aan bepaalde vormen van internationaal en Europees recht was al in 1953 door de grondwetgever erkend. Volgens de Grondwet waren slechts 'wetten' onschendbaar: toetsing van de interpretatie of van de toepassing van wetten aan

52 Van der Vlies 1987: 172; Nicolai 1990: 211-216.
53 Zie de volgende paragraaf.
54 Van der Velden 1988.
55 Elzinga 1988: 13.
56 J.M. Polak 1981a; R.E. Bakker 1986a.
57 Hirsch Ballin 1979 en 1982b.
58 Oostenbrink 1973; Van der Vlies 1984.
59 Artikel 131 oud.

bijvoorbeeld rechtsbeginselen was nooit verboden geweest.[60] Rechters toetsten bestuurlijke wetstoepassing al aan beginselen van behoorlijk bestuur. Vanaf 1978 was ook de toetsing van wetstoepassing *contra legem* in de jurisprudentie doorgebroken.[61] Rond diezelfde tijd begonnen rechters in Nederland, Luxemburg en Straatsburg zich steeds vaker te begeven in een expliciete toetsing van Nederlandse wetten aan Europese en internationale normen.[62] De vervanging in de Grondwet (in 1983) van de onschendbaarheid van wetten door een simpel verbod van rechterlijke grondwettigheidstoetsing,[63] leidde er mede toe dat de Hoge Raad het aandurfde om te beweren dat een wet in strijd was met een ongeschreven rechtsbeginsel — al gebeurde dat nog in een terzijde zonder gevolgen voor het dictum.[64]

De handhaving van het grondwettelijke toetsingsverbod staat nu ter discussie. Onder juristen tekent zich al een meerderheid af voor afschaffing.[65] Onder kamerleden niet.

Het resultaat van deze drie ontwikkelingen is dat de rechtmatigheid van wetgeving een gewoon juridisch onderwerp aan het worden is. Zo zeer zelfs, dat zich een nieuw deelterrein van het publiekrecht begint af te tekenen: 'regelgevingsrecht'.

1.2.4 Regelgevingsrecht

Elke vorm van overheidsoptreden moet in overeenstemming zijn met het hogere recht. Die eis vloeit voort uit het rechtsstaat-ideaal (dat de laatste tijd weer enig terrein wint op het democratie-ideaal) en uit de in de vorige paragraaf aangeduide verruimde interpretatie van het legaliteitsbeginsel.

Voor wetgeving betekent dit ruimere legaliteitsbeginsel tweeërlei. In de eerste plaats is wetgeving een vorm van overheidsoptreden en moet zij reeds uit dien hoofde in overeenstemming zijn met 'het recht', althans met het bovenwettelijke recht.[66] In de tweede plaats vormen wetten voor veel ander overheidsoptreden het primaire toetsingskader. Die wetmatigheidstoets draagt slechts bij tot rechtmatigheid, indien de wetten waaraan getoetst wordt, ook zelf voldoen aan de eisen van het (bovenwettelijke) recht.[67]

Deze erkenning van wetgeving als een aan het recht onderworpen vorm van overheidsoptreden valt niet los te zien van het inzicht dat de overheid ter realisering van haar beleid steeds meer gebruik maakt van de vorm 'wetgeving', en dat die vorm zich materieel steeds minder van 'uitvoering' en andere vormen van bestuur onderscheidt.[68]

60 Van Maarseveen 1965: 260.
61 Hoge Raad 12 april 1978, NJ 1979, 533.
62 Van Dijk 1988.
63 Artikel 120 van de Grondwet; zie de paragrafen 4.5.2 en 4.5.3.
64 Hoge Raad 14 april 1989, NJ 469.
65 *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging*, 1992-II, p. 93; zie de preadviezen: Koopmans 1992a en Barendrecht 1992a, en kritisch: Prakke 1992.
66 In die zin al Van Maarseveen 1969: 18; Eijlander 1993: 163 noemt dit 'haast vanzelfsprekend'.
67 Van der Vlies 1987: 172.
68 Vergelijk paragraaf 1.2.2.

Ook de opwaardering van Europees en andere bovenwettelijk recht, evenals de teloorgang van de onschendbaarheid van wetten,[69] heeft ertoe bijgedragen dat de onderschikking van wet aan recht tegenwoordig 'vanzelfsprekend' wordt genoemd.[70]

Los van deze onderschikking staat de vraag welk orgaan, als het er op aan komt, het laatste woord heeft. Indien en voor zover rechters zich[71] onthouden van een oordeel over de rechtmatigheid van wetgeving, zal de wetgever meestal zelf dat laatste woord hebben. Net als elke regelgever is de wetgever uiteindelijk afhankelijk van de bereidheid van rechters en andere wetstoepassers om gegeven regels na te leven. Op voorhand is niet te zeggen wie het laatste woord zal hebben. En ook na het 'laatste' woord kan wetgever of rechter weer het woord nemen.[72]

De toegenomen aandacht voor de rechtmatigheid van wetgeving kan gezien worden als een voorbeeld van het door Van der Hoeven gesignaleerde verschijnsel dat gezagsuitoefening 'als tegenkracht het streven naar normering en dus beperking van die gezagsuitoefening' verwekt.[73] Ook kan men er een toepassing in zien van de door Belinfante geformuleerde 'grondregel' van de staatsorganisatie dat niemand een bevoegdheid kan uitoefenen zonder verantwoording schuldig te zijn of zonder dat op die uitoefening controle bestaat.[74] Ook in moreel opzicht ligt het voor de hand om het optreden van de wetgever niet langer vergaand te onttrekken aan de normen van het recht: 'wanneer ik één individu onfatsoenlijk behandel is dat erg, maar wanneer ik er een heleboel tegelijk onfatsoenlijk behandel, is dat erger'.[75]

Vrij algemeen bestaat tegenwoordig het inzicht 'dat de plaats van de wetgever in ons rechtsbestel weliswaar groot is, maar dat hij die wel dient te kennen'.[76] De discussie gaat nu vooral nog over de vraag hoe (door de uitbreiding van het rechterlijk toetsingsrecht of anderszins) bewerkstelligd kan worden dat de deelorganen van de wetgever zich houden aan de aan wetgeving te stellen rechtmatigheidseisen, en hoe de nog ongeschreven rechtmatigheidseisen vastgelegd zouden kunnen worden.[77] Daarbij doet het probleem zich voor, dat het Nederlandse recht inmiddels wel allerlei vormen van bovenwettelijk recht erkent, maar dat het voor regering en parlement als 'wetgever' in beginsel onmogelijk is om zulk recht zelf vast te stellen.[78] Het activeren van de grondwetgever of het bewerkstelligen van internationale of Europese regelstelling ter zake zou erg veel moeite kosten. Het mag dan ook niet verbazen dat de vele recente pogingen en voorstellen tot verbetering van de rechtmatigheid en de juridische kwaliteit

69 Zie paragraaf 1.2.3.
70 In de nota *Zicht op wetgeving*, Kamerstukken II 1990/91, 22008 nr. 2, p. 24; zie F.H. van der Burg 1993: 27.
71 Bijvoorbeeld op grond van artikel 120 van de Grondwet.
72 Barendrecht 1992a: 121 en 146.
73 Van der Hoeven 1958: 174.
74 Belinfante/De Reede 1991: 22.
75 Dommering 1987: 19.
76 Geelhoed 1985: 29.
77 Zie de discussie tussen Minister Hirsch Ballin en het kamerlid Jurgens, naar aanleiding van de nota *Zicht op wetgeving*, in Handelingen II UCV 1991/92, nr. 25, p. 8-9 en 26-31; zie ook Jurgens 1991a.
78 Zie de paragrafen 6.1 en 9.3.1.

van Nederlandse wetgeving in een andere richting gaan: het instellen van commissies, het formuleren van toetsingspunten en het bedenken van procedures waardoor bepaalde bestaande of te creëren instanties (intensiever) bij wetgeving worden betrokken.[79]

Deze ontwikkelingen en inzichten hebben zich niet beperkt tot 'parlementaire' wetgeving. Integendeel: in rechtspraak en literatuur heeft de aandacht zich vooral op lagere regelgeving geconcentreerd.[80] In hoofdstuk 3 van de Algemene wet bestuursrecht heeft de wetgever inmiddels enige regels en beginselen vastgelegd die ook bij het vaststellen van lagere algemeen verbindende voorschriften in acht moeten worden genomen.[81]

Het voorlopige resultaat van dit alles is een veelheid van beweringen over de rechtmatigheid van wetten en andere regels. Ten aanzien van wetten zijn deze beweringen niet alleen te vinden in klassieke rechtsbronnen als verdragen, jurisprudentie en Grondwet, maar ook in *aanwijzingen voor de rijksdienst*,[82] in *legisprudentie*: de door de Raad van State, ministers of kamerleden in het kader van de formele wetgevingsprocedure uitgesproken openbare oordelen over concrete voorstellen van wet,[83] en uiteraard in de *literatuur*. Aldus is een situatie ontstaan die vergelijkbaar is met die waarin beschikkingen zich nog niet zo lang geleden bevonden.

Het beschikkingenrecht is, als hoofdmoot van het bestuursrecht, de laatste decennia onderworpen aan een intensief proces van bestudering, ordening, harmonisatie en codificatie. In die ontwikkeling ging het vooral om een afbakening van de beleidsvrijheid van beschikkingsbevoegde bestuursorganen. De Haan heeft erop gewezen dat de literatuur aanvankelijk weinig aandacht heeft besteed aan de 'beleidsvrijheid die de overheid is gegeven bij het uitvaardigen van regelingen'. Volgens hem kunnen beginselen ook bij het beperken van die vrijheid een rol spelen.[84] Ook volgens Duk kan men bij regelgevingsbevoegdheden van beoordelings- en beleidsvrijheid spreken.[85]

Daarom (en uit een oogpunt van overzichtelijkheid en hanteerbaarheid) is het een goede zaak dat nu ook ten aanzien van regels en beginselen met betrekking tot regelgeving een proces van bestudering en ordening op gang komt. Op die manier ontstaat langzamerhand een geheel van normen en inzichten dat men aan kan duiden als *regelgevingsrecht*: een pril deelgebied van het publiekrecht dat zich bezighoudt met de diverse regels en beginselen waaraan regelgeving naar inhoud, vorm en procedure onderworpen is.[86] Desgewenst kan men binnen het regelgevingsrecht nog het *wetgevingsrecht* onderscheiden: het geheel van regels en beginselen waaraan 'parlementaire' wetgeving naar inhoud, vorm en procedure onderworpen is. Deze laatste term

79 Cohen en Bakker 1987: 98 en 100-102.
80 Zie hoofdstuk 7 en paragraaf 8.3.
81 Zie artikel 3:1.
82 Zoals de op 1 januari 1993 in werking getreden Aanwijzingen voor de regelgeving.
83 Waaldijk 1987b: 146.
84 De Haan 1986: 191-192.
85 Duk 1988: 156.
86 Waaldijk 1985: 4-7.

hanteer ik alleen wanneer dat ter onderscheiding van het regelgevingsrecht inzake bestuurlijke regelgeving nodig is.[87]

1.2.5 Motiveringsplichten in het regelgevingsrecht

Tot nu toe is onvoldoende studie verricht om te komen tot een systematische ordening (laat staan volledige harmonisatie of codificatie) van het regelgevingsrecht. In de literatuur (en uiteraard ook in de rechtspraak) is de aandacht tot nu toe vooral gericht geweest op die onderdelen van geschreven regelgevingsrecht waarin aan de rechter al lange tijd een toetsende rol is toegekend. De laatste jaren komt daar wel enige verandering in (door de grondwetsherziening, en door de royale aandacht voor ongeschreven beginselen in rechtspraak, adviezen van de Raad van State en literatuur). Toch is met name ten aanzien van '*parlementaire*' wetgeving nog nauwelijks uitgekristalliseerd welke eisen voortvloeien uit *ongeschreven* regelgevingsrecht. Mede daarom is deze studie gericht op de betekenis voor 'parlementaire' wetgeving van als zodanig nauwelijks in het geschreven regelgevingsrecht vermelde normen: motiveringsplichten.

Daartoe wordt gezocht naar aanwijzingen voor het bestaan van motiveringsplichten in de voornaamste ook voor de wetgever relevante onderdelen van het regelgevingsrecht:

- verdragen en daarbij behorende jurisprudentie en commentaren (hoofdstuk 3);
- de Grondwet en daarbij behorende totstandkomingsstukken en commentaren (hoofdstuk 4);
- wetgevingsgewoonten en rechtsovertuigingen ter zake zoals die blijken uit wetten, reglementen van orde, de Aanwijzingen voor de regelgeving, legisprudentie en literatuur (zie de hoofdstukken 5, 6 en 7).

Daarnaast omvat het regelgevingsrecht een toenemende hoeveelheid jurisprudentie die niét op verdragen is gebaseerd. Rechtstreeks heeft deze rechtspraak slechts betrekking op lagere regelgeving.[88] Indirect speelt zij echter ook een rol bij de ontwikkeling van door de wetgever in acht te nemen regelgevingsrecht. Dat ook het Nederlandse beschikkingenrecht en het institutionele Europese-Gemeenschapsrecht — als sterk ontwikkelde vormen van publiek besluitenrecht — indirect van invloed kunnen zijn op de ontwikkeling van Nederlands regelgevingsrecht, spreekt bijna vanzelf.[89]

In de meeste — nog zoekende en tastende — beschouwingen over regelgevingsrecht nemen motiveringsplichten geen belangrijke plaats in. Dat is vreemd. Een motiveringsplicht is immers bij uitstek een toetsingscriterium dat ruimte laat voor de eigen politieke inzichten van het besluitnemende orgaan.[90] Daardoor kan het stellen van motiverings-

87 Bijvoorbeeld in paragraaf 8.3.
88 Zie paragraaf 8.3.
89 Zie de paragrafen 8.6 en 9.2.3.
90 Zie paragraaf 1.1.5 en 1.1.6.

plichten helpen om de onderworpenheid van de wetgever aan het recht te verzoenen met het verlangen van regering en volksvertegenwoordiging om door wetgeving politieke wensen te vervullen.

Indien men bezwaren heeft tegen een primaat van het recht (of zelfs van de rechter) over de wet, zal men gemakkelijker akkoord gaan met een motiveringsplicht voor de wetgever dan met meer inhoudelijke bovenwettelijk rechtsnormen. En indien men aanvaardt dat de wetgever onderworpen is aan bepaalde inhoudelijke rechtsnormen en dat wetten daaraan zelfs rechterlijk getoetst kunnen worden, kan onderwerping en toetsing aan motiveringsplichten geen bezwaren opleveren.

1.3 Motief, motivering, toelichting

1.3.1 Motivering: het kenbaar maken van motieven

Enthousiast maken, een van de betekenissen van het woord *motiveren*,[1] is niet het onderwerp van deze studie. Het gaat hier immers niet over het motiveren van mensen, maar over het motiveren van (rechts-) handelingen. Toegepast op handelingen betekent *motiveren* volgens Van Dale: 'van argumenten voorzien'.[2]

Er kan trouwens wel verband bestaan tussen de twee hoofdbetekenissen van het woord. Plato wees er al op dat het motiveren van wetten gebruikt kan worden als middel om mensen te motiveren. In zijn dialoog *Wetten* laat hij een vreemdeling uit Athene een pleidooi houden voor wetsformulering waarin bedreiging met overreding wordt gecombineerd. Die methode zou de voorkeur verdienen boven formulering volgens 'de enkelvoudige methode', waarin slechts een gebod en een sanctie worden genoemd.[3]

Juristen gebruiken het woord *motivering* voor drie verschillende zaken:

(a) het kenbaar maken van redenen voor een voorstel of besluit;
(b) de tekst waarin redenen voor een voorstel of besluit kenbaar worden gemaakt;
(c) de (al dan niet reeds kenbaar gemaakte) bewuste redenen voor een voorstel of besluit.

De tweede betekenis is direct afgeleid van de eerste. Uit het zinsverband blijkt steeds of menselijk handelen (a) dan wel een stuk tekst (b) bedoeld wordt. Daarom gebruik ik het woord 'motivering' hier in beide betekenissen.

In deze studie zou het echter al te verwarrend zijn om het woord ook in de derde betekenis te hanteren. Daarom duid ik de bewuste redenen voor een voorstel of besluit (c) aan met het woord *motieven*. Motieven bevinden zich in de hoofden van de personen die een besluit nemen of een voorstel doen. Mensen kunnen hun zich al dan niet bewust

1 Van Dale/Sterkenburg 1991.
2 Van Dale/Sterkenburg 1991.
3 Plato, *Wetten*, Boek IV, 721.

zijn van hun redenen.[4] Dat geldt ook voor personen die een ambt bekleden. Hun bewuste redenen (hun motieven) kunnen zij al dan niet tot uitdrukking brengen in een motivering.[5] Onbewuste redenen kunnen niet kenbaar gemaakt worden.

Men moet aan volstrekt redeloze mensen of aan op hol geslagen verkeerslichtencomputers denken om zich een besluit zonder motieven voor te stellen. Besluiten zonder motivering zijn daarentegen goed denkbaar en veel minder zeldzaam.

Verschillende schrijvers hebben gewezen op het onderscheid tussen 'de motieven van den rechter' en de 'motivering van het vonnis'. De Jong, oud-president van de Hoge Raad, heeft betoogd dat de 'motivering van het vonnis' in de praktijk vrijwel nooit overeenkomt met de eigenlijke motieven van de rechter. Rechters zouden de gedachten die hen naar een bepaalde conclusie hebben geleid, immers vrijwel onmiddellijk vergeten. Bij het schrijven van het vonnis zouden rechters vervolgens trachten hun eigen vergeten gedachtengang in een sterk gerationaliseerde en sterk geconcentreerde (en daardoor onvolledige) vorm te herhalen.[6] Crombag, De Wijkerslooth en Cohen spreken in dit verband van het onderscheid tussen de psychologie en de methodologie van rechterlijke beslissingen. Bij het motiveren van hun beslissingen zouden rechters hun oorspronkelijke denkwerk rationeel reconstrueren volgens de regels van een methodologie.[7] In zijn Amsterdamse intree-rede heeft Enschedé het niet-overeenkomen van motivering en motieven verklaard met de onmogelijkheid om een — gedeeltelijke onbewust — psychisch gebeuren volledig met woorden te beschrijven; vooral bij andere dan ja-nee-vragen zou het rechters slechts mogelijk zijn om 'benaderend' te motiveren, bijvoorbeeld bij vragen van straftoemeting.[8]

Dat de motiveringen van vonnissen niet overeenkomen met de motieven van rechters is ook in overeenstemming met de grondwettelijke motiveringsplicht.[9] Waar de Grondwet spreekt van de 'gronden' waarop de vonnissen rusten, worden niet de motieven van de rechter bedoeld, maar 'de gronden (...) die hij tegenover de buitenwereld als de gronden van de beslissing wil laten gelden'.[10] De bestuursrechtelijke motiveringsplicht houdt in, dat duidelijk moet worden gemaakt 'wat het ambt waarvan de beschikking afkomstig is, aan gronden voor ogen had (althans geacht wil worden te hebben gehad) toen het tot zijn beslissing kwam'.[11]

Toch zal motivering meestal wel enigszins gebaseerd zijn op werkelijke motieven:

> 'Als een rationele reconstructie is een stapsgewijze beschrijving die weergeeft hoe het redeneerproces zou hebben moeten verlopen ware het strikt rationeel uitgevoerd, en nemen wij aan dat beslechters van juridische disputen daarbij niet altijd volstrekt irrationeel te werk gaan, dan mag men isomorfieën verwachten tussen delen van spontaan optredende redeneerprocessen

4 Hun beweegredenen, hun drijfveren, hun motivatie, zie Jurgens 1991b.
5 Zie Schwarze 1992: 1415.
6 F.J. de Jong 1954: 545-547.
7 Crombag/De Wijkerslooth/Cohen 1977: 14-16.
8 Enschedé 1959: 7 en 11.
9 Thans artikel 121.
10 F.J. de Jong 1954: 541; zie ook Enschedé 1959: 7.
11 Duk 1990: 64.

bij het oplossen van casusposities en delen van de rationele reconstructie die het verkregen resultaat moet legitimeren.' [12]

Volgens Enschedé *moeten* de motieven van de rechter zelfs 'zo waarheidsgetrouw mogelijk in de motivering van het vonnis worden neergelegd'.[13] En Nicolaï acht het een 'evidente regel' dat het bestuur de waarheid dient te spreken.[14]

Ook van de leden van regering en Staten-Generaal mag verlangd worden dat zij niet onwaarachtig spreken en schrijven. Indien zij wetgeving trachten te rechtvaardigen met zwakke en gezochte motiveringen die niet hun werkelijke motieven inhouden, vallen zij 'niet zelden' door de mand.[15] Volgens Kistenkas doet ook bij 'symboolwetgeving' zich het geval voor dat 'het officiële doel niet het werkelijke doel blijkt te zijn'. Hij vindt dat staatsrechtelijk 'minder fraai'.[16]

Om zowel het onderscheid als het verband tussen motieven en motivering goed in het oog te houden, zou ik motivering hier willen omschrijven als *het kenbaar maken van motieven voor een voorstel of besluit*. Het gebruik van het woord 'motieven' zonder bepaald lidwoord in deze omschrijving drukt uit dat een motivering vrijwel nooit een volledige weergave van alle motieven zal (kunnen) zijn. Deze omschrijving van 'motivering' maakt het bovendien mogelijk om het verband te bespreken tussen rechtsregels die betrekking hebben op motieven en rechtsregels die betrekking hebben op motivering. Daarover gaat de volgende paragraaf.

Aan wie de motieven kenbaar gemaakt (moeten) worden, kan verschillen. Soms zal de motivering gericht zijn tot iedereen die er kennis van wil nemen. In andere gevallen zal de motivering vooral of uitsluitend gericht zijn tot enkele direct betrokkenen.[17] Motivering kan zowel in het openbaar, als in het geheim plaats vinden. In beide gevallen wordt het voorstel of besluit verantwoord. De woorden 'motivering' en 'verantwoording' kunnen door elkaar gebruikt worden.[18]

12 Crombag/De Wijkerslooth/Cohen 1977: 15.
13 Enschedé 1959: 4.
14 Nicolaï 1990: 415.
15 Aldus Schaper 1993: 217-224, die wijst op de zaken waarin de Duitse regering het *Reinheitsgebot* en de etiketteringsvoorschiften ten aanzien van *Sekt* en *Weinbrand* tevergeefs trachtte te rechtvaardigen: Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen 12 maart 1987, 178/84, en 20 februari 1975, 12/74.
16 Kistenkas 1993: 42; zie ook Van der Vlies 1984: 80-81 en Waaldijk 1987c: 113-114.
17 Mede-beslissers, toezichthouders of belanghebbenden; zie hoofdstuk 2.
18 Zie bijvoorbeeld: Van Leeuwen 1990: 142, zoals aangehaald in paragraaf 1.1.3; Belinfante/De Reede 1991: 22, zoals aangehaald in paragraaf 1.2.4; aanwijzing 212 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, besproken in paragraaf 5.4.

1.3.2 Regels over motieven en regels over motivering

In alle takken van het recht, dus ook in het regelgevingsrecht, zijn vele rechtsregels van toepassing ongeacht de motieven van degene die het verbodene, gebodene of toegelatene doet of zou willen doen. Dat zijn de *motief-neutrale* regels.

Zowel in het regelgevingsrecht als in vele andere rechtsgebieden (zoals het strafrecht, het overeenkomstenrecht en het bestuursrecht) komen echter ook *motief-afhankelijke* regels voor. Die stellen het al dan niet ver- of geboden zijn afhankelijk van de motieven van degenen tot wie de regels zich richten.

Soms leidt de aanwezigheid van bepaalde motieven ertoe dat bepaalde handelingen ontoelaatbaar worden. Bijvoorbeeld: het wegnemen van een goed wordt tot strafbare diefstal indien de dader dat doet 'met het oogmerk om het zich wederrechtelijk toe te eigenen'; en het discrimineren van personen wordt tot een strafbare overtreding indien men dat bijvoorbeeld doet 'wegens hun ras'.[19] Vaker komt het voor dat rechtsregels voor de rechtmatigheid van bepaalde handelingen motieven van een bepaald soort eisen. Zo kan het ontslag van werknemers rechtmatig worden wanneer dat geschiedt wegens een 'dringende' of 'gewichtige' reden;[20] en het maken van onderscheid op grond van burgerlijke staat kan rechtmatig worden wanneer men daarvoor een redelijke en objectieve reden heeft.[21] Ook het als 'materieel motiveringsbeginsel' bekend staande beginsel van behoorlijk bestuur[22] heeft betrekking op motieven — en niet op motiveringen.[23] Voor de rechtmatigheid van besluiten eist deze regel, dat zij berusten op deugdelijke (draagkrachtige) motieven.

Belangrijke voorbeelden van motief-afhankelijke regels in het regelgevingsrecht zijn de verdrags- en grondwetsbepalingen waarin 'doelcriteria' zijn opgenomen.[24] Zo houdt artikel 8 van de Grondwet in dat de wetgever de verenigingsvrijheid alleen mag beperken indien hij als motief 'het belang van de openbare orde' heeft. En zo houdt artikel 36 van het EG-Verdrag in dat een nationale regelgever de invoer van goederen allen mag beperken ter bescherming van bepaalde belangen, zoals bijvoorbeeld de gezondheid van personen, dieren of planten. Ook het discriminatieverbod wordt meestal als motief-afhankelijke regel gelezen: het motief (van de wetgever) tot ongelijke behandeling moet objectief en redelijk zijn.[25]

Een belangrijk verschil tussen motief-neutrale en motief-afhankelijke regels ligt in de mate waarin toezicht op de naleving mogelijk is. Motieven zijn immers niet rechtstreeks kenbaar. In het recht zijn diverse technieken ontwikkeld om motief-afhankelijke regels toch te kunnen handhaven. Eén van die technieken is de motiveringsplicht. Door het eisen van motivering wordt bereikt dat (de) motieven voor een besluit of voorstel kenbaar worden gemaakt. 'The duty to give reasons does (...) ensure that a certain level

19 Zie de artikelen 310 en 429quater van het Wetboek van Strafrecht.
20 Zie artikel 1639o en volgende van boek 7A van het Burgerlijk Wetboek.
21 Aldus bijvoorbeeld het rapport *Gelijk in de praktijk* 1990: 10.
22 Thans artikel 4:16 van de Algemene wet bestuursrecht.
23 Duk 1990: 64-65; zie paragraaf 8.2.1.
24 Zie de paragrafen 3.1.3, 3.2 en 4.6.3.
25 Zie de paragrafen 3.1.6 en 4.6.2.

of publicity is given to the motives of the legislature'.[26] Pas dan kan nagegaan worden of die motieven door de beugel kunnen — en dus of het besluit of voorstel rechtmatig is.[27]

Tussen motiveringsplichten en motief-afhankelijke-regels bestaat dus een belangrijke samenhang.[28] Bij de laatst genoemde categorie gaat het om de *deugdelijkheid van de kenbare motieven*. Bij de eerste categorie gaat het om de kenbaarheid van motieven — en dus onder meer ook om de *kenbaarheid van de (on)deugdelijkheid van die motieven*.

Deze studie gaat niet over de vraag wat aanvaardbare motieven voor wetgeving kunnen zijn. Uitgangspunt is wel de constatering dat velen (op grond van juridische, politieke en morele standpunten) bepaalde motieven (bepaalde doelen) voor bepaalde vormen van wetgeving afwijzen of juist verlangen, en dat allerlei personen en organen buiten de wetgever er dus belang bij kunnen hebben dat de motieven van 'de wetgever' kenbaar worden (zoals 'de wetgever' er belang bij kan hebben dat zijn motieven verborgen blijven). Onderzocht wordt in hoeverre het recht eist dat motieven voor wetgeving kenbaar worden gemaakt.

1.3.3 Eigenaardigheden van de motivering van wetten en wetsvoorstellen

In een aantal opzichten is de motivering van wetgeving een eigenaardige vorm van motivering. Dat hangt samen met enkele eigenaardigheden van wetgeving.[29]

In de eerste plaats maakt motivering van wetgeving veelal deel uit van het algemenere verschijnsel van toelichting van wetgeving. In literatuur en jurisprudentie is de aandacht jaren lang vooral gericht geweest op de bijdrage die door toelichting geleverd kan worden aan begrijpelijkheid en interpretatie. Door die eenzijdigheid is *motivering als specifieke vorm van toelichting van wetgeving* wat aan de aandacht van rechtspraktijk en -wetenschap ontsnapt.

Wetgeving kan op verschillende manieren worden toegelicht. Schrijvend over de betekenis die voorlichting kan hebben voor de effectiviteit van wetgeving, onderscheidt Van Woerkum drie sub-functies van dergelijke voor- of toelichting voor de effectiviteit van wetgeving:[30]

— verduidelijking van de boodschap;
— acceptatiebevordering door vermelding van het waarom van de wet;
— 'poenale voorlichting', dat wil zeggen het verstrekken van informatie over de sancties die op overtreding van de wet staan.[31]

26 Schwarze 1992: 1415.
27 Dit is trouwens maar een van de verschillende functies van motiveringsplichten; zie daarover de paragrafen 1.1.1 en 9.2.4.
28 Zie Bijloos en Lindner 1993: 145 en Cohen 1981: 96. Zie ook paragraaf 8.2.4.
29 Waarvan enkele al aan de orde zijn gekomen in paragraaf 1.2; zie ook hoofdstuk 2 en Waaldijk 1987c.
30 Waarvan de laatste twee ook al door Plato werden onderscheiden, zie paragraaf 1.3.1.
31 Van Woerkum 1988: 328-330.

In een memorie van toelichting en in vergelijkbare teksten wordt veelal geprobeerd de boodschap van de voorgestelde wet te verduidelijken met parafraseringen van de inhoud, met aanduidingen van samenhang tussen regels, of met verwijzingen naar geschiedenis en toekomst.[32] Deze vorm van toelichting maakt, evenmin als de zelden in memories van toelichting voorkomende 'poenale voorlichting', geen deel uit van het onderwerp van deze studie. Het gaat hier slechts om de tweede door Van Woerkum onderscheiden vorm van toelichting: het vermelden van het waarom van wetgeving, het verantwoorden van wetgeving.[33]

In de tweede plaats gaat het bij de motivering van wetgeving om *motivering van algemene normen*. Over de analytische aspecten daarvan is weinig geschreven. Weinberger wijdt er enkele pagina's aan.[34] Hij onderscheidt drie vormen van 'Normenbegründung' (waar hij zowel de motivering van bestaande wetten als de motivering van wetsvoorstellen onder begrijpt):

— afleiding uit geldende andere normen;
— afleiding uit een regulier 'Normsetzungsprozeß';
— inhoudelijk-waarderende motivering (die zowel 'auf der Basis des Zweckhintergrundes des Normenordnung' kan worden verricht als 'vom Standpunkt eines anderen Normen- oder Wertesystems').

De derde vorm noemt hij 'die eigentliche Problematik der Normbegründungstheorie'. Ook ik schenk slechts zijdelings aandacht aan de eerste twee vormen.[35] Evenals Weinberger ga ik hier dus vooral in op inhoudelijk-waarderende motivering, en wel met name op:

— motivering van de (politieke) wenselijkheid van wetsbepalingen in het licht van bepaalde doelen,
— motivering van de (juridische) aanvaardbaarheid van wetsbepalingen in het licht van hogere rechtsnormen.

Zo opgevat zal wetgevingsmotivering nog minder vaak dan rechterlijke motivering volledig en logisch sluitend kunnen zijn.[36] Juist ook omdat wetgevingsbeslissingen vrijwel nooit een ja-nee-karakter hebben, zal hooguit een 'benaderende' motivering mogelijk zijn.[37] Dat wil echter niet zeggen dat goede, rationele wetsmotivering niet

32 Zie paragraaf 5.4.1.
33 Wat overigens niet alleen van belang is voor de acceptatie en effectiviteit van wetgeving; zie de paragrafen 1.1.1 en 9.2.4.
34 Weinberger 1989: 254-257.
35 De tweede vorm kan worden waargenomen in het wetsformulier: 'de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal', terwijl de eerste vorm zich soms vertoont in de considerans, bijvoorbeeld wanneer verwezen wordt naar de in de wet uitgewerkte richtlijn van de Europese Gemeenschap; zie de paragrafen 5.2.2.1 en 5.2.2.2.
36 Zie Barendrecht 1993: 39-42.
37 Enschedé 1959: 11; zie paragraaf 1.3.1.

mogelijk is.[38] Met Weinberger kan men stellen dat het kenmerk van rationele norm-motivering is, 'daß sie eine geordnete Gesamtheit von Erkenntnissen, rationale Analysen und Willensentscheidungen ist'.[39]

Met dit algemene karakter van wetgeving hangen twee andere eigenaardigheden samen. Vrijwel alle wetten bestaan — anders dan de meeste rechterlijke uitspraken en bestuurlijke besluiten — uit een veelheid van onderdelen (artikelen, bepalingen) die elk gemotiveerd zouden kunnen worden. Daardoor rijst de vraag of al die onderdelen gemotiveerd moeten worden, wanneer 'de wet' gemotiveerd moet worden.[40] Bovendien hebben wetten — anders dan vele rechterlijke uitspraken en bestuurlijke besluiten — een min of meer permanent karakter. Dat betekent dat er na verloop van tijd een discrepantie kan groeien tussen de motieven die ooit tot vaststelling van de wet hebben geleid enerzijds, en de motieven die tegenwoordig ten grondslag liggen aan de handhaving (de niet-intrekking) van de wet anderzijds. Dit roept de vraag op of eventuele motiveringsplichten ook betrekking hebben op de motieven die nu ten grondslag liggen aan handhaving van vroeger vastgestelde wetten.[41]

In de derde plaats zijn wetten *collectieve beslissingen*. De problematiek is bekend uit de vele geschriften over wetsinterpretatie volgens 'de bedoelingen van de wetgever'.[42] Dat alle leden van de wetgevende organen vóór een bepaalde wet zijn, is een zeldzaamheid. En binnen de voor-stemmende meerderheid kunnen verschillende personen verschillende motieven hebben gehad en verschillende motiveringen hebben uitgesproken. Onduidelijk blijft of alle voor-stemmers de argumenten van de indieners tot de hunne hebben gemaakt. Anders dan in rechterlijke uitspraken,[43] wordt bij wetten nauwelijks gezamenlijk een motivering geformuleerd. Motiveringen van de gehele (meerderheid van de) wetgever kan men eigenlijk alleen aantreffen in de — veelal nietszeggende — considerans.[44]

Hoewel het dus moeilijk is om bij een wet 'de motivering van de wetgever' aan te wijzen, wordt wetgeving toch veelvuldig gemotiveerd.[45]

De voornaamste vorm daarvan is de *motivering van voorstellen van wet* in memories van toelichting en in latere van de verantwoordelijke ministers of kamerleden afkomstige stukken en betogen.[46] Daarnaast worden wetsontwerpen en voor- of vastgestelde wetten onder meer gemotiveerd tijdens overleg binnen de regering, in kamercommissies en plenaire debatten, en soms ook voor de Nederlandse of Europese rechter.

38 Zoals Troper 1978: 295-296 lijkt te menen.
39 Weinberger 1989: 256.
40 Zie paragraaf 9.1.1 en 9.3.3.
41 Zie de paragrafen 3.1.7.2 — 3.1.7.4, 4.5.4.4, 5.2.3, 9.1.2.4, 9.1.2.6 en 9.3.2.3.
42 Zie ook Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 1993: 333-334 over de motivering van besluiten van vertegenwoordigende organen.
43 Waarin *dissenting* en *concurring opinions* in Nederland niet voorkomen.
44 Zie paragraaf 5.2.
45 Zie hoofdstuk 5.
46 De term 'voorstel van wet' is de officiële aanduiding van de voor een wet ontworpen tekst waarmee de ministerraad heeft ingestemd, of die door een of meer leden bij de Tweede Kamer aanhangig is gemaakt. Zolang dat nog niet is gebeurd heet de tekst 'wetsontwerp'. Zie paragraaf 5.4.1.

Geen van deze motiveringen kan zonder meer toegeschreven worden aan 'de wetgever'.[47] Wel zou men kunnen stellen dat de betrokken (leden van) deelorganen van de wetgever door deze motiveringen uitvoering geven aan motiveringsplichten die op 'de wetgever' als zodanig rusten. Daarom ga ik in deze studie over de motiveringsplichten van de wetgever ook in op de motivering van wetten, wetsvoorstellen en wetsontwerpen door (leden van) deelorganen van de wetgever.[48] Waar nodig sta ik stil bij de vraag op wie van hen de te vinden motiveringsplichten in eerste instantie rusten.

1.4 Opzet van deze studie

1.4.1 Probleemstelling

Naast ergernis en verontwaardiging ligt vooral verbazing aan deze studie ten grondslag:

— ergernis over de chaos van toelichtende en motiverende teksten die in de loop van wetgevingsprocedures worden afgescheiden, en waaraan sommige uitleggers van wetten en wetsvoorstellen zelfs bijna zoveel gezag toekennen als aan de wet zelf;[1]
— verontwaardiging over het bestaan van vrijwel onschendbare wetsbepalingen waarvoor nooit een deugdelijk argument is aangevoerd;[2]
— verbazing, dat ondanks de grote algemeenheid van het motiveringsbeginsel in het recht, en ondanks de toenemende erkenning van de onderworpenheid van de wetgever aan dat recht, nog nauwelijks motiveringsplichten van de wetgever als juridisch leerstuk tot ontwikkeling zijn gekomen.[3]

Van Van Maarseveen had ik geleerd dat het aardig zou kunnen zijn om na te gaan of regels die voor rechter of bestuur gelden, ook voor de wetgever gelden.[4] Toen ik in 1984 aan deze studie begon, werden eisen van rechtszekerheid en gelijkheid evenzeer aan de wetgever gesteld als aan rechter en bestuur.[5] Voor motiveringseisen gold dat niet. Toen ik deze studie vrijwel voltooid had, bracht Van Rijn van Alkemade 'mijn' verbazing als volgt onder woorden:

> 'Mijmerend over het onderwerp komt men al gauw tot de constatering van een paradoxale situatie: hoeveel is er niet geschreven over de motivering van rechterlijke beslissingen en hoe weinig over de motivering van wetgeving. (...) (O)mdat dit onderwerp althans naar mijn gevoel

47 Zie paragraaf 5.4.1 over het gebruik van wetshistorisch materiaal bij de interpretatie van wetten.
48 Vergelijk Van Rijn van Alkemade 1993: 57.
1 Ik wijs slechts op de eindeloze beschouwingen inzake uitzonderingen voor levensbeschouwelijke instellingen bij de elkaar opvolgende voorstellen voor een Algemene wet gelijke behandeling; zie Kamerstukken II, 20501 en 22014; zie Waaldijk en Tielman 1984 en Waaldijk 1991d.
2 Ik noem slechts het samenstel van bepalingen, zoals artikel 33 van boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, waaruit de heteroseksuele exclusiviteit van het huwelijk wordt afgeleid; zie Waaldijk 1987d, 1991c, 1992a en 1992b.
3 Zie de paragrafen 1.1 en 1.2.
4 Zie het begin van paragraaf 1.2.
5 Zie bijvoorbeeld het toen verschenen proefschrift van Van der Vlies; zie daarover paragraaf 7.4.4.

wel zeer essentieel is, had ik verwacht er meer over te kunnen vinden dan het verdienstelijke artikel van Mr R.M. van Male "Geen wetgeving zonder motivering."[6] Zonder twijfel zal het onderwerp in verhandelingen van algemene strekking over de wetgeving zijn plaats hebben gekregen, maar een speciaal op de motivering toegespitst verhaal is blijkbaar zeldzaam. Hoe is dat te verklaren? Waarom veel aandacht voor de motivering door de rechter in beslissingen die vandaag worden gegeven en morgen al weer zijn vervluchtigd (...), waarom zo weinig aandacht voor motivering van de wetgever, wiens produkten zoveel ingrijpender zijn en zoveel langer moeten meegaan? (...) Ik kan een paradox constateren, maar niet verklaren. Verontrusting kan ik daarover niet voelen, wel verbazing dat de wetenschap niet gretiger op dit wezenlijke aspect van wetgeving is ingegaan. Het is interessant genoeg!' [7]

Dit verbazingwekkende gat in de Nederlandse rechtsleer hoeft niet te betekenen dat ook het recht zelf een lacune bevat. In de paragrafen 1.1 en 1.2 bleek dat een verplichting voor de wetgever om zijn besluiten te motiveren zeer voor de hand ligt. Daarom leek het de moeite waard om in diverse rechtsbronnen na te gaan welke motiveringsplichten krachtens geldend recht op de wetgever rusten. Deze studie is vooral een verslag van die met enige gretigheid verrichte speurtocht. Verscheidene hele en halve, algemene en bijzondere motiveringsplichten voor de wetgever werden inderdaad gevonden: de speurtocht werd een sprokkeltocht.

De eerste hoofdvraag van dit onderzoek is positiefrechtelijk van aard en luidt:

Welke motiveringsplichten rusten krachtens nationaal en internationaal recht op de Nederlandse wetgever?

Daarbij let ik met name op de volgende deelvragen:

— *Wat?* Welke aspecten van een wet moeten gemotiveerd worden? Al haar onderdelen? Haar wenselijkheid, noodzakelijkheid en/of rechtmatigheid?
— *Wanneer, wie?* In welk stadium van het wetgevingsproces moet er gemotiveerd worden? Reeds vóór de indiening? Ook nog ná bekrachtiging en inwerkingtreding (bijvoorbeeld bij aanvechting voor de rechter)? Welke van (de leden van) de deelorganen van de wetgever zijn verantwoordelijk voor de nakoming van de motiveringsplichten van de wetgever?
— *Status?* Wat is de juridische rang van de diverse motiveringsplichten van de wetgever? Is ook de rechter bevoegd aan deze plichten te toetsen?
— *Waarom?* Wat zijn de motieven die ten grondslag liggen aan het stellen van motiveringseisen aan de wetgever? Wat is de verhouding van de motiveringsplichten tot andere regels van regelgevingsrecht?

Daarnaast wordt in het verlengde van de eerste een tweede hoofdvraag in het onderzoek betrokken. Deze heeft een rechtspolitiek karakter en luidt:

6 Dat is: Van Male 1990.
7 Van Rijn van Alkemade 1993: 61-62.

Hoe kunnen de diverse motiveringsplichten van de wetgever zodanig aangevuld en vormgegeven worden, dat zij hun functies als deel van het regelgevingsrecht optimaal kunnen vervullen?

Ook hierbij let ik vooral op enkele deelvragen:

— *Wat?* Tot welke aspecten van wetgeving zouden de motiveringsplichten van de wetgever moeten worden uitgebreid?
— *Wanneer, wie?* In welk stadium zouden (welke leden van) welke deelorganen van de wetgever deze motiveringsplichten het beste kunnen nakomen?
— *Status?* Verdient het aanbeveling om motiveringsplichten van de wetgever (nader) vast te leggen?

1.4.2 Plan van behandeling

In hoofdstuk 2 wordt nog niet gezocht naar antwoorden op de hoofdvragen van deze studie, maar wordt de mogelijkheid van motiveringsplichten voor de wetgever verkend aan de hand van enkele inzichten uit de argumentatieleer. Nagegaan wordt of in de voornaamste fasen van het wetgevingsproces voldaan kan zijn aan de voorwaarden die in de argumentatieleer wel aan de toepasselijkheid van een motiveringsplicht worden gesteld. In het voorbijgaan wordt de lezer hier al vertrouwd gemaakt met allerlei elementen die in de volgende hoofdstukken naar voren zullen komen.

In de hoofdstukken 3 tot en met 8 gaat het vooral om de eerste hoofdvraag. Toch worden ook in die hoofdstukken al enkele voorstellen gedaan voor ordening, aanvulling en vormgeving van de gevonden motiveringsplichten. In deze hoofdstukken worden de voornaamste *bronnen van het recht* onderzocht op aanwijzingen voor het bestaan van motiveringsplichten voor de wetgever. Begonnen wordt met de bron die zelfs in rechte een bovenwettelijke status heeft:

— verdragsrecht, inclusief relevante jurisprudentie (hoofdstuk 3).

Daarna volgen rechtsbronnen die volgens het Nederlandse staatsrecht wel een bovenwettelijke status (kunnen) hebben, maar in rechte niet tegen wetten kunnen worden ingeroepen:

— Grondwet (hoofdstuk 4);
— gewoonterecht, waarbij ook de reglementen van orde en de Aanwijzingen voor de regelgeving ter sprake komen (hoofdstuk 5).

Vervolgens worden (ken)bronnen van het recht besproken die formeel geen bovenwettelijke status hebben, maar die toch een rol spelen bij de ontwikkeling en herkenning van ook voor wetgeving relevante regels van regelgevingsrecht:

— wetten, en met name de pogingen van de wetgever om zichzelf boven en onder de wet te plaatsen door regels te stellen over de motivering van wetgeving (hoofdstuk 6);
— rechtsgeleerde literatuur (hoofdstuk 7);
— het voorbeeld van het recht in twee andere rechtsgebieden, namelijk het Nederlandse bestuursrecht en het institutionele recht van de Europese Gemeenschap (hoofdstuk 8).

In het concluderende hoofdstuk 9 worden de resultaten van het onderzoek naar motiveringsplichten geordend en uitgewerkt. Dit hoofdstuk bevat zowel een samenvatting van de bij de positiefrechtelijke hoofdvraag gevonden antwoorden, als een systematische bespreking van de rechtspolitieke hoofdvraag.

1.4.3 Leeswijzer

Hoofdstuk 9 bevat de kern van mijn betoog. Ten behoeve van de lezer die meer dan dat, maar minder dan alles wil lezen, is een uitgebreid register van trefwoorden, namen, regelgeving en jurisprudentie toegevoegd. De lezer die de hoofdstukken 3, 4, 5 en 7 overslaat, mist meer dan de lezer die aan de hoofdstukken 2, 6 en 8 voorbijgaat.

Ter voorkoming van teleurstelling lijkt het verstandig te wijzen op enkele onderwerpen die wèl met motivering van Nederlandse wetgeving in verband gebracht kunnen worden, maar die op zichzelf *niet* tot het onderwerp van deze studie behoren:

— toelichting van wetteksten als middel om de inhoud van wetten te verhelderen;[8]
— retoriek en argumentatie in memories van toelichting;[9]
— het gebruik van wetshistorisch materiaal bij de interpretatie van wetten;[10]
— motivering van bestuurlijke besluiten van algemene strekking;[11]
— motivering van rechterlijke uitspraken en bestuurlijke beschikkingen;[12]
— motivering van wetgeving in andere landen.[13]

Daarnaast zijn er verschillende onderwerpen die — in meer dan één hoofdstuk — een ruimere behandeling krijgen dan het thema van deze studie zou kunnen doen vermoeden:

— beginselen van behoorlijke regelgeving;[14]
— samenwerkingsprocedures tussen en binnen de deelorganen van de wetgever;[15]

8 Zie echter de paragrafen 1.3.3, 5.4.1 en 5.4.5.4.
9 Zie echter paragraaf 1.1.4, hoofdstuk 2 en paragraaf 5.4.3.3.
10 Zie echter de opmerkingen in paragraaf 5.4.1.
11 Zie echter de paragrafen 8.3, 8.5 en 8.6.
12 Zie echter de paragrafen 1.1.1, 8.2 en 8.6.
13 Zie echter hoofdstuk 3, de paragrafen 8.5 en 8.6, alsmede de terloopse verwijzingen naar het Britse recht op de pagina's 16-17, 111-112, 125, 152-153, 197, 203, 230-231, 234-235, 249, 278, 364, 372 en 383.
14 Paragrafen 3.1, 3.2, 5.4.3.5 en 6.3, hoofdstuk 7 en paragrafen 8.3 en 8.5.
15 Paragrafen 4.1, 4.2, 4.3, 4.5, 5.4 en 5.5.

— regulering van de procedure, inhoud en vorm van wetgeving door organen lager dan de grondwetgever;[16]
— toetsing van wetgeving;[17]
— discriminatie-verbod;[18]
— beperking van grondrechten;[19]
— aspecten van homorecht.[20]

Het boek kan ook van begin tot eind gelezen worden.

Tenslotte zij de lezer gewaarschuwd voor een aantal door mij eigenzinnig gebruikte dan wel eigenhandig geïntroduceerde termen. De volgende paragraaf biedt daarvan een overzicht.[21]

1.4.4 Terminologie

Deelorgaan van de wetgever
elk van de twee organen waaruit de *wetgever* bestaat: regering en Staten-Generaal, alsmede elk van de vier organen waaruit die twee zijn samengesteld: Koningin, *minister*(s), Tweede Kamer, Eerste Kamer (paragraaf 1.2.2).

Delegatie in formele zin
overdracht van regelgevende bevoegdheid (paragraaf 4.6.3.1).

Delegatie in materiële zin
toekenning van een discretionaire beschikkingsbevoegdheid, alsmede overdracht van een regelgevende bevoegdheid die niet beperkt is tot het vaststellen van voorschriften over detailpunten die ertoe strekken de praktische toepassing van een wettelijke regeling mogelijk te maken (paragraaf 4.6.3.1).

EG-Verdrag
het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (Rome, 1957), dat ingevolge het Verdrag betreffende de Europese Unie (Maastricht, 1992) vanaf 1 november 1993 wordt aangeduid als het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (paragraaf 8.4.1).

Generalis-conforme interpretatie
een zodanige uitleg van een bijzondere wet dat deze strookt met een algemene wet (paragraaf 6.4.2).

16 Paragrafen 4.4.2, 5.1, 6.1 en 6.2.
17 Paragrafen 3.1.7, 4.4.3, 4.5, 6.4.1 en 7.6.
18 Paragrafen 3.1.6, 4.6.2, 5.4.3.5, 7.4.4, 7.5.3 en 8.3.
19 Paragrafen 3.1, 4.6.1 en 4.6.3.
20 Zie de pagina's 5, 31, 56-61, 67, 152, 157, 162-166, 212, 224, 230-232, 344, 347, 378, 383.
21 Zie ook het lijstje van gebruikte afkortingen vóór pagina 1.

Gewijzigde memorie van toelichting
de nog niet bestaande figuur van een stuk dat in de plaats komt van de memorie van antwoord (en ook van bijvoorbeeld de nota naar aanleiding van het eindverslag) en waarin de naar aanleiding van opmerkingen vanuit de kamer gewijzigde en aangevulde tekst van de oorspronkelijke memorie van toelichting is te vinden (paragraaf 5.4.5.4).

Heersend onderscheid
onderscheid ten nadele van personen die vaak of systematisch worden gediscrimineerd (4.6.2.6).

Initiatiefwet(geving)
wet(geving) waartoe door een of meer leden van de Tweede Kamer het initiatief wordt genomen; deze wordt meestal mede verstaan onder *wet(geving)* (paragrafen 1.2.1 en 1.2.2).

Legisprudentie
door de Raad van State, *ministers* of kamerleden in het kader van de formele wetgevingsprocedure uitgesproken openbare oordelen over concrete *voorstellen van wet* (paragrafen 1.2.4 en 5.1).

Minister
betekent soms ook *staatssecretaris* (paragraaf 1.2.2).

Motief
al dan niet kenbaar gemaakte bewuste reden van degene(n) die een besluit neemt/nemen of een voorstel doet/doen, om dat besluit te nemen of dat voorstel te doen (paragraaf 1.3.1).

Motivering
(1) vorm van *toelichting* van een besluit of voorstel die bestaat uit het tegenover een of meer personen kenbaar maken van *motieven* voor dat besluit of voorstel;
(2) tekst waarin dat gebeurt (paragraaf 1.3.1).

Non-tekstuele wijziging
wijziging van de inhoud van een tekst die niet tot uitdrukking wordt gebracht door wijziging van de formulering van die tekst of door vervanging van die tekst, maar door de opstelling van een andere tekst die voortaan in samenhang met de eerste tekst moet worden gelezen (paragraaf 5.4.5.4).

'Parlementaire' wet(gever/geving)
betekent hetzelfde als *wet(gever/geving)* (paragraaf 1.2.1).

Neven-wetgeving
beweringen in de toelichtende stukken bij een *wetsvoorstel* en in de parlementaire beraadslagingen daarover die een beïnvloeding van de toepassing van de voorgestelde *wet* tot doel hebben (paragraaf 5.4.1).

Pseudo-grondwetgeving
beleidsregels inzake de uitoefening van een door de Grondwet (bijvoorbeeld aan de *wetgever*) toegekende bevoegdheid (paragraaf 6.3.3).

Regelgevingsrecht
het geheel van regels en beginselen waaraan regelgeving naar inhoud, vorm en procedure onderworpen is (paragraaf 1.2.4).

Staatssecretaris
wordt meestal mede verstaan onder *minister* (paragraaf 1.2.2).

Superior-conforme interpretatie
een zodanige uitleg van een wet dat deze strookt met een hogere regel; verdragsconforme, grondwetsconforme en beginselconforme interpretatie zijn hier voorbeelden van (paragraaf 6.4.2).

Toelichting
(1) het verhelderen of motiveren van een besluit of voorstel;
(2) tekst waarin dat gebeurt (paragraaf 1.3.3).

Toetsing
het met een hogere norm vergelijken van een norm of handeling, en het bij geconstateerde onverenigbaarheid vervolgens laten prevaleren van die hogere norm (paragraaf 4.5.1).

Tekstuele wijziging
wijziging van de inhoud van een tekst door middel van wijziging van de formulering van die tekst (paragraaf 5.4.5.4).

Voorstel van wet
de voor een *wet* ontworpen tekst waarmee de ministerraad heeft ingestemd (of, in het geval van *initiatiefwetgeving*, de voor een *wet* ontworpen tekst die door een of meer leden bij de Tweede Kamer aanhangig is gemaakt) (paragrafen 1.3.3 en 5.4.1).

Wet
besluit van regering en Staten-Generaal; meestal wordt hiermee slechts gedoeld op besluiten die geen rijks-, begrotings-, goedkeurings- of onteigeningswet zijn, en die evenmin betrekking hebben op wijziging van de Grondwet, op personen die het koninklijk gezag (zouden kunnen) uitoefenen, op geldelijke voorzieningen voor kamerleden en hun nabestaanden en voor leden van het koninklijk huis, of op bepaalde bijzondere vermogensrechtelijke posities (paragraaf 1.2.1).

Wetgever
het orgaan bestaande uit regering en Staten-Generaal dat bevoegd is tot het vaststellen van *wetten* (paragraaf 1.2.2).

Wetgeving
(1) het vaststellen van *wetten* door het indienen, het eventueel wijzigen, het aannemen en het bekrachtigen van *wetsvoorstellen* (of, in het geval van *initiatiefwetgeving*, het vaststellen van *wetten* door het aanhangig maken, het eventueel wijzigen, het indienen, het aannemen en het bekrachtigen van *wetsvoorstellen*);
(2) het geheel van vastgestelde *wetten* (paragrafen 1.2.2 en 6.1.5).

Wetgevingsrecht
het geheel van regels en beginselen waaraan *wetgeving* naar inhoud, vorm en procedure onderworpen is; dit is een onderdeel van het *regelgevingsrecht* (paragraaf 1.2.4).

Wetsontwerp
de voor een *voorstel van wet* ontworpen tekst waarmee de ministerraad nog niet heeft ingestemd (of, in het geval van *initiatiefwetgeving*, de voor een *voorstel van wet* ontworpen tekst die nog niet door een of meer leden bij de Tweede Kamer aanhangig is gemaakt) (paragrafen 5.3 en 5.4.1).

Wetsvoorstel
betekent hetzelfde als *voorstel van wet*.

Zij(n)
betekent soms ook *hij/haar* en omgekeerd.

2 Discussieregel in de argumentatieleer

2.1 Motiveringsplicht als discussieregel

Niet alle motiveringsplichten zijn rechtsregels. In de argumentatieleer geldt een dergelijke plicht als 'discussieregel'.

De motiveringsplicht die volgens de argumentatieleer in het algemeen ten aanzien van beweringen bestaat,[1] geldt, volgens diezelfde argumentatieleer, slechts *indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan*. Het zou denkbaar zijn, dat bij wetgeving nooit voldaan kan zijn aan deze voorwaarden. Nadere analyse leert echter dat deze toepasselijkheidsvoorwaarden ook in de voornaamste discussiefasen bij wetgeving vervuld kunnen zijn.[2]

Een gedetailleerde formulering van toepasselijkheidsvoorwaarden van de motiveringsplicht als discussieregel is te vinden bij Van Eemeren en Grootendorst.[3] Zij onderscheiden zeven voorwaarden, die (net als bij rechterlijke en bestuurlijke beslissingen) bij wetgeving niet steeds allemaal vervuld zullen zijn:

(1) X heeft een standpunt kenbaar gemaakt.
(2) Y is het niet eens met dat standpunt.
(3) X en Y streven naar oplossing door discussie.
(4) Y vraagt om motivering.
(5) X en Y aanvaarden gezamenlijke uitgangspunten.
(6) X heeft zijn standpunt nog niet ingetrokken.
(7) X heeft zijn standpunt nog niet succesvol gemotiveerd.

Hieronder geef ik voor elk van deze zeven voorwaarden aan in hoeverre er wel aan voldaan kan zijn in vier belangrijke fasen van het proces dat een (door de regering voorgestelde) wet doormaakt, namelijk de 'discussies' tussen:

(a) regering en Raad van State;
(b) regering en parlement;
(c) 'de wetgever' en de rechtssubjecten;
(d) 'de wetgever' en 'de rechter'.

1 Zie paragraaf 1.1.4.
2 Voor eerdere versies van dit hoofdstuk werden gepubliceerd zie Waaldijk 1988 en 1991b.
3 Van Eemeren en Grootendorst 1984: 151 en 160.

2.2 Zeven voorwaarden

2.2.1 Een standpunt wordt kenbaar gemaakt

In alle vier de discussies wordt een standpunt kenbaar gemaakt. Afhankelijk van de fase luidt dat standpunt: 'dit voorstel moet worden ingediend' (a), 'dit voorstel moet worden aangenomen' (b) en 'deze wet moet worden nageleefd' (c en d).[4]

In de discussies zal het standpunt vaak toegespitst worden op een bepaald artikel of ander onderdeel van wet of wetsvoorstel. Hier ligt een belangrijk verschil met andere rechtsbeslissingen. Bij rechtspraak bijvoorbeeld zijn de uiteindelijke standpunten veelal enkelvoudig: de eis wordt wel of niet toegewezen, de verdachte wordt wel of niet veroordeeld, de bestreden beschikking wordt wel of niet vernietigd. De motivering van rechterlijke beslissingen laat zich dan ook gemakkelijk koppelen aan dat ene (stand)punt. Bij wetgeving gaat het echter meestal om hele verzamelingen bepalingen.[5] Ter vermijding van vaagheid is het daarom zinniger om eventuele motiveringsplichten niet steeds op de wet als geheel, maar op afzonderlijke wetsbepalingen te betrekken. Het te motiveren standpunt wordt dan de wenselijkheid van de opneming, de aanvaarding of de naleving van de desbetreffende bepaling.[6]

2.2.2 Het standpunt stuit op tegenstand

Aan de tweede voorwaarde zal soms wel en soms niet voldaan zijn. Veel wetgeving wordt zonder noemenswaardige tegenstand vastgesteld. En vaak zal de tegenstand zich slechts op bepaalde artikelen richten. Dat zou betekenen dat ministers een wetsvoorstel of een onderdeel daarvan alleen hoeven te motiveren, wanneer vanuit Raad van State of parlement, of rechtstreeks vanuit de samenleving, bezwaar wordt gemaakt tegen (ongewijzigde) indiening of aanvaarding van (het desbetreffende onderdeel van) het voorstel. De wetgever als zodanig zou slechts tot motivering verplicht zijn, wanneer (verwacht mag worden dat) burgers, belangenorganisaties, bestuur of rechters het standpunt dat een wet(sbepaling) moet worden nageleefd, in twijfel trekken. De tegenstand kan echter ook van 'het recht' komen — bijvoorbeeld wanneer de voorgestelde wet(sbepaling) indruist tegen een door het recht beschermd belang. Zie hierover paragraaf 2.2.4.

2.2.3 Gestreefd wordt naar oplossing door discussie

Groter zijn de problemen ten aanzien van de derde voorwaarde. Voor ministers is er geen dwingende reden om een eventueel verschil van mening met de Raad van State door discussie op te lossen. Ook zonder instemming van de Raad van State kan een

4 Zie Soeteman 1988 over de inpassing van dergelijke sturende conclusies in de argumentatieleer.
5 Zie paragraaf 1.3.3.
6 Waaldijk 1987c: 115-117.

wetsvoorstel immers ingediend worden. Toch zullen ministers vaak wel de discussie met de Raad van State aangaan (in het 'nader rapport'). Maar ook dan is die discussie beperkt van omvang: op een nader rapport reageert de Raad van State niet meer.

De voorwaarde is beter vervuld in de discussie tussen regering en parlement (b). Ook daar kunnen de ministers er voor kiezen het verschil van mening langs andere weg op te lossen dan door discussie: zij kunnen dreigen met aftreden en kamerontbinding. Die machtsmiddelen laten zich echter niet telkens opnieuw gebruiken. Mede daarom zal de regering over het algemeen toch trachten door discussie het althans met een meerderheid van elke kamer eens te worden. Omgekeerd zal ook het parlement meestal liever argumenteren, dan gebruik te maken van drastische machtsmiddelen als de verwerping van een regeringsvoorstel of de aanneming van een motie van wantrouwen.

De bereidheid van 'de wetgever' enerzijds en burgers en bestuur (de rechtssubjecten) anderzijds (c) om hun verschillen van mening over een wet door discussie op te lossen, zal veel geringer zijn. Eerstgenoemde beschikt dan immers over het wapen van de 'kracht van wet', met alle sancties van dien. De rechtssubjecten aan de andere kant zullen veelal voor die sancties wijken, dan wel aan wetsontduiking of -ontwijking gaan doen. Toch blijkt er ook wel van enige discussie tussen wetgever en rechtssubjecten gesproken te kunnen worden. Daarbij valt echter op dat het grootste deel van die discussie gevoerd wordt door anderen dan de eigenlijke partijen. De wetgever (nog steeds opgevat als formeel collectief orgaan) laat zich in deze discussie vertegenwoordigen door onder meer voorlichtingsambtenaren, rechters en politieagenten die aan de niet overtuigde burger of bestuurder nog eens het waarom van de afgekondigde wet uitleggen. Ook het parlementaire debat wordt vaak al op zo'n manier gevoerd dat ministers en kamerleden *via* Kamerstukken, Handelingen en de media als het ware aan de rechtssubjecten en hun organisaties uitleggen waarom de desbetreffende wet na afkondiging naleving zal verdienen. De rechtssubjecten op hun beurt laten zich in de discussie met de wetgever meestal vertegenwoordigen door een kritische pers en een veelheid aan belangengroepen. Hieruit kan men concluderen dat er zowel aan de kant van 'de wetgever' als aan de kant van de burgers enig streven bestaat om door discussie een oplossing van de verschillen van mening te bereiken.

Tenslotte de discussie tussen de wetgever en de rechter (d). Ook hier nemen de discussiepartners hun toevlucht tot andere middelen dan een regelrechte argumentatieve discussie. De wetgever lijkt niet veel meer naar de rechter te sturen dan een aantal van 'kracht van wet' voorziene artikelen. Rechters, aan de andere kant, kunnen wetten en feiten creatief interpreteren. Zij kunnen bovendien een wet onverbindend verklaren wegens strijd met bepaalde hogere regels. Wetgever en rechter zijn mede daardoor echter in hoge mate van elkaar afhankelijk. En dat leidt soms tot de behoefte om met elkaar in discussie te gaan. In procedures voor het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en voor de Europese Commissie en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft de regering (deelorgaan van de wetgever) de gelegenheid nog eens direct te motiveren waarom een wet niet in strijd is met hoger (Europees) recht. Bij de nationale rechter ontbeert de wetgever die mogelijkheid vooralsnog in de meeste gevallen.[7] Daar moeten deelorganen van de wetgever zich dus behelpen met de

7 Zie de paragrafen 3.1.7.3, 3.1.7.4, 5.2.3 en 9.3.2.3.

mogelijkheid om de rechter indirect, door middel van Kamerstukken en Handelingen, over de hoofden van de andere deelorganen heen, te overtuigen van de juistheid van een wet.

2.2.4 Motivering wordt verzocht

Aan de voorwaarde dat de wederpartij om motivering gevraagd moet hebben is in alle discussies wel eens, maar lang niet altijd voldaan. De Raad van State (a) vraagt in zijn adviezen over ontwerp-wetsvoorstellen geregeld om (nadere) motivering van voorgestelde bepalingen. Vaak doen kamerleden hetzelfde tijdens de schriftelijke voorbereiding van het parlementaire debat (b). En zelfs burgers en bestuurders vragen wel eens aan (leden van) de wetgever om motivering van een bestaande wetsbepaling (c). Nederlandse rechters (d) kunnen geen vragen stellen aan de wetgever. Europese rechters kunnen de regering wel uitnodigen om een omstreden wet in Luxemburg of Straatsburg te komen verdedigen.

Wat de laatste twee discussies (c en d) betreft, lijkt het verschil met rechterlijke en vooral bestuurlijke beslissingen groot. Daar vragen de door de beslissing getroffenen (evenals de door hen ingeschakelde rechters) veelvuldig om een (nadere) motivering van de gegeven beslissing. Zij hebben daar uit een oogpunt van rechtsbescherming ook direct belang bij. Hier ligt dus misschien ook een verklaring voor het onderontwikkeld zijn van het leerstuk van de verplichte wetsmotivering.

Pröpper heeft voorgesteld deze voorwaarde voor de toepasselijkheid van een motiveringsplicht wat ruimer te omschrijven dan Alexy[8] en Van Eemeren en Grootendorst[9] doen. Pröpper stelt 'dat men niet alleen argumenten moet geven wanneer andere deelnemers aan de discussie dat verlangen, maar ook wanneer verwacht mag worden dat zij dit verlangen'.[10] Zijn voorstel heeft als voordeel dat daarmee een groter deel verklaard kan worden van de soms vrij royale motiveringspraktijk van de wetgevende organen. Zij achten zich naar het lijkt ook tot motivering verplicht wanneer de andere discussiedeelnemers daar niet met zoveel woorden om vragen.

Wanneer mag verwacht worden dat een andere deelnemer een motivering zal verlangen? Volgens Pröpper is dat 'bijvoorbeeld het geval wanneer men een uitspraak doet die indruist tegen de *common sense*'.[11] Toegespitst op wetgevingsdiscussies zou men daaraan toe kunnen voegen: indien een (voorstel van) wet op gespannen voet staat met een ook de wetgever bindende rechtsnorm.

8 Alexy 1978: 239.
9 Van Eemeren en Grootendorst 1984: 160.
10 Pröpper 1989: 156.
11 Pröpper 1989: 156.

2.2.5 Gezamenlijke uitgangspunten worden aanvaard

Als gezamenlijke uitgangspunt in juridische discussies komt in eerste instantie het hogere recht in aanmerking. Voor rechter en bestuur zijn motiveringsplichten vooral ontwikkeld ter versterking van de gebondenheid van rechtspraak en bestuur aan het overige hogere recht. Barendrecht heeft zelfs geconcludeerd dat de eisen die de Hoge Raad stelt aan de motivering van rechterlijke beslissingen 'steeds samenhangen met de rechtsregels die op het bewuste gebied gelden. (...) Zijn er geen regels waarvan de naleving kan worden gecontroleerd, dan behoeft de beslissing ook niet nader te worden gemotiveerd'.[12] De opvatting dat ook de wetgever aan regels van hoger recht is onderworpen, heeft inmiddels ook in Nederland gezegevierd.[13] In Grondwet, internationaal recht, Europese-Gemeenschapsrecht en ongeschreven nationaal recht zijn rechtsnormen (regels en beginselen) ontwikkeld die als gezamenlijke uitgangspunten voor de deelnemers aan de wetgevingsdiscussies kunnen dienen.

Van de Raad van State (a) mag dan ook aangenomen worden dat hij met de regering het uitgangspunt deelt dat wetten in overeenstemming horen te zijn met hoger recht. Daarnaast kunnen bijvoorbeeld de door de ministerraad aanvaardde Aanwijzingen voor de regelgeving als gezamenlijke uitgangspunten van ministers en staatsraden worden beschouwd. Politieke uitgangspunten zullen Raad van State en regering in iets mindere mate delen.

Ook van kamerleden (b) mag verwacht worden dat zij het uitgangspunt delen dat wetgeving niet mag strijden met hoger recht. Of zij zich echter ook ten volle stellen achter de (buiten hen om vastgestelde) Aanwijzingen voor de regelgeving, is minder duidelijk. Dat een parlementaire meerderheid de politieke uitgangspunten van de regering deelt, ligt — dankzij regeerakkoorden en dergelijke — weer meer voor de hand.

Het aantal uitgangspunten dat (c) door wetgever en rechtssubjecten gezamenlijk wordt onderschreven zal zich vermoedelijk beperken tot een klein aantal fundamentele rechtsnormen en zeer algemene politieke uitgangspunten.

Van de rechter (d) tenslotte kan niet veel meer verwacht worden dan dat hij het uitgangspunt deelt dat wetten in overeenstemming met het hogere recht moeten zijn.

De belangrijkste regels van bovenwettelijk recht hebben het karakter van beginselen. Zij verzetten zich 'in beginsel' tegen bepaalde dubieuze wetsbepalingen (zoals: onderscheid op persoonskenmerken, toekenning van ongecontroleerde bestuurs-bevoegdheden, verlening van terugwerkende kracht). Wat het hogere recht de wetgever onder welke omstandigheden precies verbiedt, blijft door de woorden 'in beginsel' een probleem. Juist daarover zal in de motivering gediscussieerd kunnen worden. Daartoe reikt Alexy enkele 'Argumentationslastregeln' aan. De eerste daarvan heeft de gangbare omschrijving van het — ook de wetgever bindende — gelijkheidsbeginsel: 'Wer eine Person A anders als eine Person B behandeln will, ist verpflichtet, dies zu begründen'.[14]

12 Barendrecht 1992c: 175.
13 Zie paragraaf 1.2.4.
14 Alexy 1978: 243; zie ook Holterman 1988: 126.

2.2.6 Het standpunt is nog niet ingetrokken

Wetsvoorstellen en wetten kunnen tijdens elk van de vier onderscheiden discussies gewijzigd of ingetrokken worden. Zolang dat niet gebeurd is, is aan voorwaarde 6 voldaan.

2.2.7 Het standpunt is nog niet succesvol verdedigd

Of een wetsvoorstel succesvol is verdedigd, blijkt uit het advies van de Raad van State (a), of uit het uitblijven van parlementaire kritiek en/of uit parlementaire aanvaarding van het voorstel (b). In de discussie tussen wetgever en rechtssubjecten (c) zal men vrijwel altijd aan moeten nemen dat deze voorwaarde vervuld is, omdat het succes van een eventuele eerdere verdedigingspoging nauwelijks vast te stellen is. Ook in de discussie tussen wetgever en rechter (d) zal de voorwaarde vrijwel altijd vervuld zijn: wanneer een (Europese) rechter een omstreden wet volledig in overeenstemming met het hogere recht heeft verklaard, heeft die rechterlijke uitspraak slechts betrekking op één casus, zodat ten aanzien van andere casus-posities strikt genomen nog geen sprake is van 'succesvol verdedigd zijn'.

2.3 Conclusie

Alle zeven onderscheiden voorwaarden kunnen dus in elk van de onderscheiden wetgevingsdiscussies vervuld zijn. De laatste twee voorwaarden leveren geen enkel probleem op.[15]

Vervulling van voorwaarde 3 blijkt ten aanzien van wetgeving net zo problematisch als ten aanzien van rechtspraak en bestuur: in het recht bestaan machtsmiddelen die de discussiepartners kunnen verkiezen boven het middel van de discussie. Toch lijken ook de bij wetgeving betrokkenen de oplossing van meningsverschillen vaak te zoeken in argumentatieve discussie.

Anders dan ten aanzien van vooral bestuurlijke beslissingen blijken de voorwaarden 2 en 4 problematisch: wetgeving stuit vaak op weinig tegenstand en zeker de rechtssubjecten en hun organisaties vragen slechts bij hoge uitzondering om motivering van wetsgevingsbeslissingen. De verplichting tot wetsmotivering zou zo beperkt kunnen blijven tot gevallen van parlementaire of maatschappelijke tegenstand en van betwisting voor de rechter. Daarnaast kan men echter ook een verplichting tot motivering aanwezig achten indien *verwacht* mag worden dat Raad van State, parlement, rechtssubjecten of rechter een motivering zullen verlangen.

Anders dan ten aanzien van vooral rechtspraak blijken de voorwaarden 1 en 5 problematisch: wetten en wetsvoorstellen bestaan uit vele artikelen en zijn slechts aan weinig hoger recht onderworpen. Een verplichting tot wetsmotivering lijkt dan ook met name zinnig wanneer zij wordt betrokken op bepaalde soorten bepalingen en in verband

15 Zie ook de paragrafen 8.6 en 9.2.

wordt gebracht met regels van hoger recht. Juist bij bepalingen die in lijken te druisen tegen hoger recht mag steeds verwacht worden dat een motivering verlangd zal worden.

Kortom: volgens deze argumentatieleer zou het niet onzinnig zijn om een leerstuk van verplichte wetsmotivering tot ontwikkeling te brengen. In de volgende hoofdstukken wordt nagegaan of het recht dergelijke verplichtingen al kent. Daarbij wordt ook gekeken naar andere dan de vier in dit hoofdstuk besproken fasen uit het wetgevingsproces.

3 Verdragsrechtelijke plichten

In dit hoofdstuk wordt nagegaan of uit verdragen motiveringsplichten voortvloeien voor de Nederlandse wetgever.

Het Koninkrijk der Nederlanden kan aan verdragen worden gebonden.[1] Verdragen die Nederland binden, houden 'voor alle overheidsorganen de verplichting in er uitvoering aan te geven binnen de grenzen van hun bevoegdheden'.[2] Ook de wetgever is derhalve aan verdragen gebonden, en bij gebruikmaking van artikel 92 van de Grondwet bovendien aan besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

Verdragen die de wetgever met zoveel woorden verplichten tot het motiveren van wetgeving, zijn mij niet bekend. Wel houden vele verdragsbepalingen (en daarop gebaseerde besluiten) volgens de daaraan gegeven of te geven interpretatie motiveringsplichten voor de wetgever in. Dit geldt met name voor bepalingen inzake mensenrechten en inzake het vrij verkeer in de Europese Gemeenschap.[3]

Het voert te ver om hier een volledig overzicht te geven van alle verdragsrechtelijke motiveringplichten van de wetgever. Voor het doel van deze studie is het voldoende om aan te tonen dat belangrijke internationale regels een zodanige structuur hebben, dat zij (volgens rechtspraak en literatuur) tot motivering van wetgeving nopen. Daarom volsta ik met een bespreking van motiveringsplichten die afgeleid (kunnen) worden uit enkele bepalingen van mensenrechtenverdragen (paragraaf 3.1). Daarna geef ik kort enkele voorbeelden van motiveringsplichten voor de Nederlandse wetgever die uit het recht van de Europese Gemeenschap kunnen voortvloeien (paragraaf 3.2).

De bevoegdheden en verplichtingen van wetgevende en rechterlijke organen om wetgeving te toetsen aan internationaal recht — en de daaruit voortvloeiende motiveringsplichten — komen aan bod in de paragrafen 4.5.2 en 4.5.4.1.[4]

3.1 Mensenrechten

3.1.1 Mensenrechten en motiveringsbeginsel

Verplichten de mensenrechtenverdragen tot motivering van wetgeving?

In de tekst van deze verdragen is het motiveringsbeginsel — anders dan bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel — niet met zoveel woorden terug te vinden. Bij de toepassing

1 Artikel 91 Grondwet.
2 Van Dijk 1988: 176.
3 Van Male 1990: 288.
4 De motiveringsplichten die volgens de verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen rusten op de regelgevende instellingen van die Gemeenschappen, komen aan de orde in paragraaf 8.5.

van de mensenrechtenverdragen spelen naast in die verdragen uitgeschreven beginselen echter ook allerlei ongeschreven beginselen een vooraanstaande rol.[5] Zozeer zelfs dat Alkema de volgende stelling heeft geponeerd:

> 'De beginselen waaraan de rechtmatigheid van de wet kan worden afgemeten zijn vrijwel alle — meer of minder gearticuleerd — te vinden in mensenrechtenverdragen (...). Alleen het vaderlandse vertrouwensbeginsel ontbreekt (...).' [6]

Alkema heeft zijn stelling onderbouwd met verwijzingen naar het gelijkheidsbeginsel, het verbod van willekeur en van misbruik van bevoegdheid, en de beginselen van kenbaarheid, rechtszekerheid en redelijkheid.[7] Naar aanleiding van een arrest van het Europese Hof voor de rechten van de mens[8] heeft hij nadien ook nog gewezen op het evenredigheidsbeginsel.[9] Over het motiveringsbeginsel zwijgt Alkema in dit verband. Van Male heeft er echter op gewezen dat het Europese Hof voor de rechten van de mens de rechtmatigheid van nationale maatregelen mede beoordeelt 'op basis van de eraan ten grondslag liggende motivering'.[10] Dat duidt erop dat in ieder geval het Europees Verdrag voor de rechten van de mens enige motiveringsplichten voor (onder meer) de wetgever met zich brengt.

Het Europese Hof is van mening dat de uitzonderingsbepalingen van het Europees Verdrag 'are to be narrowly interpreted'.[11] Volgens Verdrag en Hof zijn de grondrechten de regel, en dient beperking daarvan uitzondering te blijven. Beperking is slechts toegestaan in gevallen die van de normale gevallen afwijken. Burkens, Kummeling en Vermeulen leiden uit dit uitzonderingskarakter van grondrechtenbeperking een motiveringsplicht af.[12] Het minste dat in dit verband van de wetgever verlangd mag worden, is inderdaad dat hij aangeeft waarom hij meent dat een bepaald geval zozeer van het normale geval afwijkt dat een uitzondering op de hoofdregel moet worden gemaakt. Ter bevestiging van de regel, dient de uitzondering gemotiveerd te worden.

Volgens Van Male vloeit een dergelijke verplichting al voort uit de limitatieve opsommingen van toegelaten beperkingsgronden.[13] Burkens, Kummeling en Vermeulen gaan een stap verder: zij achten de wetgever tot motivering van elke beperking van enig vrijheidsrecht verplicht.[14] Volgens Heringa kunnen ook sociale grondrechten functio-

5 Zie Koopmans 1992a: 62.
6 Alkema 1987a: 41-42.
7 Alkema 1987a: 42.
8 Europese Hof 18 december 1987, *F. tegen Zwitserland*, A.128, paragraaf 40.
9 Alkema 1988: 616.
10 Van Male 1990: 288; zie bijvoorbeeld Europese Hof 7 december 1976, *Handyside*, A.24, paragrafen 48-51.
11 Europese Hof 6 september 1977, *Klass*, A.28, paragraaf 42; 24 oktober 1983, *Silver*, A.67, paragraaf 97; 25 februari 1993, *Funke*, A.256-A, paragraaf 55; 25 februari 1993, *Crémieux*, A.256-B, paragraaf 38; en 25 februari 1993, *Miailhe*, A.256-C, paragraaf 36.
12 Burkens/Kummeling/Vermeulen 1992: 94.
13 Van Male 1990: 288, waarover meer in paragraaf 3.1.3.
14 Burkens/Kummeling/Vermeulen 1992: 94; aldus ook Van der Meer 1991: 199.

neren als 'aansporing om motiveringen bij wetten en besluiten te vervolmaken'.[15] Dit alles geldt uiteraard ook voor grondwettelijke grondrechten, waarover nader in paragraaf 4.6.1.

Terwijl Nederlandse literatuur aldus neigt naar een algemene motiveringsplicht bij alle grondrecht-beperkende wetgeving, is daarvoor in de nationale en internationale jurisprudentie slechts beperkt steun te vinden. In de jurisprudentie over met name het Europees Verdrag voor de rechten van de mens beginnen zich echter wel specifieke motiveringsplichten voor de wetgever af te tekenen met betrekking tot:

— de beginselen van rechtszekerheid en democratie (paragraaf 3.1.2);
— de doelcriteria en het verbod van *détournement de pouvoir* (paragraaf 3.1.3);
— het vereiste van noodzakelijkheid (paragraaf 3.1.4);
— de zogenaamde 'positieve' verplichtingen (paragraaf 3.1.5);
— het discriminatieverbod (paragraaf 3.1.6).

Bovendien brengen diverse toezichtmechanismen motiveringsplichten met zich mee (paragraaf 3.1.7).

In de volgende vijf paragrafen concentreer ik mij op het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, in het bijzonder de artikelen 8 tot en met 11, 14 en 18, en op het Internationaal Verdrag inzake de burgerlijke en politieke rechten, in het bijzonder artikel 26. De voornaamste reden voor deze beperking is dat in de jurisprudentie ten aanzien van andere mensenrechten motiveringsplichten meestal minder duidelijk tot ontwikkeling zijn gekomen. Bovendien gaat mijn persoonlijke belangstelling vooral uit naar mensenrechten die ingeroepen kunnen worden ter bescherming van liefdesuitingen. Vermoedelijk zijn sommige conclusies van de onderstaande beschouwingen ook toepasbaar op enige hier niet besproken verdragsbepalingen.

De nadruk ligt op de jurisprudentie van het Europese Hof voor de rechten van de mens. Daarnaast bespreek ik enkele uitspraken van Nederlandse rechters en van het Comité voor de rechten van de mens.[16] Ook van de uitspraken van het Europese Hof geef ik echter geen volledig overzicht; wat de standaard-interpretaties van het Europees Verdrag betreft, vermeld ik naast het arrest waarin een bepaalde uitleg voor het eerst verwoord werd, slechts enkele recente arresten met die uitleg.

3.1.2 Rechtszekerheid en democratie

Evenals in de Grondwet worden in het Europees Verdrag voor de rechten van de mens diverse methoden gehanteerd voor het aangeven van de beperkingsmogelijkheden. Naast de methode van doelcriteria wordt veelvuldig de methode van het competentievoorschrift

15 Heringa 1989a: 143-144; zie ook Burkens 1988: 61.
16 Dat oordeelt over mogelijke schendingen van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.

gebruikt.[17] Zo moeten de beperkingen van de tweede leden van de artikelen 8 tot en met 11 *prévue par la loi* zijn.

In deze paragraaf tracht ik aannemelijk te maken dat uit het vereiste van *loi* motiveringsplichten voor de Nederlandse wetgever afgeleid kunnen worden.

In de Nederlandse vertalingen van het Europees verdrag wordt '*prévue par la loi*' / '*in accordance with the law*' / '*prescribed by law*' vertaald met 'bij de wet voorzien'. Volgens de jurisprudentie van het Europese Hof voor de rechten van de mens vallen onder *loi/law* echter niet alleen 'parlementaire' wetten, maar ook allerlei vormen van lagere regelgeving en van ongeschreven recht. Ter afbakening van de precieze betekenis van *loi/law* heeft het Europese Hof een aantal criteria ontwikkeld die ook van belang kunnen zijn ten aanzien van 'parlementaire' wetgeving. Het Hof is namelijk van mening:

> 'that the phrase "in accordance with the law" does not merely refer back to the domestic law but also to the quality of law, requiring it to be compatible with the rule of law, which is expressly mentioned in the preamble to the Convention'.[18]

In dat verband formuleert het Europese Hof de beginselen van toegankelijkheid en voorzienbaarheid:

> 'Firstly, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case.
> Secondly, a norm cannot be regarded as "law" unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able — if need be with appropriate advice — to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail.' [19]

Uit het voorzienbaarheidsbeginsel leidt het Europese Hof af,[20] dat in geval van toekenning van een discretionaire bevoegdheid de 'scope and manner of exercise' daarvan moet worden aangegeven.[21]

Onduidelijk is tot nu toe of het Europese Hof daarnaast ook een grondslag in een 'parlementaire' wet verlangt.[22] Alkema meent dat men het begrip *loi/law* moet beschouwen in samenhang met de beperkingsvoorwaarde *necessary in a democratic society* en met artikel 3 van het Eerste Protocol:

> 'The High Contracting Parties undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature.'

17 Zie Burkens 1989: 93.
18 Europese Hof 2 augustus 1984, *Malone*, A.82, paragraaf 67.
19 Europese Hof 26 april 1979, *Sunday Times*, A.30, paragraaf 49.
20 Althans ten aanzien van artikel 8, zie Bellekom 1990: 72-73.
21 Europese Hof 2 augustus 1984, *Malone*, A.82, paragraaf 79.
22 Van Dijk en Van Hoof 1990: 639.

Volgens Alkema impliceert een en ander dat 'een wet in de zin van het Verdrag uiteindelijk een parlementaire grondslag behoort te hebben'.[23] Van Dijk en Van Hoof hebben zich daarbij aangesloten, met dien verstande dat zij spreken van 'democratische grondslag', waaronder zij ook besluitvorming door provinciale of gemeentelijke volksvertegenwoordigingen rekenen — en zelfs de stilzwijgende parlementaire ondersteuning in een common-law-stelsel.[24]

Het Europese Hof let bij toetsing aan het vereiste 'in accordance with the law' tegenwoordig primair op geschreven wetgeving, terwijl het aan rechtersrecht slechts een aanvullende rol toekent. Zo constateert het Hof in een arrest van 24 september 1992 eerst dat de in de casus relevante wettelijke bepalingen 'do not offer the minimum degree of protection against arbitrariness required by the rule of law in a democratic society', en vervolgens dat 'there has been no case-law to remedy this state of affairs'.[25]

Kortom: wanneer men in navolging van het Europese Hof en genoemde schrijvers de clausule *prévue par la loi* in verband brengt met de beginselen van rechtszekerheid en democratie, dan verschijnt er zoiets als een *kwalitatief wetsbegrip*. Het begrip *loi/law* laat zich in eigentijds Nederlands dan het beste vertalen als 'behoorlijke regelgeving'. Een dergelijke invulling van de beperkingsvoorwaarde *prévue par la loi* biedt het Europese Hof allerlei mogelijkheden om los te komen van de overheersende toetsing via de (hierna te bespreken) voorwaarde *necessary in a democratic society* en de daarmee inmiddels verbonden *margin of appreciation*.[26]

In het *Sunday Times* arrest heeft het Europese Hof nadrukkelijk gezegd dat de eisen inzake toegankelijkheid en voorzienbaarheid slechts 'two of the requirements that flow from the expression "prescribed by law"' zijn.[27] Ook andere behoorlijkheidseisen zouden daaruit dus afgeleid kunnen worden. Vooralsnog heeft het Europese Hof er echter nog niet met zoveel woorden concrete verplichtingen tot wetsmotivering uit afgeleid.

Toch laat de eis dat (bepaalde) grondrechten alleen door *behoorlijke* regelgeving beperkt mogen worden, zich gemakkelijk in motiveringsplichten vertalen. Het rechtszekerheidsbeginsel laat zich bijvoorbeeld operationaliseren als een verbod op ongemotiveerde terugwerkende kracht;[28] een dergelijke benadering zou goed aansluiten bij de door het Europese Hof gestelde eis van redelijke voorzienbaarheid. En in het vereiste van een democratische grondslag ligt besloten dat een zorgvuldige parlementaire besluitvorming door middel van informatie- en argumentenwisseling tussen ministers en volksvertegenwoordigers plaatsgevonden dient te hebben.[29] Andere beginselen van behoorlijke regelgeving die direct of indirect motivering verlangen, vloeien niet alleen voort uit het algemene vereiste van *loi*, maar ook uit de in de volgende paragrafen te bespreken vereisten inzake doel, noodzaak, evenredigheid en non-discriminatie.

23 Alkema 1978: 42; aldus ook Breukelaar 1984: 27.
24 Van Dijk en Van Hoof 1990: 638-639.
25 Europese Hof 24 september 1992, *Herczegfalvy*, A.244, paragraaf 91.
26 Zie Bellekom 1990: 73.
27 Europese Hof 26 april 1979, A.30, paragraaf 19.
28 Zie de paragrafen 5.4.3.5, 7.5.3 en 8.3.1.
29 Zie de paragrafen 4.1, 4.3, 4.5.4.4 en 4.6.1.

3.1.3 Doelcriteria

Ten aanzien van enkele rechten heeft het Europees Verdrag voor de rechten van de mens[30] de beperkingsmogelijkheden aangegeven door hantering van (onder meer) de methode van doelcriteria. Dit is met name het geval in de artikelen 6, 8, 9, 10 en 11 van het Verdrag, alsmede in artikel 1 van het Eerste Protocol, artikel 2 van het Vierde Protocol en in artikel 1 van het Zevende Protocol. Ik beperk mij hier verder tot de artikelen 8 tot en met 11 van het Verdrag.[31] In deze artikelen is telkens in het tweede lid te lezen dat beperkingen op het in het eerste lid omschreven recht slechts zijn toegestaan indien zij in een democratische samenleving noodzakelijk zijn ter behartiging of bescherming van bepaalde belangen. Deze belangen worden in het tweede lid telkens limitatief opgesomd.[32]

Het Europese Hof voor de rechten van de mens vat deze bepalingen aldus op dat na constatering van een inbreuk op het in het eerste lid omschreven recht, vastgesteld moet worden of deze inbreuk een volgens het tweede lid gerechtvaardigd doel heeft.[33] Daarmee leidt het Europese Hof meer af uit de tweede leden dan erin staat. Die leden zwijgen immers over de werkelijke motieven voor een inbreuk. Terecht hebben Van Dijk en Van Hoof betoogd dat men kan onderscheiden tussen het gerechtvaardigd zijn van de inbreuk, en het toegestaan zijn van de werkelijke motieven voor die inbreuk.[34] De eerste eis vloeit voort uit de tweede leden van de artikelen 8 tot en met 11. De andere eis is te vinden in artikel 18 van het Verdrag:

> 'The restrictions permitted under this Convention to the said rights and freedoms shall not be applied for any purpose other than those for which they have been prescribed.'

Daarover schrijven Van Dijk en Van Hoof:

> 'In verband met artikel 18 is de vraag niet, of de beperking van het recht op vrijheid als zodanig al dan niet gerechtvaardigd is, maar juist of die beperking, aangenomen dat deze gerechtvaardigd is op de daarvoor aangevoerde en toegestane grond, in feite wel op die aangevoerde grond en niet met het oog op een ander, niet toegestaan, doel is opgelegd.' [35]

De betrokken verdragsbepalingen zijn dus *motief-afhankelijk*.[36]

Bij een beroep op artikel 18 komt op de klagende partij 'een bijzonder moeilijke bewijslast te rusten, tenzij de bedoeling van de betrokken overheidsinstantie uit de aard van de maatregel voortvloeit of in de motivering tot uitdrukking komt'.[37] Het is daarom niet bezwaarlijk dat het Europese Hof de toelaatbaarheid van het werkelijke doel van de inbreuk pleegt te beoordelen in het kader van de tweede leden van de desbetreffende

30 Evenals de Grondwet, zie paragraaf 4.6.3.
31 Vergelijk Schokkenbroek 1990: 41-58.
32 Er bestaan kleine verschillen tussen de opsommingen in de genoemde vier artikelen.
33 Van Dijk en Van Hoof 1990: 642; Bellekom 1990: 69.
34 Van Dijk en Van Hoof 1990: 628-630; vergelijk Fawcett 1987: 322.
35 Van Dijk en Van Hoof 1990: 628-629.
36 Zie paragraaf 1.3.2.
37 Van Dijk en Van Hoof 1990: 627.

artikelen, zonder een apart onderzoek naar de verenigbaarheid met artikel 18 te verrichten.[38]

Of de *interference* een *legitimate aim* heeft, wordt echter lang niet altijd door het Europese Hof zelf onderzocht. Vaak sluit het zich aan bij wat de nationale instanties als doel hebben aangevoerd of wat de Commissie als doel heeft aangemerkt.[39] En voor zover een dergelijk onderzoek wel plaats vindt, 'valt het in feite meestal met het onderzoek naar de noodzaak samen'.[40] Het Hof gaat soms summier in op de bewering dat een beperking geen legitiem doel had.[41]

Nog nooit heeft het Europese Hof tot schending van artikel 8, 9, 10 of 11 geconcludeerd op de grond dat 'het gewraakte nationale recht niet zou hebben gestrekt tot bescherming van één of meer van de rechtsbelangen, die in het tweede lid staan opgesomd'.[42]

Al met al lijkt in de jurisprudentie van het Europese Hof de betekenis van de opsomming van toegelaten beperkingsgronden niet groot. Duidelijk is echter dat alleen beperkingen toegestaan zijn die een van de limitatief opgesomde belangen als doel hebben. Het belang van vermelding van bepaalde doelen is vooral gelegen in het onvermeld — en dus verboden — blijven van andere doelen.[43]

De vraag waar het in deze studie nu om gaat, is of de Nederlandse wetgever bij het beperken van Europees gegarandeerde mensenrechten ook verplicht is aan te geven met het oog op welk (toegelaten) doel hij beperkende regels stelt. Met andere woorden: hebben de verdragsbepalingen alleen betrekking op de *motieven* van de wetgever, of ook op de *motivering* van wetten? De tekst van het Europees Verdrag geeft daar in artikel 18 en in de tweede leden van de artikelen 8 tot en met 11 geen uitsluitsel over. In de Europese jurisprudentie wordt een dergelijke motiveringsplicht niet expliciet uit de genoemde artikelen afgeleid. Wel heeft de Hoge Raad eens uitgesproken dat 'het in het kader van art. 8 lid 2 in beginsel op de weg ligt van de Staat om zijn inmenging rechtvaardigende omstandigheden aan te voeren'.[44] Ondanks deze geringe aanknopingspunten, gaan in de literatuur toch enkele schrijvers uit van het bestaan van een motiveringsplicht op dit punt.[45] Bij hun oordeel zou ik mij willen aansluiten, en wel om de volgende redenen.

In de eerste plaats is zonder motivering nauwelijks controle op de inachtneming van het verbod van *détournement de pouvoir* van artikel 18 mogelijk.[46] Dat pleit ervoor om die motivering dan ook te verlangen.

38 Zie Europese Hof 7 december 1976, *Handyside*, A.24, par 52 en 64; en 18 december 1984, *Bozano*, A.111, paragrafen 60-61.
39 Bellekom 1990: 74.
40 Van Dijk en Van Hoof 1990: 643.
41 Europese Hof 25 februari 1993: *Funke*, A.256-A, paragraaf 52; *Crémieux*, A.256-B, paragraaf 35; *Miailhe*, A.256-C, paragraaf 33.
42 Aldus de waarneming van Bellekom 1990: 73-74; zie ook Castberg/Opsahl/Ouchterlony 1974: 173.
43 Zie het overzicht in Sieghart 1983: 90.
44 Hoge Raad 12 december 1986, NJ 1988, 188, overweging 3.2.
45 Van Male 1990: 288; Burkens/Kummeling/Vermeulen 1992: 94.
46 Zie Van Dijk en Van Hoof 1990: 627.

In de tweede plaats spreekt het, nu de rechtmatigheid van grondrechten beperkende wetten mede afhangt van de motieven die de wetgever daarbij heeft, vrijwel vanzelf dat die motieven worden vermeld. Dit kan men indirect ook afleiden uit het feit dat het in de Straatsburgse jurisprudentie vrijwel altijd direct duidelijk is welk belang de omstreden inbreuk heet te beschermen. Kennelijk is het voor de vertegenwoordigers van (het land van) de betrokken wetgever vanzelfsprekend dat zij de omstreden inbreuk motiveren met een verwijzing naar een van de opgesomde belangen. Een in Straatsburg aangeklaagde staat zal snel een procedure verliezen, indien haar vertegenwoordigers nalaten om aan te geven ter bescherming van welk *legitimate aim* de omstreden beperking dient. Dat zal ertoe leiden dat deze vertegenwoordigers uit eigen beweging melding maken van het beoogde doel.[47]

Aldus betekenen enkele bepalingen van het Europees Verdrag dat sommige wetgeving gemotiveerd moet worden. De aldus vereiste motivering is beperkt van omvang (slechts vermelding van het beoogde doel) en hoeft pas in een zeer laat stadium gegeven te worden (namelijk bij aanvechting van de wet in een concreet geding).

3.1.4 Noodzakelijkheid

3.1.4.1 Margin of appreciation

Anders dan de overeenkomstige bepalingen van de Grondwet[48] geeft de tekst van de tweede leden van de artikelen 8 tot en met 11 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens uitdrukkelijk aan dat beperkingen op de in de eerste leden omschreven rechten *necessary in a democratic society* moeten zijn ter bescherming of behartiging van een van de in het tweede lid opgesomde belangen. Het gaat dan telkens om een afweging van belangen:

> 'het belang van de uitoefening van het verdragsrecht enerzijds en het belang van de Staat met het oog waarop de beperkende maatregel is getroffen (...) anderzijds.' [49]

Deze belangenafweging zal in eerste instantie (voor zover in deze studie van belang) door de wetgever moeten worden gemaakt. Voor de wetgever is een dergelijke belangenafweging niets bijzonders: bij wetgevingsbeslissingen worden vrijwel altijd belangen afgewogen. De vraag is dus in welke opzichten de noodzakelijkheidsvoorwaarde een andere afweging van belangen eist dan waartoe de wetgever zonder hoger voorschrift zou komen.

Rechterlijke toetsing van legislatieve afwegingen zou ertoe kunnen bijdragen dat de wetgever weet hoe hij volgens het Europees Verdrag behoort af te wegen.[50] Daarbij doet zich echter een probleem voor. Rechterlijke instanties — en zeker internationale

47 Hierover meer in paragraaf 3.1.7.
48 Zie paragraaf 4.6.3.
49 Schokkenbroek 1990: 48-49; aldus ook Van Dijk en Van Hoof 1990: 642 en Barendrecht 1992a: 97; zie bijvoorbeeld Hoge Raad 18 december 1987, NJ 1988, 844, overweging 3.4.3.
50 Zie Van Dijk en Van Hoof 1990: 642.

rechters — houden bij voorkeur enige afstand tot het politieke proces van belangenafweging.

In de jurisprudentie van het Europese Hof voor de rechten van de mens heeft die voorkeur voor afstand vorm gekregen in de '*margin of appreciation*-doctrine'. Het Europese Hof laat de nationale instanties[51] een zeer ruime beoordelingsvrijheid, niet alleen met betrekking tot de vaststelling van feiten en de interpretatie van nationaal recht, maar ook met betrekking tot de vraag of die feiten en nationale regels een verdragsschending opleveren. Volgens Van Dijk en Van Hoof is de toepassing van de margin of appreciation-doctrine bij laatstgenoemde vraag in strijd met artikel 19 van het Europees Verdrag.[52] Terecht of niet terecht, de toepassing van de leer van de margin of appreciation betekent in ieder geval dat de toetsing onvolledig is[53] en dus dat de jurisprudentie van het Europese Hof geen volledig uitsluitsel geeft over de verplichtingen die voor de wetgever (en voor andere nationale instanties) uit het Europees Verdrag voortvloeien.

Uit de onderbouwing en toepassing van de leer van de margin of appreciation door het Europese Hof kunnen echter wel een aantal verplichtingen voor de nationale wetgever worden afgeleid.

3.1.4.2 Belangenafweging

In de eerste plaats stelt het Europese Hof dat het de taak is van 'the national authorities' om 'the initial assessment' te maken van de noodzaak van een grondrechtenbeperking. Volgens het Europese Hof is het immers in de eerste plaats de taak van de verdragsluitende staten om de rechten en vrijheden te verzekeren, en zijn de nationale autoriteiten door 'their direct and continuous contact with the vital forces of their countries (...) in principle in a better position than the international judge' om daarover een oordeel te vormen.[54] Volgens het Europese Hof dient de wetgever zich dus goed te informeren over de betrokken belangen. Dat de wetgever daartoe verplicht is blijkt ook daaruit dat het Europese Hof zichzelf onder meer bevoegd acht om te beoordelen 'whether a respondent State exercised its discretion reasonably, carefully and in good faith'.[55]

Aldus verplicht het Europees Verdrag de wetgever bij grondrechten beperkende besluiten tot een zorgvuldige voorbereiding en tot een billijke en redelijke belangenafweging. Of daarvan sprake is, zal meestal slechts uit de motivering van de voor- of vastgestelde wet kunnen blijken.

51 Vooral de wetgever; zie De Lange 1991: 88.
52 Van Dijk en Van Hoof 1990: 644 en 661-662; vergelijk Schokkenbroek 1990: 58.
53 Wiarda 1986: 14.
54 Europese Hof 7 december 1976, *Handyside*, A.24, paragraaf 48.
55 Europese Hof 26 april 1979, *Sunday Times*, A.30, paragraaf 59.

3.1.4.3 Pressing social need

In de tweede plaats heeft het Europese Hof de zinsnede *necessary in a democratic society* aldus geïnterpreteerd dat er sprake moet zijn van 'a pressing social need'.[56] De wetgever zal zich dus moeten vergewissen dat er een *social need* is en dat deze *pressing* is. Barendrecht spreekt in dit verband van de 'subsidiariteitseis' die voor de wetgever voortvloeit uit het noodzakelijkheidsvereiste: 'hij moet het niet kunnen doen op een manier waaraan minder nadelen zijn verbonden'.[57]

Ook hier geldt, dat zonder motivering meestal niet gecontroleerd zal kunnen worden of er sprake is van een dringende maatschappelijke behoefte. Volgens de Hoge Raad is het (bij bestuursoptreden dat een inbreuk maakt op het eerste lid van artikel 8 van het Europees Verdrag):

> 'in beginsel aan de Staat (...) om aannemelijk te maken dat hij in redelijkheid kan oordelen dat zich (...) omstandigheden voordoen die zo zwaar wegen dat kan worden gezegd dat dientengevolge (de) inmenging "in een democratische samenleving nodig".'[58]

Een dergelijke motiveringsplicht zou men ook kunnen aannemen ten aanzien van de wetgever die door middel van een wet inbreuk maakt op een recht dat gegarandeerd wordt in een van de eerste leden van de artikelen 8 tot en met 11 van het Europees Verdrag.

3.1.4.4 Evenredigheid

In de derde plaats leest het Europese Hof in de zinsnede *necessary in a democratic society* ook de eis dat de inbreuk 'proportionate to the legitimate aim pursued' moet zijn.[59] Uit deze eis blijkt duidelijk dat de wetgever niet slechts verplicht is tot weging van de betrokken belangen, maar dat hij een evenwicht tot stand moet brengen. Het is dus niet voldoende dat er sprake is van enerzijds een dringende maatschappelijke behoefte en anderzijds een grondrechtenbeperking die in die behoefte voorziet. Nee, de inbreuk mag niet meer dan evenredig zijn aan het daarmee te dienen doel. Als het doel ook met een minder ingrijpend middel had kunnen worden bereikt, dan kan dat middel niet als noodzakelijk worden beschouwd.

Nog sterker dan voor het vereiste van een *pressing social need* geldt voor de evenredigheidseis dat motivering vrijwel onmisbaar is. Praktisch gesproken is evenredigheid immers niet veel meer dan een redelijke redenering. Die redenering moet de wetgever dan ook maar bekend maken, opdat haar redelijkheid kan worden gecontroleerd. Ook het Europese Hof legt die relatie tussen evenredigheid en

56 Europese Hof 7 december 1976, *Handyside*, A.24, paragraaf 48; en 26 oktober 1988, *Norris*, A.142, paragraaf 44.
57 Barendrecht 1992a: 135.
58 Hoge Raad 18 december 1987, NJ 1988, 844, overweging 3.4.3.
59 Europese Hof 7 december 1976, *Handyside*, A.24, paragraaf 49; en 26 maart 1992, *Beldjoudi*, A.234-A, paragraaf 74; zie MacDonald 1987: 201-202.

motivering. Zo concludeerde het eens 'that the reasons advanced by the government do not suffice to show that the interference complained of was proportionate to the legitimate aim pursued'.[60]

3.1.4.5 Relevant and sufficient reasons

In de vierde plaats rekent het Europese Hof het tot zijn taak om na te gaan of de ter rechtvaardiging van de inbreuk aangevoerde redenen *relevant and sufficient* zijn:

> 'The Court must decide, on the basis of the different data available to it, whether the reasons given by the national authorities to justify the actual measures of "interference" they take are relevant and sufficient under Article 10 § 2.'.[61]

Hetzelfde criterium had het Europese Hof daarvoor ook al aangelegd in de specifieke context van artikel 5, derde lid, van het Europees Verdrag.[62] Het Hof heeft het criterium inmiddels verschillende malen toegepast ten aanzien van de in artikel 10 van het Verdrag geregelde vrijheid van meningsuiting,[63] en een enkele keer ten aanzien van het in artikel 8 geregelde recht op privé-leven.[64]

In zijn weergave van het 'stappenschema' dat het Europese Hof hanteert bij de toetsing aan de tweede leden van de artikelen 8 tot en met 11, ruimt Bellekom — naast de vereisten *pressing social need* en *proportionality* — geen plaats in voor het vereiste van *relevant and sufficient reasons*.[65] Dat lijkt mij niet juist. Soms zwijgt het Hof weliswaar over het laatste van de drie vereisten,[66] maar ook in de recente jurisprudentie van het Hof komt het voor.[67] Bovendien is het weliswaar zo dat het Hof de toetsing aan de genoemde drie vereisten soms laat samenvallen,[68] toch wordt soms apart en uitdrukkelijk getoetst aan het vereiste van *relevant en sufficient reasons*.[69]

Aldus lijkt het Europese Hof een 'materieel motiveringsbeginsel' [70] te hanteren: het stelt eisen aan de deugdelijkheid van de aangevoerde redenen ('reasons adduced'). Deze

60 Europese Hof 25 juni 1992, *Thorgeirson*, A.239, paragraaf 69.
61 Europese Hof 7 december 1976, *Handyside*, A.24, paragraaf 50.
62 Voor het eerst: Europese Hof 27 juni 1968, *Wemhoff*, A.7, paragraaf 12.
63 Europese Hof 26 april 1979, *Sunday Times*, A.30, paragrafen 62 en 67; 24 mei 1988, *Müller*, A.133, paragraaf 32; 22 april 1992, *Rieme*, A.226-B, paragrafen 71 en 75; 16 december 1992, *Niemietz*, A.251-B, paragraaf 37; en 30 juni 1993, *Sigurjónsson*, A.264, paragraaf 41.
64 Europese Hof 22 oktober 1981, *Dudgeon*, A.45, paragrafen 54, 59 en 61.
65 Bellekom 1990: 68-69.
66 Zo bijvoorbeeld in het Europese Hof 26 maart 1992, *Beldjoudi*, A.234-A, paragraaf 74.
67 Europese Hof 22 april 1992, *Rieme*, A.226-B, paragrafen 71 en 75; 16 december 1992, *Niemietz*, A.251-B, paragraaf 37; en 30 juni 1993, *Sigurjónsson*, A.264, paragraaf 41.
68 Zo bijvoorbeeld Europese Hof 26 april 1979, *Sunday Times*, A.30, paragrafen 63-67, en in het zojuist genoemde *Rieme*-arrest, A.226-B, paragraaf 71.
69 Zo bijvoorbeeld Europese Hof 22 oktober 1981, *Dudgeon*, A.45, paragraaf 61: 'the reasons given by the Government, although relevant, are not sufficient to justify the maintenance in force of the impugned legislation'; idem in het arrest van 30 juni 1993, *Sigurjónsson*, A.264, paragraaf 41.
70 Zie paragraaf 1.3.2.

moeten ter zake en voldoende zijn. Inbreuken op (de genoemde) verdragsrechten moeten gedragen kunnen worden door de gegeven motivering.

Uit het door het Europese Hof geformuleerde vereiste blijkt dat het Hof er kennelijk vanuit gaat dàt er gemotiveerd wordt. Het materiële en formele motiveringsbeginsel kunnen trouwens ook niet zonder elkaar: alleen de deugdelijkheid van kenbare motivering is te beoordelen.[71]

Men kan daarom concluderen dat het Europese Hof de aangeklaagde staat verplicht acht de omstreden wetgeving tijdens de Straatsburgse procedure te motiveren. Gezien het subsidiaire karakter van de Straatsburgse controle op naleving van het Europees Verdrag,[72] en mede gelet op het in de volgende hoofdstukken te bespreken nationale recht, lijkt vervolgens de conclusie gerechtvaardigd dat de (Nederlandse) wetgever tot een dergelijke motivering ook al verplicht is tijdens de totstandkoming van wetgeving en bij eventuele aanvechting daarvan voor een nationale rechter.

3.1.4.6 Versmalling van de margin of appreciation

In de vijfde plaats heeft de Europese Hof een aantal factoren aangewezen die de omvang van de door het Hof aan de nationale autoriteiten te laten *margin of appreciation* kunnen beperken.[73] Dat is met name het geval:

— indien het gaat om een bepaalde vrijheid die het verdient om extra ontzien te worden, zoals de persvrijheid,[74] of de vrijheid om in besloten kring en met wederzijdse instemming seksuele handelingen te plegen;[75]
— indien uit de nationale rechtsstelsels van de lidstaten een Europese maatstaf kan worden afgeleid.[76]

In gevallen waarin de omvang van de *margin of appreciation* aldus beperkt is, stelt het Hof extra hoge eisen aan de rechtvaardiging van de inbreuk. In het *Dudgeon*-arrest stelde het Hof dat er dan 'particularly serious reasons' moeten zijn,[77] en in het *Olsson*-arrest stelde het Hof dat overwegingen die betrekkingen hebben op administratieve moeilijkheden dan niet meer dan een secundaire rol mogen spelen.[78] In verschillende

71 Bijloos en Lindner 1993: 145.
72 Schokkenbroek 1990: 44.
73 O'Donnell 1982: 479-493; Wiarda 1986: 15-17; MacDonald 1987: 196-207; Van Dijk en Van Hoof 1990: 652-653; Schokkenbroek 1990: 55-56.
74 'one of the essential foundations of a democratic society'; Europese Hof 26 april 1979, *Sunday Times*, A.30, paragraaf 65.
75 'a most intimate aspect of private life'; Europese Hof 22 oktober 1981, *Dudgeon*, A.45, paragraaf 52.
76 Europese Hof 22 oktober 1981, *Dudgeon*, A.45, paragraaf 60; en 28 mei 1985, *Abdulaziz*, A.94, paragraaf 78; zie Helfer 1990.
77 Europese Hof 22 oktober 1981, A.45, paragraaf 52; zie daarover O'Donnell 1982: 492.
78 Europese Hof 24 maart 1988, *Olsson*, A.130, paragraaf 82.

zaken met betrekking tot de vrijheid van meningsuiting, heeft het Hof overwogen dat de noodzaak tot beperking 'convincingly established' moet worden.[79]

Dat bij beperking van rechten uit deze groep de wetgever niet alleen zeer goede motieven moet *hebben*, maar deze ook *kenbaar moet maken*, wordt duidelijk in het arrest van het Europese Hof in de *Norris*-zaak. Het ging in die (Ierse) zaak om eenzelfde inbreuk op het privé-leven als in de (Noordierse) *Dudgeon*-zaak: seksueel contact tussen volwassen mannen was altijd strafbaar. Eerst citeert het Hof uit het *Dudgeon*-arrest:[80]

> '(...) "(...) The present case concerns a most intimate aspect of private life. Accordingly, there must exist particularly serious reasons before interferences on the part of public authorities can be legitimate for the purposes of paragraph 2 of Article 8" (...).'

Direct daarna constateert het Hof dan het volgende:

> 'Yet the Government have adduced no evidence which would point to the existence of factors justifying the retention of the impugned laws which are additional to or are of greater weight than those present in the aforementioned Dudgeon case.[81]

Uit het woordje *yet* kan men afleiden dat de genoemde beperkingen van de breedte van de *margin of appreciation* voor de wetgever een motiveringsplicht met zich brengen. De wetgever is tot extra grondige motivering verplicht, indien hij de persvrijheid, het familie- of gezinsleven, of het seksuele privé-leven wil beperken, of indien hij een grondrechtenbeperking wil doorvoeren of handhaven die in de andere lidstaten van de Raad van Europa zeer ongebruikelijk is.

Andere factoren leiden volgens het Europese Hof juist tot een verruiming van de *margin of appreciation*. Dat is onder meer het geval indien het gaat om de economische orde van een land, om de beperkingsgrond *national security*, of om zogenaamde *positive obligations*.[82] Uit het feit dat het Europese Hof bij dit soort kwesties extra afstand wil bewaren tot nationale beslissingen, kan men echter geen conclusies trekken omtrent de omvang van de motiveringsplicht van de wetgever.

3.1.4.7 Conclusie

Uit het vereiste *necessary in a democratic society* vloeien op verschillende manieren motiveringsplichten voor de Nederlandse wetgever voort. Elke beperking van in (de eerste leden van de artikelen 8 tot en met 11 van) het Europees Verdrag gegarandeerde rechten moet gemotiveerd worden, opdat duidelijk kan worden, of voldaan is aan de volgende in de jurisprudentie van het Europese Hof ontwikkelde eisen:

79 Europese Hof 22 maart 1985, *Barthold*, A.90, paragraaf 58; 22 mei 1990: *Weber*, A.177, paragraaf 47; en 22 mei 1990 *Autronic*, A.178, paragraaf 61.

80 Europese Hof 22 oktober 1981, *Dudgeon*, A.45, paragraaf 52.

81 Europese Hof 26 oktober 1988, *Norris*, A.142, paragraaf 46.

82 Schokkenbroek 1990: 54; Van Dijk en Van Hoof 1990: 652-656.

— zorgvuldige voorbereiding en redelijke belangenafweging;
— subsidiariteit ('pressing social need');
— evenredigheid van de inbreuk met het nagestreefde doel.

De aangevoerde redenen moeten relevant en voldoende zijn en uiteraard toelaatbaar zijn gezien de in het Verdrag genoemde doelcriteria.[83] Een extra grondige motivering is vereist indien het gaat om bepaalde als zeer fundamenteel erkende rechten, of indien de inbreuk in de andere landen van de Raad van Europa zeer ongebruikelijk is.

3.1.5 Positieve verplichtingen

Volgens het Europese Hof voor de rechten van de mens verbieden de artikelen van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens niet slechts allerlei grondrechtsinbreuken, maar kunnen in ieder geval uit de artikelen 8 en 11 ook *positive obligations* voortvloeien.[84]

Inzake positieve verplichtingen laat het Europese Hof een ruime *margin of appreciation* aan de nationale autoriteiten.[85] Of er sprake is van positieve verplichtingen is vooral een kwestie van belangenafweging:

> 'In determining whether or not a positive obligation exists, regard must be had to the fair balance that has to be struck between the general interest of the community and the interests of the individual'.[86]

Het Hof is bereid om na te gaan of de door de nationale wetgever gemaakte belangenafweging inderdaad *fair* is. In 1992 toonde het Hof zich in dat verband niet overtuigd door de argumentatie van de Franse regering, en kwam aldus tot de conclusie dat de situatie in Frankrijk van een transseksuele vrouw die geen mogelijkheid had zich als vrouw te laten registreren, niet verenigbaar is met het vereiste respect voor haar privéleven.

> 'Consequently, (...) the fair balance which has to be struck between the general interest and the interests of the individual has not been attained (...).[87]

Hieruit kan men afleiden dat de overheid (dus ook de wetgever) die voor de vraag staat of uit een bepaald verdragsrecht een positieve verplichting voortvloeit, aan zal moeten geven waarom het *fair* is bepaalde (algemene of individuele) belangen zwaarder te laten wegen dan andere. Deze motiveringsplicht ten aanzien van positieve verplichtingen heeft voorlopig echter nog weinig praktische betekenis, omdat zij nauwelijks nader omlijnd wordt door de jurisprudentie van het Europese Hof.

83 Zie paragraaf 3.1.3.
84 Europese Hof 13 juni 1979, *Marckx*, A.31, paragraaf 31; en 21 juni 1988, *Plattform 'Ärzte für das Leben'*, A.139, paragraaf 32; zie Forder 1992: 611-616.
85 Europese Hof 28 mei 1985, *Abdulaziz*, A.94, paragraaf 67.
86 Europese Hof 17 oktober 1986, *Rees*, A.106, paragraaf 37.
87 Europese Hof 25 maart 1992, *B. tegen Frankrijk*, A.232-C, paragrafen 62-63.

In de eerste plaats is nog onduidelijk wanneer de vraag naar eventuele positieve verplichtingen zich voordoet. Bij de 'negatieve verplichtingen' komen motiveringsplichten pas aan de orde nadat is vastgesteld dat er sprake is van een inbreuk.[88] Een dergelijk startpunt ontbreekt vooralsnog ten aanzien van positieve verplichtingen. Het enige bruikbare startpunt lijkt mij de volgende vraag: heeft een stilzitten van de overheid dusdanige gevolgen dat dit stilzitten gelijkgesteld moet worden met een inbreuk?

In de tweede plaats acht het Hof de doelcriteria van de tweede leden van de artikelen 8 tot en met 11 in beginsel niet van toepassing bij positieve verplichtingen. Wel kunnen de in die leden genoemde gronden volgens het Hof 'a certain relevance' hebben bij het bereiken van genoemde *fair balance.*[89] Wanneer men elke 'positieve verplichting' herkent als een verbod aan de overheid om door stilzitten (bepaalde) grondrechtsinbreuken te veroorzaken, dan is er geen enkele reden meer om akkoord te gaan met de onttrekking van deze 'positieve verplichtingen' aan het regime van de doelcriteria.[90]

Elke beperking van een grondrecht dient gerechtvaardigd te zijn. Dat betekent méér dan dat de beperking gebaseerd moet zijn op een eerlijke afweging (*fair balance*). De tweede leden van de artikelen 8 tot en met 11, en de daarop gebaseerde jurisprudentie bevatten (zowel voor de wetgever als voor de rechter) nuttige aanknopingspunten om te toetsen of inbreuken gerechtvaardigd zijn.[91] Aan de rechtvaardiging van door een stilzitten van de wetgever veroorzaakte inbreuken moeten niet minder (motiverings-) eisen worden gesteld dan aan inbreuken die in een wet zijn vervat.

Dat het Europese Hof nog niet zo ver lijkt te willen gaan, hangt vermoedelijk samen met de ruime *margin of appreciation* die het Hof aan de nationale autoriteiten wil laten. Als dat inderdaad zo is, dan doet de jurisprudentie van het Europese Hof inzake positieve verplichtingen niets af aan de plichten van nationale wetgevers en rechters. De wetgever blijft dus gehouden om de in de paragrafen 3.1.2, 3.1.3 en 3.1.4 onderscheiden motiveringsplichten ook in acht te nemen ten aanzien van inbreuken die ontstaan door niet-wetgeving. En de Nederlandse rechter behoudt de plicht om inbreuken op positieve verplichtingen te toetsen aan de verdragsrechtelijke doelcriteria. Ik ben het dan ook niet eens met Alkema,[92] die stelt dat de Hoge Raad bij de toetsing van de heteroseksuele exclusiviteit van het huwelijk aan artikel 8 van het Europees Verdrag[93] had kunnen volstaan met de *fair balance* toets.

88 Forder 1992: 620 en 624.
89 Europese Hof 17 oktober 1986, *Rees*, A.106, paragraaf 37.
90 Eveneens kritisch over deze beperkte toepasselijkheid van de tweede leden: Zwaak in zijn noot onder het *Rees*-arrest, *NJCM-bulletin* 1987: 554; Bellekom 1990: 67; en Forder 1992: 627 en 631.
91 Zie de paragrafen 3.1.2, 3.1.3 en 3.1.4.
92 In zijn noot onder Hoge Raad 19 oktober 1990, NJ 1992, 129.
93 Ten onrechte achterwege gelaten; zie Waaldijk 1991c: 51.

3.1.6 Discriminatieverbod

3.1.6.1 Artikel 14 Europees Verdrag

In de voorgaande drie paragrafen is gebleken dat diverse rechtsbeginselen (betreffende rechtszekerheid, democratie, zorgvuldigheid, redelijkheid, evenredigheid, subsidiariteit, en zelfs motivering) een rol spelen bij de afbakening van de materiële bepalingen van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. De rol die het *gelijkheidsbeginsel* daarbij speelt, is in het Europees Verdrag in een apart artikel geformuleerd.[1] Artikel 14 luidt:

> 'The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.'

Evenals de andere genoemde beginselen heeft het verbod van artikel 14 een complementair karakter: het richt zich slechts tegen discriminatie in relatie tot het 'genot' van (andere) rechten en vrijheden die door het Europees Verdrag worden gegarandeerd. Dat wil niet zeggen dat het discriminatieverbod geen eigen betekenis heeft: voor een geslaagd beroep op artikel 14 is het niet nodig dat ten minste een van die (andere) rechten en vrijheden is geschonden — als dat wel zo was, zou het artikel niets toevoegen aan de andere verdragsbepalingen.[2] Volgens het Europees Hof voor de rechten van de mens is toepassing van artikel 14 mogelijk zodra de beweerde discriminatie zich voordoet '*within the ambit*' van een van de door het verdrag gegarandeerde rechten en vrijheden.[3]

Van *discrimination* in de zin van artikel 14 is sprake wanneer een ongelijke behandeling van gelijke gevallen geen *objective and reasonable justification* heeft:

> 'The existence of such a justification must be assessed in relation to the aims and effects of the measure under consideration, regard being had to the principles which normally prevail in democratic societies. A difference of treatment (...) must not only pursue a legitimate aim: Article 14 is likewise violated when it is clearly established that there is no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised'.[4]

1 Evenals de rol van het in artikel 18 gestelde verbod van *détournement de pouvoir*.
2 Castberg/Opsahl/Ouchterlony 1974: 160.
3 Europese Hof 23 november 1983, *Van der Mussele*, A.70, paragraaf 43; en 28 oktober 1987, *Inze*, A.126, paragraaf 36.
4 Europese Hof 23 juli 1968, *Belgische taal-zaken*, A.6, paragraaf 10.

Het Hof onderscheidt aldus (tenminste) twee manieren waarop de *justification* tekort kan schieten: ofwel er is geen legitiem doel, ofwel het middel (de ongelijke behandeling) is niet evenredig aan het doel.[5]

Van Dijk en Van Hoof geven een iets andere indeling van de criteria die het Hof hanteert. Volgens hen is er sprake van discriminatie:

> 'als er (a) ongelijke behandeling plaats heeft van (b) gelijke gevallen, zonder dat daar (c) een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond voor bestaat, of als er (d) geen evenredigheid tussen het beoogde doel en de gebezigde middelen bestaat.' [6]

Het criterium *no legitimate aim* vervangen zij dus door het criterium *no objective and reasonable justification*, terwijl dat in de terminologie van het Europese Hof juist het overkoepelende criterium is, waaronder zowel de evenredigheidseis valt, als de eis dat het doel legitiem moet zijn. De benadering van genoemde schrijvers verdient volgens mij de voorkeur: de criteria 'objectief' en 'redelijk' geven een nuttige nadere afbakening van de op zichzelf wel erg vage legitimiteits-eis.

Ten aanzien van de vraag of onderscheid gerechtvaardigd is, laat het Europese Hof aan de nationale autoriteiten een zekere *margin of appreciation*.[7] De breedte van deze beoordelingsvrijheid hangt af van allerlei factoren,[8] zoals de betrokken discriminatiegrond en het al dan niet bestaan van consensus in de verschillende landen.

In de term *justification* kan men een motiveringsplicht begrepen achten: ongelijke behandeling moet niet alleen gerechtvaardigd *zijn*, maar ook gerechtvaardigd *worden*. In die zin interpreteer ik ook het discriminatie-verbod van artikel 1 van de Grondwet.[9] De ten aanzien van het grondwettelijke discriminatieverbod ontwikkelde argumenten gaan evenzeer op ten aanzien van het gelijkheidsbeginsel van het Europees Verdrag. Hierboven heb ik bovendien al betoogd dat een motiveringsplicht ook afgeleid kan worden uit de evenredigheidseis.[10]

In de jurisprudentie van het Europese Hof ontbreekt vooralsnog een algemene verplichting voor de onderscheid makende instantie om te motiveren waarom de ongelijke behandeling geen discriminatie oplevert. Met betrekking tot enkele specifieke discriminatie-gronden biedt de jurisprudentie echter al wel steun voor de stelling dat onderscheid steeds goed gemotiveerd zal moeten worden:

> 'it can be said that the advancement of the equality of sexes is today a major goal in the member States of the Council of Europe. This means that very weighty reasons would have to

5 Europese Hof 28 oktober 1987, *Inze*, A.126, paragraaf 41; 23 juni 1993, *Hoffmann*, A.255-C, paragraaf 33.
6 Van Dijk en Van Hoof 1990: 594.
7 Europese Hof 23 juli 1968, *Belgische taal-zaken*, A.6, paragraaf 10; en 28 november 1984, *Rasmussen*, A.87, paragraaf 40.
8 Vergelijk paragraaf 3.1.4.6.
9 Zie paragraaf 4.6.2.
10 Zie paragraaf 3.1.4.4.

> be advanced before a difference of treatment on the ground of sex could be regarded as compatible with the Convention.' [11]

Daarmee aanvaardt het Hof ten aanzien van onderscheid op grond van geslacht een extra zware motiveringsplicht. Een paar jaar later heeft het Hof een dergelijke plicht ook aanvaard ten aanzien van onderscheid 'on the ground of birth out of wedlock'.[12]

Of het Europese Hof ook ten aanzien van andere gronden een dergelijke verzwaarde motiveringsplicht zal gaan aanvaarden, moet afgewacht worden. Of een bepaalde grond al dan niet genoemd wordt in artikel 14 van het Europees Verdrag, is daarbij niet van belang. De opsomming in artikel 14 achter de woorden 'on any ground such as' is immers niet limitatief [13] en volstrekt open.[14]

3.1.6.2 Artikel 26 Internationaal Verdrag

Het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten verbiedt in artikel 26 discriminatie ook buiten de sfeer van de door dat verdrag gegarandeerde rechten.

Het *Comité voor de rechten van de mens* heeft aan het begrip *discrimination* een betekenis toegekend die vergelijkbaar is met de jurisprudentie op artikel 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens:[15]

> 'A differentation based on reasonable and objective criteria does not amount to prohibited discrimination.' [16]

In de jurisprudentie van het Comité is dit tot nu toe nog niet nader uitgewerkt.[17] Anders dan het Europese Hof voor de rechten van de mens[18] spreekt het Comité dus niet van rechtvaardiging, van legitieme doelen, of van evenredigheid tussen doel en middel. Dergelijke noties kan men wel begrepen achten in de woorden *reasonable and objective criteria*. Bovendien kan men uit de manier waarop het Comité het discriminatieverbod toepast afleiden dat onderscheid gerechtvaardigd moet zijn:

> 'In the light of the explanation given by the State party with respect to the differences made by Netherlands legislation between married and unmarried couples (...) the Committee is

11 Europese Hof 28 mei 1985, *Abdulaziz,* A.94, paragraaf 78; aldus ook het arrest van 24 juni 1993, *Schuler-Zgraggen*, A.263, paragraaf 67.
12 Europese Hof 28 oktober 1987, *Inze*, A.126, paragraaf 41.
13 Europese Hof 8 juni 1976, *Engel*, A.22, paragraaf 72; en 21 februari 1986, *James*, A.98, paragraaf 74.
14 Alkema 1978: 37; Van Dijk en Van Hoof 1990: 603.
15 Nowak 1989: 506.
16 Uitspraken van 9 april 1987: *Danning*-zaak, *Rechtspraak Sociale Verzekeringen* 1988, 201, paragraaf 13; en *Broeks*-zaak, *Rechtspraak Sociale Verzekering* 1987, 245, paragraaf 13.
17 Riphagen en Smitskam 1990: 407.
18 Zie paragraaf 3.1.6.1.

> persuaded that the differentiation complained of (...) is based on objective and reasonable criteria.' [19]

Het gebruik van de woorden *explanation* en *persuaded* duidt op een toetsing van de aangevoerde motieven. Die moeten kennelijk draagkrachtig zijn. Onduidelijk blijft dan slechts of het Comité in dit verband ook het *formele* motiveringsbeginsel hanteert. De jurisprudentie van het Comité is te beperkt om te concluderen dat het de wetgever op grond van artikel 26 verplicht acht om ongelijke behandeling te motiveren.

Dat wil uiteraard nog niet zeggen dat artikel 26 daartoe niet verplicht. De Nederlandse rechter zou een motiveringsplicht voor de wetgever uit artikel 26 kunnen afleiden.

De *Centrale Raad van Beroep* heeft in het voetspoor van de bovengenoemde uitspraken van het Comité voor de rechten van de mens een iets nadere interpretatie aan het discriminatieverbod van artikel 26 gegeven. Volgens de Raad heeft dat artikel:

> 'niet het oog op die ongelijke behandeling welke op redelijke en objectieve gronden, waaraan iedere gedachte van discriminatie vreemd is, kan worden gerechtvaardigd.' [20]

Wat de curieuze tussenvoeging inzake 'iedere gedachte van discriminatie' betekent, ontgaat mij. Met het woord 'gerechtvaardigd' brengt de Raad de interpretatie van artikel 26 van het Internationaal Verdrag dichter in de buurt van de interpretatie van artikel 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.[21] De woorden 'kan worden' suggereren dat er slechts aan een materieel 'motiveringsbeginsel' wordt getoetst. Dat de Centrale Raad hier echter ook een motiveringsplicht voor de wetgever aanneemt, blijkt uit de manier waarop hij de geciteerde formule in de volgende alinea heeft toegepast:

> 'In het onderhavige geval heeft de Raad (...) in de bewoordingen van de genoemde wetten noch in de geschiedenis van de totstandkoming ervan een rechtvaardigingsgrond als zoëven bedoeld vermogen te vinden.' [22]

Dat was voor de Raad voldoende om tot strijd met artikel 26 te concluderen. Daarmee leek de Raad van mening dat alleen een in de wettekst zelf of in de oorspronkelijke toelichtingen vastgelegde argumentatie de vereiste rechtvaardiging kan opleveren. Dat zou een zeer strikte motiveringsplicht voor de wetgevende organen hebben opgeleverd.

In latere uitspraken heeft de Centrale Raad van Beroep dit strikte uitgangspunt echter weer laten varen.[23] Volgens Riphagen en Smitskam lijkt het erop dat veel rechters zèlf 'op zoek gaan' naar een objectieve rechtvaardigingsgrond.[24] Of de Centrale Raad de

19 Uitspraak van 9 april 1987, *Danning*-zaak, *Rechtspraak Sociale Verzekeringen* 1988, 201, paragraaf 14.
20 Centrale Raad van Beroep 5 januari 1988, *Rechtspraak Sociale Verzekeringen* 1988, 104; zie ook de nummers 199 en 200.
21 Zie paragraaf 3.1.6.1.
22 Zie paragraaf 3.1.6.1.
23 Zie bijvoorbeeld: 16 februari 1989, AB 1989, 164; 28 september 1989, AB 1990, 232.
24 Riphagen en Smitskam 1990: 428.

wetgever (of een deelorgaan daarvan) nog verplicht acht hem bij die zoektocht te helpen door een rechtvaardiging aan te dragen, is in genoemde uitspraken onduidelijk gebleven. In ieder geval mag dat ook later gebeuren dan bij de vaststelling van de onderscheidmakende wet; dat blijkt uit de volgende overwegingen van de Centrale Raad van Beroep:

> 'Zoals de Nederlandse Regering in genoemde zaak Danning heeft uiteengezet (...) worden op diverse terreinen van de Nederlandse wetgeving (...) gehuwden anders behandeld dan niet-gehuwden. Ook in de AWW heeft de wetgever een dergelijke keuze (...) gemaakt. Naar het oordeel van de Raad is er onvoldoende reden om aan te nemen dat de maatschappelijke omstandigheden en de rechtsopvattingen (...) in zodanige mate verandering hebben ondergaan dat evenbedoelde beperking in strijd met art. 26 IVBPR moet worden geacht.' [25]

Hier aanvaardt de Centrale Raad dus wetsmotivering *achteraf*. Het probleem dat de wetgever (of zelfs maar de Staat of een minister) geen partij is in het geding, omzeilt hij daarbij handig door te verwijzen naar het verweer van de Staat in een (internationale) zaak waarbij de Staat wel partij was.

De *Hoge Raad* besteedt in geval van toetsing aan artikel 26 slechts weinig aandacht aan de (mogelijke) rechtvaardiging van het omstreden onderscheid:

> 'Het hof heeft op grond van de geschiedenis van de totstandkoming van de Wet (...) terecht geoordeeld dat bedoelde leeftijdsgrens in het licht van het met de zelfstandigenaftrek beoogde doel objectief en redelijkerwijs te rechtvaardigen is en mitsdien niet een door het Verdrag verboden discriminatie oplevert.' [26]

> 'Aangezien redelijkerwijs niet kan worden gezegd dat er te dezen sprake is van gevallen welke voor de toepassing van de art. 6 en 14 EVRM alsmede van art. 26 IVBP niet als gelijk moeten worden beschouwd, en geen objectieve en redelijke rechtvaardiging valt aan te wijzen — daargelaten dat de betrokken bewindslieden daartoe geen poging hebben aangewend — om deze gevallen niettemin in verschillende zin te regelen, is de onderhavige regeling onverenigbaar met voormelde verdragsbepalingen (...).' [27]

Met deze overwegingen sluit de Hoge Raad zich aan bij de door het Comité voor de rechten van de mens gegeven interpretatie van artikel 26.

Uit de aangehaalde verwijzingen van de Hoge Raad naar de wetsgeschiedenis zou men af kunnen leiden dat de bedoelde rechtvaardiging te vinden moet zijn in de oorspronkelijke toelichtingen bij het voorstel tot de onderscheid makende wet.[28] Dat de Hoge Raad die eis in het algemeen niet stelt, kan echter geconcludeerd worden op basis

25 Centrale Raad van Beroep 28 februari 1990, AB 233.

26 Hoge Raad 6 juni 1990, *Beslissingen in belastingzaken / Nederlandse belastingrechtspraak* 1990, 212, overweging 3.2; terecht kritisch over deze magere rechterlijke motivering: Van Maarseveen 1990a: 1152.

27 Hoge Raad 30 september 1992, AB 1993, 2, overweging 4.4.4.

28 Aldus bijvoorbeeld Brenninkmeijer in zijn noot onder Hoge Raad 30 september 1992 in *NJCM-Bulletin* 1993: 555.

van andere gevallen van toetsing aan artikel 26.[29] Zo werd ter rechtvaardiging van 'het verschil in behandeling naar seksuele geaardheid dat kan zijn gelegen in de onmogelijkheid om met iemand van hetzelfde geslacht een door de wet als huwelijk erkende verbintenis aan te gaan' niet méér dan het volgende overwogen:

> 'Het wettelijk huwelijk is vanouds opgevat als een duurzame levensverbintenis tussen een man en een vrouw waaraan een reeks rechtsgevolgen wordt verbonden, die deels verband houden met het verschil in geslacht en de daarmee samenhangende gevolgen voor de afstamming van kinderen. Niet alleen in Nederland maar in tal van landen heeft het huwelijk die kenmerken.' [30]

Elders heb ik al betoogd dat deze redenering de toets van redelijkheid, objectiviteit en evenredigheid niet kan doorstaan.[31] Hier is echter vooral van belang dat de Hoge Raad zelfs geen moeite doet om bepaalde bedoelingen toe te schrijven aan de wetgever. Van raadpleging van uitlatingen van de wetgevende organen is al helemaal geen sprake. Kennelijk is de Hoge Raad van mening dat op de wetgevende organen niet (altijd) de verplichting rust om ongelijke behandeling te rechtvaardigen.

De *conclusie* lijkt te moeten zijn dat ook aan de jurisprudentie van Nederlandse rechters geen duidelijke steun kan worden ontleend voor de stelling dat artikel 26 voor de wetgever een motiveringsplicht impliceert.[32]

Toch zou ik die stelling wèl tot de mijne willen maken. In de eerste plaats zijn er twee redenen om de jurisprudentie op dit punt niet beslissend te laten zijn:

- een verdragsartikel kan de wetgever tot meer verplichten dan tot dat wat slechts incidenteel en meestal terughoudend toetsende rechters onder woorden hebben gebracht;[33]
- voor rechters is toetsing van of via de motivering van wetgeving praktisch erg moeilijk, doordat in procedures waarin wetten worden getoetst, de wetgever meestal niet aanwezig is als procespartij.[34]

In de tweede plaats is er geen reden om het discriminatie-verbod van artikel 26 van het Internationaal Verdrag op dit punt anders te interpreteren dan de overeenkomstige bepalingen uit de Grondwet en het Europees Verdrag. Er zijn volgens mij goede

29 Zie bijvoorbeeld Hoge Raad 27 april 1984, NJ 513.
30 Hoge Raad 19 oktober 1990, NJ 1992, 129.
31 Waaldijk 1991c: 54; 1992a: 84-85.
32 Dat de jurisprudentie inzake de rechtvaardiging van onderscheid zo mager is, hangt samen met het feit dat rechters een beroep op artikel 26 ook geregeld afdoen met een beroep op de 'ongelijkheid' van de betrokken gevallen: Hoge Raad 8 juli 1988, NJ 1990, 448, overweging 4.3; Hoge Raad 27 september 1989, AB 1990, 90, overweging 7.2; Centrale Raad van Beroep 17 juli 1991, AB 622. Blijkens Hoge Raad 30 september 1992 komt toetsing van de gerechtvaardigdheid van het onderscheid pas aan de orde, wanneer 'redelijkerwijs niet kan worden gezegd dat er (...) sprake is van gevallen welke (...) niet als gelijk moeten worden beschouwd'; AB 1993, 2, overweging 4.4.4.
33 Zie paragraaf 3.1.4.1 en vergelijk paragraaf 4.5.4.4.
34 Zie paragraaf 3.1.7.

redenen om artikel 1 van de Grondwet en artikel 14 van het Europees Verdrag zo uit te leggen dat ongelijke behandeling niet alleen gerechtvaardigd moet *zijn*, maar ook gerechtvaardigd moet *worden*.[35] Daarom kan men ook in artikel 26 een motiveringsplicht voor de wetgever lezen. Ik ben overigens niet de enige die het (onder meer) in artikel 26 neergelegde gelijkheidsbeginsel voor de wetgever 'vertaalt' in een motiveringsplicht.[36]

3.1.7 Toezichtprocedures

Verschillende organen hebben tot taak erop toe te zien dat de Nederlandse wetgever de mensenrechtenverdragen in acht neemt. Wat het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en het Internationaal Verdrag inzake de burgerrechten en politieke rechten betreft, zijn de voornaamste toezichthouders:

— de deelorganen van de wetgever zelf;
— de Raad van State;
— de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa;
— Nederlandse rechters;
— de Europese Commissie en het Europese Hof voor de rechten van de mens;
— het Comité van Ministers van de Raad van Europa;
— het Comité voor de rechten van de mens.

Enkele van de toezichtprocedures bij deze organen houden motiveringsplichten voor de wetgever in.

3.1.7.1 Bij de wetgever zelf en bij de Raad van State

Dat de toezichthoudende taken van *Regering*, *Staten-Generaal* en *Raad van State* ook ten aanzien van de mensenrechtenverdragen motiveringsplichten met zich brengen, vloeit mede voort uit grondwettelijke en gewoonterechtelijke regels inzake de totstandkoming en toetsing van wetgeving. Deze komen aan de orde in de hoofdstukken 4 en 5.[37] In paragraaf 4.5.4.4 blijkt dat — in geval van (mogelijke) twijfel over de rechtmatigheid — de deelorganen van de wetgever niet alleen verplicht zijn om te motiveren waarom zij een wetsvoorstel rechtmatig vinden, maar ook waarom zij een al bestaande wet in overeenstemming met het hogere recht achten.

35 Zie de paragrafen 3.1.6.1 en 4.6.2.
36 Zie bijvoorbeeld: Vierdag 1973: 12; Van Male 1988a: 472-474 en 1990: 289; Brenninkmeijer 1993a: 1395 alsmede zijn noot onder Hoge Raad 30 september 1992 in *NJCM-Bulletin* 1993: 555; en het ministeriële rapport *Gelijk in de praktijk* 1990: 10 en 35; zie verder de paragrafen 4.6.2, 5.4.3.5, 7.5.3 en 8.3.1.
37 Zie met name de paragrafen 4.1.5, 4.5.4 en 5.4.3.5.

3.1.7.2 Bij de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa

De toezichthoudende taak van de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa is geregeld in artikel 57 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. Op haar verzoek:

> 'any High Contracting Party shall furnish an explanation of the manner in which its internal law ensures the effective implementation of any of the provisions of this Convention'.

Een verzoek van de Secretaris-Generaal kan tot alle of tot een of enkele landen worden gericht, en het kan betrekking hebben op alle verdragsrechten, op een of enkele daarvan,[38] of zelfs op één bepaalde wet van een land.[39]

De door het verzoek geactiveerde rapportage-verplichting houdt voor de betrokken landen onder meer een verplichting tot motivering van wetgeving in. Dat valt al af te leiden uit het woord *explanation*. De rapportage 'should be adequate and furnish a sufficiently detailed explanation'.[40] In 1975 heeft de Secretaris-Generaal zich bovendien het recht voorbehouden om naar aanleiding van de ontvangen rapportage nadere uitleg ten aanzien van bepaalde punten te verlangen.[41]

In de praktijk is de betekenis van de rapportage-verplichting van artikel 57 beperkt. Het artikel werd in 1988 pas voor de vijfde keer toegepast,[42] de ontvangen informatie wordt niet kritisch onderzocht,[43] en er is geen geformaliseerde weg om naar aanleiding van de rapportage verdragsschending te constateren.[44] Doordat de ingewonnen informatie in beginsel openbaar wordt gemaakt (door toezending aan de verdragstaten en aan de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa), kan de toepassing van artikel 57 echter wel bijdragen aan de handhaving van het Europees Verdrag.[45] Het biedt een instrument om de betrokken landen uit te laten leggen waarom zij menen dat hun wetgeving in overeenstemming met dat verdrag is.[46]

3.1.7.3 Bij Nederlandse rechters

Volgens de jurisprudentie kunnen verdragsrechtelijke verplichtingen tot wetsmotivering nagekomen worden nádat een wet is vastgesteld.[47]

Een wet die vermoed wordt in strijd te zijn met eenieder verbindende bepalingen van een mensenrechtenverdrag, kan worden aangevochten voor de Nederlandse rechter.[48] In

38 Van Dijk en Van Hoof 1990: 233.
39 Mahoney 1988: 382.
40 Mahoney 1988: 387.
41 Van Dijk en Van Hoof 1990: 233; Mahoney 1988: 388.
42 Van Dijk en Van Hoof 1990: 232-233.
43 Van Dijk en Van Hoof 1990: 235.
44 Mahoney 1988: 388.
45 Mahoney 1988: 388-389; Van Dijk en Van Hoof 1990: 234.
46 Datzelfde kan gezegd worden van de rapportage-verplichtingen in andere mensenrechtenverdragen.
47 Zie hierboven de paragrafen 3.1.3, 3.1.4.5 en 3.1.6.2.
48 Zie paragraaf 4.5.2.1.

een dergelijke procedure zal 'de wetgever' nooit procespartij zijn.[49] Naar huidig recht kunnen de wetgever en zijn deelorganen ook niet interveniëren in een procedure bij de Nederlandse rechter waarin de rechtmatigheid van een wet ter discussie staat.[50] Wanneer de procedure[51] rechtstreeks tegen de wet is gericht, dan zal de gedaagde partij de Staat zijn. In een (administratieve, straf- of civiele) procedure waarin de onrechtmatigheid van de wet als exceptie wordt ingeroepen, kàn het zo zijn dat de Staat, de regering, een minister, een officier van justitie of een andere rijksambtenaar partij is. Vaak zal het geding zich echter afspelen tussen twee partijen die in ieder geval niet opgevat kunnen worden als vertegenwoordiger van (een deelorgaan van) de wetgever.

De vraag is vervolgens of de Staat en de regering wèl opgevat kunnen worden als vertegenwoordiger van de wetgever, en of ministers en onder hen ressorterende ambtenaren opgevat kunnen worden als vertegenwoordigers van de regering-als-deelorgaan-van-de-wetgever. Het eerste deel van de vraag kan misschien wel bevestigend worden beantwoord, het tweede vermoedelijk niet. Ministers en ambtenaren die in een toetsingsprocedure argumenten aanvoeren vóór de stelling dat een omstreden wet in overeenstemming met verdragsrecht is, doen dat evenmin namens de wetgever als burger-procespartijen die belang hebben bij het niet-buiten-toepassing-laten van de in het geding omstreden wet.

Dit betekent dat voor zover er al motiveringsplichten voor de wetgever voortvloeien uit de toezichthoudende taak van de Nederlandse rechter, deze verplichtingen slechts een rol kunnen spelen in procedures waarin de Staat of de regering procespartij is. Wanneer men dergelijke plichten aanneemt, ontstaat dus de vreemde situatie dat de Staat of de regering slechts tot wetsmotivering verplicht is in de zeldzame gevallen dat de desbetreffende wet wordt aangevochten in een geding waarin zij zelf partij is.

Daarom lijkt het mij — bij afwezigheid van duidelijke jurisprudentie of literatuur — niet zinnig om hier een motiverings*plicht* te onderkennen. Naar huidig recht zijn de Staat en de regering in dergelijke gedingen tot wetsmotivering *bevoegd*. Omdat de wetgever afgezien van de veelal nietszeggende considerans geen motivering heeft vastgesteld, zijn Staat en regering vrij in hun keuze van argumenten ter onderbouwing van de omstreden wet. Zij zijn dus niet gebonden aan dat wat in de 'parlementaire geschiedenis' van de wet aan de orde is geweest, ook al omdat de maatschappelijke en juridische omstandigheden sindsdien ingrijpend gewijzigd kunnen zijn. Het is aan de rechter om zich te realiseren dat een namens de regering of de Staat gegeven motivering niet van de hele wetgever afkomstig is.[52]

3.1.7.4 Bij internationale geschil-beoordelende organen

Procedures voor de *Europese Commissie* en het *Europese Hof voor de rechten de mens* zijn altijd gericht tegen een verdragstaat. Wanneer het om Nederlandse wetgeving gaat

49 Zie paragraaf 5.2.3.
50 Naar wenselijk recht bespreek ik deze problematiek in paragraaf 9.3.2.3.
51 Op basis van artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek.
52 Zie de paragrafen 9.1.2.6 en 9.3.2.3.

zal de Nederlandse regering dus steeds in het geding betrokken zijn.[53] Anders dan voor de Nederlandse rechter[54] is er bij het Europese Hof dus geen toevalsfactor die zich verzet tegen erkenning van een verplichting voor de betrokken regering om omstreden wetten te motiveren.[55] Hierboven heb ik betoogd dat de jurisprudentie van het Europese Hof diverse motiveringsplichten voor de wetgever inhoudt.[56] Zoals gezegd, eist deze jurisprudentie niet dat de vereiste motivering al gegeven wordt ten tijde van de vaststelling van de wet.[57]

Gezien het voorgaande ligt het voor de hand om de regering verplicht te achten de uit het Europees Verdrag voor de rechten van de mens voortvloeiende motiveringsplichten niet later na te komen dan ten tijde van het onderzoek door de Europese Commissie, zoals bedoeld in artikel 28, eerste lid, onderdeel a, van het Europees Verdrag. In dat artikel kan men in de zinsnede: 'investigation, for the effective conduct of which the States concerned shall furnish all necessary facilities' per analogie[58] steun vinden voor een dergelijke verplichting voor de regering.

Zo nodig zou het Europese Hof later[59] nog een nadere wetsmotivering aan de regering kunnen vragen. Gezien de materieel-rechtelijke grondslag van de bovenbedoelde motiveringsplichten van de wetgever, lijkt het mij aanvaardbaar de regering dan verplicht te achten om aan het verzoek van het Hof gevolg te geven.

3.2 Vrij verkeer in de Europese Gemeenschap

Na de voorgaande analyse van motiveringsplichten die uit mensenrechtenverdragen (kunnen) voortvloeien, kan en moet de bespreking van het recht van de Europese Gemeenschap beknopt blijven.

Zoals bekend bevat het recht van de Europese Gemeenschappen (en dus het recht van de Europese Economische Ruimte) talloze bepalingen (in verdragen en verordeningen) die de nationale wetgevers niet mogen schenden, en bovendien zeer vele bepalingen (in verdragen en richtlijnen) die door de nationale wetgevers ten uitvoer moeten worden gelegd. Daarnaast heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen diverse algemene rechtsbeginselen erkend waaraan onder omstandigheden ook de nationale wetgevers onderworpen zijn. Veel van deze regels en beginselen zijn motief-afhankelijk:[1] de (on)toelaatbaarheid van nationale wetten is mede afhankelijk van de (deugdelijkheid van de) motieven van de desbetreffende wetgever.[2] Juist uit

53 In procedures tegen andere staten kan de Nederlandse regering in beginsel als derde partij van zich laten horen; zie Lester 1988: 341.
54 Zie paragraaf 3.1.7.3.
55 Datzelfde geldt voor procedures bij het Comité van Ministers van de Raad van Europa en bij het Comité voor de rechten van de mens, die ik hier daarom niet apart behandel.
56 Zie de paragrafen 3.1.3, 3.1.4.7 en 3.1.6.1.
57 Zie paragraaf 3.1.7.3.
58 Vergelijk Van Dijk en Van Hoof 1990: 124.
59 In het kader van de behandeling, bedoeld in artikel 47 van het Europees Verdrag.
1 Zie paragraaf 1.3.2.
2 Zie Barendrecht 1992a: 97-98.

dergelijke motief-afhankelijke regels kunnen zich snel motiveringsplichten ontwikkelen, zoals ik in de bovenstaande analyse van de artikelen 8 tot en met 11 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens aannemelijk heb trachten te maken.

Bovendien bevat het institutionele Gemeenschapsrecht een geschreven motiveringsplicht die ook geldt voor regelgevende besluiten van Raad en Commissie.[3] Het is goed mogelijk dat het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen zich bij zijn beoordeling van (de motieven voor) nationale wetgeving zal laten beïnvloeden door het bestaan van een algemene motiveringsplicht ten aanzien van communautaire regelgeving. Een dergelijke doorwerking van communautaire rechtsbeginselen komt wel meer voor.[4] Daarom mag 'een verdere ontwikkeling inhoudende dat het motiveringsbeginsel een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht is waaraan mede de nationale regelgeving moet voldoen niet op voorhand worden uitgesloten'.[5]

In de *jurisprudentie van het Hof van Justitie* zijn al enkele aanwijzingen voor een dergelijke ontwikkeling te bespeuren.

Hèt klassieke voorbeeld van een motief-afhankelijke regel van Gemeenschapsrecht is te vinden in artikel 36 van het EG-Verdrag. Daarin wordt op de bepalingen van artikel 30 en 34 over het vrije verkeer van goederen een uitzondering gemaakt voor nationale 'verboden en beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer, welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van' bepaalde met name genoemde belangen.[6] Volgens artikel 36 moeten dergelijke nationale maatregelen dus gerechtvaardigd *zijn*. Indien daarover een conflict ontstaat zullen de maatregelen dus gerechtvaardigd moeten *worden*. In 1979[7] heeft het Hof van Justitie deze bewijslast gelegd op de nationale autoriteit die zich op artikel 36 beroept.[8] In een rechtszaak (voor de nationale of communautaire rechter) die draait om de vraag of een nationale wet door artikel 36 gedekt wordt, zullen de betrokken nationale autoriteiten dus moeten motiveren waarom die wet door een van de opgesomde gronden wordt gerechtvaardigd.[9]

Dit betekent op zichzelf nog niet dat de desbetreffende wet, of het voorstel daartoe, ook al in een eerder stadium voorzien had moeten worden van een op artikel 36 toegespitste motivering. Niet uitgesloten moet echter worden dat het Hof van Justitie zal gaan verlangen dat de op grond van artikel 36 vereiste motivering eerder verstrekt wordt. Het Hof heeft dat al eens uitgesproken ten aanzien van het vrije verkeer van werknemers.[10]

Dit betrof de (nauwelijks gemotiveerde) afwijzing door een Franse minister van een verzoek van een in Frankrijk als voetbaltrainer aangenomen Belg om erkenning van de

3 Artikel 190 EG-Verdrag; zie paragraaf 8.5.
4 Zie Prechal en Heukels 1986: 312-313 en 1987: 15-21.
5 Ten Berge e.a. 1990: 35.
6 Zoals 'de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten'.
7 Hof van Justitie 8 november 1979, zaak 251/78, *Denkavit*, paragrafen 24 en 28.
8 Zie P. Oliver 1988: 167.
9 Zie Schaper 1993.
10 Artikel 48, waarvan het derde lid een met artikel 36 overeenkomende motief-afhankelijke structuur heeft.

gelijkwaardigheid van zijn Belgische voetbaltrainers-diploma. Het Hof van Justitie overwoog:

> 'Aangezien de vrije toegang tot het arbeidsproces een fundamenteel recht is dat het Verdrag aan iedere werknemer van de Gemeenschap individueel toekent, is de mogelijkheid van beroep in rechte tegen iedere beslissing van een nationale instantie waarbij de uitoefening van dat recht wordt geweigerd, van wezenlijk belang om de particulier een doeltreffende bescherming van zijn recht te waarborgen. (...)
>
> Voor een doeltreffende rechterlijke controle, die zich moet kunnen uitstrekken tot de wettigheid van de motivering van de bestreden beslissing, is het in het algemeen noodzakelijk dat de rechter bij wie de zaak aanhangig is gemaakt, van de bevoegde instantie de overlegging van die motivering kan verlangen. Wanneer echter, zoals in casu, meer in het bijzonder de doeltreffende bescherming moet worden gewaarborgd van een fundamenteel recht dat het Verdrag de werknemers van de Gemeenschap toekent, moeten deze laatsten dit recht bovendien onder zo goed mogelijke omstandigheden kunnen verdedigen en moeten zij de mogelijkheid hebben om met volledige kennis van zaken te beslissen, of zij er baat bij hebben om zich tot de rechter te wenden. Bijgevolg is de bevoegde nationale instantie in een dergelijk geval gehouden, hen in kennis te stellen van de beweegredenen van haar weigering, hetzij in de beslissing zelf, hetzij in een latere, op hun verzoek verstrekte mededeling.' [11]

Hier ontstaat de motiveringsplicht dus al vóórdat een rechtszaak is begonnen. Het ging om de motivering van een individuele beschikking, en niet om de motivering van nationale wetgeving. Er zijn echter drie redenen om de in deze zaak door het Hof geponeerde motiveringsplicht ook ten aanzien van algemeen verbindende voorschriften te laten gelden:

— Het Hof spreekt van 'iedere beslissing van een nationale instantie waarbij de uitoefening van dat recht wordt geweigerd'. Voor categorieën van gevallen kan een dergelijke weigering in de wet zelf vastgelegd zijn.
— Voor de beslissing of men 'er baat bij (kan) hebben om zich tot de rechter te wenden', is het evenzeer van belang om te weten hoe de desbetreffende wettelijke beperkingen door de wetgevende organen gerechtvaardigd worden.[12]
— Het bestuursorgaan zal veelal de argumenten van de wetgevende organen moeten kennen om te kunnen voldoen aan de door het Hof opgelegde motiveringsplicht.

Het lijkt mij daarom mogelijk om de wetgevende organen verplicht te achten om ook al 'buiten rechte' te motiveren waarom hun wetgeving in overeenstemming is met de motief-afhankelijke regels van met name de artikelen 36 en 48 van het EG-Verdrag. Een dergelijke verplichting kan bijvoorbeeld ook uit het communautaire discriminatieverbod worden afgeleid.[13] Omdat het achteraf op verzoek verstrekken van motiveringen voor de wetgevende organen moeilijk doenlijk is, zal de motivering verstrekt moeten worden ten tijde van de totstandkoming van een wet.

11 Hof van Justitie 15 oktober 1987, 222/86, *Unectef/Heylens*, paragrafen 14 en 15.
12 Zie Arnull 1990: 123-124.
13 Zie het arrest van het Hof van Justitie van 13 mei 1986 in de *Bilka*-zaak, 170/84, aangehaald in paragraaf 1.1.3.

Voor Nederland kan men deze eis ook afleiden uit aanwijzing 212, aanhef en onderdeel g, van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Daar wordt voorgeschreven om in de memorie van toelichting bij een wetsvoorstel 'de verhouding (...) tot bestaande en komende internationale en communautaire regelingen' aan de orde te stellen.[14]

14 Zie paragraaf 5.4.3.5; zie ook paragraaf 4.5.4.4.

4 Grondwettelijke plichten

De Grondwet strekt de wetgever tot wet. De Grondwet impliceert namelijk dat de wetgever in beginsel niet grondwettig kan afwijken van de bepalingen van de Grondwet.[1] Deze onderschikking komt tot uitdrukking in:

— de voor de Grondwet zwaardere wijzigingsprocedures;[2]
— de van elk lid van de deelorganen van de wetgever verlangde belofte van trouw aan de Grondwet;[3]
— de uitdrukkelijke bepalingen inzake afwijking van de Grondwet;[4]
— de talloze bepalingen waarin het maken van uitzonderingen bij of krachtens de wet wordt toegestaan;[5]
— het feit dat de Grondwet regels geeft met betrekking tot samenstelling en werkwijze van de wetgever;[6]
— het feit dat de Grondwet regels geeft met betrekking tot inhoud, gelding en vorm van wetten.[7]

Niet alleen de hiërarchische verhouding tussen Grondwet en wetgever ligt onder de oppervlakte van de woorden van de Grondwet. Ook vele andere beginselen en regeltjes van staatsrecht worden in de Grondwet voorondersteld of slechts met een half woord aangeduid. Dat geldt ook voor veel van de motiveringsplichten van de wetgever.

Als constitutioneel 'discussiestuk' [8] heeft de Grondwet bovendien aanleiding gegeven tot de ontwikkeling van bijkomende 'grondwettelijke' regels, waaronder opnieuw enige motiveringsplichten.

In dit hoofdstuk behandel ik die motiveringsplichten die rechtstreeks voortvloeien uit of samenhangen met de tekst van de Grondwet. Daarbij zal blijken dat de sprong van grondwettekst naar motiveringsplicht soms al door anderen is gemaakt, terwijl in andere gevallen ik mij daar als eerste aan waag.

Voor zover de motiveringsplichten *procedurele* grondwetsbepalingen betreffen, komen zij aan de orde in de eerste vijf paragrafen van dit hoofdstuk (4.1 tot en met

1 Prakke 1992: 5; zie de paragrafen 4.5.4.2 en 4.6.1 hierna.
2 Artikelen 137, 138 en 142.
3 Artikelen 32, 37, 49 en 60.
4 Artikel 91, derde lid, artikel 103, tweede lid, en artikel 142; de vraag of er daarnaast — bijvoorbeeld als staatsnoodrecht — ongeschreven bevoegdheden van de wetgever bestaan om van de Grondwet af te wijken, laat ik hier rusten.
5 Bijvoorbeeld de artikelen 6 tot en met 13.
6 Artikelen 24 tot en met 38, 42 tot en met 64, 66 tot en met 73, en 79 tot en met 88.
7 Bijvoorbeeld de artikelen 1, 16, 18 tot en met 20, 88, 94, 120 en additioneel artikel XIX.
8 Waaldijk 1991a: 9-10.

4.5). In paragraaf 4.6 bezie ik dan in hoeverre *inhoudelijke* grondwetsbepalingen motiveringsplichten voor de wetgever opleveren.

4.1 Gemeen overleg

4.1.1 Inleiding

Artikel 81 van de Grondwet schrijft voor dat de wetten worden vastgesteld door regering en Staten-Generaal *gezamenlijk*. Onderling overleg tussen deze twee deelorganen van de wetgever is vereist.[9] Gezamenlijke vaststelling van wetten zonder dat de verschillende deelorganen van de wetgever aan elkaar uitleggen waarom vaststelling al dan niet wenselijk is, is immers moeilijk voorstelbaar. Ook het nog steeds in additioneel artikel XIX van de Grondwet voorgeschreven wetsformulier veronderstelt 'gemeen overleg' tussen regering en parlement.

Reeds Buijs leidde uit de voorganger van het huidige artikel 81[10] een informatieplicht voor de regering af:

> 'Waar de Kamer inlichtingen vraagt, welke zij meent noodig te hebben ter richtige vervulling van hare wetgevende taak, is, geheel onafhankelijk van ons artikel,[11] de bevoegdheid om te vragen even onbetwistbaar als de verplichting om te antwoorden. Zij vloeit dan onmiddellijk voort uit artikel 104 van de Grondwet, dat, aan de Staten-Generaal aandeel toekennende in de wetgevende macht, hun natuurlijk datgene heeft willen verleenen wat tot uitoefening van die macht volstrekt onmisbaar is. De gevraagde en gegeven inlichtingen zijn dan eenvoudig elementen van het gemeen overleg tusschen Regeering en Vertegenwoordiging, dat naar het uitdrukkelijke constitutioneele voorschrift den grondslag van den wetgevende arbeid behoort uit te maken.' [12]

Aldus kan men al in artikel 81 enkele onderlinge motiveringsplichten voor de deelorganen van de wetgever voorondersteld achten.

De *inlichtingenplicht* van artikel 68 van de Grondwet brengt daarenboven voor ministers een concreter verplichting tot motivering van wetgeving met zich.[13] Deze plicht is echter beperkt tot inlichtingen waar vanuit het parlement om werd verzocht. Alleen Damen[14] leidt een plicht tot het verstrekken van ongevraagde inlichtingen af uit het artikel; die interpretatie vindt echter geen steun in de tekst van artikel 68.

Ter beantwoording van de vraag of ministers ook verplicht zijn tot het geven van inlichtingen zonder dat daarom vanuit het parlement verzocht wordt, kan vooral gewezen worden op de *ministeriële verantwoordelijkheid* zoals voorgeschreven in artikel 42. Ook ongevraagd moeten ministers zich verantwoorden.[15] Minister moeten spontaan hun doen en laten verantwoorden, en dus ook het gebruik dat zij (samen met de Koning)

9 Van Maarseveen 1976a: 1293.
10 Artikel 104 van de Grondwet naar de tekst van 1848.
11 De voorloper van het huidige artikel 68.
12 Buijs 1883: 479.
13 Zie paragraaf 4.1.3.
14 Damen 1987: 935.
15 Van Maarseveen 1965: 499; C.H.F. Polak 1979: 8; Bovend'Eert 1988: 127.

maken van de regeringsbevoegdheden met betrekking tot wetgeving. Iedere indiening (en iedere wijziging, intrekking of niet-bekrachtiging) van een wetsvoorstel zal daarom vergezeld moeten gaan van een verantwoording, dat wil zeggen van informatie omtrent de motieven voor dat besluit, dus van een motivering.[16]

Een verplichting tot spontane ministeriële informatieverstrekking aan het parlement kan desgewenst ook afgeleid worden uit 'ons democratisch stelsel',[17] of uit het openbaarheidsbeginsel van artikel 110 of uit het gewoonterecht.[18]

Wat men echter ook als basis voor een dergelijke verplichting kiest, haar grenzen zijn weinig bepaald. Het door de ministers gesuggereerde criterium 'het belang van een goede en democratische bestuursvoering' [19] zou daar weinig aan verhelpen.

In veel gevallen zal het — afgezien van de eventuele verplichting daartoe — politiek opportuun zijn om inlichtingen over de motieven voor een wetsvoorstel te verstrekken, bijvoorbeeld om de aanneming ervan te bevorderen. Vaak, maar niet altijd. Daarom ga ik in de volgende paragrafen gedetailleerd na wat het grondwettelijke recht inhoudt ten aanzien van wetsmotivering in het gemeen overleg. De uit de genoemde grondwetsartikelen voortvloeiende verplichtingen tot motivering hebben betrekking op diverse aspecten van het overleg tussen regering en Staten-Generaal. In min of meer chronologische volgorde bespreek ik hier de volgende zaken:

— de vroeger met zoveel woorden in de Grondwet opgenomen verplichting van de regering om een voorstel van wet al bij indiening te motiveren (paragraaf 4.1.2);
— de ministeriële inlichtingenplicht van artikel 68 (paragrafen 4.1.3 en 4.1.4);
— de verplichting om afwijking van ingewonnen adviezen te motiveren (paragraaf 4.1.5);
— de grondwettigheid van motivering van parlementaire aanneming of verwerping van wetsvoorstellen (paragraaf 4.1.6);
— de door sommigen uit de Grondwet afgeleide verplichting om niet-bekrachtiging van een aangenomen wetsvoorstel te motiveren (paragraaf 4.1.7).

4.1.2 Indiening bij gemotiveerde koninklijke boodschap

Van 1815 tot 1983[20] noemde de Grondwet[21] de twee manieren waarop de Koning wetsvoorstellen bij de Tweede Kamer kon indienen: 'bij een schriftelijke boodschap' en 'door een commissie'.

Van 1815 tot 1887 sprak de Grondwet meer in het bijzonder van 'eene schriftelijke boodschap, welke de redenen van het voorstel inhoudt'.[22] Dit laatste voorschrift is

16 Zie de paragrafen 1.3.1 en 1.3.3.
17 Memorie van antwoord bij het wetsvoorstel dat tot artikel 68 heeft geleid, Kamerstukken II 1985/86, 19014 nr. 5, p. 6.
18 Zie paragraaf 4.3.2.1 respectievelijk paragraaf 5.4.2.
19 Kamerstukken II 1985/86, 19014 nr. 5, p. 7.
20 Dus niet pas sinds 1840, zoals Riezebos en De Vos (1992: 750) stellen.
21 Laatstelijk in artikel 120.
22 'un message qui en contient les motifs'.

slechts tot 1840 correct nageleefd. Tot dan was 'de koninklijke boodschap (...) tevens memorie van toelichting en trad (zij) niet zelden in uitvoerige politieke beschouwingen, welke met het voorstel in meer of minder nauw verband stonden'.[23]

Men zou kunnen zeggen dat de grondwettelijke verplichting om regeringsvoorstellen van wet bij indiening te motiveren na 1840 nog gedeeltelijk is nageleefd, en wel door de verantwoordelijke ministers in de memories van toelichting. In verband met de invoering van ministeriële verantwoordelijkheid ontstond de memorie van toelichting toen namelijk als 'eene bijlage van het wetsontwerp, enkel van den minister uitgaande en ook alleen door dezen geteekend'.[24] De koninklijke boodschap kreeg haar huidige vorm en bevatte voortaan — op één uitzondering na — geen redengevingen meer. Die uitzondering betrof de koninklijke boodschap bij het voorstel tot de Wet van 1 november 1863,[25] betreffende de oprichting van een paleis voor de Staten-Generaal. Tegen deze koninklijke redengeving werd toen zelfs bezwaar gemaakt.

> 'Men oordeelde — en zeker niet geheel ten onrechte — dat, liet men dus in de geleidende missieve eenige bijzondere ingenomenheid des Konings met het aangeboden wetsontwerp doorschemeren, de vrijheid van het onderzoek en van de beslissing der Staten-Generaal daardoor wel eens zoude kunnen worden belemmerd.' [26]

Later oordeelde Buijs dat 'de beginselen van ons tegenwoordig staatsrecht' het opnemen van redenen in de koninklijke boodschap 'zelfs moeilijk bestaanbaar' maken.[27] Ik vraag me af, of de genoemde bezwaren volgehouden hadden kunnen worden, indien ministers de koninklijke boodschappen waren gaan contrasigneren.[28] Tot contrasignering is het echter niet gekomen.[29]

In 1887 is de Grondwet aangepast aan de praktijk van niet-motiverende koninklijke boodschappen. De algemene motiveringsplicht werd gedeconstitutionaliseerd.

Bij de grondwetsherziening van 1983 is deze verplichting niet ter sprake gekomen. Sinds 1983 noemt de Grondwet de 'schriftelijke boodschap' zelfs helemaal niet meer. Er is[30] slechts sprake van indiening 'door of vanwege de Koning'. Volgens de regering[31] zou uit het woordje 'door', toegevoegd bij nota van wijziging[32] op advies van de Raad van State,[33] blijken 'dat de indiening bij koninklijke boodschap voorop staat'. Bij die gelegenheid zeiden de ministers ook dat zij niet van plan was wijziging te brengen in de bestaande praktijk van indiening van gewone wetsvoorstellen bij koninklijke boodschap.

23 Buijs 1883: 586.
24 Buijs 1883: 587; Nicaise zoals aangehaald door Voermans en Van Dijk 1992: 82-83; zie ook paragraaf 5.4.2.2.
25 Staatsblad 129.
26 Buijs 1883: 587.
27 Buijs 1888: 204.
28 Waartoe zij volgens Buijs (1883: 362) en Oud (1970: 102) verplicht waren op grond van wat tot 1983 de slotalinea van artikel 86 van de Grondwet was, thans artikel 47.
29 Zie Van der Hoeven 1988: 300 en Kortmann 1990: 183.
30 In artikel 82, 83, 84 en 105.
31 Kamerstukken II 1979/80, 15047 nr. 8, p. 7.
32 Idem, nr. 9.
33 Kamerstukken II 1979/80, 16034 nr. 4, p. 27.

Over de eventuele verplichting om nota's van wijziging, amendementen of initiatiefvoorstellen van wet bij indiening of aanhangigmaking te motiveren heeft de Grondwet altijd gezwegen.

4.1.3 Ministeriële inlichtingenplicht

Een belangrijk element van het 'gemeen overleg', meer in het bijzonder van het overleg tussen ministers en kamerleden, is nader in de Grondwet geregeld: eerstgenoemden zijn verplicht tot het geven van inlichtingen aan laatstgenoemden. Een inlichtingenplicht in omgekeerde richting wordt niet in de Grondwet genoemd.[34]

Men kan zich overigens afvragen of de bepaling van artikel 68 wel nodig is als grondslag voor de inlichtingenplicht. Zoals gezegd[35] achtte Buijs de inlichtingenplicht — voor zover het wetgeving betreft — reeds gegeven met de bepaling dat de wetgevende macht door Koning en Staten-Generaal gezamenlijk wordt uitgeoefend.[36] Volgens Oud brengt het 'beginsel der ministeriële verantwoordelijkheid' de ministeriële inlichtingenplicht met zich.[37] Volgens Burkens vloeit deze plicht voort 'uit het parlementaire stelsel'.[38] Van Raalte noemt deze plicht 'een onmiddellijk uitvloeisel van de ministeriële verantwoordelijkheid en van het in direct verband daarmee staande aan het parlement toekomende controlerecht'.[39] Volgens Postma[40] is artikel 68 niet nodig als grondslag voor het 'vragen- en interpellatierecht'. Het recht om vragen te stellen volgt volgens hem immers al uit de ministeriële verantwoordelijkheid, zoals voorzien in artikel 42, tweede lid. Onduidelijk is echter of volgens Postma ook een inlichtingenplicht uit deze ministeriële verantwoordelijkheid voortvloeit. Met Postma[41] ben ik van mening dat artikel 68 in ieder geval van belang is ter bepaling van de 'omvang van de antwoordplicht'.

Artikel 68 van de Grondwet verplicht ministers in beginsel om desgevraagd de kamers over alles te informeren, dus ook over hun motieven en de daaraan ten grondslag liggende feiten voor het indienen, wijzigen, intrekken of (niet) bekrachtigen van enig wetsvoorstel of voor het niet doen wijzigen of intrekken van enige wet.

Dat de grondwettelijke inlichtingenplicht niet alleen betekenis heeft in het kader van het parlementaire recht van interpellatie, is in de literatuur herhaaldelijk gesteld. De rol van de inlichtingenplicht in het wetgevingsproces wordt genoemd door Buijs,[42] Stellinga,[43] Oud,[44] Jurgens,[45] Heringa en Zwart[46] en Beers.[47] Kranenburg noemt

34 Zoals het kamerlid Abma opmerkte; Handelingen II 1979/80, p. 2049.
35 Zie paragraaf 4.1.1.
36 Buijs 1883: 479 en 482.
37 Oud 1967: 653.
38 Burkens 1966: 173.
39 Van Raalte 1960: 169.
40 Postma 1985: 63.
41 En Kranenburg 1928: 302.
42 Buijs 1883: 479-481.
43 Stellinga 1953: 189.
44 Oud 1967: 653-654, 658 en 661; 1970: 146.

de betekenis van 'het recht van interpellatie' voor wetgeving ook, maar dan juist niet in het kader van de vaststelling van wetten, maar voor het 'verkrijgen van nieuw feitenmateriaal (...) voor kritiek op de bestaande regelingen (...) (en) de wijze van uitvoering dier regelingen'.[48]

Tijdens de behandeling van de grondwetsherziening van 1983 bleek ook de regering van mening dat het recht op inlichtingen mede van toepassing is bij de behandeling van wetsvoorstellen[49] en met name ook op vragen gesteld in kamercommissies.[50] In de Tweede Kamer werd de toepasselijkheid van de inlichtingenplicht op vragen gesteld tijdens de behandeling van wetsvoorstellen vanuit de VVD bevestigd.[51] Afgezien van een onduidelijke opmerking van het Eerste-Kamerlid W.F. de Gaay Fortman,[52] die — vermoedelijk onbedoeld — het tegendeel suggereerde, is er tijdens de grondwetsherziening verder niet op dit punt ingegaan.

Tot 1987 stond er in artikel 68: 'De ministers (...) geven aan de kamers (...) de verlangde inlichtingen'. Daaruit werd door sommige schrijvers afgeleid dat een volledige inlichtingenplicht enkel gold ten aanzien van *door een kamer(meerderheid)* verlangde inlichtingen.[53]

Bij de Grondwetsherziening had ook de regering (die de bestaande formulering wilde handhaven) zich aanvankelijk op dat standpunt gesteld.[54] In de Tweede Kamer stuitte dat echter op bezwaren.[55] De regering ging tenslotte overstag wat betreft de toepasselijkheid van de bestaande bepaling op individuele vragen,[56] maar bracht geen wijziging in de voorgestelde tekst. De leden Faber, Patijn en Brinkhorst dienden daarop een amendement in om in plaats van 'de verlangde inlichtingen' te lezen: 'de *door een of meer leden* verlangde inlichtingen'.[57] Hun toelichting luidde:

> 'Dit amendement beoogt te voorkomen, dat de antwoordplicht van bewindslieden afhankelijk gesteld kan worden van de instemming van een kamermeerderheid.'

45 Jurgens 1986: 50-51.
46 Heringa en Zwart 1991: 162.
47 Beers 1992: 657.
48 Kranenburg 1928: 300-301.
49 Kamerstukken II 1976/77, 14225 nr. 3, p. 4; Handelingen II 1979/80, p. 2089-2090.
50 Kamerstukken II 1978/79, 14225 nr. 7, p. 4.
51 Idem, nr. 6, p. 2-3; Handelingen II 1979/80, p. 1961.
52 Handelingen I 1980/81, p. 46, laatste volle alinea.
53 Zie voor een overzicht van de standpunten: Postma 1985: 57-64.
54 Kamerstukken II 1976/77, 14225 nr. 3, p. 4.
55 Idem, 1978/79, nr. 6, p. 1-4; 1979/80, nr. 11, p. 1-4.
56 Idem 1979/80, nr. 12, p. 4.
57 Idem, nr. 13.

Dit amendement werd tijdens de mondelinge behandeling door Minister Wiegel niet bestreden, ja zelfs verwelkomd.[58] Wel formuleerde de Minister aanvankelijk nog een 'mits'.[59] Dat stond er echter niet aan in de weg dat het amendement met vrijwel algemene stemmen werd aangenomen. Het aldus gewijzigde artikel kwam niet in 1983, maar pas in 1987 in de Grondwet terecht.[60] Artikel 68 van de Grondwet luidt nu als volgt:

> 'De ministers en de staatssecretarissen geven de kamers elk afzonderlijk en in verenigde vergadering mondeling of schriftelijk de door een of meer leden verlangde inlichtingen waarvan het verstrekken niet in strijd is met het belang van de staat '

De volledige inlichtingenplicht geldt nu dus onomstotelijk ook ten aanzien van door individuele leden gevraagde informatie.

In de schriftelijke en mondelinge wetgevingsprocedure is dit van groot belang, nu het daar vrijwel altijd afzonderlijke leden (in plaats van kamermeerderheden) zijn die om een nadere toelichting of motivering van een wetsvoorstel vragen.[61] Duidelijk overbodig is nu de door Oud[62] gesuggereerde constructie, dat men het er in 'het algemeen (...) voor houden (mag), dat een commissie is te beschouwen als door de Kamer gemachtigd de inlichtingen te vragen, die betrekking hebben tot de zaak, met welker behandeling de commissie is belast.'

Ook de in de volgende paragraaf te bespreken weigeringsgrond en andere begrenzingen zijn gelijkelijk van toepassing op door individuele kamerleden en op door kamermeerderheden gevraagde inlichtingen.[63] De suggestie van het lid Waltmans[64] om voor de inlichtingenplicht ten aanzien van individuele vragen 'een afzonderlijke verschoningsgrond' te ontwerpen, 'die ruimer zal kunnen zijn dan het begrip "het belang van de staat"', werd door Minister Wiegel verworpen met het argument dat daardoor de gewenste gelijkschakeling van individuele en meerderheidsvragen zou worden verbroken.[65]

4.1.4 Grenzen aan de inlichtingenplicht

Donner vreesde dat de grondwettelijke verankering van de inlichtingenplicht ten aanzien van individuele vragen, er toe zou leiden dat 'ook de kamers zelf' geen middelen meer zouden bezitten 'om de eigen leden binnen de grenzen der redelijkheid te houden'.[1] Voor de vrees van Donner is echter even weinig reden als voor de hoop van Patijn, die

58 Handelingen II 1979/80, p. 2989-2090.
59 Idem, p. 2090, eerste volle alinea; zie paragraaf 4.1.4 4.
60 De vertraging werd veroorzaakt door het feit dat het artikel was opgenomen in hetzelfde voorstel als het na amendering zeer controversiele artikel inzake het recht van enquête
61 Kamerstukken II 1978/79, 14225 nr. 7, p. 3.
62 Oud 1967: 661.
63 Postma 1985· 87.
64 Handelingen II 1979/80, p. 1954.
65 Idem, p. 2090.
1 Van der Pot/Donner 1983: 494.

van 'het absolute recht (...) op inlichtingen' sprak.[2] De inlichtingenplicht wordt immers, zowel wat individuele vragen als wat meerderheidsvragen betreft, op vijf manieren begrensd:

— Er is een tamelijk ruime weigeringsgrond (zie paragraaf 4.1.4.1).
— Artikel 68 eist niet dat de inlichtingen 'onmiddellijk' worden verstrekt (zie paragraaf 4.1.4.2).
— De inlichtingenplicht is aan enkele feitelijke belemmeringen onderworpen (zie paragraaf 4.1.4.3).
— Bij reglement van orde kan het stellen van vragen gereguleerd worden (zie paragraaf 4.1.4.4).
— Individuele leden hebben — evenals kamermeerderheden — vrijwel geen mogelijkheden om naleving van artikel 68 af te dwingen, en zijn daar ook lang niet altijd toe bereid (zie paragraaf 4.1.4.5).

Beers heeft onlangs betoogd dat er nòg een grens zou bestaan: 'De inlichtingenplicht is gebaseerd op het beginsel van de ministeriële verantwoordelijkheid zodat haar omvang tot de reikwijdte van dit beginsel is beperkt'.[3] Voor deze stelling voert hij geen nadere steun of argumentatie aan.

Nu bleek hierboven al[4] dat lang niet alle schrijvers de inlichtingenplicht baseren op de ministeriële verantwoordelijkheid. Waar het wetgeving betreft wordt zij mede afgeleid uit het vereiste van 'gemeen overleg'. Wil het parlement zijn wetgevende en grondwetgevende taken goed kunnen vervullen, dan zal het ook moeten kunnen beschikken over informatie over zaken waarvoor *nog geen ministers verantwoordelijk* zijn.

De twee door Beers gegeven voorbeelden van zaken die buiten het bereik van de ministeriële verantwoordelijkheid zouden vallen, kunnen mij er evenmin toe brengen de door hem bepleite ongeschreven beperking van de inlichtingenplicht te aanvaarden.

Het eerste voorbeeld heeft Beers ontleend aan een advies uit 1964 van de heren Drees en Oud over de ministeriële verantwoordelijkheid in aangelegenheden van het Koninklijk Huis: 'aangelegenheden van het Koninklijk Huis waarbij het openbaar belang niet is betrokken'.[5] Tijdens de grondwetsherziening van 1983 had Minister Wiegel er echter al op gewezen dat uit het advies niet blijkt onder welke begrenzing van het inlichtingenrecht Drees en Oud de weigering-wegens-onvoldoende-openbaar-belang rangschikten.[6] Tegenwoordig zou een uitzondering voor bepaalde privé-aspecten van het leven van leden van het Koninklijk Huis vermoedelijk worden aangeduid als eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.[7]

Nog minder overtuigend is het tweede voorbeeld: 'zaken die op het gegeven moment geheel tot de eigen bevoegdheidssfeer van een provincie of gemeente behoren en niet

2 Handelingen II 1979/80, p. 1927.
3 Beers 1992: 659.
4 In paragraaf 4.1.3.
5 Beers 1992: 659.
6 Handelingen II 1979/80, p. 2722.
7 Wat herleidbaar is tot de weigeringsgrond staatsbelang; zie paragraaf 4.1.4.1 hieronder.

onder ministeriële verantwoordelijkheid vallen'.[8] Ten aanzien van vrijwel alles wat provinciale en gemeentelijke overheden doen en nalaten zijn ministers immers verantwoordelijk voor de wijze waarop zij hun toezichthoudende taken bedoeld in artikel 132 van de Grondwet uitoefenen. Bovendien zijn zij als medewetgever mede-verantwoordelijk voor het al dan niet wijzigen van de wettelijke regeling van de decentrale overheid.

Op elk van de vijf volgens mij wèl bestaande grenzen van de grondwettelijke inlichtingenplicht ga ik hieronder in.

4.1.4.1 Staatsbelang als enige weigeringsgrond

Volgens artikel 68 geldt de inlichtingenplicht slechts ten aanzien van 'inlichtingen waarvan het verstrekken niet in strijd is met het belang van de staat'. Van 1887 tot 1987 was de formulering van de verschoningsgrond minder objectief: inlichtingen, waarvan het verlenen 'niet strijdig kan worden geoordeeld' met het belang van de staat. De nieuwe formulering kan niet meer de indruk wekken dat de Kamer zich tot 'een marginale toetsing' zou moeten beperken bij de beantwoording van de vraag of er terecht een beroep op is gedaan.[9]

De in artikel 68 genoemde verschoningsgrond is de *enige* grond waarop inlichtingen mogen worden geweigerd.[10] Aan de vroeger ten aanzien van het (ongeschreven) individuele vragenrecht[11] gehanteerde ruimere grond 'openbaar belang' komt geen betekenis meer toe.[12] De opvatting van Beers dat inlichtingen over zaken die niet onder de ministeriële verantwoordelijkheid vallen steeds geweigerd mogen worden,[13] heeft (nog) geen steun verworven.

Tijdens de grondwetsherziening gaven de ministers de volgende toelichting op de grondwettelijke weigeringsgrond:

> 'Vereist is dat het staatsbelang om de inlichtingen te weigeren zo zwaar weegt dat het eveneens zwaar wegende belang de Staten-Generaal te informeren daarvoor niettemin moet wijken De betekenis van de clausule bestaat niet in de laatste plaats hierin, dat de regering erdoor genoopt wordt daarop uitdrukkelijk een beroep te doen en voor dat beroep argumenten aan te voeren ' [14]

Onbeantwoord bleef de vraag van het lid Abma, of de plicht van de regering om een beroep op de verschoningsgrond concreet te motiveren niet 'op enigerlei wijze

8 Beers 1992 659
9 Aldus de ministers in de memorie van antwoord, Kamerstukken II 1978/79, 14225 nr 7, p 8, zie ook nr 6, p 5, en Jurgens 1986 49
10 Postma 1985 88, Kortmann 1987 227-228, Dolle 1988 276, Hagelstein 1991 198
11 En tegenwoordig bijvoorbeeld in artikel 169 van de Gemeentewet
12 Handelingen II 1979/80, p 1927, 2104 en 2722
13 Beers 1992 658-660, zie het begin van paragraaf 4 1 4 hierboven
14 Kamerstukken II 1976/77, 14225 nr 3, p 5, in essentie herhaald in Handelingen II 1979/80, p 2091 en opnieuw in Kamerstukken II 1985/86, 19014 nr 5, p 3

vastgelegd diende te worden'.[15] Vanuit de PvdA-fractie werd bepleit om de aan te voeren argumenten beter toetsbaar te maken, door in de Grondwet (naar analogie met de Wet openbaarheid van bestuur) in plaats van de 'te rekkelijk(e)' grond 'het belang van de staat', een limitatieve opsomming van concreter uitzonderingen op de inlichtingenplicht op te nemen.[16] De ministers reageerden daarop met de stelling dat de voorgestelde grond juist veel minder uitzonderingen toeliet dan de in de Wet openbaarheid van bestuur genoemde gronden te zamen.[17] Tot een amendement ter specificatie van de verschoningsgronden kwam het niet.[18] Wel is tijdens de behandeling enige invulling gegeven aan het begrip 'het belang van de staat'.

Onweersproken bleef de stelling van de ministers dat het begrip in ieder geval de volgende staatsbelangen omvat:[19] de veiligheid van de staat,[20] de eenheid van de Kroon, de betrekkingen van Nederland met andere landen, en de economische en financiële belangen van de staat; kortom, vier van de in artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur genoemde belangen.[21] Niet geheel duidelijk is geworden of ook de andere in dat artikel genoemde belangen onder 'het belang van de staat' gerekend zullen mogen worden.[22] Tenslotte zeiden de ministers daarover:

> 'Gesteld kan worden (...) dat slechts in uitzonderlijke gevallen zo zwaarwegende belangen in het geding zullen zijn dat het recht op inlichtingen van de Staten-Generaal daarvoor moet wijken, en dat zelfs niet op vertrouwelijke wijze de gevraagde inlichtingen verstrekt kunnen worden.' [23]

Dat de inlichtingenplicht al vervuld zou zijn door het vertrouwelijk informeren van een kamercommissie (bijvoorbeeld de vaste Commissie voor de Inlichtingen en Veiligheidsdiensten), zoals de ministers in een voetnoot in dezelfde memorie van antwoord opmerkten,[24] lijkt mij overigens niet juist.[25] Artikel 68 spreekt immers van het *aan de kamers* geven van inlichtingen. Het artikel maakt het de kamers niet mogelijk om zich bij het ontvangen van de inlichtingen te laten 'vertegenwoordigen'. Wel is denkbaar dat de vragensteller genoegen neemt met de vertrouwelijke verstrekking van informatie aan een kamercommissie. Dan is er niet langer sprake van *verlangde* inlichtingen.[26]

Ten aanzien van één van de andere in artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur genoemde belangen is uitvoerig gediscussieerd: de persoonlijke levenssfeer.[27]

15 Handelingen II 1979/80, p. 2051.
16 Kamerstukken II 1979/80, 14225 nr. 11, p. 4.
17 Idem, nr. 12, p. 5.
18 Handelingen II 1979/80, p. 1927.
19 Kamerstukken II 1978/79, 14225 nr. 7, p. 8.
20 Zie ook Kamerstukken I 1979/80, 14225 nr. 57b, p. 1.
21 Vergelijk Beers 1990: 381-383.
22 Kamerstukken II 1978/79, 14225 nr. 7, p. 6 en 8.
23 Kamerstukken I 1979/80, 14225 nr. 57b, memorie van antwoord, p. 2.
24 Idem, p. 1.
25 Vergelijk Hagelstein 1991: 202-203.
26 In het in de genoemde voetnoot bedoelde geval, wapenvondst in Heythuysen, konden de inlichtingen geweigerd worden met een beroep op de veiligheid van de staat.
27 Tweede lid, onder e.

Men kan het kamerlid Faber toegeven dat het wat raar is om juist dat zeer persoonlijke belang tot het belang van de staat te rekenen.[28] Toch wilde Minister Wiegel die mogelijkheid niet bij voorbaat uitsluiten.[29] Daarmee reageerde hij impliciet ook op opmerkingen van de kamerleden Waltmans[30] en Abma,[31] die graag vastgesteld zagen dat het belang van de persoonlijke levenssfeer nooit aan vertrouwelijke kennisgeving aan de kamer in de weg kan staan. In de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer gaven de ministers tenslotte een voorbeeld van een denkbeeldig geval waarin zelfs vertrouwelijke verstrekking van inlichtingen geweigerd zou kunnen worden met een beroep op de persoonlijke levenssfeer als staatsbelang:

> 'Het belang van de staat kan hier in het geding zijn, omdat in een rechtsstaat vertrouwelijke medische en/of psychologische gegevens over personen, buiten de medische beroepssfeer slechts in uitzonderlijke gevallen aan anderen mogen worden medegedeeld ' [32]

Met andere woorden: 'belang van de staat' wordt gelezen als 'belang van de rechtsstaat'. Een dergelijke interpretatie van de verschoningsgrond zou ik niet tot de mijne willen maken. Zij biedt immers wel erg veel ruimte voor ministers om inlichtingen te weigeren. Een voorproefje van de vrijwel onbeperkte uitzonderingen die aldus mogelijk worden, biedt Postma waar hij schrijft:

> 'Als de minister van Financien weigert bepaalde inlichtingen te verstrekken en daarbij een beroep doet op het bepaalde in de belastingwetgeving, dan is dit te beschouwen als een nadere uitwerking van het begrip "belang van de staat" Immers, het is van staatsbelang dat de formele wetten worden nageleefd ' [33]

In een dergelijke benadering verdwijnt de vraag, of de desbetreffende (weliswaar onschendbare) wetsbepaling wel in overeenstemming is met artikel 68 van de Grondwet, geheel buiten beeld.[34] Bovendien is de redenering van Postma even goed toepasbaar ten aanzien van bepalingen in lagere regelgeving; ook naleving daarvan mag rechtsstaatsbelang heten. Aldus blijft er van de inlichtingenplicht weinig over.

Het lijkt mij daarom gevaarlijk om, via de grondwettelijke clausule 'het belang van de staat', alle Nederlandse regelgeving, of de hele 'rechtsstaat', als mogelijke grond voor de weigering van inlichtingen te accepteren. Ook Damen[35] waarschuwt tegen een door de politieke opportuniteit ingegeven extensieve interpretatie van de clausule. Naast de vier tijdens de grondwetsherziening onomstreden gebleven staatsbelangen (zie boven) zou ik slechts *de naleving van andere grondwetsartikelen* als 'belang van de staat' in de zin van artikel 68 van de Grondwet willen beschouwen. Gezien artikel 10 van de

28 Handelingen II 1979/80, p 1930, aldus ook C H F Polak 1979 7 en Van der Pot/Donner/Prakke 1989 576
29 Handelingen II 1979/80, p 2091
30 Idem, p 1954
31 Idem, p 2051
32 Kamerstukken I 1979/80, 14225, nr 57b, p 2
33 Postma 1985 88
34 Evenals trouwens de vraag of die wetsbepaling wel van toepassing is op het verstrekken van inlichtingen aan het parlement
35 Damen 1987 936

Grondwet zullen derhalve — in uitzonderlijke omstandigheden en dan slechts op grond van een afweging van de door de twee grondwetsartikelen beschermde belangen — inlichtingen geweigerd mogen worden met een beroep op de verplichting tot eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.

Al met al gaat het bij artikel 68 dus om de volgende vijf categorieën van staatsbelangen:

— veiligheid van de staat;
— eenheid van de Kroon;
— betrekkingen van Nederland met andere landen;
— economische en financiële belangen van de staat;
— naleving van andere grondwetsartikelen.

Op de bij de behandeling van wetsvoorstellen verlangde inlichtingen zullen deze belangen wel niet snel van toepassing zijn. Alle tijdens de grondwetsherziening genoemde historische en verzonnen weigeringen betroffen dan ook andere dan wetgevingszaken.

De andere vier begrenzingen van de inlichtingenplicht spelen vermoedelijk een grotere rol ten aanzien van de behandeling van wetsvoorstellen. Ook afgezien van de grondwettelijke weigeringsgrond houdt de inlichtingenplicht immers niet in dat alle door een of meer leden verlangde informatie onmiddellijk moet worden verstrekt.

4.1.4.2 Tijdelijke weigering

In de eerste plaats ontbreekt een tijdsaanduiding in artikel 68. Tijdelijke weigering is dus mogelijk. Dat betekent bijvoorbeeld dat een minister in de periode voor Prinsjesdag mag weigeren om gevraagde inlichtingen te verschaffen die in de begrotingstoelichting te vinden zullen zijn.[36] Ook het niet verstrekken van inlichtingen die nog niet verzameld konden worden, levert uiteraard geen strijd met artikel 68 op.[37] Zo is toelaatbaar dat in een memorie van antwoord of nota naar aanleiding van een verslag 'de beantwoording van vragen die meer tijd kost, wordt verwezen naar de mondelinge behandeling'.[38] Ook kan de betrokken minister eerst met een beroep op opportuniteitsgronden trachten de vragensteller er toe over te halen van zijn verlangen naar inlichtingen af te zien.[39] Waarom Damen[40] dat kennelijk in strijd acht met artikel 68, ontgaat mij.

36 Zie Kamerstukken II 1979/80, 14225 nr. 12, p. 3.
37 Postma 1985: 87.
38 *Voortvarend wetgeven*, Kabinetsstandpunt naar aanleiding van het advies van de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten over de wetsprocedure, Kamerstukken II 1993/94, 23462 nr. 1, p. 18.
39 Kamerstukken II 1985/86, 19014 nr. 5, p. 3; Kortmann 1987: 228; Van der Pot/Donner/Prakke 1989: 576.
40 Damen 1987: 936.

4.1.4.3 Feitelijke belemmeringen

In de tweede plaats zijn er de feitelijke belemmeringen waar het kamerlid Kappeyne van de Coppello op heeft gewezen:

> 'Soms kan (de regering geen antwoord geven), omdat iets gevraagd wordt waar onmogelijk antwoord op gegeven kan worden, omdat gegevens niet voorhanden zijn of een overleg nog niet is afgerond etc. Dit zijn als het ware "natuurlijke" belemmeringen die uit de omstandigheden kunnen voortvloeien en die men naar redelijkheid moet beoordelen.' [41]

Het kamerlid Waltmans wees daarnaast op gevallen waarin het weliswaar niet onmogelijk is om de verlangde informatie te verzamelen en dan te verstrekken, maar waarin dat verzamelen toch onevenredig veel moeite zou kosten; bijvoorbeeld 'als ik een overzicht vraag van de totale inkomenspositie van alle landen in de wereld vanaf 1600'.[42]

In zijn reactie rekende Minister Wiegel de door Waltmans bedoelde gevallen vervolgens tot de categorie waarvoor de door Kappeyne van de Coppello genoemde 'natuurlijke belemmeringen' zouden gelden, en voegde daaraan toe:

> 'Het lijkt mij inderdaad juist dat voor het niet verstrekken van gevraagde inlichtingen in dergelijke gevallen ook geen beroep wordt gedaan op het belang van de staat.' [43]

Deze conclusies hadden, anders dan de voorafgaande opmerking van Waltmans,[44] niet slechts betrekking op de beantwoording van individuele vragen, maar op de gehele inlichtingenplicht.[45] Zij bleven tijdens de verdere beraadslaging onweersproken. Ook in de literatuur zijn zij overgenomen.[46]

Vreemd is echter dat noch de genoemde politici, noch de genoemde schrijvers, enige moeite hebben gedaan om een staatsrechtelijke grondslag voor deze 'natuurlijke belemmeringen' aan te wijzen. Tot het zomaar erkennen van niet-grondwettelijke weigeringsgronden, zou ik niet willen overgaan. Dat hoeft ook niet wanneer men het 'leerstuk' van de natuurlijke belemmeringen opvat als een interpretatie van het woord 'inlichtingen' zoals dat voorkomt in artikel 68. Het is dan ook niet nodig om[47] 'natuurlijke belemmeringen' en restrictieve interpretatie van het begrip 'inlichtingen' te zien als twee naast elkaar staande mogelijkheden om onder artikel 68 uit te komen. Dat informatie waarover de regering niet *kan* beschikken, niet onder het begrip 'inlichtingen' valt, spreekt vrijwel vanzelf. Dat ook informatie waarover de regering slechts door *onevenredige inspanningen* zou kunnen beschikken, daar niet onder valt, is slechts een klein stapje redelijke interpretatie verder. Of Postma ook tot dat laatste stapje bereid zou

41 Handelingen II 1979/80, p. 1961-1962.
42 Idem, p. 1954.
43 Idem, p. 2090.
44 En anders dan Kortmann 1987: 227 meent.
45 Visscher 1986a: 218.
46 Geheel door Visscher 1986a: 218, Kortmann 1987: 227 en Beers 1992: 658; gedeeltelijk door Postma 1985: 87 die slechts van 'fysieke onmogelijkheid' spreekt.
47 Zoals Damen doet, 1987: 936.

zijn, is de vraag, nu hij slechts van 'fysieke onmogelijkheid' spreekt en zwijgt over onevenredige inspanningen.[48] Mij lijkt het echter redelijk om in artikel 68 onder 'inlichtingen' te verstaan: informatie waarover de regering beschikt of redelijkerwijs zou kunnen beschikken.

4.1.4.4 Regulering van het vragenrecht

Nog een andere begrenzing van de inlichtingenplicht — buiten de grondwettelijke weigeringsgrond om — is tijdens de grondwetsherziening ter sprake gekomen. Dit is de mogelijkheid om in het reglement van orde van een kamer nadere regels te stellen omtrent de wijze waarop inlichtingen worden verlangd. Toen Minister Wiegel het amendement-Faber-Patijn-Brinkhorst verwelkomde,[49] verbond hij daaraan de voorwaarde dat de Tweede Kamer met de regering van mening zou zijn dat het voorgestelde amendement ruimte voor dergelijke nadere regels liet blijven bestaan.[50] De kamer bleek dat met hem eens.[51]

Ook hier doet zich echter het probleem voor dat de betrokken politici geen moeite deden om een staatsrechtelijke grondslag voor die nadere regelingsbevoegdheid aan te wijzen. De literatuur zwijgt op dit punt — al mogen we aannemen dat in ieder geval Kortmann[52] en Beers[53] de door hen zonder commentaar aangehaalde stelling van de minister, alsmede de instemming van de kamer daarmee, wel zullen onderschrijven.

In artikel 72 van de Grondwet[54] kan uiteraard geen bevoegdheid van de kamers worden gelezen om in hun reglementen af te wijken van andere grondwetsartikelen. We hebben hier echter niet met een afwijking van artikel 68 te maken. De daarin opgenomen inlichtingenplicht wordt niet, en kan ook niet, beperkt worden door de nadere regels in de reglementen van orde. Die reglementen kunnen slechts het recht van kamerleden om (op enige manier) vragen te stellen regelen en beperken.[55] Niet voor niets voegde Minister Wiegel bij het formuleren van zijn voorwaarde de clausule 'uiteraard met inachtneming van het recht op inlichtingen' toe.[56]

Conform de toelichting bij het amendement-Faber-Patijn-Brinkhorst,[57] zal een reglement van orde de antwoordplicht van ministers dan ook niet afhankelijk kunnen stellen van de instemming van een kamermeerderheid. Het in een interpellatie-debat *verlangen van inlichtingen* daarentegen mag wel van een dergelijke instemming

48 Postma 1985: 87.
49 Zie paragraaf 4.1.3.
50 Handelingen II 1979/80, p. 2090.
51 Idem, p. 2091-2092 en 2104.
52 Kortmann 1987: 227-228.
53 Beers 1992: 656.
54 'De kamers stellen elk (...) een reglement van orde vast.'
55 Aldus ook het opschrift van Hoofdstuk XI van het in 1993 vastgestelde Reglement van Orde van de Tweede Kamer: 'Het vragen van inlichtingen aan de regering'.
56 Handelingen II 1979/80, p. 2089; zie ook p. 2091 laatste kolom.
57 Zie paragraaf 4.1.3.

afhankelijk worden gesteld.[58] Ook de in de reglementen voorziene controle van de kamervoorzitters bij de doorzending van individuele vragen[59] is, evenals de bevoegdheid van elke Tweede-Kamercommissies om vragen die 'zij niet ter zake acht' uit haar verslagen weg te laten,[60] aldus in beginsel niet in strijd met artikel 68 van de Grondwet. Deze beperkingen betreffen immers niet het grondwettelijke recht om inlichtingen te ontvangen, maar het voor het daarmee beoogde doel onmisbare recht om vragen te stellen.[61]

Net als het stellen van schriftelijke vragen, is het laten opnemen van vragen in een commissieverslag over een wetsvoorstel, een bij uitstek geschikt middel om de inlichtingenplicht te dienen. De Kamer mag dit middel (bij Reglement van Orde of anderszins) dan ook slechts onderwerpen aan beperkingen die deze dienende taak onverlet laten.[62] Gebruikmaking van dit middel mag daarom niet afhankelijk worden gesteld van voorafgaand verlof van commissie, kamer of voorzitter. Zou men dat wel doen, dan zou afbreuk gedaan worden aan de verruiming van de grondwettelijke inlichtingenplicht in 1987.

4.1.4.5 Beperkte handhaving van de inlichtingenplicht

De laatste van de vijf te bespreken grenzen aan de inlichtingenplicht is niet van juridische, maar van politiek-feitelijke aard. Deze begrenzing vloeit voort uit het ontbreken van een instantie die een beslissend en bindend juridisch oordeel kan geven bij verschil van mening tussen vragensteller(s) en bevraagde minister(s) over het van toepassing zijn van de inlichtingenplicht. Mede daarom zal het dan van politieke factoren afhangen of de gevraagde inlichtingen wel of niet verstrekt worden.

Volgens Kortmann[63] 'beslist tenslotte de Kamer of er terecht inlichtingen zijn geweigerd'. Als een poging tot beschrijving van de feitelijke gang van zaken is deze stelling te verdedigen (hoewel de dominante rol van de regering er dan in miskend wordt). Als weergave van staatsrecht is Kortmanns stelling echter zowel in strijd met de tekst van artikel 68, als met de tijdens de grondwetsherziening gegeven toelichtingen daarop.

Zoals zo vaak in het Nederlandse staatsrecht, laat artikel 68 geheel in het midden wie tenslotte beslist of voldaan is aan de gestelde verplichting, ja zelfs òf er iemand is die dat kan beslissen. Aan een uitspraak van een kamermeerderheid op dit punt komt, zo zou men kunnen zeggen, geen 'kracht van gewijsde' toe. Een dergelijke kameruitspraak kan niet het juridische ongelijk vaststellen van een individueel kamerlid dat meent dat

58 Zie artikel 133 van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer, versie 1993.
59 Artikel 134 van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer, versie 1993; zie Postma 1985: 77-80.
60 Artikel 33, eerste lid, van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer, versie 1993.
61 Vergelijk Hoge Raad 28 november 1950, NJ 1951, 137.
62 Vergelijk Hoge Raad 22 maart 1960, NJ 274.
63 Kortmann 1987: 228.

gevraagde inlichtingen ten onrechte zijn geweigerd.[64] Evenmin kan een dergelijke uitspraak het juridische ongelijk vaststellen van een minister die zich op de verschoningsgrond meent te kunnen beroepen. Wat dit laatste betreft, gaven de ministers op een vraag vanuit D'66[65] het juiste antwoord:

> 'Hier komt duidelijk naar voren dat Regering en Staten-Generaal op dit punt een eigen verantwoordelijkheid hebben Indien de Regering immers, ook nadat de Kamer blijk heeft gegeven een beroep op de verschoningsgrond niet te aanvaarden, weigert de gevraagde inlichtingen te verstrekken, kan dit voor de Kamer aanleiding zijn het vertrouwen in de betreffende minister ( ) op te zeggen Daarmee is evenwel niet gezegd dat de kamer vervolgens wel de beschikking krijgt over de verlangde inlichtingen. Een nieuw aangetreden bewindsman ( ) zal immers weer zelf moeten beoordelen of de gevraagde inlichtingen zullen worden verstrekt.' [66]

Tijdens de verdere behandeling is deze opvatting niet meer bestreden. Wel merkte het kamerlid Faber op, ter verdediging van het mede door hem ingediende amendement,[67] dat de kamermeerderheid desgewenst 'bepaalt' of aan de inlichtingenplicht is voldaan.[68] Deze al te krasse uitspraak valt vermoedelijk te verklaren uit het streven van Faber om te benadrukken dat het (in het amendement voorgestelde) vastleggen van de inlichtingenplicht ten aanzien van ook individuele vragen geen ingrijpende gevolgen zou hebben. Correcter liet het kamerlid Kappeyne van de Coppello zich uit:

> 'of men nu een minderheidsrecht of een meerderheidsrecht inzake inlichtingen van de Regering wil scheppen doet niets af aan de daarvan losstaande feitelijkheid, dat het eventueel trekken van politieke consequenties uit het niet voldoende antwoorden altijd een politieke zaak zal zijn, die door een meerderheid in de Kamer wordt beslist ' [69]

En in tweede termijn sprak ook Faber nog slechts van een kamermeerderheid die 'beoordeelt' of aan de verplichting is voldaan.[70]

Volgens de vertrouwensregel komt het politieke laatste woord in het parlement inderdaad niet toe aan individuele kamerleden, maar aan de kamer als zodanig (dus aan een meerderheid van die kamer). Individuele kamerleden zijn daardoor voor de handhaving van hun grondwettelijke rechten meestal aangewezen op de bereidheid van een meerderheid om desnoods politieke consequenties te verbinden aan schending van die rechten.[71] Dat betekent echter niet dat die meerderheid ook de staatsrechtelijke omvang van die rechten kan bepalen.[72]

Overigens zijn ook kamermeerderheden maar zeer ten dele bereid en in staat om de verstrekking van door hen verlangde inlichtingen af te dwingen. Toepassing van het

64 Beers 1990 388-389
65 Kamerstukken II 1979/80, 14225 nr 11, p. 4
66 Idem, nr 12, p 5
67 Zie de vorige paragraaf
68 Handelingen II 1979/80, p 1929
69 Idem, p 1962
70 Idem, p 2104
71 Postma 1985 85
72 Zoals Kortmann (1987 228) suggereert, zie hierboven

zwaarste politieke middel (de motie van wantrouwen) zal immers kunnen afstuiten op de wens om de betrokken ministers in hun zetel te houden.[73] Bovendien kan — ook na de aanvaarding van een motie waarin de inlichtingen nadrukkelijk werden verlangd, elk beroep op het belang van de staat werd afgewezen, de weigering van de inlichtingen werd afgekeurd, of het vertrouwen werd opgezegd — de betrokken ministers feitelijk blijven weigeren.[74]

Het toezicht op de naleving van de inlichtingenplicht is zo afhankelijk van allerlei politieke factoren. Dat betekent echter niet dat de inlichtingenplicht daardoor ook in juridische zin wordt beperkt.

De verwarring van politiek en recht, waar Kortmann en het kamerlid Faber blijk van gaven, is vermoedelijk terug te voeren op de opvatting van Oud:

> 'Ik voor mij kan aan de gehele bevoegdheid (om wegens strijd met staatsbelang de inlichtingen te weigeren), ruim of beperkt geformuleerd, niet de geringste betekenis hechten De vrijheid der Kamer om op een weigering der Regering om inlichtingen te verschaffen te reageren, zoals zij meent dat behoort, wordt immers door dit voorschrift niet in het minst aan banden gelegd ( ) En stelt de Kamer wel vertrouwen in een minister, dan zal zij hem stellig dat vertrouwen niet ontzeggen, indien hij — ook zonder dat de Grondwet daarvan uitdrukkelijk melding zou maken — haar onder het oog zou brengen, dat het in 's lands belang beter is bepaalde inlichtingen niet of nog niet te verschaffen De juistheid van deze zienswijze vindt haar bevestiging in de praktijk ( ) In het voorlopig verslag omtrent ieder wetsontwerp van enige betekenis worden aan de Regering talloze inlichtingen gevraagd ( ) De Regering geeft dan dikwijls in haar antwoord allerlei motieven op, om zich van het geven van inlichtingen te ontslaan, die met het staatsbelang niets uitstaande hebben Naar de letter van artikel 104[75] zou zij verplicht zijn die inlichtingen te geven De Kamer maakt haar daarvan maar zeer zelden een grief ( ) Politieke verhoudingen spelen daarbij uiteraard ook haar rol ( ) Maar het is duidelijk, dat dit alles precies hetzelfde zou zijn, indien te dezen ieder voorschrift in de Grondwet ontbrak ' [76]

En over de gedachte dat inlichtingen slechts met een beroep op het staatsbelang geweigerd zouden mogen worden, merkt Oud vervolgens nog op:

> 'Aldus hecht men aan de letter der Grondwet een betekenis, die door een constitutionele ontwikkeling van meer dan honderd jaar is achterhaald ' [77]

De opvatting van Oud is na de jongste grondwetsherzieningen duidelijk niet meer houdbaar. Toen is nadrukkelijk de (juridische) inlichtingenplicht-met-maar-één-uitzondering erkend. Ook is gewezen op de mogelijkheid dat vragenstellers naar aanleiding van allerlei argumenten van ministers toch maar afzien van hun verlangen naar inlichtingen,[78] iets waar Oud nog geen rekening mee hield. Zijn verwijzing naar 'de praktijk' verliest daardoor elke argumentatieve waarde.

73 Dat is 'gezien de vertrouwensrelatie tussen meerderheid en regering, meestal het geval', schrijft Jurgens 1986 49

74 Zoals de regering al aangaf, zie boven, Van der Pot/Donner/Prakke 1989 576-577

75 Thans artikel 68

76 Oud 1967 653-654

77 Oud 1967 654-655

78 Zie paragraaf 4 1 4 2

In antwoord op een — niet helder geformuleerde — poging van het Eerste-Kamerlid Vermeer om de aangehaalde opvatting van Oud tot de zijne te maken en daarmee de overbodigheid van de grondwettelijke weigeringsgrond aan te tonen[79] heeft Minister Wiegel nadrukkelijk afstand genomen van de opvatting van Oud.[80]

Het belang van de opmerkingen van Oud ligt geheel op het terrein van de beschrijvende politicologie, zoals het hiervoor al aangehaalde kamerlid Kappeyne van de Coppello zich kennelijk beter realiseerde dan haar inspirator zelf. In de praktijk is het misschien wel zo, dat de politieke verhoudingen — dankzij de werking van de vertrouwensregel — een grotere invloed op de feitelijke inlichtingenverstrekking uitoefenen dan de juridische norm van artikel 68 van de Grondwet.[81] Zou dat artikel echter niet bestaan, dan zou slechts een politiek verwijt gemaakt kunnen worden aan de minister die inlichtingen weigert. Nu artikel 68 wèl bestaat, stelt een weigerachtige minister zich tevens bloot aan een verwijt van ongrondwettigheid — en wellicht aan beroep op de administratieve rechter.[82]

Artikel 68 heeft naast de vertrouwensregel een zelfstandige betekenis,[83] die in juridisch opzicht vooral voor individuele kamerleden van groot belang is. Elk kamerlid kan derhalve een minister tot (nadere) motivering van een wetsvoorstel of wet verplichten.

4.1.5 Motivering van afwijking van een advies

Op overheidsorganen rust in beginsel de plicht om afwijking van verplicht ingewonnen adviezen te motiveren (zie hieronder). Daarom kunnen ook de grondwetsbepalingen inzake verplichte advisering over wetgeving gezien worden als aanknopingspunten voor eventuele motiveringsplichten van de wetgever.

De Grondwet kent slechts één bepaling waarin advisering over wetgeving wordt voorgeschreven: behalve 'in bij de wet te bepalen gevallen' eist artikel 73, eerste lid, dat bij de Raad van State advies wordt ingewonnen over voorstellen van wet. Deze verplichting wordt herhaald in de artikelen 15 en 15a van de Wet op de Raad van State. In artikel 79 van de Grondwet, dat verwijst naar de mogelijkheid om 'in zaken van wetgeving' advies in te winnen bij 'vaste colleges van advies', is van een grondwettelijke plicht geen sprake. Verplichtingen tot het bij deze colleges inwinnen van advies kunnen bij of krachtens de wet worden gecreëerd.

79 Handelingen I 1979/80, p. 37, 204 en 210.
80 Idem, p. 203-304.
81 Damen 1987: 936; zie ook Van Maarseveen 1965: 501.
82 Zie Beers 1990: 385 en paragraaf 4.5.2.1.
83 Zie Van der Hoeven 1958: 138.

De motiveringsplicht bij afwijking van een verplicht (of onverplicht) ingewonnen advies is een ten aanzien van bestuurshandelingen ontwikkelde regel,[1] die is vastgelegd in artikel 4:20 van de Algemene wet bestuursrecht.[2]

Volgens verschillende auteurs geldt de regel echter ook ten aanzien van wetten. Zo schrijft Van Maarseveen: 'Iets dergelijks geldt bij de wetgeving; vgl. wat er gebeurt met de adviezen van de Raad van State'.[3] Ook Polak[4] gaat er vanuit dat afwijking van door de regering ten behoeve van wetgeving ingewonnen adviezen deugdelijk gemotiveerd moet worden. Hij beperkt zijn stelling niet tot verplicht ingewonnen adviezen. De in de memorie van toelichting genoemde ratio van artikel 4:20 van de Algemene wet bestuursrecht[5] geldt evenzeer voor advisering ten aanzien van beschikkingen, als ten aanzien van wetten: indien zonder meer van het advies zou mogen worden afgeweken, dan zou het advies nutteloos zijn. Volgens de Raad van State vormt 'de reactie op 's Raads advies een wezenlijk onderdeel (...) van de adviesprocedure'.[6] De gewoonte om in een 'nader rapport' op de wetgevingsadviezen van de Raad van State te reageren is inmiddels in de wet erkend.[7] De Raad van State let er op dat ook afwijking van een advies van een ander extern adviesorgaan in de memorie van toelichting voldoende gemotiveerd wordt.[8] 'Indien op hoofdpunten in een regeling wordt afgeweken van een krachtens wettelijk voorschrift uitgebracht advies,' dan moet dat in de toelichting gemotiveerd worden, aldus aanwijzing 213 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.[9]

Ik meen te mogen concluderen dat afwijking van verplicht ingewonnen adviezen over ontwerpen en voorstellen van wet gemotiveerd moet worden, en dat dit in beginsel ook geldt ten aanzien van onverplicht ingewonnen adviezen. Een grondwettelijke basis voor deze motiveringsplicht jegens het parlement (en jegens de Koning of de regering) kan men zoeken in het vereiste van 'gemeen overleg' en in de ministeriële verantwoordelijkheid.[10] Daarbij laat ik in het midden of een dergelijke plicht ook bestaat bij afwijking van al dan niet uitgelokte maatschappelijke commentarer. op voorontwerpen en wetsvoorstellen.

De vraag is vervolgens, op welke organen de motiveringsplicht rust.

1 VAR-rapport *Algemene bepalingen van administratief recht* 1984: 143; De Haan/Fernhout 1986: 156-157; Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 1993: 331-333; Kummeling 1988: 238; Ten Berge e.a 1990: 40.
2 Zie de paragrafen 5.4.3.6 en 8.2.3.
3 Van Maarseveen 1987: 275.
4 J.M. Polak 1982: 90 en 1992: 16.
5 Kamerstukken II 1988/89, 21221 nr. 3, p. 112, waar het artikel nog aangeduid werd als artikel 4.1.4.6.
6 Advies bij het voorstel tot wijziging van de Wet op de Raad van State, Kamerstukken II 1986/87, 19890 B, p. 3.
7 Zie paragraaf 4.5.3 hieronder, alsmede paragraaf 5.4.4.
8 Zie J.M. Polak 1992: 13.
9 Zie paragraaf 5.4.3.6.
10 Zie paragraaf 4.1.1.

4.1.5.1 Organen die afwijking moeten motiveren

In het algemeen is het zo dat een advies wordt uitgebracht aan het orgaan dat erom gevraagd heeft. Indien dit orgaan een daarvan afwijkende beslissing neemt, rust de verplichting om die afwijking te motiveren dus op dat orgaan. Zo simpel ligt het bij wetgeving echter niet, omdat de wetgever uit verschillende deelorganen bestaat. Tijdens de grondwetsherziening van 1983 is de vraag, op welke organen bij afwijking van een advies een motiveringsplicht rust, niet aan de orde gekomen. Over het reageren op de wetgevingsadviezen van de Raad van State en van andere adviescolleges is toen zelfs in het geheel niet gesproken.

In de eerste plaats is het van belang te weten welke organen bevoegd (of ook verplicht) zijn om advies te vragen.

De plaatsing van de artikelen inzake advisering in een apart hoofdstuk, en dus niet in bijvoorbeeld het hoofdstuk over de regering, maakt duidelijk dat het hier niet slechts om advisering aan de regering gaat.[11] Aan wie dan wel, blijkt (wat de advisering door de Raad van State betreft anders dan van 1814 tot 1983) ook niet uit de formulering van de artikelen. Bij advisering over wetgeving zal men moeten denken aan advisering aan deelorganen van de wetgever: regering, Tweede Kamer en Eerste Kamer.

Over de vraag welk van deze organen *bevoegd* is *tot het vragen van advies* (aan bijvoorbeeld de Raad van State) zwijgt de Grondwet. Vragen staat vrij, volgens artikel 5 van de Grondwet. Dat geldt voor iedereen, ook voor 'wettig bestaande lichamen'.[12] Ik zie geen reden om daar ten aanzien van het vragen van advies anders over te denken. Bovendien geldt ook in het bestuursrecht dat een bestuursorgaan in beginsel ook zonder wettelijke grondslag de bevoegdheid heeft om advies te vragen.[13]

Geen grondwetsartikel (met name artikel 5, 73, 75 of 79 niet) maakt het mogelijk dat de wetgever de bevoegdheid beperkt van enig orgaan om advies te vragen aan enig adviescollege. De tweede volzin van artikel 73 geeft de wetgever wèl de bevoegdheid uitzonderingen op de *hoorplicht* aan te brengen. Indien van die mogelijkheid gebruik wordt gemaakt blijft de bevoegdheid tot het vragen van advies bestaan.[14] Anders dan Kortmann[15] en de wetgever (zie hieronder) ben ik daarom van mening dat de wetgever niet het recht toekomt om 'n'importe welk orgaan' uit te sluiten van de bevoegdheid tot het vragen van advies aan (bijvoorbeeld) de Raad van State. Wel juist lijkt mij de door Kortmann in dezelfde adem neergeschreven stelling dat de wetgever de hoorplicht van artikel 73 kan opdragen aan 'n'importe welk orgaan'. In de Wet op de Raad van State is de hoorplicht opgedragen aan de regering (artikel 15) en de Tweede Kamer (artikel 15a).

De wetgever mag de bevoegdheid tot het horen van de Raad van State of enig ander adviesorgaan derhalve niet aan ministers, aan de regering of aan een of beide kamers

11 Kortmann 1987: 237.
12 Aldus de regering in Kamerstukken II 13872 nr. 3, p. 28.
13 Nicolaï 1981: 513 en Kummeling 1988: 78.
14 Aldus ook de memorie van antwoord bij het voorstel dat tot artikel 73 heeft geleid, Kamerstukken II 1980/81, 16040 nr. 8, p. 8.
15 Kortmann 1987: 238.

van de Staten-Generaal ontnemen. Wat de *beide* kamers betreft doet de Wet op de Raad van State dat ook niet. Zij zwijgt daar immers over.

Tijdens de herziening van de Wet op de Raad van State ging de regering[16] er echter vanuit dat deze wet de bevoegdheid tot het horen van de Raad van State *onthield* aan de Eerste Kamer. Deze veronderstelling werd door de Raad van State[17] en in de Tweede Kamer[18] impliciet geaccepteerd. Er werd zelfs een amendement ter toekenning van deze bevoegdheid aan de Eerste Kamer ingediend,[19] bestreden[20] en verworpen.[21] In mijn opvatting een onjuiste veronderstelling en derhalve een in juridisch opzicht overbodig amendement. Dat — ondanks de verwerping van dit amendement — beide kamers de Raad van State om advies kunnen vragen is onder meer van belang voor een zorgvuldige parlementaire toetsing van wetten aan hogere regels.[22]

Tijdens de herziening van de Wet op de Raad van State werd een ander amendement wel aangenomen:[23] de huidige tweede volzin van artikel 15, tweede lid. Daarin wordt de regering de bevoegdheid *ontnomen* om advies te vragen aan de Raad van State over een nog niet door beide kamers aangenomen initiatiefvoorstel. Een dergelijke bevoegdheidsbeperking laat de Grondwet volgens mij niet toe. Dat bezwaar kwam tijdens de behandeling van het amendement echter niet ter sprake.

Even ongrondwettig zijn uitdrukkelijke beperkingen van de bevoegdheid van de kamers om advies te vragen aan vaste adviescolleges.[24] Indien de wet of het besluit ter instelling van zo een college op dit punt zwijgt, moet men aannemen dat de grondwettelijke bevoegdheid van de kamers om advies te vragen niet beperkt is.

Volgens aanwijzing nummer 8.1 van de 'Aanwijzingen inzake externe adviesorganen' [25] wordt overigens de volgende bepaling in nieuwe en te wijzigen instellingswetten en -besluiten opgenomen:

> 'Op verzoek van de Tweede Kamer der Staten-Generaal adviseert de raad / de commissie over bij die Kamer aanhangig gemaakte initiatiefvoorstellen van wet.'

Volgens de Minister van Binnenlandse Zaken betekent het ontbreken van een dergelijke bepaling altijd dat het adviescollege de *bevoegdheid* ontbeert *om* rechtstreeks de Tweede Kamer *te adviseren*.[26] Dat lijkt mij een te stellige uitspraak. Of een college de bevoegdheid mist om de Tweede (of Eerste) Kamer te adviseren, zal immers afhangen van de vraag of een beperking van deze bevoegdheid te lezen valt in de instellingswet of

16 Kamerstukken II 1986/87, 19890 nr. 3, p. 3.
17 Idem, B, p. 1.
18 Idem, nr. 4, p. 5-6.
19 Kamerstukken II 1988/89, 19890 nr. 9.
20 Handelingen II 1987/88, p. 5836; 1988/89, p. 2353.
21 Idem, p. 2550.
22 Heringa 1989a: 135.
23 Kamerstukken II 1988/89, 19890 nr. 17.
24 Zie Kummeling 1988: 81-84 en Van Raalte/Bovend'Eert/Kummeling 1991: 250-254 over de onwenselijkheid van dergelijke beperkingen.
25 Vastgesteld 11 maart 1987, Staatscourant 1987, 67.
26 Brief van 7 februari 1990, Kamerstukken II 1989/90, 21300 III nr. 6, p. 1.

het instellingsbesluit.[27] De bevoegdheid van de Raad van State en vele andere adviesorganen om steeds — dus zelfs ongevraagd — te adviseren staat echter buiten twijfel.[28]

Conclusie: Afgezien van enkele kleine (ongrondwettige) beperkingen, zijn ministers, regering, Tweede Kamer en Eerste Kamer steeds bevoegd om advies te vragen aan de Raad van State of enig ander adviescollege. Dat de Eerste Kamer van deze bevoegdheid een terughoudend gebruik maakt, spreekt vanzelf.

Even vanzelfsprekend lijkt het dat een gevraagd advies slechts in zeer bijzondere omstandigheden geweigerd zal worden.[29] Op elk van deze organen kan dus de verplichting tot motivering van afwijking van een ingewonnen advies komen te liggen. Voor regering en kamers is het echter moeilijk om deze verplichting als orgaan na te komen. Hoe moet het dan wel? Daarover gaat de volgende paragraaf.

4.1.5.2 Nakoming van de motiveringsplicht

In de meeste gevallen zou de verplichting tot motivering van de afwijking van een ingewonnen advies kunnen worden nagekomen in de memorie van toelichting, namelijk indien de memorie van toelichting nog niet definitief is vastgesteld. Dat is het geval bij adviezen — van de Raad van State of enig ander adviescollege — over regeringsvoorstellen die nog niet bij de Staten-Generaal zijn ingediend, en eveneens in de zeldzame gevallen dat kamerleden, alvorens een initiatiefvoorstel aanhangig te maken, enig college om advies gevraagd hebben.

In andere gevallen is het moeilijk om de motivering van de afwijking van een advies op te nemen in de memorie van toelichting, namelijk indien de memorie van toelichting al definitief vastgesteld en verzonden is. Dat is het geval bij adviezen van de Raad van State over aanhangig gemaakte (of zelfs al door een of beide kamers aangenomen) initiatiefvoorstellen, bij — nadere — adviezen van de Raad van State over (bijvoorbeeld ingrijpend gewijzigde) regeringsvoorstellen, en bij de — zeldzame — adviezen die tijdens of na de parlementaire behandeling zijn ingewonnen bij andere adviescolleges. In al deze gevallen zal de motivering van een eventuele afwijking van een advies opgenomen moeten worden in een ander stuk.[30] Het in de loop van de behandeling tekstueel wijzigen van een memorie van toelichting is immers niet de gewoonte.[31]

Denkbaar is dat de motivering van de afwijking mondeling wordt medegedeeld (in een vergadering van de desbetreffende kamer of van een kamercommissie). De motiveringsplicht zou daarmee weliswaar nagekomen zijn, maar van een verantwoorde voorbereiding van de beraadslagingen zou dan geen sprake zijn. De beslissing tot wetgeving vindt in Nederland achtereenvolgens in verschillende organen plaats. Men zou

27 Aldus ook Kummeling 1988: 128 en 136.
28 Artikel 16 van de Wet op de Raad van State; ten aanzien van andere adviesorganen bestaan overeenkomstige bepalingen.
29 Kummeling 1988: 139-140.
30 Bijvoorbeeld: memorie van antwoord, voorlopig of eindverslag, nota naar aanleiding van een verslag.
31 Zie daaromtrent paragraaf 5.4.5.4.

kunnen zeggen dat er (bij regeringsvoorstellen) eerst een beslissing genomen wordt door de regering. Die beslissing wordt vervolgens — in de vorm van een 'voorstel van wet' — aan de Staten-Generaal medegedeeld. De motivering van die eerste beslissing is niet alleen van belang voor de kwaliteit van de besluitvorming van de regering zelf, maar ook voor de kwaliteit van de beslissing van het parlement. Daarom is het van belang dat de kamers vanaf het begin van hun eigen besluitvormingsproces kennis kunnen nemen van de motieven die tot de eerste beslissing hebben geleid. De motieven die tot afwijking van ingewonnen adviezen hebben geleid, horen daar bij.

Afgezien van noodsituaties lijkt mij daarom een *schriftelijke* motivering van afwijking van adviezen vereist. Deze motivering zal zo mogelijk al tegelijkertijd met de indiening van het voorstel moeten worden verstrekt. Dat op de adviezen van de Raad van State schriftelijk gereageerd moet worden blijkt ook uit de formulering van de artikelen 25a en 25b van de Wet op de Raad van State (zie hieronder).

Vreemd genoeg wordt de motivering van afwijking van een advies van de Raad van State in de praktijk meestal niet vermeld in de memorie van toelichting, maar in een '*nader rapport*'.[32] De Grondwet zwijgt over dit stuk.

Artikel 25a, tweede en derde lid, van de Wet op de Raad van State gaat er vanuit dat er een (openbaar te maken) 'nader rapport aan Ons' is bij door de regering gevraagde adviezen over regerings- en initiatiefvoorstellen. Het *Draaiboek voor de wetgeving* spreek wel uitdrukkelijk van een verplichting tot het opstellen van een nader rapport bij regeringsvoorstellen (niet slechts indien van het advies wordt afgeweken): 'Op elk advies moet een nader rapport volgen, ook indien het wetsvoorstel — naar aanleiding van het advies of om andere redenen — niet wordt ingediend'.[33]

Volgens artikel 25b, eerste lid, van de Wet op de Raad van State dient de Tweede Kamer zorg te dragen voor een 'schriftelijke reactie' op de door deze kamer gevraagde adviezen. Deze schriftelijke reactie kan de naam en de vorm van een 'nader rapport' hebben.[34]

Op het eerste gezicht is de praktijk van 'nader rapport' en 'schriftelijke reactie' in strijd met het uitgangspunt dat eventuele afwijking van een advies gemotiveerd moet worden door het orgaan dat het advies gevraagd heeft en vervolgens een afwijkende beslissing neemt (regering of Tweede of Eerste Kamer). Indien de regering de Raad van State om advies heeft gevraagd, wordt het nader rapport vastgesteld door de verantwoordelijke minister, en gericht aan de Koningin. Het nader rapport is dus geen stuk van de regering. Indien de Tweede (of Eerste) Kamer de Raad van State om advies heeft gevraagd, wordt de schriftelijke reactie vastgesteld door het kamerlid dat het voorstel aanhangig heeft gemaakt, en gericht aan de kamer. De reactie is dus geen stuk van de kamer.

Beide praktijken zijn historisch te verklaren. Bovendien is het praktisch handig dat de stukken niet uitgaan van het formeel indienende orgaan (regering of Tweede Kamer), maar van de politici die de verantwoordelijkheid voor het voorstel daadwerkelijk op zich

32 Zie paragraaf 5.4.4.
33 *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 44.
34 Zie *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 90.

genomen hebben. Zo is ook de memorie van toelichting bij een regeringsvoorstel geen regeringsstuk, en zijn een initiatief-wetsontwerp en de daarbij horende memorie van toelichting geen stukken van de Tweede Kamer.[35]

De motiveringsplicht kan dus nagekomen worden door de eerst verantwoordelijke leden van het orgaan dat het advies heeft gevraagd.

Dan rest nog de vraag hoe de motiveringsplicht moet worden nagekomen indien over een wetsvoorstel *voor de tweede maal een advies gevraagd* wordt. Hierbij gaat het (bij advisering door de Raad van State) vooral om drie situaties:

(a) De Tweede of Eerste Kamer heeft advies gevraagd over een aanhangig regeringsvoorstel.
(b) De regering heeft advies gevraagd over een aanhangig regeringsvoorstel.
(c) De regering heeft advies gevraagd over een door beide kamers aangenomen initiatiefvoorstel.

Indien het orgaan dat het advies heeft gevraagd vervolgens een van dat advies afwijkende beslissing neemt, zal dat orgaan of zullen leden van dat orgaan die afwijking uiteraard moeten motiveren.

Een verantwoorde voorbereiding van de beraadslaging in parlement en regering vergt volgens mij daarnaast echter, dat in de drie genoemde situaties in ieder geval (ook) een reactie wordt opgesteld door de eerst verantwoordelijke leden van het orgaan dat het voorstel heeft ingediend. In de situaties a en b zijn dat de eerst verantwoordelijke ministers; zij moeten dan een (tweede) nader rapport aan de desbetreffende kamer sturen. Indien het advies een ingediend amendement betreft, zal, in geval van handhaving daarvan in afwijking van het advies, bovendien de indiener van dat amendement die handhaving moeten motiveren. In situatie c zullen de Tweede-Kamerleden die het voorstel aanhangig hebben gemaakt een (tweede) schriftelijke reactie aan de regering moeten sturen.

Aldus kan recht worden gedaan aan de door de ministers in de memorie van antwoord bij het voorstel tot wijziging van de Wet op de Raad van State uitgesproken wenselijkheid 'dat steeds van de zijde van de initiatiefnemer tot een wetsvoorstel op een advies van de Raad van State over het voorstel wordt gereageerd'.[36] Het orgaan dat het advies heeft gevraagd zal daartoe het binnengekomen advies onmiddellijk ter beschikking moeten stellen van (de eerst verantwoordelijke leden) van het orgaan dat het voorstel had ingediend. Bij adviezen aan de regering over de bekrachtiging van aangenomen initiatiefvoorstellen (situatie c) is dat nog niet de praktijk. Artikel 25a, tweede lid, aanhef en tweede onderdeel, van de Wet op de Raad van State verzet zich niet tegen de hier bepleite gang van zaken. In dat artikel wordt weliswaar nog voorgeschreven dat openbaarmaking van advies en nader rapport pas plaats heeft gelijktijdig met de (eventuele) afkondiging van de wet, maar dat uitstel van open-

35 Zie paragraaf 5.4.2.2.
36 Kamerstukken II 1987/88, 19890 nr. 5, p. 7.

baarheid hoeft niet in de weg te staan aan — vertrouwelijke — overlegging van het advies aan de Tweede Kamer.

4.1.5.3 Overlegging aan het parlement en openbaarmaking

Over de openbaarheid van de reacties op adviezen van Raad van State en andere adviescolleges zwijgt de Grondwet. Het ligt echter voor de hand de grondwettelijke regels inzake de openbaarheid van adviezen analoog toe te passen op de openbaarheid van de reacties daarop. Aldus ook de Wet op de Raad van State, die voorschrijft dat de openbaarmaking van adviezen aan de regering tegelijk met openbaarmaking van het nader rapport geschiedt,[37] en van adviezen aan de Tweede Kamer 'te zamen met openbaarmaking van de schriftelijke reactie'.[38]

Het vierde lid van artikelen 25a en het derde lid van artikel 25b geven aan wanneer openbaarmaking van advies en reactie niet verplicht is. Deze uitzonderingsbepalingen zijn gebaseerd op artikel 80 van de Grondwet. Het eerste lid van dat artikel eist openbaarheid van de adviezen van de Raad van State en van de vaste adviescolleges, 'volgens regels bij de wet te stellen'. Het tweede lid eist dat adviezen over regeringsvoorstellen aan het parlement worden overgelegd, 'behoudens bij de wet te bepalen uitzonderingen'.

Er is wel gesuggereerd dat het eerste lid van artikel 80 als *lex generalis* niet van toepassing zou zijn op adviezen over regeringsvoorstellen van wet, omdat voor die adviezen het tweede lid van artikel 80 als *lex specialis* zou gelden.[39] Dit lijkt mij betwistbaar. In de eerste plaats spreekt het tweede lid van adviezen in het algemeen, dus niet slechts van adviezen van de in hoofdstuk 4 van de Grondwet bedoelde colleges.[40] De zogenaamde *specialis* is dus in één opzicht generaler dan de zogenaamde *generalis*. In de tweede plaats kan de openbaarmakingsverplichting van het eerste lid op geen enkele manier botsen met de overleggingsverplichting van het tweede lid. Men kan (bijvoorbeeld door vertrouwelijke overlegging) het ene doen en het andere nalaten. Ook volgens de memorie van toelichting bij het voorstel dat tot artikel 80 heeft geleid, heeft het eerste lid ook betrekking op wetgevingsadviezen.[41]

Het ligt daarom voor de hand de twee leden, voor zover toepasselijk, als cumulatieve verplichtingen te lezen: adviezen over regeringsvoorstellen moeten niet alleen aan het parlement overgelegd worden, zij moeten ook openbaar worden gemaakt; een en ander behoudens de uitzonderingen toegelaten volgens het tweede, respectievelijk het eerste

37 Artikel 25a, tweede en derde lid.
38 Artikel 25b, tweede lid.
39 Kortmann 1987: 250; Riezebos en De Vos 1992: 730.
40 Al zou men, in navolging van Kortmann (1987: 251) en Riezebos en De Vos (1992: 731) kunnen stellen dat een beperking tot adviezen van de in hoofdstuk 4 genoemde colleges voor het tweede lid voortvloeit uit de plaatsing van artikel 80 in dat hoofdstuk; een redenering die mij gezien de formulering van het eerste lid niet overtuigt.
41 Kamerstukken II 1979/80, 16040 nr. 3, p. 13.

lid. Volgens mij staat artikel 120 niet in de weg aan rechterlijke toetsing aan de voorschriften van artikel 80.[42]

Wat de adviezen van de Raad van State betreft, kan geconstateerd worden dat alleen uitzonderingen op het *eerste lid* van artikel 80 van de Grondwet zijn vastgesteld.[43] Alle adviezen van de Raad van State (en de reacties daarop) moeten derhalve aan de Staten-Generaal worden overgelegd. Deze conclusie zou problemen kunnen geven in gevallen waarin de reden tot afwijking van een advies van de Raad van State een staatsgeheim betreft. Meestal zal het echter mogelijk zijn om in het nader rapport de afwijking te motiveren zonder het staatsgeheim bij name te noemen. Indien de regering het zelfs onverantwoord acht de kamers vertrouwelijk mede te delen dat er een staatsgeheim in het spel is, is er slechts één mogelijkheid om op grondwettige wijze overlegging van advies en nader rapport achter wege te laten: een spoedwetje krachtens het *tweede lid* van artikel 80 van de Grondwet.

Of de wetgevingsadviezen van andere vaste adviescolleges (en de reacties daarop) aan het parlement mogen worden onthouden, zal moeten blijken uit de formulering van de wetten en besluiten waarbij die colleges zijn ingesteld.

4.1.6 Motivering van aanneming of verwerping

Volgens artikel 85 van de Grondwet stuurt de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstellen naar de Eerste Kamer. En volgens artikel 87, tweede lid, geven de Staten-Generaal de Koning kennis van hun besluiten omtrent wetsvoorstellen.

Tot 1983 bevatte de Grondwet[44] de formulieren die gebruikt moesten worden voor deze verzending en kennisgeving alsmede voor de kennisgevingen van de ene kamer aan de andere kamer. Deze formulieren werden tijdelijk gehandhaafd in additioneel artikel XIX. Inmiddels zijn zij vervangen door de formulieren die voorgeschreven worden in de artikelen 107, 108 en 117 van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer (versie 1993), en in de artikelen 127 en 128 van het Reglement van Orde van de Eerste Kamer.[45]

Evenals de oude grondwettelijke formulieren laten de nieuwe reglementaire formulieren geen ruimte voor motiveringen van parlementaire besluiten tot aanneming of verwerping.

De Savornin Lohman heeft de vastlegging van de formulieren in de Grondwet ooit verdedigd met de stelling dat:

42 Zie paragraaf 4.5.2.1.

43 Artikelen 25a, vierde lid, en 25b, derde lid, Wet op de Raad van State.

44 Laatstelijk in de artikelen 123, 124, 127 en 128.

45 Aan de tijdelijke handhaving van het in het oude artikel 130 van de Grondwet genoemde formulier voor kennisgeving van de Koning aan de Staten-Generaal is nog geen einde gekomen. Zie daaromtrent verder paragraaf 4.1.7.3.

> 'bij gebreke dezer bepalingen, de 1ste of 2de Kamer bij de kennisgeving van de aanneming of de verwerping van een ontwerp, haar besluit zou kunnen motiveren, iets dat de Grondwetgever niet raadzaam heeft geacht.' [46]

Buijs schatte het 'drijfvermogen' van De Savornin Lohman's redenering niet hoog in. Volgens hem zou het niet snel voorkomen dat een der kamers aanleiding zou vinden een aanneming of verwerping te motiveren 'anders dan bij de openbare beraadslaging zelve'. En als een dergelijk aanleiding al bestond, dan zou die mededeling van motieven geen bezwaar opleveren. Tenslotte achtte Buijs het niet mogelijk om een dergelijke motivering te voorkomen,

> 'daar de beide Kamers altijd het recht behouden om bij voorbeeld in bijzondere adressen zoodanige beschouwingen te ontwikkelen als naar haar oordeel ter kennisse van de Kroon behooren te worden gebracht'.[47]

Met De Bosch Kemper[48] was Buijs dan ook van mening dat het niet ongrondwettig zou zijn

> 'wanneer de Eerste Kamer, bij de verwerping van een voorstel, in een adres aan den Koning mededeelde, dat zij daartoe bewogen was door enkele aan te wijzen gebreken, welke voor haar het ontwerp onaannemelijk maakten.' [49]

Ook ik kan in de oude grondwettelijke formulieren geen beletsel lezen voor de kamers om hun besluiten tot aanneming of verwerping te motiveren. Ook de huidige reglementaire formulieren leveren niet een dergelijk beletsel op. In de praktijk echter zullen de leden van de kamers vrijwel altijd al voldoende gelegenheid hebben gehad om hun motieven te doen belanden in de Handelingen of in de verslagen van de commissievergaderingen.[50]

Motivering van aanneming of verwerping is dus *toegestaan*. In enkele oudere Nederlandse staatsregelingen was motivering van verwerping zelfs *verplicht*.

Volgens de Staatsregeling van 1798 moest de Tweede Kamer bij verwerping van een voorstel van de Eerste Kamer de redenen van die verwerping voegen bij haar 'Decreet van weigering' (artikel 25 van Reglement B). Na die redenen van weigering te hebben overwogen, kon de Eerste Kamer dan ofwel berusten in de weigering, ofwel 'haare tegenbedenkingen daarop aan de Tweede Kamer' zenden (artikel 26). Vervolgens kon de Tweede Kamer, na de tegenbedenkingen te hebben overwogen (artikel 27), ofwel haar weigering ongedaan maken (artikel 28), ofwel met een tweederde meerderheid volharden in haar weigering (artikel 29).

Een regeling waarbij niet de aanvankelijke maar de definitieve verwerping gemotiveerd diende te worden, is te vinden in de Staatsregeling van 1801. Het Staats-

46 W.H. de Savornin Lohman 1874: 37.
47 Buijs 1883: 612.
48 De Bosch Kemper 1865: 490.
49 Buijs 1883: 612.
50 Zie paragraaf 5.5.3.

Bewind kon drie leden uit zijn midden naar het Wetgevend Lichaam sturen om een verworpen voorstel 'nader te adstruëeren' (artikel 51). Indien het Wetgevend Lichaam het voorstel daarop nogmaals verwierp, moest het de redenen van die verwerping aan het Staats-Bewind bekend maken (artikel 52).

In de Staatsregeling van 1805 (artikel 27) en in de Constitutie van 1806 (artikel 58) is weer sprake van een motiveringsplicht ten aanzien van de aanvankelijke verwerping. Hun Hoog Mogende dienden de Raadpensionaris respectievelijk de Koning 'met opgave der redenen van weigering' kennis te geven van de verwerping van diens voorstel; daarna kon de Raadpensionaris respectievelijk de Koning hetzelfde voorstel, 'nader gemotiveerd, of met eenige verandering', opnieuw voordragen.

Sinds 1814 zwijgt de Grondwet over een eventuele plicht voor het parlement om verwerpingen te motiveren. Zie over de (gewoonterechtelijke verplichting tot) motivering van verwerpingen verder paragraaf 5.5.3.

4.1.7 Motivering van niet-bekrachtiging

Volgens de artikelen 81 en 87 van de Grondwet kan de regering weigeren een wetsvoorstel te bekrachtigen.[1] Tijdens de grondwetsherziening van 1983 heeft slechts het Tweede-Kamerlid voor de PSP Van der Spek gepleit voor 'automatische bekrachtiging of nog beter: helemaal geen bekrachtiging'.[2]

4.1.7.1 Regeringsvoorstellen

Volgens Van der Vlies dient de niet-bekrachtiging van een door beide kamers aangenomen regeringsvoorstel gemotiveerd te worden, omdat de regering dan 'duidelijk in strijd met de wil van de volksvertegenwoordiging' handelt.[3]

Reeds Buijs merkte op dat niet-bekrachtiging van een regeringsvoorstel slechts zelden voor zal komen, 'omdat het doel waarvoor dit recht bestaat veelal op eenvoudiger wijze kan worden bereikt, namelijk door intrekking'.[4] Volgens de ministers spreekt het 'vanzelf, dat de Regering niet licht, doch slechts in uitzonderlijke gevallen de bekrachtiging achterwege zal laten'.[5]

Er zijn drie gevallen bekend waarin bekrachtiging van een regeringsvoorstel achterwege bleef.[6] Het betrof voorstellen die door beide kamers waren aangenomen in 1870/71, 1871/72 en 1951/52. Volgens Prakke was er in geen van deze gevallen sprake

1 Van der Pot/Donner/Prakke 1989: 517 en 519; Boon 1986: 49; Franssen 1986: 27; Kortmann 1987: 264; Riezebos en De Vos 1992: 772.
2 Handelingen II 1979/80, p. 4692.
3 Van der Vlies 1991: 34.
4 Buijs 1883: 627; in gelijke zin: Oud 1970: 134, Prakke 1977: 948 en Van der Pot/Donner/Prakke 1989: 517.
5 Kamerstukken I 1978/79, 14213 nr. 94a, p. 6.
6 Zie: De Block 1935: 497-499; Oud 1970: 134; Prakke 1977: 948.

van principieel inhoudelijk verschil van mening tussen regering en parlement.[7] In de laatste twee gevallen had het voorstel inmiddels zelfs iedere zin verloren.[8] In geen van deze drie gevallen was er dus sprake van strijd met de parlementaire wil — de ratio van de door Van der Vlies geponeerde motiveringsplicht. Toch ligt het wel voor de hand dat de regering een besluit tot niet-bekrachtiging van een aangenomen regeringsvoorstel motiveert — en dat niet alleen ten behoeve van de Koning, zoals in 1871 en 1872 gebeurde.[9]

In paragraaf 4.1.7.3 maak ik enkele opmerkingen over de manier waarop het besluit ten behoeve van de Staten-Generaal kan worden gemotiveerd.

4.1.7.2 Initiatiefvoorstellen

Over de niet-bekrachtiging van *initiatiefvoorstellen* is meer te doen geweest in de literatuur en tijdens de grondwetsherziening van 1983. Er zijn twee gevallen bekend van niet-bekrachtiging van aangenomen initiatiefvoorstellen.[10] Het betrof voorstellen die waren aangenomen in 1917 respectievelijk 1928.

Van Maarseveen[11] heeft de stelling verdedigd dat de bevoegdheid van de regering tot weigering van de bekrachtiging geen ongebonden bevoegdheid is. Uit de algemene normen inzake wetgeving leidt hij drie beperkingen op die bevoegdheid af:

— Bij haar beslissing dient de regering 'het legitimerende primaat van het parlement' te eerbiedigen.
— Een beslissing inzake bekrachtiging mag niet genomen worden als geen onderling overleg tussen ministers en parlement is gevoerd. Anders zou deze beslissing 'niet zorgvuldig, overeenkomstig de strekking van de desbetreffende grondwetsbepalingen, voorbereid' zijn.
— Voor zover de regering nog niet in openbaar overleg met het parlement publiekelijk verantwoording heeft afgelegd van de motieven voor haar beslissing inzake bekrachtiging, 'zal openbare verantwoording in een latere fase uit eigener beweging vanwege de regering moeten worden gegeven'.

Alleen Polak[12] heeft elk van deze drie beperkingen volmondig onderschreven. Riezebos en De Vos[13] nemen de stellingen van Van Maarseveen voor kennisgeving aan als een poging om 'rechtsnormen te formuleren'. Prakke[14] doet de door Van Maarseveen geformuleerde regels — zonder nadere motivering — af als 'made in Rotterdam'. Daarmee zal hij wel te kennen hebben willen geven dat de regels volgens hem geen deel

7 Prakke 1977: 948.
8 Oud 1970: 134.
9 De Block 1935: 498.
10 Zie: De Block 1935: 497-502; Prakke 1977: 948.
11 Van Maarseveen 1976a: 1293-1294.
12 J.M. Polak 1979: 52-53.
13 Riezebos en De Vos 1992: 773.
14 Prakke 1977: 948.

uitmaken van het geldende staatsrecht. Prakke gaat daarmee echter voorbij aan de claim van Van Maarseveen dat de door hem geformuleerde beperkingen grotendeels voortvloeien uit de grondwettelijke verplichting tot 'gemeen, openbaar overleg'.[15] Ik zou niet durven concluderen dat Prakke het gelden van een dergelijke verplichting ontkent.

De eerste door Van Maarseveen geformuleerde — en nauwelijks onderbouwde — regel biedt volgens Van der Sluijs[16] geen enkel houvast bij de bepaling van de omvang van de bevoegdheid tot niet-bekrachtiging. Vondeling[17] is het 'eigenlijk wel (...) eens' met de door Van Maarseveen geëiste eerbiediging van het legitimerende primaat van het parlement, al meent hij dat dit weinig praktische betekenis zal hebben. Ook ik zie niet wat deze beperking toe zou voegen aan de politieke werking van de vertrouwensregel. De eis van eerbiediging van het *primaat van het parlement* wordt door andere schrijvers en politici overigens nauwelijks gesteld. Wel stelt Jurgens dat er 'wel zéér zwaarwegende argumenten (moeten) zijn om niet tot bekrachtiging te besluiten' en dat die argumenten 'door het parlement (moeten) worden aanvaard'.[18] Ook volgens Vondeling spreekt dat vanzelf: 'een Kamer (-meerderheid) zou geen knip voor de neus waard zijn als zij geen genoegdoening eiste'.[19]

De eis van *zorgvuldige voorbereiding* door middel van overleg tussen ministers en parlement daarentegen heeft, naast kritiek, ook erkenning gekregen — zelfs tot op zeer hoog niveau.

Vóór Van Maarseveen had Oud[20] al het standpunt verdedigd dat de Nederlandse staatsrechtelijke verhoudingen tot een minder afzijdige opstelling van ministers tijdens de behandeling van initiatiefvoorstellen verplichten. Volgens Oud vloeit dat niet alleen voort uit het zwaartepunt in wetgevingszaken dat bij de ministers is komen te liggen,[21] maar ook uit de grondwettelijke verplichting om aan de kamers de verlangde inlichtingen te verschaffen.[22] Anders dan Van Maarseveen achtte Oud nakoming van deze verplichting tot overleg overigens geen voorwaarde voor de bevoegdheid tot niet-bekrachtiging. Integendeel:

15 Van Maarseveen 1976a: 1294.
16 Van der Sluijs 1977: 548.
17 Vondeling 1977: 452.
18 Jurgens 1977: 149.
19 Vondeling 1977: 452.
20 Oud 1970: 142-147.
21 Oud 1970: 144.
22 Oud 1970: 146.

> 'Bij de overheersende[23] regel, dat de Regering eerst na de aanneming van initiatief-ontwerpen door de Staten-Generaal van haar mening kan doen blijken, ware het met de verhouding tussen Regering en parlement (...) volmaakt onverenigbaar te verlangen, dat de Regering aan ieder initiatief-ontwerp zonder meer haar sanctie zou verlenen'.[24]

Jurgens[25] heeft zich er achteraf over beklaagd, dat de Minister van Justitie niet tijdens de voorbereiding en parlementaire behandeling van door hem en zijn collega-kamerlid B. de Gaay Fortman aanhangig gemaakte wetsvoorstellen, maar pas lang daarna — ter rechtvaardiging van het uitblijven van bekrachtiging — met technische en principiële bezwaren tegen de voorstellen kwam. In een reactie op het artikel van Jurgens gaat Van den Bosch[26] niet in op deze klacht.

Sindsdien hebben ook Vondeling[27] en B. de Gaay Fortman[28] ervoor gepleit dat de regering actief deelneemt aan de debatten over initiatiefvoorstellen. Anderen meenden daarentegen dat een actiever opstelling van de regering tijdens de behandeling van een initiatiefvoorstel juist een verzwakking van de wetgevende rol van het parlement zou betekenen.[29]

Tijdens het debat over de herziening van het grondwetsartikel inzake bekrachtiging heeft het Tweede-Kamerlid Kappeyne van de Coppello de eis van een behoorlijke dialoog met nadruk aan de orde gesteld, en de bestaande praktijk gekritiseerd:

> 'De Regering heeft (...) haar eigen verantwoordelijkheid en kan ieder produkt van beraadslaging en besluitvorming door de Staten-Generaal afwijzen. Maar dan moet er wel sprake geweest zijn van een behoorlijke dialoog, want zonder dat is een behoorlijke afweging in ons dualistisch staatsbestel niet mogelijk. Er moet hoor en wederhoor hebben plaatsgevonden. (...) Want welke zijn de bezwaren tegen de gang zaken in de praktijk? Dat de Regering niet in een werkelijke dialoog over het initiatief-voorstel communiceert. (...) Van een integrale reactie van de Regering op het initiatief-voorstel, die de Kamer van node heeft voor haar definitieve oordeel, is geen sprake. (...) Vindt er dan een beraadslaging tussen Regering en parlement plaats als de Regering voor de overweging staat het initiatief-voorstel te bekrachtigen? Neen. Meestal niet.' [30]

Op haar klacht dat een behoorlijke dialoog ontbreekt, reageerde Minister Wiegel van Binnenlandse Zaken als volgt:

> 'Dat is zo. Voor een deel vindt dit zijn grond in de omstandigheid dat (...) het advies van de Raad van State over een initiatiefontwerp pas wordt ingewonnen na de aanvaarding door de Eerste Kamer. Dat kan natuurlijk aanleiding geven tot een zekere terughoudendheid van de kant van de Regering. In de praktijk is die terughoudendheid echter wat verder doorgeschoten dan nodig. Formele belemmeringen om aan de discussie over een initiatiefontwerp deel te nemen, zijn er in ieder geval voor de Regering niet. Ik acht het daarom van belang dat bij de verdere studie inzake

23 Maar door Oud bestreden.
24 Oud 1970: 148.
25 Jurgens 1977: 149.
26 Van den Bosch 1977.
27 Vondeling 1977: 458.
28 B. de Gaay Fortman 1982: 57.
29 Van der Sluijs 1977: 547 en Wiebenga 1986: 26-27.
30 Handelingen II 1979/80, p. 4923-4924.

> de behandeling van wetsontwerpen en nota's wordt bekeken, of er op dit punt geen andere gedragslijn kan worden gevolgd ' [31]

Die verdere studie heeft geresulteerd in wat nu aanwijzing 300 van de Aanwijzingen voor de regelgeving is.[32] Ministeriële betrokkenheid bij de kamerbehandeling van initiatiefvoorstellen is daarmee tot regel geworden:

> 'Parlementaire mores eisen dat een minister die bezwaren ziet tegen bekrachtiging van een initiatiefvoorstel, die zo spoedig mogelijk aan de Staten-Generaal moet voorleggen. Uiteraard het liefst nog in de fase van de parlementaire behandeling ' [33]

De derde door Van Maarseveen geformuleerde beperking op de bevoegdheid van de regering tot niet-bekrachtiging van initiatiefvoorstellen — *de motiveringseis* — heeft vrijwel algemene instemming gekregen in de literatuur.[34] Franssen,[35] Riezebos en De Vos[36] en Van der Vlies[37] laten zich niet uit over het bestaan van een dergelijke motiveringsplicht. Alleen Prakke[38] is, zoals gezegd, cryptisch kritisch.

Ook tijdens de parlementaire behandeling van de herziening van de Grondwet heeft de motiveringseis steun gekregen, al is de motiveringseis toen op licht verwarrende wijze gekoppeld aan de eventuele wenselijkheid de besluitvorming inzake bekrachtiging aan een *termijn* te binden.

Van 1848 tot 1983 schreef de Grondwet[39] voor dat de Koning de Staten-Generaal 'zo spoedig mogelijk' laat weten of hij een wetsvoorstel goedkeurt. Het voorstel van de regering om deze — vage — tijdsaanduiding te laten vervallen stuitte aanvankelijk op enige bezwaren in de Tweede Kamer.

In het voorlopig verslag en de memorie van antwoord werden 'motivering' en 'termijn' nog helder uit elkaar gehouden. In het eerstgenoemde stuk[40] meenden de leden van de PvdA-fractie 'met Van Maarseveen (...) dat een weigering om te tekenen niet slechts met klem van redenen dient te worden omkleed doch ook in het openbaar toegelicht'. Zij stelde voor in artikel 5.1.7 (het latere artikel 87) een tijdslimitiet en een motiveringseis op te nemen. Daarop reageerden de betrokken bewindspersonen als volgt:

31 Idem, p 5314
32 De opvolger van aanwijzing nummer 4 4 van de 'Aanwijzingen inzake procedureregels voor de behandeling van voorstellen van wet en algemene maatregelen van bestuur' van 26 november 1985, Staatscourant 236
33 Van Raalte/Bovend'Eert/Kummeling 1991 238
34 Van der Sluijs 1977 546, Jurgens 1977 149, Vondeling 1977 451-452, J M Polak 1979 53, B de Gaay Fortman 1982 57, Kortmann 1987 264, zie ook Van Raalte/Bovend'Eert/Kummeling 1991 237
35 Franssen 1986
36 Riezebos en De Vos 1992
37 Van der Vlies 1991 37
38 Prakke 1977 948
39 Laatstelijk in artikel 130
40 Kamerstukken II 1978/79, 15047 nr 7, p 11

'Met hen zijn wij ( ) van mening dat de regering op een zo kort mogelijke termijn aan de Staten-Generaal dient mede te delen of zij een door de Staten-Generaal aanvaard initiatiefvoorstel zal bekrachtigen en dat de regering een beslissing om niet te bekrachtigen aan het parlement dient toe te lichten Overigens kunnen de kamers te allen tijde de ministers ter verantwoording roepen ( ) Wij stellen ons voor ook de problematiek van de praktische toepassing van de grondwettelijke bepalingen over de bekrachtiging te bezien in het kader van de reeds eerdergenoemde verdere studie inzake de behandeling van wetsontwerpen en nota's. ( ) Naar ons oordeel is voor een en ander geen regeling in de Grondwet nodig Met name de vaststelling in de Grondwet van een termijn ( ) lijkt ons moeilijk ' [41]

De genoemde verdere studie geresulteerde in de hierboven genoemde 'Aanwijzingen inzake procedureregels'. Aanwijzing 4.6 daarvan is inmiddels vervangen door de gelijkluidende aanwijzing 302 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, inhoudende dat de betrokken minister niet later dan drie maanden na aanneming van een initiatief-voorstel door de Eerste Kamer mededeling aan de Staten-Generaal doet omtrent (de vordering van) de besluitvorming aangaande het al dan niet bekrachtigen.

Het antwoord van de ministers bracht de leden van de CDA-fractie vervolgens 'tot de conclusie dat een redelijke termijn dient te worden aangehouden voor het geven van een motivering waarom al dan niet tot bekrachtiging wordt overgegaan'.[42] Deze conclusie werd daarna door de ministers onderschreven.[43] Daarmee heeft de termijn niet, zoals vanuit de PvdA bepleit was, betrekking op de beslissing tot bekrachtiging, maar op de motivering van die beslissing.

Vervolgens werd er vanuit de PvdA een omgekeerd verband tussen motivering en termijn gelegd. Ondanks de door de regering aangevoerde argumenten[44] diende het lid van de PvdA-fractie Roethof een amendement in.[45] Het amendement strekte tot toevoeging aan artikel 5.1.7 van een derde lid, luidende:

'Indien een voorstel van wet niet binnen drie maanden na de aanneming is bekrachtigd worden de redenen daarvan aan de Staten-Generaal meegedeeld '

Daarmee heeft de motivering niet, zoals eerst bepleit was, betrekking op de beslissing tot niet-bekrachtiging, maar op het niet spoedig beslissen. Tijdens de mondelinge behandeling formuleerde Roethof zijn voornaamste argument voor zijn amendement als volgt:

'Natuurlijk kunnen de Staten-Generaal ook van hun kant aan de bel trekken, maar het zeer vertraagd bekrachtigen van ( ) initiatiefvoorstellen heeft een zodanige vorm aangenomen, dat het gewenst lijkt de regel van onverwijlde bekrachtiging "tenzij" zo nadrukkelijk mogelijk te stellen ' [46]

41 Kamerstukken II 1979/80, 15047 nr 8, p 66-67
42 Eindverslag, idem, nr 10, p 3
43 Nota naar aanleiding van het eindverslag, idem, nr 11, p 5
44 Kamerstukken II 1979/80, 15047 nr 8, p 20, nr 11, p 5
45 Idem, nr 19 ter vervanging van nr 13, een amendement van vergelijkbare strekking
46 Handelingen II 1979/80, p 4932

Tegen deze door Roethof veronderstelde regel — 'bekrachtiging tenzij' — verzette zich vervolgens het lid van de CDA-fractie Korte-van Hemel. Zij stelde dat 'een evenwichtige benadering van de relatie tussen Tweede Kamer en Regering (...) met zich brengt dat ten principale het recht van niet-bekrachtigen (...) als tegenhanger van het recht van verwerpen wordt gehandhaafd' [47] en 'dat in dit amendement ervan wordt uitgegaan dat bekrachtiging dient te volgen of zal volgen. Dit is het bezwaar van onze fractie; wij willen zo ver beslist niet gaan'.[48]

Minister Wiegel van Binnenlandse Zaken heeft geen duidelijk standpunt ingenomen in deze achterliggende controverse tussen de kamerleden van PvdA en CDA. Hij bestreed het amendement slechts met de herhaalde stelling dat ook zonder een dergelijke grondwetsbepaling de volksvertegenwoordiging de regering ter verantwoording kan roepen,[49] 'via een eenvoudige schriftelijke vraag' of 'via krachtiger technieken'.[50] Roethof bleef echter van mening dat het beter is wanneer de Grondwet zelf, en niet slechts de eventuele toepassing van parlementaire middelen, het kabinet tot spoedige motivering dwingt.[51] Zijn amendement is echter verworpen.[52]

Uit het debat, zoals hierboven weergegeven, was echter duidelijk geworden dat deze verwerping geen afwijzing inhield van de vrijwel unaniem onderschreven motiveringsplicht. Over de vraag of aan die motiveringsplicht de regel 'bekrachtiging tenzij' ten grondslag ligt, bestond geen eensgezindheid.

4.1.7.3 De wijze waarop gemotiveerd moet worden

Er blijkt dus grote eensgezindheid te bestaan over het bestaan van een verplichting voor de regering om de eventuele niet-bekrachtiging van een door het parlement aangenomen initiatiefvoorstel te motiveren. Onduidelijk is echter op welke wijze niet-bekrachtiging van initiatiefvoorstellen (en van regeringsvoorstellen) gemotiveerd zal moeten worden.

Artikel 87, tweede lid, eist dat de Koning de Staten-Generaal kennis geeft van zijn besluit. In de praktijk stuurt de Directeur van het Kabinet der Koningin in opdracht van de Koningin geregeld brieven aan de beide kamers met de mededeling:

> 'dat de Koningin de op aangehechte bijlage vermelde door de Staten-Generaal aangenomen voorstellen van (Rijks)wet heeft bekrachtigd en dat daarop is aangebracht de tekst "De Koningin bewilligt in het voorstel" alsmede Harer Majesteits handtekening.' [53]

Bij niet-bekrachtiging zal de brief anders moeten luiden en moeten melden dat de andere krachtens additioneel artikel XIX voorgeschreven tekst is aangebracht: 'De Koning houdt het voorstel in overweging'. In een van de twee bekende gevallen van niet-

47 Idem, p. 4945.
48 Idem, p. 5358.
49 Idem, p. 5314.
50 Idem, p. 5358.
51 Idem, p. 5342.
52 Idem, p. 5395.
53 Aldus bijvoorbeeld ingekomen stuk nummer 2, Handelingen II 1990/91, p. 2724; vergelijk De Block 1935: 492-493.

bekrachtiging van een initiatiefvoorstel (namelijk dat uit 1928) gebeurde dat ook; in het andere geval (dat uit 1917) hebben Koningin en minister verzuimd om de grondwettelijk voorgeschreven formule te gebruiken.[54]

Het voorgeschreven formulier biedt zelf geen ruimte voor motivering. Volgens Oud[55] 'zullen de Staten-Generaal echter de minister om een motivering kunnen vragen'. De opvatting van Oud lijkt mij achterhaald. Geen van de schrijvers en politici die in navolging van Van Maarseveen de motiveringsplicht van de regering hebben onderschreven, maakt deze plicht afhankelijk van een voorafgaand parlementair verzoek om motivering. De parlementaire 'technieken' waar Minister Wiegel op doelde, waren slechts nodig om besluitvorming en motivering desgewenst te bespoedigen. De verantwoordelijke ministers zullen derhalve *ongevraagd* de beide kamers moeten informeren over de inhoud van en de motieven voor een eventueel besluit tot niet-bekrachtiging van een aangenomen wetsvoorstel.

Zolang de genoemde formulieren van artikel 130 (oud) Grondwet nog gelden, zal deze informatie in een aparte brief van de verantwoordelijke ministers aan de beide kamers kunnen worden vervat. De genoemde formulieren zullen echter (gezien additioneel artikel XIX) ooit heroverwogen moeten worden.[56] Daarbij zou het aanbeveling verdienen om in de bij niet-bekrachtiging te hanteren tekst ruimte te creëren voor een weergave van de motieven die tot dat besluit geleid hebben, of althans (naar het voorbeeld van de koninklijke boodschap) daarin een zinnetje op te nemen dat verwijst naar een ministeriële brief waarin die motieven worden uiteengezet.

4.1.7.4 Conclusie

Een poging om in de Grondwet een verplichting voor de regering op te nemen tot motivering van niet-bekrachtiging van wetsvoorstellen, is gestrand op gronden die geen afwijzing van die verplichting inhielden. De meeste schrijvers achten de regering verplicht de niet-bekrachtiging van een initiatiefvoorstel ongevraagd te motiveren, en een enkele schrijver acht de regering verplicht de niet-bekrachtiging van een regeringsvoorstel ongevraagd te motiveren. Ook ik zie geen reden om een dergelijke motiveringsplicht te beperken tot de niet-bekrachtiging van initiatiefvoorstellen.

Hoewel geen van de aangehaalde autoriteiten deze motiveringsplicht heeft willen lezen in artikel 87, tweede lid, van de Grondwet, zou ik hier toch willen spreken van een *grondwettelijke* verplichting tot motivering van niet-bekrachtiging van regerings- en initiatiefvoorstellen. De bedoelde motiveringsplicht kan men immers afleiden uit

54 De Block 1935 502, zie paragraaf 4 1 7 1

55 Oud 1970 134

56 Blijkens de memorie van toelichting bij het voorstel van wet 'Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot het doen vervallen van de additionele artikelen die zijn uitgewerkt' is daar nog niet mee begonnen, zie Kamerstukken II 1993/94, 23428 nr 3, p 2

enerzijds het vereiste van openbaar 'gemeen overleg' van regering en parlement[57] en anderzijds de ministeriële verantwoordelijkheid.[58]

Aldus is de in de discussie over het vetorecht van de regering ten aanzien van initiatiefvoorstellen tot formulering gekomen motiveringsplicht slechts een toepassing van algemenere grondwettelijke motiveringsplichten. De in politiek en wetenschap gevoelde onvrede over de toepassing van die algemenere staatsrechtelijke regels op initiatiefwetgeving heeft ertoe geleid dat buiten twijfel is komen te staan dat ook deze wetgeving in 'gemeen overleg' en onder ministeriële verantwoordelijkheid tot stand behoort te komen.

4.2 Overleg in de regering

4.2.1 De regering als samengesteld orgaan

De regering maakt deel uit van de wetgever. Evenals de wetgever bestaat ook de regering weer uit twee deelorganen: de Koning en 'de ministers'. Het deelorgaan 'de ministers' kan onder omstandigheden ook bestaan uit 'één of enkele ministers of staatssecretarissen'.[1]

Gezamenlijk oefenen deze twee organen de taken van de regering uit. Dat blijkt vooral duidelijk uit artikel 47. De Grondwet noemt met name de volgende wetgevingstaken van de regering: indiening (artikel 82), wijziging (artikel 84), intrekking (artikel 86) en bekrachtiging (artikel 87).

Anders dan ten aanzien van de wetgever (regering en Staten-Generaal) spreekt de Grondwet nergens van *overleg* tussen Koning en ministers. Evenals in paragraaf 4.1.1 is opgemerkt ten aanzien van de gezamenlijke vaststelling van wetten, geldt ook hier dat gezamenlijke indiening, wijziging, intrekking en bekrachtiging van wetsvoorstellen moeilijk voorstelbaar is, indien ministers en Koning aan elkaar niet uitleggen waarom de voorstellen al dan niet wenselijk zijn. Aan dit vanzelfsprekende overleg tussen de deelorganen van de regering werd bijvoorbeeld gerefereerd in de oorspronkelijke (aan de Raad van State voorgelegde) tekst van de memorie van toelichting, en in het Advies van de Raad van State, bij het wetsvoorstel dat tot artikel 45 van de Grondwet heeft geleid.[2]

Aldus zou men al in artikel 42, eerste lid, enkele motiveringsplichten voor de deelorganen van de regering voorondersteld kunnen achten. Voor deze eventuele motiveringsplichten zijn echter geen directe aanknopingspunten in de tekst van de Grondwet te vinden. Het in additioneel artikel XIX nog voorgeschreven wetsformulier zwijgt zelfs helemaal over de rol van ministers bij wetgeving. Alleen in artikel 42, tweede lid, geeft de Grondwet een nadere aanduiding van de verhouding tussen Koning en ministers. Eerstgenoemde is 'onschendbaar', laatstgenoemden zijn 'verantwoordelijk'.

57 Artikel 81 en additioneel artikel XIX; zie Van Maarseveen 1976a: 1294.
58 Artikel 42; zie paragraaf 4.1.1.
1 Kortmann 1987: 171.
2 Kamerstukken II 1979/80, 16036 nr. 4, p. 13 en 7.

Tijdens de herziening van de Grondwet is wel een recht van de Koning om informatie te ontvangen ter sprake gekomen. Die informatie kan onder meer betrekking hebben op de motieven voor wetgeving. Een koninklijk recht op informatie kan daarom onder meer gezien worden als een ministeriële verplichting tot motivering van wetgeving. Dat de informatie in het geheim verstrekt wordt, betekent niet dat de voornaamste functies van motivering (bevordering van controleerbaarheid en toetsbaarheid) er in het geheel niet mee vervuld kunnen worden.[3]

In antwoord op vragen vanuit de PvdA-fractie inzake de discrepantie tussen bevoegdheden en verantwoordelijkheden die uit artikel 42 lijkt voort te vloeien,[4] verwezen de ministers onder meer naar:

> 'de staatsrechtelijke werkelijkheid, waarin de Koning zich uiteraard voortdurend bewust zal zijn van het gegeven, dat uitsluitend de ministers verantwoordelijk zijn, en daarnaar ook zal handelen ( ) de Koning zal zich daarbij beperken tot uitoefening van zijn taak overeenkomstig de door Bagehot voor de Engelse Koning geformuleerde "rights to be consulted, to encourage, to warn" Wij merken hierbij nog op dat in het recht te worden geraadpleegd besloten is het recht van de Koning te worden geïnformeerd ' [5]

Aldus lijkt de regering een 'recht' van de Koning te erkennen om (door de ministers) geïnformeerd te worden. Die indruk wordt nog versterkt, wanneer we in de op dezelfde dag ontvangen memorie van antwoord bij het voorstel voor een grondwetsbepaling inzake de ministerraad lezen:

> 'Waar de Koning samen met de ministers deel uitmaakt van een orgaan, dient de Koning in staat te zijn zich te informeren over het te vormen regeringsbeleid ' [6]

Hieruit blijkt dat volgens de regering het 'recht' op informatie voortvloeit uit, of althans direct samenhangt met het eerste lid van artikel 42.

In de eerstgenoemde memorie van antwoord stelden de ministers nadrukkelijk dat de Koning in de regering 'geen zelfstandige staatsrechtelijke bevoegdheden bezit'.[7] Kennelijk beschouwt de regering de genoemde drie à vier rechten als 'onzelfstandige' bevoegdheden van de Koning. Tijdens de mondelinge behandeling van wetsvoorstel 16035 werd duidelijk dat de regering deze bevoegdheden zag als datgene wat — door de betekenis van de ministeriële verantwoordelijkheid — in de praktijk overblijft van de regeringsbevoegdheden van de Koning. Minister-President Van Agt drukte het als volgt uit:

> 'Voor de onderlinge verhouding tussen de Koning en de ministers is de ministeriele verantwoordelijkheid van beslissend belang De Koning zal zich daarvan bij voortduring bewust

3 Zie de paragrafen 1.1 1 en 1 3.1
4 Kamerstukken II 1979/80, 16035 nr. 7, p 1-2
5 Kamerstukken II 1980/81, 16035 nr. 8, p 2.
6 Kamerstukken II 1980/81, 16036 nr 7, p 6
7 Kamerstukken II 1980/81, 16035 nr. 8, p 2

> moeten zijn en daarnaar moeten handelen. In de praktijk beperkt zijn taak zich tot de (...) "rights to be consulted, to encourage, to warn".' [8]

De suggestie van het Tweede-Kamerlid Waltmans om deze drie rechten 'in de Grondwet op te nemen' [9] stuitte af op bezwaren van de Minister-President tegen het daaraan verbonden voorstel om niet langer te bepalen dat de regering wordt gevormd door Koning en ministers.[10]

Dat de Koning de bedoelde rechten naar Nederlands recht inderdaad heeft, is tijdens de mondelinge behandeling van wetsvoorstel 16035 in de Eerste Kamer nog tot twee maal toe en onweersproken gesteld. Het lid B. de Gaay Fortman sprak van 'het recht van informatie vragen, aansporing en waarschuwing' [11] en het lid W.F. de Gaay Fortman van het 'recht om geraadpleegd te worden, om aan te moedigen en om te waarschuwen'.[12]

Aldus krijgt men de indruk dat de bevoegdheden van de Koning-als-deel-van-de-regering tot drie rechten beperkt zijn. Volgens Bovend'Eert vloeit een dergelijke beperking echter niet uit de ministeriële verantwoordelijkheid voort (zoals ministers tijdens de grondwetsherziening hadden gesuggereerd) en evenmin uit de structuur of de terminologie van de Grondwet of uit het ongeschreven recht of de constitutionele of politieke praktijk.[13] Ook volgens Oud mist de Koning persoonlijk niet 'alle zeggenschap over het regeerbeleid'.[14] Kortmann[15] en Hoekstra[16] doen daar geen uitspraak over, door te stellen dat de Koning 'tenminste', respectievelijk 'in ieder geval' de drie door Bagehot[17] geformuleerd rechten heeft.

Voor deze studie is het antwoord op de vraag naar de totale omvang van de regeringsbevoegdheden van de Koning niet van belang. Voldoende is dat in zowel politiek als literatuur enige eensgezindheid lijkt te bestaan over het gelden van met name het recht om geraadpleegd te worden, en het daarin begrepen of daarmee verbonden recht om geïnformeerd te worden.

Volledige eensgezindheid is er echter niet. Sommigen spreken slechts over een recht om informatie te *vragen*.[18] Van Wijnen spreekt van 'het recht om te worden ingelicht'.[19] Volgens Van der Hoeven staat vast:

> 'dat de koning zich kan laten voorlichten, opmerkingen en bezwaren maken en dat in beginsel tegenover hem geen "staatsgeheim" bestaat.' [20]

8 Handelingen II 1980/81, p. 2618-2619.
9 Idem, p. 2419.
10 Idem, p. 2619.
11 Handelingen I 1980/81, p. 832.
12 Idem, p. 842.
13 Bovend'Eert 1985: 448-449.
14 Oud 1967: 227.
15 Kortmann 1987: 171.
16 Hoekstra 1988: 4.
17 Bagehot 1867: 111.
18 Zo bijvoorbeeld het hierboven genoemde Eerste-Kamerlid B. de Gaay Fortman.
19 Van Wijnen 1975: 80.
20 Van der Hoeven 1965: 720.

Het woord 'laten' en de verwijzing naar 'staatsgeheim' doen echter vermoeden dat ook Van der Hoeven hier een recht om informatie te *ontvangen* erkent. Onduidelijk is of ook Prakke dat recht erkent, waar hij schrijft:

> 'Het is het recht van de Koningin om tekst en uitleg te vragen, in overleg te treden, bedenkingen te opperen, raad te geven ' [21]

Tot het bestaan van een recht van de Koning om aan zijn ministers *informatie te vragen*, zou ik gezien het voorgaande zonder meer willen concluderen. Datzelfde geldt voor het recht van de Koning om door zijn ministers *geraadpleegd te worden*, hoewel ook dat recht niet telkens genoemd wordt.

Moeilijker ligt het met het meer ingrijpende recht van de Koning om van zijn ministers de door hem gewenste *informatie te ontvangen*. Dit recht wordt minder vaak genoemd in politiek en literatuur. Het werd echter wèl genoemd in redevoeringen van kamervoorzitters,[22] is in de literatuur niet ontkend of bestreden, en kan belangrijke functies vervullen.

In de eerste plaats kan de Koning zijn andere rechten (zoals het recht om te waarschuwen, het recht om aan te moedigen, en het eventuele recht om in extreme gevallen een handtekening te weigeren) alleen behoorlijk uitoefenen, wanneer hij over alle relevante informatie beschikt.

In de tweede plaats is een volledige verantwoordingsplicht van ministers jegens de Koning — naast hun verantwoordingsplicht jegens de Staten-Generaal — een kleine, maar voor 'balance' nuttige extra 'check' op de macht van de toch al zo machtige ministers. Het is goed wanneer er steeds tenminste één buiten-departementale persoon is aan wie desgevraagd de zelfs niet aan het parlement verstrekte informatie wordt gegeven.

In navolging van met name de regering (zie boven) zou ik het bestaan van het recht van de Koning om ministeriële informatie te ontvangen, dan ook willen erkennen als een nauw met artikel 42, eerste lid, van de Grondwet verbonden regel. Zoals vele regels in een erfelijk monarchie, zal ook deze regel uitzondering moeten lijden in het geval dat de drager van de kroon zijn of haar vooronderstelde trouw en ernst zal blijken te missen.

Conclusie: De ministers zijn in beginsel verplicht om de Koning te informeren en te raadplegen over de indiening, de wijziging, de intrekking en de bekrachtiging van wetsvoorstellen, en om elke vraag van de Koning daaromtrent te beantwoorden. Wanneer de Koning bij een minister informeert naar de motieven voor indiening, wijziging, intrekking of bekrachtiging van een wetsvoorstel, dan rust op laatstgenoemde een motiveringsplicht.

21 Prakke 1977. 950.
22 Dolman 1985· 67; Tjeenk Willink 1992.

4.2.2 Verplichte beraadslaging over het regeringsbeleid

Afgezien van het in de volgende paragraaf te bespreken artikel 65 bevat de Grondwet geen nadere voorschriften inzake de werkwijze van de Koning als deelorgaan van de regering in haar hoedanigheid van deelorgaan van de wetgever. Wel bevat de Grondwet in artikel 45 enkele voorschriften inzake de (interne) werkwijze van het deelorgaan 'de ministers'. Te zamen vormen zij de ministerraad.

Anders dan ten aanzien van de kamers van de Staten-Generaal,[23] bepaalt de Grondwet met zoveel woorden dat de ministerraad moet 'beraadslagen en besluiten', en wel over het 'algemeen regeringsbeleid'; bovendien moet de ministerraad 'de eenheid van dat beleid' bevorderen.[24]

Voor de aanduiding in de Grondwet van de taak van de ministerraad had de meerderheid van de Staatscommissie-Cals/Donner als tekst voorgesteld:

> 'De ministerraad bepaalt het algemeen regeringsbeleid.'

Volgens de betrokken ministers was die redactie niet zonder bezwaren. 'Met name komt in de bepaling van de staatscommissie niet voldoende tot uitdrukking, dat ook de meningsvorming over het algemeen regeringsbeleid in de ministerraad dient plaats te vinden'.[25] Daarom legden zij de volgende formulering aan de Raad van State voor:

> 'De ministerraad beraadslaagt en besluit over het algemeen regeringsbeleid.' [26]

De Raad van State maakte er echter bezwaar tegen dat aldus 'over het algemeen regeringsbeleid niet door de regering maar door de ministerraad wordt besloten', wat volgens de Raad niet te rijmen zou zijn met de bepaling dat de regering wordt gevormd door de Koning en de ministers.[27] Uit die kritiek leidden de ministers af dat de voorgestelde tekst kennelijk tot het misverstand kon leiden dat zij ook betrekking zou hebben op de verhouding tussen Koning en ministerraad. Dat was niet de bedoeling. 'Evenmin betreft het trouwens de verhouding tussen de ministerraad en het parlement'.[28] In het vervolgens ingediende wetsvoorstel[29] blijkt niet alleen het 'besluiten' over het algemeen regeringsbeleid verdwenen te zijn, maar ook het 'beraadslagen', terwijl de Raad van State tegen dat laatste toch geen bezwaar had gemaakt. Nu stelde de regering de volgende formulering voor:

> 'De ministerraad bevordert de eenheid van het regeringsbeleid.'

23 Zie paragraaf 4.3.2.
24 Artikel 45, derde lid.
25 Aldus de oorspronkelijke, aan de Raad van State voorgelegde, tekst van de memorie van toelichting; Kamerstukken II 1979/80, 16036 nr. 4, p. 13.
26 Idem, p. 11.
27 Kamerstukken II 1979/80, 16036, p. 7.
28 Nader rapport, Kamerstukken II 1979/80, 16036, p. 9.
29 Kamerstukken II 1979/80, 16036 nr. 2.

Dat vond de Tweede Kamer echter te mager. Na een uitvoerige schriftelijke en mondelinge discussie werd een vrijwel letterlijk aan artikel 4 van het Reglement van Orde voor de Raad van Ministers ontleend amendement van de leden De Kwaadsteniet en Brinkhorst aangenomen:

> 'De ministerraad beraadslaagt en besluit over het algemeen regeringsbeleid en bevordert de eenheid van dat beleid.' [30]

In de discussie werd op de plicht tot beraadslagen niet ingegaan. Wel werd nog eens onderstreept dat de bepaling 'duidelijk bedoelt om iets te zeggen over de taak van de Ministerraad en niet om iets te zeggen over de relatie tussen Ministerraad en andere staatsorganen'.[31] In de Eerste Kamer drukt Minister-President Van Agt het later zo uit:

> 'artikel 2.2.4 heeft betrekking op de verhouding tussen het college van ministers en afzonderlijke ministers en raakt niet aan de verhouding tussen de Koning enerzijds en de ministers of de Ministerraad anderzijds.' [32]

In het kader van mijn studie is vooral van belang dat op de in de ministerraad verenigde ministers een verplichting rust om, alvorens besluiten te nemen over algemeen regeringsbeleid, daarover te beraadslagen. De vraag is vervolgens: behoort de indiening, wijziging, intrekking en bekrachtiging van wetsvoorstellen tot *het algemeen regeringsbeleid*?

Wat de term 'algemeen regeringsbeleid' inhoudt, valt moeilijk uit de totstandkomingsgeschiedenis af te leiden. Kortmann[33] verwijst naar door de ministers in de memorie van antwoord gegeven toelichtingen bij de door de regering voorgestelde tekst inzake het bevorderen van 'de eenheid van het regeringsbeleid'. Een dergelijke verwijzing naar een toelichting op een door de Tweede Kamer afgewezen tekst lijkt mij onvoldoende onderbouwing voor de stelling van Kortmann dat de 'bepaling van wat tot het algemeen regeringsbeleid behoort blijft (...) voorbehouden aan de regering'.[34] Bovendien gaven de ministers op de door Kortmann aangehaalde pagina juist te kennen dat de Grondwet 'bepaalt hetgeen de ministerraad in ieder geval tot taak heeft'.[35] Het zou staatsrechtelijk ook vreemd zijn indien de regering met uitsluiting van ieder ander kon uitmaken wat de betekenis van een bepaald artikel in de Grondwet is.

Ik zal hier geen pogingen doen om een algemene interpretatie van het grondwettelijke begrip 'algemeen regeringsbeleid' te geven. De term is ontleend aan artikel 4, eerste lid, van het Reglement van Orde van de Raad van Ministers, maar wordt ook daar niet gedefinieerd. Wel bevat het tweede lid een opsomming van onderwerpen die veelal van belang zijn voor de beraadslaging of besluitvorming over, of voor de eenheidsbevordering van het algemeen regeringsbeleid. Als eerste categorie (onder a) worden dan onder meer wetsontwerpen genoemd. De ministerraad moet over elk

30 Kamerstukken II 1980/81, 16036 nr. 14; Handelingen II 1980/81, p. 2988.
31 De Kwaadsteniet, Handelingen II 1980/81, p. 2441.
32 Handelingen I 1980/81, p. 846.
33 Kortmann 1987: 181 noot 162.
34 Kortmann 1987: 181.
35 Kamerstukken II 1980/81, 16036 nr. 7, p. 8.

wetsvoorstel beraadslagen voordat het naar de Raad van State gaat, en — behoudens spoedgevallen — voordat het ingetrokken of belangrijk gewijzigd wordt.

Hieruit kan men echter niet met stelligheid afleiden dat de indiening of bekrachtiging van een wetsvoorstel altijd, en de wijziging of intrekking van een wetsvoorstel soms het 'algemeen regeringsbeleid' in de zin het Reglement van Orde — laat staan in de zin van de Grondwet — betreft. Dat de uitoefening van deze vier regeringsbevoegdheden inzake wetgeving deel uit maakt van het 'regeringsbeleid' spreekt vanzelf. Maar of elke uitoefening van die bevoegdheden inderdaad het *algemeen* regeringsbeleid raakt is de vraag. Volgens Kortmann[36] is het zelfs 'niet aannemelijk dat elk wetsontwerp (...) als zodanig tot het algemeen regeringsbeleid behoort'.

Aan het toetsingsverbod van artikel 120 en aan de vereiste trouw aan de Grondwet[37] zijn wel argumenten te ontlenen dat elk wetsvoorstel en elke wijziging daarvan in de ministerraad aan de orde moeten komen. Maar het gaat te ver om te zeggen dat elke uitzondering op dat uitgangspunt in strijd zou zijn met artikel 45, derde lid. De in het Reglement van Orde voor de Raad van Ministers genoemde uitzonderingen (onbelangrijke wijziging, spoedeisende wijziging, en spoedeisende intrekking) kunnen — mits niet te ruimhartig toegepast — de toets aan artikel 45 doorstaan.

Over het algemeen geldt er ten aanzien van de indiening, wijziging, intrekking en bekrachtiging dus een *beraadslagingsverplichting*. In die eis kan men een verplichting van de ministers jegens elkaar lezen om voorgestelde wetten te motiveren. Net als bij hun motiveringsverplichting jegens de Koning doet het niet openbare karakter van hun onderlinge beraadslagingen daar niets aan af.[38]

Van ministers wordt kennelijk verlangd dat zij — voordat zij besluiten nemen — elkaar met argumenten trachten te overtuigen, en naar elkaars argumenten luisteren en zich daar eventueel door laten overtuigen. In dit verband was in de oorspronkelijke memorie van toelichting sprake van 'gemeenschappelijke meningsvorming'.[39] Vergelijk ook de 'argumentatiecultuur', waar Witteveen over spreekt.[40]

Deze motiveringsplicht is nader uitgewerkt in het Reglement van Orde van de Raad van Ministers, en verder in de 'Aanwijzingen inzake aangelegenheden van de ministerraad en onderraden'.[41]

In de praktijk vindt de door de Grondwet verlangde uitwisseling van argumenten grotendeels buiten de vergaderingen van de ministerraad plaats:

> 'Voor de taak van de ministerraad om conform artikel (45) van de Grondwet te beraadslagen en te besluiten over het algemeen regeringsbeleid (...) is in de praktijk van alle dag weinig ruimte over.' [42]

36 Kortmann 1987: 265.
37 Zie paragraaf 4.5.4.
38 Zie de paragrafen 1.3.1 en 4.2.1.
39 Kamerstukken II 1979/80, 16036 nr. 4, p. 12.
40 Witteveen 1988a: 6; zie paragraaf 4.3.2.
41 Vastgesteld 10 april 1992, Staatscourant 84; zie paragraaf 5.3.2.
42 Hoekstra 1988: 87.

Anders dan Hoekstra suggereert, is dit niet zonder meer in strijd met (de bedoeling van) artikel 45. De Grondwet eist daar immers niet dat de beraadslagingen van de ministerraad plaats vinden *in de vergaderingen* van de ministerraad. In de memorie van antwoord bij het voorstel voor het grondwetsartikel inzake de ministerraad staat dan ook:

> 'Het enkele feit, dat een zaak bij de ministerraad aan de orde komt, bewerkstelligt dat ook de niet bij de voorbereiding betrokken departementen het voorstel toetsen en aldus de evenwichtigheid van het voorstel kunnen bevorderen.' [43]

Tenslotte: Volgens Kortmann[44] zouden zich geen parlementaire discussies mogen ontwikkelen over de vraag 'of bepaalde kwesties wel conform het derde lid in de ministerraad aan de orde zijn gesteld'.[45] Kortmann baseert zijn stelling op het tijdens de parlementaire geschiedenis van artikel 45, derde lid, benadrukte interne karakter van dat voorschrift. Ten onrechte. Dat 'interne' karakter betekent, blijkens de hierboven weergegeven totstandkomingsgeschiedenis, slechts dat de bepaling niets toe- of afdoet aan de bevoegdheden van Koning en Staten-Generaal. De kamers hebben volgens mij derhalve het volste recht om erop toe te zien dat de ministerraad en de individuele ministers de verplichtingen van het derde lid van artikel 45 naleven. Dat zij bij dat toezicht veelal af zullen moeten gaan op wat ministers mededelen, doet daaraan niets af.

4.2.3 Informatie over het regeringsbeleid

In tegenstelling tot de wetgevingsmotivering die in het parlement plaatsvindt in het onderlinge overleg tussen regering en parlement, is de wetgevingsmotivering in het overleg tussen ministers onderling en tussen Koning en ministers in beginsel niet openbaar.[46] Vaak zal een gedeelte van deze motivering echter worden opgenomen in de memorie van toelichting en andere openbare stukken bij een voorstel van wet, of in regeringsnota's die aan de indiening van een wetsvoorstel voorafgaan. Voor zover motieven voor wetsvoorstellen tot de kern van het regeringsbeleid behoren, zal men ook enige wetgevingsmotivering kunnen aantreffen in onder meer regeerakkoorden, regeringsverklaringen, troonredes en begrotingstoelichtingen, en in de debatten die naar aanleiding daarvan worden gehouden.[47]

De Grondwet verplicht daar echter nauwelijks toe. Uit de bepaling in artikel 105, tweede lid, van de Grondwet dat tegelijkertijd met de troonrede 'voorstellen van algemene begrotingswetten' worden ingediend, valt niet af te leiden dat de toelichtingen op die begrotingsvoorstellen een uiteenzetting van (wetgevings-) beleid moeten bevatten. De enige bepaling in de Grondwet die de regering met zoveel woorden verplicht om

43 Kamerstukken II 1980/81, 16036 nr. 7, p. 6.
44 Kortmann 1987: 181.
45 In gelijke zin, maar minder stellig, Hoekstra 1988: 26.
46 Zie onder meer artikel 10, eerste lid, onder a, Wet openbaarheid van bestuur, en artikel 25 Reglement van Orde voor de Raad van Ministers.
47 Zie Bovend'Eert 1988: 84-96.

haar beleid uiteen te zetten is artikel 65. Dat artikel spreekt van 'een uiteenzetting van het door de regering te voeren beleid'. Tijdens de totstandkomingsgeschiedenis noemden ministers[48] de troonrede zowel 'een politiek stuk waarin het zittende kabinet in hoofdlijnen zijn program ontvouwt', als 'een algemene, samenvattende uiteenzetting omtrent het beleid van de Regering'. Het zou geen 'uitvoerige toelichtende beschouwing' zijn. Veel betekenis met betrekking tot wetgevingsmotivering heeft artikel 65 dan ook niet. Wel verplicht het de regering om althans de belangrijkste aan haar beleid (waaronder het wetgevingsbeleid) ten grondslag liggende overwegingen jaarlijks aan het parlement kenbaar te maken.

Van groter belang is de inlichtingenplicht die uit artikel 68 voorvloeit.[49]

4.3 Overleg in de Staten-Generaal

4.3.1 Voorbereidend onderzoek

Van 1887 tot 1983 eiste de Grondwet[1] dat aan de openbare beraadslaging over een voorstel 'altijd een onderzoek van dat voorstel' voorafgaat. Deze eis gold zowel voor de Tweede Kamer[2] als voor de Eerste Kamer.[3]

Van 1815 tot 1887 had de Grondwet[4] geëist dat wetsvoorstellen in de Tweede Kamer eerst worden 'overwogen in de onderscheidene afdeelingen'; een vergelijkbare regel gold toen voor de Eerste Kamer.[5] De Grondwet sprak van 1815 tot 1848[6] bovendien over een 'algemeen verslag, uit naam der onderscheidene afdeelingen uitgebragt', waarover de kamer zou moeten delibereren ('raadplegen').

De na 1848 en 1887 overgebleven verplichtingen tot voorafgaand onderzoek zijn bij de herziening van 1983 zonder discussie gedeconstitutionaliseerd — als zijnde 'details (...) die niet in de Grondwet vermeld behoeven te worden'.[7] Dat er kamercommissies zijn en dat er wel eens schriftelijke stukken worden overgelegd, wordt slechts verondersteld in artikel 71 van de Grondwet.[8]

48 Kamerstukken II 1978/79, 14224 nr. 6, p. 2.
49 Zie paragraaf 4.1.3.
1 Laatstelijk in artikel 121 en 124.
2 Artikel 121.
3 Via de verwijzing in artikel 124.
4 Aanvankelijk in artikel 107.
5 Aanvankelijk in artikel 111.
6 Aanvankelijk in de artikelen 109 en 111.
7 Kamerstukken 1977/78, 15047 nr. 3, p. 12.
8 Het voorbereidend onderzoek komt nader aan de orde in de paragrafen 5.4.5 en 5.4.6.

4.3.2 Parlementaire beraadslaging vooronderstelt

Dat de kamers van de Staten-Generaal over voorstellen moeten 'beraadslagen' is[9] niet met zoveel woorden in de Grondwet verplicht gesteld. In de tekst van verschillende artikelen wordt er echter wel van uitgegaan dat er *vergaderingen* zijn,[10] waarin de aanwezigen *beraadslagen*:[11]

- artikel 66 (openbare vergaderingen; mogelijkheid om te beraadslagen en te besluiten met gesloten deuren);
- artikel 67, eerste lid (quorum-vereiste voor beraadslagen en besluiten);
- artikel 67, derde lid (verbod van last);
- artikel 69, eerste lid (deelname ministers aan de beraadslaging);
- artikel 71 (parlementaire onschendbaarheid voor het in de vergaderingen gezegde);
- artikel 85 (verdediging initiatiefvoorstellen in Eerste Kamer).

Men kan in dat alles een element van een motiveringsplicht lezen: van het parlement[12] wordt kennelijk verwacht dat het beraadslaagt voordat het besluiten neemt, dat de leden elkaar met argumenten trachten te overtuigen, en dat zij naar elkaars argumenten[13] luisteren en zich daar eventueel door laten overtuigen.[14] Witteveen spreekt van een 'argumentatiecultuur': het 'democratische besluitvormingsproces' heeft volgens hem 'een retorisch karakter'.[15] Deze argumentatiecultuur wordt door de Grondwet weliswaar niet met zoveel woorden voorgeschreven, maar wel verondersteld.

Indien men een veronderstelde motiverings- of althans beraadslagingsplicht aanneemt, dan is het nog wel de vraag of die plicht goed wordt nagekomen. Van der Hoeven heeft er op gewezen dat parlementaire 'beraadslaging' vaak een eufemisme is 'voor wat in werkelijkheid is confrontatie van binnenskamers tot stand gekomen standpunten'.[16]

Eveneens is het de vraag op wie de beraadslagingsplicht rust. Moeilijk is vol te houden dat elk lid verplicht zou zijn ten aanzien van elk onderdeel van elk voorstel al zijn of haar argumenten vóór of tégen onder woorden te brengen.

Verdedigbaar lijkt echter dat elk lid dat overwegende bezwaren *tégen* een voorstel meent te hebben, verplicht is die bezwaren gemotiveerd kenbaar te maken of door een geestverwant lid te laten maken (waarbij de indeling in fracties van pas kan komen). Anders weten de verdedigers van het voorstel (ministers of initiatief nemende kamerleden) niet of zij het voorstel nader moeten motiveren. Het zwijgen van

9 Anders dan ten aanzien van de ministerraad, zie artikel 45, derde lid.
10 'georganiseerde bijeenkomsten voor bespreking en overleg', Van Dale/Sterkenburg 1991.
11 'met elkaar ernstig overwegen en overleggen', idem.
12 Het niet door de Grondwet gebruikte woord dat ook al suggereert dat het volk *pratenderwijs* vertegenwoordigd moet worden.
13 En naar die van hun gasten, bedoeld in artikel 69.
14 Vergelijk Jeukens 1963: 9.
15 Witteveen 1988a: 6.
16 Van der Hoeven 1991: 785.

tegenstanders zou hen dus hinderen in hun taakuitoefening. Dergelijk gedrag levert geen getrouwe ambtsvervulling in de zin van artikel 60 Grondwet op.

Het lijkt te ver te gaan om ook andere leden dan de indieners van een voorstel, tot het kenbaar maken van (de) argumenten *vóór* enig onderdeel van dat voorstel verplicht te achten. Op de kamer als geheel, en dus op de leden van die kamer, rust in ieder geval de plicht om elk lid de gelegenheid te bieden om — binnen redelijke tijdsgrenzen — argumenten voor en argumenten tegen kenbaar te maken.

De Grondwet bevat enkele (in de volgende zes paragrafen te behandelen) voorschriften die ertoe bijdragen dat de argumentenuitwisseling in het parlement inderdaad plaats vindt, en niet bij voorbaat zinloos is.

4.3.2.1 Openbaarheid

De openbaarheid van kamervergaderingen betekent dat de in die vergaderingen uitgesproken motieven voor wetsvoorstellen ook buiten die vergaderingen kenbaar worden. In die zin bevat het openbaarheidsvereiste een element van een motiveringsplicht. Terecht rekenen Damen en Hoogenboom de openbaarheid — vanaf indiening — van wetsvoorstel en bijbehorende stukken en 'de mede daarop gebaseerde mogelijkheden voor de burgers tot participatie in het publieke debat' tot de 'belangrijke waarborgen, en dus voordelen, van de procedure van wetgeving in formele zin'.[17]

In artikel 66 schrijft de Grondwet voor dat 'de vergaderingen van de Staten-Generaal' openbaar zijn.[18] Volgens mij staat artikel 120 niet in de weg aan rechterlijke toetsing aan het voorschrift van artikel 66.[19] Voor de vergaderingen van de Tweede Kamer dateert dit voorschrift van 1815.[20] Voor de vergaderingen van de Eerste Kamer is het openbaarheidsvereiste in 1848 ingevoerd.[21] Tot 1848 vergaderde de Eerste Kamer met gesloten deuren.[22]

Oud noemt drie vormen waarin de openbaarheid tot uiting komt:

— 'er worden toehoorders toegelaten,
— de pers wordt in de gelegenheid gesteld verslagen (...) op te maken,
— er wordt een officieel verslag (...) algemeen verkrijgbaar gesteld'.[23]

Of elk van deze drie openbaarheden verplicht is, blijkt echter niet uit de tekst van het huidige artikel 66 van de Grondwet. Daar is alleen sprake van 'de vergaderingen', waarmee volgens de memorie van toelichting 'bijeenkomst(en) van een kamer' bedoeld worden.[24] Evenmin valt uit dat artikel veel op te maken over:

17 Damen en Hoogenboom 1989: 146.
18 Met uitzondering van de in het tweede en derde lid geregelde gevallen.
19 Zie paragraaf 4.5.2.1.
20 Het toenmalige artikel 108.
21 Het toenmalige artikel 96.
22 Oud 1967: 623.
23 Oud 1967: 623.
24 Kamerstukken II 1976/77, 14224 nr. 3, p. 5.

— de openbaarheid van ingediende voorstellen en andere stukken;
— de openbaarheid van de verslagen van vergaderingen met gesloten deuren;
— de openbaarheid van commissievergaderingen;
— de openbaarheid van commissieverslagen.

Het is opmerkelijk[25] dat het grootste deel van de parlementaire wetgevingsprocedure dus buiten het bereik van (de letter van) deze grondwettelijke openbaarheidseis valt.

De bestaande praktijk om ook aan de openbare beraadslaging *voorafgaande* motiverende en toelichtende stukken openbaar te maken (als bijlagen bij de Handelingen), rust echter zowel op de geest van artikel 66 van de Grondwet, als op de tekst van artikel 110 van de Grondwet. Dat laatste artikel luidt:

> 'De overheid betracht bij de uitvoering van haar taak openbaarheid volgens regels bij de wet te stellen '

In het intitulé en de considerans van het wetsvoorstel dat tot dit grondwetsartikel heeft geleid, was slechts sprake van openbaarheid van 'bestuur'.[26] In het voorlopig verslag werd vanuit de PvdA-fractie gevraagd of het artikel slechts betrekking had op bestuur, of ook op andere taken van de overheid, zoals wetgeving en rechtspraak.[27] De ministers gaven daarop het volgende antwoord:

> 'De voorgestelde bepaling geeft aan dat de overheid in het algemeen, bij de uitoefening van haar verschillende taken, openbaarheid jegens de betrokkenen dient te betrachten ' [28]

Niet geheel consequent was het daarop volgende antwoord van de ministers op een vraag vanuit de D'66-fractie. De leden van deze fractie hadden de voorgestelde bepaling in de beperkte zin opgevat, als een voorschrift tot openbaarheid van 'bestuur', en hadden de regering gevraagd waarom 'niet eveneens de behoefte gevoeld (werd) een bepaling op te nemen inzake de openbaarheid van rechtspraak'.[29] De ministers antwoordden daarop dat een dergelijke bepaling minder passend zou zijn in het hoofdstuk 'Wetgeving en bestuur', en dat in het hoofdstuk 'Rechtspraak' een 'speciale bepaling' aan de openbaarheid van rechtspraak zou worden gewijd.[30] Aldus weerspraken de ministers impliciet haar zojuist gegeven ruime interpretatie van de bepaling. Dat deed zij ook door geen wijziging aan te brengen in intitulé en considerans, en door in de memorie van antwoord,[31] in de nota naar aanleiding van het eindverslag[32] en tijdens de mondelinge behandeling[33] van openbaarheid van 'bestuur' te blijven spreken. Dit valt echter te verklaren uit de gangbare uitdrukking 'openbaarheid van bestuur'.

25 En moeilijk te rechtvaardigen, zie Buijs 1883: 558.
26 Kamerstukken II 1976/77, 14348 nr. 2.
27 Kamerstukken II 1978/79, 14348 nr. 6, p. 2.
28 Idem, nr. 7, p. 2.
29 Idem, nr. 6, p. 2.
30 Idem, nr. 7, p. 2.
31 Idem, nr. 7.
32 Idem, nr. 8.
33 Handelingen II 1979/80, p. 2093-2094.

In het licht van het bovenstaande is het verdedigbaar, dat de algemeen geformuleerde bepaling inzake openbaarheid van 'overheidstaakuitvoering' — gezien haar plaats in de Grondwet en gezien het bestaan van een bijzondere regel in artikel 121 — geen betrekking heeft op rechtspraak. Aan de plaats van artikel 110 en aan de daarop gegeven toelichtingen kunnen echter geen argumenten worden ontleend voor de stelling dat dit artikel geen openbaarheid van wetgeving verlangt. En zelfs wanneer men de verhouding tussen de artikelen 110 en 66 als een *generalis-specialis*-relatie opvat,[34] dan nog zouden slechts de 'volle' vergaderingen van de Staten-Generaal buiten het bereik van artikel 110 vallen.

De conclusie moet dan ook zijn dat commissievergaderingen en alle in het schriftelijk overleg gewisselde stukken onder het openbaarheidsbeginsel van artikel 110 van de Grondwet vallen.

Voor zover het regeringsstukken en adviezen van de Raad van State betreft, stellen de Wet openbaarheid van bestuur en de Wet op de Raad van State enkele van de door artikel 110 verlangde regels.[35] Omdat parlementaire organen geen bestuursorganen in de zin van artikel 1:1 van de Algemene wet bestuursrecht zijn, en dus ook niet in de zin van artikel 1a van de Wet openbaarheid van bestuur, zal men de verlangde regels omtrent de openbaarheid van commissievergaderingen en -verslagen moeten zoeken in de reglementen van orde van beide kamers.[36] De openbaarheid van commissievergaderingen van de Tweede Kamer is geregeld in artikel 38 van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer (versie 1993). De — bestaande — openbaarheid van commissieverslagen van Tweede en Eerste Kamer is echter nergens geregeld. En de evenmin geregelde openbaarheid van commissievergaderingen van de Eerste Kamer bestaat zelfs niet, wat volgens Hagelstein[37] niet langer te rijmen lijkt met artikel 66, en volgens mij ik ieder geval in strijd is met artikel 110 van de Grondwet.

4.3.2.2 Quorum

Het kennelijk door de Grondwet van het parlement verwachte beraadslagen heeft alleen zin wanneer die beraadslaging van invloed kan zijn op de uiteindelijke besluitvorming.[38] Degenen die beslissen, zullen daarom in beginsel dezelfden moeten zijn als degenen die aan de beraadslaging hebben deelgenomen. Wanneer men dus voor het nemen van besluiten een quorum vereist,[39] dan zal men datzelfde quorum ook moeten eisen voor de voorafgaande beraadslaging. Buijs schreef terecht:

> 'Het is niet genoeg dat de meerderheid tot het nemen van elk besluit meewerke, maar het behoort ook eene door de beraadslaging voorbereide meerderheid te zijn.'[40]

34 Waar volgens mij geen aanleiding toe is, omdat strijd tussen deze twee artikelen niet mogelijk is
35 Zie ook paragraaf 4.1.5.3
36 Vastgesteld krachtens artikel 72 van de Grondwet
37 Hagelstein 1991: 371
38 Aldus ook Buijs 1883: 574
39 Zoals de Grondwet sinds 1815 doet, aanvankelijk in artikel 101, tegenwoordig in artikel 67, eerste lid
40 Buijs 1883: 574

Sinds 1848 geldt het grondwettelijke quorum dan ook tevens voor het beraadslagen. Artikel 67, eerste lid, luidt nu:

> 'De kamers mogen (...) alleen beraadslagen of besluiten, indien meer dan de helft van het aantal zitting hebbende leden ter vergadering aanwezig is.'

De door Buijs onder woorden gebrachte wenselijkheid wordt daarmee echter niet volledig gegarandeerd. Het artikel verlangt immers niet dat de meerderheid die aan de besluitvorming deelneemt, dezelfde meerderheid is als die welke aan de beraadslaging heeft deelgenomen. Evenmin is voorgeschreven dat de kamerleden die deelnemen aan de besluitvorming, kennis nemen van de memorie van toelichting en de daarop volgende stukken. Ook staat de grondwetsbepaling niet in de weg aan besluitvorming omtrent een voorstel waarover in het geheel niet door de kamer is gedebatteerd.

Wel bevat de bepaling een concreet procedure-voorschrift dat als consequentie heeft dat een besluit alleen genomen mag worden door een meerderheid waarvan tenminste een deel heeft deelgenomen aan het eventuele voorafgaande debat. Bij een even aantal zitting hebbende leden zal dat deel tenminste twee, en vrijwel altijd aanzienlijk meer leden omvatten. Tevens geeft de bepaling uitdrukking aan de gedachte dat kamerleden die niet ten minste (luisterend) aanwezig zijn geweest bij de beraadslaging over een voorstel, eigenlijk niet aan de besluitvorming over dat voorstel zouden moeten deelnemen. Tot op zekere hoogte betekent het quorum-vereiste voor beraadslaging derhalve dat de argumenten die tijdens de openbare beraadslaging voor en tegen een wetsvoorstel worden aangevoerd, aangehoord worden door degenen die over het voorstel besluiten. Daartoe moet het vereiste natuurlijk wel worden nageleefd.

In de reglementen van orde van de beide kamers wordt het quorum-vereiste echter ontdoken: het grondwettelijke criterium 'ter vergadering aanwezig' is in die reglementen vervangen door het getekend hebben van de presentielijst.[41] Dat leden die de vergadering verlaten hebben, behoudens het geval van hoofdelijke stemming toch nog geacht worden aanwezig te zijn, lijkt mij in strijd met artikel 67, eerste lid. In gelijke zin, maar eufemistisch: Kranenburg,[42] Oud[43] en Prakke.[44] Geen van deze schrijvers toonde zich echter verontwaardigd over de geconstateerde ongrondwettigheid. Anderen gaan verder en menen dat het grondwettelijk vereiste 'niet letterlijk (dient) te worden opgevat'.[45]

Zonder te spreken van ongrondwettigheid, noemden de ministers het 'quorum van beraadslaging (...) in de praktijk min of meer een fictie, daar men nu eenmaal uitgaat van het aantal handtekeningen op de presentielijst'.[46] De regering stelde aanvankelijk dan ook voor het quorum-vereiste ten aanzien van de beraadslaging te laten vervallen in

41 'bij het in de vergadering komen', zoals artikel 53 van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer, versie 1986, er nog vroom aan toevoegt; artikel 82 van het Regelement van Orde van de Eerste Kamer spreekt van 'binnenkomst'.

42 Kranenburg 1928: 292: 'dikwijls slechts op het papier der presentielijst voldaan'.

43 Oud 1967: 625: 'zonder dat de facto aan de eis (...) wordt voldaan'.

44 Van der Pot/Donner/Prakke 1989: 449: 'zonder dat aan deze eis is voldaan'.

45 Van Raalte/Bovend'Eert/Kummeling 1991: 382.

46 Kamerstukken II 1976/77, 14224 nr. 3, p. 5.

de Grondwet.[47] Dat voorstel stuitte in de Tweede Kamer echter op bezwaren van PvdA en GPV en op aarzelingen van de VVD.[48] Al in de memorie van antwoord gaf de regering zich gewonnen[49] en diende een nota van wijzigingen in[50] waardoor het quorum van beraadslaging alsnog gehandhaafd werd.

Opmerkelijk is echter — althans vanuit het perspectief van deze studie — dat de door de regering onderschreven bezwaren vanuit de kamer vooral praktische procedurele consequenties (PvdA en GPV) en beduchtheid voor de goede naam van de (lege) kamers (GPV) betroffen. Verder werd opgemerkt dat aldus de grondwettelijke garantie zou vervallen dat voor het begin der vergadering ten minste de helft van de leden zich aanwezig heeft gemeld (PvdA en VVD). Van enige bezorgdheid over de afname van het aantal feitelijke deelnemers aan, of de kwaliteit van de beraadslaging (en dus de kwaliteit van de besluitvorming) was echter geen sprake. Impliciet werd de van de Grondwet afwijkende praktijk door regering en kamer gebillijkt. Ten onrechte.

Volgens mij kan deze schending van de letter en de bedoeling van artikel 67 van de Grondwet ook niet gerechtvaardigd worden met verwijzingen naar:

— het soms iets grotere aantal leden dat aan de schriftelijke voorbereiding deelneemt;
— de rol die woordvoerders spelen bij het voorlichten van de leden van hun fracties over de voors en tegens van voorstellen;
— het feit dat sommige kamerleden de beraadslagingen via intercom of kabel volgen.

De aangewezen weg lijkt een verkleining van het grondwettelijke quorum, en een reële naleving daarvan.

4.3.2.3 Verbod van last

Evenals het quorum van beraadslaging, strekt ook het verbod van last (artikel 67, derde lid, Grondwet) er mede toe de argumentenuitwisseling in de kamers niet bij voorbaat zinloos te laten zijn. Immers, wanneer kamerleden niet vrij zijn om naar eigen overtuiging te stemmen — en dat is zowel volgens Buijs[51] als volgens de regering tijdens de grondwetsherziening 1983[52] de betekenis van het verbod — dan heeft het ook geen zin argumenten op hen af te vuren. Jeukens vat het verbod van last dan ook op als een van de beveiligingen van de op argumentatie gerichte besluitvormingsprocedure.[53]

Dit aspect van het verbod van last komt in de Nederlandse staatsrechtelijke literatuur verder echter nauwelijks aan de orde. Die literatuur spitst zich over het algemeen toe op de vraag naar het karakter van vertegenwoordiging-van-het-volk[54] en op vragen rond

47 Idem, nr. 2, artikel 3.2.3.
48 Idem, nr. 5, p. 3.
49 Idem, nr. 6, p. 4-5.
50 Idem, nr. 8.
51 Buijs 1883: 449.
52 Kamerstukken II 1978/79, 14224 nr. 6, p. 6.
53 Jeukens 1963: 9.
54 Zie bijvoorbeeld Buijs 1883: 449-456.

de rechtsgeldigheid van eventuele afspraken (of handelingen in strijd met zulke afspraken) over de uitoefening van het kamerlidmaatschap.[55] Ook tijdens de behandeling van de grondwetsherziening van 1983 is het belang van het verbod van last voor een vrije parlementaire discussie niet aan de orde geweest. De discussie beperkte zich tot de door de regering veronderstelde nietigheid van elk bindend mandaat van een kamerlid.[56]

Toch was het argumentatie-aspect van het verbod van last al aanwezig in de in 1774 door Edmund Burke geformuleerde omschrijving van een volksvertegenwoordiging, die volgens Van der Pot/Donner[57] ten grondslag ligt aan artikel 67, derde lid, van de huidige Nederlandse Grondwet:

> 'Parliament is not a *congress* of ambassadors from different and hostile interests, which each must maintain, as an agent and advocate, against other agents and advocates; but Parliament is a *deliberative* assembly of *one* nation, with *one* interest, that of the whole; where, not local purposes, not local prejudices ought to guide, but the general good, resulting from the general reason of the whole.' [58]

Volgens Van der Pot/Donner/Prakke strekte het verbod van last er oorspronkelijk onder meer toe, de leden van de Staten-Generaal ervan te doordringen 'dat zij niet tot onderhandeling over wederzijdse belangen, maar tot gezamenlijke *beraadslaging* en besluitvorming waren geroepen'.[59] Volgens Kleijkers 'fungeert het vrije mandaat als waarborg voor de werkwijze en *communicatie* binnen het vertegenwoordigend lichaam'.[60]

4.3.2.4 Parlementaire onschendbaarheid

Artikel 71 van de Grondwet biedt degenen die deelnemen aan de parlementaire beraadslaging,[61] bescherming tegen straf-, tucht- en civielrechtelijke aansprakelijkheid voor de wijze waarop zij bijvoorbeeld wetsvoorstellen hebben gekritiseerd, toegelicht of gemotiveerd. Ook deze regel komt de vrije uitwisseling van argumenten in parlementaire vergaderingen ten goede.[62] In de woorden van Buijs:

55 Zie bijvoorbeeld Bovend'Eert 1988: 155-159
56 Kamerstukken II 1976/77, 14224 nr. 3, p. 6; 1978/79, nr. 5, p 4, nr 6, p. 6-7.
57 Van der Pot/Donner 1983· 349
58 Aldus geciteerd door Kleijkers 1993: 64, die de cursivering in het origineel aantrof.
59 Van der Pot/Donner/Prakke 1989: 418; de nadruk op 'beraadslaging' is van mij, W
60 Kleijkers 1993 276; de nadruk op 'communicatie' is van mij, W
61 Een iets beperkter term dan het aanvankelijk voorgestelde 'vergaderingen', zie Kamerstukken II 1979/80, 14224 nr 14, en Handelingen II 1979/80, p. 2876.
62 De Nederlandse regel van 'parlementaire onschendbaarheid' is, anders dan in het Verenigd Koninkrijk, niet zo geformuleerd dat men daaruit zou kunnen afleiden, dat parlementaire debatten nooit in een rechtszaak ter sprake zouden mogen komen ook niet als interpretatie-hulpmiddel, zoals de Britse heersende leer was tot voor kort — tot de beslissing van het House of Lords in *Pepper v. Hart* [1992] 3 *Weekly Law Reports* 1032; zie D Oliver 1993, Bates 1993 en Bennion 1993

'Naar het oordeel van den grondwetgever moet de vrees van al sprekende onrecht te plegen tegenover publieke machten of bijzondere personen, den afgevaardigde nooit kunnen weerhouden datgene te zeggen wat hem op het hart ligt.' [63]

4.3.2.5 Deelname ministers aan de beraadslaging

Artikel 69, eerste lid, verleent aan ministers het recht om aan de beraadslaging deel te nemen. Artikel 69, tweede lid, voorziet in de mogelijkheid dat ministers door (een van) de kamers worden 'uitgenodigd om ter vergadering aanwezig te zijn'. Dat het hier om een verschijnings*plicht* gaat is onweersproken.[64] Uit artikel 68 vloeit voort dat zij in beginsel verplicht zijn om gestelde vragen te behandelen.[65] Van een verplichting om ook anderszins aan de beraadslaging deel te nemen, wordt in het kader van artikel 69, eerste lid, echter nooit melding gemaakt. Een dergelijke verplichting zou afgeleid kunnen worden uit het woord 'gezamenlijk' in artikel 81 en uit de formule 'gemeen overleg' van additioneel artikel XIX.[66]

4.3.2.6 Verdediging initiatiefvoorstellen

Het uitgangspunt dat wetgeving in overleg — op basis van argumenten voor en tegen — tot stand moet komen, betekent dat ook degenen die een initiatiefvoorstel aanhangig hebben gemaakt aan dat overleg moeten (kunnen) deelnemen. Het *moeten* deelnemen wordt in de Grondwet niet, het moeten *kunnen* deelnemen slechts gedeeltelijk geregeld. Die regeling is de laatste van de hier te behandelen grondwettelijke aanwijzingen voor het bestaan van een parlementaire beraadslagingsplicht.

De — niet in de Grondwet geregelde — verdediging van initiatiefvoorstellen *in de Tweede Kamer* levert geen bijzondere problemen op, zolang de initiatiefnemers nog lid van die kamer zijn. Mocht dat niet meer het geval zijn, dan biedt artikel 116, tweede lid, van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer (versie 1993) uitkomst: de kamerleden die de verdediging van het initiatiefvoorstel hebben overgenomen van de oorspronkelijke, inmiddels vertrokken initiatiefnemer(s), kunnen zich bij de verdediging door laatstgenoemde(n) laten bijstaan. Het artikel biedt overigens ook de mogelijkheid zich door andere niet-kamerleden dan vertrokken initiatiefnemers te laten bijstaan.[67]

De verdediging *in de Eerste Kamer* wordt wèl met zoveel woorden in de Grondwet behandeld: sinds 1887 voorziet de Grondwet[68] in de mogelijkheid voor de Tweede Kamer om een initiatiefvoorstel door een of meer van haar leden in de Eerste Kamer te laten verdedigen. Volgens Buijs[69] steunde de opneming van deze bepaling 'op de

63 Buijs 1883: 538.
64 Oud 1967: 656; Kortmann 1987: 229; Kamerstukken II 1978/79, 14224 nr. 6, p. 8.
65 Zie de paragrafen 4.1.3 en 4.1.4.
66 Zie daarover de paragrafen 4.1.1, 4.1.5 en 4.1.7.
67 Franssen (1986: 22) noemt een voorbeeld.
68 Thans in artikel 85.
69 Buijs 1888: 211.

algemeen gedeelde overtuiging, dat aan de wetsontwerpen, van de Tweede Kamer afkomstig, in den anderen tak van de Volksvertegenwoordiging hunne natuurlijke verdedigers niet mochten onthouden worden'. Als men dat inderdaad vond, dan is niet duidelijk waarom het geven van een verdedigingsopdracht *facultatief* is gesteld in de tekst van de Grondwet.

Uit de formulering van artikel 118 van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer (versie 1993) kan men afleiden, dat het volgens de Tweede Kamer vanzelf spreekt dat gebruik gemaakt wordt van deze mogelijkheid, en dat de verdediging in beginsel aan de initiatiefnemers wordt opgedragen. Volgens Riezebos en De Vos[70] is het ook 'hooguit theoretisch denkbaar' dat geen verdedigingsopdracht wordt verstrekt. Volgens mij zou de vanzelfsprekendheid van verdediging van initiatiefvoorstellen in de tekst van de Grondwet tot uitdrukking moeten worden gebracht. De Eerste Kamer moet haar vragen en opmerkingen over het voorstel kunnen richten tot personen die daarop antwoord kunnen geven. Het in de Grondwet vastleggen van het uitgangspunt dat de verdediging in beginsel aan de initiatiefnemers wordt opgedragen, lijkt mij gezien de diverse daarop bestaande uitzonderingen niet nodig. De tweede volzin van artikel 85 zou daarom als volgt kunnen komen te luiden:

> 'De Tweede Kamer belast een of meer van haar leden met de verdediging van een door haar ingediend voorstel in de Eerste Kamer.'

De Tweede-Kamerleden die een initiatiefvoorstel in de Eerste Kamer verdedigen, zullen zich ook daar door niet-kamerleden kunnen laten bijstaan.[71] De Voorzitter van de Eerste Kamer is van oordeel dat de deskundigen die de initiatiefnemer(s) bijstaan (...) zich moeten beperken tot 'de technische kant van de zaak, opdat de politieke discussie zich verder kan afspelen tussen leden van deze kamer en de (initiatiefnemer)'.[72] Dit oordeel van de voorzitter werd vanuit de kamer echter bestreden,[73] en lijkt mij in ieder geval te strikt voor toepassing in gevallen dat de bijstand verleend wordt door de oorspronkelijke, inmiddels uit de Tweede Kamer vertrokken initiatiefnemer(s).

70 Riezebos en De Vos 1992: 764.
71 Artikel 1, onder c, in verband met artikel 99 van het Reglement van Orde van de Eerste Kamer.
72 Handelingen I 1983/84, p. 812.
73 Idem, p. 815.

4.4 Considerans

Artikel 88 van de Grondwet schrijft voor dat de wet de bekendmaking van de wetten regelt. De Grondwet gaat er kennelijk van uit *dat* de wetten bekend worden gemaakt. Van een uitdrukkelijke grondwettelijke verplichting tot 'afkondiging', zoals die van 1815 tot 1983 gold,[1] is echter geen sprake meer,[2] al is bekendmaking volgens de tweede volzin van artikel 88 wel een voorwaarde voor de inwerkingtreding van een wet.

Artikel 88 zwijgt eveneens over de vraag *hoe* wetten bekend moeten worden gemaakt. Wel blijft volgens additioneel artikel XIX het sinds 1815 in de Grondwet voorgeschreven 'formulier van afkondiging' nog 'van kracht totdat daarvoor een regeling is getroffen'. Een amendement van het kamerlid Roethof, om daaraan de woorden 'doch ten hoogste vijf jaren' toe te voegen[3] werd verworpen.[4] Zolang die regeling niet is getroffen, bestaat er een grondwettelijke basis voor de vermelding van 'de beweegredenen der wet' (ook wel 'considerans' genoemd) in het formulier waarmee een wet wordt bekendgemaakt.[5]

4.4.1 Grondwettelijke vooronderstelling van de considerans

Het oude artikel 81 schreef en schrijft niet met zoveel woorden voor *dat* wetten een considerans moeten hebben. Het geeft slechts aan *waar* de considerans moet worden opgenomen in het voorgeschreven formulier van afkondiging. Aldus wordt door de Grondwet slechts voorondersteld dat elke wet een considerans heeft.[6] Deze vooronderstelling is echter zo nadrukkelijk aanwezig in de tekst van het voorschrift inzake het afkondigingsformulier, dat het vaststellen van een wet zonder (deugdelijke) considerans niet slechts onrechtmatig, maar zelfs ongrondwettig mag heten.

Voorlopers van het huidige uit 1815 daterende voorschrift inzake het afkondigingsformulier zijn te vinden in de Staatsregeling van 1798 en in de Grondwet van 1814, maar niet in de Staatsregelingen van 1801 en 1805, noch in de Constitutie van 1806.

De Staatsregeling van 1798 schreef in artikel 17 van Reglement C een 'Formulier, voor de afkondiging van ontvangen Wetten of Besluiten' voor:

> 'Het Uitvoerend Bewind der Bataafschen Republiek doet te weten: Dat het Vertegenwoordigend Lichaam, op de wijze, bij de Staatsregeling vastgesteld, overwogen hebbende, dat enz.
> (Hier volgen de gronden, waarop het Besluit berust)
> besloten en verördend heeft:

1 Laatstelijk artikel 131.
2 Kortmann 1987: 266.
3 Kamerstukken II 1979/80, 15047 nr. 20.
4 Handelingen II 1979/80, p. 5396.
5 Volgens de memorie van toelichting bij het voorstel van wet 'Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot het doen vervallen van de additionele artikelen die zijn uitgewerkt' zal artikel XIX zijn betekenis 'nog blijven behouden', Kamerstukken II 1993/94, 23428 nr. 3, p. 2.
6 Waaldijk 1984: 406.

(Hier volgt het Besluit zelf.)
Dienvolgends gelast het voorn. Bewind, in naam des Vertegenwoordigenden Lichaams, dat deze zal worden afgekondigd en aangeplakt alömme, waar zulks behoort.'

Ook in de Grondwet van 1814 werd de considerans niet voorgeschreven, maar slechts (nadrukkelijker dan thans) een plaats gewezen. In zijn Schets had Van Hogendorp voorgesteld slechts te bepalen dat afkondiging van wetten plaats vindt 'volgens een vast formulier'.[7] De grondwetscommissie bleek het daarmee eens.[8] De Koning gaf echter te kennen graag te zien 'dat de bewoordingen van het daarbij genoemd formulier geïnsereerd werden'.[9] Een door Elout en Van Maanen geconcipieerd formulier werd vervolgens in artikel 47 van de Grondwet van 1814 opgenomen:[10]

'Wij enz.
Souvereine Vorst der Vereenigde Nederlanden, den Raad van State gehoord, aan alle de genen, die deze zullen zien of hooren lezen, Salut: doen te weten:
Alzoo Wij in overweging genomen hebben, dat enz.'
Hier de beweegredenen in te lasschen.
'Zoo is het dat Wij, met gemeen overleg van de Staten Generaal dezer landen, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze.
Dat enz.'
De inhoud der wet.
'Gegeven enz.'

Sindsdien zijn in het door de Grondwet voorgeschreven wetsformulier slechts kleine, hier niet relevante, veranderingen aangebracht. Volgens additioneel artikel XIX luidt het grondwettelijke wetsformulier thans:

'Wij' enz. 'Koning der Nederlanden', enz.
'Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut!
doen te weten:
Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat' enz.
(De beweegredenen der wet).
'Zo is het, dat Wij, de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze' enz.
(De inhoud der wet).
'Gegeven', enz.

In de praktijk worden aan deze grondwettelijke minimum-formulering nog enkele elementen toegevoegd: een nadere aanduiding van het staatshoofd, inclusief de formule 'bij de gratie Gods', en het slotformulier.[11]

Het voorstel van de regering tijdens de *grondwetsherziening van 1983* om het formulier van afkondiging te deconstitutionaliseren stuitte in de Tweede Kamer aanvankelijk op

7 Colenbrander 1908: 4 en 46.
8 Colenbrander 1908: 111 en 117.
9 Colenbrander 1908: 365.
10 Colenbrander 1908: 420, 427, 439 en 453.
11 Bake 1923: 251-259 en 278-283; Oud 1970: 163-164; Veegens 1977: 233-236; Dubbink 1992: 164-167.

enkele bezwaren. Een van die bezwaren betrof de grondwettelijke vermelding van de considerans:

> 'De leden van de C D A -fractie ( ) achtten ( ) het van groot belang, dat door handhaving van de inhoud van het bestaande artikel 81 gewaarborgd blijft dat bij elk wetsontwerp de beweegreden(en) van indiening worden omschreven ' [12]

De ministers reageerden daar in de memorie van antwoord echter als volgt op:

> 'Een rechtvaardiging (voor handhaving in de Grondwet) vormt evenmin de omstandigheid dat artikel 81 van de huidige Grondwet omtrent het formulier van afkondiging der wetten bepaalt, dat hierin de beweegredenen der wet dienen te worden vermeld Die beweegredenen komen in de considerans slechts zeer beknopt en vaak alleen maar ten dele naar voren Een wezenlijke waarborg kunnen wij in artikel 81 op dit punt dan ook moeilijk zien ' [13]

En daarmee was de discussie gesloten. Zolang echter nog geen nieuwe regeling omtrent het formulier is getroffen,[14] is de deconstitutionalisering niet compleet. Voorlopig eist de Grondwet dus nog dat *'de beweegredenen der wet'* in het formulier vermeld worden.

Volgens het VAR-rapport *Wetgevingstechniek*[15] geeft het meervoud 'beweegredenen' [16] aan, dat eigenlijk een overzicht van de gedachtengang van de wetgever moet worden gegeven. Strikt genomen zou het daarom onvoldoende zijn slechts de reden te noemen, 'waarom men in het algemeen de wettelijke regeling van een zekere materie gewenst acht'.[17] Volgens het rapport[18] zou echter juist dàt de praktijk zijn geworden; aldus ook: Groenendaal,[19] Boon[20] en de zojuist aangehaalde passage uit de memorie van antwoord bij wetsvoorstel 15047. Van 1984 tot eind 1992 werd deze praktijk weerspiegeld in aanwijzing nummer 49 van de 'Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek':[21]

> 'De considerans is het onderdeel van de aanhef waarin de belangrijkste beweegredenen voor een regeling in het kort worden aangegeven '

In eerder onderzoek heb ik zelf geconcludeerd dat de meeste wetsconsideransen zelfs niet meer doen dan de wenselijkheid of noodzakelijkheid van een bepaalde regeling te constateren en een korte samenvatting van de inhoud van de wet te geven. Slechts in enkele gevallen trof ik in een considerans een redenering aan die gezien kon worden als een weergave van de hele motivering van de desbetreffende wet.[22]

12 Kamerstukken II 1978/79, 15047 nr 7, p 13
13 Kamerstukken II 1979/80, 15047 nr 8, p 24
14 Zie daaromtrent de volgende paragraaf
15 *Wetgevingstechniek* 1948 54
16 In de Franse tekst van 1815 tot 1840 *les motifs*
17 *Wetgevingstechniek* 1948 54
18 *Wetgevingstechniek* 1948 58
19 Groenendaal 1956 34
20 Boon 1986 22
21 Vastgesteld 14 februari 1984, Staatscourant 52
22 Waaldijk 1984 410, zie ook paragraaf 5 2 2 1

Vanaf 1993 wordt deze minimale praktijk uitdrukkelijk toegestaan in aanwijzing 118 van de Aanwijzingen voor de regelgeving:

> 'In een considerans worden de strekking van en, indien daartoe aanleiding is, het motief tot de vaststelling van de wet in hoofdzaak kort weergegeven.' (De toelichting bij deze aanwijzing stelt dat het 'vaak (...) voldoende is te vermelden dat het wenselijk is ten aanzien van een bepaald onderwerp een regeling te treffen'.)

Aldus staan de Aanwijzingen voor de regelgeving tegenwoordig zowel niet-naleving als gedeeltelijke naleving van het grondwettelijke vereiste toe. Aan de ongrondwettigheid van beide praktijken doet dat echter niet af.

Volgens het VAR-rapport *Wetgevingstechniek*[23] en volgens Groenendaal[24] zou de considerans gezien de minimale inhoud die daaraan gegeven pleegt te worden, zonder bezwaar kunnen vervallen. Daar wordt de laatste tijd echter ook anders over gedacht.[25]

Hier kan de conclusie zijn dat de grondwettelijke eis meestal *niet*, en slechts bij hoge uitzondering *volledig* wordt nageleefd.

Deze conclusie zou achterwege kunnen blijven, indien Sebus[26] gelijk heeft waar zij schrijft dat de 'Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek' van 1984 de in additioneel artikel XIX bedoelde regeling bevatten.[27] In de volgende paragraaf tracht ik aannemelijk te maken dat de in het additionele artikel bedoelde regeling inderdaad door (bijvoorbeeld) de minister-president getroffen kan worden, maar dat dat — anders dan Sebus en Akkermans menen — tot op heden niet is gebeurd.

4.4.2 Bevoegdheid tot vaststelling van het wetsformulier

Anders dan de additionele artikelen XI, XVII en XXI geeft additioneel artikel XIX niet aan welk orgaan bevoegd is om de regeling van het wetsformulier over te nemen van de grondwetgever. Tijdens de grondwetsherziening van 1983 ging de regering ervan uit dat het aan de wetgever zou zijn om het afkondigingsformulier — als deel van de materie 'bekendmaking' — vast te stellen.[28] Dit standpunt vond instemming bij met name het PvdA-kamerlid Roethof, die het vooral van belang vond dat over de voortzetting van Gods naam in het afkondigingsformulier niet buiten het parlement om beslist zou kunnen worden.[29]

Ook tijdens de behandeling van het voorstel dat tot de Bekendmakingswet heeft geleid, ging de regering er vanuit dat een regeling inzake het wetsformulier bij wet zou moeten worden getroffen. In het nader rapport valt te lezen:

23 *Wetgevingstechniek* 1948: 56.
24 Groenendaal 1956: 34.
25 Sebus 1984: 85-86; Akkermans 1987: 408; Waaldijk 1984: 414-415; Op de eventuele wenselijkheid de considerans te handhaven kom ik terug in de paragrafen 5.2.2 en 9.3.2.1.
26 Sebus 1984: 84.
27 Een opvatting die ook Akkermans 1987: 406 lijkt te onderschrijven.
28 Kamerstukken II 1977/78, 15047 nr. 3, p. 7 en 16.
29 Handelingen II 1979/80, p. 4932.

> 'Vaststelling van een formulier van afkondiging van wetten (...) kan zeker worden gerekend tot de uitvoering van artikel 88 van de Grondwet.' [30]

In de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer maakten de ministers vervolgens melding van de ambtelijke voorbereiding van de vaststelling — bij wet — van het wetsformulier.[31] Ter vermijding van het risico van vertraging bij het nakomen van de wel in additioneel artikel XX, maar niet in additioneel artikel XIX gestelde termijn, heeft de regering er echter van afgezien al direct in het voorstel voor de Bekendmakingswet het oude of een nieuw wetsformulier op te nemen.[32]

Recentelijk bleek de regering minder zeker over de grondslag van het formulier: verwezen werd naar het ooit eens opstellen van een 'wettelijke' regeling van het afkondigingsformulier 'op grond van *additioneel artikel 88*'.[33]

Donner meent dat vaststelling van het formulier 'wel bij de regeling der bekendmaking (zal) moeten geschieden'.[34]

Toch blijkt er in de literatuur geen eensgezindheid te bestaan over de vraag of slechts de (eventueel delegerende) wetgever bevoegd is het te hanteren wetsformulier vast te stellen. Zo heeft Prakke in zijn bewerking van het 'Handboek' de zojuist aangehaalde opvatting van Donner geschrapt.[35] Sebus[36] ging er vanuit dat de door de Minister-President in 1984 vastgestelde 'Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek' in aanwijzing nummer 42 de in additioneel artikel XIX bedoelde regeling van het wetsformulier bevatte. Op de vraag of het treffen van een dergelijke regeling wel tot de bevoegdheid van de minister-president behoort, gaat zij echter niet in. Dat de 'Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek' de in additioneel artikel XIX bedoelde 'regeling' van het wetsformulier zouden kunnen bevatten, is ook de mening van Akkermans: 'Add. art. XIX vraagt immers niet om regeling bij wet in formele zin'.[37]

Volgens mij kan voor de vraag of de minister-president bevoegd is het wetsformulier vast te stellen, niet beslissend zijn dat additioneel artikel XIX die vaststelling niet aan een andere regelgever voorbehoudt. Dat artikel is een overgangsbepaling, en wel van het type dat de inwerkingtreding van het vervallen van een bestaand artikel gedeeltelijk uitstelt. Aan een dergelijk artikel kunnen geen bevoegdheden worden ontleend. De formulering 'totdat daarvoor een regeling is getroffen' kan ook moeilijk als iets anders dan een tijdsaanduiding worden gelezen. En dat er sprake is van 'een regeling' en er niet staat: 'totdat daarvoor bij de wet een voorziening is getroffen',[38] hangt slechts daarmee samen dat in additioneel artikel XIX ook formulieren worden gehandhaafd

30 Kamerstukken II 1985/86, 19583 B, p. 2.
31 Kamerstukken I 1987/88, 19583 nr. 72a.
32 Nader rapport, Kamerstukken II 1985/86, 19583 B, p. 2-3.
33 *Voortvarend wetgeven*, Kabinetsstandpunt naar aanleiding van het advies van de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten over de wetsprocedure, Kamerstukken II 1993/94, 23462 nr. 1, p. 26; mijn cursivering, W.
34 Van der Pot/Donner 1983: 439; in gelijk zin: Kors 1984: 102, Van der Flier 1988: 328, en Riezebos en De Vos 1992: 777.
35 Van der Pot/Donner/Prakke *1989: 517-518.*
36 Sebus 1984: 84.
37 Noot onder Voorzitter Afdeling Rechtspraak Raad van State 15 augustus 1985, *Ars Aequi* 1987: 406.
38 Zoals bijvoorbeeld in additioneel artikel XXI.

waarvan de vaststelling — krachtens artikel 72 van de Grondwet — tot de bevoegdheid van de kamers van de Staten-Generaal behoort.[39] Welke organen bevoegd zijn tot het treffen van de in additioneel artikel XIX bedoelde regelingen, zal vastgesteld moeten worden aan de hand van de staatsrechtelijke regels die de bevoegdheden van die organen — ook ná het verstrijken van de tijdsaanduiding in artikel XIX — beheersen. Zo steunt de (inmiddels uitgeoefende) bevoegdheid van de kamers om de vroeger in de artikelen 123, 124, 127 en 128 vervatte formulieren bij reglement van orde te vervangen op artikel 72 van de Grondwet, en niet op additioneel artikel XIX. Het argument van Akkermans biedt derhalve geen steun voor de opvatting van hem en Sebus. Toch is hun opvatting dat vaststelling van een regeling inzake het wetsformulier niet de exclusieve bevoegdheid van de wetgever is, volgens mij de juiste.

Hierboven bleek dat de regering en diverse schrijvers die exclusiviteit menen af te kunnen leiden uit artikel 88 van de Grondwet. Het is echter nog maar de vraag of het wetsformulier wel tot '*de bekendmaking en de inwerkingtreding van de wetten*' behoort.[40]

Al heet wat ik nu 'wetsformulier' noem, in de Grondwet nog steeds 'formulier van afkondiging' (dat wil zeggen: bekendmakingsformulier), toch is er veel voor te zeggen het formulier als deel van de wet te beschouwen, zoals ik eerder zonder nadere onderbouwing neerschreef.[41]

De in aanwijzing 94 van de Aanwijzingen voor de regelgeving naast elkaar gehanteerde begrippen 'regeling' en 'lichaam van de regeling' bieden steun voor de stelling dat een 'wet' uit meer bestaat dan zijn 'lichaam'. De wijze waarop wetten in het Staatsblad worden afgedrukt wijst ook in die richting: na het opschrift dat met zijn eerste woord ('Wet') aangeeft dat de daaronder afgedrukte tekst een wet is, volgt een tekst die niet begint met artikel 1, maar met het woordje 'Wij' van de aanhef. Ook een aan de Tweede Kamer gezonden voorstel van wet begint met de aanhef en niet met artikel 1.

Groenendaal rekende het formulier (inclusief considerans) tot de wet.[42] Recentelijk heeft Dubbink zich op hetzelfde standpunt gesteld.[43] Ook Sebus rekent aanhef, considerans en slotformulier kennelijk tot de wet, want zij behandelt hen in een hoofdstuk getiteld 'Opbouw en indeling van de wet'.[44]

Oud daarentegen was van mening dat het formulier van afkondiging géén deel uitmaakt van de wet.[45] Deze mening wordt gedeeld door Boon.[46]

In de eerste plaats baseerde Oud zijn opvatting op de formulering van het formulier.[47] Men kan dat formulier inderdaad lezen als een tekst waarin de Koning

39 Donner 1984: 277.
40 Waaldijk 1984: 407.
41 Waaldijk 1987a: 6.
42 Groenendaal 1956: 29.
43 Dubbink 1992: 166.
44 Sebus 1984: 83-87.
45 Oud 1970: 92-93, 125 en 163; zie ook Colenbrander 1908: 111 en 117.
46 Boon 1986: 22.
47 Oud 1970: 92-93; zie ook F.H. van der Burg 1993:82-83.

bekend maakt, dat hij 'met gemeen overleg der Staten-Generaal' iets (namelijk een wetsvoorstel) heeft 'goedgevonden en verstaan' (dat wil zeggen: heeft bekrachtigd), dat hij iets (namelijk de aldus ontstane wet) nog steeds goed vindt en verstaat (dat wil zeggen: meent dat de wet moet worden afgekondigd) en dat hij opdracht geeft ('lasten en bevelen') de wet in het Staatsblad te zetten en uit te voeren.

In de tweede plaats baseerde Oud zijn stelling dat het wetsformulier van de regering en niet van de wetgever uitgaat, op het feit dat, indien sinds de indiening van een inmiddels aangenomen wetsvoorstel een regentschap was begonnen of geëindigd, het formulier van dat wetsvoorstel zonder gemeen overleg met de kamers pleegt te worden aangepast.[48] De praktijk om wetsvoorstellen al bij aanbieding aan het parlement in het afkondigingsformulier te gieten, en de daaruit voortvloeiende mogelijkheid voor de Tweede Kamer om (althans de niet letterlijk door de Grondwet voorgeschreven) onderdelen van het formulier (waaronder de considerans) te amenderen, achtte Oud dan ook onjuist.[49] Volgens hem zou de considerans 'strikt genomen' zonder de medewerking van de Staten-Generaal moeten worden vastgesteld.[50] Volgens Boon draagt de parlementaire behandeling van de considerans bij aan het (volgens mij nauwelijks bestaande) misverstand dat de considerans een belangrijke formule met rechtskracht zou zijn.[51]

Van de twee argumenten van Oud kan het tweede zeker niet zwaar wegen, nu de laatste alinea van het oude artikel 81 van de Grondwet gezien kan worden als een machtiging aan de regering om desnoods ook het formulier van een al aangenomen (maar nog niet afgekondigde) wet aan te passen aan de realiteit van bijvoorbeeld een regentschap. Zijn eerste argument (de grammaticale interpretatie van het voorgeschreven formulier) acht ik ook niet beslissend. En wel om de volgende redenen:

— In de eerste plaats ligt het niet voor de hand zoveel betekenis toe te kennen aan de letter van een formulier dat stamt uit een tijd dat de gelijkwaardigheid van regering en parlement ter zake van de vaststelling van wetten nog niet geheel was uitgekristalliseerd (zoals ook duidelijk uit de andere aanvankelijk door additioneel artikel XIX gehandhaafde formulieren blijkt). De Block noemt enkele andere symptomen van 'de theorie, die den Koning als den wetgever beschouwt'.[52]
— In de tweede plaats levert een grammaticale interpretatie van het formulier geen ondubbelzinnig resultaat op: enerzijds verschijnen de beweegredenen als de overwegingen van de Koning om tot bekrachtiging en afkondiging over te gaan, anderzijds is er sprake van 'de beweegredenen der wet'. Dat laatste kan men moeilijk anders lezen dan als 'de beweegredenen van de wetgever'; aldus impliciet ook het VAR-rapport *Wetgevingstechniek*.[53] In het afkondigingsformulier van de Staatsregeling van 1798[54] werd duidelijker aangegeven dat het ging om de door het

48 Oud 1970: 125.
49 Oud 1970: 92 en 125.
50 Oud 1970: 124-125.
51 Boon 1986: 22.
52 De Block 1935: 490 en 492.
53 *Wetgevingstechniek* 1948: 55.
54 Hierboven in paragraaf 4.4.1 weergegeven.

wetgevende orgaan (het Vertegenwoordigend Lichaam) in overweging genomen gronden, en niet om overwegingen van het afkondigende orgaan (het Uitvoerend Bewind). De dubbelzinnige formulering van het huidige wetsformulier valt toe te schrijven aan de verwarrende grondwetten van 1814 en 1815 waarin de 'uitvoerende' macht tot deel van de 'wetgevende' macht werd gemaakt.[55]

— In de derde plaats doet de praktijk het, zoals Oud ook toegeeft,[56] anders dan de letter van het formulier suggereert. De in de aanhef opgenomen considerans maakt in de Tweede Kamer apart onderwerp van beraadslaging, amendering en stemming uit. Op die praktijk[57] baseert Boas[58] zijn conclusie dat de considerans een onderdeel van een (voorstel van) wet is. In de literatuur is die praktijk, voor zover ik weet, slechts door Oud en Boon (zie boven) gekritiseerd.[59]

— Tenslotte, maar dat kon Oud nog niet voor de voeten worden geworpen, heeft het grondwetsvoorschrift dat het formulier verlangt zijn betekenis als hogere regeling voor de toekomst verloren. Aan het feit dat het oude wetsformulier de indruk wekt uit te gaan van de Koning in plaats van de wetgever, kan geen dwingend argument worden ontleend omtrent het auteurschap van een nieuw wetsformulier.

Ik meen te mogen concluderen dat wat ooit als een formulier ter *bekendmaking* van wetten gedacht is,[60] tegenwoordig vooral een formulier ter *vormgeving* van wetten is.[61] Dat het als zodanig wat ongelukkig geformuleerd is, is een ander verhaal.[62]

Slechts één onderdeel van het gehanteerde wetsformulier betreft tevens de bekendmaking: dat gedeelte van het slotformulier waarin plaatsing in het Staatsblad wordt gelast en bevolen.[63] Dit gedeelte maakt echter geen deel uit van het 'formulier van afkondiging, vastgesteld bij artikel 81', en is dus ook niet gehandhaafd door additioneel artikel XIX. In de praktijk wordt het nog wel steeds gebruikt.[64] Dat dat mede gezien de Bekendmakingswet zinloos is, heeft Dubbink overtuigend aangetoond.[65] Het kabinet hecht echter enige 'waarde aan het argument dat het slot-

55 Vergelijk Winkel 1992: 827.
56 Oud 1970: 92 en 125.
57 Verankerd in de artikelen 101, 102 en 103 van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer, versie 1993.
58 Boas 1979: 933.
59 Daarbij ga ik gemakshalve voorbij aan de bewering van Kortmann (1990: 97) dat een wetsvoorstel zou bestaan uit 'een considerans (...), de wettekst (...) en een memorie van toelichting'.
60 Colenbrander 1908: 46, 111 en 117.
61 Dubbink 1992: 164; aldus impliciet ook Akkermans 1987: 407.
62 Zie Veegens 1977: 233-236 en verder paragraaf 9.3.2.1
63 De 'eigenlijke last tot afkondiging' volgens Oud 1970: 164.
64 Zie aanwijzing 193 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.
65 Dubbink 1992: 167 met reactie van Winkel 1992: 827-828; zie ook Sebus 1984: 87, alsmede het ingetrokken amendement-Jurgens tot schrapping van het slotformulier van de voorgestelde Wet computercriminaliteit, Kamerstukken II 1991/92, 21551 nr. 24, Handelingen II 1991/92, p. 5835-5836 en 5837.

formulier van betekenis is voor de herkenbaarheid van een wet. Het is als het ware onderdeel van het beeldmerk van een wet'.[66]

Aldus wordt de vaststelling van teksten ter vervanging van de door additioneel artikel XIX gehandhaafde delen van het wetsformulier niet bestreken door de grondwettelijke opdracht om 'de bekendmaking' bij of krachtens de wet te regelen (artikel 88). Ook andere grondwetsartikelen bestempelen het wetsformulier niet tot iets wat de wetgever moet regelen. Sterker nog: de Grondwet schrijft niet eens voor dàt er een wetsformulier moet zijn. Zodra additioneel artikel XIX uitgewerkt is, bevat de Grondwet nog slechts één bepaling over de vormgeving van wetten: 'De vaststelling van wetten geschiedt door de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk.' (artikel 81).

Daarom terug naar de vraag, *welk orgaan* de regeling kan treffen waardoor artikel XIX voor wat betreft het wetsformulier uitgewerkt raakt. Als we afzien van de weinig voor de hand liggende mogelijkheid om dit onderwerp bij rijkswet te regelen, dan is de grondwetgever het meest in aanmerking komende orgaan. De *grondwetgever* is immers het enige orgaan dat de wetgever juridisch kan binden . De grondwetgever heeft echter in 1983 in additioneel artikel XIX te kennen gegeven dat zij de regeling van het wetsformulier over wil laten aan lagere organen. Bij algemeen verbindend voorschrift zal een dergelijke regeling dus niet kunnen worden getroffen. Geen enkel ander landsorgaan in Nederland kan immers de wetgever juridisch binden.

De in artikel XIX bedoelde regeling zal dus een pseudowettelijk karakter moeten hebben. Nu het om beleidsregels inzake de uitoefening van een door de Grondwet toegekende bevoegdheid zal gaan, is de term 'pseudo-grondwetgeving' waarschijnlijk beter.[67]

De *wetgever* zou bekend kunnen maken dat hij wetten voortaan op een bepaalde manier vorm zal geven. Een rechtstreekse binding van de wetgever zal daar niet het gevolg van zijn.[68] Ik heb er al eerder op gewezen dat dit de nieuwe en vreemde figuur van pseudowetgeving-door-de-wetgever-in-formele-zin zou opleveren.[69] Mijn opvatting is daarna door Akkermans als 'merkwaardig' gekwalificeerd.[70] Op zijn ter onderbouwing van die kwalificatie aangevoerde kennelijk als retorisch bedoelde vraag 'Waarom zou de wetgever (...) zich niet kunnen binden?' geef ik uitvoerig antwoord in paragraaf 6.1.

Ter vermijding van de vreemde figuur van pseudowetgeving-door-de-wetgever, zou de in artikel XIX bedoelde pseudo-grondwettelijke regeling ook getroffen kunnen worden door een van de samenstellende organen van de wetgever. De *regering* zou haar beleid inzake de vormgeving van wetten bekend kunnen maken bij algemene maatregel van bestuur of bij klein koninklijk besluit. Ook dan ontstaat echter de vreemde figuur

66 *Voortvarend wetgeven*, Kabinetsstandpunt naar aanleiding van het advies van de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten over de wetsprocedure, Kamerstukken II 1993/94, 23462 nr. 1, p. 26.

67 Zie paragraaf 6.3.3.

68 Zie paragraaf 6.1.

69 Waaldijk 1984: 407.

70 Akkermans 1987: 407.

van pseudowetgeving door een orgaan dat over het algemeen slechts algemeen verbindende voorschriften vaststelt.

Minder verwarrend wat dat betreft, maar wel geheel nieuw, zou een (pseudo-grondwettelijke) regeling vastgesteld door *de Staten-Generaal* zijn.

Meer voor de hand ligt het om een regeling te laten treffen door die deelorganen van de regering die wel vaker beleidsregels vaststellen: de ministers. De gangbare vorm voor pseudo-grondwetgeving inzake wetgevingsaangelegenheden zijn 'aanwijzingen voor de rijksdienst', die worden vastgesteld door de *minister-president* 'handelende in overeenstemming met het gevoelen van de Raad van Ministers'. Sebus[71] blijkt en Akkermans[72] lijkt te menen dat de Minister-President in de 'Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek' van 1984 al een dergelijke regeling inzake het wetsformulier getroffen had. Dat is volgens mij echter moeilijk vol te houden, nu in de bedoelde aanwijzing nummer 42 niet méér stond dan een herinnering aan het sinds 1815 voorgeschreven wetsformulier plus de gebruikelijke toevoegingen.[73] Van een bedoeling van de minister-president (en de ministerraad) om daarmee de in additioneel artikel XIX genoemde regeling te treffen blijkt in het geheel niet. Integendeel: ministers hebben steeds verklaard dat het nieuwe formulier bij wet zal (moeten) worden vastgesteld.[74] Aan de opschortende voorwaarde voor het vervallen van het oude grondwetsvoorschrift inzake het wetsformulier is dus nog steeds niet voldaan.

Tenslotte is denkbaar dat de Tweede (of zelfs de Eerste) *Kamer* in haar Reglement van Orde meer bepalingen inzake de vormgeving van wetten gaat opnemen dan thans reeds het geval is.[75]

Kortom: de wetgever, de regering, de Staten-Generaal, de minister-president, de Tweede Kamer, en de Eerste Kamer zijn elk bevoegd om de in additioneel artikel XIX bedoelde pseudo-grondwettelijke regeling inzake het wetsformulier te treffen, en daarmee om een uitspraak te doen over de handhaving van de considerans. Een dergelijke regeling (die ook de vorm zou kunnen hebben van een afspraak tussen deelorganen van de wetgever) zal de wetgever juridisch echter niet binden.[76]

Zodra de in artikel XIX bedoelde regeling tot stand is gebracht, kan zij ook weer worden ingetrokken. Door een dergelijke intrekking herleeft het voorschrift van artikel XIX niet.

Wanneer de regeling de considerans zou 'afschaffen', dan belet niets de wetgever om af en toe toch een considerans in een wet op te nemen.[77] Omgekeerd zou de wetgever zelfs wanneer de (Bekendmakings-) wet altijd een considerans zou 'eisen', het opnemen van een considerans achterwege mogen laten.[78] Opneming of verwijdering van de considerans zal in de toekomst uiteraard ook bij amendement kunnen geschieden. Zover

71 Sebus 1984: 84.
72 Akkermans 1987: 406.
73 Datzelfde geldt voor de huidige aanwijzing 109 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.
74 Zie het begin van deze paragraaf.
75 Artikel 106 van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer, versie 1993.
76 Zie paragraaf 6.1.
77 In gelijke zin: Akkermans 1987: 406.
78 Anders: Akkermans 1987: 407.

is het echter nog niet. Vooralsnog verplicht de Grondwet tot het in de aanhef van een wet vermelden van 'de beweegredenen der wet'.

4.4.3 Rechterlijke toetsing aan considerans-voorschrift

Eén van de consequenties van de in de voorgaande paragraaf verdedigde stelling dat het wetsformulier deel uitmaakt van de wet, is dat de rechter niet mag treden in de beoordeling van de grondwettigheid van het formulier of van de daarin vervatte consideransen.[79] Bij de rechter kan men zich dus niet beklagen over het feit dat in de considerans van een wet *de* beweegredenen meestal niet te vinden zijn, hoewel additioneel artikel XIX van de Grondwet dat nog steeds voorschrijft.

Indien men echter — met Oud — meent dat de considerans géén deel uitmaakt van de wet,[80] dan zou de rechter wel bevoegd zijn om een gebrekkige considerans te toetsen aan het nog steeds bestaande grondwettelijke voorschrift. Beoordeling van de grondwettigheid van de *bekendmaking* van wetten valt immers buiten het bereik van artikel 120 van de Grondwet, dat slechts van de grondwettigheid van 'wetten' spreekt.[81]

Wanneer het formulier van additioneel artikel XIX vervangen zal zijn door 'een regeling', zal artikel 120 van de Grondwet niet meer aan rechterlijke toetsing in de weg staan. In de vorige paragraaf is echter gebleken dat een dergelijke regeling de wetgever niet zal binden. Dus ook dan blijft directe toetsing door de rechter aan een eventueel voorschrift inzake (de minimale inhoud van) de considerans onmogelijk. En zelfs indien een rechter bereid zou zijn om wetten te toetsen aan ongeschreven rechtsbeginselen, zal zich niet snel een situatie voordoen waarin die rechter een wet via het rechtszekerheidsbeginsel zal willen toetsen aan het door de wetgever in de genoemde 'regeling' bekend gemaakte 'beleid' inzake consideransen.[82]

79 Artikel 120 van de Grondwet.
80 Zie de voorgaande paragraaf.
81 Zie paragraaf 4.5.2.
82 Zie de paragrafen 6.3.3 en 6.4.1.

4.5 Toetsing

4.5.1 Vormen van toetsing

Toetsing zou ik willen omschrijven als het met een hogere norm vergelijken van een norm of handeling, en het bij geconstateerde onverenigbaarheid vervolgens laten prevaleren van die hogere norm. Niet-bindende beoordeling van handelingen[1] valt buiten deze definitie.

Toetsing inzake wetgeving kent vele vormen. Het gaat bij die vormen om verschillende combinaties van antwoorden op de vragen:

— Wie toetst — burgers, bestuursorganen, nationale rechters, internationale rechters, wetgevende organen zelf?
— Wat wordt getoetst — de wetgevingsprocedure, de voor- of vastgestelde wet, de interpretatie van een wet, de toepassing van een wet?
— Waaraan wordt getoetst — direct werkende bepalingen van verdragen of van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, niet-direct-werkende bepalingen daarvan, Statuut, Grondwet, fundamentele rechtsbeginselen, andere beginselen?

De Grondwet kan drie verschillende posities innemen ten aanzien van de diverse vormen van toetsing: zij kan ertoe verplichten (bijvoorbeeld artikel 94), zij kan bepaalde vormen van toetsing verbieden (bijvoorbeeld artikel 120), en zij kan toetsing ongeregeld laten (zoals bijvoorbeeld het geval is met bestuurlijke toetsing van wetstoepassing aan rechtsbeginselen). Bij de derde positie zal zich dan steeds de vraag voordoen of de betrokken vorm van toetsing vanzelfsprekend is, ondenkbaar is, of dat het punt werkelijk onbeslist is.

Niet alle vormen van toetsing inzake wetgeving bespreek ik hier. Ik beperk mij tot die vormen van toetsing die van belang zijn voor grondwettelijke motiveringsplichten. Uit toetsingsplichten kunnen namelijk motiveringsplichten worden afgeleid: het tot toetsen verplichte orgaan kan verplicht worden geacht te motiveren waarom bepaalde wetgeving niet in strijd is met datgene waaraan het wetgeving behoort te toetsen. Deze gedachte werk ik nader, en concreter, uit in paragraaf 4.5.4.4. Daartoe is het eerst nodig de uit de Grondwet voortvloeiende toetsingsplichten te inventariseren.

In deze studie naar motiveringsplichten van de wetgever, gaat het mij uiteraard vooral om de toetsingsplichten van de *wetgevende organen* (zie paragraaf 4.5.4). Enkele van deze plichten worden echter versterkt door achtergrond, inhoud en toepassing van de grondwettelijke bepalingen inzake toetsing door andere organen. Over *rechterlijke* toetsing kan ik hier overigens kort zijn. Voor zover zij door de Grondwet wordt toegelaten en door de rechters ook werkelijk wordt uitgeoefend (zie paragraaf 4.5.2), doet zij niet af aan de toetsingsplichten van de wetgevende organen zelf. Rechterlijke toetsing is namelijk incidenteel van karakter. Dat laatste kan ook gezegd worden van *bestuurlijke* toetsing, waar de Grondwet weinig over zegt (zie paragraaf 4.5.3).

1 Bijvoorbeeld door adviesinstanties, zie paragraaf 4.1.5; of door rechters in overwegingen ten overvloede, zie paragraaf 4.5.4.4.

4.5.2 Rechterlijke toetsing

4.5.2.1 Toetsing van wetten, wetsvoorstellen en wetgevingsprocedures

Artikel 120 verbiedt de rechter wetten te toetsen aan de *Grondwet*. Toetsing *aan* wat anders wordt in dit artikel niet verboden.

Toetsing aan bepaalde categorieën *internationaal recht* wordt verplicht gesteld in artikel 94. Wettelijke voorschriften blijven buiten toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een één ieder verbindende bepaling van een verdrag of van een besluit van een volkenrechtelijke organisatie.

Het artikel spreekt slechts van de toetsing van de *toepassing* van wettelijke voorschriften. Toetsing van die *voorschriften* zelf was volgens de regering echter vanzelfsprekend.[2] Kapteyn[3] en Kortmann[4] daarentegen menen dat artikel 94 niet voorschrijft dat ook de nationale regel wordt getoetst. Volgens Kortmann staat artikel 94 slechts 'niet aan toetsing van de regel in de weg'.[5] Andere schrijvers hebben echter aannemelijk gemaakt dat toetsing van de toepassing veelal toetsing van de toegepaste regel nodig maakt of impliceert.[6] Het lijkt daarom verantwoord artikel 94 als volgt te interpreteren: voor zover toetsing van een wettelijk voorschrift nodig is voor de volledige toetsing van de toepassing van dat voorschrift, is de rechter ook tot eerstgenoemde toetsing grondwettelijk verplicht.

Artikel 94 spreekt niet over de toetsing van niet een ieder verbindende bepalingen van geschreven internationaal recht. Ook toetsing aan *ongeschreven internationaal recht* valt buiten de opdracht van artikel 94.[7]

Toetsing aan *nationaal ongeschreven recht* wordt in de Grondwet niet geregeld. Artikel 120 van de Grondwet spreekt, anders dan de oude bepaling inzake de onschendbaarheid van wetten, slechts over 'grondwettigheid'. Dat wetten ook niet getoetst zouden mogen worden aan andere bovenwettelijke normen (zoals fundamentele rechtsbeginselen) valt in de tekst van het artikel niet te lezen.[8]

Over de toetsing van wetten aan beginselen bestaat sinds 1989 jurisprudentie van twee hoogste rechters.

In het *Harmonisatiewet*-arrest heeft de Hoge Raad voorop gesteld dat de nieuwe formulering van het toetsingsverbod (artikel 120 Grondwet) de vraag oproept 'of de rechter de wet wèl mag toetsen aan andere dan grondwettelijke normen, met name aan fundamentele rechtsbeginselen'.[9] Onder erkenning van het toenemende gewicht van de

2 Kamerstukken II 1979/80, 15049 nr. 7, p. 19.
3 Kapteyn 1987: 124.
4 Kortmann 1987: 278.
5 Kortmann 1987: 278; aldus ook Boekhorst 1992: 883.
6 Jeukens in zijn noot onder Afdeling Rechtspraak 31 juli 1979, *Ars Aequi* 1980: 189; F.H. van der Burg 1983: 25-26; Stroink 1987: 34, 42, 47 en 51.
7 Hoge Raad 6 maart 1959, NJ 1962, 2; Kamerstukken I 1980/81, 15049 nr. 19, p. 2; Van Soest 1985: 175; Kortmann 1987: 278; en kritisch: Alkema 1984: 324.
8 Aldus onder meer Heringa en Zwart 1991: 231; Alkema 1985: 17; Van der Vlies 1991: 191; Van der Meulen 1989: 65.
9 Hoge Raad 14 april 1989, NJ 469, overweging 3.3.

argumenten die voor een bevestigend antwoord pleiten, beantwoordde de Hoge Raad deze vraag (vooralsnog) ontkennend.[10] De Hoge Raad laat de mogelijkheid open om (bij een verdere toename van het gewicht van de argumenten vóór, of bij het ontstaan van overeenstemming 'in brede kring') over enkele jaren alsnog een dergelijke toetsing te aanvaarden.[11]

Onder verwijzing naar het *Harmonisatiewet*-arrest heeft de Centrale Raad van Beroep zich [12] bij het standpunt van de Hoge Raad aangesloten.

Niet alleen vastgestelde, ook *voorgestelde wetten* zijn onttrokken aan rechterlijke grondwettigheidstoetsing.[13]

Volgens oude jurisprudentie heeft het toetsingsverbod ook betrekking op de vraag of bij de vaststelling van een wet de grondwettelijk voorgeschreven *procedure* is gevolgd.[14] Deze jurisprudentie is instemmend (en parlementair onweersproken) aangehaald in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat tot het huidige artikel 120 heeft geleid.[15]

Toch is niet iedere rechterlijke grondwettigheidstoetsing van onderdelen van de wetgevingsprocedure uitgesloten. In ieder geval is de rechter tot op zekere hoogte bevoegd de vraag te beantwoorden of iets, door aanneming en bekrachtiging in de zin van artikel 87 van de Grondwet, tot wet is geworden.[16]

In de tweede plaats is de rechter soms bevoegd te oordelen over de weigering van de deelorganen van de wetgever om een wet vast te stellen.[17]

In de derde plaats is het denkbaar de rechter een uitspraak te ontlokken over de grondwettigheid van bepaalde onderdelen van een wetgevingsprocedure zonder daarin de grondwettigheid en verbindendheid van de voor- of vastgestelde wet zelf te betrekken.[18] Een duidelijk voorbeeld daarvan biedt de door Beers[19] onderkende mogelijkheid om door middel van een beroep op de administratieve rechter naleving van

10 Hoge Raad 14 april 1989, NJ 469, overweging 3.6.

11 Heringa in zijn noot onder het arrest in *NJCM-bulletin* 1989: 588 en M. Scheltema in zijn noot in NJ 1989, 469.

12 Centrale Raad van Beroep 6 juli 1989, *Tijdschrift voor Ambtenarenrecht* 201.

13 President Rechtbank Rotterdam 29 januari 1986, *Kort Geding* 154; Rechtbank Den Haag 13 mei 1987, omroeporganisaties tegen de Staat, rolnummer 85/6026, ongepubliceerd; President Rechtbank Haarlem 19 december 1988, *Kort Geding* 1989, 68; President Rechtbank Den Haag 19 september 1990, *Kort Geding* 321; Van Buuren 1987a: 57.

14 Hoge Raad 25 november 1912, *Weekblad van het Recht* 9419; Hoge Raad 27 januari 1961, NJ 1963, 248.

15 Kamerstukken II 1979/80, 16162 nr. 3, p. 20; zie echter ook President Rechtbank Haarlem 19 december 1988, *Kort Geding* 1989, 68, waarin de rechter 'in extreme omstandigheden die zich hier niet voordoen' wel bevoegd geacht wordt om 'reeds gaande een wetgevingsprocedure, de wijze van tot stand komen van een wet aan (...) het zorgvuldigheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, te toetsen', overweging 3.9.

16 Zie Hoge Raad 27 januari 1961, NJ 1963, 248.

17 Zie Hoge Raad 9 juni 1989, NJ 718, en Hoge Raad 19 februari 1993, AB 305.

18 Vergelijk Vucsán 1993: 2267.

19 Beers 1990: 388.

artikel 68 van de Grondwet af te dwingen.[20] Ook een vordering wegens schending van bijvoorbeeld artikel 66 of 80 van de Grondwet[21] is denkbaar. Het is echter bepaald niet zeker dat de rechter zich bevoegd zal achten.[22] De drie genoemde voorschriften inzake het verstrekken van inlichtingen en het betrachten van openbaarheid hebben gemeen, dat zij niet rechtstreeks betrekking hebben op de vaststelling van wetten door indiening, aanneming en bekrachtiging van wetsvoorstellen.[23] Er is dus geen reden om rechterlijke grondwettigheidstoetsing van het uitblijven van inlichtingen of openbaarheid ten aanzien van een wetsvoorstel begrepen te achten onder de woorden van artikel 120: 'de beoordeling van de grondwettigheid van *wetten*'. Om dezelfde reden zal een rechterlijke uitspraak op basis van artikel 66, 68 of 80 van de Grondwet geen verbod ten aanzien van indiening, aanneming of bekrachtiging van een wetsvoorstel mogen inhouden, en al helemaal niets inzake de verbindendheid van de eenmaal vastgestelde wet. Een bevel om de verlangde informatie te verstrekken of te openbaren lijkt niet uitgesloten, en een declaratoire uitspraak of een veroordeling tot vergoeding van eventuele schade evenmin.[24]

4.5.2.2 Toetsing van wetstoepassing en wetsinterpretatie

Artikel 120 verbiedt de rechter *wetten* te toetsen aan de Grondwet. Toetsing *van* wat anders wordt in het artikel niet verboden.

In de vorige paragraaf bleek al dat volgens artikel 94 *wetstoepassing* steeds getoetst zal moeten worden aan de in dat artikel bedoelde categorieën van internationaal recht.

Dat wetstoepassing (lagere regelgeving, beschikkingen, enzovoort), behoudens het in artikel 140 van de Grondwet bedoelde geval, getoetst mag en moet worden aan de Grondwet en aan ongeschreven recht is onomstreden, tenzij het gaat om 'gebonden' wetstoepassing.

Toetsing van wetstoepassing aan de Grondwet is, volgens de regering, niet toegestaan, indien het om door de wet dwingend voorgeschreven wetstoepassing gaat.[25]

Toetsing van dwingend voorgeschreven wetstoepassing aan fundamentele rechtsbeginselen wordt in de rechtspraak in bepaalde omstandigheden echter wel aanvaard: de zogenaamde *contra-legem-jurisprudentie*.[26] In het zojuist behandelde *Harmonisatiewet*-arrest[27] heeft de Hoge Raad een nadere afbakening gegeven van deze jurisprudentie. Volgens de Hoge Raad mag de rechter slechts besluiten tot 'het in bepaalde (groepen

20 Zie paragraaf 4.1.4.
21 Zie de paragrafen 4.3.2.1 en 4.1.5.3.
22 Vergelijk: Hoge Raad 26 maart 1971, AB 135, *verkiezingsafspraak Elsloo*; President Rechtbank Den Haag 19 september 1990, *Kort Geding* 321.
23 Zie paragraaf 1.2.2.
24 Zie paragraaf 6.4.1.
25 Zie Kamerstukken II 1976/77, 13872 nr. 7, p. 9; Kamerstukken I 1976/77, 13872/13873 nr. 55b, p. 15-16.
26 Zie onder meer Centrale Raad van Beroep 18 februari 1975, AB 243; Hoge Raad 12 april 1978, NJ 1979, 533.
27 Hoge Raad 14 april 1989, NJ 469.

van) gevallen buiten toepassing laten van een wetsbepaling' indien 'toepassing van die bepaling in verband met daarin niet verdisconteerde omstandigheden (in de regel: de wijze waarop de overheid is opgetreden) in strijd zou komen met een fundamenteel rechtsbeginsel'.[28] Wat de rechter volgens de Hoge Raad dus niet mag doen, is 'het wegens zulk een strijd buiten toepassing laten van een wetsbepaling op grond van omstandigheden welke bij haar totstandkomen in de afweging zijn betrokken, dus in gevallen waarvoor zij nu juist is geschreven', want dat 'ontneemt (...) aan die bepaling haar verbindende kracht en is de rechter ingevolge art. 120 Gr.w. verboden'.[29]

Via de omweg van de fundamentele rechtsbeginselen zou dwingend voorgeschreven wetstoepassing ook getoetst kunnen worden aan in de Grondwet opgenomen rechtsbeginselen[30] zeker 'indien het door de grondwetsbepaling beschermde belang niet is meegewogen bij de totstandkoming van de betrokken formele wet'.[31]

Naast deze al dan niet reeds door de rechter toegepaste contra-legem-redeneringen, is natuurlijk ook toetsing aan Grondwet of ongeschreven recht mogelijk van de *interpretatie* van wetten. Dan spreekt men wel van grondwetsconforme of beginselconforme interpretatie.[32] Tijdens de grondwetsherziening van 1983 werd zulks toelaatbaar geacht.[33]

4.5.3 Bestuurlijke toetsing

Artikel 120 verbiedt de *rechter* wetten te toetsen aan de Grondwet. Toetsing *door anderen* wordt in het artikel niet verboden.

Volgens de ministers echter geldt 'de algemene norm die in deze bepaling is vervat', eveneens voor de *administratieve beroepsorganen*.[34] Diverse schrijvers gaan echter aanzienlijk verder, door aan te nemen dat het verbod ook voor het gehele *bestuur* geldt.[35] In die ruime zin werd ook de van 1848 tot 1983 geldende formulering ('wetten zijn onschendbaar') begrepen.[36]

Heringa en Zwart hebben echter ooit gesuggereerd dat de beperkter formulering van 1983 de mogelijkheid biedt 'dat de positie van de centrale wetgever, als enige instantie die de grondwettigheid van een wet mag beoordelen, wordt aangetast'.[37] Hoewel zij die suggestie later weer uit hun grondwetscommentaar hebben geschrapt,[38] zou ik mij er toch bij willen aansluiten. De tekst en hoofdstukindeling van de herziene Grondwet

28 Hoge Raad 14 april 1989, NJ 469, overweging 3.9.
29 Hoge Raad 14 april 1989, NJ 469, overweging 3.9.
30 Kortmann 1987: 334-335.
31 Hirsch Ballin in zijn noot onder Hoge Raad 14 april 1989, *Ars Aequi* 1989: 591.
32 Van Maarseveen 1966: 260; Prakke 1972: 69.
33 Kamerstukken I 1976/77, 13872/13873 nr. 55b, p. 16; Handelingen I 1978/79, p. 1162; zie ook p. 1202.
34 Kamerstukken II 1979/80, 16162 nr. 3, p. 24.
35 Kortmann 1987: 333; Bax 1992: 1054; Hirsch Ballin in zijn noot onder Hoge Raad 14 april 1989, *Ars Aequi* 1989: 583.
36 Zie Jeukens 1963: 4; Oud 1970: 11-12.
37 Heringa en Zwart 1983: 125.
38 Heringa en Zwart 1991: 231.

geven immers geen enkele — en de parlementaire geschiedenis van artikel 120 slechts zeer beperkte — steun voor de aanname van een verbod van bestuurlijke grondwettigheidstoetsing van wetten. De gebondenheid van het bestuur aan de Grondwet is niet geringer dan die aan gewone wetten.

Daarbij moet men wel bedenken dat de mogelijkheden voor zulke bestuurlijke toetsing natuurlijk beperkt worden door het beroep dat belanghebbenden kunnen doen op de rechter, die alsdan aan de wet uitvoering zal moeten geven ongeacht beweerde ongrondwettigheid. Wanneer echter de belanghebbenden en de betrokken overheidsorganen (niet zijnde beroepsorganen) het er over eens zijn dat de wet in strijd is met de Grondwet, dan kunnen die overheidsorganen mijns inziens die wet buiten toepassing laten zonder dat zij daardoor in strijd komen met artikel 120. Anders dan Hirsch Ballin in zijn net genoemde noot,[39] ben ik dan ook van mening dat de Minister van Onderwijs en Wetenschappen *wel* mocht toezeggen dat hij de omstreden bepalingen van de zogenaamde Harmonisatiewet ook na de uitspraak van de Hoge Raad van 14 april 1989 buiten toepassing zou laten.

In dat geval ging het overigens niet om bepalingen die in strijd werden geacht met de Grondwet, maar om bepalingen die in strijd werden geoordeeld met een fundamenteel rechtsbeginsel. Ook de bevoegdheid van het bestuur om een wet of de toepassing daarvan aan ongeschreven recht te toetsen wordt slechts begrensd door de — lang niet altijd aanwezige — mogelijkheid dat belanghebbenden in rechte toepassing van de door artikel 120 beschermde wet verlangen.

Bestuurlijke toetsing aan een ieder verbindende bepalingen van geschreven internationaal recht wordt in artikel 94 voorgeschreven.[40]

4.5.4 Toetsing door regering en parlement

4.5.4.1 Toetsing aan internationaal recht

In de voorgaande paragrafen is gebleken dat rechterlijke en bestuurlijke toetsing van wetgeving aan internationaal recht slechts in beperkte mate wordt aanvaard. De rechter zou wetten slechts mogen toetsen aan bepaalde vormen van geschreven internationaal recht. Bovendien komt het uiteraard alleen tot een dergelijke toetsing indien daarover geprocedeerd wordt. Om beide redenen is het van belang dat een meer volledige toetsing wordt verricht door andere organen, met name ook door regering en parlement. Het is zelfs de primaire verantwoordelijkheid van de wetgever om ervoor te zorgen dat wetten in overeenstemming zijn met het internationale recht.[1]

De verplichting van regering en parlement elk wetsvoorstel (en elke bestaande wet) te toetsen aan alle internationaal recht kan ook afgeleid worden uit diverse grondwetsbepalingen.

39 In *Ars Aequi* 1989: 583-584.
40 Kortmann 1990: 196; Boekhorst 1992: 884.
1 Zie Heringa en Zwart 1990: 631.

De verbindende kracht van niet-rechtstreeks werkende verdragsbepalingen wordt niet met zoveel woorden door de Nederlandse Grondwet voorgeschreven.[2] Hun binding is echter vanzelfsprekend.[3] Binnen de Nederlandse rechtsorde hebben verdragen zowel rechtskracht,[4] als interne werking,[5] als ook voorrang.[6] Deze drie aspecten van de verbindende kracht van verdragen kan men verondersteld achten in de woorden van het eerste lid van artikel 91: 'Het Koninkrijk wordt (...) gebonden'.

Tijdens de grondwetsherziening werd vanuit PvdA en D'66 in het voorlopig verslag een opmerking gemaakt bij de woorden 'verbindende kracht' in de voor artikel 93 voorgestelde tekst:

> 'Niet bedoeld kan toch immers zijn dat alleen rechtstreeks werkende bepalingen van internationale verdragen verbindende kracht hebben. Ook andere bepalingen hebben een verbindende kracht, zij het dat zij niet rechtstreeks geldend kunnen worden gemaakt voor de rechter.' [7]

De regering gaf er echter de voorkeur aan de bestaande terminologie te handhaven, onder erkenning:

> 'dat inderdaad niet bedoeld is dat alleen rechtstreeks werkende bepalingen van verdragen verbindende kracht hebben. Zo is (het) artikel (..) evenwel ook niet geformuleerd.' [8]

Bij de verplichting tot nakoming van (al dan niet rechtstreeks werkend) internationaal recht is er volgens de ministers sprake van een 'taakafbakening tussen rechterlijke en uitvoerende macht':

> 'Door (...) een zorgvuldige implementatie van bekrachtigde verdragen (. .) door uitvoeringswetten en aanwijzingen aan bestuursorganen, kan worden vermeden dat verder moet worden gegaan met rechterlijke toetsing dan thans in de Grondwet is voorzien.' [9]

Men kan inderdaad redeneren dat de Grondwet, blijkens artikel 91, het Koninkrijk aan verdragen gebonden acht, en dat de Grondwet, voor zover zij in artikel 93 en 94 nakoming van verdragsverplichtingen niet aan de rechter (en andere wetstoepassers) heeft toebedeeld, andere staatsorganen tot een dergelijke nakoming verplicht. De regering denkt daarbij kennelijk vooral aan zichzelf ('uitvoerende macht'). Deze redenering geeft geen antwoord op de vraag of de regering (en de Staten-Generaal) grondwettelijk ook verplicht is tot naleving van ongeschreven internationaal recht.

2 Kortmann 1987: 276.
3 Oud 1970: 310 en 319.
4 Van Dijk 1988: 174.
5 'zij verbinden Nederland als verdragstaat en houden derhalve voor alle overheidsorganen de verplichting in er uitvoering aan te geven binnen de grenzen van hun bevoegdheden'; Van Dijk 1988: 176.
6 'de voorrang van het verdrag vloeit uit het internationale karakter daarvan voort'; Van Dijk 1988: 179.
7 Kamerstukken II 1978/79, 15049 nr. 6, p. 14.
8 Kamerstukken II 1979/80, 15049 nr 7, memorie van antwoord, p 17
9 Kamerstukken II 1979/80, 15049 nr. 10, p 10-11.

Een algemene grondwettelijke verplichting van de *regering* om — ook in haar wetgevende hoedanigheid — elke vorm van internationaal recht na te leven, kan wel worden afgeleid uit de in de artikelen 32, 37 en 49 gevergde getrouwe ambtsvervulling, en uit artikel 90:

> 'De regering bevordert de ontwikkeling van de internationale rechtsorde.'

Het intitulé en de considerans van het wetsvoorstel dat tot onder meer artikel 90 van de Grondwet heeft geleid, spreken van 'bepalingen inzake de buitenlandse betrekkingen'. Dat opschrift komt in de Grondwet zelf echter niet voor. Bovendien is tijdens de totstandkoming van artikel 90 duidelijk gebleken dat dit artikel niet slechts op het buitenlands beleid betrekking heeft. Dat de plicht van de regering tot bevordering van de ontwikkeling van de internationale rechtsorde ook consequenties voor de wetgeving heeft, werd al aan de orde gesteld in het voorlopig verslag bij het wetsvoorstel dat toen nog voorstelde om die plicht niet langer in de Grondwet te vermelden.[10] In datzelfde voorlopig verslag geuite bezwaren leidden er toe dat de regering bij nota van wijziging alsnog voorstelde om in de Grondwet de volgende bepaling op te nemen:

> 'Bij het voeren van het buitenlands beleid bevordert de regering de ontwikkeling van de internationale rechtsorde.' [11]

De woorden 'bij het voeren van het buitenlands beleid' stuitten in de Tweede Kamer echter op bezwaren. Een amendement van het kamerlid Van den Broek en drie anderen om deze woorden te laten vervallen[12] werd tijdens de openbare behandeling verdedigd door Van den Broek en bestreden door Minister Van der Klaauw.

De argumentatie van Van den Broek komt erop neer, dat ook op andere beleidsterreinen (economisch beleid, grondrechtenbeleid) de internationale rechtsorde bevorderd kan en moet worden.[13]

In zijn bestrijding geeft Van der Klaauw twee tegenstrijdige omschrijvingen van het begrip 'internationale rechtsorde', namelijk 'een internationaal bestel, gebaseerd op universeel geldende rechtsnormen' en 'de voortschrijdende ordening van het tussenstaatse verkeer'. De internationale rechtsorde in de tweede betekenis zou volgens de Minister niet op een andere manier dan door buitenlands beleid bevorderd kunnen worden.[14] Wel erkent hij dat het binnenlands beleid 'waar dat nodig is rekening houdt' met de bevordering van de internationale rechtsorde', en dat men ervoor moet zorgen 'dat men hier in het binnenlands beleid niet tegenin gaat'.[15] Hij acht het amendement 'onnodig'.[16] Regeringscommissaris Simons komt de indieners van het amendement daarna nog tegemoet door in de voorgestelde bepaling zelfs een voorschrift te lezen dat zich tot 'de wetgever' richt, en waarin de wetgever 'aanleiding (zal) kunnen vinden (...)

10 Kamerstukken II 1978/79, 15049 nr. 6, p. 7.
11 Idem, 1979/80, nr. 8 en 11.
12 Idem, nr. 15.
13 Handelingen II 1979/80, p. 3914, 4087 en 4430.
14 Idem, p. 4086.
15 Idem, p. 4087.
16 Idem, p. 4440.

zijn wetgeving in overeenstemming te brengen met algemeen volkenrecht'.[17] Het amendement wordt vervolgens aangenomen.[18]

Flinterman,[19] Kortmann[20] en Boekhorst[21] zwijgen over de (eventuele) betekenis van artikel 90 voor het binnenlands beleid. Gezien de motivering en aanneming van het amendement meen ik te mogen concluderen dat artikel 90 de regering verplicht om ook bij het voeren van *binnenlands* beleid (inclusief haar aandeel in de vaststelling van wetten) de ontwikkeling van de internationale rechtsorde te bevorderen (en niet slechts om er zo nodig rekening mee te houden). Ook de plaats van artikel 90, in hoofdstuk 5 getiteld 'Wetgeving en bestuur' wijst in die richting. Het minste wat de regering in dit verband dient te doen is het zorgvuldig toetsen van wetsvoorstellen (en bestaande wetten) aan alle geschreven en ongeschreven, al dan niet een ieder verbindend, internationaal recht.

Het is vervolgens de vraag of de Grondwet ook het *parlement* verplicht tot wetgeving in overeenstemming met het internationale recht. We hebben gezien dat volgens Regeringscommissaris Simons artikel 90 van de Grondwet zich zelfs richt tot 'de wetgever'.[22] Een interpretatie die het woord 'regering' leest als 'regering en Staten-Generaal', gaat mij echter te ver, zelfs als Simons dat al bedoeld zou hebben.

Een parlementaire plicht tot toetsing aan internationaal recht is wel af te leiden uit de onvolledigheid van de rechterlijke toetsing daaraan.[23] Dat een dergelijke parlementaire plicht de regering kennelijk niet voor ogen stond,[24] behoeft niet tot de conclusie te leiden dat op het parlement niet zo een plicht rust. Als een van de argumenten om de rechter nationale voorschriften niet te laten te toetsen aan ongeschreven volkenrecht, voerde Regeringscommissaris Simons immers de wenselijkheid aan dat het de wetgever is die zo nodig de wetgeving aanpast in geval van strijd daarmee.[25]

Ook uit de in artikel 60 van de Grondwet gestelde eis van 'getrouwe vervulling van hun ambt' kan afgeleid worden dat de leden van de Staten-Generaal niet slechts bevoegd, maar zelfs verplicht zijn om met internationaal recht strijdige wetgeving tegen te houden. Volgens Heringa en Zwart is parlementaire toetsing van wetgeving 'inherent aan een goed wetgeverschap'.[26]

17 Idem, p. 4444.
18 Idem, p. 4504.
19 Flinterman 1987: 8-17.
20 Kortmann 1987: 270-271.
21 Boekhorst 1992: 835-836.
22 Handelingen II 1979/80, p. 4444.
23 Zie paragraaf 4.5.2.
24 Kamerstukken II 1979/80, 15049 nr. 10, p. 10-11, hierboven geciteerd.
25 Handelingen II 1979/80, p. 4094, zie ook p. 4444.
26 Heringa en Zwart 1990: 631.

4.5.4.2 Toetsing aan de Grondwet

Dat de Grondwet een hogere regeling is dan een wet, vloeit onder meer[27] voort uit de voor de diverse leden van de wetgevende organen voorgeschreven belofte van trouw aan de Grondwet.[28] Dit betekent dat op de wetgevende organen de plicht rust de Grondwet naar letter en geest te eerbiedigen.[29]

Een belofte (of eed) van trouw aan de Grondwet is grondwettelijk voorgeschreven voor kamerleden,[30] voor ministers en staatssecretarissen[31] en voor de Koning.[32]

Volgens artikel 1 van de Wet beëdiging ministers en leden Staten-Generaal beloven kamerleden en bewindspersonen 'trouw aan de Grondwet'.[33] Koning en regent beloven dat zij de Grondwet steeds zullen 'onderhouden en handhaven', aldus artikel 1 van de Wet beëdiging en inhuldiging van de Koning,[34] additioneel artikel XI van de Grondwet en de voorgestelde Wet beëdiging van de regent.[35]

In het door additioneel artikel XIX gehandhaafde wetsformulier wordt de gebondenheid van de wetgever aan de Grondwet niet tot uitdrukking gebracht. De gebondenheid van de rijkswetgever aan het Statuut daarentegen wordt[36] wel tot uitdrukking gebracht in het bij rijkswetten gehanteerde formulier.

Het betreft hier een *verplichting* van regering, Tweede Kamer en Eerste Kamer (ieder afzonderlijk) om zelf wetgeving aan de Grondwet te toetsen,[37] 'niet slechts een *recht*', zoals Van Mens[38] terecht benadrukt. Men zou met Oud kunnen spreken van een grondwettelijke *verwachting* dat de wetgever de Grondwet zal naleven,[39] of met Witteveen van 'de *fictie* dat de wetgever zelf nagaat of de wet in overeenstemming is met de Grondwet'.[40] Dergelijke relativeringen doen echter geen afbreuk aan de verplichting als zodanig. Zij vestigen er slechts de aandacht op dat het denkbaar is dat de wetgevende organen hun verplichting niet nakomen, en dat artikel 120 van de Grondwet een rechterlijk oordeel over dergelijk plichtsverzuim heeft uitgesloten.

27 Zie het begin van dit hoofdstuk.
28 Van der Pot/Donner/Prakke 1989: 191.
29 Aldus Regeringscommissaris Simons, Handelingen II 1980/81, p. 3325; in gelijke zin het Eerste-Kamerlid Voûte, Handelingen I 1978/79, p. 1114; zie ook Heringa en Zwart 1990: 631-632.
30 Artikel 60.
31 Artikel 49.
32 Artikel 32; en in artikel 37 ook voor de regent, maar — vreemd genoeg — niet voor de krachtens artikel 38 soms tot de uitoefening van het koninklijk gezag geroepen Raad van State.
33 Staatsblad 1992, 120.
34 Staatsblad 1992, 121.
35 Stukken Verenigde Vergadering 1989/90, 4 (R 1374) nr. 2.
36 Ingevolge artikel 22, derde lid, van het Statuut.
37 Van der Pot/Donner/Prakke 1989: 193-194.
38 Van Mens 1988: 11.
39 Oud 1970: 12.
40 Witteveen 1988a: 412.

De toetsingsverplichting van regering en parlement wordt juist versterkt door het toetsingsverbod van artikel 120.[41] Ter rechtvaardiging van het toetsingsverbod is vaak een beroep gedaan op het bestaan van genoemde verplichting enerzijds, en op de zorgvuldige naleving van die verplichting door de wetgevende organen anderzijds.[42] Prakke vreest zelfs dat invoering van rechterlijke grondwettigheidstoetsing 'de aandacht van de wetgever ter zake van de grondwettigheid der wetgeving zal doen verslappen'.[43] Vanwege de regering zijn talloze toetsing bevorderende aspecten van het wetgevingsproces aangevoerd om de overbodigheid van rechterlijke toetsing aannemelijk te maken:[44]

— ambtelijke voorbereiding;
— ministeriële controle;
— advisering door de Raad van State;
— openbaarheid van de adviezen van de Raad van State;
— inbreng van maatschappelijke zijde;
— gedegen schriftelijke en mondelinge behandeling in beide kamers;
— openbaarheid van die behandeling;
— extra waakzaamheid van de Eerste Kamer.

Of de genoemde aspecten te samen inderdaad altijd leiden tot een zorgvuldige toetsing van wetsvoorstellen door regering en parlement, valt te betwijfelen.[45] Evenmin kan men optimistisch zijn over de degelijkheid waarmee regering en parlement reeds bestaande wetten toetsen aan de Grondwet. Anders dan bij toetsing van wetsvoorstellen (waarbij regering, Tweede en Eerste Kamer ieder over een vetorecht beschikken) wordt toetsing van bestaande wetten bovendien belemmerd door het feit dat regering, Tweede en Eerste Kamer de bevoegdheid hiertoe slechts gezamenlijk kunnen uitoefenen.

Deze constateringen doen echter niets af aan het feit dat deze (door het parlement nauwelijks weersproken) argumentatie van de regering het bestaan van een toetsingsplicht voor regering en parlement nadrukkelijk heeft bevestigd. Nu rechters vooralsnog wetten niet aan de Grondwet mogen toetsen, is de verplichting van de wetgevende organen om een dergelijke toetsing van voorgestelde of al bestaande wetten te plegen van des te meer belang.

Rechterlijke grondwettigheidstoetsing van wetten — hoe wenselijk ook — is overigens geen alternatief voor de toetsingsverplichting van regering en parlement. Een rechter zal immers slechts tot toetsing over kunnen gaan, indien er door iemand over geprocedeerd wordt. De verplichting tot toetsing van wetgeving zal primair blijven liggen op de wetgevende organen zelf.[46]

41 Van Maarseveen 1984: 439.
42 Zo bijvoorbeeld Buijs 1883: 635.
43 Prakke 1972: 142.
44 Kamerstukken II 1975/76, 13872 nr. 3, p. 14; Handelingen I 1978/79, p. 1154 en 1161; Kamerstukken II 1980/81, 16162 nr. 8, p. 21; Handelingen II 1980/81, p. 3320-3321 en 3325.
45 Jeukens 1963: 10; Van der Hoeven 1991: 785-786; Gerbranda en Kroes 1993: 368-369.
46 Aldus ook Heringa en Zwart 1990: 631-632.

4.5.4.3 Toetsing aan beginselen

Zolang in de jurisprudentie slechts een heel bescheiden gebruik gemaakt wordt van de grondwettelijke ruimte voor rechterlijke toetsing van wetten aan algemene rechtsbeginselen, is het van extra groot belang dat de wetgevende organen een dergelijke toetsing zelf verrichten.[47]

Regering en parlement zijn daartoe zelfs verplicht.[48] Men kan stellen dat deze verplichting uit de Grondwet voortvloeit. Volgens de Grondwet beloven Koning (artikel 32), regent (artikel 37), ministers, staatssecretarissen (artikel 49) en kamerleden (artikel 60) immers niet alleen trouw aan de Grondwet, maar ook 'een getrouwe vervulling van hun ambt'. Volgens de regering houdt dat mede in 'dat zal worden gehandeld overeenkomstig niet wettelijk omschreven, dan wel ongeschreven normen, welke voor de vervulling van het ambt gelden'.[49]

4.5.4.4 Toetsingsplicht als motiveringsplicht

Juist ook omdat rechterlijke toetsing uit de aard der zaak incidenteel van karakter is, door de Grondwet slechts in beperkte mate wordt toegestaan, en door rechterlijke terughoudendheid in nog beperkter mate wordt uitgeoefend, rust op de wetgevende organen zelf een zware toetsingsplicht.

Deze toetsingsplicht brengt een motiveringsplicht met zich. Zonder motivering kan immers niet nagegaan worden of de samenstellende delen van de wetgever hun grondwettelijke toetsingsplicht zijn nagekomen. De leden van kabinet en parlement zullen — bij twijfel aan de rechtmatigheid van een (voorstel van) wet — moeten motiveren waarom zij de (voorgestelde) wet niet in strijd oordelen met Grondwet, rechtsbeginselen of internationaal recht.[50] Dit is niet slechts een toelichtingsplicht, maar een echte motiveringsplicht: zij zullen kenbaar moeten maken om welke redenen zij de (voorgestelde) wet rechtmatig achten.[51] Indien geen twijfel bestaat aan de rechtmatigheid van wet of voorstel, hoeft er uiteraard weinig gemotiveerd te worden; en bij onmiskenbare onrechtmatigheid kan volstaan worden met intrekking.

De omvang van de hier onderscheiden motiveringsplicht is afhankelijk van de vraag wanneer gesproken kan worden van *twijfel aan de rechtmatigheid* van een (voorstel van) wet.

Van een dergelijke twijfel is volgens mij bij een *voorstel van wet* in ieder geval sprake:

— indien de Raad van State in zijn advies de rechtmatigheid van het voorstel ontkent of betwijfelt;

47 Heringa en Zwart 1990: 631.
48 Kortmann 1990: 309.
49 Kamerstukken II 1979/80, 16035 nr. 3, p. 10.
50 Zie bijvoorbeeld het voorlopig verslag bij het wetsvoorstel tot goedkeuring van het Verdrag tot oprichting van de Europese Unie, Kamerstukken II 1992/93, 22647 nr. 11, p. 10, 17 en 21.
51 Vergelijk paragraaf 1.3.1.

— indien een of meer kamerleden tijdens de behandeling van het voorstel uitdrukkelijk de rechtmatigheid daarvan ontkennen of betwijfelen.

In beide gevallen zal de indiener (opnieuw) over moeten gaan tot toetsing van het voorstel aan het aan de twijfel ten grondslag liggende onderdeel van het hogere recht, en zal zij (bijvoorbeeld in het nader rapport of de memorie van antwoord) moeten motiveren waarom zij het voorstel wèl in overeenstemming acht met dat hogere recht. In deze gevallen zal de motiveringsplicht meestal ook reeds voortvloeien uit de ministeriële inlichtingenplicht[52] en uit het verbod om ongemotiveerd af te wijken van adviezen.[53] Intrekking (of wijziging) van het voorstel is natuurlijk ook mogelijk.

Bij een voorstel van wet zal het wel nooit komen tot door een (hoogste) rechter uitgesproken twijfel aan de rechtmatigheid. Dergelijke twijfel wordt wel vaak naar voren gebracht door belangenorganisaties, hoofdartikelschrijvers, rechtsgeleerden, enzovoort. Voor zover hun kritiek en twijfel serieus de aandacht verdient, zullen zij echter al snel een kamerlid kunnen vinden dat die twijfel (ter gemotiveerde weerlegging) voor zal willen leggen aan de indiener van het voorstel.

Van gemotiveerd te weerleggen twijfel ten aanzien van een *bestaande wet* zal volgens mij in ieder geval sprake zijn:

— wanneer een of meer kamerleden twijfel aan de rechtmatigheid van de wet uiten;
— wanneer de Raad van State twijfel aan de rechtmatigheid van de wet uit, bijvoorbeeld in een spontaan advies op grond van artikel 16 van de Wet op de Raad van State;
— wanneer een rechter de wet of de toepassing daarvan in strijd heeft geoordeeld met internationaal recht of met Europese-Gemeenschapsrecht.

In deze drie gevallen zal de toetsings- en motiveringsplicht primair op de betrokken ministers rusten. Ook in het laatstbedoelde geval zal de wetgever enige ruimte hebben voor afwijking van de uitkomst van de rechterlijke toetsing, zoals Barendrecht, schrijvend over de situatie na de door hem bepleite invoering van rechterlijke grondwettigheidstoetsing, terecht heeft betoogd.[54] Dat de eventuele handhaving van een bij rechterlijke toetsing onrechtmatig bevonden wet een zeer grondige motivering vergt, spreekt vanzelf.

Een bijzonder geval van twijfel doet zich voor indien een rechterlijk college buiten het kader van artikel 94 de rechtmatigheid van een wet uitdrukkelijk in twijfel trekt. Dit is geen academische kwestie — gezien de overwegingen ten overvloede in de uitspraken uit 1989 waarin twee hoogste rechtsprekende colleges zich onbevoegd verklaarden om wetten te toetsen aan fundamentele rechtsbeginselen:[55]

52 Zie paragraaf 4.1.3.
53 Zie paragraaf 4.1.5.
54 Barendrecht 1992a: 144-147.
55 Zie paragraaf 4.5.2.1 hierboven.

> 'hoezeer ook (de Hoge Raad) de te dezen bestreden bepalingen (...) in strijd acht met gerechtvaardigde verwachtingen van de betrokken studenten en derhalve met het rechtszekerheidsbeginsel'.[56]

> 'Een en ander laat onverlet dat de Raad de grieven, welke eisers tegen de verlaging van hun invaliditeitspensioen hebben ingebracht, zonder meer invoelbaar acht, maar dit biedt hem geen maatstaf voor het in rechte beoordelen van de bestreden beslissingen.' [57]

In zijn beschikking inzake het lesbisch huwelijk heeft de Hoge Raad voorzichtiger — maar even duidelijk — een vraagteken gezet bij de rechtmatigheid van bepaalde wetten:

> 'Het vorenstaande laat onverlet de mogelijkheid dat het onvoldoende gerechtvaardigd is dat een bepaald rechtsgevolg wel aan het huwelijk wordt verbonden maar niet aan het duurzaam samenleven van twee personen van hetzelfde geslacht.' [58]

Door zich bevoegd te achten tot het maken van dergelijke rechtsgevolg-loze opmerkingen over de (mogelijke) onrechtmatigheid van wetten, hebben de Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep gedeeltelijk antwoord gegeven op de vraag die het Tweede-Kamerlid Van Mierlo ooit heeft opgeworpen tijdens de behandeling van de *Nota inzake het grondwetsherzieningsbeleid*, namelijk:

> 'of het denkbaar zou zijn dat, wanneer de hoogste rechter op een bepaalde voorgeschreven wijze zijn bevinding zou mededelen dat een bepaalde wet evident in strijd is met een grondrecht of in de praktijk bij toepassing voortdurend leidt tot situaties die strijdig zijn met een grondrecht, er dan bijvoorbeeld een verplichting zou ontstaan voor Kamer en Regering om binnen bepaalde termijn in de Kamer een gedachtenwisseling te houden over de betekenis en consequenties, die aan de uitspraak van de hoogste rechter moet worden gegeven. Met andere woorden: De Hoge Raad kan geen rechtsgevolgen verbinden aan zijn bevinding van ongrondwettigheid, maar kan wel Kamer en Regering dwingen tot een herbezinning op de wet dan wel de Grondwet.' [59]

Op grond van allerlei bezwaren tegen een dergelijk rechterlijk oordeel, is de suggestie van Van Mierlo destijds niet in de Grondwet opgenomen.[60]

In het Verenigd Koninkrijk was een vergelijkbare suggestie kort daarvoor verworpen door het *House of Lords*.[61] In die zaak had het *Court of Appeal* zich op het standpunt gesteld dat beweerde tekortkomingen van een *act of Parliament* door de rechter onderzocht konden worden, en dat indien daarbij geconstateerd werd dat er inderdaad gebreken aan de wet kleefden 'it might well be the duty of the court to report that finding to Parliament, so that Parliament could take cognisance of it'.[62]

56 Hoge Raad 14 april 1989, NJ 469, overweging 3.1.
57 Centrale Raad van Beroep 6 juli 1989, *Tijdschrift voor Ambtenarenrecht* 201.
58 Hoge Raad 19 oktober 1990, NJ 1992, 129.
59 Handelingen II 1974/75, p. 2325.
60 Idem, p. 2404; zie ook Kamerstukken II 1975/76, 13872 nr. 3, p. 13; en Handelingen II 1976/77, p. 2000-2002 en 2115.
61 *British Railways Board v Pickin* [1974] 1 *All England Law Reports* 609.
62 *Pickin v British Railways Board* [1972] 3 *All England Law Reports* 923, zoals geciteerd door Munro 1987: 93.

In Nederland hebben de Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep het blijkens hun zojuist geciteerde overwegingen niet bezwaarlijk gevonden om — zonder grondwetswijziging — het eerste deel van de suggestie van Van Mierlo al over te nemen. Terecht. Rechters zijn immers veel beter dan de deelorganen van de wetgever in staat om te bezien of wetgeving in concrete, onvoorziene of nieuwe gevallen tot onrecht leidt. Juist in de huidige situatie waarin rechters niet bevoegd worden geacht om wetten aan Grondwet en beginselen te toetsen, behoren zij hun inzichten omtrent in concreto geconstateerd of vermoed wetgevingsonrecht niet aan de wetgever te onthouden. Meestal zullen zij hun inzichten (als terzijde, als *obiter dictum*) neer kunnen leggen in een uitspraak. Eventueel kunnen zij ook een afzonderlijk advies naar de wetgevende organen sturen.[63]

Tegen het tweede deel van de suggestie (de verplichting tot herbezinning door de wetgever) zijn nooit bezwaren aangevoerd. Het lijkt mij daarom goed verdedigbaar dat de wetgevende organen in geval van door een hoogste rechter uitgesproken twijfel aan de rechtmatigheid van een wet verplicht is tot hetzij gemotiveerde weerlegging van die twijfel, hetzij intrekking van de twijfelachtige wet. Juist in de huidige situatie waarin rechters niet bevoegd worden geacht om wetten aan Grondwet en beginselen te toetsen, mag de wetgever niet zomaar voorbij gaan aan rechterlijke vermoedens van wetgevingsonrecht.

Tenslotte blijft dan nog de vraag over, of er ook sprake kan zijn van de hier bedoelde 'rechtmatigheidstwijfel', zolang nog niemand dergelijke twijfel uitdrukkelijk aan de orde heeft gesteld. Met andere woorden: Is de wetgever soms ook verplicht om *uit eigen beweging* te motiveren waarom een voorgestelde wet niet in strijd is met Grondwet, internationaal recht of beginselen?

Ja, soms is hij daartoe verplicht. De wetgevende organen zijn steeds verplicht om wetsvoorstellen te toetsen aan het hogere recht, dat allerlei regels en beginselen omvat die hen zullen doen twijfelen aan de rechtmatigheid van bepaalde wetsartikelen. Veel bovenwettelijk normen hebben immers een in-beginsel-niet-maar-in-bijzondere-gevallen-wel-structuur. Dat geldt bijvoorbeeld voor de (gedeeltelijk in verdragen en Grondwet vastgelegde) gelijkheids-, vrijheids-, rechtszekerheids- en decentralisatiebeginselen. Dergelijke beginselen doen een getrouw zijn ambt vervullende wetgever telkens twijfelen wanneer hij onderscheid maakt, vrijheid beperkt, regels laat terugwerken, bevoegdheden centraliseert, enzovoort.[64] Door zijn bepalingen serieus te toetsen kan hij die twijfel bij zichzelf wegnemen. Door openlijk verantwoording af te leggen van die toetsing kan hij zichzelf zo nodig laten corrigeren en ertoe bijdragen dat ook bij anderen de twijfel vermindert.

Deze verplichting van de wetgevende organen om bij bepaalde 'verdachte' wetsbepalingen uit eigen beweging te motiveren waarom zij toch in overeenstemming met hoger recht zijn, vloeit niet alleen voort uit de toetsingsverplichting van de wetgever, maar ook uit:

63 Op grond van artikel 22 van de Wet op de Rechterlijke organisatie kan de regering hen daartoe zelfs verplichten.

64 Zie paragraaf 2.2.4.

— diverse overlegverplichtingen van regering en parlement;[65]
— diverse inhoudelijke verdragsbepalingen;[66]
— diverse inhoudelijke rechtsbeginselen;[67]
— diverse inhoudelijke grondwetsbepalingen.[68]

Daarom verleg ik, na al deze paragrafen over motiveringsplichten die voortvloeien uit procedurele grondwetsbepalingen, de aandacht nu naar grondwetsbepalingen die iets zeggen over de inhoud van wetten. Dat ook daar motiveringsplichten uit voort kunnen vloeien, is inmiddels al geen geheim meer.

4.6 De inhoud van wetten

4.6.1 Afwijking van de Grondwet

De Grondwet impliceert dat de inhoud van wetten slechts grondwettig van de Grondwet kan afwijken, indien de Grondwet dat uitdrukkelijk toelaat.[1] In vele grondwetsartikelen is aangegeven in hoeverre de wetgever van de hoofdregel van de desbetreffende bepaling mag afwijken, bijvoorbeeld door er uitzonderingen op te maken. Bovendien is de wetgever volgens artikel 103 bevoegd om bij de bepaling van de rechtsgevolgen van uitzonderingstoestanden af te wijken van een flink aantal andere grondwetsartikelen. Daarnaast bestaat de in artikel 91, derde lid, geregelde bevoegdheid van de wetgever om goedkeuring te verlenen aan (kennelijk toelaatbaar geachte) verdragen die van de Grondwet afwijken, en is er de in artikel 142 veronderstelde (en kennelijk toelaatbaar geachte) mogelijkheid dat in het Statuut wordt afgeweken van de Grondwet. Afwijking bij verdrag of Statuut valt echter buiten het onderwerp van deze studie.

In het in Nederland geldende recht komt het herhaaldelijk voor dat de bevoegdheid tot afwijking van een regel afhankelijk gesteld wordt van de aanwezigheid van een goede — veelal te vermelden — reden voor die afwijking.[2]

Voor een dergelijke motiverings-voorwaarde is slechts bij enkele van de grondwettelijke bevoegdheden tot wettelijke afwijking van de (hoofdregels van de) Grondwet een aanknopingspunt in de tekst te vinden: namelijk in het discriminatieverbod van artikel 1, en in de doelcriteria genoemd in de artikelen 6, 7, 8, 9, 14 en 103. Het gelijkheidsbeginsel komt in paragraaf 4.6.2 aan de orde, en de doelcriteria in paragraaf 4.6.3.

65 Zie de paragrafen 4.1, 4.2 en 4.3.
66 Zie hoofdstuk 3.
67 Zie paragraaf 5.4.3.5 en hoofdstuk 7.
68 Paragraaf 4.6.
1 Zie het begin van dit hoofdstuk.
2 Zie de voorbeelden genoemd in de paragrafen 1.1.3, 1.3.2, 3.1.3, 3.1.6 en 3.2 en hieronder in de paragrafen 4.6.2 en 4.6.3.

Ook bij de vele grondwettelijke uitzonderings- en afwijkingsbevoegdheden zònder tekstuele aanknopingspunten voor motiveringsplichten, zou men dergelijke plichten aanwezig kunnen achten.

In de eerste plaats zou men dat af kunnen leiden uit het feit dat de Grondwet de bevoegdheid tot afwijking of uitzondering vrijwel altijd voorbehoudt aan *de wetgever*, dus aan het overleg tussen en binnen regering en parlement. In de paragrafen 4.1 tot en met 4.5 is beschreven hoe de deelnemers aan dat overleg telkens weer verplicht zijn tot motivering.

In de tweede plaats zou men een verplichting van de wetgever om grondwettelijk toegestane afwijkingen en uitzonderingen van grondwettelijke bepalingen te motiveren, kunnen afleiden uit het feit dat de Grondwet die afwijkingen kennelijk als *uitzonderingen* heeft beschouwd.[3] Zie bijvoorbeeld de met 'behoudens' of 'behalve' beginnende zinsneden in de artikelen 2, 4, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 19, 23, 107, 125, 127 en 129. Deze clausules kunnen geen van alle opgevat worden als een volledige vrijbrief aan de wetgever om inbreuk te maken op de hoofdregel waarmee zij zijn verbonden.[4] Afwijking is slechts toegestaan in gevallen die van het normale geval verschillen. Het minste dat van de wetgever in dit verband verlangd mag worden, is dat hij aangeeft waarom hij meent dat een bepaald geval zozeer van het normale geval afwijkt dat een uitzondering op de hoofdregel moet worden gemaakt. Zo zal de wetgever, bijvoorbeeld, de vraag of beperking van een klassiek grondrecht noodzakelijk is, steeds gemotiveerd moeten behandelen.[5] Door afwijking van een regel te motiveren, geeft men aan dat men de regel nog steeds als geldend aanvaardt en dat men de regel zo belangrijk vindt dat er niet zo maar van afgeweken mag worden. Kortom: motivering van de uitzondering bevestigt de regel.

In de derde plaats kan men de gehele Grondwet opvatten als een gezaghebbend *discussiestuk*.[6] De Grondwet bevat 'een belangrijk deel van het repertoire van de maatschappelijke discussie over staatsrecht'.[7] Deze benadering is vooral ten aanzien van de sociale grondrechten een gezaghebbende. Zo schreven ministers het volgende in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat tot de artikelen 18 tot en met 22 van de Grondwet heeft geleid:

> 'Ook vormen de bepalingen een uitgangspunt voor de gedachtenwisseling tussen de vertegenwoordigende lichamen en de Regering over de mate en het tempo waarin, en de wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan de desbetreffende grondwetsartikelen.' [8]

Kortmann spreekt in dit verband van 'aandachtspunten' die de overheid ook bij wetgeving 'in het bijzonder in acht moet nemen'.[9] Volgens Heringa functioneren sociale grondrechten 'als aansporing om motiveringen bij wetten (...) te vervolmaken',[10] en is

3 Burkens/Kummeling/Vermeulen 1992: 94.
4 Den Dekker-van Bijsterveld 1990: 209; zie ook Gerbranda en Kroes 1993: 374.
5 Heringa 1989a: 134; Van der Meer 1991: 199.
6 Waaldijk 1991a: 9-11.
7 Witteveen 1988a: 233.
8 Kamerstukken II 1975/76, 13873 nr. 3, p. 8.
9 Kortmann 1987: 114.
10 Heringa 1989a: 144.

'een goede motivering als basis van zinvolle parlementaire discussies' over doorwerking en waarde van sociale grondrechten vereist.[11] Hij pleit in dat verband onder meer voor een sociale-grondrechtenparagraaf in de memorie van toelichting bij daartoe in aanmerking komende wetsvoorstellen.[12]

Er is echter geen reden om alleen de grondwetsbepalingen inzake sociale grondrechten als uitgangspunten voor het wetgevend overleg te beschouwen. Heringa merkt terecht op dat een principiële discussie over de verhouding tussen sociale en vrijheidsrechten wenselijk is.[13] Zowel klassieke als sociale grondrechten geven uitdrukking aan rechtsbeginselen:

> 'De roepstem van beginselen kan begrepen worden als een ter verantwoording roepen Die verantwoording zal op duidelijke, concrete en gesystematiseerde wijze gegeven moeten worden, de relatie tussen beginselen en daaruit voortvloeiende rechtsregels zal op heldere wijze gelegd moeten worden ' [14]

Heringa en Burkens formuleerden hun standpunt — toevallig — slechts ten aanzien van grondrechten. Ook andere grondwetsbepalingen geven echter uitdrukking aan rechtsbeginselen. Zo staat de Grondwet vol met verwoordingen van het rechtszekerheidsbeginsel, het democratie-beginsel, het beginsel van (decentrale) spreiding van macht, enzovoort.[15] Ook deze beginselen vormen gezaghebbende uitgangspunten voor wetgevingsdiscussie. Ook zij roepen de wetgever ter verantwoording. Wil men deze beginselen en hun grondwettelijke verwoordingen serieus nemen, dan zal de wetgever inbreuken daarop moeten motiveren — ook al zegt de Grondwet zèlf dat de wetgever tot het maken van inbreuk bevoegd is.

In enkele grondwetsbepalingen klinkt deze verplichting tot motivering ook in de formulering van de afwijkingsbepalingen door. Over die grondwetsbepalingen maak ik daarom in de volgende paragrafen enkele meer gedetailleerde opmerkingen.

4.6.2 Gelijkheidsbeginsel

Artikel 1 van de Grondwet verbiedt de wetgever ongelijke behandeling en discriminatie. Ongelijke behandeling is slechts verboden indien het om 'gelijke gevallen' gaat, en dan nog slechts ten aanzien van ingezetenen. Discriminatie daarentegen is altijd verboden,

11 Heringa 1989a 134
12 Heringa 1989a 145
13 Heringa 1989a 145
14 Burkens 1988 61
15 Zie Waaldijk 1991a 10-11, zie paragraaf 6 3 1 ten aanzien van artikel 124 en paragraaf 6 3 2 ten aanzien van artikel 107

op welke (in het artikel al dan niet genoemde) grond zij ook is gebaseerd. Het artikel laat geen afwijking van deze twee verboden toe.[16] Voor de toepasselijkheid van artikel 1, eerste of tweede volzin, komt het aan op de betekenis van de woorden 'gelijke gevallen' en 'discriminatie'.

Het ambtelijke rapport *Gelijk in de praktijk*, waarvan de aanbevelingen door het kabinet zijn overgenomen,[17] heeft uit het gelijkheidsbeginsel een motiveringsplicht afgeleid. Gesteld wordt dat de 'bewijslast' om aan te tonen dat onderscheid gerechtvaardigd is, 'in beginsel' berust bij degene die het onderscheid maakt of voorstelt, en dat die bewijslast 'in alle gevallen' bij laatstgenoemde berust, indien er een 'sterk vermoeden' van discriminatie bestaat.[18] Van zo een sterk vermoeden zal volgens het rapport sprake zijn bij onderscheid op grond van bijvoorbeeld godsdienst, levensovertuiging, ras, geslacht, burgerlijke staat, of seksuele gerichtheid.[19] Bij dergelijk onderscheid worden 'zwaardere eisen' gesteld aan de rechtvaardiging.[20]

In het rapport worden deze eisen niet specifiek herleid tot de eerste dan wel tweede volzin van artikel 1 van de Grondwet (noch tot andere positiveringen van het gelijkheidsbeginsel). Hieronder tracht ik dat wel te doen.

Het is mogelijk om uit het gelijkheidsbeginsel ook een verbod op *gelijke behandeling van ongelijke gevallen* af te leiden.[21] De tekst van de tweede volzin van artikel 1 laat ruimte voor een dergelijke interpretatie (de tekst van de eerste volzin uiteraard niet). Over de betekenis van een eventuele grondwettelijke verplichting tot het maken van onderscheid bestaat echter weinig eensgezindheid — en over daar eventueel uit voortvloeiende motiveringsplichten al helemaal niet. Dat laatste is voor mij voldoende reden om artikel 1 van de Grondwet hier alleen te bespreken als een tweeledig verbod van (direct en indirect) onderscheid.

4.6.2.1 Eerste volzin: gelijke gevallen

'Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld.'

Ten aanzien van deze eerste volzin van artikel 1 is de stelling verdedigbaar dat 'de wetgever' bij elke ongelijke behandeling moet motiveren waarom er volgens hem geen sprake is van 'gelijke gevallen'. De meeste schrijvers gaan echter nog niet zo ver.

Burkens heeft het in die eerste volzin neergelegde gelijkheidsbeginsel voor de wetgever herleid tot een verbod van willekeur.[22] Door de wetgever gehanteerde differentiatiecriteria moeten een redelijk middel zijn ter bereiking van het gestelde doel. Zij moeten in relatie tot dat doel zakelijk verantwoord zijn. Zij moeten uitdrukking geven 'aan een verantwoorde — op draagkrachtige gronden berustende — belangen-

16 Kortmann 1987: 64.
17 Zie paragraaf 5.4.3.5.
18 *Gelijk in de praktijk* 1990: 35.
19 *Gelijk in de praktijk* 1990: 10.
20 *Gelijk in de praktijk* 1990: 35.
21 Loenen 1992: 22-26 en 260-271.
22 Burkens 1982: 60; aldus ook: Alkema 1987b: 65; Hirsch Ballin 1988a: 133; Van der Pot/Donner/De Reede 1989: 262; Loenen 1992: 218.

afweging'.[23] Ook in de ministeriële toelichtingen op het voorstel dat tot artikel 1 heeft geleid, werd over de eerste volzin geschreven als over een verbod van willekeur:

> 'Bij de beoordeling van de gelijkheid of ongelijkheid van gevallen, moet worden overwogen of de te vergelijken gevallen aspecten hebben, welke met het oog op de beoogde "behandeling" relevant zijn en tevens zodanig verschillen dat daardoor een ongelijke behandeling gerechtvaardigd is.' [24]

> 'Art 1 1, eerste zin, ( ) verbiedt ( ) een ongelijke behandeling van verschillende groepen ( ), indien deze groepen in redelijkheid niet als ongelijke gevallen mogen worden aangemerkt.' [25]

Men kan in deze redelijkheidseis het begin van een motiveringsplicht lezen. De genoemde schrijvers en geciteerde toelichtingen laten echter in het midden of de redelijkheid van de ongelijke behandeling in een motivering kenbaar gemaakt moet worden.

Een uit het gelijkheidsbeginsel-als-willekeurverbod voortvloeiende motiveringsplicht wordt nadrukkelijk aanwezig geacht door Mulder: de 'te maken keuzen (moeten) op rationele gronden berusten'; 'van de wetgevers' wordt 'een deugdelijke motivering in dit opzicht geëist'.[26] Daarbij moet de toetsing geschieden 'aan de hand van ofwel de vraag of de feitelijke ongelijkheid dragend is voor het onderscheid in casu, ofwel de vraag of de redelijke grond voor het onderscheid in casu ook jegens de ongelijk behandelden een redelijke grond voor onderscheid oplevert'.[27] Ook volgens Holterman verplicht het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel tot het geven van de gronden voor de rechtvaardiging van een ongelijke behandeling; volgens hem 'berust de bewijslast' op de overheid.[28] Volgens Akkermans is 'wellicht het belangrijkste kenmerk van de eerste zin van art. 1 Gw. (...) een opdracht (...) tot motivering van ongelijke behandeling', en is het aldus verboden om 'gevallen als ongelijk te kwalificeren en ongelijk te behandelen als daar niet de juiste keuzen en motiveringen aan ten grondslag liggen'.[29]

De parlementaire geschiedenis van artikel 1, eerste volzin, biedt enige steun voor deze opvatting. In de memorie van toelichting is namelijk te lezen dat 'ongelijkheden gerechtvaardigd moeten zijn'.[30] Van daar is het maar een kleine sprong naar de eis dat ongelijke behandeling ook gerechtvaardigd moet *worden*.[31] Ook ik ben bereid om dat sprongetje te maken. Een dergelijke motiveringsplicht maakt het immers beter mogelijk om te controleren of ongelijke behandeling niet op willekeur is gebaseerd. Bovendien ontstaat zo een interpretatie van de eerste volzin die goed aansluit bij de tweede volzin, waarin vrij algemeen een motiveringsplicht wordt gelezen, zoals in de volgende paragraaf blijkt.

23 Hirsch Ballin 1988a 135
24 Kamerstukken II 1975/76, 13872 nr 4, bijlage II, nader rapport, p 86
25 Kamerstukken II 1976/77, 13872 nr 7, memorie van antwoord, p 17
26 L Mulder 1987 110
27 L Mulder 1993 140
28 Holterman 1988 126
29 Akkermans 1992 43
30 Kamerstukken II 1975/76, 13872 nr 4, p 25, zie Heringa en Zwart 1991 32
31 Zie het rapport *Gelijk in de praktijk* 1990 35, zie het begin van paragraaf 4 6 2 hierboven

4.6.2.2 Tweede volzin: discriminatieverbod

Duidelijker is een motiveringsplicht tot ontwikkeling gekomen ten aanzien van de tweede volzin van artikel 1 van de Grondwet:

> 'Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.'

Blijkens de parlementaire geschiedenis was die volzin bedoeld om het verbod van ongelijke behandeling ten aanzien van de aangeduide kenmerken 'een zwaarder accent' te geven.[32] Hirsch Ballin heeft daar de volgende conclusie uit getrokken:

> 'Men kan de tweede volzin dan ook zo opvatten dat daarin — behoudens "tegenbewijs" — het vermoeden van ongeoorloofdheid der met name genoemde differentiatiecriteria tot uitdrukking komt. Dat het hier geen absoluut verbod van het hanteren van deze kenmerken als differentiatiecriterium betreft, betekent dat er bijzondere redenen kunnen zijn waarom in een bepaalde verhouding een rechtmatige belangenafweging toch in zo'n criterium uitdrukking kan vinden (...).' [33]

De aldus (bijna met zoveel woorden) geformuleerde motiveringsplicht komt gedeeltelijk overeen met de door Holterman[34] aangenomen 'bewijslast' ten aanzien van *elke* ongelijke behandeling.

De interpretatie van Hirsch Ballin klinkt aannemelijk en sluit goed aan bij de parlementaire geschiedenis,[35] bij de gangbare interpretatie van internationale discriminatieverboden,[36] en wordt in vergelijkbare bewoordingen gedeeld door vele schrijvers,[37] door de Raad van State[38] en door het rapport *Gelijk in de praktijk*.[39]

Zij roept echter ook enkele vragen op:

- Wordt elk — al dan niet krenkend — hanteren van die differentiatiecriteria vermoed ongeoorloofd te zijn?
- Geldt er inderdaad geen absoluut verbod om onderscheid te maken op die gronden?
- Is deze 'bewijslastverdeling' slechts van toepassing bij onderscheid op een van de vijf met zoveel woorden genoemde gronden?

Hieronder beantwoord ik achtereenvolgens de eerste twee vragen bevestigend, en de laatste vraag ontkennend.

32 Kamerstukken II 1976/77, 13872 nr. 7, p. 16
33 Hirsch Ballin 1988a: 140.
34 Holterman 1988: 126, zie paragraaf 4.6.2.1 hierboven
35 Kamerstukken I 1976/77, 13872 nr. 55b, p. 33-34; Handelingen II 1981/82, p. 290; Handelingen I 1981/82, p. 392.
36 Zie paragraaf 3.1.6.
37 Burkens 1982: 61; Den Boer 1987· 133; Kortmann 1987: 62 en 1990: 360; Van der Pot/Donner/De Reede 1989· 264-265; Akkermans 1992: 46; Loenen 1992: 212.
38 Zie paragraaf 5.4.3.5.
39 *Gelijk in de praktijk* 1990. 35; zie het begin van paragraaf 4.6.2 hierboven.

4.6.2.3 Krenkend en niet krenkend onderscheid

Wat de eerste vraag betreft: tijdens de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer van het voorstel dat tot artikel 1 heeft geleid, heeft Minister W.F. de Gaay Fortman beweerd dat het er bij discriminatie om gaat 'dat men de ander kwetst'. Verder improviserend omschreef hij discriminatie even later als 'het een ander op grond van een bepaalde eigenschap of een bepaalde omstandigheid krenken'.[40] In latere van regeringswege verstrekte — schriftelijke — omschrijvingen van het begrip 'discriminatie' is dit element van *krenking* niet teruggekeerd.

Slechts een enkele schrijver acht 'krenking' in navolging van W.F. de Gaay Fortman een definiërend kenmerk van discriminatie.[41] Verder stelt Akkermans in dit verband nog dat bij discriminatie, impliciet of expliciet, steeds 'een ongunstig element herkenbaar aanwezig moet zijn'.[42] Bij wetgeving voegt dat echter niets toe aan de afbakening van het begrip discriminatie, want juridisch onderscheid zonder 'ongunstig element' laat zich moeilijk denken; ook wettelijke voorzieningen die *separate but equal* zijn, zullen steeds als 'ongunstig' voor bepaalde personen kunnen worden beschouwd.

Burkens heeft de beperking van het begrip 'discriminatie' tot grievende handelingen bestreden door er op te wijzen dat de 'vormen van discriminatie die voor samenlevingen als de onze het meest onrustbarend zijn (...) juist de verhulde, de structurele (zijn), de vormen van benadeling die onder goede woorden worden begraven of zakelijk gerechtvaardigd'.[43] Bovendien is het veelal ondoenlijk om vast te stellen of ongelijke behandeling als krenkend is te kwalificeren.

Om beide redenen ben ik van mening dat het verbod van discriminatie niet slechts het op grievende wijze hanteren van differentiatiecriteria betreft.[44] Dat wil niet zeggen dat het verbod van discriminatie zich tegen het maken van alle onderscheid tussen personen verzet. Onderscheid kan gerechtvaardigd zijn. Het verbod van discriminatie heeft slechts betrekking op *ongerechtvaardigd* onderscheid. De beperking daartoe is in de literatuur echter niet onomstreden, zoals in de nu volgende paragraaf blijkt.

4.6.2.4 Discriminatie als ongerechtvaardigd onderscheid

Dat brengt ons op de tweede van de hierboven gestelde vragen: Geldt er inderdaad geen absoluut verbod om onderscheid te maken op een van de bedoelde gronden?

40 Handelingen II 1976/77, p. 2151.
41 L. Mulder 1985: 78, 1987: 108 en 1993: 63.
42 Akkermans 1992: 45.
43 Burkens 1982: 62.
44 Zie Waaldijk en Tielman 1984: 211.

Mulder heeft de stelling verdedigd dat het discriminatieverbod van artikel 1 bedoeld is als een absoluut verbod op elke ongelijke behandeling wegens bepaalde persoonsgebonden groepskenmerken.[45] Indien dat inderdaad de betekenis van het discriminatieverbod zou zijn, dan zou 'nader onderzoek naar de ratio van het onderscheid in kwestie overbodig' zijn, zoals zij terecht schrijft.[46] En een verplichting tot het geven van een overbodige motivering valt moeilijk aan te nemen.

Volgens Burkens[47] en Hirsch Ballin[48] is een 'absolute' interpretatie als bepleit door Mulder echter niet mogelijk. De woorden 'of op welke grond dan ook' verzetten zich ertegen (wetgeving die op geen enkele grond onderscheid mag maken is immers niet voorstelbaar). Ook staat een dergelijke interpretatie op gespannen voet met de parlementaire geschiedenis, waarin bij herhaling verzekerd werd dat bij het nemen van beslissingen onder omstandigheden acht geslagen mag worden op iemands politieke gezindheid.[49] Ook 'positieve discriminatie' is moeilijk in overeenstemming te brengen met een absoluut verbod op onderscheid wegens (onder meer) ras en geslacht.

Anders dan Burkens en Hirsch Ballin acht ik geen van deze drie bezwaren tegen de 'absolute' interpretatie onoverkomelijk. In de eerste plaats kan men de betekenis van de woorden 'of welke grond dan ook' immers beperkt achten door het woord 'discriminatie'.[50] Wanneer men de woorden gezamenlijk leest als 'onderscheid wegens duurzame persoonsgebonden groepskenmerken', blijft zelfs onderscheid wegens leeftijd nog buiten het bereik van het alsdan absolute verbod. In de tweede plaats zijn parlementaire geschiedenissen niet beslissend (geen van de genoemde voorbeelden van toelaatbaar te achten onderscheid wegens politieke gezindheid betrof overigens onderscheid bij *wet*). In de derde plaats zou men 'positieve discriminatie', een uitzondering op het formele-gelijkheidsbeginsel, desgewenst ook kunnen rechtvaardigen met een beroep op het materiële-gelijkheidsbeginsel.[51]

De interpretatie van Mulder is dus minder onhoudbaar dan de stelligheid van de kritiek daarop doet vermoeden. Heersende leer is zij echter geenszins.[52] Dat kan nog veranderen. Belangrijke, door Mulder genoemde, rechtspolitieke argumenten pleiten voor een 'absolute' interpretatie van het discriminatieverbod: ten behoeve van de emancipatie van achtergestelde groepen[53] moet voorkomen worden dat ongelijkheid met 'kulturele meerderheidsnormen' gerechtvaardigd wordt,[54] dat redelijk lijkende maar

45 L. Mulder 1985: 78-79, 1987: 111 en 1993: 63-64.
46 L. Mulder 1987: 111.
47 Burkens 1982: 61.
48 Hirsch Ballin 1988a: 138.
49 Kamerstukken II 1975/76, 13872 nr. 3, p. 25; Kamerstukken I 1976/77, 13872 nr. 55b, p. 34.
50 Zoals Burkens zelf ook doet, 1982: 63, zie hieronder.
51 L. Mulder 1987: 109.
52 Zie naast de genoemde beschouwingen van Burkens en Hirsch Ballin ook: Den Boer 1987: 133; Akkermans 1992: 46; Kortmann 1987: 62 en 1990: 360; Van der Pot/Donner/De Reede 1989: 264-265.
53 L. Mulder 1985: 80.
54 L. Mulder 1985: 82; Waaldijk 1993: 79.

irrelevante argumenten gehanteerd worden,[55] en dat 'het beginsel van de gelijke behandeling' wordt 'verlegd naar het beginsel van de redelijke argumentatie'.[56]

Een en ander kan echter ook bereikt worden door ten aanzien van bepaalde differentiatiecriteria zeer strenge eisen te stellen met betrekking tot de daarvoor (volgens de heersende leer) vereiste rechtvaardiging. In combinatie met deze nadere uitleg[57] verdient de als heersende leer te erkennen interpretatie van Hirsch Ballin en anderen om twee redenen de voorkeur boven de 'absolute' interpretatie van Mulder.

In de eerste plaats wordt het woord 'discriminatie' aldus in zijn thans gangbare *pejoratieve* betekenis opgevat.[58] Onder 'discriminatie' wordt niet alle onderscheid begrepen — zoals ook Minister W.F. de Gaay Fortman, op wiens uitlatingen Mulder[59] zich beroept, te kennen gaf [60] — maar slechts (bepaalde vormen van) *ongerechtvaardigd* onderscheid. De neutrale betekenis van het begrip 'discriminatie' wordt in het Nederlandse recht meestal aangeduid met het woord 'onderscheid'.[61] Mulder maakt in haar beschouwingen weliswaar ook gebruik van het woord 'pejoratief',[62] maar dat heeft dan niet betrekking op de (normatieve) betekenis van het begrip 'discriminatie', maar op het (krenkende) karakter van bepaalde vormen van ongelijke behandeling.

Het belangrijkste argument tegen de 'absolute' interpretatie, acht ik de daarbij behorende noodzaak om een restrictieve uitleg te geven aan de woorden 'of op welke grond dan ook'. Zowel bij de Raad van State,[63] als in de Tweede Kamer,[64] bestond bezwaar tegen de aanvankelijk door de regering voorgestelde limitatieve opsomming van gronden. De Raad van State vroeg zich af of daaraan niet het gevaar verbonden was dat 'een dekmantel is aangereikt voor discriminatie op grond van (...) bijvoorbeeld de nationaliteit, het homofiel zijn, de afkomst'.[65] In de Tweede Kamer werden als buiten schot gelaten gronden onder meer genoemd: 'seksuele geaardheid' [66] en 'burgerlijke staat'.[67] Een door het kamerlid M. Bakker ingediend amendement tot toevoeging van de woorden 'of op welke grond dan ook' [68] werd vanuit de kamer niet bestreden, en vervolgens door de regering overgenomen.[69]

Dat alle onderscheid wegens afkomst of seksuele gerichtheid absoluut verboden zou zijn, zou nog denk- en verdedigbaar zijn. Dat kan echter moeilijk gezegd worden van

55 L. Mulder 1987: 112.
56 L. Mulder 1993: 113.
57 Waarover meer in paragraaf 4.6.2.6 hieronder.
58 Zoals de grondwetgever, althans het kamerlid Drees, ook bedoeld heeft: Handelingen II 1976/77, p. 2151.
59 L. Mulder 1985: 78 en 1993: 63.
60 Handelingen II 1976/77, p. 2151.
61 Bijvoorbeeld in de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen, en in de Algemene wet gelijke behandeling.
62 L. Mulder 1985: 78; 1987: 108 en 111; 1993: 63 en 65.
63 Kamerstukken II 1975/76, 13872 nr. 4, Bijlage I, p. 59 en 63.
64 Idem, nr. 6, p. 23-27.
65 Idem, nr. 4, p. 63.
66 Idem, nr. 6, p. 24 en 26.
67 Idem, p. 27.
68 Kamerstukken II 1976/77, 13872 nr. 18.
69 Handelingen II 1976/77, p. 2154.

onderscheid wegens nationaliteit of burgerlijke staat, en evenmin van onderscheid wegens leeftijd of invaliditeit. De vier laatstgenoemde gronden zouden bij de 'absolute' interpretatie van het discriminatie-verbod buiten boord vallen. Daardoor zou onderscheid op die gronden slechts bestreken worden door de zwakkere (want meer beleidsvrijheid latende, en slechts volgens enkele schrijvers motivering vergende) norm van de eerste volzin.

Het verdient daarom de voorkeur de tweede volzin van artikel 1 conform het amendement van M. Bakker zó uit te leggen, dat hij ook betrekking heeft op discriminatie wegens afkomst, seksuele gerichtheid, burgerlijke staat, nationaliteit, invaliditeit, leeftijd of op welke grond dan ook. Juist door de toevoeging van die laatste zes woorden is het discriminatieverbod in Nederland tot een werkelijk *algemeen* rechtsbeginsel geworden.

4.6.2.5 Op welke grond dan ook

En daarmee zijn we beland bij de derde vraag over de door Hirsch Ballin geformuleerde interpretatie van artikel 1, tweede volzin. Hij sprak van het voor 'tegenbewijs' vatbare 'vermoeden van ongeoorloofdheid der met name genoemde differentiatiecriteria'.[70] Is deze 'bewijslastverdeling' inderdaad slechts van toepassing bij onderscheid op een van die vijf gronden?

Nee, ook volgens Hirsch Ballin geldt het discriminatieverbod niet slechts voor onderscheid op een van de vijf in artikel 1 genoemde gronden, maar voor elk onderscheid op grond van een 'door andere grondrechten reeds tegen aantasting door de overheid beschermd aspect van de persoonlijke integriteit', dus ook voor onderscheid wegens bijvoorbeeld 'seksuele geaardheid, invaliditeit, afkomst'.[71] Daar trekt hij echter de grens: Wanneer er geen sprake is van 'differentiatiecriteria die iemands door grondrechten in het bijzonder beschermde eigenschappen betreffen', dan kan men 'bezwaarlijk van discriminatie in de zin van artikel 1, tweede volzin, spreken'.[72]

Betekent dit nu, dat onderscheid wegens nationaliteit, burgerlijke staat of leeftijd buiten het bereik van het discriminatieverbod valt, en daarmee buiten het bereik van de bijbehorende motiveringsplicht? De parlementaire geschiedenis wijst in een andere richting.[73]

Hirsch Ballin is echter niet de enige schrijver die een restrictieve uitleg aan de woorden 'of op welke grond dan ook' tracht te geven. Volgens Burkens 'trivialiseert (men) het begrip door het van toepassing te achten op elke vorm van categoriale benadeling (discriminatie van automobilisten)'.[74] Hij geeft de volgende afbakening:

70 Hirsch Ballin 1988a: 140.
71 Hirsch Ballin 1988a: 140-142.
72 Hirsch Ballin 1988a: 144.
73 Zie ten aanzien van nationaliteit en burgerlijke staat de in paragraaf 4.6.2.4 aangehaalde voorgeschiedenis van het amendement van M. Bakker, en ten aanzien van het species huwelijkse staat van het genus burgerlijk staat: Kamerstukken II 1981/82, 16905 nr. 5, p. 16, en Kamerstukken I 1981/82, 16905 nr. 47a, p.14.
74 Burkens 1982: 63.

> 'Discriminatie heeft betrekking op groepen die àls groep worden gekenmerkt door attributen die de leden van de groep òf überhaupt niet kunnen afleggen (zoals ras of geslacht), òfwel niet kunnen afleggen zonder daarmee schade te berokkenen aan de eigen persoonlijkheid (zoals godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid).' [75]

Ook volgens Loenen levert ongerechtvaardigde ongelijke behandeling van categorieën weggebruikers (als voorbeeld noemt zij bromfietsers die anders dan snorfietsers een helm moeten dragen) geen verboden discriminatie op:

> 'Discriminatie doet zich alleen voor als er sprake is van een structurele achterstelling, en/of als er sprake is van een maatschappelijk patroon van benadeling van een specifieke groep.' [76]

Door het ontbreken van enige verwijzing naar andere grondrechten zijn de afbakeningen van Burkens en Loenen wat ruimer dan die van Hirsch Ballin.[77] Zij hebben als voordeel dat zij duidelijk ook betrekking hebben op niet aflegbare (en nog nauwelijks door grondrechten beschermde) attributen als leeftijd en invaliditeit, en op moeilijk aflegbare attributen als nationaliteit, huwelijkse staat en seksuele gerichtheid.

Toch zijn ook de door Burkens en Loenen gegeven afbakeningen moeilijk te rijmen met de tekst en de (hierboven gememoreerde) parlementaire geschiedenis van de woorden 'op welke grond dan ook'. Een ruimere formulering van het niet-limitatieve karakter van de opsomming is immers nauwelijks voorstelbaar. Ik ben dan ook van mening dat de tweede volzin discriminatie op *elke* grond verbiedt. Aldus ook de ministers tijdens de tweede lezing van de grondwetsherziening:

> 'Naar de tekst genomen sluit de genoemde zinsnede inderdaad geen enkele grond voor het verbod van discriminatie uit. De strekking van het verbod is het verbieden van onderscheid op grond van eigenschappen of kenmerken van personen, die in redelijkheid niet relevant zijn voor het bepalen van aanspraken en verplichtingen op een bepaald gebied van maatschappelijk leven (...). Dit zal meebrengen dat slechts ten aanzien van bepaalde kenmerken en eigenschappen van personen het verbod van discriminatie van toepassing zal worden. Welke kenmerken en eigenschappen dit zullen zijn, zal door de maatschappelijke werkelijkheid worden bepaald.' [78]

Let wel: in de laatste zinnen — in de toekomende tijd geschreven — wordt geen uitspraak gedaan over de betekenis van het artikel zoals het in de Grondwet staat,[79] maar over de verwachte toepassing van dat artikel. Ten aanzien van allerlei triviale eigenschappen van mensen (zoals de kleur van hun ogen) zal het verbod van discriminatie vermoedelijk nooit toegepast hoeven te worden — maar dat betekent nog niet dat discriminatie wegens oogkleur toegestaan is. En of het maken van onderscheid tussen, pakweg, automobilisten en treinreizigers (bijvoorbeeld inzake de reiskostenaftrek) een vorm van verboden discriminatie is, hangt af van de eventuele gerechtvaardigdheid van het onderscheid — in het licht van wat vanuit de regering 'maat-

75 Burkens 1982: 63.
76 Loenen 1992: 218.
77 Zie ook: Den Boer 1987: 133; Van der Pot/Donner/De Reede 1989: 264; Akkermans 1992: 46.
78 Kamerstukken II 1981/82, 16905 nr. 5, p. 16.
79 Zoals Kortmann 1990: 360 meent.

schappelijke werkelijkheid' werd genoemd — en niet van de eventuele trivialiteit van het criterium.

Nu de tweede volzin van artikel 1 inderdaad betrekking heeft op discriminatie wegens welke grond dan ook, bestaat er geen reden om de uit die volzin afgeleide motiveringsplicht slechts van toepassing te achten bij onderscheid wegens bepaalde gronden. Onderscheid op welke grond dan ook moet gemotiveerd worden.

4.6.2.6 Meer en minder rechtvaardigbaar onderscheid

De conclusie kan zijn dat uit artikel 1, tweede volzin, van de Grondwet voor de wetgever de verplichting voortvloeit om bij het maken van enig onderscheid tussen personen altijd te motiveren waarom dat onderscheid gerechtvaardigd is.

Onderscheid op de ene grond is moeilijker te rechtvaardigen en te motiveren dan onderscheid op een andere grond.[80] Op twee manieren kan gedifferentieerd worden. Tussen verschillende — meer en minder verdachte — gronden, en tussen groepen personen die veelvuldig het slachtoffer zijn van onderscheid op een bepaalde grond en groepen die daarvan slechts zelden last hebben. Beide differentiaties bespreek ik hier kort.

In parlementaire geschiedenis, literatuur en andere (nationale en internationale) grondrechtsbepalingen begint zich — zoals hierboven in paragraaf 4.6.2.5 al bleek — een *classificatie van gronden* af te tekenen op basis waarvan onderscheid meer of minder rechtvaardigbaar wordt geacht.[81] Deze zich nog ontwikkelende classificatie zou als volgt weergegeven kunnen worden:

- Onderscheid op sommige gronden (zoals ras, afkomst, geslacht, seksuele gerichtheid, godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid) is vanwege historische beladenheid of in verband met andere fundamentele rechtsbeginselen (democratie, vrijheidsrechten) zeer verdacht, en daarom in wetten vrijwel nooit gerechtvaardigd. Bij onderscheid op deze gronden zal steeds een 'sterk vermoeden' van discriminatie bestaan.[82] Dergelijk onderscheid vergt derhalve altijd een *zeer zware* motivering.[83]
- Onderscheid op andere gronden (zoals opleiding, deskundigheid, inkomen, vermogen) is in wetten meestal minder 'verdacht', maar vergt ter rechtvaardiging wel steeds een *deugdelijke* motivering.

Daartussen zou men nog een categorie van gronden kunnen plaatsen die slechts bij uitzondering de basis voor wettelijk onderscheid kunnen vormen (zoals invaliditeit, leeftijd, nationaliteit, burgerlijke staat en leefvorm). Het is echter moeilijk om tussen 'zeer zwaar' en 'deugdelijk' een derde gradatie van motivering te vinden. Het belang

80 Den Boer 1987: 133.
81 Zie ook de paragrafen 3.1.6.1 en 5.4.3.5.
82 Rapport *Gelijk in de praktijk*, 1990: 10 en 35.
83 *Gelijk in de praktijk* 1990: 10 en 35.

van deze tussencategorie ligt er vooral in dat er maatschappelijke druk wordt uitgeoefend om deze gronden tot de eerste categorie te rekenen. Met name ten aanzien van onderscheid wegens burgerlijke staat en nationaliteit lijkt die druk succes te hebben: anders dan bijvoorbeeld leeftijd en invaliditeit zijn die gronden al opgenomen in de Algemene wet gelijke behandeling. In het rapport *Gelijk in de praktijk* wordt burgerlijke staat al tot de eerste categorie gerekend.[84]

Bij bepaalde gronden kan men daarnaast nog verschil maken tussen onderscheid ten nadele van personen die vaak of systematisch worden gediscrimineerd en mede daardoor extra kwetsbaar zijn enerzijds, en onderscheid ten nadele van bijvoorbeeld mannen, blanken of gehuwde heteroseksuelen anderzijds. De rechtvaardiging van onderscheid van het eerste type dient aan zwaardere eisen te voldoen dan de rechtvaardiging van onderscheid van het tweede type.[85] Een aanvaardbare rechtvaardiging van wettelijk onderscheid ten nadele van vrouwen is bijvoorbeeld vrijwel niet voorstelbaar, terwijl sommig onderscheid ter bescherming of ter emancipatie van vrouwen wel goed gerechtvaardigd kan worden — ook als dat ten nadele van mannen is.

Van Maarseveen heeft voorgesteld om onderscheid van het eerste type 'congruent' te noemen, omdat het onderscheid is dat 'past in een patroon' en 'symptomatisch (is) voor het algemene beeld'.[86] In dit verband wordt ook wel gesproken van 'institutionele discriminatie'.[87] Voor iets dat eigenlijk vanzelf zou moeten spreken acht ik geen van beide termen geschikt. De term '*heersend onderscheid*' geeft beeldender en directer aan wat ermee bedoeld wordt en verdient daarom de voorkeur.[88]

4.6.3 Grondwettelijke doelcriteria

Ten aanzien van enkele grondrechten heeft de Grondwet[1] de beperkingsmogelijkheden aangegeven door hantering van (onder meer) de methode van de *doelcriteria*. Een 'aantal beleidsdoeleinden wordt opgesomd ten behoeve waarvan op het grondrecht inbreuk mag worden gemaakt', wat betekent dat 'in de desbetreffende artikelen te lezen is welke belangen een rechtvaardiging voor het aanbrengen van beperkingen opleveren'.[2]

In vijf grondrechtsbepalingen waar deze methode is toegepast, is steeds de wetgever (eventueel naast andere organen) tot beperking bevoegd. In artikel 103 ligt dat iets anders (zie paragraaf 4.6.3.4). In de artikelen 6, 7, 8, 9 en 14 wordt de bevoegdheid van de wetgever begrensd door de genoemde beleidsdoeleinden. De wetgever mag het

84 *Gelijk in de praktijk* 1990: 10.
85 Van Maarseveen 1990b: 27-28; Loenen 1992: 218.
86 Van Maarseveen 1990b: 27-28.
87 Pessers 1991: 16.
88 Vergelijk Waaldijk 1992a: 70, waar ik, minder puristisch, nog sprak van 'dominerend onderscheid'.
1 Evenals de mensenrechtenverdragen, zie paragraaf 3.1.3.
2 Aldus ministers tijdens de grondwetsherziening van 1983: Kamerstukken II 1975/76, 13872 nr. 3, p. 17; gelijkluidend: Burkens 1989: 93.

desbetreffende grondrecht niet op grond van elk denkbaar motief beperken, maar slechts op grond van bepaalde motieven.

4.6.3.1 Wanneer de doel-gebondenheid geldt

Ten aanzien van twee grondrechten is de wetgever *steeds* aan bepaalde beperkingsmotieven gebonden: Het recht tot *vereniging* mag hij alleen beperken in het belang van de openbare orde (artikel 8). Het eigendomsrecht mag hij door middel van *onteigening* alleen beperken in het algemeen belang (artikel 14, eerste lid).[3]

In de drie andere grondwetsbepalingen waar de methode van de doelcriteria wordt gehanteerd, is sprake van 'regelen ter bescherming van de goede zeden' (artikel 7, derde lid) en 'regels stellen ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden' (artikelen 6 en 9, telkens het tweede lid). Het gebruik van de woorden 'regelen' en 'regels' betekent (volgens de gangbare interpretatie) dat de wetgever mag *delegeren*. De drie bepalingen met de doelcriteria worden echter telkens voorafgegaan door een bepaling met de woorden 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet'. Daarin wordt de wetgever dus de algemene — niet doelgebonden maar ook niet te delegeren — bevoegdheid gelaten om inbreuk te maken op het grondrecht. De twee beperkingsclausules laten elkaar onverlet.[4] De bevoegdheid tot delegatie kan de wetgever slechts ontlenen aan de bepalingen waarin die motieven limitatief opgesomd zijn. Aan de genoemde beperkingsmotieven is de wetgever dus (slechts) gebonden wanneer hij delegeert.

Vermeulen[5] en Akkermans[6] zwijgen over deze binding van de wetgever zelf; volgens hen is het de *uitoefening* van de gedelegeerde bevoegdheid die aan de desbetreffende doelen is gebonden. Ook Kortmann laat zich ergens in die zin uit;[7] elders in hetzelfde handboek blijkt hij echter toch juist de wetgever gebonden te achten.[8] Dat laatste lijkt gezien de tekst van de bepalingen de juiste interpretatie.

Regelgeving inzake de inhoud van gedachten of gevoelens die geopenbaard worden in *vertoningen* toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar, mag de wetgever dus slechts delegeren ter bescherming van de goede zeden (artikel 7, derde lid, tweede volzin). En regelgeving ter zake van de uitoefening van de vrijheid van *belijdenis* buiten gebouwen en besloten plaatsen (artikel 6) en regelgeving inzake de vrijheid van *vergadering* en *betoging* (artikel 9) mag hij slechts delegeren ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer, of ter bestrijding of voorkoming van

3 Het tweede geval is hier van weinig belang, nu de bevoegdheid tot onteigening door de Grondwet niet wordt voorbehouden aan de wetgever, en in de praktijk ook zelden 'bij wet' wordt uitgeoefend.
4 Aldus de memorie van toelichting ten aanzien van artikel 6: Kamerstukken II 1975/76, 13872 nr. 3, p. 30.
5 Vermeulen 1992: 120.
6 Akkermans 1992: 214.
7 Kortmann 1990: 111.
8 Kortmann 1990: 376 en 386.

wanordelijkheden.[9] Aldus ook de in de memorie van toelichting bij het voorstel Wet openbare manifestaties gegeven interpretatie van de artikelen 6 en 9:

> 'Beperking bij lagere regeling moet ( ) steunen op een specifieke formele wetsbepaling, waarbij de beperkingsbevoegdheid is verleend, *verlening* mag slechts geschieden ter bescherming van een of meer van de ( ) genoemde belangen ( ) ' [10]

Voor de omvang van de binding van de wetgever aan de in de artikelen 6, 7 en 8 genoemde doelcriteria is het derhalve van belang wat onder 'delegatie' van regelgevende bevoegdheid wordt verstaan. Bij de grondwetsherziening van 1983 blijkt men een *materieel delegatie-begrip* op het oog gehad te hebben, dat zowel ruimer als beperkter[11] is dan het vroeger gangbare formele delegatie-begrip.

Onder delegatie in formele zin viel slechts — elke — overdracht van (regelgevende) bevoegdheid. Onder delegatie in materiële zin daarentegen valt ook het door de wetgever (bijvoorbeeld door middel van vage termen) toekennen van discretionaire beschikkingsbevoegdheid.[12]

Anderzijds levert niet elke overdracht van regelgevende bevoegdheid delegatie in materiële zin op. Indien 'de aard van het onderwerp er zich niet tegen verzet', is het overdragen van de bevoegdheid tot het vaststellen van 'voorschriften over detailpunten die ertoe strekken de praktische toepassing van een wettelijke regeling mogelijk te maken' volgens de regering geen (verboden) delegatie in de zin van de Grondwet.[13] Aldus ook de toelichting bij aanwijzing 23 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, evenals het rapport *Orde in de regelgeving* van de Commissie Wetgevingsvraagstukken.[14] Deze materiële beperking van het delegatie-begrip is bestreden door Heringa[15] en 'merkwaardig' genoemd door Boon.[16] Zij steunt echter op de zojuist geciteerde, mijns inziens vrij duidelijke, woorden uit de nota naar aanleiding van het eindverslag bij wetsvoorstel 13990, die een nuancering bevatten op de strikter formulering uit de (hierboven aangehaalde) memorie van toelichting bij wetsvoorstel 13872. Bovendien kan aan de waarborgfunctie van de grondwettelijke delegatieverboden geen inhoudelijk argument ontleend worden om ook het regelen van details aan de wetgever voor te behouden. Met laatstgenoemde auteur acht ik deze materiële beperking van het delegatie-begrip dan ook 'constitutioneel aanvaardbaar',[17] mits 'men wezenlijke bepalingen goed blijft onderscheiden van detailpunten'.[18]

Hantering van dit in twee richtingen materieel afgebakende delegatie-begrip levert in combinatie met de in de artikelen 6, 7 en 9 genoemde motieven zinvolle regels op. Niet alleen wanneer de beperking van het desbetreffende grondrecht overgedragen wordt aan

9 De Winter 1986b 1083, Kortmann 1987 91 en 1990 376 en 386
10 Kamerstukken II 1985/86, 19427 nr 3, p 2, mijn cursivering, W
11 Kortmann 1990 320
12 Kamerstukken II 1975/76, 13872 nr 3, p 23, Heringa 1987 77, Kortmann 1987 28 en 1990 320
13 Kamerstukken II 1978/79, 13990 nr 9 herdruk, p 8
14 *Orde in de regelgeving* 1985 45
15 Heringa 1987 79
16 Boon 1986 77
17 Boon 1986· 78
18 Boon 1986 77, zie ook Kortmann 1990 40

een lagere regelgever, maar ook wanneer beperking wordt overgelaten aan het vrije beleidsoordeel van een beschikkend orgaan, dient de delegatie te strekken ter bescherming van bijvoorbeeld de gezondheid. De Grondwet eist echter niet dat het overlaten van de regeling van detailpunten gerechtvaardigd wordt door een van de genoemde doelen.

4.6.3.2 Betekenis van de genoemde doelcriteria

Het belang van de vermelding van bepaalde doelen is vooral gelegen in het onvermeld — en dus verboden — blijven van andere doelen. Van de in de artikelen 6, 7, 8, 9 en 14 genoemde doelen is het ene nog vager en ruimer dan het andere. Toch valt niet elk denkbaar doel eronder. Bovendien worden zij nader geconcretiseerd door andere grondrechten.[19]

Het ruimst is 'het algemeen belang', genoemd in artikel 14, maar zelfs daarin kan men een beperking lezen. Onteigening voor een particulier belang is niet toegestaan.[20]

Iets minder ruim is 'het belang van de openbare orde', genoemd in artikel 8, dat volgens de regering 'niet alomvattend' is.[21] Aanvankelijk was voorgesteld 'openbare orde en de goede zeden'. Door aanvaarding van een amendement-Huijsen[22] zijn de laatste woorden vervallen. Volgens sommigen kan men 'de goede zeden' nu onder het begrip 'openbare orde' laten vallen.[23] Zo men dat al doet, dan zal men het begrip 'goede zeden' moeten interpreteren in het licht van het begrip 'openbare orde': het belang van niet-openbare (particuliere) goede zeden kan dan geen rechtvaardiging voor een beperking van de vrijheid van vereniging opleveren.

Het begrip 'bescherming van de goede zeden' komt wel voor in artikel 7, derde lid. Volgens de memorie van toelichting moet dit criterium 'ruim' worden opgevat, 'zodat onder de bescherming van de goede zeden ook valt de bescherming van de zedelijke ontwikkeling van deze jeugdigen'.[24] Erg ruim is de gegeven interpretatie niet. En terecht, want met een al te ruime uitleg van een begrip als 'de goede zeden' blijft er al snel weinig over van de waarborgfunctie van het desbetreffende grondrecht. Een beperkte interpretatie via het (omvattende) begrip 'openbare orde' is in artikel 7 niet mogelijk. Wel kan men uit het gelijkheidsbeginsel van artikel 1 en uit de gelijkstelling van godsdienst en levensovertuiging in artikel 6 afleiden, dat beperkingen als bedoeld in de tweede volzin van artikel 7, derde lid, niet gerechtvaardigd kunnen worden met een beroep op de zedelijkheidsopvattingen van een specifieke godsdienstige of levensbeschouwelijke stroming.

Concreter zijn de in de artikelen 6 en 9 genoemde doelen: 'bescherming van de gezondheid', 'belang van het verkeer' en 'bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden'. Men kan deze drie gronden opvatten als aspecten van het omvattende begrip

19 Heringa 1989a: 143.
20 Zie Geppaart 1982: 303.
21 Kamerstukken II 1976/77, 13872 nr. 7, p. 32.
22 Idem, nr. 24.
23 Van der Pot/Donner/Prakke 1989: 294; Kortmann 1987: 90.
24 Kamerstukken II 1975/76, 13872 nr. 3, p. 36.

'openbare orde'. Samen zijn de drie beperkter dan dat begrip, dat tot 1983 nog in artikel 9 van de Grondwet stond.[25] Andere aspecten van de 'openbare orde' kunnen (evenmin als buiten de 'openbare orde' gelegen motieven) geen rechtvaardiging opleveren voor regelgeving op grond van de tweede leden van de artikelen 6 en 9. Om deze begrenzing van de beperkingsbevoegdheid niet in rook te doen opgaan, mogen de drie genoemde doelen niet al te ruim worden geïnterpreteerd.[26] Dit betekent dat bijvoorbeeld de in de Wet openbare manifestaties vervatte delegatie niet gemotiveerd had mogen worden met een beroep op 'het decentralisatiebeginsel dat de regering in haar beleid tot uitdrukking wil brengen', zoals wel gebeurd is.[27] Een grondwettelijk wel toelaatbaar argument had kunnen zijn dat de overheid op een lager territoriaal niveau beter in staat is de noodzaak van maatregelen ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden te beoordelen.

4.6.3.3 Waartoe de doel-gebondenheid verplicht

Anders dan de overeenkomstige bepalingen in het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens[28] geeft de tekst van de artikelen 6, 7, 8, 9 en 14 niet aan dat de beperkingen *noodzakelijk* moeten zijn met het oog op de genoemde doelen. Dat dit toch de bedoeling van 'de grondwetgever' is zou men, althans ten aanzien van de artikelen 6 en 9, af kunnen leiden uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat tot die artikelen heeft geleid:

> 'Wij zijn van mening, dat (artikel 6) de mogelijkheid moet bevatten, dat bij ( ) de wet regels worden gesteld ( ) welke ter bescherming van de gezondheid ( ) vereist zijn '[29]

> 'Zo behoort (artikel 9) geen beletsel te vormen om bijeenkomsten te verbieden wanneer dat ter bestrijding van een epidemie ( ) vereist is '[30]

In de literatuur wordt de noodzakelijkheidseis echter niet aangenomen. Daar hanteert men — in navolging van de Grondwet — vage formuleringen als: 'met het oog op',[31] 'dienen ter',[32] 'mits deze in het belang (zijn) van',[33] 'in het geding zijn'.[34] Ook De Winter lijkt ervan uit te gaan dat deze grondwetsartikelen — anders dan de bepalingen van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens — niet slechts beperkingen toelaten die door de genoemde doelen worden *gevorderd*.[35]

25 Kortmann 1987 91
26 Aldus ook Heringa en Zwart 1991 54
27 Kamerstukken II 1985/86, 19427 nr 3, p 5
28 Zie paragraaf 3 1 4
29 Kamerstukken II 1975/76, 13872 nr 3, p 30
30 Idem, p 39
31 Koekkoek en Konijnenbelt 1982 28 ten aanzien van alle vijf artikelen
32 Heringa en Zwart 1991 46 over artikel 6
33 Kortmann 1987 89-90 over artikel 8
34 Heringa 1987 79 over artikel 6 en 9
35 De Winter 1986b 1084 en 1988 94

Al met al zou ook ik niet durven concluderen dat beperkingen van deze grondrechten slechts toegestaan zijn indien dat met het oog op een van de genoemde doelen noodzakelijk is. Anderzijds meen ik dat de waarborgfunctie van de doelcriteria ondermijnd wordt, wanneer men daarin niets meer leest dan (bijvoorbeeld) dat de genoemde doelen 'in het geding' zijn, of dat men er 'het oog op' heeft. Volgens de aan het begin van paragraaf 4.6.3 geciteerde omschrijving van de methode van de doelcriteria dient telkens een van de genoemde belangen het aanbrengen van beperkingen te *rechtvaardigen*. Gezien het voorgaande betekent dit volgens mij in ieder geval dat de beperking met het oog op een van die doelen *wenselijk* moet zijn. Meer in het bijzonder kan men verlangen dat de verhouding tussen het middel (inbreuk op een grondrecht) en het doel *evenredig* is, en dat er een *zorgvuldige afweging* heeft plaatsgevonden tussen de in het doelcriterium verwoorde belangen en de door het grondrecht beschermde belangen.[36] Aldus worden motieven verlangd die gedeeltelijk politiek, en gedeeltelijk juridisch van aard zijn.[37]

Het voorgaande laat zich als volgt samenvatten:

Ingevolge artikel 9 is materiële delegatie van de bevoegdheid tot beperking van de vrijheid van vergadering en betoging slechts toegestaan, indien:

— *die delegatie* wenselijk is met het oog op een van de drie in het tweede lid genoemde doelen,
— er tevens sprake is van evenredigheid tussen dat doel en de delegatie van de beperkingsbevoegdheid en
— de delegatie bovendien berust op een zorgvuldige afweging van de betrokken belangen.

Iets dergelijks geldt ten aanzien van artikel 6, tweede lid, en artikel 7, derde lid.

Ingevolge artikel 8 is beperking van de vrijheid van vereniging slechts toegestaan, indien *die beperking* wenselijk is met het oog op het belang van de openbare orde, en er tevens sprake is van evenredigheid tussen dat doel en de beperking, en de beperking bovendien berust op een zorgvuldige afweging van de betrokken belangen. Ingevolge artikel 14, eerste lid, is onteigening slechts toegestaan indien dat met het oog op het algemeen belang wenselijk is, en er verder sprake is van evenredigheid en zorgvuldige afweging (en van vooraf verzekerde schadeloosstelling).

De drie aldus uit de diverse doelcriteria afgeleide vereisten (wenselijkheid met het oog op genoemd doel, evenredigheid, zorgvuldige belangenafweging) kunnen in theorie in stilte door de wetgever vervuld worden. Dan zou echter de controle op naleving van deze vereisten buitengewoon moeilijk worden. Het ligt daarom voor de hand uit de bepalingen waarin doelcriteria worden genoemd ook nog een verplichting tot *motivering* af te leiden. Dat spreekt zelfs zozeer vanzelf dat slechts enkele van de door mij

36 Den Dekker-van Bijsterveld 1990: 209-211; Van der Meer 1991: 199; vergelijk ook Burkens 1989: 148.
37 Vergelijk paragraaf 1.3.3.

geraadpleegde schrijvers het nodig hebben geoordeeld op die plicht te wijzen.[38] Die motiveringsplicht houdt tenminste in dat de wetgever moet vermelden welk specifiek doel hij op het oog heeft,[39] onder welke van de in de Grondwet genoemde doeleinden hij dat doel schaart, en waarom hij delegatie of beperking *met het oog op dat doel* wenselijk acht.

Idealiter geeft de wetgever daarbij ook aan dàt en hóe hij de betrokken belangen tegen elkaar heeft afgewogen,[40] en waarom hij de verhouding tussen doel en middel evenredig acht. Maar ook dergelijke nadere motiveringsplichten als reeds geldend recht af te leiden uit de doelclausuleringen van de artikelen 6, 7, 8, 9 en 14, gaat wat ver.

4.6.3.4 Het doelcriterium van artikel 103

Ook in het eerste lid van artikel 103 staat een doelcriterium vermeld. Anders dan in de artikelen 6, 7, 8, 9 en 14 heeft deze doelvermelding grammaticaal echter geen betrekking op een bevoegdheid van de wetgever, maar op een bevoegdheid van de regering. Deze mag — in bij de wet aangewezen gevallen — een *uitzonderingstoestand* slechts afkondigen 'ter handhaving van de uit- of inwendige veiligheid'.[41] Dit impliceert weliswaar dat de wetgever geen verdergaande bevoegdheden aan de regering mag toekennen, maar volgens de tekst van artikel 103 is de wetgever niet gebonden aan het vermelde doel: niet bij het bepalen van de gevallen, niet bij het aanwijzen van de verschillende soorten uitzonderingstoestanden, niet bij het regelen van de gevolgen van afkondiging daarvan, en zelfs niet bij het daarbij eventueel afwijken van de in het tweede lid genoemde grondwetsbepalingen. Dat deze bevoegdheden van de wetgever slechts gebruikt mogen worden ter handhaving van de uit- of inwendige veiligheid spreekt echter vanzelf. Ik meen dan ook te mogen concluderen dat de wetgever bij uitwerking van artikel 103 zal moeten motiveren waarom hij een en ander met het oog op handhaving van de veiligheid wenselijk acht.

4.6.4 Nakoming van de onderscheiden motiveringsplichten

Anders dan ten aanzien van de in de paragrafen 4.1 tot en met 4.5 onderscheiden verplichtingen tot motivering, is bij de uit materiële grondwetsbepalingen voortvloeiende motiveringsplichten niet direct duidelijk welke organen tot nakoming daarvan gehouden zijn. De in de paragrafen 4.6.1 tot en met 4.6.3 onderscheiden motiveringsplichten rusten op 'de wetgever'. In de desbetreffende materiële grondwetsbepalingen is echter geen steun te vinden voor de bewering dat de verlangde motiveringen dan ook bij wet gegeven moeten worden. Het ligt daarom meer voor de hand om de deelorganen van de

38 Burkens/Kummeling/Vermeulen 1992: 94; Van Male 1990: 288 rept slechts van een dergelijke motiveringsplicht met betrekking tot doelcriteria in het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, zie paragraaf 3.1.
39 Heringa 1989a: 143.
40 Van der Meer 1991: 199.
41 Zie Riezebos 1992: 926.

wetgever gebonden te achten, en wel in het bijzonder degenen die primair verantwoordelijk zijn voor de toelichting en verdediging van een wetsvoorstel. Op de vraag wanneer en hoe de verschillende deelorganen tot motivering verplicht zijn, ben ik in de paragrafen 4.1 tot en met 4.5 al uitgebreid ingegaan. In paragraaf 9.1.2 kom ik daar nog systematisch op terug. Nu richt ik echter eerst de aandacht op andere bronnen van wetgevingsrecht dan de Grondwet.

5 Gewoonterechtelijke plichten

5.1 Inleiding

Niet alleen het geschreven, ook het ongeschreven recht kent motiveringsplichten voor de wetgever. Dergelijke plichten zijn tot ontwikkeling gekomen als rechtsbeginsel, en worden erkend in rechtspraak,[1] legisprudentie[2] en literatuur.[3] Omdat er in Nederland diverse gewoonten bestaan om wetgeving te motiveren, lijkt het niet onwaarschijnlijk dat er ook gewoonterechtelijke plichten tot wetsmotivering zijn te onderscheiden.

De gangbare opvattingen omtrent de grondslag van *gewoonterecht* zijn zo gevarieerd als die omtrent de kip en haar ei. Door sommigen wordt het gewoonterecht omschreven als de (mede) op een rechtsovertuiging steunende gewoonte,[4] door anderen juist als de als recht erkende gewoonte.[5] Deze 'onoplosbare kwestie' [6] laat ik rusten. De literatuur acht eensgezind zowel een feitelijk als een intellectueel-juridisch element vereist voor de gelding van gewoonterecht.

Het specifieke probleem van staatsrechtelijk gewoonterecht, dat er te weinig herhaling plaats vindt om goed van 'gewoonte' te kunnen spreken,[7] laat zich op het terrein van wetgeving nauwelijks voelen: de wetgevingsprocedure wordt elk jaar vele malen herhaald. Een andere specifieke eigenaardigheid van staatsrechtelijke gewoonterecht gaat wel op bij wetgeving; er is sprake van 'autonomie'.[8] De wetgevende organen, regering en parlement, hebben bij wetgeving de gewoonterechtsvorming en gewoonterechtshandhaving vrijwel volledig in eigen hand. Zoals op de meeste terreinen van staatsrecht zal het gewoonterecht ten aanzien van wetgeving dan ook geen sterk regulerende functie hebben. Een doorbreking van de betrokken gewoonte, zal veelal geen schending van dat ongeschreven recht opleveren, maar slechts een verandering of beëindiging daarvan.[9]

Dat betekent echter niet dat eventueel gewoonterecht hier geen enkel belang heeft. Gewoonterecht bezit immers het vermogen om door het geschreven recht toegekende discretionaire bevoegdheden (tijdelijk) 'op één bepaalde wijze van uitoefening te

1 Zie paragraaf 3.1.
2 Zie bijvoorbeeld paragraaf 6.3.
3 Zie hoofdstuk 7.
4 Van der Pot/Donner/Prakke 1989: 179.
5 Van der Hoeven 1958: 119.
6 Witteveen 1988a: 238.
7 Zie Van der Hoeven 1958: 102; Dölle 1988: 194-195; Van der Pot/Donner/Prakke 1989: 176.
8 Dölle 1988: 178.
9 Dölle 1988: 184-185.

fixeren'.[10] Daardoor geeft gewoonterecht richting aan de praktijk, en aan discussies over die praktijk. Beginselen van rechtszekerheid, gelijkheid en zorgvuldigheid brengen met zich, dat men niet 'zomaar' op een andere wijze van bevoegdheidsuitoefening overstapt. In dat opzicht lijken regels van gewoonterecht dus op (ongeschreven) beleidsregels, in het staatsrecht wel aangeduid als *conventions*. En of men die nu tot het recht rekent of niet, zij 'kunnen, zolang ieder het over hun nut eens is, dienen om de praktijk te structureren en te formaliseren'.[11] Het lijkt mij daarom niet nodig om scherp te onderscheiden tussen gewoonterechtelijke regels enerzijds en beleidsregels of *conventions* anderzijds. Het strenge criterium dat alle ongeschreven recht 'noodzakelijk moet zijn voor het in stand houden van de staat als besluitvaardige handelingseenheid',[12] hanteer ik dan ook niet.

Gezien het voorgaande lijkt het de moeite waard om te onderzoeken of er motiveringsgewoonten bestaan die door de betrokken leden van de wetgevende (of adviserende) organen opgevat worden als gewoonterecht. De rechtsovertuiging die een bepaalde gewoonte als recht erkent, zou bijvoorbeeld kunnen blijken uit de door deelorganen van de wetgever vastgestelde *reglementen van orde*, en uit de beoordeling van concrete wetsvoorstellen door de Raad van State, ministers of kamerleden. Eerder heb ik voorgesteld om dergelijke 'in het kader van de formele wetgevingsprocedure uitgesproken openbare oordelen' aan te duiden met de term *legisprudentie*.[13] Naast legisprudentie, reglementen van orde en literatuur zijn het verder met name de *Aanwijzingen voor de regelgeving* die een inzicht bieden in rechtsovertuigingen ter zake van motiveringsgewoonten bij wetgeving.

Vooral ministers hebben de gewoonte ontwikkeld om wetgeving te motiveren. Het zijn ook vooral ministers die bekend hebben gemaakt hoe wetgeving volgens hen gemotiveerd zou moeten worden. Deze ministeriële opvattingen zijn vooral te vinden in de Aanwijzingen voor de regelgeving.[14] Dat zijn aanwijzingen voor de rijksdienst.[15] Dergelijke aanwijzingen worden vastgesteld door de minister-president 'handelende in overeenstemming met het gevoelen van de ministerraad'.

Dat iets in de Aanwijzingen voor de regelgeving wordt voorgeschreven, wil lang niet altijd zeggen dat het door de ministers als (gewoonte-)recht wordt opgevat. In de toelichtingen bij de aanwijzingen 4 en 5 is wel te lezen dat de Aanwijzingen 'bindend' zijn voor ministers en hun ambtenaren, maar wat het juridische karakter van die binding is blijft in het midden. Voor departementale ambtenaren zou de 'binding' van de Aanwijzingen eventueel afgeleid kunnen worden uit hun ondergeschiktheid, al zijn de meeste van hen natuurlijk niet ondergeschikt aan de minister-president. Ook het afleiden

10 Dölle 1988: 185.
11 Van der Pot/Donner/Prakke 1989: 181.
12 Van der Pot/Donner/Prakke 1989: 179.
13 Waaldijk 1987b: 146.
14 Vastgesteld bij Besluit van de Minister-President van 18 november 1992, Staatscourant 230; in werking getreden op 1 januari 1993.
15 Zoals ook de 'Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek' en de 'Aanwijzingen inzake terughoudendheid met regelgeving', beide uit 1984, dat waren.

van de 'binding' van ministers aan de Aanwijzingen zal niet gemakkelijk zijn.[16] Ook de toelichting bij het besluit van 18 november 1992 tot vaststelling van de Aanwijzingen beperkt zich tot de mededelingen dat zij de Staten-Generaal, externe adviesorganen, zelfstandige bestuursorganen en decentrale overheden niet kunnen binden, en dat zij voor derden 'geen zelfstandige bindende kracht' hebben.[17] In paragraaf 6.3.3 betoog ik dat de Aanwijzingen een vorm van 'pseudo-grondwetgeving' zijn.

Vooralsnog moet de conclusie zijn dat de Aanwijzingen voor de regelgeving geen geschreven rechtsregels bevatten. Bovendien zijn zij pas in 1993 in werking getreden, en wijkt juist datgene wat over de motivering van wetgeving wordt gezegd op allerlei punten af van de voorlopers van deze Aanwijzingen. Voor (de herkenning van) de vorming van gewoonterecht rond de nieuwe Aanwijzingen is het dus nog wat vroeg.

Bestaand gewoonterecht kan echter wel een plaats gekregen hebben in de Aanwijzingen voor de regelgeving: sommige aanwijzingen verwoorden gewoonterechtelijke regels zoals die volgens de minister-president en zijn collega's gelden. Andere aanwijzingen verwoorden daarentegen slechts welk wetgevingsbeleid volgens hen gevoerd moet worden. Uit de formulering van de aanwijzingen is meestal niet af te leiden welke in de eerste, en welke in de tweede categorie vallen. Voor het doel van deze studie is dat ook niet zo erg. Immers, zowel gewoonterechtelijke regels als beleidsregels kunnen nut hebben voor het structureren van de praktijk (zie boven).

In de volgende paragrafen ga ik achtereenvolgens na:

— of het de gewoonte is om wetten (paragraaf 5.2), nog niet aanhangig gemaakte wetsontwerpen (paragraaf 5.3), aanhangig gemaakte wetsvoorstellen (paragraaf 5.4) en beslissingen omtrent wetsvoorstellen (paragraaf 5.5) te motiveren,
— in hoeverre deze gewoonten als recht worden opgevat, en
— hoe zij door met name de Aanwijzingen voor de regelgeving worden toegespitst.

Motiveringen van de gehele (meerderheid van de deelorganen van de) wetgever kan men eigenlijk alleen verwachten in de — veelal nietszeggende — considerans.[18] De enige taak die de wetgever volgens de Grondwet kan en mag vervullen is immers de 'vaststelling van wetten'. Het aanhangigmaken, indienen, wijzigen, aannemen en bekrachtigen van wetsvoorstellen biedt aan de deelorganen van de wetgever een veelheid van mogelijkheden om die voorstellen te motiveren. In het overleg binnen en tussen regering en parlement worden wetsvoorstellen dan ook veelvuldig gemotiveerd,[19] niet slechts in de memorie van toelichting.[20] Daarbij gaat het zowel om de motivering van de (politieke) wenselijkheid van wetsbepalingen, als om de motivering van de (juridische) aanvaardbaarheid van wetsbepalingen in het licht van hogere normen. Dat

16 Een aanknopingspunt kan wellicht gevonden worden in artikel 45 van de Grondwet dat spreekt van 'de eenheid van het regeringsbeleid'.
17 Paragraaf 4 van die toelichting; Staatscourant 1992, 230.
18 Zie paragraaf 5.2.2.
19 Zie de paragrafen 5.3, 5.4 en 5.5.
20 Paragraaf 5.4.2.

laatste gebeurt soms ook in gedingen voor de Nederlandse of Europese rechter waarin de rechtmatigheid van een wet wordt betwist.[21]

5.2 Motivering van wetten

Anders dan wetsvoorstellen[1] worden wetten slechts zeer beperkt gemotiveerd. In het lichaam van een wet gebeurt het helemaal niet (paragraaf 5.2.1). In de considerans worden de beweegredenen van een wet zelden min of meer volledig uitgeschreven (paragraaf 5.2.2). En een vaste gewoonte om bestaande, omstreden geraakte wetten te motiveren bestaat ook niet (paragraaf 5.2.3).

5.2.1 Motivering in het lichaam van de wet

Met grote stelligheid heeft Vening Meinesz[2] betoogd dat de motieven die tot de vaststelling van een wet hebben geleid, niet in de wet zelf opgenomen behoren te worden — of in de woorden van stelling VI bij zijn proefschrift:

> 'Rationes, quae ad legem condendam duxerunt, non in ipsam legem inferendae sunt.'

Indien de wetgever 'de wijsgeerige grondslagen van regt en wet in de wet zelve opneemt en hare regtvaardigheid en billijkheid betoogt' zou dat volgens hem een aantal gevaren met zich brengen: 'eene groote uitgebreidheid' van de wettekst, verwarring door 'de onmogelijkheid om alle motiven eener wetsbepaling op te geven', dwaling van de wetgever zelf, onduidelijkheid en dubbelzinnigheid van de motiverende tekst, beperking van de kring van personen die de wet kunnen begrijpen.[3]

Het in wetsartikelen niets anders opnemen dan bevelende of regelende bepalingen, werd deze eeuw aanbevolen in het rapport *Wetgevingstechniek* van een commissie uit de Vereniging voor Administratief Recht.[4] Ook Prins meende dat het in het algemeen 'waar' was 'dat de wet behoort te bevelen en niet de grond van haar bevel te ontvouwen'.[5] Verder spreekt het motiveringsvrij houden van het lichaam blijkbaar zozeer vanzelf, dat de literatuur en de Aanwijzingen voor de regelgeving er vrijwel geen woorden aan vuil maken.[6]

De praktijk biedt ook praktisch geen voorbeelden van (zichzelf of elkaar) motiverende wetsartikelen. Een voorbeeld als dat in het tweede lid van artikel 10 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens[7] is mij in de Nederlandse wetgeving

21 Zie paragraaf 5.2.3.
1 Paragraaf 5.4.
2 Vening Meinesz 1856.
3 Venings Meinesz 1856: 133-135.
4 *Wetgevingstechniek* 1948: 20 en 73.
5 Prins 1952: 247.
6 Zie Waaldijk 1985: 18.
7 'since it carries with it duties and responsibilities'.

onbekend. Ook het tweede en derde lid van het (in 1988 vervallen) artikel 2 van de Wet Algemene Bepalingen bevatten volgens mij geen beweegredenen voor de in dat artikel gegeven inwerkingtredingsregeling,[8] maar slechts een omslachtige en onduidelijke wetstechnische constructie.[9]

5.2.2 Considerans

In paragraaf 4.4.1 is gebleken dat de Grondwet nog steeds verlangt dat in de aanhef van elke wet 'de beweegredenen der wet' worden vermeld. In de praktijk blijkt deze grondwettelijke eis echter meestal niet, en slechts bij hoge uitzondering volledig te worden nageleefd.

5.2.2.1 De magere inhoud van de moderne considerans

Wetten met een uitvoerig motiverende aanhef zijn gebruikelijk geweest in verschillende perioden van de Nederlandse en Europese geschiedenis.[10] Zo kenden wetten in de eerste jaren van het Koninkrijk der Nederlanden vaak (maar niet altijd) een considerans waarin 'een overzicht van de gedachtengang des wetgevers' werd gegeven.[11] Vanaf de tweede helft van de 19e eeuw is het de gewoonte geworden om in de considerans zelden méér te vermelden dan dat een bepaalde regeling 'wenselijk' of 'noodzakelijk' wordt geacht.[12] Sindsdien is slechts 'bij zeer eenvoudige feitelijke zaken' nog wel eens sprake van een werkelijk motiverende considerans.[13] In de hieronder te bespreken steekproef heb ik slechts twee consideransen aangetroffen met een min of meer volledige redengeving voor de wet:

> 'Alzo Wij in overweging genomen hebben dat wetenschap en praktijk hebben geleerd, dat voorschriften tot wering van de San José-schildluis (Aspidiotus perniciosus) overbodig zijn, aangezien dit insect in Nederland niet leven en voorttelen kan'.[14]

> 'Alzo Wij in overweging genomen hebben dat het wenselijk is om — nu in een groot aantal afzonderlijke gevallen de ongedeelde inrichting van het onderwijs aan scholen voor voorbereidend wetenschappelijk onderwijs is toegestaan — niet langer in de Wet op het voortgezet onderwijs voor te schrijven dat de gymnasia en de athenea worden gesplitst in een afdeling A en een afdeling B en dat de lycea een gymnasium en een atheneum omvatten (...)'.[15]

Om een beeld te krijgen van de inhoud van consideransen van wetten van deze eeuw, heb ik uit drie jaargangen van het Staatsblad (1922, 1952 en 1982) de consideransen

8 Zoals Veldstra 1958: 819 meende en betreurde.
9 Vergelijk ook Prins 1952: 247.
10 Groenendaal 1956: 32-34.
11 VAR-rapport *Wetgevingstechniek* 1948: 54-56.
12 *Wetgevingstechniek* 1948: 57.
13 *Wetgevingstechniek* 1948: 61.
14 Staatsblad 1922, 350.
15 Staatsblad 1982, 196.

bestudeerd van alle wetten met uitzondering van goedkeurings-, machtigings-, naturalisatie-, grenswijzigings-, grondwetswijzigings- en begrotingswetten en van onteigeningswetten en andere wetten betreffende bijzondere vermogensrechtelijke posities.[16]

Daarbij bleek dat in de consideransen van veruit de meeste van deze wetten in overweging werd genomen dat iets 'wens(ch)elijk' of 'gewenst' is (gebleken) of dat van iets de 'wenschelijkheid is gebleken'.[17] In het merendeel van de andere consideransen werd geconstateerd dat iets 'no(o)dig' of 'noodzakelijk' is (gebleken) of dat de 'noodzakelijkheid is gebleken'.[18]

Geconcludeerd kan worden dat het gebruik van het woord 'wenselijk' toeneemt, en het gebruik van andere woorden, zoals 'noodzakelijk' afneemt. Geheel in lijn daarmee is het in 1984 geïntroduceerde voorschrift dat in een considerans een regeling slechts 'noodzakelijk' mag worden genoemd, indien een hogere regeling haar totstandbrenging vereist.[19]

Vervolgens bleek dat de meeste consideransen niet méér inhielden dan een (korte) samenvatting van (een deel van) de wet aangevuld met een constatering van noodzaak of wenselijkheid.[20] De consideransen die wel meer informatie bevatten, maakten vooral melding van de hogere regeling op grond waarvan de wetgever de wet noodzakelijk of wenselijk acht, van het doel dat de wetgever door middel van de wet zegt te willen bereiken, of van een beleid waar de onderhavige wet uit voort zou vloeien.

Er lijkt derhalve een einde te zijn gekomen aan de in de vorige eeuw begonnen geleidelijke vermindering van de inhoud van de gemiddelde considerans. Tussen 1952 en 1982 valt een flinke toename te constateren van het aantal consideransen met meer informatie dan de vermelding van de wenselijkheid van (de inhoud van) de wet. Men zou kunnen zeggen dat consideransen weer vaker een 'materiële inhoud' hebben.

Van 1951 tot 1984 werd in voorlopers van de Aanwijzingen voor de regelgeving een streven naar 'een considerans met materiële inhoud' voorgeschreven. Erg helder waren de toenmalige aanwijzingen op dit punt niet; wel kon uit de samenhang met aanwijzingen ten aanzien van koninklijke besluiten en ministeriële regelingen afgeleid worden dat in ieder geval gedoeld werd op een considerans die meer doet dan de wenselijkheid van de regeling noemen, en dat een goede considerans iets over de 'materiële strekking' moest bevatten 'dat tot goed begrip van de achtergrond der regeling dient'.[21] Veel is er van dit streven echter niet terecht gekomen. Nog steeds hebben zeer vele consideransen geen 'materiële inhoud'. En voor zover zij die wel hebben, blijft die inhoud meestal beperkt tot een aanduiding van de tot wetgeving noodzakende inter- of supranationale regeling,[22] tot een globale omschrijving van het

16 Respectievelijk werden 75, 66 en 82 consideransen in het onderzoek betrokken; zie Waaldijk 1984.
17 Respectievelijk in 71%, 80% en 85% van de onderzochte consideransen.
18 Respectievelijk in 16%, 15% en 9% van de onderzochte consideransen.
19 Aanwijzing nummer 49 van de 'Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek'; dit voorschrift is in 1993 vervallen, zie aanwijzingen 119 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.
20 Respectievelijk 77%, 76% en 54% van de onderzochte consideransen.
21 Zie nummer 7 van de Richtlijnen voor de wetgevingstechniek van 1951 en van 1954 en nummer 9 van de Aanwijzingen inzake de wetgevingstechniek van 1973.
22 Eén maal in 1952 en zeven maal in 1982.

doel van de wet,[23] of tot een — nog vager — aanduiding van het aan de wet ten grondslag liggende beleid.[24] Slechts één considerans uit 1982 bevat een min of meer volledige redengeving voor de wet.[25]

In 1948 meende een commissie uit de Vereniging voor Administratief Recht[26] dat de considerans, gezien de minimale inhoud die de wetgever eraan pleegt te geven, zonder bezwaar zou kunnen vervallen.[27] Sindsdien is echter niet alleen de inhoud van veel consideransen iets substantiëler geworden, maar hebben ook diverse schrijvers zich uitgesproken voor handhaving van de considerans.[28]

5.2.2.2 De minimaal vereiste inhoud

Zoals gezegd, schrijft de Grondwet nog steeds voor dat er een considerans in elke wet moet zitten. De vraag is nu of er regels van gewoonterecht zijn die aangeven wat deze considerans moet inhouden.

Het is zeker geen eis van gewoonterecht dat een considerans een min of meer volledige motivering ('de beweegredenen') moet bevatten. Het is immers juist de gewoonte om dat niet te doen.[29] Vanaf 1984 wordt die gewoonte erkend in de aanwijzingen. Tot eind 1992 bepaalde aanwijzing nummer 49 van de 'Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek' dat in de considerans 'de belangrijkste beweegredenen voor een regeling in het kort worden aangegeven'. En sindsdien wordt volgens aanwijzing 118 van de Aanwijzingen voor de regelgeving in de considerans 'het motief tot vaststelling van de wet in hoofdzaak kort weergegeven' (en dat slechts 'indien daartoe aanleiding is').

Ook het oude voorschrift om zo mogelijk een 'materiële inhoud' aan de considerans te geven, kan moeilijk tot het gewoonterecht worden gerekend. Van een algemeen gebruik om dit te doen is immers nog geen sprake. Bovendien levert een dergelijke vage norm geen 'direct toepasbare rechtsregel' op, zodat volgens Dölle niet van gewoonterecht gesproken kan worden.[30] En ook van een bij de betrokken organen levende rechtsovertuiging ter zake kan niet worden gesproken: in 1984 is de eis van 'materiële inhoud' juist uit de Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek geschrapt.

In dat jaar is de eis van 'materiële inhoud' echter vervangen door een beperkter maar veel concreter voorschrift, dat bovendien overeenkomt met een vrij algemene

23 Drie maal in 1951 en negen maal in 1982, bijvoorbeeld 'versterking van de positie van woonwagenbewoners', Staatsblad 1982, 490.

24 Eén maal in 1952 en negen maal in 1982, bijvoorbeeld 'dat het wenselijk is in het kader van het werkgelegenheidsbeleid 1982 de inkomstenbelasting en de loonbelasting tijdelijk te verhogen', Staatsblad 1982, 370.

25 Staatsblad 196, zie boven.

26 Rapport *Wetgevingstechniek* 1948: 56.

27 Aldus ook Groenendaal 1956: 34.

28 Kortmann 1979: 71-72; Koopmans 1980: 126; Sebus 1984: 85-86; Waaldijk 1984: 414-415; Akkermans 1987: 408; zie verder paragraaf 9.3.2.1.

29 Dat deze gewoonte strikt genomen in strijd is met de Grondwet heb ik in paragraaf 4.4.1 al betoogd.

30 Dölle 1988: 176.

praktijk:[31] de supra- of internationale regeling tot uitvoering waarvan de wet strekt, moet in de considerans vermeld worden.[32] Sinds 1993 moet in de considerans bovendien de Grondwet vermeld worden, indien de wet ter uitvoering daarvan strekt.[33] Bij wetgeving die strekt ter uitvoering van de Grondwet was het al niet ongebruikelijk om de desbetreffende grondwetsartikelen in de considerans te vermelden.[34]

Dat deze in de aanwijzingen voorgeschreven praktijk overeenkomt met een rechtsovertuiging ter zake, vindt steun in de stelling van W.F. de Gaay Fortman dat de 'considerans compact uitdrukking behoort te geven' aan de 'rechtsgrond' waarop een wet berust.[35] Bovendien heeft Koopmans betoogd dat juist de aanvaarding (in 1953) van voorrang van internationale en Europese regelingen boven nationale wetten, ervoor pleit om in consideransen meer op te nemen dan slechts een opmerking over de wenselijkheid om 'op een bepaald terrein iets te ondernemen'.[36] De conclusie kan zijn dat zich hier inderdaad een regel van gewoonterecht heeft ontwikkeld, inhoudende dat indien een wet uitvoering geeft aan een hogere regeling, die hogere regeling in de considerans vermeld moet worden.

Het vermelden in de considerans van het doel van de wet (of van het beleid achter de wet) is nog nauwelijks gewoonte geworden, laat staan gewoonterecht. De Aanwijzingen voor de regelgeving zwijgen over het vermelden van doel of beleid. In de literatuur is echter diverse malen gepleit voor doelvermeldingen in de considerans.[37] Terecht, want juist het kernachtig vermelden van een doelstelling kan veel verhelderen, zowel voor degenen die betrokken zijn bij de totstandkoming van de wet, als voor degenen die de wet daarna moeten gebruiken.[38] Daarbij moet men meer denken aan de lezer die zich even snel een eerste indruk van een wet wil vormen, dan aan de rechter die moet beslissen over een moeilijke interpretatiekwestie. Het komt slechts een enkele keer voor dat een rechter bij het uitleggen van een wet een beroep doet op de considerans.[39]

Een doelvermelding in de considerans kan gebruikt worden bij het nader afbakenen van de betekenis van een artikel van de wet,[40] en dan vooral bij het afbakenen van in het lichaam van de wet niet of nauwelijks geclausuleerde bevoegdheden.[41] Vaak zal in de memorie van toelichting en andere totstandkomingsstukken evenveel — en soms zelfs meer concrete — steun voor een bepaalde uitleg gevonden kunnen worden. Aan die stukken kleeft echter het bezwaar dat zij niet door 'de wetgever' zijn aangenomen. De considerans is dat wel, maar evenals de totstandkomingsstukken heeft zij geen rechtskracht:[42] de rechter mag er op teruggrijpen, maar is er niet aan gebonden. Als de wetgever werkelijk richting wil geven aan de afbakening van de door hem verleende

31 Zie de cijfers in de vorige paragraaf.
32 Aanwijzing nummer 49 van de 'Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek'.
33 Aanwijzing 119 van de Aanwijzingen voor de regelgeving; vergelijk Waaldijk 1987a: 6.
34 Zie bijvoorbeeld de Bekendmakingswet en de Wet openbare manifestaties, beide van 1988.
35 W.F. de Gaay Fortman 1982: 36; zie ook Groenendaal 1956: 35.
36 Koopmans 1980: 126.
37 Reuvers 1978: 247; Kortmann 1979: 71-72.
38 Akkermans 1987: 408.
39 Waaldijk 1984: 411-413; Akkermans 1987: 407-408.
40 Rethorn 1976: 315; Reuvers 1978: 247; Akkermans 1987: 407.
41 Helmstrijd 1973: 390; Kortmann 1979: 71-72.
42 Boon 1986: 22.

bevoegdheden, doet hij er dus verstandig aan deze bevoegdheden in het lichaam van de wet zelf nader te omschrijven — bijvoorbeeld door een doelbepaling op te nemen.[43] Een pleidooi voor vermelding van doelstellingen in consideransen laat zich dus nauwelijks onderbouwen met een beroep op de betekenis die een dergelijke considerans bij de wetsuitleg kan hebben.

Het formele gewicht dat aan consideransen wordt toegekend bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van amendementen is eveneens gering.[44]

Toch zou ik de ontwikkeling willen bepleiten (en bevorderen) van een gewoonterechtelijke regel inhoudende dat het doel van een wet in haar considerans genoemd moet worden. En wel om twee redenen.

In de eerste plaats is een considerans waarin slechts de 'wenselijkheid' van de regeling wordt geponeerd, zinloos. Dat de wetgever de wet 'wenselijk' heeft geoordeeld, kan de wetsgebruiker afleiden uit het feit dat de wet is aangenomen en bekrachtigd. En een korte samenvatting van de inhoud van een wet kan de wetsgebruiker al in het opschrift (intitulé) van de wet vinden.[45] Men moet de lezers van wetten niet vermoeien met zinloze tekst.[46] Daarom stelde ik eerder[47] dat de considerans 'in zijn huidige vorm' net zo goed afgeschaft kan worden. Die suggestie resulteerde in kritiek van Akkermans, die betoogde dat de considerans 'in een notedop iets (kan) laten zien' van de competenties en doelstellingen waarop de wet wordt gebaseerd.[48] Zeker, maar dan moet daarover ook wel iets in de considerans te vinden zijn, en dat blijkt meestal niet het geval. Anders dan Akkermans stelt,[49] pleitte ik er daarom in mijn artikel van 1984 juist voor om de considerans te handhaven en weer meer inhoud te geven. Kennelijk zijn Akkermans en ik het erover eens dat een considerans-met-inhoud zin kan hebben. Zo is een considerans waarin de 'noodzaak' van de regeling wordt geconstateerd slechts zinvol, indien daarin tevens wordt aangegeven uit welke hogere regeling die noodzaak voortvloeit (dat is inmiddels de gewoonte, en regel, zie boven). Een considerans waarin de 'wenselijkheid' van de regeling wordt overwogen, kan zinvol zijn indien daarin wordt aangegeven *waarom* de regeling wenselijk wordt geoordeeld. Steeds zal een regeling wenselijk worden geacht met het oog op een of meer bepaalde doelen. Hierboven is gebleken dat dergelijke doelstellingen soms al in de considerans worden vermeld. Zolang de considerans blijft bestaan, verdient het aanbeveling om dat in èlke considerans te doen — anders wordt de wetsgebruiker nodeloos met nutteloze tekst geconfronteerd.

De tweede reden om het gewoonte en regel te maken het doel van de wet in haar considerans te vermelden, is fundamenteler. Hierboven is gebleken dat zich de rechtsovertuiging heeft gevestigd dat in de considerans de rechtsgrond van de wet moet

43 Rethorn 1976: 316; Waaldijk 1984: 414.
44 Oud 1970: 117; Kerkhofs 1986: 109-110.
45 Mits dat goed geformuleerd is: volgens aanwijzing 107 van de Aanwijzingen voor de regelgeving bevat het opschrift 'zo mogelijk enige materiële aanduiding van het onderwerp van de regeling'.
46 Vergelijk mijn voorstel voor een helderder en correcter tekst voor het wetsformulier in paragraaf 9.3.2.1.
47 Waaldijk 1984: 415.
48 Akkermans 1987: 408.
49 Akkermans 1987: 408, in zijn noot 8.

worden aangeduid. Groenendaal,[50] Koopmans[51] en de Aanwijzingen voor de regelgeving (aanwijzing 119) spreken in dit verband nog slechts van het hogere *geschreven* recht, maar W.F. de Gaay Fortman[52] spreekt heel in het algemeen van 'de rechtsgrond' en Akkermans[53] spreekt van 'competenties'. Daaronder kan men ook de grondslagen in het ongeschreven recht verstaan. Verdedigbaar is, dat de wetgever slechts bevoegd is om op te treden met het oog op (een bepaald aspect van) het algemeen belang.[54] Evenzeer verdedigbaar is, dat doel-loze wetgeving niet toelaatbaar is. De rechtsgrond van veel wetgeving zal dus gelegen zijn in de veronderstelling dat een bepaald doel — de realisering van een bepaald algemeen belang — een wettelijke regeling wenselijk maakt. Het ligt dan voor de hand om van de wetgever zelf (dus niet slechts van de wets-voorsteller) te verlangen dat hij dat doel, of die doelen, vermeldt. Opgevat als rechtsgrond moet de doelstelling van een wet zonder meer beschouwd worden als (onderdeel) van 'het motief tot de vaststelling van de wet', dat volgens aanwijzing 118 van de Aanwijzingen voor de regelgeving 'in hoofdzaak kort weergegeven' moet worden 'indien daartoe aanleiding is'. Ik kan mij geen situatie voorstellen dat er géén aanleiding bestaat tot het vermelden van het doel van de wet. Vermelding van het doel van de wet in de considerans leidt er bovendien toe dat de eerste alinea's van een wet (de aanhef) niet alleen de formele grondslag van de wet (de samenwerking van Koning en Staten-Generaal) aangeven, maar ook de materiële grondslag (de doelstelling).

De *conclusie* kan zijn dat er een gewoonterechtelijke regel tot ontwikkeling is gekomen die wil dat indien een wet uitvoering geeft aan een hogere regeling, die hogere regeling in de considerans vermeld moet worden. Bovendien is er het begin van een (in literatuur en Aanwijzingen voor de regelgeving gesuggereerde) gewoonte om in de considerans van (andere) wetten aan te geven met het oog op welk doel (welke doelen) zij wenselijk worden geacht.

5.2.2.3 De vorm

Bake heeft erop gewezen dat de zinswending waarin de considerans moet worden opgenomen ('Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat') ontleend is aan oude stukken.[55] Daardoor kan vooralsnog een considerans slechts uit bijzinnen bestaan. Deze 'overwegende dat-vorm', ook bekend uit rechterlijke uitspraken, komt de leesbaarheid niet altijd ten goede. Plug heeft echter aannemelijk gemaakt (ten aanzien van rechterlijke uitspraken), dat voor het verschaffen van duidelijkheid aan de lezer de keuze tussen deze en de verhalende vorm van ondergeschikt belang is.[56] Met diverse hulpmiddelen (zoals

50 Groenendaal 1956: 35.
51 Koopmans 1980: 126.
52 W.F. de Gaay Fortman 1982: 36.
53 Akkermans 1987: 408.
54 Vergelijk Simon 1993: 113.
55 Bake 1923: 270.
56 Plug 1991: 124-131.

het invoegen van woorden als 'daarom' en 'bovendien', of het indelen in alinea's) kan in beide vormen een argumentatie helder worden weergegeven. De (inderdaad archaïsche) structuur van het nog steeds voorgeschreven wetsformulier kan dus niet gebruikt worden als excuus om een considerans nietszeggend en daardoor kort te houden. Wel verdient het aanbeveling om — bijvoorbeeld ter gelegenheid van de eerstvolgende troonswisseling — een helder en correct nieuw wetsformulier vast te stellen, met daarin de mogelijkheid om de considerans in volzinnen te formuleren.[57]

Gegeven het huidige wetsformulier zijn vooral de volgende vier formuleringen bruikbaar in een considerans — de eerste twee voor simpele gevallen en de volgende twee voor meer complexe gevallen:

— *dat het gelet op* (hogere regeling) *noodzakelijk is om ...*

— *dat het met het oog op* (doel) *wenselijk is om ...*

— *dat* (hogere regeling) *verlangt dat ...*
en dat het daarom noodzakelijk is om ...

— *dat* (eerste doel),
dat bovendien (tweede doel),
en dat het daarom wenselijk is om ...

5.2.2.4 Wijziging

Een considerans kan gewijzigd worden. Een enkele keer gebeurt dat ook.

De considerans van een wetsvoorstel kan gewijzigd worden door een nota van wijziging[58] en bij amendement.[59] In dat opzicht verschilt de considerans van het opschrift (intitulé), dat niet bij amendement[60] kan worden gewijzigd, maar wel nog door de indieners nadat het wetsvoorstel door de Tweede Kamer is aanvaard.[61]

De considerans van een wet zou gewijzigd kunnen worden door een wijzigingswet. In de praktijk gebeurt dat ook een enkele keer. Mij zijn enkele — uitzonderlijke — gevallen bekend waarin een wijzigingswet verandering bracht in een eerder vastgestelde considerans. De Rijkswet van 22 juli 1985[62] bracht verandering in de 'preambule' van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden: een alinea over Aruba werd toegevoegd.[63] In een nieuw voorstel van Rijkswet tot wijziging van het Statuut wordt

57 Zie paragraaf 9.3.2.1.
58 Aldus de toelichting bij aanwijzing 226 van de Aanwijzingen voor de regelgeving; zie ook Pippel 1950: 418-419; Boas 1979: 933; *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 55.
59 Zie de genoemde toelichting bij aanwijzing 226; artikel 103 van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer, versie 1993; Boas 1979: 933; Oud 1970: 125; Pippel 1950: 418-419.
60 Van Raalte/Bovend'Eert/Kummeling 1991: 245.
61 *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 55.
62 Staatsblad 452.
63 Zie Borman 1986: 362.

nu voorgesteld in de preambule de zinsnede 'voor een overgangsperiode naar de onafhankelijkheid' te laten vervallen.[64] En de Wet van 20 december 1984[65] bracht verandering in de considerans van de Wet gemeenschappelijke regelingen van diezelfde datum: 'palingen' werd vervangen door 'bepalingen'.[66]

Niet juist is dus wat te lezen staat in de toelichting bij aanwijzing 226 van de Aanwijzingen voor de regelgeving:

> 'De aanhef ( ) en dus ook de considerans van een wet ( ) *kan* bij een latere wijziging van de regeling niet meer worden gewijzigd ' [67]

Deze bewering wordt in de toelichting geargumenteerd met de stelling dat de aanhef van een regeling 'een eenmalige, aan het tijdstip van totstandkoming gebonden, betekenis heeft'. Zeker voor wat de considerans betreft is die stelling allerminst evident, want vele latere lezers van de wet zullen geneigd zijn om deze inclusief de considerans te lezen en daar dan ook enige 'betekenis' aan toe te kennen. De Raad van State bleek in zijn advies over het ontwerp van de Aanwijzingen[68] dan ook niet overtuigd, en stelde dat een latere wijziging van de considerans wèl mogelijk moet zijn. Als argument voerde de Raad van State daarvoor aan dat in de aanhef van een algemene maatregel van bestuur de vermelding van de wettelijke grondslag van die maatregel moet kunnen worden aangepast. Dit argument kon de ministers niet overtuigen. Het nader rapport[69] gaat ervan uit dat eventuele wijzigingen van de oorspronkelijke strekking tot uitdrukking kunnen komen in considerans van de wijzigingsregeling. Die gedachte is ook neergelegd in de toelichting bij aanwijzing 226. Deze aanwijzing luidt nu: 'De aanhef van een regeling wordt niet gewijzigd.'

Kortom: hoewel latere wijziging van de considerans van een wet niet onmogelijk is, is het de aangewezen gewoonte om dat niet te doen. Ten onrechte.[70] Deze praktijk heeft de Hoge Raad ertoe gebracht te overwegen:

> 'dat het Hof ter ondersteuning van zijn opvatting wel een beroep heeft gedaan op de considerans van de WVW, doch ten onrechte, omdat de considerans van een bestaande wet bij wijziging dier wet niet pleegt te worden gewijzigd' [71]

Daarin kan men een verdere beperking lezen van de toch al beperkte betekenis (zie boven) die de rechtspraak aan consideransen toekent: een considerans mag niet gebruikt worden als argument om een ná de vaststelling van die considerans gewijzigd of ingevoegd artikel van die wet op een bepaalde manier uit te leggen.

64 Kamerstukken II 1991/92, 22593 nr 2, art I, onder A
65 Staatsblad 668, een novelle
66 Staatsblad 667, zie Boon 1986 36
67 Mijn cursivering, W
68 Opgenomen in Borman 1993 170
69 Eveneens opgenomen in Borman 1993 170-171
70 Zie paragraaf 9 3 2 1
71 Hoge Raad 15 juni 1976, NJ 1977, 99

5.2.3 Latere motivering van omstreden wetten

Wetten zouden ook pas later gemotiveerd kunnen worden, bijvoorbeeld wanneer zij door nieuwe ontwikkelingen omstreden zijn geraakt. Omstreden bestaande wetten kunnen opnieuw bij parlement en regering aan de orde worden gesteld.[72] Ook kunnen zij worden aangevochten bij de rechter.

Incidenteel worden ambtenaren die bij de totstandkoming van een regeling betrokken waren, door een (administratieve) rechter wel eens opgeroepen om ter terechtzitting een toelichting te geven op die regeling. In de gerapporteerde incidenten[73] werd de als getuigen of deskundigen opgeroepen ambtenaren niet om een nadere motivering van 'parlementaire' wetgeving gevraagd: het ging vooral om uitleg van onduidelijkheden, en betrof meestal koninklijke of ministeriële regelgeving. Volgens Huisman moeten ambtenaren in een dergelijke situatie ook niet gezien worden als vertegenwoordigers van hun minister, maar als deskundige burgers.[74] Over de staatsrechtelijke toelaatbaarheid van ambtelijke toelichting van regelgeving ter terechtzitting wordt trouwens verschillend gedacht. Brenninkmeijer acht het niet verenigbaar met de scheiding van machten en de gebondenheid van het bestuur aan algemene regels.[75] In een onderschrift onder de bijdrage van Brenninkmeijer noemt J.M. Polak het verschijnsel echter 'alleszins aanvaardbaar', want de rechter 'weet heus wel dat die informatie gekleurd kan zijn en dat zij geenszins doorslaggevend is'.[76] Huisman stelt enkele grenzen: 'Indien de getuigen-informatie niet feitelijk van aard is of de deskundige als ambtenaar wordt geraadpleegd, dan (...) wordt de scheiding tussen rechter en wetgever (...) te veel uit het oog verloren'.[77]

Zelfs wanneer in een rechtszaak gesteld wordt dat een wet buiten toepassing moet blijven wegens strijd met inter- of supranationaal recht, dan wordt zelden vanwege 'de wetgever' geargumenteerd waarom de wet wèl zou deugen. Het met argumenten overeind houden van de wet wordt vrijwel altijd overgelaten aan de inventiviteit van rechter en procespartijen.

Het kan echter voorkomen dat de Staat partij is in het proces.[78] Dat is hij bijvoorbeeld in de zeer weinige gevallen waarin een 'parlementaire' wet het onderwerp vormt van een actie uit onrechtmatige daad.[79] Men zou kunnen zeggen dat de verweervoerende Staat dan optreedt namens zijn orgaan 'de wetgever', die aldus de wet van een nadere motivering voorziet. De situatie dat de Staat als verwerende partij een wet met argumenten kan trachten te verdedigen, doet zich ook voor indien over de rechtmatigheid van een Nederlandse wet geprocedeerd wordt voor bijvoorbeeld de Europese Commissie of het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Een vergelijkbare situatie doet zich voor indien een Nederlandse wet voor het Hof van

72 In paragraaf 4.5.4.4 heb ik aangegeven in welke omstandigheden dat móét gebeuren.
73 Brenninkmeijer 1981: 779; Huisman 1982: 52-55.
74 Huisman 1982: 55-57.
75 Brenninkmeijer 1981: 780.
76 J.M. Polak 1981b: 780.
77 Huisman 1982: 57.
78 Zie de paragrafen 3.1.7.3 en 3.1.7.4.
79 Zie Bok 1991: 131.

Justitie van de Europese Gemeenschappen in Luxemburg het onderwerp vormt van een actie wegens verdragsschennis[80] of van een prejudiciële vraag.[81] In dergelijke gevallen zal de Staat, respectievelijk de regering, vrijwel altijd gebruik maken van de mogelijkheid om een omstreden wet (nader) te motiveren.[82] Indien de Commissie van de Europese Gemeenschap ten aanzien van een Nederlandse wet een beschikking op grond van artikel 90, derde lid, van het EG-Verdrag voorbereidt, zal de Staat ook vrijwel steeds de omstreden wet trachten te motiveren.[83]

Of deze gewoonte gepaard gaat met een rechtsovertuiging dat het zo moet, is de vraag. De door mij geraadpleegde literatuur zwijgt op dit punt. In de paragrafen 3.1.7.3 en 3.1.7.4 heb ik betoogd dat er voor de regering slechts een verplichting tot dergelijke wetsmotivering ten overstaan van de rechter bestaat, voor zover het materiële (inter- of supranationale) recht de wetgever daartoe verplicht. Elders heb ik al eens de opvatting verdedigd dat ook in procedures voor de Nederlandse rechter waarbij de Staat geen partij is, de deelorganen van de wetgever de mogelijkheid moeten hebben om argumenten voor een omstreden wet aan te voeren.[84]

5.3 Motivering van wetsontwerpen

De voor een wet ontworpen tekst waarmee de ministerraad heeft ingestemd heet officieel 'voorstel van wet'.[1] Ter onderscheiding daarvan duid ik de tekst waarmee dat nog niet is gebeurd, aan met het woord 'wetsontwerp' (dat is dus de voor een voorstel van wet ontworpen tekst waarmee de ministerraad nog niet heeft ingestemd, of, in het geval van initiatiefwetgeving de voor een voorstel van wet ontworpen tekst die nog niet door een of meer leden bij de Tweede Kamer aanhangig is gemaakt).

Voordat men een wet ontwerpt, kan men haar al motiveren. Zo worden vele plannen tot wetgeving al aangeduid in partij- en verkiezingsprogramma's, regeerakkoorden, regeringsprogramma's en -verklaringen, troonredes, begrotingstoelichtingen en behandelingen, beleidsnota's, ambtelijke notities, politieke spreekbeurten, interviews, enzovoort. Soms worden deze plannen daarbij enigszins gemotiveerd. Van vaste gewoontes om wetgevingsplannen te motiveren kan echter nog niet gesproken worden. Gewoonterecht heeft zich dan ook nog niet ontwikkeld. Wel bevat aanwijzing 7 van de Aanwijzingen voor de regelgeving de volgende eis:

80 Artikel 169-170 van het EG-Verdrag.

81 Artikel 177 van het EG-Verdrag.

82 Wat prejudiciële zaken met betrekking tot Nederlandse regelgeving betreft, is dit bevestigd door de Minister Van den Broek van Buitenlandse Zaken in zijn antwoord van 20 november 1991 op vragen van het Tweede-Kamerlid Groenman; *Aanhangsel Handelingen II* 1991/92, nr. 259.

83 De Staat zal daar dan ook voldoende gelegenheid voor moeten krijgen, wat volgens het Hof van Justitie niet het geval was geweest bij de tegen de Postwet gerichte beschikking van de Commissie inzake het verrichten van koeriersdiensten in Nederland; zie het arrest van 12 februari 1992, C-48/90 en C-66/90, paragrafen 13 en 44-49.

84 Waaldijk 1992c: 64-66; zie verder de paragrafen 3.1.7.3 en 9.3.2.3.

1 Zie paragraaf 5.4.1.

'Alvorens tot het treffen van een regeling wordt besloten, worden de volgende stappen gezet: (...)
b. de doelstellingen die worden nagestreefd, worden zo concreet en nauwkeurig mogelijk vastgesteld; (...)
e. de diverse mogelijkheden worden zorgvuldig tegen elkaar afgewogen.'

In de nota *Zicht op wetgeving*[2] wordt het belang van de voorloper van deze aanwijzing[3] nog eens benadrukt.

Of doelstellingen inderdaad nauwkeurig geformuleerd worden voordat tot regelgeving wordt besloten, onttrekt zich uiteraard aan de waarneming van buitenstaanders. De commissie-Deetman heeft een verdergaande suggestie gedaan: bepaald zou kunnen worden 'dat voorafgaand aan de aanbieding van een wetsvoorstel aan de ministerraad, een nota aan die raad wordt aangeboden waarin de noodzaak van het wetsvoorstel wordt aangetoond'.[4]

Ook *voorontwerpen* van wet worden niet altijd gemotiveerd. Dat valt althans af te leiden uit de omschrijving die het *Draaiboek voor de wetgeving* van het begrip voorontwerp geeft: 'in de vorm van een wetsvoorstel gegoten stuk, al dan niet voorzien van een volledig uitgewerkte memorie van toelichting, dat bestemd is om overleg buiten de kring van de betrokken ministeries over het desbetreffende onderwerp mogelijk te maken'.[5] Bij gepubliceerde (dus niet slechts aan enkele deskundigen of betrokkenen ter hand gestelde) voorontwerpen zal een toelichting echter vrijwel nooit (mogen) ontbreken.[6] Zonder toelichting zouden zij immers moeilijk hun functie kunnen vervullen: 'het stimuleren van een maatschappelijke discussie over de meest wenselijke wettelijke regeling'.[7] Van Male wijst erop dat voorontwerpen 'door de tot inspraak geroepen belangenorganisaties en door adviesorganen niet alleen op inhoud, maar ook op hun gronden beoordeeld' worden.[8] Gezien het informele, en vooralsnog volledig ongereglementeerde karakter van voorontwerpen, valt echter niet te verwachten dat zich spoedig gewoonterecht met betrekking tot de vorm en inhoud van voorontwerpen zal ontwikkelen.

2 Kamerstukken II 1990/91, 22008 nr. 2, p. 25.
3 Aanwijzing nummer 4 van de 'Aanwijzingen inzake terughoudendheid met regelgeving' van 1984.
4 *Rapport bijzondere commissie vraagpunten staatkundige, bestuurlijke en staatsrechtelijke vernieuwing*, Kamerstukken II 1990/91, 21427 nr. 3, p. 35.
5 *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 30.
6 Vergelijk Kokkini-Iatridou en Boele-Woelki 1993: 1424.
7 Boon 1986: 2-3.
8 Van Male 1990: 283.

5.3.1 Departementale voorbereiding

Volgens een vervallen aanbeveling uit de 'Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek' van 1984 diende men een 'ontwerp voor een regeling reeds in een vroeg stadium van voorbereiding van een toelichting te voorzien'.[9] Wanneer is iets een 'ontwerp' (en bijvoorbeeld geen schets meer), hoe vroeg is 'vroeg', en wat valt te verstaan onder 'toelichting'? Het is dus vrijwel onmogelijk om na te gaan in hoeverre deze 'aanbeveling' ook werd en wordt nageleefd. Het zal uiteraard wel voorkomen dat vroege versies van wetsontwerpen worden toegelicht. Dat is nu eenmaal handig voor de opstellers: 'Bij het schrijven van een toelichting merk je of een ontworpen regeling houdbaar is'.[10] Het is ook handig voor al die andere ambtenaren (en ministers) die betrokken zijn bij de totstandkoming van een ontwerp. Volgens Van Male speelt 'het ambtelijke voorbereidingsproces (...) zich in hoofdzaak af op het argumentatieve vlak. Beleidsafdelingen moeten elkaar zien te overreden en bij interdepartementale projekten het ene ministerie het andere'.[11] Dat het handig is voor andere betrokkenen om een toegelichte en gemotiveerde tekst onder ogen te krijgen, kan trouwens ook een reden zijn voor de opstellers van de tekst om de toelichting en motivering nog maar even voor of onder zich te houden.

Hoe dan ook, van een algemene gewoonte om wetsontwerpen vroeg te motiveren zal wel geen sprake zijn, en al evenmin van een rechtsovertuiging die wil dat een dergelijke motivering steeds gegeven wordt. Het lijkt ook moeilijk om in de Aanwijzingen voor de regelgeving concreet aan te geven vanaf welk moment tijdens de departementale voorbereiding een wetsontwerp vergezeld moet gaan van een (min of meer volledige) ontwerp-memorie van toelichting. In aanwijzing 211, eerste lid, staat slechts: 'Een wetsvoorstel wordt voorzien van een memorie van toelichting'. Uit het feit dat hier niet de aanduiding 'voorstel van wet' gebruikt wordt, kan men (gezien aanwijzing 67) afleiden dat het niet de bedoeling is dat een memorie van toelichting pas bij aanhangigmaking bij de Raad van State aan het voorstel wordt toegevoegd. De voor de hand liggende eis dat een wetsontwerp bij aanhangigmaking bij de ministerraad vergezeld dient te gaan van een uitgewerkte ontwerp-memorie van toelichting, komt aan de orde in de volgende paragraaf.

Voor zover in dit stadium motiveringen tot stand komen, zullen zij slechts bij uitzondering openbaar gemaakt worden.[12] Een gedeelte van deze motiveringen kan later in de memorie van toelichting terecht komen. Volgens Van Wijnbergen is dat echter niet genoeg:

> 'De Kamer moet de volledige beweegredenen van een ontwerp kunnen nagaan' en 'moet weten hoe de besluitvorming van de minister en zijn ambtenaren en eventueel die van de Ministerraad is

9 Aanwijzing nummer 106; de huidige Aanwijzingen voor de regelgeving zwijgen op dit punt.
10 Aldus voormalig wetsgevingsambtenaar De Vries in een interview, Bruinsma en Huls 1989: 590.
11 Van Male 1990: 283.
12 Zie De Haan/Valkenburg 1986: 126-127.

geweest. Die besluitvorming is natuurlijk nooit identiek met de beweegredenen, die in de kamerstukken te vinden zijn.' [13]

Daarom pleit Van Wijnbergen ervoor 'het gehele departementale wetsdossier' ter beschikking van het parlement te stellen. Evenals De Graaf[14] lijkt mij dit een waardevolle suggestie ter verbetering van de parlementaire oordeelsvorming over wetsvoorstellen. Met een beroep op artikel 68 van de Grondwet zou de Tweede Kamer (of eventueel een enkel kamerlid of de Eerste Kamer) de ministers kunnen en moeten verplichten tot het verlenen van (zo nodig vertrouwelijke) inzage in de dossiers betreffende ingediende wetsvoorstellen

5.3.2 Bij de ministerraad

Ten einde de eenheid van het algemeen regeringsbeleid te bevorderen, dient de ministerraad onder meer te beraadslagen en te besluiten over de 'ontwerpen van rijkswet en van wet'.[15] Daartoe moet een wetsontwerp 'in het algemeen' tien dagen vóór de behandeling in de ministerraad (of onderraad) worden rondgezonden, voorzien van een aanbiedingsformulier.[16] Op het aanbiedingsformulier[17] moet onder meer de 'doelstelling' van het voorstel worden aangegeven. Aldus is een minimale motivering van het wetsontwerp in dit stadium gegarandeerd. Ook moeten de gevolgen voor onder meer de rijksbegroting, de sociale lasten en de arbeidsmarkt worden vermeld. Op het formulier hoeft echter niet gemotiveerd te worden waarom deze gevolgen wenselijk of noodzakelijk zouden zijn.

Een meer omvattende motivering van het ontwerp zal men moeten zoeken in de ontwerp-memorie van toelichting. Vrijwel altijd zal het ontwerp bij aanhangigmaking in onderraad of ministerraad vergezeld gaan van een dergelijke toelichting. In de tekst van het Reglement van Orde staat echter niet met zoveel woorden te lezen dat dat ook verplicht is. Het *Draaiboek voor de wetgeving*[18] en Hoekstra[19] zwijgen hierover eveneens. Indien men zou veronderstellen dat de begrippen 'ontwerp van wet' en 'voorstel van wet' in deze drie teksten gebruikt worden in een ruime betekenis die mede de toelichting omvat,[20] dan zou men moeten concluderen dat bijvoeging van de memorie van toelichting volgens deze bronnen een rechtsplicht is. Dat valt dan ook te lezen in aanwijzing 211 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Daar wordt gesteld dat elk 'wetsvoorstel' voorzien wordt van een 'memorie van toelichting'. Zoals gezegd[21] kan men, gezien aanwijzing 67, daaruit afleiden dat een voorstel reeds vóór

13 Van Wijnbergen 1984: 20-21.
14 De Graaf 1985: 108.
15 Aldus artikel 4 van het Reglement van Orde voor de Raad van Ministers.
16 Artikelen 8 en 23 van het Reglement.
17 Bijlage II bij aanwijzing nummer 4 van de Aanwijzingen inzake aangelegenheden van de ministerraad; Staatscourant 1992, nr. 84, p. 12.
18 *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 34-37.
19 Hoekstra 1988: 86-87.
20 Vergelijk het even verwarrend ruime woordgebruik van Kortmann 1990: 97.
21 Zie paragraaf 5.3.1.

aanhangigmaking bij de Raad van State van een memorie van toelichting moet worden voorzien — dus in ieder geval al bij aanhangigmaking bij de ministerraad.

Toch heeft de ministerraad wel eens beraadslaagd en besloten over een ontwerp dat niet vergezeld ging van een toelichting. In het enige mij bekende geval heeft dat echter tot grote verontwaardiging bij enkele schrijvers geleid. In de zeer grote spoed bij de voorbereiding en behandeling van een wetsvoorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet[22] lagen slechts 'hoofdlijnen van gedachten' bij de ministerraad ter tafel. Op basis daarvan machtigde de ministerraad de bewindspersonen van Justitie om 'zo nodig een wetsvoorstel in te dienen'. Volgens Damen en Hoogenboom[23] was dit zeker niet in overeenstemming met de strekking van het Reglement van Orde. Terecht merken zij op dat beraadslaging en besluitvorming in de ministerraad een van de waarborgen in de wetgevingsprocedure vormt. Indien de ministerraad die taak uitvoert zonder te beschikken over 'een afgerond en voldoende inter- en intradepartementaal bestudeerd wetsvoorstel, met een complete memorie van toelichting',[24] dan blijft er inderdaad niet veel van die waarborg over. De tien-dagentermijn is juist bedoeld om alle ministers in staat te stellen wetsontwerpen serieus te beoordelen.[25]

De (weinige) literatuur en de (terminologisch onduidelijke) Aanwijzingen, Draaiboek en Reglement van Orde bieden al met al voldoende steun voor de conclusie dat het niet slechts de gewoonte, maar ook een rechtsplicht is om wetsontwerpen in toegelichte en gemotiveerde staat bij de ministerraad aanhangig te maken.

Het verdient aanbeveling deze verplichting uitdrukkelijk op te nemen in het Reglement van Orde voor de Raad van Ministers. De meest aangewezen plaats lijkt artikel 8 van dat Reglement: daar kan bepaald worden dat niet alleen de 'ontwerpen van wet' bedoeld in artikel 4, maar ook de daarbij behorende ontwerp-memories van toelichting tien dagen van te voren moeten worden rondgezonden. Zo geformuleerd laat deze verplichting de mogelijkheid[26] open om enkele details van de toelichting pas in of na de vergadering van de ministerraad te regelen. Het lijkt mij daarnaast niet nodig in artikel 4 te bepalen dat de ministerraad ook over die toelichtingen moet beraadslagen en besluiten — de memorie van toelichting is immers slechts een ministerieel stuk.[27]

Ongetwijfeld zullen de betrokken ministers in de vergadering van de ministerraad soms nog nadere argumenten voor een bepaald wetsontwerp geven. In welke mate een dergelijke mondelinge motivering van wetgeving in feite plaats vindt, en hoeveel daarvan in de notulen terechtkomt, onttrekt zich echter aan de waarneming van buitenstaanders.

22 Wijziging van de Vreemdelingenwet, Kamerstukken II, 1988/89.
23 Damen en Hoogenboom 1989: 147.
24 Damen en Hoogenboom 1989: 148.
25 Hoekstra 1988: 86.
26 Ook door Damen en Hoogenboom 1989: 148 aanvaard.
27 Zie paragraaf 5.4.2.2.

5.4 Motivering van voorstellen van wet

5.4.1 Toelichtende teksten bij wetsvoorstellen

Indien de ministerraad instemt met een bij hem aanhangig gemaakt wetsvoorstel, verleent hij meestal machtiging aan de eerst verantwoordelijke minister om 'te bevorderen dat het voorstel van wet (door de Koningin) om advies naar de Raad van State zal worden gezonden'.[1] Vanaf het moment van die machtiging heet het ontwerp officieel 'voorstel van wet'.[2]

Men zou dit besluit van de ministerraad de belangrijkste formele beslissing in de wetgevingsprocedure kunnen noemen: een ontwerp dat zo de ministerraad passeert, zal vrijwel altijd (en veelal niet meer dan marginaal gewijzigd) het Staatsblad bereiken.

Veel meer dan de uiteindelijke wetten zelf, en ook dan de aanvankelijke ontwerpen, worden 'voorstellen van wet' toegelicht en gemotiveerd. Tijdens zijn gang langs Raad van State en Staten-Generaal worden telkens nieuwe toelichtende teksten toegevoegd aan het eigenlijke voorstel. Eerst is er de memorie van toelichting (paragraaf 5.4.2). Op grond van artikel 21 (en 22) van de Wet op de Raad van State geven de ministers soms nog aanvullende inlichtingen aan de Raad van State.[3] Vervolgens is er het nader rapport (paragraaf 5.4.4), en daarna de memorie van antwoord en alle verdere stukken en betogen waarmee de indieners (en anderen) een meerderheid van de Tweede Kamer (paragraaf 5.4.5) en van de Eerste Kamer (paragraaf 5.4.6) trachten te overtuigen.

Het gaat in deze studie om de *motivering* van wetgeving. Motivering is echter niet het enige wat geboden wordt in memories van toelichting en in de latere stukken. Daarnaast vindt men in deze teksten andere soorten van *toelichting*[4] en allerlei vormen van wat ik *neven-wetgeving* noem. Hierbij moet men bedenken dat beweringen tegelijkertijd tot twee of drie van deze categorieën kunnen behoren.

De meeste toelichtende teksten bevatten naast motiveringen ook andere vormen van toelichting, met name *uitleg*.[5]

Een goed — en dus voor de verschillende doelgroepen voldoende duidelijk — geformuleerd wetsvoorstel heeft geen uitleg van de betekenis en de samenhang van zijn onderdelen nodig. 'Het beste wetsvoorstel is het voorstel dat geen toelichting behoeft'.[6] Herhaling of parafrase van de wettekst zou dan zinloos zijn.[7] Daarom wordt er in het

1 *Draaiboek voor de wetgeving* 1989 37
2 Van der Vlies 1991 25, aanwijzing 67 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, bij initiatiefwetgeving wordt de term 'voorstel van wet' gehanteerd vanaf het moment van inzending bij de Voorzitter, zie artikel 114 van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer, versie 1993, zie ook artikel 82, derde lid, van de Grondwet
3 Van der Hoeven 1977 51, Boon 1986 13, zie paragraaf 6 2 1
4 Zie paragraaf 1 3 3
5 Zie de toelichting bij aanwijzing 214 van de Aanwijzingen voor de regelgeving
6 Aldus stelling 3 van Nicaise op de studiebijeenkomst *De memorie van toelichting uitgelicht* van de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, verslagen door Voermans en Van Dijk 1992.
7 Zie de toelichting bij aanwijzing 217 van de Aanwijzingen voor de regelgeving

aanhangigmaking bij de Raad van State van een memorie van toelichting moet worden voorzien — dus in ieder geval al bij aanhangigmaking bij de ministerraad.

Toch heeft de ministerraad wel eens beraadslaagd en besloten over een ontwerp dat niet vergezeld ging van een toelichting. In het enige mij bekende geval heeft dat echter tot grote verontwaardiging bij enkele schrijvers geleid. In de zeer grote spoed bij de voorbereiding en behandeling van een wetsvoorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet[22] lagen slechts 'hoofdlijnen van gedachten' bij de ministerraad ter tafel. Op basis daarvan machtigde de ministerraad de bewindspersonen van Justitie om 'zo nodig een wetsvoorstel in te dienen'. Volgens Damen en Hoogenboom[23] was dit zeker niet in overeenstemming met de strekking van het Reglement van Orde. Terecht merken zij op dat beraadslaging en besluitvorming in de ministerraad een van de waarborgen in de wetgevingsprocedure vormt. Indien de ministerraad die taak uitvoert zonder te beschikken over 'een afgerond en voldoende inter- en intradepartementaal bestudeerd wetsvoorstel, met een complete memorie van toelichting',[24] dan blijft er inderdaad niet veel van die waarborg over. De tien-dagentermijn is juist bedoeld om alle ministers in staat te stellen wetsontwerpen serieus te beoordelen.[25]

De (weinige) literatuur en de (terminologisch onduidelijke) Aanwijzingen, Draaiboek en Reglement van Orde bieden al met al voldoende steun voor de conclusie dat het niet slechts de gewoonte, maar ook een rechtsplicht is om wetsontwerpen in toegelichte en gemotiveerde staat bij de ministerraad aanhangig te maken.

Het verdient aanbeveling deze verplichting uitdrukkelijk op te nemen in het Reglement van Orde voor de Raad van Ministers. De meest aangewezen plaats lijkt artikel 8 van dat Reglement: daar kan bepaald worden dat niet alleen de 'ontwerpen van wet' bedoeld in artikel 4, maar ook de daarbij behorende ontwerp-memories van toelichting tien dagen van te voren moeten worden rondgezonden. Zo geformuleerd laat deze verplichting de mogelijkheid[26] open om enkele details van de toelichting pas in of na de vergadering van de ministerraad te regelen. Het lijkt mij daarnaast niet nodig in artikel 4 te bepalen dat de ministerraad ook over die toelichtingen moet beraadslagen en besluiten — de memorie van toelichting is immers slechts een ministerieel stuk.[27]

Ongetwijfeld zullen de betrokken ministers in de vergadering van de ministerraad soms nog nadere argumenten voor een bepaald wetsontwerp geven. In welke mate een dergelijke mondelinge motivering van wetgeving in feite plaats vindt, en hoeveel daarvan in de notulen terechtkomt, onttrekt zich echter aan de waarneming van buitenstaanders.

22 Wijziging van de Vreemdelingenwet, Kamerstukken II, 1988/89.
23 Damen en Hoogenboom 1989: 147.
24 Damen en Hoogenboom 1989: 148.
25 Hoekstra 1988: 86.
26 Ook door Damen en Hoogenboom 1989: 148 aanvaard.
27 Zie paragraaf 5.4.2.2.

5.4 Motivering van voorstellen van wet

5.4.1 Toelichtende teksten bij wetsvoorstellen

Indien de ministerraad instemt met een bij hem aanhangig gemaakt wetsvoorstel, verleent hij meestal machtiging aan de eerst verantwoordelijke minister om 'te bevorderen dat het voorstel van wet (door de Koningin) om advies naar de Raad van State zal worden gezonden'.[1] Vanaf het moment van die machtiging heet het ontwerp officieel 'voorstel van wet'.[2]

Men zou dit besluit van de ministerraad de belangrijkste formele beslissing in de wetgevingsprocedure kunnen noemen: een ontwerp dat zo de ministerraad passeert, zal vrijwel altijd (en veelal niet meer dan marginaal gewijzigd) het Staatsblad bereiken.

Veel meer dan de uiteindelijke wetten zelf, en ook dan de aanvankelijke ontwerpen, worden 'voorstellen van wet' toegelicht en gemotiveerd. Tijdens zijn gang langs Raad van State en Staten-Generaal worden telkens nieuwe toelichtende teksten toegevoegd aan het eigenlijke voorstel. Eerst is er de memorie van toelichting (paragraaf 5.4.2). Op grond van artikel 21 (en 22) van de Wet op de Raad van State geven de ministers soms nog aanvullende inlichtingen aan de Raad van State.[3] Vervolgens is er het nader rapport (paragraaf 5.4.4), en daarna de memorie van antwoord en alle verdere stukken en betogen waarmee de indieners (en anderen) een meerderheid van de Tweede Kamer (paragraaf 5.4.5) en van de Eerste Kamer (paragraaf 5.4.6) trachten te overtuigen.

Het gaat in deze studie om de *motivering* van wetgeving. Motivering is echter niet het enige wat geboden wordt in memories van toelichting en in de latere stukken. Daarnaast vindt men in deze teksten andere soorten van *toelichting*[4] en allerlei vormen van wat ik *neven-wetgeving* noem. Hierbij moet men bedenken dat beweringen tegelijkertijd tot twee of drie van deze categorieën kunnen behoren.

De meeste toelichtende teksten bevatten naast motiveringen ook andere vormen van toelichting, met name *uitleg*.[5]

Een goed — en dus voor de verschillende doelgroepen voldoende duidelijk — geformuleerd wetsvoorstel heeft geen uitleg van de betekenis en de samenhang van zijn onderdelen nodig. 'Het beste wetsvoorstel is het voorstel dat geen toelichting behoeft'.[6] Herhaling of parafrase van de wettekst zou dan zinloos zijn.[7] Daarom wordt er in het

1 *Draaiboek voor de wetgeving* 1989 37
2 Van der Vlies 1991. 25, aanwijzing 67 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, bij initiatief-wetgeving wordt de term 'voorstel van wet' gehanteerd vanaf het moment van inzending bij de Voorzitter, zie artikel 114 van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer, versie 1993; zie ook artikel 82, derde lid, van de Grondwet
3 Van der Hoeven 1977 51, Boon 1986 13, zie paragraaf 6 2 1
4 Zie paragraaf 1.3 3
5 Zie de toelichting bij aanwijzing 214 van de Aanwijzingen voor de regelgeving
6 Aldus stelling 3 van Nicaise op de studiebijeenkomst *De memorie van toelichting uitgelicht* van de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, verslagen door Voermans en Van Dijk 1992.
7 Zie de toelichting bij aanwijzing 217 van de Aanwijzingen voor de regelgeving

VAR-rapport *Wetgevingstechniek* terecht op gewezen dat de wetgever 'het nooit op een toelichting (mag) laten aankomen in plaats van de tekst zó deskundig te verzorgen, dat alle twijfel gebannen is'.[8] Tijd en talent zijn echter schaars,[9] zodat menig wetsvoorstel zó onduidelijk wordt geformuleerd, dat alleen een parafraserende of illustrerende toelichting helderheid kan verschaffen. Kortmann heeft — naar aanleiding van de ondoorgrondelijkheid van vele wetsbepalingen — zelfs de vraag opgeworpen 'of het uit het oogpunt van behoorlijke wetgeving (...) geen aanbeveling zou verdienen (...) bij de publikatie van wetten tevens een beknopte, zo nodig door de Kamers geautoriseerde, toelichting op te nemen in het Staatsblad'.[10] Het lijkt mij dat de voor realisering van deze suggestie benodigde energie beter besteed kan worden aan het — zo nodig door wetswijziging achteraf — verbeteren van de wettekst zelf.[11] Ook de Raad van State heeft zich uitgesproken tegen opneming van parafrases van de wettekst in de memorie van toelichting.[12]

Ook bij een wetsvoorstel dat géén uitleg van zijn betekenissen en interne samenhangen behoeft, kan het zinvol zijn om bepaalde zaken toe te lichten. Dat betreft dan vooral zaken buiten het voorstel zelf, zoals het beleid waarin het voorstel past, de geschiedenis van het voorstel, de verwachte toekomst van de voorgestelde wet, en de samenhang met andere regelgeving[13] en met bestaande jurisprudentie.[14] Bij een wetsvoorstel van enige omvang verdient het bovendien aanbeveling om in de memorie van toelichting een samenvatting van de inhoud van het voorstel op te nemen. In die zin begrijp ik ook de toelichting bij aanwijzing 217 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, hoewel daar onduidelijk is of in de gesuggereerde paragraaf 'Hoofdlijnen' de voorgestelde wet dan wel de memorie van toelichting moet worden samengevat. Het spreekt vanzelf dat het mogelijk is en zinvol kan zijn om in een memorie van toelichting een inhoudsopgave van die memorie op te nemen.[15]

Een derde bestanddeel van toelichtende teksten (naast motivering en uitleg) is vaak enige vorm van regulering. Volgens aanwijzing 214 van de Aanwijzingen voor de regelgeving mag dat niet: 'De toelichting wordt niet gebruikt voor het stellen van nadere regels.' Zoals bekend, wordt deze aanwijzing veel geschonden, waardoor zelfs 'het onderscheid tussen wettekst en de toelichting gaat vervagen'.[16]

Indien de opstellers van de toelichting later zelf de toepassers van de wet zullen zijn, dan zou men deze regulering kunnen aanduiden als pseudo-wetgeving: zij maken bekend

8 *Wetgevingstechniek* 1948: 73.
9 Nota *Zicht op wetgeving*, Kamerstukken II 1990/91, 22008 nr. 2, p. 30.
10 Kortmann 1979: 71.
11 Zie ook Van Maarseveen 1978: 2 en Sebus 1984: 28.
12 Kamerstukken II 1985/86, 19591, B, paragraaf 27; en 1990/91, 21993, B, paragraaf 1; zie J.P. de Jong 1993: 157.
13 Zie Gerbrandy 1989: 890.
14 J.M. Polak 1992b: 10; Kokkini-Iatridou en Boele-Woelki 1993: 1424.
15 Aldus, bij aanwijzing 192, het nader rapport bij het advies van de Raad van State over het ontwerp van de Aanwijzingen voor de regelgeving, opgenomen in Borman 1993: 155.
16 F.H. van der Burg 1993: 237.

hoe zij later beleid zullen voeren.[17] Meestal zal de latere toepassing van de wet echter een taak zijn van andere organen dan de opstellers van de toelichting. Daarom geeft volgens mij de term *neven-wetgeving* beter aan waar het om gaat. Daaronder versta ik beweringen, gedaan in de toelichtende stukken en bij de parlementaire beraadslagingen over een wetsvoorstel, die een beïnvloeding van de toepassing van de voorgestelde wet tot doel of als effect hebben.

Over de toelaatbaarheid van neven-wetgeving werd streng en mild gedacht. Onder de noemer 'wetgeving bij memorie van toelichting' is het verschijnsel vanuit D66 scherp gekritiseerd tijdens de herziening van de grondwetsbepalingen inzake rechtspraak: 'Het schaadt de rechtszekerheid, de onpartijdigheid en de onafhankelijkheid'.[18] De regering achtte het verwijt van 'wetgeving bij memorie van toelichting' echter niet gerechtvaardigd:

> 'Het is een niet ongebruikelijke handelwijze, dat in de memorie van toelichting een uitleg van inhoud en reikwijdte van de door de wetgever gebruikte termen, die op zich niet onduidelijk of vaag zijn, wordt gegeven, mede met het doel, dat bij de nadere uitwerking en toepassing van deze begrippen de daaraan gegeven uitleg wordt aangehouden.' [19]

Tegenwoordig wijst aanwijzing 214 van de Aanwijzingen voor de regelgeving een dergelijke beïnvloeding van de wetstoepassing echter af.

In zijn advies over het ontwerp van de Aanwijzingen[20] achtte de Raad van State deze aanwijzing 'op zichzelf juist', maar behoefde zij 'wel enige aanvulling en nuancering'. In het nader rapport[21] constateert de Minister van Justitie dat de Raad niet aangeeft waaruit die aanvulling en nuancering zou moeten bestaan; 'ook bij nadere overweging' ziet hij 'geen reden voor aanvullingen en nuanceringen'. Het ligt daarom voor de hand ook in de toelichting bij aanwijzing 214 geen nuancering van het verbod op neven-wetgeving te lezen. De toelichting luidt:

> 'De toelichting geeft een motivering en uitleg van de regeling maar mag geen aanvullende normen bevatten De te stellen normen worden in de regeling zelf vastgelegd. Evenmin moet een toelichting gebruikt worden voor een nadere omlijning van in de regeling voorkomende termen of begrippen Dit neemt niet weg, dat het in bepaalde gevallen wenselijk kan zijn van in de regeling voorkomende termen of begrippen een nadere verklaring te geven '

Met andere woorden: uitleggen mag, maar omlijnen niet. Dat de grens tussen omlijning en uitleg vaag is, behoeft overigens geen betoog.

Of neven-wetgeving hiermee tot het verleden zal behoren is de vraag. Voor de ontwerpers van wetten is de verleiding om in de toelichting naast motivering en uitleg ook aanvullende normen op te nemen namelijk groot.[22] In Nederland kennen vele

17 Zie over deze problematiek F H van der Burg 1987a, Wattel 1990, en de opmerkingen van Bressers op de studiebijeenkomst *De memorie van toelichting uitgelicht* van de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, zoals verslagen door Voermans en Van Dijk 1992: 83

18 Kamerstukken II, 1980/81, 16162 nr. 6, p 3

19 Idem, nr 8, p. 76.

20 Opgenomen in Borman 1993· 165.

21 Eveneens opgenomen in Borman 1993: 165

22 F H van der Burg 1993 237

wetstoepassers een groot gezag toe aan hetgeen in de parlementaire stukken over een wet te lezen valt.[23] Bressers stelt zelfs:

> 'Omdat memories van toelichting een rol vervullen bij de wetsinterpretatie, dus bij de rechtsvinding en dus bij het "who gets what, when and how?" (Lasswell's beroemde definitie van politiek), zijn (...) (de aanwijzingen 214 en 220) (...), waarin de ondergeschikte functie van de memorie van toelichting ten opzichte van de wet wordt benadrukt, goeddeels illusoir. (...)' [24]

Misschien geldt nog steeds wat een Commissie van de VAR in 1948 neerschreef in het rapport *Wetgevingstechniek*, namelijk:

> 'dat naar de tegenwoordig meest gangbare opvatting een officieel gegeven toelichting weliswaar bij de toepassing van de wet met name de rechter niet bindt, maar bij die toepassing wèl als een niet te versmaden hulpmiddel mag worden beschouwd om te weten te komen hetgeen men met de wettelijke bepaling heeft bedoeld. In vele gevallen zal men ook later die bedoeling willen volgen, al acht men haar dan ook niet datgene wat *altijd* de doorslag moet geven. De Commissie stelt hier het geval, dat er sprake is van één duidelijke, onbestreden en niet met de woorden der wet strijdige toelichting.' [25]

Het is mijn stellige indruk dat vele wetstoepassers[26] *tenminste* het door genoemde Commissie aangeduide gewicht hechten aan memories van toelichting; en ook dat zij dat zelfs doen in gevallen waarin de toelichting afwijkt van de woorden van de wet, in strijd is met later tijdens de behandeling gegeven toelichtingen, of vanuit de Staten-Generaal weersproken is.[27]

Dat velen nòg meer gewicht aan toelichtende stukken toekennen, is af te leiden uit een redactionele kanttekening van Schut in *RM Themis* over 'Het betrekkelijke gezag van de Memorie van Toelichting'. Hoewel hij daarin juist waarschuwt tegen het toekennen van teveel gewicht aan de toelichtende stukken bij het nieuwe Burgerlijk Wetboek, durft hij toch neer te schrijven:

> 'De memorie van toelichting en andere toelichtende stukken zijn (...) direct bindend in zover ze ertoe strekken de wettekst te verhelderen. Daardoor wordt deze toelichting als het ware deel van de wettekst zelf.' [28]

Zover ging zelfs Voorduin niet. Deze meende weliswaar dat aan 'de memoriën van toelichting, met behoedzaamheid gebruikt (...) voor de uitlegkunde des regts, oneindig

23 Aldus zowel de bestuurskundige Bressers als het Tweede-Kamerlid Van de Camp op de studiebijeenkomst *De memorie van toelichting uitgelicht* van de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid; zie Voermans en Van Dijk 1992: 84.

24 Stelling 4, gepresenteerd op de genoemde studiebijeenkomst.

25 *Wetgevingstechniek* 1948: 69.

26 Ik denk dan met name aan ambtenaren en bewerkers van al dan niet losbladige wettekst-edities.

27 Op de genoemde bijeenkomst van de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid toonde Van de Camp zich verbaasd over dit vele teruggrijpen op onveranderde maar wel achterhaalde memories van toelichting; zie Voermans en Van Dijk 1992: 84.

28 Schut 1988: 358.

veel gelegen' is,[29] maar benadrukte 'dat aan dezelve nimmer eenig *wettelijk*, eenig *verpligtend* gezag is toegekend'.[30]

Over het — hachelijke — beroep op zoiets als de 'wil van de wetgever' is veel meer geschreven dan hier kan worden behandeld. Ik zal dan ook niet ingaan op de opmerkelijke bewering van het Tweede-Kamerlid V.A.M. van der Burg, dat de Hoge Raad 'ons' (waarmee de Tweede Kamer bedoeld zal zijn) 'binnenskamers' gevraagd zou hebben om 'de wetsgeschiedenis meer vlees (te laten) krijgen'.[31] Belangrijker is wellicht dat de wetgevende organen er de laatste jaren met nadruk aan herinnerd zijn dat zij er niet op moeten vertrouwen dat hun toelichtingen zullen delen in het gezag van hun wetten.[32]

5.4.2 Memorie van toelichting

In de vorige paragraaf werd gesteld dat memories van toelichting veelal vol staan met (al dan niet overbodige) uitleg en met (al dan niet misplaatste) neven-wetgeving. Nu gaat het echter om de vraag of gewoonterecht ertoe verplicht wetsvoorstellen in een memorie van toelichting te *motiveren* (paragraaf 5.4.2.1) en op wie deze verplichting rust (paragraaf 5.4.2.2). Paragraaf 5.4.3 gaat over het gewoonterecht inzake de *inhoud* van motiveringen in memories van toelichting.

Dat de Nederlandse invulling van het verschijnsel 'memorie van toelichting' niet vanzelf spreekt, wordt duidelijk wanneer men deze contrasteert met haar Britse equivalent. In het Verenigd Koninkrijk is het regel noch gewoonte dat elk wetsvoorstel vergezeld gaat van een *explanatory memorandum*. En als zo een *memorandum* toch wordt toegevoegd aan een *bill*, dan bepalen instructies van de *Speaker* van het Lagerhuis uit 1882 dat het 'should contain nothing of an argumentative character'.[33] Van motivering kan dus nauwelijks sprake zijn. De *explanatory memoranda* bevatten ook vrijwel geen neven-wetgeving, want tot voor kort achtte de Britse rechter het gebruik van parlementaire stukken bij wetsinterpretatie ontoelaatbaar.[34]

29 Voorduin 1837: 504.
30 Voorduin 1837: 506, zijn cursivering.
31 Behandeling van de nota *Zicht op wetgeving*, Handelingen II UCV 25, 10 februari 1992, p. 17.
32 Zie bijvoorbeeld: Hoge Raad 4 maart 1986, NJ 612, over de betekenis van artikel 140 Grondwet; Hoge Raad 14 april 1989, NJ 469, over de toelaatbaarheid van toetsing aan het Statuut, zie Barendrecht 1992a: 95; zie ook Hoge Raad 9 juni 1989, NJ 718, en Van Maarseveen 1989: 1574.
33 Erskine May/Gordon 1983: 525.
34 Zie paragraaf 4.3.2.4.

5.4.2.1 De memorie van toelichting is verplicht

De memorie van toelichting is in 1840 ontstaan, naar aanleiding van de invoering van de ministeriële verantwoordelijkheid; voordien werden wetsvoorstellen bij indiening gemotiveerd in de koninklijke boodschap.[35]

Elk voorstel van wet gaat van een memorie van toelichting vergezeld — in ieder geval zodra het voorstel de Staten-Generaal bereikte.[36] Sinds 1 januari 1993 wordt dit voorgeschreven in aanwijzing 211 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Volgens het *Draaiboek voor de wetgeving* wordt 'een getekend exemplaar van de memorie van toelichting' ook reeds meegezonden met het wetsvoorstel wanneer dat bij de Raad van State aanhangig wordt gemaakt.[37]

Volgens Van Raalte/Bovend'Eert/Kummeling moet op het moment dat een initiatiefvoorstel bij de Tweede Kamer aanhangig wordt gemaakt, een memorie van toelichting bij de tekst van het voorstel worden gevoegd.[38] Van een dergelijke verplichting is echter geen sprake meer in het Reglement van Orde van de Tweede Kamer.[39] Vroeger sprak het Reglement van Orde ten aanzien van initiatiefvoorstellen wel over 'het voorstel en de memorie van toelichting'.[40] Het *Draaiboek voor de wetgeving* gaat er overigens wel vanuit dat een bij de Kamer aanhangig gemaakt, maar nog niet behandeld, initiatiefvoorstel met een exemplaar van de memorie van toelichting naar de Raad van State wordt gestuurd.[41] Het verdient aanbeveling om de verplichting weer in het Reglement van Orde op te nemen, en wel in artikel 114, eerste lid (versie 1993). Daar zouden de woorden 'en ondertekend' vervangen kunnen worden door: 'en voorzien van een ondertekende memorie van toelichting'.

De 'Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek' van 1984 stelden nergens met zoveel woorden dat een voorstel van wet voorzien moet zijn van een 'memorie' van toelichting. Dat dat wel de bedoeling was, kon men afleiden uit de diverse aanwijzingen waarin sprake was van 'memorie van toelichting'.[42] In paragraaf 5.3 is al gebleken dat aanwijzing 106 de aanbeveling bevatte om een wetsontwerp 'in een vroeg stadium' van een toelichting te voorzien. Uitstel van de toevoeging van een memorie van toelichting tot een nog later stadium dan dat van aanhangigmaking bij de Raad van State, zou uiteraard geheel in strijd zijn met deze aanbeveling. In paragraaf 5.3.2 heb ik geconcludeerd dat een memorie van toelichting reeds vereist is zodra een wetsontwerp aan de ministerraad wordt voorgelegd.

Afgezien van ontwerp-versies zal een memorie van toelichting bij een regeringsvoorstel veelal twee versies kennen. De eerste vergezelt het voorstel bij aanhangigmaking bij de Raad van State. Na advisering door de Raad kan de memorie gewijzigd

35 Buijs 1883: 587; Nicaise zoals aangehaald door Voermans en Van Dijk 1992: 82-83; zie verder paragraaf 4.1.2.
36 Van Raalte/Bovend'Eert/Kummeling 1991: 218.
37 *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 41.
38 Van Raalte/Bovend'Eert/Kummeling 1991: 234.
39 En evenmin in Franssen en Van Schagen 1990: 137-140 en *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 87.
40 Zie Pippel 1950: 478.
41 *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 89 en 41.
42 Onder meer de aanwijzingen met de nummers 90 en 108.

worden. De daaruit resulterende tweede versie vergezelt het voorstel bij indiening in de Tweede Kamer. Daarna wordt de tekst van de memorie van toelichting niet meer gewijzigd — behoudens de correctie van (sommige) fouten bij nota van verbetering.[43] In paragraaf 5.4.5.4 betoog ik dat deze onveranderlijkheid onwenselijk is.

De gewoonte om wetsvoorstellen van een memorie van toelichting te voorzien berust op gewoonterecht. De *rechtsovertuiging* ter zake is niet alleen verwoord in Aanwijzingen en *Draaiboek* (zie boven), maar kan ook afgeleid worden uit de vijf hieronder te bespreken punten.

In de eerste plaats hebben verschillende auteurs gewezen op het grote nut van memories van toelichting. Zo noemde Vening Meinesz (schrijvend in de tijd dat de huidige gewoonte zich vormde) het doelmatig:

> 'dat de ontwerper de wet doet voorafgaan door eene memorie, in welke hij haar toelicht en de motiven der nieuwe bepalingen opgeeft (...). Zoodanige memorie zal veel tot een goed begrip en tot eene juiste toepassing kunnen bijdragen. Vooral is zij noodzakelijk in constitutionele landen, alwaar zij de beraadslaging bij de volksvertegenwoordiging kan vereenvoudigen'.[44]

Ook in de hedendaagse literatuur wordt gewezen op deze en vergelijkbare functies van toelichtingen voor enerzijds de verbetering van de toepassing en anderzijds de verbetering van de totstandkoming van regelgeving.[45] Recentelijk wees ook Minister Hirsch Ballin op het belang van de motivering van wettelijke regelingen.[46]

In de tweede plaats heeft de gedachte dat ongeschreven beginselen 'de wetgever' tot motivering verplichten, de laatste jaren steeds meer steun gevonden in de literatuur.[47] Verschillende schrijvers achten vooral (ook) de indieners van wetsvoorstellen onderworpen aan deze motiveringsplicht.[48] Door elk wetsvoorstel van een motiverende memorie van toelichting te voorzien zouden zij deze plicht kunnen nakomen.

In de derde plaats zijn er de vele adviezen van de Raad van State waarin ingegaan wordt op de deugdelijkheid van memories van toelichting.[49] Opmerkingen over de inhoud van memories van toelichting worden in de adviezen vaker gemaakt en ook vaker door de betrokken ministers ter harte genomen dan opmerkingen over het wetsvoorstel zelf.[50] Kennelijk is ook de Raad van State van mening dat elk wetsvoorstel vergezeld moet gaan van een (goede) memorie van toelichting.

In de vierde plaats kan geconstateerd worden dat de gewoonte om voorgestelde wetgeving van een toelichting te voorzien niet opzij is gezet voor de Londense besluitwetgeving van de Nederlandse regering in ballingschap.[51]

43 *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 53-54.
44 Vening Meinesz 1856: 135.
45 Zie de paragrafen 7.5.3, 8.3.2 en 8.5.2.
46 Handelingen II 1991-92, UCV 25, p. 31.
47 Zie hoofdstuk 7.
48 Kortmann 1979: 72, Van Kreveld 1990a: 197, Van Male 1990: 285-287.
49 J.M. Polak 1985: 118 en 1992a: 10; R.E. Bakker 1986a: 19.
50 J.M. Polak 1981a: 290, 1985: 118 en 1992a: 10; R.E. Bakker 1986b: 126 noot 4.
51 Van den Brandhof 1986: 109-110.

In de vijfde plaats is er de verontwaardiging die bij juristen ontstaat wanneer zij geconfronteerd worden met wetsvoorstellen zonder memorie van toelichting. Zo valt in het VAR-rapport *Wetgevingstechniek* het volgende te lezen:

> 'Dat toelichtingen van algemene regelingen dikwijls node worden gemist, heeft de bezettingstijd bewezen. Zelfs de ingrijpendste regelingen gingen zonder een woord van toelichting in zee, al werden zij soms gemotiveerd — of moet men zeggen: verontschuldigd? — met een van Duitse kant opgestelde pers-mededeling.' [52]

Een meer recent voorbeeld van ongenoegen omtrent het (aanvankelijk) ontbreken van een deugdelijke memorie van toelichting bij een spoed-voorstel van wet is te vinden bij Damen en Hoogenboom.[53] (De lezer schatte zelf in, hoe zij zou reageren, indien de regering de Raad van State of het parlement zou vragen een oordeel te vellen over een niet van een toelichtende memorie voorzien wetsvoorstel.)

Kortom: het is een eis van gewoonterecht dat elk voorstel van wet voorzien is van een memorie van toelichting. Daarmee is echter nog niet gezegd op welk orgaan deze verplichting rust, en al helemaal niet wat er in een memorie van toelichting moet staan. Die vragen behandel ik in de rest van paragraaf 5.4.2.

5.4.2.2 Deze plicht rust op de verantwoordelijke ministers (of kamerleden)

Hierboven ben ik vooruitgelopen op hoofdstuk 7, door te vermelden dat een groeiend aantal schrijvers 'de wetgever', en dan met name 'de indiener' van een wetsvoorstel, onderworpen achten aan een motiveringsplicht.

Het is duidelijk dat memories van toelichting niet door 'de wetgever' worden geproduceerd. De wetgever — regering en parlement samen — stelt slechts wetten vast. Ook kan men niet zeggen dat het parlement memories van toelichting stilzwijgend, of door het aannemen van wetsvoorstellen, voor zijn rekening neemt.[54] Evenmin is het zo dat memories van toelichting mede namens het parlement worden vastgesteld.

Kan de conclusie zijn dat iedere memorie van toelichting afkomstig is van 'de indiener' van het desbetreffende wetsvoorstel? Nee.

Volgens artikel 82 van de Grondwet kunnen wetsvoorstellen worden ingediend 'door de Tweede Kamer' en 'door of vanwege de Koning'. De memories van toelichting bij initiatiefvoorstellen worden vastgesteld en ondertekend door een of meer Tweede-Kamerleden. Zij zijn dus nooit afkomstig van 'de indiener'.

Veruit de meeste wetsvoorstellen worden ingediend door 'de regering'.[55] Dit geschiedt vrijwel altijd door middel van een koninklijke boodschap; de bijbehorende memories van toelichting worden ondertekend door een of meer ministers, en niet door de Koningin. Alleen de voorstellen voor de hoofdstukken van de rijksbegroting worden

52 *Wetgevingstechniek* 1948: 72.
53 Damen en Hoogenboom 1989: 148-149.
54 Brunner 1989: 961.
55 Zie Kortmann 1990: 183.

'vanwege de Koning' ingediend, en wel door de minister van financiën.[56] De memorie van toelichting bij een begrotingshoofdstuk wordt ondertekend door de desbetreffende minister. Dus ook de memories van toelichting bij regeringsvoorstellen worden nooit ondertekend door 'de indiener'.[57]

Dat betekent dat een memorie van toelichting niet van de regering als zodanig uitgaat, maar van een of meer ministers. Volgens Buijs had de invoering van ministeriële verantwoordelijkheid in 1840 geleid tot de memorie van toelichting in haar huidige vorm: als 'eene bijlage van het wetsontwerp, enkel van den minister uitgaande en ook alleen door dezen getekend'.[58] Ook de verwijzing in elke koninklijke boodschap naar de 'toelichtende memorie, die het wetsvoorstel vergezelt' maakt van dit ministeriële stuk geen regeringsstuk. Misschien denken Boon en Kortmann hier anders over. Volgens hen komt de ministeriële ondertekening van de memorie van toelichting immers in de plaats van het ontbrekende contraseign onder de koninklijke boodschap. Dat het niet mede-ondertekenen van koninklijke boodschappen in strijd is met de Grondwet[59] werd reeds betoogd door Buijs en Oud.[60] Ook volgens Kortmann is deze gang van zaken 'strikt genomen niet fraai', maar toch 'aanvaardbaar' omdat de koninklijke boodschap 'louter een formaliteit' is.[61] Volgens de twee genoemde schrijvers zou een minister door de memorie van toelichting te ondertekenen de verantwoordelijkheid nemen voor de koninklijke boodschap en dus voor de inhoud en de indiening van het voorstel.[62] Deze redenering klopt slechts, indien men[63] de memorie van toelichting als deel van het wetsvoorstel beschouwt. Dat is echter een onhandige voorstelling van zaken — de memorie van toelichting wordt immers niet ter aanvaarding voorgesteld aan de Staten-Generaal.

Het lijkt mij daarom beter vast te houden aan de opvatting van Buijs: de memorie van toelichting (bij regeringsvoorstellen) is afkomstig van een of meer ministers.[64] De gewoonterechtelijke verplichting om ieder regerings-wetsvoorstel van een memorie van toelichting te voorzien rust derhalve op de minister(s) die het als wetsontwerp bij de ministerraad aanhangig heeft (hebben) gemaakt. De overeenkomstige verplichting bij een initiatiefvoorstel rust op het kamerlid (of de kamerleden) dat (of die) het bij de Tweede Kamer aanhangig heeft (hebben) gemaakt.

56 Van der Vlies 1991: 28.
57 Met uitzondering, zo men wil, van de begrotingshoofdstukken van financiën.
58 Buijs 1883: 587.
59 Thans artikel 47.
60 Zie paragraaf 4.1.2.
61 Kortmann 1990: 183.
62 Boon 1986: 17, Kortmann 1990: 183.
63 Zoals Kortmann 1990: 97 ook doet.
64 Voor het opnieuw formeel betrekken van het staatshoofd bij het vaststellen en ondertekenen van memories van toelichting bestaat al helemaal geen reden.

5.4.3 De inhoud van de memorie van toelichting

5.4.3.1 De beperkte vrijheid van de opstellers

Ministers (en kamerleden) die een memorie van toelichting moeten opstellen hebben daarbij uiteraard enige vrijheid. Door (gewezen) wetgevingsambtenaren wordt die vrijheid graag benadrukt, terwijl (andere) rechtswetenschappers zich kritisch hebben uitgelaten over het gebruik of misbruik dat van die vrijheid wordt gemaakt. Dit verschil hangt samen met de twee gangbare benaderingen van de functie van memories van toelichting: enerzijds wordt de memorie opgevat als 'strijdschrift' vol met argumenten om de andere 'partij' te overtuigen, anderzijds als 'verantwoording', als basis voor een verantwoorde besluitvorming door 'de wetgever als eenheid'.[1]

Voormalig ambtenaar A. Mulder omschreef de memorie van toelichting bijvoorbeeld als een 'politiek-taktisch stuk':

> 'In het ene geval is het verstandig beleid om direct uitvoerig uiteen te zetten wat er vóór en tegen bepaalde oplossingen heeft gepleit en waarom uit de verschillende mogelijkheden de voorgestelde is gekozen. In een ander geval kan het verstandiger zijn om het kruit droog te houden tot de Memorie van Antwoord, wanneer bekend is hoe de verhoudingen in het parlement liggen.' [2]

Volgens wetenschapper Boon betekent dat laatste dat er soms 'om de hete brij heengedraaid' wordt.[3] In paragraaf 5.3.1 bleek al dat Van Wijnbergen van mening is dat de officiële toelichtingen geen goed beeld geven van de motieven achter wetsvoorstellen.[4] Nog kritischer schrijft collega-wetenschapper De Winter:

> 'Memories van Toelichting en Nota's bij wetsontwerpen vertonen vaak een frappante gelijkenis met pleitnota's van het dubieuzere soort advocaat. In plaats van een openlijke afweging van voor- en nadelen wordt bijvoorbeeld uitsluitend over de voordelen gerept. Aanvullende informatie wordt achtergehouden totdat er uitdrukkelijk om gevraagd wordt. En als het goed uitkomt wordt zelfs het gebruik van drogredenen niet geschuwd.' [5]

In vergelijkbare bewoordingen, maar dan zonder te willen 'suggereren dat er sprake zou zijn van kwade trouw', liet Konijnenbelt zich uit: 'Het gaat hier nu eenmaal om pleitnota's, en het kan geen kwaad zich daarvan goed bewust te zijn'.[6] Hetzelfde beeld wordt opgeroepen door voormalig ambtenaar De Vries. In een interview zei hij:

> 'Een toelichting bij een wetsontwerp is niet een wetenschappelijk exposé, maar een pleidooi voor het voorgestelde ontwerp dat de lezer moet overtuigen van de noodzaak ervan. Een wetgevingsjurist heeft iets van een advocaat. Je vecht voor het belang zoals Justitie dat ziet.' [7]

1 Aldus Nicaise op de studiebijeenkomst *De memorie van toelichting uitgelicht* van de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, verslagen door Voermans en Van Dijk 1992: 83.
2 A. Mulder 1982: 85.
3 Boon 1986: 17.
4 Van Wijnbergen 1984: 21.
5 De Winter 1986a: 557.
6 Konijnenbelt 1993: 13.
7 Bruinsma en Huls 1989: 590.

> 'Een toelichting bij een wetsontwerp is niet een wetenschappelijk exposé, maar een pleidooi voor het voorgestelde ontwerp dat de lezer moet overtuigen van de noodzaak ervan. Een wetgevingsjurist heeft iets van een advocaat. Je vecht voor het belang zoals Justitie dat ziet.' [7]

Dat ministers 'hun' wetsvoorstellen met alle mogelijke, al dan niet fatsoenlijke, argumenten aan Raad van State en parlement zullen trachten te verkopen, lijkt onvermijdelijk.[8] Het hanteren van drogredenen, en vooral van leugens, kan echter grote politieke risico's met zich brengen.[9]

De andere in de bovenstaande citaten onthulde, respectievelijk gekritiseerde werkelijkheid betreft het — aanvankelijk — bewust achterhouden van informatie over de gronden waarop een wetsvoorstel rust. Zodra een kamerlid verstrekking van de achtergehouden informatie verlangt, is een minister daartoe op grond van artikel 68 van de Grondwet verplicht.[10] Maar ook zolang een dergelijk verzoek om informatie hen nog niet bereikt heeft, zijn ministers niet volstrekt vrij om informatie over de motieven voor een wetsvoorstel achter te houden. Anders zou er immers niets overblijven van de in paragraaf 5.4.2.1 geconstateerde verplichting om een motiverende memorie van toelichting aan elk wetsvoorstel te verbinden.

De andere belangrijke functie van memories van toelichting is namelijk het bevorderen van de kwaliteit van de oordeelsvorming in Raad van State en parlement. Daarom zullen deze organen vóórdat zij beginnen aan hun oordeelsvorming moeten beschikken over de in de memorie van toelichting op te nemen uitleg en motivering. Terecht hebben Damen en Hoogenboom dan ook geprotesteerd toen een wetsvoorstel door Raad van State en Tweede Kamer werd gejaagd, zonder dat er een uitgewerkte memorie van toelichting beschikbaar was: 'Pas met de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer kwam een stuk beschikbaar dat wat degelijker en meer op de zaak toegespitst een verdediging van het standpunt van de regering' bood. Volgens deze twee auteurs zou het achterwege blijven van een uitgewerkte memorie van toelichting slechts aanvaardbaar zijn in een noodsituatie — iets waarvan volgens hen inzake het vasthouden van asielzoekers op Schiphol-Oost geen sprake was geweest.[11]

Er is nog een reden waarom memories van toelichting ten minste een zekere motivering moeten bevatten: vele malen per jaar neemt de Koningin in haar koninklijke boodschap bij een wetsvoorstel de volgende bewering voor haar rekening:

> 'De toelichtende memorie, die het wetsvoorstel vergezelt, bevat de gronden waarop het rust'.

Een minister mag de Koningin niet laten liegen. Daarom zal elke minister die een memorie van toelichting vaststelt erop moeten toezien dat die memorie in ieder geval

7 *Bruinsma en Huls 1989: 590.*
8 Want, in de door Engle 1983: 7 aangehaalde woorden van een negentiende-eeuwse Britse wetgevingsambtenaar: 'bills are made to pass as razors are made to sell'.
9 Zoals de kans om beschuldigd te worden van schending van artikel 68 van de Grondwet; zie paragraaf 4.1.4.5.
10 Zie paragrafen 4.1.3.
11 Damen en Hoogenboom 1989: 149.

iets bevat dat kan worden beschouwd als 'de gronden waarop het voorstel rust'.[12] In aanwijzing 212 van de Aanwijzingen voor de regelgeving is dit verwoord in de zin: 'De toelichting bevat een verantwoording van de regeling.'

Kortom: een memorie van toelichting moet (ten tijde van de aanhangigmaking bij de Raad van State en ten tijde van de indiening bij de Tweede Kamer) een minimale inhoud hebben. Maar welke?

De laatste jaren is een stroom van literatuur en aanwijzingen voor de rijksdienst ontstaan waarin min of meer concreet wordt aangegeven wat er in ieder geval in een goede memorie van toelichting moet staan.[13] Ook de Raad van State stelt allerlei eisen aan de inhoud van memories van toelichting.[14] De Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten spreekt van een 'gegroeid inzicht in de elementen die een toelichting in elk geval dient te bevatten'.[15] Het gaat hierbij vooral om vijf aspecten:

— doelvermelding (paragraaf 5.4.3.2);
— doel-middel-argumentatie (paragraaf 5.4.3.3);
— vermelding van effecten (paragraaf 5.4.3.4);
— motivering van de rechtmatigheid (paragraaf 5.4.3.5);
— motivering van afwijking van adviezen (paragraaf 5.4.3.6).

Volgens Polak zou een goede memorie van toelichting nog veel méér moeten bevatten — in ieder geval een toelichting bij elk artikel. 'Het gaat er om de toelichtingen meer in overeenstemming te brengen met de belangen van de gebruikers'.[16] Ten behoeve van de wets-consumenten zou Polak graag zien dat in memories van toelichting aandacht werd besteed aan 'vragen als: wat verandert er precies, in hoeverre blijft jurisprudentie onder de vroegere regeling betekenis houden, hoe is de verhouding tot omliggende regelgeving'.[17]

Volgens aanwijzing 217 van de Aanwijzingen voor de regelgeving hoeft de toelichting alleen verdeeld te worden in een algemeen en een artikelgewijs gedeelte 'indien dit de toegankelijkheid bevordert', en volgens de toelichting bij die aanwijzing hoeft niet altijd ieder artikel te worden toegelicht. Evenals Polak, heeft ook de Raad van State zich in zijn adviezen verschillende malen kritisch uitgelaten over het ontbreken van een artikelgewijze toelichting,[18] over het ontbreken van een toelichting bij vele artikelen.[19] De Raad van State geeft er in het algemeen de voorkeur aan dat zoveel

12 De Koningin ondertekent de geciteerde boute bewering pas bij toezending van het voorstel aan de Tweede Kamer, zodat ook de Raad van State nog kan trachten haar voor leugenachtigheid te behoeden.
13 De Aanwijzingen voor de regelgeving spreken ook over de vermelding in de toelichting van allerlei kleine puntjes die niet de motivering van wetsvoorstellen betreffen: zie de aanwijzingen 161 en 229 en de toelichtingen bij de aanwijzingen 29, 74, 102 en 165.
14 J.P. de Jong 1993; J.M. Polak 1985a en 1992a; R.E. Bakker 1986a.
15 *Advies over de wetsprocedure* 1992: 39.
16 J.M. Polak 1992a: 10; zie ook 1992b: 643 en Voermans en Van Dijk 1992: 82-85.
17 J.M. Polak 1992a: 10.
18 Kamerstukken II 1992/93, 22820, B, paragraaf 9.
19 Kamerstukken II 1990/91, 21993, B, paragraaf 1.

mogelijk van de inhoud van de memorie van toelichting ondergebracht wordt in toelichtingen per artikel,[20] en dat 'het algemeen gedeelte van de toelichting wordt beperkt tot uiteenzetting van algemeen informatieve en beleidsmatige aard, alsmede tot aspecten welk zich niet goed lenen voor de artikelgewijze toelichting'.[21] Met Polak en de Raad van State ben ik van mening dat een goed uitgewerkte artikelgewijze toelichting de hanteerbaarheid van een memorie van toelichting zeer ten goede komt. Er is geen situatie denkbaar waarin een artikelgewijze toelichting de toegankelijkheid van een memorie van toelichting niét bevordert. Daarom zal in aanwijzing 217 de zinsnede 'indien dit de toegankelijkheid bevordert' beter kunnen vervallen.

Voermans en Van Dijk[22] wijzen erop dat J.M. Polak met zijn pleidooi[23] voor uitvoeriger memories lijnrecht ingaat tegen allerlei pleidooien[24] om de omvang daarvan juist te beperken.[25] Op de studiebijeenkomst *De memorie van toelichting uitgelicht* van de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid bleek volgens Voermans en Van Dijk 'brede zorg' te bestaan over de omvang van het algemeen deel van de memorie van toelichting. 'In de laatste vijfentwintig jaar is de omvang van dit gedeelte in veel gevallen verzesvoudigd'.[26] Bressers wees bij die gelegenheid op de groeiende lijst met 'tijdsgebonden' aandachtspunten waaraan volgens de (toen nog ontwerp-) Aanwijzingen voor de regelgeving in toelichting aandacht moet worden besteed: 'Een enorme papiermassa, waslijsten van punten, afzonderlijk erg goed verdedigbaar, maar misschien moeten we er maar een grote streep door trekken'.[27] Eveneens kritisch over de grote omvang van memories van toelichting waren Minister Hirsch Ballin en de kamerleden V.A.M. van der Burg en Wolffensperger tijdens de behandeling van de nota *Zicht op wetgeving*.[28] Het kamerlid Jurgens bestreed deze kritiek overigens.[29] Bressers is op zijn wenken gedeeltelijk bediend, de opsomming in aanwijzing 212 is veel korter dan die in het ontwerp van die aanwijzing, waarop hij zijn kritiek had gericht. Bovendien heeft de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten zich sindsdien op het standpunt gesteld dat in de memorie van toelichting niet te veel woorden vuil gemaakt moeten worden aan het beleid waar het voorstel raakvlakken mee heeft, omdat dat kan leiden tot verwarring en tijdverlies bij de behandeling van het voorstel.[30] Volgens het kabinet moeten toelichtingen 'zich beperken tot het onderwerp van de regeling'.[31]

20 Zie de genoemde adviezen over de wetsvoorstellen 22820 en 21993, alsmede Kamerstukken II 1985/86, 19591, B, paragraaf 27.
21 Paragraaf 27 van het genoemde advies over wetsvoorstel 19591.
22 Voermans en Van Dijk 1992: 82.
23 Inmiddels door Van der Vlies 1993: 34 gesteund.
24 Ook van de Raad van State, zie J.P. de Jong 1993: 155-159.
25 De Boer 1992: 1536-1537; Konijnenbelt 1993: 13-14; F.H. van der Burg 1993: 237.
26 Voermans en Van Dijk 1992: 84.
27 Voermans en Van Dijk 1992: 85.
28 Handelingen II UCV 1981/82, nr. 25, 10 februari 1992, p. 16-17.
29 Idem, p. 17.
30 *Advies over de wetsprocedure* 1992: 39-40.
31 *Voortvarend wetgeven*, Kabinetsstandpunt naar aanleiding van het advies van de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten over de wetsprocedure, Kamerstukken II 1993/94, 23462 nr. 1, p. 23.

Bezien zal worden of dit vereiste kan worden geconcretiseerd, zo heeft het kabinet beloofd.[32]

Wat hiervan verder ook zij, duidelijk is dat over de wenselijke *maximale* inhoud van de memorie van toelichting nog geen consensus bestaat. Van een gewoonte en een rechtsovertuiging ter zake is al helemaal geen sprake. Bij de vijf genoemde, nu te bespreken punten betreffende de *minimale* omvang van de memorie van toelichting bestaat meer eensgezindheid. Soms kan zelfs van enig gewoonterecht worden gesproken. In andere gevallen gaat het om beleidsregels die een toespitsing trachten te geven aan de algemene gewoonterechtelijke verplichting om wetsvoorstellen van memories van toelichting te voorzien.

5.4.3.2 Vermelding van het doel

Het meest genoemd als minimaal vereist onderdeel van een (goede) memorie van toelichting is het doel, de bedoeling of de doelstelling van het wetsvoorstel. Wat dat betreft lijkt het denken over de memorie van toelichting dus op dat over de considerans.[33]

In iedere memorie van toelichting wordt volgens Bovend'Eert en Kummeling[34] 'een toelichting op de bedoeling van het wetsontwerp' gegeven. Of dat inderdaad het geval is, kan betwijfeld worden. 'Dat een wet een openlijk omschreven en rechtvaardig doel behoort te hebben, begint geleidelijk in het vergeetboek te geraken'.[35] Ook anderen waren er kennelijk niet zo zeker van dat in elke memorie van toelichting het doel van het voorstel vermeld wordt. Volgens hen zou heldere doelvermelding in de memorie van toelichting echter wel aanbeveling verdienen. Soms werd dit nodig geacht om (onder meer) het parlement de mogelijkheid te geven 'de voorgestelde regelingen aan de gestelde doeleinden te toetsen',[36] soms als garantie tegen misbruik van de wet voor andere doelen,[37] en soms om later onderzoek naar de mate van doelbereiking mogelijk te maken.[38]

Voor zover in de memorie van toelichting inderdaad het doel van het voorstel wordt aangeduid, is de passage waar dat gebeurt vaak moeilijk te vinden. Slechts een enkele keer is er een paragraaf met als opschrift 'Doel van het wetsvoorstel'. Soms is er een paragraaf met in het opschrift een woord als 'grondgedachte', 'wenselijkheid' of 'redenen'. Meestal moet men de doelvermelding echter zoeken in een paragraaf met het opschrift 'Algemeen' of 'Inleiding', of is de memorie niet in paragrafen ingedeeld.

Vanaf de jaren tachtig eisen diverse aanwijzingen dat de doelstellingen van wetsvoorstellen vermeld worden in de memorie van toelichting. Zo verlangde aanwijzing

32 *Voortvarend wetgeven* 1993: 23.
33 Zie paragraaf 5.2.2.2.
34 Van Raalte/Bovend'Eert/Kummeling 1991: 218.
35 Snijders-Borst 1985: 483.
36 Rapport *Verkenning van enige problemen rond wetgeving* 1978: 17; in gelijke zin: De Ru 1993a: 51; Kokkini-Iatridou en Boele-Woelki 1993: 1423-1424.
37 Kortmann 1979: 72.
38 Schuyt 1977: 178-180.

nummer 107 van de 'Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek' van 1984 'dat hetgeen de wetgever met de regeling wil bereiken, het geheel der doelstellingen, duidelijk wordt aangegeven' in de toelichting. Volgens de 'Aanwijzingen inzake terughoudendheid met regelgeving' (van datzelfde jaar) moesten de doelstellingen al geformuleerd worden vóórdat een regeling wordt ontworpen.[39]

Ook de Raad van State besteedt in zijn adviezen wel aandacht aan het vereiste van een duidelijke doelvermelding.[40] Een motivering die uit weinig meer bestaat dan een verwijzing naar het regeerakkoord wordt onvoldoende geacht door de Raad van State.[41]

Tegenwoordig noemt aanwijzing 212, onderdeel a, van de Aanwijzingen voor de regelgeving 'de doelstellingen die worden nagestreefd' als een van de punten die in de toelichting in ieder geval aan de orde moeten komen. De woorden 'voor zover ter zake', in de aanhef van aanwijzing 212, impliceren geen uitzondering op deze regel: wetgeving heeft immers altijd een doel.[42] Hoe de doelstellingen in de memorie behandeld moeten worden, is te lezen in aanwijzing 7, onderdeel b:[43] zij moeten 'zo concreet en nauwkeurig mogelijk vastgesteld' worden. In de toelichting bij aanwijzing 7 wordt dat nader uitgewerkt:

> 'Een zo concreet en nauwkeurig mogelijke vaststelling van doelstellingen houdt in dat verschillende doelstellingen duidelijk worden onderscheiden. Waar dat mogelijk en relevant is, dient ook te worden vastgesteld binnen welke termijn ernaar wordt gestreefd een doelstelling te bereiken. Indien kwantificering, financieel of anderszins, van een doelstelling mogelijk is, dient deze ook te geschieden.'

Dàt het doel van het voorstel in de memorie van toelichting vermeld moet worden, kan op basis van de bovengenoemde gewoonte, literatuur, legisprudentie en aanwijzingen wel als een regel van gewoonterecht worden beschouwd. De aanvullende eisen van aanwijzing 7 lijken echter vooralsnog niet meer te zijn dan een beleidsvoornemen. In de praktijk is een zo concrete vermelding van gekwantificeerde, termijngebonden doelstellingen nog geen regel.

De in literatuur en aanwijzingen tot ontwikkeling gekomen eis brengt volgens mij met zich dat de doelstelling een duidelijke en prominente plaats in de memorie van toelichting moet krijgen — dat wil zeggen in een paragraaf die blijkens het opschrift speciaal aan het '*Doel van het voorstel*' is gewijd.

5.4.3.3 Doel-middel-argumentatie

Het enkel vermelden van een of meer doelstellingen wordt niet voldoende gevonden. Een dergelijke blote vermelding zou ook moeilijk beschouwd kunnen worden als 'de

39 Zie het begin van paragraaf 5.3.
40 J.M. Polak 1981a: 290; R.E. Bakker 1986b: 128.
41 Advies over het voorstel tot aftopping van het reiskostenforfait, Kamerstukken II 1989/90, 21397; zie Van Male 1990: 286.
42 Van der Velden 1988: 133.
43 Waar de toelichting bij aanwijzing 212 naar verwijst.

gronden' waarop het voorstel rust, waarvan in de koninklijke boodschap telkens sprake is.[44] Literatuur, aanwijzingen en Raad van State verlangen dan ook een uitgewerkte doel-middel-argumentatie.

Dat in memories van toelichting een dergelijke argumentatie vaak niet te vinden is, is een oude klacht. Zeer kritisch over het niveau van argumentatie in toelichtingen bij wetsvoorstellen was Wertheim.[45] Hij beklaagde zich erover 'dat men in de stukken van wetgeving gewoonlijk een conglomeraat vindt van de meest heterogene betoogwijzen', en allerlei gemeenplaatsen, bijvoorbeeld dat de wet 'in een behoefte zal voorzien', of ter bevordering van de 'rechtszekerheid' strekt.[46] Daarnaast bespeurde hij wel enig besef van wat hij 'de psychische werkingen der rechtschepping' noemde, maar dat wilde volgens hem allerminst zeggen 'dat de wetgevers bewust een concreet maatschappelijk doel vooropstellen, en systematisch de resultaten van elk der in aanmerking komende wetgevende maatregelen overwegen'.[47] Er lijkt weinig verbeterd. In 1992 poneerde Nicaise op de studiebijeenkomst *De memorie van toelichting uitgelicht* van de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid[48] de volgende stelling:

> 'Een zwakke stee in menige memorie van toelichting is de aansluiting tussen de analyse van de problematiek waarvoor het wetsvoorstel een oplossing beoogt te bieden, en de in het voorstel vervatte keuzes met betrekking tot de systematiek en het instrumentarium.'

De Raad van State vraagt zich in zijn adviezen wel eens af, of in de memorie van toelichting wel voldoende aannemelijk is gemaakt dat de voorgestelde bepalingen geschikt en noodzakelijk zijn ter bereiking van het gestelde doel.[49] En volgens de nota *Zicht op wetgeving* van de Minister van Justitie moet 'het geheel van doel-middel-relaties' in de toelichting in kaart worden gebracht, opdat kenbaar wordt 'in hoeverre een voldoende mate van doeltreffendheid en van doelmatigheid verzekerd is'.[50]

Er lijkt zich al met al een rechtsovertuiging af te tekenen die verlangt dat in de memorie van toelichting wordt aangegeven waarom een wet, en wel in het bijzonder de voorgestelde wet, een geschikt en noodzakelijk middel is om het gestelde doel te bereiken. Uit de aangehaalde stelling van Nicaise kan men echter afleiden dat dit nog niet de algemene gewoonte is.

In de Aanwijzingen voor de regelgeving is deze eis niet met zoveel woorden terug te vinden. Wel eist aanwijzing 212 dat de memorie van toelichting 'een verantwoording van de regeling' bevat, en dat daarin 'de noodzaak tot overheidsinterventie', 'de overwogen varianten' en 'de uitvoerings- en handhavingsaspecten' aan de orde komen. Volgens de toelichting bij aanwijzing 212 moet deze verantwoording vooral de

44 Zie paragraaf 5.4.3.1.
45 Wertheim 1935.
46 De laatste aanhalingstekens zijn van Wertheim.
47 Wertheim 1935: 764.
48 Verslagen door Voermans en Van Dijk 1992: 82-85.
49 R.E. Bakker 1986a: 19; zie verder bijvoorbeeld het advies over het eerste wetsvoorstel voor een Algemene wet gelijke behandeling, Kamerstukken II 1987/88, 20501, B; en het advies over het voorstel tot aftopping van het reiskostenforfait, Kamerstukken II 1989/90, 21397, B, waarover Van Male 1990: 285-286.
50 Kamerstukken II 1990/91, 22008 nr. 2, p. 25.

toepassing betreffen die gegeven is aan de aanwijzing 6 en volgende. Conform aanwijzing 6 zal daarom in de toelichting aangegeven moeten worden dat de noodzaak tot wetgeving 'is komen vast te staan', en (conform de toelichting bij de aanwijzingen 7 en 8) waarom maatschappelijke zelfregulering 'tekortschict'. Gezien de aanwijzingen 7 en 9 zal de gemaakte afweging tussen onderzochte varianten in de memorie van toelichting weergegeven moeten worden. Indien een rechtsvergelijkende afweging is gemaakt tussen buitenlandse varianten (wat in de huidige wetgevingspraktijk niet zo vaak het geval is), dan zal de memorie van toelichting dus ook een comparatieve motivering moeten bevatten.[51] Volgens aanwijzing 11, eerste lid, moet nagegaan worden of de voorgestelde regels in voldoende mate gehandhaafd zullen kunnen worden. Bij ingrijpende wetsvoorstellen moeten de bevindingen van dat onderzoek zelfs neergelegd worden in 'handhaafbaarheids- en uitvoerbaarheidsrapporten'.[52] In ieder geval zal de uitkomst van zulk onderzoek vermeld moeten worden in de memorie van toelichting. Daar zal ook de in aanwijzing 11, tweede lid, voorgeschreven afweging tussen de verschillende handhavingsmethoden moeten worden weergegeven.

Vergelijkbare eisen waren al te vinden in de in 1993 ingetrokken 'Aanwijzingen inzake terughoudendheid met regelgeving' van 1984 en 'Aanwijzingen inzake de toetsing van ontwerpen van wet en van algemene maatregel van bestuur' van 1985. Afgewacht moet worden of de hernieuwde verlanglijst inzake doel-middel-argumentatie méér zal opleveren dan het in die aanwijzingen verwoorde dereguleringsbeleid. Dit laatste was volgens Winter en Schuiling 'verworden tot een regelmatig in de memorie van toelichting terugkerende farce'.[53]

5.4.3.4 Vermelding en aanvaardbaarheid van effecten

Volgens de Aanwijzingen voor de regelgeving moeten in de memorie van toelichting 'voor zover ter zake' ook allerlei verwachte effecten van een voorgestelde wet worden genoemd. Ook in de wetgevingsadvisering van de Raad van State wordt enige motivering inzake gevolgen en kosten verlangd.[54] In de Aanwijzingen wordt vermelding verlangd van de volgende (elkaar overlappende categorieën van) effecten:

— te verwachten effecten;[55]
— te verwachten neveneffecten;[56]
— de mogelijke gevolgen voor de positie van vrouwen en etnische minderheden;[57]
— de mogelijke gevolgen voor de informatievoorziening van de rijksoverheid;[58]

51 Florijn 1993: 117-118, 136 en 221-222.
52 Aldus de toelichting bij aanwijzing 11.
53 Winter en Schuiling 1991: 205; zie ook Kamerstukken II 1985/86, 17931 nr. 68.
54 R.E. Bakker 1986a: 19.
55 Aanwijzing 212, onderdeel a.
56 Aanwijzing 212, onderdeel a.
57 Aanwijzing 212, onderdeel a.
58 Aanwijzing 212, onderdeel a; uit aanwijzing 161 valt af te leiden dat de informatievoorziening in een afzonderlijke paragraaf van de memorie van toelichting moet worden beschreven.

— de mate waarin te verwachten is dat de toepassing van de regeling aanleiding geeft tot conflicten;[59]
— lasten voor de overheid, waaronder de lasten verbonden aan de handhaving en rechtsbescherming;[60]
— lasten voor burgers, bedrijven en instellingen;[61]
— financiële gevolgen voor het Rijk;[62]
— financiële gevolgen voor lagere openbare lichamen.[63]

De Aanwijzingen voor de regelgeving verlangen niet slechts dat al deze effecten vermeld worden. Ook moet gemotiveerd worden waarom negatieve effecten op de koop toe genomen moeten worden bij de realisering van de gestelde doelen.

Deze verplichting tot motivering van de aanvaardbaarheid van effecten blijkt uit de verwijzing in de toelichting bij aanwijzing 212 naar andere aanwijzingen.[64] Zo blijkt uit aanwijzing 9 en de toelichting bij aanwijzing 12 dat (neven-)effecten, lasten en verwachte conflicten betrokken moeten worden in de afweging van verschillende mogelijkheden van overheidsinterventie. 'Bij onbedoelde neveneffecten moet worden bezien in hoeverre deze de aanvaardbaarheid van een regeling niet negatief beïnvloeden'.[65] In de samenhang tussen aanwijzing 212, onderdeel a, en aanwijzing 18 kan men de opdracht lezen om in de toelichting aan te geven waarom mogelijke gevolgen voor genoemde groepen geen verboden directe of indirecte discriminatie opleveren.[66] De samenhang tussen aanwijzing 212 en de aanwijzingen 12, 13 en 14 brengt met zich dat in de toelichting verantwoord moet worden dat de wet 'zo weinig mogelijk conflicten' oproept, en tot 'zo beperkt mogelijke lasten' leidt.[67] Tenslotte betekent de verwijzing in de toelichting bij aanwijzing 212 naar het in aanwijzing 15 verwoorde evenredigheidsbeginsel, dat in de memorie van toelichting aangegeven moet worden dat de lasten voor een of meer belanghebbenden niet onevenredig zullen zijn in verhouding tot de met de wet te dienen doelen.

In de praktijk maken lang niet alle memories van toelichting melding van alle effecten waarvan de vermelding is voorgeschreven. Geregeld wordt volstaan met weinig

59 Aanwijzing 212, onderdeel d; mede aan de hand van de lijst van notoire conflictopwekkende factoren in aanwijzing 12 zal in de memorie van toelichting een schatting gemaakt moeten worden van de hoeveelheid conflicten waartoe de wet zal leiden.
60 Aanwijzing 212, onderdeel e.
61 Aanwijzing 212, onderdeel e.
62 Aanwijzing 215, waarvan het vijfde lid eist dat ook wordt aangegeven in hoeverre deze gevolgen opgenomen zijn in de jongste begroting en in de ramingen voor de vier volgende begrotingsjaren; zie ook paragraaf 6.2.2.
63 Aanwijzing 216, waarvan het tweede lid eist dat ook wordt aangegeven via welke bekostigingswijze deze gevolgen opgevangen kunnen worden; zie ook paragraaf 6.2.3.
64 Bij de aanwijzingen 215 en 216 ontbreekt een dergelijke verwijzing, maar de daar genoemde financiële gevolgen kunnen gerekend worden tot de in aanwijzing 212 genoemde (neven-) effecten en lasten.
65 Toelichting bij aanwijzing 9.
66 Zie paragraaf 5.4.3.5, en ook de paragrafen 3.1.6 en 4.6.2.
67 Zie De Ru 1993a: 52.

zeggende formules als: 'Het wetsvoorstel is getoetst op dereguleringsaspecten; het brengt geen bijzondere bestuurslasten met zich mee'.[68]

Zelfs als de eis dat verwachte effecten worden vermeld al een regel van gewoonterecht is geworden, dan is het een erg kwetsbare regel. Over het algemeen zullen de opstellers van een memorie van toelichting het nuttig oordelen om de lezer te informeren over het doel van het voorstel,[69] en over de manier waarop dat doel met de voorgestelde wet bereikt zou kunnen worden.[70] De verleiding zal echter groot zijn om niet onmiddellijk alle negatieve neveneffecten, lasten en kosten te vermelden. Met dergelijke anti-reclame voor het voorstel zullen de opstellers zuinig trachten te zijn. De naleving van deze 'regel' (deze aanwijzingen) zal dan ook vaak te wensen overlaten. Het zal daarom vooral de taak zijn van de Raad van State om naar verzwegen gegevens over verwachte effecten te vragen, en van de leden van de Staten-Generaal om verstrekking van verzwegen gegevens te eisen. Zo nodig zouden leden van de Tweede of Eerste Kamer met een beroep op artikel 68 van de Grondwet ministers kunnen en moeten verplichten tot het verlenen van (zo nodig vertrouwelijke) inzage in het gehele departementale dossier betreffende een wetsvoorstel.[71]

5.4.3.5 Motivering van de rechtmatigheid

In de vierde plaats verlangen de literatuur, de aanwijzingen en vooral de Raad van State,[1] dat in de memorie van toelichting wordt aangegeven waarom de voorgestelde wet *rechtmatig* geacht kan worden. Gemotiveerd moet worden waarom het voorstel in overeenstemming met hogere rechtsregels en -beginselen is. Aanwijzing 18 van de Aanwijzingen voor de regelgeving luidt:

> 'Bij het ontwerpen van regelingen wordt onderzocht welke hogere regels de vrijheid van regeling ten aanzien van het betrokken onderwerp hebben ingeperkt.'

De toelichting bij aanwijzing 18 verstaat onder 'hogere regels' zowel internationale, communautaire en grondwettelijke voorschriften als rechtsbeginselen. Van de laatste categorie worden het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel met name genoemd. Blijkens de toelichting bij aanwijzing 212 moet van dit onderzoek 'verantwoording' worden afgelegd in de memorie van toelichting. In aanwijzing 212 en in diverse andere aanwijzingen (en in literatuur en legisprudentie) wordt apart ingegaan op motivering in verband met bepaalde regels of beginselen van hoger recht:

68 Winter en Schuiling 1991: 205-206; zie ook J.M. Polak 1990: 599 en paragraaf 21 van het nader rapport bij het advies van de Raad van State over het concept voor de Aanwijzingen voor de regelgeving, opgenomen in Borman 1993: 39-40.
69 Zie paragraaf 5.4.3.2.
70 Paragraaf 5.4.3.3.
71 Zie paragraaf 5.3.1.
1 Zie R.E. Bakker 1986a: 19.

— evenredigheid;
— gelijkheid;
— rechtszekerheid;
— het primaat van de wet;
— verbod van willekeur;
— decentralisatie;
— ander geschreven recht.

Het *evenredigheidsbeginsel* is in aanwijzing 15 verwoord. In paragraaf 5.4.3.4 heb ik al geconstateerd dat deze aanwijzing in samenhang met aanwijzing 212 verlangt dat in de memorie van toelichting aangegeven wordt dat de lasten voor een of meer belanghebbenden niet onevenredig zullen zijn in verhouding tot de met de wet te dienen doelen. Uit het evenredigheidsbeginsel leidt de Raad van State de verplichting af om in de memorie van toelichting de introductie van zware sancties te motiveren.[2]

Aan het *gelijkheidsbeginsel* wordt geen afzonderlijke aanwijzing gewijd, hoewel dat wel toegezegd was aan de Tweede Kamer.[3] Volgens het nader rapport bij het advies van de Raad van State over het concept voor de Aanwijzingen voor de regelgeving[4] is daarvan afgezien omdat het discriminatieverbod al in de Grondwet staat. Dat moge zo zijn, de motiveringsplicht die uit het grondwettelijke voorschrift wordt afgeleid[5] is niet met zoveel woorden in de Grondwet te vinden. Die zou in de Aanwijzingen voor de regelgeving dus niet hebben misstaan.

Voor de formulering van een dergelijke aanwijzing zou aansluiting gezocht kunnen worden bij het (ambtelijke) rapport *Gelijk in de praktijk* uit 1990. In dit rapport wordt het gelijkheidsbeginsel omschreven als een verbod van onderscheid 'waarvoor geen redelijke en objectieve rechtvaardigingsgronden kunnen worden aangevoerd'.[6] Gesteld wordt dat de 'bewijslast' om aan te tonen dat onderscheid gerechtvaardigd is, in beginsel berust bij degene die het onderscheid maakt of voorstelt, en dat die bewijslast 'in alle gevallen' bij laatstgenoemde berust, indien er een 'sterk vermoeden' van discriminatie bestaat.[7] Van zo een sterk vermoeden zal volgens het rapport sprake zijn bij onderscheid op grond van bijvoorbeeld godsdienst, levensovertuiging, ras, geslacht, burgerlijke staat, of seksuele gerichtheid.[8] Bij dergelijk onderscheid worden 'zwaardere eisen' gesteld aan de rechtvaardiging.[9] Vervolgens komt het rapport onder meer tot de volgende, blijkens het voorwoord van de Minister van Justitie bij het rapport 'door het kabinet (...) overgenomen' aanbevelingen:

2 Wetsvoorstel betreffende de WIR, Kamerstukken 1990/91, 21842, B; zie Overhoff 1991: 27.
3 Kamerstukken II 1986/87, 16102 nr. 154, p. 4-5; 1989/90, 21215 nr. 7, p. 1.
4 Paragraaf 19, opgenomen in Borman 1993: 38-39.
5 Zie paragraaf 4.6.2.
6 *Gelijk in de praktijk* 1990: 12.
7 *Gelijk in de praktijk* 1990: 35.
8 *Gelijk in de praktijk* 1990: 10.
9 *Gelijk in de praktijk* 1990: 35.

'1. Bij het entameren van een beleidsvoornemen inzake een nieuwe nationale regeling of inzake wijziging van bestaande regelingen wordt in een vroeg stadium kritisch onderzocht of er voor de in die regeling te hanteren onderscheidingen mede gelet op het doel van die regeling en die onderscheidingen een voldoende objectieve rechtvaardiging bestaat (...).
2. In de toelichting bij die regeling wordt, juist ten aanzien van onderscheidingen die een vermoeden van discriminatie oproepen, een zorgvuldige motivering omtrent de objectieve rechtvaardiging gegeven. Dit mede ten einde onduidelijkheid daarover bij het parlement, de justitiabele en de rechter te voorkomen (...).' [10]

Ook de Raad van State verlangt in zijn wetgevingsadviezen dat bij onderscheid dat vermoed kan worden discriminatie te zijn, in de memorie van toelichting wordt 'aangetoond' dat het onderscheid 'redelijk is en noodzakelijk voor het met het wetsvoorstel nagestreefde doel'.[11]

Van de vrijwel algemene opvatting omtrent de bij onderscheid vereiste motivering[12] bevatten de Aanwijzingen voor de regelgeving slechts een schaduw: de in paragraaf 5.4.3.4 genoemde zinsnede over de gevolgen voor de positie van vrouwen en etnische minderheden.[13] Gezien de verwijzing naar aanwijzing 18 in de toelichting bij aanwijzing 212, kan men daarin wel de opdracht lezen om in de memorie van toelichting aan te geven waarom mogelijke gevolgen voor genoemde groepen geen verboden directe of indirecte discriminatie opleveren. Indien negatieve neveneffecten worden verwacht ten aanzien van andere (minderheids-)groepen, dan bestaat een dergelijke motiveringsplicht eveneens; die vloeit dan rechtstreeks voort uit de gangbare interpretatie van het grondwettelijke discriminatieverbod.[14]

In de praktijk bevatten memories van toelichting af en toe afzonderlijke paragrafen over de gevolgen voor de positie van vrouwen.[15] In andere gevallen komen rechtvaardigingen van direct of indirect onderscheid ten nadele van vrouwen (of al dan niet etnische minderheden) voor in paragrafen met andere opschriften. Omdat vele wetten direct of indirect negatieve gevolgen voor vrouwen of minderheden kunnen hebben, lijkt het zinvol om de beschouwingen daaromtrent zo veel mogelijk in een als zodanig herkenbare paragraaf te concentreren. Dat kan er ook toe leiden dat de opstellers van memories van toelichting meer aandacht gaan besteden aan het nakomen van hun uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeiende motiveringsplichten.

Ook aan het *rechtszekerheidsbeginsel* wordt in de Aanwijzingen voor de regelgeving geen aparte aanwijzing gewijd. Wel komen aspecten van dit beginsel in allerlei aanwijzingen aan de orde.[16] Daarbij zwijgen deze aanwijzingen[17] echter over

10 *Gelijk in de praktijk* 1990, p. xxvi.
11 Paragraaf 8 van het advies over een wetsvoorstel tot wijziging van de AAW, Kamerstukken II 1987/88, 20610, B; zie daarover R.E. Bakker 1990: 36.
12 Zie de paragrafen 3.1.6 en 4.6.2.
13 Aanwijzing 212, onderdeel a.
14 Zie paragraaf 4.6.2.
15 Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 1990/91, 21870 nr. 3, paragraaf 7; 21861 nr. 3, paragraaf 5.
16 Bijvoorbeeld in de aanwijzingen 92, 140, 141, 144, 148, 165, 167, 169, 170, 173, 180, 183, 187, 190.

eventuele motivering van inbreuken op het beginsel. Ook in de toelichting bij aanwijzing 212 wordt er niet naar verwezen.

De Raad van State daarentegen kleedt opmerkingen over aspecten van het rechtszekerheidsbeginsel geregeld in als motiveringsklachten. Zo heeft de Raad meer dan eens in een wetgevingsadvies gesteld dat het niet honoreren van gewekte verwachtingen principieel gemotiveerd behoort te worden.[18] Ook het in een wetsvoorstel opnemen van een interpretatieve bepaling die afwijkt van de jurisprudentie, vereist volgens de Raad van State een bijzondere motivering.[19] Een deugdelijke motivering is volgens de Raad van groot belang bij een voorstel dat terugwerkende kracht inhoudt. Indien inderdaad 'zeer' bijzondere omstandigheden tot het verlenen van terugwerkende kracht 'nopen', dan moeten die omstandigheden in de memorie van toelichting worden vermeld en onderbouwd.[20]

De Raad van State heeft er in zijn advies over het concept voor de Aanwijzingen voor de regelgeving voor gepleit om in die Aanwijzingen op enkele punten motivering te eisen inzake aspecten van het rechtszekerheidsbeginsel. Ten aanzien van het concept van aanwijzing 92, tweede lid (naar niet-publiekrechtelijke normen moet in beginsel statisch worden verwezen) adviseerde de Raad om 'voor te schrijven dat van afwijking van die hoofdregel door een zogenaamde dynamische verwijzing in de toelichting verantwoording wordt afgelegd'.[21] En ten aanzien van het concept van aanwijzing 165 (bij elke regeling moet worden overwogen of overgangsbepalingen noodzakelijk zijn) adviseerde de Raad om voor te schrijven 'dat in de toelichting van het resultaat van deze afweging verantwoording wordt afgelegd'. Beide suggesties werden in het nader rapport verworpen met dezelfde argumentatie:

> 'De toelichting op een regeling is immers niet bedoeld om tot in detail op alle mogelijke keuzen in te gaan. Indien het gaat om een wezenlijk aspect van de voorgestelde regeling, vloeit uit aanwijzing 212 reeds voort dat daarvan in de toelichting verantwoording wordt afgelegd.'.[22]

Door deze afwijzende houding van de aanwijzingen-gever is het niet gekomen tot een codificatie van de door de Raad van State in zijn wetgevingsadviezen ter ondersteuning van het rechtszekerheidsbeginsel ontwikkelde motiveringsplichten. Dat is jammer, omdat het daarbij *altijd* om wezenlijke aspecten van een regeling gaat:

17 Anders dan bijvoorbeeld aanwijzing nummer 90 van de 'Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek' uit 1984.

18 Zie de adviezen over de wetsvoorstellen tot afschaffing van de bijzondere functionele leeftijdsgrenzen voor onder meer hoogleraren en notarissen, Kamerstukken II 1981/82, 17544/17545; en het advies over wetsvoorstel 18778, Kamerstukken II 1984/85; vergelijk J.M. Polak 1985: 115 en Teekens 1986: 33.

19 Advies over wetsvoorstel 16833, Kamerstukken II 1980/81; zie R.E. Bakker 1986a: 19.

20 Zie de paragrafen 3 tot en met 7 van het advies bij wetsvoorstel 20610, Kamerstukken II 1987/88; en de beschouwing daarover van R.E. Bakker 1990: 34-35; zie ook de paragrafen 2 en 8 van het advies bij het voorstel voor de Wet terugdringing beroep op de arbeidsongeschiktheidsregelingen, Kamerstukken II 1992/93, 22824.

21 Deze passage uit het advies is opgenomen in Borman 1993: 96-97.

22 Zie Borman 1993: 97 en 137.

— Een dynamische verwijzing naar niet-publiekrechtelijke normen[23] komt in feite neer op toekenning van regelgevende bevoegdheid aan particuliere organisaties. Wil dat aanvaardbaar zijn, dan moeten er wel heel erg goede argumenten zijn. Ten onrechte suggereert het nader rapport bij aanwijzing 92 (zie boven) dat er situaties denkbaar zijn waarin die argumenten niet vermeld hoeven te worden in de memorie van toelichting.
— Toekenning van terugwerkende kracht aan een wet is volgens aanwijzing 167, eerste lid, slechts toegestaan 'indien daarvoor een bijzondere reden bestaat'. En toekenning van terugwerkende kracht aan een belastende wet is volgens aanwijzing 167, derde lid, slechts toegestaan 'in uitzonderlijke gevallen'.[24] Anders dan het nader rapport bij aanwijzing 165 (zie boven) suggereert, zal bij èlk geval van terugwerkende kracht de 'bijzondere reden' in de memorie van toelichting moeten worden opgenomen, en zal bij belastende wetten daarbij ook gemotiveerd moeten worden waarom het geval 'uitzonderlijk' is. Het is te hopen en te verwachten dat de Raad van State vast zal houden aan zijn legisprudentie op dit punt.
— Ook de niet-toekenning van eerbiedigende of uitgestelde werking aan een wet zal vrijwel altijd vragen van rechtszekerheid oproepen. Het oude recht zal immers verwachtingen hebben gewekt, vooral bij degenen die partij zijn in een door dat oude recht beheerste verhouding, of die een door het oude recht toegestane (of bevorderde of niet-belaste) duur-handeling verrichten, of die voorbereidingen hebben getroffen voor een onder het oude recht toegestane (of bevorderde of niet-belaste) handeling.[25] Terecht stelt de Raad van State dat het niet-honoreren van dergelijke verwachtingen steeds gemotiveerd moet worden (zie boven). Dit betekent dat het toekennen van onmiddellijke werking vrijwel steeds gemotiveerd zal moeten worden. Anders dan de toelichting bij aanwijzing 166 nog schrijft, is onmiddellijke werking tegenwoordig niet meer te beschouwen als 'de hoofdregel van overgangsrecht'.[26] Het 'vertrouwen dat de burger mag hebben in de gelding van het oude recht is steeds meer op de voorgrond getreden'.[27] Onmiddellijke werking spreekt lang niet altijd vanzelf. Zij zal daarom goed gemotiveerd moeten worden[28] .

Volgens onderdeel f van aanwijzing 212 moet in de memorie van toelichting verantwoord worden hoe 'recht is gedaan aan het *primaat van de wetgever*', en moet daarin een motivering worden opgenomen 'van de keuze van de overheidslaag waaraan

23 Dat wil zeggen een verwijzing die latere wijzigingen van die normen omvat.
24 En nooit ten aanzien van nieuwe of zwaardere strafbaarstellingen; zie artikel 16 van de Grondwet, artikel 7 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, artikel 15 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.
25 Zie de toelichting bij aanwijzing 169.
26 Zie Schreuder-Vlasblom 1984: 754; de meerderheid van de Juristen-Vereniging, in *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 1985, deel 2, p. 40, vraagpunt 1; Van der Beek 1986; F.H. van der Burg 1993: 205; Hoge Raad 7 maart 1979, NJ 319; Afdeling Rechtspraak Raad van State 14 augustus 1987, AB 1988, 498.
27 Aldus H.J. Simon in zijn noot in AB onder laatstgenoemde uitspraak.
28 En bovendien veelal uitdrukkelijk in de wet toegekend moeten worden, zoals ook gebeurt in artikel 68a van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek.

bevoegdheden zijn toegedeeld'. Dit impliceert, volgens het nader rapport bij het advies van de Raad van State over het concept voor aanwijzing 28, dat elke keuze voor delegatie of voor het creëren van de mogelijkheid voor subdelegatie in de toelichting moet worden gemotiveerd. Deze algemene motiveringseis gaat terug op de eerste aanwijzing in de ontwerp Aanwijzingen wetgevingsvraagstukken, zoals voorgesteld in het rapport *Orde in de regelgeving*.[29]

Mazel geeft een overzicht van de vele redenen die voor delegatie aangevoerd kunnen worden.[30] Welke daarvan acceptabel zijn is te lezen in de aanwijzingen 22, 23 en 24, waarin wordt uitgewerkt wanneer delegatie niet is toegestaan, terwijl de aanwijzingen 26 en 27 aangeven wanneer delegatie of subdelegatie aan een minister is toegestaan. Bij de vereiste motivering van delegatie en subdelegatie dient daarom van de inhoud en toelichting van deze vijf aanwijzingen gebruik gemaakt te worden.

Ook het verlangen naar harmonisatie of eenheid van wetgeving kan in verband worden gebracht met rechtsbeginselen, met name met het *verbod van willekeur*.[31]

> 'In het wetgevingsbeleid geldt als vuistregel dat algemene wetgeving gaat boven bijzondere wetgeving. Pas als het beoogde beleidsdoel niet bereikt kan worden met gebruikmaking van het bestaande, algemene recht, mag bijzondere bestuursregelgeving of bijzonder strafrecht tot stand gebracht worden. De bewijslast voor de noodzaak hiervan ligt steeds uitdrukkelijk bij de betrokken vak-minister. (...) (T)oegeven aan specifieke detailregulering leidt tot regelverdichting en gebrekkige handhaving, met een hoog frustratieniveau en toenemende kosten zonder effectiviteit.'[32]

Ook aanwijzing 212, onderdeel g, verlangt dat de memorie van toelichting, voor zover ter zake, een verantwoording bevat omtrent 'de verhouding tot andere wetgeving'. De toelichting verwijst vervolgens naar enkele aanwijzingen inzake harmonisatie. Vooral aanwijzing 49 is van belang:

> 'In bijzondere wetten wordt alleen afgeweken van algemene wetten, indien dit noodzakelijk is. Een afwijking wordt in de memorie van toelichting bij de bijzondere wet gemotiveerd.'

De toelichting bij deze aanwijzing bevat een lange lijst van wetten die in ieder geval als algemene wetten moeten worden beschouwd. De vraag of algemene wetten ook zelf tot motivering van afwijkingen kunnen verplichten, komt aan de orde in paragraaf 6.1.

Ook afwijking van de Aanwijzingen voor de regelgeving kan schade toebrengen aan de eenheid van wetgeving, en zo op gespannen voet met het verbod van willekeur staan. Om dat tegen te gaan staat aanwijzing 5 een dergelijke afwijking slechts toe 'indien onverkorte toepassing daarvan uit een oogpunt van goede regelgeving niet tot aanvaardbare resultaten zou leiden'. Volgens de toelichting bij aanwijzing 5 moet van deze afwijkingsmogelijkheid 'een terughoudend en gemotiveerd gebruik' worden

29 *Orde in de regelgeving* 1985, p. 64; zie ook het advies van de Raad van State over wetsvoorstel 19101, Kamerstukken II 1984/85; zie Bijloos 1988: 95.
30 Mazel 1992: 14-24.
31 Zie de paragrafen 5.4.3.6 en 6.3.3.
32 De Ru 1993a: 52.

gemaakt. Daaruit kan men afleiden dat elke afwijking van de aanwijzingen gemotiveerd zal moeten worden. Die interpretatie vindt steun in de stelling in het nader rapport bij het advies van de Raad van State over het concept van aanwijzing 5,[33] 'dat een eventuele afwijking van de aanwijzingen moet worden verantwoord'. Onduidelijk is, wat daaraan nog toe of af wordt gedaan door de bewering in de toelichting bij aanwijzing 212, 'dat een afwijking van de aanwijzingen conform aanwijzing 5 op een wezenlijk punt in de memorie van toelichting wordt gemotiveerd'. Het ligt niet voor de hand om daarin te lezen dat alleen *wezenlijke* afwijkingen gemotiveerd moeten worden. De Aanwijzingen voor de regelgeving strekken er immers juist ook toe om meer eenheid in de *details* van de regelgeving te bevorderen.

In aanwijzing 212, aanhef en onderdeel b, is ook een meer algemene verplichting te lezen om aan te geven waarom de voorgestelde wet in overeenstemming met het willekeurverbod wordt geacht. In de memorie van toelichting moet de 'noodzaak tot overheidsinterventie' aan de orde komen. In de toelichting bij aanwijzing 212 wordt onder meer verwezen naar aanwijzing 6, dat een halt tracht toe te roepen aan wetgeving waarvan de noodzaak niet vaststaat.[34] Het tot stand brengen van nodeloze wetgeving zou getuigen van willekeur. Dat daarvan geen sprake is, moet in de toelichting verantwoord worden.

Ter ondersteuning van wat men het *decentralisatiebeginsel* zou kunnen noemen,[35] zijn ook enkele aanwijzingen gegeven. Volgens aanwijzing 212, onderdeel f, moet de memorie van toelichting, voor zover ter zake, een motivering bevatten van 'de keuze van de overheidslaag waaraan bevoegdheden zijn toegedeeld'. In de toelichting wordt verwezen naar aanwijzing 16, waar het beginsel van subsidiariteit onder woorden is gebracht: 'Taken en bevoegdheden worden op decentraal niveau gelegd, tenzij het onderwerp van zorg niet op doelmatige en doeltreffende wijze door decentrale organen kan worden behartigd.' Uit de samenhang van beide aanwijzingen zal men moeten afleiden dat vooral de toedeling van bevoegdheden aan organen van het Rijk gemotiveerd zal moeten worden.[36] Uit de toelichting bij aanwijzing 16 kan men verder afleiden dat ook toekenning van bevoegdheden aan provincies (in plaats van aan gemeenten of waterschappen) of aan organen van functioneel bestuur (in plaats van aan organen van algemeen bestuur) steeds gemotiveerd zal moeten worden.

Ook de verenigbaarheid van de voorgestelde wet met hoger *geschreven recht* moet gemotiveerd worden.[37]

In onderdeel g van aanwijzing 212 is slechts sprake van de verhouding tot 'bestaande en komende internationale en communautaire regelingen'. Er is echter geen reden om de verhouding tot de Grondwet niet te verantwoorden. Zo meende de Raad van State dat in de memorie van toelichting bij een voorstel tot wijziging van de Dienstplichtwet, een

33 Opgenomen in Borman 1993, p. 45.
34 Zie ook aanwijzing 7, onderdeel c.
35 In paragraaf 6.3.1 komt het beweerde rechtskarakter van dit beginsel aan de orde.
36 Vergelijk aanwijzing nummer 3 van de 'Aanwijzingen inzake de toetsing van ontwerpen van wet' van 1985, waarin dat met zoveel woorden stond te lezen.
37 Waartoe natuurlijk ook het hierboven al behandelde gelijkheidsbeginsel behoort.

uiteenzetting over de grondwettigheid van uitzending van dienstplichtige militaire in het kader de Verenigde Naties niet mocht ontbreken.[38] Volgens Heringa kan men (onder meer in de Grondwet opgenomen) sociale grondrechten zien 'als aansporing om motiveringen bij wetten en besluiten te vervolmaken', maar worden 'inbreuken' erop niet als zodanig gemotiveerd. Hij stelt daarom voor in de memorie van toelichting bij 'daartoe in aanmerking komende wetgeving' een sociale-grondrechtenparagraaf op te nemen, opdat parlement en adviesorganen er nader op in kunnen gaan.[39]

De verenigbaarheid met communautair recht is van overheersend belang bij wetgeving ter implementatie van richtlijnen en dergelijke. Ten aanzien daarvan schrijft aanwijzing 344 voor dat in de memorie van toelichting zo nauwkeurig mogelijk aangegeven wordt hoe het desbetreffende communautaire besluit in de voorgestelde wet wordt geïmplementeerd.

Bij elkaar vormen de diverse hele en halve motiveringsplichten ten aanzien van rechtmatigheidsaspecten een rommelig geheel. Dat alleen al pleit voor de suggestie van Kummeling, om in de memorie van toelichting bij ieder wetsvoorstel een *aparte paragraaf* op te nemen waarin ingegaan wordt op 'rechtsstatelijke aspecten'.[40]

Kummeling kwam tot zijn voorstel op grond van de constatering dat verwerpingen van wetsvoorstellen door de Eerste Kamer sinds 1945 veelal zijn 'gebaseerd op rechtmatigheidsoverwegingen (strijd met verdragen, de Grondwet en aantasting van rechtsbescherming)'.[41] Ter voorkoming van dergelijke verwerpingen zouden regering en Tweede Kamer meer aandacht aan dergelijke aspecten moeten besteden. Met Kummeling ben ik van mening dat de verplichting om er een aparte paragraaf in de memorie van toelichting aan te wijden, hen daartoe zou kunnen nopen. Een serieuze nakoming van een dergelijke verplichting zou niet slechts tot een grotere rust in de Eerste Kamer, maar ook tot een vermindering van de noodzaak van rechterlijke toetsing van wetten kunnen leiden.[42] Gezien de ervaringen met de 'deregulerings-paragrafen',[43] moet men er echter niet te veel van verwachten.[44]

In een rechtmatigheidsparagraaf zou in ieder geval aangegeven moeten worden waarom het voorstel in overeenstemming geacht wordt met:

— het rechtszekerheidsbeginsel,
— het gelijkheidsbeginsel,
— andere grondrechten,
— het primaat van de wet,

38 Advies over wetsvoorstel 16521, Kamerstukken II 1980/81.
39 Heringa 1989a: 144 en 145.
40 Kummeling 1990: 268; dit voorstel, volgens Kummeling geopperd door Burkens, is inmiddels overgenomen door Heringa en Zwart 1990: 632, door Van Raalte/Bovend'Eert/Kummeling 1991: 112 en 226, en door Heringa 1993: 20.
41 Kummeling 1990: 268.
42 Zie Heringa en Zwart 1990: 632.
43 Zie paragraaf 5.4.3.3.
44 Aldus ook Boukema 1993: 993.

— het decentralisatiebeginsel,
— het vrij verkeer in de Europese Economische Ruimte.

Het gemeenschappelijke van vele van de regels en beginselen is dat zij bepaalde waarden en belangen beschermen, maar onder omstandigheden wel enige inbreuken daarop toestaan.[45] In een goede memorie van toelichting wordt uitgelegd waarom een dergelijke inbreuk gerechtvaardigd is.[46]

5.4.3.6 Motivering van afwijking van adviezen

Volgens aanwijzing 213, tweede lid, moet in de memorie van toelichting vermeld worden welke adviesorganen en organisaties van belanghebbenden zijn gehoord. Het derde lid bepaalt vervolgens:

> 'Indien op hoofdpunten in een regeling wordt afgeweken van een krachtens wettelijk voorschrift uitgebracht advies, wordt de reden hiervan in de toelichting gemotiveerd.'

Deze aanwijzing lijkt beperkter geformuleerd dan de in het publiekrecht erkende algemene verplichting om afwijking van ingewonnen adviezen te motiveren.[47] Met name de woorden 'krachtens wettelijk voorschrift uitgebracht' houden een beperking in. Men zou die woorden zo kunnen lezen dat de motiveringsplicht slechts bestaat ten aanzien van verplicht ingewonnen advies.[48] Er zijn echter argumenten om dat niet te doen:

— Ook bij onverplicht ingewonnen adviezen wordt wel de verplichting tot motivering van afwijking aangenomen.[49]
— Het staat er niet: de woorden kunnen ook slaan op adviezen die uitgebracht zijn door een orgaan dat krachtens wettelijk voorschrift de taak of bevoegdheid heeft adviezen uit te brengen. Die interpretatie is ook goed verenigbaar met de stelling in de memorie van antwoord bij artikel 4:20 van de Algemene wet bestuursrecht, dat de woorden 'krachtens wettelijk voorschrift' niet kunnen worden gemist, 'omdat anders ook de afwijking van een intern, ambtelijk advies zou moeten worden gemotiveerd'.[50] In de memorie van antwoord wordt dus met geen woord gerept over onverplichte *externe* adviezen.

45 Zie de paragrafen 2.2.4, 3.1, 3.2, 4.6, 7.4.4 en 7.5.3.
46 Zie de paragrafen 9.1.1 en 9.3.3.5.
47 Zie paragraaf 4.1.5.
48 In de memorie van toelichting bij artikel 4:20 van de Algemene wet bestuursrecht, waar deze woorden aan ontleend zijn, gebeurt dat ook: Kamerstukken II 1988/89, 21221 nr. 3, p. 112, waar het artikel nog aangeduid werd als artikel 4.1.4.6.
49 Kummeling 1988: 238, Ten Berge e.a. 1990: 40; zie ook de paragrafen 4.1.5 en 8.2.3.
50 Kamerstukken II 1990/91, 21221 nr. 5, punt 2.145.

— De aanwijzing zou haar zin verliezen na de voorgestelde afschaffing van wettelijke adviesverplichtingen.[51]

Iedere afwijking op hoofdpunten van een advies van een orgaan met een wettelijk geregelde adviestaak zal dus in de memorie van toelichting gemotiveerd moet worden.[52] Dit is ook de gewoonte;[53] in de praktijk bevatten vele memories van toelichting afzonderlijke paragrafen waarin ingegaan wordt op een of meer uitgebrachte adviezen. Volgens de toelichting bij aanwijzing 213 geldt deze verplichting niet ten aanzien van adviezen van de Raad van State. In paragraaf 5.4.4 betoog ik dat dat jammer is.

Het verdient aanbeveling om in de memorie van toelichting ook in te gaan op andere uitgebrachte adviezen. Ten aanzien van adviezen van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten[54] bepaalt aanwijzing 258 wèl dat een dergelijk advies als bijlage bij de memorie van toelichting moet worden gevoegd, maar niet dat een eventuele afwijking op hoofdpunten van dat advies gemotiveerd moet worden. Dat dit laatste ook moet gebeuren, spreekt echter vanzelf. De toelichting bij aanwijzing 258 laat de mogelijkheid open dat deze motivering opgenomen wordt in een afzonderlijk standpunt dat als bijlage bij de memorie van toelichting wordt gevoegd.[55] Indien de motivering in de bijlage 'een wezenlijke aanvulling op de memorie van toelichting' vormt, dan brengt volgens de Raad van State een 'ordentelijke wetgevende procedure' mee, dat die motivering ook in de memorie van toelichting zelf wordt verwerkt. 'Op deze wijze blijft het overzicht behouden en wordt de samenhang in het betoog bevorderd'.[56]

In paragraaf 5.4.3.5 heb ik al de verplichtingen om afwijkingen van algemene wetten en afwijkingen van de Aanwijzingen voor de regelgeving in de memorie van toelichting te motiveren in verband gebracht met het verbod van willekeur.[57] Aldus geredeneerd betreft de motivering van deze afwijkingen de rechtmatigheid van wetsvoorstellen. Het is echter ook mogelijk om de Aanwijzingen en algemene wetten als 'adviezen' te beschouwen. Zo geredeneerd zouden de verplichtingen om afwijkingen daarvan te motiveren in de huidige paragraaf aan de orde moeten komen. Enkele opmerkingen daarover.

51 Een wetsvoorstel van die strekking is aangekondigd in de Justitiebegroting 1994; Kamerstukken II 1993/94, 23400-VI nr. 2, p. 14; zie ook *Voortvarend wetgeven*, Kabinetsstandpunt naar aanleiding van het advies van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten over de wetsprocedure, Kamerstukken II 1993/94, 23462 nr. 1, p. 11.

52 De afwijking moet gemotiveerd worden, niet 'de reden hiervan', zoals aanwijzing 213 krom zegt.

53 Zoals de Raad van State met instemming constateert in zijn advies bij het voorstel voor de Wet op het bevolkingsonderzoek, Kamerstukken II, 1988/89, 21264, B, paragraaf 2.

54 Ingesteld bij besluit van de Minister-President van 11 januari 1989, Staatscourant 20.

55 Conform artikel 6, van het Besluit van de Minister-President van 11 januari 1989 tot instelling van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten, *Staatscourant* 1989, nr. 20; ook opgenomen in Borman 1993: 308-311.

56 Advies bij het voorstel voor de Wet op het bevolkingsonderzoek, Kamerstukken II 1988/89, 21264, B, paragraaf 2.

57 Zie paragraaf 6.3.3.

Met algemene wetten lijkt de wetgever advies te geven aan de opstellers van latere bijzondere wetten. Het advies heeft min of meer de volgende vorm: met betrekking tot X is Y over het algemeen de beste regeling. Bindend kan een dergelijk advies niet zijn.[58] De in het publiekrecht erkende algemene verplichting om afwijking van adviezen te motiveren (zie boven), brengt echter mee dat ook afwijking van een dergelijk advies van de ('algemene') wetgever gemotiveerd moet worden. Tot die conclusie bestaat extra reden, indien het advies-in-de-vorm-van-een-algemene-wet 'krachtens wettelijk voorschrift' uitgebracht moest worden.[59] Dat is bijvoorbeeld het geval bij de krachtens de artikelen 88, 107 en 132 van de Grondwet vastgestelde Bekendmakingswet, Algemene wet bestuursrecht en Gemeentewet.

De Aanwijzingen voor de regelgeving hebben dit karakter (advies-aan-de-opstellers-van-latere-wetten) nog duidelijker. Het is immers nog maar de vraag of de Aanwijzingen voor ambtenaren en ministers wel in enig opzicht 'bindend' zijn.[60] Veel van de afzonderlijke aanwijzingen zijn als dwingende normen geformuleerd, maar zij kunnen uiteraard niet sterker binden dan de Aanwijzingen als geheel. Indien men de Aanwijzingen opvat als een regeling die hooguit bindend is voor de ambtenaren die onder de minister-president ressorteren,[61] dan is die regeling voor andere ministers en ambtenaren niet meer dan een advies. Niet zomaar een advies, maar een advies van de minister-president in overeenstemming met het gevoelen van de ministerraad. Dat men van een dergelijk advies niet ongemotiveerd mag afwijken, spreekt haast vanzelf. Aanwijzing 5 en de toelichting bij aanwijzing 212 herinneren daar nog eens aan.

Deze redenering ten aanzien van de Aanwijzingen voor de regelgeving zal niet iedereen overtuigen. In twee andere opzichten hebben de Aanwijzingen echter onmiskenbaar het karakter van een advies.

In de eerste plaats verdient het volgens de toelichting bij aanwijzing 4 'aanbeveling dat de Staten-Generaal met de aanwijzingen rekening houden' en 'dat op de aanwijzingen acht wordt geslagen bij het opstellen van amendementen en initiatief-voorstellen van wet'. Daartoe zijn de Aanwijzingen ook aan de Staten-Generaal toegezonden.[62] In de toelichting bij aanwijzing 4 wordt ook aanbevolen dat adviesorganen en zelfstandige bestuursorganen met de Aanwijzingen rekening houden. Het ligt voor de hand dat kamerleden, adviesorganen en zelfstandige bestuursorganen niet zomaar — en in ieder geval niet ongemotiveerd — afwijken van deze adviezen van de aanwijzingen-gever.

In de tweede plaats zijn allerlei aanwijzingen niet-dwingend geformuleerd, maar hebben zij een van de volgende vormen:

58 Zie paragraaf 6.1.
59 Zie aanwijzing 213.
60 Zie paragraaf 5.1.
61 En dat is een denkbare interpretatie van het verschijnsel 'aanwijzingen voor de Rijksdienst'; zie paragraaf 5.1.
62 Zie paragraaf 4 van de toelichting bij het besluit van 18 november 1992 tot vaststelling van de Aanwijzingen voor de regelgeving, Staatscourant 230.

— er moet ergens naar worden 'gestreefd';[63]
— iets moet 'in beginsel';[64]
— iets moet worden 'overwogen';[65]
— iets mag alleen in 'bijzondere gevallen';[66]
— iets mag alleen in geval van 'bijzondere reden(en)'.[67]

Dergelijke aanwijzingen kan men als adviezen beschouwen. Indien de opstellers van een wetsvoorstel een dergelijk advies niet opvolgen, kan niet gezegd worden dat zij zich schuldig maken aan 'afwijking van deze aanwijzingen' in de zin van aanwijzing 5. De in de toelichting bij aanwijzing 212 ten aanzien van aanwijzing 5 genoemde motiveringsplicht ontstaat dan niet. Toch doen de opstellers in dergelijke gevallen iets dat de aanwijzing-gever in het algemeen onwenselijk heeft geacht. Voorkomen moet worden dat ministers en ambtenaren al te lichtvaardig met deze niet-dwingend geformuleerde aanwijzingen omspringen. Daarom zullen zij moeten motiveren waarom zij niet datgene tot stand brengen waarnaar zij moesten streven, waarom zij niet doen wat in beginsel wel moest, waarom zij afzien van datgene wat zij hebben moeten overwegen, en waarom zij een bijzonder geval of een bijzondere reden aanwezig achten. In de Aanwijzingen voor de regelgeving wordt een dergelijke verplichting helaas nog niet genoemd.

5.4.4 Nader rapport

Zoals gezegd zal een memorie van toelichting bij een regeringsvoorstel, afgezien van ontwerp-versies, veelal twee versies kennen. De tweede, definitieve, versie vergezelt het voorstel bij indiening in de Tweede Kamer. Daarbij gaat het voorstel echter ook nog vergezeld van een andere toelichtende en motiverende tekst: het nader rapport. Het is immers een in de wet[1] erkende gewoonte dat de minister die een bij het parlement in te dienen wetsvoorstel aan de Koning aanbiedt, daarbij tevens een rapport aanbiedt 'waarin hij de beschouwingen opneemt, waartoe het advies (van de Raad van State) hem aanleiding geeft'.[2] Deze gewoonte wordt in het *Draaiboek voor de wetgeving* als algemene plicht gepresenteerd: 'Op elk advies moet een nader rapport volgen'.[3] Evenals de memorie van toelichting[4] is het nader rapport bij een regeringsvoorstel een ministerieel stuk: het komt slechts bij uitzondering in de ministerraad ter tafel, en wordt[5] alleen door de eerst verantwoordelijk minister ondertekend.[6]

63 Aanwijzingen 10, 13, 14 en 47.
64 Aanwijzingen 34, 56, 92, 93, 138, 155, 157 en 311.
65 Aanwijzingen 153, 160, 165, 201, 224 en 225.
66 Aanwijzingen 136, 148, 151 en 180.
67 Aanwijzingen 35, 167 en 340.
1 Artikel 25a, tweede lid, Wet op de Raad van State.
2 Oud 1970: 102.
3 *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 44.
4 Zie paragraaf 5.4.2.2.
5 Mede namens de eventuele andere direct betrokken ministers.

Ook bij initiatiefvoorstellen wordt veelal een nader rapport opgesteld, en wel door de kamerleden die het voorstel aanhangig hebben gemaakt.[7]

Volgens het *Draaiboek* wordt in het nader rapport 'op de opmerkingen van de Raad van State (...) ingegaan'.[8] De literatuur is verdeeld over de vraag of dat inderdaad netjes gebeurt.

W.F. de Gaay Fortman meent van wel: vroeger zou het de gewoonte zijn geweest van vele departementen om 'zich zo summier mogelijk van het nader rapport (...) af te maken', maar de vice-presidenten Beel en Ruppert zouden bevorderd hebben, 'dat de nadere rapporten thans zorgvuldig en volledig op de adviezen ingaan'.[9]

Duk schetst een wat ander beeld. Op grond van het nader rapport naar aanleiding van het advies over de versterking van de wetgevingsfuncties op de ministeries[10] concludeerde hij dat blijkbaar nog steeds de traditie gehandhaafd was volgens welke nadere rapporten bestaan uit:

> '(a) een parafrase van alles wat de Raad van State in zijn advies heeft opgemerkt, (b) adhesie met alles wat geen kwaad kan, (c) concessies op punten van gering belang, (d) beleefde ontkenning of verwerping — met vage motivering — van al het overige, en (e) een aanhef en een slottirade'.[11]

Dat vooral minder verstrekkende kritiekpunten worden overgenomen, wordt bevestigd door Fasseur[12] en Bakker.[13] Volgens Boon hebben wetgevingsambtenaren bij het schrijven van nadere rapporten 'nogal eens de neiging de boot af te houden'. Hij verklaart dat uit de (politieke) tijdsdruk, uit de wens om niet een eventueel moeizaam in interdepartementaal overleg en kabinet bereikt compromis opnieuw ter discussie te stellen, en uit de verknochtheid van sommige departementale juristen aan hun eerdere produkt.[14]

In paragraaf 4.1.5 heb ik geconcludeerd tot het bestaan van een verplichting om (bijvoorbeeld in het nader rapport) elke afwijking van een advies van de Raad van State te motiveren. Volgens het *Draaiboek voor de wetgeving* moeten echter ook andere zaken in het nader rapport gemotiveerd worden, met name alle naar aanleiding van het advies in wetsvoorstel of memorie van toelichting aangebrachte wijzigingen, alsmede alle 'om andere redenen' daarin aangebrachte wijzigingen met uitzondering van 'kleine correcties en tekstwijzigingen van zeer ondergeschikte aard'.[15] In voorkomende gevallen zal bovendien in het nader rapport moeten worden 'uiteengezet waarom men het wetsvoorstel niet wil indienen'.[16]

6 *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 44-45.
7 *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 90; zie paragraaf 4.1.5.2 voor de bijzonderheden daarbij.
8 *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 44.
9 W.F. de Gaay Fortman 1982: 28.
10 Kamerstukken II 1985/86, 19621, A.

62 Rapport *Verkenning van enige problemen rond wetgeving* 1978: 17-18; Wiebenga 1986: 20 en 30; *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 54.
63 Zie de vorige paragraaf.
64 Voorgesteld door Jurgens op de studiebijeenkomst *De memorie van toelichting uitgelicht* van de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, zie Voermans en Van Dijk 1992: 85.
65 Zie aanwijzing 275 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.
66 Artikel 32, tweede lid, Reglement van Orde, versie 1986.

Al met al lijkt het goed mogelijk om te spreken van een gewoonterechtelijke verplichting om in het nader rapport ten minste oppervlakkig in te gaan op alle door de Raad van State gemaakte opmerkingen. De Koningin[17] en het parlement zullen erop toe moeten zien dat de ministers meer dan oppervlakkig aandacht aan de adviezen besteden.

Het is een *vreemde constructie* dat een nader rapport bij een regeringsvoorstel formeel gericht wordt 'aan de Koningin', terwijl de inhoud tegenwoordig[18] toch vooral bedoeld is voor het parlement, dat immers de eerstvolgende beslissing over het desbetreffende voorstel zal moeten nemen.[19] Dit is slechts anders indien de regering advies heeft gevraagd over een door beide kamers aangenomen wetsvoorstel. Ook in die situatie is het echter niet de Koningin die ingelicht moet worden over de motieven waarom zijzelf en haar minister het voorstel al dan niet bekrachtigen, maar zijn het de kamers aan wie uitgelegd moet worden waarom bekrachtiging (ondanks of in overeenstemming met het advies van de Raad van State) al dan niet heeft plaats gehad.[20] Het zou daarom aanbeveling verdienen in artikel 25a van de Wet op de Raad van State de aanduiding 'nader rapport aan Ons' te vervangen door de woorden 'nader rapport', zodat dat stuk in de toekomst aan de Tweede (en Eerste) Kamer gericht kan worden. Aldus zou ook een einde komen aan de onlogische situatie dat het advies en de reactie op het advies aan hetzelfde orgaan worden gericht.

Belangrijker dan deze curieuze formaliteit is evenwel het feit dat het parlement (en iedere andere geïnteresseerde) aldus wordt geconfronteerd met twee stukken die hetzelfde voorstel toelichten en motiveren: de memorie van toelichting en het nader rapport. Beide stukken zijn afkomstig van dezelfde personen (de betrokken ministers), en zijn op dezelfde dag afgesloten.[21]

Deze gespletenheid moet ofwel leiden tot doublures, ofwel tot tijdverlies bij het bij elkaar lezen van verwante passages. Het eerste is bijvoorbeeld het geval wanneer in het nader rapport een bepaald punt nader wordt toegelicht, wanneer vervolgens wordt gemeld dat de memorie van toelichting in overeenkomstige zin is aangevuld. Het bezwaar van tijdverlies liet zich bijvoorbeeld voelen bij het nader rapport bij het (tweede) voorstel voor een Algemene wet gelijke behandeling.[22] In paragraaf 7 daarvan is een uitvoerige beschouwing te vinden over de aanvaardbaarheid en de betekenis van het begrip 'onderscheid op grond van het enkele feit van (ras enzovoort)', zoals dat enkele malen in dat voorstel voorkomt. Het zou voor de lezer veel gemakkelijker zijn geweest, indien de beschouwingen uit nader rapport en memorie van toelichting (op dit en menig ander punt) tot één samenhangend geheel zouden zijn gemaakt. De latere lezer heeft het toch al zo druk en moeilijk met het bij elkaar zoeken

17 Zie Donner 1975: 76.
18 Sinds de invoering van de openbaarheid van advies en nader rapport in 1980.
19 Zie paragraaf 4.1.4.2.
20 Zie paragraaf 4.1.7.
21 Alleen de koninklijke boodschap zal meestal van iets later datum zijn.
22 Kamerstukken II 1990/91, 22014 B.

en in elkaar passen van alle (aanvullende en afwijkende) toelichtingen en motiveringen die verderop in het wetgevingsproces gegeven worden.[23]

In het huidige stelsel bevat een memorie van toelichting niet 'de hele waarheid' — en dat is vooral voor argeloze en gehaaste lezers een groot bezwaar. In de eerste plaats kan men daarin niet lezen of een bepaald onderdeel van de wettekst, of van de memorie van toelichting zelf, is ingegeven door vragen of bezwaren van de Raad van State. In de tweede plaats wordt de lezer er nooit op attent gemaakt dat het nader rapport op een bepaald punt een aanvullende (of zelfs afwijkende) toelichting of motivering bevat.

Daarom is er volgens mij veel voor te zeggen om de bespreking van het advies van de Raad van State voortaan te verwerken in de memorie van toelichting — zoals in memories van toelichting ook verwezen wordt naar adviezen uitgebracht door andere organen.[24] Waar de ministers van mening verschillen met de Raad van State zullen zij in de memorie van toelichting moeten aangeven dat zij dat doen en waarom zij dat doen. Het nader rapport kan dan worden vervangen door een kort briefje aan de Koningin waarin zij verzocht wordt het voorstel met de veranderde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer te zenden. In de memorie van toelichting zal uiteraard (door voetnoten of markeringen) zichtbaar gemaakt moeten worden waar de tekst anders luidt dan in de aan de Raad van State voorgelegde versie.[25]

Deze versimpeling is mogelijk in gevallen waarin het advies betrekking heeft op een wetsvoorstel waarvan de memorie van toelichting nog niet is gepubliceerd. De reactie op een advies over een initiatiefvoorstel zal wel in een apart stuk gegeven moeten worden.[26] Ook het nader rapport bij niet-ingediende wetsvoorstellen zal als apart stuk moeten blijven bestaan.

De reactie op een advies over een reeds ingediend regeringsvoorstel of over een nota van wijziging of amendement zal meestal verwerkt kunnen worden in de memorie van antwoord of in een nota naar aanleiding van een verslag. Verwerking in de memorie van antwoord zal ook mogelijk worden indien de suggestie van Lindo wordt overgenomen om indiening in de Tweede Kamer en aanhangigmaking bij de Raad van State in de tijd samen te laten vallen.[27] Een nadeel van deze constructie is echter dat de memorie van toelichting een nog geringer deel van de (uiteindelijke) motivering en toelichting van het (uiteindelijke) wetsvoorstel zal bevatten. In paragraaf 5.4.5.4 doe ik echter een suggestie die dat nadeel ondervangt.

23 Zie de volgende paragrafen.

24 Zoals voorgeschreven in het derde lid van aanwijzing 213 van de Aanwijzingen voor de regelgeving; volgens de toelichting bij aanwijzing 213 is dit voorschrift niet van toepassing op de advisering door de Raad van State; zie ook de toelichting bij aanwijzing 258; zie paragraaf 5.4.3.6.

25 Die ook openbaar gemaakt moet worden, zoals ook nu de praktijk is.

26 Tenzij overgegaan wordt tot invoering van de 'gewijzigde memorie van toelichting', zie paragraaf 5.4.5.4.

27 Lindo 1992: 1559.

5.4.5 Bij de Tweede Kamer

5.4.5.1 Voortdurende motivering

Vrijwel alle regeringsvoorstellen van wet worden bij koninklijke boodschap bij de Tweede Kamer ingediend. In paragraaf 5.4.2 is gebleken dat deze koninklijke boodschap geen motivering bevat, maar wel een verwijzing naar 'de gronden' van het voorstel zoals opgenomen in de bijgevoegde memorie van toelichting. In paragraaf 5.4.4 is vervolgens gebleken dat een gedeelte van de motivering van het voorstel niet in de memorie van toelichting, maar in het eveneens bijgevoegde nader rapport is te vinden. Een initiatiefvoorstel dat bij de Tweede Kamer aanhangig wordt gemaakt, gaat ook van een memorie van toelichting vergezeld, maar (nog) niet van een nader rapport. Het stuk waarin op het dan nog te vragen advies van de Raad van State wordt gereageerd zal pas later ontstaan. Vanaf indiening, respectievelijk aanhangigmaking van het wetsvoorstel zijn ook de toelichtende stukken openbaar.[28] Sinds 1849 moet de Tweede Kamer ook deze stukken laten drukken;[29] voordien bestond alleen de verplichting om het wetsvoorstel zelf te laten drukken.[30]

Daarmee is echter meestal nog geen einde gekomen aan het motiveren van het voorstel. Tijdens de gang van het voorstel door de Staten-Generaal zullen de eerst verantwoordelijke ministers[31] aanvullende motiveringen aanvoeren, bijvoorbeeld in een memorie van antwoord, in een eventuele nota naar aanleiding van het (eind-) verslag, en in hun mondelinge bijdragen aan commissie- of plenaire vergaderingen. 'De schriftelijke stukkenwisseling en mondelinge beraadslagingen dwingen tot verduidelijking van teksten en bedoelingen'.[32]

Tijdens de parlementaire behandelingen kunnen wetsvoorstellen ook door andere politici dan de initiatiefnemers gemotiveerd worden. Zo kunnen kamerleden in een commissieverslag of tijdens de plenaire beraadslaging argumenten aanvoeren voor hun welgevallige regeringsvoorstellen. En initiatiefvoorstellen kunnen tijdens hun behandeling gemotiveerd gaan worden door andere kamerleden dan de aanhangigmaker(s), en eventueel zelfs door ministers die conform aanwijzing 300 van de Aanwijzingen voor de regelgeving aan de behandeling deelnemen. Een dergelijke motivering-door-medestanders is echter geenszins een vaste gewoonte. En er bestaat al helemaal geen rechtsovertuiging die van anderen dan de initiatiefnemers zelf verlangt dat zij voorliggende wetsvoorstellen motiveren.

5.4.5.2 De antwoordplicht

De gewoonte van de initiatiefnemende ministers om hun voorstellen tijdens de parlementaire behandelingen nader te motiveren, berust wèl op een rechtsplicht,

28 Vergelijk artikel 25a, tweede lid, Wet op de Raad van State.
29 Artikel 151 van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer, versie 1993.
30 De Beaufort 1987: 200.
31 Respectievelijk de kamerleden die het voorstel aanhangig hebben gemaakt.
32 Rapport *Orde in de regelgeving* 1985: 42; zie ook Van Raalte/Kummeling/Bovend'Eert 1991: 330.

namelijk op artikel 68 van de Grondwet. In paragraaf 4.1.3 is gebleken dat de grondwettelijke ministeriële inlichtingenplicht ook betrekking heeft op inlichtingen die bij de behandeling van wetsvoorstellen verlangd worden door een of meer kamerleden. Desgevraagd zullen de ministers de kamers dus (nader) moeten informeren over hun motieven, en de daaraan ten grondslag liggende feiten, voor het indienen (en handhaven) van enig wetsvoorstel. Dat alles uiteraard voor zover het belang van de staat zich er niet tegen verzet.

In de praktijk worden in (voorlopige en eind-) verslagen van kamercommissies zeer veel vragen gesteld omtrent de betekenis en achtergrond van wetsvoorstellen. Volgens Oud worden zelfs veel meer vragen gesteld dan redelijkerwijs beantwoord kunnen worden.[33] Ook is er verschillende malen op gewezen dat veel vragen (te) weinig verband houden met het desbetreffende wetsvoorstel.[34] Verder is erop aangedrongen om vragen uit het voorlopig verslag minder vaak te herhalen in nader voorlopig verslag of eindverslag.[35]

In beginsel zijn de ministers verplicht elke gestelde vraag te beantwoorden. In paragraaf 4.1.4 heb ik vijf (juridische dan wel feitelijke) grenzen aan deze inlichtingenplicht onderscheiden. Bij vragen over aanhangige wetsvoorstellen is de belangrijkste grens waarschijnlijk daarin gelegen dat slechts informatie hoeft te worden verstrekt waarover de ministers beschikken of waarover zij redelijkerwijs zouden kunnen beschikken.[36] Bovendien kan de minister de vragensteller met een beroep op opportuniteitsgronden trachten over te halen om zijn verlangen naar informatie te laten varen, en kan zij de beantwoording van tijdrovende vragen naar de mondelinge behandeling verwijzen.[37]

Artikel 68 van de Grondwet legt geen verplichtingen op aan kamerleden die een initiatiefvoorstel aanhangig hebben gemaakt. Betekent dat ook, dat zij niet verplicht zijn om antwoord te geven op vragen gesteld in een (voorlopig of eind-) verslag? Vermoedelijk niet. Vrij algemeen wordt de positie van initiatiefnemende kamerleden analoog geacht aan die van ministers die een wetsvoorstel verdedigen.[38]

5.4.5.3 Schriftelijke stukken en mondelinge beraadslaging

Hierboven bleek dat de verplichting van ministers om 'hun' wetsvoorstellen desgevraagd nader te motiveren niet gewoonterechtelijk, maar grondwettelijk van aard is. Gewoonterechtelijke verplichtingen zijn echter wel ontstaan uit enkele gebruiken ten aanzien van

33 Oud 1967: 654.

34 De Vries, 1979: 56; *Rapport bijzondere commissie vraagpunten staatkundige, bestuurlijke en staatsrechtelijke vernieuwing*, Kamerstukken II 1990/91, 21427 nr. 3, p. 33; *Advies over de wetsprocedure*, Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten, 1992: 40.

35 De Vries, in interview door Bruinsma en Huls 1989: 596; zie ook *Advies over de wetsprocedure* 1992: 24.

36 Zie paragraaf 4.1.4.3.

37 Zie paragraaf 4.1.4.2.

38 Artikel 116 Reglement van Orde van de Tweede Kamer, versie 1993; Van der Pot/Donner/Prakke 1989: 518; Kortmann 1990: 316; Van Raalte/Kummeling/Bovend'Eert 1991: 235.

de *vorm* waarin die nadere motiveringen gevraagd en verstrekt worden. Deze bespreek ik hieronder, waarbij de analogie naar initiatiefvoorstellen niet steeds getrokken wordt, omdat zich daarbij geen bijzonderheden voordoen.

Tweede-Kamerleden kunnen ingevolge het Reglement van Orde van de Tweede Kamer (versie 1993) op vier verschillende manieren om een nadere ministeriële motivering van een wetsvoorstel vragen:

— mondeling in een 'debat op hoofdlijnen' (artikel 91);
— schriftelijk in een commissieverslag (artikel 94);
— mondeling in een wetgevingsoverleg (artikel 29, 40 en 102);
— mondeling tijdens de plenaire beraadslaging (artikel 101).

Het eventuele wetgevingsrapport (artikel 92) levert geen motiveringsplichten voor de minister op. Het is immers gericht tot de betrokken kamercommissie, en gaat uit van haar griffier. Wel zullen leden in het wetgevingsrapport aanleiding kunnen vinden om de minister om opheldering omtrent het waarom van een wetsvoorstel te vragen.

Door een debat op hoofdlijnen, een wetgevingsoverleg of een plenaire beraadslaging over een wetsvoorstel te houden, geeft de kamer te kennen dat nadere toelichtingen en motiveringen verlangd worden. De minister zal de tijdens dergelijke beraadslagingen gestelde vragen van kamerleden moeten beantwoorden.[39] De mondeling gegeven toelichtingen en motiveringen zullen daarna te vinden zijn in de *Handelingen*.[40] Uiteraard kan de minister ook toezeggen de verlangde inlichtingen schriftelijk te zullen verstrekken.

Wat commissieverslagen en ministeriële reacties daarop betreft, heeft zich een gevarieerde praktijk ontwikkeld, die niet alleen in terminologisch opzicht chaotisch aandoet. Artikel 94 van het in 1993 vastgestelde Reglement van Orde,[41] tracht hierin enige verandering te brengen.

Kamerleden kunnen bij monde van een commissie om een nadere schriftelijke motivering van een wetsvoorstel vragen, door die commissie een niet-blanco verslag uit te laten brengen.

Volgens artikel 32, eerste lid, van het Reglement van Orde (versie 1986) kan de commissie daarbij kiezen tussen het uitbrengen van een *verslag* en van een *voorlopig verslag*. In de praktijk wordt meestal gekozen voor het laatste.[42]

39 Behoudens de in paragraaf 4.1.4 besproken grenzen aan de grondwettelijke inlichtingenplicht.
40 Artikel 34 van het Reglement van Orde, versie 1986, dat in de versie van 1993 vervalt, maakt nog andere vormen van verslaglegging van een mondeling overleg mogelijk.
41 Bij amendement gewijzigd, Kamerstukken II 1992/93, 22590 nr. 22. Het nieuwe Reglement van Orde treedt in mei 1994 in werking.
42 Aldus Visscher 1986b: 48 op basis van cijfers over de periode 1963-1985, en Veerman 1986: 15 op basis van cijfers over de periode 1975-1985; volgens het *Rapport bijzondere commissie vraagpunten staatkundige, bestuurlijke en staatsrechtelijke vernieuwing* is deze keuze 'welhaast een automatisme' geworden, Kamerstukken II 1990/91, 21427 nr. 3, p. 33; aldus ook de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten in haar *Advies over de wetsprocedure* 1992: 23.

In een (niet-blanco, inhoudelijk) 'verslag' wordt de voorwaarde opgenomen dat de minister op in het verslag vermelde vragen en opmerkingen vóór de plenaire behandeling zal hebben gereageerd.[43] Hij zal dit moeten doen in de vorm van een *nota naar aanleiding van het verslag*.[44]

Op een voorlopig verslag moet de minister reageren met een *memorie van antwoord*.[45] Vervolgens brengt de commissie in beginsel een *eindverslag* uit.[46] Naar aanleiding van een onbevredigend geachte memorie van antwoord, of een ingrijpende nota van wijziging wordt soms echter eerst een *nader voorlopig verslag* uitgebracht.[47] Dat de regering op een nader voorlopig verslag schriftelijk 'kan' reageren, zoals Boon[48] stelt, lijkt mij onjuist. Door een nader voorlopig verslag uit te brengen, in plaats van een eindverslag, geeft een kamercommissie immers aan dat een *nadere memorie van antwoord* verwacht wordt.[49] Op een eindverslag daarentegen hoeft de minister niet altijd schriftelijk te reageren.[50] Het zal van de inhoud — *if any* — van een eindverslag afhangen, of van de ministers een *nota naar aanleiding van het eindverslag* verwacht mag worden.[51] Datzelfde geldt in beginsel voor het zeldzame, door Wiebenga[52] genoemde verschijnsel van het *nader eindverslag*. Dit zal echter wel nooit 'blanco' zijn, en juist uitgebracht worden in die situaties waarin een kamercommissie wèl nog een schriftelijke reactie van de ministers verwacht, welke reactie alsdan *nota naar aanleiding van het nader eindverslag* zal heten.

In artikel 94 van het in 1993 vastgestelde Reglement van Orde worden voorlopig verslag, nader voorlopig verslag en eindverslag afgeschaft. Vanaf mei 1994 zullen kamercommissies niet langer de keuze hebben tussen het uitbrengen van verslag en voorlopig verslag, maar altijd een *verslag* uit moeten brengen (eerste lid). Indien dit niet blanco is, zal de minister daar schriftelijk op moeten reageren. In het derde lid van artikel 94 wordt verondersteld dat de ministers hun schriftelijke reacties op verslagen zullen betitelen als *nota naar aanleiding van het verslag*. Indien de ministers dat inderdaad zouden doen (waartoe zij niet verplicht zijn), zou daarmee het einde van de mooie en heldere term 'memorie van antwoord' te betreuren zijn.[53]

Na ontvangst van de (hoe ook genaamde) ministeriële reactie op het verslag zal de commissie kunnen besluiten een *nader verslag* uit te brengen.[54] Dit zal uiteraard slechts gebeuren indien nog nadere opheldering van de minister wordt verlangd. Deze

43 Hagelstein 1991: 150.
44 Oud 1970: 109-110; *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 52-53.
45 *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 53; dat ministers op voorlopige verslagen reageren met memories van antwoord wordt in artikel 32, tweede en derde lid, Reglement van Orde, versie 1986, voorondersteld.
46 Artikel 32, derde lid, Reglement van Orde, versie 1986.
47 Boon 1986: 20; *Draaiboek* 1989: 53; artikel 32, derde lid, Reglement van Orde, versie 1986.
48 Boon 1986: 20.
49 *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 53.
50 Boon 1986: 20; Van Raalte/Kummeling/Bovend'Eert 1991: 331.
51 *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 54.
52 Wiebenga 1986: 19.
53 De aanwijzingen 253, 289 en 293 van de Aanwijzingen voor de regelgeving zouden aangepast moeten worden aan het nieuwe taalgebruik van de Tweede Kamer.
54 Artikel 94, derde lid.

zal daarop dus steeds schriftelijk moeten reageren, en wel in een stuk dat naar te vrezen valt *nota naar aanleiding van het nader verslag* zal gaan heten.[55] Anders dan artikel 32, derde lid, van versie 1986 van het Reglement van Orde laat artikel 94 van versie 1993 geen ruimte voor het daarna uitbrengen van nog een derde commissieverslag.

5.4.5.4 Vermindering cumulatieve onoverzichtelijkheid

In paragraaf 5.4.4 werd geconstateerd dat het voor Tweede-Kamerleden en andere belangstellenden lastig is dat de motivering van een wetsvoorstel veelal verspreid is over twee stukken: memorie van toelichting en nader rapport. In deze paragraaf is gebleken dat het aantal motiverende stukken daarna nog fors kan toenemen. Dat is met name lastig voor diegenen die zich pas ter gelegenheid van de plenaire behandeling een beeld trachten te vormen van de voors en tegens van een wetsvoorstel.[56] Ook voor latere lezers — zoals vooral ook de leden van de Eerste Kamer — levert deze versnippering een belasting van tijd en energie op.[57] Daarom moeten er vraagtekens gezet worden bij de Nederlandse gewoonte om memories van toelichting non-tekstueel te wijzigen.

Ter toelichting van de term 'non-tekstueel' het volgende.

Nederlandse juristen zijn snel geschokt, wanneer zij horen van de Britse gewoonte van *non-textual amendment*.[58] Deze methode van wetswijziging, die men in het Verenigd Koninkrijk sinds enige jaren tracht te vervangen door het bijvoorbeeld in Nederland gangbare systeem van tekstuele wetswijziging,

> 'consists of a narrative statement in the amending law stating the effect of the amendment. The amending law does not in so many words purport to amend the principal law, nor does it merge with it and lose its separate existence on enactment as an amending law generally does when the direct method is followed.' [59]

Bijvoorbeeld: in de wetgeving van Engeland en Wales staat nog steeds dat alle seks contact tussen mannen, van welke leeftijden ook, strafbaar is. Nog steeds geldt namelijk de oorspronkelijke tekst van de artikelen 12 en 13 van de *Sexual Offences Act 1956*:

> 'It is felony for a person to commit buggery with another person (...). (...)
> It is an offence for a man to commit an act of gross indecency with another man, whether in public or private (...).'

Op non-tekstuele wijze zijn deze regels echter gewijzigd door artikel 1 van de *Sexual Offences Act 1967*:

55 'nadere memorie van antwoord' lijkt mij helderder.
56 Dat geldt bijvoorbeeld voor de meeste leden van de Tweede Kamer.
57 Waaldijk 1987b: 146.
58 Die bijvoorbeeld ook bij wijziging van de grondwet van de Verenigde Staten wordt gehanteerd.
59 Thornton 1987: 338.

> 'Notwithstanding any statutory or common law provision (...) a homosexual act in private shall not be an offence provided that the parties consent thereto and have attained the age of twenty-one years. (...)' [60]

Toepassing van deze methode heeft tot gevolg dat degene die de geldende betekenis van een bepaalde wet wil vaststellen, alle achtereenvolgende wijzigingen van die wet ernaast moet leggen. In de Nederlandse wetgeving is deze methode een enkele keer toegepast: het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen bracht wel verandering in het arbeidsovereenkomstenrecht, maar niet in de tekst van de desbetreffende artikelen in het Burgerlijk Wetboek.

In Nederland worden *memories van toelichting op non-tekstuele wijze gewijzigd en aangevuld*. Of met deze rommelige gewoonte de uit artikel 68 van de Grondwet voortvloeiende motiveringsverplichting voldoende wordt nageleefd, kan betwijfeld worden.

Artikel 68 strekt ertoe de leden van beide kamers in staat te stellen hun taken naar behoren te vervullen. De verspreiding van de toelichtingen en motiveringen bij de meeste wetsvoorstellen over drie of meer verschillende stukken zal die taakvervulling vrijwel altijd zeer bemoeilijken. Ook van de openbaarheid van het wetgevingsproces[61] blijft weinig over, wanneer de belangrijkste bij elkaar behorende (passages uit) stukken slechts met moeite bij elkaar gezocht kunnen worden.

Enige verbetering in de toegankelijkheid van de diverse stukken is de laatste jaren ontstaan door de eerst in aanwijzing nummer 3.11 van de 'Aanwijzingen inzake procedureregels voor behandeling van voorstellen van wet' van 1985 en nu in aanwijzing 293 van de Aanwijzingen voor de regelgeving aangegeven praktijk: in het voorlopig verslag wordt zoveel mogelijk de indeling van de memorie van toelichting gevolgd, en in de memorie van antwoord zoveel mogelijk die van het voorlopig verslag. Het verdient aanbeveling deze lijn ook te volgen in verslag, nader verslag, nota naar aanleiding van het verslag, enzovoort.[62]

Ook beperking van het aantal schriftelijke rondes, zoals beoogd met artikel 94 van het in 1993 vastgestelde Reglement van Orde,[63] zou helpen. De praktijk was: meestal twee, soms een of drie. De regel wordt: in beginsel een, nooit meer dan twee. Afgewacht moet worden of de praktijk zich ontwikkeld tot: meestal één ronde.

Een kleine verdere verbetering[64] zou bereikt kunnen worden door memories van antwoord en nota's naar aanleiding van verslagen te drukken als een tweede kolom naast het verslag waar zij op reageren — met telkens het begin van overeenkomstige paragrafen op gelijke hoogte, op dezelfde wijze als het nader rapport naast het advies

60 In 1994 heeft het Britse parlement overigens een voorstel aangenomen om deze leeftijdsgrens non-tekstueel te verlagen tot achttien jaar.

61 Zoals voorgeschreven door de artikelen 66 en 110 van de Grondwet, zie paragraaf 4.3.2.1.

62 Rapport *Verkenning van enige problemen rond wetgeving* 1978: 17-18; Wiebenga 1986: 20 en 30; *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 54.

63 Zie de vorige paragraaf.

64 Voorgesteld door Jurgens op de studiebijeenkomst *De memorie van toelichting uitgelicht* van de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, zie Voermans en Van Dijk 1992: 85.

van de Raad van State.[65] Het desbetreffende verslag zal dan wel eerst apart gedrukt moeten worden; de bevoegdheid van kamercommissies om te besluiten tot het pas tegelijk met de memorie van antwoord laten drukken van het voorlopig verslag[66] is in het Reglement van Orde van 1993 immers vervallen. De benodigde hoeveelheid papier, het enige tegen-argument dat hout snijdt, kan binnen de perken blijven indien met een variabele kolom-breedte wordt gewerkt.

Deze veranderingen bieden echter geen oplossing voor het fundamentele hier gesignaleerde probleem, dat ministeriële motiveringen van een en hetzelfde wetsvoorstel verspreid staan over verschillende stukken. Daarvoor is volgens mij een meer ingrijpende oplossing nodig: invoering van de *gewijzigde memorie van toelichting*.

De behoefte aan een *tekstueel* gewijzigde memorie van toelichting is al verschillende malen naar voren gekomen.

Zo kiest de regering er een enkele keer voor om een aanhangig wetsvoorstel in te trekken en te vervangen door een nieuw voorstel, in plaats van het te veranderen door middel van een (ingrijpende) nota van wijziging. Dit gebeurde bijvoorbeeld met het eerste voorstel voor een Algemene wet gelijke behandeling.[67] In het voorlopig verslag bij het tweede voorstel voor die wet[68] zijn vanuit VVD en GPV vragen gesteld omtrent deze ongebruikelijke gang van zaken.[69] Ter rechtvaardiging van de bewandelde weg voerden de ministers in de memorie van antwoord onder meer het volgende aan:

> 'Hierbij komt dat een goede, integrale, beoordeling van het wetsvoorstel beter mogelijk is indien er een geheel nieuw voorstel ter beoordeling voorligt, voorzien van een complete, daarbij aansluitende, memorie van toelichting. Een dergelijke procedure-aanpak zal de interpretatie van de wet na de inwerkingtreding zeker ook ten goede komen.' [70]

Dit is natuurlijk een argumentatie die bij elke ingrijpende wijziging van een wetsvoorstel aangevoerd kan worden. Intrekking gevolgd door indiening van een nieuw voorstel is echter een omslachtige weg om een memorie van toelichting te wijzigen.[71] Dezelfde voordelen hadden eenvoudiger bereikt kunnen worden, indien het uitbrengen van een 'gewijzigde memorie van toelichting' op het menu had gestaan.

In de tweede plaats heeft Burkens eens voorgesteld om bij gecompliceerde, in de loop van de behandeling veelvuldig gewijzigde wetsvoorstellen, de ministers op verzoek van de Eerste Kamer ter vereenvoudiging van de oordeelsvorming door haar leden, een 'bijgestelde Memorie van Toelichting' uit te laten brengen.[72] Aan deze suggestie kleeft echter in de eerste plaats het bezwaar dat ministers dan door henzelf of door de Tweede Kamer aangebrachte non-tekstuele wijzigingen van de memorie van toelichting achteraf

65 Zie aanwijzing 275 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.
66 Artikel 32, tweede lid, Reglement van Orde, versie 1986.
67 Kamerstukken II 1987/88, 20501 nr. 2.
68 Kamerstukken II 1990/91, 22014 nr. 2.
69 Kamerstukken II 1990/91, 22014 nr. 4, p. 3 en 8.
70 Kamerstukken II 1991/92, 22014 nr. 5, p. 3.
71 Voor het wijzigen van het voorstel zelf is deze weg overbodig, want dat kan door middel van een nota van wijziging gevolgd door een gewijzigd voorstel van wet.
72 Burkens 1986: 36 en 38.

alsnog op tekstuele wijze zouden moeten aanbrengen. Dat zou enig dubbel werk voor ministers opleveren. In de tweede plaats zal uit de memorie van antwoord, de nota naar aanleiding van het eindverslag en dergelijke vaak, en uit de totstandkoming van amendementen en uit de plenaire beraadslaging vrijwel nooit, blijken wat deze non-tekstuele wijzigingen nu precies inhielden. In de derde plaats zouden noch de Eerste-Kamerleden, noch de latere wetsuitleggers er vanuit kunnen gaan, dat de ministers bij het 'bijstellen' van de memorie van toelichting volledig en betrouwbaar zijn geweest. Het door Burkens gekozen moment van bijstelling ligt te laat in het wetgevingsproces. Na (het begin van) de plenaire beraadslaging, en zeker na de over- of aanneming van amendementen, is een objectieve tekstuele reconstructie van 'de toelichting en de motivering' van een wetsvoorstel niet meer te leveren.

In de derde plaats heeft Van de Camp[73] het voorstel gedaan om na de gehele parlementaire behandeling een actuele 'nieuwe memorie van toelichting' te laten maken ten behoeve van de 'consumenten in het veld'. Daaraan kleven dezelfde bezwaren als aan het voorstel van Burkens, die slechts gedeeltelijk worden ondervangen door de suggestie van Van de Camp om dan de oorspronkelijke memorie te blijven gebruiken ten behoeve van historische wetsinterpretatie. Het resultaat zou zijn dat wetsgebruikers te maken krijgen met twee memories van toelichting die geen van beide vertrouwd kunnen worden als de volledige toelichting van de wet. Niet doen dus.

In de vierde plaats zouden Kokkini-Iatridou en Boele-Woelki graag zien dat reacties uit praktijk en wetenschap op wetsvoorstellen (op het terrein van het internationaal privaatrecht) binnen te stellen termijnen verwerkt zouden worden in de memorie van toelichting. Dat zou handig zijn voor de verdere behandeling en latere toepassing van de voorgestelde wet.[74] Inderdaad, maar dat is nog geen argument voor het opmerkelijke voorstel van deze schrijfsters om 'de ipr-wetsontwerpen *zonder* MvT openbaar te maken'.[75] Zij gaan er impliciet en ten onrechte vanuit dat de onveranderlijkheid van memories van toelichting niet veranderd kan worden.

Tekstuele bijstelling van een memorie van toelichting is slechts goed mogelijk, zolang zij nog niet nòn-tekstueel is 'gewijzigd'. Daarom moet men er direct mee beginnen. In paragraaf 5.4.4 heb ik er al voor gepleit om de inhoud van het nader rapport af te schaffen en de inhoud daarvan voortaan tekstueel te verwerken in de memorie van toelichting.[76] Datzelfde zou kunnen gebeuren met memories van antwoord en met nota's naar aanleiding van verslagen.

Soms zal daar geen aanleiding toe zijn. Indien het verslag nauwelijks vraagt om wijziging of aanvulling van voorstel of toelichting, dan kan beter volstaan worden met een korte nota of memorie die antwoord geeft op de weinige vragen uit dat verslag. Echter, wanneer een verslag vraagt om ingrijpende wijzigingen in het wetsvoorstel en/of om uitvoerige nadere toelichtingen en motiveringen, dan zou het voor de betrokken

73 Op een studiebijeenkomst van de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid; zie Voermans en Van Dijk 1992: 85.

74 Kokkini-Iatridou en Boele-Woelki 1993: 1423-1424.

75 Kokkini-Iatridou en Boele-Woelki 1993: 1424.

76 Vergelijk ook de daar genoemde suggestie van Lindo 1992: 1559 om het nader rapport op te laten gaan in de memorie van antwoord.

kamerleden en voor alle verdere belangstellenden buitengewoon handig zijn, indien *in plaats van* een memorie van antwoord of nota naar aanleiding van het verslag een 'gewijzigde memorie van toelichting' zou worden opgesteld. Daartoe zal in ieder geval aanleiding bestaan, indien het voorstel naar aanleiding van het verslag ingrijpend gewijzigd wordt: de nota van wijziging zal dan meestal tot een gewijzigd voorstel van wet leiden.[77]

Indien daarna de commissie nog een 'nader verslag' uitbrengt,[78] dan zullen de minister ervoor kunnen kiezen om daarop te reageren met een *nader gewijzigde memorie van toelichting*, in plaats van de nota naar aanleiding van het nader verslag.[79] Of daar aanleiding toe bestaat, zal afhangen van de hoeveelheid aanpassingen waartoe het nader verslag (of andere ontwikkelingen) nopen.

Voor de overzichtelijkheid is het daarbij belangrijk dat nooit tekstuele wijzigingen op non-tekstuele wijzigingen volgen. De lezer moet er immers van op aan kunnen, dat de jongste gewijzigde memorie van toelichting àlle tot dan toe door de ministers en kamerleden verstrekte toelichtingen op het voorstel bevat. Daartoe is het uiteraard ook belangrijk dat door voetnoten of markeringen steeds zichtbaar is hoe de tekst in de vorige versie(s) luidde. In de tekst van een gewijzigde memorie zal telkens expliciet verwezen moeten worden naar het verslag (of de verslagen) waarop gereageerd wordt. Door de creatieve toepassing van grafische hulpmiddelen zal de overzichtelijkheid bewaard en de benodigde hoeveelheid papier beperkt kunnen blijven.

Indien bij de behandeling van een wetsvoorstel gekozen wordt voor het voeren van een debat op hoofdlijnen of van een wetgevingsoverleg,[80] is het opstellen van een (nader) gewijzigde memorie van toelichting daarna niet meer mogelijk.

Toepassing van het hier bepleite systeem zal er bij de plenaire beraadslaging toe leiden, dat andere kamerleden dan de commissieleden voor de volledige ministeriële toelichting bij het voorstel slechts te rade hoeven te gaan bij de jongste gewijzigde versie van de memorie van toelichting (en bij een eventueel daarna nog uitgebrachte nota). Voor Eerste-Kamerleden komen daar de Handelingen van de plenaire beraadslaging nog bij. In de gewijzigde memorie van toelichting zullen zij verwijzingen aantreffen naar alle (door de ministers relevant geachte) opmerkingen uit het advies van de Raad van State en het verslag (en nader verslag). Het vervallen van het nader rapport en van de nota naar aanleiding van het verslag ('memorie van antwoord') en eventueel van de nota naar aanleiding van het nader verslag ('nadere memorie van antwoord') zal velen veel zoek- en leeswerk besparen.

Of *rechters en andere wetstoepassers* meer gewicht zullen hechten aan een gewijzigde memorie van toelichting dan aan parlementaire beweringen over het desbetreffende wetsvoorstel, moet afgewacht worden. Volgens mij is er geen reden om te verwachten dat de overwaardering van de gewijzigde memorie van toelichting groter zal zijn dan de huidige overwaardering van de huidige memorie van toelichting. In wetscommentaren

77 *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 55.
78 Zie artikel 94, derde lid, van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer, versie 1993.
79 Zie het slot van paragraaf 5.4.5.3.
80 Artikel 91 respectievelijk 29 van het Reglement van Orde, versie 1993.

zal ook de gewijzigde memorie van toelichting niet aangewezen mogen worden als een tekst van de wetgever. Voor de zekerheid wijs ik hier nog op enkele van de klassieke Britse bezwaren tegen het toelaten van wetshistorische interpretatie door de rechter:[81]

> 'For purely practical reasons we do not permit debates in either House to be cited: it would add greatly to the time and expense involved in preparing cases involving the construction of a statute if counsel were expected to read all the debates in Hansard, and it would often be impracticable (...).' [82]

> 'It becomes less possible to rely on the apparent meaning of an Act if there is a suspicion that this might be displaced on reference to the enacting history.' [83]

> '(The) likelihood that ministers will only make statements that are favourable to government, may well reinforce the dominance of government in the constitution and reduce the power of the courts to operate as checks against the dominant executive.' [84]

Op dit punt is dus wèl veel van het Britse recht te leren. Wetten moet je vooral interpreteren aan de hand van hun tekst, aan de hand van hogere regels en beginselen[85] en algemene wetten,[86] en aan de hand van de stand van de rationele maatschappelijke discussie.[87] Maar dat is een ander verhaal dan het onderwerp van deze studie.[88]

5.4.6 Bij de Eerste Kamer

Door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstellen worden zonder nadere toelichting of motivering (van kamer of ministers) aan de Eerste Kamer gezonden.[1] Voordien zal de Eerste Kamer echter al een exemplaar hebben ontvangen van het wetsvoorstel en van alle verdere stukken zoals die door de regering aan de Tweede Kamer zijn gezonden.[2]

Ook in de Eerste Kamer geldt de grondwettelijke verplichting van ministers om op verzoek van een of meer leden de Kamer te informeren over de motieven, en de daaraan ten grondslag liggende feiten, voor het indienen en handhaven van enig wetsvoorstel. Volgens Burkens neemt de Eerste Kamer er ook geen genoegen mee indien vragen 'al te onverschillig' worden beantwoord.[3] In zijn arrest van 30 september 1992 constateert de

81 Zie paragraaf 4.3.2.4.
82 Aldus Lord Reid in: *Beswick v Beswick* [1968] *Appeal Cases* 58 at 74, zoals geciteerd door Bennion 1993: 154.
83 Bennion 1993: 155.
84 D. Oliver 1993: 13.
85 Zie paragraaf 4.5.2.2.
86 Zie paragraaf 6.4.2.
87 Zie Barendrecht 1992a: 110-116 en 1992c: 228-268.
88 Zie de paragrafen 1.4.3 en 5.4.1.
1 Met het in artikel 107 van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer, versie 1993, voorgeschreven formulier. Zie paragraaf 4.1.6.
2 *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 49.
3 Burkens 1986: 34.

Hoge Raad echter dat ministers niet zijn ingegaan op de bewering van enkele Eerste-Kamerleden dat een in een wetsvoorstel vervat onderscheid hun niet redelijk leek.[4]

Een analoge inlichtingenplicht kan aangenomen worden voor de Tweede-Kamerleden aan wie conform artikel 85 van de Grondwet de verdediging die een initiatiefvoorstel in de Eerste Kamer is opgedragen.[5] Wat omtrent deze verplichtingen in paragraaf 5.4.5.2 werd opgemerkt, is van overeenkomstige toepassing bij de Eerste Kamer.

De *vorm* waarin de leden van de Eerste Kamer bij monde van een commissie om nadere toelichting en motivering van wetsvoorstellen vragen lijkt veel op die waarin de leden van de Tweede Kamer dat doen. Wel hebben de termen 'verslag' en 'eindverslag' bij de Eerste een iets andere (logischer) betekenis dan bij de Tweede. Zoals hieronder nog blijkt, brengt in de Eerste Kamer een eindverslag nooit, en een verslag altijd een motiveringsplicht voor de betrokken ministers met zich. In de Tweede Kamer hangt het van de inhoud van verslagen met die namen af of de minister het voorstel schriftelijk nader moet gaan motiveren.[6] De Tweede Kamer heeft in 1993 door aanneming van artikel 94 van het Reglement van Orde afscheid genomen van het gebruik van het woord 'eindverslag' ter aanduiding van verslagen die veelal niet het eindpunt van de schriftelijke voorbereiding betekenen.

Leden van de Eerste Kamer kunnen een nadere schriftelijke motivering van de ministers verlangen door de commissie niet onmiddellijk een eindverslag uit te laten brengen. Volgens het Reglement van Orde van de Eerste Kamer betekent het uitbrengen van een eindverslag immers dat de commissie het voorstel gereed acht voor plenaire beraadslaging.[7] Door in plaats daarvan een *verslag* uit te brengen geeft de commissie te kennen dat de ministers moeten komen met een *nota naar aanleiding van het verslag*.[8] Indien de commissie zich het recht wil voorbehouden om schriftelijk op de schriftelijke reactie van de ministers te reageren, dan kan zij een *voorlopig verslag* uitbrengen, waarop gereageerd moet worden met een *memorie van antwoord*.[9] Enige jaren geleden werd een toename geconstateerd van het aantal wetsvoorstellen waarover een voorlopig verslag werd uitgebracht.[10]

Na ontvangst van de memorie van antwoord heeft de commissie[11] opnieuw de keuze uit drie mogelijkheden: het uitbrengen van een *eindverslag*, waarop geen reactie wordt verwacht; het uitbrengen van een verslag, waarop de ministers met een nota zullen moeten reageren; of het uitbrengen van een *nader voorlopig verslag*, waarop de ministers zullen moeten antwoorden met een *nadere memorie van antwoord*. Met

4 Hoge Raad 30 september 1992, AB 1993, 2, overweging 4.4.3; de Hoge Raad oordeelt vervolgens dat er geen objectieve en redelijke rechtvaardiging voor het onderscheid bestaat.
5 Zie artikel 118 van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer, versie 1993; en zie paragraaf 4.3.2.6.
6 Zie paragraaf 5.4.5.3.
7 Artikel 66, vierde lid.
8 Artikel 67; *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 65-60.
9 Artikel 68, eerste lid; *Draaiboek 1989: 65-66.*
10 Van ruim 20% naar bijna 40% van de gevallen, aldus Visscher 1986b: 51 op basis van cijfers over de periode 1973-1985; zie ook Veerman 1986: 16.
11 Volgens de artikelen 68 tot en met 70.

toestemming van de Kamer kan een commissie eventueel een *derde voorlopig verslag* uitbrengen,[12] waarop de ministers opnieuw zullen moeten reageren.

Na het eindverslag, respectievelijk na de nota naar aanleiding van het verslag, volgt in ongeveer de helft van de gevallen een plenaire beraadslaging. Enige jaren geleden werd een toename geconstateerd van het aantal wetsvoorstellen waarover de Eerste Kamer plenair beraadslaagt.[13]

In paragraaf 5.4.5.4 is het voorstel van Burkens besproken om ten behoeve van de leden van de Eerste Kamer bij bepaalde gecompliceerde wetsvoorstellen een 'bijgestelde' memorie van toelichting op te laten stellen.[14] Ik heb daar betoogd waarom dat in dàt stadium geen goede oplossing meer is voor het probleem dat ook gesignaleerd werd door de 'Werkgroep bewerktuiging Eerste-Kamerleden'.[15] Indien tijdens het voorbereidend onderzoek in de Tweede Kamer een of meer *gewijzigde memories van toelichting* tot stand zouden komen, zoals ik in de vorige paragraaf bepleit, dan zullen ook Eerste-Kamerleden daar hun voordeel mee kunnen doen. Hun taak kan verder verlicht worden door de griffie een overzicht te laten opstellen van de opmerkingen die in de Tweede Kamer gemaakt zijn nádat de laatste versie van de memorie van toelichting gereed kwam. Tenslotte zouden de leden die geen deel uitmaken van de betrokken commissie baat kunnen vinden bij het telkens als twee kolommen naast elkaar laten drukken van voorlopig verslag en memorie van antwoord, en van verslag en nota naar aanleiding van het verslag.[16]

Het geheel aan motivering dat pas tijdens de behandeling door de Eerste Kamer ontstaat, zal vrijwel altijd veel beperkter van omvang zijn dan de motivering bij de Tweede Kamer.[17] Dit is zo, doordat allerlei punten al bij de Tweede Kamer verhelderd zullen zijn, doordat het voorstel bij de Eerste Kamer niet meer gewijzigd kan worden, en doordat de Eerste Kamer zich ook overigens terughoudend pleegt op te stellen. Door de beperkte omvang van de aan de Eerste Kamer te verstrekken nadere toelichtingen en motiveringen zullen zij redelijk overzichtelijk kunnen zijn, zeker indien de zojuist gesuggereerde methoden voor ontsluiting en druk gehanteerd gaan worden. Anders dan ten aanzien van de Tweede Kamer,[18] zie ik dan ook geen reden om te twijfelen aan de grondwettigheid van de vorm waarin ministers hun uit artikel 68 van de Grondwet voortvloeiende motiveringsplicht jegens de Eerste Kamer nakomen.

Dat betekent uiteraard niet dat de nakoming van die grondwettelijke verplichting jegens de Eerste Kamer van minder belang zou zijn dan jegens de Tweede Kamer. De

12 Artikel 71.
13 Van ruim 40% naar ruim 60% van de gevallen, aldus Visscher 1986b: 51, op basis van cijfers over de periode 1973-1985.
14 Burkens 1986: 36 en 38.
15 Kamerstukken I 1990, nr. 220, p. 19 en 22.
16 Zie ook daarover paragraaf 5.4.5.4.
17 De uitzondering wordt gevormd door het meer genoemde gehaaste voorstel 20972 tot wijziging van de Vreemdelingenwet in verband met het onderbrengen van asielzoekers op Schiphol-Oost; zie Damen en Hoogenboom 1989: 148.
18 Zie vorige paragraaf.

Eerste Kamer hecht aan een goede[19] motivering van wetsvoorstellen. Zij beoordeelt voorstellen mede aan de hand van de vraag of daarvoor deugdelijke argumenten zijn aangevoerd.[20] Verschillende malen heeft de Eerste Kamer een wetsvoorstel verworpen omdat het onvoldoende was gemotiveerd.

Belangwekkend is de verwerping van wetsvoorstel 7031-3.[21] De regering had twee voorstellen tot wijziging van de grondwetsbepalingen inzake het passief kiesrecht gedaan. Het ene voorstel behelsde een verlaging van de leeftijd vereist voor lidmaatschap van de Tweede Kamer.[22] Het andere voorstel betrof de Eerste Kamer, en behelsde de toevoeging aan artikel 100 van de woorden 'behoudens dat men de ouderdom van dertig jaren moet hebben vervuld'.[23] Tot dan toe luidde artikel 100: 'Om lid der Eerste Kamer te kunnen zijn, moet men voldoen aan dezelfde vereisten als voor het lidmaatschap der Tweede Kamer zijn gesteld'. De ministers voerden geen argumenten aan voor de in voorstel 7031-3 vervatte handhaving op 30 jaar van de minimumleeftijd voor het lidmaatschap van de Eerste Kamer, en evenmin voor de aldus voorgestelde introductie van verschil in de vereisten voor het lidmaatschap van Tweede en Eerste Kamer. Volgens de Minister van Binnenlandse Zaken, en volgens een meerderheid van de Tweede Kamer, werd zo de beslissing of de minimumleeftijd voor het lidmaatschap van de Eerste Kamer ook omlaag moest dan wel gehandhaafd moest blijven, overgelaten aan die Kamer zelf; daarbij lieten woordvoerders van de meerderheid doorschemeren dat zij er zelf eigenlijk niet voor waren dat de Eerste Kamer door aanvaarding van voorstel 7031-3 de leeftijdsgrens van 30 jaar zou handhaven.[24] Beide voorstellen werden aanvaard door de Tweede Kamer. In de Eerste Kamer werd echter alleen voorstel 7031-2 aanvaard. Tijdens de plenaire beraadslaging in de Eerste Kamer kwam de Minister van Binnenlandse Zaken ter motivering van voorstel 7031-3 niet verder dan een vage verwijzing naar verschil in leeftijdsgrenzen in andere landen, en de bewering dat men 'er mij geen verdriet mee (zal) doen als men de zaken laat zoals zij door mij zijn voorgesteld'.[25] Een meerderheid van die Kamer vond dat de verdedigers van het voorstel ten onrechte hadden nagelaten om het te motiveren, met name wat betreft de introductie van verschil in de lidmaatschapsvereisten voor de kamers.[26] Het voorstel werd verworpen met 29 tegen 26 stemmen.[27]

Van recente datum is de unanieme verwerping van het voorstel voor een Wet subsidiëring politieke instituten.[28] In een stemverklaring namens de gehele vaste Commissie voor binnenlandse zaken en de Hoge Colleges van Staat werd erop gewezen

19 En tijdige — zie *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 66.
20 De Ruwe 1957: 105.
21 Zie Paulusma 1980: 14-15 en 47.
22 Kamerstukken II 1962/63, 7031 nr. 2; vervanging in artikel 94 van de woorden 'dertig jaren' door 'vijfentwintig jaren'.
23 Kamerstukken II 1962/63, 7031 nr. 3.
24 Memorie van toelichting, Kamerstukken II 1962/63, 7031 nr. 4; Handelingen II 1962/63, p. 514, 522, 533, 539-540 en 542.
25 Handelingen I 1962/63, p. 217-218.
26 Idem, p. 216 en 218.
27 Idem, p. 218.
28 Wetsvoorstel 19508.

dat 'er geen enkel principieel argument is om partijen die wel in de Eerste Kamer maar niet in de Tweede Kamer vertegenwoordigd zijn van regelingen van subsidiëring van politiek-wetenschappelijke instituten (...) uit te sluiten'.[29]

De conclusie kan zijn dat een gebrekkige motivering van een wetsvoorstel het risico van verwerping door de Eerste Kamer met zich brengt.[30]

5.5 Motivering van beslissingen omtrent voorliggende wetsvoorstellen

In paragraaf 5.4 heb ik slechts gesproken over de motivering van voorstellen. Daar ging het dus over de motivering van de indiening en handhaving van voorstellen. Voorstellen van wet worden echter niet alleen ingediend en gehandhaafd, maar soms ook gewijzigd (paragrafen 5.5.1 en 5.5.2), aangenomen of verworpen (paragraaf 5.5.3), of ingetrokken, bekrachtigd of niet-bekrachtigd (paragraaf 5.5.4).

5.5.1 Motivering van nota van wijziging

Het is de — door enige rechtsovertuiging ondersteunde — gewoonte om nota's van wijziging te motiveren.

Conform een aanbeveling van de 'Werkgroep ad hoc' [31] en conform aanwijzing 253 van de Aanwijzingen voor de regelgeving wordt tegenwoordig namelijk een toelichting bij de nota van wijziging gevoegd.[32] Indien een nota van wijziging wordt ingezonden tegelijk met een memorie van antwoord 'dan kan ter toelichting worden volstaan met een verwijzing naar een bepaald gedeelte van de memorie van antwoord'.[33] Volgens het *Draaiboek voor de wetgeving* kan met een dergelijke verwijzende toelichting ook volstaan worden, indien de nota van wijziging bijvoorbeeld een nota naar aanleiding van het eindverslag vergezelt.[34] De toelichting wordt ondertekend.[35]

Een *nota van verbetering* zal vrijwel nooit worden toegelicht. Een nota van verbetering wordt tegenwoordig immers nog slechts gebruikt voor 'het herstellen van afwijkingen tussen de ingediende en de gedrukte tekst van een kamerstuk', en wordt daarom altijd samengesteld door het Bureau wetgeving van de Tweede Kamer of de

29 Handelingen I 1989/90, p. 1444; zie ook 1988/89, p. 110.
30 Althans wanneer het voorstel de positie van de Eerste Kamer zelf betreft.
31 *Verkenning van enige problemen rond wetgeving* 1978: 18.
32 Zie *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 54.
33 Aanwijzing 253, tweede lid.
34 *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 54.
35 Aanwijzing 209.

griffie van de Eerste Kamer, aldus de toelichting bij aanwijzing 248 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.[36]

Een *gewijzigd voorstel van wet* wordt niet apart toegelicht, omdat alle daarin aangebrachte wijzigingen teruggaan op hetzij een nota van wijziging, hetzij een over- of aangenomen amendement.[37]

5.5.2 Motivering van amendement

De schriftelijke motivering van amendementen is meestal zeer summier; soms ontbreekt zij volledig.[38] Pas in het in 1993 vastgestelde Reglement van Orde van de Tweede Kamer is een algemene verplichting tot motivering van amendementen opgenomen.[39]

Formeel zijn amendementen voorstellen van Tweede-Kamerleden aan de Kamer om een voorliggend wetsvoorstel te wijzigen. De Kamer kan dan beslissen een amendement ontoelaatbaar te verklaren, aan te nemen of te verwerpen. Materieel zijn amendementen echter ook gericht tot de indieners van het regeringsvoorstel.[40] De ministers[41] kunnen immers besluiten om amendementen over te nemen, te ontraden of zelfs onaanvaardbaar te verklaren. In de derde plaats zijn amendementen potentieel ook gericht tot de Eerste Kamer en tot latere wetsgebruikers. Bij aan- of overneming van een amendement zullen immers ook zij geconfronteerd worden met de inhoud ervan.

Voor al deze doelgroepen (mede-kamerleden, mede-wetgevers, latere wetsgebruikers) kan een heldere motivering van amendementen nuttig zijn. Zie bijvoorbeeld de klacht van de Werkgroep bewerktuiging Eerste Kamerleden over de vaak zware druk op het werk van de Eerste Kamer veroorzaakt door 'vaak heel ingrijpende, meestal niet effectief meer toegelichte amendering'.[42] 'In het verleden hebben voorzitters van de (Tweede) kamer herhaaldelijk een stil verwijt gericht aan degenen, die hun amendementen niet hadden toegelicht. Daarbij werd gesteld, dat een toelichting van groot belang was voor kamerleden en bewindslieden, maar ook voor degenen, die later willen bewijzen in welke geest zij het betrokken amendement moeten verstaan'.[43] Volgens Kerkhofs heeft iedereen, 'ook hij die het product van de wetgever moet bestuderen in een latere tijdsperiode, (...) recht om te weten wat destijds de motieven van de indiener(s)' van een amendement waren.[44]

36 Zie ook *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 51-52; tot eind 1992 schreef aanwijzing nummer 105 van de 'Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek' voor dat de 'door een minister gegeven toelichting' bij een nota van verbetering ondertekend moest worden, terwijl deze ondertekening volgens Van der Vlies 1991: 29 juist niet plaats vond.

37 *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 55-56.

38 Met name bij indiening/opstelling tijdens een plenair debat.

39 Artikel 96.

40 Of tot de kamerleden die een initiatiefvoorstel aanhangig hebben gemaakt.

41 Of de initiatiefnemende kamerleden.

42 Kamerstukken I 1990, nr. 220, p. 19, zie ook p. 22; zie ook Burkens 1986: 36.

43 Kerkhofs 1986: 104; zie ook Vondeling 1976: 200.

44 Kerkhofs 1986: 104.

In 1985 hebben kabinet, Raad van State en Eerste Kamer in 1985 overeenstemming bereikt met de Tweede Kamer over diverse procedureregels. Volgens aanwijzing 3.12 van de hieruit resulterende 'Aanwijzingen inzake procedureregels voor de behandeling van voorstellen van wet en algemene maatregelen van bestuur' [45] verdiende het 'aanbeveling een amendement of een reeks van samenhangende amendementen van een toelichting te voorzien'.[46]

In 1986 is de aanbeveling gedeeltelijk verwerkt in het Reglement van Orde.[47] Kummeling en Bovend'Eert lazen artikel 31 alsof er stond dat ieder lid een toelichting aan een amendement '*kan*' toevoegen.[48] Een dergelijke lezing is volgens mij echter niet in overeenstemming met de letterlijke tekst, en al evenmin met de te veronderstellen bedoeling van de Tweede Kamer om uitvoering te geven aan de met kabinet, Raad van State en Eerste Kamer overeengekomen 'procedureregels' (zie boven).

In het in 1993 vastgestelde Reglement van Orde van de Tweede Kamer zijn de artikelen 37 en 88 vervallen, en is artikel 31 vervangen door artikel 96:

'1. Vanaf het tijdstip dat een voorstel van wet in handen van een commissie is gesteld staat het ieder lid vrij amendementen, voorzien van een beknopte toelichting, in te dienen.
2. Een amendement wordt met de meeste spoed vermenigvuldigd en rondgedeeld.'

Alleen schriftelijke teksten kunnen worden rondgedeeld. Uit de samenhang tussen tweede en eerste lid zal men dus moeten afleiden dat elk amendement schriftelijk wordt ingediend en daarbij schriftelijk wordt toegelicht. Dat geldt dus ook voor amendementen die tijdens de plenaire beraadslaging worden ingediend. Juist 'amendementen van het laatste uur' zorgen nog wel eens voor problemen, zowel tijdens de behandeling, als na eventuele aanvaarding.[49] Daarom is er juist dàn veel behoefte aan een deugdelijk motiverende toelichting, die kamerleden en ministers in staat stelt om zich op de consequenties van aanvaarding te bezinnen.

Omdat amendementen vaak slechts betrekking hebben op één of enkele woorden uit het wetsvoorstel, kan uit de tekst van het amendement op zichzelf meestal niet worden afgeleid waar het om gaat.[50] Daarom is de eerste functie van de toelichting bij een amendement het de lezer duidelijk maken *wat de voorgestelde wijziging inhoudt*, zodat de lezer het amendement enigszins kan begrijpen zònder de tekst van het wetsvoorstel er bij te hoeven nemen. Dit betekent dat het formuleren van de toelichting soms een juridisch-technisch karakter zal hebben. Anders dan het *Draaiboek voor de wetgeving*[51] en de toelichting bij aanwijzing 294 van de Aanwijzingen voor de regelgeving beweren, is er daarom geen reden om geen departementale bijstand te laten verlenen bij het

45 Vastgesteld 26 november 1985, Staatscourant 236.
46 De 'Aanwijzingen inzake procedureregels' zijn in 1993 vervangen door de Aanwijzingen voor de regelgeving, maar daarin is deze aanbeveling niet meer te vinden.
47 Wel in artikel 31, eerste lid, maar nog niet in artikel 37, eerste lid, en evenmin in artikel 88.
48 Hun bewerking van Van Raalte, 1991: 342.
49 Haardt 1982: 123-125; Van Raalte/Kummeling/Bovend'Eert 1991: 342.
50 Zelfs niet wanneer aanwijzing 231 van de Aanwijzingen voor de regelgeving analoog wordt toegepast, en dus steeds een 'gehele lees- en begripseenheid' wordt vervangen.
51 *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 59.

formuleren van de toelichting bij een amendement.[52] Terecht maakt de tekst van aanwijzing 294[53] zelf geen onderscheid tussen bijstand bij het opstellen van de toelichting en bijstand bij het opstellen van het amendement zelf.

In de tweede plaats zal elke mede-wetgever willen — ja zelfs moeten — weten *waarom* het amendement wordt voorgesteld. Soms zullen de direct betrokken kamerleden en ministers dat al wel zo een beetje begrijpen op basis van wat er gezegd is in bijvoorbeeld een commissieverslag. Voor de duidelijkheid en ter vermijding van tijdverlies bij de direct betrokkenen, en vooral ten behoeve van mede-wetgevers en latere wetsgebruikers die niet direct betrokken waren bij de (voorbereidende) behandeling van het wetsvoorstel, zal in de toelichting in ieder geval het *hoofdargument* voor het amendement moeten worden vermeld. Een beknopte weergave van de volledige motivering zou nog beter zijn. Desnoods kan daartoe verwezen worden naar passages uit de commissieverslagen. De eis van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer dat de toelichting 'beknopt' moet zijn,[54] betekent volgens mij overigens niet dat een toelichting slechts enkele regels tekst mag beslaan. Een complexe motivering bij een complex amendement kan ook 'beknopt' worden genoemd wanneer zij een of twee pagina's beslaat.

Aldus bestaat elke goede toelichting van een amendement uit twee elementen: een verduidelijking en een motivering. Anders dan Kerkhofs[55] kan ik mij geen amendementen voorstellen die zó eenvoudig zijn, dat zij zowel een verduidelijking als een motivering kunnen missen.

De Tweede Kamer kan ook op een andere manier dan door amendering verandering brengen in de tekst van een wetsvoorstel. Bij de artikelgewijze behandeling kan de Kamer namelijk *tegen een of meer afzonderlijke artikelen stemmen*, om het wetsvoorstel daarna als geheel zonder die artikelen aan te nemen.[56] Strikt genomen is het dus niet nodig om een amendement in te dienen, indien men een artikel uit een wetsvoorstel wil laten verdwijnen. Vroeger accepteerde de Tweede Kamer dergelijke amendementen zelfs niet.[57] Volgens de voorzitter van de Tweede Kamer had de kamer daartoe in 1849 besloten, en had de kamer rond het eind van de jaren zeventig van de twintigste eeuw weer met deze gewoonte gebroken.[58] In 1991 pleitte de voorzitter ervoor om de gewoonte te doen herleven, omdat dat 'in ieder geval veel papier' zou besparen en het 'de doorzichtigheid' zou bevorderen.[59] Hij werd daarin bijgevallen door het kamerlid Scheltema-de Nie.[60]

52 Zie Den Boer 1993: 97-98.
53 Welke aanwijzing het verlenen van departementale bijstand bij het formuleren van amendementen voorschrijft.
54 Artikel 96, eerste lid, versie 1993.
55 Kerkhofs 1986: 104.
56 Van der Vlies 1991: 31.
57 Oud 1970: 115.
58 Handelingen II 1990/91, p. 2878-2879.
59 Handelingen II 1990/91, p. 2878.
60 Idem.

Vanuit een oogpunt van zorgvuldige voorbereiding en motivering van wetgeving is herstel van deze gewoonte niet acceptabel. Het schrappen van een of meer artikelen is immers een ingrijpende wijziging van een wetsvoorstel. Indien die wijziging niet nadrukkelijk, tijdig, helder toegelicht en goed gemotiveerd wordt voorgesteld, dan zijn de verdedigers van het wetsvoorstel[61] niet in staat om zich te bezinnen op de consequenties daarvan en dus ook niet om zo nodig het behoud van het artikel te bepleiten. Bewandeling van de door de kamervoorzitter voorgestane weg komt neer op een overvalstechniek, en op een ontduiking van de regel dat amendementen toegelicht moeten worden. Van de twee argumenten die de kamervoorzitter aanvoerde is het tweede dus onhoudbaar.

Daarom zal een fatsoenlijk kamerlid dat een afzonderlijke artikel wil doen verdwijnen uit een wetsvoorstel, zijn voorstel zo vroeg mogelijk gieten in de vorm van een amendement — uiteraard met motivering. Een dergelijk amendement mag niet ontoelaatbaar worden verklaard op grond van de weergegeven opvatting van de voorzitter. Artikel 97, eerste lid, van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer (versie 1993) staat ontoelaatbaar-verklaring immers slechts toe 'indien het (amendement) een strekking heeft, tegengesteld aan die van het voorstel van wet, of indien er tussen de materie van het amendement en die van het voorstel geen rechtstreeks verband bestaat'.

5.5.3 Motivering van aanneming of verwerping

In de staatsregelingen van 1798, 1801 en 1805 en in de Constitutie van 1806 werd de motivering van verwerping van wetsvoorstellen voorgeschreven.[62] En over de toelaatbaarheid, onder de Grondwet, van een eventuele motivering door Tweede of Eerste Kamer van de aanneming of verwerping van wetsvoorstellen is de vorige eeuw wel gediscussieerd.[63] Het was en is echter geenszins de gewoonte van de Tweede of Eerste Kamer als geheel om aannemingen of verwerpingen te motiveren. Wel zijn er natuurlijk bij vrijwel alle wetsvoorstellen verslagen van commissies van de Tweede Kamer, en bij een groot aantal daarvan bovendien plenaire beraadslagingen van een of beide kamers alsmede verslagen van commissies van de Eerste Kamer. In deze verslagen en beraadslagingen geven kamerleden veelvuldig aan waarom zij vóór of tégen (onderdelen van) het onderhavige wetsvoorstel zijn. Ook kunnen zij stemverklaringen afleggen; het Reglement van Orde van de Eerste Kamer spreekt met zoveel woorden van 'verklaringen ter motivering van hun stem'.[64]

Van een systematisch gebruik van de genoemde mogelijkheden ter motivering van de *aanneming* van een voorstel is zeker geen sprake, en evenmin van een algemene rechtsovertuiging dat dat zou moeten. Dat kan onder meer worden afgeleid uit het feit dat vele wetsvoorstellen in de Eerste (en soms ook in de Tweede) Kamer als hamerstuk worden

61 Evenals de andere kamerleden en de kritische volgers buiten het parlement.
62 Zie paragraaf 4.1.6.
63 Zie paragraaf 4.1.6.
64 Artikel 116; zie ook artikel 73 van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer, versie 1993.

afgedaan. Nu is er wel gesuggereerd dat in een dergelijke situatie de desbetreffende kamer de door de ministers of andere verdedigers van het voorstel gegeven toelichtingen en motiveringen zou 'beamen'.[65] Men kan er echter lang niet altijd vanuit gaan, dat stilzwijgen van (de leden van) de kamers betekent dat zij de memorie van toelichting (enzovoort) voor hun rekening zouden willen nemen.[66]

Gesteld wordt wel, dat de kamers bij de vervulling van de wetgevende functie van het parlement verder zouden moeten gaan dan bij de vervulling van hun functie als controleur van de regering:

> 'Ook wanneer, zoals meestal, het wetgevingsinitiatief bij de regering ligt, mag het parlement niet volstaan met te controleren of de Kroon een voorstel heeft ingediend dat min of meer door de beugel kan: de kamers moeten nagaan of zij het ontwerp voor hun eigen rekening willen nemen, of ze als (mede-) auteur te boek willen staan.' [67]

Of dit onderscheid[68] in de parlementaire praktijk nog gemaakt wordt, lijkt mij zeer de vraag. Ook bij het mede-wetgeven lijkt de opstelling van het parlement gekenmerkt te worden door veel vertrouwen en enige controle.[69] In ieder geval kan niet gezegd worden dat kamerleden de gewoonte hebben ontwikkeld om bij ieder wetsvoorstel de motieven voor aanneming zelfstandig op een rijtje te zetten.

Thorbecke had iets dergelijks ooit verwacht van het 'algemeen verslag, uit naam der onderscheidene afdeelingen uitgebragt', zoals artikel 109 van de Grondwet van 1815 dat ter voorbereiding van de beraadslaging van de Tweede Kamer voorschreef. Volgens hem had dit verslag moeten zijn 'een zelfstandig werk van meesters der stoffe, die, na aan den éénen kant de sectiën, aan den anderen kan het Gouvernement, voor zooveel noodig te hebben gehoord, alle gronden van overweging tot één geheel vormen'.[70] Het heeft niet zo mogen zijn. Sinds 1848 eist de Grondwet geen 'algemeen verslag' meer.[71] Parlementaire motivering van de aanneming van wetsvoorstellen is niet de gewoonte.

Verwerping van een wetsvoorstel daarentegen wordt meestal wèl gemotiveerd door deelnemers aan de plenaire beraadslaging. De verwerping van een wetsvoorstel is een uitzonderlijk verschijnsel.[72] De Tweede Kamer neemt immers vrijwel alle wetsvoorstellen van de regering aan,[73] en de Eerste Kamer neemt vrijwel alle door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstellen aan.[74] Het lijkt de gewoonte te zijn van (de leden van) de beide kamers om de uitzonderingen op die 'regel' te motiveren.

65 De Ruwe 1957: 100.
66 Brunner 1989: 961.
67 Konijnenbelt 1988b: 134.
68 Ook door Van Raalte/Kummeling/Bovend'Eert 1991: 215 bepleit.
69 Zie paragraaf 1.2.2.
70 Thorbecke 1841: 300.
71 Oud 1970: 106.
72 De Ruwe 1957: 100.
73 Aanneming door de Tweede Kamer van een initiatiefvoorstel is iets minder vanzelfsprekend.
74 In totaal 120 verwerpingen door de Eerste Kamer sinds 1848 volgens Van der Pot/Donner/Prakke 1989: 428.

Voorbeelden daarvan boden de aan het slot van paragraaf 5.4.6 besproken verwerpingen van de wetsvoorstellen 7031-3 en 19508. In beide gevallen gaven woordvoerders in de Eerste Kamer nadrukkelijk aan waarom zij meenden dat het voorstel verworpen moest worden.

Het is vervolgens de vraag of men hier kan spreken van (de nakoming van) een gewoonterechtelijke motiveringsplicht. In de literatuur wordt een dergelijke plicht niet geformuleerd. Ter onderbouwing van een gewoonterechtelijke motiveringsplicht lijken vooral de volgende vier redeneringen plausibel.

Denkbaar is in de eerste plaats dat men een verplichting tot motivering van verwerpingen (in de Tweede Kamer) afleidt uit het *regeerakkoord*. Indien men er met Bovend'Eert vanuit gaat dat door een regeerakkoord slechts binding tussen fracties ontstaat,[75] dan zou een dergelijke (politieke) verplichting slechts op de 'regerings-fracties' kunnen rusten. Volgens Bovend'Eert verplicht een regeerakkoord de fracties 'geen medewerking te verlenen aan een wantrouwensvotum bij het optreden van het kabinet en bij de uitvoering van het akkoord te handelen volgens de programpunten van het akkoord'.[76] Het eerste gedeelte van deze verplichting komt aan de orde, indien het kabinet een dreigende verwerping als 'onaanvaardbaar' heeft gekwalificeerd; het tweede gedeelte van de verplichting zal aan de orde zijn indien de coalitie-fracties van mening verschillen over de vraag of een voorliggend wetsvoorstel voortvloeit uit het regeerakkoord. Ik zie niet in welk belang er mee gediend zou zijn om de in dergelijke situaties in de Tweede Kamer tegen het voorstel stemmende 'regerings-fractie' *juridisch* verplicht te achten tot motivering van haar stap. Het ligt nog minder voor de hand om uit het regeerakkoord een (gewoonterechtelijke) verplichting af te leiden om verwerpingen in de Eerste Kamer te motiveren.

Denkbaar is vervolgens dat men een verplichting tot motivering van verwerpingen in de Eerste Kamer afleidt uit de door sommigen gestelde eis dat die Kamer zich *terughoudend opstelt*. Deze eis wordt echter zelden als regel of beginsel van recht beschouwd, en meestal hooguit als politiek beginsel.[77] Het is goed mogelijk dat het verlangen naar een zich terughoudend opstellende Eerste Kamer op den duur vorm krijgt in een motiveringsplicht. Bijvoorbeeld als volgt: ja, de senaat mag best af en toe een wetsvoorstel verwerpen, maar de senatoren moeten er dan wel goede redenen voor kunnen aanvoeren. De discussie zou zich dan verder kunnen toespitsen op de vraag wat 'goede redenen' zijn — naast de in dit verband steeds genoemde overwegingen van rechtmatigheid en rechtsstatelijkheid.[78]

Een derde mogelijke grondslag voor een parlementaire motiveringsplicht bij verwerpingen zou gevonden kunnen worden in het grondwettelijk uitgangspunt dat wetten 'in *gemeen overleg*' tot stand komen. In paragraaf 4.1.1 heb ik er al op gewezen dat gezamenlijke vaststelling van wetten[79] moeilijk voorstelbaar is indien de kamers en de regering elkaar niet uitleggen waarom vaststelling al dan niet wenselijk is. Aldus kan men (de leden van) de beide kamers jegens de regering en jegens elkaar verplicht achten zich te onthouden van ongemotiveerde verwerpingen.

De vierde denkbare basis voor een parlementaire verplichting om verwerpingen te motiveren kan slechts bij enkele wetsvoorstellen een rol spelen. Ik doel hier op de situatie dat — in de opvatting van de verdedigers van het voorstel — een *regel van hoger recht noodzaakt* tot de vaststelling van de voorgestelde wet. Verwerping van een wetsvoorstel met een door Grondwet, verdrag of Europese-Gemeenschapsrecht verlangde inhoud is in beginsel onrechtmatig. Indien de verdedigers van een voorstel aannemelijk hebben gemaakt dat een wetsvoorstel door hoger recht wordt geëist, dan kan men van de kamerleden verlangen dat zij niet zonder nadere motivering tot verwerping van het voorstel

75 Bovend'Eert 1988: 175.
76 Bovend'Eert 1988: 175.
77 Zie bijvoorbeeld Van Raalte/Kummeling/Bovend'Eert 1991: 100.
78 Zie De Ruwe 1957: 105-117; Paulusma 1980: 45-48; Burkens 1986: 33; Cohen en Bakker 1987: 102; Van Raalte/Kummeling/Bovend'Eert 1991: 87-101.
79 Zoals voorgeschreven door artikel 81 Grondwet.

overgaan. Die motivering zal dan moeten inhouden dat het ingeroepen hogere voorschrift het voorstel niét eist, of dat de voorgestelde wijze van nakoming van dat voorschrift strijd zou opleveren met andere regels van bovenwettelijk recht.[80]

Kortom: hoewel de staatsrechtelijke dogmatiek nog nauwelijks een verplichting tot motivering van verwerpingen kent, zijn er tenminste twee goede redenen (namelijk de twee laatstgenoemde) om een dergelijke verplichting voor de leden van de Staten-Generaal wèl te gaan aanvaarden.

5.5.4 Motivering van intrekking of (niet-) bekrachtiging

De eventuele *intrekking* van regeringsvoorstellen wordt gemotiveerd.[81] Voor intrekking is namelijk eerst toestemming van de ministerraad nodig.[82] Die toestemming moet gevraagd worden door middel van een aanbiedingsformulier voor ministerraadstukken, waarop altijd de doelstelling van het voorstel moet worden aangegeven.[83] Vervolgens moet de Koningin om een machtiging tot intrekking worden verzocht.[84] Dit verzoek moet een 'beknopte toelichting' bevatten.[85] Daarna geschiedt de intrekking door middel van een brief aan de voorzitter van de Tweede Kamer.[86] Volgens het *Draaiboek voor de wetgeving* moet in deze brief aangegeven worden 'waarom het wetsvoorstel wordt ingetrokken'.[87] Intrekking zal meestal gebaseerd zijn op de gedachte dat het voorstel anders verworpen zal worden, of dat het achterhaald is. Zeker wanneer de Tweede Kamer het voorstel al heeft aangenomen, zal de regering goede gronden moeten hebben voor intrekking.[88] Een verplichting om die motivering dan ook te verstrekken, kan daarbij afgeleid worden uit de eis van (goed) 'gemeen overleg'.[89] Ten aanzien van de motivering van de intrekking van initiatiefvoorstellen heeft zich (nog) geen gewoonterecht gevormd.

Bekrachtiging van wetsvoorstellen zal vrijwel nooit gemotiveerd worden. De enige situatie waarin dat wel zal gebeuren, en dan ook verplicht zal zijn, is indien na aanvaarding door de Eerste Kamer (opnieuw) advies is ingewonnen bij de Raad van State, en de Raad van State heeft geadviseerd om niet (of nog niet) tot bekrachtiging over te gaan. In een nader rapport zullen de ministers dan aan moeten geven waarom zij van het advies afwijken.[90] *Niet-bekrachtiging* komt zó zelden voor, dat niet gesproken kan worden van gewoontes ter zake.[91]

80 Vergelijk paragraaf 4.5.4.4.
81 *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 71-72.
82 Artikel 4, tweede lid, onderdeel a, Reglement van Orde voor de Raad van Ministers.
83 Zie paragraaf 5.3.2.
84 Artikel 86, eerste lid, Grondwet.
85 *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 72.
86 En indien het voorstel al door de Tweede Kamer is aanvaard, ook aan die van de Eerste Kamer; zie aanwijzing 297 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.
87 *Draaiboek voor de wetgeving* 1989: 72.
88 Zie De Ruwe 1957: 79.
89 Zie paragraaf 4.1.1.
90 Zie paragraaf 4.1.5 voor een onderbouwing van deze motiveringsplicht.
91 Zie echter paragraaf 4.1.7.

6 Verplichtende wetten

6.1 Kan de wet de wetgever binden?

In de Nederlandse wetgeving komen enkele bepalingen voor waarin wetgevingsmotivering wordt verlangd. Ook is ten aanzien van diverse wetsartikelen betoogd dat zij een plicht tot wetgevingsmotivering impliceren.

Het gaat hier om een vreemd verschijnsel. De wetgever zou zichzelf binden: rechtstreeks (dus niet 'pseudo' via beginselen) en anders dan door gebruikmaking van de superieure rechtsfiguren rijkswet, Grondwet, Statuut of verdrag. Is de wetgever naast 'constitutionele rechter in eigen zaak' dus ook *grondwetgever in eigen zaak*? Kan dat? En mag dat? Jurisprudentie ontbreekt. De literatuur is verdeeld.

In dit hoofdstuk krijgt de vraag of de wetgever bij wet rechtstreeks juridisch gebonden kan worden, een ontkennend antwoord (paragrafen 6.1.2, 6.1.3 en 6.1.4), en de vraag of deelorganen van de wetgever zo gebonden kunnen worden, een genuanceerd antwoord (paragraaf 6.1.5). In paragraaf 6.2 bespreek ik vervolgens enige motiveringsplichten die in wetten voorkomen of voorgesteld zijn, in het licht van die antwoorden. In paragraaf 6.3 ga ik daarna in op eventuele ongeschreven verplichtingen tot motivering van afwijking van eerdere wetten. In dat verband komt dan ook het verschijnsel aan de orde dat ik 'pseudo-grondwetgeving door de wetgever' noem. In paragraaf 6.4 tenslotte wordt de rol van de rechter bij dit alles besproken.

6.1.1 Uiteenlopende opvattingen

Akkermans, Konijnenbelt, J.M. Polak en Hennekens achten wetten die de wetgever binden, *wel* mogelijk.

Akkermans heeft zich — en mij — eens de volgende retorische vraag gesteld: 'Waarom zou de wetgever, ook zonder grondwettelijke opdracht, zich niet kunnen binden?'[1]

Dat is sinds enkele jaren ook de benadering van Konijnenbelt, die vroeger nog de opvatting huldigde dat andere wetten dan de Grondwet de wetgever *niet* kunnen binden.[2] Anders dan Akkermans geeft Konijnenbelt echter wel enkele argumenten waarom de wetgever zich *wel* zou kunnen binden.[3] Ik bespreek die argumenten straks.[4]

1 Noot onder Voorzitter Afdeling rechtspraak 15 augustus 1985, *Ars Aequi* 1987: 407; zie paragraaf 4.4.2.
2 Konijnenbelt 1977: 49.
3 Konijnenbelt 1987: 28-29 en 1988a: 4.
4 Zie paragraaf 6.1.3.

Polak aarzelt.[5] Hij acht het kennelijk niet onmogelijk dat de wetgever bij wet aan banden wordt gelegd. Hij sluit immers niet uit dat er in de toekomst, nadat er ervaring is opgedaan met de nieuwe Aanwijzingen voor de regelgeving, reden kan zijn deze Aanwijzingen 'te promoveren tot wetsbepalingen'. En juist omdat er dan sprake zou zijn van 'zelfbinding', is hij er tegen 'aanwijzingen' voor de wetgever in wetten op te nemen. Zolang er een bruikbaar alternatief is (namelijk opname in de Aanwijzingen voor de regelgeving), verdient het volgens Polak de voorkeur dat de 'aanwijzingen' zich van buitenaf tot de wetgevers richten.

Ook volgens Hennekens is wetgeving met betrekking tot wetgeving mogelijk. Hij erkent weliswaar dat het normeren van wetgeving 'toch met name op de weg van de grondwetgever' ligt, maar dat impliceert volgens hem niet 'dat, nu de Grondwet hierin niet heeft voorzien, geen enkele weg meer te begaan zou zijn'.[6] Hoewel Hennekens wel enkele aarzelingen heeft bij de wenselijkheid de positie van de (latere) wetgever op deze manier 'te verzwakken', acht hij dat ter versterking van de positie van gemeenten en provincies toch aanvaardbaar.[7]

Veldstra, Van Buuren, Bok en Vucsán nemen een *tussenstandpunt* in.

Volgens Veldstra zou de wetgever wel aan wetten gebonden zijn, maar zou die binding het karakter van *aanvullend recht* hebben: De wetgever zou aan elke gewone wet gebonden zijn, 'tenzij hij er van afwijkt'.[8] Anders dan Veldstra acht ik het niet verhelderend om in dat verband van 'aanvullend recht' te spreken. Echt 'aanvullend recht' beperkt de vrijheid van (bijvoorbeeld) een contractspartij bij de uitvoering van een overeenkomst juist wèl: tenzij zij met haar wederpartij een andere regeling is overeengekomen, strekt het aanvullende recht haar tot wet.

Volgens Van Buuren hebben de *lex-specialis*-regel en de *lex-posterior*-regel geen betekenis ten aanzien van regels die betrekking hebben op de totstandbrenging van regels van gelijke rang: 'Naleving van het ene wettelijke voorschrift bij de totstandbrenging van het andere wettelijke voorschrift is immers goed mogelijk. Dat moet dan ook maar gebeuren'.[9] Ook Bok[10] en, met enige aarzeling, Vucsán[11] achten binding door procedurevoorschriften van gelijke rang mogelijk.

Prins, Stellinga, Van Male, Prakke, Oud, Kranenburg, Van der Burg, Tak, Scheltema en Boon achten zelfbinding door de wetgever *niet* mogelijk.

Volgens Prins staat 'als een paal boven water', dat de wetgever niet de macht heeft om zichzelf voor de toekomst te binden,[12] aldus ook Stellinga,[13] Van Male[14] en

5 J.M. Polak 1988: 70-71.
6 Hennekens 1986: 77.
7 Hennekens 1986: 75-77.
8 Veldstra 1958: 818.
9 Van Buuren 1987a: 19; zie ook 1988b: 11.
10 Bok 1986: 27 en 1991: 12.
11 Vucsán 1993: 2266.
12 Prins 1952: 249.
13 Stellinga 1953: 104 en 1973: 96.
14 Van Male 1988a: 453.

Prakke.[15] Volgens Prins waren alleen lagere regelgevers aan artikel 4 van de Wet Algemene Bepalingen gebonden.[16] Dat die wet de wetgever niet kon binden, was ook de mening van Oud[17] en Kranenburg,[18] evenals die van Advocaat-Generaal Gregory.[19]

Ten aanzien van de Algemene wet bestuursrecht hebben Van der Burg[20] en Tak[21] gesteld dat de bepalingen daarvan voor de latere wetgever niet bindend zijn. Dat is kennelijk ook de opvatting van de regering.[22]

Ook volgens Scheltema[23] en Boon[24] kan de wetgever zichzelf niet binden, al stimuleren algemene regels in de wetgeving volgens hen de latere wetgever wel om die regels te volgen in bijzondere wetten.[25]

6.1.2 Zelfbinding door wetgever is ontoelaatbaar

Ik zou mij willen aansluiten bij de laatstgenoemde negen schrijvers: de vrijheid van de wetgever om van eerdere wetten af te wijken, mag niet (en kan niet, maar daarover meer in paragraaf 6.1.3) door die eerdere wetten worden beperkt. Ook het Britse en Australische constitutionele recht verzet zich tegen wat daar zo mooi '*repugnancy stipulation*' wordt genoemd.[26]

De door Van Buuren, Bok en Vucsán bepleite differentiatie tussen (af te wijzen) binding aan materiële voorschriften en (te aanvaarden) binding aan procedurele voorschriften[27] is bestreden door Scheltema.[28] In het kort geding naar aanleiding waarvan Scheltema, Bok en Van Buuren hun standpunten formuleerden, ging het om een algemene maatregel van bestuur die voorbereid werd in strijd met de procedure-voorschriften van een eerdere algemene maatregel van bestuur. De rechtbankpresident beval de Staat om 'ervoor zorg te dragen dat zijn organen er zich van onthouden een voordracht te doen' tot wijziging 'voordat te dier zake op de gebruikelijke wijze overleg is gepleegd'. In de uitspraak is niet duidelijk of de president dit verbod baseerde op de

15 Prakke 1992: 5.
16 Prins 1952: 249-251.
17 Oud 1970: 171.
18 Kranenburg 1928: 367.
19 In zijn conclusie voor Hoge Raad 23 februari 1868, *Weekblad van het Recht* 2995.
20 F.H. van der Burg 1987b: 4.
21 Tak 1987: 175.
22 Kamerstukken II 1988-89, 21221 nr. 3, p. 17.
23 M. Scheltema 1984: 17.
24 Boon 1986: 9.
25 Zie ook de noot van M. Scheltema onder President Rechtbank Den Haag 3 oktober 1977, NJ 1978, 170.
26 Zie Bentil 1987: 39 in een artikel over milieuwetten van Australische staten waarin voorrang boven andere wetten wordt gestipuleerd.
27 Zie paragraaf 6.1.1 hierboven.
28 Noot onder President Rechtbank Den Haag 3 oktober 1977, NJ 1978, 170.

strijd met de eerdere algemene maatregel van bestuur,[29] dan wel op strijd met ongeschreven beginselen van behoorlijke wetgeving.[30]

In zijn noot stelde Scheltema onder meer dat 'bindende procedurevoorschriften (...) alleen door een hogere regelgever (kunnen) worden gegeven (behoudens bij de Grondwet omdat een hogere wetgever ontbreekt)'. Hij voerde drie argumenten voor die conclusie aan:

— 'De procedure kan voor de inhoud van grote betekenis zijn.'
— 'De wetgever behoort ook in dit opzicht zijn opvolger, die onder andere politieke inzichten kan handelen, niet te binden.'
— Het 'onderhavige procedurevoorschrift (kan) niet (...) afdoen aan de in (...) (de) Grondwet neergelegde bevoegdheid (...)'.[31]

Van Buuren, Bok en Vucsán zijn niet ingegaan op de argumenten van Scheltema. Zijn eerste twee argumenten zijn van rechtspolitieke aard, en als zodanig overtuigend. Vooral het derde argument acht ik beslissend — juist ook ten aanzien van de 'parlementaire' wetgever. Indien 'de grondwetgever' beperking bij wet van de bevoegdheid van de wetgever[32] toelaatbaar zou hebben geacht, dan zou een daartoe strekkende beperkingsclausule opgenomen zijn bij artikel 81 en volgende van de Grondwet. De Grondwet hanteert immers een gesloten systeem van afwijkingsbevoegdheden.[33]

Volgens artikel 120 zal de rechter een wet die in strijd met de Grondwet de bevoegdheid van de wetgever zou beperken, echter als rechtsgeldig moeten beschouwen. Met andere woorden: uit de Grondwet vloeit slechts voort dat de wetgever (procedureel en materieel) niet bij wet gebonden *mag* worden.

6.1.3 Zelfbinding door wetgever is onmogelijk

Zoals gezegd, heeft vooral Konijnenbelt een lans gebroken voor de mogelijkheid van zelfbinding van de wetgever. Men mag aannemen dat hij gebruikmaking van die mogelijkheid ook grondwettelijk toelaatbaar acht. Zijn argumentatie heeft echter enkel betrekking op de vraag of de wetgever bij wet gebonden *kan* worden.

Het eerste argument van Konijnenbelt [34] komt er op neer dat de wetgever zichzelf al in verschillende wetten gebonden heeft. Inderdaad komen wetsbepalingen voor waarin regels worden gesteld over de voorbereiding of toelichting van wetsvoorstellen. Of deze regels ook *de wetgever* binden, is echter zeer de vraag. De bedoelde bepalingen richten zich over het algemeen niet met zoveel woorden tot 'de wetgever' of 'de wet', maar

29 Zoals Van Buuren 1987a:19 meent.
30 Zoals M. Scheltema en Bok veronderstellen, evenals Van Male 1988a: 453. Zie ook de noot van Stellinga onder deze uitspraak in AB 1977, 377.
31 NJ 1978, 170.
32 Ook buiten het geval van artikel 91, derde lid.
33 Zie het begin van hoofdstuk 4 en paragraaf 4.6.1.
34 Konijnenbelt 1987: 28.

spreken slechts van 'voorstellen' of 'voornemens'.[35] Voorstellen zijn per definitie niet van 'de wetgever' afkomstig. Niet-naleving van deze bepalingen levert dus hooguit onrechtmatig voorbereide of toegelichte voorstellen op. Dat het de wetgevende organen verboden zou zijn om een dergelijk voorstel tot wet te verheffen, heb ik nog niet bepleit gezien. Ten aanzien van artikel 4 van de Wet Algemene Bepalingen, een bepaling die wel tot 'de wet' gericht lijkt te zijn, is hierboven al gebleken dat verschillende schrijvers en een advocaat-generaal bij de Hoge Raad menen dat die bepaling de wetgever niet bindt.[36] Een grondwetsconforme uitleg van de hier bedoelde bepalingen zal er trouwens toe leiden dat zij geen inbreuk maken op artikel 81 van de Grondwet (zie hierboven).

Konijnenbelt beroept zich verder op het feit dat de door hem voorgestelde binding niet 'absoluut' is. De wetgever zou er altijd onderuit kunnen door wijziging of afschaffing van de 'zichzelf-superieur-stellende wet', en door uitdrukkelijke en gemotiveerde afwijking daarvan. Zeker, maar dat neemt niet weg dat er toch een klein beetje binding zou zijn: de latere wetgever zou niet op een andere manier van de eerdere wet mogen afwijken.

Ook beroept Konijnenbelt zich op Kelsen: 'Eine Norm kan ihre Derogierung durch eine andere Norm ausschliessen'.[37] Kelsen onderbouwt dat met de stelling dat een norm 'kann normieren, daß ihre Geltung nur auf eine ganz bestimmte, von ihr selbst oder von einer anderen Norm derselben Ordnung geregelten Weise aufgehoben werden kann'. Dat lijkt mij betwistbaar, zeker waar het gaat om een norm afkomstig van een normsteller die haar bevoegdheid aan hogere regels ontleent. De stelling vloeit zeker niet zonder meer voort uit Kelsen's enige onderbouwing ervoor: 'Es kann nicht bezweifelt werden, daß eine Norm (...) sich (...) auf ihre eigene Geltung beziehen kann'.[38]

In een noot beroept Konijnenbelt zich nog op het feit dat dergelijke bepalingen in statuten van rechtspersonen heel gewoon zijn.[39] Daarbij gaat het echter om een soort grond-normen waarboven vrijwel niets staat. Datzelfde was naar verluidt het geval bij de wetten van Meden en Perzen[40] en is het geval bij de Nederlandse Grondwet.[41] De gewone Nederlandse wetgever daarentegen heeft de Grondwet boven zich, en heeft derhalve geen zelfbinding nodig om gebonden te worden.

Rest dus slechts het belangrijkste argument van Konijnenbelt, door hemzelf gekarakteriseerd als een benadering uit het ongerijmde: het effect van wetsbepalingen die zich boven andere wetten stellen zou hetzelfde zijn als het effect van wetsbepalingen die zich aan andere wetten onderwerpen. Nu niemand moeite zal hebben met een bepaling van de laatste soort ('een bepaling in een wet die zegt dat ze slechts geldt voor

35 Zie paragraaf 6.2.
36 Zie paragraaf 6.1.1.
37 Kelsen 1979: 88.
38 Kelsen 1979: 88.
39 Konijnenbelt 1988a: 5.
40 Zie Van Haersolte 1946: 294 en Konijnenbelt 1987: 8.
41 Ten aanzien waarvan M. Scheltema zelfbinding mogelijk acht; NJ 1978, 170, zie boven.

zover andere wetten niet anders bepalen'), zouden ook bepalingen van de eerste soort mogelijk geacht moeten worden.[42]

Dit is een mooie redenering ter omzeiling van de *lex-specialis*-regel bij de toepassing van conflicterende regels. Op grond van die ongeschreven collisieregel gaat een bijzondere regel in beginsel voor een daarmee strijdige algemene regel, ook wanneer geen van beide regels iets omtrent hun onderlinge verhouding bepaalt. Wanneer een van beide regels echter bepaalt dat hijzelf of de andere regel in bepaalde omstandigheden niet geldt, dan komt toepassing van de *lex-specialis*-regel niet meer aan de orde. Ook Van der Burg blijkt van mening dat een bepaling in een algemene wet de *lex-specialis*-regel opzij kan zetten. Hij heeft immers voorgesteld bij de invoering van de Algemene wet bestuursrecht uitdrukkelijk te bepalen dat bepaalde regels van de Algemene wet bestuursrecht prevaleren boven eerdere bijzondere wetten.[43] Bij de toepassing van regels is het effect van een zich onderwerpende wetsbepaling zo inderdaad niet anders dan het effect van een zich superieur stellende wetsbepaling.

Voor de mogelijkheid van zelfbinding is omzeiling van de *lex-specialis*-regel echter niet voldoende. Vervolgens[44] zal ook nog de *lex-posterior*-regel omzeild moeten worden.

Een *anterieure algemene* regel kan echter de *lex-posterior*-regel niet opzij zetten door eenvoudig te bepalen dat latere regels in bepaalde omstandigheden niet zullen gelden.[45] De latere bijzondere regel die zich in de door de anterieure *generalis* aangewezen omstandigheden toch als geldend presenteert, zal altijd in strijd zijn met die eerdere algemene regel, en dan op grond van de *lex-posterior*-regel voorrang verdienen. Het effect van een zich superieur stellende anterieure wetsbepaling *op de toepassing van latere regels* is dus nihil. Dat is inderdaad hetzelfde effect als dat van een zich onderwerpende anterieure wetsbepaling op de toepassing van latere regels.

De vraag die Konijnenbelt en mij verdeeld houdt, betreft echter niet het effect van dergelijke wetsbepalingen bij de toepassing van regels, maar *bij het geven van latere regels*.[46] Welnu, het effect van een zich onderwerpende bepaling is bij het geven van regels nihil; de bevoegdheid van de latere regelgever wordt er noch door beperkt, noch door uitgebreid. Het effect van een zich superieur stellende bepaling daarentegen zou zijn dat de latere regelgever bepaalde regels (in bepaalde situaties) niet meer zou mogen geven. Kortom: de vergelijking van Konijnenbelt is niet alleen ongerijmd, maar gaat zelfs mank.

De stelling van Van Buuren dat de *lex-specialis*-regel en de *lex-posterior*-regel geen betekenis hebben ten aanzien van procedurevoorschriften gesteld in regels van gelijke rang, omdat '(n)aleving van het ene wettelijke voorschrift bij de totstandbrenging van

42 Konijnenbelt 1987: 28-29.

43 F.H. van der Burg 1987b: 5.

44 Want de *lex-specialis*-regel gaat voor de *lex-posterior*-regel, althans volgens Boon 1986: 102, Oud 1970: 183 en Van der Vlies 1991: 66; vergelijk Konijnenbelt 1987: 9.

45 Terecht heeft de door F.H. van der Burg 1987b: 5 voorgestelde bepaling dan ook slechts betrekking op de gelding van reeds bestaande bijzondere regels.

46 Dat dergelijke bepalingen geen effect hebben op het geven van regels dat al plaats heeft gevonden, is duidelijk.

het andere wettelijke voorschrift (...) goed mogelijk is',[47] is geen argument voor de juridische binding van dat ene voorschrift bij de totstandbrenging van het andere, zoals Van Male terecht opmerkt.[48] Ook de redenering van Vucsán inhoudende dat de rechter de totstandbrenging van het andere voorschrift aan het ene zou kunnen toetsen,[49] levert geen argument op voor het ontstaan van juridische binding.

6.1.4 Het belang van de *lex-posterior*-regel

Bij het bereiken van deze conclusie heb ik een groot gewicht toegekend aan de *lex-posterior*-regel. Waarom?

Evenals de *lex-specialis*-regel wordt de *lex-posterior*-regel gebruikt om de verhouding tussen regels van gelijke orde bij hun toepassing te reguleren. De *lex-posterior*-regel acht Konijnenbelt 'onmisbaar in elk rechtsstelsel: zonder deze regel zou het bestaande recht alleen door hoger recht kunnen worden gewijzigd'.[50] Volgens Van der Vlies vloeit deze regel zelfs 'louter uit logisch redeneren voort',[51] en volgens Vucsán 'uit het wezen van wetgeven'.[52] Voor de *lex-specialis*-regel noemt Konijnenbelt geen grond. Dat is vreemd, want zijn beschouwing gaat juist over de verhouding tussen algemene en bijzondere wetten. De *lex-specialis*-regel is nodig om bijzondere regels enige betekenis te laten hebben naast algemene regels. Indien de algemene regel telkens zou voorgaan, dan zou de bijzondere regel immers zinloos zijn. Het omgekeerde geldt uiteraard niet.

Met de *lex-superior*-regel[53] hebben deze twee collisieregels dus gemeen dat zij macht voor de desbetreffende regelgevers waarborgen. Dankzij het veronderstelde bestaan van de drie collisie-regels kunnen die regelgevers de regels van lagere regelgevers opzij zetten, hun eigen regels verbijzonderen, en hun eigen regels veranderen. Wanneer de drie collisie-regels niet zouden gelden, dan zouden zij er niet van op aan kunnen dat hun regels deze door hen gewenste effecten zouden hebben. Machtsgarantie ligt dus ten grondslag aan de drie collisieregels. Dat het daarbij in ons rechtsstelsel in beginsel om de garantie van democratische macht gaat, is een niet onbelangrijke bijkomstigheid, die betekent dat beperkingen op de werking van de drie collisie-regels gezien moeten worden als beperkingen van de democratie. In dat kader is het van groot belang dat artikel 81 en volgende van de Grondwet geen inbreuken op de bevoegdheid van de (latere bijzondere) wetgever toelaten. Aan de Grondwet (of aan de aan het Nederlandse staatsrecht ten grondslag gelegde beginselen, zoals democratie en rechtszekerheid) zijn ook geen argumenten te ontlenen om de ene wet onderworpen te achten aan enige andere wet.

47 Van Buuren 1987a: 19.
48 Van Male 1988a: 453.
49 Vucsán 1993: 2267.
50 Konijnenbelt 1987: 8.
51 Van der Vlies 1991: 66.
52 Vucsán 1993: 2266.
53 Die strekt ter waarborging van de normenhiërarchie, Konijnenbelt 1987: 7.

Hierboven heb ik aangegeven dat geen van de door Konijnenbelt aangevoerde argumenten voor de mogelijkheid van zelfbinding door de wetgever mij kan overtuigen. Daarbij bleek dat uitschakeling van de voorrang van bijzondere wetten door een bepaling in een niet oudere algemene wet denkbaar is. Uitschakeling van de voorrang van een posterieure wet door een bepaling in een anterieure wet daarentegen bleek niet mogelijk.

Indien zelfbinding door de wetgever mogelijk zou zijn, zou de wijziging van de formulering van het grondwettelijke toetsingsverbod in 1983 bovendien tot een rare complicatie hebben geleid. Voordien waren wetten (voor de rechter) onschendbaar en konden zij (door haar) dus ook niet aan eerdere wetten worden getoetst.[54] Sinds 1983 is het de rechter slechts verboden de 'grondwettigheid' van wetten te beoordelen.[55] Niemand heeft uit deze tekstuele wijziging echter enige betekenis afgeleid voor de toetsing van wetten aan eerdere wetten.[56] Ook dit wijst erop dat het vanzelfsprekend wordt gevonden dat de latere wetgever niet aan eerdere wetten gebonden kan zijn.

6.1.5 Kunnen en mogen deelorganen van de wetgever bij wet gebonden worden?

Mijn conclusie kan geen andere zijn, dan dat rechtstreekse juridische zelfbinding door de wetgever niet *mag* (wegens strijd met artikel 81 van de Grondwet) en niet *kan* (door de werking van de *lex-posterior*-regel).

Vervolgens rijst nog de vraag of — anders dan 'de wetgever' als geheel — de deelorganen van de wetgever afzonderlijk wèl bij wet gebonden kunnen en mogen worden.

Een simpel antwoord op deze vraag is: nee, uiteraard niet, want indien men een wet bindend zou achten voor een deelorgaan, dan zou die wet via die binding de hele wetgever binden. Indien wet A zou bepalen dat bijvoorbeeld de regering niet mag meewerken aan de vaststelling van wetten van type X, dan zou het voor 'de wetgever' onmogelijk worden om, zonder overtreding van wet A, een wet van type X vast te stellen. Indien de Algemene wet bestuursrecht zou bepalen dat de Tweede Kamer afwijkingen van die wet met een meerderheid van tweede derden moet aannemen,[57] dan zou de bevoegdheid van 'de wetgever' om af te wijken van de Algemene wet bestuursrecht drastisch beperkt worden.[58] De argumenten die in de paragrafen 6.1.2, 6.1.3 en 6.1.4 aangevoerd zijn tegen binding bij wet van de wetgever, pleiten daarom evenzeer tegen binding bij wet van deelorganen van de wetgever.

54 Aldus expliciet: Hoge Raad 9 januari 1924, *Weekblad van het Recht* 11173; conclusie Advocaat-Generaal H.W.C.J. de Jong voor Hoge Raad 27 maart 1922, *Weekblad van het Recht* 10856; President Rechtbank Den Haag 5 januari 1983, *Kort Geding* 39.

55 Artikel 120.

56 Zie echter Vucsán 1993: 2266-2267.

57 Het voorbeeld is van Vucsán 1993: 2267.

58 Volgens Vucsán 1993: 2267 zou die meerderheidsregel gedurende de voorbereiding van de wet zelfs bij de burgerlijke rechter afgedwongen kunnen worden.

Als antwoord op de gestelde algemene vraag is dit echter te simpel. Bij de vraag naar mogelijke binding bij wet van deelorganen van de wetgever, moet men immers onderscheid maken tussen verschillende mogelijke normobjecten (te normeren gedragingen). Bij de vraag naar mogelijk binding bij wet van de wetgever was dat niet nodig, want de 'vaststelling van wetten' is de enige gedraging waartoe 'de wetgever' in staat en bevoegd is.[59] De in de vorige paragrafen ontwikkelde stelling dat 'de wetgever' niet bij wet gebonden kan en mag worden, houdt daardoor niet meer en niet minder in dan dat de 'vaststelling van wetten' niet bij wet aan banden kan en mag worden gelegd. Anders gezegd: in wetten mag 'de wetgever' niet als normsubject (normadressaat) voorkomen, en mag de 'vaststelling van wetten' niet als normobject voorkomen.[60]

De taak van de deelorganen van de wetgever[61] is daarentegen niet beperkt tot de 'vaststelling van wetten'. Ministers bijvoorbeeld hebben de bevoegdheid om beschikkingen te geven. Dat het geven van ministeriële beschikkingen bij wet aan banden kan en mag worden gelegd, is duidelijk. Anders gezegd: de genoemde organen mogen in beginsel wèl als normsubject (normadressaat) in wetten voorkomen. Volgens Vucsán gaat het dan om een consequente toepassing van het legaliteitsbeginsel: 'de overheidsorganen die betrokken zijn bij de totstandkoming van formele wetgeving (zijn) onderworpen (...) aan het recht'.[62] Zolang het normobject van een wet geen betrekking heeft op de vaststelling van wetten, is er geen reden om de wetgever de bevoegdheid te ontzeggen tot het binden van organen die deel uitmaken van de wetgever.

De vraag waar het hier om gaat laat zich nu als volgt herformuleren: Kunnen en mogen bij wet regels gesteld worden die bindend zijn voor deelorganen van de wetgever en betrekking hebben op hun aandeel in de 'vaststelling van wetten'? Deze specifieke vraag laat zich wel correct beantwoorden met het hierboven als 'te simpel' gekwalificeerde antwoord op de algemene vraag.

Kortom: bij wet mogen en kunnen geen bindende regels worden vastgesteld omtrent het aandeel van bijvoorbeeld ministers of Tweede Kamer in de 'vaststelling van wetten', want indirect zou dat (ontoelaatbare en onmogelijke) zelfbinding van de wetgever opleveren. Het door Vucsán ingeroepen legaliteitsbeginsel (idem) doet daar niet aan af, want het onderwerpt overheidsorganen slechts aan *hogere* regels.[63]

Waaruit bestaat het aandeel van de verschillende deelorganen van de wetgever in de 'vaststelling van wetten'? Blijkens de Grondwet bestaat deze vaststelling door regering en Staten-Generaal uit het verrichten van de volgende handelingen met een wetsvoorstel:[64]

59 Artikel 81 Grondwet; zie paragraaf 1.2.2.
60 Omtrent deze terminologie zie Ruiter 1987: 45 en Waaldijk 1985: 15-16.
61 Regering, Koning, ministers, Staten-Generaal, Tweede Kamer, Eerste Kamer.
62 Vucsán 1993: 2266.
63 Zie de paragrafen 1.2.3 en 1.2.4.
64 Zie paragraaf 1.2.2.

— indiening door de regering;
— aanneming door de Tweede Kamer;
— aanneming door de Eerste Kamer;
— bekrachtiging door de regering.

Elk van deze vier handelingen is vereist voor het tot wet worden van een regeringsvoorstel. Bij initiatiefwetgeving worden de eerste twee handelingen door andere vervangen.[65] Ook eventuele wijziging van een ingediend voorstel door regering of Tweede Kamer (artikel 84) maakt deel uit van de vaststelling van een wet.

Gezien het voorgaande mogen omtrent deze vier of vijf handelingen van kamers en regering bij wet geen bindende regels worden gesteld. Hetzelfde zal men moeten aannemen ten aanzien van intrekking van een aanhangig of ingediend voorstel (artikel 86). Dit betekent onder meer (ik beperk me hier tot de handeling 'indiening'), dat een wet niet kan en mag verlangen:

— dat voorstellen voor wetten met een bepaalde *inhoud* voortaan niet meer, of slechts in bepaalde omstandigheden, ingediend worden;
— dat voorgestelde wetten een bepaalde *vorm* hebben;
— dat voorstellen voor wetten met een bepaalde inhoud voortaan alleen ingediend worden nadat een bepaalde *procedure* (advies, overleg) is doorlopen;
— dat wetsvoorstellen, of voorstellen voor wetten met een bepaalde inhoud, alleen ingediend worden indien de bijbehorende *toelichting* bepaalde gegevens of motiveringen bevat.

Wettelijke regels die dergelijke eisen zouden stellen, zouden een onrechtmatige (en niet-werkende) inbreuk maken op de grondwettelijke bevoegdheid van regering en Tweede Kamer om wetsvoorstellen in te dienen.

Van de lezers die ik in de voorgaande vier paragrafen heb kunnen overtuigen, zullen de meesten mij wel kunnen volgen in mijn voorbeelden inzake *inhoud* en *vorm*. Velen van hen zullen echter moeite hebben met wat ik over *procedure* en *toelichting* beweer. Want, denken zij, het vragen van advies, het voeren van overleg en het opstellen van een memorie van toelichting zijn toch geen gedragingen die vallen onder het grondwettelijke begrip 'vaststelling van wetten'? Dat is inderdaad zo. Bij wet kan en mag best verlangd worden dat in bepaalde situaties advies gevraagd wordt of overleg gevoerd wordt over een ontwerp van wet. Ook kan en mag een wet voorschrijven dat de memorie van toelichting bepaalde zaken dient te bevatten. Wat echter niet kan en niet mag, is een wettelijk bepaling die de toelaatbaarheid van indiening van een wetsvoorstel *afhankelijk* stelt van de nakoming van een dergelijke advies-, overleg- of toelichtingsplicht. Een zodanige bepaling tracht namelijk inbreuk te maken op de grondwettelijke indienings-bevoegdheid van regering en Tweede Kamer. Niet-nakoming van een wettelijke advies-, overleg- of toelichtingsplicht mag en kan niet afdoen aan de bevoegdheid tot indiening van wetsvoorstellen. Indiening (en aanneming en bekrachtiging) van een wetsvoorstel ten aanzien waarvan wettelijk voorgeschreven advisering en

65 Zie paragraaf 1.2.2.

overleg achterwege zijn gebleven, of waarbij in de toelichting wettelijk voorgeschreven zaken ontbreken, is 100% rechtmatig. De correcte formulering van een wettelijke toelichtingsplicht heeft daarom de volgende structuur:

Indien je een wet van type X voorstelt, moet je in de toelichting Y vermelden.

En niet:

Je mag alleen een wet van type X voorstellen, indien je in de toelichting Y vermeldt.

Ik geef toe, het is een subtiel onderscheid — tussen respectievelijk: 'als X, dan moet Y' en 'als Y, dan mag X'.[66]

De Nederlandse wetgeving bevat bepalingen van beide typen.[67] In artikel 2 van de Financiële-Verhoudingswet 1984 en in artikel 182, vijfde en zesde lid, van de Gemeentewet bijvoorbeeld wordt de motiveringsplicht wat dit punt betreft correct geformuleerd. In het nieuwe artikel 14 van de Comptabiliteitswet en in de artikelen 114 en 115 van de Gemeentewet daarentegen, zijn toelichtingsverplichtingen geformuleerd als eisen waaraan de 'voorstellen' zelf moeten voldoen. Bepalingen van dit tweede type wekken de indruk dat ze iets over het indienen van wetsvoorstellen regelen, terwijl dat door de werking van de *lex-posterior*-regel niet het geval is. Dergelijke ongrondwettige misleiding kan beter achterwege blijven. Voor zover zij nog voorkomt in de wetgeving, kan zij door middel van grondwetsconforme interpretatie onschadelijk worden gemaakt.

Daarmee is nog niet gezegd dat de correct geformuleerde bepalingen wèl een zinrijke bijdrage aan de rechtsorde zijn. De verplichting die zij leggen op de opstellers van memories van toelichting is buitengewoon zwak: niet-nakoming heeft geen consequenties voor de rechtmatigheid van de toegelichte wet, laat staan voor de geldigheid daarvan. Wat dat betreft hadden deze verplichtingen net zo goed opgenomen kunnen worden in de Aanwijzingen voor de regelgeving,[68] of in kamermoties waarin de ministers gevraagd wordt om wetsvoorstellen voortaan steeds op bepaalde punten toe te lichten.[69] In theorie is het echter denkbaar dat belanghebbenden nakoming van de wettelijke toelichtingsplichten afdwingen via de burgerlijke rechter.[70]

In paragraaf 6.2 bespreek ik nu enkele bestaande en voorgestelde wettelijke voorschriften die de wetgever of zijn deelorganen tot wetgevingsmotivering (trachten te) verplichten.

De conclusies van paragraaf 6.1 betekenen uiteraard niet dat 'de wetgever' en zijn deelorganen niet onderworpen kunnen zijn aan ongeschreven verplichtingen tot motivering van afwijkingen van bepaalde (algemene) wetten. Daarover gaat paragraaf

66 Vergelijk de verschillende antwoorden die geestelijken die zich wel bevoegd achten om het roken aan banden te leggen, maar niet om het bidden te verbieden, zullen geven op de vragen: 'Terwijl ik bid, mag ik dan roken?' en: 'Terwijl ik rook, mag ik dan bidden?'.

67 Die ik hieronder in paragraaf 6.2 bespreek.

68 Dat is gedeeltelijk ook gebeurd, zie de aanwijzingen 49, 215 en 216, besproken in paragraaf 5.4.3.

69 Zie paragraaf 9.3.1.

70 Zie paragraaf 6.4.1.

6.3, waar ook de vraag aan de orde komt of de wetgever zichzelf — via beginselen — 'pseudo-grondwettelijk' kan binden.[71]

Evenmin betekenen deze conclusies dat het de rechter verboden zou zijn om de werking van de *lex-specialis*-regel en de *lex-posterior*-regel te matigen door latere bijzondere wetten zoveel mogelijk in overeenstemming met eerdere algemene wetten uit te leggen (paragraaf 6.4.2). De zeer beperkte mogelijkheden voor rechterlijke toetsing aan de in dit hoofdstuk besproken wetsbepalingen komen aan de orde in paragraaf 6.4.1.

6.2 Bestaande en voorgestelde motiveringsplichten in wetten

Bepalingen die tot motivering van wetgeving lijken te verplichten zijn, voor zover mij bekend, in de volgende wetten te vinden: Wet op de Raad van State (paragraaf 6.2.1), Comptabiliteitswet (paragraaf 6.2.2), Provinciewet, Gemeentewet en Financiële-Verhoudingswet 1984 (paragraaf 6.2.3). Ten aanzien van de Algemene wet bestuursrecht (paragraaf 6.2.4) en de Bekendmakingswet (paragraaf 6.2.5) zijn dergelijke bepalingen wel bepleit.

6.2.1 Wet op de Raad van State

De Wet op de Raad van State bevat enkele bepalingen waarin verplichtingen tot motivering opgelegd worden aan ministers respectievelijk aan de Tweede Kamer.

Artikel 21 schrijft voor dat ministers aan de Raad of zijn afdelingen de inlichtingen verstrekken 'die in verband met de te behandelen zaken vereist worden'. Dit artikel vindt in de praktijk 'nu en dan' toepassing.[1] 'Bij het gesprek wordt strikt in acht genomen, dat inlichtingen worden gevraagd en dat derhalve niet wordt gedebatteerd'.[2] Dat hoeft echter niet te betekenen dat geen nadere motivering van aanhangige wetsvoorstellen wordt gevraagd. Indien dat gebeurt, rust op de ministers een wettelijke plicht die motivering te verstrekken.

Iets dergelijks zou men ook in artikel 22 kunnen lezen: 'De Raad beraadslaagt met Onze Minister, wie de zaak aangaat, indien de Raad of de Minister zulks mocht verlangen.' Dit artikel wordt zelden toegepast.[3]

Dat bewindspersonen op adviezen van de Raad van State reageren met een 'nader rapport' aan de Koningin, wordt door artikel 25a verondersteld, maar niet geëist. Artikel 25b eist wel dat de Tweede Kamer zorg draagt voor een 'schriftelijke reactie' op adviezen over initiatiefvoorstellen.

In paragraaf 6.1 is gebleken dat 'verplichtingen' als de genoemde drie geen binding voor de wetgever kunnen opleveren, en evenmin voor de deelorganen van de wetgever voorzover het de indiening, aanneming en bekrachtiging van voorstellen betreft. De

71 Paragraaf 6.3.3.
1 Van der Hoeven 1977: 51.
2 Van der Hoeven 1977: 51.
3 Boon 1986: 13.

formulering van de artikelen 21, 22 en 25b pretendeert een dergelijke binding ook niet. Zij bevatten slechts verplichtingen voor ministers respectievelijk Tweede Kamer die los staan van de vaststelling van wetten als bedoeld in artikel 81 van de Grondwet. De Wet op de Raad van State verzet zich derhalve niet tegen indiening, aanneming of bekrachtiging van wetsvoorstellen ten aanzien waarvan de motiveringsplichten van de artikelen 21, 22 of 25b niet zijn nageleefd.

6.2.2 Comptabiliteitswet

Tot 1 januari 1992 begon artikel 15 van de Comptabiliteitswet 1976 als volgt:

> 'Indien voorstellen van wet kunnen leiden tot hogere of lagere rijksuitgaven of -ontvangsten voor het lopende begrotingsjaar of voor latere jaren, worden de financiële gevolgen in een afzonderlijk onderdeel vermeld in de bijbehorende toelichting;'

Boon heeft dit voorschrift gekarakteriseerd als een 'aanwijzing met wettelijke status'.[4] Die status kon echter niet voorkomen dat de Algemene Rekenkamer heeft moeten constateren dat de financiële gevolgen vaak niet vermeld worden in de memorie van toelichting. De bepaling bleek immers vaak zo geïnterpreteerd te worden, 'dat financiële informatie slechts nodig is indien een wetsvoorstel leidt tot mutaties op bestaande begrotingen'.[5] De Rekenkamer adviseerde daarom het artikel anders te formuleren.[6] Deze aanbeveling is opgevolgd. In 1991[7] is artikel 15 vervangen door een nieuw artikel 14:

> 'Schriftelijk voorstellen (...) bevatten in de toelichting daarbij een afzonderlijk onderdeel, waarin alle financiële gevolgen voor het Rijk worden vermeld. (...)'

Van een echte motiveringsplicht is in het oude en nieuwe artikel geen sprake. Alleen verwachte financiële gevolgen moeten vermeld worden. Of daarbij aangegeven zal worden *waarom* het voorstel ondanks (of dankzij) die gevolgen aangenomen zou moeten worden, wordt aan de beoordeling van de opstellers van de memorie van toelichting overgelaten.

De formulering van het nieuwe artikel 14 is ongelukkig. Het pretendeert dat het betrekking heeft op 'voorstellen' van wet. Over (de indiening, aanneming of bekrachtiging van) wetsvoorstellen kan de wet echter niets bindend bepalen.[8] Onjuist is dan ook de stelling van de Raad van State,[9] dat deze nieuwe wetsbepaling 'bindende kracht voor de Staten-Generaal' heeft. Als 'verplichting' ten aanzien van 'voorstellen' kan artikel 14

4 Boon 1986: 9.
5 Verslag van de Algemene Rekenkamer over 1987, Kamerstukken II 1987/88, 20485 nr. 2, p. 24.
6 Idem, p. 44, zie ook p. 51.
7 Wet van 19 december 1971, Staatsblad 752.
8 Zie paragraaf 6.1.
9 In zijn advies van 28 april 1992 over het concept van de Aanwijzingen voor de regelgeving, paragraaf 22, ten aanzien van concept-aanwijzing 213, thans aanwijzing 215.

niet meer zijn dan een wetsbepaling met de status van 'aanwijzing'.[10] Als zodanig is zij te vinden in aanwijzing 215 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Indiening, aanneming of bekrachtiging van een wetsvoorstel ten aanzien waarvan artikel 14 en aanwijzing 215 niet zijn nageleefd, is niet in strijd met de wet.[11]

Wat dit betreft was het oude artikel 15 juister geformuleerd: dit artikel pretendeerde niet dat het betrekking had op enig onderdeel van het vaststellen van wetten. Het bepaalde slechts wat de opstellers van memories van toelichting moesten doen. Het is natuurlijk mogelijk om het nieuwe artikel 14 grondwetsconform te interpreteren, namelijk als een bepaling die slechts iets bepaalt over het opstellen van memories van toelichting. Zo uitgelegd bindt artikel 14 dus slechts de voor dat opstellen verantwoordelijke ministers of initiatief nemende kamerleden.

6.2.3 Provinciewet, Gemeentewet en Financiële-Verhoudingswet 1984

De Gemeentewet kent ten minste vijf artikelen waarin een zekere binding ten aanzien van toekomstige wetgeving wordt gepretendeerd.[12] Twee daarvan[13] bevatten slechts materiële 'voorwaarden' voor de toelaatbaarheid van toekomstige wetgeving. In de andere drie is (bovendien) sprake van een 'verplichting' om iets op te nemen in de memorie van toelichting.[14] Van dat laatste is ook sprake in artikel 2 van de Financiële-Verhoudingswet 1984.[15]

'Bij of krachtens de wet kan zo nodig onderscheid worden gemaakt tussen gemeenten', aldus *artikel 109* van de Gemeentewet.

Volgens de memorie van toelichting daarbij zijn de woorden 'zo nodig' opgenomen 'om aan te geven dat de noodzaak tot differentiatie moet worden aangetoond, hetgeen zal moeten geschieden in de toelichting bij de bijzondere wet of andersoortige regeling'.[16]

De bepaling lijkt te suggereren dat ook bij 'parlementaire' wet slechts onderscheid gemaakt kan worden indien dat 'nodig' is. Aldus gelezen zouden deze bepalingen zelfbinding van de wetgever inhouden. In paragraaf 6.1 heb ik betoogd dat zulks ongrondwettig en onmogelijk zou zijn. Een latere bijzondere wet die *nodeloos* onderscheid maakt tussen gemeenten, zou niet onwettig zijn en ook voorrang hebben op

10 Vergelijk Boon 1986: 9.
11 In theorie zou een dergelijke handeling wel onrechtmatig kunnen zijn wegens strijd met ongeschreven rechtsbeginselen, zie paragraaf 6.3.3 waar artikel 14 als een vorm van pseudo-grondwetgeving wordt besproken.
12 Zie voor andere — ook motiveringsplichten omvattende — voorstellen ter versterking van het decentrale perspectief bij de totstandkoming van bijzondere wetten: Hennekens 1986: 77.
13 De artikelen 109 en 117, welke overeenkomen met de artikelen 106 en 115 van de Provinciewet.
14 De artikelen 114, 115 en 182, welke overeenkomen met de artikelen 112, 113 en 185 van de Provinciewet; zie ook artikel 237b van de oude Gemeentewet en artikel 144b van de oude Provinciewet.
15 Dat overeenkomt met artikel 183 van de Provinciewet; zie artikel 114a van de oude Provinciewet.
16 Kamerstukken II 1985/86, 19403 nr. 3, p. 115.

artikel 109. Het lijkt daarom beter om deze bepaling, met Bokma,[17] als overbodig te beschouwen.[18]

Ook als aanknopingspunt voor de in de memorie van toelichting geformuleerde motiveringsplicht zijn de bepalingen wellicht overbodig. Indien men namelijk met Burkens aanneemt dat 'overheidsorganen zelf drager van een grondrecht' kunnen zijn,[19] dan kan men al uit artikel 1 van de Grondwet afleiden dat het maken van onderscheid tussen gemeenten gemotiveerd moet worden.[20]

'Voorstellen van maatregelen waarbij bepaalde aangelegenheden tot rijks- of provinciaal beleid worden gerekend, worden slechts gedaan indien het onderwerp van zorg niet op doelmatige en doeltreffende wijze door de gemeentebesturen kan worden behartigd', aldus het tweede lid van *artikel 117* van de Gemeentewet.[21]

Deze bepaling stelt dat bepaalde wetsvoorstellen slechts ingediend mogen worden indien aan een bepaalde voorwaarde is voldaan. In paragraaf 6.1.5 heb ik betoogd dat een dergelijke beperking ten aanzien van het indienen van wetsvoorstellen ongrondwettig en onmogelijk is. Indiening van een wetsvoorstel zonder dat die voorwaarde is vervuld, zal dus niet onwettig zijn. Artikel 117 zal geen voorrang hebben op de uit een dergelijke indiening resulterende wet.

Volgens de toelichting bij het amendement strekt deze bepaling ertoe vast te leggen 'dat de wetgever nadrukkelijk heeft te motiveren waarom bepaalde taken niet op gemeentelijke niveau kunnen worden uitgeoefend'.[22] Een dergelijke motiveringsplicht voor de wetgever vindt geen steun in de tekst van de bepaling. Zij kan ook moeilijk afgeleid worden uit een bepaling die ten aanzien van voorstellen van wet geen juridische betekenis heeft. Met enige goede wil kan artikel 117 wel grondwetsconform geïnterpreteerd worden als een bepaling die iets bepaalt over het opstellen van memories van toelichting. Zo uitgelegd bindt het artikel slechts de voor dat opstellen verantwoordelijke ministers of initiatief nemende kamerleden.

Dan de bepalingen die wèl met zoveel woorden spreken over de inhoud van de memorie van toelichting bij wetsvoorstellen.

17 Bokma 1988: 1023.
18 Aldus is ook betoogd in het voorlopig verslag bij de nieuwe Gemeentewet, Kamerstukken II 1986/87, 19403 nr. 5, p. 105-106, en in het eindverslag, 1988/89 nr. 15, p. 68.
19 Burkens 1989: 58, waar hij als voorbeeld 'de gelijkheidsnorm' noemt.
20 Zie paragraaf 4.6.2.
21 Het resultaat van de aanvaarding van een amendement van het lid Stoffelen e.a., Kamerstukken II 1990/91, 19403 nr. 69-II; Handelingen II 1990/91, p. 771.
22 Kamerstukken II 1990/91, 19403 nr. 69; aldus ook Bokma 1991: 1780.

Artikel 2 van de Financiële-Verhoudingswet 1984 bepaalt:

'1. Indien beleidsvoornemens van het Rijk leiden tot een wijziging van de uitoefening van taken of activiteiten door gemeenten wordt in een afzonderlijk onderdeel van de bijbehorende toelichting met redenen omkleed en met kwantitatieve gegevens gestaafd welke de financiële gevolgen van deze wijziging voor de gemeenten zijn.
2. In de toelichting, bedoeld in het eerste lid, wordt tevens aangegeven via welke bekostigingswijze(n) de financiële gevolgen voor de gemeenten kunnen worden opgevangen.
3. (...).'

Anders dan artikel 14 van de Comptabiliteitswet eist deze bepaling niet slechts dat de financiële gevolgen worden vermeld. De vermelding moet 'met redenen omkleed' en 'met kwantitatieve gegevens gestaafd' worden. Toch is ook hier geen sprake van een echte verplichting tot motivering van (onder meer) wetsvoorstellen.[23] De woorden 'met redenen omkleed' zijn ongelukkig gekozen. Gevolgen (ook financiële) hebben immers geen redenen maar oorzaken. Bedoeld wordt kennelijk dat in de toelichting aangegeven wordt waardoor de vermelde financiële gevolgen zullen ontstaan, en hoe de verwachte gevolgen berekend zijn.

De verplichting betreft het opstellen van de memorie van toelichting, en rust dus slechts op de opstellers daarvan. Het artikel beperkt op geen enkele wijze de bevoegdheid van regering en kamers om wetsvoorstellen in te dienen, aan te nemen en te bekrachtigen.

Artikel 182 van de Gemeentewet gaat over het bij (of krachtens) de wet regelen van specifieke uitkeringen van het Rijk aan gemeenten.[24] Het derde lid schrijft overleg met de minister van financiën voor. Het vierde lid bepaalt in welke gevallen een uitkeringsregeling in het leven mag worden geroepen. Het vijfde lid bepaalt de minimale inhoud van een uitkeringsregeling. Het achtste lid bepaalt ten aanzien van welke categorieën informatie een uitkeringsregeling kan eisen dat gemeentebesturen die aan de minister verstrekken. Dat al deze bepalingen de wetgever, de regering en de kamers niet mogen en kunnen binden, heb ik in paragraaf 6.1 getracht aannemelijk te maken.

Het artikel bevat echter ook drie bepalingen omtrent de (memorie van) toelichting:

'5. (...) Indien een regeling voor meer dan vier jaar zal gelden, wordt dat in de bijbehorende toelichting gemotiveerd.'
6. In de toelichting behorend bij een regeling op grond waarvan een uitkering (...) wordt verstrekt (...), wordt melding gemaakt van het overleg bedoeld in het derde lid en de wijze waarop daarbij uitvoering is gegeven aan het bepaalde in het vierde en vijfde lid. (...)
9. Afwijkingen van het bepaalde in het achtste lid dienen in de toelichting bij de desbetreffende uitkeringsregeling te worden gemotiveerd. (...)'

Het vijfde en zesde lid zijn correct geformuleerd. Zij richten zich slechts tot de opstellers van de memorie van toelichting, en pretenderen niet dat een wet of

23 Schoonhoven 1991: 207 spreekt ten aanzien van het overeenkomstige artikel 183 van de Provinciewet wel van een 'motiveringsplicht'.
24 Uitkeringen 'waarvan de bestedingsrichting vooraf is aangegeven of die worden verstrekt voor de bestrijding van de kosten van bepaalde taken of activiteiten', volgens het eerste lid.

wetsvoorstel slechts rechtmatig is indien de verlangde motiveringen en vermeldingen in de memorie van toelichting te vinden zijn.

Het negende lid lijkt die pretentie wel te hebben. Die suggestie wordt nog versterkt doordat het achtste lid helemaal geen afwijkingen toestaat, en het negende lid dus ook opgenomen lijkt te zijn om de wetgever de bevoegdheid te verlenen om van het achtste lid af te wijken.[25] Volgens de tekst van het negende lid zou die 'bevoegdheid' slechts gemotiveerd uitgeoefend mogen worden. Een dergelijke beperking van de bevoegdheid van de wetgever is echter even ontoelaatbaar en onbestaanbaar als het voorschrift van het achtste lid. Bij elkaar kunnen het achtste en negende lid niet meer inhouden dan het volgende: indien een uitkeringsregel voorschrijft dat gemeentebesturen aan de minister meer informatie moeten verschaffen dan is vervat in begroting, begrotingswijzigingen, meerjarenraming, rekening en accountantsverslag, dan moet dat in de toelichting gemotiveerd worden. Voor zover het 'parlementaire' wetgeving betreft, zal een grondwetsconforme interpretatie van deze leden dan ook in die zin moeten luiden.

Artikel 114 van de Gemeentewet luidt als volgt:

'1. Onze Minister (...) stelt de betrokken gemeentebesturen (...) in de gelegenheid hun oordeel te geven omtrent voorstellen van wet (...) waarbij:
   a. van de gemeentebesturen regeling of bestuur wordt gevorderd, of
   b. in betekenende mate wijziging wordt gebracht in de taken en bevoegdheden van de gemeentebesturen.
2. Voorstellen als bedoeld in het eerste lid bevatten in de bijbehorende toelichting een weergave van de gevolgen voor de inrichting en werking van de gemeenten en een weergave van het in het eerste lid bedoelde oordeel van de betrokken gemeentebesturen (...).
3. (...).'

Evenals het in paragraaf 6.2.2 besproken artikel 14 van de Comptabiliteitswet, bevat artikel 114, tweede lid, geen echte motiveringsplicht. Slechts bepaalde verwachte gevolgen en het oordeel van bepaalde instanties moeten worden vermeld. Bok[26] had voorgesteld de overeenkomstige bepaling in het Voorontwerp voor een nieuwe Gemeentewet (artikel 122) 'in die zin aan te scherpen, dat bij een voorgenomen medebewindsopdracht gelijkwaardig "overleg" met de gemeenten gevoerd moet worden. (...) Gelijkwaardig overleg veronderstelt (...) dat met de opvattingen van de gemeenten serieus rekening wordt gehouden en dat daarvan slechts gemotiveerd wordt afgeweken.'

Onduidelijk is tot wie het tweede lid zich richt. 'Voorstellen' zouden in de toelichting enkele weergaven moeten bevatten. Dat suggereert dat er een motiveringsplicht gelegd wordt op de indiener van het voorstel, meestal dus op de regering. De indiener kan en mag echter niet gebonden worden door de wetgever.[27] De opsteller van de memorie van toelichting daarentegen kan wel bij wet worden gebonden.[28] Het ligt daarom voor de hand om artikel 114, tweede lid, grondwetsconform te inter-

25 Zie de nota naar aanleiding van het eindverslag, Kamerstukken II 1989/90, 19403 nr. 16, p. 61.
26 Bok 1986: 26-27.
27 Zie paragraaf 6.1.5.
28 Zie paragraaf 6.1.5.

preteren, namelijk als een bepaling die slechts iets bepaalt over het opstellen van memories van toelichting. Zo uitgelegd bindt artikel 114 dus slechts de voor dat opstellen verantwoordelijke ministers of initiatief nemende kamerleden.

Artikel 115 van de Gemeentewet:

> '1. Een wet waarbij van gemeentebesturen regeling of bestuur wordt gevorderd of waarbij in betekenende mate wijziging wordt gebracht in taken en bevoegdheden van gemeentebesturen, wijkt van het bepaalde in deze wet niet af dan wanneer dat bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang.
> 2. Het voorstel voor een wet als bedoeld in het eerste lid bevat in de bijbehorende toelichting de gronden voor de voorgestelde afwijking.'

Dit artikel is een gevolg van de aanneming van een amendement van de leden P.R. Stoffelen en V.A.M. van der Burg,[29] en vrijwel gelijk aan de bepaling die de Raad voor het binnenlands bestuur had voorgesteld in zijn *Advies over organieke wetgeving*.[30]

Volgens genoemde Raad, en volgens zijn preadviseur Konijnenbelt, is de inhoud van deze bepaling al geldend ongeschreven recht.[31] Volgens de Raad zou het de bestuurlijke positie van gemeenten en provincies echter ten goede komen, indien deze rechtsregel[32] in de wet zou worden vastgelegd. Volgens Konijnenbelt is opname van deze bepaling in de wet wenselijk 'om de bijzondere-wetgevers ertoe te brengen zich te gedragen overeenkomstig de (...) in het bestaande recht aangetroffen norm van verschuldigde eerbied jegens wetten als de Gemeentewet'.[33]

Volgens Teunissen kan de voorgestelde bepaling er toe bijdragen 'dat de functie van een organieke wet als de gemeentewet niet door afwijkende, bijzondere wetgeving wordt uitgehold'.[34] Ook Ten Berge[35] en Goorden[36] hebben zich vóór een dergelijke bepaling in de Gemeentewet en de Provinciewet uitgesproken.

De Winter heeft de voorgestelde bepaling gekritiseerd met de stelling dat zij nauwelijks effect zal sorteren, omdat de rechter er niet mee 'uit de voeten' zal kunnen, en omdat het voor de wetgever een kwestie van 'politieke appreciatie' zal blijven. En dat is volgens De Winter maar goed ook, want een strikte hiërarchie tussen algemene of structuurwetten enerzijds en bijzondere wetten anderzijds zou een gevaar opleveren voor genuanceerde concrete rechtsvinding.[37] Konijnenbelt heeft zich tegen deze kritiek onder meer verweerd met de stelling dat het beoogde effect vooral is om 'de wetgever te prikkelen tot een bewuste, want verplicht-uitdrukkelijke, afweging van de specifieke

29 Kamerstukken II 1989/90, 19403 nr. 39; Handelingen II 1990/91, p. 771.
30 *Advies over organieke wetgeving* 1987.
31 Zie paragraaf 6.3.1 hierna.
32 Evenals andere 'beginselen en garanties die betrekking hebben op de staatsrechtelijke positie van gemeenten en provincies als "mede-overheden"'.
33 Konijnenbelt 1987: 19 en 28.
34 Teunissen 1988: 50.
35 Ten Berge 1988: 22-23.
36 Goorden 1990a: 161.
37 De Winter 1989: 47-48.

voordelen van een bijzondere regeling tegenover de voordelen van aansluiting bij een bestaande hoofdregel'.[38]

De regering sprak zich uit tegen opneming van een dergelijke bepaling in de Gemeentewet.[39] Zij voerde vier bezwaren aan:

(a) De bepaling is in juridisch opzicht overbodig: zij voegt niets toe aan reeds bestaande ongeschreven regels.[40]
(b) Er is geen sprake van een misstand in de praktijk die met een dergelijke bepaling bestreden zou moeten worden. 'Slechts in een zeer klein aantal gevallen (...) is de bijzondere wetgever afgeweken van de regelingen in de gemeentewet en in de meeste daarvan is die afwijking wel degelijk gemotiveerd'.[41]
(c) Opname van een dergelijke bepaling in de Gemeentewet zou het, ter voorkoming van a contrario redeneringen nodig maken ook iets dergelijks te bepalen in de vele andere algemene wetten.
(d) De voorgestelde bepaling richt zich eigenlijk tot de ambtenaren en bewindspersonen die wetgeving voorbereiden; een dergelijke interne instructie hoort thuis in aanwijzingen voor de rijksdienst.

Het eerste argument kan niet overtuigen. Codificatie van ongeschreven regels kan immers om verschillende redenen nuttig zijn. Wel is er een gevaar verbonden aan codificatie van rechtsbeginselen op een te laag niveau: wanneer een bovenwettelijk ongeschreven regel in een wet wordt neergeschreven, dan gaat daar de suggestie vanuit dat die regel vervolgens door wetswijziging kan worden afgeschaft. Dat het 'beginsel van de concordantie met organieke wetgeving' inderdaad al een ongeschreven bovenwettelijke norm zou zijn, is door Ten Berge betoogd.[42]

De Vereniging van Nederlandse Gemeenten heeft getracht het tweede argument te ontzenuwen met enerzijds een opsomming van gevallen waarin juist wèl (ongemotiveerd) van de oude Gemeentewet zou zijn afgeweken, en anderzijds een beroep op het motto 'wat niet is kan komen'. In de nota naar aanleiding van het eindverslag bij de nieuwe Gemeentewet heeft de regering beide tegenargumenten weerlegd.[43] Daarmee is echter nog niet gezegd dat er geen reden zou zijn om een bepaling als de voorgestelde in de wet op te nemen.

Het derde bezwaar van de regering snijdt meer hout. Vooral ook omdat allerlei wetten zowel 'algemeen' als 'bijzonder' genoemd kunnen worden,[44] zou opname van vergelijkbare bepalingen in alle 'algemene' wetten ondoenlijk zijn.

Het vierde argument van de regering mist feitelijke grondslag waar het eerste lid van de voorgestelde bepaling betreft. Daar is immers sprake van een 'wet' die iets niet mag. Het eerste lid richt zich dus wel degelijk tot de wetgever, zoals vanuit de VVD werd

38 Konijnenbelt 1989: 77.
39 Kamerstukken II 1988/89, 19403 nr. 10, p. 16-17; 1989/90, nr. 16, p. 10-12.
40 Zie paragraaf 6.3.1.
41 Kamerstukken II 1989/90, 19403 nr. 16, p. 10.
42 Ten Berge 1987: 17-21, zie paragraaf 6.3.1.
43 Kamerstukken II 1989/90, 19403 nr. 16, p. 11.
44 Men denke aan de Beroepswet en de Wet milieubeheer.

betoogd in het eindverslag bij de nieuwe Gemeentewet.[45] Alleen het tweede lid heeft het over een 'voorstel van wet'. Met de regering en Polak[46] ben ik van mening dat instructies inzake het opstellen van wetsvoorstellen en van memories van toelichting thuis horen in de Aanwijzingen voor de regelgeving.[47]

Ondanks alle bezwaren is het amendement tot invoeging van dit artikel toch aangenomen.[48] Anders dan in het derde argument werd gesuggereerd, heeft de regering het daarna niet nodig gevonden om iets dergelijks te laten bepalen in andere algemene wetten dan de Gemeentewet en de Provinciewet.[49] In de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer beroept de minister zich opnieuw op het reeds gelden van 'de ongeschreven rechtsregel'. 'Ook al ontbreekt in de Awb[50] een met (artikel 115) vergelijkbare bepaling, dan toch geldt de regel dat afwijking van die wet (...) slechts in bijzondere gevallen en goed gemotiveerd mag geschieden'.[51]

Een belangrijk argument tegen het eerste lid van de voorgestelde bepaling werd door de regering niet genoemd, namelijk het in paragraaf 6.1 ontwikkelde bezwaar dat rechtstreekse juridische zelfbinding van de wetgever ongrondwettig en onbestaanbaar is. Aan het tweede lid kleven bovendien dezelfde bezwaren als aan het hierboven besproken tweede lid van artikel 114.

Mijn conclusie moet dan ook zijn dat het eerste lid van artikel 115 voor de wetgever geen juridische betekenis heeft, en dat het tweede lid juridisch slechts wat betekent wanneer men het grondwetsconform interpreteert: indien een voorstel ingediend wordt voor een wet die afwijkt van de Gemeentewet, dan moet die afwijking in de memorie van toelichting gemotiveerd worden. Zo uitgelegd voegt artikel 115 vrijwel niets toe aan aanwijzing 49 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.[52] Indiening, aanneming en bekrachtiging van een wetsvoorstel waarvan de memorie van toelichting niet de gronden voor afwijking van de Gemeentewet bevat, is op geen enkele manier in strijd met artikel 115.

6.2.4 Algemene wet bestuursrecht

Van Buuren heeft voorgesteld om in de Algemene wet bestuursrecht — als prikkel tot harmonisatie — te bepalen 'dat indien een voorstel van wet of een ontwerp voor een lager algemeen verbindend voorschrift een afwijking van voorschriften van de Algemene wet bevat, die keuze van een duidelijke motivering in de toelichting moet worden voorzien'. Hij erkent dat het een 'onconventionele gedachte is, omdat dit mede een

45 Kamerstukken II 1988/89, 19403 nr. 15, p. 14.
46 J.M. Polak 1988: 69-71; zie paragraaf 6.1.1.
47 Zie paragraaf 6.1.5.
48 Handelingen II 1990/91, p. 771.
49 Zie artikel 113, ingevoegd bij zesde nota van wijziging, Kamerstukken II 1990/91, 19836 nr. 17, p. 4.
50 Algemene wet bestuursrecht.
51 Kamerstukken I 1990/91, 19403 nr. 64b, p. 20-21.
52 Zie de paragrafen 5.4.3.5 en 5.4.3.6.

zelfbinding van de wetgever impliceert', maar volgens hem is 'de eenheid van het recht een dergelijke stap ten volle waard'.[53]

Deze suggestie is niet overgenomen door de regering,[54] die daarbij gesteund werd door de Raad van State.[55] Zij is bestreden door Polak, die de voorkeur geeft aan het 'bruikbaar alternatief': aanwijzingen voor de rijksdienst.[56] Inderdaad valt niet in te zien wat een wettelijke motiveringsplicht hier meer te bieden zou hebben dan een in aanwijzingen opgenomen plicht: de wetgever wordt door geen van beide rechtstreeks juridisch gebonden. Bovendien zijn er de in de voorgaande paragraaf genoemde praktische risico's: verwarring omtrent het bovenwettelijke karakter van deze norm, en de mogelijkheid van a contrario redeneringen ten aanzien van algemene wetten zonder een dergelijke bepaling.[57] Tenslotte is verdedigbaar[58] dat de door Van Buuren voorgestelde motiveringsplicht al deel uitmaakt van het ongeschreven recht.

6.2.5 Bekendmakingswet

Additioneel artikel XIX van de Grondwet eist vooralsnog — 'totdat daarvoor een regeling is getroffen' — dat in de aanhef van elke wet de beweegredenen van die wet worden vermeld. Van verschillende kanten is gesuggereerd dat een regeling ter zake in de Bekendmakingswet zou kunnen worden opgenomen. In de paragrafen 4.4.1 en 4.4.2 is gebleken dat velen van mening zijn dat de wetgever op grond van artikel 88 van de Grondwet tot het treffen van een dergelijke regeling bevoegd zou zijn. In laatstgenoemde paragraaf heb ik echter het standpunt verdedigd, dat het wetsformulier niet (meer) strekt ter bekendmaking van wetten, maar ter vormgeving van wetten, en dat artikel 88, dat over de wettelijke regeling van de bekendmaking gaat, geen betrekking op de formulering van wetten heeft. De Grondwet voorziet niet in een bevoegdheid van de wetgever (of van welk ander orgaan dan ook) om de vormgeving van wetten te regelen. In paragraaf 6.1 heb ik bovendien geconcludeerd dat zelfbinding door de wetgever niet alleen ongrondwettig zou zijn, maar ook onmogelijk.

Dat het niet voor de hand ligt de wetgever niet-bindende regels te laten vaststellen, heb ik al in paragraaf 4.4.2 betoogd. Het verdient dan ook geen aanbeveling om de in additioneel artikel XIX van de Grondwet bedoelde regeling bij wet te treffen. De bij de behandeling van het voorstel voor de Bekendmakingswet vermelde ambtelijke voorbereiding van een *wet* ter vaststelling van 'de wetsformulieren' [59] kan stopgezet worden.

53 Van Buuren 1988b: 11.
54 Kamerstukken II 1988/89, 21221 nr. 3, p. 17.
55 Idem, B, p. 15.
56 J.M. Polak 1988: 71, zie paragraaf 6.1.1.
57 Zie Bijloos en Lindner 1993: 40.
58 Zie paragraaf 6.3.2.
59 Kamerstukken I 1987/88, 19583 nr. 72a.

6.3 Ongeschreven verplichtingen tot motivering van afwijking van algemene wetten

Er zijn in beginsel twee soorten algemene wetten: wetten die gelden tenzij een bijzondere wet de toepasselijkheid uitsluit, en wetten die alleen gelden indien een bijzondere wet hen van toepassing verklaart. Volgens Addink is de werking van de eerste soort 'sterk: voor afwijking is een bijzondere bepaling nodig die uiteraard zorgvuldige toelichting behoeft; een afwijking kan niet stilzwijgend gaan'.[1]

Ten aanzien van afwijkingen van bepaalde algemene wetten wordt met nadruk een bijzondere motiveringsplicht aangenomen. Van die wetten komen hieronder de Gemeentewet en de Provinciewet (paragraaf 6.3.1) en de Algemene wet bestuursrecht (paragraaf 6.3.2) aan de orde.

Men zou een algemene wet onder meer kunnen opvatten als aankondiging door de wetgever van door hem te voeren wetgevingsbeleid ('bekendmaking van beleid'). Dit zou enige politieke 'binding' tussen kamers en regering met zich kunnen brengen: zij beloven aan elkaar, en verlangen van elkaar, dat zij het geformuleerde beleid uit zullen voeren. Afgezien daarvan zou men uit diverse beginselen enige externe juridische binding van de latere wetgever aan deze *wettelijke pseudo-grondwetgeving* kunnen afleiden. In paragraaf 6.3.3 ga ik nader in op deze vorm van 'pseudo-grondwetgeving'.

6.3.1 Gemeentewet en Provinciewet

In de memorie van toelichting bij de nieuwe Gemeentewet had de regering geschreven dat de Gemeentewet, hoewel formeel niet van een hogere rangorde dan andere formele wetten, 'materieel voor de bijzondere wetgever richtinggevend is', en dat dat meebrengt dat afwijking gemotiveerd zal moeten worden.[2] Na enkele kritische opmerkingen in het voorlopig verslag,[3] en na het in paragraaf 6.2.3 besproken advies van de Raad voor het binnenlands bestuur, was de memorie van antwoord stelliger:

> 'Het materiële verschil in gewicht tussen algemene en bijzondere wet brengt mee dat de bijzondere wetgever slechts in uitzonderlijke gevallen van de algemene regel mag afwijken. Daaruit vloeit weer voort dat een dergelijke afwijking expliciet en goed gemotiveerd dient te geschieden.'

Deze motiveringsplicht werd nu als 'geldend recht' gekwalificeerd, ja zelfs als 'algemeen erkende rechtsplicht'.[4] In de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer is sprake van 'de ongeschreven rechtsregel' dat 'alle algemene wetten (...) materieel gesproken voorrang hebben op bijzondere wetten'.[5]

1 Addink 1988: 49.
2 Kamerstukken II 1985/86, 19403 nr. 3, p. 8.
3 Kamerstukken II 1986/87, 19403 nr. 5, p. 11.
4 Kamerstukken II 1988/89, 19403 nr. 10, p. 16.
5 Kamerstukken I 1990/91, 19403 nr. 64b, p. 20.

In de staatsrechtelijke literatuur komt de 'algemene' erkenning van deze rechtsregel vooral naar voren bij Konijnenbelt en Ten Berge. Laatstgenoemde spreekt van het 'beginsel van de concordantie met organieke wetgeving', een tot de wetgever gerichte norm, die afgeleid kan worden uit de Grondwet, uit de Gemeentewet en de Provinciewet, en uit het Europese Handvest inzake lokale autonomie:[6]

> 'Wanneer in bijzondere wetten gemeenten en provincies bij taken van hogere organen worden betrokken, dient in die wetten de concordantie met de gemeentewet en de provinciewet voorop te staan, tenzij afwijking om redenen van doelmatigheid noodzakelijk wordt geacht. In dat geval moet die afwijking gemotiveerd worden.' [7]

Anders dan de regering, die de regel afleidt uit het *algemene karakter* van de Gemeentewet, leidt Ten Berge deze regel af uit de *inhoud* van andere (meestal hogere) normen.

Konijnenbelt combineert beide grondslagen. In zijn preadvies voor de Raad voor het binnenlands bestuur gaat hij vooral in op het belang van algemene wetten ter structurering van de rechtsorde.[8] Later verwijst hij ter onderbouwing van de door hem gepostuleerde meerwaarde van de Gemeentewet naar de 'algemene, politieke norm die tevens rechtsnorm is, die wil dat ons staatsbestel sterk decentrale trekken zal vertonen: aan de lagere overheden moet zo veel mogelijk worden overgelaten, aldus artikel 124, eerste lid van de Grondwet'.[9]

De door regering en schrijvers geformuleerde motiveringsplicht is onomstreden,[10] en inmiddels ook neergelegd in artikel 115 van de Gemeentewet en in artikel 113 van de Provinciewet.[11] Aangenomen moet worden dat deze verplichting op alle deelorganen van de wetgever rust. Indien de verplichting niet reeds nagekomen is bij het opstellen van de memorie van toelichting, zal zij daarna door een van de deelorganen van de wetgever nagekomen moeten worden.

6.3.2 Algemene wet bestuursrecht

Anders dan Gemeentewet en Provinciewet bevat de Algemene wet bestuursrecht geen uitdrukkelijke bepaling over latere afwijkingen van die wet.[12] Toch wordt ook ten aanzien van afwijkingen van de Algemene wet bestuursrecht een motiveringsplicht aangenomen. Bij de behandeling van de nieuwe Gemeentewet, waarin artikel 115 een 'bijzondere-statusbepaling' bevat, werd in de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer gesteld: 'Ook al ontbreekt in de Awb een met (artikel 115) vergelijkbare

6 Straatsburg 1985, Tractatenblad 1987, 63; voor Nederland in werking getreden op 1 juli 1991.
7 Ten Berge 1987: 21; zie ook 1987: 19 en 1988: 22.
8 Konijnenbelt 1987: 15-19.
9 Konijnenbelt 1989: 76.
10 Aldus Bokma 1991: 1780.
11 Zie paragraaf 6.2.3.
12 Zie paragraaf 6.2.4.

bepaling, dan toch geldt de regel dat afwijking van die wet slechts in bijzondere gevallen en goed gemotiveerd mag geschieden'.[13]

Volgens de memorie van toelichting kent de Algemene wet bestuursrecht vier soorten regels:[14]

- regels die gelden tenzij daarvan in een bijzondere (parlementaire) wet wordt afgeweken;
- regels die gelden tenzij een bijzondere regelgever anders heeft bepaald;
- regels die slechts gelden indien een bijzondere regelgever heeft nagelaten een regeling te treffen ('restbepaling');
- regels die slechts gelden indien zij bij wettelijk voorschrift of door het bestuursorgaan van toepassing worden verklaard ('facultatieve standaardregeling').

De regels van de *eerste categorie* worden in de memorie van toelichting gekarakteriseerd als:

> 'regels die zonder uitzondering voor het gehele bestuursrecht behoren te gelden. (...) Toch valt niet geheel uit te sluiten dat in uitzonderingsgevallen van een regel uit de hier bedoelde categorie moet worden afgeweken. (...) De reden van de afwijking zal in de memorie van toelichting (bij de bijzondere wet) uitdrukkelijk moeten worden gemotiveerd.'.[15]

Het kwam de Raad van State 'geraden voor op die gedragslijn te vertrouwen en er eventueel in de voorgenomen Aanwijzingen voor de wetgeving iets over te zeggen'.[16] Dat is inmiddels gebeurd in aanwijzing 49 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.[17] Volgens Bijloos en Lindner kan van de regels van deze categorie slechts worden afgeweken nadat 'de bij de wetgeving betrokkenen zich serieus hebben afgevraagd of er voldoende redenen voor de afwijking zijn'.[18]

In de memorie van toelichting bij het Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht (Eerste tranche) was nog geen sprake van verplichte motivering van afwijkingen van regels van de eerste categorie. De opstellers van het Voorontwerp achtten dergelijke afwijkingen onwenselijk (al erkenden zij dat de wetgever de latere wetgever niet kan binden) en zij vertrouwden erop 'dat dit in de toekomst niet gebeurt ten aanzien van bepalingen die de wetgever bij het vaststellen van de Algemene wet bestuursrecht als evenwichtige en voor het gehele bestuursrecht toepasbare regels heeft bestempeld'.[19] Daar kwam kritiek op. De opstellers van het Voorontwerp waren volgens Van der Burg 'te goed van vertrouwen'; volgens hem zou bij bijzondere wet veelvuldig van de Algemene wet bestuursrecht worden afgeweken.[20]

13 Kamerstukken I 1990/91, 19403 nr. 64b, p. 21.
14 Eerste tranche, Kamerstukken II 1988/89, 21221 nr. 3, p. 17-18.
15 Idem, p. 17; zie ook Kamerstukken II 1990/91, 22061 nr. 3, p. 9.
16 Kamerstukken II 1988/89, 21221, B, p. 15; zie ook p. 4.
17 Zie paragraaf 5.4.3.5.
18 Bijloos en Lindner 1993: 39.
19 *Voorontwerp Eerste tranche* 1987, p. 29.
20 F.H. van der Burg 1987b: 5; in gelijke zin Ten Berge e.a. 1987: 885-886.

Inmiddels wordt wel rekening gehouden met afwijkingen, maar die afwijkingen moeten gemotiveerd worden.[21] Volgens Polak geldt deze motiveringsplicht zelfs al ten aanzien van afwijkingen van een ingediend maar nog niet aangenomen voorstel inzake de Algemene wet bestuursrecht.[22]

Ten aanzien van de *andere drie categorieën* regels wordt in de memorie van toelichting geen motiveringsplicht gepostuleerd.

De tweede categorie wordt in de memorie van toelichting gekarakteriseerd als 'de voor normale gevallen beste regelingen'.[23] De bepalingen van die categorie onderscheiden zich van die van de eerste categorie door de toevoeging 'tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald'. Dat betekent dat ook lagere regelgevers tot afwijking bevoegd zijn. Deze bevoegdheid tot afwijking wordt noch in de tekst van het wetsvoorstel, noch in de memorie van toelichting met inhoudelijke criteria genormeerd. Volgens de memorie van toelichting bij de eerste 'Aanpassingswet' moeten afwijkingen 'beperkt blijven tot die gevallen waarin dit werkelijk noodzakelijk is'.[24] Addink vreest dat 'in verschillende gevallen de bijzondere wetgever zich zo bijzonder zal beschouwen dat van de regeling in de Awb vaker zal worden afgeweken dan op dit moment wenselijk wordt geacht'.[25] Ter vermijding van dat gevaar zou van de bijzondere regelgevers, inclusief de wetgever, in ieder geval verlangd moeten worden dat zij ook afwijking van de regels van de tweede categorie motiveren. In de genoemde memories van toelichting wordt van een dergelijke motiveringsplicht niet gerept. Wel is bij de voorbereiding van de aanpassingswetgeving 'van geval tot geval bezien of voor afwijking voldoende redenen bestonden'.[26]

Bij de derde categorie gaat het niet om regels waarvan de toepasselijkheid in het algemeen wenselijk wordt geacht, maar om regels waarvan de toepasselijkheid wenselijk wordt geacht bij *nalatigheid* van een regelgever. Indien een regelgever zich tijdig bewust wordt van dreigende nalatigheid, zal hij op het desbetreffende punt een regeling moeten treffen. Daarbij is hij volgens de memorie van toelichting geheel vrij. Dit betekent volgens Addink dat de regels van de derde categorie een nog grotere inbreuk op het harmoniserende karakter van de Algemene wet bestuursrecht vormen, dan de regels van de tweede categorie.[27] Ook dat gevaar zou enigszins beperkt kunnen worden door van de regelgever te verlangen dat hij motiveert waarom hij niet kiest voor de in de Algemene wet bestuursrecht als 'restbepaling' gekozen regeling. Die regeling mag dan zelfs voor normale gevallen niet steeds de 'beste' zijn, het is wenselijk dat 'verscheidenheid waarvoor geen deugdelijke argumenten zijn te geven' wordt vermeden.[28]

21 Door de opstellers van de memorie van toelichting; zie het slot van paragraaf 6.3.1.
22 J.M. Polak 1989: 4.
23 Kamerstukken II 1988/89, 21221 nr. 3, p. 17.
24 Kamerstukken II 1990/91, 22061 nr. 3, p. 9.
25 Addink 1993: 7.
26 Kamerstukken II 1990/91, 22061 nr. 3, p. 9-10.
27 Addink 1993: 7.
28 J.M. Polak 1980: 276.

Bij de vierde categorie gaat het vooralsnog slechts om toepasselijk verklaring van een bepaalde zwaardere procedure.[29] Beslissingen van bijzondere regelgevers om een dergelijke procedure al dan niet van toepassing te verklaren, lenen zich in beginsel wel voor motivering. Dat deze motivering niet verplicht wordt geacht, hangt vermoedelijk samen met de opvatting dat 'geen algemeen criterium te formuleren (is) om te bepalen wanneer de hier geboden voorprocedure moet worden gevolgd'.[30] In het nader rapport wordt echter terecht opgemerkt dat het besluit tot toepasselijk verklaring van afdeling 3.4 dient 'te berusten op een volledige afweging van alle in aanmerking te nemen omstandigheden'.[31] Niet valt in te zien, waarom deze afweging niet in de toelichting geëxpliciteerd zou moeten worden.

Kortom: er is geen reden de ten aanzien van afwijking van regels van de eerste soort erkende motiveringsplicht niet ook te erkennen ten aanzien van afwijkingen van regels van de andere drie soorten. Ook aanwijzing 49 van de Aanwijzingen voor de regelgeving beperkt de motiveringsplicht niet tot gevallen waarin wordt afgeweken van regels van de eerste soort.[32]

Net als de motiveringsplicht ten aanzien van afwijkingen van de Gemeentewet, kan ook de motiveringsplicht ten aanzien van afwijkingen van de Algemene wet bestuursrecht op twee manieren worden onderbouwd. Zij kan worden afgeleid uit het *algemene karakter* van de Algemene wet bestuursrecht, en uit de *inhoud* van een hogere regel, namelijk artikel 107, tweede lid, van de Grondwet. Hier vloeien beide grondslagen echter in elkaar over. Artikel 107 eist immers niet slechts dat de wetgever regels van bestuursrecht codificeert, maar dat zij 'algemene regels' van bestuursrecht vaststelt. Indien zonder meer van die regels afgeweken zou kunnen worden, dan zouden zij alras niet meer 'algemeen' zijn. De aangenomen motiveringsplicht kan dus gezien worden als 'bewaking' van het algemene karakter van de regels. Aan een dergelijke bewaking is in ieder geval bij de eerste drie categorieën regels behoefte.

6.3.3 Pseudo-grondwetgeving door de wetgever

In de gedachtenvorming rond Provinciewet, Gemeentewet en Algemene wet bestuursrecht tekent zich de ongeschreven regel af dat afwijkingen van algemene wetten gemotiveerd moeten worden. Bij de genoemde wetten kan men die motiveringsplicht uit hogere regels afleiden.[33] Er bestaan echter ook algemene wetten[34] die niet teruggaan op een specifieke hogere regel. Ook bij afwijking van dergelijke algemene wetten zou men een motiveringsplicht kunnen aannemen, en wel op grond van ongeschreven beginselen.

29 Namelijk de 'openbare voorbereidingsprocedure' geregeld in afdeling 3.4 of de 'uitgebreide openbare voorbereidingsprocedures' geregeld in afdeling 3.5; zie Bijloos en Lindner 1993: 42.
30 Memorie van toelichting, Kamerstukken II 1988/89, 21221 nr. 3, p. 76.
31 Kamerstukken II 1988/89, 21221, B, p. 33.
32 Goorden 1990b: 305 maakt een dergelijke beperking evenmin.
33 Bijvoorbeeld uit de Grondwet; zie ook paragraaf 4.6.1.
34 Bijvoorbeeld de Algemene termijnenwet en de Wet op de economische delicten.

De positie van de wetgever laat zich vergelijken met die van een discretionair beschikkend bestuursorgaan.[35] Dit orgaan moet gelijke gevallen gelijk behandelen en mag zich ook anderszins niet aan willekeur schuldig maken. Daartoe dient het bestuursorgaan beleid te voeren.[36] Dat beleid dient tot uitdrukking te komen in de achtereenvolgens gegeven beschikkingen. Zo mogelijk dient het beleid bekend gemaakt te worden — in de vorm van beleidsregels. De bekendmaking van het beleid versterkt de binding van het bestuursorgaan aan dat beleid. Die binding vloeit daarna niet meer alleen voort uit het gelijkheidsbeginsel en het verbod van willekeur, maar ook uit het beginsel dat gewekte verwachtingen gehonoreerd dienen te worden.

Ook de wetgever wordt gebonden geacht aan de genoemde beginselen.[37] Ook de wetgever dient een consistent 'beleid' te voeren.[38] De beginselen leiden ertoe dat de wetgever in principe aan zijn gevoerde en bekend geworden beleid is gebonden, maar zij laten wel ruimte voor incidentele afwijking van dat beleid en voor beleidsverandering. Vanuit een oogpunt van democratie móét die ruimte er ook zijn. Motivering van dergelijke verandering of afwijking ligt echter in de rede. Ten aanzien van bepaalde vormen van afwijking wordt in literatuur en parlementaire stukken reeds gesproken van een plicht tot motivering.[39] Hieronder onderbouw ik deze plicht met een analyse van wat ik *pseudo-grondwetgeving* noem.

Het beleid van de wetgever komt tot uitdrukking in de achtereenvolgens vastgestelde wetten. Een zuivere bekendmaking van wetgevingsbeleid door de wetgever komt daarnaast niet veel voor. Een plicht van de wetgever om zijn beleid bekend te maken wordt in literatuur en legisprudentie ook niet aangenomen. Toch zou men enkele verschijnselen als bekendmakingen van het beleid van de wetgever kunnen opvatten, en daarmee als pseudo-grondwetgeving.

Vroeger heb ik gesproken van 'pseudo-wetgeving-door-de-wetgever-in-formele-zin'.[40] De term 'pseudo-grondwetgeving' geeft echter beter aan dat het gaat om beleidsregels inzake de uitoefening van een door de Grondwet toegekende bevoegdheid; bovendien zouden naast 'de wetgever' ook de deelorganen van de wetgever dergelijke beleidsregels kunnen geven.

In de eerste plaats kunnen deelorganen van de wetgever bekend maken welk wetgevingsbeleid zij zullen voeren. Hierbij valt vooral te denken aan 'aanwijzingen voor de rijksdienst' (zoals de Aanwijzingen voor de regelgeving), maar ook aan nota's, passages in memories van toelichting, enzovoort. (De reglementen van orde van de kamers zijn geen beleidsregels, en dus geen pseudo-grondwetgeving; zij zijn immers gebaseerd op de in artikel 72 van de Grondwet toegekende bevoegdheid tot regelgeving.)

35 Zie de paragrafen 8.6 en 9.2.3.
36 Nicolaï 1990: 415.
37 Zie de toelichting bij aanwijzing 18 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, en de nota *Zicht op wetgeving*, Kamerstukken II 1990/91, 22008 nr. 2, p. 24; zie ook hoofdstuk 7.
38 Van Buuren 1984: 236-239; zie ook De Ru 1993a: 51-52 en 1993b: 105 en Eijlander 1993: 226-227.
39 Zie de voorgaande twee paragrafen.
40 Waaldijk 1984: 406 en 1987a: 6; zie ook paragraaf 4.4.2.

In de tweede plaats zou men als pseudo-grondwetgeving kunnen beschouwen de diverse[41] wetsbepalingen die de wetgever — tevergeefs — rechtstreeks trachten te binden.

In de derde plaats zijn er algemene wetten. Deze kan men een dubbele functie toeschrijven. Enerzijds geeft de wetgever daarin regels die van toepassing zijn voor zover bijzondere regels niet anders bepalen. Anderzijds maakt de wetgever in een algemene wet bekend welk wetgevingsbeleid hij ten aanzien van een bepaald terrein of aspect wil gaan voeren. Om die tweede functie gaat het hier. De wetgever presenteert zijn regels als 'algemene' regels, dus niet als regels die slechts hier en daar van toepassing zullen zijn.[42] Daaruit kan men het voornemen van de wetgever aflezen om in de toekomst slechts bij uitzondering van die regels af te wijken.

In hoeverre brengen de genoemde beginselen mee dat de wetgever gebonden is aan pseudo-grondwetgeving? De literatuur zwijgt. In beschouwingen over pseudo-wetgeving of beleidsregels worden regels met betrekking tot (parlementaire) wetgeving meestal uitgezonderd.[43] Toch is er een sterke overeenkomst tussen beleidsregels met betrekking tot beschikkingsbevoegdheden enerzijds, en dat wat ik hier pseudo-grondwetgeving noem anderzijds. Beide betreffen de uitoefening van een vrije bevoegdheid jegens burgers. Beide hebben de vorm van algemene regels. Bij beide bestaat geen hoger omschreven regelgevingsbevoegdheid ter zake. Bij beide vallen normadressant en normadressaat (tenminste gedeeltelijk) samen. Daarom moet nagegaan worden, of de werking van de genoemde drie beginselen ten aanzien van 'gewone' beleidsregels ook in aanmerking komt ten aanzien van pseudo-grondwetgeving.

Pseudo-grondwetgeving door de deelorganen van de wetgever wordt besproken in de paragrafen 4.4.2 en 5.1. Hier beperk ik mij daarom tot bij wet vastgestelde pseudo-grondwetgeving. Eerst behandel ik de in paragraaf 6.2 besproken wetsbepalingen die de wetgever (tevergeefs) tot motivering van wetten trachten te verplichten. Daarna komen de algemene wetten aan de orde.

Wanneer de wetgever bekendmaakt dat hij van mening is dat toekomstige wetten op een bepaald punt gemotiveerd moeten worden, brengt het vertrouwensbeginsel dan mee dat de (latere) wetgever daaraan gebonden is? In het beschikkingen-bestuursrecht worden verschillende voorwaarden aan een dergelijke binding gesteld. De belangrijkste voorwaarden zijn:

— De bekendmaking moet aan het bevoegde orgaan zijn toe te rekenen.[44] Hieraan is uiteraard voldaan. De wetgever zelf heeft het beleid bekend gemaakt.
— De door de bekendmaking gewekte verwachtingen moeten gerechtvaardigd zijn.[45] Ook hieraan lijkt voldaan. Men mag er in beginsel op vertrouwen dat de personen

41 In paragraaf 6.2 besproken.
42 Aldus ook de nota naar aanleiding van het eindverslag bij de eerste tranche van de Algemene wet bestuursrecht, Kamerstukken II 1990/91, 21221 nr. 8, p. 5.
43 Van Kreveld 1983: 246-247; Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 1993: 96 en 263.
44 Nicolaï 1990: 361.
45 VAR-rapport *Algemene bepalingen van administratief recht* 1984: 191.

die de wetgever vormen zich aan de wet zullen houden, ook al is de desbetreffende wetsbepaling voor hen niet bindend. 'Daar staat echter tegenover dat (...) bij het opstellen (van beleidsregels) onmogelijk aan alle gevallen gedacht kan zijn'.[46] Daarom zullen de belanghebbenden er rekening mee moeten houden dat de wetgever wel eens gebruik zou kunnen (moeten) maken van zijn (inherente) bevoegdheid tot afwijking van de eerdere wet. Een dergelijke afwijking zal op een belangenafweging gebaseerd moeten zijn.[47] Het motiveringsbeginsel kan overigens meebrengen dat die belangenafweging kenbaar gemaakt moet worden, zodat er toch weer sprake is van motivering.

— Op grond van de gewekte gerechtvaardigde verwachtingen moet de belanghebbende iets gedaan hebben dat zij anders niet of op een andere manier gedaan zou hebben.[48] Bij niet nakoming van wetsbepalingen omtrent de inhoud van memories van toelichting zal ook aan deze voorwaarde voldaan kunnen zijn. Het kan immers zo zijn dat de belanghebbenden en hun organisaties niet op het ongemotiveerde wetsvoorstel hebben gereageerd of anders dan zij gereageerd zouden hebben op een conform de wet gemotiveerd voorstel.

Aldus kan het vertrouwensbeginsel ertoe leiden dat de wetgever gebonden is aan wetsmotivering vergende wetsbepalingen.[49] Indien afwijking van die bepalingen toegestaan is, zal die afwijking in beginsel gemotiveerd moeten worden.

Deze eventuele binding wordt door het willekeurverbod en het gelijkheidsbeginsel nauwelijks versterkt. Beide beginselen laten immers ruimte voor beleidswijziging.

Volgens het vertrouwensbeginsel moeten wijzigingen ten nadele van de belanghebbenden (en afschaffing van een 'motiveringsplicht' valt daar volgens mij onder) tijdig en behoorlijk bekend worden gemaakt.[50] De enige acceptabele manier van wijziging van in wetsbepalingen vastgelegde pseudo-grondwetgeving lijkt wijziging van die bepalingen. Daarbij zal men wijziging in een wet ten aanzien waarvan diezelfde bepalingen al niet meer worden toegepast, als te abrupt moeten kwalificeren.

De hier denkbaar geachte pseudo-grondwettelijke binding van de wetgever aan tot hem gerichte — niet rechtstreeks bindende — wetsbepalingen, geniet geen algemene erkenning. De leden van de deelorganen van de wetgever zullen zich er dus ook nauwelijks van bewust zijn. Daarom dient men niet te snel tot het bestaan van een dergelijke binding te concluderen.

De situatie is enigszins anders bij de andere hier te bespreken vorm van pseudo-grondwetgeving: bekendmaking van wetgevingsbeleid door vaststelling van algemene wetten.

Algemene wetten kan men onder meer opvatten als documenten waarin de wetgever bekendmaakt, dat hij de daarin vervatte regels als *algemene* regels wil laten gelden, dus

46 VAR-rapport *Algemene bepalingen van administratief recht* 1984: 196.
47 Vergelijk Nicolaï 1990: 366.
48 Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 1993: 342 en 347.
49 Zie ook Van Male 1988a: 453.
50 Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 1993: 271.

als regels waar niet vaak van wordt afgeweken. Leidt deze bekendmaking tot te honoreren vertrouwen?

— De eerste van de hierboven genoemde voorwaarden van het vertrouwensbeginsel is in ieder geval vervuld.
— Of de tweede voorwaarde vervuld is, valt moeilijker te zeggen. Een algemeen geformuleerde regel kan immers ook bedoeld zijn als vangnet voor gevallen dat de bijzondere wet zwijgt.[51] Als een dergelijke bedoeling duidelijk is, dan kan niet van gerechtvaardigde verwachtingen worden gesproken. Dat kan wel, indien de regel duidelijk bedoeld is als algemene regel. Maar ook dan zullen de belanghebbenden er rekening mee moeten houden dat de wetgever later toch af en toe van die algemene regel zal afwijken. Dat is slechts anders indien de tekst van de wetsbepaling uitdrukkelijk suggereert dat er in de toekomst helemaal niet van afgeweken zal worden.[52]
— Ook de derde genoemde voorwaarde, het 'dispositievereiste', zal vaak niet vervuld zijn.

Het vertrouwensbeginsel zal er dus niet vaak toe leiden dat de wetgever gebonden is aan eerder door hem vastgestelde algemene wetten.[53]

Enige mate van binding aan algemene wetten zal eerder voortvloeien uit het gelijkheidsbeginsel en het willekeurverbod.

Van Buuren heeft betoogd dat het gelijkheidsbeginsel geen betrekking heeft op de vraag of de wetgever dezelfde regels moet hanteren bij gelijke problemen in verschillende wetten.[54] Dat de wetgever daartoe in beginsel wel verplicht is leidt Van Buuren vervolgens af uit het willekeurverbod.[55] Indien het beleid van de wetgever niet slechts tot uitdrukking komt in achtereenvolgens vastgestelde bijzondere wetten, maar ook in als 'algemeen' gepresenteerde wetten, dan speelt het gelijkheidsbeginsel volgens mij wèl een rol. Als beginsel van behoorlijk bestuur houdt het gelijkheidsbeginsel volgens Nicolaï in 'dat het bestuursorgaan, behoudens een rechtsplicht tot afwijking (...), de door hem rechtmatig vastgestelde en in aanmerking komende beleidsregels (...) daadwerkelijk toepast'.[56] Ook dat beginsel leent zich — afgezien van de nogal strikt omschreven afwijkingsbevoegdheid — goed voor toepassing op wetgeving. Daadwerkelijke toepassing van de in algemene wetten vervatte pseudo-grondwetgeving houdt in, dat bijzondere wetten niet aan een als 'algemeen' bekend gemaakte regel het algemene karakter mogen ontnemen. Indien bijzondere wetten 'zo maar' van een algemene regel zouden afwijken, zou die regel zijn algemene karakter verliezen.

51 'restbepalingen' in de terminologie van de memorie van toelichting bij de eerste tranche van de Algemene wet bestuursrecht; zie paragraaf 6.3.2.
52 Een dergelijke suggestie kan men in artikel 4 van de Wet algemene bepalingen lezen.
53 Zie ook Ruiter 1982.
54 Van Buuren 1984: 235.
55 Van Buuren 1984: 236.
56 Nicolaï 1990: 358.

Kortom: Elke afwijking van een bestaande algemene regel levert het gevaar op van rechtsonzekerheid, van willekeur of van rechtsongelijkheid. De belangen die vóór afwijking pleiten zullen daarom tegen de genoemde belangen afgewogen moeten worden. Het motiveringsbeginsel brengt mee dat deze belangenafweging kenbaar moet worden gemaakt. In de paragrafen 6.3.1 en 6.3.2 bleek dat een dergelijke juridische motiveringsplicht ten aanzien van afwijkingen van onder meer de Gemeentewet en de Algemene wet bestuursrecht algemene erkenning begint te krijgen.

6.4 De rol van de rechter

6.4.1 Toetsing

Volgens Konijnenbelt zullen wetten die in strijd zijn met artikel 115 van de Gemeentewet[1] om die reden door de rechter buiten toepassing mogen worden gelaten.[2] Rechterlijke toetsing aan een wetsbepaling als deze, die de wetgever en zijn deelorganen (behoudens grondwetsconforme interpretatie) niet rechtstreeks juridisch bindt,[3] is echter moeilijk denkbaar. Aan deze en andere niet-bindende bepalingen kan men geen wet, geen voorstel van, geen indiening, geen aanneming of bekrachtiging, geen toelichting of wat dan ook toetsen.[4]

Wel denkbaar is toetsing aan wetsbepalingen zoals artikel 2 van de Financiële-Verhoudingswet 1984 of artikel 182, vijfde en zesde lid, van de Gemeentewet. Deze bepalingen hebben slechts betrekking op de toelichting van wetsvoorstellen, en binden dus slechts de opstellers van de memorie van toelichting.[5] Zij hebben dus geen betrekking op de vaststelling van wetten (de indiening, wijziging, aanneming en bekrachtiging van wetsvoorstellen). Daarom zal een eventuele rechterlijke uitspraak op basis daarvan ook geen gebod of verbod ten aanzien van de indiening, wijziging, intrekking, aanneming of bekrachtiging van een ontoereikend toegelicht wetsvoorstel mogen inhouden, en al helemaal niets inzake de verbindendheid van de desbetreffende wet. Een rechterlijk gebod aan de verantwoordelijke ministers of kamerleden, of aan de Staat, om de bij wet vereiste toelichting te verstrekken lijkt niet uitgesloten, althans zolang het voorstel nog niet tot wet is verheven.[6] Na bekrachtiging van de wet is bij niet-naleving van de genoemde artikelen, afgezien van declaratoire uitspraken, hooguit een veroordeling tot vergoeding van eventuele schade denkbaar.[7] Het is echter bepaald niet zeker dat de burgerlijke rechter zich bevoegd zal achten om uit te spreken dat een

1 Door hemzelf en de Raad voor het binnenlands bestuur voorgesteld; zie paragraaf 6.2.3.
2 Konijnenbelt 1989: 77; zie ook reeds 1978: 23.
3 Zie paragraaf 6.1.
4 Indien men de wetgever wèl gebonden acht aan bepalingen als artikel 115, dan rijst de vraag of artikel 120 van de Grondwet zich ook verzet tegen toetsing van wet aan wet. Vóór de grondwetsherziening van 1983 werd een dergelijke toetsing ongrondwettig geacht; zie het slot van paragraaf 6.1.4.
5 Zie de paragrafen 6.1.5 en 6.2.3.
6 Aldus ook Vucsán 1993: 2267.
7 Zie ook paragraaf 4.5.2.1.

bepaalde toelichting (of de afwezigheid daarvan) in strijd is met een van de genoemde wetsartikelen.[8]

Eveneens denkbaar is toetsing van wetten (en van gedragingen van deelorganen van de wetgever) aan ongeschreven plichten als onderkend in paragraaf 6.3. Rechterlijke toetsing van 'parlementaire' wetgeving aan ongeschreven recht wordt in Nederland echter nauwelijks toelaatbaar geacht.[9] Bij uitbreiding van de mogelijkheden om aan ongeschreven recht te toetsen, zal men bovendien wel niet in de eerste plaats denken aan toetsing aan ongeschreven plichten tot *motivering* van afwijking van eerdere wetten. Ook zullen rechters vermoedelijk niet snel overgaan tot toetsing van wetgeving via algemene rechtsbeginselen aan pseudo-grondwettelijke motiveringsplichten.

6.4.2 Interpretatie

Toch hoeft de rechter niet machteloos toe te zien hoe bijzondere wetten ongemotiveerd afbreuk doen aan het algemene karakter van algemene wetten.

Bekend is het verschijnsel van de *superior*-conforme uitleg van regels. Ter vermijding van — in de praktijk vaak nogal ingrijpende — toepassing van de *lex-superior*-regel kan de rechter wetten verdragsconform uitleggen. Ter omzeiling van het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet kan de rechter wetten bovendien grondwetsconform, of zelfs beginselconform uitleggen[10]

Vergelijkbaar, maar minder bekend is het verschijnsel van *generalis-conforme uitleg* van bijzondere regels.[11] In het wat conservatievere Verenigd Koninkrijk bestaat er bovendien nog iets dat je '*anterior*-conforme' uitleg zou kunnen noemen: 'presumptions against unclear changes in the law'.[12]

Ter vermijding van aan de algemene wet afbreuk doende toepassing van de *lex-specialis*- en *lex-posterior*-regels kan de rechter bijzondere wetten uitleggen conform de algemene wet. Zo spreekt Konijnenbelt in zijn preadvies voor de Raad voor het binnenlands bestuur van 'gemeentewet-conform' uitleggen. Volgens hem gaat het Nederlandse recht zelfs uit van 'het rechtsvermoeden dat de bijzondere wet zich heeft willen refereren aan het commune gemeenterecht, zoals neergelegd in de gemeentewet/Gemeentewet' en moeten bijzondere wetten daarom zo veel mogelijk Gemeentewet-conform worden uitgelegd.[13] Datzelfde zou (en zal) gezegd kunnen worden omtrent de verhouding van bijzondere wetten tot bijvoorbeeld de wetboeken, de Algemene termijnenwet, of de Algemene wet bestuursrecht.[14]

8 Vergelijk: Hoge Raad 26 maart 1971, AB 135, *verkiezingsafspraak Elsloo*; President Rechtbank Den Haag 19 september 1990, *Kort Geding* 321.
9 Zie paragraaf 4.5.2.
10 Zie paragraaf 4.5.2.2; in de paragrafen 6.1.5, 6.2.2 en 6.2.3 heb ik enkele malen gepleit voor grondwetsconforme uitleg van bepalingen in algemene wetten.
11 Van der Vlies 1989: 3.
12 Zie Cross/Bell/Engle 1987: 169.
13 Konijnenbelt 1987: 18.
14 Zie Van Kreveld 1990b: 55.

Superior-conforme uitleg laat zich gemakkelijk rechtvaardigen met een — bijna tautologisch — beroep op het superieure karakter van verdrag, Statuut, Grondwet of beginsel. Wanneer men[15] algemene wetten geen hogere status toekent dan bijzondere wetten, dan levert de rechtvaardiging van *generalis*-conforme uitleg meer problemen op. Toch zou ik Konijnenbelt, Van der Vlies en Van Kreveld willen volgen in hun aanvaarding van (de verplichting tot) een dergelijke wetsinterpretatie.[16] En wel om de volgende redenen:

— De Gemeentewet, de Algemene wet bestuursrecht en vele andere algemene wetten geven een uitwerking aan door de Grondwet en veelal ook door verdragen en in rechtsbeginselen erkende gewichtige belangen. Niet de status van die algemene wetten op zichzelf, maar het gewicht van de daarin uitgewerkte belangen, rechtvaardigt het om bij de wetstoepassing die algemene belangen en wetten mee te wegen.
— Het rechtszekerheidsbeginsel, het verbod van willekeur en het gelijkheidsbeginsel verlangen dat wetgeving een duidelijke, consistente eenheid vormt.[17] Dat niet elke vastgestelde algemene regel altijd en overal van toepassing kan zijn is onvermijdelijk. Ter beperking van de eenheid verstorende werking van deze onvermijdelijkheid is het wijs om slechts die uitzonderingen op algemene regels te erkennen die duidelijk door de (latere, bijzondere) wetgever zijn gewild.
— Men moet er in beginsel van uitgaan dat degenen die betrokken zijn bij het tot stand brengen van bijzondere wetten, de genoemde hogere regels en beginselen hebben willen respecteren.

Bijzondere wetten moeten dus niet alleen zo veel mogelijk conform de door de Grondwet geëiste (organieke) wetten worden uitgelegd, maar ook zo veel mogelijk conform andere algemene wetten.

De verplichting tot *generalis*-conforme uitleg is gebaseerd op een rechtsvermoeden. Dit vermoeden is voor tegenbewijs vatbaar. Dit tegenbewijs kan geleverd worden door de tekst van de bijzondere wet en door de toelichtende stukken daarbij. Wanneer beide duidelijk aangeven dat, in hoeverre en waarom de wetgever van de algemene wet wil afwijken, dan is *generalis*-conforme uitleg niet mogelijk. Deze is wèl mogelijk, wanneer een in de wettekst vervatte afwijking geen steun vindt in een daarop toegespitste motivering in de toelichtingen, of wanneer de wettekst niet duidelijk aangeeft dat en in hoeverre afwijking beoogd is. De rechter, of welke wetstoepasser dan ook, zal in die gevallen moeten concluderen dat de algemene wet onverkort is blijven gelden, of althans de afwijking restrictief moeten interpreteren.

Dit betekent dat 'de bijzondere wetgever' er goed aan doet om afwijkingen van algemene wetten zorgvuldig te motiveren — niet alleen ter voldoening aan de geldende ongeschreven motiveringsplichten, maar ook ter voorkoming van schipbreuk als gevolg van *generalis*-conforme uitleg.

15 Met mij, zie paragraaf 6.1.
16 Een vorm van systematische interpretatie.
17 Waaldijk 1985: 14.

7 Rechtsgeleerde schrijvers

De rechtsgeleerde literatuur levert een eindeloze stroom op van suggesties voor verandering van de inhoud, de interpretatie, de toepassing of de vorming van het recht. Ook inzake de motivering van wetten zijn in de literatuur vele aanbevelingen gedaan. Soms worden geopperde gedachten snel gemeengoed; zo bijvoorbeeld het klassieke pleidooi van Vening Meinesz tégen het opnemen van motieven in de wet, en vóór het vermelden daarvan in een toelichtende memorie.[1] Deze en vele andere — al dan niet opgevolgde — aanbevelingen heb ik al vermeld en besproken, indien daarvoor elders in deze studie een geschikte plaats te vinden was bij de bespreking van een andere bron van het recht. Het is niet de bedoeling al die literatuur hier opnieuw te bespreken.

In dit hoofdstuk gaat het slechts om boeken en artikelen waarin min of meer *los van andere rechtsbronnen* gesteld wordt dat op de wetgever motiveringsplichten rusten of juist niet rusten. Vele schrijvers hebben zich immers afgevraagd of algemene rechtsbeginselen of beginselen van behoorlijke wetgeving de wetgever motiveringsplichten opleggen.

Onbesproken blijven de talloze pleidooien in de literatuur voor uitbreiding van het wetgevingsproces met een (verplichte of facultatieve) extra argumentatieronde. Voorstellen in die richting betroffen onder meer:

— invoering van een correctief wetgevingsreferendum;[2]
— uitbreiding van de rechterlijke toetsing van wetten;[3]
— instelling van een 'Raad voor de wetgeving';[4]
— instelling van een 'wetgevingsautoriteit';[5]
— instelling van een vaste Tweede-Kamercommissie voor de wetgeving;[6]
— uitbreiding van de rol van de Eerste Kamer bij de wetgeving, gekoppeld aan de mogelijkheid van nader overleg tussen die kamer en de Raad van State en zo nodig tussen Eerste en Tweede Kamer[7] of van nader overleg tussen de beide kamers in de verenigde vergadering;[8]

1 Vening Meinesz 1856: 134-135 en stelling VI.
2 Gilhuis 1981.
3 Zie paragraaf 4.5.2 en 4.5.4.4.
4 Van Maarseveen 1978: 3; M. Scheltema 1979: 122-128.
5 Van Wijnbergen 1984: 18-19.
6 M. Scheltema 1979: 130; De Graaf 1985: 109; J.M. Polak 1986: 151; Konijnenbelt 1988b: 139-141; Samkalden 1989: 35; Heringa en Zwart 1990: 632.
7 Cohen en Bakker 1987: 102-103.
8 Roos 1987: 48-51.

— toekenning aan de Eerste Kamer van een recht van renvooi: terugzending van een wetsvoorstel naar de Tweede Kamer.[9]

Deze voorstellen hebben gemeen dat de kiesgerechtigde bevolking of een bestaande of nieuwe instantie (opnieuw) overtuigd moet worden van de (bijvoorbeeld politieke of juridische) kwaliteiten van een wet of een wetsvoorstel. Hoewel dat op zichzelf al tot het geven van (hernieuwde) wetsmotivering zou kunnen leiden, valt nu nog niet te zeggen of in verband daarmee ook *verplichtingen* tot motivering tot ontwikkeling zouden komen. Daarom beperk ik mij hier verder tot schrijvers die in het geldende recht (ongeschreven) motiveringsplichten onderkennen.

7.1 Schrijvers en ongeschreven beginselen

Sinds het begin van de jaren zeventig wordt meer en meer geschreven over *beginselen van behoorlijke wetgeving*. Sommige auteurs geven er de voorkeur aan te spreken *beginselen van behoorlijke regelgeving*, of van *algemene rechtsbeginselen* waaraan ook de wetgever onderworpen is.

Bij een 'beginsel' denken juristen meestal aan een norm die fundamenteel is, die open is, die ongeschreven is, maar niet altijd aan een norm die elk van deze drie kenmerken in zich verenigt.[10] Hier hanteer ik de term 'beginsel' ter aanduiding van normen met zowel een *fundamenteel* als een *open* karakter.[11] Het reserveren van de term 'beginsel' voor ongeschreven normen acht ik verwarrend: het gelijkheidsbeginsel bijvoorbeeld is opgenomen in Grondwet en verdragen, maar wordt terecht toch beschouwd als een algemeen rechtsbeginsel en als een van de beginselen van behoorlijke wetgeving.

Hier gaat het slechts over *ongeschreven* beginselen. Geschreven motiveringsplichten zijn al aan de orde gekomen in de hoofdstukken 3 en 4. De te bespreken ongeschreven beginselen zijn fundamenteel (want ook de wetgever is eraan onderworpen) en open (want zij bevatten vage begrippen). Op de juridische karakterisering en benoeming van deze beginselen (naast signalering, verwerping en erkenning een belangrijke functie van rechtsgeleerde schrijvers) kom ik terug in paragraaf 7.6.

Eerst ga ik na welke auteurs motiveringsplichten rangschikken tussen de door hen onderscheiden beginselen. Daarbij moet voorop gesteld worden dat het antwoord van 'de literatuur' op de vraag of een bepaald beginsel geldt, op zichzelf niet beslissend is voor de eventuele gelding van dat beginsel. Voor uitspraken daarover[12] moet ook gekeken worden naar andere kenbronnen van het recht. 'Dat neemt niet weg dat de wetenschap mits er in bepaalde gevallen een betrekkelijk eensgezind forum is zeker van gewicht kan

9 Jurgens 1989: 27.
10 Zoals Vrouwe Justitia, die maar zelden te zien is met elk van haar drie klassieke attributen: zwaard, blinddoek en weegschaal.
11 Waaldijk 1985: 7.
12 Zoals gedaan worden in paragraaf 9.1.

zijn'.[13] Hier onderzoek ik of er met betrekking tot motiveringsplichten van de wetgever enige eensgezindheid onder de schrijvers heerst.

Verschillende groepen schrijvers vallen te onderscheiden. Een van deze groepen wetenschappers heeft — in de woorden van Dölle — de taak van *grensrechters* op zich genomen: zij trachten er 'de scheidsrechter (vaak het parlement) op attent (...) te maken dat regels worden overtreden'.[14] Daarover gaat paragraaf 7.2. Een dergelijke functie kan de wetenschap vervullen ten aanzien van alle geschreven en ongeschreven regels. Ten aanzien van ongeschreven beginselen kan de wetenschap bovendien nog een specifieke taak op zich nemen: het onder woorden brengen van die beginselen.[15] Aan die taak hebben de schrijvers van de andere groepen zich gezet.

Van de auteurs die geschreven hebben over de vraag of er beginselen van behoorlijke wetgeving bestaan (en zo ja, welke), geven sommigen geen antwoord op de vraag of daar een of meer motiveringsbeginselen toe behoren.[16]

Er zijn echter ook volop auteurs die een beredeneerd antwoord geven op de vraag of de wetgever krachtens ongeschreven beginselen verplicht is tot motivering. Bij Van Poelje, Van Angeren en J.M. Polak, de *verwerpers*, is dat een in beginsel ontkennend antwoord (zie paragraaf 7.3). Volgens Kortmann, Koopmans en Van der Vlies, de *beperkte erkenners*, luidt het antwoord: 'ja, een beetje' (paragraaf 7.4). Een volmondig bevestigend antwoord is gegeven door de groep bestaande uit Schreuder-Vlasblom, Van Kreveld, Van Male en Barendrecht, de *volle erkenners* (paragraaf 7.5).

7.2 Grensrechters

De laatste jaren komt het geregeld voor dat schrijvers die — als 'grensrechter' — juridische kritiek leveren op een bepaalde wet of een bepaald wetsvoorstel, er als vanzelfsprekend vanuit gaan dat ook voor de wetgever motiveringseisen gelden. Soms wordt zelfs de indruk gewekt dat deze eisen al lange tijd gelden: 'Dat een wet een openlijk omschreven en rechtvaardig doel behoort te hebben, begint geleidelijk in het vergeetboek te geraken', schrijft *Snijders-Borst* in een aanklacht tegen de nieuwe abortuswetgeving.[1] Naar aanleiding van de schamele inhoud van de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht inzake de misdrijven tegen de zeden,[2] sprak *Verrijn Stuart* van 'verval van wetgevingscultuur'.[3] Het niet (tijdig) beschikbaar zijn van deugdelijke motivering speelt ook een belangrijke rol in de kritiek van *Damen* en *Hoogenboom* op een pijlsnelle wijziging van de Vreemdelingenwet.[4] In zijn kritiek op het voorstel van Wet op de studiefinanciering stelt *Maas* zelfs met zoveel woorden dat ernstig is gezondigd tegen 'formele beginselen

13 Dölle 1988: 254.
14 Dölle 1988: 256.
15 Dölle 1988: 256.
16 Oostenbrink 1973, Van der Net 1979, Sebus 1984: 20-21, Van Buuren 1987a: 46-51.
1 Snijders-Borst 1985: 483.
2 Kamerstukken II 1988/89, 20930 nr. 3.
3 Verrijn Stuart 1989: 1-5.
4 Damen en Hoogenboom 1989: 148-149.

van behoorlijke wetgeving, zoals (...) het beginsel van zorgvuldige voorbereiding en motivering'.[5] Niet de verplichting tot motivering, maar dat andere motiveringsbeginsel had *Den Hollander* op het oog, toen hij de Wet periodieke keuring van personenauto's kwalificeerde als een 'wet, die niet door zijn motivering kan worden gedragen'.[6]

Dat en waarom motiveringsbeginselen ook op de wetgever van toepassing zouden zijn, wordt door genoemde schrijvers echter niet beredeneerd. *Huizer* doet dat wel ten aanzien van de verplichting tot motivering van wettelijke leeftijdsgrenzen. Deze verplichting leidt hij af uit het gelijkheidsbeginsel, het beginsel van een duidelijke doelstelling en het noodzakelijkheidsbeginsel.[7] Op basis van een analyse van de in de Nederlandse regelgeving voorkomende leeftijdsgrenzen concludeert hij vervolgens dat de wetgever deze verplichting slechts bij uitzondering behoorlijk naleeft.[8]

7.3 Verwerpers

In 1990 sprak Bijloos nog over het 'motiveringsbeginsel, dat niet op de gehele besluitvorming van de overheid toepasselijk kan worden geacht'.[1] Daarmee schaarde hij zich onder de verwerpers van de gedachte dat ook de wetgever aan het motiveringsbeginsel zou zijn gebonden. In de volgende, nu samen met Lindner bewerkte drukken van zijn boek spreekt hij echter over het 'motiveringsbeginsel, voor zover het niet op de gehele besluitvorming van de overheid toepasselijk kan worden geacht'.[2] Van verwerping is dus geen sprake meer.

7.3.1 Van Poelje

Van Poelje[3] meent dat bij algemene beginselen van behoorlijke wetgeving slechts ten dele aansluiting kan worden gezocht bij algemene beginselen van behoorlijk bestuur. 'Strijd met de wet, fair play, détournement de pouvoir en motiveringsgebrek zijn hier moeilijk in te passen. Betere mogelijkheden bieden: rechtszekerheid, redelijkheid, zorgvuldigheid en evenwichtigheid.'

Een zelfde standpunt, maar dan met argumentatie, is ingenomen door Van Angeren en J.M. Polak.

5 Maas 1986: 150.
6 Den Hollander 1989: 1040.
7 Huizer 1991: 61.
8 Huizer 1991: 62-93.
1 Bijloos 1990: 49.
2 Bijloos en Lindner 1992: 52 en 1993: 72.
3 Van Poelje 1980: 180.

7.3.2 Van Angeren en Polak

Volgens Van Angeren leent het motiveringsbeginsel zich niet goed voor toepassing als beginsel van behoorlijke (parlementaire) wetgeving.[4] Dat zou volgens hem zo zijn, 'omdat de procedure die grondwettelijk is vastgelegd nu eenmaal zal meebrengen dat wetten althans een minimum aan motivering krijgen'.[5] Toch lijkt Van Angeren enige ruimte te laten voor een (ongeschreven) motiveringsbeginsel inzake wetgeving; hij vraagt zich namelijk af of haastig bij amendement vastgestelde regels aan 'de gestelde eisen' voldoen. Deze ruimte lijkt hij vervolgens weer te willen beperken door te stellen dat 'de juridische belangen die tot motivering (...) nopen (...) (in het politieke) proces zelden zo klemmend (zijn), dat zij het zwaarst zouden moeten wegen'.[6]

Ook J.M. Polak[7] is er een tegenstander van om motiveringseisen als beginsel van behoorlijke wetgeving te kwalificeren. Volgens hem moet men onderscheiden tussen formele en materiële eisen, parallel aan het onderscheid tussen formele en materiële beginselen van behoorlijk bestuur:

> 'De schending van een formeel beginsel ( ) kan doorgaans ongedaan worden gemaakt In zoverre is die schending minder ernstig dan de overtreding van een materieel beginsel ( ) Procedurele gebreken die kunnen worden hersteld dienen niet het zelfde gewicht te krijgen als de fundamentele die alleen maar tot gevolg mogen hebben dat de regeling niet doorgaat '

Dit verschil wil Polak bij de toetsing van regelgeving accentueren door de term 'beginselen van behoorlijke wetgeving' te reserveren voor de vier door hem onderscheiden materiële beginselen (het honoreren van gerechtvaardigde verwachtingen; het primaat van de formele wet; gelijkheid; rechtszekerheid). Voor andere eisen inzake regelgeving stelt hij de term 'eisen van doelmatigheid' voor. Als eisen van doelmatigheid noemt hij onder meer, dat wetten en algemene maatregelen van bestuur 'deugdelijk moeten worden gemotiveerd' en 'zorgvuldig moeten worden voorbereid'.[8] Een nadere uitwerking van deze motiveringseis geeft hij niet.

De argumenten van Van Angeren en Polak kunnen mij niet overtuigen.

In de eerste plaats kan men zich afvragen of het geschreven grondwettelijke recht inderdaad de motivering van wetten voldoende waarborgt. In hoofdstuk 4 is gebleken dat de Grondwet[9] nergens met zoveel woorden wetsmotivering eist. In de praktijk krijgen de meeste wetten weliswaar meer dan een minimum aan motivering,[10] maar dat betekent niet dat het motiveringsbeginsel zich niet laat toepassen, bijvoorbeeld ter uitbreiding, aanvulling of ordening van die praktijk.

4 Van Angeren 1984: 67.
5 Van Angeren 1984. 68
6 Van Angeren 1984: 68.
7 J M. Polak 1985 117
8 J.M. Polak 1985: 118.
9 Afgezien van het additionele en nauwelijks nageleefde artikel XIX inzake het wetsformulier; zie de paragrafen 4.4.1 en 5.2.2.
10 Zie hoofdstuk 5

Het tweede argument van Van Angeren snijdt in zoverre geen hout, dat ook normen die niet altijd het zwaarst wegen, toch als 'rechtsnorm' kunnen worden betiteld.

Ook op het door Polak voorgestelde onderscheid tussen beginselen van behoorlijke wetgeving enerzijds en eisen van doelmatigheid anderzijds is het een en ander af te dingen. In de eerste plaats lijkt de term 'eisen van *doelmatigheid*' niet zo gelukkig gekozen als daar zoiets normatiefs als de *deugdelijkheid* van motivering of de *zorgvuldigheid* van voorbereiding onder valt. In de tweede plaats blijft geheel onduidelijk waarom de parallel met de beginselen van behoorlijk bestuur in de terminologie niet doorgetrokken zou moeten worden: formele eisen inzake beschikkingen worden toch — ook door Polak — '(formele) beginselen van behoorlijk bestuur' genoemd. Het onderscheid tussen formele en materiële eisen/beginselen is trouwens nogal vaag. En tenslotte overtuigt Polak niet waar hij stelt dat de gevolgen van een eventuele schending van een formele eis minder ernstig zijn. Zeker, procedurele gebreken kunnen hersteld worden, en daarmee kunnen de gevolgen afgewend of teruggedraaid worden. Als dat echter niet (tijdig) gebeurt, is de enige mogelijke conclusie dat het desbetreffende besluit in strijd met het recht is. Bij schending van materiële beginselen is dat niet anders. Bij beschikkingen leidt het meestal tot vernietiging, bij wetsvoorstellen zou het kunnen leiden tot een geclausuleerd advies van de Raad van State of tot dreigende verwerping door het parlement, bij bekrachtigde wetten zou het kunnen leiden tot het oordeel (eventueel van de rechter, maar in ieder geval van 'het forum') dat zij in strijd met het recht zijn aangenomen. Of de rechter zich bevoegd zal achten wetten aan beide soorten beginselen te toetsen, is een ander verhaal.[11]

Overigens erkent J.M. Polak wel een specifieke motiveringsplicht ten aanzien van terugwerkende kracht. Daarmee behoort hij tevens tot de in de volgende paragraaf te bespreken groep schrijvers.

7.4 Beperkte erkenners

7.4.1 Polak en Ruiter

Volgens *Polak* is terugwerkende kracht 'strijdig met algemene beginselen van behoorlijke wetgeving. En moet zij om bijzondere redenen worden toegepast, dan dient in elk geval in de memorie van toelichting een deugdelijke motivering te worden gegeven'.[1]

Van Angeren komt bij zijn bespreking van het vertrouwensbeginsel wel tot de vergelijkbare conclusie dat beperkte terugwerkende kracht slechts toelaatbaar kan zijn

11 Zie de paragrafen 4.5.2 en 7.6.
1 J.M. Polak 1979: 46.

indien daarvoor 'zeer klemmende redenen' zijn,[2] maar gaat daarbij niet in op een eventuele verplichting om die klemmende redenen ook te vermelden.[3]

Hier kan ook nog worden verwezen naar de beschouwingen van *Ruiter* over de vraag in hoeverre het vertrouwensbeginsel toelaat dat de wetgever[4] verwachtingen mag teleurstellen. Met een beroep op het 'waarheidsbeginsel' concludeert hij dat dat alleen mag, indien de bijbehorende veranderingen in doelstellingen of waardenprincipes door de wetgever worden gepresenteerd.[5]

Meer ten principale is een beperkte motiveringsplicht bepleit door Kortmann en Koopmans.

7.4.2 Kortmann

Om tweeërlei reden acht Kortmann het duidelijk aangeven van de doelstelling van een wet vereist. In de eerste plaats kan zo gewaarborgd worden dat de wetgever en niet de wetstoepasser (meestal de administratie) de doelstelling van de wet bepaalt. In de tweede plaats kan de noodzaak en effectiviteit van een wet zonder duidelijke doelstelling niet vastgesteld worden, volgens Kortmann. Daarom pleit hij ervoor dat de Raad van State bij zijn advisering over wetsvoorstellen aan de formulering van de doelstelling meer aandacht gaat besteden, ter wille van de gebondenheid van de administratie aan de wet en ter wille van een zekere wetgevingseconomie.[6] Hij pleit in dat verband voor handhaving van de considerans. En indien het 'niet mogelijk is de doelstelling van een wet voldoende nauwkeurig in de considerans aan te geven, zou het aanbeveling verdienen om deze doelstelling op te nemen in de inleiding van de memorie van toelichting. Deze inleiding zou dan bovendien met de wet zelf in het Staatsblad kunnen worden geplaatst'.[7]

7.4.3 Koopmans

Een jaar later schrijft Koopmans dat 'voor de wet (...), naar men algemeen aanneemt, de motiveringseis niet geldt'. Hij leidt dat af uit de over het algemeen zeer magere inhoud van de considerans. De argumenten voor het niet stellen van deze motiveringseis (de afwezigheid van de mogelijkheid van rechterlijke toetsing van wetten; en de in beginsel onbeperkte bevoegdheid van de wetgever om regels te stellen) gaan volgens Koopmans sinds 1953[8] echter niet meer op. Daarom zou volgens hem gepleit kunnen

2 Van Angeren 1984: 72.
3 In dezelfde zin ten aanzien van terugwerkende kracht van burgers belastende regels: Kortmann 1990: 306.
4 Door wetgeving gewekte.
5 Ruiter 1982: 31.
6 Kortmann 1979: 71.
7 Kortmann 1979: 72.
8 Introductie van het huidige artikel 94 van de Grondwet; inwerkingtreding van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal.

worden voor een motiveringsplicht voor de wetgever. Daarbij zou de beperkte motiveringsplicht die volgens het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in het *Beus*-arrest[9] voor regelgevende Gemeenschapsbesluiten geldt, volgens Koopmans 'ook voor de nationale wetgeving niet onbruikbaar (...) zijn'. Dus geen volledige opsomming van alle feiten en overwegingen die tot de wet aanleiding hebben gegeven, maar slechts een indicatie van de gehele feitelijke situatie die de wetgever tot zijn besluit heeft gebracht, en van de algemene doelstellingen die de wetgever met de wet wil verwezenlijken.[10]

7.4.4 Van der Vlies

Zeer uitvoerig heeft Van der Vlies over beginselen van behoorlijke regelgeving geschreven. In haar *Handboek Wetgeving*[11] schrijft zij dat het als beginsel van behoorlijk bestuur ontwikkelde motiveringsbeginsel niet voor regelgeving geldt. Of zij in dat verband met 'het motiveringsbeginsel' het beginsel van draagkrachtige motivering bedoelt, is niet duidelijk.

Als argument voert zij in de eerste plaats aan dat de motivering ten behoeve van beschikkingen 'van veel geringere omvang' is dan die ten behoeve van het stellen van een regel.[12] Waarschijnlijk bedoelt zij hiermee dat het voor een regelgever teveel tijd zou kosten om een min of meer volledige motivering voor een regeling te geven. In de tweede plaats wijst zij er op dat bij regelgeving de beleidsvrijheid van de overheid 'bijna volledig' is, terwijl er bij het geven van een beschikking 'meestal voorgaande (beleids)regels' zijn.[13] In haar proefschrift[14] had zij dit zo gesteld:

> 'Bij het betreden van een geheel nieuw beleidsterrein kunnen aan de motivering niet dezelfde precieze eisen gesteld worden als aan een beschikking in het kader van een reeds lang bestaande wet en bijbehorende regels.' [15]

Daarop had Schreuder-Vlasblom[16] kritiek geuit.[17] Van der Vlies gaat in haar Handboek niet in op deze kritiek. Wel relativeert zij haar eigen conclusie ten slotte weer, door er op te wijzen dat de mate van beleidsvrijheid niet altijd parallel loopt met het onderscheid tussen regelgeving en beschikking.[18] Ook acht zij het mogelijk dat het motiveringsbeginsel ten aanzien van beschikkingen en het door haar wel ten aanzien van regelgeving gehanteerde 'beginsel van de duidelijke doelstelling' naar elkaar toe zullen

9 Hof van Justitie 13 maart 1968, 5/67, *Beus*, p. 135.
10 Koopmans 1980: 126.
11 Van der Vlies 1991: 153.
12 Van der Vlies 1991: 154.
13 Van der Vlies 1991: 154.
14 Waar haar Handboek op gebaseerd is.
15 Van der Vlies 1984: 194.
16 Schreuder-Vlasblom 1985a: 325.
17 Zie paragraaf 7.5.
18 Van der Vlies 1991: 154.

groeien.[19] Volgens Kistenkas zou men het laatstgenoemde beginsel 'wel het motiveringsbeginsel voor regelgeving kunnen noemen'.[20]

Het belang van een duidelijke doelstelling is volgens Van der Vlies gelegen in het overtuigen van de betrokkenen dat het doel het nastreven waard is, in het laten zien dat alle belangen tegen elkaar zijn afgewogen, en in het vereenvoudigen en uniformeren van de interpretatie van de regeling. Bovendien zijn duidelijke doelstellingen van belang bij evaluatie van de regeling.[21]

Haar 'beginsel van de duidelijke doelstelling' eist dat het doel van regelgeving op drie niveaus duidelijk wordt aangegeven:[22]

— het algemene beleidskader waarin de regeling past — te formuleren in regeringsverklaring, troonrede, begrotingstoelichting of nota;[23]
— het doel van de regeling als geheel — te formuleren in considerans, toelichting of andere begeleidende stukken;[24]
— het doel van de verschillende onderdelen van de regeling.

Hierbij dient de regelgever volgens Van der Vlies in ieder geval het volgende te doen:

— de bij de regeling betrokken belangen noemen;
— aangeven hoe deze belangen tegen elkaar zijn afgewogen;
— de relatie tussen het algemene beleidskader en de regeling aangeven.[25]

Volgens Van der Vlies zal het niet altijd haalbaar zijn om het doel in precieze, 'instrumentele' termen te formuleren, en zal soms dus volstaan moeten worden met globale doelaanduidingen.[26]

Aldus komt Van der Vlies uit op een iets minder beperkte motiveringsplicht dan Kortmann en Koopmans. Door niet van 'motivering' maar van 'duidelijke doelstelling' te spreken, probeert zij aan te geven dat regelgevers tot minder motivering verplicht zijn dan beschikkinggevers.

Naast de genoemde motiveringsplichten die voortvloeien uit haar beginsel van de duidelijke doelstelling leidt zij echter ook nog een aantal motiveringsplichten voor regelgevers af uit andere door haar onderscheiden beginselen van behoorlijke regelgeving.

Zo gaat 'het beginsel van het juiste orgaan' geheel op in motiveringsplichten. De regelgever moet motiveren, dat het stellen van een bepaalde regel binnen zijn bevoegdheid valt, en waarom hij het regelen van een bepaalde materie niet zelf

19 Van der Vlies 1991: 154.
20 Kistenkas 1993: 42.
21 Van der Vlies 1991: 150-153; zie ook 1993: 36-46.
22 Van der Vlies 1991: 150.
23 Van der Vlies 1991: 151.
24 Van der Vlies 1991: 153.
25 Van der Vlies 1991: 150-151; in gelijke zin: Kistenkas 1993: 42.
26 Van der Vlies 1991: 150.

behartigt, maar aan een ander orgaan opdraagt.[27] Het tweede punt draait Van der Vlies vervolgens om waar het de verhouding tussen centrale en decentrale overheid betreft: juist regelingen waarbij de centrale overheid een materie, die tot dan toe door lagere overheden werd behartigd, zelf gaat regelen, moeten 'uitgebreid worden toegelicht'.[28] Ten aanzien van het eerste punt kan veelal volstaan worden met een verwijzing naar een hogere regeling, aldus Van der Vlies in haar proefschrift.[29]

Van der Vlies geeft aan de volgende twee door haar onderscheiden beginselen van behoorlijke regelgeving wel een materiële inhoud: het 'noodzakelijkheidsbeginsel' verzet zich tegen overbodige of onnodige zware regelingen[30] en het 'beginsel van de uitvoerbaarheid' eist dat er voldoende maatschappelijk draagvlak, een voldoende uitgerust apparaat, voldoende financiële middelen en adequate sancties voor de handhaving van een regeling zijn.[31] Hoewel in het kader van deze beginselen diverse specifieke motiveringsplichten voor de hand liggen, noemt Van der Vlies die in haar Handboek niet. Zij verwijst slechts naar de in de Comptabiliteitswet 1976, de Financiële-Verhoudingswet 1984 en de 'Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek' van 1984 opgenomen financiële motiveringsplichten.[32]

Bij het 'beginsel van de consensus' formuleert Van der Vlies vervolgens wel weer nadrukkelijk een motiveringsplicht: van de door het beginsel geëiste pogingen om door openbaarheid, het horen van belanghebbenden en het inwinnen van advies consensus te bereiken 'dient — ter controle — verslag te worden uitgebracht, en wel in de toelichting bij de betrokken regeling'.[33]

Hoewel Van der Vlies bij de behandeling van het 'gelijkheidsbeginsel' benadrukt dat het daarbij gaat om de beoordeling van de gerechtvaardigdheid van onderscheid, of van de redelijkheid van de grond voor onderscheid,[34] komt zij[35] toch niet uit bij een plicht voor de wetgever om het maken van onderscheid in regelingen te motiveren.[36] Zij komt daardoor ook niet toe aan de vraag of de rechter ongemotiveerd onderscheid eerder buiten toepassing zal (moeten) laten dan gemotiveerd onderscheid.

Ook uit het 'rechtszekerheidsbeginsel' leidt Van der Vlies geen motiveringsplichten af — althans in haar Handboek[37] niet; in haar proefschrift had zij nog geschreven dat elke inbreuk op gerechtvaardigde verwachtingen gemotiveerd moest worden met een belangenafweging.[38] In haar Handboek benadrukt zij echter wel dat dit beginsel een afweging eist van enerzijds het belang van wetswijziging met onmiddellijke werking of zelfs met terugwerkende kracht, en anderzijds het belang van de rechtszekerheid.[39]

27 Van der Vlies 1991: 154.
28 Van der Vlies 1991: 157.
29 Van der Vlies 1984: 195.
30 Van der Vlies 1991: 157-159.
31 Van der Vlies 1991: 159.
32 Van der Vlies 1991: 162.
33 Van der Vlies 1991: 164.
34 Van der Vlies 1991: 273.
35 Anders dan Huizer 1991: 61, zie paragraaf 7.2.
36 Vergelijk paragraaf 4.6.2 omtrent deze implicatie van artikel 1 van de Grondwet.
37 Van der Vlies 1991: 177-179.
38 Van der Vlies 1984: 208.
39 Van der Vlies 1991: 174-175.

Het door Van der Vlies onderscheiden 'beginsel van de individuele rechtsbescherming', eist onder meer dat 'in beginsel tegen elk overheidsbesluit beroep op een administratieve rechter' mogelijk is. 'Het uitsluiten van een dergelijk beroep dient te worden gemotiveerd'.[40] Ook de uitsluiting van hoger beroep dient te worden gemotiveerd.[41]

Hoewel Van der Vlies dus aanmerkelijk meer motiveringsplichten erkent dan Kortmann en Koopmans, is zij er — op grond van twee min of meer plausibele gronden: zie boven en hierna — niet toe overgegaan een algemene motiveringsplicht te erkennen als beginsel van behoorlijke regelgeving. Daarop is met name door Schreuder-Vlasblom kritiek geleverd.

7.5 Volle erkenners

7.5.1 Schreuder-Vlasblom

In haar bespreking van het proefschrift van Van der Vlies verdedigt Schreuder-Vlasblom het standpunt dat het aanbeveling verdient 'een algemeen (...) motiveringsbeginsel ter zake van alle overheidsoptreden te hanteren'. Daarbij heeft zij kennelijk het beginsel van kenbare motivering op het oog. De diverse door Van der Vlies onderscheiden specifieke motiveringsplichten van de wetgever[1] zouden als onderdelen daarvan beschouwd moeten worden.[2] De argumentatie van Van der Vlies tegen onderwerping van de wetgever aan een algemene motiveringsplicht, bestrijdt zij met de volgende stellingen: juist waar de overheid nieuwe beleidsterreinen betreedt, past een nauwkeurige motivering; bovendien worden niet alle beschikkingen in het kader van een bestaande wet genomen; en sommige regelingen passen juist wel in zo een afgepaald kader.[3]

Inderdaad is het onderscheid tussen wetgeving en het geven van beschikkingen niet scherp,[4] en is er dus wat voor te zeggen om beide rechtsfiguren onderworpen te achten aan dezelfde beginselen. Dat doet echter niet af aan het eerste argument van Van der Vlies: de motieven voor een wet zijn soms te veel om op te noemen.[5] Schreuder-Vlasblom gaat niet in op dat probleem. Wel stelt zij dat in de praktijk niet altijd alle 'beginselen betreffende het overheidsoptreden' onverkort kunnen worden gehonoreerd. 'De mate waarin dat al dan niet het geval is, is niet direct afhankelijk van de last die aan het bestuur wordt opgelegd of iets dergelijks, doch van de onderlinge verhouding tussen de beginselen in een bepaald geval'.[6] De vraag welke beginselen de 'absolute gelding'

40 Van der Vlies 1991: 178.
41 Van der Vlies 1993: 45.
1 Zie de voorgaande paragraaf.
2 Schreuder-Vlasblom 1985a: 325.
3 Schreuder-Vlasblom 1985a: 325
4 Zoals Van der Vlies ook betoogt; 1984: 118 en 1991: 154.
5 Van der Vlies 1991: 153.
6 Schreuder-Vlasblom 1985a: 324.

van een motiveringsbeginsel voor de wetgever kunnen 'mitigeren' laat zij vervolgens in het midden.[7]

7.5.2 Van Kreveld

In een beschouwing over de rechtsstatelijke en bestuurlijke eisen inzake de kwaliteit van wetgeving maakt Van Kreveld onderscheid tussen de vereisten van rechtmatigheid, van doeltreffendheid en van doelmatigheid.[8] Daarmee lijkt hij aan te sluiten bij het door J.M. Polak gemaakte onderscheid tussen 'eisen van doelmatigheid' en 'beginselen van behoorlijke wetgeving'.[9] Anders dan Polak rekent Van Kreveld het motiveringsbeginsel[10] echter tot het recht.[11] Volgens hem eist het ongeschreven recht:

> 'een deugdelijke motivering, die in de memorie van toelichting dient te zijn neergelegd. Zij dient inzicht te geven in het ter voorbereiding van de wet verrichte onderzoek, de gevolgde redeneringen, de afwegingen die ten grondslag liggen aan de keuze voor de wet als zodanig en aan de *voornaamste* in het wetsvoorstel neergelegde nadere keuzen.' [12]

Hoewel dit een veel ruimere motiveringsplicht is dan de door Kortmann en Koopmans verdedigde, is zij toch niet onbeperkt. Van Kreveld acht wetsmotivering van groot belang om de volgende redenen:

> 'Zij biedt anderen de mogelijkheid te controleren of de wet aan alle eisen van geschreven en ongeschreven recht, doeltreffendheid en doelmatigheid voldoet. Zij biedt de wetgever de mogelijkheid anderen daarvan en derhalve van de juistheid van de wet te overtuigen. En dat op haar beurt is van fundamenteel belang voor het vertrouwen in de wet èn daarmee voor de doeltreffendheid van die wet.' [13]

Volgens Van Kreveld hangt de verplichting tot wetsmotivering dus onder meer samen met ander bovenwettelijk recht. Dat blijkt ook uit zijn stelling dat daar waar zich (bijvoorbeeld bij 'ombuigingen') een spanning voordoet tussen het rechtszekerheidsbeginsel en de eis van doeltreffendheid, een zorgvuldige afweging dient plaats te vinden die tot uitdrukking komt in een 'kenbare, sluitende motivering'.[14]

7 Schreuder-Vlasblom 1985a: 325.
8 Van Kreveld 1990a: 189 en 193.
9 Zie paragraaf 7.3.2.
10 Evenals het zorgvuldigheidsbeginsel.
11 Van Kreveld 1990a: 197.
12 Van Kreveld 1990a: 197 (cursivering van mij, W.).
13 Van Kreveld 1990a: 197.
14 Van Kreveld 1990a: 195.

7.5.3 Van Male

Volgens Van Male geldt de motiveringsplicht voor alle eenzijdige publiekrechtelijke rechtshandelingen van bestuur en wetgever.[15] Daarmee sluit hij zich aan bij de opvatting van Schreuder-Vlasblom (zie boven). Van Male onderbouwt dit standpunt met twee samenhangende argumenten:

— De beginselen van het staatsrecht en het bestuursrecht zijn dezelfde, omdat 'het staats- en bestuursrecht één ongedeelde rechtsorde vormt'.[16] In deze opvatting moet recht 'berusten op een waardering en afweging van tegengestelde belangen uit algemene gezichtspunten'.[17] Alle publiekrechtelijke bevoegdheden — van die tot het geven van beschikkingen tot en met die tot het vaststellen van wetten — betreffen de nadere concretisering van 'voorgegeven rechtsbeginselen'. Het 'rechtsstatelijk vereiste dat besluitvorming door overheidsorganen niet willekeurig mag zijn' brengt daarbij mee dat de ter concretisering gemaakte keuzen onderbouwd worden met 'steekhoudende argumenten'.[18]
— Het is niet goed mogelijk een overtuigend onderscheid te maken tussen beschikkingen en andere publiekrechtelijke rechtshandelingen. Ook bij 'parlementaire' wetten overheerst het bestuurlijke aspect, 'waardoor zij meer weg hebben van bestuursdaden dan van het klassieke wetsbegrip'.[19]

Het eerste punt heeft iets weg van een cirkelredenering: het biedt meer een verhelderend model dan een overtuigend argument. Het tweede argument, dat we ook al bij Schreuder-Vlasblom tegenkwamen, heeft meer overtuigingskracht.

Dat het goed is dat het motiveringsbeginsel ook geldt voor 'parlementaire' wetgeving, betoogt Van Male vervolgens door te wijzen op de functies die het vervult:

— De motiveringseis dwingt tot een zorgvuldige en inzichtelijke doel- en middelenkeuze, en draagt daardoor bij aan een verhoging van de kwaliteit van wetgeving, zowel uit een oogpunt van beleid als in verband met haar rechtmatigheid.[20]
— Een overtuigende motivering zal tegenstanders tot aanvaarding van de wet kunnen brengen.[21]
— Motivering maakt het mogelijk om de kwaliteit te beoordelen van de argumentaties van de bij de totstandkoming van wetten betrokken personen en instanties.[22]
— Motivering beperkt de vrijheid (en de moeite) die bestuursorganen en rechters kunnen hebben bij het vaststellen van de strekking van de wet.[23]

15 Van Male 1990: 282.
16 Van Male 1990: 280.
17 Hirsch Ballin 1988a: 130.
18 Van Male 1990: 280-281.
19 Van Male 1990: 282.
20 Van Male 1990: 282-283.
21 Van Male 1990: 283.
22 Van Male 1990: 283.
23 Van Male 1990: 284.

— Motivering maakt het gemakkelijker voor rechters om na te gaan of de wetgever het geldende recht in acht heeft genomen.[24] Europese en nationale rechters beoordelen de (internationale) rechtmatigheid van wetten 'mede op basis van de eraan ten grondslag liggende motivering'.[25]

Tenslotte poneert Van Male nog de stelling 'dat iedere motiveringsklacht kan worden omgezet in een klacht over schending van het gelijkheidsbeginsel'. Volgens hem zou dat voortvloeien uit de omstandigheid 'dat het gelijkheidsbeginsel kan worden geanalyseerd als een verbod tot *ongerechtvaardigde* ongelijke behandeling'.[26] Die analyse van het gelijkheidsbeginsel moge juist zijn[27] — volgens elementaire logica vloeit de genoemde stelling van Van Male daar echter niet uit voort. Dat elke schending van het gelijkheidsbeginsel tevens een schending van het motiveringsbeginsel oplevert, betekent nog niet dat het omgekeerde ook geldt. Ik zie bijvoorbeeld niet hoe men zich met een beroep op het gelijkheidsbeginsel kan beklagen over elke ongemotiveerde delegatie of terugwerkende kracht. Dat neemt echter niet weg dat onderscheid een van de meest voorkomende — te motiveren — keuzes in wetgeving zal zijn, en dat ook terugwerkende kracht bijvoorbeeld niet alleen krachtens het motiveringsbeginsel gemotiveerd moet worden, maar ook krachtens gangbare interpretaties van het rechtszekerheids- of vertrouwensbeginsel.[28]

Waartoe het motiveringsbeginsel de wetgever volgens Van Male precies verplicht, is onduidelijk. In ieder geval tot meer dan het slechts vermelden van het doel van de wet.[29] Blijkens zijn onderbouwing van de verplichting tot wetsmotivering, en blijkens de door hem gegeven voorbeelden, denkt hij daarnaast vooral aan motivering in verband met het gelijkheidsbeginsel en andere regels en beginselen van bovenwettelijk recht.[30] Aldus sluit zijn opvatting goed aan bij die van Van Kreveld,[31] en ook enigszins bij die van Van der Vlies.[32]

7.5.4 Barendrecht

Volgens Barendrecht vormen het motiveringsbeginsel en de andere formele rechtsbeginselen 'in wezen een aanvulling op regels als die van art. 81 tot en met 88 Grondwet'.[33] Daarmee erkent hij dat 'het beginsel dat een regel behoorlijk moet zijn gemotiveerd' [34] ook voor de wetgever geldt.

24 Van Male 1990: 285.
25 Van Male 1990: 288.
26 Van Male 1990: 289.
27 Zie de paragrafen 3.1.6 en 4.6.2.
28 J.M. Polak 1979: 46; Ruiter 1982: 31; Van Kreveld 1990a: 195.
29 Van Male 1990: 282.
30 Zie ook Van Male 1988a: 468-472.
31 Zie paragraaf 7.5.2.
32 Zie paragraaf 7.4.
33 Barendrecht 1992a: 166.
34 Barendrecht 1992a: 165.

Net als de zojuist genoemde schrijvers, legt Barendrecht ook een verband tussen het motiveringsbeginsel en materiële bovenwettelijke normen. Dat verband betreft echter slechts de vraag of de rechter ook aan het motiveringsbeginsel mag toetsen. Volgens hem zou de rechter dat op twee indirecte manieren moeten kunnen doen. In de eerste plaats zal de wijze waarop een wet gemotiveerd is van invloed kunnen zijn op het oordeel van de rechter of de wetgever in redelijkheid tot de regel is kunnen komen. De benadering die de Hoge Raad heeft gehanteerd in het arrest over het *spuitvliegen*[35] zou volgens hem dus ook ten aanzien van wetgeving passend zijn. In de tweede plaats acht Barendrecht het mogelijk dat

> 'het motiveringsbeginsel op een zodanige manier is veronachtzaamd, dat de rechter juist daardoor niet meer kan nagaan of de maatregel aan de materiële maatstaven voldoet. Indien een maatregel (...) in het geheel niet is gemotiveerd, kan wellicht niet worden vastgesteld welk doel daarmee is beoogd en of de maatregel ter bereiking van dat doel gerechtvaardigd is.' [36]

Een dergelijke, 'ernstige en evidente' schending van het motiveringsbeginsel zal volgens hem tot buitenwerkingstelling van de regel wegens strijd met de desbetreffende materiële toetsingsnorm moeten kunnen leiden.[37]

7.6 Inhoud en karakter van het erkende beginsel

Het voorgaande laat zich als volgt samenvatten:

De gedachte dat ongeschreven beginselen de wetgever tot motivering verplichten heeft de laatste vijftien jaar steeds meer steun gevonden in de literatuur over bovenwettelijk recht. Vooral het inzicht dat het verschil tussen de rechtshandelingen 'beschikking' en 'wet' steeds kleiner is geworden, heeft daartoe bijgedragen (Koopmans, Schreuder-Vlasblom, Van Male). De door Van Angeren en J.M. Polak aangevoerde argumenten tegen een dergelijke motiveringsverplichting kunnen niet overtuigen. En de argumenten van Van der Vlies pleiten slechts tegen een geheel onbeperkte motiveringsplicht.

Verschillende suggesties voor inperking van de motiveringsplichten van de wetgever zijn gedaan. Gezien de veelheid en het belang van de functies van wetsmotivering (Van Male), lijkt een beperking tot slechts doelvermelding — waarvoor sinds 1980 geen schrijver meer gepleit heeft — onwenselijk. Zinvoller wordt het gevonden om de motiveringsplichten van de wetgever toe te spitsen op de voornaamste in wetgeving gemaakte keuzen (Van Kreveld). Daarbij denken de meeste schrijvers vooral aan vermelding van het doel van de wet en aan motivering van de verhouding tot andere bovenwettelijke regels en beginselen (Van Kreveld, Van Male, Barendrecht, en ook Koopmans eigenlijk al; incidenteel ook Van der Vlies, Ruiter, en zelfs Polak).

Opvallend is dat in de literatuur vrijwel geen onderscheid wordt gemaakt tussen een beginsel inzake draagkrachtige en een beginsel inzake kenbare motivering. Het accent

35 Hoge Raad 16 mei 1986, AB 574; zie paragraaf 8.3.1.
36 Barendrecht 1992a: 166.
37 Barendrecht 1992a: 166-167.

lijkt telkens te liggen op het laatste (het onderwerp van deze studie). Dat (kenbare) motivering ook draagkrachtig moet zijn spreekt voor de meeste schrijvers vanzelf (expliciet: Den Hollander, Huizer, Van Kreveld, Van Male). De vereiste draagkrachtigheid van motieven voor wetgeving komt daarnaast vooral ter sprake bij de clausulering van materiële beginselen inzake wetgeving — bijvoorbeeld bij de formulering van de toelaatbaarheid van inbreuken op het verbod van terugwerkende kracht (Van Angeren, J.M. Polak, Van der Vlies, Van Kreveld, Kortmann, Barendrecht).

In de besproken literatuur bestaat dus *enige eensgezindheid* over de gelding bij wetgeving van een ruime ongeschreven motiveringsverplichting.

Een ongeschreven regel of een ongeschreven beginsel? Dat ligt eraan hoe open je de norm formuleert. Over de precieze inhoud van de norm bestaat tussen de schrijvers echter nog onvoldoende eensgezindheid om haar als regel(s) te kunnen formuleren. Er bestaat bijvoorbeeld geen eensgezindheid over de vraag of de verplichting tot motivering zich richt tot 'de wetgever',[1] tot de indiener van een wetsvoorstel[2] of tot beide.[3] In grote lijnen zijn de meeste schrijvers het echter wel eens. Men kan dan ook spreken van een *in de literatuur erkend beginsel* met de volgende inhoud:

> Wetgeving moet gemotiveerd worden door vermelding van het doel van de wet en door bespreking — in het licht van andere bovenwettelijke normen — van de overwegingen die geleid hebben tot de voornaamste daarin gemaakte keuzen.

In de aangehaalde literatuur wordt het beginsel de laatste jaren steeds als deel van het geldende recht beschouwd.[4] Alleen Van der Vlies houdt wat dat betreft een slag om de arm waar zij de door haar genoemde beginselen in hun relatie tot 'parlementaire' wetgeving karakteriseert als 'constitutioneel recht in wording; om als constitutioneel recht te kunnen worden aangeduid, behoeven zij nog nadere uitwerking'.[5] Dat nadere uitwerking nodig is, is echter een algemeen kenmerk van beginselen en andere open normen, en doet dus niets af aan hun rechtskarakter. Ook de (on)mogelijkheid van rechterlijke toetsing aan beginselen staat los van het rechtskarakter van beginselen.[6] Het beginsel kan dus een *rechtsbeginsel* genoemd worden.

De suggestie van Van Kreveld[7] om de term 'algemeen rechtsbeginsel' te reserveren voor die 'beginselen van behoorlijke wetgeving' waaraan de rechter toetst, heeft in de literatuur met betrekking tot 'parlementaire' wetgeving geen navolging gevonden.[8] Ook

1 Koopmans 1980: 126.
2 Van Kreveld 1990a: 197.
3 Kortmann 1979: 72; Van der Vlies 1991: 153.
4 Schreuder-Vlasblom 1985a: 324; Van Kreveld 1990a: 194; Van Male 1990: 280; Barendrecht 1992a: 165-167.
5 Van der Vlies 1991: 146.
6 Kortmann 1990: 309.
7 Van Kreveld 1985: 310.
8 Zie Van Buuren 1987a: 46-50 en Van Male 1988a: 322-324 omtrent de terminologie bij toetsing van lagere regelingen.

Van Kreveld zelf hanteert in zijn recente beschouwing over (onder meer) rechtsstatelijke eisen met betrekking tot de kwaliteit van wetgeving noch de term 'algemeen rechtsbeginsel', noch de term 'beginsel van behoorlijke wetgeving'. Hij spreekt tegenwoordig over 'vereisten van rechtmatigheid', 'geschreven en ongeschreven recht' en 'beginselen'.[9]

In de hierboven gegeven formulering is de motiveringseis uiteraard geen *algemeen* rechtsbeginsel. De formulering is immers toegespitst op wetgeving; voor andere typen besluiten zou de motiveringsplicht anders omschreven kunnen of moeten worden. Desalniettemin kan men het bedoelde beginsel beschouwen als een eis die voortvloeit uit een *algemeen rechtsbeginsel* dat geldt voor alle (eenzijdige publiekrechtelijke) handelingen van de overheid.[10] Volgens de literatuur stelt dit algemene rechtsbeginsel bij wetgeving echter niet precies dezelfde eisen als bij het geven van beschikkingen. Daarom verdient het aanbeveling om — naast het algemene rechtsbeginsel — ook die specifiekere eisen te blijven formuleren en benoemen.

Met betrekking tot bestuurlijke beschikkingen is sinds vele jaren sprake van een beginsel van kenbare motivering als 'beginsel van behoorlijk bestuur'. De terminologische parallellie is er dus mee gediend om — in navolging van Kortmann, Koopmans, Maas en Van der Vlies — het hier besproken motiveringsbeginsel aan te duiden als *beginsel van behoorlijke wetgeving*. Indien men tevens het oog heeft op onparlementaire regelgeving, dan kan men spreken van *beginsel van behoorlijke regelgeving*.

Aldus ontstaat een heldere terminologie, waarin beginselen van behoorlijke wetgeving een nader gespecificeerde subcategorie vormen van beginselen van behoorlijke regelgeving, die op hun beurt weer een nader gespecificeerde subcategorie van algemene rechtsbeginselen vormen.[11] Deze terminologie sluit zowel aan bij ontwikkelingen in de jurisprudentie[12] als bij ontwikkelingen in de legisprudentie.[13]

9 Van Kreveld 1990a: 193-194.

10 Schreuder-Vlasblom 1985a: 324; Brussee en Voss 1990: 80; Van Male 1990: 282; Barendrecht 1992a: 156-167.

11 Zie Kortmann 1990: 103.

12 Waar sommige regelgeving getoetst wordt aan 'algemene rechtsbeginselen', zie paragraaf 8.3.3.

13 Waar onder meer getoetst wordt aan 'beginselen van recht en behoorlijke wetgeving', zie bijvoorbeeld de paragrafen 9 en 15 van het advies van de Raad van State uit 1990 over wetsvoorstel 21842; zie daarover J.P. de Jong 1993. Zie ook paragraaf 5.4.3.5.

8 Vergelijkbare motiveringsplichten

8.1 Inleiding

In het procesrecht, in het Nederlandse bestuursrecht en in het institutionele Europese-Gemeenschapsrecht spelen motiveringsplichten een belangrijke rol — door het ontbreken van toetsingsverboden óók in de jurisprudentie. Onderzoek van die plichten kan op twee manieren licht werpen op de vraag of ook de wetgever tot motivering van zijn besluiten verplicht is.

In de eerste plaats kan men uitgaan van de *eenheid van het publiekrecht*.[1] Regels die in verschillende takken van het publiekrecht blijken te gelden, zou men ook in de wetgevingsrechtelijke tak als geldend kunnen erkennen, althans als navolgenswaardig voorbeeld kunnen presenteren. Daarom zal ik in de volgende paragrafen de inhoud van de motiveringsplichten in enkele andere takken van het publiekrecht bespreken. Indien en voor zover die motiveringsplichten inhoudelijk overeenkomsten vertonen, zou geconcludeerd kunnen worden tot het bestaan van een algemene publiekrechtelijke motiveringsplicht — en dus tot het bestaan of de wenselijkheid van een motiveringsplicht in het wetgevingsrecht.

In de tweede plaats kan men aanknopen bij de *motieven voor motiveringsplichten*. Indien en voor zover de motieven voor proces-, bestuurs- en Gemeenschapsrechtelijke motiveringsplichten ook opgaan voor de motivering van wetten, zou geconcludeerd kunnen worden tot het bestaan of althans de wenselijkheid van wetgevingsrechtelijke motiveringsplichten. Daarom bespreek ik in de volgende paragrafen niet alleen de inhoud van, maar ook de motieven voor de motiveringsplichten in andere takken van het publiekrecht.

Bij beide benaderingen kan slechts tot het bestaan van een motiveringsverplichting van de wetgever geconcludeerd worden, indien en voor zover het geven van wetten overeenkomsten vertoont met het nemen van andere publiekrechtelijke besluiten.[2]

Procesrechtelijke motiveringsplichten heb ik al — kort — aangeduid in paragraaf 1.1.1. Hier bespreek ik nu achtereenvolgens de motiveringsplichten die erkend worden ten aanzien van:

— beschikkingen van Nederlandse bestuursorganen (paragraaf 8.2);
— regelgeving van Nederlandse bestuursorganen (paragraaf 8.3);
— beschikkingen van de instellingen van de Europese Gemeenschappen (paragraaf 8.4);
— verordeningen van de instellingen van de Europese Gemeenschappen (paragraaf 8.5).

1 Zie paragraaf 7.5.3.
2 Zie het begin van paragraaf 7.6 en verder de paragrafen 8.6 en 9.2.

8.2 Nederlandse beschikkingen

8.2.1 Twee motiveringsbeginselen

Ten aanzien van de motieven voor bestuursbeschikkingen zijn twee beginselen van behoorlijk bestuur ontwikkeld.[3] Volgens het zogenaamde materiële 'motiverings-beginsel' moet een beschikking gedragen kunnen worden door de daaraan ten grondslag liggende motieven. En volgens het zogenaamde formele motiveringsbeginsel moeten deze motieven kenbaar worden gemaakt.

Hier is vooral het tweede beginsel van belang: de op het bestuur rustende verplichting om beschikkingen te motiveren. Eerst echter enkele opmerkingen over het materiële beginsel, dat als volgt gecodificeerd wordt in artikel 4:16 van de Algemene wet bestuursrecht:

> 'Een beschikking dient te berusten op een deugdelijke motivering.'

Het is verwarrend om dit beginsel als 'motiveringsbeginsel' aan te duiden. Het heeft immers geen betrekking op het motiveren van een beschikking, maar op de *motieven* waarop een beschikking berust. Terecht heeft Duk het gebruik van het woord 'motivering' in artikel 4:16 gekritiseerd:

> 'Als (de gronden waarop een beschikking rust) ontoereikend zijn, kunnen ze niet alsnog toereikend worden door wat een creatieve bestuurder, ter motivering van zijn besluit, toevertrouwt aan geduldig papier.' [4]

Het materiële 'motiveringsbeginsel' eist niet dat de motivering deugdelijk of draag-krachtig[5] is, maar dat de motieven (de bewuste redenen) dat zijn. Conform het door mij in paragraaf 1.3 geïntroduceerde onderscheid tussen 'motief' en 'motivering', zou ik het materiële 'motiveringsbeginsel' eigenlijk 'motiefbeginsel' moeten noemen. Zo ver wil ik echter niet afwijken van het gangbare spraakgebruik. Ik volsta met toevoeging van aanhalingstekens. Dit materiële 'motiveringsbeginsel' is reeds lang als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur erkend.[6]

8.2.2 Een algemene motiveringsplicht?

Het (formele) motiveringsbeginsel heeft veel minder aandacht gekregen dan het materiële 'motiveringsbeginsel'. Zijn erkenning als *algemeen* beginsel van behoorlijk bestuur is ook van recenter datum.

3 Zie ook paragraaf 1.3.2.
4 Duk 1990: 65.
5 Zie Nicolaï 1990: 321-323.
6 Zie Nicolaï 1990: 61 en 110.

Aanvankelijk nam de jurisprudentie slechts een (ongeschreven) motiveringsplicht aan bij bijzondere categorieën beschikkingen,[7] zoals 'bij de uitvoering van een sociale verzekeringswet' [8] en 'een tuchtrechtelijke beschikking als de onderwerpelijke'.[9]

Inmiddels geldt het formele motiveringsbeginsel voor een zeer groot deel van alle beschikkingen: niet alleen voor beschikkingen die een afwijzing van een verzoek inhouden, maar ook voor beschikkingen die voor derden belastend zijn.[10] Volgens Nicolaï is mededeling van de aan een beschikking ten grondslag liggende overwegingen steeds vereist 'als aannemelijk is dat een persoon een direct belang heeft bij kennisneming van die overwegingen'.[11]

In de literatuur werd het beginsel dan ook steeds vaker gepresenteerd als een regel met enkele uitzonderingen.[12] Die lijn wordt gevolgd in de Algemene wet bestuursrecht. Het eerste lid van artikel 4:17 daarvan bevat de regel, die talloze specifieke wettelijke motiveringsplichten overbodig maakt:

> 'De motivering wordt vermeld bij de bekendmaking van de beschikking.'

Artikel 4:18, eerste lid, bevat de uitzondering op deze regel, en artikel 4:18, tweede lid, een uitzondering op die uitzondering:

> '1. De vermelding van de motivering kan achterwege blijven indien redelijkerwijs kan worden aangenomen dat daaraan geen behoefte bestaat.
> 2. Verzoekt een belanghebbende binnen een redelijke termijn echter om de motivering, dan wordt deze zo spoedig mogelijk verstrekt.'

Volgens de memorie van toelichting kan de uitzondering van toepassing zijn:

> 'bij voorbeeld omdat niemand door de beschikking geschaad of belast wordt, omdat de beschikking conform de aanvraag is of omdat de beschikking reeds lang aangekondigd was, en de motivering reeds lang bekend was, zonder dat iemand bezwaar tegen de beslissing zal hebben.' [13]

Ook in een dergelijke situatie kan er echter behoefte bestaan aan 'vermelding van de motivering'. Dat was bijvoorbeeld het geval in de zaak waarover de Afdeling voor de geschillen van bestuur oordeelde.[14] Naar aanleiding van die uitspraak heeft Nicolaï de volgende stelling als 'verdedigbaar' gekwalificeerd:

7 Nicolaï 1990: 128-129.
8 Centrale Raad van Beroep 23 december 1960, *Rechtspraak Sociale Verzekeringen* 1961, 25.
9 Koninklijk Besluit 10 januari 1974, AB 259.
10 Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 1993: 329-330.
11 Nicolaï 1990: 371.
12 VAR-rapport *Algemene bepalingen van administratief recht* 1984: 143; Donner 1987: 103-104; In 't Veld/Koeman 1985: 100.
13 Kamerstukken II 1988/89, 21221 nr. 3, p. 111.
14 Afdeling geschillen van bestuur 27 december 1988, AB 1989, 106.

'(O)ok bij "zuiver" begunstigende beschikkingen (zijn er) altijd personen (namelijk eventuele gegadigden voor eenzelfde begunstigende beschikking) die er een (rechtens te beschermen) belang bij hebben om van de motieven kennis te (kunnen) nemen.' [15]

Aanvaarding van deze stelling zou ertoe leiden dat vrijwel alle beschikkingen gemotiveerd moeten worden. De stelling is echter te algemeen geformuleerd. Zij gaat niet op bij beschikkingen die gegeven worden op grond van een gebonden beschikkingsbevoegdheid, of die gegeven worden conform bekend gemaakte beleidsregels.

In *welk stadium* moet de motivering worden verstrekt?

Volgens artikel 4:17, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, moet de motivering reeds verstrekt worden bij de bekendmaking van de beschikking. Aldus ook Nicolaï.[16] Het derde lid van artikel 4:17 maakt het mogelijk om in geval van spoed de motieven iets later bekend te maken dan de beschikking zelf. Bij toepassing van het in de vorige paragraaf genoemde artikel 4:18 zal de motivering pas verstrekt moeten worden na ontvangst van een verzoek daartoe, en wel 'zo spoedig mogelijk' daarna. Op de gevolgen van 'tardieve' motivering en van andere schendingen van de motiveringsplicht ga ik in paragraaf 8.2.5 nader in.

8.2.3 Waaruit moet de motivering bestaan?

Volgens artikel 4:17 van de Algemene wet bestuursrecht moet 'de motivering' worden vermeld. De enige nadere aanduiding van wat 'de motivering' moet inhouden, is in artikel 4:20 te vinden: het feit en de redenen van een eventuele afwijking van een krachtens wettelijk voorschrift uitgebracht advies moeten erin worden vermeld.[17]

De motiveringsplicht van artikel 4:17 bevat volgens de memorie van toelichting twee elementen:[18]

- het bestuur moet 'inzicht verschaffen in de door hem gevolgde gedachtengang' (de motivering moet daarom volledig zijn en verwijzen naar de 'specifieke omstandigheden' van het geval);
- de motivering moet voor de desbetreffende belanghebbende 'redelijkerwijs begrijpelijk' zijn (dus 'des te zorgvuldiger (...) naarmate de betrokken belanghebbende minder goed op de hoogte is').

Volgens de memorie van toelichting zal de gedetailleerdheid van de motivering mogen verschillen:

'al naar gelang het type beschikking, de desbetreffende belanghebbende of het bestuursorgaan. Indien bij voorbeeld een beschikking geen direct-belanghebbenden kent en de beschikking

15 Nicolaï 1990: 373.
16 Nicolaï 1990: 371.
17 Zie de paragrafen 4.1.5 en 5.4.3.6.
18 Kamerstukken II 1988/89, 21221 nr. 3, p. 109.

derhalve (...) bekendgemaakt wordt (...) in een publikatieblad, zou wat de motivering betreft volstaan kunnen worden met een samenvatting van de belangrijkste aspecten daarvan (...).' [19]

In het VAR-rapport *Algemene bepalingen van administratief recht* worden enkele concretere minimumeisen gesteld: naast de feitelijke grondslag en de toegepaste wettelijk voorschriften, zal 'bij een niet volstrekt "gebonden" beschikking' in ieder geval aangegeven moeten worden 'welke maatstaf of welk criterium is gehanteerd'.[20] Volgens Duk dient het in beleidsvrijheid beslissende bestuursorgaan dié informatie te verschaffen, 'die nodig is om het geval te doen herkennen als behorende tot een voor rechtens aanvaardbaar beleid relevante categorie'.[21]

Het tweede lid van artikel 4:17 eist wel dat 'zo mogelijk' het toegepaste wettelijk voorschrift vermeld moet worden bij de motivering. Over verwijzing naar een eventueel aan de beslissing ten grondslag liggende *beleidsregel* daarentegen wordt in de memorie van toelichting slechts opgemerkt dat deze 'voor de hand zal liggen'.[22]

Het antwoord op de vraag waaruit de motivering zal moeten bestaan, wordt indirect mede bepaald door de eisen die door het materiële 'motiveringsbeginsel' gesteld worden aan de draagkrachtigheid van de te vermelden motieven. Volgens Nicolaï moet de redenering 'consistent, concludent, en ook overigens begrijpelijk zijn' en moet zij getuigen van een 'juiste interpretatie van het toegepaste wettelijke voorschrift' en van een 'juiste kwalificatie van de feiten'.[23]

8.2.4 Motieven voor motiveringsplicht

In de literatuur worden verschillende redenen onderscheiden voor het ten aanzien van beschikkingen stellen van een motiveringsplicht.

In de eerste plaats dient verplichte motivering diverse concrete belangen. Zo dwingt het 'op schrift stellen van de redengeving (...) het bestuursorgaan zijn gedachten te ordenen, wat de kwaliteit van de besluitvorming bevordert'.[24] Ook kan het kenbaar zijn van de motieven bijdragen aan de aanvaarding van bestuursbesluiten.[25] Vervolgens maakt een kenbare motivering het de belanghebbenden mogelijk te controleren 'of de motieven rechtens aanvaardbaar zijn en om — bij een negatieve conclusie — het besluit wegens een gebrekkige grondslag in beroep voor vernietiging in aanmerking te brengen'.[26] Daarnaast kan de kenbaarheid van de motivering van een beschikking ook in het belang zijn van derden die via een beroep op het gelijkheidsbeginsel in aanmerking willen komen voor een even gunstige beschikking.[27] Tenslotte is kenbare

19 Kamerstukken II 1988/89, 21221 nr. 3, p. 110.
20 *Algemene bepalingen van administratief recht* 1984: 141.
21 Duk 1978: 580.
22 Kamerstukken II 1988/89, 21221 nr. 3, p. 110.
23 Nicolaï 1990: 355.
24 Van Male 1988b: 76.
25 Van Male 1988b: 76.
26 Nicolaï 1990: 372.
27 Nicolaï 1990: 373.

motivering van belang voor de controlerende rechter, die 'de juistheid van een beschikking meestal alleen (kan) beoordelen door de argumenten voor die beschikking op hun validiteit te onderzoeken'.[28]

In de tweede plaats ondersteunt de motiveringsplicht andere eisen die aan het bestuur worden gesteld. Dit betreft bovenal de door Duk benadrukte eis van stelselmatigheid: aan elk in beleidsvrijheid genomen besluit dient een beleid ten grondslag te liggen.[29] Volgens Duk heeft de motiveringsplicht vooral betrekking op 'een verlangen naar informatie die inzicht kan verschaffen in het gevoerde beleid'.[30] Bijloos en Lindner zoeken de grondslag van de motiveringsvereisten in een veelheid van eisen die aan het bestuur gesteld worden; in het algemeen: rationaliteit, consistentie, rechtmatigheid, of bij de uitoefening van discretionaire bevoegdheden: evenwichtigheid, gelijkheid, evenredigheid, zorgvuldigheid en beleidmatigheid.[31] Ook wijzen zij erop dat de twee motiveringsbeginselen niet zonder elkaar kunnen: alleen de deugdelijkheid van *kenbare* motivering is te beoordelen, en aan de kenbaarheid van motivering die niet deugdelijk hoeft te zijn, zou niemand iets hebben.[32]

In de derde plaats tenslotte speelt de motiveringsplicht een rol bij het bewaren van de afstand tussen rechter en bestuur. Een vernietiging wegens een motiveringsgebrek grijpt minder diep in de beleidsvrijheid van het bestuur in dan vernietiging wegens bijvoorbeeld kennelijke onredelijkheid. Volgens Van Buuren is vernietiging wegens formele beginselen van behoorlijk bestuur 'meer in overeenstemming met de aard van de rechterlijke functie'.[33] Vaak zal de rechter kunnen kiezen tussen vernietiging wegens een motiveringsgebrek — met de in paragraaf 8.2.5 beschreven gevolgen — en vernietiging wegens strijd met een materieel beginsel van behoorlijk bestuur.[34]

8.2.5 Gevolgen van een motiveringsgebrek

In de administratieve rechtspraak is strijd met 'het motiveringsbeginsel' een van de meest voorkomende vernietigingsgronden. Van der Meulen heeft nagegaan op welke gronden de Afdeling rechtspraak van de Raad van State van 1979 tot en met 1983 beschikkingen heeft vernietigd.[35] Bij vernietiging van beschikkingen van de centrale overheid ging het in ruim 35% van de gevallen om strijd met een van de motiveringsbeginselen; bij vernietiging van decentrale beschikkingen was dat zo in ruim 20% van de gevallen.

Vernietiging wegens een motiveringsgebrek (of wegens een ander formeel verzuim) houdt op zichzelf geen eindoordeel over de rechtmatigheid van de gegeven beschikking

28 Bijloos en Lindner 1993: 142.
29 Duk 1978: 575/576; zie ook Nicolaï 1990: 357 en Van Male 1988b: 73.
30 Duk 1978: 581.
31 Bijloos en Lindner 1993: 141.
32 Bijloos en Lindner 1993: 145.
33 Van Buuren 1979: 145; zie ook Van der Meulen 1988: 78-79 en Van Male 1988b: 75-76.
34 Van Buuren 1979: 147-149.
35 Van der Meulen 1988: 79.

in.[36] Voor het overheidsorgaan kan het immers mogelijk zijn om daarna een besluit te nemen met dezelfde strekking als het vernietigde besluit, maar met een betere motivering (of na een correcte nieuwe procedure). In een minderheid van de gevallen gebeurt dat ook.[37] Ter vermijding van de aldus na de aanvankelijke vernietiging voortdurende onzekerheid voor de belanghebbende zijn verschillende oplossingen mogelijk.

In de eerste plaats zou de rechter kunnen trachten toch tot een eindoordeel over de inhoudelijke rechtmatigheid van de beschikking te komen.[38] Dat kost echter extra tijd, en zal ten processe niet altijd lukken.[39] Bovendien kan het als tactiek handig zijn om het bestuur nog enige vrijheid te laten bij het nemen van een uiteindelijke beslissing.[40]

In de tweede plaats kan de rechter gebruik maken van de bevoegdheid om bij vernietiging van een beschikking te bepalen dat rechtsgevolgen van de beschikking in stand blijven.[41]

Tenslotte kan de rechter vernietiging van de beschikking achterwege laten, indien blijkt dat de belanghebbenden door schending van een vormvoorschrift niet zijn benadeeld.[42]

Bij elk van deze drie varianten blijft het motiveringsgebrek onrechtmatig, zelfs wanneer ten processe alsnog de vereiste motivering is verstrekt. Derhalve zal het bestuursorgaan de door de appellant geleden schade (bijvoorbeeld proceskosten) moeten vergoeden.[43] Bovendien zou de Nationale ombudsman zijn afkeuring uit kunnen spreken over een dergelijke niet-nakoming van de motiveringsplicht.[44]

8.3 Bestuurlijke regelgeving

8.3.1 Erkenning van een motiveringsplicht bij regelgeving

Ten aanzien van beschikkingen geldt een motiveringsplicht.[1] Ook ten aanzien van andere bestuurshandelingen dan beschikkingen wordt veelal een motiveringsplicht aangenomen, bijvoorbeeld ten aanzien van adviezen[2] en beleidsregels.[3] Dat ook het geven van algemeen verbindende voorschriften gemotiveerd moet worden, wordt in de

36 Van Buuren 1979: 147; In 't Veld/Koeman 1985: 100; Schermers 1988: 6.
37 Van Buuren/Bolt/Scheltema 1981: 86; Van der Meulen 1988: 80.
38 Daarvoor pleiten onder meer Donner 1987: 115 en Van der Meulen 1988: 81.
39 Duk 1978: 582; J.M. Polak 1979: 18.
40 Heringa 1989a: 212; Donner 1987: 113.
41 Artikel 8:72, derde lid, Algemene wet bestuursrecht; zie Duk 1978: 582 en Nicolaï 1990: 372.
42 Artikel 6:22 Algemene wet bestuursrecht; zie Veltman 1989 en Duk 1990: 67.
43 Van der Meulen 1987: 302; Van Maarseveen 1989: 1574; Nicolaï 1990: 372 en 503; Duk 1990: 67.
44 Oosting 1989: 172-173.
1 Zie paragraaf 8.2.
2 Kummeling 1988: 196.
3 Van Kreveld 1983: 165-167 en 1988: 195.

literatuur steeds vaker erkend.[4] Ook de Aanwijzingen voor de regelgeving verlangen dat wetgeving en andere regelgeving in een toelichting op allerlei punten wordt gemotiveerd.[5]

De Munck wijst op een Amsterdamse gemeenteverordening die door de Kroon vernietigd werd, omdat zij volgens de Kroon 'een, mede in verband met de huidige tijdsomstandigheden, ongewenschte en ongemotiveerde' salarisverhoging inhield.[6] Hij voegt daar echter aan toe, dat vermoedelijk niet het motiveringsgebrek maar de onwenselijkheid de hoofdreden voor vernietiging was.[7] Ook heeft de Kroon wel eens goedkeuring aan een voorschrift bij een bestemmingsplan onthouden, omdat 'noch uit de plantoelichting noch anderszins van een motivering' bleek dat het voorschrift 'uit planologisch oogpunt noodzakelijk' was.[8]

In de *jurisprudentie* is het bestaan van een motiveringsplicht voor bestuurlijke regelgeving nog nauwelijks met zoveel woorden erkend.[9] Een uitzondering was het (in cassatie vernietigde) vonnis van de President van de Rechtbank Den Haag van 31 juli 1984:

> 'Onder deze omstandigheden[10] moeten aan de motiveringsplicht van de staatssecretaris zware eisen worden gesteld. De in de Nederlandse Staatscourant gepubliceerde toelichting (...) zwijgt hierover. In zoverre is de motiveringsplicht geschonden.' [11]

In een ander vonnis oordeelde de President van de Rechtbank Den Haag 'dat een schending van het motiveringsbeginsel nimmer een onverbindendheid (van een regeling) tot gevolg kan hebben'.[12] Dat oordeel zegt echter niets over de vraag of het motiveringsbeginsel ten aanzien van bestuurlijke regelgeving wel of niet geldt. Die vraag wordt evenmin beantwoord door het oordeel van de Hoge Raad, dat 'aan de besluiten van de gemeenteraad' een 'motiveringseis als hier bedoeld (...) in een geval als het onderhavige' niet kan worden gesteld.[13] De Hoge Raad laat daarmee uitdrukkelijk in het midden of motivering ook niet vereist is voor andere raadbesluiten (of voor andere besluiten van algemene strekking). Anders dan M. Scheltema voor mogelijk houdt, kan men daaruit niet afleiden dat volgens de Hoge Raad 'de genoemde motiveringseis niet

4 Zie onder meer Schreuder-Vlasblom 1985a: 325, Van Kreveld 1990a: 197 en Van Male 1990: 282; zie paragraaf 7.6.
5 Aanwijzingen 211-216; zie paragraaf 5.4.3.
6 Koninklijk besluit van 3 april 1935, Staatsblad 171.
7 De Munck 1985: 202.
8 Koninklijk besluit van 7 december 1989, AB 1990, 262.
9 Van Male 1988a: 472.
10 Namelijk het niet begrijpelijk zijn van de ratio van een onderdeel van een regeling inzake het *spuitvliegen*, W.
11 President Rechtbank Den Haag 31 juli 1984, *Kort Geding* 1984, 231; bekrachtigd door Hof Den Haag 4 april 1985, AB 410, vernietigd door Hoge Raad 16 mei 1986, AB 574.
12 President Rechtbank Den Haag 16 maart 1989, *Kort Geding* 155.
13 Hoge Raad 2 juni 1989, NJ 716, overweging 3.3; het ging om de motivering van een besluit van algemene strekking dat afweek van een eerder besluit.

geldt omdat het hier om een besluit van de raad gaat'.[14] Dat zou ook haaks staan op de jurisprudentie die ten aanzien van beschikkingen van gemeenteraden wèl motivering verlangt.[15] Wel is duidelijk dat men aan de motivering van besluiten van vertegenwoordigende organen niet altijd even strenge eisen kan stellen als aan de motivering van besluiten van 'gewone' bestuursorganen.[16]

Er is wel een aantal rechterlijke uitspraken dat indirect steun biedt voor de stelling dat ook algemeen verbindende voorschriften gemotiveerd moeten worden. Zo zijn er vele uitspraken waarin de '*onzelfstandige functie van het motiveringsbeginsel*' tot uitdrukking komt. De term is van Van Male:[17]

> 'Van een *zelfstandige* functie is sprake wanneer de rechtmatigheid van de motivering zelve voorwerp van onderzoek en beoordeling is; dus wanneer gebreken in de motivering op zichzelf de rechtmatigheid van het besluit aantasten. Van een *onzelfstandige* of dienende functie is sprake wanneer het onderzoek naar de gronden betekenis heeft voor de toetsing van een wettelijk voorschrift aan hogere geschreven rechtsnormen of aan inhoudelijke algemene rechtsbeginselen.'

In een noot daarbij merkt Van Male op dat het onderscheid alleen ziet op het materiële, niet op het formele motiveringsbeginsel, 'omdat laatstgenoemde norm geen element vormt van een ruimer omschreven rechtmatigheidsnorm en daaraan dus niet dienstbaar kan zijn'.[18] Dit kan niet overtuigen. Van Male miskent hier de nauwe samenhang tussen materieel en formeel motiveringsbeginsel; alleen de deugdelijkheid van *kenbare* motivering is te beoordelen.[19] En zelfs indien het formele motiveringsbeginsel geen element zou vormen van een omvattender rechtmatigheidsnorm, wil dat nog niet zeggen dat het formele beginsel niet dienstbaar kan zijn aan een dergelijke rechtmatigheidsnorm.

In weerwil van genoemde noot blijkt Van Male het onderscheid tussen de zelfstandige en onzelfstandige functie zelf toch ook bij de bespreking van het formele motiveringsbeginsel te hanteren.[20] Daar stelt hij dat het bestaan van verplichting tot kenbare motivering verondersteld wordt bij toetsing aan het gelijkheidsbeginsel (in dat kader 'dient een gemaakt onderscheid *gerechtvaardigd* te kunnen worden') en bij toetsing aan het verbod van terugwerkende kracht (waarbij 'een inbreuk op de rechtszekerheid *gerechtvaardigd* kan worden door bijzondere omstandigheden').

Voorbeelden van een motiveringsplicht veronderstellende toetsing aan het rechtszekerheidsbeginsel zijn te vinden in verschillende uitspraken van de Centrale Raad

14 Paragraaf 4 van zijn noot onder Hoge Raad 2 juni 1989, NJ 716.
15 M. Scheltema wijst daar ook op; zie bijvoorbeeld: Afdeling Rechtspraak Raad van State 30 januari 1989, AB 328.
16 Zie Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 1993: 333-334; aldus ook Advocaat-Generaal Mok in zijn conclusie vóór Hoge Raad 2 juni 1989, NJ 716, paragraaf 4.
17 Van Male 1988a: 468.
18 Van Male 1988a: 484 noot 29.
19 Bijloos en Lindner 1993: 145 en Cohen 1981: 96.
20 Van Male 1988a: 472.

van Beroep[21] en van de Hoge Raad.[22] Een voorbeeld van dergelijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel is te vinden in een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep:

> 'Nu geen in redelijkheid te hanteren gronden bestaan voor het gemaakte onderscheid, moet de Raad tot de conclusie komen dat onverkorte toepassing van de Interimregeling leidt tot ongelijke behandeling van gelijke gevallen.[23]

De onzelfstandige functie van het formele motiveringsbeginsel komt ook aan de orde in het arrest van de Hoge Raad in de hierboven al genoemde zaak betreffende het *spuitvliegen*:

> 'Wel zal de motivering van een voorschrift mede in aanmerking kunnen worden genomen bij de vraag of dit voorschrift de toetsing (...) kan doorstaan' aan de maatstaf 'dat sprake is van willekeur in dier voege dat het betreffende overheidsorgaan, in aanmerking genomen de belangen die aan dit orgaan ten tijde van de totstandbrenging van het voormelde uitvoeringsbesluit bekend waren of behoorden te zijn, in redelijkheid niet tot het betreffende voorschrift is kunnen komen'.[24]

Van Male[25] noemt een voorbeeld van een uitspraak waarin gevolgen worden verbonden aan het feit dat burgemeester en wethouders geen overtuigende motivering hebben kunnen geven voor een onderdeel van een uitvoeringsregeling:

> 'De Afd. overweegt dat verweerders niet de bevoegdheid kan worden ontzegd om door het stellen van nadere regels beperkingen aan te brengen in het aantal te verlenen standplaatsvergunningen. Deze beperkingen zullen evenwel verantwoord moeten kunnen worden op grond van een of meer der in (de basisregeling) genoemde belangen, die tot het weigeren van een vergunning kunnen leiden. (...) Verweerders hebben naar het oordeel van de Afd. niet kunnen aantonen dat het zich niet met een der (...) genoemde belangen zou verdragen indien ook ten aanzien van nog andere lokaties binnen het gebied van de plaats Heerenveen vergunningen voor vaste standplaatsen zouden worden verleend.'[26]

Ten Berge e.a.[27] verwijzen naast deze uitspraak ook nog naar een uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven.[28] In deze uitspraak kan ik echter geen toetsing aan enig motiveringsbeginsel ontwaren.

Van Male vestigt tenslotte nog de aandacht op gevallen waarin de rechter nagaat of de gemeenteraad binnen de grenzen van zijn autonome regelgevende bevoegdheid is gebleven.[29] Bij de toetsing aan artikel 168 van de oude Gemeentewet wordt nagegaan

21 Centrale Raad van Beroep 19 juli 1984, AB 1985, 396; 6 januari 1987, AB 300; 14 november 1991, *Tijdschrift voor Ambtenarenrecht* 239.
22 Hoge Raad 7 maart 1979, NJ 319.
23 Centrale Raad van Beroep 19 mei 1987, AB 1988, 566, inzake de 'Interimregeling ziektekosten ambtenaren'.
24 Hoge Raad 16 mei 1986, AB 574, overweging 6.1.
25 Van Male 1990: 291.
26 Afdeling Rechtspraak Raad van State 15 oktober 1986, AB 1987, 382.
27 Ten Berge e.a. 1990: 34.
28 College van Beroep voor het bedrijfsleven 15 juni 1988, AB 570, *Superheffing*.
29 Van Male 1990: 291 en 1988a: 468-469.

of de motieven van de regelgevende raad gedekt worden door de in dat artikel gegeven wettelijke grondslag van de verordenende bevoegdheid.[30] Bij de toetsing aan andere wettelijke voorschriften wordt onder meer de 'motieftheorie' gehanteerd, en wel in gevallen dat een gemeentelijke verordening een onderwerp regelt dat een hogere regeling uitputtend heeft willen regelen; alleen indien de gemeentelijke verordening dat onderwerp *met een ander motief* regelt, is er volgens de jurisprudentie geen sprake van strijd met de hogere regeling.[31] In beide gevallen is het voor de geldigheid van de verordening dus nodig dat het motief kenbaar wordt.

Al de hierboven genoemde voorbeelden waarin het formele motiveringsbeginsel een onzelfstandige functie vervult in het kader van de toetsing aan andere rechtsnormen, bieden indirect steun aan de stelling dat volgens het Nederlandse recht algemeen verbindende voorschriften gemotiveerd moeten worden. Deze stelling wordt verder ondersteund door de diverse motieven die voor een dergelijke motiveringsplicht worden aangevoerd.

8.3.2 Motieven voor motiveringsplicht

De gestage erkenning van een verplichting tot het motiveren van algemeen verbindende voorschriften wordt in de literatuur ondersteund met 'diverse goede redenen' [32] voor deze verplichting. Gedeeltelijk lopen deze motieven parallel met de motieven voor de verplichting tot motivering van beschikkingen.[33] Dat geldt, in de woorden van Van Male,[34] onder meer voor de volgende motieven:

— 'de regelgever wordt gedwongen zich in geschrifte te bezinnen op de gemaakte keuzen en de daarvoor gegeven rechtvaardigingen',
— motivering 'draagt bij aan de aanvaarding van nieuwe regelingen' en
— motivering stelt belanghebbenden in staat 'om na te gaan op welke wijze de regelgever toepassing heeft gegeven aan het geldende recht'.

Daarnaast noemt Van Male nog enkele andere motieven, die ik als volgt zou willen samenvatten:

— gemotiveerde regelgeving is gemakkelijker te beoordelen (wat met name van belang is bij 'regelgeving die tot stand wordt gebracht door of met medewerking van meer dan één (advies)orgaan', als ook bij wetgevingsevaluatie);
— het formuleren van de doelstelling van een regeling biedt enige waarborg dat het bestuur de regeling niet voor allerlei andere doelstellingen gaat gebruiken (specialiteitsbeginsel);

30 Vergelijk artikel 108 van de nieuwe Gemeentewet.
31 Kortmann 1990: 434.
32 Van Male 1988a: 472.
33 Zie paragraaf 8.2.4.
34 Van Male 1988a: 466.

— de motivering geeft richting aan rechterlijke interpretatie volgens de 'strekking' van de regeling;
— motivering is van belang voor de toetsing van de regeling aan hoger recht, zoals het gelijkheids- en het rechtszekerheidsbeginsel en de verboden van détournement de pouvoir en willekeur, omdat daarbij 'welhaast steeds een beoordeling van de gronden aan de orde' komt.[35]

8.3.3 Rechterlijke toetsing aan de motiveringsplicht?

Hoewel het bestaan van een motiveringsplicht bij het geven van algemeen verbindende voorschriften geleidelijk is erkend, is de vraag of — en in hoeverre — rechters regelgeving eraan mogen toetsen nog volop in discussie.[1]

Nederlandse rechters toetsen algemeen verbindende voorschriften aan ongeschreven recht. Baanbrekende uitspraken waren onder meer: Centrale Raad van Beroep 31 oktober 1935,[2] Hoge Raad 16 mei 1986[3] en Afdeling Rechtspraak Raad van State 4 december 1990.[4]

In 1987 werd de volgende vraag bevestigend beantwoord door een overgrote meerderheid van de Nederlandse Juristen-Vereniging: 'Dient de rechter alle wetgeving, niet zijnde wetgeving in formele zin te toetsen aan ongeschreven recht?'.[5] Over de aanvaarding van deze toetsingsbevoegdheid schrijft Van Male[6] het volgende:

> 'Niet meer zozeer de principiële erkenning van deze bevoegdheid, maar de inhoud van het ongeschreven recht is het probleem geworden. Hoe kan die inhoud bepaald worden en welke grenzen heeft de rechter daarbij in acht te nemen, nu hij maar beperkt gelegitimeerd is tot rechtsvorming?'

In dat kader worden verschillende antwoorden gegeven op de vraag of rechters regelgeving ook mogen toetsen aan motiveringsbeginselen. Die antwoorden bespreek ik hieronder, eerst aan de hand van de voornaamste argumenten die tegen een dergelijke toetsingsbevoegdheid zijn aangevoerd, en daarna aan de hand van de diverse voorgestelde en toegepaste oplossingen die het midden houden tussen volledige toetsing en helemaal geen toetsing aan motiveringsbeginselen.

35 Van Male 1988a: 466-467; zie ook Van der Vlies 1984: 193.
1 De daarmee samenhangende vraag of de motiveringsbepalingen van de Algemene wet bestuursrecht ook van toepassing moeten worden op besluiten van algemene strekking, wordt hierna besproken in paragraaf 8.3.4.
2 Centrale Raad van Beroep 31 oktober 1935, AB 1936, p. 168, en AB 1986, p. 1692, *Terugwerkende kracht salarisverlaging*.
3 Hoge Raad 16 mei 1986, AB 574, *Spuitvliegen*.
4 Afdeling Rechtspraak 4 december 1990, AB 1991, 597, *Vangstbeperking kabeljauw*.
5 *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 1987, deel 2, p. 62.
6 Van Male 1988a: 322.

In de literatuur worden *drie argumenten* aangevoerd die zouden pleiten tegen (volledige) toetsing van regelgeving aan motiveringseisen:

— motiveringsbeginselen zouden minder fundamenteel zijn dan andere beginselen;
— toetsing eraan zou tot een beoordeling van de innerlijke waarde van de regeling leiden;
— slechts een beperkte kring van belanghebbenden zou door motiveringsgebreken worden geschaad.

Volgens Bok zijn de motiveringsbeginselen — evenals het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel inzake honorering van gerechtvaardigd vertrouwen — *minder fundamenteel* dan (bijvoorbeeld) het verbod van willekeur. Eerstgenoemde beginselen zijn 'niet van een zodanig gewicht dat schending daarvan zonder meer tot onverbindendheid, c.q. onrechtmatigheid van geschreven bepalingen kan leiden'.[7] Eenzelfde standpunt lijkt Van Buuren in te nemen, waar hij pleit voor uiterste terughoudendheid bij het onverbindend achten van algemene regels 'om redenen die niet rechtstreeks met de *inhoud* van die regels te maken hebben'.[8] Bok baseert zijn conclusie op de redenering:

> 'dat het ongeschreven recht, om te kunnen derogeren aan het geschreven recht, een hoge rang in de normenhiërarchie moet innemen. (...) Voor een hoge rang komen alleen *fundamentele* ongeschreven regels in aanmerking, waarvan gezegd kan worden dat ze ten grondslag liggen aan de rechtsorde.'[9]

Aldus miskent Bok dat geschreven regels verschillende rangen in de normenhiërarchie innemen. Voor voorrang van het motiveringsbeginsel boven geschreven regels met een (erg) lage rang, heeft dat beginsel derhalve helemaal geen (erg) hoge rang nodig. Reeds om die reden kan de redenering van Bok niet overtuigen. Bovendien valt nog te differentiëren tussen regelingen die onrechtmatig èn onverbindend zijn, en regelingen die slechts onrechtmatig zijn.[10] Over de vraag hoe 'fundamenteel' het formele motiveringsbeginsel is, valt uiteraard verschillend te denken.[11]

Volgens Van Buuren treedt de rechter bij toetsing van regelgeving op motiveringsgebreken 'te gemakkelijk in een beoordeling van de *innerlijke waarde* van de wet'. Voor hem 'is het dus nog de vraag of wij het motiveringsbeginsel wel als een algemeen rechtsbeginsel moeten zien waaraan bestuurswetgeving kan worden getoetst'.[12] Van Buuren ontleent dit vermoedelijk aan enkele uitspraken van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven[13] en van de Centrale Raad van Beroep.[14] In beide gevallen ging het

7 Bok 1987: 49-50.
8 Van Buuren 1987a: 53.
9 Bok 1987: 49.
10 O. de Savornin Lohman 1988: 2; daarover meer aan het slot van deze paragraaf.
11 Zie de paragrafen 1.1, 7.6, 9.1.3 en 9.4.
12 Van Buuren 1988a: 221 (bespreking van het proefschrift van Van Male). In paragraaf 8.2.4 heb ik laten zien dat Van Buuren negen jaar eerder ten aanzien van beschikkingen juist het tegenovergestelde beweerde.
13 College van Beroep voor het bedrijfsleven 2 juli 1971, AB 237.
14 Centrale Raad van Beroep 31 december 1980, AB 1981, 248.

om een beroep op het *materiële* 'motiveringsbeginsel'. Bij toepassing van die variant van het beginsel zal de rechter zich inderdaad terughoudend op moeten stellen in verband met 'de positie van de rechter in ons staatsbestel, zoals deze mede in art. 11 Wet AB tot uiting komt'.[15]

Ten aanzien van toetsing aan het *formele* motiveringsbeginsel gaat het argument van Van Buuren echter niet op. Dat toetsing daaraan niet kan leiden tot een beoordeling van de 'innerlijke waarde' van een regeling, is immers evident. Terecht hebben J.E.M. Polak[16] en Van Male[17] erop gewezen dat juist toetsing aan formele rechtsbeginselen — Polak spreekt ter onderscheiding van het redelijkheidsbeginsel van 'zuivere' rechtsbeginselen — de rechter in staat stelt de nodige afstand te bewaren tot een inhoudelijke beoordeling van regelgeving. Van Buuren reageerde daarop toen, in de vergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging, voorzichtig instemmend.[18] Tonnaer ging in diezelfde vergadering nog een stap verder met zijn stelling dat de terughoudendheid van de rechter daaruit zou moeten blijken 'dat de rechter niet de innerlijke waarde (ook niet marginaal!) toetst maar zich slechts beperkt tot de beantwoording van de vraag of de wijze van totstandkomen van de regeling voldoet aan ongeschreven rechtsbeginselen'.[19]

Het derde argument tegen volledige rechterlijke toetsing van regelgeving aan bepaalde beginselen heeft betrekking op 'de kring van personen die door de normschending in hun belangen geraakt zijn'.[20] Het kan voorkomen dat slechts een *beperkt aantal belanghebbenden* geschaad wordt door de niet-nakoming van een vereiste. Het door Van Male[21] gegeven voorbeeld betreft het geval dat een hoorplicht ten aanzien van bepaalde belanghebbenden niet (behoorlijk) is nagekomen. Iets soortgelijks kan zich ten aanzien van een motiveringsverplichting voordoen. Volgens Van Male,[22] J.E.M. Polak[23] en Van Buuren[24] zou het dan te ver voeren om de regeling ten aanzien van een ieder onverbindend te achten.

Ook dit argument kan niet volledig overtuigen. Het probleem kan zich namelijk evenzeer voordoen bij andere beginselen — ook bij materiële beginselen.[25] Het probleem kan dus niet opgelost worden door uitsluiting van rechterlijke toetsing aan het formele motiveringsbeginsel (en andere formele beginselen).

15 Hoge Raad 16 mei 1986, AB 574, overweging 6.1.
16 J.E.M. Polak 1987a: 145.
17 Van Male 1987: 36.
18 Van Buuren 1987b: 51.
19 Tonnaer 1987: 45.
20 Van Male 1987: 37.
21 Van Male 1987: 37.
22 Van Male 1987: 37.
23 J.E.M. Polak 1987b: 59.
24 Van Buuren 1987b: 51.
25 J.E.M. Polak 1987a: 151; Van Male 1987: 37.

Mede om tegemoet te komen aan de in de drie tegenargumenten genoemde problemen zijn in de literatuur *drie verschillende oplossingen* gesuggereerd, die elk het midden houden tussen volledige toetsing en helemaal geen toetsing:

(a) relativering van de uit het formele motiveringsbeginsel voortvloeiende eisen;
(b) indirecte toetsing aan het formele motiveringsbeginsel;
(c) matiging van de gevolgen van dergelijke toetsing.

Volgens Van Male[26] mogen aan de motivering van bestuurswetgeving niet dezelfde eisen worden gesteld als aan de motivering van beschikkingen:

> 'Naarmate een beslissing concreter van aard is, zal ook de motivering preciezer kunnen zijn, dat wil zeggen: meer toegesneden op het besliste geval. Naarmate zij abstracter is, zal ook de motivering algemener van aard dienen te zijn.'

Daarom stelt hij voor aansluiting te zoeken bij de door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen ontwikkelde maatstaf voor de motivering van verordeningen,[27] en dus slechts een beperkte motivering te verlangen.[28] Met deze *relativering van de motiveringseisen* (a) komt hij in de buurt van Van der Vlies, die ten aanzien van regelgeving niet een volledige motiveringsplicht erkent, maar wel een 'beginsel van de duidelijke doelstelling'.[29]

Ook Advocaat-Generaal Mok is van mening dat regelgeving niet getoetst mag worden aan een volledige motiveringsplicht. In zijn conclusie vóór Hoge Raad 16 mei 1986[30] spreekt hij echter wel van 'de kenbare afwezigheid van willekeur' als een mogelijk algemeen rechtsbeginsel waaraan de rechter kan toetsen. Ook dit beginsel komt erop neer dat de burger 'te weten (moet) kunnen komen, met welk doel (dus niet als daad van willekeur) een hem belastend besluit van algemene strekking tot stand is gebracht'.

Volgens Van Male mag men overigens verwachten 'dat het ontbreken van motivering niet spoedig zo substantieel zal zijn, dat tot onrechtmatigheid geconcludeerd moet worden'. Bij minder substantiële afwezigheid van motivering zal volgens hem pas van onrechtmatigheid sprake zijn 'wanneer de regelgever de rechter ook desgevraagd geen motivering kan overleggen'.[31] Aldus brengt Van Male een tweede relativering aan in vergelijking met beschikkingen, die in beginsel reeds bij de bekendmaking moeten worden gemotiveerd.[32] Indien regelgeving pas ten overstaan van de rechter hoeft te worden gemotiveerd, kan de motivering echter slechts enkele van haar — juist ook door Van Male onderkende — functies vervullen.[33]

26 Van Male 1988a: 473.
27 Zie paragraaf 8.5.1.
28 Van Male 1988a: 473-474.
29 Zie paragraaf 7.4.4.
30 Hoge Raad 16 mei 1986, AB 574, paragraaf 3.3.
31 Van Male 1988a: 474.
32 Zie paragraaf 8.2.2.
33 Zie paragraaf 8.3.2.

Een tweede tussen-oplossing is *indirecte toetsing* aan het motiveringsbeginsel (b). Deze weg werd bewandeld door de Hoge Raad in zijn arrest inzake het *spuitvliegen*:

> 'Voorts zullen gebreken in de motivering van het betreffende voorschrift of van de bepaling waarop het voorschrift is gegrond op zichzelf niet tot onverbindendheid leiden. Wel zal de motivering van een voorschrift mede in aanmerking kunnen worden genomen bij de vraag of dit voorschrift de toetsing aan de boven weergegeven maatstaf (van willekeur) kan doorstaan.' [34]

Hiermee heeft de Hoge Raad de bevoegdheid van de (burgerlijke) rechter erkend om bestuurlijke regelgeving te toetsen aan ongeschreven beginselen, ook 'aan procedurele beginselen zoals het motiveringsbeginsel'.[35] Onjuist lijkt mij de conclusie van Hirsch Ballin dat de Hoge Raad met deze overweging 'uitdrukkelijk' zou aangeven 'dat het niet gaat om een beoordeling van de motivering, maar om een beoordeling van de uitkomst van de belangenafweging'.[36]

Van Buuren heeft erop gewezen 'dat er nauwelijks verschil bestaat tussen een toetsen aan rechtsbeginselen via de mantel-norm van kennelijke onredelijkheid (of "willekeur") en een rechtstreeks toetsen aan algemene rechtsbeginselen'. Om die reden heeft hij 'geen bezwaar' tegen rechtstreekse toetsing.[37] Zijn mede-preadviseur voor de Nederlandse Juristen-Vereniging J.E.M. Polak geeft zelfs de voorkeur aan (rechtstreekse) toetsing aan 'zuivere rechtsbeginselen als zorgvuldigheid, motivering' boven de 'zogenaamde marginale en moeizame toetsing, die het "kennelijk onredelijk" criterium met zich brengt'.[38] Een meerderheid van de aanwezigen op de vergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging antwoordde dan ook bevestigend op de vraag of de rechter bij toetsing aan ongeschreven recht rechtstreeks dient te toetsen aan algemene rechtsbeginselen.[39] Aldus ook de President van Rechtbank Den Haag, die meende dat niet valt 'in te zien waarom een toetsing aan het redelijkheidsbeginsel wèl en een toetsing aan andere beginselen niet zou zijn toegestaan'.[40] De Hoge Raad spreekt in het *Harmonisatiewet*-arrest,[41] in een parafrase van zijn eerdere beslissing in het *Spuitvliegen*-arrest, inmiddels van toegestane toetsing van lagere regelgeving aan 'fundamentele rechtsbeginselen'.[42]

Diverse auteurs zijn er voorstander van dat de rechter rechtstreeks toetst aan formele beginselen.[43] De President van de Rechtbank Den Haag acht zich inmiddels bevoegd een regeling 'wegens schending van het zorgvuldigheidsbeginsel onmiskenbaar onverbindend' te oordelen.[44] Gezien de stellige overweging van de Hoge Raad in het

34 Hoge Raad 16 mei 1986, AB 574.
35 Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 1993: 615; zie ook Van der Meulen 1989: 60.
36 Noot onder het *Harmonisatiewet*-arrest, Hoge Raad 14 april 1989, in *Ars Aequi* 1989: 587.
37 Van Buuren 1987a: 54.
38 J.E.M. Polak 1987b: 59.
39 *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 1987, deel 2, p. 62.
40 President Rechtbank Den Haag 26 juni 1986, AB 575, *SSGZ*-zaak, overweging 7.3.
41 Hoge Raad 14 april 1989, NJ 469, overweging 3.4.
42 Zie Bok 1991: 111-112 en Barendrecht 1992a: 104.
43 J.E.M. Polak 1987b: 59; Mok 1987: 13; Van Male 1988a: 497; Dommering 1989: 8; Van der Meulen en Simon 1989: 75.
44 President Rechtbank Den Haag 16 juni 1988, *Kort Geding* 271, overweging 6.4.

Spuitvliegen-arrest,[45] is het echter onwaarschijnlijk dat rechters regelgeving op korte termijn *rechtstreeks* aan motiveringsbeginselen zullen gaan toetsen. Zelfs de President van de Rechtbank Den Haag doet dat niet.[46]

Ook via hogere wettelijke voorschriften en via andere beginselen dan het verbod van willekeur kan regelgeving getoetst worden aan motiveringsbeginselen. En dat gebeurt ook — zoals Van Male heeft betoogd in zijn bespreking van de onzelfstandige functie van de motiveringsbeginselen.[47]

De derde mogelijkheid om beperkt te toetsen betreft het *matigen van de gevolgen* van toetsing aan het formele motiveringsbeginsel (c).

Voor zover bij regelgeving een rechtsplicht tot motivering bestaat, leidt niet-nakoming van die plicht tot onrechtmatigheid van de desbetreffende regeling. Op deze tautologische constatering volgt dan de vraag, welke consequenties aan deze onrechtmatigheid moet worden verbonden. Anders dan Van Buuren[48] meent, leidt onrechtmatigheid niet altijd tot onverbindendheid. Verschillende auteurs hebben erop gewezen dat een 'onverbindendverklaring' slechts een van de sancties is die een rechter aan de (absolute of relatieve) onrechtmatigheid van een algemeen verbindend voorschrift kan verbinden.[49]

De President van Rechtbank Den Haag heeft zich op het standpunt gesteld 'dat een schending van het motiveringsbeginsel nimmer een onverbindendheid tot gevolg kan hebben'.[50] Iets minder categorisch drukte J.E.M. Polak zich uit toen hij stelde dat strijd met een formeel beginsel niet moet leiden tot onverbindendheid 'maar tot andere dicta', en als voorbeeld noemde: buitenwerkingstelling van een regeling zolang een procedurefout niet hersteld wordt.[51] Ook valt te denken aan schadevergoeding.[52] Volgens De Savornin Lohman zal het veelal de voorkeur verdienen om aan onrechtmatigheden in de wijze van totstandkoming van regeling andere gevolgen dan 'onverbindendheid' te verbinden.[53]

Over de onwenselijkheid van 'onverbindendheid' als een mogelijk gevolg van strijd met het motiveringsbeginsel bestaat echter geen eensgezindheid. Zo acht Van Male het uitspreken van een onverbindendverklaring (in gevallen dat 'de regelgever de rechter ook desgevraagd geen motivering kan overleggen') wel aanvaardbaar, 'vanwege het

45 Hoge Raad 16 mei 1986, AB 574.
46 President Rechtbank Den Haag 16 maart 1989, *Kort Geding* 155, overweging 6.4; kritisch over deze uitspraak: Bok 1991: 160.
47 Van Male 1988a: 468-472; zie paragraaf 8.3.1.
48 Van Buuren 1987a: 59.
49 J.E.M. Polak 1987a: 180 en 1987b: 59; O. de Savornin Lohman 1988: 2; Dommering 1989: 8; zie ook Hoge Raad 27 juni 1986, NJ 1987, 726, overweging 3.7, waar het echter over onrechtmatige invoering van beleidsregels gaat.
50 President Rechtbank Den Haag 16 maart 1989, *Kort Geding* 155, overweging 6.4.
51 J.E.M. Polak 1987b: 59.
52 Vergelijk paragraaf 8.2.5; zie verder O. de Savornin Lohman 1988: 5-7 en Van der Meulen en Simon 1989: 75.
53 De Savornin Lohman 1988: 2-3.

directe verband tussen de gronden van een beslissing inzake bestuurswetgeving en de rechtmatigheid van haar inhoud'.[54]

Conclusie: jurisprudentie en literatuur bieden ruimschoots steun voor de stelling dat de rechter in ieder geval een *beperkte* bevoegdheid heeft tot toetsing van bestuurlijke regelgeving aan het formele motiveringsbeginsel.

8.3.4 Codificatie van de motiveringsplicht?

In de Algemene wet bestuursrecht[55] zijn de motiveringsvoorschriften[56] nog opgenomen in titel 4.1, die betrekking heeft op 'beschikkingen'. In het Voorontwerp van de Derde tranche wordt echter voorgesteld om de desbetreffende bepalingen van titel 4.1 te verplaatsen naar hoofdstuk 3, dat betrekking heeft op 'besluiten'.[57] Daar zouden zij ook van toepassing zijn op besluiten van algemene strekking.

Volgens het Voorontwerp zouden zij dan niet mede van toepassing moeten zijn op 'besluiten, inhoudende algemeen verbindende voorschriften', zoals ook de bekendmakingsvoorschriften van Afdeling 3.6 daarop niet van toepassing zijn.[58] Omdat 'de motiveringsplicht aansluit bij de bekendmaking', zou de Bekendmakingswet 'de juiste plaats' voor voorschriften omtrent de motivering van rijksregelgeving zijn.[59]

De overtuigingskracht van dit argument is gering. De motiveringsvoorschriften sluiten immers niet alleen aan bij de bekendmakingsvoorschriften (afdeling 3.6), maar even goed bij de voorschriften omtrent zorgvuldigheid, belangenafweging, advisering en voorbereiding, waarvan een groot deel (de afdelingen 3.2, 3.3, 3.4 en 3.5) wel van toepassing is op algemeen verbindende voorschriften.[60] Het is slechts een kwestie van wetgevingstechniek of men de motivering van algemeen verbindende voorschriften ook

54 Van Male 1988a: 474.

55 Eerste tranche.

56 Artikelen 4:16 tot en met 4:20.

57 *Voorontwerp Derde tranche* 1991: 7 en 56-57. Zie inmiddels het op dit punt gelijkluidende voorstel van wet tot Aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Derde tranche Algemene wet bestuursrecht), Kamerstukken II 1993/94, 23700 nr. 2.

58 Zie artikel 3:1, dat bepaalt dat slechts de afdelingen 2 tot en met 5 van hoofdstuk 3 van toepassing zijn op 'besluiten, inhoudende algemeen verbindende voorschriften'.

59 *Voorontwerp Derde tranche* 1991: 57. In zijn advies bij het voorstel van wet tot Aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Derde tranche Algemene wet bestuursrecht) merkt de Raad van State op 'dat de motivering van algemeen verbindende voorschriften een zo eigensoortig onderwerp vormt dat op de eventualiteit van een regeling ervan in elk geval niet in de toelichting bij de Awb moet worden vooruitgelopen. Het advies van de Raad om de zin 'De wetgeving over de bekendmaking is daarvoor de juiste plaats.' in de memorie van toelichting te schrappen, is door de regering gevolgd (Kamerstukken II 1993/94, 23700 A, p. 17).

60 In het Voorontwerp kon nog geen rekening worden gehouden met de aanneming van het amendement op artikel 3:1 van het lid Kalsbeek-Jasperse e.a., Kamerstukken II 1991/92, 21221 nr. 19; Handelingen II 1991/92, p. 2692. Het voorstel van wet tot Aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Derde tranche Algemene wet bestuursrecht) houdt geen wijziging van artikel 3:1 in (Kamerstukken II 1993/94, 23700 nr. 2).

in de Algemene wet bestuursrecht wil regelen. In de literatuur wordt ervoor gepleit om dat wel te doen.[61]

Het voorstel in de Derde tranche komt grotendeels tegemoet aan de kritiek van een groot aantal auteurs[62] op de Eerste tranche. In een advies aan de Tweede Kamer hadden zij zich op het standpunt gesteld dat de bedoelde voorschriften geplaatst dienen te worden in hoofdstuk 3.[63] Zij voerden daarvoor diverse argumenten aan:

— De motiveringsvoorschriften hangen direct samen met de voorschriften inzake zorgvuldigheid en belangenafweging: 'Zou men de motiveringseis loslaten dan stelt men de deur open voor willekeur.'
— De jurisprudentie stelt 'in toenemende mate en omvang motiveringseisen' aan bestuurswetgeving.
— De mogelijkheid bestaat dat het motiveringsbeginsel uit het EG-Verdrag zich ontwikkelt tot 'een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht waaraan mede de nationale regelgeving moet voldoen'.[64]

Het schrijvers-collectief hield echter rekening met de mogelijkheid dat men zou 'menen dat de rechtsontwikkeling hier nog niet volledig ten einde is gekomen'.[65] Mocht dat het geval zijn, dan zou men volgens het collectief kunnen bepalen dat de motiveringsregels niet van toepassing zijn op besluiten inhoudende het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften, maar alleen op andere besluiten van algemene strekking.[66]

Eén van hen, Verheij, heeft gesuggereerd om alle besluiten van algemene strekking uit te zonderen van de werking van het *formele* motiveringsbeginsel. Volgens hem zouden de minimale eisen van het materiële 'motiveringsbeginsel' wel onverkort moeten gelden.[67] Onduidelijk is waarom Verheij meent dat 'we bestuursorganen (misschien) niet (willen) verplichten bij besluiten van algemene strekking steeds een schriftelijke motivering te verstrekken'.[68] In zijn conclusie vóór Hoge Raad 16 mei 1986[69] heeft Advocaat-Generaal Mok eenzelfde standpunt verdedigd met een beroep op het feit dat het enkele decennia geleden hoogst ongebruikelijk was om bij een algemene maatregel van bestuur of een ministeriële regeling een toelichting te publiceren.

Het genoemde schrijvers-collectief heeft er echter op gewezen, dat er geen onoverkomelijke bezwaren zijn te duchten van toepasselijkheid van het formele motiveringsbeginsel (artikel 4:17) op regelgeving, nu de meeste regelingen van de

61 Vucsán 1993: 2218-2219; zie ook Bok 1993: 120.
62 De vrijwel voltallige redactie van het losbladig commentaar van VUGA op de Algemene wet bestuursrecht.
63 Ten Berge e.a. 1990: 36.
64 Ten Berge e.a. 1990: 34-35.
65 Ten Berge e.a. 1990: 34.
66 Ten Berge e.a. 1990: 35.
67 Verheij 1990: 93.
68 Verheij 1990: 93.
69 Hoge Raad 16 mei 1986, AB 574, paragraaf 3.3.

centrale overheid al met een toelichting worden gepubliceerd, en de motieven voor decentrale regelingen doorgaans ook al op schrift worden gesteld.[70]

8.4 Europese beschikkingen

8.4.1 Een geschreven motiveringsplicht

Anders dan in het Nederlandse bestuursrecht (waar twee gedurende enkele decennia door rechtspraak en literatuur ontwikkelde motiveringsbeginselen nu gecodificeerd zijn) kent het institutionele Europese-Gemeenschapsrecht al vanaf zijn geboorte een geschreven motiveringsplicht. Elk van de oprichtingsverdragen van de Europese Gemeenschappen verplicht tot motivering van de belangrijkste soorten besluiten. Hier ga ik slechts in op het EG-Verdrag.[1] Artikel 190 daarvan luidt:

> 'De *verordeningen, richtlijnen en beschikkingen die door het Europees Parlement en de Raad gezamenlijk worden aangenomen, en de* verordeningen, richtlijnen en beschikkingen van de Raad of van de Commissie worden met redenen omkleed en verwijzen naar de voorstellen of adviezen welke krachtens dit Verdrag moeten worden gevraagd.' [2]

De overeenkomstige bepalingen in het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal[3] en het Euratom-Verdrag[4] laat ik hier verder buiten beschouwing.

Niet alleen de rechtsbron, ook de inhoud van deze Europese regel verschilt opvallend van wat in Nederland wel als 'het motiveringsbeginsel' wordt aangeduid. De Europese motiveringsplicht is een vormvereiste, terwijl het Nederlandse beginsel ook een materiële component bevat.[5] Het Europese voorschrift stelt geen directe eisen aan de (juridische of feitelijke) deugdelijkheid van de motieven.[6] Tegenwoordig vat het Hof het voorkomen van een 'feitelijke' onjuistheid of vergissing in de motivering echter als 'vormgebrek' op.[7]

Het Hof van Justitie stelt op grond van artikel 190 EG-Verdrag enkele eisen aan de motivering die *indirect* ook voor de motieven van belang zijn:

70 Ten Berge e.a. 1990: 37.
1 Het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, dat tot de inwerkingtreding op 1 november 1993 van het Verdrag betreffende de Europese Unie 'Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap' heette.
2 De hier cursief weergegeven zinsnede is op 1 november 1993 ingevoegd door artikel G, onderdeel 62, van het Verdrag betreffende de Europese Unie.
3 Artikelen 5 en 15.
4 Artikel 162.
5 Prechal en Heukels 1986: 298.
6 Scheffler 1974: 71-72; Schermers and Waelbroeck 1992: 205; Hof van Justitie 20 maart 1957, 2/56, p. 39; 15 juli 1963, 34/62, p. 308; 8 februari 1966, 8/65, p. 11.
7 Hof van Justitie 20 oktober 1987, 119/86, paragraaf 51; en 24 januari 1991, C-27/90, paragraaf 15.

— logische samenhang met de beslissing,[8]
— relevantie.[9]

Op de materiële eisen die in het Europese-Gemeenschapsrecht op basis van verdragsbepalingen — en op basis van rechtsbeginselen — aan de motieven voor beslissingen worden gesteld, ga ik hier niet in.

Het Hof van Justitie heeft in een *uitgebreide jurisprudentie* een nadere invulling gegeven aan het niet erg gedetailleerde vormvoorschrift van artikel 190.[10] Het Hof heeft zich daarbij laten leiden door de aan de motiveringsplicht toegeschreven functies.[11] Bovendien heeft het Hof enkele factoren aangewezen waar de omvang van de motiveringsplicht afhankelijk van is:

— het rechtskarakter van het betrokken besluit;[12]
— het discretionaire karakter van de uitgeoefende bevoegdheid;[13]
— de materie waarop het besluit betrekking heeft;[14]
— diverse omstandigheden van het geval.

Wat die 'omstandigheden van het geval' betreft kan op drie varianten worden gewezen.

In de eerste plaats houdt het Hof rekening met *praktische (on)mogelijkheden* (zoals tijdgebrek) bij de vaststelling van bepaalde soorten besluiten.[15]

In gevallen waarin de appellant nauw betrokken is geweest bij de voorbereiding van het besluit,[16] noemt het Hof als een de omvang van de motiveringsplicht bepalende factor soms ook de *omstandigheden waaronder het besluit is vastgesteld*.[17]

In de derde plaats stelt het Hof sinds enkele jaren — ten aanzien van 'bezwarende' beschikkingen — dat de aan de motivering te stellen eisen met name afhangen van de volgende drie 'omstandigheden van het geval': de *inhoud van het besluit*, de *aard van de aangevoerde motieven* en het *belang dat de rechtstreeks betrokkenen bij een toelichting kunnen hebben*.[18]

Het met behulp van deze — vage — factoren invullen van de motiveringsplicht, is door Mann gekarakteriseerd als 'the judicial development of a standard with a unique

8 Hof van Justitie 20 maart 1957, 2/56, p. 39.
9 Hof van Justitie 3 maart 1982, 14/81, paragraaf 8.
10 Ik ga hier niet in op toetsing daaraan door het Europees Parlement.
11 Zie paragraaf 8.4.4.
12 Hierop baseert het Hof dat regelgevende besluiten minder uitvoerig gemotiveerd behoeven te worden dan individuele beschikkingen; zie paragraaf 8.5.1.
13 Zie paragraaf 8.4.3.
14 Zie paragraaf 8.4.3.
15 Hof van Justitie 1 december 1965, 16/65, p. 1119; en 23 september 1986, 5/85, paragraaf 20.
16 Zie paragraaf 8.4.1.
17 Hof van Justitie 11 januari 1973, 13/72, paragraaf 11; 14 januari 1981, 819/79, paragraaf 19; 28 maart 1984, 8/83, paragraaf 13; 7 april 1987, 32/86, paragraaf 8; 25 februari 1988, 238/86, paragraaf 15; en 4 juni 1992, C-181/90, paragraaf 14.
18 Hof van Justitie 13 maart 1985, 296 en 318/82, paragraaf 19; 20 maart 1985, 41/83, paragraaf 46; 19 september 1985, 172 en 226/83, paragraaf 24; en 1 juli 1986, 185/85, paragraaf 20.

sphere of built-in flexibility'.[19] Bij de toepassing daarvan kan het Hof telkens in het licht van de omstandigheden van het geval beoordelen of aan dit 'vormvoorschrift' is voldaan.[20] Toetsing aan de motiveringsverplichting is derhalve een 'potent instrument of judicial policy'.[21]

In *welk stadium* moet de motivering worden verstrekt?

De Franse tekst van artikel 190 van het EG-Verdrag stelt dat de besluiten 'sont motivés'. De Nederlandse en Duitse tekst zijn specifieker: de besluiten moeten met redenen worden 'omkleed', zij zijn 'mit Gründen zu versehen'. Daaruit kan men afleiden dat het de bedoeling is dat de motivering gegeven moet worden *tegelijkertijd* met, en in hetzelfde document als het besluit zelf. De motivering van een besluit vindt men dan ook in de preambule van dat besluit. Volgens het Hof van Justitie is de motivering zelfs een essentieel 'bestanddeel' van de handelingen van de instellingen. Het ontbreken van een motivering kan niet worden 'geregulariseerd door de omstandigheid dat de betrokkene tijdens de procedure voor het Hof kennis krijgt van de redenen van het besluit'.[22] De ambtenaren van de Raad zijn ook niet bevoegd om de motivering van een door de Raad goedgekeurd besluit te wijzigen.[23]

Dit betekent echter niet dat een instelling verplicht zou zijn in de motivering 'alle argumenten te vermelden, waarop zij zich nadien ter bestrijding van eventueel tegen de wettigheid harer handelingen opgeworpen middelen zou kunnen beroepen'.[24] Eerder had het Hof het al aanvaardbaar geacht dat bepaalde technische details waarop een besluit gebaseerd is pas *achteraf*, bij aanvechting voor de rechter, aan de belanghebbenden medegedeeld worden.[25]

Ook kan het voorkomen dat motivering in feite *vooraf* verstrekt wordt. Bekendheid van betrokkenen met de voorgeschiedenis van een besluit (bijvoorbeeld) leidt soms tot een matiging van de eisen die aan de motivering bij het besluit zelf worden gesteld.[26] Verder heeft het Hof verschillende malen geaccepteerd dat de motivering van een besluit niet veel meer bevat dan een verwijzing naar — wel uitgebreid gemotiveerde — eerdere besluiten.[27]

19 Mann 1972: 475.
20 Vergelijk Maas 1965: 14.
21 Mann 1972: 493.
22 Hof van Justitie 26 november 1981, 195/80, paragraaf 22.
23 Hof van Justitie 23 februari 1988, 131/86, paragraaf 37.
24 Hof van Justitie 14 juli 1972, 48/69, paragraaf 145, en 52/69, paragraaf 48.
25 Hof van Justitie 1 december 1965, 16/65, p. 1119.
26 Hof van Justitie 11 januari 1973, 13/72, paragraaf 12; 16 mei 1984, 9/83, paragraaf 29; 19 september 1985, 172 en 226/83, paragraaf 27; zie echter ook het arrest van 17 maart 1983, 294/81, paragraaf 15, waar het Hof de eisen ondanks die omstandigheid juist niet matigt.
27 Hof van Justitie 1 december 1965, 16/65, p. 1118; 9 juli 1969, 1/69, paragraaf 9; 26 november 1975, 73/74, paragraaf 31.

8.4.2 Waaruit moet de motivering bestaan?

Niet alle motieven behoeven in de motivering vermeld te worden. De tekst van artikel 190 van het EG-Verdrag spreekt van omkleden 'met redenen', niet van omkleden 'met *de* redenen'. Ook de tekst in de andere drie oorspronkelijke Europese-Gemeenschapstalen suggereert geen uitputtende opsomming van alle motieven. Minder gelukkig is daarom de Engelse tekst die stelt dat de diverse besluiten 'shall state the reasons on which they are based'. Het Hof van Justitie heeft uitgemaakt dat niet alle gegevens die feitelijk of rechtens relevant zijn, in de motivering vermeld moeten worden.[28]

De vraag is vervolgens welke motieven wèl, en welke niet opgenomen moeten worden in de motivering van een beschikking. Het Hof van Justitie heeft deze vraag (zowel in zijn negatieve als in zijn positieve formulering) vaak beantwoord.

In enkele oudere uitspraken verlangt het Hof slechts dat de instelling de belangrijkste feitelijke en juridische overwegingen vermeldt.[29] Later heeft het Hof dat wat toegespitst, door vermelding te verlangen van de feitelijke en juridische gegevens waarvan de 'rechtmatigheid' of de 'rechtvaardiging' van het besluit af hangt.[30] In die latere uitspraken verlangt het Hof bovendien dat de instelling de overwegingen vermeldt die haar tot het geven van de beschikking hebben geleid.

In recentere uitspraken verlangt het Hof vooral dat de motivering de redenering van de communautaire instantie duidelijk en ondubbelzinnig doet uitkomen.[31]

Wat de motiveringsplicht *niet vereist*, heeft het Hof van Justitie iets minder vaag onder woorden gebracht dan datgene wat die plicht wèl vereist. Zo heeft het Hof beslist dat een motivering niet de volgende elementen hoeft te bevatten:

— een bespreking van alle argumenten die tegen de beschikking aangevoerd zouden kunnen worden;[32]

28 Hof van Justitie 25 oktober 1984, 185/83, paragraaf 38; 26 juni 1986, 203/85, paragraaf 10; en 15 maart 1989, 303/87, paragraaf 13.

29 Hof van Justitie 4 juli 1963, 24/62, p. 150; en 14 juli 1972, 55/69, paragraaf 22.

30 Hof van Justitie 15 juli 1970, 41/69, paragraaf 76; 29 oktober 1980, 209-215 en 218/78, paragraaf 66; en 21 februari 1984, 86/82, paragraaf 17.

31 Hof van Justitie 25 oktober 1984, 185/83, paragraaf 38; 22 januari 1986, 250/84, paragraaf 37; 26 juni 1986, 203/85, paragraaf 10; 2 mei 1990, C-27/89, paragraaf 27; zie ook het arrest van 7 april 1992, C-358/90, waarover Slynn 1993: 15 opmerkt: 'The statement of reasons merely referred to the current situation of the world market in fuel an declared that regard had been had to the bids received. The Court held that these were mere statements of fact and as such were not relevant. It added, perhaps with soms irony, that there was always a situation of the world market'.

32 Hof van Justitie 20 maart 1957, 2/56, p. 38; 10 mei 1960, 3-18 en 25-26/58, p. 420; 14 juli 1972, 55/69, paragraaf 22; en 3 maart 1982, 14/81, paragraaf 18.

— een bespreking van alle punten feitelijk en rechtens die tijdens de administratieve procedure zijn behandeld;[33]
— een opgave van redenen waarom is afgezien van andere maatregelen.[34]

8.4.3 Aard en inhoud van de te motiveren bevoegdheidsuitoefening

Het Hof van Justitie heeft ooit eens uitgesproken dat waar een instelling van de Europese Gemeenschappen een ruime *discretionaire bevoegdheid* heeft, en de uitoefening van die bevoegdheid dus gedeeltelijk aan rechterlijke controle is onttrokken, een nauwkeurige motivering onmisbaar is.[35]

In latere jurisprudentie heeft het Hof dit nooit met zoveel woorden herhaald. Een enkele schrijver heeft daaruit — en uit zijn opvatting van wat 'logique' is — afgeleid dat het Hof zich inmiddels op het standpunt stelt dat in geval van 'une certaine marge d'appréciation' minder vergaande eisen aan de motivering mogen worden gesteld.[36] Over het algemeen wordt in de literatuur de overweging van het Hof uit 1960 echter met instemming als geldend recht aangehaald.[37] Bovendien kan men uit enkele arresten afleiden dat het Hof sinds 1960 niet van gedachten is veranderd.[38]

Het Hof is steeds meer de nadruk gaan leggen op motivering inzake de *grenzen* van discretionaire bevoegdheden van Raad en Commissie.[39] Daarover schrijft Bebr:

> '(The) requirement as to the statement of legal basis on which the act was taken (...) remains the same if an exercise of a discretionary power is to be controlled. But even as to a statement of facts, the requirement is the same because the existence of certain facts is also relevant for an exercise of discretionary powers. Since the Court may not review the exercise of discretion as such, it is important for the Court to be at least able to determine at hand of a statement of reasons whether or not such an exercise was carried out *within* the *limits* of discretion as determined by the Treaty.' [40]

Dat een grondige motivering juist ook van belang is voor enige controle op datgene van Raad en Commissie *binnen* die grenzen doen, is kernachtig onder woorden gebracht door Schott:

33 Hof van Justitie 15 juli 1970, 41/69, paragraaf 77; 21 februari 1973, 6/72, paragraaf 6; 29 oktober 1980, 209-215 en 218/78, paragraaf 66; 17 januari 1984, 43 en 63/82, paragraaf 22; en 21 februari 1984, 86/82, p. 17.
34 Hof van Justitie 3 maart 1982, 14/81, paragraaf 18.
35 Hof van Justitie 15 juli 1960, 36-38 en 40/59, p. 921; arrest gewezen na een Conclusie van Advocaat-Generaal Lagrange waarin juist het tegenovergestelde werd beweerd, p. 942.
36 Hen 1977: 83.
37 Gaudenzi 1964: 427, Maas 1965: 15, Schrans 1966: 292-296, Schott 1971: 110, 118 en 237-238, Mann 1972: 485, Timmermans 1973: 94-95, Lauwaars 1973: 157, Schermers and Waelbroeck 1992: 210, Kapteyn en VerLoren van Themaat 1987: 122 en 328.
38 Hof van Justitie 14 november 1984, 323/82, paragraaf 32; en 7 april 1992, C-358/90, paragraaf 42.
39 Hof van Justitie 15 juli 1970, 41/69, paragraaf 76; 29 oktober 1980, 209-215 en 218/78, paragraaf 66; en 21 februari 1984, 86/82, paragraaf 17.
40 Bebr 1981: 104.

> 'Eine mangelhafte formelle Begründung indiziert eine fehlsame Ausübung des Ermessens und muss deshalb zur Aufhebung des Aktes führen. So tritt die Kontrolle der formellen Rechtmässigkeit an die Stelle der dem Gerichtshof versagten vollen nachprüfung.' [41]

Volgens enkele schrijvers zal de omvang van de motiveringsplicht ook afhangen van de *materie* waarop een besluit betrekking heeft.[42] Aan de motivering moeten strengere eisen worden gesteld, naarmate 'für die materielle Rechtmässigkeit strengere Voraussetzungen bestehen'.[43] Een nog verdergaande conclusie trekt Daig:

> 'Ein Begründungsmangel ist nur dann (aber stets dann) rechtlich relevant, wenn sich nicht ausschliessen lässt:
> — entweder (...) dass der Rechtsakt bei korrekter Begründung einen anderen, dem Kläger günstigeren Inhalt gehabt hätte (...);
> — oder dass sich hinter dem formellen ein materieller Mangel verbirgt.' [44]

Op grond hiervan beveelt Daig zelfs aan om:

> 'eine Nichtigkeitsklage, wenn irgend möglich, niemals ausschliesslich auf Begründungsfehler zu stützen, sondern diese Rüge nur hilfsweise, d.h. zur Rechtfertigung der Behauptung *materieller* Rechtsfehler zu erheben'.[45]

In enkele gevallen koppelt het Hof van Justitie de toetsing van de motivering met zoveel woorden aan de toetsing van de beschikking aan bepaalde materiële regels van Europese-Gemeenschapsrecht.[46] Bovendien heeft het Hof ten aanzien van 'bezwarende' beschikkingen enkele malen overwogen dat de aan de motivering te stellen eisen mede afhangen van de 'inhoud van het besluit'.[47]

Zeer nadrukkelijk brengt het Hof de motiveringsplicht in verband met het beginsel inzake de toelaatbaarheid van terugwerkende kracht:

> 'Hoewel terugwerkende kracht van gemeenschapsbesluiten volgens 's Hofs rechtspraak niet perse is uitgesloten, moet in de considerans van de desbetreffende besluiten wel worden aangeduid waarom de beoogde terugwerkende kracht gerechtvaardigd voorkomt.' [48]

Aldus verschijnt de motiveringsplicht als een *hulpregel* bij de toetsing aan materiële regels van Europees recht.[49]

Ten aanzien van het gelijkheidsbeginsel heeft het Hof zich echter op het standpunt gesteld:

41 Schott 1971: 238.
42 Bebr 1981: 98 en Kapteyn en VerLoren van Themaat 1987: 145.
43 Schott 1971: 129.
44 Daig 1983: 590.
45 Daig 1983: 591.
46 Zie bijvoorbeeld Hof van Justitie 17 maart 1983, 294/81, paragraaf 15 en 31.
47 Zie paragraaf 8.4.1.
48 Aldus de President van het Hof van Justitie in zijn uitspraak van 1 februari 1984, 1/84, paragraaf 19; in gelijke zin Hof van Justitie 1 april 1993, C-260 en C-261/91, paragrafen 11 tot en met 14.
49 Vergelijk ook de hierboven geciteerde aanbeveling van Daig.

> 'dat artikel 190 EEG-Verdrag de gemeenschapsinstanties niet verplicht een specifieke rechtvaardiging te geven voor alle bepalingen die tot discriminatie kunnen leiden, aangezien schending van het beginsel van gelijke behandeling een zelfstandige grond voor nietigverklaring van de betrokken bepaling is.' [50]

Daarmee zou de voorspelling van Fuss[51] uit kunnen komen, dat de motiveringsplicht als *vernietigingsgrond* aan belang zal inboeten naarmate 'materielle Regeln des Europäischen Verwaltungsrecht sich herausbilden'.

8.4.4 Motieven voor motiveringsplicht

Waarom is de motiveringsplicht destijds opgenomen in de verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen? Een stellig antwoord op deze vraag kan niet gegeven worden, nu er geen volledige gepubliceerde 'travaux préparatoires' van deze verdragen bestaan.[52] Wel hebben de nationale regeringen — in hun toelichtingen bij de aan de nationale parlementen ter goedkeuring voorgelegde verdragen — de opname van sommige verdragsbepalingen gemotiveerd. Ten aanzien van artikel 190 van het EEG-Verdrag[53] heeft alleen de regering van de Bondsrepubliek dat gedaan.[54]

De Duitse regering achtte het motiveringsvoorschrift vooral nuttig voor de *uitleg* van de besluiten van Raad en Commissie.[55] Dat dit de beweegreden van de opstellers van het verdrag was, wordt echter min of meer tegengesproken door Pescatore:

> 'Cette obligation de motiver a une grande importance pour le fonctionnement des recours judiciaires, parce que ce sera la motivation avant tout qui va donner prise aux recours. C'était pour cette raison que les rédacteurs du Traité ont inséré cette disposition.' [56]

Verwijzend naar Pescatore meent Rabe dat de motiveringsplicht 'insbesondere aus diesem Grunde' in het verdrag is opgenomen.[57] Verwijzend naar Rabe drukt Scheffler zich nog voorzichtiger uit; in het belang van motivering voor de *rechtsbescherming* is volgens hem 'möglicherweise (...) ein Hauptgrund für ihre Aufnahme in die Verträge zu sehen'.[58]

Het *Hof van Justitie* heeft nooit verwezen naar een historische bedoeling van het motiveringsvoorschrift. In zijn uitgebreide jurisprudentie ter afbakening van dat voorschrift heeft het Hof echter vaak gewezen op 'het' doel van de verplichting tot

50 Hof van Justitie 7 mei 1991, C-69/89, paragraaf 20; in deze zaak ging het om de motivering van een verordening van de Raad van de Europese Gemeenschappen.
51 Fuss 1967: 73-74.
52 Pescatore 1958: 81, Plender 1982: 62.
53 Thans het EG-Verdrag.
54 Scheffler 1974: 213.
55 Scheffler 1974: 214.
56 Pescatore 1958: 66.
57 Rabe 1963: 27.
58 Scheffler 1974: 180.

motivering. Daarbij legt het Hof telkens de nadruk op het belang van motivering voor de juiste toepassing van het Europese-Gemeenschapsrecht. Aldus zet het Hof de motiveringsverplichting in het teken van de *controle van de rechtmatigheid* van de besluiten van Raad en Commissie. Het Hof doet dat op verschillende manieren, door te verwijzen naar de verschillende actoren die een rol kunnen spelen bij deze controle:

— In alle beslissingen waarin het doel van de motiveringsplicht aan de orde komt, stelt het Hof dat de motivering ertoe dient om het *Hof van Justitie* zelf in staat te stellen zijn toezicht uit te oefenen.[59]
— Sinds 1959[60] noemt het Hof daarnaast meestal de *belanghebbenden*. De motivering moet het hen mogelijk maken om 'na te gaan of de beschikking gegrond is dan wel een gebrek vertoont op grond waarvan de wettigheid kan worden betwist' [61] en om hun rechten te verdedigen.[62] Schermers en Waelbroeck wijzen erop dat motivering het ook voor *Raad* en *Commissie* gemakkelijker maakt om te beoordelen of zij succesvol elkaars besluiten voor het Hof zouden kunnen aanvechten.[63]
— In enkele uitspraken noemt het Hof bovendien de *Lid-Staten*. De motiveringsplicht zou mede ten doel hebben hen en hun eventueel 'belanghebbende onderdanen' in staat te stellen na te gaan, op welke wijze het verdrag is toegepast.[64]

Het Hof verwijst slechts een enkele keer rechtstreeks naar een andere functie van de verplichte motivering dan rechtmatigheidscontrole:

> 'Voor de Commissie bestond in casu te meer reden om haar beschikking te motiveren, nu artikel 2 ervan het Koninkrijk der Nederlanden verplicht tot het nemen van maatregelen (...). (De Commissie had) de nodige aanwijzingen moeten geven waaruit de Nederlandse regering kon afleiden, welke maatregelen in aanmerking kwamen.' [65]

Afgezien van deze verwijzing naar de functie die motivering kan hebben voor de *interpretatie en toepassing* van een besluit, spreekt het Hof slechts over de functie die motivering kan hebben bij de controle op besluiten. De interpretatie-functie van motivering komt wel even aan de orde in een Conclusie van Advocaat-Generaal Warner.[66] In de literatuur wordt veelvuldig gewezen op het belang van de motivering van een besluit voor de latere interpretatie en toepassing van dat besluit door:

59 Hof van Justitie 20 maart 1957, 2/56, p. 38; 7 juli 1988, 55/87, paragraaf 23.
60 Hof van Justitie 20 maart 1959, 18/57, p. 119.
61 Hof van Justitie 7 april 1987, 32/86, paragraaf 8; en 4 juni 1992, C-181/90, paragraaf 14.
62 Hof van Justitie 26 juni 1986, 203/85, paragraaf 10; en 7 mei 1991, C-69/89, paragraaf 14.
63 Schermers and Waelbroeck 1992: 205.
64 Hof van Justitie 4 juli 1963, 24/62, p. 150; 7 juli 1981, 158/80, paragraaf 25; 17 maart 1983, 294/81, paragraaf 14; 26 maart 1987, 45/86, paragraaf 5; en 23 februari 1988, 131/86, paragraaf 36.
65 Hof van Justitie 13 maart 1985, 296 en 318/82, paragraaf 29; zie ook twee arresten waarin vergelijkbare eisen aan de motivering van richtlijnen worden gesteld: 19 maart 1991, C-202/88, paragraaf 45, en 17 november 1992, C-271, C-281 en C-289/90, paragraaf 29.
66 Vóór Hof van Justitie 27 september 1979, 230/78, p. 2783.

— degenen tot wie het gericht is;[67]
— de nationale rechters;[68]
— het Hof van Justitie.[69]

In het verlengde van deze interpretatie-functie ligt de rol die motivering kan spelen bij het de betrokkenen *overtuigen van de wenselijkheid* van (naleving van) het besluit.[70]

Het valt op dat het Hof zijn formuleringen van de controle-functie vaak niet toespitst op *rechterlijke* controle. Misschien mag men daar uit afleiden dat het Hof ook oog heeft voor de functie die de motivering kan hebben bij *politieke controle* op besluiten. Het belang van motivering voor de controle door de publieke opinie en in het bijzonder door het Europees Parlement komt ter sprake in een Conclusie van Advocaat-Generaal Lagrange.[71] Ook in de literatuur wordt vaak gewezen op het belang van motivering voor politieke beïnvloeding van Commissie en Raad door de publieke opinie en door het Europees Parlement.[72] Motivering is ook van belang voor lid-staten die Commissie en Raad willen beïnvloeden,[73] en voor nationale parlementen die dat willen.[74]

De controle hoeft echter niet 'van buiten' Commissie en Raad te komen. De motiveringsplicht noopt er immers ook toe dat de beslissende instelling zelf stilstaat bij de zorgvuldigheid van haar besluitvorming.[75] Men spreekt in dit verband wel van *zelf-controle*.[76] Aldus doet het motiveringsvoorschrift dienst als hulpmiddel tegen oneigenlijke motieven,[77] en als stimulans voor de ontwikkeling, bekendmaking en toepassing van beleidsregels, van 'uniforme criteria'.[78] In dit verband is een overweging van het Hof uit 1983 illustratief:

> 'dat het Hof op grond van de motivering van de betwiste beschikking, en van de door de Commissie in de loop van het geding aangevoerde argumenten niet kan vaststellen dat de Commissie bij het geven van de beschikking welomschreven, aan de gemeenschapsregeling beantwoordende criteria heeft gehanteerd en zodoende de bijzondere objectieve kenmerken van de twee betrokken computers genoegzaam in aanmerking heeft genomen'.[79]

67 Mann 1972: 482, Scheffler 1974:51, Schmidt 1991: 4977, Schwarze 1992: 1416.
68 Scheffler 1974: 70, Bebr 1981: 96.
69 Maas 1965: 11, Thierfelder 1968: 30, Louis 1969:27, Grabitz 1983: 95, Joliet 1983: 163.
70 Hen 1977: 62, Tomuschat 1981: 462.
71 Vóór Hof van Justitie 15 juli 1960, 36-38 en 40/59, p. 941.
72 Hen 1977: 54, Constantinesco 1977: 590, Hartley 1988: 120, Joliet 1983: 163.
73 Schott 1971: 84 en 95, Scheffler 1974: 42-43.
74 Mann 1972: 482.
75 Advocaat-Generaal Roemer in zijn conclusies vóór Hof van Justitie 4 juli 1963, 24/62, p. 161, en 15 juli 1963, 34/62, p. 328.
76 Thierfelder 1968: 30, Ipsen 1972: 517, Schmidt 1991: 4977, Schwarze 1992: 1384.
77 Scheffler 1974: 51, Kovar 1964: 178.
78 Gaudenzi 1964: 427.
79 Hof van Justitie 17 maart 1983, 294/81, paragrafen 15 en 31.

8.5 Europese verordeningen

8.5.1 Een motiveringsplicht voor regelgeving

De gemeenschapsrechtelijke motiveringsplicht geldt ook voor regelgeving. Dat volgt uit de tekst van artikel 190 van het EG-verdrag. Ten aanzien van door de Raad vast te stellen regelgeving wordt dit nog eens, goeddeels ten overvloede, bepaald in richtsnoer 6 van de 'Resolutie van de Raad van 8 juni 1993 betreffende de redactionele kwaliteit van de communautaire wetgeving':

> 'In de overwegingen moet het beschikkend gedeelte in eenvoudige bewoordingen worden gemotiveerd.' [1]

Artikel 190 maakt geen onderscheid tussen de motiveringsplicht bij beschikkingen en de motiveringsplicht bij verordeningen en richtlijnen. Volgens het Hof van Justitie hangt de omvang van de motiveringsplicht echter wel af van het rechtskarakter van het betrokken besluit.[2]

Zoals hieronder nog blijkt, stelt het Hof aan de motivering van verordeningen minder vergaande eisen dan aan de motivering van (individuele) beschikkingen.[3] De eisen die aan de motivering van richtlijnen worden gesteld, laat ik verder buiten beschouwing. Er is immers nauwelijks jurisprudentie over, en het karakter van richtlijnen is ook niet goed vergelijkbaar met dat van Nederlandse wetten. Ook de in 1993 ingevoerde figuur van verordeningen die door Europees Parlement en Raad gezamenlijk worden aangenomen[4] zal ik laten rusten.

De gereduceerde eisen inzake de motivering van verordeningen heeft het Hof zowel negatief als positief onder woorden gebracht. Ik bespreek eerst de negatieve en daarna de positieve benadering.

In vergelijking met de motiveringsplicht ten aanzien van beschikkingen heeft het Hof van Justitie *twee belangrijke beperkingen* aangebracht op de motiveringsplicht ten aanzien van verordeningen:

— niet elk onderdeel van een verordening hoeft gemotiveerd te worden;
— niet elke overweging die tot een verordening heeft geleid hoeft in de motivering vermeld te worden.

1 *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* 1993/C 166/01, ook afgedrukt in *Nederlands Juristenblad* 1993: 908 en 1404.
2 Hof van Justitie 16 december 1963, 18/62, p. 591; 13 maart 1968, 5/67, p. 135; 30 november 1978, 87/78, paragraaf 10; 30 september 1982, 114/81, paragraaf 20; 11 mei 1983, 244/81, paragraaf 33; 29 februari 1984, 37/83, paragraaf 13; 3 juli 1985, 3/83, paragraaf 30; 22 januari 1986, 250/84, paragraaf 37; 7 juli 1988, 55/87, paragraaf 23; en 2 mei 1990, C-27/89, paragraaf 27.
3 Zie paragraaf 8.4.2.
4 Zie artikel 189B van het EG-Verdrag.

De eerste beperking heeft het Hof al in 1957 geformuleerd. In het *Geitling*-arrest besliste het dat *niet elk artikel* van een regelgevend besluit een eigen motivering behoeft: een 'voldoende motivering kan ook volgen uit het onderlinge verband der verschillende overwegingen' waarop het besluit als geheel rust.[5] In latere jurisprudentie heeft het Hof als voorwaarde voor het weglaten van een specifieke motivering bij een bepaald artikel gesteld, dat het artikel moet vallen binnen de systematiek van het geheel.[6] Sinds 1982 heeft het Hof zijn 'vaste rechtspraak' op dit punt enkele malen als volgt geformuleerd:

> 'dat bij verordeningen geen specifieke motivering kan worden verlangd van de verschillende — soms zeer talrijke en ingewikkelde — onderdelen, feitelijk en rechtens, die daarin voorkomen, zodra deze binnen de systematiek van het geheel vallen'.[7]

Of het Hof met 'onderdelen, feitelijk of rechtens, die daarin voorkomen' [8] meer bedoelt dan de diverse artikelen van een verordening, is niet duidelijk. In deze formulering is — tussen de gedachtenstreepjes — bovendien een verwarrende echo te vinden van het hieronder te bespreken *Beus*-arrest uit 1968.

In het *Beus*-arrest heeft het Hof een tweede beperking gesteld aan de motiveringsplicht bij een verordening, namelijk dat:

> 'geen specifieke opsomming mag worden verlangd van de soms talrijke en ingewikkelde feiten met het oog waarop zij werd uitgevaardigd en zeker niet een min of meer volledige beoordeling dier feiten mag worden verwacht'.[9]

Dat bij besluiten van algemene strekking *geen opsomming en beoordeling van alle relevante feiten* wordt vereist staat ook te lezen in twee arresten uit 1978[10] en 1980.[11] In het laatstgenoemde arrest herhaalde het Hof bovendien zijn standpunt[12] dat in de motivering van een (algemeen) besluit *geen vermelding en weerlegging van de opvattingen van adviserende instanties* vereist is.

Het Hof van Justitie heeft de bij verordeningen geldende motiveringsplicht niet alleen negatief maar ook *positief* afgebakend. Volgens het *Beus*-arrest kan in de motivering van een verordening:

> 'worden volstaan met vermelding van het geheel der omstandigheden welke tot haar uitvaardiging hebben geleid enerzijds en van haar algemene doelstellingen anderzijds'.[13]

5 Hof van Justitie 20 maart 1957, 2/56, p. 38.
6 Hof van Justitie 16 december 1963, 18/62, p. 591; 20 juni 1973, 80/72, paragraaf 25; 12 juli 1979, 166/78, paragraaf 8; en 19 september 1985, 63 en 147/84, paragraaf 38.
7 Hof van Justitie 28 oktober 1982, 292-293/81, paragraaf 19; 22 januari 1986, 250/84, paragraaf 38; 7 juli 1988, 55/87, paragraaf 23; en 2 mei 1990, C-27/89, paragraaf 27.
8 'éléments de fait ou de droit qui font l'objet des règlements'.
9 Hof van Justitie 13 maart 1968, 5/67, p. 135.
10 Hof van Justitie 30 november 1978, 87/78, paragraaf 11.
11 Hof van Justitie 18 maart 1980, 154, 205-206, 226-228 en 263-264/78 en 31, 39, 83 en 85/79, paragraaf 19.
12 Hof van Justitie 11 februari 1955, 4/54, p. 211; en 21 maart 1955, 6/54, p. 236.
13 Hof van Justitie 13 maart 1968, 5/67, p. 135.

Ook deze beperking is deel gaan uitmaken van de vaste jurisprudentie van het Hof.[14] De woorden 'het geheel der omstandigheden' suggereren echter meer dan het Hof — blijkens de hierboven besproken negatieve afbakening 'geen opsomming van alle feiten' — bedoelt. Duidelijker wat dit betreft is het arrest van 22 maart 1979, dat spreekt van '*globale situatie*'.[15] Wat verstaan moet worden onder '*algemene doelstellingen*' kan men wellicht afleiden uit een arrest uit 1986, dat spreekt van 'de essentie van het door de instelling nagestreefde doel'.[16]

Soms vat het Hof deze tweeledige minimumeis samen door kortweg een motivering te verlangen van 'de essentie van de voorschriften',[17] van 'wezenlijke punten',[18] of van 'de wezenlijke inhoud van de vastgestelde maatregelen'.[19] Volgens de bovengenoemde 'Resolutie van de Raad van 8 juni 1993 betreffende de redactionele kwaliteit van de communautaire wetgeving', zal dit alles 'in eenvoudige bewoordingen' moeten gebeuren.[20]

Evenals bij beschikkingen[21] koppelt het Hof van Justitie de toetsing aan het motiveringsvereiste een enkele keer met zoveel woorden aan centrale *materiële beginselen* van Europese-Gemeenschapsrecht. Zo overweegt het Hof, in een van de zeer weinige zaken waarin het wegens een motiveringsgebrek de ongeldigheid van een verordening heeft vastgesteld, met betrekking tot een in de motivering aangetroffen contradictie als volgt:

> 'Een dergelijke tegenstrijdigheid in de motivering weegt des te zwaarder waar het gaat om een bepaling die de Lid-Staten de bevoegdheid geeft om, zij het op zeer kleine schaal, vrijstellingen te verlenen van invoerrechten, die een wezenlijk element van het gemeenschappelijk landbouwbeleid vormen.' [22]

Dat de motiveringsplicht fungeert als *hulpregel* bij materiële beginselen van Europese-Gemeenschapsrecht wil niet zeggen dat toetsing daaraan ook steeds plaats vindt in het kader van artikel 190. Het Hof lijkt er namelijk de voorkeur aan te geven deze motiveringstoetsing onder te brengen in de toetsing aan een materiële vernietigingsgrond.[23]

Als hulpregel bij materiële beginselen komt de motiveringsplicht de laatste jaren ook naar voren in de uitwerkingen die de gemeenschapsinstellingen geven aan de beginselen

14 Hof van Justitie 30 november 1978, 87/78, paragraaf 11; en 19 september 1985, 172 en 226/83, paragraaf 25.
15 Hof van Justitie 22 maart 1979, 134/78, paragraaf 6.
16 Hof van Justitie 22 januari 1986, 250/84, paragraaf 38.
17 Hof van Justitie 20 juni 1973, 80/72, paragraaf 24; en 22 maart 1979, 134/78, paragraaf 6.
18 Hof van Justitie 12 juli 1979, 166/78, paragraaf 8.
19 Hof van Justitie 29 februari 1984, 37/83, paragraaf 13.
20 *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* 1993/C 166/01.
21 Zie paragraaf 8.4.3.
22 Hof van Justitie 7 juli 1981, 158/80, paragraaf 26.
23 Zie bijvoorbeeld Hof van Justitie 7 mei 1991, C-69/89, paragraaf 20, hierboven geciteerd in paragraaf 8.4.3.

van *subsidiariteit* en *proportionaliteit*, die per 1 november 1993 in artikel 3B, tweede respectievelijk derde lid, van het EG-Verdrag zijn vastgelegd. De volledige tekst van dit artikel is:

> 'Artikel 3B
>
> De Gemeenschap handelt binnen de grenzen van de haar door dit Verdrag verleende bevoegdheden en toegewezen doelstellingen.
>
> Op gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, treedt de Gemeenschap, overeenkomstig het subsidiariteitsbeginsel, slechts op indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de Lid-Staten kunnen worden verwezenlijkt en derhalve vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Gemeenschap kunnen worden verwezenlijkt.
>
> Het optreden van de Gemeenschap gaat niet verder dan wat nodig is om de doelstellingen van dit Verdrag te verwezenlijken.'

In juni 1992 heeft de Commissie beloofd om 'in de overwegingen van toekomstige voorstellen, de relevantie van haar initiatief met betrekking tot het subsidiariteitsbeginsel te rechtvaardigen'.[24] Vervolgens heeft de Commissie in oktober 1992 voorgesteld om in een interinstitutioneel akkoord tussen Europees Parlement, Raad en Commissie onder meer de volgende beginselen vast te leggen:

> 'ieder voorstel van de Commissie aan de Raad en aan het Parlement behelst een toelichting die in het Publikatieblad wordt bekendgemaakt, en een considerans waarin het initiatief vanuit het oogpunt van subsidiariteit wordt gerechtvaardigd';[25]

> 'wanneer het Parlement en de Raad in het voorstel van de Commissie een inhoudelijke wijziging aanbrengen, geven zij in het licht van het subsidiariteitsbeginsel een uitdrukkelijke motivering van het amendement'.[26]

Het Europees Parlement[27] en de Europese Raad[28] hebben zich inmiddels uitgesproken vóór een dergelijk interinstitutioneel akkoord met dergelijke motiveringsplichten inzake subsidiariteit en de andere in het nieuwe artikel 3B van het EG-Verdrag genoemde beginselen. In afwachting daarvan heeft de Europese Raad al een aantal richtsnoeren en procedures vastgesteld die de Raad moet hanteren bij het nagaan of een

24 Zie Europese Raad Lissabon, 26-27 juni 1992, Conclusies van het Voorzitterschap, in: *Europa van Morgen*, juni 1992, document 50.

25 In de Engelse versie staat achter het woord 'toelichting' een komma, waardoor de zinsnede die begint met 'waarin' ook bij 'toelichting' kan horen; een dergelijke lezing ligt voor de hand, omdat de bewering over de toelichting anders niets met subsidiariteit te maken zou hebben; ook in de hieronder te noemen Resolutie van het Europees Parlement wordt die koppeling gelegd.

26 Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement van 27 oktober 1992, SEC(92) 1990 def., gepubliceerd in: *Bulletin van de Europese Gemeenschappen — Commissie*, 10-1992, p. 128.

27 Resolutie van 18 november 1992, *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* 1992/C 337/116.

28 Edinburgh, 11-12 december 1992, Conclusies van het Voorzitterschap, Bijlage 1, Algemene aanpak van het subsidiariteitsbeginsel en van artikel 3B van het verdrag betreffende de Europese Unie door de Raad, in: *Europa van Morgen*, december 1992, document 70.

voorgestelde maatregel in overeenstemming is met artikel 3B van het EG-Verdrag.[29] De concrete procedurele stappen die de Raad moet zetten zijn de volgende:

'— in de verslagen van de Groepen en van het Comité van Permanente Vertegenwoordigers over een voorstel wordt, waar zulks relevant is, uiteengezet op welke wijze toepassing is gegeven aan artikel 3B;
— wanneer de procedure van artikel 189B en artikel 189C wordt gevolgd, stelt de Raad in de toelichting die hij overeenkomstig het Verdrag moet geven, het Parlement ten volle in kennis van het standpunt van de Raad t.a.v. de implementering van artikel 3B. Op dezelfde wijze stelt de Raad het Parlement in kennis indien hij een Commissievoorstel geheel of gedeeltelijk verwerpt omdat hij het strijdig acht met het beginsel van artikel 3B.' [30]

De conclusie kan zijn *dàt* Commissie en Raad al sinds 1 november 1993 moeten motiveren waarom optreden van de Europese Gemeenschap niet in strijd is met artikel 3B.

De genoemde richtsnoeren van de Europese Raad[31] en de genoemde Mededeling van de Commissie[32] geven een nadere invulling aan de soms wat vage bewoordingen van artikel 3B, en daarmee aan de zojuist weergegeven motiveringseisen. Uit artikel, richtsnoeren en Mededeling kan afgeleid worden *wàt* Commissie en Raad precies zullen moeten motiveren, namelijk de volgende punten:

1. Gezien het eerste lid van artikel 3B moet vermeld worden:

   (a) wat de te verwezenlijken doelstelling is;
   (b) waarom de maatregel 'verantwoord is om een doelstelling van het Verdrag te bereiken';
   (c) welke rechtsgrondslag er voor de maatregel bestaat.

2. Gezien het tweede lid van artikel 3B moet[33] vermeld worden:

   (a) waarom:
      — de betrokken kwestie transnationale aspecten behelst die door een optreden van de Lid-Staten niet bevredigend kunnen worden geregeld; en/of
      — het optreden van de Lid-Staten alleen of het niet optreden van de Gemeenschap in strijd zou zijn met de voorschriften van het Verdrag of op een andere manier de belangen van de Lid-Staten aanzienlijk zou schaden; en/of

29 Zie *Europa van Morgen*, december 1992, documenten 70, 75 en 76.
30 Aldus de genoemde bijlage bij de Conclusies van het Voorzitterschap, zie *Europa van Morgen*, december 1992, document 76.
31 Zie *Europa van Morgen*, december 1992, documenten 75-76.
32 Zie *Bulletin van de Europese Gemeenschappen — Commissie*, 10-1992, p. 120-126.
33 Tenzij het om een aangelegenheid gaat die tot de exclusieve bevoegdheid van de Gemeenschap behoort; zie *Europa van Morgen*, december 1992, document 75.

— een optreden op communautair niveau op grond van de schaal of de gevolgen ervan duidelijk voordelen zal opleveren boven een puur nationaal optreden;

(b) waarom eventuele harmonisatie voor het bereiken van de doelstellingen van het Verdrag noodzakelijk is;

(c) op welke 'kwalitatieve of, waar mogelijk, kwantitatieve indicatoren' de conclusie gebaseerd is dat een doelstelling niet voldoende door de Lid-Staten kan worden verwezenlijkt, maar beter door de Gemeenschap kan worden bereikt.

3. Gezien het derde lid van artikel 3B moet vermeld worden:

(a) hoe de financiële en administratieve lasten[34] tot een minimum worden beperkt;

(b) waarom die lasten evenredig zijn aan het te bereiken doel;

(c) waarom niet volstaan kan worden met minder vergaande maatregelen.[35]

De aldus onderscheiden motiveringsplichten vertonen een sterke overeenkomst met wat in Nederland wordt voorgeschreven door de Aanwijzingen voor de regelgeving.[36] Zij zijn, als onderdelen van verklaringen van de Commissie en de Europese Raad, in strikt juridische zin niet bindend.[37] Niet uitgesloten moet echter worden dat het Hof van Justitie bij de interpretatie van de artikelen 3B en 190 van het EG-Verdrag een zeker gewicht zal hechten aan deze verklaringen, zeker wanneer zij verankerd zullen zijn in een interinstitutioneel akkoord.[38] Men zou zelfs kunnen zeggen dat het onwaarschijnlijk is, dat het Hof méér uit het subsidiariteitsbeginsel af zal leiden dan de hier weergegeven motiveringsplichten.

Maar ook wanneer het Hof niet zo ver zal willen gaan, dan biedt de uitwerking die de andere gemeenschapsinstellingen aan artikel 3B geven, een redelijk helder stramien voor de inrichting van het algemene deel van de motivering van gemeenschapsregelingen. De verklaringen van Commissie en Europese Raad, en het voorziene interinstitutioneel akkoord, vormen zo enige compensatie voor de wel erg vage invulling die het Hof gegeven heeft aan de motiveringsplicht van de communautaire regelgever.[39] Niet geheel ten overvloede voegt de in het begin van deze paragraaf genoemde Resolutie betreffende de redactionele kwaliteit van de communautaire

34 Voor Gemeenschap, nationale regeringen, lokale autoriteiten, bedrijfsleven en burgers.

35 Dat wil zeggen: met richtlijnen in plaats van verordeningen, of bijvoorbeeld met minimumnormen, met kaderrichtlijnen, met niet-bindende maatregelen, met subsidies, met vrijwillige gedragscodes, met bevordering van samenwerking tussen de Lid-Staten, of met coördinatie, aanvulling of ondersteuning van het optreden van de Lid-Staten.

36 Zie paragraaf 5.4.3.

37 Evenmin als de Nederlandse Aanwijzingen dat zijn.

38 Zie Snyder 1993: 242.

39 Zie Bracke in noot onder Hof van Justitie 17 november 1992, C-271, C-281 en C-289/90, in *RegelMaat* 1993: 85-86.

wetgeving daar nog eens aan toe dat regelingen 'in eenvoudige bewoordingen' moeten worden gemotiveerd.[40]

8.5.2 Motieven voor motiveringsplicht

Het Hof van Justitie heeft de beperking van de motiveringseisen ten aanzien van verordeningen uit niets anders afgeleid dan hun algemene karakter. Deze soepelheid bij verordeningen is 'généralement approuvée par la doctrine'.[41] Het Hof heeft de aan de motivering van verordeningen te stellen eisen niet gerelateerd aan de diverse onderkende functies die motivering kan hebben.[42] In de literatuur daarentegen wordt soms wel apart ingegaan op de functies die motivering bij verordeningen kunnen vervullen.

Zo zou volgens Louis de functie van de *zelf-controle* bij verordeningen van minder groot belang zijn, omdat misbruik van bevoegdheid bij verordeningen minder te vrezen valt vanwege het feit 'que la portée générale est, en elle-même, une garantie contre l'arbitraire'.[43]

In verband met de functies van *rechterlijke en politieke controle* pleiten andere auteurs juist voor aanscherping van de aan de motivering van verordeningen te stellen eisen. Bij verordeningen zou behoefte bestaan aan uitvoerige motivering, omdat juist dan sprake is van ruime discretionaire bevoegdheden van de Raad.[44] Volgens Louis[45] zal altijd een 'justification spéciale' vereist zijn bij maatregelen genomen op basis van artikel 235 van het EG-Verdrag.[46] De motiveringsplicht is bovendien 'particularly important with regard to the quasi-legislative acts which are not subject to the usual political control'.[47] Een gedetailleerde motivering van verordeningen heeft nut als compensatie voor de afwezigheid van een normaal openbaar parlementair wetgevingsproces.[48]

Verder heeft Scheffler betoogd dat nu de motivering van Europese regelgeving, anders dan de toelichting bij nationale wetgeving, deel uitmaakt van het vastgestelde besluit, aan eerstgenoemde motivering als hulpmiddel bij de *interpretatie* 'eine wesentlich grössere Rechtsbedeutung' moet toekomen.[49]

40 *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* 1993/C 166/01, ook afgedrukt in *Nederlands Juristenblad* 1993: 908 en 1404.
41 Louis 1993: 528.
42 Zie paragraaf 8.4.4.
43 Louis 1969: 32.
44 Steindorff 1965: 76-77.
45 Louis 1993: 529.
46 Opvulling van leemten in het bevoegdhedenstelsel van het verdrag.
47 Bebr 1962: 84.
48 Hen 1977: 54, Schwarze 1992: 1416; vergelijk het pleidooi van Jurgens 1993b: 21 om de verslagen van de beraadslagingen van de Raad van de Europese Gemeenschap over verordeningen openbaar te maken.
49 Scheffler 1974: 70.

8.5.3 Gevolgen van een motiveringsgebrek

Niet-nakoming van de motiveringsplicht bij verordeningen kan in het Europese-Gemeenschapsrecht verschillende gevolgen hebben.

In de eerste plaats kan het Hof van Justitie de verordening wegens 'schending van wezenlijke vormvoorschriften' nietig verklaren na een beroep ingesteld op grond van artikel 173 van het EG-Verdrag. Volgens het vierde lid van dit[50] artikel kunnen natuurlijke en rechtspersonen slechts beroep instellen tegen 'in de vorm van een verordeningen' genomen beschikkingen die hen 'rechtstreeks en individueel raken'. Volgens het tweede lid kunnen Lid-Staten, Raad en Commissie tegen elke verordening beroep instellen. Bij vernietiging van een verordening kan het Hof bepalen dat bepaalde gevolgen van de vernietigde verordening 'als gehandhaafd moeten worden beschouwd'.[51] Vernietiging wegens een motiveringsgebrek biedt Raad of Commissie de mogelijkheid om na heroverweging een ander of anders gemotiveerd besluit te nemen.[52]

In de tweede plaats kan op 'schending van wezenlijke vormvoorschriften' ook een beroep worden gedaan bij wege van exceptie.[53]

In de derde plaats kan de ongeldigheid van een niet of onvoldoende gemotiveerde verordening worden vastgesteld in een prejudiciële beslissing op grond van artikel 177 van het EG-Verdrag. Dit is al eens voorgekomen.[54]

Schadevergoeding op grond van artikel 215 van het EG-Verdrag is volgens het Hof niet mogelijk:

> 'Eventuele motiveringsgebreken van een normatieve handeling kunnen (...) niet leiden tot aansprakelijkheid van de Gemeenschap.' [55]

In de literatuur is beweerd dat een dergelijke aansprakelijkheid vrijwel altijd zal afketsen op het ontbreken van relativiteit.[56] Volgens Herdegen kan een motiveringsgebrek wel enige bijkomende betekenis voor de aansprakelijkheid hebben.[57]

8.6 Vergelijking

Rechtsvergelijking kan inspiratie en argumenten opleveren.[1] Verschillende schrijvers stellen het Nederlandse bestuursrecht ten voorbeeld aan het wetgevingsrecht.[2] Daarbij

50 Per 1 november 1993 gewijzigde.
51 Artikel 174, tweede lid; ten aanzien van een motiveringsgebrek in een richtlijn maakte het Hof van Justitie gebruik van deze mogelijkheid in zijn arrest van 7 juli 1992, C-295/90, paragrafen 22-27.
52 Gaudenzi 1964: 427, Mann 1972: 311-312 en 513-514.
53 Artikel 184 van het EG-Verdrag.
54 Hof van Justitie 7 juli 1981, 158/80.
55 Hof van Justitie 15 september 1982, 106/81, paragraaf 14.
56 Gilsdorf 1975: 100; Herdegen 1983: 132.
57 Herdegen 1983, 132.
1 Zie Florijn 1993: 101-108.
2 Zie de paragrafen 1.2, 7.4 en 7.5.

wordt vooral gewezen op het feit dat de wetgever net als menig bestuursorgaan belast is met de uitoefening van een discretionaire, maar aan talloze procedurele en inhoudelijke beperkingen onderworpen bevoegdheid. Zo schrijft Brenninkmeijer:

> 'De bevoegdheid tot het stellen van de wet is niets anders dan een discretionaire bevoegdheid van de wetgever De rechtsontwikkeling van de laatste decennia toont dat de omvang van die discretionaire bevoegdheid eveneens beperkt is ( ) de keuzevrijheid die de wetgever heeft, is ook ten aanzien van de inhoud van de wet niet *onbeperkt* '[3]

Door deze ontwikkeling is ook de vergelijkbaarheid van nationale wetgeving met Europese regelgeving toegenomen.

Hartley heeft het 'particularly remarkable' genoemd dat de gemeenschapsrechtelijke motiveringsplicht ook op regelgeving van toepassing is: 'Even in Germany and the Netherlands, the requirement of reasons does not extend this far'.[4] Voor het ontbreken van een dergelijke motiveringsplicht in nationaal recht heeft Schott een verklaring:

> 'Das Fehlen eines allgemeinen Begrundungszwangs fur normative Akte — insbesondere fur Gesetze — kann vor allem auf die eingeschrankte Kontrollbefugnis der Gerichte, die uber die Rechtsgultigkeit von Normen zu befinden haben, zuruckgefuhrt werden '[5]

Koopmans heeft er echter op gewezen dat in Nederland vanaf 1953 zowel de rechterlijke bevoegdheid tot toetsing van wetgeving, als het aantal beperkingen van de bevoegdheid van de wetgever is toegenomen.[6] Volgens hem is met de jurisprudentie van het Hof van Justitie over de omvang van de motiveringsplicht ten aanzien van regelgeving[7] 'een stramien aangegeven dat ook voor de nationale wetgeving niet onbruikbaar zou zijn'.[8] Ook volgens Van Male biedt die Europese jurisprudentie 'aanknopingspunten voor de rechtsontwikkeling hier te lande'.[9] In paragraaf 3.2 heb ik gewezen op de mogelijkheid — en de eerste symptomen — van een ontwikkeling waarin[10] uit materiële normen van Gemeenschapsrecht motiveringsplichten voor nationale wetgevers worden afgeleid.

De vraag is vervolgens welke *aanknopingspunten voor de ontwikkeling van het Nederlandse wetgevingsrecht* te vinden zijn in de motiveringsplichten van het Nederlandse bestuursrecht en het institutionele Europese-Gemeenschapsrecht (en in het Nederlandse procesrecht). In de paragrafen 8.2 tot en met 8.5 (en in paragraaf 1.1.1) zijn vooral de volgende zaken naar voren gekomen:

3 Brenninkmeijer 1992 691-692, cursivering in het origineel
4 Hartley 1988 119
5 Schott 1971 48
6 Koopmans 1980 126
7 Hof van Justitie 13 maart 1968, 5/67, zaak-*Beus*, zie paragraaf 8 5 1
8 Koopmans 1980 126
9 Van Male 1988a 474
10 Mede op basis van de motiveringsplicht van artikel 190 van het EG-Verdrag

— Een verplichting tot het motiveren van besluiten (het formele motiveringsbeginsel) geldt in de onderzochte takken van het publiekrecht vrijwel algemeen.[11]
— De motiveringsplichten hangen nauw samen met materiële (motief-afhankelijke) rechtsnormen, waaronder het 'materiële motiveringsbeginsel' en het verbod van terugwerkende kracht.[12]
— In beperkte mate wordt ruimte gelaten voor het pas achteraf motiveren van een genomen besluit.[13]
— Aan de motiveringsplichten worden min of meer dezelfde functies toegeschreven: kwaliteitsbevordering, verduidelijking van de inhoud, bevordering van de controleerbaarheid, bevordering van de aanvaarding, beheersing van discretionaire bevoegdheden, operationalisering en ontwikkeling van andere normen, en het bieden van een flexibel en afstandelijk toetsingscriterium aan de rechter.[14]
— Aan de motivering van regelgeving worden minder vergaande eisen gesteld dan aan de motivering van beschikkingen.[15]
— In het toetsen van regelgeving aan motiveringsverplichtingen gaan rechters wat minder ver dan in het daaraan toetsen van beschikkingen.[16]

Al met al zijn er grote overeenkomsten tussen de motiveringsplichten uit het Nederlandse bestuursrecht (en procesrecht) en die uit het institutionele Europese-Gemeenschapsrecht.[17] In een vergelijking van de functies van bestuurlijke en rechterlijke motivering concludeert De Waard dat er wat de omvang van de motiveringsplichten betreft, geen reden is om verschil te maken tussen rechtspraak en bestuur.[18]

Met name tussen de motiveringseisen die voor beschikkingen gelden en de motiveringseisen die voor regelgeving gelden, bestaan echter belangrijke verschillen. Daarom kan volgens mij *niet* geconcludeerd tot het bestaan van één algemene publiekrechtelijke motiveringsplicht die ook bij wetgeving geldt.

Wel blijken motiveringsplichten in de genoemde andere takken van het publiekrecht zó algemeen te gelden, dat *vermoed* kan worden dat ook in het wetgevingsrecht enige verplichting tot motivering bestaat.[19] Verondersteld zou kunnen worden dat deze vermoede verplichting enigszins lijkt op de gereduceerde motiveringsplichten die ten aanzien van Europese en bestuurlijke regelgeving gelden. Via deze gewaagde redenering *zou* uit de gemeenschappelijke kenmerken van deze bestuursrechtelijke en Gemeenschapsrechtelijke motiveringsplichten afgeleid kunnen worden, dat bij wetgeving — waarschijnlijk:

11 Zie de paragrafen 1.1.1, 8.2.2, 8.3.1, 8.4.1 en 8.5.1.
12 Zie de paragrafen 2.2.5, 8.2.1, 8.3.1, 8.4.2, 8.4.3 en 8.5.1.
13 Zie de paragrafen 8.2.2, 8.3.3 en 8.4.1.
14 Zie de paragrafen 1.1.2, 8.2.4, 8.3.1., 8.3.2, 8.4.1, 8.4.3, 8.4.4 en 8.5.2.
15 Zie de paragrafen 8.3.1, 8.3.3 en 8.5.1.
16 Zie de paragrafen 8.3.3 en 8.5.3.
17 Zie paragraaf 1.1.1.
18 De Waard 1987: 380-393.
19 Bevestiging van dit vermoeden is te vinden in de hoofdstukken 3 tot en met 7.

(a) de motivering abstracter mag blijven dan bij beschikkingen en niet hoeft in te gaan op elk artikel van de wet en evenmin op alle feiten met het oog waarop de wet wordt gegeven;[20]
(b) de motivering ten minste moet bestaan uit een aanduiding van het doel van de wet;[21]
(c) ter compensatie van de gereduceerde juridische motiveringsplicht meer gedetailleerde eisen inzake motivering te vinden zullen zijn in juridisch niet-bindende aanwijzingen;[22]
(d) bepaalde gebreken in de motivering ook nog ten overstaan van de rechter verholpen kunnen worden;[23]
(e) de rechter alleen gehouden is tot strikte toetsing aan de motiveringsplicht indien ook een andere bovenwettelijke norm in het spel is;[24]
(f) gebreken in de motivering slechts in uitzonderlijke gevallen tot onverbindendheid of een verplichting tot schadevergoeding kunnen leiden.[25]

In paragraaf 9.2.3 wordt bezien in hoeverre deze elementen al terug te vinden zijn in de geldende motiveringsplichten van de Nederlandse wetgever,[26] en of zij gebruikt kunnen worden bij het verder vormgeven van die plichten.

20 Zie de paragrafen 8.3.3 en 8.5.1.
21 Zie de paragrafen 8.3.1, 8.3.3 en 8.5.1.
22 Zie de paragrafen 8.3.1 en 8.5.1.
23 Zie de paragrafen 8.3.3 en 8.4.1.
24 Zie de paragrafen 8.3.3, 8.4.3 en 8.5.1.
25 Zie de paragrafen 8.3.3 en 8.5.3.
26 Zoals gevonden in de hoofdstukken 3 tot en met 7.

9 Conclusies

De eerste hoofdvraag van deze studie luidt:

Welke motiveringsplichten rusten krachtens nationaal en internationaal recht op de Nederlandse wetgever?

Daarbij zou met name gelet worden op de volgende deelvragen:[1]

- *Wat?* Welke aspecten van een wet moeten gemotiveerd worden? Al haar onderdelen? Haar wenselijkheid, noodzakelijkheid en/of rechtmatigheid? (De belangrijkste gevonden antwoorden op deze vragen worden samengevat in paragraaf 9.1.1.)
- *Wanneer, wie?* In welk stadium van het wetgevingsproces moet er gemotiveerd worden? Reeds vóór de indiening? Ook nog ná bekrachtiging en inwerkingtreding (bijvoorbeeld bij aanvechting voor de rechter)? Welke van (de leden van) de deelorganen van de wetgever zijn verantwoordelijk voor de nakoming van de motiveringsplichten van de wetgever? (De belangrijkste gevonden antwoorden hierop worden samengevat in paragraaf 9.1.2.)
- *Status?* Wat is de juridische rang van de diverse motiveringsplichten van de wetgever? Is ook de rechter bevoegd aan deze plichten te toetsen? (De belangrijkste gevonden antwoorden worden samengevat in paragraaf 9.1.3.)
- *Waarom?* Wat zijn de motieven die ten grondslag liggen aan het stellen van motiveringseisen aan de wetgever? Wat is de verhouding van de motiveringsplichten tot andere regels van regelgevingsrecht? (De belangrijkste gevonden antwoorden daarop worden samengevat *en uitgewerkt* in paragraaf 9.2. Zie ook de paragrafen 9.3 en 9.4.)

De tweede hoofdvraag van deze studie luidt:

Hoe kunnen de diverse motiveringsplichten van de wetgever zodanig aangevuld en vormgegeven worden, dat zij hun functies als deel van het regelgevingsrecht optimaal kunnen vervullen?

Ook hierbij zou op enkele deelvragen worden gelet:[2]

1 Zie paragraaf 1.4.1.
2 Zie paragraaf 1.4.1.

— *Wat?* Tot welke aspecten van wetgeving zouden de motiveringsplichten van de wetgever moeten worden uitgebreid? (Antwoorden op deze vraag worden samengevat *en gegeven* in paragraaf 9.3.3.)
— *Wanneer, wie?* In welk stadium zouden (welke leden van) welke deelorganen van de wetgever deze motiveringsplichten het beste kunnen nakomen? (Antwoorden hierop worden samengevat *en gegeven* in paragraaf 9.3.2.)
— *Status?* Verdient het aanbeveling om motiveringsplichten van de wetgever (nader) vast te leggen? (Antwoorden op deze vragen worden samengevat *en gegeven* in de nu volgende paragraaf 9.3.1.)

Deze studie sluit ik af met enkele opmerkingen over — en ter — verantwoording (paragraaf 9.4).

9.1 De gevonden motiveringsplichten

9.1.1 Wat gemotiveerd moet worden

9.1.1.1 Doelstelling en motivering van rechtmatigheid

De gedachte dat ongeschreven beginselen de wetgever tot motivering verplichten heeft de laatste vijftien jaar steeds meer steun gevonden in de literatuur. Vooral het inzicht dat het verschil tussen de rechtshandelingen 'beschikking' en 'wet' steeds kleiner is geworden, heeft daartoe bijgedragen.

De meeste schrijvers achten de motiveringsplicht van de wetgever niet onbeperkt. Al met al kan men spreken van een *in de literatuur erkend beginsel* (van behoorlijke wetgeving) inhoudende dat wetgeving gemotiveerd moet worden door vermelding van het doel van de wet en door bespreking — in het licht van andere bovenwettelijke normen — van de overwegingen die geleid hebben tot de voornaamste in de wet gemaakte keuzen.[3]

Dat het doel van een wetsvoorstel in de memorie van toelichting vermeld moet worden, kan op basis van de gewoonte, literatuur, legisprudentie en de Aanwijzingen voor de regelgeving als een regel van gewoonterecht worden beschouwd.[4] De verplichting tot vermelding van het doel van een wet, of van een specifieke bepaling in een wet, is extra sterk indien het gaat om een beperking van een vrijheidsrecht dat slechts voor bepaalde doeleinden beperkt mag worden (zie paragraaf 9.1.1.3).

Verdragen, Grondwet en gewoonterecht eisen niet dat steeds gemotiveerd wordt waarom een wet rechtmatig wordt geacht. Motivering is slechts vereist indien de rechtmatigheid van een voor- of vastgestelde wet wordt betwijfeld (zie paragraaf 9.1.1.2).

3 Zie paragraaf 7.6.
4 Zie paragraaf 5.4.3.2.

9.1.1.2 Motivering van betwijfelde rechtmatigheid

Omdat rechterlijke toetsing van wetgeving uit de aard der zaak incidenteel van karakter is, door de artikelen 94 en 120 van de Grondwet slechts in beperkte mate wordt toegestaan, en door rechterlijke terughoudendheid in nog beperkter mate wordt uitgeoefend, rust op de wetgevende organen zelf een zware toetsingsplicht.[5] De plicht van regering en parlement om wetgeving aan Grondwet, rechtsbeginselen en internationaal recht te toetsen kan ook afgeleid worden uit de artikelen 32, 37, 49, 60 en 90 van de Grondwet.[6]

Deze toetsingsplicht brengt een motiveringsplicht met zich. Zonder motivering kan immers niet nagegaan worden of de samenstellende delen van de wetgever hun grondwettelijke toetsingsplicht zijn nagekomen.[7] De Raad van State, de literatuur en de Aanwijzingen voor de regelgeving verlangen dat in de memorie van toelichting wordt aangegeven waarom de voorgestelde wet *rechtmatig* geacht kan worden.[8]

Ministers en kamerleden zullen *bij twijfel aan de rechtmatigheid van een (voorstel van) wet* moeten motiveren waarom zij de (voorgestelde) wet niet in strijd oordelen met Grondwet, rechtsbeginselen of internationaal recht.[9] Van een dergelijke twijfel is volgens mij bij een *voorstel van wet* in ieder geval sprake:

— indien de Raad van State in zijn advies de rechtmatigheid van het voorstel ontkent of betwijfelt;
— indien een of meer kamerleden tijdens de behandeling van het voorstel uitdrukkelijk de rechtmatigheid daarvan ontkennen of betwijfelen.

Van gemotiveerd te weerleggen twijfel ten aanzien van een *bestaande wet* zal volgens mij in ieder geval sprake zijn:

— wanneer een of meer kamerleden twijfel aan de rechtmatigheid van de wet uiten;
— wanneer de Raad van State twijfel aan de rechtmatigheid van de wet uit, bijvoorbeeld in een spontaan advies op grond van artikel 16 van de Wet op de Raad van State;
— wanneer een rechter de wet of de toepassing daarvan in strijd heeft geoordeeld met internationaal recht of met Europese-Gemeenschapsrecht.

Een bijzonder geval van twijfel doet zich verder voor indien een rechterlijk college buiten het kader van artikel 94 van de Grondwet de rechtmatigheid van een wet uitdrukkelijk in twijfel trekt. Hoogste Nederlandse rechters achten zich immers bevoegd tot het geven van rechtsgevolg-loze opmerkingen over de (mogelijke) onrechtmatigheid van wetten. Rechters zijn veel beter dan de deelorganen van de wetgever in staat om te bezien of wetgeving in concrete, onvoorziene of nieuwe gevallen tot onrecht leidt. Juist

5 Zie paragraaf 4.5.4.4.
6 Zie de paragrafen 4.5.4.1, 4.5.4.2 en 4.5.4.3.
7 Zie paragraaf 4.5.4.4.
8 Zie paragraaf 5.4.3.5.
9 Zie paragraaf 4.5.4.4.

in de huidige situatie waarin rechters niet bevoegd worden geacht om wetten aan Grondwet en beginselen te toetsen, behoren rechters hun inzichten omtrent in concreto geconstateerd of vermoed wetgevingsonrecht niet aan de wetgever te onthouden, en mag de wetgever niet zomaar voorbij gaan aan rechterlijke vermoedens van wetgevingsonrecht.[10]

Tenslotte kan er bij een *voorstel van wet* ook sprake zijn van de hier bedoelde 'rechtmatigheidstwijfel', terwijl nog niemand dergelijke twijfel uitdrukkelijk aan de orde heeft gesteld. Het bovenwettelijke recht omvat immers allerlei regels en beginselen die twijfel oproepen aan de rechtmatigheid van bepaalde voorgestelde wetsartikelen. Veel bovenwettelijk normen hebben immers een in-beginsel-niet-maar-in-bijzondere-gevallen-wel-structuur. Door bepalingen die bijvoorbeeld bestaande rechten aantasten, onderscheid maken, vrijheid beperken of bevoegdheden centraliseren, serieus te toetsen, kunnen zij die twijfel bij zichzelf wegnemen. Door openlijk verantwoording af te leggen van die toetsing kunnen zij zichzelf zo nodig laten corrigeren en ertoe bijdragen dat ook bij anderen de twijfel vermindert.[11]

Ook uit het feit dat de Grondwet afwijkingen van grondwettelijke hoofdregels kennelijk als *uitzonderingen* heeft beschouwd, kan men afleiden dat dergelijke afwijkingen steeds gemotiveerd moeten worden.[12] De grondwettelijke beperkingsclausules bij grondrechten bijvoorbeeld kunnen geen van alle opgevat worden als een volledige vrijbrief aan de wetgever om inbreuk te maken op de hoofdregel waarmee zij zijn verbonden. Afwijking is slechts toegestaan in gevallen die van het normale geval verschillen.[13] Ook volgens het Europese Hof voor de rechten van de mens zijn de beperkingsclausules ten aanzien van grondrechten 'to be narrowly interpreted'.[14] Het minste dat in dit verband van de wetgever verlangd mag worden, is dat hij aangeeft waarom hij meent dat een bepaald geval zozeer van het normale geval afwijkt dat een uitzondering op de hoofdregel moet worden gemaakt.[15]

Vooral — maar niet alleen — ten aanzien van het grondwettelijke en verdragsrechtelijke discriminatieverbod (zie paragraaf 9.1.1.4), en ten aanzien van vrijheidsrechten die volgens Grondwet of verdrag slechts voor bepaalde doeleinden beperkt mogen worden (zie paragraaf 9.1.1.3), verlangen jurisprudentie en literatuur dat 'betwijfelde' rechtmatigheid van wetgeving gemotiveerd wordt.

9.1.1.3 Motivering van vrijheidsbeperking

Het Europese Hof voor de rechten van de mens vat de *doelcriteria* in de artikelen 8 tot en met 11 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens aldus op dat na constatering van een inbreuk op het in het eerste lid omschreven recht, vastgesteld moet

10 Zie paragraaf 4.5.4.4.
11 Zie de paragrafen 2.2.5 en 4.5.4.4.
12 Zie paragraaf 4.6.1.
13 Zie paragraaf 4.6.1.
14 Zie paragraaf 3.1.1.
15 Zie paragraaf 3.1.1 en 4.6.1.

worden of deze inbreuk een volgens het tweede lid gerechtvaardigd doel heeft. De betrokken verdragsbepalingen zijn dus *motief-afhankelijk*.

Hebben zij ook betrekking op de *motivering* van (bepalingen in) wetten? In de Europese jurisprudentie wordt een dergelijke motiveringsplicht niet expliciet uit de genoemde artikelen afgeleid. In de Nederlandse jurisprudentie en literatuur gebeurt dat soms wel.[16] Terecht, want zonder motivering is nauwelijks controle mogelijk op de inachtneming van het desbetreffende tweede lid en van het verbod van *détournement de pouvoir* van artikel 18 van het Europees Verdrag.

De aldus vereiste motivering is beperkt van omvang (slechts vermelding van het beoogde doel) en hoeft pas in een zeer laat stadium gegeven te worden, namelijk bij aanvechting van (een bepaling van) de wet in een concreet geding.[17] Uit de onderbouwing en toepassing door het Europese Hof voor de rechten van de mens van het vereiste dat beperkingen van Europese grondrechten *necessary in a democratic society* moeten zijn, en van de leer van de *margin of appreciation*, kunnen echter een aantal verdergaande verplichtingen voor de nationale wetgever worden afgeleid.[18]

In de eerste plaats stelt het Europese Hof dat het de taak is van 'the national authorities' om 'the initial assessment' te maken van de noodzaak van een grondrechtenbeperking. Aldus verplicht het Europees Verdrag de wetgever bij grondrechten beperkende besluiten tot een zorgvuldige voorbereiding en tot een billijke en redelijke belangenafweging. Of daarvan sprake is, zal meestal slechts uit de motivering van de voor- of vastgestelde wet kunnen blijken.[19]

In de tweede plaats heeft het Europese Hof de zinsnede *necessary in a democratic society* aldus geïnterpreteerd dat er sprake moet zijn van 'a pressing social need'. Ook hier geldt, dat zonder motivering meestal niet gecontroleerd zal kunnen worden of er sprake is van dringende maatschappelijke behoefte.[20]

In de derde plaats leest het Europese Hof in de zinsnede *necessary in a democratic society* ook de eis dat de inbreuk 'proportionate to the legitimate aim pursued' moet zijn. Of er sprake is van evenredigheid kan uit de motivering van de inbreuk blijken, zoals het Hof onlangs beslist heeft.[21]

In de vierde plaats rekent het Europese Hof het tot zijn taak om na te gaan of de ter rechtvaardiging van de inbreuk aangevoerde redenen *relevant and sufficient* zijn. Aldus stelt het Hof eisen aan de deugdelijkheid van de aangevoerde redenen.[22] Het gaat er kennelijk vanuit dàt er gemotiveerd wordt. Men kan daarom concluderen dat het Europese Hof de aangeklaagde staat verplicht acht de omstreden wetgeving tijdens de Straatsburgse procedure te motiveren. Gezien het subsidiaire karakter van de Straatsburgse controle lijkt vervolgens de conclusie gerechtvaardigd dat de wetgever tot

16 Zie paragraaf 3.1.3.
17 Zie paragraaf 3.1.3.
18 Zie paragraaf 3.1.4.1.
19 Zie paragraaf 3.1.4.2.
20 Zie paragraaf 3.1.4.3.
21 Zie paragraaf 3.1.4.4.
22 'reasons adduced'.

een dergelijke motivering ook al verplicht is tijdens de totstandkoming van wetgeving en bij eventuele aanvechting daarvan voor een nationale rechter.[23]

In de vijfde plaats heeft de Europese Hof een aantal factoren aangewezen die de omvang van de door het Hof aan de nationale autoriteiten te laten *margin of appreciation* kunnen beperken. Het Hof stelt dan extra hoge eisen aan de rechtvaardiging van de inbreuk. Uit zijn jurisprudentie blijkt dat de 'particularly serious reasons' ook kenbaar moeten worden gemaakt. Zo is extra grondige motivering verplicht, indien de persvrijheid, het familie- of gezinsleven, of het seksuele privé-leven wordt beperkt, of indien een bepaalde grondrechtenbeperking in de andere lidstaten van de Raad van Europa zeer ongebruikelijk is.[24]

Ook in de *Grondwet* wordt de methode van doelcriteria gehanteerd ter begrenzing van de bevoegdheid van de wetgever tot beperking van bepaalde grondrechten. In de artikelen 6, 7, 8, 9 en 14 wordt deze bevoegdheid begrensd door bepaalde in die artikelen opgesomde beleidsdoeleinden. De wetgever mag het desbetreffende grondrecht niet op grond van elk denkbaar motief beperken, maar slechts op grond van bepaalde motieven.[25]

In de artikelen 6, tweede lid, 7, derde lid, en 9, tweede lid, hebben de doelcriteria betrekking op de bevoegdheid van de wetgever om de bevoegdheid tot vrijheidsbeperking te delegeren.[26] Volgens die artikelen is (materiële) delegatie van laatstgenoemde bevoegdheid slechts toegestaan, indien:

— *die delegatie* wenselijk is met het oog op een van de genoemde doelen,
— er tevens sprake is van evenredigheid tussen dat doel en de delegatie van de beperkingsbevoegdheid en
— de delegatie bovendien berust op een zorgvuldige afweging van de betrokken belangen.

In de artikelen 8 en 14 hebben de doelcriteria betrekking op (de wenselijkheid, evenredigheid en zorgvuldigheid van) de beperking zelf.

De drie aldus uit de diverse doelcriteria afgeleide vereisten kunnen in theorie in stilte door de wetgever vervuld worden. Dan zou echter de controle op naleving van deze vereisten buitengewoon moeilijk worden. Het ligt daarom voor de hand uit de bepalingen waarin doelcriteria worden genoemd ook nog een verplichting tot *motivering* af te leiden. Die motiveringsplicht houdt tenminste in dat de wetgever moet vermelden welk specifiek doel hij op het oog heeft, onder welke van de in de Grondwet genoemde doeleinden hij dat doel schaart, en waarom hij delegatie of beperking *met het oog op dat doel* wenselijk acht.[27]

23 Zie paragraaf 3.1.4.5.
24 Zie paragraaf 3.1.4.6.
25 Zie paragraaf 4.6.3.
26 Zie paragraaf 4.6.3.1.
27 Zie paragraaf 4.6.3.3.

Ook veel regels en beginselen van *Europese-Gemeenschapsrecht* zijn motief-afhankelijk: de (on)toelaatbaarheid van nationale wetten belemmeren is mede afhankelijk van de (deugdelijkheid van de) motieven van de desbetreffende wetgever. Juist uit dergelijke motief-afhankelijke regels kunnen zich snel motiveringsplichten ontwikkelen. Het is goed mogelijk dat het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen zich bij zijn beoordeling van (de motieven voor) nationale wetgeving zal laten beïnvloeden door de in het EG-Verdrag opgenomen motiveringsplicht ten aanzien van communautaire regelgeving.

Ten aanzien van de rechtvaardiging van beperkingen op het vrij verkeer van goederen heeft het Hof van Justitie de bewijslast al op de nationale autoriteiten gelegd. In een rechtszaak (voor de nationale of communautaire rechter) die draait om de vraag of een nationale wet door artikel 36 van het EG-Verdrag gedekt wordt, zullen de betrokken nationale autoriteiten dus moeten motiveren waarom die wet door een van de in dat artikel opgesomde gronden wordt gerechtvaardigd. Niet uitgesloten moet worden dat het Hof van Justitie zal gaan verlangen dat de op grond van artikel 36 vereiste motivering in een eerder stadium verstrekt wordt. Het Hof heeft dat al eens uitgesproken ten aanzien van het vrije verkeer van werknemers (artikel 48), in een zaak die ging om de motivering van een individuele beschikking. Er zijn echter redenen om de door het Hof geponeerde motiveringsplicht ook ten aanzien van algemeen verbindende voorschriften aan te nemen.

Het is daarom mogelijk de wetgevende organen verplicht te achten, om reeds ten tijde van de totstandkoming van een wet te motiveren waarom die wet in overeenstemming is met de motief-afhankelijke regels inzake het vrij verkeer van goederen en personen.[28]

9.1.1.4 Motivering van ongelijke behandeling

Ongelijke behandeling moet niet alleen gerechtvaardigd *zijn*, maar ook gerechtvaardigd *worden*. Krachtens het gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod rust deze motiveringsplicht (deze bewijslast) ook op de onderscheid makende wetgever.[29]

Van *discrimination* in de zin van artikel 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens is volgens het Europese Hof voor de rechten van de mens sprake wanneer een ongelijke behandeling van gelijke gevallen geen *objective and reasonable justification* heeft. Het Hof onderscheidt (tenminste) twee manieren waarop de *justification* tekort kan schieten: ofwel er is geen legitiem doel, ofwel het middel (de ongelijke behandeling) is niet evenredig aan het doel. In de term *justification* kan men een motiveringsplicht begrepen achten: ongelijke behandeling moet niet alleen gerechtvaardigd *zijn*, maar ook gerechtvaardigd *worden*. In de jurisprudentie van het Europese Hof ontbreekt vooralsnog een algemene verplichting voor de onderscheid makende instantie om te motiveren waarom de ongelijke behandeling geen discriminatie

28 Zie paragraaf 3.2.
29 Zie de paragrafen 3.1.6.1, 4.6.2 en 5.4.3.5.

oplevert. Met betrekking tot enkele specifieke discriminatie-gronden (geslacht, 'birth out of wedlock') biedt de jurisprudentie van het Europese Hof echter al wel steun voor de stelling dat onderscheid steeds goed gemotiveerd zal moeten worden.[30]

Het *Comité voor de rechten van de mens* heeft aan het begrip *discrimination* in artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten een betekenis toegekend die vergelijkbaar is met de jurisprudentie op artikel 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. De jurisprudentie van het Comité, en van Nederlandse rechters, biedt onvoldoende steun voor de conclusie dat de wetgever op grond van artikel 26 verplicht is om ongelijke behandeling te motiveren. Om twee redenen acht ik de jurisprudentie op dit punt echter niet beslissend:

— een verdragsartikel kan de wetgever tot meer verplichten dan tot dat wat slechts incidenteel en meestal terughoudend toetsende rechters onder woorden hebben gebracht;
— voor rechters is toetsing van of via de motivering van wetgeving praktisch erg moeilijk, doordat in procedures waarin wetten worden getoetst, de wetgever meestal niet aanwezig is als procespartij.

Bovendien is er geen reden om het discriminatie-verbod van artikel 26 van het Internationaal Verdrag op dit punt anders te interpreteren dan de overeenkomstige bepalingen uit de Grondwet en het Europees Verdrag. Ongelijke behandeling moet niet alleen gerechtvaardigd zijn, maar ook gerechtvaardigd worden.[31]

Het gelijkheidsbeginsel van de eerste volzin van artikel 1 van de *Grondwet* wordt wel opgevat als een verbod van willekeur. Volgens enkele schrijvers zal de redelijkheid van ongelijke behandeling in een motivering kenbaar gemaakt moeten worden. Een dergelijke motiveringsplicht maakt het beter mogelijk om te controleren of ongelijke behandeling niet op willekeur is gebaseerd. Bovendien ontstaat zo een interpretatie van de eerste volzin die goed aansluit bij de heersende uitleg van het discriminatieverbod van de tweede volzin van artikel 1.[32]

In die tweede volzin wordt vrij algemeen gelezen dat bij ongelijke behandeling op een van de in die volzin aangeduide gronden — behoudens tegenbewijs — het vermoeden zal bestaan dat die ongelijke behandeling ongeoorloofd is, oftewel dat dat onderscheid *discriminatie* oplevert. Dit vermoeden kan worden weerlegd door tegenbewijs waarin de ongelijke behandeling wordt gerechtvaardigd. Gemotiveerd moet dus worden waarom enig onderscheid op een van de aangeduide gronden géén discriminatie oplevert.[33]

Het discriminatieverbod heeft niet alleen betrekking op ongerechtvaardigd onderscheid wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras of geslacht,

30 Zie paragraaf 3.1.6.1.
31 Zie paragraaf 3.1.6.2.
32 Zie paragraaf 4.6.2.1.
33 Zie paragraaf 4.6.2.2.

maar ook op onderscheid wegens afkomst, seksuele gerichtheid, burgerlijke staat, nationaliteit, invaliditeit, leeftijd *of op welke grond dan ook* (zoals bijvoorbeeld het behoren tot een bepaalde categorie weggebruikers). Juist door de toevoeging van de woorden 'of op welke grond dan ook' is het discriminatieverbod in Nederland tot een werkelijk *algemeen* rechtsbeginsel geworden. De door enkele schrijvers bepleite beperkingen tot bepaalde gronden zijn niet verenigbaar met de tekst en de parlementaire geschiedenis van artikel 1. Onderscheid op welke grond dan ook moet gemotiveerd worden.[34]

Onderscheid op sommige gronden (zoals ras, afkomst, geslacht, seksuele gerichtheid, godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid) is vanwege historische beladenheid of in verband met andere fundamentele rechtsbeginselen (democratie, vrijheidsrechten) zeer verdacht, en daarom in wetten vrijwel nooit gerechtvaardigd. Bij onderscheid op deze gronden zal steeds een 'sterk vermoeden' van discriminatie bestaan en derhalve altijd een *zeer zware* motivering zijn vereist. Onderscheid op andere gronden (zoals opleiding, deskundigheid, inkomen, vermogen) is in wetten meestal minder verdacht, maar vergt ter rechtvaardiging wel steeds een *deugdelijke* motivering. Daartussen zou men nog een categorie van gronden kunnen plaatsen die slechts bij uitzondering de basis voor wettelijk onderscheid kunnen vormen (zoals invaliditeit, leeftijd, nationaliteit, burgerlijke staat, leefvorm).

Bij bepaalde gronden kan men daarnaast nog verschil maken tussen onderscheid ten nadele van personen die vaak en/of systematisch worden gediscrimineerd en mede daardoor extra kwetsbaar zijn enerzijds, en onderscheid ten nadele van bijvoorbeeld mannen, blanken of gehuwde heteroseksuelen anderzijds. De rechtvaardiging van onderscheid van het eerste type (*'heersend onderscheid'*) dient aan zwaardere eisen te voldoen dan de rechtvaardiging van onderscheid van het tweede type.[35]

9.1.1.5 Motivering van afwijking van algemene wetten

Niet alleen afwijkingen van bovenwettelijke hoofdregels moeten gemotiveerd worden. In de gedachtenvorming rond Provinciewet, Gemeentewet en Algemene wet bestuursrecht tekent zich namelijk de ongeschreven regel af dat ook afwijkingen van algemene wetten gemotiveerd moeten worden. Deze regel is ook neergelegd in aanwijzing 49 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. De regel wordt zowel afgeleid uit het algemene karakter van deze wetten (nodig ter structurering van de rechtsorde), als uit het bestaan van hogere regels ter zake.[36]

Zo wordt in de Gemeentewet bijvoorbeeld uitvoering gegeven aan de decentralisatie-eisen van het Europees Handvest inzake lokale autonomie en van artikel 124 van de Grondwet. Daarom mag de wetgever niet zomaar afwijken van regels van de Gemeentewet.[37]

34 Zie paragraaf 4.6.2.5.
35 Zie paragraaf 4.6.2.6.
36 Zie de paragrafen 5.4.3.5, 6.3.1 en 6.3.2.
37 Zie paragraaf 6.3.1.

En artikel 107 van de Grondwet eist niet slechts dat de wetgever regels van bestuursrecht codificeert, maar dat hij 'algemene regels' van bestuursrecht vaststelt. Indien zonder meer, zonder motivering, van die regels afgeweken zou kunnen worden, dan zouden zij alras niet meer 'algemeen' zijn. De ten aanzien van afwijking van de Algemene wet bestuursrecht aangenomen (maar niet in de tekst van die wet vastgelegde) motiveringsplicht kan dus gezien worden als 'bewaking' van het algemene karakter van de regels van die wet.[38] Aan een dergelijke bewaking is niet alleen behoefte bij 'regels die zonder uitzondering voor het gehele bestuursrecht behoren te gelden', maar ook bij andere categorieën regels in de Algemene wet bestuursrecht. De ongeschreven verplichting tot motivering van afwijking geldt derhalve ook bij regels die gelden tenzij een bijzondere regelgever anders heeft bepaald, en bij regels die slechts gelden indien een bijzondere regelgever heeft nagelaten een regeling te treffen.[39]

9.1.1.6 Motivering van afwijking van uitgebrachte adviezen

Afgezien van enkele kleine (ongrondwettige) beperkingen zijn ministers, regering, Tweede Kamer en Eerste Kamer steeds bevoegd om advies te vragen aan de Raad van State of enig ander adviescollege. De afwijking van een over een wetsvoorstel ingewonnen advies zal in beginsel gemotiveerd moeten worden. Dat vloeit niet alleen voort uit de artikelen 81 en 42 van de Grondwet, maar ook uit het algemene beginsel dat overheidsorganen afwijking van ingewonnen adviezen moeten motiveren.[40]

Aanwijzing 213 van de Aanwijzingen voor de regelgeving beperkt deze motiveringsplicht tot gevallen waarin 'op hoofdpunten' wordt afgeweken van 'een krachtens wettelijk voorschrift uitgebracht advies'. Daaronder moeten niet slechts verplicht ingewonnen adviezen worden begrepen, maar ook andere adviezen van organen met een wettelijk geregelde adviestaak.[41]

De bij afwijking vereiste motivering zal (schriftelijk) moeten worden verstrekt door de eerst verantwoordelijke leden van het orgaan dat het advies heeft gevraagd,[42] dus meestal in de memorie van toelichting.[43] Ten aanzien van adviezen van de Raad van State heeft zich echter de[44] gewoonte ontwikkeld om daarop in een *nader rapport* te reageren. Er is een gewoonterechtelijke verplichting om in het nader rapport ten minste oppervlakkig in te gaan op alle door de Raad van State gemaakte opmerkingen.[45]

38 Zie paragraaf 6.3.2.
39 Zie paragraaf 6.3.2.
40 Zie paragraaf 4.1.5.1.
41 Zie paragraaf 5.4.3.6.
42 Zie paragraaf 4.1.5.2.
43 Zie paragraaf 5.4.3.6.
44 In artikel 25a, tweede lid, van de Wet op de Raad van State erkende.
45 Zie paragraaf 5.4.4.

9.1.2 Wie wanneer moet motiveren

Motiveringen van de gehele wetgever kan men eigenlijk alleen verwachten in de — veelal nietszeggende — considerans (zie paragraaf 9.1.2.1). De enige taak die de wetgever volgens de Grondwet kan en mag vervullen is immers de 'vaststelling van wetten'. Het aanhangigmaken, indienen, wijzigen, aannemen en bekrachtigen van wetsvoorstellen biedt aan de deelorganen van de wetgever een veelheid van mogelijkheden om die voorstellen te motiveren.[1] In het overleg binnen en tussen regering en parlement worden wetsvoorstellen dan ook veelvuldig gemotiveerd. Daarbij gaat het zowel om de motivering van de (politieke) wenselijkheid van wetsbepalingen in het licht van bepaalde doelen, als om de motivering van de (juridische) aanvaardbaarheid van wetsbepalingen in het licht van hogere normen. Dat laatste gebeurt soms ook in gedingen voor de Nederlandse of Europese rechter waarin de rechtmatigheid van een wet wordt betwist.[2]

Hoewel ministers misschien niet de heerschappij hebben over de wetgeving, hebben zij wel de leiding bij het vaststellen van wetten.[3] De meeste en de belangrijkste verplichtingen tot motivering van wetgeving rusten dan ook op de ministers. Over hun motieven voor hun besluiten omtrent wetsontwerpen, wetsvoorstellen en wetten moeten zij niet alleen het parlement informeren (zie de paragrafen 9.1.2.3 en 9.1.2.4), maar ook elkaar, de Koning en de Raad van State (zie paragraaf 9.1.2.2) en soms zelfs de rechter (zie paragraaf 9.1.2.6). Daarnaast rusten ook enkele motiveringsplichten op kamerleden (zie paragraaf 9.1.2.5).

9.1.2.1 De wetgever moet iedere wet in haar considerans motiveren

In het door additioneel artikel XIX van de Grondwet gehandhaafde 'formulier van afkondiging' wordt slechts voorondersteld dat elke wet een considerans heeft. Deze vooronderstelling is echter zo nadrukkelijk aanwezig in het voorgeschreven formulier, dat het vaststellen van een wet zonder (deugdelijke) considerans ongrondwettig mag heten. De meeste wetsconsideransen doen niet meer dan de wenselijkheid of noodzakelijkheid van een bepaalde regeling te constateren en een korte samenvatting van de inhoud van de wet te geven, terwijl de Grondwet vermelding van 'de beweegredenen der wet' eist. De consideransen die wel meer informatie bevatten, maken vooral melding van de hogere regeling op grond waarvan de wetgever de wet noodzakelijk of wenselijk acht, van het doel dat de wetgever door middel van de wet zegt te willen bereiken, of van een beleid waar de onderhavige wet uit voort zou vloeien. Slechts in enkele gevallen bevat een considerans een redenering die gezien kan worden als een weergave van de hele motivering van de desbetreffende wet. De grondwettelijke eis wordt dus meestal *niet*, en slechts bij hoge uitzondering *volledig* nageleefd. Dat deze praktijk in de

1 Zie paragraaf 1.2.2.
2 Zie paragraaf 1.3.3.
3 Zie paragraaf 1.2.2.

Aanwijzingen voor de regelgeving wordt toegelaten, doet aan de ongrondwettigheid daarvan niet af.[4]

Inmiddels is wel een gewoonterechtelijke regel tot ontwikkeling gekomen die wil dat indien een wet uitvoering geeft aan een hogere regeling, die hogere regeling in de considerans vermeld moet worden. Deze regel is vastgelegd in aanwijzing 119 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.[5]

9.1.2.2 Ministers moeten al vóór indiening motiveren

Volgens artikel 42, eerste lid, van de Grondwet wordt de regering gevormd door 'de Koning en de ministers'. Anders dan ten aanzien van de wetgever[6] spreekt de Grondwet nergens van *overleg* tussen Koning en ministers. Evenals ten aanzien van de gezamenlijke vaststelling van wetten door regering en parlement, geldt ook hier dat gezamenlijke indiening, wijziging, intrekking en bekrachtiging van wetsvoorstellen moeilijk voorstelbaar is, indien ministers en Koning aan elkaar niet uitleggen waarom de voorstellen al dan niet wenselijk zijn. Aldus kan men in het eerste lid van artikel 42 van de Grondwet motiveringsplichten voor de deelorganen van de regering voorondersteld achten.[7]

Bij de herziening van de Grondwet is uit artikel 42 een (ook in de literatuur erkend) inlichtingenrecht van de Koning afgeleid. De ministers zijn in beginsel verplicht om de Koning te informeren en te raadplegen over de indiening, de wijziging, de intrekking en de bekrachtiging van wetsvoorstellen, en om elke vraag van de Koning daaromtrent te beantwoorden. Wanneer de Koning bij een minister informeert naar de motieven voor indiening, wijziging, intrekking of bekrachtiging van een wetsvoorstel, dan rust op laatstgenoemde een motiveringsplicht.[8]

Volgens artikel 45 van de Grondwet moet de *ministerraad* beraadslagen over 'het algemeen regeringsbeleid'. Dit omvat in beginsel de uitoefening van de vier regeringsbevoegdheden inzake wetgeving. Over het algemeen geldt er ten aanzien van de indiening, wijziging, intrekking en bekrachtiging dus een beraadslagingsverplichting. Die eis kan men opvatten als een verplichting van de ministers jegens elkaar om voorgestelde wetten te motiveren. Van ministers wordt kennelijk verlangd dat zij — voordat zij besluiten nemen — elkaar met argumenten trachten te overtuigen, en naar elkaars argumenten luisteren en zich daar eventueel door laten overtuigen. Veelal gebeurt dit in interdepartementaal en interministerieel overleg; dat mag, want artikel 45 eist niet dat de verlangde uitwisseling van argumenten plaats vindt *in de vergaderingen* van de ministerraad.[9]

4 Zie de paragrafen 4.4.1 en 5.2.2.1.
5 Zie paragraaf 5.2.2.2.
6 Zie paragraaf 9.1.2.3.
7 Zie paragraaf 4.2.1.
8 Zie paragraaf 4.2.1.
9 Zie paragraaf 4.2.2.

Bij de aanbieding van een wetsontwerp ter behandeling in de ministerraad moet op het daarvoor voorgeschreven aanbiedingsformulier de 'doelstelling' van het voorstel worden aangegeven. Er is bovendien reden om een gewoonterechtelijke verplichting aan te nemen die wil dat het wetsontwerp op dat moment reeds vergezeld gaat van een ontwerp-memorie van toelichting.[10]

In ieder geval zal een door de ministerraad aanvaard wetsvoorstel van een memorie van toelichting voorzien moeten zijn wanneer het aanhangig wordt gemaakt bij de Raad van State. Na advisering door de Raad kan de memorie gewijzigd worden.[11]

9.1.2.3 Ministers moeten ongevraagd motiveren

Uit de grondwettelijke eisen van *gezamenlijke vaststelling* in *gemeen overleg*[12] en *ministeriële verantwoordelijkheid*,[13] en eventueel ook uit de eis van *openbaarheid*,[14] kan worden afgeleid dat ministers al ongevraagd het parlement moeten informeren over hun motieven voor het gebruik dat de regering maakt van haar bevoegdheden met betrekking tot wetgeving. Iedere indiening, wijziging, intrekking en niet-bekrachtiging van een wetsvoorstel zullen zij daarom moeten motiveren.[15] De Eerste Kamer heeft verschillende malen een wetsvoorstel verworpen omdat het onvoldoende was gemotiveerd.[16]

Ten aanzien van *indiening* stond een motiveringsplicht van 1815 tot 1887 met zoveel woorden in de Grondwet.[17] Tegenwoordig is het een eis van gewoonterecht dat elk aan de Tweede Kamer aangeboden voorstel van wet voorzien is van een memorie van toelichting. Deze eis is ook neergelegd in aanwijzing 211 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.[18]

Memories van toelichting gaan niet uit van de wetgever. Het parlement neemt immers nooit een memorie van toelichting voor zijn rekening. Ook de Koning heeft geen bemoeienis met de vaststelling van memories van toelichting. Een memorie van toelichting gaat dus ook niet uit van de regering. De gewoonterechtelijke verplichting om ieder regerings-wetsvoorstel van een memorie van toelichting te voorzien rust op de minister die het ontwerp bij de ministerraad aanhangig heeft gemaakt. De overeenkomstige verplichting bij een initiatiefvoorstel rust op het kamerlid dat het bij de Tweede Kamer aanhangig maakt.[19]

De memorie van toelichting zal uiteraard enige inhoud moeten hebben. Het — aanvankelijk — bewust achterhouden van informatie over de gronden waarop een

10 Zie paragraaf 5.3.2.
11 Zie paragraaf 5.4.2.1.
12 Artikel 81 en additioneel artikel XIX.
13 Artikel 42.
14 Artikel 110.
15 Zie paragraaf 4.1.1.
16 Zie paragraaf 5.4.6.
17 Zie paragraaf 4.1.2.
18 Zie paragraaf 5.4.2.1.
19 Zie paragraaf 5.4.2.2.

wetsvoorstel rust[20] kan dus niet gerechtvaardigd worden met de redenering dat kamerleden op grond van artikel 68 van de Grondwet altijd nog de verstrekking van de achtergehouden informatie kunnen verlangen. De Aanwijzingen voor de regelgeving en diverse regels van gewoonterecht geven min of meer concreet aan wat er ten minste in een goede memorie van toelichting moet staan.[21] In de memorie van toelichting zullen ook de specifieke motiveringsplichten nagekomen moeten worden die voor 'de wetgever' voortvloeien uit materiële grondwetsbepalingen, verdragen en beginselen.[22]

Volgens gewoonterecht moeten ook iedere *nota van wijziging*[23] en iedere *intrekking* van een wetsvoorstel[24] schriftelijk toegelicht worden.

Ook ten aanzien van *niet-bekrachtiging* van initiatiefvoorstellen wordt algemeen een motiveringsplicht aanvaard. Een enkele schrijver acht de regering ook verplicht de niet-bekrachtiging van een regeringsvoorstel ongevraagd te motiveren. Ook ik zie geen reden om een dergelijke motiveringsplicht te beperken tot de niet-bekrachtiging van initiatiefvoorstellen.[25]

Bekrachtiging van een wetsvoorstel hoeft alleen gemotiveerd te worden indien de Raad van State, na aanneming van het voorstel door de Eerste Kamer, geadviseerd heeft tot niet-bekrachtiging.[26]

9.1.2.4 Ministers moeten desgevraagd motiveren

Artikel 68 van de Grondwet verplicht ministers in beginsel om desgevraagd de kamers over alles te informeren, dus ook over hun motieven en de daaraan ten grondslag liggende feiten voor het indienen, (niet) wijzigen, intrekken of (niet) bekrachtigen van enig wetsvoorstel of voor het niet doen wijzigen of intrekken van enige wet. Sinds 1987 geldt deze inlichtingenplicht onomstotelijk ook ten aanzien van door individuele leden gevraagde informatie. In de schriftelijke en mondelinge wetgevingsprocedure is dit van groot belang, nu het daar vrijwel altijd afzonderlijke leden (in plaats van kamermeerderheden) zijn die om een nadere toelichting of motivering van een wetsvoorstel vragen.[27]

Het toezicht op de naleving van de inlichtingenplicht is afhankelijk van allerlei politieke factoren. Dat betekent echter niet dat de inlichtingenplicht daardoor ook in juridische zin wordt beperkt.[28] Evenmin wordt de inlichtingenplicht beperkt door de ministeriële verantwoordelijkheid: zij heeft ook betrekking op zaken waarvoor nog geen

20 Zoals soms de praktijk heet te zijn, zie paragraaf 5.4.3.1.
21 Zie paragraaf 5.4.3.1.
22 Zie de paragrafen 3.1, 4.6.4 en 7.6.
23 Zie paragraaf 5.5.1.
24 Zie paragraaf 5.5.4.
25 Zie paragraaf 4.1.7.
26 Zie paragraaf 5.5.4.
27 Zie paragraaf 4.1.3.
28 Zie paragraaf 4.1.4.5.

minister verantwoordelijk is.[29] Alle informatie waarover de regering beschikt of redelijkerwijs zou kunnen beschikken moet desgevraagd verstrekt worden.[30]

De enige grond waarop inlichtingen mogen worden geweigerd is de in artikel 68 genoemde verschoningsgrond 'strijd met het belang van de staat'. Ten aanzien van informatie over de motieven voor een wetsvoorstel zal deze grond slechts zelden kunnen worden ingeroepen, omdat daaronder slechts vijf categorieën van staatsbelangen vallen (veiligheid van de staat; eenheid van de Kroon; betrekkingen van Nederland met andere landen; economische en financiële belangen van de staat; naleving van andere grondwetsartikelen).[31]

Tijdelijke weigering van verlangde inlichtingen op andere gronden ('opportuniteitsgronden') is mogelijk, bijvoorbeeld indien de inlichtingen binnen afzienbare tijd verstrekt zullen (kunnen) worden of indien de betrokken minister eerst wil pogen de vragensteller over te halen van zijn verlangen naar informatie af te zien.[32]

De parlementaire reglementen van orde mogen het recht op inlichtingen niet beperken, maar het vragenrecht wèl. Het laten opnemen van een vraag in een commissieverslag over een wetsvoorstel mag — anders dan het houden van een interpellatie — echter niet afhankelijk wordt gemaakt van voorafgaand verlof.[33]

De *vorm* waarin ministers moeten voldoen aan parlementaire verzoeken om nadere toelichting of motivering van een ingediend wetsvoorstel wordt beheerst door gewoonterecht.

Door een debat op hoofdlijnen, een wetgevingsoverleg of een plenaire beraadslaging over een wetsvoorstel te houden, geeft een kamer te kennen dat nadere toelichtingen en motiveringen verlangd worden. De minister zal de tijdens de beraadslaging gestelde vragen van kamerleden *mondeling* moeten beantwoorden. Uiteraard kan de minister ook toezeggen de verlangde inlichtingen schriftelijk te zullen verstrekken.[34]

Tweede-Kamerleden kunnen bij monde van een commissie een nadere schriftelijke motivering van een wetsvoorstel verlangen, door die commissie een niet-blanco 'verslag' uit te laten brengen. De minister moet daarop reageren in een schriftelijk stuk.[35] Na ontvangst daarvan zal de commissie kunnen besluiten een 'nader verslag' uit te brengen. De minister zal ook daarop schriftelijk moeten reageren.[36]

Eerste-Kamerleden kunnen een nadere schriftelijke motivering van de minister verlangen door de commissie niet onmiddellijk een 'eindverslag' uit te laten brengen. Door in plaats daarvan een 'verslag' uit te brengen geeft de commissie te kennen dat de minister moet komen met een *nota naar aanleiding van het verslag*. Indien de

29 Zie het begin van paragraaf 4.1.4.
30 Zie paragraaf 4.1.4.3.
31 Zie paragraaf 4.1.4.1.
32 Zie paragraaf 4.1.4.2.
33 Zie paragraaf 4.1.4.4.
34 Zie de paragrafen 4.3.2.5, 5.4.5.3 en 5.4.6.
35 Dat helaas onder de versie 1993 van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer vermoedelijk '*nota naar aanleiding van het verslag*' zal gaan heten.
36 In een stuk dat naar te vrezen valt '*nota naar aanleiding van het nader verslag*' zal gaan heten. Zie paragraaf 5.4.5.3.

commissie zich het recht wil voorbehouden om schriftelijk op de schriftelijke reactie van de minister te reageren, dan kan zij een 'voorlopig verslag' uitbrengen, waarop gereageerd moet worden met een *memorie van antwoord*. Na ontvangst van de memorie van antwoord heeft de commissie opnieuw de keuze uit drie mogelijkheden: het uitbrengen van een eindverslag, waarop geen reactie wordt verwacht; het uitbrengen van een verslag, waarop de minister met een nota zal moeten reageren; of het uitbrengen van een 'nader voorlopig verslag', waarop de minister zal moeten antwoorden met een *nadere memorie van antwoord*. Met toestemming van de Kamer kan een commissie eventueel een 'derde voorlopig verslag' uitbrengen, waarop de minister opnieuw zal moeten reageren met een schriftelijk stuk.[37]

9.1.2.5 Kamerleden moeten soms motiveren

De beraadslagingsplicht van de kamers van de Staten-Generaal is niet met zoveel woorden in de Grondwet te vinden. In verschillende artikelen wordt er echter wel van uitgegaan dat er *vergaderingen* zijn waarin de aanwezigen *beraadslagen*.[38]

Vrij algemeen wordt de positie van initiatiefnemende kamerleden analoog geacht aan die van ministers die een wetsvoorstel verdedigen. In de praktijk kan men er daarom vanuit gaan dat op initiatiefnemende kamerleden eenzelfde inlichtingenplicht rust als op ministers krachtens artikel 68 van de Grondwet.[39] De gewoonterechtelijke verplichting om ieder *initiatiefvoorstel* van een memorie van toelichting te voorzien rust op het kamerlid dat het bij de Tweede Kamer aanhangig maakt.[40] Volgens artikel 85 *kunnen* Tweede-Kamerleden initiatiefvoorstellen in de Eerste Kamer verdedigen. Het door de Grondwet geïmpliceerde uitgangspunt dat wetgeving in overleg — op basis van argumenten voor en tegen — tot stand moet komen, betekent dat Tweede-Kamerleden initiatiefvoorstellen in de Eerste Kamer *moeten* verdedigen.[41]

Dat ieder *amendement* schriftelijk moet worden toegelicht, kan afgeleid worden uit artikel 96 van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer.[42] Juist ook bij 'amendementen van het laatste uur' is er namelijk behoefte aan een deugdelijk motiverende toelichting, die kamerleden en ministers in staat stelt om zich op de consequenties van aanvaarding te bezinnen.[43]

De toelichting bij een amendement moet duidelijk maken wat de voorgestelde wijziging inhoudt, zodat de lezer het amendement enigszins kan begrijpen zònder de

37 Zie paragraaf 5.4.6.
38 Zie paragraaf 4.3.2.
39 Zie de paragrafen 5.4.5.2 en 5.4.6.
40 Zie paragraaf 5.4.2.2.
41 Zie paragraaf 4.3.2.6.
42 Versie 1993.
43 Om die reden zal ook het schrappen van een artikel in een wetsvoorstel bij voorkeur moeten geschieden door middel van een (tijdig ingediend, gemotiveerd) amendement — en niet door verwerping van dat artikel bij de artikelgewijze stemming. Zie paragraaf 5.5.2.

tekst van het wetsvoorstel er bij te hoeven nemen. Ten behoeve van direct betrokkenen, mede-wetgevers en latere wetsgebruikers, zal in de toelichting bovendien tenminste het hoofdargument voor het amendement moeten worden vermeld. Een beknopte weergave van de volledige motivering zou nog beter zijn. De eis van het Reglement van Orde dat de toelichting 'beknopt' moet zijn, betekent niet dat een toelichting slechts enkele regels tekst mag beslaan (zoals nog wel de gewoonte is).[44]

9.1.2.6 Motivering bij de rechter

De Nederlandse regering is verplicht de uit het Europees Verdrag voor de rechten van de mens voortvloeiende motiveringsplichten niet later na te komen dan ten tijde van het onderzoek door de Europese Commissie voor de rechten van de mens. Zo nodig kan het Europese Hof voor de rechten van de mens nog een nadere wetsmotivering aan de regering vragen. Gezien de materieel-rechtelijke grondslag van de bedoelde motiveringsplichten, is de regering dan verplicht om aan het verzoek van het Hof gevolg te geven.[45] Een vergelijkbare situatie doet zich voor indien een Nederlandse wet voor het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in Luxemburg het onderwerp vormt van een actie wegens verdragsschennis of van een prejudiciële vraag. In dergelijke gevallen zal de regering vrijwel altijd gebruik maken van de mogelijkheid om een omstreden wet (nader) te motiveren.[46]

In procedures voor de Nederlandse rechter bestaat een dergelijke motiveringsplicht niet, omdat de Staat of de regering daarin slechts bij uitzondering als partij in betrokken zijn.[47] Het met argumenten overeind houden van de wet wordt vrijwel altijd overgelaten aan de inventiviteit van rechter en procespartijen.[48]

9.1.3 Status van de gevonden motiveringsplichten

9.1.3.1 Eenieder verbindende verdragsbepalingen

In de vorige paragraaf bleek dat enkele specifieke motiveringsplichten van de wetgever voortvloeien uit verdragen, met name uit enkele eenieder verbindende verdragsbepalingen inzake grondrechten. De rechter is bevoegd om vastgestelde wetten daaraan te toetsen.[49] Indien de Staat of de regering partij is in het geding, zal de vereiste motivering ten overstaan van de rechter alsnog verstrekt kunnen worden.[50] Indien een afdoende motivering in de wetsgeschiedenis niet is te vinden en ten processe niet wordt aangevoerd, en indien de rechter bovendien oordeelt dat een dergelijke motivering niet

44 Zie paragraaf 5.5.2.
45 Zie paragraaf 3.1.7.4.
46 Zie paragraaf 5.2.3.
47 Zie paragraaf 3.1.7.3.
48 Zie paragraaf 5.2.3.
49 Zie de paragrafen 9.1.1.3 en 9.1.1.4.
50 Zie de paragrafen 3.1.4.6, 3.1.4.7 en 9.1.2.6.

'valt aan te wijzen',[51] dan kan de rechter besluiten om de desbetreffende wettelijke bepaling buiten toepassing te laten wegens schending van een van de bedoelde specifieke verdragsrechtelijke motiveringsplichten.[52]

9.1.3.2 Grondwet

Meer algemene motiveringsplichten zijn in de Grondwet vastgelegd[53] of kunnen daaruit afgeleid worden.[54]

Nu heeft het toetsingsverbod van artikel 120 (volgens literatuur en lagere rechters) niet alleen betrekking op vastgestelde, maar ook op voorgestelde wetten. Volgens oude jurisprudentie heeft het bovendien betrekking op de vraag of bij de vaststelling van een wet de grondwettelijk voorgeschreven procedure is gevolgd.[55]

Toch is niet iedere rechterlijke grondwettigheidstoetsing van onderdelen van de wetgevingsprocedure uitgesloten. In ieder geval is de rechter tot op zekere hoogte bevoegd de vraag te beantwoorden of iets, door aanneming en bekrachtiging in de zin van artikel 87 van de Grondwet, tot wet is geworden. In de tweede plaats is het denkbaar de rechter een uitspraak te ontlokken over de grondwettigheid van bepaalde onderdelen van een wetgevingsprocedure *zonder daarin de grondwettigheid en verbindendheid van de voor- of vastgestelde wet zelf te betrekken*. Denkbaar is bijvoorbeeld een beroep op de rechter om naleving van artikel 68 van de Grondwet af te dwingen. Artikel 68 heeft rechtstreeks geen betrekking op de vaststelling van wetten door indiening, aanneming en bekrachtiging van wetsvoorstellen. Er is dus geen reden om rechterlijke grondwettigheidstoetsing van het uitblijven van inlichtingen ten aanzien van een wetsvoorstel begrepen te achten onder de woorden van artikel 120: 'de beoordeling van de grondwettigheid van *wetten*'.[56]

9.1.3.3 Wetten

Ook in enkele wetten komen verplichtingen tot motivering van wetgeving voor.

Artikel 81 van de Grondwet betekent echter dat een wet niet mag eisen dat wetsvoorstellen, of voorstellen voor wetten met een bepaalde inhoud, alleen ingediend worden indien de bijbehorende toelichting bepaalde gegevens of motiveringen bevat.[57] De wetgever mag zijn aan artikel 81 van de Grondwet ontleende bevoegdheid tot het

51 Zie Hoge Raad 30 september 1992, AB 1993, 2, overweging 4.4.4, aangehaald in paragraaf 3.1.6.2.
52 Zie de paragrafen 7.5.4 en 9.3.2.3.
53 Met name in artikel 68.
54 Met name uit de artikelen 1, 6 tot en met 9, 42, 45, 81, 90 en 110. Zie de paragrafen 9.1.1 en 9.1.2.
55 Zie paragraaf 4.5.2.2.
56 Zie paragraaf 4.5.2.1.
57 Zie paragraaf 6.1.5.

vaststellen van wetten namelijk niet beperken.[58] Door de werking van de *lex-posterior*-regel zou een dergelijke ongrondwettige beperking van de bevoegdheid van de wetgever ook geen effect hebben.[59] Met andere woorden: rechtstreekse juridische zelfbinding door de wetgever mag niet en kan niet.

Bij wet mogen en kunnen ook geen bindende regels worden vastgesteld omtrent het aandeel van een deelorgaan in de 'vaststelling van wetten', want indirect zou dat (verboden en onmogelijke) zelfbinding van de wetgever opleveren.[60] De correcte formulering van een wettelijke toelichtingsplicht heeft daarom de volgende structuur: *Indien je een wet van type X voorstelt, moet je in de toelichting Y vermelden.* En niet: *Je mag alleen een wet van type X voorstellen, indien je in de toelichting Y vermeldt.* De Nederlandse wetgeving bevat bepalingen van beide typen.[61]

Correct geformuleerde motiveringsplichten ten aanzien van wetsvoorstellen zijn te vinden in de Wet op de Raad van State[62] en de Gemeentewet.[63]

Andere wetsartikelen bevatten motiveringsplichten die geformuleerd zijn als eisen waaraan de 'voorstellen' zelf moeten voldoen.[64] Bepalingen van dit tweede type wekken de indruk dat ze iets over het indienen van wetsvoorstellen regelen, terwijl dat door de werking van de *lex-posterior*-regel niet het geval is. Voor zover dergelijke ongrondwettige misleiding nog voorkomt in de wetgeving, kan zij door middel van grondwetsconforme interpretatie onschadelijk worden gemaakt. De desbetreffende bepalingen moeten dan gelezen worden als voorschriften die slechts iets over het opstellen van memories van toelichting bepalen.

Daarmee is nog niet gezegd dat de correct geformuleerde bepalingen wèl een zinrijke bijdrage aan de rechtsorde zijn. De verplichting die zij leggen op de opstellers van memories van toelichting is buitengewoon zwak: niet-nakoming heeft geen consequenties voor de rechtmatigheid van de toegelichte wet, laat staan voor de geldigheid daarvan.[65] Deze artikelen hebben namelijk geen betrekking op de vaststelling van wetten (de indiening, aanneming en bekrachtiging van wetsvoorstellen). Daarom zal een eventuele rechterlijke uitspraak op basis daarvan ook geen gebod of verbod ten aanzien van de indiening, aanneming of bekrachtiging van een ontoereikend toegelicht wetsvoorstel mogen inhouden, en al helemaal niets inzake de verbindendheid van de desbetreffende wet.[66] Wat de mogelijkheden voor rechterlijke toetsing betreft voegen deze bepalingen dus niet veel toe aan aanwijzing 49 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.[67]

58 Zie paragraaf 6.1.2.
59 Zie de paragrafen 6.1.3 en 6.1.4.
60 Zie paragraaf 6.1.5.
61 Zie paragraaf 6.1.5.
62 Artikelen 21, 22 en 25b; zie paragraaf 6.2.1.
63 Artikel 182, vijfde en zesde lid; zie paragraaf 6.2.3.
64 Artikel 113, tweede lid, van de Provinciewet, artikelen 115, tweede lid, en 182, negende lid, van de Gemeentewet; zie paragraaf 6.2.3.
65 Zie paragraaf 6.1.5.
66 Zie paragraaf 6.4.1 en vergelijk paragraaf 9.1.3.2.
67 Zie de paragrafen 6.1.5 en 6.2.

Algemene wetten kan men opvatten als aankondigingen door de wetgever van door hem te voeren beleid. Een dergelijke *bekendmaking van wetgevingsbeleid* zou enige politieke 'binding' tussen kamers en regering met zich kunnen brengen: zij beloven aan elkaar, en verlangen van elkaar, dat zij het geformuleerde beleid uit zullen voeren. Afgezien daarvan zou men uit diverse beginselen enige externe juridische binding van de latere wetgever aan deze *wettelijke pseudo-grondwetgeving* kunnen afleiden. Het verbod van willekeur, het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel (waaraan ook de wetgever gebonden wordt geacht) laten wel ruimte voor afwijking of verandering van bekendgemaakt beleid. Vanuit een oogpunt van democratie móét die ruimte er ook zijn, maar net als een bestuursorgaan zal de wetgever afwijkingen en veranderingen van zijn beleid moeten motiveren. Om verschillende redenen ligt het immers voor de hand om pseudo-grondwetgeving met betrekking tot de wetgevende bevoegdheid net zo te benaderen als beleidsregels met betrekking tot beschikkingsbevoegdheden. Beide betreffen de uitoefening van een vrije bevoegdheid jegens burgers. Beide hebben de vorm van algemene regels. Bij beide bestaat geen hoger omschreven regelgevingsbevoegdheid ter zake. Bij beide vallen normadressant en normadressaat (tenminste gedeeltelijk) samen.[68]

De wetgever presenteert zijn algemene wetten als 'algemene' regels, dus niet als regels die slechts hier en daar van toepassing zullen zijn. Daaruit kan men het voornemen van de wetgever aflezen om in de toekomst slechts bij uitzondering van die regels af te wijken. Elke afwijking van een bestaande algemene regel bedreigt de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid, en levert het gevaar op van willekeur. De belangen die vóór afwijking pleiten zullen daarom afgewogen moeten worden tegen rechtsbeginselen. Deze belangenafweging zal in een motivering kenbaar moeten worden gemaakt.[69]

Hoewel toetsing van wetten aan eerdere wetten vrijwel geheel is uitgesloten, hoeft de rechter toch niet machteloos toe te zien hoe bijzondere wetten ongemotiveerd afbreuk doen aan het algemene karakter van algemene wetten. Ter vermijding van aan een eerdere algemene wet afbreuk doende toepassing van de *lex-specialis-* en *lex-posterior-*regels kan de rechter bijzondere wetten uitleggen conform die wet. Een dergelijke *generalis-conforme interpretatie* is om de volgende redenen aanvaardbaar:

— De meeste algemene wetten geven een uitwerking aan door bovenwettelijk recht erkende gewichtige belangen.
— Het rechtszekerheidsbeginsel, het verbod van willekeur en het gelijkheidsbeginsel verlangen dat wetgeving een duidelijke, consistente eenheid vormt. Dat niet elke vastgestelde algemene regel altijd en overal van toepassing kan zijn is onvermijdelijk. Ter beperking van de eenheid verstorende werking van deze onvermijdelijkheid is het wijs om slechts die uitzonderingen op algemene regels te erkennen die duidelijk door de (latere, bijzondere) wetgever zijn gewild.

68 Zie paragraaf 6.3.3.
69 Zie paragraaf 6.3.3.

— Men moet er in beginsel van uitgaan dat degenen die betrokken zijn bij het tot stand brengen van bijzondere wetten, de genoemde hogere regels en beginselen hebben willen respecteren.

Generalis-conforme uitleg is mogelijk, wanneer de wettekst niet duidelijk aangeeft dat en in hoeverre afwijking beoogd is, of wanneer een in de wettekst vervatte afwijking geen steun vindt in een daarop toegespitste motivering in de toelichtingen. De rechter, of welke wetstoepasser dan ook, zal in die gevallen moeten concluderen dat de algemene wet onverkort is blijven gelden, of althans de afwijking restrictief moeten interpreteren. Dit betekent dat 'de bijzondere wetgever' er goed aan doet om afwijkingen van algemene wetten zorgvuldig te motiveren — niet alleen ter voldoening aan de geldende ongeschreven motiveringsplichten, maar ook ter voorkoming van schipbreuk als gevolg van *generalis*-conforme uitleg.[70]

9.1.3.4 Ongeschreven recht

Ook in het gewoonterecht (zoals dat onder meer tot uitdrukking komt in de Aanwijzingen voor de regelgeving) blijken motiveringsplichten van de wetgever voor te komen, en uit rechtsbeginselen worden dergelijke beginselen afgeleid.[71] De *tekst* van de Grondwet verzet zich niet tegen toetsing van wetten (en van gedragingen van deelorganen van de wetgever) aan ongeschreven plichten. De jurisprudentie acht rechterlijke toetsing van wetgeving aan ongeschreven recht echter nog nauwelijks toelaatbaar.[72] Bij uitbreiding van de mogelijkheden om aan ongeschreven recht te toetsen, zal men bovendien wel niet in de eerste plaats denken aan toetsing aan ongeschreven plichten tot motivering van afwijking van eerdere wetten. Ook zullen rechters vermoedelijk niet snel overgaan tot toetsing van wetgeving via algemene rechtsbeginselen aan pseudo-grondwettelijke motiveringsplichten.[73]

Toch behoren rechtsbeginselen wel tot 'het rechterlijke wapenarsenaal; maar zij vormen niet op zichzelf, los van enigerlei constitutionele verankering, een grond voor onverbindendverklaring van de wet'.[74] Dat geldt ook voor het motiveringsbeginsel.[75] Zo spelen het motiveringsbeginsel en andere rechtsbeginselen een rol bij de constitutioneel voorgeschreven toetsing van wetgeving aan ieder verbindende verdragsbepalingen.[76]

Daarnaast zijn beginselen van belang bij het beginselconform uitleggen van wetten, en het *contra legem* toetsen van wetstoepassing.[77] Daarbij zal het dan vrijwel nooit gaan om uitleg conform het motiveringsbeginsel, of om toetsing van wetstoepassing aan

70 Zie paragraaf 6.4.2.
71 Zie de paragrafen 9.1.1 en 9.1.2.
72 Zie paragraaf 4.5.2.
73 Zie paragraaf 6.4.1.
74 Koopmans 1992a: 62.
75 Barendrecht 1992a: 166-167.
76 Zie de paragrafen 3.1.1, 9.1.1.3, 9.1.1.4 en 9.1.3.1.
77 Zie paragraaf 4.5.2.2.

het motiveringsbeginsel. Nee, de motivering van wetgeving speelt daar een andere rol. Volgens de *contra-legem*-jurisprudentie van de Hoge Raad mag de rechter slechts besluiten tot 'het in bepaalde (groepen van) gevallen buiten toepassing laten van een wetsbepaling' indien 'toepassing van die bepaling in verband met de *daarin niet verdisconteerde omstandigheden* (...) in strijd zou komen met een fundamenteel rechtsbeginsel'.[78] Indien in de motivering van een wetsvoorstel voorbijgegaan wordt aan allerlei mogelijke omstandigheden, ontstaat er dus ruimte voor rechterlijke uitspraken *contra legem*. 'De rechter toetst of bepaalde belangen bij de totstandkoming van de wet zijn betrokken'.[79] Een rechter die constateert dat bepaalde volgens het recht te beschermen belangen niet meegewogen zijn bij de totstandkoming van een wet, zal ook eerder geneigd zijn tot een vrije, bijvoorbeeld beginselconforme, interpretatie. Dit betekent dat 'de wetgever' er goed aan doet om wetten zorgvuldig te motiveren — niet alleen ter voldoening aan de geldende ongeschreven motiveringsplichten, maar ook ter voorkoming van schipbreuk als gevolg van beginselconforme wetsuitleg of van wetstoepassing *contra legem*.[80]

9.2 Argumenten voor motiveringsplichten

9.2.1 Maatschappelijke norm en discussieregel

Het is maatschappelijk betamelijk om anderen met argumenten — in plaats van met intimidatie en dwang — op andere gedachten te brengen.[1]

In de argumentatieleer is deze maatschappelijke norm uitgewerkt als discussieregel: indien bepaalde voorwaarden vervuld zijn, dan is men verplicht het eigen standpunt te motiveren.

In de wetgevingsdiscussies tussen regering en Raad van State, regering en parlement, wetgever en rechtssubjecten, en wetgever en rechter blijken deze voorwaarden allemaal vervuld te kunnen zijn.[2] Vervulling van de voorwaarde dat partijen streven naar oplossing door discussie, blijkt ten aanzien van wetgeving net zo problematisch als ten aanzien van rechtspraak en bestuur: in het recht bestaan machtsmiddelen die de discussiepartners kunnen verkiezen boven het middel van de discussie. Toch lijken ook de bij wetgeving betrokkenen de oplossing van meningsverschillen vaak te zoeken in argumentatieve discussie.[3]

Anders dan ten aanzien van vooral bestuurlijke beslissingen blijken de voorwaarden dat het standpunt op tegenstand stuit, en dat om motivering verzocht wordt, problematisch. Wetgeving stuit vaak op weinig tegenstand en zeker de rechtssubjecten en hun organisaties vragen slechts bij uitzondering om motivering van wetgevingsbeslissingen. De verplichting tot wetsmotivering zou zo beperkt kunnen blijven tot gevallen van

78 Hoge Raad 14 april 1989, NJ 469, *Harmonisatiewet*, overweging 3.9; mijn cursivering, W.
79 Van der Vlies 1993: 32.
80 Vergelijk paragraaf 9.1.3.3.
1 Zie paragraaf 1.1.4.
2 Zie de paragrafen 2.1 en 2.3.
3 Zie paragraaf 2.2.3 en 2.3.

parlementaire of maatschappelijke tegenstand en van betwisting voor de rechter. Daarnaast kan men echter ook een verplichting tot motivering aanwezig achten indien *verwacht* mag worden dat Raad van State, parlement, rechtssubjecten of rechters een motivering zullen verlangen.[4]

Anders dan ten aanzien van vooral rechtspraak blijken de voorwaarden dat een standpunt kenbaar wordt gemaakt, en dat gezamenlijke uitgangspunten worden aanvaard, problematisch. Wetten en wetsvoorstellen bestaan uit vele artikelen en zijn slechts aan weinig hoger recht onderworpen. Een verplichting tot wetgevingsmotivering lijkt dan ook met name zinnig wanneer zij wordt betrokken op bepaalde soorten bepalingen en in verband wordt gebracht met regels van hoger recht. Juist bij bepalingen die in lijken te druisen tegen hoger recht, mag steeds verwacht worden dat een motivering verlangd zal worden.[5]

De voorwaarden dat het standpunt nog niet is ingetrokken en dat het nog niet succesvol is gemotiveerd, leveren geen enkel probleem op.[6] Volgens de onderzochte discussieregel uit de argumentatieleer is de ontwikkeling van een leerstuk van verplichte wetgevingsmotivering dus niet onzinnig.[7]

9.2.2 Motiveringsplichten zijn een algemeen verschijnsel in het recht

De activiteit van juristen op allerlei terreinen — ook op dat van wetgeving — heeft tot steeds algemenere motiveringsplichten geleid. Dit is verklaarbaar uit de voorkeur van juristen voor oplossingen die zowel de *wolf* (de macht, de regel) als de *geit* (de vrijheid, de uitzondering) sparen. Ter bevestiging van de regel wordt motivering van de uitzondering verlangd.[8] Ter voorkoming van willekeur moeten de instanties die 'de macht' hebben zich in de motivering van hun machtsuitoefening een beetje blootgeven. Bloot maakt kwetsbaar. Met kwetsbare macht valt gemakkelijker te leven dan met zo maar macht.[9]

De ontwikkeling van motiveringsplichten ten aanzien van wetten en wetsvoorstellen past in de herwaardering van het primaat van de wet. In toenemende mate wordt betwijfeld of (de heerschappij van) de wet een adequaat middel is om vrijheid, gelijkheid, rechtszekerheid en democratie te waarborgen. Tegelijkertijd raakt de wetgever onderworpen aan steeds meer regels en beginselen van bovenwettelijk recht, en brokkelt de rechterlijke onschendbaarheid van de wet af. Een verruimde interpretatie van het legaliteitsbeginsel wil tegenwoordig dat alle overheidsoptreden in overeenstemming met *het recht* is.[10] Voor wetgeving betekent dit tweeërlei. In de eerste plaats is wetgeving een vorm van overheidsoptreden en moet zij reeds uit dien hoofde in overeenstemming zijn met 'het recht', althans met het bovenwettelijke recht. In de

4 Zie de paragrafen 2.2.2, 2.2.4 en 2.3.
5 Zie de paragrafen 2.2.1, 2.2.5 en 2.3.
6 Zie de paragrafen 2.2.6 en 2.2.7.
7 Zie paragraaf 2.3.
8 Zie paragraaf 1.1.6.
9 Zie paragraaf 1.1.5.
10 Zie paragraaf 1.2.3.

tweede plaats vormen wetten voor veel ander overheidsoptreden het primaire toetsingskader. Die wetmatigheidstoets draagt slechts bij tot rechtmatigheid, indien de wetten waaraan getoetst wordt, ook zelf voldoen aan de eisen van het bovenwettelijke recht.[11]

De wetgever is bovendien steeds meer gewoon een van de vele overheidsinstanties die een aanhoudende stroom produceren van besluiten waarmee burgers te maken kunnen krijgen.[12] Daarom is het van belang de wetgever ook als *orgaan* te beschouwen. Door over de wetgever te spreken als over een 'procedure', laat men de onderworpenheid van de wetgever aan (ook materieel) hoger recht uit het beeld verdwijnen.[13] Voornaam winstpunt van de genoemde herwaardering is juist dat de wetgever en haar alledaagse produkten eindelijk eens goed onder het recht zijn geplaatst.

Ter afbakening van de bevoegdheden van de wetgever en andere regelgevers is het een goede zaak dat nu ook ten aanzien van regels en beginselen met betrekking tot regelgeving een proces van bestudering en ordening op gang komt. Op die manier ontstaat langzamerhand een geheel van normen en inzichten dat men aan kan duiden als *regelgevingsrecht*: een pril deelgebied van het publiekrecht dat zich bezighoudt met de diverse regels en beginselen waaraan regelgeving naar inhoud, vorm en procedure onderworpen is. Het *wetgevingsrecht* is weer een deelgebied van het regelgevingsrecht dat (zoals ook deze studie) slechts betrekking heeft op wetgeving in de zin van artikel 81 van de Grondwet.[14]

Met name ten aanzien van wetgeving in de zin van artikel 81 is nog nauwelijks uitgekristalliseerd welke eisen voortvloeien uit *ongeschreven* regelgevingsrecht. Mede daarom is deze studie gericht op de betekenis voor 'parlementaire' wetgeving van als zodanig nauwelijks in het geschreven regelgevingsrecht vermelde normen: motiveringsplichten.[15]

Gegeven het enerzijds-anderzijds-karakter van motiveringsplichten[16] en de toenemende onderwerping van wetgeving aan hoger recht,[17] hoeft de erkenning van motiveringsplichten van de wetgever als (ongeschreven) rechtsnormen op weinig tegenstand te stuiten.[18]

9.2.3 Rechtsvergelijking

Net als bestuurlijke besluiten, rechterlijke uitspraken en besluiten van Europese instellingen zijn wetten onderworpen aan hoger recht.[19] Aan hetzelfde recht?

11 Zie paragraaf 1.2.4.
12 Zie paragraaf 1.2.1.
13 Zie paragraaf 1.2.2.
14 Zie de paragrafen 1.2.4 en 1.2.1.
15 Zie paragraaf 1.2.5.
16 Zie paragraaf 1.1.6.
17 Zie paragraaf 1.2.3.
18 Zie de paragrafen 1.2.5 en 8.3.3.
19 Zie paragraaf 1.2.3.

Indien men de *eenheid van het publiekrecht* veronderstelt, zou men de regels die in verschillende takken van het publiekrecht blijken te gelden, ook als geldend kunnen erkennen in de wetgevingsrechtelijke tak. Indien en voor zover de motiveringsplichten in bijvoorbeeld het Nederlandse bestuursrecht en het institutionele Europese-Gemeenschapsrecht inhoudelijk overeenkomsten vertonen, zou geconcludeerd kunnen worden tot het bestaan van een algemene publiekrechtelijke motiveringsplicht — en dus tot een motiveringsplicht in het wetgevingsrecht.[20] In de genoemde andere takken van het publiekrecht blijkt een verplichting tot het motiveren van besluiten inderdaad vrijwel algemeen te gelden — ook voor regelgevende besluiten. Aan de motivering van regelgeving worden echter minder vergaande eisen gesteld dan aan de motivering van beschikkingen, en in het daaraan toetsen gaan rechters wat minder ver dan in het daaraan toetsen van beschikkingen.[21]

Afgezien van bedoelde veronderstellingen omtrent de eenheid van het publiekrecht, kunnen de motiveringsplichten uit andere deelgebieden van het publiekrecht (en uit het privaatrecht) ten voorbeeld gesteld worden aan het Nederlandse wetgevingsrecht.[22] In de juridische literatuur gebeurt dat ook wel. Daarbij wordt vooral gewezen op het feit dat de wetgever net als menig bestuurs- of Gemeenschapsorgaan belast is met de uitoefening van discretionaire, maar aan procedurele en inhoudelijke beperkingen onderworpen bevoegdheden.[23] Ook in het privaatrecht komen motiveringsplichten juist tot ontwikkeling ten aanzien van verhoudingen waarin de beslissende partij ten opzichte van de andere partij een bijzonder ingrijpende, maar juridisch niet onbeperkte machtspositie heeft.[24]

Van de eisen die in andere takken van het recht aan de motivering gesteld worden, zouden in het wetgevingsrecht vooral die eisen nagevolgd kunnen worden die zowel voor bestuurlijke als voor Europese regelgeving gelden. In paragraaf 8.6 heb ik zes *gereduceerde eisen* aangewezen als de gemeenschappelijke kenmerken van de bestuursrechtelijke en Gemeenschapsrechtelijke motiveringsplichten ten aanzien van regelgeving. Inmiddels is gebleken dat al deze eisen ook aan wetgeving gesteld worden:

(a) De motivering mag abstracter blijven dan bij beschikkingen en hoeft niet in te gaan op elk artikel en evenmin op alle feiten met het oog waarop de regeling wordt gegeven.[25]
(b) De motivering moet ten minste bestaan uit een aanduiding van het doel van de regeling.[26]
(c) Ter compensatie van de gereduceerde juridische motiveringsplicht zijn meer gedetailleerde eisen inzake motivering te vinden in juridisch niet-bindende aanwijzingen.[27]

20 Zie paragraaf 8.1.
21 Zie paragraaf 8.6.
22 Zie paragraaf 8.1.
23 Zie paragraaf 8.6.
24 Zie paragraaf 1.1.3.
25 Zie paragraaf 9.1.1.1.
26 Zie paragraaf 9.1.1.1.
27 Zie de paragrafen 5.2.2.2 en 5.4.3.5.

(d) Bepaalde gebreken in de motivering kunnen ook nog ten overstaan van de rechter verholpen worden.[28]
(e) De rechter is alleen gehouden tot strikte toetsing aan de motiveringsplicht indien ook een andere hogere norm in het spel is.[29]
(f) Gebreken in de motivering kunnen slechts in uitzonderlijke gevallen tot onverbindendheid of een verplichting tot schadevergoeding leiden.[30]

Er lijken echter wel enkele opvallende verschillen te bestaan tussen de de juridische motiveringsplichten ten aanzien van wetgeving enerzijds, en die ten aanzien van bestuurlijke en Europese regelgeving anderzijds. Zo lijkt de eerst genoemde groep motiveringsplichten *minder gereduceerd* dan de tweede.[31] Bij wetgeving moet de motivering uit aanzienlijk méér dan een aanduiding van het beoogde doel bestaan: met name ook de (eventueel betwijfelde) rechtmatigheid van de wet moet worden gemotiveerd,[32] evenals eventuele afwijkingen van algemene wetten.[33] Ook bevat het wetgevingsrecht opvallend veel meer (grondwettelijke en gewoonterechtelijke) verplichtingen tot motivering van *voorstellen* dan de andere onderzochte takken van het publiekrecht.[34]

Deze verschillen zijn echter minder groot dan het lijkt. De weergave van motiveringsplichten bij bestuurlijke en Europese regelgeving is namelijk vertekend door de overheersende rol van rechtspraak bij de afbakening van die plichten. Enerzijds betekent dit dat slechts die motiveringsplichten geprofileerd raken die door de rechter gehandhaafd kunnen en moeten worden; andere juridische motiveringsplichten blijven zo onderbelicht. Anderzijds betekent die overheersende rol van de rechtspraak dat tekortkomingen in de motivering van de rechtmatigheid van een regeling veelal 'meegenomen' worden in de beoordeling van de materiële rechtmatigheid van die regeling.[35]

Als voorbeeld leveren de motiveringsplichten uit andere takken van het recht dus niet zo veel op voor het wetgevingsrecht.[36]

Voor een extrapolatie van proces-, bestuurs en Gemeenschapsrechtelijke motiveringsplichten naar motiveringsplichten van de wetgever, kan men echter ook aanknopen bij de *motieven voor motiveringsplichten*. Daarover gaat de nu volgende paragraaf 9.2.4. Indien en voor zover de motieven voor proces-, bestuurs- en Gemeenschapsrechtelijke motiveringsplichten ook opgaan voor de motivering van wetten, zou geconcludeerd kunnen worden tot het bestaan of althans de wenselijkheid van wetgevingsrechtelijke

28 Zie paragraaf 9.1.3.1.
29 Zie paragraaf 9.1.3.1.
30 Zie paragraaf 9.1.3.
31 Ook in vergelijking met de situatie in het Verenigd Koninkrijk zijn de motiveringsgewoonten en motiveringsplichten van de Nederlandse wetgever royaal te noemen.
32 Zie de paragrafen 9.1.1.2, 9.1.1.3 en 9.1.1.4.
33 Zie paragraaf 9.1.1.5.
34 Zie de paragrafen 9.1.2.2 tot en met 9.1.2.5.
35 Vergelijk punt e.
36 Zie echter ook paragraaf 9.3.3.2.

motiveringsplichten.[37] Deze benadering lijkt voor een verdere ontwikkeling van het wetgevingsrecht (zoals bepleit in paragraaf 9.3) meer perspectief te bieden dan bovengenoemde benaderingen vanuit de eenheid van het publiekrecht.

9.2.4 Motieven voor motiveringsplichten

Aan de motiveringsplichten in het wetgevingsrecht worden min of meer dezelfde functies toegeschreven als aan de motiveringsplichten in procesrecht, bestuursrecht, en Europese-Gemeenschapsrecht:

(a) verduidelijking van de inhoud;[38]
(b) bevordering van de aanvaarding;[39]
(c) kwaliteitsbevordering door zelfcontrole;[40]
(d) bevordering van de mogelijkheden voor politieke controle;[41]
(e) bevordering van de mogelijkheden voor het inroepen (door belanghebbenden) en uitoefenen (door rechters) van rechterlijke controle;[42]
(f) het bieden van een flexibel en afstandelijk toetsingscriterium;[43]
(g) operationalisering en ontwikkeling van andere normen;[44]
(h) beheersing van de uitoefening door de wetgever van zijn discretionaire bevoegdheden.[45]

Elk van deze functies kan gezien worden als een argument om de ontwikkeling van verplichtingen tot wetgevingsmotivering toe te juichen, te bepleiten of te bevorderen. Sommige argumenten zijn echter sterker dan andere.

Als de wetgevende organen het nodig vinden om de inhoud van een (voorgestelde) wet te *verduidelijken* (a), is het daartoe gebruiken van de motivering in considerans of toelichting tweede keus. Tijd en energie zouden beter besteed kunnen worden aan het verhelderen van de wettekst zelf. Dat biedt ook meer garanties dat rechters en andere wetstoepassers zich iets aan die verduidelijking gelegen zullen laten liggen.[46] Dat geldt in het bijzonder voor de afbakening van door de wetgever verleende discretionaire bestuursbevoegdheden. De wetgever mag er niet op vertrouwen dat doelvermeldingen in considerans of toelichting bestuursorganen ervan zullen weerhouden hun bevoegdheden

37 Zie paragraaf 8.1.
38 Zie de paragrafen 1.1.1, 5.4.1, 5.4.2.1, 5.5.2, 7.4.4, 7.5.3, 8.3.2, 8.4.4 en 8.5.2.
39 Zie de paragrafen 1.1.1, 5.4.3.1, 7.4.4, 7.5.2, 7.5.3, 8.2.4, 8.3.2 en 8.4.4.
40 Zie de paragrafen 1.1.1, 5.3.2, 7.5.3, 8.2.4, 8.3.2, 8.4.4 en 8.5.2.
41 Zie de paragrafen 5.4.2.1, 5.4.3.1, 5.5.2, 7.4.2, 7.5.2, 8.3.2, 8.4.4 en 8.5.2.
42 Zie de paragrafen 1.1.1, 7.4.3, 7.5.2, 7.5.3, 8.2.4, 8.3.2, 8.4.4 en 8.5.2.
43 Zie de paragrafen 1.1.5, 1.1.6, 8.2.4, 8.2.5, 8.3.3 en 8.4.1.
44 Zie de paragrafen 1.1.5, 1.3.2, 7.4.4, 7.5.2, 7.5.3, 7.5.4, 8.2.4, 8.3.1, 8.4.3 en 8.4.4.
45 Zie de paragrafen 6.3.1, 6.3.2, 6.3.3, 7.5.1, 8.2.4, 8.4.3, 8.5.2 en 8.6; vergelijk echter paragraaf 7.4.4.
46 Zie paragraaf 5.4.1.

voor een ander doel te gebruiken.[47] Bovendien: wetgevers stellen wetten in de hoop dat die nageleefd zullen worden. Wanneer een wetgever denkt die naleving te kunnen bevorderen of te kunnen sturen door wetten te voorzien van toelichtingen of motiveringen, dan zal die wetgever dat wel doen; daarvoor is geen juridische verplichting nodig.

Dat laatste inzicht relativeert ook het belang dat gehecht moet worden aan bevordering van de *aanvaarding* (b) als argument voor (de invoering van) een motiveringsverplichting. Een goede motivering wil wel eens overtuigen, dus slimme wetgevers hebben geen juridische verplichting nodig om hen aan te zetten tot het maken van overtuigende motiveringen.

De *beheersing van de uitoefening door de wetgever van zijn discretionaire bevoegdheden* (h) is geen op zichzelf staand motief voor motiveringsplichten. Bij het geven van wetten heeft de wetgever grote beleidsvrijheid, grote, bijna onbeheersbare macht. Om die macht toch enigszins te kunnen beheersen is het nodig dat het gebruik dat de wetgever van die macht maakt, gecontroleerd (c, d en e) en getoetst (f en g) kan en zal worden.

Als argumenten voor juridische verplichtingen tot motivering van wetgeving zijn vooral die functies van motivering van belang die de wetgever snel zal verwaarlozen. In de eerste plaats kan een verplichting tot motivering de controle en controleerbaarheid van wetgeving bevorderen. Daarbij gaat het om drie te onderscheid functies:

(c) *Kwaliteitsbevordering door zelfcontrole.* De met het opstellen van de motivering belaste personen worden gedwongen om zorgvuldig na te denken en zorgvuldig te beslissen. Zij worden zo gedwongen om zèlf de kwaliteit van hun werk te controleren.

(d) *Bevordering van de politieke controleerbaarheid.* De andere in het wetgevingsproces betrokken organen — en buitenstaanders — kunnen de politieke en juridische aanvaardbaarheid van een gemotiveerd wetsvoorstel gemakkelijker beoordelen dan van een kale wettekst.

(e) *Bevordering van de mogelijkheden voor rechterlijke controle.* De met (steeds meer vormen van) toetsing van wetgeving belaste rechter moet na kunnen gaan wat de wetgevende organen bezield heeft bij het geven van een wet (of bezielt bij het in stand laten van de wet). Volgens de regels waaraan de rechter wetten mag toetsen, zijn bij bepaalde soorten wetgeving immers slechts bepaalde motieven toegestaan. Ook degenen die een beroep op de rechter overwegen zullen de motieven van de wetgever moeten kunnen kennen.

In de tweede plaats kan een verplichting tot motivering de toetsbaarheid van wetgeving bevorderen. Daarbij gaat het zowel om toetsing van wetgeving aan de motiveringsverplichtingen zelf (f) als om toetsing van wetgeving aan andere bovenwettelijke normen (g). Als zelfstandige bovenwettelijke regel èn als hulpregel heeft het motiveringsbeginsel belangrijke functies te vervullen:

47 Zie de paragrafen 5.2.2.2, 7.4.2, 7.5.3 en 8.3.2.

(f) *Bieden van een flexibel en afstandelijk toetsingscriterium.* Het parlement moet wetsvoorstellen vooral beoordelen[48] en de rechter moet steeds vaker wetten beoordelen.[49] Wanneer zij daarbij alleen inhoudelijke criteria hanteren, dan zitten zij snel op de stoel van de beoordeelde (regering respectievelijk wetgever), wat onwerkbaar respectievelijk onwenselijk is. Daarom moeten zij beschikken over een maatstaf die de verantwoordelijkheid teruglegt waar zij primair hoort te liggen: bij de wetgever, die wetten moet geven, en bij de regering, die wetten moet voorstellen.[50]

(g) *Operationalisering en ontwikkeling van andere bovenwettelijke normen.* Het is wenselijk en vrijwel onvermijdelijk dat bovenwettelijke normen ruimte laten aan de democratische wetgever. Bij de toetsing van wetgeving aan die veelal vage of ongeschreven normen (zoals de beginselen inzake gelijkheid, rechtszekerheid en evenredigheid) gaat het om het afbakenen van die ruimte. Een motiveringsplicht dwingt ertoe die afbakening onder woorden te brengen, en daardoor de inhoud van die bovenwettelijke normen te preciseren.

In paragraaf 9.1 bleek dat het recht al diverse motiveringsplichten op de wetgever legt. Het kan nog beter. In de nu volgende paragraaf 9.3 zal ik enkele voorstellen doen om de motiveringsplichten van de wetgever en zijn deelorganen zo aan te vullen en vorm te geven dat zij nog iets meer bij kunnen dragen aan het controleerbaar en toetsbaar en dus beheersbaar maken van de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid van de wetgever.

9.3 Betere motiveringsplichten

9.3.1 Versterking status van gevonden motiveringsplichten

Sommige motiveringsplichten die verdragen, Grondwet, beginselen en gewoonterecht op de wetgever en haar deelorganen leggen, zijn ook in de Aanwijzingen voor de regelgeving vastgelegd. Meer juridische binding levert die vastlegging niet op. Ook de uitbreiding en toespitsing van de genoemde motiveringsplichten die in de Aanwijzingen is te vinden,[1] is juridisch niet bindend. Toch heeft het wel zin om althans de diverse ongeschreven motiveringsplichten van (de deelorganen van) volledig in de Aanwijzingen voor de regelgeving op te nemen. De kans dat deze plichten dan ook daadwerkelijk worden nageleefd zou daardoor namelijk toenemen. Daarom moet in de Aanwijzingen voor de regelgeving (duidelijker) bepaald worden:

48 Zie de paragrafen 1.2.2 en 5.5.3.
49 Zie de paragrafen 1.2.3 en 4.5.2.
50 Zie verder paragraaf 9.4.
1 Zie paragraaf 5.4.3.

— dat en hoe het doel van de voorgestelde wet vermeld moet worden;[2]
— dat en hoe afwijkingen van algemene wetten en van adviezen vermeld en gemotiveerd moeten worden;[3]
— dat en hoe de rechtmatigheid van de voorgestelde wet gemotiveerd moet worden;[4]
— dat en hoe de intrekking van een wetsvoorstel, de niet-bekrachtiging van een wetsvoorstel, en eventueel de bekrachtiging van een wetsvoorstel, gemotiveerd moeten worden.[5]

Daarnaast zouden enkele ongeschreven motiveringsplichten op juridisch wèl bindende wijze moeten worden vastgelegd:

— Het verdient aanbeveling in artikel 8 van het Reglement van Orde voor de Raad van Ministers vast te leggen dat niet alleen de 'ontwerpen van wet' bedoeld in artikel 4, maar ook de daarbij behorende ontwerp-memories van toelichting tien dagen van te voren moeten worden rondgezonden.[6] Het lijkt mij dan niet nodig om daarnaast ook nog ergens (bijvoorbeeld in de Grondwet) te bepalen dat ieder wetsvoorstel bij aanhangigmaking bij de Raad van State en bij toezending aan de Tweede Kamer vergezeld moeten gaan van een memorie van toelichting.[7] Mocht de regering ooit in de verleiding komen om een voorstel zonder memorie van toelichting in te dienen, dan kan elk afzonderlijk kamerlid met een beroep op artikel 68 van de Grondwet alsnog een toelichtende memorie eisen.[8]
— Het verdient evenzeer aanbeveling om in artikel 114, eerste lid, van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer[9] vast te leggen dat initiatiefvoorstellen van wet 'schriftelijk en voorzien van een ondertekende memorie van toelichting' ingezonden moeten worden bij de Voorzitter.[10]
— Tenslotte verdient het aanbeveling om in artikel 85 van de Grondwet tot uitdrukking te brengen dat de Tweede Kamer steeds een of meer van haar leden moet belasten met de verdediging van een aangenomen initiatiefvoorstel in de Eerste Kamer.[11]

De verplichting van ministers om wetsvoorstellen desgevraagd te motiveren ligt al vast in het geschreven wetgevingsrecht.[12] Die verplichting kan door kamerleden op juridisch bindende wijze worden toegespitst. Artikel 68 van de Grondwet biedt, althans wat de motivering van wetsvoorstellen betreft, een oplossing voor het in paragraaf 1.2.4 gesignaleerde probleem, dat het Nederlandse recht inmiddels wel allerlei vormen van

2 Zie paragraaf 9.3.3.1.
3 Zie paragraaf 9.3.3.4.
4 Zie paragraaf 9.3.3.5.
5 Zie de paragrafen 4.1.7.3 en 5.5.4.
6 Zie paragraaf 5.3.2.
7 Zie paragraaf 5.4.2.1.
8 Zie paragraaf 4.1.3 en nader hieronder.
9 Versie 1993.
10 Zie paragraaf 5.4.2.1.
11 Zie paragraaf 4.3.2.6.
12 Zie paragraaf 9.1.2.3.

wetgevingsrecht erkent, maar dat het voor regering en parlement als 'wetgever' in beginsel onmogelijk is om zulke regels zelf vast te stellen.

Op grond van artikel 68 kunnen kamerleden immers van ministers eisen dat zij informatie over de motieven voor hun wetsvoorstellen verstrekken.[13] Dit kan incidenteel gebeuren naar aanleiding van een concreet wetsvoorstel. Niets belet kamerleden echter om van ministers te verlangen dat zij bij elk wetsvoorstel bepaalde informatie verstrekken. Op ministers rust dan de plicht om die informatie te verstrekken. Indien een van de beide kamers dat verlangen tot uitdrukking brengt (bijvoorbeeld door een motie aan te nemen, of door ministeriële toezeggingen uit te lokken), dan zal een dergelijk verzoek niet alleen juridisch maar ook politiek indruk maken op de ministers. Het parlement moet zich bezinnen 'op de vraag wat men van de memorie van toelichting verlangt'.[14]

Dat geldt met name voor de Tweede Kamer, voor wie de memorie de toelichting immers in de eerste plaats bedoeld is. Deze Kamer kan de kans dat de ministers de verlangde informatie ook werkelijk zullen verstrekken, vergroten door slechts motivering op enkele nauwkeurig aangeduide, door ja/nee-vragen ingeleide punten te vragen.[15] Zij zouden eens kunnen beginnen met een verzoek dat slechts betrekking heeft op de memories van toelichting bij wetsvoorstellen die gedurende de lopende zittingsperiode ingediend zullen worden. De Kamer zou kunnen dreigen minder goed toegelichte wetsvoorstellen langzamer te zullen behandelen, bijvoorbeeld door dan steeds een tweede schriftelijke ronde in te lassen. Op de naleving van de eisen zou de Kamer onder meer haar Bureau Wetgeving kunnen laten toezien, terwijl ook van de Raad van State enig toezicht op de naleving van de parlementaire eisen met betrekking tot de memorie van toelichting verwacht mag worden. Die eisen zouden voor de volledigheid ook nog eens vastgelegd kunnen worden in de Aanwijzingen voor de regelgeving.

Naast de gevonden reeds bestaande motiveringsplichten van de wetgever, zijn in de hoofdstukken 3 tot en met 7 ook voorstellen gedaan tot uitbreiding van die motiveringsplichten. In de paragrafen 9.3.2 en 9.3.3 zal ik nu enkele van die voorstellen samenvatten en uitwerken. Strengere motiveringsplichten zouden namelijk bij kunnen dragen aan het beter controleerbaar en beter toetsbaar maken van wetgeving.[16]

9.3.2 Wie wanneer zou moeten motiveren

9.3.2.1 De wetgever moet het doel van de wet vermelden in de considerans

Vermelding van het doel van een wet in haar considerans moet regel worden. De Aanwijzingen voor de regelgeving schrijven dat nu nog niet voor, en in de meeste consideransen gebeurt het ook niet. Er zijn verschillende redenen om het consequent wèl

13 Zie paragraaf 4.1.3.
14 Konijnenbelt 1992: 112.
15 Zie mijn voorstellen ter zake in de paragraaf 9.3.3.
16 Zie paragraaf 9.2.4.

te gaan doen. De wens om daarmee in het lichaam van de wet niet of nauwelijks geclausuleerde bevoegdheden af te bakenen hoort daar niet bij.[17]

Een eerste reden voor doelvermelding in de considerans, is de wens om dit nog steeds voorgeschreven stukje tekst nut te laten hebben. Een considerans waarin slechts de 'wenselijkheid' van de regeling wordt geponeerd, is zinloos. Dat de wetgever de wet 'wenselijk' heeft geoordeeld, kan de wetsgebruiker immers afleiden uit het feit dat de wet is aangenomen en bekrachtigd. En een korte samenvatting van de inhoud van een wet kan de wetsgebruiker al in het opschrift van de wet vinden. Een considerans waarin de 'wenselijkheid' van de regeling wordt overwogen, wordt pas zinvol, indien daarin wordt aangegeven *waarom* de regeling wenselijk wordt geoordeeld.[18]

In de tweede plaats leidt vermelding van het doel van de wet in de considerans ertoe dat de eerste alinea's van een wet (de aanhef) niet alleen de formele grondslag van de wet (de samenwerking van regering en Staten-Generaal) aangeven, maar ook de materiële grondslag: de rechtsgrond die gelegen is in de veronderstelling dat een bepaald doel een wettelijke regeling wenselijk maakt.[19]

Gewoonterecht en literatuur (en bijvoorbeeld ook allerlei verdragsbepalingen die de beperking van fundamentele rechten begrenzen) wijzen eensgezind in de richting van de ongeschreven norm dat wetgeving ten minste gemotiveerd moet worden met een verwijzing naar het doel van de wet.[20] Vermelding van het met een wet beoogde doel is daarmee wellicht de hardste kern van de motiveringsplichten van de wetgever. Kennis van het doel van een wet is bovendien vrijwel onmisbaar om die wet goed te kunnen begrijpen en te kunnen beoordelen. Het ligt daarom voor de hand om van de wetgever zelf (dus niet slechts van de wets-voorsteller) te verlangen dat hij dat doel (of de doelen) vermeldt.[21]

Indien de wetgever zich conform dat verlangen gaat gedragen, dan zal de considerans van een Nederlandse wet in omvang nog ver achter blijven bij de preambule van een Europese verordening. Toch zou ik er niet voor willen pleiten om in Nederlandse consideransen méér op te nemen dan vermeldingen van het doel en van de

17 Zie de paragrafen 5.2.2.2 en 9.2.4.

18 Op 9 februari 1994 heeft het Tweede-Kamerlid Jurgens een amendement ingediend dat er blijkens de toelichting toe strekt 'om, in overeenstemming met het motiveringsbeginsel, in de beweegreden van het wetsvoorstel op althans minimale wijze het motief aan te geven dat aan indiening (en aanvaarding — de Staten-Generaal beslissen immers ook over de considerans) van dit wetsvoorstel ligt' (Kamerstukken II 1993/94, 23575 nr. 6). In de nota naar aanleiding van het verslag bij het desbetreffende wetsvoorstel (inzake de procedure voor wijziging van de Grondwet) was — op onbegrijpelijke wijze — nog gesuggereerd dat het motiveringsbeginsel juist niet eist dat het motief in de considerans vermeld wordt (idem, nr. 5, p. 5). Tijdens de plenaire beraadslagingen verzette de Minister van Binnenlandse Zaken zich echter niet tegen het amendement (Handelingen II 1993/94, p. 3754). Het werd vervolgens met algemene stemmen aangenomen (idem, p. 3838). Daaruit kan men nog niet afleiden dat de Tweede Kamer van mening is dat elke wet in de considerans gemotiveerd moet worden. Wel kan men concluderen dat de Tweede Kamer inziet dat een considerans waarin slechts de wenselijkheid van de wet wordt uitgesproken weinig zinvol is.

19 Zie paragraaf 5.2.2.2.

20 Zie de paragrafen 3.1.3, 3.2, 5.3.2, 5.4.3.2 en 7.6.

21 Zie paragraaf 5.2.2.2.

eventuele tot wetgeving noodzakende hogere regeling.[22] Doel-middel-argumentaties, motiveringen van rechtmatigheid, motiveringen van afwijkingen, aanduidingen van de verwachte effecten, of aanduidingen van de situatie die tot de wet geleid heeft, zouden in een considerans altijd nogal summier moeten blijven. In de memorie van toelichting zouden ze dus herhaald en uitgebreid moeten worden. Mede met het oog op de leesbaarheid, lijkt het daarom zinvoller om dergelijke informatie in één keer goed te verschaffen in de memorie van toelichting.

Hoewel het mogelijk is om een voorgestelde considerans bij nota van wijziging of amendement te *wijzigen*, en om een vastgestelde considerans bij latere wet te wijzigen, wordt van deze mogelijkheden slechts zelden gebruik gemaakt.[23] Indien de considerans consequent gebruikt gaat worden voor de hier bepleite vermelding van het doel van de wet, en voor de (reeds voorgeschreven) vermelding van de eventuele hogere regeling die tot de wet noodzaakt, dan zal wijziging van een voor- of vastgestelde considerans vaker nodig of wenselijk zijn.

Gegeven het huidige wetsformulier zijn vooral de volgende vier formuleringen bruikbaar in een considerans

— *dat het gelet op* (hogere regeling) *noodzakelijk is om ...*
— *dat* (hogere regeling) *verlangt dat ...*
en dat het daarom noodzakelijk is om ...

— *dat het met het oog op* (doel) *wenselijk is om ...*
— *dat* (eerste doel),
dat bovendien (tweede doel),
en dat het daarom wenselijk is om ...

De archaïsche structuur van het nog steeds voorgeschreven wetsformulier kan niet gebruikt worden als excuus om een considerans nietszeggend en daardoor kort te houden. Wel verdient het aanbeveling om — bijvoorbeeld ter gelegenheid van de eerstvolgende troonswisseling — een helder en correct nieuw wetsformulier vast te stellen, met daarin de mogelijkheid om de considerans in volzinnen te formuleren,[24] bijvoorbeeld:[25]

22 Zie paragraaf 9.1.2.1.
23 Zie paragraaf 5.2.2.4.
24 Zie paragraaf 5.2.2.3.
25 Zie Waaldijk 1987a: 6.

(Opschrift)
Regering en Staten-Generaal stellen deze wet vast op grond van de volgende overwegingen:
(Doel van de wet)
Het voorstel tot deze wet, waarover de Raad van State is gehoord, is aangenomen door de Tweede en Eerste Kamer van de Staten Generaal en bekrachtigd door Willem-Alexander, Koning der Nederlanden.
(Artikelen)
Deze wet wordt in het Staatsblad geplaatst.
Bekrachtigd te ...

Wie zou het nieuwe formulier moeten voorschrijven?

Wat ooit als een formulier ter *bekendmaking* van wetten gedacht is, is tegenwoordig vooral een formulier ter *vormgeving* van wetten. Aldus wordt de vaststelling van teksten ter vervanging van de door additioneel artikel XIX gehandhaafde delen van het wetsformulier niet bestreken door de grondwettelijke opdracht om 'de bekendmaking' bij of krachtens de wet te regelen.[26] Ook andere grondwetsartikelen bestempelen het wetsformulier niet tot iets wat de wetgever moet regelen. De in additioneel artikel XIX bedoelde regeling waardoor artikel XIX voor wat betreft het wetsformulier uitgewerkt zal raken, kan niet bij algemeen verbindend voorschrift worden getroffen. Naast de grondwetgever is er immers geen landsorgaan dat de wetgever juridisch kan binden. De in artikel XIX bedoelde regeling zal dus het karakter van een beleidsregel (*pseudo-grondwetgeving*) moeten hebben. De wetgever, de regering, de Staten-Generaal, de minister-president, de Tweede Kamer, en de Eerste Kamer zijn elk bevoegd om die pseudo-grondwettelijke regeling inzake het wetsformulier te treffen, en dus ook om daarmee een uitspraak te doen over de handhaving van de considerans. Een dergelijke regeling (die de vorm zou kunnen hebben van een afspraak tussen deelorganen van de wetgever) zal de wetgever echter niet juridisch binden. Wanneer de regeling de considerans zou 'afschaffen', dan belet niets de wetgever om af en toe toch een considerans in een wet op te nemen. Omgekeerd zou de wetgever zelfs wanneer de wet altijd een considerans zou 'eisen', het opnemen van een considerans achterwege mogen laten.[27]

9.3.2.2 De chaos van toelichtende stukken moet drastisch beperkt worden

Memories van toelichting en andere toelichtende stukken bij wetsvoorstellen worden gekenmerkt door chaos. Inhoud, aantal en vorm van deze stukken maken het de lezer onnodig moeilijk.

Eén van de oorzaken hiervan is, dat in Nederland voor de wijziging en aanvulling van memories van toelichting in feite de (rare, Britse) methode van *non-textual amendment* wordt toegepast. Zodra een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer is ingediend

26 Artikel 88.
27 Zie paragraaf 4.4.2.

wordt — tot op heden — de tekst van de memorie van toelichting niet meer gewijzigd. De memorie van toelichting wordt op non-tekstuele wijze gewijzigd en aangevuld door schriftelijke reacties op commissieverslagen en door mondelinge beraadslagingen.[28] Of met deze rommelige gewoonte de uit de artikelen 42, 68 en 81 van de Grondwet voortvloeiende motiveringsverplichtingen voldoende worden nageleefd, kan betwijfeld worden. Ook de openbaarheid van het wetgevingsproces[29] lijdt eronder dat de belangrijkste bij elkaar behorende passages uit de toelichtende stukken slechts met moeite bij elkaar gezocht kunnen worden.[30]

Verschillende grote en kleine (soms al gedeeltelijk in gang gezette) verbeteringen van deze toestand zijn denkbaar:

(a) In een goede memorie van toelichting staat niets anders dan motivering van het voorstel, eventueel een samenvatting van de inhoud van de voorgestelde wet, eventueel toelichtingen omtrent zaken buiten het voorstel zelf,[31] en zo nodig uitleg van de samenhang tussen de onderdelen van de voorgestelde wet. Uitleg van de betekenis van onderdelen van een voorgestelde wet bestaat meestal uit een parafrase van die onderdelen. Over het algemeen verdient het de voorkeur de desbetreffende artikelen en opschriften zó te formuleren dat zij *geen parafraserende uitleg* nodig hebben.[32]

(b) Ook *neven-wetgeving*[33] hoort niet thuis in een goede toelichting bij een goede wet. Volgens aanwijzing 214 van de Aanwijzingen voor de regelgeving mag de toelichting namelijk niet gebruikt worden voor het stellen van nadere regels. Bovendien zijn de wetgevende organen er de laatste jaren in de jurisprudentie met nadruk aan herinnerd, dat zij er niet op moeten vertrouwen dat hun toelichtingen zullen delen in het gezag van hun wetten.[34]

(c) *Beperking van aantal schriftelijke ronden.* Artikel 94 van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer (versie 1993) beperkt het aantal schriftelijke ronden in de Tweede Kamer tot maximaal twee. De Eerste Kamer zou dit voorbeeld kunnen volgen.[35] Een beperking van het aantal schriftelijke ronden is uiteraard alleen verantwoord wanneer de aan de Tweede Kamer gezonden memorie van toelichting een zo volledig mogelijke motivering van het voorstel bevat. Daarom

28 Terwijl ook het nader rapport al aanvullingen en non-tekstuele wijzigingen van de memorie van toelichting bevat.
29 Zoals voorgeschreven door de artikelen 66 en 110 van de Grondwet.
30 Zie paragraaf 5.4.5.4.
31 Zoals het beleid waarin het voorstel past, de geschiedenis van het voorstel, de verwachte toekomst van de voorgestelde wet, en de samenhang met andere regelgeving en met bestaande jurisprudentie.
32 Zie paragraaf 5.4.1.
33 Beweringen die een beïnvloeding van de toepassing van de voorgestelde wet tot doel hebben.
34 Zie paragraaf 5.4.1.
35 Zie paragraaf 5.4.5.4.

zullen ministers minder dan nu het geval heet te zijn[36] in de memorie van toelichting bewust informatie achter mogen houden. Het kabinet heeft inmiddels de bereidheid uitgesproken om 'ernaar te streven dat de beantwoording van het verslag aan zodanige eisen voldoet, dat het uitbrengen van een nader verslag door de Kamer hoge uitzondering zal zijn'.[37] Belangrijker is nog dat de ministers ook hun memories van toelichting zó zullen inrichten dat het aantal schriftelijke ronden tot een minimum beperkt kan blijven. Het kabinet zwijgt over de bereidheid daartoe. Mede daarom zal de Tweede Kamer de ministers met gebruikmaking van artikel 68 moeten verplichten om bepaalde essentiële aspecten van voorgestelde wetten in iedere memorie van toelichting op te nemen.[38]

(d) *Uniforme indeling van schriftelijke stukken.* Volgens aanwijzing 217 van de Aanwijzingen voor de regelgeving moet de memorie van toelichting verdeeld worden in een algemeen en een artikelgewijs gedeelte, 'indien dit de toegankelijkheid bevordert'. Omdat dat laatste altijd het geval zal zijn, zal een artikelgewijze toelichting dus nooit mogen ontbreken.[39] Volgens aanwijzing 293 zal de indeling van het 'voorlopig verslag' [40] zoveel mogelijk die van de memorie van toelichting moeten volgen, en de indeling van de 'memorie van antwoord' [41] zoveel mogelijk die van het verslag. Het verdient aanbeveling deze lijn ook te volgen in nadere verslagen en in de reacties daarop.[42]

(e) *Publikatie als parallelle kolommen.* De ministeriële reacties op parlementaire commissieverslagen kunnen als tweede kolom gedrukt worden naast het verslag waar zij op reageren,[43] met telkens het begin van overeenkomstige paragrafen op gelijke hoogte.[44]

(f) *Handzame benaming van stukken.* De Tweede Kamer heeft in 1993 besloten tot afschaffing van de termen 'voorlopig verslag' en 'eindverslag'. Het verdient aanbeveling om het stuk waarin een minister reageert op het eerste verslag van een Tweede-Kamercommissie over een wetsvoorstel niet 'nota naar aanleiding van het verslag' te noemen,[45] maar gewoon 'memorie van antwoord'. Dat is mooier, korter en duidelijker. De ministeriële reactie op een eventueel 'nader

36 Zie paragraaf 5.4.3.1.
37 *Voortvarend wetgeven*, Kabinetsstandpunt naar aanleiding van het advies van de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten over de wetsprocedure, Kamerstukken II 1993/94, 23462 nr. 1, p. 17.
38 Zie de paragrafen 9.3.1 en 9.3.3.
39 Zie paragraaf 5.4.3.1.
40 Waarmee bedoeld zal zijn: het eerste verslag dat een commissie van Tweede of Eerste Kamer over een wetsvoorstel uitbrengt.
41 Waarmee bedoeld zal zijn: de reactie op dat eerste verslag.
42 Zie paragraaf 5.4.5.4.
43 Zoals het nader rapport naast het advies van de Raad van State.
44 Zie paragraaf 5.4.5.4.
45 Zoals artikel 94 van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer, versie 1993, wel suggereert.

verslag' kan dan gewoon 'nadere memorie van antwoord' heten,[46] en niet 'nota naar aanleiding van het nader verslag'. En het woord 'nota' kan in het wetgevingsproces dan gereserveerd worden voor stukken ter wijziging of verbetering van een wetsvoorstel.[47]

(g) *Afschaffing van nader rapport.* Door het naast elkaar bestaan van memorie van toelichting en nader rapport (afkomstig van dezelfde personen, afgesloten op dezelfde dag) worden kamerleden en andere geïnteresseerden geconfronteerd met twee stukken die hetzelfde regeringsvoorstel toelichten en motiveren. Deze gespletenheid moet ofwel leiden tot doublures, ofwel tot tijdverlies bij het bij elkaar lezen van verwante passages. Daarom is er veel voor te zeggen om de bespreking van het advies van de Raad van State voortaan (tekstueel) te verwerken in de memorie van toelichting. Waar de ministers van mening blijven verschillen met de Raad van State zullen zij in de memorie van toelichting moeten aangeven dat zij dat doen en waarom zij dat doen. In de memorie van toelichting zal uiteraard (door voetnoten of markeringen) zichtbaar gemaakt moeten worden waar de tekst anders luidt dan de aan de Raad van State voorgelegde versie.[48]

(h) *Invoering van tekstueel gewijzigde memorie van toelichting.* Wanneer een verslag vraagt om ingrijpende wijzigingen in het wetsvoorstel en/of om uitvoerige nadere toelichtingen en motiveringen, dan zou het voor de betrokken kamerleden en voor alle verdere belangstellenden buitengewoon handig zijn, indien in plaats van een memorie van antwoord een 'gewijzigde memorie van toelichting' zou worden opgesteld. Daartoe zal in ieder geval aanleiding bestaan, indien het voorstel naar aanleiding van het verslag ingrijpend gewijzigd wordt: de nota van wijziging zal dan meestal tot een gewijzigd voorstel van wet leiden. Indien daarna de commissie nog een 'nader verslag' uitbrengt, dan zal de minister ervoor kunnen kiezen om daarop te reageren met een *nader gewijzigde memorie van toelichting*, in plaats van de nota naar aanleiding van het nader verslag. Of daar aanleiding toe bestaat, zal afhangen van de hoeveelheid aanpassingen waartoe het nader verslag (of andere ontwikkelingen) zullen nopen. Voor de overzichtelijkheid is het daarbij belangrijk dat nooit tekstuele wijzigingen op non-tekstuele wijzigingen volgen. De lezer moet er immers van op aan kunnen, dat de jongste gewijzigde memorie van toelichting àlle tot dan toe door de minister verstrekte toelichtingen op het voorstel bevat. Daartoe is het uiteraard ook belangrijk dat (door voetnoten of markeringen) steeds zichtbaar is hoe de tekst in de vorige versie(s) luidde.[49] Om de toegankelijkheid van de aldus groeiende memorie van toelichting te kunnen bewaren, zal verdeling van de memorie van toelichting in een (beknopt) algemeen gedeelte, en een (substantieel) artikelgewijs gedeelte van des te meer

46 Net als bij de Eerste Kamer.
47 Zie paragraaf 5.4.5.3.
48 Zie paragraaf 5.4.4.
49 Zie paragraaf 5.4.5.4.

belang zijn.[50] Invoering van de gewijzigde memorie van toelichting betekent dat ook bij initiatiefvoorstellen het nader rapport vervangen kan worden door een bespreking van het advies van de Raad van State in de memorie van toelichting.[51]

De huidige chaos in de motivering van wetsvoorstellen is niet in overeenstemming met de verdragsrechtelijke, grondwettelijke en ongeschreven motiveringsplichten van de wetgever. Alleen een enigszins overzichtelijke, begrijpelijke, vindbare en consistente motivering kan de belangrijke functies van wetgevingsmotivering goed vervullen. Ter verbetering van de controleerbaarheid en van de toetsbaarheid van wetgeving is het hoog tijd dat de cumulatieve onoverzichtelijkheid van toelichtende stukken door de acht genoemde oplossingen tot aanvaardbare proporties wordt teruggebracht.

9.3.2.3 De wetgevende organen moeten wetten ook bij de rechter kunnen motiveren

Ter verbetering van de controleerbaarheid en de toetsbaarheid van wetgeving moet niet alleen de motivering ten tijde van de totstandkoming anders georganiseerd worden, maar ook de motivering ten overstaan van de rechter.

In het huidige praktijk kan een bij de rechter omstreden wet alleen door een deelorgaan van de wetgever gemotiveerd worden, indien de regering of de Staat partij in het geding is.[52] Meestal is dat niet het geval. Onder omstandigheden kunnen motiveringsgebreken echter wèl leiden tot het onrechtmatig verklaren en/of buiten toepassing laten van een wet. Dat is een ingrijpend gevolg, waar terughoudende rechters voor terug zóuden kunnen schrikken. In de administratieve rechtspraak wordt dit probleem soms omzeild door het betrokken bestuursorgaan — altijd als partij aanwezig in het geding — de gelegenheid te geven ten processe alsnog nadere (of zelfs betere) motieven aan te laten voeren ter rechtvaardiging van het betwiste besluit.[53]

Bij de toetsing van wetten is het veel moeilijker voor de rechter om zich een beeld en een oordeel te vormen over de daaraan ten grondslag liggende motiveringen. De wetgever is geen partij in het geding, en de Staat of de regering meestal ook niet. In (considerans en lichaam van) de wet is meestal zelfs geen summiere motivering te vinden. En wat de rechter af kan leiden uit parlementaire stukken, zal veelal verouderd, tegenstrijdig en onvolledig zijn. Veelal zullen de wetgevende organen het door de rechter te beslissen geval immers niet hebben voorzien, en de desbetreffende bovenwettelijk norm niet hebben meegewogen.

In de vergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging over toetsing heb ik betoogd dat het in zo'n situatie buiten toepassing laten van een wet wegens de *onkenbaarheid van op zichzelf misschien wel deugdelijke motieven* slecht past in het door

50 Zie punt (b) hierboven.
51 Zie paragraaf 5.4.4 en punt g hierboven.
52 Zie de paragrafen 5.2.3, 3.1.7.3 en 3.1.7.4.
53 Zie paragraaf 8.2.5.

Barendrecht[54] zo overtuigend geschetste stelsel van samenwerking tussen rechter en wetgever.[55] Ook niet, wanneer men (net als ik) met Barendrecht aanvaardt dat het de wetgever in beginsel vrij staat om te trachten de gevolgen van onwelgevallige rechterlijke toetsingsuitspraken voor de toekomst ongedaan te maken door vaststelling van een nieuwe, anders gemotiveerde wet.[56]

Voorkomen moet worden dat de rechtsvorming zich voltrekt volgens het model van de boks-wedstrijd waarin steeds opnieuw de rechter wetgeving en de wetgever rechtspraak opzij zet. Zij kunnen elkaar fijnzinniger signalen geven. Wat dat betreft, hebben rechters in het huidige recht een voorsprong op de wetgever. Binnen en buiten hun rechtsoverwegingen kunnen zij — zonder een wet knock-out te slaan — de wetgever wakker schudden en confronteren met argumenten tégen een bestaande wet. Voor de wetgever is het veel moeilijker om aan de rechter duidelijk te maken hoe hij over de rechtmatigheid van een bestaande (*in concreto* omstreden) wet denkt. Veelal zal de wetgever nu nog machteloos toe moeten zien hoe een rechter een wet toetst.

Zoals de wetgever niet volledig kan overzien of in elke mogelijke situatie toepassing van de wet in overeenstemming zal zijn met Grondwet, beginselen en verdragen, zo kunnen rechters niet volledig overzien met welke feitelijke gegevens en politieke wensen rekening gehouden moet worden bij de rechtsvorming.[57] Ook bij toetsing *in concreto* kan het politiek-legislatieve perspectief niet goed gemist worden. De bij-ziende rechter en de ver-ziende wetgever zouden elk vooral dat moeten doen waar zij goed in zijn. Voor het overige moeten zij zich kunnen laten corrigeren en laten bijstaan door de ander. Blijkens hun tegenstrijdige en soms verward geargumenteerde jurisprudentie hebben verschillende hoogste rechters er in het huidige stelsel moeite mee om te achterhalen of, en zo ja waarom, de wetgever bijvoorbeeld een bepaald onderscheid in een bepaalde wet nog gerechtvaardigd acht.[58] Daardoor blijft toetsing van wetgeving met behulp van de geldende motiveringsplichten een moeilijke optie voor de rechter. Dit zou anders worden indien de deelorganen van de wetgever de mogelijkheid zouden krijgen om bij de toetsende rechter de rechtmatigheid van (toepassing van) de omstreden wet nader te motiveren. Zo zou het voor de wetgever mogelijk worden om alsnog te voldoen aan de uit het motiveringsbeginsel voortvloeiende eisen.

Koopmans heeft voorgesteld om de minister van justitie daarom de gelegenheid te geven om zijn standpunt[59] aan de toetsende rechter kenbaar te maken.[60] Met alleen een nota van deze minister zal de rechter volgens mij echter nauwelijks geholpen zijn.[61] Andere ministers, en kamerleden, zouden namelijk geen of heel andere argumenten vóór de desbetreffende wet kunnen koesteren. De bevoegdheid om als *amicus curiae* te interveniëren zou daarom toe moeten komen aan elke minister, aan elke kamercommissie, en aan (een bepaald aantal van) de leden van elke kamer. Het kan

54 Barendrecht 1992a: 119-122 en 133-147 en 1992c: 241-268; zie ook Van der Vlies 1993: 53.
55 Zie Waaldijk 1992c: 65.
56 Barendrecht 1992a: 144.
57 Zie Barendrecht 1992a: 130-133 en Koopmans 1992a: 79-80 en 1992b: 86.
58 Zie paragraaf 3.1.6.2.
59 Min of meer als *amicus curiae*.
60 Koopmans 1992a: 80.
61 Koopmans kan zich voorstellen dat ik zijn suggestie wat mager vind; 1992b: 86.

dan aan het initiatief van genoemde onderdelen van de wetgever overgelaten worden om te trachten als 'gehele wetgever' een eensgezind standpunt uit te dragen.[62] Koopmans heeft mijn suggestie 'toch eigenlijk des Guten zuviel' genoemd, zonder echter er bij te zeggen waarom.[63] Zijn collega-preadviseur Barendrecht vond het wel een verdedigbare gedachte om het mogelijk te maken 'dat een aantal mensen die goed met de materie is bezig geweest, mensen in het parlement, dat die nog eens aan de rechter zeggen van "ja, zo en zo en zo zou het moeten, neem die en die argumenten mee"'.[64] Deze formulering geeft goed aan dat de rechter geenszins gebonden zou zijn aan de door kamerleden (of ministers) aangevoerde nadere motivering.

Dit is niet de plek om gedetailleerd aan te geven hoe mijn voorstel procesrechtelijk kan worden vormgegeven. Vooruitlopend op regelgeving ter zake zouden de hoogste rechtsprekende colleges het initiatief kunnen nemen om de ministerraad en de kamers op de hoogte te stellen van aangebrachte zaken waarin artikel 94 van de Grondwet ingeroepen wordt tegen een wet.[65] Niets belet een of meer ministers en/of kamerleden dan om hun opvattingen omtrent de rechtmatigheid van de omstreden wetsbepaling[66] mede te delen aan de betrokken rechter(s). De rechters zullen moeten voorkomen dat de tussenkomst van delen van de wetgever grote vertraging voor de procespartijen oplevert. Door ministers en kamerleden niet meer tijd te geven om te reageren dan de procespartijen, kan vermoedelijk ook voorkomen worden dat ministers of kamerleden zich in elk toetsingsgeding gaan mengen (want dat zou inderdaad teveel van het goede zijn).

Indien rechters de beschikking krijgen over documenten waarin leden van de wetgevende organen hun actuele opvatting over de (betwijfelde) rechtmatigheid van een omstreden wetsbepaling hebben neergelegd, zullen zij gemakkelijker kunnen oordelen of die bepaling voldoende gemotiveerd is. Zij zullen dan niet meer terug hoeven te grijpen op de in een andere zaak, voor een ander college, voor een bepaling in een andere wet gegeven rechtvaardiging.[67] Evenmin zullen zij een rechtvaardiging hoeven te verzinnen voor een implicatie van een wet waarbij de wetgever nog nooit stil heeft gestaan.[68] En ook zullen zij het omgekeerde niet meer hoeven te doen: concluderen dat voor een bepaling waarvoor nog niemand ooit een rechtvaardiging heeft trachten te geven, geen rechtvaardiging valt aan te wijzen.[69]

62 Zie Waaldijk 1992c: 66.
63 Koopmans 1992b: 86.
64 Barendrecht 1992b: 78.
65 Bij de Hoge Raad zou de Procureur-Generaal dat kunnen doen.
66 Desgewenst via het openbaar ministerie.
67 Zoals de Centrale Raad van Beroep deed in zijn uitspraak van 28 februari 1990, AB 233; zie paragraaf 3.1.6.2.
68 Zoals de Hoge Raad deed in zijn uitspraak van 19 oktober 1990, NJ 1992, 129; zie paragraaf 3.1.6.2.
69 Zoals de Hoge Raad deed in zijn uitspraak van 30 september 1992, AB 1993, 2; zie paragraaf 3.1.6.2.

9.3.3 Wat gemotiveerd zou moeten worden

9.3.3.1 Doelstelling

In paragraaf 9.3.2.1 heb ik ervoor gepleit in de considerans altijd het doel van de wet te vermelden. Daarnaast staat, en moet blijven staan, de regel van ongeschreven recht dat het doel van ieder wetsvoorstel vermeld moet worden in de memorie van toelichting. Deze brengt volgens mij met zich dat de doelstelling een duidelijke en prominente plaats in de memorie moet krijgen — dat wil zeggen in een afzonderlijke *doelstellingsparagraaf*.[70]

De eisen die aanwijzing 7 van de Aanwijzingen voor de regelgeving stelt aan de wijze waarop de doelstellingen van een wetsvoorstel vermeld moeten worden in de memorie van toelichting (concreet, nauwkeurig, termijngebonden, gekwantificeerd), lijken vooralsnog niet meer te zijn dan een beleidsvoornemen. In de praktijk is een zo concrete vermelding van de verschillende doelstellingen nog geen regel.[71] Dat zou het wel moeten worden. Zeker wanneer het doel van iedere wet al kort vermeld wordt in haar considerans, is er reden om in de memorie van toelichting een meer dan globale aanduiding op te nemen van datgene wat men met de voorgestelde wet hoopt te bereiken.

9.3.3.2 Geschiktheid en noodzaak van wet om doel te bereiken

Het enkel vermelden van een of meer doelstellingen van een wetsvoorstel kan moeilijk beschouwd worden als 'de gronden waarop het rust'.[72] Ten aanzien van Nederlandse en Europese beschikkingen wordt geëist dat de motivering inzicht geeft in de *redenering* van het beschikkende orgaan.[73] Terecht verlangen Raad van State, literatuur en Aanwijzingen voor de regelgeving dan ook een uitgewerkte doel-middel-argumentatie in de memorie van toelichting; daaruit moet ook de noodzaak van het middel blijken.[74]

Nog steeds is in memories van toelichting een dergelijke argumentatie vaak niet te vinden.[75] Deze praktijk zou verbeterd kunnen worden door in de Aanwijzingen voor de regelgeving helderder dan nu voor te schrijven dat in de memorie van toelichting aangegeven moet worden waarom men met de voorgestelde wet het gestelde doel denkt te kunnen bereiken, en waarom men denkt dat de voorgestelde wet nodig is om het gestelde doel te kunnen bereiken. Zonder informatie daarover is een goede bestuurlijke en politieke toetsing van de voorgestelde wet niet mogelijk.

70 Zie paragraaf 5.4.3.2.
71 Zie paragraaf 5.4.3.2.
72 Waarvan in de koninklijke boodschap telkens sprake is.
73 Zie de paragrafen 8.2.3 en 8.4.2.
74 Zie de paragrafen 5.4.3.3 en 5.4.3.5.
75 Zie paragraaf 5.4.3.3.

9.3.3.3 Vermelding en aanvaardbaarheid van (neven-)effecten

Volgens de Raad van State en de Aanwijzingen voor de regelgeving moeten in de memorie van toelichting allerlei verwachte effecten[76] van een voorgestelde wet worden genoemd.[77] De Aanwijzingen verlangen bovendien[78] dat gemotiveerd wordt waarom negatieve effecten op de koop toe genomen moeten worden bij de realisering van de gestelde doelen. In de praktijk maken lang niet alle memories van toelichting melding van alle effecten waarvan de vermelding is voorgeschreven. Dat is niet verwonderlijk, omdat het voor de opstellers van een memorie van toelichting verleidelijk zal zijn om niet onmiddellijk alle kosten en negatieve neveneffecten te vermelden. Het is daarom vooral de taak van de Raad van State om naar verzwegen gegevens over verwachte effecten te vragen, en van de leden van de Staten-Generaal om verstrekking van verzwegen gegevens te eisen.[79] Zo nodig zouden leden van de Tweede of Eerste Kamer met een beroep op artikel 68 van de Grondwet ministers kunnen en moeten verplichten tot het verlenen van (zo nodig vertrouwelijke) inzage in het gehele departementale dossier betreffende een wetsvoorstel.[80] Uit een dergelijk dossier zal bijvoorbeeld kunnen blijken of andere departementen (of andere departementale afdelingen of adviseurs) gewaarschuwd hebben tegen bepaalde ongewenste effecten.

Als informatie over verwachte effecten eenmaal verstrekt is, zullen de ministers eerder hun (nog niet tot gewoonterecht geworden) verplichtingen uit de Aanwijzingen nakomen om te motiveren waarom die effecten aanvaardbaar zijn. Deze motivering zal dan vaak neerkomen op een afweging tussen de belangen van verschillende sectoren van overheidsbeleid. Ook deze informatie is onmisbaar voor een goede bestuurlijke en politieke toetsing van het desbetreffende wetsvoorstel.

9.3.3.4 Motivering van afwijking van algemene wetten, van de Aanwijzingen voor de regelgeving en van (andere) adviezen

In de memorie van toelichting moeten eventuele afwijkingen van uitgebrachte adviezen en algemene wetten gemotiveerd worden.[81] Ter voorkoming van legislatieve rommel en willekeur verdient het ook aanbeveling om eventuele afwijkingen van de Aanwijzingen voor de regelgeving in de memorie van toelichting te motiveren.[82]

In een aantal opzichten kunnen de Aanwijzingen voor de regelgeving zelfs opgevat worden als 'advies'. Indien men de Aanwijzingen beschouwt als een regeling die hooguit juridisch bindend is voor de ambtenaren van de minister-president,[83] dan kunnen andere ministers en ambtenaren die regeling als advies zien; aanwijzing 5

76 Kosten en andere gevolgen.
77 Zie paragraaf 5.4.3.4.
78 Onder meer op basis van het evenredigheidsbeginsel, zie paragraaf 5.4.3.5.
79 Zie paragraaf 5.4.3.4.
80 Zie paragraaf 5.3.1.
81 Zie de paragrafen 4.1.5, 5.4.3.5, 5.4.3.6, 6.2.3, 6.2.5, 6.3, 9.1.1.5 en 9.1.1.6.
82 Zie de paragrafen 5.4.3.5 en 5.4.3.6.
83 Zie paragraaf 5.1.

herinnert er dan aan dat zij afwijking van dat advies zullen moeten motiveren. Verder adviseert aanwijzing 4 de Staten-Generaal, adviesorganen en zelfstandige bestuursorganen om met de Aanwijzingen rekening te houden. Volgens mij verdient het dan ook aanbeveling dat kamerleden en de genoemde organen eventuele afwijkingen van de Aanwijzingen motiveren. Bovendien zijn allerlei aanwijzingen niet-dwingend geformuleerd. Voorkomen moet worden dat ministers en ambtenaren al te lichtvaardig met deze niet-dwingend geformuleerde aanwijzingen omspringen. Daarom zou in aanwijzing 5 tot uitdrukking moeten worden gebracht dat motivering ook verlangd wordt indien men anders handelt dan men volgens een niet-dwingend geformuleerde aanwijzing in het algemeen zou moeten doen.[84]

Indien de regering, de Tweede Kamer of de Eerste Kamer bij de Raad van State of enig ander adviesorgaan advies heeft ingewonnen over een wetsvoorstel, dan zijn de eerst verantwoordelijke leden van het orgaan dat advies heeft gevraagd, verplicht om afwijking van dat advies te motiveren.[85] Een verantwoorde voorbereiding van de beraadslaging in parlement en regering vergt daarnaast echter, dat in ieder geval (ook) een reactie op het advies wordt opgesteld door de eerst verantwoordelijke leden van het orgaan dat het wetsvoorstel had ingediend. Het orgaan dat het advies heeft gevraagd, bijvoorbeeld de regering die de Raad van State gehoord heeft over een door beide kamers aangenomen initiatiefvoorstel, zal het binnengekomen advies daartoe onmiddellijk ter beschikking moeten stellen van laatstgenoemden.[86] Die verplichting vloeit, in het gegeven voorbeeld, ook voort uit artikel 80 van de Grondwet. De twee leden daarvan bevatten cumulatieve verplichtingen: adviezen over regeringsvoorstellen moeten niet alleen aan het parlement overgelegd worden, zij moeten ook openbaar worden gemaakt; een en ander behoudens de uitzonderingen toegelaten volgens het tweede, respectievelijk het eerste lid. Wat de adviezen van de Raad van State betreft, zijn alleen uitzonderingen op het eerste lid van artikel 80 vastgesteld. Alle adviezen van de Raad van State (en de reacties daarop) moeten derhalve aan de Staten-Generaal worden overgelegd.[87] Het is een vreemde constructie dat een nader rapport bij een regeringsvoorstel formeel gericht wordt 'aan de Koningin', terwijl de inhoud vooral bedoeld is voor het parlement, dat immers de eerstvolgende beslissing over het desbetreffende voorstel zal moeten nemen. Het verdient daarom aanbeveling in artikel 25a van de Wet op de Raad van State de aanduiding 'nader rapport aan Ons' te vervangen door de woorden 'nader rapport', zodat dat stuk in de toekomst aan de Tweede (en Eerste) Kamer gericht kan worden (als het al blijft bestaan).[88]

Het verdient geen aanbeveling om alle motiveringen van afwijkingen van algemene wetten, de Aanwijzingen voor de regelgeving of (andere) adviezen in een afzonderlijke paragraaf te plaatsen. De motivering kan het beste dáár in de memorie van toelichting ondergebracht worden, waar het desbetreffende punt ook anderszins gemotiveerd of

84 Zie paragraaf 5.4.3.6.
85 Zie paragraaf 9.1.1.6.
86 Zie paragraaf 4.1.5.2.
87 Zie paragraaf 4.3.2.1.
88 Zie de paragrafen 5.4.4 en 9.3.2.2 onder g.

toegelicht wordt. Kamerleden en andere gebruikers van de memorie van toelichting zouden wel baat hebben bij een afzonderlijke *afwijkingsparagraaf* waarin antwoord wordt gegeven op de volgende vragen:

— Welke adviezen zijn ten behoeve van of over dit wetsvoorstel uitgebracht? Wijkt het voorstel af van deze adviezen?
— Wijkt de voorgestelde wet af van een wetboek, de Algemene wet bestuursrecht, de Gemeentewet, de Provinciewet, de Bekendmakingswet of enige andere algemene wet?
— Wordt in het voorstel afgeweken van voorschriften of aanbevelingen uit de Aanwijzingen voor de regelgeving?
— *En zo ja: waar in de memorie van toelichting wordt gemotiveerd waarom deze afwijkingen wenselijk of noodzakelijk zijn?*

9.3.3.5 Motivering van betwijfelde rechtmatigheid

Bij elkaar vormen de diverse hele en halve motiveringsplichten ten aanzien van rechtmatigheidsaspecten[89] een rommelig geheel. Daarom verdient het aanbeveling in de memorie van toelichting bij ieder wetsvoorstel een aparte *rechtmatigheidsparagraaf* op te nemen.[90] In zo een paragraaf zou in ieder geval aangegeven moeten worden waarom het voorstel in overeenstemming wordt geacht met:

— het rechtszekerheidsbeginsel;[91]
— het gelijkheidsbeginsel;[92]
— andere grondrechten;[93]
— het primaat van de wet;[94]
— het decentralisatiebeginsel;[95]
— het vrij verkeer in de Europese Economische Ruimte.[96]

Het gemeenschappelijke van deze bovenwettelijke normen is dat zij bepaalde waarden en belangen beschermen, maar onder omstandigheden wel enige inbreuken daarop toestaan. Van voorgestelde inbreuken dient de rechtmatigheid steeds betwijfeld te worden. In een goede memorie van toelichting wordt uitgelegd waarom een dergelijke inbreuk gerechtvaardigd is.[97]

89 Zie de paragrafen 9.1.1.2 tot en met 9.1.1.4.
90 Zoals ook anderen al bepleit hebben, zie paragraaf 5.4.3.5.
91 Zie de paragrafen 3.1.2, 5.4.3.5, 7.4.1, 7.4.4 en 7.5.3.
92 Zie de paragrafen 3.1.6, 4.6.2, 5.4.3.5, 7.2 en 7.5.3.
93 Zie de paragrafen 3.1, 4.6.3 en 5.4.3.5.
94 Zie de paragrafen 3.1.2, 4.6.3, 5.4.3.5 en 7.4.4.
95 Zie de paragrafen 5.4.3.5 en 6.3.1.
96 Zie de paragrafen 3.2 en 5.4.3.5.
97 Zie de paragrafen 5.4.3.5 en 4.6.1.

In de Aanwijzingen voor de regelgeving, of in een motie van de Tweede Kamer,[98] zal concreet aangegeven moeten worden welke vragen in de rechtmatigheidsparagraaf opgeworpen en beantwoord moeten worden — bijvoorbeeld:

— Maakt de voorgestelde wet door terugwerkende kracht of anderszins inbreuk op bestaande rechten of op gewekte verwachtingen?
— Maakt de voorgestelde wet direct of indirect onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, seksuele gerichtheid, burgerlijke staat, nationaliteit, invaliditeit, afkomst, leeftijd of leefvorm?
— Houdt de voorgestelde wet een beperking in van de uitoefening van een ander grondrecht?
— Houdt de voorgestelde wet delegatie in materiële zin[99] in?
— Kent de voorgestelde wet bevoegdheden toe aan organen van het Rijk, van provincies of van functioneel bestuur?
— Houdt de wet direct of indirect een belemmering in voor het vrij verkeer van personen, goederen, diensten of kapitaal binnen de Europese Economische Ruimte?
— *En zo ja: waarom is die inbreuk, dat onderscheid, die beperking, die delegatie, die centralisatie of die belemmering gerechtvaardigd?*

9.4 Over en ter verantwoording

Waar ben ik ruim tien jaar geleden aan begonnen?

Was het onderwerp 'motiveringsplichten van de wetgever' een *non-starter*? Zo althans zou het onderwerp van deze studie in het Verenigd Koninkrijk worden beschouwd, verzekerde mij een collega uit Edinburgh. Maar ook in Nederland stuitte mijn keuze van het onderwerp van deze studie op veel sceptische reacties, variërend van 'Wetten wòrden toch al gemotiveerd?' tot 'Móét de wetgever dat dan?'. En inderdaad: dat wetten in Nederland nauwelijks los te denken zijn van hun 'parlementaire geschiedenis', is een gedachte die elke jurist met de paplepel ingegoten heeft gekregen. En de gedachte dat er een juridische verplichting zou kunnen bestaan om wetgeving te motiveren, was voor 1984 nog door vrijwel niemand aan het papier toevertrouwd.[1]

Toch bleef mijn dogmatische belangstelling voor het onderwerp bestaan. Mijn bemoeienissen met het homorecht sterkten mij bovendien in de gedachte dat de motivering van wetgeving hard aan verbetering toe is.[2] In Edinburgh leerde ik dat het Britse staatsrecht op dit punt weliswaar weinig ter vergelijking te bieden heeft, maar dat

98 Zie paragraaf 9.3.1.
99 Zie paragraaf 4.6.3.1.
1 Uitzonderingen waren Kortmann en Koopmans die er enkele alinea's in feestbundels aan wijdden; zie de paragrafen 7.4.2 en 7.4.3.
2 Zie paragraaf 1.4.1. Op 5 mei 1993 heeft het Hooggerechtshof van Hawaii de wetgever van dit deel van de Verenigde Staten zelfs opgedragen om met argumenten te komen om de aangevochten uitsluiting van homo-paren van het huwelijk te rechtvaardigen (*Baehr v Lewin*, zie *Lesbian/Gay Law Notes* 1993, p. 39).

het Europese-Gemeenschapsrecht aantoont dat ook regelgeving aan motiveringsplichten onderworpen kan worden.[3]

Intussen kwam 'de wetgever' mij tijdens mijn onderzoek te hulp, evenals literatuur, legisprudentie en jurisprudentie. Bij de totstandbrenging van een Algemene wet bestuursrecht en van een nieuwe Gemeentewet werd serieus gesproken over verplichtingen van de wetgever tot motivering van afwijkingen in bijzondere wetten.[4] In de literatuur kreeg de verplichting tot wetgevingsmotivering geleidelijk erkenning.[5] In het begin van de jaren negentig kwam zelfs een stroompje van publikaties over wetgevingsmotivering op gang.[6] De Raad van State bleek geregeld eisen te stellen aan de motivering van wetsvoorstellen[7] en de Eerste Kamer verwierp opnieuw een wetsvoorstel wegens een motiveringsgebrek.[8] In de rechtspraak, en in de discussie over de voorbereiding van de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht, werd steeds meer erkend dat bij de toetsing van lagere regelgeving ook aan het formele motiveringsbeginsel een (weliswaar onzelfstandige) functie toekomt.[9] En ook bij de (nationale en internationale) toetsing van wetten aan mensenrechtenverdragen gingen motiveringsbeginselen een duidelijker rol spelen, met name via de criteria 'legitimate aim', 'relevant and sufficient reasons' en 'objective and reasonable justification'.[10]

Kortom: het onderwerp van deze studie is ingrijpend gewijzigd door een rechtsontwikkeling die ik heb meegemaakt. Het is geworden tot iets dat de moeite waard is om te bestuderen.

De voornaamste *conclusie* van het onderzoek is, dat de motivering van wetgeving, zoals die in Nederland plaats vindt, niet slechts een politieke gewoonte is, maar voor een groot deel beantwoordt aan internationale, Europese, grondwettelijke en gewoonterechtelijke regels, aan geschreven en ongeschreven recht. Ik heb aannemelijk trachten te maken dat ook dit aspect van de relatie tussen (met name) regering, parlement en rechter, tussen de hoogste gezagdragende instellingen,[11] in belangrijke mate een rechtskarakter heeft. Het motiveringsbeginsel, dat in andere takken van recht een veelbesproken rol speelt, blijkt ook in het wetgevingsrecht te gelden, zij het veelal onder andere namen.[12] Ik heb een verzwegen stukje staatsrecht onder woorden trachten te brengen. Tegelijkertijd heb ik geprobeerd om te laten zien dat de wetgever gewoon, net als andere overheidsorganen, aan allerlei rechtsnormen is onderworpen.

3 Zie paragraaf 8.5.
4 Zie de paragrafen 6.3.1 en 6.3.2; dergelijke verplichtingen werden zelfs — in strijd met recht en rede — in wetten vastgelegd; zie paragraaf 6.2.3.
5 Met name van: Van der Vlies, Schreuder-Vlasblom, Van Kreveld, Van Male en Barendrecht; zie de paragrafen 7.4.4 en 7.5.
6 Van Male 1990 en Van Rijn van Alkemade 1993 wijdden er zelfs hele opstellen in feestbundels aan; zie verder Polak 1992, Voermans en Van Dijk 1992, Konijnenbelt 1993, J.P. de Jong 1993; zie de paragrafen 7.5.3, 1.4.1, 5.4.1 en 5.4.3.1.
7 Zie paragraaf 5.4.3.
8 Zie paragraaf 5.4.6.
9 Zie paragraaf 8.3.
10 Zie paragraaf 3.1.
11 Vergelijk Van der Hoeven 1958.
12 Zoals 'inlichtingenplicht' of 'doelcriteria'.

Daarnaast heb ik enkele (bescheiden) *voorstellen* ontwikkeld voor verbetering van de motivering van wetgeving. Ter bevordering van de controleerbaarheid en toetsbaarheid van wetgeving pleit ik met name voor:

— vermelding van het doel van de wet in iedere considerans;
— formulering door de Tweede Kamer van een lijst met punten waarover in iedere memorie van toelichting informatie moet worden verstrekt;
— verwerking van alle nadere rapporten, van de meeste memories van antwoord, en van sommige nota's naar aanleiding van het nader verslag in gewijzigde versies van de memorie van toelichting;
— opneming in elke memorie van toelichting van een doelstellingsparagraaf, een afwijkingsparagraaf, een rechtmatigheidsparagraaf en een artikelgewijs deel;
— toekenning aan ministers, kamercommissies en kamerleden van de mogelijkheid om bij de toetsende rechter de rechtmatigheid van een aangevochten wet nader te motiveren.

Nu geldt voor staatsrecht nog sterker dan voor andere takken van recht: het is maar recht, het zijn maar woorden. Het gedrag van mensen, en dus ook van leden van de deelorganen van de wetgever, zal vaak meer beïnvloed worden door feitelijke verhoudingen en eigen ideeën dan door rechtsnormen. Men mag dus niet verwachten dat de door mij gevonden en voorgestelde motiveringsplichten, zelfs wanneer zij worden onderschreven, steeds trouwhartig door 'de wetgever' nageleefd zullen worden. Het is niet aan mij, als rechtswetenschapper, om verder gaande sociaal-wetenschappelijke uitspraken te doen.

Toch kunnen de in dit boek geformuleerde verplichtingen van (deelorganen van) de wetgever wel degelijk betekenis als juridische normen hebben.

In de eerste plaats zijn motiveringsplichten typisch juridische regels waarmee aan de genormeerde instantie inhoudelijk nog een grote vrijheid wordt gelaten. Degenen die (nog) bezwaren koesteren tegen een primaat van het recht over de wet, zullen gemakkelijker akkoord gaan met een motiveringsplicht voor de wetgever dan met meer inhoudelijke bovenwettelijk rechtsnormen. En degenen die (al) aanvaarden dat de wetgever onderworpen is aan bepaalde inhoudelijke rechtsnormen en dat wetten daaraan zelfs rechterlijk getoetst kunnen worden, zullen onderwerping (en toetsing) van wetgeving aan motiveringsplichten ook wel voor lief nemen.[13]

In de tweede plaats lijken de specifieke motiveringsplichten die ik gevonden en voorgesteld heb, een oplossing te kunnen bieden voor de niet alleen door mij gevoelde onvrede met de huidige praktijk van onafzienbare toelichting van wetsvoorstellen.[14]

In de derde plaats valt een belangrijk deel van de bestaande motiveringsplichten van de wetgever onder de categorie internationale rechtsregels die op grond van artikel 94 van de Grondwet ook bij de rechter tegen de wet ingeroepen kunnen worden. Ten aanzien van deze plichten is de wetgever dus niet rechter in eigen zaak.

13 Zie de paragrafen 1.1.5, 1.1.6 en 1.2.5.
14 Zie bijvoorbeeld F.H. van der Burg 1993: 237 en het kabinetsstandpunt *Voortvarend wetgeven*, Kamerstukken II 1993/94, 23462 nr. 1, p. 23.

Wanneer een rechter de wetgever aan zijn motiveringsplichten houdt, blijft de verantwoordelijkheid voor de wet zelf volledig liggen bij de wetgever. Het vaststellen van wetten is de taak van de wetgever, die daarvoor ook de middelen en de democratische legitimatie heeft. De rechter heeft onder meer tot taak om de wetgever te controleren en om in dat verband wetten te toetsen aan een ieder verbindende verdragsbepalingen. Wetten moeten verantwoord zijn. Daarvoor is de wetgever verantwoordelijk. Daarom moeten de deelorganen van de wetgever hun wetten verantwoorden, motiveren.

In de vierde plaats maakt een andere belangrijke motiveringsplicht deel uit van de ministeriële inlichtingenplicht van artikel 68 van de Grondwet. Ten aanzien van deze plicht zijn de ministers, die belast zijn met het motiveren van regeringsvoorstellen, dus geen rechters in eigen zaak. Wel gedragen zij zich als regelgever in eigen zaak; zij hebben de minister-president namelijk in de Aanwijzingen voor de regelgeving een aantal van hun eigen motiveringsplichten laten vastleggen. Op grond van artikel 68 kunnen echter ook de leden van Tweede en Eerste Kamer nadere motiveringseisen stellen. *Ad hoc* doen zij dat veelvuldig in commissieverslagen en plenaire debatten. Zij zouden het ook structureler kunnen doen, bijvoorbeeld door in een motie te verlangen dat ministers voortaan bij elk wetsvoorstel in de memorie van toelichting bepaalde informatie zullen verstrekken. Ook daarmee zou de grondwettelijke inlichtingenplicht geactiveerd worden. Het is dan vooral aan de kamers om erop toe te zien dat de verlangde motiveringen inderdaad worden gegeven, en om zo nodig — politieke — sancties te treffen. Ministeriële verantwoordelijkheid is immers niet alleen een politieke norm met juridische handen en voeten (zoals de inlichtingenplicht), maar is ook een rechtsnorm met politieke handen en voeten (zoals de mogelijkheid van een minder voortvarende parlementaire behandeling van slecht gemotiveerde wetsvoorstellen, om nog maar te zwijgen van parlementaire standjes, verwerpingen, of moties van afkeuring). Uiteindelijk zal het aankomen op de politieke wil en politieke kracht van de betrokken kamerleden en ministers. Waar het gaat om de nakoming van een motiveringsplicht, zullen kamerleden echter gemakkelijker hun zin kunnen doorzetten dan waar het gaat om inhoudelijke eisen met betrekking tot wetsvoorstellen.

Wanneer ministers door Kamer of kamerleden aan hun motiveringsplichten worden gehouden, blijft de verantwoordelijkheid voor het wetsvoorstel zelf volledig liggen bij de regering. Het indienen van wetsvoorstellen is vooral de taak van de regering, die daarvoor ook de middelen heeft. Het parlement heeft vooral tot taak om de regering te controleren en om in dat verband wetsvoorstellen te toetsen. Wetsvoorstellen moeten verantwoord zijn. Daarvoor zijn vooral de ministers verantwoordelijk. Daarom moeten zij de wetsvoorstellen verantwoorden, motiveren.

In de vijfde plaats hangen de algemene en specifieke motiveringsplichten van de wetgever samen met wat ik *idealen van het recht* zou willen noemen: in maatschappij, politiek en recht vrijwel algemeen aanvaarde, globale noties over wat het recht eigenlijk zou moeten helpen realiseren.[15] Motiveringsplichten spelen een belangrijke rol bij het als rechtsnorm (bijvoorbeeld als grondrecht, fundamenteel rechtsbeginsel, of beginsel van behoorlijke wetgeving) hanteerbaar maken van de idealen:

15 Zie Waaldijk 1991a: 10; vergelijk W. van der Burg 1991: 24.

— *vrijheid* — vrijheidsbeperkingen moeten gemotiveerd worden;[16]
— *gelijkheid* — onderscheid moet gemotiveerd worden;[17]
— *rechtszekerheid* — terugwerkende kracht moet gemotiveerd worden;[18]
— *democratie* — delegatie moet gemotiveerd worden;[19]
— *spreiding van macht* — centralisatie moet gemotiveerd worden;[20]
— *effectiviteit* — gemotiveerd moet worden waarom men denkt met de voorgestelde wet het gestelde doel te kunnen bereiken.[21]

Op de wetgever rust niet zo maar een motiveringsplicht. Fundamentele rechtsbeginselen, vaak verankerd in Grondwet en verdragen, verplichten de wetgever om allerlei — twijfel oproepende — aspecten van wetgeving te motiveren.[22] Vandaar het meervoud in de titel van deze studie.

Het motiveringsbeginsel zelf, waarvan de motiveringsplichten van de wetgever een verschijningsvorm zijn, zou ik niet een 'ideaal van het recht' willen noemen. Motivering (of de verplichting tot motivering) is geen doel in zichzelf. Het motiveringsbeginsel draagt bij aan de realisering van andere idealen, waaronder de zes al genoemde. Meer in het algemeen helpen de motiveringsplichten van de wetgever bij het realiseren van drie andere idealen:

— *openheid* — de motieven van de wetgever en zijn deelorganen moeten kenbaar gemaakt worden;[23]
— *redelijkheid* — doelloze en andere willekeurige wetgeving moet ontmaskerd worden;[24]
— *beheersing van macht* — door verplichte motivering moet politieke en rechterlijke controle en toetsing van wetgeving goed mogelijk worden.[25]

Gezien deze tweeërlei samenhang met idealen van het recht, zouden motiveringsplichten van de wetgever moeten kunnen rekenen op enige erkenning in maatschappij, recht en politiek. Omdat over motiveringsplichten van de wetgever echter meestal gezwegen wordt, leek het nuttig om de onderworpenheid van de wetgever aan motiveringsplichten — en aan het overige wetgevingsrecht — te illustreren en te bevorderen. Vandaar deze studie.

16 Zie paragraaf 9.1.1.3.
17 Zie paragraaf 9.1.1.4.
18 Zie onder meer de paragrafen 5.4.3.5, 7.4.1, 8.3.1 en 8.4.3.
19 Zie onder meer paragraaf 5.4.3.5.
20 Zie onder meer de paragrafen 6.3.1 en 5.4.3.5.
21 Zie paragraaf 9.3.3.2.
22 Zie paragraaf 9.3.3.5.
23 Zie onder meer paragraaf 1.3.
24 Zie onder meer de paragrafen 1.1.5, 9.1.1.1, 9.3.2.1 en 9.3.3.2.
25 Zie paragraaf 9.2.4. Hiermee is de opsomming van de idealen van het recht overigens nog niet volledig. Ik reken in ieder geval ook *geweldloosheid* en *leefbaarheid* daartoe; zie Waaldijk 1991a: 10-11.

Samenvatting

Motiveringsplichten van de wetgever

Dit is een studie over een onderdeeltje van het *regelgevingsrecht* (het geheel van regels en beginselen waaraan regelgeving naar inhoud, vorm en procedure onderworpen is). Het gaat over verplichtingen van *de wetgever*: het orgaan bestaande uit regering (Koning en ministers) en Staten-Generaal (Tweede en Eerste Kamer) dat bevoegd is tot het vaststellen van wetten. Het gaat over verplichtingen tot *motivering*: die vorm van toelichting van een besluit of voorstel die bestaat uit het tegenover een of meer personen kenbaar maken van motieven (bewuste redenen) voor dat besluit of voorstel. Deze studie zoekt antwoorden op twee vragen: Welke motiveringsplichten rusten krachtens nationaal en internationaal recht op de Nederlandse wetgever? En hoe kunnen die motiveringsplichten zodanig aangevuld en vormgegeven worden, dat zij hun functies als deel van het regelgevingsrecht optimaal kunnen vervullen?

In de juridische literatuur is de laatste jaren steeds meer erkenning ontstaan voor een *beginsel* inhoudende dat wetgeving gemotiveerd moet worden door vermelding van het doel van de wet en door bespreking — in het licht van andere bovenwettelijke normen — van de overwegingen die geleid hebben tot de voornaamste in de wet gemaakte keuzen. Indien de rechtmatigheid van een voor- of vastgestelde wet wordt betwijfeld, dan eisen Grondwet, verdragen en gewoonterecht dat gemotiveerd wordt waarom die wet rechtmatig moet worden geacht. Deze motiveringsplicht van de deelorganen van de wetgever vloeit voort uit hun toetsingsplicht, die in Nederland extra gewicht heeft omdat *rechterlijke* toetsing van wetgeving slechts in beperkte mate wordt toegestaan en uitgeoefend.

Twijfel over de rechtmatigheid van een voor- of vastgestelde wet kan bijvoorbeeld uitgesproken worden door de Raad van State of door kamerleden, en eventueel ook door de rechter. Terwijl nog niemand dergelijke twijfel uitdrukkelijk aan de orde heeft gesteld, kan er ook sprake zijn van 'rechtmatigheidstwijfel'. Het bovenwettelijke recht omvat immers allerlei regels en beginselen die twijfel oproepen aan de rechtmatigheid van bepaalde voorgestelde wetsartikelen. Veel bovenwettelijk normen hebben immers een in-beginsel-niet-maar-in-bijzondere-gevallen-wel structuur.

Dit geldt bijvoorbeeld voor het discriminatieverbod: ongelijke behandeling van gelijke gevallen (onderscheid op bepaalde gronden) roept een vermoeden van verboden discriminatie op, dat alleen weerlegd kan worden met een *objectieve en redelijke rechtvaardiging*. De jurisprudentie van Nederlandse en Europese rechters biedt enige steun voor de stelling dat ongelijke behandeling niet alleen gerechtvaardigd moet *zijn*, maar ook gerechtvaardigd moet *worden*. In Grondwet en mensenrechtenverdragen (en ook in het Europese-Gemeenschapsrecht) hebben verschillende vrijheidsrechten eenzelfde structuur: iedere beperking van de desbetreffende vrijheid dient een

noodzakelijk (of wenselijk) en evenredig middel te zijn ter bereiking van een van de limitatief opgesomde doelen. Het Europese Hof voor de rechten van de mens gaat in dit verband na of de ter rechtvaardiging van de beperking aangevoerde redenen *relevant and sufficient* zijn. Het Hof gaat er kennelijk vanuit dàt er gemotiveerd wordt. Men kan daarom concluderen dat het Europese Hof de aangeklaagde staat verplicht acht de omstreden wetgeving tijdens de Straatsburgse procedure te motiveren. Gezien het subsidiaire karakter van de Straatsburgse controle lijkt vervolgens de conclusie gerechtvaardigd dat deelorganen van de wetgever tot een dergelijke motivering ook al verplicht zijn tijdens de totstandkoming van wetgeving en bij eventuele aanvechting daarvan voor een nationale rechter.

Enkele specifieke motiveringsplichten van de wetgever vloeien dus voort uit eenieder verbindende verdragsbepalingen (in de zin van artikel 94 van de Grondwet). De *rechter* is derhalve bevoegd om vastgestelde wetten daaraan te toetsen. De vereiste motivering kan ten overstaan van de rechter alsnog verstrekt worden. Dit is bijvoorbeeld mogelijk indien de Staat of de regering partij is in het geding. Ik pleit ervoor om in *elke* rechtszaak waarin de rechter de rechtmatigheid van een wet toetst, aan elke minister, elke kamercommissie en een bepaald aantal van de leden van elke kamer de mogelijkheid te geven om bij die rechter de rechtmatigheid van de omstreden wet (nader) te motiveren.

Indien een afdoende motivering in de wetsgeschiedenis niet is te vinden en ten processe niet wordt aangevoerd, kan de rechter besluiten om de desbetreffende wettelijke bepaling buiten toepassing te laten wegens schending van een van de bedoelde specifieke verdragsrechtelijke motiveringsplichten. Tekortkomingen in de motivering van wetten bieden de rechter overigens ook extra ruimte voor *superior-* of *generalis-conforme* interpretatie, en voor *contra legem* toetsing van de wetstoepassing.

De verplichting tot motivering van betwijfelde rechtmatigheid moet echter in de eerste plaats nagekomen worden in de *memorie van toelichting*, evenals de verplichting tot vermelding van het doel van een wet. Volgens gewoonterecht moet elk wetsvoorstel vergezeld gaan van een memorie van toelichting. Deze verplichting rust niet op 'de wetgever', maar op de betrokken minister (of, bij initiatiefwetgeving, op het kamerlid dat het voorstel aanhangig maakt), en kan ook afgeleid worden uit de grondwettelijke eisen van gezamenlijke vaststelling in 'gemeen overleg', ministeriële verantwoordelijkheid en openbaarheid. De memorie van toelichting is ook de aangewezen plaats voor nakoming van de ongeschreven regels die inhouden dat afwijkingen van algemene wetten en afwijkingen van ingewonnen adviezen steeds gemotiveerd moeten worden. Ik pleit ervoor om het nader rapport (waarin tot nu toe gereageerd wordt op adviezen van de Raad van State) af te schaffen en de inhoud daarvan in de memorie van toelichting te verwerken.

Ook amendementen en nota's van wijziging, evenals elke niet-bekrachtiging van een wetsvoorstel, moeten gemotiveerd worden door de verantwoordelijke kamerleden of ministers. Artikel 68 van de Grondwet verplicht ministers (behoudens 'strijd met het belang van de staat') bovendien om *desgevraagd* de kamers over alles te informeren, dus ook over hun motieven voor het indienen, wijzigen, intrekken of niet bekrachtigen van enig wetsvoorstel of voor het niet doen wijzigen of intrekken van enige wet. Deze inlichtingenplicht vormt onder meer de juridische grondslag voor de verplichting van

ministers om (onder meer in memories van antwoord) altijd te reageren op de in commissieverslagen opgenomen vragen van individuele kamerleden.

Alleen de grondwettelijke verplichting om in elke wet een *considerans* op te nemen richt zich tot de wetgever als zodanig. De verplichting om in die considerans 'de beweegredenen der wet' te vermelden wordt vrijwel nooit nagekomen. Wel is het een regel van gewoonterecht geworden, dat indien een wet uitvoering geeft aan een hogere regeling, die hogere regeling in de considerans genoemd moet worden. Ik pleit ervoor om in elke considerans bovendien het doel van de wet aan te duiden. Ook doe ik enkele suggesties over de redactie van de considerans en van het wetsformulier waarin de considerans wordt ondergebracht.

De ontwikkeling van motiveringsplichten ten aanzien van wetten en wetsvoorstellen past in de herwaardering van het primaat van *de wet*. In toenemende mate wordt betwijfeld of (de heerschappij van) de wet een adequaat middel is om vrijheid, gelijkheid, rechtszekerheid en democratie te waarborgen. Tegelijkertijd raakt de wetgever onderworpen aan steeds meer regels en beginselen van bovenwettelijk recht, en brokkelt de rechterlijke onschendbaarheid van de wet af. Een verruimde interpretatie van het legaliteitsbeginsel wil tegenwoordig dat alle overheidsoptreden (inclusief wetgeving) in overeenstemming met *het recht* is.

De activiteit van juristen heeft tot steeds algemenere motiveringsplichten geleid. Ter voorkoming van willekeur moeten de instanties die macht hebben zich in de motivering van hun machtsuitoefening blootgeven. In het Nederlandse bestuursrecht en het institutionele Europese-Gemeenschapsrecht blijkt een verplichting tot het motiveren van besluiten vrijwel algemeen te gelden — ook voor regelgevende besluiten. Aan de motivering van regelgeving worden wel minder vergaande eisen gesteld dan aan de motivering van beschikkingen, en in het toetsen van regelgevingsmotivering gaan rechters wat minder ver dan in het toetsen van de motivering van beschikkingen.

De motiveringsplichten van bestuursorganen en van organen van de Europese Gemeenschap worden wel ten voorbeeld gesteld aan de Nederlandse wetgever. Daarbij wordt vooral gewezen op het feit dat de wetgever net als menig bestuurs- of Europese-Gemeenschapsorgaan belast is met de uitoefening van discretionaire, maar aan procedurele en inhoudelijke beperkingen onderworpen bevoegdheden. Aan de motiveringsplichten van de wetgever worden min of meer dezelfde functies toegeschreven als aan de motiveringsplichten in bestuurs- en Gemeenschapsrecht:

(a) verduidelijking van de inhoud;
(b) bevordering van de aanvaarding;
(c) kwaliteitsbevordering door zelfcontrole;
(d) bevordering van de mogelijkheden voor politieke controle;
(e) bevordering van de mogelijkheden voor het inroepen en uitoefenen van rechterlijke controle;
(f) het bieden van een flexibel en afstandelijk toetsingscriterium;
(g) operationalisering en ontwikkeling van andere normen;
(h) beheersing van de uitoefening door de wetgever van zijn discretionaire bevoegdheden.

De eerste twee functies (a en b) leveren geen argumenten voor motiveringsplichten voor de wetgever op. Als de wetgevende organen het nodig vinden om de inhoud van een (voorgestelde) wet te verduidelijken, is het daartoe gebruiken van considerans of toelichting tweede keus: tijd en energie zouden beter besteed kunnen worden aan het verhelderen van de wettekst zelf. Dat biedt ook meer garanties dat rechters en andere wetstoepassers zich iets aan die verduidelijking gelegen zullen laten liggen. En goede motivering wil inderdaad wel eens overtuigen. Daarom hebben slimme wetgevers geen juridische verplichting nodig om hen aan te zetten tot het maken van overtuigende motiveringen.

De *beheersing van de wetgever* (h) is geen op zichzelf staand motief voor motiveringsplichten. Bij het geven van wetten heeft de wetgever grote beleidsvrijheid, grote, bijna onbeheersbare macht. Om die macht toch enigszins te kunnen beheersen is het nodig dat het gebruik dat de wetgever van die macht maakt, gecontroleerd (c, d en e) en getoetst (f en g) kan en zal worden.

Deze studie wordt afgesloten met enkele voorstellen om de motiveringsplichten van de wetgever en zijn deelorganen zó aan te vullen en vorm te geven, dat zij nog iets meer bij kunnen dragen aan het controleerbaar en toetsbaar maken van de wetgever.

Ik pleit ervoor om enkele nog ongeschreven motiveringsplichten van deelorganen van de wetgever duidelijk vast te leggen in Reglementen van Orde en Aanwijzingen voor de regelgeving. Ter vermindering van de onafzienbare chaos van toelichtende stukken (zo karakteristiek voor de Nederlandse wetgevingsprocedure) pleit ik onder meer voor:

— het weren van *neven-wetgeving* (beweringen die een beïnvloeding van de voorgestelde wet tot doel hebben) en van parafraserende uitleg;
— het beperkt houden van het aantal schriftelijke ronden;
— uniformering van de indeling van de schriftelijke stukken;
— verwerking van alle nadere rapporten, de meeste memories van antwoord, en sommige nota's naar aanleiding van het nader verslag in *gewijzigde versies van de memorie van toelichting*.

Tenslotte pleit ik ervoor dat de Tweede Kamer, bijvoorbeeld in een motie, nauwkeurig gaat aangeven wat er in ieder geval in elke memorie van toelichting moet staan. Gezien artikel 68 van de Grondwet zou een dergelijk verlangen van de kamer voor de ministers juridisch bindende motiveringsplichten opleveren. Volgens mij zou de Tweede Kamer moeten bepalen dat memories van toelichting ten minste de volgende elementen moeten bevatten:

(a) Een *doelstellingsparagraaf*, met daarin een meer dan globale aanduiding van datgene wat men met de voorgestelde wet hoopt te bereiken.
(b) Een motivering waarom men met de voorgestelde wet het gestelde doel denkt te kunnen bereiken, en waarom men denkt dat de voorgestelde wet nodig is om het gestelde doel te kunnen bereiken.
(c) Vermelding van de verwachte *effecten* van de wet, inclusief kosten en neveneffecten, plus een motivering waarom die effecten aanvaardbaar zijn.

(d) Een *afwijkingsparagraaf*, met daarin antwoorden op de volgende vragen:
- Welke adviezen zijn ten behoeve van of over dit wetsvoorstel uitgebracht? Wijkt het voorstel af van deze adviezen?
- Wijkt de voorgestelde wet af van een wetboek, de Algemene wet bestuursrecht, de Gemeentewet, de Provinciewet, de Bekendmakingswet of enige andere algemene wet?
- Wordt in het voorstel afgeweken van voorschriften of aanbevelingen uit de Aanwijzingen voor de regelgeving?
- En zo ja: waar in de memorie van toelichting wordt gemotiveerd waarom deze afwijkingen wenselijk of noodzakelijk zijn?

(e) Een *rechtmatigheidsparagraaf*, met daarin antwoorden op de volgende vragen:
- Maakt de voorgestelde wet door terugwerkende kracht of anderszins inbreuk op bestaande rechten of op gewekte verwachtingen?
- Maakt de voorgestelde wet direct of indirect onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, seksuele gerichtheid, burgerlijke staat, nationaliteit, invaliditeit, afkomst, leeftijd of leefvorm?
- Houdt de voorgestelde wet een beperking van de uitoefening van een ander grondrecht in?
- Houdt de voorgestelde wet delegatie in materiële zin in?
- Kent de voorgestelde wet bevoegdheden toe aan organen van het Rijk, van provincies of van functioneel bestuur?
- Houdt de wet direct of indirect een belemmering in voor het vrij verkeer van personen, goederen, diensten of kapitaal binnen de Europese Economische Ruimte?
- En zo ja: waarom is die inbreuk, dat onderscheid, die beperking, die delegatie, die centralisatie of die belemmering gerechtvaardigd?

(f) Een *artikelgewijze toelichting*.

Summary

The Legislature's Duties to Give Reasons

This is a study on a small part of the *law on legislation* (the body of rules and principles to which the content, form and procedure of legislation is subjected). It is a study about duties of the *Legislature*: the organ consisting of Government (King and ministers) and Parliament (Lower and Upper Chamber) that has the power to make statutes. It is a study about duties *to give reasons*: that form of explanation of a decision or a proposal that consists of expressing to one or more persons the motives (the conscious reasons) for that decision of proposal. This study seeks answers to two questions: To which duties to give reasons is the Dutch Legislature subjected by national and international law? And how could these duties be supplemented and modified, so as to let them best fulfil their functions as part of the law on legislation?

Academic legal writing over the last few years has shown a growing recognition of the principle that reasons should be given for legislation by stating the aim of the statute and by discussing — in the light of other supralegislative norms — the considerations that have led to the main choices made by the statute. When there is doubt about the lawfulness of a proposed or enacted statute, then the Dutch Constitution, several treaties and unwritten law require that reasons are given why the statute must be considered lawful. This duty to give reasons of the constituent parts of the Legislature ensue from their review duty, which is of particular importance in the Netherlands because *judicial* review of legislation is only permitted and exercised to a limited extent.

Doubt about the lawfulness of a proposed or enacted law may be expressed by the Council of State or by members of Parliament, or possibly by a court. Such doubt can also exist when no one has explicitly raised it, because supralegislative law includes various rules and principles that raise doubt about the lawfulness of particular legislative provisions. After all, many supralegislative norms have the following structure: in-principle-no-but-in-special-cases-yes.

This holds true, for example, for the prohibition of discrimination: unequal treatment of equal cases (distinction based on particular grounds) raises a suspicion of forbidden discrimination that can only be countered by an *objective and reasonable justification*. Case law of Dutch and European courts provides some support for the proposition that in the case of unequal treatment a justification must not only *exist*, but must also *be given*. In the Dutch Constitution and in human rights treaties (and also in European Community law) several fundamental freedoms have the same structure: any interference with the freedom in question must be a necessary (or at least desirable) and proportionate means to achieve one of the enumerated legitimate aims. In this context the European Court of Human Rights assesses whether the reasons adduced to justify the interference are *relevant and sufficient*. Apparently the Court assumes that reasons are

given. One may therefore conclude that the European Court considers the accused State to be under a duty, during the Strasbourg procedure, to give reasons for the contentious legislation. Given the supplementary nature of the Strasbourg review, it seems justified to conclude that the national lawmaking bodies are already under such a duty during the passage of the legislation and also during any challenge of it in a national court.

Some of the Legislature's duties to give reasons thus flow from treaty provisions that are binding on all persons. The compatibility of enacted statutes with these duties may therefore be reviewed by Dutch courts (as provided by Article 94 of the Constitution). The required giving of reasons can take place in court. This is possible, for example, if the State or the Government is party to the litigation. I argue in favour of giving every minister, every parliamentary committee and a certain number of members of Parliament the possibility to give the court (further) reasons for the lawfulness of a statute in *any* court case in which the lawfulness of that statute is being reviewed.

If relevant and sufficient reasons cannot be found in legislative history and are not adduced in court, the judge may rule to not apply the contentious legislative provision on the ground that it violates one of the said treaty-based duties to give reasons. Apart from that, shortcomings in the reasons given for a statute will provide the court with additional scope for a *superior-conform* or *generalis-conform* interpretation of the statute (an interpretation that is more in conformity with a higher rule or with a more general rule), and for *contra legem* review of the application of the statute (non-application of a statute because applying it would not be compatible with general legal principles).

Above all, however, the duty to give reasons for doubted lawfulness and the duty to state the statute's aim, must first be observed in the *explanatory memorandum*. According to unwritten law each bill (legislative proposal) must be accompanied by an explanatory memorandum. This is not an obligation of 'the Legislature', but of the minister concerned (or, in the case of a private members bill, the member of Parliament concerned). This obligation can also be derived from the constitutional requirements of publicity, of ministerial responsibility, and of joint enactment of statutes by Government and Parliament in 'joint consultation'. The explanatory memorandum is also the appropriate place for observing the unwritten rules that require the giving of reasons for departures from general statutes and for departures from obtained advice. I argue in favour of ending the custom of responding to legislative advice of the Council of State in a separate text (entitled 'further report').

Also, for each amendment to a bill, for each ministerial memorandum of amendment, and for each refusal of ratification, reasons need to be given by the members of Parliament or ministers concerned. Furthermore, Article 68 of the Constitution obliges ministers (except if it would be contrary to the interests of the State) to provide Parliament, upon the request of any of its members, with any information, including their reasons for introducing, amending, withdrawing or not ratifying a bill, or for not promoting the amendment or repeal of a statute. This duty to provide information also constitutes the legal base for the duty of ministers to always respond (e.g. in the memorandum of reply) to questions of members of Parliament contained in the reports of parliamentary committees.

The constitutional obligation to include a *preamble* in every statute is the only obligation that addresses the Legislature as such. The obligation to state in this preamble 'the reasons of the statute' is hardly ever observed. It is an unwritten rule that if a

statute implements a higher written law, the preamble must mention that law. I argue in favour of indicating in every preamble the aim of the statute. I also make some suggestions about the wording of the preamble and the legislative formula in which it is to be presented.

The development of duties to give reasons for statutes and bills fits in the revaluation of the primacy of *statute law*. More and more doubt is being expressed as to whether statute law and its supremacy provide sufficient guarantee for freedom, equality, legal certainty and democracy. At the same time the Legislature is being subjected to a growing number of rules and principles of supralegislative law, while statutes are becoming less immune from judicial review. A wider interpretation of the principle of legality currently stipulates that all state action, including legislation, should be in conformity with *the law*.

The activity of lawyers has led to increasingly general duties to give reasons. To prevent arbitrariness, the authorities that have power are required to lay themselves open by giving reasons for the exercise of their power. In Dutch administrative law and in the law of the institutions of the European Community an almost general obligation to give reasons exists — also for (secondary) legislative decisions. The giving of reasons for (secondary) legislation, however, is subjected to less strict requirements than the giving of reasons for administrative decisions in individual cases, and in reviewing the reasons of legislative decisions the courts show more restraint than in reviewing the reasons of individual administrative decisions.

The duties to give reasons of administrative bodies and European Community institutions have been set as an example for the Dutch Legislature. It has been pointed out that like these authorities, the Legislature is entrusted with the exercise of discretionary powers that are subjected to procedural and substantive limitations. More or less the same functions are ascribed to the Legislature's duties as to the duties to give reasons in administrative and Community law:

(a) clarification of the content;
(b) promoting acceptance;
(c) promoting quality by self-control;
(d) promoting the possibilities for political control;
(e) promoting the possibilities for invoking and exerting judicial control;
(f) providing a flexible and distant criterion for review;
(g) facilitating the operation and development of other norms;
(h) containing the Legislature's exercise of its discretionary powers.

Functions (a) and (b) do not qualify as arguments in favour of subjecting the Legislature to duties to give reasons. If legislative bodies deem it necessary to clarify the content of a statute or proposed statute, the use of the preamble or the explanatory memorandum is a second rate solution: time and energy should rather be devoted to clarifying the text of the statute itself. That would also provide better guarantees that courts and others would take notice of the clarifications. And, indeed, good reasons may convince. Clever law-makers therefore need no legal obligation to encourage them to give persuasive reasons.

Containing the Legislature (h) is not a separate argument for duties to give reasons. In making statutes the Legislature has a large discretionary freedom, a wide and almost uncontainable power. To be able to contain that power to some extent it is necessary that the Legislature's exercise of that power can and will be controlled (c, d and e) and reviewed (f and g).

This study ends with a number of proposals to supplement and modify the duties of the Legislature and its constituent parts so as to let them be a little more conducive to making the Legislature controllable and reviewable.

I argue in favour of laying down some as yet unwritten duties of constituent parts of the Legislature in the Standing Orders and in the Prime-ministerial Guidelines for Legislation. To reduce the considerable chaos of explanatory texts, which characterises and obscures the Dutch legislative procedure, I argue in favour of:

- keeping out *para-legislation* (assertions during the passage of a bill aimed at influencing the application of the eventual statute) and paraphrasing restatements;
- restricting the number of rounds of committee-reports requiring written ministerial responses;
- making more uniform the arrangement of explanatory texts;
- incorporating all 'further reports' (see above), most memoranda of reply, and some further memoranda of reply in *amended versions of the explanatory memorandum.*

Lastly I argue in favour of the Lower Chamber of Parliament indicating precisely, for example in a resolution, the minimum requirements to be met by every explanatory memorandum. Given Article 68 of the Constitution such a desire of the Chamber would constitute a legally binding duty for the ministers to give reasons. In my opinion the Lower Chamber should determine that explanatory memoranda must include at least the following elements:

(a) An *Aims paragraph*, indicating exactly what one hopes to achieve with the proposed statute.

(b) Reasons why one thinks the set aim can be achieved by the proposed statue, and why one thinks the proposed statute is necessary to achieve the set aim.

(c) A mention of the expected *effects* of the statute, including costs and side-effects, plus reasons why these effects are acceptable.

(d) A *Departures paragraph*, providing answers to the following questions:
   - What advisory reports concerning this proposal have been received? Does the proposal depart from any of these reports?
   - Does the proposed statute depart from one of the Codes of Law, the General Act on Administrative Law, the Local Government Act, the Provincial Government Act, the General Act on Proclamation, or any other general statute?
   - Does the proposed statute depart from instructions or recommendations contained in the Prime-ministerial Guidelines for Legislation?
   - And if so: which part of the explanatory memorandum explains why these departures are desirable or necessary?

(e) A *Lawfulness paragraph*, providing answers to the following questions:
- Does the proposed statute interfere — by retroaction or otherwise — with existing rights or expectations?
- Does the proposed statute make a distinction between persons, either directly or indirectly, on the basis of their religion, belief, political opinion, race, sex, sexual orientation, civil status, nationality, handicap, origin, age or mode of living?
- Does the proposed statute limit the exercise of any other human right?
- Does the proposed statute delegate in effect any legislative power?
- Does the proposed statute give powers to bodies of central, provincial or functional government?
- Does the proposed statute restrict, either directly or indirectly, the free movement of persons, goods, services or capital within the European Economic Area?
- And if so: why is this interference, distinction, limitation, delegation, centralisation or restriction justified?

(f) A section with *explanations per article*.

Résumé

Des obligations de motiver du législateur[1]

Voici une étude sur une petite partie du *droit de législation* (l'ensemble des règles et principes auxquels sont soumis le contenu, la forme et les procédures de la législation). On parlera des obligations du *législateur*: l'organe constitué du gouvernement (Roi et ministres) et du Parlement (Chambre des députés et Sénat) étant compétent pour établir les lois. Il sera plus précisément question des obligations de *motiver*: une forme d'explication d'une décision ou d'une proposition qui consiste à communiquer à une ou plusieurs personnes les motifs (les raisons délibérées) de cette décision ou proposition. Cette étude tente de répondre à deux questions: quelles sont les obligations de motivation qui reposent sur le législateur néerlandais en vertu du droit national et du droit international? Et dans quelle mesure ces obligations de motiver pourraient-elles être complétées et reformulées pour remplir de façon optimale leur fonction en tant que partie intégrante du droit de législation?

La littérature juridique de ces dernières années témoigne d'une reconnaissance de plus en plus marquée du *principe* selon lequel la législation doit être motivée par la mention de l'objectif de la loi et par un débat — à la lumière d'autres normes supralégales — sur les considérations qui ont conduit aux principaux choix arrêtés dans la loi. Si la légalité d'une loi proposée ou établie est mise en doute, la Constitution, certains traités et le droit coutumier exigent une motivation des raisons qui justifient la légalité de la loi en question. Cette obligation de motivation des organes constituants du législateur découle de leur obligation de contrôle qui revêt une importance toute particulière aux Pays-Bas car le contrôle *judiciaire* de la législation n'est autorisé et exercé que dans une limite restreinte.

Le doute sur la légalité d'une loi proposée ou établie peut, par exemple, être exprimé par le Conseil d'Etat, par des parlementaires ou, éventuellement, par un juge. Il peut même être question de 'doute sur la légalité' alors que personne ne l'a explicitement exprimé. Le droit supralégal comporte en effet toute une série de règles et de principes qui soulèvent le doute sur la légalité de certains articles de lois proposées. De nombreuses normes supralégales comportent en effet une 'structure en-principe-non-mais-bien-dans-certains-cas-particuliers'.

Ceci s'applique par exemple à l'interdiction de discrimination: le fait de traiter différemment des cas semblables (distinction basée sur des motifs particuliers) entraîne une présomption de discrimination interdite qui ne peut être réfutée que par une *justification objective et raisonnable*. La jurisprudence des tribunaux néerlandais et

1 Traduit par *Atlas Translations* Maastricht.

européens appuie en quelque sorte la thèse selon laquelle un traitement inéquitable ne doit pas seulement être justifié, mais aussi motivé. Dans la Constitution et les traités sur les droits de l'homme (ainsi que dans le droit communautaire), plusieurs libertés fondamentales ont une seule et même structure: toute restriction de la liberté en question doit constituer un moyen nécessaire (ou tout au moins souhaitable) et proportionnel servant à atteindre un des objectifs restrictifs énumérés. Dans ce contexte, la Cour européenne des droits de l'homme examine la *pertinence et la suffisance* des raisons avancées pour justifier la restriction. La Cour part manifestement du principe que la restriction est motivée. On peut dès lors conclure que la Cour européenne considère que l'Etat accusé est tenu de motiver la législation controversée lors de la procédure de Strasbourg. Au vu du caractère subsidiaire du contrôle de Strasbourg, il semble justifié de conclure que les organes constituants du législateur sont déjà soumis à une telle obligation de motiver au cours de l'adoption de la législation ou en cas d'éventuelle contestation devant un tribunal national.

Certaines obligations spécifiques de motiver du législateur découlent donc de dispositions de traités applicables à tous (dans le sens de l'article 94 de la Constitution). Le *tribunal* est dès lors compétent pour soumettre des lois établies à ce contrôle. La motivation exigée peut être fournie au tribunal. Ceci peut par exemple être envisagé dans la cas où l'Etat ou le gouvernement est en cause. Je plaide pour que dans *toute* affaire de contrôle de la légalité d'une loi par un tribunal, la possibilité soit donnée à chaque ministre, à chaque commission parlementaire et à un certain nombre de députés et de sénateurs de motiver la légalité de la loi controversée devant ce tribunal.

Si aucune motivation concluante n'est décelée dans l'histoire de la loi ou invoquée lors du procès, le juge peut décider de la non-application de la disposition légale en question pour cause de violation de l'une des obligations de motiver contenues dans certains traités. Les lois dont la motivation présente des lacunes offrent par ailleurs au juge une plus grande liberté d'interprétation *superior-conforme* ou *generalis-conforme* (interpétation plus conforme à une règle supérieure ou à une règle plus générale) et de contrôle *contra legem* de l'application de la loi (non-application d'une loi parce que le fait de l'applicer serait incompatible avec des principes généraux de droit).

L'obligation de motiver la légalité contestée doit toutefois être premièrement respectée dans l'Exposé des motifs, au même titre que l'obligation de mentionner l'objectif d'une loi. Selon le droit coutumier, toute proposition de loi doit être accompagnée d'un Exposé des motifs. Cette obligation ne repose pas sur le 'législateur' mais sur le ministre concerné (ou, en cas d'initiative législative, sur le parlementaire qui soumet la proposition) et peut également être dérivée des exigences constitutionnelles de décision 'd'un commun accord', de responsabilité ministérielle et de publicité. L'Exposé des motifs se prête par excellence à observer les règles tacites qui impliquent que les divergences par rapport aux lois générales et aux avis recueillis doivent toujours être motivées. Je plaide en faveur de la suppression du Rapport ultérieur (dans lequel on répond jusqu'à présent aux avis du Conseil d'Etat) et de l'insertion de son contenu dans l'Exposé des motifs.

Les amendements, les notes d'amendements ainsi que tout refus de sanctionner une proposition de loi doivent également être motivés par les parlementaires ou les ministres responsables. L'article 68 de la Constitution oblige en outre les ministres (sauf en cas de contradiction avec l'intérêt de l'Etat) à informer, *sur demande*, les chambres de manière

exhaustive: motifs du dépôt, des modifications, du retrait ou de la non-sanction d'une proposition de loi ou du refus de faire réviser ou retirer une loi. Cette obligation de fournir des renseignements forme notamment le fondement juridique de l'obligation des ministres de réagir toujours (notamment dans le Mémoire en réponse) aux questions posées par des parlementaires individuels dans les rapports de commissions.

Seule l'obligation constitutionnelle d'inclure un *préambule* dans toute loi s'applique au législateur en tant que tel. L'obligation de mentionner dans ce préambule 'les motifs de la loi' n'est pratiquement jamais respectée. Il est vrai que c'est devenu une règle du droit coutumier que, quand une loi met en application une réglementation supérieure (internationale, communautaire ou constitutionelle), cette réglementation doit être signalée dans le préambule. Je plaide pour que l'objectif de la loi soit systématiquement indiqué dans le préambule. Je fais également quelques suggestions sur la rédaction du préambule et du formulaire législatif dans lequel le préambule doit être inséré.

Le développement des obligations de motiver à l'égard des lois et des propositions de lois s'inscrit dans la réévaluation de la primauté de *la loi*. On remet de plus en plus en cause si (la suprématie de) la loi constitue un moyen adéquat pour garantir la liberté, l'égalité, la sécurité juridique et la démocratie. Simultanément, le législateur est soumis à un nombre croissant de règles et de principes de droit supralégal, et l'inviolabilité de la loi devant le tribunal s'éffrite. Aujourd'hui, une interprétation plus large du principe de légalité veut que toutes les actions des autorités (y compris la législation) soient en accord avec *le droit*.

L'activité des juristes a conduit à des obligations de motivation de plus en plus générales. Pour éviter l'arbitraire, les autorités qui détiennent le pouvoir doivent motiver ouvertement leur manière d'exercer le pouvoir. Dans le droit administratif néerlandais et dans le droit institutionnel de la Communauté européenne, l'obligation de motivation des décisions est pratiquement généralisée, même pour les décisions réglementaires. La motivation des réglementations est soumise à des exigences beaucoup moins strictes que la motivation des décisions. Les juges appliquent également un contrôle moins strict sur la motivation des réglementations que sur la motivation des décisions.

Les obligations de motiver des organes administratifs et des institutions de la Communauté européenne sont montrés en exemple au législateur néerlandais. A cet effet, l'accent est surtout placé sur le fait que le législateur, au même titre que la plupart des organes administratifs ou institutions de la Communauté, est chargé de l'exercice de compétences discrétionnaires, qui sont cependant soumises à des restrictions de procédure et de contenu. Les obligations de motiver du législateur ont plus ou moins les mêmes fonctions que les obligations de motiver du droit administratif et communautaire:

(a) clarification du contenu;
(b) amélioration de l'acceptation;
(c) amélioration de la qualité par auto-contrôle;
(d) amélioration des possibilités de contrôle politique;
(e) amélioration des possibilités d'invocation et d'exercice du contrôle judiciaire;
(f) proposition d'un critère de contrôle souple et indépendant;
(g) opérationnalisation et développement d'autres normes;
(h) domination de l'exercice des compétences discrétionnaires par le législateur.

Les deux premières fonctions (a et b) ne fournissent aucun argument en faveur de l'obligation de motiver du législateur. Si les organes législatifs considèrent qu'il est nécessaire de clarifier le contenu d'une (proposition de) loi, le recours à un préambule ou à une explication n'ést pas une solution idéale: il serait préférable de consacrer du temps et de l'énergie à la clarification du texte même de la loi. Ceci offre également davantage de garanties que les tribunaux et les autres personnes chargées de faire appliquer la loi tiendront compte de ces éclaircissements. Une bonne motivation a pour effet de convaincre. C'est la raison pour laquelle les législateurs perspicaces n'ont pas besoin d'obligations juridiques pour être encouragés à rédiger des motivations convaincantes.

La souhait de *dominer le législateur* (h) ne constitue pas, en tant que tel, un motif pour imposer des obligations de motiver. Lorsqu'il rédige des lois, le législateur jouit d'une grande liberté d'action et d'un pouvoir important, qui sont difficiles à dominer. Pour pouvoir malgré tout dominer ce pouvoir dans une certaine mesure, il est nécessaire de pouvoir contrôler (c, d et e) et examiner (f et g) l'utilisation que fait le législateur de ce pouvoir.

Cette étude se termine par quelques suggestions visant à compléter et à reformuler les obligations de motiver du législateur et de ses organes constituants, de telle sorte qu'elles puissent contribuer à augmenter davantage les possibilités de contrôler et d'examiner le législateur.

Je plaide pour que certaines obligations de motivation tacites des organes constituants du législateur soient clairement établies dans les Règlements d'Ordre et les 'Directives pour la réglementation' du premier ministre. Pour réduire l'immense chaos des documents explicatifs (et qui est tellement caractéristique de la procédure législative aux Pays-Bas), je plaide notamment en faveur:

— du rejet de la *para-législation* (affirmations qui ont pour but d'exercer une influence sur l'application de la loi proposée) et des explications paraphrasantes;
— de la limitation du nombre d'étapes écrites dans les procédures;
— de l'uniformisation de la structure des documents écrits;
— de l'insertion de tous les Rapports ultérieurs (voir supra), de la plupart des Mémoires en réponse et de certains 'Mémoires ultérieurs' dans les versions modifiées de l'Exposé des motifs.

Enfin, je plaide pour que la Chambre des députés indique précisément, par exemple dans une motion, ce qui doit au minimum figurer dans chaque Exposé des motifs. En vertu de l'article 68 de la Constitution, un tel souhait de la Chambre entraînerait que les ministres seraient tenus à l'obligation de motiver. Je pense que la Chambre des députés doit décider que les Exposés des motifs contiendront au moins les éléments suivants:

(a) Un *paragraphe sur l'objectif* qui comprendra une indication plus que globale de ce que l'on espère atteindre avec la loi proposée.
(b) Un motivation des raisons pour lesquelles on pense pouvoir atteindre l'objectif fixé avec la loi proposée et des raisons pour lesquelles on pense que la loi proposée est nécessaire pour pouvoir atteindre l'objectif fixé.

(c) Une mention des *effets* attendus de la loi, y compris des coûts et des effets secondaires, ainsi qu'une motivation des raisons pour lesquelles ces effets sont acceptables.

(d) Un *paragraphe sur les divergences* qui comprendra les réponses aux questions suivantes:
- Quels avis ont été émis sur cette proposition de loi? La proposition se démarque-t-elle de ces avis?
- La proposition de loi se démarque-t-elle d'un code, de la Loi générale sur le droit administratif, de la Loi municipale, de la Loi provinciale, de la Loi sur la publication des lois, ou de toute autre loi générale?
- La proposition de loi se démarque-t-elle des prescriptions ou des recommandations émanant des 'Directives pour la réglementation' du premier ministre?
- Si oui, dans quelle partie de l'Exposé des motifs trouve-t-on la motivation des raisons pour lesquelles ces divergences sont souhaitables ou nécessaires?

(e) Un *paragraphe sur la légalité* qui comprendra les réponses aux questions suivantes:
- La proposition de loi porte-t-elle atteinte — par rétroactivité ou de toute autre manière — aux attentes ou aux droits existants?
- La proposition de loi établit-elle, de manière directe ou indirecte, une distinction sur la base de la religion, des convictions, des opinions politiques, de la race, du sexe, de l'orientation sexuelle, de l'état civil, de la nationalité, de l'invalidité, de l'origine, de l'âge ou du mode de vie?
- La proposition de loi entraîne-t-elle une restriction dans l'exercice de l'un des droits fondamentaux?
- La proposition de loi comporte-t-elle une délégation au sens matériel du terme?
- La proposition de loi attribue-t-elle des compétences aux organes du pouvoir central, des provinces ou de l'administration fonctionnelle?
- La proposition de loi entrave-t-elle, directement ou indirectement, la libre circulation des personnes, des biens, des services ou des capitaux au sein de l'Espace économique européen?
- Si oui, en quoi cette infraction, cette distinction, cette restriction, cette délégation, cette centralisation ou cette entrave est-elle justifiée?

(f) Une *explication article par article.*

Levensloop

Kees Waaldijk werd op 25 november 1958 geboren te Maarn. Hij groeide op in Driebergen. Van 1971 tot 1977 bezocht hij het Revius Lyceum te Doorn, waar hij schoolpolitiek bedreef en het diploma gymnasium-alfa behaalde. Vervolgens studeerde hij in Rotterdam. Daar was hij actief in de homojongerenbeweging en slaagde hij in 1982 aan de Erasmus Universiteit met lof voor het doctoraalexamen Nederlands Recht.

Sinds 1982 is hij verbonden aan de Rijksuniversiteit Limburg te Maastricht, eerst als wetenschappelijk medewerker en daarna als universitair docent in het recht, in het bijzonder het staats- en bestuursrecht. Vanuit de Vakgroep Publiekrecht nam hij deel in de onderzoeksprojecten 'integratie van publiekrecht in Nederland' en 'rechten van de mens', en droeg hij bij aan de internationalisering van de studie Nederlands recht en aan de ontwikkeling van het vaardighedenonderwijs. Bij het Interuniversitair Instituut voor Wetgevingsonderwijs treedt hij op als docent wetgevingstechniek.

Op de Universiteit Utrecht (Centrum voor Homostudies) deed hij daarnaast van 1987 tot 1993 in deeltijd onderzoek naar anti-discriminatie-recht en anti-homoseksuele wetgeving in Europa. Niet alleen de Nederlandse Vereniging tot Integratie van Homoseksualiteit COC heeft hij op die terreinen van advies gediend.

In 1989 was hij, met een beurs van de Leverhulme Trust, als *visiting research fellow* verbonden aan het Europa Institute van de University of Edinburgh, waar hij een groot deel van dit boek heeft geschreven. Later dat jaar gaf hij in het kader van het ERASMUS programma van de Europese Gemeenschap als *visiting lecturer* onderwijs aan rechtenstudenten van de University of Lancaster.

Aangehaalde literatuur

Addink 1988
G.H. Addink, De verhouding tussen algemene harmoniserende wetten, in het bijzonder de toekomstige Algemene wet bestuursrecht en de Wet algemene bepalingen milieuhygiëne, in: *Tussen eenheid en verscheidenheid*. Opstellen over harmonisatie in staats- en bestuursrecht, G.H. Addink e.a. (red.), Zwolle 1988, 47-81.

Addink 1993
G.H. Addink, Verhouding van de Algemene wet bestuursrecht tot andere wetgeving, in: *Algemene wet bestuursrecht*, J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), losbladig, VUGA, Den Haag 1988, supplement 1993, C 4-1.

Akkermans 1987
P.W.C. Akkermans, noot bij Voorzitter Afdeling Rechtspraak 15 augustus 1985 (AB 1987, 37) (Openbaarheid politieke belangenbehartiging), in: *Ars Aequi* 1987, 405-409.

Akkermans 1992
P.W.C. Akkermans, Artikel 1, Artikel 8 en Artikel 9, in: *De Grondwet*, P.W.C. Akkermans en A.K. Koekkoek (red.), Tweede druk, Zwolle 1992, 38-61 en 199-222.

Alexy 1978
R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main 1978.

Alkema 1978
E.A. Alkema, *Studies over Europese grondrechten*, proefschrift, Deventer 1978.

Alkema 1984
E.A. Alkema, Foreign relations in the Netherlands Constitution of 1983, in: *Netherlands International Law Review* 1984, 307-331.

Alkema 1985
E.A. Alkema, *Een meerkeuzetoets*, Zwolle 1985.

Alkema 1987a
E.A. Alkema, discussiebijdrage, in: *Handelingen 1987 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, deel 2, 41-43.

Alkema 1987b
E.A. Alkema, Het internationale gelijkheidsbeginsel en de Nederlandse staatsrechtelijke verhoudingen. Wie leidt de wals van de gelijkheid?, preadvies, in: *Staatsrecht, buitenlandse betrekkingen en de internationale rechtsorde*, Staatsrechtconferentie 1986, Nijmegen 1987, 64-105.

Alkema 1988
E.A. Alkema, Het Statuut of een statuut voor toetsing van de wet, in: *NJCM-Bulletin* 1988, 615-620.

Alkema 1992
E.A. Alkema, noot onder Hoge Raad 19 oktober 1990 (lesbisch huwelijk), NJ 1992, 129.

Van Angeren 1984
J.A.M. van Angeren, Beginselen van behoorlijke wetgeving, in: *Kracht van wet* (Van Eijkern-bundel), Zwolle 1984, 63-74.

D'Anjou 1986
L.J.M. d'Anjou, *Actoren en factoren in het wetgevingsproces*, proefschrift RUL, Zwolle 1986.

Arnull 1990
A. Arnull, *The General Principles of EEC Law and the Individual*, London and Leicester 1990.

Bagehot 1867
W. Bagehot, *The English Constitution* (originally published in 1867), with an Introduction by R.H.S. Crossman, The Fontana Library, Collins, z.p. 1963.

Bake 1923
C. Bake, Het Wetsformulier, in: *Themis* 1923, 1-32 en 247-287.

Bakker 1986a
R.E. Bakker, Toetsing aan rechtsbeginselen door de Raad van State, in: *RegelMaat* 1986, 17-20.

Bakker 1986b
R.E. Bakker, De reactie van de regering en de Tweede Kamer op de wetgevingsadvisering door de Raad van State, in: *RegelMaat* 1986, 125-128.

Bakker 1990
R.E. Bakker, De wisselwerking tussen rechter, Raad van State en wetgever op het terrein van de sociale zekerheid, in: *RegelMaat* 1990, 32-39.

Barendrecht 1992a
J.M. Barendrecht, Het constitutionele toetsingsrecht van de rechter, preadvies, in: 122 *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 1992-I, 85-172.

Barendrecht 1992b
J.M. Barendrecht, antwoorden, in: 122 *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 1992-II, 43-48 en 76-82.

Barendrecht 1992c
J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, proefschrift KUB, Deventer 1992.

Barendrecht 1993
J.M. Barendrecht, Controle, aanvaarding en bestrijding. Motivering en verantwoording tegenover de maatschappij, in: *Gemotiveerd gehuldigd* (Boeschoten-bundel), J.L.W. Sillevis Smit (red.), Zwolle 1993, 35-52.

Bates 1993
T.St.J.N. Bates, Parliamentary Material and Statutory Construction: Aspects of the Practical Application of Pepper v. Hart, in: *Statute Law Review* 1993, 46-55.

Bax 1992
C.J. Bax, Artikel 112 tot en met Artikel 122, in: *De Grondwet*, P.W.C. Akkermans en A.K. Koekkoek (red.), Tweede druk, Zwolle 1992, 981-1072.

De Beaufort 1987
W.H. de Beaufort, Over deurwaarders, drukkers en openbaarheid, in: *RegelMaat* 1987, 200.

Bebr 1962
G. Bebr, *Judicial Control of the European Communities*, London 1962.

Bebr 1981
G. Bebr, *Development of Judicial Control of the European Communities*, The Hague/Boston/London 1981.

Van der Beek 1986
H.L. van der Beek, Een aanwijzing afgewezen: punt 74 Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek en het overgangsrecht NBW, in: *RegelMaat* 1986, 158-161.

Beers 1990
A.A.L. Beers, Grondwettelijk inlichtingenrecht van kamerleden afdwingbaar bij Arbo-rechter? in: *Recht doen door wetgeving* (Hirsch Ballin-bundel), Zwolle 1990, 377-389.

Beers 1992
A.A.L. Beers, Artikel 68 en Artikel 69, in: *De Grondwet*, P.W.C. Akkermans en A.K. Koekkoek (red.), Tweede druk, Zwolle 1992, 654-666.

Belinfante/De Reede 1991
A.D. Belinfante en J.L. de Reede, *Beginselen van Nederlands staatsrecht*, elfde druk, Alpen aan den Rijn 1991.

Bellekom 1990
Th.L. Bellekom, Het Hof voor de Rechten van de Mens en de beperkingsclausules van het EVRM, in: *40 jaar Europees Verdrag voor de rechten van de mens*, A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek en J. van der Velde (red.), Leiden 1990, 59-74.

Bennion 1993
F. Bennion, Hansard - Help or Hindrance? A Draftsman's View of Pepper v. Hart, in: *Statute Law Review* 1993, 149-162.

Bentil 1987
J.K. Bentil, Environmental Protection and Improvement Statutes and their Primacy over other Statutes in Australia - a Noteworthy Juridical Feature, in: *Statute Law Review* 1987, 32-43.

Ten Berge 1987
J.B.J.M. ten Berge, *Rechter en decentralisatie*, Zwolle 1987.

Ten Berge 1988
J.B.J.M. ten Berge, Bezinning op de juridische positie van de gemeente en de gevolgen voor het decentralisatiebeleid, in: *Bestuurswetenschappen* 1988, 18-29.

Ten Berge en Tak 1983
J.B.J.M. ten Berge en A.Q.C. Tak, *Administratief procesrecht*, deel 2, Zwolle 1983.

Ten Berge e.a. 1987
J.B.J.M. ten Berge e.a., Algemene wet bestuursrecht, in: *Nederlands Juristenblad* 1987, 877-886.

Ten Berge e.a. 1990
J.B.J.M. ten Berge e.a. (redactie en medewerkers VUGA-bundel Awb), *Advies aan de Tweede Kamer inzake het Wetsvoorstel Algemene wet bestuursrecht*, Den Haag 1990.

Biesheuvel 1982
M.B.W. Biesheuvel, noot onder President Rechtbank Den Bosch 16 juli 1982, in: *NJCM-Bulletin* 1982, 334-344.

Bijloos 1988
A.W.M. Bijloos, De Raad van State en de aanwijzingen inzake terughoudendheid met regelgeving, in: *RegelMaat* 1988, 94-100.

Bijloos 1990
A.W.M. Bijloos, *De Algemene wet bestuursrecht*, eerste druk, Zwolle 1990.

Bijloos en Lindner 1993
A.W.M. Bijloos en Th.J.M. Lindner, *De algemene wet bestuursrecht. Eerste tranche*, derde druk, Zwolle 1993.

De Block 1935
A.L. de Block, Formaliteiten bij de totstandkoming eener wet, in: *Rechtsgeleerd Magazijn* 1935, 481-502.

Boas 1979
S. Boas, Een merkwaardig intitulé, in: *Nederlands Juristenblad* 1979, 933-934.

Boekhorst 1992
M.G. Boekhorst, Artikel 90 tot en met Artikel 95, in: *De Grondwet*, P.W.C. Akkermans en A.K. Koekkoek (red.), Tweede druk, Zwolle 1992, 831-892.

De Boer 1992
J. de Boer, Brainstormen, in: *Nederlands Juristenblad* 1992, 1536-1537.

Den Boer 1987
M.M. den Boer, Artikel 1 Grondwet: gelijke behandeling en non-discriminatie, in: *Ars Aequi* 1987, 132-138.

Den Boer 1993
M.M. den Boer, Ambtelijke bijstand bij het opstellen van amendementen en initiatiefwetsvoorstellen, in: *RegelMaat* 1993, 93-98.

Bok 1986
A.J. Bok, De lagere overheden als medebewindsuitvoerder van rijkswetgeving, in: *RegelMaat* 1986, 25-27.

Bok 1987
A.J. Bok, Toetsing aan rechtsbeginselen: de rang van het ongeschreven recht, redactioneel in: *RegelMaat* 1987, 49-50.

Bok 1991
A.J. Bok, *Rechterlijke toetsing van regelgeving*, proefschrift RUG, Deventer 1991.

Bok 1993
A.J. Bok, Zorgvuldige en afgewogen regelgeving in het licht van de Algemene wet bestuursrecht, in: *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 1993, 117-126.

Bokma 1988
J. Bokma, Kroniek Staatsrecht, in: *Katern Ars Aequi* 1988, 1224-1226.

Bokma 1991
J. Bokma, Kroniek Staatsrecht, in: *Katern Ars Aequi* 1991, 1179-1781.

Boon 1986
P.J. Boon, *Wetgeving in Nederland*, Zwolle 1986.

Borman 1986
C. Borman, Aruba land in het Koninkrijk, in: *Ars Aequi* 1986, 361-369.

Borman 1993
C. Borman (samenstelling), *Aanwijzingen voor de regelgeving en andere voor de regelgeving relevante aanwijzingen*, Zwolle 1993.

Van den Bosch 1977
Th.W. van den Bosch, Dédain voor een initiatief-wet? in: *Nederlands Juristenblad* 1977, 436-437.

De Bosch Kemper 1865
J. de Bosch Kemper, *Handleiding tot de kennis van het Nederlandsche staatsregt en staatsbestuur*, tweede druk, Amsterdam 1865.

Boukema 1993
P.J. Boukema, Openingsrede Nederlandse Juristen-Vereniging, in: *Nederlands Juristenblad* 1993, 991-993.

Bovend'Eert 1985
P.P.T. Bovend'Eert, Koning en ministers, in: *Bestuurswetenschappen* 1985, 443-451.

Bovend'Eert 1988
P.P.T. Bovend'Eert, *Regeerakkoorden en regeringsprograms*, 's-Gravenhage 1988.

Bracke 1992
N.E. Bracke, noot onder Hof van Justitie van Europese Gemeenschappen 17 november 1992 (C-271/90, C-281/90 en C-289/90) in: *RegelMaat* 1993, 80-86.

Van den Brandhof 1986
J.C.E. van den Brandhof, *De besluitwetgeving van de kabinetten De Geer en Gerbrandy*, proefschrift UvA, Deventer 1986.

Brenninkmeijer 1981
A.F.M. Brenninkmeijer, De rechter en de wetgevingsambtenaar, in: *Nederlands Juristenblad* 1981, 779-780.

Brenninkmeijer 1992
A.F.M. Brenninkmeijer, Het primaat van de politiek bestaat niet meer, in: *Ars Aequi* 1992, 680-697 (bijzonder nummer 'Rechter en politiek').

Brenninkmeijer 1993a
A.F.M. Brenninkmeijer, Democratische rechtspraak en ondemocratische wetgeving, in: *Nederlands Juristenblad* 1993, 1387-1395.

Brenninkmeijer 1993b
A.F.M. Brenninkmeijer, noot onder Hoge Raad 30 september 1992, in: *NJCM-Bulletin* 1993, 550-557.

Bruinsma en Huls 1989
F. Bruinsma en N. Huls, De Vries en de kunst van het wetgeven (interview met mr. L. de Vries), in: *Nederlands Juristenblad* 1989, 589-596.

Brunner 1989
C.J.H. Brunner, Rede als voorzitter van de Nederlandse Juristen-Vereniging, in: *Nederlands Juristenblad* 1989, 960-961.

Brussee en Voss 1990
R. Brussee en R.G.K. Voss, Toetsing van wetgeving door de burgerlijke rechter, in: *Tijdschrift voor Openbaar bestuur* 1990, 80-86.

Buijs 1883
J.T. Buijs, *De Grondwet.* Toelichting en kritiek, Eerste deel, Arnhem 1883.

Buijs 1884
J.T. Buijs, *De Grondwet.* Toelichting en kritiek, Tweede deel, Arnhem 1884 (1887 op kaft).

Buijs 1888
J.T. Buijs, *De Grondwet.* Toelichting en kritiek van de wijzigingen in 1887 ingevoerd, Derde deel, Arnhem 1888.

Van den Burg 1983
F.H. van der Burg, Splitsing van wettelijke bepalingen en abstracte toetsing, in: *Gemeentelijke vrijheden* (Van Vliet-bundel), Alphen aan den Rijn 1983, 19-32.

Van den Burg (FH) 1987a
F.H. van der Burg, Quasi-legislatief overleg, in: *RegelMaat* 1987, 119-126.

Van den Burg (FH) 1987b
F.H. van der Burg, Het Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht getoetst, in: *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 1987, 3-8.

Van den Burg (FH) 1993
F.H. van der Burg, *Regelgeving en bestuur*, Zwolle 1993.

Van den Burg (W) 1991
W. van der Burg, *Het democratisch perspectief*, proefschrift Utrecht, Arnhem 1991.

Burkens 1966
M.C. Burkens, De antwoordplicht van de regering, in: *Tijdschrift voor Openbaar bestuur* 1966, 172-173.

Burkens 1982
M.C. Burkens, Gelijke behandeling, in: *Grondrechten* (Jeukens-bundel), Nijmegen 1982, 49-65.

Burkens 1986
M.C. Burkens, De Eerste Kamer, in: *Het proces van wetgeving tussen politieke wens en juridische techniek*, rapport Teldersstichting, 's-Gravenhage 1986, 33-38.

Burkens 1988
M.C. Burkens, Grondrechten als rechtsnormen en als rechtsbeginselen, in: *Gegeven de Grondwet* (CZW-bundel), M.M. den Boer e.a. (red.), Deventer 1988, 51-62.

Burkens 1989
M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle 1989.

Burkens/Kummeling/Vermeulen 1992
M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling en B.P. Vermeulen, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, tweede druk, Zwolle 1992.

Van Buuren 1979
P.J.J. van Buuren, De hantering van algemene beginselen van behoorlijk bestuur door de administratieve rechter, in: *Bestuurswetenschappen* 1979, 143-153.

Van Buuren 1984
P.J.J. van Buuren, Harmonisatie van wetgeving, in: *Kracht van wet* (Van Eijkern-bundel), Zwolle 1984, 233-248.

Van Buuren 1987a
P.J.J. van Buuren, Onrechtmatige wetgeving, preadvies, in: *Handelingen 1987 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, deel 1, tweede stuk, 1-99.

Van Buuren 1987b
P.J.J. van Buuren, discussiebijdrage, in: *Handelingen 1987 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, deel 2, 47-53.
Van Buuren 1988a
P.J.J. van Buuren, Boekbeschouwing over: R.M. van Male, Rechter en bestuurswetgeving, in: *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 1988, 220-221.
Van Buuren 1988b
P.J.J. van Buuren, Harmonisatie van wetgeving, in: *Eenheid van recht* (Studiedag J.M. Polak), Deventer 1988, 7-15.
Van Buuren/Bolt/Scheltema 1981
P.J.J. van Buuren, H. Bolt en M. Scheltema, *Kroonberoep en AROB-beroep*, Deventer 1981.

Castberg/Opsahl/Ouchterlony 1974
F. Castberg, *The European Convention on Human Rights*, edited by T. Opsahl and T. Ouchterlony, Leiden 1974.
Cohen 1981
M.J. Cohen, *Studierechten in het wetenschappelijk onderwijs*, proefschrift RUL, Zwolle 1981.
Cohen en Bakker 1987
M.J. Cohen en R.E. Bakker, De wetgever tussen recht en politiek, in: *Namens* 1987, 97-104.
Colenbrander 1908
H.T. Colenbrander, *Ontstaan der Grondwet*. Eerste deel - 1814, Den Haag 1908.
Constantinesco 1977
L.-J. Constantinesco, *Das Recht der Europäischen Gemeinschaften*, Band I, Das Institutionelle Recht, Baden-Baden 1977.
Crombag/De Wijkerslooth/Cohen 1977
H.F.M. Crombag, J.L. de Wijkerslooth en M.J. Cohen, *Een theorie over rechterlijke beslissingen*, Groningen 1977.
Cross/Bell/Engle 1987
R. Cross, *Statutory Interpretation*, Second edition by J. Bell and G. Engle, London 1987.

Daig 1983
H.-W. Daig, Artikel 190, in: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, H. von der Groeben et al. (Hrsg.), 3. Auflage, Band 2, Baden-Baden, 1983, 587-595.
Van Dale/Sterkenburg 1991
P.G.J. van Sterkenburg, *Van Dale Groot woordenboek van hedendaags Nederlands*, tweede druk, Utrecht/Antwerpen 1991.
Damen 1987
L. Damen, Individueel inlichtingenrecht van kamerleden: een veilig bezit?, in: *Nederlands Juristenblad* 1987, 935-936.
Damen en Hoogenboom 1989
L.J.A. Damen en T. Hoogenboom, Na 'confectierechtspraak' nu ook 'confectiewetgeving'?, in: *Nederlands Juristenblad* 1989, 145-153.
Den Dekker-van Bijsterveld 1990
S.C. den Dekker-van Bijsterveld, Grondrechtelijke belangen in wetgeving, in: *Recht doen door wetgeving* (Hirsch Ballin-bundel), Zwolle 1990, 203-212.
Van Dijk 1988
P. van Dijk, De houding van de Hoge Raad jegens de verdragen inzake de rechten van de mens, in: *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle 1988, 173-209.
Van Dijk en Van Hoof 1990
P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *De europese conventie in theorie en praktijk*, derde druk, Nijmegen 1990.

Dölle 1988
A.H.M. Dölle, *Over ongeschreven staatsrecht*, proefschrift RUG, Groningen 1988.
Dolman 1985
D. Dolman, *Van de stoel af gezien*, Den Haag 1985.
Dommering 1987
E.J. Dommering, discussiebijdrage, in: *Handelingen 1987 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, deel 2, 16-20.
Dommering 1989
E.J. Dommering, Wetgevingsonrecht en wetsprekende rechters, in: *RegelMaat* 1989, 2-9.
Donner 1975
A.M. Donner, Raad van Ministers en Raad van State, in: *Politiek-Parlement-Democratie* (Duynstee-bundel), Deventer 1975, 73-79.
Donner 1982
A.M. Donner, Inleiding, in: *Problemen van wetgeving*, W.F. de Gaay Fortman (red.), Deventer 1982, 1-16.
Donner 1984
A.M. Donner, Grondwettelijk overgangsrecht, in: *Recht op scherp* (Duk-bundel), Zwolle 1984, 267-280.
Donner 1987
A.M. Donner, *Nederlands bestuursrecht. Algemeen deel*, vijfde druk, Alphen aan den Rijn 1987.
Dubbink 1992
C.W. Dubbink, Lasten en bevelen, in: *Nederlands Juristenblad* 1992, 164-167.
Duk 1978
W. Duk, De zachte kern van het bestuursrecht, in: *RM Themis* 1978, 564-587.
Duk 1987
W. Duk, Een advies van de Raad van State over 'knelpunten', in: *RegelMaat* 1987, 66-71.
Duk 1988
W. Duk, Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid, in: *RM Themis* 1988, 156-169.
Duk 1990
W. Duk, Algemene regels van bestuursrecht, in: *Bestuurswetenschappen* 1990, 53-70.

Van Eemeren e.a. 1991
F.H. van Eemeren e.a., *Argumenteren voor juristen*, tweede druk, Groningen 1991.
Van Eemeren en Grootendorst 1984
F.H. van Eemeren en R. Grootendorst, *Speech Acts in Argumentative Discussions*. A Theoretical Model for Analysis of Discussions Directed towards Solving Conflicts of Opinion, Foris Publications, Dordrecht 1984.
Eijlander 1993
Ph. Eijlander, *De wet stellen*, proefschrift KUB, Zwolle 1993.
Elzinga 1988
D.J. Elzinga, *De waarde van een relatief rechtsbegrip*, Groningen 1988.
Engle 1983
G. Engle, 'Bills are made to pass as razors are made to sell'. Practical constraints in the preparation of legislation, in: *Statute Law Review* 1983, 7-23.
Enschedé 1959
Ch.J. Enschedé, *Motivering en motief*, Zwolle 1959.
Erskine May 1983
Erskine May's treatise on the law, privileges, proceedings and usage of Parliament, C. Gordon (ed.), 20th edition, London 1983.

Fairlie 1968
H. Fairlie, *The Life of Politics*, London 1968.

Fasseur 1984
C. Fasseur, De wetgever en zijn tijd, in: *Kracht van wet* (Van Eijkern-bundel), Zwolle 1984, 3-19.
Fawcett 1987
J.E.S. Fawcett, *The application of the European Convention on Human Rights*, 2nd edition, Oxford 1987.
Feyerabend 1975
P. Feyerabend, *Against Method.* Outline of an anarchistic theory of knowledge, London 1975.
Van der Flier 1988
P.J. van der Flier, De bekendmakingswet, in: *Ars Aequi* 1988, 324-328.
Flinterman 1987
C. Flinterman, Parlement en buitenlands beleid, preadvies, in: *Staatsrecht, buitenlandse betrekkingen en de internationale rechtsorde*, Staatsrechtconferentie 1986, Nijmegen 1987, 7-23.
Florijn 1993
N.A. Florijn, *Rechtsvergelijking in het wetgevingsproces*, proefschrift KUB, Zwolle 1993.
Forder 1992
C.J. Forder, Positieve verplichtingen in het kader van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, in: *NJCM-Bulletin* 1992, 611-637.
Franssen 1986
H.M. Franssen, Het recht van initiatief, in: *Het parlement in aktie*, H.M. Franssen e.a. (red.), Assen/Maastricht 1986, 11-42.
Franssen en Van Schagen 1990
H.M. Franssen en J.A. van Schagen, *Over de orde, Mijnheer de Voorzitter.* Werkwijze van de Tweede Kamer, 's-Gravenhage 1990.
Fuss 1967
E.-W. Fuss, *Die europäischen Gemeinschaften und der Rechtsstaatsgedanke*, Heule (B.) 1967.

De Gaay Fortman (B) 1982
B. de Gaay Fortman, Parlement en wetgeving, in: *Problemen van wetgeving*, W.F. de Gaay Fortman (red.), Deventer 1982, 43-69.
De Gaay Fortman (WF) 1982
W.F.de Gaay Fortman, Minister en wetgeving, in: *Problemen van wetgeving*, W.F. de Gaay Fortman (red.), Deventer 1982, 19-41.
Gaudenzi 1964
S. Gaudenzi, Tarif Quotas under Article 25 E.E.C. and the Court of Justice, in: *Common Market Law Review* 1964, 406-427.
Geelhoed 1985
L.A. Geelhoed, Wetgeving en economische crisis: crisis in economische wetgeving?, in: *Crisis en economisch recht* (redes van Geelhoed en Ter Kuile), Zwolle 1985.
Geppaart 1982
Ch.P.A. Geppaart, Onteigening, in: *Grondrechten* (Jeukens-bundel), Nijmegen 1982, 298-309.
Gerbranda en Kroes 1993
Tj. Gerbranda en M. Kroes, *Grondrechten evaluatie-onderzoek.* Eindrapport, NJCM-Boekerij, Leiden 1993.
Gerbrandy 1989
S. Gerbrandy, De regering weet wèl goed wat zij wil, maar niet: of wat zij wil wel goed is, in: *Nederlands Juristenblad* 1989, 890.
Gilhuis 1981
P.C. Gilhuis, *Het referendum*, Alphen aan den Rijn 1981.
Gilsdorf 1975
P. Gilsdorf, Die Haftung der Gemeinschaft aus normativen Handeln, in: *Europarecht* 1975, 71-112.

Goorden 1990a
C.P.J. Goorden, De wetgever uitgedaagd door het lokaal bestuur, in: *Recht doen door wetgeving* (Hirsch Ballin-bundel), Zwolle 1990, 153-168.

Goorden 1990b
C.P.J. Goorden, Komend gemeenterecht: de nieuwe Gemeentewet en de Algemene wet bestuursrecht, in: *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 1990, 301-311.

De Graaf 1985
Th.C. de Graaf, Het parlement en de kwaliteit van wetgeving, in: *Omtrent het parlement*, Utrecht/Antwerpen 1985, 86-114.

Grabitz 1983
E. Grabitz, Bronnen van het gemeenschapsrecht: besluiten van de instellingen van de Gemeenschap, in: *Dertig jaar gemeenschapsrecht*, Commissie van de EG, Bureau voor officiële publikaties der EG, Luxemburg 1983, 95-123.

Groenendaal 1956
J. Groenendaal, *Inleiding tot de wetgevingstechniek*, proefschrift, Alphen aan den Rijn 1956.

Gualthérie van Weezel en Waaldijk 1986
Lies Gualthérie van Weezel en Kees Waaldijk (sr.), *Residentiële hulpverlening*, Alphen aan den Rijn 1986.

Guépin 1985
J.P. Guépin, *De beschaving*, Amsterdam 1985.

De Haan 1986
P. de Haan, in: P. de Haan, Th.G. Drupsteen en R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*. Deel 1: Ontwikkeling, Organisatie, Instrumentarium, derde druk, Deventer 1986, 179-285.

De Haan/Fernhout 1986
R. Fernhout, bewerking gedeelten in: P. de Haan, Th.G. Drupsteen en R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*. Deel 2: Bestuurshandelingen en waarborgen, derde druk, Deventer 1986, 153-274.

De Haan/Valkenburg 1986
C.S. Valkenburg, bewerking van gedeelten in: P. de Haan, Th.G. Drupsteen en R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*. Deel 2: Bestuurshandelingen en waarborgen, derde druk, Deventer 1986, 121-153.

Haardt 1982
W.L. Haardt, Rechter en wetgeving, in: *Problemen van wetgeving*, W.F. de Gaay Fortman (red.), Deventer 1982, 115-128.

Van Haersolte 1946
R.A.V. Baron van Haersolte, *De staat als zuivere vorm des menschen*, Zwolle 1946.

Hagelstein 1991
G.H. Hagelstein, *De parlementaire commissies*, Monografie 6, Nederlands Parlementsrecht, Groningen 1991.

Hartley 1988
T.C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Second Edition, Oxford 1988.

Heida 1988
A. Heida, Misbruik van ouderlijke bevoegdheden. Enkele recente beslissingen van de HR, in: *Nederlands Juristenblad* 1988, 1673-1675.

Helfer 1990
L.R. Helfer, Finding a Consensus on Equality: The Homosexual Age of Consent and the European Convention of Human Rights, in: *New York University Law Review* 1990, 1044-1100.

Helmstrijd 1973
F.A. Helmstrijd, De Machtigingswet, in: *De Gemeentestem* 1973, 389-390.

Hen 1977
C. Hen, La motivation des actes des institutions communautaires, in: *Cahier de Droit Européen* 1977, 49-91.

Hennekens 1986
H.Ph.J.A.M. Hennekens, Spelregels of rechtsregels tussen overheden?, in: *Bestuurswetenschappen* 1986, 71-91.

Herdegen 1983
M. Herdegen, *Die Haftung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für fehlerhafte Rechtsetzungsakte*, Berlin 1983.

Heringa 1987
A.W. Heringa, Grondwet en delegatie, in: *RegelMaat* 1987, 76-79.

Heringa 1989a
A.W. Heringa, *Sociale grondrechten.* Hun plaats in de gereedschapskist van de rechter, 's-Gravenhage/Zwolle 1989.

Heringa 1989b
A.W. Heringa, noot onder Hoge Raad 14 april 1989 (Harmonisatiewet-arrest), in: *NJCM-Bulletin* 1989, 581-591.

Heringa 1993
A.W. Heringa, Kroniek Grondrechten in de Grondwet: enkele evaluerende opmerkingen, in: *RegelMaat* 1993, 14-21.

Heringa en Zwart 1983
A.W. Heringa en T. Zwart, *Grondwet 1983*, eerste druk, Zwolle 1983.

Heringa en Zwart 1990
A.W. Heringa en T. Zwart, De wetgever en het toetsingsrecht, in: *Nederlands Juristenblad* 1990, 631-633.

Heringa en Zwart 1991
A.W. Heringa en T. Zwart, *De Nederlandse Grondwet*, derde druk, Zwolle 1991.

Hirsch Ballin 1979
E.M.H. Hirsch Ballin, *Publiekrecht en beleid*, proefschrift, Alphen aan den Rijn 1979a.

Hirsch Ballin 1982a
E.M.H. Hirsch Ballin, *Vertrouwen op het recht.* Over de plaats van de wet in de rechtsorde, Alphen aan den Rijn 1982.

Hirsch Ballin 1982b
E.M.H. Hirsch Ballin, Rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in: *Rechtsfilosofie en rechtstheorie* 1982, 105-111.

Hirsch Ballin 1986
E.M.H. Hirsch Ballin, De legitimiteit van de selectie van informatie, in: *Ars Aequi* 1986, 726-730 (bijzonder nummer 'Rechtsinformatica').

Hirsch Ballin 1988a
E.M.H. Hirsch Ballin, Staatsrecht en bestuursrecht, artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm, in: *Gelijkheid en recht*, C.W. Maris (red.), Deventer/Zwolle, 1988, 127-156.

Hirsch Ballin 1988b
E.M.H. Hirsch Ballin, Onafhankelijke rechtsvorming. Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde, in: *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle 1988, 211-237.

Hirsch Ballin 1989
E.M.H. Hirsch Ballin, noot onder Hoge Raad 14 april 1989 (Harmonisatiewet-arrest), in: *Ars Aequi* 1989, 578-592.

Hoekstra 1988
R.J. Hoekstra, *Ministerraad en vorming van regeringsbeleid*, Zwolle 1988.

Van der Hoeven 1958
J. van der Hoeven, *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht*, proefschrift UvA 1958.

Van der Hoeven 1965
J van der Hoeven, Monarchie of republiek, in *Socialisme en democratie* 1965, 713 727, ook opgenomen in *Staatsrecht en bestuursrecht* Opstellen van Mr J van der Hoeven, Zwolle 1984, 75-89

Van der Hoeven 1974
J van der Hoeven, Het juridische luistercollege, in *Ars Aequi* 1974, 17-23

Van der Hoeven 1977
J van der Hoeven, De juridische dialoog tussen de Raad van State en departementale juristen bij wetgeving en beroep, in *De jurist-ambtenaar* (Kan-bundel), Zwolle 1977, 49-53

Van der Hoeven 1988
J van der Hoeven, *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht* Aangevulde heruitgave van het academische proefschrift (UvA 1958), Zwolle 1988

Van der Hoeven 1991
J van der Hoeven, Toetsen aan de Grondwet Hoe en door wie?, in *Nederlands Juristenblad* 1991, 784-787

Van der Hoeven 1992
J van der Hoeven, Advies over constitutionele toetsing, in *NJCM Bulletin* 1992, 293-303

Den Hollander 1989
H J den Hollander, APK-2 Voorbeeld van een (kostbare) wet die niet door zijn motivering kan worden gedragen, in *Nederlands Juristenblad* 1989, 1040 1044

Holterman 1988
T Holterman, *Argumentatieve willekeur en de beoefening van de staatsrechtwetenschap*, Zwolle 1988

Huisman 1982
K J Huisman, Getuigt de deskundige ambtenaar of de ambtelijke deskundige, in *Een stellig annotator* (Stellinga bundel), Zwolle 1982, 45-58

Huizer 1991
A Huizer, *De verjaardag een overgewaardeerd rechtsfeit* Over leeftijdsgrenzen in de regelgeving, proefschrift EUR, Amsterdam 1991

Ipsen 1972
H P Ipsen, *Europaisches Gemeinschaftsrecht*, Tubingen 1972

Jeukens 1963
H J M Jeukens, *De wetten zijn onschendbaar*, Alphen aan den Rijn 1963

Jeukens 1980
H J M Jeukens, noot onder Afdeling Rechtspraak 31 juli 1979 in *Ars Aequi* 1980, 186-189

Joliet 1983
R Joliet, *Le droit institutionnel des Communautes europeennes*, Les institutions, Les Sources, Les rapports entre ordres juridique, Faculte de Droit, Liege 1983

De Jong (FJ) 1954
F J de Jong, De motieven van de rechter en de motivering van het vonnis, lezing Zwolle 1954, in *Nederlands Juristenblad* 1975, 541-547

De Jong (JP) 1993
J P de Jong, Omvang en opzet van de memorie van toelichting bij een voorstel van wet (noot bij Advies Raad van State van 3 maart 1993 over wetsvoorstel 23057, tot wijziging van de Wet uitkeringen vervolgingsslachtoffers), in *RegelMaat* 1993, 155-159

Jurgens 1977
E C M Jurgens, Dedain voor een initiatiefwet, in *Nederlands Juristenblad* 1977, 148-149

Jurgens 1986
E C M Jurgens, Het interpellatie-recht, in *Het parlement in aktie*, H M Franssen e a (red), Assen/Maastricht 1986, 43-62

Jurgens 1989
E.C.M. Jurgens, Eerste Kamer: een recht van renvooi! in: *Namens* 1989, p. 27.
Jurgens 1991a
E.C.M. Jurgens, Naar een Duas Politica, in: *Socialisme & Democratie* 1991, 469-474.
Jurgens 1991b
E.C.M. Jurgens, Parlementaire ficties V: Motivatie bij moties, in: *Staatscourant* 18 maart 1991.
Jurgens 1993a
E.C.M. Jurgens, De mythe van Meerenberg, in: *Nederlands Juristenblad* 1993, 1381-1386.
Jurgens 1993b
E.C.M. Jurgens, *Een onparlementair stelsel:* over het toezicht van nationale parlementen op de besluitvorming van de Europese Gemeenschappen, (gebundeld met: W.A. Vermeend: *Het Europees belastingrecht na Maastricht*) Deventer 1993.

Kapteyn 1987
P.J.G. Kapteyn, Enkele opmerkingen naar aanleiding van preadviezen, referaten en discussie, in: *Staatsrecht, buitenlandse betrekkingen en de internationale rechtsorde*, Staatsrechtconferentie 1986, Nijmegen 1987, 120-124.
Kapteyn en VerLoren van Themaat 1987
P.J.G. Kapteyn en P. VerLoren van Themaat, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, Vierde druk, Deventer 1987.
Kelsen 1979
H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien 1979.
Kerkhofs 1986
T.H.E. Kerkhofs, Het recht van amendement, in: *Het parlement in aktie*, H.M. Franssen e.a. (red.), Assen/Maastricht 1986, 93-128.
Kistenkas 1993
F.H. Kistenkas, *Problemen van regelgeving*, Lelystad 1993.
Kleijkers 1993
R.M.M. Kleijkers, *Stemmen zonder last.* De functie van het vrije mandaat in het hedendaagse staatsrecht, proefschrift RL, Maastricht 1993.
Koekkoek en Konijnenbelt 1982
A.K. Koekkoek en W. Konijnenbelt, Het raam van Hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet, in: *Grondrechten* (Jeukens-bundel), Nijmegen 1982, 1-39.
Koeman 1989
N.S.J. Koeman, Over beleid en controle. Op zoek naar de opvolger van de trias-leer, in: *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 1989, 73-79; reactie F.H. van der Burg, en naschrift Koeman, op 199-200.
Kokkini-Iatridou en Boele-Woelki 1993
D. Kokkini-Iatridou en K. Boele-Woelki, In memoriam ipr-memorie, in: *Nederlands Juristenblad* 1993, 1423-1424.
Konijnenbelt 1977
W. Konijnenbelt, discussiebijdrage, in: *De 14 wetsfamilies*, Verslag studiedag 18.2.1977, VNG, 's-Gravenhage 1977, 47-51.
Konijnenbelt 1978
W. Konijnenbelt, *De heerschappij van de gemeenteraad*, Den Haag 1978.
Konijnenbelt 1983
W. Konijnenbelt, De betrekkelijke waarde der wet, rede VAR, in: *Bestuurswetenschappen* 1983, 286-289.
Konijnenbelt 1987
W. Konijnenbelt, *De Gemeentewet als 'bijzondere wet'*. Onderzoek naar de plaats van de Gemeentewet en andere organieke wetten in ons recht, in opdracht van de Raad voor het binnenlands bestuur, 's-Gravenhage 1987.

Konijnenbelt 1988a
W. Konijnenbelt, System in the madness? Over structuurwetten als ruggegraat van de wetgeving, in: *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 1988, 1-5.

Konijnenbelt 1988b
W. Konijnenbelt, Het parlement als wetgever, in: *Gegeven de Grondwet* (CZW-bundel), M.M. den Boer e.a. (red.), Deventer 1988, 131-144.

Konijnenbelt 1989
W. Konijnenbelt, De verlokkingen van het simplisme, in: *RegelMaat* 1989, 76-78.

Konijnenbelt 1992
W. Konijnenbelt, Het parlement als wetgever, rede, in: *Delegatie van wetgevende bevoegdheid.* Verslag van het symposium, gehouden op 19 maart 1992 ter gelegenheid van de algemene ledenvergadering van de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, I. Kolhoop (red.), Alphen aan den Rijn 1992, 108-113.

Konijnenbelt 1993
W. Konijnenbelt, Lof der kortheid, in: *RegelMaat* 1993, 13-14.

Koopmans 1970
T. Koopmans, De rol van de wetgever, in: *Honderd jaar rechtsleven*, Zwolle 1970, 221-235.

Koopmans 1980
T. Koopmans, Beginselen van wetgeving, in: *Beeld van een Goede vriendschap* (De Goede-bundel), 's-Gravenhage 1980, 123-133.

Koopmans 1988
T. Koopmans, Regelgeving door onderhandeling. Een kleine bijdrage aan het bureaucratiseringsdebat, redactionele kanttekeningen in: *RM Themis* 1988, 153-155.

Koopmans 1992a
T. Koopmans, Constitutionele toetsing, in: 122 *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 1992-I, 35-84.

Koopmans 1992b
T. Koopmans, antwoorden, in: 122 *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 1992-II, 37-43 en 82-89.

Kors 1984
A. Kors, Bekendmaking, inwerkingtreding, overgangsrecht, in: *Kracht van wet* (Van Eijkern-bundel), Zwolle 1984, 97-113.

Kortenhorst 1990
B.M. Kortenhorst, *De motiveringsverplichting in strafzaken*, proefschrift RUL, Arnhem 1990.

Kortmann 1979
C.A.J.M. Kortmann, Behoorlijke wetgeving, in: *Regel en praktijk* (Van Wijnbergen-bundel), Zwolle 1979, 63-75.

Kortmann 1987
C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, tweede druk, Deventer 1987.

Kortmann 1990
C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer 1990.

Kovar 1964
R. Kovar, *Le pouvoir réglementaire de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Paris 1964.

Kranenburg 1928
R. Kranenburg, *Het Nederlandsch staatsrecht*, Eerste deel, derde druk, Haarlem 1928.

Van Kreveld 1983
J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht*, proefschrift RUG, Deventer 1983.

Van Kreveld 1985
J.H. van Kreveld, Het verkleinen van de juridische verschillen tussen beleidsregels en daarmee verwante wettelijke voorschriften, in: *Staatkundig Jaarboek 1985*, Amsterdam 1985, 293-320.

Van Kreveld 1988
J.H. van Kreveld, Verdere inbouw van beleidsregels in het recht, in: *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 1988, 189-196.
Van Kreveld 1990a
J.H. van Kreveld, De kwaliteit van wetgeving: rechtsstatelijke en bestuurlijke eisen, in: *Recht doen door wetgeving* (Hirsch Ballin-bundel), Zwolle 1990, 189-202.
Van Kreveld 1990b
J.H. van Kreveld, De betekenis van de Algemene wet bestuursrecht voor de rechtsontwikkeling, in: *Rechtsontwikkeling door wetgeving*, verslag van een symposium op 10 april 1990 te Tilburg, M.S. Groenhuijsen en J.A.F. Peters (red.), Zwolle 1990, 43-59.
Kummeling 1988
H.R.B.M. Kummeling, *Advisering in het publiekrecht.* Een rechtsvergelijkende studie, 's-Gravenhage 1988.
Kummeling 1990
H.R.B.M. Kummeling, De Eerste Kamer: Chambre de Révolution? in: *Nederlands Juristenblad* 1990, 261-268.

De Lange 1991
R. de Lange, *Publiekrechtelijke rechtsvinding*, proefschrift UvA, Zwolle 1991.
Lauwaars 1973
R.H. Lauwaars, *Lawfulness and Legal Force of Community Decisions*, Leiden 1973.
Van Leeuwen 1990
B.H.A. van Leeuwen, *Beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur*, Deventer 1990.
Lester 1988
A. Lester, Amici curiae: third-party interventions before the European Court of Human Rights, in: *Protecting human rights: The European dimension*, Studies in honour of Gérard J. Wiarda, edited by F. Matscher and H. Petzold, Köln 1988, 341-350.
Lindo 1992
C. Lindo, De blauwe stukken: wèg met het nader rapport!, in: *Nederlands Juristenblad* 1992, 1559.
Loenen 1992
M.L.P. Loenen, *Verschil in Gelijkheid.* De conceptualisering van het juridische gelijkheidsbeginsel met betrekking tot vrouwen en mannen in Nederland en de Verenigde Staten, proefschrift RUL, Zwolle 1992.
Louis 1969
J.-V. Louis, *Les règlements de la Communauté Economique Européenne*, Bruxelles 1969.
Louis 1993
J.-V. Louis, Les actes des institutions, in: J.-V. Louis e.a., *Commentaire-Mégret - Le Droit de la Communauté Economique Européenne*, Tome 10, deuxième édition, Bruxelles 1993.

Van Maarseveen 1965
H.Th.J.F. van Maarseveen, Ministeriële verantwoordelijkheid, in: *Nederlands Juristenblad* 1965, 495-507.
Van Maarseveen 1966
H.Th.J.F. van Maarseveen, De wetten schenden, in: *Nederlands Juristenblad* 1966, 253-261.
Van Maarseveen 1969
H.Th.J.F. van Maarseveen, *De heerschappij van de ministerraad*, 's-Gravenhage 1969.
Van Maarseveen 1976a
H.Th.J.F. van Maarseveen, Initiatief-wet en regering, in: *Nederlands Juristenblad* 1976, 1293-1295.

Van Maarseveen 1976b
H.Th.J.F. van Maarseveen, Inleiding, in: M.P.C.M. van Schendelen en H.Th.J.F. van Maarseveen, *Proces van wetgeving*. Een onderzoek naar de snelheid van wetgeving in Nederland (1961-1970), Groningen 1976, 3-21.

Van Maarseveen 1978
H.Th.J.F. van Maarseveen, Een appèl inzake de wetgevingsproblematiek, in: *Nederlands Juristenblad* 1978, 1-3.

Van Maarseveen 1984
H.Th.J.F. van Maarseveen, Het grondwetsgeweten van de politiek, in: *Nederlands Juristenblad* 1984, 438-440.

Van Maarseveen 1987
H. van Maarseveen, Adviseren aan de Hoge Raad, in: *Nederlands Juristenblad* 1987, 275-276.

Van Maarseveen 1989
H. van Maarseveen, Toch proceskosten bij administratieve rechtsvorderingen, in: *Nederlands Juristenblad* 1989, 1573-1574.

Van Maarseveen 1990a
H. van Maarseveen, Een arrest dat versuft: 26 IVBP en leeftijd, in: *Nederlands Juristenblad* 1990, 1152-1153.

Van Maarseveen 1990b
H. van Maarseveen, *Discriminatie*, Coornhertrede 1990, Alphen aan den Rijn 1990.

Maas 1965
H.H. Maas, Vorm en motivering van handelingen van de instellingen der Europese Gemeenschappen, in: *SEW* 1965, 1-17.

Maas 1986
H.H. Maas, Rechtsbescherming volgens het voorstel van wet op de studiefinanciering, in: *Nederlands Juristenblad* 1986, 145-151.

MacDonald 1987
R.St.J. MacDonald, The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, in: *International law at the time of its codification*. Essays in honour of Roberto Ago, Milano 1987, 187-208.

Mahoney 1988
P. Mahoney, Does Article 57 of the European Convention on Human Rights serve any useful purpose? in: *Protecting human rights: The European dimension*, Studies in honour of Gérard J. Wiarda, edited by F. Matscher and H. Petzold, Köln 1988, 373-393.

Van Male 1987
R.M. van Male, discussiebijdrage, in: *Handelingen 1987 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, deel 2, 36-38.

Van Male 1988a
R.M. van Male, *Rechter en bestuurswetgeving*. Beroep tegen door bestuursorganen vastgestelde algemeen verbindende voorschriften en toetsing daarvan aan ongeschreven recht in rechtsvergelijkend perspectief, proefschrift KUB, Zwolle 1988.

Van Male 1988b
R.M. van Male, Beredeneerd besluiten. Plaats, functie en betekenis van het motiveringsbeginsel in het Nederlandse bestuursrecht, in: *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 1988, 73-79.

Van Male 1990
R.M. van Male, Geen wetgeving zonder motivering, in: *Recht doen door wetgeving* (Hirsch Ballin-bundel), Zwolle 1990, 279-291.

Mann 1972
C.J. Mann, *The Function of Judicial Decisions in European Economic Integration*, Nijhoff, The Hague 1972.

Martens 1993
S.K. Martens, Motivering van uitspraken van de cassatierechter, in: *Gemotiveerd gehuldigd* (Boeschoten-bundel), J.L.W. Sillevis Smit (red.), Zwolle 1993, 133-154.

Mattijssen 1990
A.A. Mattijssen, Discriminatie wegens seksuele voorkeur bij de arbeid, in: *Nederlands Juristenblad* 1990, 1551-1559.

Mazel 1992
R.G. Mazel, Delegatie van wetgevende bevoegdheid; de inhoud van het wetsbegrip, preadvies in: *Delegatie van wetgevende bevoegdheid.* Verslag van het symposium, gehouden op 19 maart 1992 ter gelegenheid van de algemene ledenvergadering van de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, I. Kolhoop (red.), Alphen aan den Rijn 1992, 9-45.

Van der Meer 1991
J.H.B. van der Meer, Grondwet en Verdrag, in: *40 jaar Europese Conventie voor de Rechten van de Mens en de Nederlandse rechtsorde*, Staatsrechtconferentie 1990, Leiden 1991, 197-204.

Van Mens 1988
K.L.H. van Mens, *Legaliteit en belastingrecht*, Deventer 1988.

Van der Meulen 1987
B.M.J. van der Meulen, De burgerlijke rechter en de formele beginselen van behoorlijk bestuur, in: *De Gemeentestem* 1987, 300-302

Van der Meulen 1988
B.M.J. van der Meulen, De administratieve rechter en de formele beginselen van behoorlijk bestuur, in: *De Gemeentestem* 6850 (1988) 78-81.

Van der Meulen 1989
B.M.J. van der Meulen, Rechterlijke toetsing van wetgeving in Europees perspectief, in: *Bestuursrecht na 1992*, preadviezen VAR conferentie 20 april 1989, Alphen aan den Rijn 1989, 55-74.

Van der Meulen en Simon 1989
B.M.J. van der Meulen en H.J. Simon, Beginselen contra legem?, in: *RegelMaat* 1989, 70-75.

Mok 1987
M.R. Mok, discussiebijdrage, in: *Handelingen 1987 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, deel 2, 11-15.

De Moor-van Vugt 1987
A.J.C. de Moor-van Vugt, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en buitenlandse equivalenten*, Zwolle 1987.

Mulder (A) 1982
A. Mulder, Departementale voorbereiding van wetgeving. Een exemplarische benadering, in: *Problemen van wetgeving*, W.F. de Gaay Fortman (red.), Deventer 1982, 71-88.

Mulder (L) 1985
L. Mulder, Over gelijkheid, onderscheid en discriminatie, in: *Recht en Kritiek* 1985, 76-87.

Mulder (L) 1987
L. Mulder, Het gelijkheidsbeginsel: half ei of lege dop, in: *Staatsrecht, buitenlandse betrekkingen en de internationale rechtsorde*, Staatsrechtconferentie 1986, Nijmegen 1987, 106-119.

Mulder (L) 1993
L. Mulder, *Minderheden als nieuwe bevolkingsgroep*. De verwezenlijking van gelijkheid en verscheidenheid, proefschrift UvA, Nijmegen 1993.

De Munck 1985
C. de Munck, Algemene beginselen van behoorlijke wetgeving en spontane vernietiging, in: *Tijdschrift voor Openbaar bestuur* 1985, 200-204.

Munro 1987
C.R. Munro, *Studies in Constitutional Law*, London 1987.

Van der Net 1979
B J van der Net, Naar invulling van algemene beginselen van behoorlijke wetgeving?, in *Tijdschrift voor Openbaar bestuur* 1979, 195-200
Nicolai 1981
P Nicolai, Advisering in het bestuursrecht, in *RM Themis* 1981, 511-531
Nicolai 1990
P Nicolai, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, proefschrift UvA, Deventer 1990
Nowak 1989
M Nowak, *UNO-Pakt uber burgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll* CCPR-Kommentar, Kehl am Rhein 1989

O'Donnell 1982
Th A O'Donnell, The Margin of Appreciation Doctrine Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, in *Human Rights Quarterly* 1982, 475-496
Oliver (D) 1993
D Oliver, Pepper v Hart a suitable case for reference to Hansard?, in *Public Law* 1993, 5 13
Oliver (P) 1988
P Oliver, *Free movement of goods in the E E C* , Second Edition, London 1988
Oostenbrink 1973
J J Oostenbrink, *Algemene beginselen van behoorlijke wetgeving*, Deventer 1973
Oosting 1989
M Oosting, Het oordeel van de Nationale ombudsman, in *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 1989, 165-173
Oud 1967
P J Oud, *Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden*, deel I, tweede druk, Zwolle 1967
Oud 1970
P J Oud, *Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden*, deel II, tweede druk, Zwolle 1970
Overhoff 1991
R W Overhoff, Beginselen van recht en behoorlijke wetgeving, in *RegelMaat* 1991, 25-28

Paulusma 1980
M Paulusma, *De Eerste Kamer der Staten Generaal* Haar Taak in het Nederlandse Staatsbestel, doctoraalscriptie Universiteit van Amsterdam, 1980
Perelman 1978
Ch Perelman, La motivation des decisions de justice, essai de synthese, in *La motivation des decisions de justice*, Etudes publiees par Ch Perelman et P Foriers, Bruxelles 1978, 415-426
Pescatore 1958
P Pescatore, Les aspects fonctionnels de la Communaute Economique Européenne, notamment les sources du droit, in *Compte rendu du seminaire organisé a Chaudfontaine*, les 22, 23 et 24 mai 1958, Liège 1958, 51 83
Pessers 1991
D Pessers, Grenzen aan de sexe, in *Nemesis* 1991, 15-18
Pippel 1950
J G Pippel, *Het reglement van orde van de Tweede Kamer der Staten-Generaal* zijn geschiedenis en toepassing, derde vermeerderde druk, 's-Gravenhage 1950
Plato
Plato, De Wetten, in *Verzameld werk*, vierde deel, vertaald door X de Win, Antwerpen/Baarn 1978, 91-233

Plender 1982
R. Plender, The Interpretation of Community Acts by Reference to the Intentions of the Authors, in: *Yearbook of European Law 2*, F.G. Jacobs (ed.), Oxford 1982, 57-105.

Plug 1991
H.J. Plug, De 'overwegende-dat'-vorm, in: *Juridische argumentatie in analyse.* Opstellen over argumentatie en recht, F.H. van Eemeren en E.T. Feteris (red.), Groningen 1991, 121-132.

Van Poelje 1980
S.O. van Poelje, Wetgevingsleer: van reglementering tot normering, in: *Bestuurswetenschappen* 1980, 178-181.

Polak (CHF) 1976
C.H.F. Polak, Hulp voor de wetgever, in: *Nederlands Juristenblad* 1976, 909-913.

Polak (CHF) 1979
C.H.F. Polak, Ministeriële verantwoordelijkheid en verantwoording, in: *Bestuurswetenschappen* 1979, 1-20.

Polak (JEM) 1987a
J.E.M. Polak, Onrechtmatige wetgeving, preadvies, in: *Handelingen 1987 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, deel 1, tweede stuk, 101-194.

Polak (JEM) 1987b
J.E.M. Polak, antwoorden, in: *Handelingen 1987 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, deel 2, 53-62.

Polak 1979
J.M. Polak, Dient verandering te worden gebracht in de wijze van voorbereiding en totstandkoming van wetgeving?, preadvies, in: *Handelingen 1979 Nederlandse Juristen-Vereniging*, deel 1, tweede stuk, 7-62.

Polak 1980
J.M. Polak, Aandachtspunten voor de wetgever, in: *Bestuurswetenschappen* 1980, 275-279.

Polak 1981a
J.M. Polak, Advisering over wetgeving, in: *Raad van State 450 jaar*, 's-Gravenhage 1981, 273-292. Documentatie en literatuur hierbij in: *Raad van State 450 jaar Repertorium*, 's-Gravenhage 1983, 305-323.

Polak 1981b
J.M. Polak, onderschrift bij: Brenninkmeijer 1981, in: *Nederlands Juristenblad* 1981, 780.

Polak 1982
J.M. Polak, De Raad van State, in: *Problemen van wetgeving*, W.F. de Gaay Fortman (red.), Deventer 1982, 89-96.

Polak 1985
J.M. Polak, De adviezen van de Raad van State over wetgeving, in: *Non ex regula* (Van der Hoeven-bundel), Deventer 1985, 111-121.

Polak 1986
J.M. Polak, De Tweede Kamer en de kwaliteit van de wetgeving, in: *Nederlands Juristenblad* 1986, 151.

Polak 1988
J.M. Polak, Aanwijzingen voor of in de wetgeving? in: *Bestuurswetenschappen* 1988, 69-71.

Polak 1989
J.M. Polak, Anticiperen op de Algemene wet bestuursrecht, in: *Bestuurswetenschappen* 1989, 1-4.

Polak 1990
J.M. Polak, De handhaafbaarheid van wet- en regelgeving, in: *Nederlands Juristenblad* 1990, 599.

Polak 1992a
J.M. Polak, *Niet dan nadat.* Enkele beschouwingen over de adviezen van de Raad van State inzake wet- en regelgeving en hun doorwerking, aangeboden op 23 december 1992 door mr J.M. Polak 1992 ter gelegenheid van zijn afscheid als Staatsraad, Raad van State, Den Haag 1992.

Polak 1992b
J.M. Polak, De memorie van toelichting uitgelicht, in: *Nederlands Juristenblad* 1992, 643.
Postma 1985
A. Postma, *Het interpellatie- en vragenrecht van de Eerste en Tweede Kamer*, Groningen 1985.
Van der Pot/Donner/Prakke 1989
C.W. van der Pot en A.M. Donner, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, bewerkt door L. Prakke, m.m.v. J.L de Reede en G.J.M. van Wissen, twaalfde druk, Zwolle 1989.
Van der Pot/Donner/De Reede 1989
J.L. de Reede, bewerking gedeelte in: C.W. van der Pot en A.M. Donner, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, bewerkt door L. Prakke, m.m.v. J.L de Reede en G.J.M. van Wissen, twaalfde druk, Zwolle 1989, 209-371.
Van der Pot/Donner 1983
C.W. van der Pot, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, bewerkt door A.M. Donner, elfde druk, Zwolle 1983.
Prakke 1972
L. Prakke, *Toetsing in het publiekrecht*, proefschrift UvA, Assen 1972.
Prakke 1977
L. Prakke, De abortusconclusies van Veringa, in: *Nederlands Juristenblad* 1977, 945-951.
Prakke 1992
L. Prakke, Bedenkingen tegen het toetsingsrecht, preadvies, in: 122 *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 1992-I, 1-33.
Prechal en Heukels 1986
S. Prechal en T. Heukels, Algemene beginselen in het Nederlandse en het Europese recht: rechtsvergelijking en interactie (Nederlands rapport voor congres van Fédération Internationale du Droit Européen in 1986), in: 34 *SEW* 1986, 287-331.
Prechal en Heukels 1987
S. Prechal en T. Heukels, Algemene beginselen van Gemeenschapsrecht als toetssteen voor nationale wetgeving, in: *RegelMaat* 1987, 15-21.
Prins 1952
W.F. Prins, Inwerkingtreding van wetten, in: *RM Themis* 1952, 244-256.
Pröpper 1989
I.M.A.M. Pröpper, *Argumentatie in onderzoek en beleid.* Evaluatie-onderzoek naar de Wet Investeringsrekening en het gebruik ervan in het beleidsproces, proefschrift Twente, Enschede 1989.

Van Raalte 1960
E. van Raalte, Het interpellatierecht, in: *Opstellen aangeboden aan Prof. Mr Dr G. van den Bergh*, Alpen aan den Rijn 1960, p. 168-191.
Van Raalte/Bovend'Eert/Kummeling 1991
E. van Raalte, *Het Nederlandse Parlement*, bewerkt door P.P.T. Bovend'Eert en H.R.B.M. Kummeling, zevende druk, Den Haag 1991.
Rabe 1963
H.-J. Rabe, *Das Verordnungsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Hamburg 1963.
Rethorn 1976
D. Rethorn, Verschiedene Funktionen von Präambeln, in: *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, J. Rödig (Hrsg.), Berlin 1976, 296-327.
Reuvers 1986
M.R. Reuvers, Beginselen van behoorlijke wetgeving, in: *Fiscaal Weekblad FED* 1986, 3257-3262.
Riezebos 1992
C. Riezebos, Artikel 103, in: *De Grondwet*, P.W.C. Akkermans en A.K. Koekkoek (red.), Tweede druk, Zwolle 1992, 620-934.

Riezebos en De Vos 1992
C. Riezebos en P.L. de Vos, Artikel 73 tot en met Artikel 88, in: *De Grondwet*, P.W.C. Akkermans en A.K. Koekkoek (red.), Tweede druk, Zwolle 1992, 679-780.

Van Rijn van Alkemade 1993
J. van Rijn van Alkemade, Motivering van wetgeving, in: *Gemotiveerd gehuldigd* (Boeschoten-bundel), J.L.W. Sillevis Smit (red.), Zwolle 1993, 53-72.

Riphagen en Smitskam 1990
J. Riphagen en C.J. Smitskam, De betekenis van artikel 26 IVBPR voor de sociale verzekeringsrechtspraak, in: *NJCM-Bulletin* 1990, 401-428.

Roos 1987
N.H.M. Roos, *De Nederlandse privaatrechtsleer in dramatisch perspectief*, Groningen 1987.

De Ru 1993a
H.-J. de Ru, *De algemene wet gaat voor de bijzondere wet* - notitie over een nieuw wetgevingsbeleid, Achtergrondstudies Algemeen Wetgevingsbeleid, Ministerie van Justitie, Den Haag 1993.

De Ru 1993b
H-J. de Ru, Stimulerende wetgeving of stimulerend recht?, preadvies in: *Stimulerende wetgeving*, Verslag van het symposium, gehouden op 30 maart 1993 ter gelegenheid van de algemene ledenvergadering van de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, I. Kolhoop (red.), Alphen aan den Rijn 1993, 94-114.

Ruiter 1982
D.W.P. Ruiter, Wettelijke ombuiging en het vertrouwensbeginsel, in: *Bestuurswetenschappen* 1982, 24-31.

Ruiter 1987
D.W.P. Ruiter, *Bestuursrechtelijke wetgevingsleer*, Assen 1987.

De Ruwe 1957
J.T. de Ruwe, *De Eerste Kamer der Staten-Generaal*, proefschrift KUN, Nijmegen 1957.

Samkalden 1989
D. Samkalden, Wie toetst wat? Enkele opmerkingen bij het jaarverslag 1987-1988 van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten, in: *RegelMaat* 1989, 35.

De Savornin Lohman (WH) 1874
W.H. de Savornin Lohman, *De Nederlandsche staatswetten met aanteekeningen*, Groningen 1874.

De Savornin Lohman (O) 1988
O. de Savornin Lohman, Onrechtmatige doch niet onverbindende wetgeving, in: *RegelMaat* 1988, 2-9.

Schaper 1993
T. Schaper, Rechtstrijd over bier, wijn en koffie in de EG: motieven en motiveringen, in: *Gemotiveerd gehuldigd* (Boeschoten-bundel), J.L.W. Sillevis Smit (red.), Zwolle 1993, 217-229.

Scheffler 1974
H.-H. Scheffler, *Die Pflicht zur Begründung von Maßnahmen nach den europäischen Gemeinschaftsverträgen*, Berlin 1974.

Scheltema 1978
M. Scheltema, noot onder President Rechtbank Den Haag 3 oktober 1977, NJ 1978, 170.

Scheltema 1979
M. Scheltema, Dient verandering te worden gebracht in het proces van wetgeving?, preadvies, in: *Handelingen 1979 Nederlandse Juristen-Vereniging*, deel 1, tweede stuk, 63-134.

Scheltema 1982
M. Scheltema, Is het bestuur wetgever in eigen zaak?, in: *Problemen van wetgeving*, W.F. de Gaay Fortman (red.), Deventer 1982, 131-143.

Scheltema 1984
M. Scheltema, *De partijdige wetgever*, Deventer 1984.

Scheltema 1989a
M. Scheltema, noot onder Hoge Raad 14 april 1989 (Harmonisatiewet-arrest), NJ 1989, 469.
Scheltema 1989b
M. Scheltema, noot onder Hoge Raad 2 juni 1989, NJ 1989, 716.
Van Schendelen 1978
M.P.C.M. van Schendelen, De brave juristenkijk op wetgeving, in: *Nederlands Juristenblad* 1978, 833-835.
Schermers 1988
G. Schermers, Beleidscontrole door de afdeling rechtspraak op basis van het motiveringsbeginsel, in: *Bestuurswetenschappen* 1988, 5-17.
Schermers and Waelbroeck 1992
H.G. Schermers and D.F. Waelbroeck, *Judicial protection in the European Communities*, 5th edition, Deventer 1992.
Schmidt 1991
G. Schmidt, Artikel 190, in: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, H. von der Groeben e.a. (Hrsg.), Band 4, 4. Auflage, Baden-Baden 1991, 4974-4985.
Schokkenbroek 1990
J.G.C. Schokkenbroek, De margin of appreciation-doctrine in de jurisprudentie van het Europese Hof, in: *40 jaar Europees Verdrag voor de rechten van de mens*, A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek en J. van der Velde (red.), Leiden 1990, 41-58.
Schoonhoven 1991
M.J.M. Schoonhoven, *Provincierecht*, proefschrift OU, Lelystad 1991.
Schott 1971
E. Schott, *Der Begründungszwang für Akte der Exekutiven der Europäischen Gemeinschaften*, proefschrift Universität des Saarlandes, München 1971.
Schrans 1966
G. Schrans, De motiveringsplicht in het recht van de Europese Gemeenschappen, in: *Rechtskundig Weekblad* 1966, 281-302.
Schreuder-Vlasblom 1984
M. Schreuder-Vlasblom, De nieuwe Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek, in: *Nederlands Juristenblad* 1984, 750-756.
Schreuder-Vlasblom 1985
M. Schreuder-Vlasblom, bespreking van Van der Vlies 1984, in: *Nederlands Juristenblad* 1985, 324-326.
Schut 1988
G.H.A. Schut, Het betrekkelijke gezag van de Memorie van Toelichting, in: *RM Themis* 1988, 357-358.
Schuyt 1977
C.J.M. Schuyt, Problemen van wetgeving, in: *Beleid en Maatschappij* 1977, 186-197; ook opgenomen in: C.J.M. Schuyt, *Tussen macht en moraal*, Alphen aan den Rijn 1983, 173-192.
Schuyt 1988
C.J.M. Schuyt, De veranderende plaats van de Hoge Raad in de samenleving, in: *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle 1988, 297-333.
Schwarze 1992
J. Schwarze, *European Administrative Law*, London/Luxemburg, 1992.
Sebus 1984
G. Sebus, *Wetgevingstechniek en de toegankelijkheid van de wet voor de burger*, Post Scriptum Reeks, Deventer 1984.
Sieghart 1983
P. Sieghart, *The International Law of Human Rights*, Oxford 1983.
Simon 1993
H.J. Simon, *Publiekrecht of privaatrecht*, proefschrift VU, Zwolle 1993.

Simon 1988
H.J. Simon, noot onder Afdeling Rechtspraak 14 augustus 1988, AB 1988, 498.
Van der Sluijs 1977
H. van der Sluijs, Het parlementair recht van initiatief, in: *Ars Aequi* 1977, 539-549.
Slynn 1993
Lord Slynn of Hadley, Looking at European Community Texts, in: *Statute Law Review* 1993, 12-27.
Snijders-Borst 1985
H. Snijders-Borst, Het niet-erkende klassieke grondrecht, in: *Nederlands Juristenblad* 1985, 477-483.
Snyder 1993
F. Snyder, with the collaboration of Hans Somsen and Hendrik Duedahl Hoyer, Subsidiarity: an Aspect of European Community Law and its Relevance to Lesbians and Gay Men, in: *Homosexuality: a European Community issue* - Essays on Lesbian and Gay Rights in European Law and Policy, C. Waaldijk and A. Clapham (eds.), Dordrecht/Boston/London 1993, 221-246, 261-265.
Van Soest 1985
J. van Soest, Rechterlijke toetsing aan ongeschreven internationaal recht, in: *Non ex regula* (Van der Hoeven-bundel), Deventer 1985, 173-175.
Soeteman 1988
A. Soeteman, Over het concluderen van stuurders, in: *Tijdschrift voor Taalbeheersing* 1988, 202-208 (ook gepubliceerd in: *Juridische argumentatie in analyse* - Opstellen over argumentatie en recht, F.H. van Eemeren en E.T. Feteris (red.), Groningen 1991, 51-59).
Steindorff 1965
E. Steindorff, *La sauvegarde des droits privés et la procédure dans le droit des Communautés européennes*, Bruxelles 1965.
Stellinga 1953
J.R. Stellinga, *Grondtrekken van het Nederlands staatsrecht*, Zwolle 1953.
Stellinga 1973
J.R. Stellinga, *Grondtrekken van het Nederlands administratiefrecht*, tweede druk, Zwolle 1973.
Stellinga 1977
J.R. Stellinga, noot onder President Rechtbank Den Haag 3 oktober 1977, AB 377.
Strijbos 1985
J.F.M. Strijbos, *Opzegging van duurovereenkomsten*, Deventer 1985.
Stroink 1987
F.A.M. Stroink, De toepassing van het internationale recht door de Nederlandse (administratieve) rechter, preadvies, in: *Staatsrecht, buitenlandse betrekkingen en de internationale rechtsorde*, Staatsrechtconferentie 1986, Nijmegen 1987, 30-52.
Stroink 1993
F.A.M. Stroink, *Rechterlijke organisatie en rechtspraak in beweging*, Zwolle 1993.

Tak 1987
A.Q.C. Tak, Naar een Algemene wet bestuursrecht? in: *Bestuur* 1987, 174-179.
Teekens 1986
J. Teekens, Aantasting van het beginsel van het honoreren van verwachtingen, in: *RegelMaat* 1986, 33-34.
Teunissen 1988
J. Teunissen, Een bijzondere status voor organieke wetgeving, in: *RegelMaat* 1988, 49-50.
Thierfelder 1968
R. Thierfelder, *Die Entscheidung im EWG-Vertrag*, Hamburg 1968.

Thorbecke 1841
J.R. Thorbecke, *Aanteekening op de Grondwet*, deel I, nieuwe tweede uitgave, Den Haag 1841/1906.

Thornton 1987
G.C. Thornton, *Legislative Drafting*, Third edition, London 1987.

Tielman e.a. 1988
R.A.P. Tielman e.a., *Humanistisch perspektief*, Humanistisch Verbond, Utrecht 1988.

Timmermans 1973
C.W.A. Timmermans, *De administratieve rechter en beoordelingsvrijheden van bestuursorganen*, proefschrift Leiden, Leuven 1973.

Tjeenk Willink 1992
H.D. Tjeenk Willink, Inhoudelijk koningschap wordt op den duur kwetsbaar (gedeelte toespraak ter gelegenheid van het twaalfeneenhalfjarig regeringsjubileum van koningin Beatrix), in: *NRC-Handelsblad* 31 oktober 1992.

Tjittes 1988
R.P.J.L. Tjittes, Een mededelingsplicht voor een procespartij als tegemoetkoming aan een onredelijk bewijsrisico voor diens wederpartij, in: *Nederlands Juristenblad* 1988, 1128-1130.

Tomuschat 1981
C. Tomuschat, Normen publizität und Normenklarheit in der Europäischen Gemeinschaft, in: *Europäischen Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit*, W.G. Grewe e.a. (Hrsg.), Baden-Baden 1981, 461-480.

Tonnaer 1987
F.P.C.L. Tonnaer, discussiebijdrage, in: *Handelingen 1987 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, deel 2, 43-45.

Troper 1978
M. Troper, La motivation des décisions constitutionnelles, in: *La motivation des décisions de justice*, Etudes publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, Bruxelles 1978, 287-302.

Vedung 1987
E. Vedung, Rational Argumentation and Political Deception, in: *Argumentation: Across the Lines of Discipline*, Proceedings of the Conference on Argumentation 1986, F.H. van Eemeren e.a. (eds.), Dordrecht 1987, 353-364.

Veegens 1977
D.J. Veegens, Bij de gratie Gods, in: *Nederlands Juristenblad* 1977, 233-236.

Veegens/Korthals Altes/Groen 1989
D.J. Veegens *Cassatie in burgerlijke zaken*, derde druk bewerkt door E. Korthals Altes en H.A. Groen, Zwolle 1989.

Veerman 1986
G.J. Veerman, *De lengte van de wetgevingsprocedure*, WODC, Ministerie van Justitie, 's-Gravenhage 1986.

Van der Velden 1988
W.G. van der Velden, *De ontwikkeling van de wetgevingswetenschap*, een rechtstheoretisch onderzoek, proefschrift RUU, Lelystad 1988.

In 't Veld/Koeman 1985
J. in 't Veld, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, derde druk door N.S.J. Koeman, Zwolle 1985.

Veldstra 1958
J. Veldstra, Het in werking treden der wetten, in: *Nederlands Juristenblad* 1958, 817-824.

Veltman 1989
J. Veltman, Het passeren van procedurele gebreken. Artikel 6.2.14 Awb in rechtsvergelijkend perspectief, in: *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 1989, 33-40.

Vening Meinesz 1856
S.A. Vening Meinesz, *Geschiedenis der staatsregtelijke bepalingen betrekkelijk de vervaardiging van wetten en algemene beginselen die hierbij behooren te gelden*, proefschrift UvA, 1856.

Verheij 1990
N. Verheij, Naar een wetboek van bestuursrecht, in: *Publiekrechtelijke bewegingen*, A.W. Heringa en N. Verheij (red.), Deventer 1990, 83-102.

Vermeulen 1992
B.P. Vermeulen, Artikel 6, in: *De Grondwet*, P.W.C. Akkermans en A.K. Koekkoek (red.), Tweede druk, Zwolle 1992, 106-145.

Verrijn Stuart 1989
H. Verrijn Stuart, Kort van memorie. Voorstel van zedelijkheidswetgeving, verval van wetgevingscultuur, in: *Nemesis* 1989, 1-5.

Vierdag 1973
E.W. Vierdag, *The concept of discrimination in international law*, proefschrift UvA, Den Haag 1973.

Visscher 1986a
G. Visscher, Het vragenrecht, in: *Het parlement in aktie*, H.M. Franssen e.a. (red.), Assen/Maastricht 1986, 203-249.

Visscher 1986b
G. Visscher, Vertraging in het wetgevingsproces, in: *RegelMaat* 1986, 47-52.

Van der Vlies 1984
I.C. van der Vlies, *Het wetsbegrip en de beginselen van behoorlijke regelgeving*, proefschrift UvA, Vuga, 's-Gravenhage 1984.

Van der Vlies 1987
I.C. van der Vlies, *Handboek wetgeving*, Zwolle 1987.

Van der Vlies 1989
I.C. van der Vlies, Verhouding tot andere wetgeving, in: *Handboek Algemene Wet Bestuursrecht*, N.S.J. Koeman e.a. (red.), losbladig, Samsom, Alphen aan den Rijn 1988, supplement 1989 (gedeeltelijk gewijzigd door supplement 1993), onderdeel II-4.1.

Van der Vlies 1991
I.C. van der Vlies, *Handboek wetgeving*, tweede druk, Zwolle 1991.

Van der Vlies 1993
I.C. van der Vlies, *Grenzen aan het recht*, Zwolle 1993.

Voermans en Van Dijk 1992
W.J.M. Voermans en P.C.H. van Dijk, De Memorie van Toelichting uitgelicht (verslag studiebijeenkomst Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid 27 mei 1992), in: *RegelMaat* 1992, 82-85.

Vondeling 1976
A. Vondeling, *Tweede Kamer: lam of leeuw?*, Amsterdam 1976.

Vondeling 1977
A. Vondeling, Het bekrachtigen van een initiatiefontwerp, in bijzonder de abortus betreffende, in: *Socialisme en Democratie* 1977, 449-465.

Voorduin 1837
J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken*, deel I, eerste stuk, Utrecht 1837.

De Vries 1979
L. de Vries, discussiebijdrage, in: *Handelingen 1979 Nederlandse Juristen-Vereniging*, deel 2, 54-56.

Vrij 1931
Zedeloosheid in geschriften — en motiveering in arresten, in *Weekblad van het Recht*, 23 mei 1931, nr. 12282, p. 8.

Vucsán 1993
R.L. Vucsán, Bestuursrecht, in: *Katern Ars Aequi* 1993, 2217-2221 en 2265-2269.

Waaldijk (LT) 1963
L.T. Waaldijk, *Motivering van strafvonnissen*, proefschrift RUU, Utrecht/Nijmegen 1963.

Waaldijk 1984
C. Waaldijk, Het onbruik van de considerans, in: *Bestuurswetenschappen* 1984, 406-415.

Waaldijk 1985
C. Waaldijk, *Wetgevingswijzer*, Lelystad 1985 (tweede ongewijzigde druk: 1987).

Waaldijk 1987a
C. Waaldijk, Kritiek op de Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek, in: *RegelMaat* 1987, 2-8.

Waaldijk 1987b
C. Waaldijk, Over Legisprudentie, in: *RegelMaat* 1987, 146-147.

Waaldijk 1987c
C. Waaldijk, Can we Require Legislatures to State the Reasons for their Legislative Decisions? in: *Argumentation: Analysis and Practices*, (volume 3B of) Proceedings of the Conference on Argumentation 1986 (University of Amsterdam, June 1986), F.H. van Eemeren e.a. (eds.), Dordrecht 1987, 110-118.

Waaldijk 1987d
C. Waaldijk, Rechtsvraag Homohuwelijk, in: *Ars Aequi* 1987, 431-432 en 644-650.

Waaldijk 1988
C. Waaldijk, Verplichte wetsmotivering in het licht van de argumentatieleer, in: *Tijdschrift voor Taalbeheersing* 1988 (themanummer 'Argumentatie en recht'), 195-201.

Waaldijk 1991a
C. Waaldijk (inleiding), *Grondwet*, derde druk, Lelystad 1991.

Waaldijk 1991b
C. Waaldijk, Een motiveringsplicht bij wetgeving: discussieregel en rechtsnorm, in: *Juridische argumentatie in analyse* - Opstellen over argumentatie en recht, F.H. van Eemeren en E.T. Feteris (red.), Groningen 1991, 41-50.

Waaldijk 1991c
C. Waaldijk, De heteroseksuele exclusiviteit van het huwelijk na Hoge Raad 19 oktober 1990, in: *Ars Aequi* 1991, 47-56.

Waaldijk 1991d
C. Waaldijk, Misverstanden over uitzonderingen (Waarom uitzonderingen in een Algemene wet gelijke behandeling onvermijdelijk zijn), in: *De Gay Krant*, 1991, 6 april en 4 mei.

Waaldijk 1992a
C. Waaldijk, Zó niet getrouwd: hetero-huwelijk en bovenwettelijk discriminatieverbod, in: *Homoseksualiteit en recht*, M. Moerings en M. Mattijssen (red.), Arnhem 1992, 63-96.

Waaldijk 1992b
C. Waaldijk, Vrij samen. Over het advies van de commissie-Kortmann inzake de vrijwillige registratie van leefvormen, in: *RegelMaat* 1992, 43-49.

Waaldijk 1992c
C. Waaldijk, discussiebijdrage, in: 122 *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 1992-II, 64-66.

Waaldijk 1993
C. Waaldijk, The Legal Situation in the Member States, in: *Homosexuality: a European Community issue* - Essays on Lesbian and Gay Rights in European Law and Policy, C. Waaldijk and A. Clapham (eds.), Dordrecht/Boston/London 1993, 71-130.

Waaldijk en Tielman 1984
C. Waaldijk en R.A.P. Tielman, *Grondrechtenafweging en de wet gelijke behandeling*. Een model en een toepassing, Publikatiereeks Homostudies Utrecht, Utrecht 1984; in verkorte versie, onder de titel: 'Een model voor de afweging van botsende grondrechten', ook gepubliceerd in: *NJCM-bulletin* 1984, 208-228.

De Waard 1987
B.W.N. de Waard, *Beginselen van behoorlijke rechtspleging*, met name in het administratief procesrecht, proefschrift RUU, Zwolle 1987.

Warner 1978
J.-P. Warner, General report, in: *Due process in the administrative procedure*, conference, Fédération Internationale du Droit Européen, 1978.

Watson 1985
J.S. Watson, Het gelijkheidsbeginsel in de Grondwet 1983, 1985, in: *Interpretatie in het staatsrecht*, P.W.C. Akkermans en C.J. Bax (red.), Rotterdam 1985, 13-44.

Wattel 1990
P.J. Wattel, De juridische betekenis van uitlatingen van bewindslieden bij de totstandkoming van (belasting)wetgeving, in: *Fiscaal Weekblad FED* 1990, 967-987.

Weinberger 1989
O. Weinberger, *Rechtslogik*, 2. Auflage, Berlin 1989.

Wertheim 1935
W.F. Wertheim, Kernvragen van wetgeving, in: *Rechtskundige opstellen* (Meyers-bundel), Zwolle 1935, 716-792.

Wiarda 1986
G.J. Wiarda, *Rechterlijke voortvarendheid en rechterlijke terughouding bij de toepassing van de Europese Conventie tot Bescherming van de Rechten van de Mens*, Den Haag 1986.

Wiebenga 1986
J.G.C. Wiebenga, De Tweede Kamer, in: *Het proces van wetgeving tussen politieke wens en juridische techniek*, rapport Teldersstichting, 's-Gravenhage 1986, 17-32.

Wiener 1969
C. Wiener, La motivation des décisions adminsitratives en Droit comparé, in: *Revue Internationale de Droit Comparé* 1969, 779-795.

Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 1993
H.D. van Wijk, *Hoofdstukken van administratief recht*, achtste druk, bewerkt door W. Konijnenbelt en R.M. van Male, Utrecht 1993.

Van Wijnbergen 1984
S.F.L. Baron van Wijnbergen, *De wetgever in opspraak*, Zwolle 1984.

Van Wijnen 1975
H.A. van Wijnen, *Van de macht des Konings*, Amsterdam 1975.

Winkel 1992
L.C. Winkel, Lasten en bevelen, reactie op C.W. Dubbink, met naschrift Dubbink, in: *Nederlands Juristenblad* 1992, 827-828.

Winter en Schuiling 1991
H.B. Winter en K. Schuiling, Sturen in de mist, in: *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 1991, 201-206.

De Winter 1986a
R. de Winter, Parlementair stelsel vergt openhartige regeringsvoorlichting, in: *Nederlands Juristenblad* 1986, p. 557.

De Winter 1986b
R.E. de Winter, Het ontwerp Wet openbare manifestaties en de grondwettelijke toedeling van bevoegdheden, in: *Nederlands Juristenblad* 1986, 1082-1085.

De Winter 1988
R. de Winter, De wet openbare manifestaties, in: *Publiek Domein* 1988, 92-94.

De Winter 1989
R. de Winter, Madness of the system, in: *RegelMaat* 1989, 46-49.

Witteveen 1985
W.J. Witteveen, Heersende ficties, in: *Staatkundig Jaarboek 1985*, Amsterdam 1985, 163-184.

Witteveen 1988a
W.J. Witteveen, *De retoriek in het recht*. Over retorica en interpretatie, staatsrecht en democratie, Zwolle 1988.

Witteveen 1988b
W.J. Witteveen, De taal van de wetgever. De wet moet spreken, maar hoe? in: *Meesterlijke taal*, lustrum-bundel Jonge Balie Utrecht, Zwolle 1988, 3-17.

Van Woerkum 1988
C.M.J. van Woerkum, Wetgeving en communicatie als beleidsinstrument: een integrerende benadering, in: *Bestuurswetenschappen* 1988, 322-336.

Zwaak 1987
L. Zwaak, noot onder Europese Hof voor de rechten van de mens 17 oktober 1986 (Rees-zaak), in: *NJCM-Bulletin* 1987, 545-559.

Aangehaalde rapporten en adviezen

Advies over organieke wetgeving
Advies van de Raad voor het Binnenlands Bestuur, Den Haag 1987.

Advies over de wetsprocedure
Advies van de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten, Den Haag 1992.

Algemene bepalingen van administratief recht
Rapport van de commissie inzake algemene bepalingen van administratief recht, Vereniging voor Administratief Recht, vijfde druk, Alphen aan den Rijn 1984.

Draaiboek voor de wetgeving
Systematische beschrijving van de procedure, Ministerie van Justitie, Tweede druk, Den Haag 1989.

Gelijk in de praktijk
Rapport van de Interdepartementale Juridische Werkgroep Gelijkheidsbeginsel (IWEG), Ministerie van Justitie, Den Haag 1990.

Nota inzake het grondwetsherzieningsbeleid
Kamerstukken II 1973/74, 12944 nr. 2.

Orde in de regelgeving
Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken, Staatsuitgeverij, 's-Gravenhage 1985.

Rapport van de bijzondere commissie Vraagpunten
Staatkundige, bestuurlijke en staatsrechtelijke vernieuwing, Kamerstukken II 1990/91, 21427 nr. 3.

Verkenning van enige problemen rond wetgeving
Rapport van de werkgroep ad-hoc, Kamerstukken II 1978/79, 15454 nr. 1

Voorontwerp Eerste Tranche
Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht. Eerste deel, Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht, Sdu, Den Haag 1987.

Voorontwerp Derde Tranche
Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht. Derde tranche, Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht, Sdu, Den Haag 1991.

Voortvarend wetgeven
Kabinetsstandpunt naar aanleiding van het advies van de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten over de wetsprocedure, 28 oktober 1993, Kamerstukken II, 1993/94, 23462 nr. 1.

Wetgevingstechniek
Rapport van een commissie uit de Vereniging voor Administratief Recht, Haarlem 1948.

Zicht op wetgeving
Beleidsplan van het kabinet voor de verdere ontwikkeling en uitvoering van het algemeen wetgevingsbeleid, Kamerstukken II 1990/91, 22008 nr. 2.

Register van trefwoorden, namen, regelgeving en jurisprudentie

Dit register bevat onder meer alle aangehaalde *jurisprudentie* (Afdelingen rechtspraak en geschillen van bestuur, Centrale Raad van Beroep, Europese Hof en Europese Commissie voor de rechten van de mens, Hof van Justitie Europese Gemeenschappen, Hof Den Haag, Hoge Raad, Koninklijke besluiten en Rechtbanken) en alle aangehaalde *regelgeving*, waarbij artikelgewijs verwezen wordt naar Algemene wet bestuursrecht, EG-Verdrag, Europees Verdrag voor de rechten van de mens, Grondwet en Reglement van Orde van de Tweede Kamer, en aanwijzing-gewijs naar de Aanwijzingen voor de regelgeving. Onnauwkeurigheden in de paginanummers (zowel technisch als menselijk onvermijdelijk) blijven meestal beperkt tot +1 of —1.

aanhangigmaking initiatiefvoorstel, motivering van 198, 201, 354

aanhangigmaking regeringsvoorstel, motivering van
bij ministerraad 191-192, 350-351, 368
bij Raad van State 190-192, 198-200, 351, 368

aanneming, motivering van 100-101, 243-244
Aanwijzingen inzake aangelegenheden van de ministerraad 116, 191
Aanwijzingen inzake de toetsing van ontwerpen van wet (1985) 209, 217
Aanwijzingen inzake de wetgevingstechniek (1972) 180
Aanwijzingen inzake externe adviesorganen 95
Aanwijzingen inzake procedureregels (1985) 106, 107, 231, 240, 241
Aanwijzingen inzake terughoudendheid met regelgeving (1984) 176, 189, 207, 209

Aanwijzingen voor de regelgeving
afwijking van — 216-217, 220-222, 380-382
karakter 22-23, 33, 43, 176-177, 216-217, 220-222, 248, 273, 359, 367-369, 380-381, 386
aanwijzing 4 107, 222, 381
aanwijzing 5 216, 217, 222-223, 380, 381
aanwijzing 6 209, 217
aanwijzing 7 188, 207, 209, 217, 379
aanwijzing 8 209
aanwijzing 9 209, 210
aanwijzing 11 209
aanwijzing 12 210
aanwijzing 13 210
aanwijzing 14 210
aanwijzing 15 210, 212
aanwijzing 16 217
aanwijzing 18 210, 211, 213, 273
aanwijzing 22 216
aanwijzing 23 168, 216
aanwijzing 24 216
aanwijzing 26 216

(*vervolg — Aanwijzingen voor de regelgeving*)
aanwijzing 27 216
aanwijzing 28 216
aanwijzing 29 204
aanwijzing 49 10, 216, 266, 270, 272, 347, 357
aanwijzing 67 190-193
aanwijzing 74 204
aanwijzing 92 214, 215
aanwijzing 102 204
aanwijzing 106 198
aanwijzing 107 183
aanwijzing 109 137
aanwijzing 118 131, 181, 184
aanwijzing 119 182, 184, 350
aanwijzing 161 204, 209
aanwijzing 165 204, 214-215
aanwijzing 166 215
aanwijzing 167 10, 215
aanwijzing 169 215
aanwijzing 192 194
aanwijzing 193 135
aanwijzing 209 240
aanwijzing 211 190-191, 198, 306, 351
aanwijzing 212 26, 74, 204-218, 222-223, 306
aanwijzing 213 93, 220-222, 226, 259, 306, 348
aanwijzing 214 193-195, 306, 373
aanwijzing 215 210, 259-260, 306
aanwijzing 216 210, 306
aanwijzing 217 193-194, 204-205, 374
aanwijzing 226 185-186
aanwijzing 229 204
aanwijzing 231 242
aanwijzing 248 241
aanwijzing 253 230, 240
aanwijzing 258 221, 226
aanwijzing 275 233
aanwijzing 289 230
aanwijzing 293 230, 232, 374
aanwijzing 294 242-243
aanwijzing 297 246
aanwijzing 300 106, 227
aanwijzing 344 218

Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek (1984) 130-132, 137, 176, 180-182, 190, 198, 207, 214, 239, 290
Aanwijzingen wetgevingsvraagstukken (1985) 216
Abma, H. 79, 83, 85

acceptatie 3, 29, 40, 44, 91, 105, 169, 182, 201, 238, 241, 246, 261, 279, 293, 302, 303, 309, 310, 336, 354, 365, 366, 370
administratief recht 2-4, 266-272, 300-318, 334-337, 361-367

advies
afwijking van — 92-100, 219-225, 302, 348, 380-382
bevoegdheid tot het vragen van — 94-98, 348

Advies over de wetsprocedure, Toetsingscommissie 204-205, 227-228
Advies over organieke wetgeving, Raad Binnenlands Bestuur 264
adviesorganen, Aanwijzingen inzake externe 95
adviseren 16, 93-96, 176, 177, 189, 218-221, 328, 348, 381
advisering door Raad van State 19, 39-44, 92-100, 192-195, 198-200, 222-226, 234, 246, 258-259, 348, 352, 375-376

Afdeling geschillen van bestuur Raad van State
27 december 1988 (AB 1989, 106) 301
Afdeling Rechtspraak Raad van State
31 juli 1979 (Ars Aequi 1980: 186) 140
15 oktober 1986 (AB 1987, 382) 308
14 augustus 1987 (AB 1988, 498) 215
30 januari 1989 (AB 328) 307
4 december 1990 (AB 1991, 597) 310
Afdeling Rechtspraak Raad van State, Voorzitter
15 augustus 1985 (Ars Aequi 1987: 405) 132, 247

afkondiging 41, 98, 128-135, 172, 349

afwijking, motivering van
van Aanwijzingen voor de regelgeving 216-217, 220-222, 380-382
van advies 92-100, 219-225, 302, 348, 380-382
van algemene wet 216-217, 220-221, 260-279, 347-348, 380-382
van Grondwet 75, 154-156, 172

Agt, A.A.M. van 111, 115
Akkermans, P.W.C. 131-138, 158-161, 164, 167, 181-184, 247
Alexy, R. 6, 7, 42, 43
Algemene bepalingen van administratief recht, VAR-rapport 92, 274, 275, 301, 303
algemene wet, afwijking van 216-217, 220-221, 260-279, 347-348, 380-382

Algemene wet bestuursrecht
Aanpassingswet 271
afwijking van — 10, 221, 249, 252, 254, 266-279, 347-348, 382
Derde tranche 3, 316-317, 384
artikel 1:1 122
artikel 3:1 22, 316
artikel 4:16 9, 27, 300, 316
artikel 4:17 2, 301-303, 316-317
artikel 4:18 2, 301-302, 316
artikel 4:20 93, 219, 302, 316
artikel 6:22 305
artikel 8:72 305

Algemene wet gelijke behandeling 31, 162, 166, 208, 224, 232
Alkema, E.A. 48, 50, 51, 61, 64, 140, 157

amendement
motivering van 240-243, 354-355
ter wijziging van considerans 137, 185, 370, 371

amicus curiae 377
Angeren, J.A.M. van 283-287, 295, 296
Anjou, L.J.M. d' 13
anterior-conforme interpretatie 278
argumentatiecultuur 6, 116, 119
argumentatieleer 6-8, 39-45, 360-361
Arnull, A. 73
artikelgewijs 204, 205, 242, 354, 374, 375, 385, 439

Bagehot, W. 16, 17, 111, 112
Bake, C. 129, 184
Bakker, M. 162, 163
Bakker, R.E. 18, 19, 22, 199, 204, 207-209, 211, 213, 214, 223, 245, 281
Barendrecht, J.M. 6-7, 20-21, 29, 43, 54, 56, 71, 151, 197, 235, 283, 294-297, 314, 359, 377-378, 384
Bates, T.St.J.N. 125
Bax, C.J. 2, 143
Beaufort, W.H. de 226
Bebr, G. 322, 323, 326, 333
beëdiging 75, 146, 148, 150
Beek, H.L. van der 215
Beers, A.A.L. 80, 82-84, 87, 88, 90, 92, 141
beginselconforme interpretatie 37, 143, 278, 359, 360

beginselen
van behoorlijk bestuur 19, 20, 27, 276, 284-288, 297, 300, 304
van behoorlijke regelgeving 34, 51, 282, 288-291, 297
van behoorlijke wetgeving 11, 194, 250, 281-286, 292, 296-297, 340, 386
rechts- 1, 7, 10, 19-20, 62, 71, 72, 138-144, 150, 152, 154, 156, 163, 165, 175, 211, 216, 260, 265, 278-282, 293-297, 307, 311-314, 319, 341, 347, 358-360, 386-387

begrotingstoelichting 86, 117, 188, 289
beheersing van macht 336, 365, 366, 387
behoorlijk bestuur, beginselen van 19, 20, 27, 276, 284-286, 288, 297, 300, 304
behoorlijke regelgeving, beginselen van 34, 51, 282, 288-291, 297
behoorlijke wetgeving, beginselen van 11, 194, 250, 281-286, 292, 296, 297, 340, 386
bekendmaking 128, 131-138, 267, 268, 273-276, 301, 302, 313, 316, 326, 358, 372
Bekendmakingswet 131, 135, 137, 182, 221, 258, 267, 316, 382

bekrachtiging
motivering van — 246, 352
motivering van weigering van — 77, 102-110, 246, 352

beleidsnota 188
beleidsregels 37, 136, 137, 176, 177, 206, 273-276, 302, 303, 305, 315, 326, 358, 372
Belinfante, A.D. 21, 26
Bell, J. 278
Bellekom, Th.L. 50-53, 57, 61
Bennion, F. 125, 235
Bentil, J.K. 249
beperking van grondrechten 47-61, 154-156, 166-172, 342-345, 383
beraadslaging in de ministerraad 114-117, 191-192, 350-351
beraadslaging in de Staten-Generaal 119-127, 226-245, 354
Berge, J.B.J.M. ten 2, 72, 92, 219, 264, 265, 269, 270, 308, 317, 318
Beroepswet 265
beschaving 1, 6, 7

beschikkingen
van Nederlands bestuursorgaan 2-4, 22, 142, 286, 288, 291, 293, 295, 297, 299-305, 336-337
van instelling Europese-Gemeenschap 73, 188, 318-327, 329, 334, 336-337

bestuur, motiveringsplichten van het 2-4, 44, 300-318, 334-337
bestuurlijke regelgeving 305-318
bestuursrecht 2-4, 266-272, 300-318, 334-337, 361-367
betwijfelde rechtmatigheid 150, 151, 153, 341, 342, 382
Biesheuvel, M.B.W. 5
Bijloos, A.W.M. 28, 58, 216, 267, 270, 272, 284, 303-304, 307
Bijzondere commissie Vraagpunten, Rapport 189, 227, 228
bijzondere wetten 4, 35, 216, 221, 249, 252, 253, 258, 260, 264, 268-270, 276-279, 358-359, 384
Block, A.L. de 102, 103, 109, 134
Boas, S. 135, 185
Boekhorst, M.G. 140, 144, 147
Boele-Woelki, K. 189, 194, 206, 233
Boer, J. de 205
Boer, M.M. den 159, 161, 164, 165, 241
Bok, A.J. 187, 248-250, 263, 311, 314, 315, 317
Bokma, J. 261, 269
Bolt, H. 305
Boon, P.J. 102, 130, 134-135, 168, 182, 186, 189, 193, 201-202, 223, 229, 248-249, 252, 258-260
Borman, C. 185, 194, 195, 211, 212, 214, 217, 220
Bosch Kemper, J. de 101
Bosch, Th.W. van den 105
Boukema, P.J. 218
Bovend'Eert, P.P.T. 76, 95, 106, 112, 117, 123, 125, 185, 198, 206, 218, 226, 227, 229, 241, 244, 245
Bracke, N.E. 332
Brandhof, J.C.E. van den 199
Brenninkmeijer, A.F.M. 66, 68, 187, 335
Brinkhorst, L.J. 80, 88, 115
Brits recht (*zie Verenigd Koninkrijk*)
Broek, H. van den 146, 188
Bruinsma, F. 190, 202, 227
Brunner, C.J.H. 200, 244
Brussee, R. 297

Buijs, J.T. 76, 78-80, 101, 102, 121-126, 149, 198, 201
Bureau wetgeving Tweede Kamer 240, 369
Burg, F.H. van der 21, 134, 140, 194-195, 205, 215, 249, 252, 270, 385
Burg, V.A.M. van der 197, 205, 264
Burg, W. van der 386
Burgerlijk Wetboek 4, 5, 27, 31, 70, 196, 215, 231
Burke, E. 125
Burkens, M.C. 48-50, 53, 79, 155-164, 166, 171, 172, 218, 232, 233, 235, 237, 240, 245, 261
Buuren, P.J.J. van 18, 141, 248-250, 252, 266, 267, 273, 276, 283, 296, 304, 305, 311-315

Cals, J.M.L.Th 114
Castberg, F. 53, 62

Centrale Raad van Beroep
31 oktober 1935, (AB 1936, p. 168) 310
23 december 1960 (Rechtspraak Sociale Verzekeringen 1961, 25) 301
18 februari 1975 (AB 243) 142
31 december 1980 (AB 1981, 248) 311
19 juli 1984 (AB 1985, 396) 308
6 januari 1987 (AB 300) 308
19 mei 1987 (AB 1988, 566) 308
5 januari 1988 (Rechtspraak Sociale Verzekeringen 1988, 104) 65
6 juli 1989 (Tijdschrift voor Ambtenarenrecht 201) 141, 152
28 februari 1990 (AB 233) 66, 378
17 juli 1991 (AB 622) 67
14 november 1991 (Tijdschrift voor Ambtenarenrecht 239) 308

Cohen, M.J. 18, 22, 25, 26, 28, 245, 281, 307
Colenbrander, H.T. 129, 133, 135

College van Beroep voor het bedrijfsleven
2 juli 1971 (AB 237) 311
15 juni 1988 (AB 570) 308

Comité voor de rechten van de mens
9 april 1987, Broeks (Rechtspraak Sociale Verzekeringen, 245) 64
9 april 1987, Danning (Rechtspraak Sociale Verzekeringen 1988, 201) 64-66

Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten 86, 132, 136, 204, 205, 220, 227, 228, 374
Commissie Wetgevingsvraagstukken, Rapport *Orde in de regelgeving* 168, 216, 226
Comptabiliteitswet 257-259, 262, 263, 290
considerans 128-138, 179-187, 349-350, 369-372
Constantinesco, L.J. 326
Constitutie van 1806 102, 128, 243
contra legem 20, 359, 360

Court of Appeal
Pickin v British Railways Board [1972] 152

Crombag, H.F.M. 25, 26
Cross, R. 278

Daig, H.-W. 323
Dale, Van 24, 119
Damen, L.J.A. 76, 85-87, 92, 120, 192, 200, 203, 237, 283
debat op hoofdlijnen 228, 234, 353
decentralisatiebeginsel 170, 212, 217, 219, 347, 382, 383, 387
deelorganen van de wetgever 13-17, 21, 30-35, 76-127
Dekker-van Bijsterveld, S.C. den 155, 171
delegatie 17, 35, 167-172, 216, 294, 344, 383, 387
democratie 7, 17, 18, 20, 49-52, 54, 56, 58, 59, 62, 77, 119, 156, 165, 253, 273, 343, 347, 358, 361, 367, 386, 387
departementale voorbereiding 16-17, 190-191
deregulering 176, 189, 207, 209
détournement de pouvoir 49, 53, 62, 284, 310, 343
Dijk, P. van 20, 47, 50-55, 58, 59, 63, 64, 69, 71, 145
Dijk, P.C.H. van 78, 193, 195, 196, 198, 202, 204, 205, 208, 231, 233, 384
discretionaire bevoegdheid 22, 35, 50, 163, 168, 175, 273, 288, 303-304, 319, 322, 333-336, 363-367
discriminatieverbod 5, 35, 51, 62-68, 73, 156-166, 210-213, 284, 290, 294, 307-308, 324, 345-347, 382-383, 387
doelcriteria 52-61, 166-172, 342-345
doel-middel-argumentatie 207-209, 379-380
doelstelling, vermelding van 52-54, 170-172, 206-207, 287-290, 294-296, 340-341, 369-372, 379
Dölle, A.H.M. 83, 175, 176, 181, 283
Dolman, D. 113
Dommering, E.J. 21, 314, 315
Donner, A.M. 16, 81, 85, 86, 91, 102, 114, 123, 125, 132, 133, 148, 157, 159, 161, 164, 169, 175, 176, 224, 227, 244, 301, 305, 324
Draaiboek voor de wetgeving 10, 97, 185, 189-193, 198, 199, 222-223, 229, 231, 234-241, 246
Drees, W. 82, 162
Dubbink, C.W. 129, 133, 135, 136
Duk, W. 8, 22, 25, 27, 223, 300, 303-305

Eemeren, F.H. van 6, 7, 39, 42
eerbiedigende werking 215

Eerste Kamer
- behandeling initiatiefvoorstellen 127, 236, 354, 368
- bevoegdheid tot het vragen van advies 94-98, 348
- deelorgaan van de wetgever 14-17, 35
- motivering van wetsvoorstellen bij — 235-239, 373-376
- openbaarheid 120-122
- Reglement van Orde 88-89, 100, 127, 176, 236, 243, 273
- toetsing wetsvoorstellen 148-149, 230-241, 244-245
- verwerping wetsvoorstellen 100-101, 218, 244-245, 384
- voorbereidend onderzoek 188, 230-241, 373

effecten, vermelding van 209-211, 380
effectiviteit 28, 29, 216, 287, 387

EG-Verdrag
artikel 3b 10, 330-333
artikel 30 72
artikel 34 72
artikel 36 27, 72-73, 345
artikel 48 72-73, 345
artikel 90 188
artikel 119 5
artikel 169 188
artikel 170 188
artikel 173 334
artikel 174 334
artikel 177 188, 334
artikel 184 334
artikel 189b 327, 331
artikel 198c 331
artikel 190 72, 318-335
artikel 215 334
artikel 235 332

Eijlander, Ph. 20, 273
eindverslag 227, 229, 233, 236, 237, 239
Elout, C.Th. 129
Elzinga, D.J. 19
Engle, G. 203, 278
Enschedé, Ch.J. 25, 26, 29
Erskine May 197
Europees Handvest inzake lokale autonomie 347

Europees Verdrag voor de rechten van de mens
kwalitatief wetsbegrip 51
artikel 5 57
artikel 6 3, 52
artikel 7 215
artikel 8 49-61, 72, 342-344
artikel 9 49-61, 72, 342-344
artikel 10 49-61, 72, 178, 342-344
artikel 11 49-61, 72, 342-344
artikel 12 4
artikel 14 49, 62-65, 68, 345-346
artikel 18 49, 52-53, 62, 343
artikel 19 55
artikel 28 71
artikel 47 71
artikel 57 69
Eerste Protocol 50, 52
Tweede Protocol 52
Vierde Protocol 52
Zevende Protocol 52

Europese Commissie voor de rechten van de mens
2 april 1973 (Yearbook XVI, p. 168) 3
16 juli 1981 (Decisions and reports 1982, p. 241) 3

Europese Economische Ruimte 71, 382-383

Europese Gemeenschap
beschikkingen 318-326
discriminatieverbod 5, 73, 323-324
motiveringsplicht instellingen 4, 317-337
Resolutie Redactionele kwaliteit communautaire wetgeving 327, 329, 333
richtlijnen 29, 182, 318, 327, 334
verordeningen 327-334
vrij verkeer 71-74, 345, 362-365, 382-383
(*zie ook Hof van Justitie*)
(*zie ook EG-Verdrag*)

Europese Hof voor de rechten van de mens
27 juni 1968, *Wemhoff* (A.7) 57
23 juli 1968, *Belgische taal* (A.6) 62, 63
8 juni 1976, *Engel* (A.22) 64
7 december 1976, *Handyside* (A.24) 48, 53, 55-57
6 september 1977, *Klass* (A.28) 48
26 april 1979, *Sunday Times* (A.30) 50, 51, 55, 57, 58
13 juni 1979, *Marckx* (A.31) 60
22 oktober 1981, *Dudgeon* (A.45) 57-59
24 oktober 1983, *Silver* (A.67) 48
23 november 1983, *Van der Mussele* (A.70) 62
2 augustus 1984, *Malone* (A.82) 50
28 november 1984, *Rasmussen* (A.87) ·63
18 december 1984, *Bozano* (A.111) 53
22 maart 1985, *Barthold* (A.90) 59
28 mei 1985, *Abdulaziz* (A.94) 58, 60, 64
21 februari 1986, *James* (A.98) 64
17 oktober 1986, *Rees* (A.106) 60, 61
28 oktober 1987, *Inze* (A.126) 62-64
18 december 1987, *F. tegen Zwitserland* (A.128) 48
24 maart 1988, *Olsson* (A.130) 58
24 mei 1988, *Müller* (A.133) 57
21 juni 1988, *Ärzte für das Leben* (A.139) 60
26 oktober 1988, *Norris* (A.142) 56, 59
22 mei 1990, *Weber* (A.177) 59
22 mei 1990, *Autronic* (A.178) 59
25 maart 1992, *B. tegen Frankrijk* (A.232-C) 60
26 maart 1992, *Beldjoudi* (A.234-A) 56, 57
22 april 1992, *Rieme* (A.226-B) 57
25 juni 1992, *Thorgeirson* (A.239) 57
24 september 1992, *Herczegfalvy* (A.244) 51
16 december 1992, *Niemietz* (A.251-B) 57
16 december 1992, *Hadjanastassiou* (A.252) 3
25 februari 1993, *Funke* (A.256-A) 48, 53
25 februari 1993, *Crémieux* (A.256-B) 48, 53
25 februari 1993, *Miailhe* (A.256-C) 48, 53
23 juni 1993, *Hoffmann* (A.255-C) 63
24 juni 1993, *Schuler-Zgraggen* (A.263) 64
30 juni 1993, *Sigurjónsson* (A.264) 57

Europese Unie 35, 150, 318, 330
evenredigheid 51, 56, 57, 60, 62-64, 67, 171, 172, 212, 304, 330, 332, 343-345, 367
expalantory memorandum 197

Faber, S. 80, 85, 88, 90, 91
Fairlie, H. 17
Fasseur, C. 223
Fawcett, J.E.S. 52
Fernhout, R. 92
Feyerabend, P. 9
financiële gevolgen 210, 259, 262
Financiële-verhoudingswet 1984 257, 258, 260, 262, 277, 290
Flier, P.J. van der 132
Flinterman, C. 147
Florijn, N.A. 6, 209, 334
Forder, C.J. 60, 61
formeel wetsbegrip 11
Franssen, H.M. 102, 106, 126, 198
functies van motivering(splichten) (*zie motieven voor motiveringsplichten*)
Fuss, E.-W. 324

Gaay Fortman, B. de 104-106, 112
Gaay Fortman, W.F. de 80, 112, 160, 162, 182, 184, 223
Gaudenzi, S. 322, 326, 334
Geelhoed, L.A. 21
Gelijk in de praktijk, Rapport 27, 68, 157-159, 165, 166, 212, 213
gelijkheidsbeginsel 5, 35, 51, 62-68, 73, 156-166, 210-213, 284, 290, 294, 307-308, 324, 345-347, 382-383, 387
gemeen overleg 29, 76-110, 126, 129, 134, 245, 246
Gemeentewet 83, 221, 257-269, 272, 277-279, 308-309, 347, 357, 382, 384
generalis-conforme interpretatie 35, 278, 279, 358, 359
Geppaart, Ch.P.A. 169
Gerbranda, Tj. 149, 155
Gerbrandy, S. 194
gevolgen van een motiveringsgebrek 304-305, 310-318, 334, 355-360
geweldloosheid 387
gewijzigd voorstel van wet 232, 234, 240
gewijzigde memorie van toelichting 36, 225, 232, 234, 235, 237, 375, 376, 385
gewoonterecht 175-177
gewoonterechtelijke motiveringsplichten 175-246, 359-360
Gilhuis, P.C. 281
Gilsdorf, P. 334
Goorden, C.P.J. 264, 272
Graaf, Th.C. de 191, 281
Grabitz, E. 326
Groen, H.A. 2
Groenendaal, J. 130, 131, 133, 179, 181, 182, 184
Groenman, L.S. 188

grondrechten
beperking 47-61, 154-156, 166-172, 342-345, 383
discriminatieverbod 5, 35, 51, 62-68, 73, 156-166, 210-213, 284, 290, 294, 307-308, 324, 345-347, 382-383, 387
sociale grondrechten 48, 155-156, 218
vrijheidsrechten 47-61, 71-74, 154-156, 166-172, 342-345

Grondwet
afwijking van — 75, 154-156
toetsing aan — 138-144, 148-154, 356
artikel 1 63, 67-68, 155-166, 169, 212-213, 261, 282, 290, 346-347
artikel 2 155
artikel 4 155
artikel 5 94
artikel 6 155, 166-172, 344
artikel 7 155, 166-172, 344
artikel 8 27, 155, 166-172, 344
artikel 9 155, 166-172, 344
artikel 10 86, 155
artikel 11 155
artikel 12 155
artikel 13 155
artikel 14 155, 166-172, 344
artikel 16 215
artikel 18 155
artikel 19 155
artikel 20 155
artikel 21 155
artikel 22 155
artikel 23 155
artikel 32 75, 146, 148, 150, 341
artikel 37 75, 146, 148, 150, 341
artikel 38 148
artikel 42 14, 76, 79, 110-113, 348-351, 373
artikel 45 110, 114-119, 177, 350
artikel 46 15
artikel 47 78, 110, 201
artikel 49 75, 116, 146, 148, 150, 341
artikel 51 14
artikel 60 75, 120, 147-150, 341
artikel 65 114, 118
artikel 66 119-122, 142, 231, 373
artikel 67 119, 122-125
artikel 68 76-92, 118, 126, 142, 191, 203, 211, 227, 231, 235, 237, 352-356, 368, 373-374, 380, 386
artikel 69 81, 119, 126
artikel 71 118-119, 125
artikel 72 88, 122, 133, 273
artikel 73 15-16, 92-95
artikel 75 94
artikel 79 92, 94
artikel 80 99-100, 142, 381

(*vervolg — Grondwet*)
artikel 81 11-15, 76, 102, 110, 126, 128, 130, 134-136, 177, 245, 250-256, 259, 293, 348, 351, 356, 362, 373
artikel 82 14-15, 78, 110, 193, 200, 256
artikel 83 14-15, 78
artikel 84 14-15, 78, 110, 256
artikel 85 14-15, 100, 119, 126, 236, 354, 368
artikel 86 14-15, 110, 246, 256
artikel 87 14, 100, 102, 105-110, 141, 256, 356
artikel 88 128, 132-133, 136, 221, 267, 372
artikel 89 12
artikel 90 146-147, 341
artikel 91 47, 75, 145, 154
artikel 92 47
artikel 93 145
artikel 94 139-145, 151, 287, 341, 378, 385
artikel 103 75, 154-155, 166, 172
artikel 105 78, 117
artikel 107 155-156, 221, 272, 348
artikel 110 77, 121-122, 231, 351, 373
artikel 120 11, 20-21, 100, 116, 120, 138-144, 149, 250, 254, 277-278, 341, 356, 359
artikel 121 2, 25, 122
artikel 124 12, 156, 269, 347
artikel 125 155
artikel 127 155
artikel 129 155
artikel 132 221
artikel 133 12
artikel 137 75
artikel 138 12, 75
artikel 140 142, 197
artikel 142 12, 75, 154
additioneel artikel XI 131, 148
additioneel artikel XVII 131
additioneel artikel XIX 76, 100, 109-110, 126-138, 148, 179, 181, 245, 267, 285, 349, 351, 372
additioneel artikel XX 132
additioneel artikel XXI 131-132

Grondwet van 1814 128, 129
grondwettelijke motiveringsplichten 75-173, 356
grondwetsconforme interpretatie 37, 143, 251, 257, 260, 261, 263, 266, 277, 278, 357
Grondwetsherzieningsbeleid, Nota inzake het 152
Groot-Brittannië (*zie Verenigd Koninkrijk*)
Grootendorst, R. 39, 42
Gualthérie van Weezel, L. 6
Guépin, J.P. 6, 7

Haan, P. de 14, 18, 22, 92, 190
Haardt, W.L. 241
Haersolte, R.A.V. Baron van 251
Hagelstein, G.H. 83, 84, 122, 229
harmonisatie 22, 23, 216, 266, 332

Harmonisatiewet (Studiefinanciering) 20, 140-144, 152, 197, 314, 360
Hartley, T.C. 326, 335
heerschappij van de wet 16, 18, 349, 361
heersend onderscheid 36, 166, 347
Heida, A. 4
Helfer, L.R. 58
Helmstrijd, F.A. 182
Hen, C. 322, 326, 333
Hennekens, H.Ph.J.A.M. 247, 248, 260
Herdegen, M. 334
Heringa, A.W. 12, 48, 49, 80, 95, 140-144, 148, 150, 155-158, 168-170, 172, 218, 281, 305
Heukels, T. 72, 318
Hirsch Ballin, E.M.H. 8, 10, 18-19, 21, 143-144, 157-159, 161-164, 199, 205, 293, 314
Hoekstra, R.J. 112, 116, 117, 191, 192
Hoeven, J. van der 12, 13, 16, 21, 78, 92, 112, 119, 149, 175, 193, 258, 384

Hof Den Haag
4 april 1985 (AB 410) 306, 439

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
11 februari 1955 (4/54) 328
21 maart 1955 (6/54) 328
20 maart 1957 (2/56) 318, 321, 325, 328
20 maart 1959 (18/57) 325
10 mei 1960 (3-18 en 25-26/58) 321
15 juli 1960 (36-38 en 40/59) 322, 326
4 juli 1963 (24/62) 321, 325, 326
15 juli 1963 (34/62) 318, 326
16 december 1963 (18/62) 327, 328
1 december 1965 (16/65) 319, 320
8 februari 1966 (8/65) 318
13 maart 1968 (5/67) 288, 327, 328, 335
9 juli 1969 (1/69) 320
15 juli 1970 (41/69) 321, 322
14 juli 1972 (48/69) 320
14 juli 1972 (52/69) 320
14 juli 1972 (55/69) 321
11 januari 1973 (13/72) 319, 320
21 februari 1973 (6/72) 322
20 juni 1973 (80/72) 328, 329
20 februari 1975 (12/74) 26
26 november 1975 (73/74) 320
30 november 1978 (87/78) 327-329
22 maart 1979 (134/78) 329
12 juli 1979 (166/78) 328, 329
27 september 1979 (230/78) 325
8 november 1979 (251/78) 72
18 maart 1980 (154, 205-206, 226-228 en 263-264/78 en 31, 39, 83 en 85/79) 328
29 oktober 1980 (209-215 en 218/78) 321, 322
14 januari 1981 (819/79) 319
7 juli 1981 (158/80) 325, 329, 334
26 november 1981 (195/80) 320
3 maart 1982 (14/81) 318, 321, 322

(*vervolg — Hof van Justitie*)
15 september 1982 (106/81) 334
30 september 1982 (114/81) 327
28 oktober 1982 (292-293/81) 328
17 maart 1983 (294/81) 320, 323, 325, 326
11 mei 1983 (244/81) 327
17 januari 1984 (43 en 63/82) 322
21 februari 1984 (86/82) 321, 322
29 februari 1984 (37/83) 327, 329
28 maart 1984 (8/83) 319
16 mei 1984 (9/83) 320
25 oktober 1984 (185/83) 321
14 november 1984 (323/82) 322
13 maart 1985 (296 en 318/82) 319, 325
20 maart 1985 (41/83) 319
3 juli 1985 (3/83) 327
19 september 1985 (172 en 226/83) 319, 320, 329
19 september 1985 (63 en 147/84) 328
22 januari 1986 (250/84) 321, 327-329
13 mei 1986 (170/84) 5, 73
26 juni 1986 (203/85) 321, 325
1 juli 1986 (185/85) 319
23 september 1986 (5/85) 319
12 maart 1987 (178/84) 26
26 maart 1987 (45/86) 325
7 april 1987 (32/86) 319, 325
15 oktober 1987 (222/86) 73
20 oktober 1987 (119/86) 318
23 februari 1988 (131/86) 320, 325
25 februari 1988 (238/86) 319
7 juli 1988 (55/87) 325, 327, 328
15 maart 1989 (303/87) 321
2 mei 1990 (C-27/89) 321, 327, 328
24 januari 1991 (C-27/90) 318
19 maart 1991 (C-202/88) 325
7 mei 1991 (C-69/89) 324, 325, 329
7 april 1992 (C-358/90) 321, 322
4 juni 1992 (C-181/90) 319, 325
17 november 1992 (C-271, 281 en 289/90) 325, 332
7 juli 1992 (C-295/90) 334
1 april 1993 (C-260 en 261/91) 323

Hof van Justitie, President
1 februari 1984 (1/84) 323

Hoge Raad
23 februari 1868 (Weekblad van het Recht 2995) 249
25 november 1912 (Weekblad van het Recht 9419) 141
27 maart 1922 (Weekblad van het Recht 10856) 254
9 januari 1924 (Weekblad van het Recht 11173) 254
28 november 1950 (NJ 1951, 137) 89
6 maart 1959 (NJ 1962, 2) 140
22 maart 1960 (NJ 274) 89

(*vervolg — Hoge Raad*)
27 januari 1961 (NJ 1963, 248) 141
26 maart 1971 (AB 135) 142, 278
15 juni 1976 (NJ 1977, 99) 186
12 april 1978 (NJ 1979, 533) 20, 142
7 maart 1979 (NJ 319) 215, 308
4 juni 1982 (NJ 1983, 32) 4, 10
10 december 1982 (NJ 1983, 687) 5
27 april 1984 (NJ 513) 67
4 maart 1986 (NJ 612) 197
16 mei 1986 (AB 574) 295, 306, 308, 310, 312-314, 317
27 juni 1986 (NJ 1987, 726) 315
12 december 1986 (NJ 1988, 188) 53
18 december 1987 (NJ 1988, 844) 54, 56
8 juli 1988 (NJ 1990, 448) 67
14 april 1989 (NJ 469) 20, 140-144, 152, 197, 314, 360
2 juni 1989 (NJ 716) 306, 307
9 juni 1989 (NJ 718) 141, 197
27 september 1989 (AB 1990, 90) 67
6 juni 1990 (Beslissingen in Belastingzaken 1990, 212) 66
19 oktober 1990 (NJ 1992, 129) 61, 67, 152, 378
30 september 1992 (AB 1993, 2) 66-68, 236, 356, 378
19 februari 1993 (AB 305) 141
4 juni 1993 (NJ 659) 2

Hogendorp, Th.J. 129
Hollander, H.J. den 284, 296
Holterman, T. 9, 43, 158, 159

homorecht
Algemene wet gelijke behandeling 31, 162, 166, 208, 224, 232
discriminatieverbod 5, 157, 162-166, 212, 347, 383
huwelijk 31, 61, 67, 152, 378, 383
seks 56-59, 230-231, 344

Hoof, G.J.H. van 50-55, 58, 59, 63, 64, 69, 71
Hoogenboom, T. 120, 192, 200, 203, 237, 283

Hooggerechtshof Hawaii
5 mei 1993, Baehr v Lewin 383

House of Lords
Beswick v Beswick [1968] 235
British Railways Board v Pickin [1974] 152
Pepper v Hart [1992] 125

Huijsen, J. 169
Huisman, K.J. 187
Huizer, A. 284, 290, 296
Huls, N. 190, 202, 227
Humanistisch Verbond 7

idealen van het recht 386, 387
ieder verbindende bepalingen 3, 12, 22, 69, 73, 136, 137, 140, 143-147, 266, 305, 307-310, 315-317, 345, 355, 359, 372, 386
indiening, motivering van 77-79, 197-225, 351-352
initiatiefwetgeving 13, 15, 36, 95-98, 103-109, 126-127, 188, 198-201, 222, 224, 226-229, 351-354, 368, 376, 381

inlichtingenplicht van ministers
jegens kamerleden 76-77, 79-92, 118, 151, 191, 203, 226-229, 231, 235, 237, 351-354, 368-369, 384-386
jegens Koning(in) 110-113, 350

Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten 49, 64, 65, 67, 68, 215, 346

interpretatie
anterior-conforme 278
beginselconforme 37, 143, 278, 359, 360
generalis-conforme 35, 278, 279, 358, 359
grondwetsconforme 37, 143, 251, 257, 260, 261, 263, 266, 277, 278, 357
systematische 279
superior-conforme 37, 143, 251, 257, 260, 261, 263, 266, 277-279, 357, 359, 360
verdragsconforme 37, 278
wetshistorische 28, 31, 34, 125, 194-197, 234-235

intrekking wetsvoorstel, motivering van 77, 246, 352
inwerkingtreding 32, 128, 132, 133, 232, 287, 318, 339
Ipsen, H.P. 326

Jeukens, H.J.M. 14, 119, 124, 140, 143, 149
Joliet, R. 326
Jong, F.J. de 25
Jong, H.W.C.J. 254
Jong, J.P. de 194, 204, 205, 297, 384
Jurgens, E.C.M. 16, 18, 21, 25, 80, 83, 91, 104-106, 135, 205, 231, 282, 333, 370

Kabinet der Koningin — 108
Kappeyne van de Coppello, A. 87, 90, 92, 105
Kapteyn, P.J.G. 140, 322, 323
Kelsen, H. 251
kenbaarheid 1, 9, 24-28, 36, 39-40, 48, 58-59, 118-120, 136, 150, 158, 208, 275, 277, 291-292, 295-297, 300, 303-304, 307, 309, 313, 344, 346, 358, 361, 377, 387
Kerkhofs, T.H.E. 183, 240, 242
Kistenkas, F.H. 26, 289
Klaauw, C.A. van der 146
Kleijkers, R.M.M. 125
Koekkoek, A.K. 170
Koeman, N.S.J. 16, 301, 305
Kokkini-Iatridou, D. 189, 194, 206, 233
Konijnenbelt, W. 11, 12, 18, 30, 92, 170, 202, 205, 244, 247, 250-253, 264, 265, 269, 274-279, 281, 301, 307, 314, 369, 384

Koning(in)
deelorgaan van de wetgever 14-17, 35
inlichtingenplicht ministers jegens — 110-113, 350
Kabinet der — 108
koninklijke boodschap 77-78, 109, 198, 200-203, 208, 224, 226, 379
nader rapport gericht tot — 224-225, 381
onschendbaarheid 110-113
rechten van de constitutionele — 16-17, 110-113
en wetsformulier 129, 134-135, 185, 371-372

Koninklijk besluit
10 januari 1974 (AB 259) 301
3 april 1935 (Staatsblad 171) 306
7 december 1989 (AB 1990, 262) 306

koninklijke boodschap 77-78, 109, 198, 200-203, 208, 224, 226, 379
Koopmans, T. 11, 16-18, 20, 48, 181-182, 184, 283, 287-292, 295-297, 335, 359, 377-378, 383
Kors, A. 132
Korte-van Hemel, V.N.M. 107
Kortenhorst, B.M. 2
Korthals Altes, E. 2
Kortmann, C.A.J.M. 15, 18, 78, 83, 86-91, 94, 99, 102, 106, 110, 112, 115-117, 126, 128, 135, 140, 143-145, 147, 150, 155, 157, 159, 161, 164, 167-170, 181-182, 191, 194, 199-201, 206, 227, 283, 287, 289, 291-292, 296-297, 309, 383
Kovar, R. 326
Kranenburg, R. 14, 79, 80, 123, 248, 249
Kreveld, J.H. van 199, 274, 278, 279, 283, 292, 294-297, 305, 306, 384
Kroes, M. 149, 155
Kummeling, H.R.B.M. 48, 53, 92, 94-96, 106, 123, 155, 172, 185, 198, 206, 218-219, 226-227, 229, 241, 244-245, 305
Kwaadsteniet, W. de 115
kwalitatief wetsbegrip 51

Lange, R. de 8, 55
Lasswell, H.D. 196
last, verbod van 119, 124, 125
Lauwaars, R.H. 322
leefbaarheid 387
Leeuwen, B.H.A. van 5, 6, 26
legaliteitsbeginsel 18-20, 255, 361
legisprudentie 22, 23, 36, 175, 176, 207, 211, 215, 273, 297, 340, 384
Lester, A. 71
lex anterior 254
lex generalis 35, 99, 122, 252, 278-279, 358-359
lex posterior 248, 252-254, 257-258, 278, 357-358
lex specialis 99, 122, 248, 252-253, 258, 278, 358
lex superior 37, 253, 278-279
Lindner, Th.J.M. 28, 58, 267, 270, 272, 284, 303-304, 307
Lindo, C. 225, 233
literatuur 281-297, 340
Loenen, M.L.P. 157, 159, 164, 166
Louis, J.-V. 326, 333

Maanen, C.F. van 129
Maarseveen, H.Th.J.F. van 11-12, 16, 20, 31, 66, 76, 92, 93, 103-104, 106, 108, 110, 143, 149, 166, 194, 197, 281, 305
Maas, H.H. 283, 284, 297, 320, 322, 326
MacDonald, R.St.J. 56, 58
Mahoney, P. 69
Male, R.M. van 8, 11, 18, 30, 32, 47-48, 53, 68, 92, 172, 189-190, 199, 207-208, 248, 250, 253, 274-275, 283, 293-297, 301, 303-316, 335, 384
Mann, C.J. 319-320, 322, 326, 334
margin of appreciation 54-61
Martens, S.K. 2
Mattijssen, A.A. 5
Mazel, R.G. 216
Meer, J.H.B. van der 48, 155, 171, 172
memorie van antwoord 193, 202-203, 219, 225-226, 229-239

memorie van toelichting
als interpretatie hulpmiddel 28, 31, 34, 126, 194-197, 234-235
geschiedenis 78, 198
in Verenigd Koninkrijk 126, 197, 234-235
inhoud van — 193-197, 202-222, 368-369, 379-383
is verplicht 198-201, 351-352, 368-369
pleidooi voor 'gewijzigde —' 224-225, 230-234, 372-376

Mens, K.L.H. van 148
mensenrechten (*zie grondrechten*)
Meulen, B.M.J. van der 140, 304, 305, 314, 315
Mierlo, H.A.F.M.O. van 152, 153
minister van justitie 104, 195, 208, 212, 377
ministeriële verantwoordelijkheid 76-79, 110, 348-353
minister-president 111, 115, 131, 132, 137, 176, 177, 220, 221, 372, 380, 386

ministerraad
Aanwijzingen inzake aangelegenheden van de — 116, 191
motivering van aanhangigmaking wetsvoorstel bij — 191-192, 350-351, 368
Reglement van Orde 15, 115-117, 176, 191, 192, 246, 368

Mok, M.R. 307, 313, 314, 317
Moor-van Vugt, A.J.C. de 4
motie 41, 91, 369, 383, 386
motief 24-28, 36
motief-afhankelijke regels 27, 28, 52, 71-73, 336, 343, 345

motieven voor motiveringsplichten
bestuur 2, 303-304, 309-310, 336, 365-367
EG-instellingen 324-326, 333, 336,
rechter 2
wetgever 6-11, 268-277, 287-295, 365-367

motivering 24-28, 36

motiveringsplichten
als algemeen beginsel 1-11, 299, 334-337, 360-365
in de argumentatieleer 6-8, 39-45, 360-361
van het bestuur 2-4, 44, 300-318, 334-337
van EG-instellingen 4, 317-337
van particulieren 4-6
van de rechter 1-4, 25, 44, 361-365

Mulder, A. 202
Mulder, L. 158, 160-162
Munck, C. de 306
Munro, C.R. 153

nader rapport 41, 93, 97-100, 214-217, 222-226, 230-234
Nederlandse Juristen-Vereniging 11, 20, 215, 310, 312, 314, 376
Net, B.J. van der 283
neven-wetgeving 37, 193, 195, 197
Nicolaï, P. 19, 26, 94, 273-276, 300-305
niet-bekrachtiging, motivering van 77, 102-110, 246, 352
non-tekstuele wijziging 36, 230-234, 373, 375
noodtoestand 75, 172
Nota inzake het grondwetsherzieningsbeleid 152
nota naar aanleiding van verslag 225-226, 229-234, 236-239
nota van wijziging 185, 225, 229, 232, 234, 239, 240
Nowak, M. 64

O'Donnell, Th.A. 58
objective and reasonable justification 5, 27, 62-66, 83, 212, 213, 233, 236, 326, 345, 384
Oliver, D. 126, 235
Oliver, P. 72
onmiddellijke werking 215, 290

onschendbaarheid
parlementaire — 125-126
van de Koning(in) 110-113
van wetten 11, 18-21, 138, 140-144, 254, 361, 365

onzelfstandige functie van het motiveringsbeginsel 307, 314-315, 355-356
Oostenbrink, J.J. 19, 283
Oosting, M. 305
openbaar ministerie 378
openbaarheid 6, 15, 17, 19, 22, 26, 27, 36, 69, 77, 82-84, 97-99, 101, 103, 106, 109, 116-123, 142, 146, 149, 167-171, 176, 182, 190, 210, 224-226, 231, 233, 264, 272, 290, 333, 351, 373, 378, 381
openheid 387
Opsahl, T. 53, 62
Orde in de regelgeving, Rapport Commissie Wetgevingsvraagstukken 168, 216, 226
organieke wetgeving 264, 265, 269
Organieke wetgeving, advies Raad Binnenlands Bestuur 264
Ouchterlony, T. 53, 62
Oud, P.J. 14, 19, 25, 78-82, 91-92, 102, 104, 108-109, 112, 120, 123, 126, 129, 133-135, 138, 143, 145, 148, 183, 185, 201, 222, 227, 229, 242, 244, 248-249, 252

overgangsrecht 10, 43, 51, 214, 215, 286, 287, 290, 294, 296, 307, 310, 323, 336, 383, 387
Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek 215
Overhoff, R.W. 212
overleg in Staten-Generaal 118-127
overleg tussen Koning(in) en ministers 110-113, 350
overleg tussen ministers 114-117, 350-351
overleg tussen regering en Staten-Generaal 76-110, 351-355

parlementaire onschendbaarheid 125-126
Patijn, S. 80, 81, 88
Paulusma, M. 238, 245
Perelman, Ch. 2
Pescatore, P. 324
Pessers, D. 166
Pippel, J.G. 185, 198
Plato 24, 28
plenaire beraadslaging 30, 226, 228-230, 233, 234, 236-238, 240, 241, 243, 244, 353, 370, 386
Plender, R. 324
Plug, H.J. 184
Poelje, S.O. van 283, 284
Polak, C.H.F. 11, 76, 85
Polak, J.E.M. 11, 312, 314, 315
Polak, J.M. 19, 93, 103, 106, 187, 194, 199, 204-207, 211, 214, 247-248, 266-267, 271, 281-286, 292-296, 305
politieke controle 326, 333, 365
politieke controleerbaarheid 366
positieve verplichtingen 60-61
Postma, A. 79-81, 83, 85-90
Pot, C.W. van der 81, 85, 86, 91, 102, 123, 125, 132, 148, 157, 159, 161, 164, 169, 175, 176, 227, 244
Prakke, L. 20, 75, 85-86, 91, 102-106, 112, 123, 125, 132, 143, 148-149, 169, 175-176, 227, 244, 248-249
Prechal, S. 72, 318
primaat van de wet 18, 212, 215, 218, 361, 382
primaat van het recht 24, 385
Prins, W.F. 178, 179, 248, 249
privaatrecht 4-6, 367
probleemstelling 31-33
procedureregels (1985), Aanwijzingen inzake 105, 107, 231, 240, 241
procesrecht 1-4, 25, 44, 361-365
Pröpper, I.M.A.M. 42
Provinciewet 258, 260, 262, 264, 266, 268, 269, 272, 347, 357, 382
pseudo-grondwetgeving 37, 136, 137, 177, 194, 247, 258, 260, 268, 272-278, 358-359, 372

quorum 119, 122-124

Raad van Europa 71, 344
  Comité van Ministers 4, 68, 71
  lidstaten 58-60, 344
  Parlementaire Vergadering 69
  Secretaris-Generaal 68, 69

Raad van State
advisering 19, 39-44, 92-100, 192-195, 198-200, 222-226, 234, 246, 258-259, 348, 352, 375-376
geen deelorgaan van de wetgever 15-16
motivering aanhangigmaking voorstelen bij — 190-192, 198-200, 351, 368
toetsing van wetsvoorstellen 11, 22-23, 68, 148-151, 369, 384
Wet op de — 92-100, 122, 151, 193, 223-227, 258-259, 341, 348, 381
(*zie ook Afdeling geschillen van bestuur*)
(*zie ook Afdeling rechtspraak*)

Raad voor het binnenlands bestuur 264, 268, 269, 277, 278
Raalte, E. van 79, 95, 106, 123, 185, 198, 206, 218, 226, 227, 229, 241, 244, 245
Rabe, H.-J. 324
Rapport bijzondere commissie Vraagpunten 189, 227, 228
rapportage-verplichting 69

Rechtbank Den Bosch, President
16 juli 1982 (NJCM-bulletin 1982: 334) 5
Rechtbank Den Haag
13 mei 1987, *omroepen-Staat* (85/6026, ongepubliceerd) 141
Rechtbank Den Haag, President
3 oktober 1977 (NJ 1978, 170) 249-251
5 januari 1983 (Kort Geding 39) 254
31 juli 1984 (Kort Geding 231) 306
26 juni 1986 (AB 575) 314
16 juni 1988 (Kort Geding 271) 314
16 maart 1989 (Kort Geding 155) 306, 315
19 september 1990 (Kort Geding 321) 141, 142, 278
Rechtbank Haarlem, President
19 december 1988 (Kort Geding 1989, 68) 141
Rechtbank Rotterdam, President
29 januari 1986 (Kort Geding 154) 141

rechter, motiveringsplichten van de 1-4, 25, 44, 361-365
rechterlijke controle 73, 322, 326, 365, 366, 387
rechtmatigheid, motivering van 211-219, 340-347, 382-383
rechtmatigheidstwijfel 150, 151, 153, 341, 342, 382
rechtsbeginselen 1, 10, 20, 143, 144, 163, 175, 282, 296, 297, 311, 313, 347, 360, 386
rechtsgeleerde schrijvers 281-297
rechtsstaat 7, 19, 20, 85
rechtsvergelijking 1-11, 209, 299-337, 361-365
rechtszekerheidsbeginsel 18, 31, 48-49, 51, 62, 138, 141, 152, 156, 176, 195, 208, 211-215, 218, 253, 273-279, 284-287, 290, 292, 294, 307, 310, 358, 361, 367, 382-383, 387
rechtvaardiging, objectieve en redelijke 5, 27, 62-66, 83, 212, 213, 233, 236, 326, 345, 384
Redactionele kwaliteit wetgeving (Resolutie Raad Europese Gemeenschap) 327, 329, 333
redelijkheid 8, 48, 56, 62, 67, 81, 87, 158, 164, 284, 290, 295, 308, 346, 387
Reede, J.L. de 21, 26, 157, 159, 161, 164
regeerakkoord 43, 117, 188, 207, 245
regelgeving, bestuurlijke 305-318
regelgevingsrecht 14, 19-24, 27, 32-33, 37-38, 43, 153, 245, 265, 292-295, 339, 342, 358, 361-362, 376, 385
regeringsbeleid 111, 114-117, 177, 191, 350

Reglement van Orde Raad van Ministers 15, 115-117, 176, 191, 192, 246, 368
Reglement van Orde Eerste Kamer 88-89, 100, 127, 176, 236, 243, 273

Reglement van Orde Tweede Kamer (versie 1993)
artikel 29 228, 234
artikel 33 89
artikel 38 122
artikel 40 228
artikel 73 243
artikel 91 228, 234
artikel 92 228
artikel 94 228-231, 234, 236, 373-374
artikel 96 240-242, 354
artikel 97 243
artikel 101 135, 228
artikel 102 135, 228
artikel 103 135, 185
artikel 106 137
artikel 107 100, 235
artikel 108 100
artikel 114 193, 198, 368
artikel 116 126
artikel 117 100
artikel 118 127, 236
artikel 133 89
artikel 134 89
artikel 151 226

relevant and sufficient reasons 57, 343, 384
repugnancy stipulation 249
Rethorn, D. 182, 183
Reuvers, M.R. 182
richtlijnen Europese Gemeenschap 29, 182, 318, 327, 334
Richtlijnen voor de wetgevingstechniek (1951 en 1954) 180
Riezebos, C. 77, 99, 102, 103, 106, 127, 132, 172
Rijn van Alkemade, J. van 31, 32, 384
Riphagen, J. 64, 65
Roethof, H.J. 107, 108, 128, 131
Roos, N.H.M. 281
Ru, H.-J. de 206, 210, 216, 273
Ruiter, D.W.P. 12, 15, 255, 276, 286, 287, 294, 295
Ruwe, J.T. de 238, 243-246

Samkalden, D. 281
Savornin Lohman, O. de 311, 315
Savornin Lohman, W.H. de 100-101
Schagen, J.A. van 198
Schaper, T. 26, 72
Scheffler, H.-H. 4, 318, 324, 326, 333
Scheltema, M. 17, 18, 141, 249-251, 281, 305-307
Scheltema-de Nie 242
Schendelen, M.P.M. van 11
Schermers, G. 305

Schermers, H.G. 318, 322, 325
Schmidt, G. 326
Schokkenbroek, J.G.C. 52, 54, 55, 58, 59
Schoonhoven, M.J.M. 262
Schott, E. 322, 323, 326, 335
Schrans, G. 322
Schreuder-Vlasblom, M. 215, 283, 288, 291-293, 295-297, 306, 384
Schuiling, K. 209, 211
Schut, G.H.A. 196
Schuyt, C.J.M. 7, 14, 206
Schwarze, J. 4, 25, 28, 326, 333
Sebus, G. 131-137, 181, 194, 283
seksuele gerichtheid 5, 31, 56-61, 67, 152, 157, 162-166, 212, 224, 230-232, 344, 347, 378, 383
Sieghart, P. 53
Simon, H.J. 5, 184, 215, 314, 315
Simons, D. 147, 148
slotformulier 129, 133, 135, 136
Sluijs, H. van der 104-106
Slynn of Hadley, Lord 321
Smitskam, C.J. 64, 65
Snijders-Borst, H. 206, 283
Snyder, F. 332
sociale grondrechten 48, 155, 156, 218
Soest, J. van 140
Soeteman, A. 40
specialiteitsbeginsel 309
specifieke uitkeringen 262
Spek, A.G. van der 102
spreiding van macht 156, 387
Staatkundige, bestuurlijke en staatsrechtelijke vernieuwing 189, 227, 228
staatsbelang 83-86
staatsrecht 14, 33, 75, 78, 89, 103, 155, 175, 176, 253, 293, 383-385
Staatsregeling van 1798 101, 128, 135, 243
Staatsregeling van 1801 101, 243
Staatsregeling van 1805 102, 243
staatssecretaris 15, 36, 37, 81, 110, 148, 150, 306
Statuut voor het Koninkrijk 19, 139, 148, 154, 185-186, 197, 247, 279
Steindorff, E. 333
Stellinga, J.R. 80, 248, 250
Sterkenburg, P.G.J. 24, 119
Stoffelen, P.R. 261, 264
Strijbos, J.F.M. 5
Stroink, F.A.M. 2, 140
subsidiariteitsbeginsel 10, 60, 62, 217, 261, 330, 332
superior-conforme interpretatie 37, 143, 251, 257, 260, 261, 263, 266, 277-279, 357, 359, 360

Tak, A.Q.C. 2, 127, 248, 249, 299, 363
Teekens, J. 214
tekstuele wijziging 36, 37, 96, 155, 230-234, 254, 373, 375
terughoudendheid met regelgeving, Aanwijzingen inzake 176, 189, 207, 209
terugwerkende kracht 10, 43, 51, 214-215, 286-287, 290, 294, 296, 307, 310, 323, 336, 383, 387
Teunissen, J. 264
Thierfelder, R. 326

Thorbecke, J.R. 244
Thornton, G.C. 230
Tielman, R.A.P. 7, 31, 160
Timmermans, C.W.A. 322
Tjeenk Willink, H.D. 113
Tjittes, R.P.J.L. 5
toelichting (*zie ook memorie van —*) 24-29, 37, 193-197

toetsing
aan beginselen 140-144, 150-154, 277-279, 359-360
aan Grondwet 138-144, 148-154, 356
aan internationaal recht 68-71, 140, 144-148, 151-152, 187-188, 355-356
aan wet 277-279, 356-359
door bestuur 143
door Eerste Kamer 148-149, 230-241, 244-245
door Raad van State 11, 22-23, 68, 148-151, 369, 384
door rechter 69-71, 138-143, 151-153, 187-188, 277-279, 310-316, 334, 355-356, 365-367, 376-378, 386
door regering en parlement 68, 144-154, 365-367, 386
van ontwerpen van wet, Aanwijzingen inzake de 209, 217
van wetgevingsprocedures 138, 141-142
van wetgevingsprojecten, Commissie voor de — 86, 132, 136, 204, 205, 220, 227, 228, 374
van wetsvoorstellen 141, 144-154, 230-241, 244-245, 341-342, 365-367, 386
van wetstoepassing 142-143, 359-360
van wetsinterpretatie 143, 278-279, 358-360
van wetten 68-71, 138-141, 144-154, 341-342, 355-360, 365-367, 376-378, 386

toetsingscriterium 9, 23, 336, 365, 367
toezicht op naleving mensenrechtenverdragen 68-71
Tomuschat, C. 326
Tonnaer, F.P.C.L. 312
troonrede 117, 118, 188, 289
Troper, M. 30

Tweede Kamer
bevoegdheid tot het vragen van advies 94-98, 348
Bureau wetgeving 240, 369
deelorgaan van de wetgever 14-15, 35
motivering van wetsvoorstellen bij — 368-369, 372-376, 379-383
openbaarheid 120-122
toetsing wetsvoorstellen 144-153, 244-245
verdediging initiatiefvoorstellen in Eerste Kamer 126-127, 236, 354, 368
verwerping wetsvoorstellen 100-101, 244
voorbereidend onderzoek 188, 226-235
(*zie ook initiatiefwetgeving*)
(*zie ook Reglement van Orde*)

uitgestelde werking 215
uitzonderingstoestand 172

Valkenburg, C.S. 190
Vedung, E. 6, 7
Veegens, D.J. 2, 129, 135
Veerman, G.J. 228, 236
Veld, J. in 't 301, 305
Velden, W.G. van der 11, 19, 207
Veldstra, J. 179, 248
Veltman, J. 305
Vening Meinesz, S.A. 16, 178, 199, 281
verbod van last 119, 124, 125
verdediging initiatiefvoorstellen 126-127, 236, 354, 368
Verdrag betreffende de Europese Unie 35, 150, 318, 330
verdragsconforme interpretatie 37, 278
verdragsrechtelijke motiveringsplichten 47-74, 355-356

Verenigd Koninkrijk 364, 383
    anterior-conforme interpretatie 278
    expalantory memorandum 197
    non-textual amendment 230-231, 372
    parlement 125
    rechten van de constitutionele Koning(in) 16-17, 111-112
    repugnancy stipulation 249
    sexual offences 230-231
    toetsingsverbod 152-153
    wetgeving 203
    wetshistorische interpretatie 125, 197, 234-235

Vereniging van Nederlandse Gemeenten 265
Verheij, N. 317
Verkenning van enige problemen rond wetgeving 206, 231, 239
VerLoren van Themaat, P. 322, 323
Vermeer, A.R. 92
Vermeulen, B.P. 48, 53, 155, 167, 172
verordeningen Europese Gemeenschap 327-334
Verrijn Stuart, H. 283
vertrouwensbeginsel 214, 273, 274, 383

verwerping
    motivering van — 100-102, 243-246
    door Eerste Kamer 100-101, 218, 244-246, 384

Vierdag, E.W. 68
Visscher, G. 87, 228, 236, 237
Vlies, I.C. van der 6, 14, 18-20, 26, 31, 102-103, 106, 140, 193, 201, 205, 239, 242, 252-253, 278-279, 283, 288-291, 294-297, 310, 313, 360, 377, 384
Voermans, W.J.M. 78, 193, 195, 196, 198, 202, 204, 205, 208, 231, 233, 384
Vondeling, A. 104-106, 240
voorbereidend onderzoek 118, 226-239
Voorduin, J.C. 196-197
voorlopig verslag 227-232, 236-237
voorontwerp 189
Voortvarend wetgeven, Kabinetsstandpunt 86, 132, 136, 205, 206, 220, 374, 385
Vos, P.L. de 77, 99, 102, 103, 106, 127, 132

Voss, R.G.K. 297
Voûte, J.R. 148
vragenrecht 83, 88, 353
Vreemdelingenwet 192, 237, 283
Vries, L. de 190, 202, 227
vrij verkeer Europese Gemeenschap 71-74, 345, 362-365, 382-383
vrijheidsrechten 47-61, 71-74, 154-156, 166-172, 342-345
Vucsán, R.L. 141, 248-250, 253-255, 277, 317

Waaldijk (sr.), drs. K. 6
Waaldijk, dr. L.T. 2, 8
Waard, B.W.N. de 2, 3, 336
Waelbroeck, D.F. 318, 322, 325
Waltmans, H.J.G. 81, 85, 87, 112
Warner, J.-P. 4, 325
Wattel, P.J. 195
Weinberger, O. 29, 30
Wertheim, W.F. 208
Wet algemene bepalingen 179, 249, 251, 276, 312
Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen 162
Wet milieubeheer 265
Wet op de ondernemingsraden 5
Wet op de Raad van State 92-100, 122, 151, 193, 222, 224, 226, 258, 259, 341, 348, 381
Wet op de rechterlijke organisatie 153
Wet openbaarheid van bestuur 84, 117, 122
Wetboek van Strafrecht 27, 283

wetgever
  als orgaan 13-18, 30-31, 38, 76
  deelorganen 13-17, 21, 30-35, 76-127
  onderworpen aan recht 11-23, 47, 75, 175-177, 268-279, 355-360, 365-367
  niet onderworpen aan wet 247-268, 356-357
  deelorganen van — onderworpen aan wet 254-258, 357

wetgevingsbeleid 11, 118, 177, 193, 195, 196, 202, 205, 208, 216, 231, 233, 268, 273-275, 358
wetgevingsoverleg 228, 234, 353
wetgevingsprojecten, Commissie voor de toetsing van 86, 132, 136, 204, 205, 220, 227, 228, 374
wetgevingsrecht 14, 19-24, 38, 43, 153, 173, 245, 265, 292-295, 299, 334-336, 342, 358, 361-365, 368-369, 376, 384-387

wetgevingstechniek
  Aanwijzingen (1972) inzake de — 180
  Aanwijzingen (1984) voor de — 130-132, 137, 176, 180-182, 190, 198, 207, 214, 239, 290
  Richtlijnen (1951 en 1954) voor de — 180
  VAR-rapport *Wetgevingstechniek* 130-131, 134, 178, 179, 181, 193-194, 196, 200

wetgevingsvraagstukken, Aanwijzingen 216
Wetgevingsvraagstukken, Commissie 168, 216, 226

wetsbegrip
  formeel 11, 37
  materieel 11, 18
  kwalitatief 51

Wetsprocedure, advies Commissie voor de toetsing van wetgevinsprojecten 204-205, 227-228
wetsvoorstel 30, 38, 193-239
wetsformulier 29, 76, 110, 128-138, 148, 179-187, 267, 285, 349, 369-372
wetshistorische interpretatie 28, 31, 34, 125, 194-197, 234-235
wetsontwerp 30, 38, 188-192, 209, 217, 256, 368
Wiarda, G.J. 55, 58
Wiebenga, J.G.C. 15, 105, 229, 231
Wiegel, H. 81, 82, 85, 87, 88, 92, 105, 107, 108
Wiener, C. 4
Wijk, H.D. van 11, 30, 92, 274, 275, 301, 307, 314
Wijkerslooth, J.L. de 25, 26
Wijnbergen, S.F.L. Baron van 190, 191, 202, 281
Wijnen, H.A. van 112
wijziging considerans 185-187, 371
wijziging wetsvoorstel, motivering van 77, 239-243, 352
willekeurverbod 1, 8-10, 48, 157-158, 212, 216-217, 220, 273-279, 293, 308-317, 346, 358, 361, 380, 387
Winkel, L.C. 135, 136
Winter, H.B. 209, 211
Winter, R.E. de 168, 170, 202, 264
Witteveen, W.J. 6, 13, 14, 116, 119, 148, 155, 175
Woerkum, C.M.J. van 28, 29
Wolffensperger, G.J. 205

zelfbinding wetgever 247-268, 356-357, 368-367
zelfcontrole 293, 326, 333, 365, 366
Zicht op wetgeving, beleidsplan 21, 189, 194, 197, 205, 208, 273
Zwaak, L. 61
Zwart, T. 12, 80, 140, 143-144, 148-150, 158, 170, 218, 281

Stellingen

bij het proefschrift *Motiveringsplichten van de wetgever* van Kees Waaldijk
te verdedigen op 10 november 1994, om 14 00 uur, aan de Rijksuniversiteit Limburg

1. Bij twijfel over de rechtmatigheid van een voor- of vastgestelde wet zijn ministers verplicht te motiveren waarom zij die wet toch in overeenstemming met hoger recht achten
   Zie paragraaf 9 1 1 van dit proefschrift

2. De wetgever staat onder noch boven de wet.
   Zie paragraaf 6 1 van dit proefschrift

3 De macht van de Tweede Kamer zal toenemen, naarmate zij de uitoefening van haar mede-wetgevende taken meer als controle en minder als mee-regeren gaat opvatten.
   Zie de paragrafen 4 5 4 en 5 5 3 van dit proefschrift

4. Het woordje *law/loi* in de artikelen 8 tot en met 11 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens kan het beste vertaald worden als 'behoorlijke regelgeving'
   Zie paragraaf 3 1 2 van dit proefschrift

5. Motivering van de uitzondering bevestigt de regel
   Zie paragraaf 9 2 2 van dit proefschrift

6 Evenals het erfelijk koningschap en de onafhankelijkheid van de rechter is de meerderheidsregel een afwijking van het democratie-ideaal die zowel nuttig als riskant is

7. Door ook over minimum-inkomens premies en belasting te laten betalen, en door het minimumloon te baseren op de behoeften van een individu-met-partner, maakt de wetgever het scheppen van voldoende werkgelegenheid onbetaalbaar

8. De erkenning dat de mensenrechten ook toebehoren aan gelijkgeslachtelijk liefhebbende vrouwen en mannen is niet genoeg. Voor velen van hen is het immers nog niet mogelijk om van verschillende mensenrechten *tegelijkertijd* het volle genot te hebben.
   Met het openbaren van hun gevoelens, bijvoorbeeld, brengen ze hun recht op arbeid (ook in Nederland) nog vaak in gevaar, en als zij hun vrijheid van beweging in Europa gebruiken, kunnen zij met allerlei beperkingen van hun recht op gezinsleven geconfronteerd worden

9. Meer nog dan ter bevordering van de integratie van homoseksualiteit, is de toelating van gelijkgeslachtelijke paren tot de kampioenschappen kunstrijden op de schaats wenselijk voor de verdere artistieke ontwikkeling van deze tak van sport en voor de verdere sportieve ontwikkeling van deze tak van kunst

10. The British, too, need to be taught how to speak English-as-a-Foreign-Language

11. Een beetje wetenschapper kan printen alsof het gedrukt staat