

ARTIKELEN

Lagere regels onder parlementaire controle

Een andere kijk op het primaat van de wetgever

L.C. Groen & S.A.J. Munneke

1. Inleiding

De betrokkenheid van het parlement bij gedelegeerde regelgeving is van oudsher een onderwerp dat de wetgevingsgemeenschap bezighoudt. De afgelopen jaren stond het onderwerp een paar keer in het bijzonder in de belangstelling. In de eerste plaats kreeg het veel aandacht ten tijde van de totstandkoming van de Tijdelijke wet maatregelen covid-19. Het aannemen van een amendement-Buitenweg leidde ertoe dat de ministeriële regelingen die op grond van de wet konden worden vastgesteld, vóór inwerkingtreding aan de beide Kamers moesten worden overgelegd. Als de Tweede Kamer binnen een week zou besluiten niet met de regeling in te stemmen, verviel die van rechtswege.¹ Hiermee werd een nieuwe vorm van parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving geïntroduceerd. De voorzitter van de Eerste Kamer vroeg de Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: Afdeling) om voorlichting over deze ‘zelfgecreëerde zeggenschap’ van de Tweede Kamer, en ook in de literatuur werd gereflecteerd op de staatsrechtelijke aanvaardbaarheid van deze constructie.² Het onderwerp kwam opnieuw voor het voetlicht naar aanleiding van een motie-Omtzigt, ingediend tijdens het wetgevingsoverleg over de Wet delegatiebepalingen hersteloperatie toeslagen.³ Het aannemen van de motie leidde eveneens tot een voorlichtingsverzoek, ditmaal over de vraag hoe de Tweede Kamer tijdens een voorhangprocedure al de beschikking kon hebben over het advies van de Afdeling over de betreffende ontwerp-algemene maatregel van bestuur (amvb). Bij de beantwoording van deze vraag besteedde de Afdeling ook aandacht aan eisen aan het wetgevingsproces en aan parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving.⁴

Voor de Nederlandse Vereniging voor Wetgeving waren deze ontwikkelingen aanleiding om haar jaarlijkse praktijkmiddag in 2023 aan dit onderwerp te wijden.⁵ Dit artikel borduurt voort op de bijdrage die wij aan die middag leverden. Duidelijk is

1 *Kamerstukken II 2020/21*, 35526, nr. 48.

2 Voorlichting Afdeling advisering W13.20.0375/III/Vo, *Kamerstukken I 2020/21*, 35526, F; P.P.T. Bovend'Eert, 'Parlementaire betrokkenheid in de tijdelijke coronawet', *NJB 2020/2641*; J. Brouwer & A.E. Schilder, 'Parlementair vetorecht bij ministeriële coronamaatregelen', *NJB 2020/3053*.

3 *Kamerstukken II 2021/22*, 35957, nrs. 10 en 12.

4 Voorlichting Afdeling advisering W04.22.0112/I/Vo, *Kamerstukken II 2022/23*, 35957, nr. 14. Zie ook M. Nap, 'Voorhangprocedures', *RegelMaat* (38) 2022, afl. 4, p. 359-370.

5 Praktijkmiddag Actualiteiten in voor- en nahang, 13 april 2023.

dat het ‘primaat van de wetgever’ en de uitgangspunten voor parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving, zoals uitgewerkt door de commissie-Polak in het rapport *Orde in de regelgeving* uit 1985, nog steeds leidend zijn in de Aanwijzingen voor de regelgeving op dit gebied: met parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving dient terughoudendheid te worden betracht.⁶ Tegelijkertijd bestaat aanleiding te veronderstellen dat de Aanwijzingen in de praktijk op dit punt niet steeds onverkort worden gevolgd.⁷ Zijn daar bijzondere redenen voor? Hebben de hiervoor geschetste ontwikkelingen er misschien toe geleid dat het regelen van parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving sterker op het netvlies is komen te staan dan daarvoor al het geval was? En als dat zo is, waartoe zou dat moeten leiden? Heeft het zin een zoveelste oproep te doen om de Aanwijzingen op dit punt beter in acht te nemen, of is het wellicht tijd voor een ander perspectief?

Deze vragen komen in dit artikel aan de orde. Daartoe gaan we eerst in op het ‘primaat van de wetgever’ en de wijze waarop parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving in de Aanwijzingen voor de regelgeving is vormgegeven (par. 2 en 3). Vervolgens bezien we in hoeverre de praktijk – voor zover bekend – aansluit bij de theorie (par. 4). In paragraaf 5 doen we verslag van een beknopt onderzoek dat we hebben verricht naar het aantal keren en de wijze waarop parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving voorkomt in wetten die in het Staatsblad zijn gepubliceerd in de jaren 2018, 2019 en 2022.⁸ We sluiten af met enkele conclusies (par. 6).

2. Het ‘primaat van de wetgever’

Vaststelling van algemeen verbindende voorschriften op rijksniveau vindt doorgaans plaats bij (formele) wet,⁹ amvb of ministeriële regeling. De Grondwet (Gw) bevat bepalingen over de totstandkoming van wetten. Zij worden vastgesteld door de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk, hetgeen betekent dat het parlement bij de totstandkoming van wetten formeel de rol van medewetgever vervult.¹⁰ Alleen aan de Tweede Kamer zijn het recht van initiatief en amendement toegekend.¹¹ Beide Kamers moeten een wetsvoorstel aannemen om het wet te laten worden.¹² De procedure tot vaststelling van amvb’s is in de Grondwet beperkt geregeld. Bepaald is slechts dat zij bij koninklijk besluit worden vastgesteld.¹³ Artikel 73, eerste lid, Gw voegt daaraan nog toe dat de Raad van State over ontwerpen van amvb’s

6 Vgl. Aanwijzing 2.35.

7 Vgl. punt 4 in de Voorlichting Afdeling advisering W04.22.0112/I/Vo.

8 Zie aldaar ook een toelichting op de keuze voor deze jaren.

9 Wij gebruiken in deze bijdrage de term ‘wet’ alleen als wetgeving in formele zin bedoeld is (tenzij uitdrukkelijk anders vermeld).

10 Art. 81 Gw.

11 Art. 82, eerste lid, en 84 Gw.

12 Vervolgens is bekrachtiging vereist. Zie art. 85 en 86 Gw.

13 Art. 89, eerste lid, Gw.

wordt gehoord. Het legaliteitsbeginsel¹⁴ vereist dat amvb's die niet rechtstreeks op de Grondwet berusten, een wettelijke grondslag hebben. De Grondwet biedt geen zelfstandige grondslag voor het vaststellen van ministeriële regelingen.¹⁵ Ministeriële regelingen zijn ofwel rechtstreeks op een wet gebaseerd, ofwel op een amvb waarin de regering van de wetgever de bevoegdheid heeft gekregen om regelgevende bevoegdheid aan een minister te delegeren.¹⁶ Ten aanzien van amvb's en ministeriële regelingen is de rol van het parlement in beginsel slechts controlerend.

Aan dit systeem van gelede normstelling ligt het principe ten grondslag dat belangrijke zaken bij wet worden geregeld. De wetgever kan besluiten om regeling van minder belangrijke zaken te delegeren aan de regering of aan een minister. Dit principe wordt aangeduid als het *primaat van de wetgever*. Het primaat van de wetgever kan worden beschouwd als een normatieve invulling van het legaliteitsbeginsel: het gaat niet over de vraag of een lagere regeling een grondslag in een wet in formele zin moet hebben, maar over de vraag in welke gevallen de wetgever al dan niet tot delegatie moet overgaan.¹⁷

Hoewel het principe al veel langer bestaat, is de term 'primaat van de wetgever' gemunt door de commissie-Polak in het reeds genoemde rapport *Orde in de regelgeving* uit 1985. De commissie stelde daarin dat aan de formele wetgever 'onbetwistbaar' het primaat toekomt bij het uitvaardigen van algemeen verbindende voorschriften, en dat dit primaat steeds het uitgangspunt zou moeten zijn. De reden daarvoor is in de eerste plaats gelegen in de democratische legitimatie van de wettelijke regels. In de tweede plaats is de inhoud van regelgeving gebaat bij de openbare beraadslaging daarover in het parlement, omdat die dwingt tot verduidelijking van de tekst en de bedoeling van wetten.¹⁸

Dat het primaat van de wetgever steeds het uitgangspunt zou moeten zijn, betekende volgens de commissie in zijn uiterste consequentie dat alle algemeen verbindende voorschriften bij wet worden vastgesteld. Maar dat is uiteraard niet haalbaar: delegatie is noodzaak.¹⁹ Dit dwingt de wetgever tot selectie. Volgens de commissie zou de wetgever in ieder geval de voornaamste bepalingen van een wet – dat wil zeggen, de bepalingen die de reikwijdte van het geheel van de regeling (wet en gedelegeerde regelgeving) bepalen en de overige belangrijkste, naar buiten werkende voorschriften – zélf moeten vaststellen. Aan de regering of een minister zou dan de nadere uitwerking van de regeling kunnen worden overgelaten. Tegelijkertijd erkende de commissie dat aan deze norm niet in alle gevallen zou kunnen worden voldaan. Toenemende verstrengeling van overheid en samenleving had de

14 Of, zo men wil, de legaliteitseis, vgl. S.E. Zijlstra, 'Wetgeven in een democratische rechtsstaat', in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 71-86.

15 Art. 89, vierde lid, Gw mag niet op die manier worden gelezen.

16 Of, theoretisch, op een zelfstandige amvb.

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

18 Eindrapport van de commissie Wetgevingsvraagstukken, *Orde in de regelgeving*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1985, p. 42 (hierna: *Orde in de regelgeving*).

19 Zie ook L.F.M. Verhey & C.S. Aal, 'Delegatie van regelgevende bevoegdheid in Nederland: tijd voor herbezinning', *RegelMaat* (32) 2017, afl. 4, p. 241-268.

behoefte aan flexibele regelgeving doen groeien, met name in het kader van de sturende of presterende functie van de overheid.²⁰ Ook aan slagvaardige regelgeving zou in dit verband regelmatig behoefte bestaan, in het bijzonder in situaties van nood of buitengewone omstandigheden. Al met al concludeerde de commissie dat het primaat van de wetgever impliceert dat de wet zelf ten minste de *reikwijdte*, de *structurele elementen* en de *voornaamste duurzame normen* van een regeling moet bevatten.²¹

Het is niettemin onvermijdelijk dat regeling van een belangrijk onderwerp door de wetgever soms aan de regering of een minister wordt opgedragen, zo stelde de commissie, en dan kan de vraag rijzen in hoeverre het parlement bij deze gedelegeerde regelgeving moet worden betrokken. In haar rapport ging de commissie deze vraag na ten aanzien van amvb's.²² Zij constateerde dat er – mede door 'onnodige vindingrijkheid' bij de ontwerpers (in veel gevallen Kamerleden) – vele varianten van parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving zijn ontwikkeld, en dat die grote verscheidenheid zou moeten worden beperkt. Tegen de drie hoofdvarianten (gecontroleerde, voorwaardelijke en tijdelijke delegatie) bestaan weliswaar geen staatsrechtelijke bezwaren, maar dat neemt niet weg dat zij door de commissie verschillend werden gewaardeerd.²³ Tijdelijke delegatie²⁴ zou niet meer dan een noodoplossing moeten zijn, en voorwaardelijke delegatie²⁵ zou neerkomen op 'een halfslachtige keuze tussen wet en amvb, die beter uitzondering kan blijven'. Alleen gecontroleerde delegatie²⁶ waardeerde de commissie – mits selectief gebruikt – in beginsel positief: deze vorm zou het parlement beter in staat stellen zijn controlerende taak ten aanzien van gedelegeerde regelgeving te vervullen.²⁷

In zijn reactie op het rapport plaatste het kabinet enige kanttekeningen bij de wijze waarop de commissie het primaat van de wetgever had ingevuld. Het stelde dat niet op elk beleidsterrein steeds even duidelijk is wat de 'voornaamste duurzame

- 20 Met de sturende functie van de overheid doelde de commissie op de noodzaak te reageren op maatschappelijke verschuivingen, bijv. in verband met technologische ontwikkelingen. Regelgeving die met de presterende functie van de overheid correspondeert, is volgens de commissie in de meeste gevallen van financiële aard (bijv. socialeverzekeringswetgeving of studiefinanciering). *Orde in de regelgeving*, p. 43-44.
- 21 *Orde in de regelgeving*, p. 44.
- 22 Zij merkte daarbij op dat, 'voorzover zich de uitzondering van belangrijke regelgeving aan een minister voordoet, mutatis mutandis voor dezelfde oplossingen kan worden gekozen'. *Orde in de regelgeving*, p. 55.
- 23 *Orde in de regelgeving*, p. 56. Voor elk van de hoofdvormen formuleert de commissie een modelbepaling.
- 24 Tijdelijke delegatie houdt in dat na de totstandkoming van de gedelegeerde regeling *altijd* een voorstel van wet tot regeling van het onderwerp daarvan moet worden ingediend. Dit levert volgens de commissie praktische bezwaren – namelijk dubbel werk en mogelijk rechtsonzekerheid – op. Alleen als snelle interventie nodig is, kan tijdelijke delegatie volgens de commissie nuttig zijn.
- 25 Voorwaardelijke delegatie houdt in dat aan elk van beide Kamers (of een deel daarvan) de bevoegdheid wordt gegeven om te bepalen dat bij wet moet worden voorzien in het onderwerp van de gedelegeerde regeling.
- 26 Gecontroleerde delegatie houdt in dat een nog niet vastgestelde of een nog niet in werking getreden gedelegeerde regeling aan het parlement wordt gezonden.
- 27 *Orde in de regelgeving*, p. 60.

normen' zijn. Daarnaast zou het onder bepaalde omstandigheden de voorkeur verdienen dat de taak van de wetgever zich beperkt tot het entameren van beleid, het attribueren van bevoegdheden en het bieden van een kader waarbinnen de lagere regelgevers zich zouden moeten bewegen; de toegankelijkheid van regelgeving zou daarbij dan zijn gebaat.²⁸ Met de commissie was het kabinet van oordeel dat enige harmonisatie van de verschillende vormen van parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving wenselijk zou zijn, maar het standpunt van de commissie over geschikte vormen daarvan achtte het niettemin te beperkt. De twee varianten die de commissie in het kader van gecontroleerde delegatie aanvaardbaar achtte – toezending aan het parlement van het ontwerp van een gedelegeerde regeling, ofwel van een vastgestelde, maar nog niet in werking getreden gedelegeerde regeling –, kwamen volgens het kabinet te weinig tegemoet aan de eisen van de praktijk. Het kabinet kondigde aan bij het vaststellen van de 'Aanwijzingen inzake wetgeving' hieraan nader aandacht te zullen besteden.²⁹

3. De Aanwijzingen voor de regelgeving

Die Aanwijzingen verschenen in 1992 in de Staatscourant en traden in 1993 in werking.³⁰ Zij vormen sinds hun inwerkingtreding een belangrijk richtsnoer voor juristen die zich bezighouden met het ontwerpen van algemeen verbindende voorschriften op rijksniveau. Voor de 'ministers en staatssecretarissen en de onder hen ressorterende personen die bij de voorbereiding en vaststelling van regeling zijn betrokken' hebben zij bindende kracht. Dat neemt niet weg dat afwijking van de Aanwijzingen is toegestaan als onverkorte toepassing ervan 'uit een oogpunt van goede regelgeving niet tot aanvaardbare resultaten zou leiden'. Hoewel de Aanwijzingen niet bindend zijn voor de Staten-Generaal, verdient het aanbeveling dat ook daar met de Aanwijzingen rekening wordt gehouden.³¹

In Aanwijzing 2.19 staat dat het primaat van de wetgever als richtsnoer fungeert bij de keuze welke elementen in de wet zelf moeten worden geregeld en ter zake van welke elementen delegatie is toegestaan. In navolging van de commissie-Polak vermeldt de toelichting dat hoofdelementen van een regeling in de wet zelf moeten worden geregeld, en dat tot die 'hoofdelementen' in ieder geval de reikwijdte, de structurele elementen en veelal ook de voornaamste duurzame normen behoren. Ook bevatten de Aanwijzingen voorschriften omtrent parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving. Zo bepaalt Aanwijzing 2.35 dat in de wet géén formele betrokkenheid van het parlement bij gedelegeerde regelgeving wordt geregeld, tenzij daarvoor bijzondere redenen bestaan. In de Aanwijzingen die modelbepalingen bevatten voor de vier vormen van parlementaire betrokkenheid, wordt steeds benadrukt dat die betrokkenheid eerder uitzondering dan regel dient te

28 *Kamerstukken II 1986/87, 20038, nr. 2, p. 6.*

29 *Kamerstukken II 1986/87, 20038, nr. 2, p. 14-15.*

30 *Stcrt.* 1992, 230.

31 Aanwijzing 1.2 en de toelichting daarop.

zijn.³² Dat ligt ook wel voor de hand, nu parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving veel weg heeft van ‘hinken op twee gedachten’: het parlement geeft het onderwerp uit handen door regeling ervan aan de regering of een minister te delegeren, maar wil anderzijds wel bij de totstandkoming van de regels worden betrokken.³³

4. Wanneer parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving?

Dat verschillende elementen uit het rapport van de commissie-Polak nog steeds leidend zijn bij het ontwerpen en vaststellen van algemeen verbindende voorschriften op rijksniveau, neemt niet weg dat bij dat rapport ook wel kritische kanttekeningen zijn geplaatst.³⁴ Daar komt bij dat signalen over de ‘terugtrek van de wetgever’ sinds 1985 eerder lijken te zijn toe- dan afgenomen, hetgeen de vraag doet rijzen in hoeverre de hoofdelementen van een regeling daadwerkelijk in wetten worden opgenomen en – in verband daarmee – in hoeverre terughoudendheid wordt betracht met het voorzien in parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving.³⁵

Het is niet eenvoudig hierover informatie te vinden. Hoewel een Kamercommissie in 1990 nog schreef dat de Kamer voor nieuwe wetgeving de onwenselijkheid van voorhangprocedures als uitgangspunt zou moeten hanteren,³⁶ stelde Mazel in 1992 dat gecontroleerde delegatie zó vaak voorkwam, dat het instrument aan erosie onderhevig was.³⁷ Naar zijn inschatting bestond weinig waardering voor de door de commissie-Polak omschreven varianten van parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving. De inschatting van Mazel lijkt in lijn met de inschatting die het kabinet in zijn reactie op het rapport maakte: in de praktijk zou men

- 32 Gecontroleerde delegatie (Aanwijzing 2.36: de materie rechtvaardigt regeling bij wet, maar leent zich daar toch niet goed voor vanwege een sterk technisch karakter/de noodzaak van snelle wijzigingen/grote omvang); voorwaardelijke delegatie (Aanwijzing 2.37: hiermee wordt grote terughoudendheid betracht); tijdelijke delegatie (Aanwijzing 2.39: deze vorm blijft beperkt tot de gevallen waarin de materie eigenlijk bij wet moet worden geregeld, maar de wetsprocedure te lang duurt); delegatie onder het vereiste van goedkeuring bij wet (Aanwijzing 2.40: deze vorm blijft beperkt tot de gevallen waarin tijdelijke delegatie aanvaardbaar is en het gaat om regelingen die de Tweede Kamer in beginsel slechts kan goed- of afkeuren).
- 33 Vgl. P.P.T. Bovend'Eert e.a., *Kortmann. Constitutioneel recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 391.
- 34 Bijv. door E.C.M. Jurgens, ‘Het primaat van de wetgever: hoezo primaat? Een pleidooi om de mythe van Meerenberg te ontcrachten’, *RegelMaat* 1998, afl. 1, p. 30-34.
- 35 Over de terugtrek van de wetgever o.a. M.C.P.M. van Schendelen, *Terugtrek van de wetgever*, Groningen: Tjeenk Willink 1976; zie bijv. ook het jaarverslag van de Raad van State uit 2018, *De waarde van de wet en het wetgevingsproces*, te raadplegen op www.raadvanstate.nl/publicaties/jaarverslagen/jaarverslag-raad-van-state-2018/.
- 36 Door voorhangprocedures zou namelijk de zuiverheid van het wetgevingsproces in het gedrang komen, *Kamerstukken II* 1990/91, 21427, nr. 3, p. 40-41.
- 37 R.G. Mazel, ‘Delegatie van wetgevende bevoegdheid; de inhoud van het wetsbegrip’, in: I. Kolhoop (red.), *Delegatie van wetgevende bevoegdheid*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1992, p. 28-33. Voorwaardelijke delegatie werd daarentegen vaak als een te zwaar middel beschouwd, en aan tijdelijke delegatie kleefden de nadelen die door de commissie in haar rapport reeds naar voren waren gebracht (zie par. 2).

wellicht niet met alle aanbevelingen van de commissie even goed uit de voeten kunnen.

In 2007, dus ruim twintig jaar na het verschijnen van *Orde in de regelgeving*, leek de situatie omtrent het regelen van parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving niet wezenlijk anders dan ten tijde van de totstandkoming van het rapport. Op 15 januari van dat jaar werd bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel ingediend om tot vereenvoudiging en harmonisering van voor- en nahangprocedures te komen in wetgeving, afkomstig van het Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer (VROM). De Aanwijzingen voor de regelgeving waren daarbij leidend.³⁸ Dit idee sprak toenmalig Minister van Justitie Hirsch Ballin wel aan. Hij schreef een brief aan de beide Kamers met het voorstel om meer in den brede van gedachten te wisselen over parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving. In dat verband werd door verschillende ministeries een inventarisatie gemaakt van voor- en nahangprocedures in hun wetten en van de wijze waarop hiervan door de beide Kamers gebruik werd gemaakt. Daaruit kwam, zo vermeldt de brief, een ‘divers beeld’ naar voren. Zo bleek dat voor- en nahangbepalingen – soms zelfs gecombineerd – op een aantal beleidsterreinen (onder andere sociale zekerheid en onderwijs) veel voorkwamen. Lang niet altijd werden dan de modellen van de Aanwijzingen voor de regelgeving gevolgd. Ook maakten beide Kamers wisselend gebruik van hun recht op betrokkenheid: de Tweede Kamer reageerde vaker dan de Eerste en overleg en reacties leidden niet vaak tot aanpassing van de gedelegeerde regeling of tot het verzoek om de materie op wetsniveau te regelen.³⁹ De brief van de Minister van Justitie is door de beide Kamers niet inhoudelijk behandeld. Ook met het wetsvoorstel van het Ministerie van VROM liep het slecht af: het werd in 2013 ingetrokken.⁴⁰

In haar scriptie uit 2017 heeft Borman onder meer onderzoek gedaan naar hoe vaak voor- en nahangprocedures van toepassing waren op amvb's die werden gepubliceerd in de jaren 2015 en 2016.⁴¹ Dat was bij 144 van de 370 amvb's het geval; dus in 39 procent van de gevallen. Borman gaat daarbij uit van méér varianten dan de vier die in de Aanwijzingen voor de regelgeving zijn opgenomen. Zo wijst zij onder meer op twee alternatieve voorhangprocedures die door Bureau Wetgeving van de Tweede Kamer zijn ontwikkeld. De eerste duidt zij als een vorm van voorwaardelijke delegatie vóóraf en houdt in dat het parlement in het ontwerpstadium

38 *Kamerstukken II* 2006/07, 30930, nrs. 1-3.

39 *Kamerstukken II* 2006/07, 29383, nr. 75; *Kamerstukken I* 2006/07, 30800 VI, C.

40 *Kamerstukken II* 2012/13, 30930, nr. 9.

41 H.M.A. Borman, *Voor- en nahangprocedures in de praktijk* (masterscriptie Amsterdam VU), 2017, te lezen op www.ubvu.vu.nl/pub/fulltext/scripties/14_2507967_0.pdf. Dat het haar uitdrukkelijk om voor- en nahangprocedures te doen is, betekent dat zij tijdelijke delegatie (Aanwijzing 2.39) en delegatie onder het vereiste van goedkeuring bij wet (Aanwijzing 2.40) niet in haar onderzoek meeneemt. Dit zijn weliswaar vormen van parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving, maar strikt genomen geen voor- en nahangprocedures.

van een amvb de mogelijkheid heeft om een wet te eisen.⁴² De tweede is volgens Borman een vorm van zware gecontroleerde delegatie vóóraf. Bij deze variant kunnen de Kamers een nieuwe ontwerpregeling afdwingen.⁴³ Borman spreekt van een ‘staatsrechtelijk vreemde’ figuur, onder meer omdat het parlement de voordracht van een amvb kan tegenhouden. Daar komt bij dat deze variant kan leiden tot een soort ‘loop’: als de Kamer ook niet instemt met een nieuw ontwerpbesluit, kan de procedure zich in principe steeds herhalen. In haar onderzoek beziet Borman tevens hoe vaak de Tweede en Eerste Kamer gebruik maken van de mogelijkheden die hun door middel van voor- en nahangprocedures worden geboden. Of de regeling van parlementaire betrokkenheid bij amvb’s door de regering of door de Kamer zelf is geïnitieerd, valt buiten de reikwijdte van haar onderzoek.

Als gezegd: er is weinig onderzoeksmateriaal beschikbaar naar parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving. Maar uit de inventarisatie van de verschillende ministeries in 2007⁴⁴ en het onderzoek van Borman lijkt te volgen dat met het regelen van parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving – ondanks de Aanwijzingen voor de regelgeving – weinig terughoudendheid wordt betracht. Waarom is dat? En hebben de gebeurtenissen rond de totstandkoming van de Tijdelijke wet maatregelen covid-19 deze handelwijze wellicht nog een impuls gegeven?

5. Parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving in wetsvoorstellen uit 2018, 2019 en 2022

In een poging deze vragen te beantwoorden, hebben we een beknopt onderzoek verricht naar het aantal keren en de wijze waarop parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving voorkomt in wetten die in het Staatsblad zijn gepubliceerd in de jaren 2018, 2019 en 2022. Deze jaren hebben we niet geheel willekeurig gekozen: zij zijn relatief recent, er werd niet geformeerd, en de coronapandemie liep in 2022 op haar einde. Dat laatste stelt ons tevens in de gelegenheid om te bezien of parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving ná corona vaker voorkomt – en wellicht ook anders wordt vormgegeven – dan vóór de pandemie het geval was.

42 De modeltekst hiervoor luidt: ‘Het ontwerp van een krachtens (...) vast te stellen amvb wordt aan beide Kamers der Staten-Generaal overgelegd. De voordracht voor de vast te stellen amvb kan worden gedaan nadat vier weken na de overlegging zijn verstreken, tenzij binnen die termijn door of namens een der Kamers of door ten minste een vijfde van het grondwettelijk aantal leden van een der Kamers de wens te kennen gegeven wordt dat het onderwerp van de amvb bij wet wordt geregeld. In dat geval wordt een daartoe strekkend voorstel zo snel mogelijk ingediend.’

43 Hiervoor luidt de modeltekst: ‘Een voordracht voor een krachtens (...) vast te stellen amvb wordt niet eerder gedaan dan twee weken nadat het ontwerp aan beide Kamers der Staten-Generaal is overgelegd. Indien een der Kamers der Staten-Generaal besluit niet in te stemmen met het ontwerp, wordt geen voordracht gedaan en kan niet eerder dan (...) weken na het besluit van die Kamer een nieuw ontwerp aan de beide Kamers der Staten-Generaal worden overgelegd.’

44 Die overigens zelf niet traceerbaar lijkt; in de brief worden slechts de resultaten beschreven.

In de eerste plaats zijn we voor de drie genoemde jaren nagegaan hoeveel wetten er in het Staatsblad zijn gepubliceerd, hoeveel daarvan één of meerdere malen voorzien in de mogelijkheid van delegatie en hoeveel in parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving.⁴⁵ Daarbij hebben we ons er rekenschap van gegeven dat wetten soms wijzigingen aanbrengen in verschillende, reeds bestaande wetten. Om die reden zijn we van elke gepubliceerde wet nagegaan in hoeveel verschillende wetten in parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving is voorzien en om hoeveel artikelleden het in totaal gaat. Zie tabel 1 voor een overzicht.

Tabel 1 *Parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving*

	2018	2019	2022
Gepubliceerde wetten	210	201	270
Wetten die voorzien in delegatie	60	59	56
Gepubliceerde wetten die voorzien in parlementaire betrokkenheid	11	18	12
Totaal aantal wetten waarin wordt voorzien in parlementaire betrokkenheid	15	24	17
Totaal aantal artikelleden met parlementaire betrokkenheid	23	41	28

Geconstateerd kan worden dat bijna 30 procent van de in 2018 en 2019 gepubliceerde wetten voorziet in de mogelijkheid van delegatie.⁴⁶ In 2022 ligt dat percentage lager: het gaat om 20 procent van de gepubliceerde wetten. Van de wetten waarin in delegatie wordt voorzien, voorzien respectievelijk 18 procent (in 2018), 30 procent (in 2019) en 21 procent (in 2022) ook in een vorm van parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving.

We zijn nagegaan van welke vormen daarbij het meest gebruik wordt gemaakt. Daartoe bekeken we hoe vaak een modelbepaling (of een daarop sterk gelijkende bepaling) uit de Aanwijzingen voor de regelgeving werd gekozen. Ook de hiervoor in paragraaf 4 beschreven vormen die door Bureau Wetgeving van de Tweede Kamer zijn ontworpen, hebben we meegenomen. Als een bepaling te veel afweek van een van deze vormen (bijvoorbeeld vanwege de keuze voor een andere termijn of omdat niet werd voorzien in parlementaire betrokkenheid bij een amvb maar bij

45 We hebben hiervoor de website www.overheid.nl gebruikt. Om na te gaan of gepubliceerde wetten voorzien in delegatie is gezocht op de termen 'bij algemene maatregel van bestuur', 'bij of krachtens algemene maatregel van bestuur' en 'bij ministeriële regeling'. Het werkelijke aantal delegatiebepalingen kan dus nog iets hoger uitvallen als daarvoor net een andere formulering is gebruikt. Om na te gaan of is voorzien in voorhangprocedures is gezocht op de termen 'beide Kamers' of 'een van de Kamers'. Ook hier geldt dat we een bepaling dus wellicht gemist hebben als bij het regelen van parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving sterk is afgeweken van de modellen van de Aanwijzingen.

46 Dat lijkt wellicht niet zo'n hoog percentage, maar bedacht moet worden dat onder de gepubliceerde wetten ook veel 'klein bier' aanwezig is.

een ministeriële regeling⁴⁷), hebben we haar als ‘variant’ geduid. Zie tabel 2 voor een overzicht.⁴⁸

Tabel 2 *Vormen van parlementaire betrokkenheid*

	2018	2019	2022
Gecontroleerde delegatie (Ar 2.36)	21	19	13
Voorwaardelijke delegatie (Ar 2.37)	1	0	2
Tijdelijke delegatie (Ar 2.39)	0	0	2
Delegatie onder het vereiste van goedkeuring bij wet (Ar 2.40)	0	0	0
Voorwaardelijke delegatie vooraf (Bureau Wetgeving TK)	0	3	0
Zware gecontroleerde delegatie vooraf (Bureau Wetgeving TK)	2	0	1
Variant	1	19	10

We zien dat in de meeste gevallen gekozen wordt voor de relatief lichte figuur van gecontroleerde delegatie, de figuur die al de voorkeur had van de commissie-Polak in *Orde in de regelgeving*. Verder valt het grote aantal varianten op in met name 2019, maar ook in 2022. Bij elf van de negentien varianten die we voor 2019 vonden, betreft het een voorhangprocedure ten aanzien van ministeriële regelingen. De Aanwijzingen geven daarvoor geen model. Eenmaal betrof het een inwerking-tredings-KB. De overige zeven varianten in 2019 blijken afkomstig uit de Verzamelwet Brexit, en betreffen afwijkende termijnen bij de voorhang. Voor 2022 is het beeld vergelijkbaar: zeven keer betreft het voorhang bij een ministeriële regeling en driemaal gaat het om afwijkende termijnen.

Ook hebben we bekeken hoe vaak regeling van parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving werd geïnitieerd door de regering (in het oorspronkelijke, bij de Tweede Kamer ingediende voorstel of bij nota van wijziging) en hoe vaak door de Tweede Kamer (bij amendement).

Zie tabel 3 voor een overzicht.

Tabel 3 *Initiatief tot parlementaire betrokkenheid*

	2018	2019	2022
Initiatief van regering	20	15	23
Initiatief van Tweede Kamer	5	25	3
Onduidelijk	0	1	2

Drie van de artikelleden konden wat ons betreft niet eenduidig aan ofwel de regering, ofwel de Tweede Kamer worden toegeschreven. Dat geldt in de eerste plaats voor artikel 17 van de Kaderwet dienstplicht (2019). De regering had in het wets-

47 Vgl. bijv. *Stb.* 2018, 12 en *Stb.* 2019, 512.

48 Voor wie het opvalt dat het aantal varianten niet steeds overeenstemt met het aantal artikelleden: dat komt omdat soms twee vormen van parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving in één artikellid worden gecombineerd.

ontwerp voorzien in gecontroleerde delegatie, maar bij amendement-Diks werd die vorm gewijzigd in voorwaardelijke delegatie vooraf.⁴⁹ In de tweede plaats geldt dat voor de artikelen 2.37c, vijfde lid, en 2.37f, tweede lid van de Wet basisregistratie personen (2022). Door de regering was niet in parlementaire betrokkenheid bij de relevante amvb voorzien, maar het daartoe strekkende amendement-Rajkowski c.s. werd door de regering overgenomen.⁵⁰

Dat parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving zo vaak door de regering zelf zou worden geïnitieerd, hadden we eigenlijk niet verwacht. Onze verwachting was dat de Kamer bij de behandeling van een wetsvoorstel veelal zelf via aanneming van een daartoe strekkend amendement zou sturen in de richting van een grotere mate van betrokkenheid bij lagere (uitvoerings)wetgeving, maar dat beeld gaat eigenlijk alleen voor 2019 op.

We hebben nog wat nader gekeken naar de varianten, de afwijkingen van de modellen uit de Aanwijzingen en van de twee door Bureau Wetgeving van de Tweede Kamer ontworpen modellen. We zijn nagegaan voor hoeveel van de gesignaleerde ‘varianten’ de regering dan wel de Tweede Kamer verantwoordelijk was. Tabel 4 toont het beeld dat uit onze inventarisatie naar voren kwam.

Tabel 4 *Initiatief tot afwijkende varianten*

	2018	2019	2022
Variant door regering	1	5	10
Variant door Tweede Kamer	0	14	0

Ook hier was onze verwachting aanvankelijk dat de varianten veelal via amendementen in de wet terecht zouden komen, en de regering strakker de Aanwijzingen zou volgen. Voor 2019 blijkt dat beeld wel te kloppen, voor 2022 bepaald niet. Daarbij moet wel worden bedacht dat de varianten niet zo ‘creatief’ zijn als we wellicht hadden gedacht en onderling grote overeenkomst vertonen; het gaat veelal om toepassing van de ‘bekende modellen’ op ministeriële regelingen in plaats van amvb’s, of het gaat om varianten waarbij slechts de termijnen zijn aangepast.

Aanwijzing 2.35 schrijft voor dat parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving alleen is aangewezen als daar bijzondere redenen voor zijn. We zouden dus mogen verwachten dat de keuze voor een voor- of nahangprocedure uitdrukkelijk wordt toegelicht in het wetgevingsproces. Dat blijkt niet het geval. Als de regering de parlementaire betrokkenheid initieert, volstaat zij veelal met de enkele mededeling dat bij de totstandkoming van lagere regelgeving voorzien is in parlementaire betrokkenheid. Een bijzondere reden daarvoor wordt zelden gegeven. Zo luidt de toelichting bij het nieuwe artikel 2.11, vierde lid, van de Jeugdwet (2022) slechts: ‘Het vierde lid van artikel 2.11 Jeugdwet zorgt ervoor dat een amvb waarin regels worden gesteld over de reële prijzen of zorgvuldigheidseisen, bij beide Ka-

49 *Stb.* 2019, 160; *Kamerstukken II* 2016/17, 34764, nr. 2; *Kamerstukken II* 2017/18, 34764, nr. 7.

50 *Stb.* 2022, 392; *Kamerstukken II* 2021/22, 35772, nr. 19; *Handelingen II* 2021/22, nr. 72, item 10.

mers van het parlement wordt voorgehangen.⁵¹ Over de vraag welke bijzondere redenen daarvoor bestaat, zwijgt de memorie van toelichting. Als parlementaire betrokkenheid bij amendement wordt ingevoerd, is het beeld niet heel anders. De indiener van het amendement meldt dan vaak slechts dat de voor- of nahangprocedure de Kamer (beter) in staat stelt controle op de inhoud van de (uitvoerings)regeling uit te oefenen.⁵² Dat is natuurlijk waar, maar geen *bijzondere* redenen.

6. Conclusie en verdere beschouwing

Tot welke conclusies kan dit alles leiden? In de eerste plaats is duidelijk dat – ondanks de Aanwijzingen voor de regelgeving – weinig terughoudendheid wordt betracht met parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving. Dat was al zo ten tijde van het verschijnen van het rapport van de commissie-Polak en lijkt zo te zijn gebleven: ook uit ons beknopte onderzoek naar in 2018, 2019 en 2022 gepubliceerde wetgeving blijkt dat in de praktijk vrij ‘gemakkelijk’ tot het opnemen van voor- en nahangprocedures wordt overgegaan. Als de norm is dat voor parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde wetgeving een bijzondere reden moet bestaan, lijkt 20-30 procent van de gevallen ons veel. Daar komt bij dat zelden inhoudelijk wordt gemotiveerd waarom sprake is van een ‘bijzondere reden’ die parlementaire betrokkenheid bij lagere regelgeving zou rechtvaardigen. Ten slotte valt op dat het aantal gevallen waarin wordt afgeweken van de in de Aanwijzingen vastgelegde vier modellen tamelijk groot is, al moet daarbij wel meteen als kanttekening worden geplaatst dat veel van de voorkomende varianten min of meer kopieën van die modellen zijn. Het feit dat met enige regelmaat wordt gekozen voor parlementaire betrokkenheid bij de totstandkoming van ministeriële regelingen zegt waarschijnlijk meer over de aard en inhoud van de normstelling die kennelijk aan de minister wordt overgelaten dan over iets anders. Indicaties dat de gebeurtenissen rond de totstandkoming van de Tijdelijke wet maatregelen covid-19 het gebruik van (nieuwe varianten van) voor- en nahangprocedures hebben aangewakkerd, zijn er vooralsnog niet. Als gezegd: het aantal gevallen waarin in een wet in parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving is voorzien, is relatief groot, maar vooralsnog niet veel groter dan vóór het uitbreken van de coronapandemie. Ook wordt sindsdien niet vaker afgeweken van de modellen in de Aanwijzingen.

Al met al kunnen we stellen dat de redeneerlijn in het rapport *Orde in de regelgeving* sinds 1985 in hoge mate een papieren werkelijkheid is gebleken: de wetgevingspraktijk heeft zich niet gevoegd naar het – op zichzelf staatsrechtelijk zuivere – betoog van de commissie-Polak. Daar komt bij dat de redenen voor het laten regelen van een belangrijk onderwerp door de regering of een minister die de commis-

51 *Kamerstukken II* 2020/21, 35816, nr. 3, p. 16.

52 Zie bijv. de toelichting op het amendement-Kuzu, waarbij een vorm van gecontroleerde delegatie werd opgenomen in art. 8 Wet zorg en dwang psychogeriatrische en verstandelijk gehandicapte cliënten. Die toelichting luidde: ‘Er is gekozen voor een voorhang opdat over de invulling van de AMvB zo nodig nader overlegd kan worden.’ Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 31996, nr. 46.

sie-Polak al noemde (zie par. 2) de afgelopen decennia alleen maar relevanter zijn geworden. Sinds 1985 zijn overheid en samenleving steeds verder verstrengeld geraakt en hebben technologische ontwikkelingen – die niet zelden flexibele regelgeving vergen – een hoge vlucht genomen. Formele wetgeving vraagt daarom steeds vaker om uitwerking op een lager niveau. Bovendien is de uitvoerbaarheid van regelgeving tegenwoordig terecht een heet hangijzer. Omdat de gevolgen van een regeling vaak pas afdoende in kaart kunnen worden gebracht als uitwerking van een formele wet in lagere regelgeving heeft plaatsgevonden, is het niet gek dat de Staten-Generaal op enigerlei wijze bij die uitwerking willen worden betrokken.

Wat ons betreft is het daarom niet zinvol om wéér een pleidooi te houden voor het beter naleven van Aanwijzing 2.35. Het is tijd voor een ander perspectief – uiteraard met inachtneming van de grenzen die de Grondwet daaraan stelt. Dat perspectief kan worden gevonden door, anders dan in *Orde in de regelgeving* gebeurde, de nadruk sterker te leggen op de democratisch-rechtsstatelijke eis van betrokkenheid van de volksvertegenwoordiging bij de materiële normstelling. Als meer en meer materiële normstelling wordt gedelegeerd aan lagere regelgevers, is er ook minder reden om terughoudend te zijn met de parlementaire betrokkenheid daarbij. Wat ons betreft zou uit het voorgaande moeten volgen dat de volgens de Aanwijzingen te betrachten terughoudendheid van parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving heroverweging verdient. Aanwijzing 2.35 kan vervallen.

Hoe zit het dan met de vormen van parlementaire betrokkenheid die hiervoor aan de orde zijn gekomen? Daarvoor geldt uiteraard dat de grenzen die de Grondwet stelt in acht moeten worden genomen: de grondwettelijke bevoegdheidsverdeling is leidend. Zoals uiteengezet in paragraaf 2 hebben de Staten-Generaal geen formele rol bij de totstandkoming van lagere regelgeving. Vaststelling van amvb's is een exclusieve grondwettelijke bevoegdheid van de regering (art. 89 Gw), en ministeriële regelingen worden uitsluitend door ministers en staatssecretarissen gemaakt. Dit betekent dat de Staten-Generaal zich niet ongebreideld kunnen bemoeien met deze bevoegdheden. Zij mogen geen beslissende invloed op de inhoud van deze regelgeving uitoefenen, noch op de vaststelling of inwerkingtreding ervan. Hun taak is louter controlerend. Bij gecontroleerde delegatie is dat ook goed zichtbaar: in feite gaat het hier om een informatieplicht van de regering of de minister jegens de Staten-Generaal. Vormen van parlementaire betrokkenheid die echter in wezen neerkomen op een 'vetorecht' van de Staten-Generaal of een van beide Kamers – zoals de procedure in de Tijdelijke wet maatregelen covid-19 voor ministeriële regelingen – zijn niet met artikel 89 Gw verenigbaar.⁵³ Bezien we de overige, hiervoor besproken vormen van parlementaire betrokkenheid in dit licht, dan valt op dat de zware gecontroleerde delegatie vooraf een soort 'vetorecht' bevat: het doen van een voordracht wordt afhankelijk gemaakt van de instemming van de Staten-Generaal. Wij menen dat deze variant daarom niet slechts 'staatsrechtelijk vreemd',⁵⁴ maar zelfs ongeoorloofd is. Dat geldt niet voor de overige varianten. Maar zijn die ook allemaal nodig?

53 Bovend'Eert 2020.

54 Borman 2017, p. 21.

Wanneer we voor de vraag of parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving is aangewezen, de nadruk leggen op hoe de Staten-Generaal hun controlerende taak ten aanzien van materiële normstelling zo goed en efficiënt mogelijk kunnen vervullen, dan is essentieel dat Kamerleden goed worden geïnformeerd over de gedelegeerde regelgeving die uit een bepaald wetsvoorstel zal voortvloeien. De eenvoudigste manier om dat te bereiken, is wat ons betreft om hiervan steeds, op een vaste plaats, een overzicht te geven in de memorie van toelichting. Enerzijds dwingt dit de regering om in een vroeg stadium al zo veel mogelijk helderheid te verschaffen over de reikwijdte en inhoud van de regeling als geheel – dus inclusief de lagere regels waarvoor de wet de basis biedt. Anderzijds stelt dit het parlement in staat om in datzelfde vroege stadium na te denken over de vraag of een bepaald onderwerp niet tóch in de wet zelf thuishoort, dan wel probleemloos door de regering of een minister kan worden geregeld, dan wel door de regering of een minister kan worden geregeld, mits in parlementaire betrokkenheid wordt voorzien. Als het derde scenario zich voordoet, kan onzes inziens worden volstaan met gecontroleerde delegatie. Juist omdat in een vroeg stadium de mogelijkheid bestaat een bepaald onderwerp van een lagere regeling ‘op te takelen’ naar wetsniveau, ligt het niet voor de hand om – als van die mogelijkheid geen gebruik is gemaakt – in een later stadium alsnóg formeel-wettelijke regeling te eisen. Dat kan anders zijn in geval van spoed. Voor die situatie kan tijdelijke delegatie uitkomst bieden. De overige vormen van parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving lijken ons overbodig en de Aanwijzingen 2.37 en 2.40 kunnen worden geschrapt, evenals de door Bureau Wetgeving van de Tweede Kamer ontworpen voorwaardelijke delegatie vooraf. Wij menen dat op deze manier recht wordt gedaan aan dragende gedachten uit het rapport *Orde in de regelgeving*: parlementaire betrokkenheid bij de totstandkoming van belangrijke normen en een grondwettelijk zuiver, overzichtelijk en beperkt aantal manieren om aan die parlementaire betrokkenheid vandaag de dag recht te doen.