

Vergaderjaar 2020–2021

35 526

Tijdelijke bepalingen in verband met maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 voor de langere termijn (Tijdelijke wet maatregelen covid-19)

F

BRIEF VAN DE VICE-PRESIDENT VAN DE RAAD VAN STATE

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 22 oktober 2020

Bij brief van de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal van 13 oktober 2020 heeft de Eerste Kamer op de voet van artikel 21a, eerste lid, van de Wet op de Raad van State aan de Afdeling advisering van de Raad van State gevraagd hem van voorlichting te dienen over de zelfgecreëerde zeggenschap van de Tweede Kamer en het uitsluiten daarbij van een deel van het parlement, te weten de Eerste Kamer, vanuit wetstechnisch en staatsrechtelijk oogpunt.

1. Verzoek om voorlichting

a. Verzoek om voorlichting

Op 13 oktober 2020 is het voorstel voor een Tijdelijke wet maatregelen covid-19 door de Tweede Kamer aangenomen, met inbegrip van een aantal amendementen op het oorspronkelijke wetsvoorstel. Eén van die amendementen is afkomstig van het lid Buitenweg c.s. (hierna: het amendement). Het beoogde de lichte voorhangprocedure die in het bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel ten aanzien van ministeriële regelingen was opgenomen, te vervangen door een procedure waarbij de Tweede Kamer kan besluiten al of niet met de op grond van het wetsvoorstel vastgestelde ministeriële regelingen in te stemmen.¹ Voorts leidde het amendement ertoe dat het aanvankelijk voorgestelde artikel 58s, waarin een zogenoemde «vangnetbepaling» was opgenomen, werd geschrapt.

Bij brief van 13 oktober 2020 heeft de voorzitter van de Eerste Kamer om voorlichting verzocht naar aanleiding van dit amendement. Aan de Afdeling advisering van de Raad van State is gevraagd om het nieuwe instrument van «bekrachtiging» van de op grond van het wetsvoorstel

¹ Kamerstukken II 2020/21, 35 526, nr. 48.

vastgestelde ministeriële regelingen door (alleen) de Tweede Kamer, nader te bezien vanuit wetstechnisch en staatsrechtelijk oogpunt.

Vooraf merkt de Afdeling op dat de vaststelling van ministeriële regelingen waarop het verzoek om voorlichting betrekking heeft, moet worden onderscheiden van de vaststelling van het koninklijk besluit tot verlenging van de wet. Een ontwerp koninklijk besluit tot verlenging dient op grond van het wetsvoorstel aan beide Kamers (en dus ook aan de Eerste Kamer) te worden voorgelegd.² De parlementaire betrokkenheid bij dit verlengingsbesluit blijft in deze voorlichting verder buiten beschouwing.

b. Opzet van de voorlichting

Hierna schetst de Afdeling met het oog op een goed begrip van de bredere context van het amendement eerst kort hoe de aanpak van de coronacrisis in de regelgeving tot nu toe heeft vorm gekregen (punt 2). Vervolgens wordt kort het systeem van gelede normstelling en parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving weergegeven (punt 3), waarna wordt ingegaan op de inhoud van het amendement (punt 4). Daarna volgt een analyse van het amendement en wordt besloten met een conclusie (punt 5).

2. Aanpak van de coronacrisis tot nu toe: balans tussen slagvaardigheid en democratische betrokkenheid

a. De bestaande noodverordeningen

Nadat op 27 februari 2020 de eerste coronabesmetting in Nederland officieel werd vastgesteld, zijn in snel tempo maatregelen genomen om de verdere verspreiding van het virus tegen te gaan. Die maatregelen waren ongekend van aard en omvang. Vrijwel het gehele maatschappelijke leven werd stilgelegd: onder meer scholen, kappers en horeca sloten hun deuren en evenementen werden afgelast. Aan iedereen werd geadviseerd om 1,5 meter afstand te bewaren, zoveel mogelijk thuis te blijven en alleen met het openbaar vervoer of naar het buitenland te reizen als dat echt noodzakelijk was. De ernst van de coronacrisis bracht, kortom, met zich dat snel ingrijpende maatregelen werden genomen.

Veel van de maatregelen die zijn genomen met het oogmerk om het (ook grondwettelijk en verdragsrechtelijke gewaarborgde) belang van de volksgezondheid te beschermen, zijn van invloed op de uitoefening van grondrechten, zoals de vrijheid van betoging de vrijheid van godsdienst en het eigendomsrecht. Zij zijn in eerste instantie – op basis van aanwijzingen van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS)³ – veelal neergelegd in noodverordeningen van de veiligheidsregio's.⁴ De noodverordeningbevoegdheid is echter niet zo ruim dat in de noodverordeningen van de Grondwet kan worden afgeweken. Dat laatste ligt besloten in de gekozen constructie. Deze is gebaseerd op de Wet publieke gezondheid (in samenhang met de Wet veiligheidsregio's) en niet op het op artikel 103 Grondwet gebaseerde stelsel van staatsnoodrecht; de

² Voorgesteld artikel VIII, vierde lid. Zie ook het voorgestelde artikel 58t dat bij amendement is ingebracht; Kamerstukken II 2019/20, 35 526, nr. 40.

³ Artikel 7 Wet publieke gezondheid.

⁴ Artikel 39, eerste lid, van de Wet veiligheidsregio's jo. artikel 176, eerste lid, van de Gemeentewet.

Coördinatiewet Uitzonderingstoestanden is in de aanpak van de coronacrisis tot nu toe niet toegepast.⁵

De Grondwet eist dat de beperking van een grondwettelijk grondrecht berust op een bepaling die expliciet is bedoeld om het grondrecht te beperken, voldoende specifiek is én is neergelegd in een wet in formele zin. Met vaststelling bij of krachtens de wet is via het parlement als medewetgever de democratische legitimatie van de beperking gegarandeerd. Noodverordeningen voldoen in beginsel niet aan deze grondwettelijke eisen.⁶ De wettelijke bepaling waarop zij zijn gebaseerd (artikel 176 Gemeentewet) is onvoldoende specifiek. In samenhang daarmee is ook de democratische legitimatie te beperkt. Door het ontbreken van een specifieke formeel-wettelijke basis bestaat voor de op grond van de noodverordeningen geldende maatregelen geen parlementaire instemming. Eerder is geconstateerd dat ook de democratische controle op de inhoud van de noodverordeningen van de veiligheidsregio's zowel op lokaal als op landelijk niveau tussen de wal en het schip is geraakt.⁷

Gedurende een korte periode is het verdedigbaar te achten dat de beperking van grondrechten in een acute, concrete en levensbedreigende situatie (zoals bij het plotseling uitbreken van een gevaarlijk virus) op een globalere wettelijke grondslag kan berusten dan de Grondwet vereist. De juridische houdbaarheid van die constructie neemt echter af naarmate de situatie langer duurt. In de voorlichting die de Afdeling op verzoek van de Tweede Kamer op 25 mei j.l. heeft uitgebracht, is dan ook opgemerkt dat de constructie van noodverordeningen op korte termijn diende te worden vervangen door specifieke grondslagen in een tijdelijke wet in formele zin. De grondwettelijke vereisten maken dat noodzakelijk. Daarbij is ervan uitgegaan dat beperkende maatregelen noodzakelijk worden geacht zolang de crisis voortduurt. Met de totstandkoming van een tijdelijke wet zou ook de parlementaire instemming met de specifieke grondslagen om beperkende maatregelen te nemen, worden verzekerd.

b. Het wetsvoorstel

De regering heeft dan ook terecht besloten tot het voorstellen van een tijdelijke wet om de noodzakelijk geachte maatregelen van een juridisch en democratisch steviger fundament te voorzien. De Afdeling heeft in dat verband opgemerkt dat bij het nemen van deze maatregelen steeds een balans moet worden gevonden. Die balans ziet met name op het in de wet voorzien van een toereikende democratische legitimatie (en de daaraan inherente versterking van parlementaire zeggenschap) enerzijds en het

⁵ Het feit dat dit niet is toegepast roept de vraag op naar de geschiktheid ervan in omstandigheden als de onderhavige. De Afdeling heeft daarom eerder geadviseerd de lessen uit de huidige crisis bij de voorgenomen modernisering van het staatsnoodrecht te betrekken (Voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State van 25 mei 2020 over de grondrechtelijke aspecten van (voor)genomen crisismaatregelen, (W04.20.0139/I) www.tweedekamer.nl, punt 12. Zie ook Kamerstukken II 2019/20, 35 526, nr. 4, p. 30). Zij wijst in dit licht ook op de op 13 oktober 2020 met brede steun aangenomen motie Van Dam c.s. (Kamerstukken II 2020/21, 35 526, nr. 42).

⁶ Zie voor verdere nuances de voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State van 25 mei 2020 over de grondrechtelijke aspecten van (voor)genomen crisismaatregelen, (W04.20.0139/I), www.tweedekamer.nl, (punt 7).

⁷ Voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State van 25 mei 2020 over de grondrechtelijke aspecten van (voor)genomen crisismaatregelen, (W04.20.0139/I), www.tweedekamer.nl, (punt 11, antwoord op vraag 4).

behoud van slagkracht met het oog op een effectieve bestrijding van het virus anderzijds.⁸

In haar advies over het voorstel voor een Tijdelijke wet maatregelen covid-19 van 17 juni j.l. heeft de Afdeling het wetsvoorstel zoals dat toen voorlag in het licht van dit uitgangspunt in beginsel positief beoordeeld: er wordt voorzien in voldoende specifieke grondslagen voor de beperking van grondrechten en er wordt ook voldoende in de wet zélf geregeld. Tegelijkertijd wordt voldoende flexibiliteit geboden om binnen de wettelijke grenzen snel en slagvaardig te kunnen af- en opschalen als dat nodig is.⁹ Wel plaatste de Afdeling kritische kanttekeningen bij het toenmalige conceptwetsvoorstel. Naar het oordeel van de Afdeling moest de ministeriële zeggenschap¹⁰ verder worden begrensd en de parlementaire controle met het oog op de uitoefening van bevoegdheden worden versterkt.

Ten behoeve van de noodzakelijk te achten op- en afschaling voorziet het wetsvoorstel in de mogelijkheid dat de op hoofdpunten in de wet geregelde maatregelen bij ministeriële regeling worden uitgewerkt en vastgesteld. Gelet op de tijdelijkheid van de voorgestelde wet en de bijzondere omstandigheden waarop deze betrekking heeft, is de keuze voor vaststelling bij ministeriële regeling juridisch toelaatbaar en in gevallen waarin grote spoed geboden is, ook niet ongebruikelijk.¹¹ Daarbij is van belang dat het wetsvoorstel door het stellen van specifieke regels en de daarin opgenomen voorwaarden¹² de bandbreedte bepaalt waarbinnen bij ministeriële regeling kan worden af- en opgeschaald. Bij ministeriële regeling wordt dus geregeld op welke wijze in de dan gegeven situatie van de wettelijk maximaal toegestane ruimte gebruik wordt gemaakt en kunnen niet méér beperkingen worden opgelegd dan de wet toelaat.¹³

Gelet op het voorgaande is het wetsvoorstel uit een oogpunt van noodzakelijke grondrechtenbescherming en democratische legitimatie en controle een aanzienlijke verbetering ten opzichte van het stelsel van noodverordeningen. In beginsel voldeed de delegatieregeling in het wetsvoorstel zoals dat voor advies aan de Afdeling is voorgelegd ook aan de Grondwet en de democratisch-rechtsstatelijke beginselen. In het bijzonder voldeed het voorstel aan het legaliteitsbeginsel¹⁴ en het primaat van de wetgever¹⁵ zoals deze in de grondwettelijke beperkingssystematiek zijn verankerd en uitgewerkt.¹⁶ Zoals gezegd benadrukte de Afdeling in haar advies echter tevens het belang van verdere versterking van de

⁸ Voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State van 25 mei 2020 over de grondrechtelijke aspecten van (voor)genomen crisismaatregelen, (W04.20.0139/l) www.tweedekamer.nl, (punt 11, antwoord op vraag 3 en 4). Zie ook Kamerstukken II 2019/20, 35 526, nr. 4 (punt 2 en 4a).

⁹ Kamerstukken II 2019/20, 35 526, nr. 4 (punt 3a).

¹⁰ Daarmee doelde de Afdeling met name op de Minister van VWS in zijn verhouding tot de andere meest verantwoordelijke Ministers. Zie Kamerstukken II 2019/20, 35 562, nr. 4, punt 6.

¹¹ Aanwijzing 2.24, eerste lid, van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

¹² Voorgestelde artikelen 58f tot en met 58r Wet publieke gezondheid.

¹³ Het gaat derhalve niet om «zelfstandige» ministeriële regelingen maar om op de wet gebaseerde ministeriële regelingen die door de wet worden begrensd en ingekaderd.

¹⁴ Hierover C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, bewerkt door P.P.T. Bovend'Eert e.a., Wolters Kluwer Deventer 2016, p. 320 e.v.

¹⁵ Het primaat van de wetgever kan worden beschouwd als een normatieve aanscherping of invulling van het legaliteitsbeginsel. Zie in deze zin S.A.J. Munneke, in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Kluwer Deventer 2012, p. 258. Zie verder hierna punt 3a.

¹⁶ Zie hierover de hoorzitting over het wetsvoorstel op 4 september 2020 (https://www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2020A03340).

parlementaire betrokkenheid als het gaat om ministeriële regelingen op grond van de voorgestelde wet. In dat verband heeft zij onder meer geadviseerd om een specifieke informatieverplichting aan het parlement in het wetsvoorstel op te nemen.¹⁷

De lijn van versterkte parlementaire betrokkenheid bij hetgeen krachtens het wetsvoorstel wordt geregeld, is door de regering en de Tweede Kamer in de loop van de behandeling van het wetsvoorstel verder doorgetrokken. Dat heeft uiteindelijk, na een periode van drie maanden van parlementaire behandeling, geleid tot het aangepaste wetsvoorstel dat nu voorligt. De Afdeling merkt op dat de amendering waarop het verzoek om voorlichting betrekking heeft, vanzelfsprekend gevolgen heeft voor de hiervoor genoemde balans tussen democratische legitimatie en slagvaardigheid. Wordt de parlementaire betrokkenheid bij de ministeriële regelingen versterkt, dan kost dat begrijpelijkerwijs meer tijd. Dat kan er wel toe leiden dat de slagvaardigheid waarmee kan worden opgetreden, afneemt.

3. Parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving

Het amendement regelt parlementaire betrokkenheid bij regels die in het wetsvoorstel worden gedelegeerd naar een ministeriële regeling. Hierbij is relevant op welk niveau welk soort regels worden gesteld en op welke wijze eventuele parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving kan worden vormgegeven.

a. Gelede normstelling

Er zijn verschillende instrumenten die ingezet kunnen worden om algemeen verbindende voorschriften tot stand te brengen. Deze dienen in de formele wet dan wel krachtens de formele wet in lagere regelgeving te worden neergelegd. Formele wetten worden vastgesteld door de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk.¹⁸ In dit kader wordt ook wel gesproken van het «primaat van de wetgever». Dit «primaat van de wetgever» betekent dat de reikwijdte, de structurele elementen en de voornaamste duurzame normen van een regeling in de formele wet behoren te worden opgenomen. De voornaamste reden hiervoor is de versterkte democratische grondslag van bij wet gestelde regels: wetten in formele zin worden immers mede vastgesteld door het parlement (Tweede en Eerste Kamer) als medewetgever.¹⁹

Het primaat van de wetgever brengt echter niet met zich dat het parlement bij alle onderdelen van een regeling rechtstreeks moet worden betrokken. Lang niet alle regels zijn van een zodanige betekenis dat directe parlementaire invloed op de vaststelling daarvan voor de hand ligt. Daarbij komt dat het bij bepaalde onderwerpen van een regeling voorzienbaar kan zijn dat sommige regels vanwege veranderende maatschappelijke omstandigheden veelvuldig of snel zullen moeten worden gewijzigd of aangevuld. Om deze redenen wordt in veel wetten, met instemming van het parlement, de bevoegdheid tot het vaststellen van nadere regels gedelegeerd aan de regering (amvb's) of aan Ministers

¹⁷ Kamerstukken II 2019/20, 35 526, nr. 4 (punt 4 b).

¹⁸ Zie artikel 81 van de Grondwet.

¹⁹ Commissie-Polak, *Orde in de regelgeving*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1985, p. 42–45. Dit heeft zijn beslag gekregen in de Aanwijzingen 2.19 en 2.21 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

(ministeriële regelingen). In beide gevallen gaat het om gedelegeerde regelgeving.²⁰

Delegatie van regelgeving kan slechts plaatsvinden binnen de grondwettelijke kaders. Zoals gezegd eist de Grondwet bijvoorbeeld dat voor de beperking van grondrechten voldoende specifieke grondslagen in de wet in formele zin zijn opgenomen. Dat is een van de hoofddoelstellingen van het wetsvoorstel dat nu voorligt. Daarbij sluit de Grondwet delegatie naar het niveau van de ministeriële regeling niet uit. Voor delegatie naar een ministeriële regeling is het vast beleid dat dit moet worden beperkt tot voorschriften van administratieve aard, de uitwerking van details van een regeling, voorschriften die dikwijls wijziging behoeven en voorschriften waarvan te voorzien is dat zij mogelijk met grote spoed moeten worden vastgesteld.²¹

b. Verschillende vormen van parlementaire betrokkenheid

Soms wordt het wenselijk geacht het parlement ook bij gedelegeerde regelgeving te betrekken. Hiermee dient volgens het bestaande wetgevingsbeleid terughoudend te worden omgesprongen. In de wet wordt idealiter geen formele betrokkenheid van het parlement bij gedelegeerde regelgeving geregeld, tenzij daarvoor bijzondere redenen bestaan.²² De achtergrond hiervan is dat het uit staatsrechtelijk oogpunt gewenst is dat bij de verdeling van een regeling over de wet en algemeen verbindende voorschriften van lager niveau duidelijke keuzes worden gemaakt. Een onderwerp wordt ofwel in de wet zélf geregeld ofwel het geven van voorschriften daaromtrent wordt gedelegeerd aan een lagere regelgever. In dat licht bezien hinkt parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving op twee gedachten. Enerzijds geeft het parlement als medewetgever het onderwerp uit handen; anderzijds geeft het uiting aan de wens tot zeggenschap die verder gaat dan de reguliere controle van het parlement op het handelen van het bestuur.

Parlementaire betrokkenheid bij decentrale regelgeving kan op verschillende manieren vorm krijgen. Vanaf 1950 zijn hiervoor verschillende vormen geïntroduceerd in de wetgeving. Aanvankelijk werd vooral gebruik gemaakt van betrokkenheid achteraf, waarbij de Kamer(s) een reeds vastgestelde amvb of ministeriële regeling toegezonden kregen, voordat deze in werking trad.²³ In het rapport «Orde in de Regelgeving» van de commissie Polak in 1985 wordt een poging gedaan om alle tot dan toe ontstane vormen van betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving te uniformeren.²⁴ In het rapport is daartoe een aantal hoofdvormen onderscheiden.²⁵

Het rapport maakt duidelijk dat parlementaire controle op gedelegeerde regels in twee varianten kan voorkomen:

²⁰ Zie verder over delegatie van regelgeving C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, bewerkt door P.P.T. Bovend'Eert e.a., Wolters Kluwer Deventer 2016, p. 341 e.v.

²¹ Aanwijzing 2.24 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Het wetsvoorstel voldoet aan deze criteria. Zie Kamerstukken II 2019/20, 35 526, nr. 4 (punt 3a, noot 9).

²² Aanwijzing 2.35 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Zie ook de voorlichting van de Raad van State van 12 maart 2010 inzake het voorhangen van gedelegeerde regelgeving (W03.09.0557/II).

²³ Er waren ook in die tijd wel al uitzonderingen. In de Machtigingswet inkomensvorming en bescherming werkgelegenheid 1974 werd betrokkenheid vóóraf geregeld; in die wet was bepaald dat de Kamers de ontwerpministeriële regelingen toegezonden kregen, dus voordat deze werden vastgesteld.

²⁴ Commissie-Polak, *Orde in de regelgeving*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1985, p. 55–63.

²⁵ Commissie-Polak, *Orde in de regelgeving*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1985, p. 55.

- controle vooraf of voorhang (er wordt dan een ontwerpamvb aan het parlement voorgelegd voordat die aan de Raad van State voor advies wordt toegezonden) of
- controle achteraf of nahang (er wordt dan een vastgestelde amvb aan het parlement voorgelegd die nog niet meteen in werking treedt).

Daarnaast is er onderscheid tussen wat tegenwoordig wordt aangeduid als «lichte controle» en «zware controle». In het eerste geval wordt een ontwerp dan wel een vastgestelde regeling aan de Kamers toegezonden, waarbij de Kamers vervolgens hun reguliere controlerende instrumentarium kunnen gebruiken (het stellen van vragen, het indienen van moties). In het tweede geval krijgt het parlement in aanvulling op de reguliere instrumenten meer bevoegdheden, bijvoorbeeld door de mogelijkheid om af te dwingen dat de materie alsnog in een wet wordt geregeld of de mogelijkheid om de regeling af te keuren.

Deze poging tot ordening heeft uiteindelijk geleid tot het opnemen van vier modellen voor parlementaire controle op gedelegeerde regels in de Aanwijzingen voor de regelgeving, namelijk:

- *gecontroleerde delegatie*; dit houdt in dat voorschriften bij lagere regeling kunnen worden vastgesteld maar dat een ontwerp daarvan ter kennis van het parlement wordt gebracht;
- *voorwaardelijke delegatie*; daarvan is sprake indien een lagere regeling voor haar inwerkingtreding moet worden voorgelegd aan het parlement en het parlement of een gedeelte daarvan dan binnen een bepaalde termijn vaststelling van de betrokken regeling bij wet kan eisen;
- *tijdelijke delegatie*; dit houdt in dat voorschriften tijdelijk bij een algemene maatregel van bestuur of eventueel een ministeriële regeling kunnen worden vastgesteld maar dat deze algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling op korte termijn moet worden vervangen door een wet; en
- *delegatie onder het vereiste van goedkeuring bij wet*; dit houdt in dat voorschriften tijdelijk bij een algemene maatregel van bestuur of eventueel een ministeriële regeling kunnen worden vastgesteld maar dat deze op korte termijn bij wet worden goedgekeurd.

Om inzichtelijk te maken wat deze varianten concreet inhouden worden deze en de daarbij behorende modelteksten in bijlage I bij dit advies weergegeven (varianten 1–4).

Naast deze vormen die in de Aanwijzingen zijn opgenomen, zijn er echter in de loop van de tijd ook andere varianten van parlementaire betrokkenheid ontstaan. Daarmee is de poging om regeling van die betrokkenheid te uniformeren door middel van een paar specifieke modellen niet geheel succesvol gebleken. In de praktijk komen er met name nog drie andere varianten voor die niet in de Aanwijzingen voor de regelgeving zijn geregeld. Deze betreffen de tussenvormen voorwaardelijke delegatie vooraf, zwaar gecontroleerde delegatie vooraf en licht gecontroleerde delegatie achteraf. Zij zijn ook in bijlage I opgenomen (varianten 5–7).²⁶

Ook met betrekking tot de vraag welk deel van het parlement wordt betrokken bij controle op gedelegeerde regelgeving is sprake geweest van een ontwikkeling. Zo was het aanvankelijk gebruikelijk in met name wetgeving op het terrein van het onderwijs dat de Tweede Kamer wel

²⁶ Zie voor een uitgebreid overzicht van voor- en nahangprocedures de masterscriptie van D.M.A. Borman, Voor- en nahangprocedures in de praktijk (VU Amsterdam 2017) http://www.ubvu.vu.nl/pub/fulltext/scripties/14_2507967_0.pdf.

betrokken was bij de totstandkoming van gedelegeerde regelgeving, maar de Eerste Kamer niet. Ook in het voorstel van wet dat de regering indiende voor de Machtigingswet inkomensvorming en bescherming werkgelegenheid 1974 was sprake van een andere positie van de Tweede Kamer dan die van de Eerste Kamer met betrekking tot de tot stand te brengen ministeriële regelingen.²⁷

In het hiervoor genoemde rapport «Orde in de regelgeving» wordt niet expliciet ingegaan op de vraag of en in hoeverre onderscheid in de positie van beide Kamers gerechtvaardigd kan zijn bij betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving. Wel is duidelijk dat de opname van de modelbepalingen in de Aanwijzingen er toe heeft geleid dat beide Kamers sindsdien in beginsel op eenzelfde wijze worden betrokken bij gedelegeerde regelgeving. Dat betekent dat het tegenwoordig gebruikelijk is dat indien de wet bij delegatie van regelgevende bevoegdheid parlementaire zeggenschap toekent, zowel de Tweede als Eerste Kamer worden betrokken.

Een vorm van parlementaire betrokkenheid die losstaat van bovengenoemde varianten, is de grondwettelijke beoordelingsbevoegdheid over het voortduren van een wettelijke uitzonderingstoestand door de verenigde vergadering.²⁸ Het is niet mogelijk bij formele wet of in een reglement van orde te voorzien in parlementaire betrokkenheid van de verenigde vergadering, nu de gevallen waarin de Staten-Generaal in verenigde vergadering bijeenkomt uitputtend in de Grondwet zijn geregeld.²⁹ Derhalve vindt parlementaire betrokkenheid bij de inwerkingstelling van noodrechtelijke bevoegdheden los van een uitzonderingstoestand dan ook niet in verenigde vergadering plaats.³⁰ Deze blijft daarom hier verder buiten beschouwing.

4. Het amendement en de toelichting daarop

a. Opmaat naar en inhoud van het amendement

Het amendement³¹ betreft de procedure van totstandkoming van ministeriële regelingen die hun grondslag vinden in de voorgestelde tijdelijke bepalingen in de Wet publieke gezondheid (Wpg) die zien op Covid-19 (het voorstel voor een Tijdelijke wet maatregelen covid-19). Deze ministeriële regelingen zien op het binnen de grenzen van de wet af- en opschalen van bepaalde maatregelen. Daarbij kan desgewenst maatwerk worden geboden, zowel voor sectoren als voor delen van het land.

Als het gaat om de parlementaire betrokkenheid bij de totstandkoming van de ministeriële regelingen heeft zich in de verschillende versies van het wetsvoorstel de afgelopen maanden een geleidelijke ontwikkeling voorgedaan. In de versie van de wet die ter consultatie aan een aantal instanties is gezonden, werd geen parlementaire betrokkenheid

²⁷ Kamerstukken II 1973/74, 12 917, nr. 6, p. 6–7. Hierover J.A. Borman en P. Neleman, De Eerste Kamer en de Machtigingswet, AA 1975, p. 132–137.

²⁸ Artikel 103, derde lid van de Grondwet.

²⁹ Zie hierover het advies van de Afdeling advisering Raad van State van 17 juni 2020 over het wetsvoorstel inzake verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet strekkende tot invoering van behandeling in verenigde vergadering van de tweede lezing van veranderingen in de Grondwet, (W01.20.0036/I), Kamerstukken II 2019/20, 35 533, nr. 4, p. 7.

³⁰ Zie bijvoorbeeld de procedure in artikel 52 van de Wet veiligheidsregio's.

³¹ Anders dan in het verzoek om voorlichting wordt vermeld gaat het bij het voorgestelde amendement niet om «zelfgecreëerde zeggenschap» van de Tweede Kamer. Het amendement maakt deel uit van het wetsvoorstel dat de instemming behoeft van de regering en de beide Kamers der Staten-Generaal (art. 81 Grondwet).

geregeld.³² In de versie die ter advisering aan de Afdeling advisering werd aangeboden, was opgenomen dat sprake zou zijn van een lichte vorm van betrokkenheid van het parlement. Bepaald werd dat de Minister van VWS onverwijld na de vaststelling van een ministeriële regeling een afschrift daarvan aan beide Kamers van de Staten-Generaal zendt.³³ In de versie die naar de Tweede Kamer werd gestuurd, stond dat de vaststelling niet eerder geschiedt dan een week nadat het ontwerp aan beide Kamers van de Staten-Generaal is overgelegd.³⁴

Tijdens de behandeling in de Tweede Kamer is met het oog op verdere versterking van de parlementaire betrokkenheid over verschillende varianten en aanpassingen van het voorstel gesproken.

Het oorspronkelijke amendement-Buitenweg luidde:

«In artikel I, onderdeel A, komt artikel 58c, tweede lid, te luiden:
2. Het ontwerp van een krachtens het tweede lid vast te stellen ministeriële regeling wordt aan beide Kamers der Staten-Generaal overgelegd. De ministeriële regeling wordt niet eerder vastgesteld dan een week na de overlegging van het ontwerp. Indien binnen die termijn door of namens een van de Kamers of door ten minste een vijfde van het grondwettelijk aantal leden van een van de Kamers de wens te kennen wordt gegeven dat het onderwerp van de ministeriële regeling bij wet wordt geregeld, wordt een daartoe strekkend voorstel van wet zo spoedig mogelijk ingediend en wordt de ministeriële regeling niet vastgesteld.»³⁵

Deze aanvankelijk voorgestelde variant betrof een vorm van voorwaardelijke delegatie, omdat het ontwerp van een ministeriële regeling aan beide Kamers zou worden toegestuurd en vervolgens een deel van de Tweede of Eerste Kamer voorafgaand aan de vaststelling van de ministeriële regeling, regeling bij wet zou kunnen afdwingen (zie hiervoor punt 3b).

In het uiteindelijk door de Kamer aangenomen amendement is de parlementaire zeggenschap anders vorm gegeven. Dat amendement luidt als volgt:

«In artikel I, onderdeel A, wordt artikel 58c, tweede lid, vervangen door:
2. Een krachtens dit hoofdstuk vastgestelde ministeriële regeling wordt binnen twee dagen nadat zij is vastgesteld aan beide Kamers der Staten-Generaal overgelegd. Zij treedt niet eerder in werking dan een week na deze overlegging. Indien binnen die termijn de Tweede Kamer besluit niet in te stemmen met de regeling, vervalt deze van rechtswege.
3. In afwijking van het tweede lid kan een krachtens dit hoofdstuk vastgestelde ministeriële regeling onverwijld na die vaststelling en de bekendmaking in werking treden, indien sprake is van een zeer dringende omstandigheid waarin ter beperking van gevaar direct moet worden gehandeld. Onze Minister zendt de regeling binnen twee dagen na vaststelling aan beide Kamers der Staten-Generaal, voorzien van een gemotiveerde mededeling waarin de dringende omstandigheid uiteen wordt gezet. De regeling vervalt van

³² Zie https://www.raadsleden.nl/files/documenten/twm_covid-19_consultatieversie.pdf.

³³ In artikel 58c, tweede lid, dat luidde: 2. Onze Minister zendt onverwijld na de vaststelling van een ministeriële regeling een afschrift daarvan aan beide Kamers van de Staten-Generaal.

³⁴ Op grond van artikel 58c, tweede lid, dat luidde: 2. De vaststelling geschiedt niet eerder dan een week nadat het ontwerp aan beide Kamers van de Staten-Generaal is overgelegd.

³⁵ Kamerstukken II 2020/21, 35 526, nr. 7.

rechtswege indien de Tweede Kamer binnen een week na de toezending besluit niet in te stemmen met de regeling.

4. Een besluit als bedoeld in het tweede lid, derde zin, of derde lid, derde zin, kan worden genomen op voorstel van een derde van het grondwettelijk aantal leden van de Tweede Kamer.

5. Artikel 1 van de Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid is niet van toepassing.

[...]

Artikel 58s vervalt.

[...]»³⁶

Hierbij wordt gekozen voor een gecontroleerde delegatie met een zware procedure achteraf; de ministeriële regeling wordt na vaststelling, maar voor het moment van inwerkingtreding aan de beide Kamers gezonden.³⁷ De Tweede Kamer kan vervolgens besluiten dat de regeling niet in werking mag treden en in dat geval vervalt.

b. Wijziging van de procedure tot het vaststellen van een ministeriële regeling

Het amendement leidt tot een wijziging van de procedure tot het vaststellen van een ministeriële regeling op grond van de wet.³⁸ Als een ministeriële regeling is vastgesteld, moet zij volgens het bij het amendement toegevoegde artikel 58c, tweede lid, binnen twee dagen aan zowel de Tweede als de Eerste Kamer worden overgelegd. Zij treedt niet eerder in werking dan een week na die overlegging. Als de Tweede Kamer niet binnen de termijn van een week met de regeling instemt, vervalt zij van rechtswege.

Het voorgestelde derde lid bevat een spoedvoorziening. Is sprake van een zeer dringende omstandigheid in verband waarmee direct moet worden gehandeld, dan is het mogelijk dat de regeling – in afwijking van het tweede lid – meteen na vaststelling en bekendmaking in werking treedt. De Minister dient de regeling dan binnen twee dagen en voorzien van een gemotiveerde mededeling waarin de dringende omstandigheid uiteen wordt gezet, aan de beide Kamers te zenden. De regeling vervalt van rechtswege indien de Tweede Kamer binnen een week na de toezending besluit niet in te stemmen met de regeling. De besluiten in de Tweede Kamer worden genomen bij meerderheid van stemmen,³⁹ maar een derde van het grondwettelijk aantal leden, 50 Kamerleden, volstaat om de Tweede Kamer over te laten gaan tot stemming over zo'n besluit.

De toelichting vermeldt dat het amendement ertoe strekt om de zogenoemde «lichte voorhangprocedure» die eerder in het wetsvoorstel was opgenomen, te vervangen door een procedure waarbij de Tweede Kamer kan besluiten al of niet met ministeriële regelingen in te stemmen. De gekozen volksvertegenwoordiging moet in de positie zijn om maatregelen die het kabinet voornemens is te nemen ter bestrijding van het coronavirus tegen te houden wanneer zij deze ongewenst vindt, of te bevestigen wanneer het zich in deze maatregelen kan vinden. Dat is

³⁶ Kamerstukken II 2020/21, 35 526, nr. 48.

³⁷ Zie over parlementaire betrokkenheid bij besluiten tot inwerkingtreding van formele wetten T.C. Borman, Voorhangprocedures voor inwerkingtredingsbesluiten: een staatsrechtelijk gedrocht?, Regelmaat 2015, afl. 6, p. 459–475.

³⁸ Voorgesteld artikel 58c.

³⁹ Artikel 67, tweede lid, van de Grondwet.

passend in een democratische rechtsstaat, en is van belang voor het draagvlak voor maatregelen, aldus de toelichting op het amendement.

c. Schrapping van de vangnetbepaling

Met het aannemen van het amendement is ook de vangnetbepaling in artikel 58s van het wetsvoorstel zoals het bij de Tweede Kamer is ingediend, geschrapt.⁴⁰ Op grond van die bepaling kon de Minister van VWS in zeer spoedeisende gevallen nog een aanwijzing geven aan de voorzitter van de veiligheidsregio om ter bestrijding van de pandemie een noodverordening vast te stellen.⁴¹ Aangenomen moet worden dat het op basis van het huidige wetsvoorstel niet langer mogelijk is een dergelijke aanwijzing te geven, nu het tijdelijke hoofdstuk van de Wet publieke gezondheid in het wetsvoorstel mede gelet op de gedachtewisseling in de Tweede Kamer bewust een *lex-specialis*-karakter heeft.⁴² Zoals de regering in de toelichting op de eerste nota van wijziging heeft gesteld, kunnen de voorzitters van de veiligheidsregio en de andere burgemeesters geen noodverordeningen meer treffen voor de maatregelen waarin dit wetsvoorstel voorziet.⁴³

5. Analyse en conclusie

a. Parallel met artikel 176 Gemeentewet?

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer is in het kader van de parlementaire betrokkenheid zoals uiteindelijk in het amendement geregeld, gesproken van «bekrachtiging». Daarbij is een parallel getrokken met artikel 176 van de Gemeentewet.⁴⁴ Op grond van artikel 176, eerste lid, kan de burgemeester in het geval van (de ernstige vrees voor het ontstaan van) oproerige beweging, ernstige wanordelikheden en rampen, algemeen verbindende voorschriften geven (in de vorm van een noodverordening) die nodig zijn ter handhaving van de openbare orde of ter beperking van gevaar.⁴⁵ Deze voorschriften moeten op grond van artikel 176, derde lid, door de gemeenteraad in zijn eerstvolgende vergadering worden bekrachtigd, anders vervallen zij.

De Afdeling merkt op dat deze parallel om verschillende redenen niet opgaat. In de eerste plaats is de bestuurlijke ruimte bij de voorschriften die op grond van een ministeriële regeling krachtens het wetsvoorstel kunnen worden gesteld, beperkter dan die bij de voorschriften die een burgemeester in een noodverordening kan stellen. Zoals hiervoor al aan de orde kwam bepaalt het wetsvoorstel door regeling van specifieke grondslagen voor grondrechtsbeperkende maatregelen de bandbreedte van de op grond van de wet vast te stellen ministeriële regelingen. In een ministeriële regeling kan binnen die bandbreedte alléén worden af- en

⁴⁰ Kamerstukken II 2020/21, 35 526, nr. 48, p. 1.

⁴¹ Ter uitvoering van artikel 7 van de Wet publieke gezondheid; Kamerstukken II 2019/20, 35 526, nr. 2, p. 8 en Kamerstukken II 2019/20, 35 526, nr. 3, p. 102.

⁴² Voorgesteld artikel 58b, eerste lid; Kamerstukken II 2019/20, 35 526, nr. 4, p. 5 en 22–23; Kamerstukken II 2019/20, 35 526, nr. 3, p. 11–12 en Kamerstukken II 2019/20, 35 526, nr. 23, p. 37.

⁴³ Kamerstukken II 2019/20, 35 526, nr. 24, p. 9–10.

⁴⁴ Bijvoorbeeld tijdens de hoorzitting op 4 september 2020 (https://www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2020A03340) en de plenaire vergadering op 8 oktober 2020 (https://www.eerstekamer.nl/behandeling/20201008/voortzetting_behandeling/document3/f=/vlcr7yuin9jx.pdf).

⁴⁵ Het gaat hier om dezelfde bevoegdheidsgrondslag als die ten behoeve van de noodverordeningen van de voorzitters van de veiligheidsregio's. In geval van (ernstige vrees voor het ontstaan van) een ramp of crisis van meer dan plaatselijke betekenis, gaat de bevoegdheid van de burgemeester over op de voorzitter van de veiligheidsregio (artikel 39, eerste lid, Wet veiligheidsregio's).

opgeschaald. Dit betekent dat daarin uitsluitend kan worden geregeld op welke wijze – gegeven de concrete situatie – van de wettelijk maximaal toegestane ruimte gebruik wordt gemaakt. Met die wettelijk maximaal toegestane ruimte stemt het parlement door aanvaarding van het wetsvoorstel uitdrukkelijk in. In de regelingen kunnen daardoor niet méér beperkingen worden opgelegd dan de wet toelaat.

Dat is anders in een noodverordening op grond van artikel 176, eerste lid, van de Gemeentewet. In een dergelijke noodverordening mag op basis van die bepaling op grond van de daarin genoemde doelen (dus in het geval van (ernstige vrees voor het ontstaan van) oproerige beweging, ernstige wanordelijkheden en rampen) in beginsel van alle wettelijke voorschriften worden afgeweken.⁴⁶ Daarbij is de volksvertegenwoordiging niet vooraf betrokken geweest bij de afbakening van de bestuurlijke ruimte die bestaat of zou moeten bestaan bij de vaststelling van de noodverordening. Dat fundamentele verschil, dat de belangrijkste aanleiding is om de noodverordeningen te vervangen door de tijdelijke wet die door het stellen van specifieke regels die bestuurlijke ruimte nu juist wel begrenst, heeft tot gevolg dat de parlementaire betrokkenheid bij op de wet gebaseerde regels in een geheel andere juridische context plaatsvindt en derhalve ook anders moet worden beoordeeld.

Een tweede belangrijk verschil tussen een noodverordening en een ministeriële regeling op grond van het wetsvoorstel is dat bekrachtiging door de gemeenteraad van een noodverordening plaatsvindt nádat de voorschriften van de burgemeester in werking zijn getreden. Juist omdat slagvaardig optreden is vereist – er is sprake van (de vrees voor) een gevaarlijke situatie waartegen zo snel mogelijk moet worden opgetreden – vindt legitimering van die voorschriften door de gemeenteraad áchteraf plaats. De reden daarvoor is dat goedkeuring of bekrachtiging vóóraf in een dergelijke situatie te veel tijd kost. Op grond van de procedure waarin het amendement voorziet, moet instemming van de Tweede Kamer met de ministeriële regeling, buiten de uitzonderingsmogelijkheid van het derde lid, plaatsvinden vóórdát zij in werking kan treden. Dat versterkt weliswaar de democratische legitimatie, maar kan afbreuk doen aan de slagvaardigheid en snelheid die in een bepaalde situatie noodzakelijk kan zijn. Ook op dit punt verschilt de regeling van de bekrachtiging in de Gemeentewet dus van het amendement.

b. Vormgeving van de procedure parlementaire betrokkenheid

Geconstateerd moet worden dat met de procedure zoals die als gevolg van het amendement in het wetsvoorstel is opgenomen, een nieuwe vorm van parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving is geïntroduceerd: de procedure wijkt af van de tot nog toe bestaande, hiervóór in punt 3 besproken procedures. Op de volgende drie punten is de voorgestelde procedure anders dan hetgeen tot dusverre gebruikelijk was.

i. Ministeriële regelingen

Bij het amendement, zoals het uiteindelijk is aanvaard, gaat het om parlementaire betrokkenheid die betrekking heeft op ministeriële regelingen. In de tot nu toe gebruikte vormen van betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving is bijna steeds sprake van voor- of nahang van amvb's. Parlementaire betrokkenheid bij ministeriële regelingen is echter

⁴⁶ Behalve van de Grondwet. Zie artikel 176, eerste lid, van de Gemeentewet.

wel denkbaar en komt in een enkel geval ook wel voor.⁴⁷ Deze constructie ligt echter normaal gesproken niet voor de hand. Juist bij ministeriële regelingen, die snel tot stand kunnen komen, geldt immers het bezwaar dat het invoegen van een procedure van parlementaire betrokkenheid afbreuk kan doen aan de gewenste en noodzakelijke snelheid en flexibiliteit. Tegelijkertijd stuit het regelen van parlementaire betrokkenheid bij ministeriële regelingen niet op staatsrechtelijke bezwaren; de Grondwet sluit het niet uit en ook overigens is zij juridisch toelaatbaar.

ii. Vastgestelde regeling

Hoewel parlementaire betrokkenheid bij delegatie aanvankelijk meestal werd vormgegeven door controle achteraf, namelijk door het toezenden van een vastgestelde regeling voor deze in werking trad, is de standaardpraktijk inmiddels dat gekozen wordt voor controle vooraf, dat wil zeggen betrokkenheid bij een ontwerpregeling die nog niet is vastgesteld (zie ook punt 3). Het amendement gaat echter uit van controle achteraf; de Kamers krijgen beide de inmiddels vastgestelde ministeriële regeling.⁴⁸

De aldus gekozen constructie heeft gevolgen voor de invloed die het parlement heeft op de inhoud van deze regeling. Omdat de regeling al is vastgesteld, kan de Tweede Kamer daarmee slechts instemmen of instemming aan de regeling onthouden.⁴⁹ Dat betekent dat bij bezwaar hiertegen uitsluitend besloten kan worden om de regeling op dat moment niet in werking te laten treden. In dat geval moet de Minister, indien hij op grond van wens van de Kamer de regeling zou willen aanpassen, ingevolge de door het amendement voorgeschreven procedure een nieuwe regeling vaststellen, die daarna opnieuw aan de beide Kamers moet worden voorgelegd. Vanaf dat moment moet weer een week worden gewacht tot de regeling in werking kan treden. Overigens geldt dat bij elke wijziging van een ministeriële regeling, ook als deze minimaal of technisch van aard is, de procedure van het voorgestelde artikel 58c, tweede lid, moet worden doorlopen.

De Afdeling merkt mede in het licht van het voorgaande op dat de ministeriële regelingen die op grond van de Tijdelijke wet tot stand worden gebracht meer dan eens met de nodige spoed in werking moeten treden. Het gaat om regelingen die binnen de bandbreedte van de wet, leiden tot op- of afschaling van maatregelen, dan wel tot differentiatie in de reikwijdte van die maatregelen. Indien opschaling nodig is, mag het gelet op de snel veranderende omstandigheden niet te lang duren voordat deze tot stand is gebracht. Zoals de Tweede Kamer bij de behandeling van het wetsvoorstel naar voren heeft gebracht geldt dit, mede met het oog op het noodzakelijke draagvlak onder de bevolking, nadrukkelijk ook voor ministeriële regelingen die leiden tot afschaling. In dit licht bezien kan de gekozen wijze van parlementaire betrokkenheid bij de ministeriële regelingen met het mogelijke tijdsverlies dat hierbij, ook als gevolg van de

⁴⁷ Ook de Aanwijzingen gaan expliciet in op deze mogelijkheid. Zie de toelichting op Aanwijzing 2.35. Recentelijk is voor een dergelijke constructie gekozen onder meer met betrekking tot de ministeriële regeling zorgverantwoordelijke die gebaseerd is op de Wet zorg en dwang psychogeriatrische en verstandelijk gehandicapte cliënten (Kamerstukken II 2019/20, 35 087, nr. 23) en de ministeriële regeling aanwijzing SBB, gebaseerd op de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen (Kamerstukken II 2014/15, 25 268, nr. 14).

⁴⁸ Controle «achteraf» betekent hier dus *nadat* de regeling is vastgesteld maar *voordat* deze is in werking is getreden. Dat is anders bij de noodverordeningen waarbij de gemeenteraad pas bekrachtigt na vaststelling *en* inwerkingtreding. Zie hiervoor punt 5a.

⁴⁹ Dat is ook het bezwaar tegen een van de hoofdmodellen van parlementaire betrokkenheid onder het vereiste van goedkeuring bij wet. Ook hier kan de Kamer slechts goedkeuren of niet. Om die reden is het uitgangspunt dat deze figuur moet worden beperkt tot regelingen die zich niet lenen voor partiële aanpassing. Zie aanwijzing 2.40 van de Aanwijzingen voor de regelgeving en de toelichting daarop.

hiervoor genoemde procedurele aspecten begrijpelijkerwijs kan optreden, ertoe leiden dat in een aantal gevallen gebruik zal moeten worden gemaakt van de spoedvoorziening die is opgenomen in het voorgestelde artikel 58c, derde lid.⁵⁰

iii. Alleen de Tweede Kamer

Anders dan tegenwoordig gebruikelijk (zie hiervoor punt 3) bevat het amendement met betrekking tot de daarin opgenomen vorm van parlementaire betrokkenheid een aparte regeling voor de Tweede Kamer. Beide Kamers krijgen de regeling toegezonden en kunnen met betrekking hiertoe hun gebruikelijke instrumentarium van controle inzetten (het stellen van vragen, het indienen van moties etc.). De Tweede Kamer krijgt echter de mogelijkheid om te besluiten niet in te stemmen met de regeling, waarna deze niet in werking kan treden. De Eerste Kamer krijgt deze mogelijkheid niet. Uit het debat over het wetsvoorstel en de amendementen blijkt dat de Tweede Kamer hier bewust voor heeft gekozen. Een aanvullend amendement dat beoogde de regeling op dit punt gelijk te trekken werd verworpen.⁵¹

De Afdeling wijst erop dat er geen grondwettelijke bepalingen of constitutionele uitgangspunten bestaan die zien op de positie van beide Kamers bij parlementaire controle op gedelegeerde regelgeving. In zoverre stuit een andere regeling voor de Tweede dan voor de Eerste Kamer niet op constitutionele bezwaren. Daarbij moet worden opgemerkt dat ook in andere opzichten de positie van beide Kamers in het wetgevingsproces niet één-op-één gelijk is. Zo beschikt de Tweede Kamer over het recht van initiatief en de Eerste Kamer niet.⁵² Ook het recht van amendement berust slechts bij de Tweede Kamer; de Eerste Kamer kan binnenkomende wetsvoorstellen slechts hetzij in hun geheel aannemen, hetzij verwerpen.⁵³ Hoewel beide Kamers onderdeel zijn van de wetgevende macht, verschillen hun bevoegdheden in het wetgevingsproces dus van elkaar en komt de Tweede Kamer in zoverre meer gewicht toe.⁵⁴

In dat licht bezien en mede gelet op de bij het vaststellen van ministeriële regelingen te betrachten snelheid in de bijzondere omstandigheden die bij de bestrijding van het virus aan de orde zijn, acht de Afdeling het verdedigbaar dat de bevoegdheid om met een ministeriële regeling in stemmen, alleen aan de Tweede Kamer wordt toegekend. Dat betekent niet dat aan de Eerste Kamer in dit verband geen betekenis toekomt. De regeling wordt op grond van het wetsvoorstel ook aan de Eerste Kamer overgelegd, waarna deze zijn normale grondwettelijke, hiervoor genoemde bevoegdheden kan uitoefenen. Daarnaast moet de betekenis van het amendement in praktisch perspectief worden geplaatst. Het is immers ondanks de noodzakelijke parlementaire zeggenschap goed voorstelbaar dat ook de komende maanden snelheid van handelen vaak acuut en dringend geboden zal zijn en het daardoor niet altijd verantwoord zal worden geacht om de formele instemming van de Tweede Kamer met de noodzakelijke op- én afschaling af te wachten. In dergelijke gevallen zal het voorgestelde artikel 58c, derde lid, toegepast worden.

⁵⁰ Zie de voorzetting van de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer op 8 oktober 2020: https://www.eerstekamer.nl/behandeling/20201008/voortzetting_behandeling/document3/f=/vlcr7yuin9jx.pdf.

⁵¹ Kamerstukken II 2020/21, 35 526, nr. 37.

⁵² Artikel 82, eerste lid, van de Grondwet.

⁵³ Artikel 84, eerste lid, en artikel 85 van de Grondwet.

⁵⁴ Hierover uitbreider P.P.T. Bovend'Eert en H.R.B.M. Kummeling, *Het Nederlandse parlement*, Deventer: Kluwer 2017, p. 40.

c. Conclusie

De Afdeling constateert dat de in het amendement gekozen constructie van parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving in een aantal opzichten afwijkt van de geldende staatkundige praktijk. Historisch niet uniek maar gelet op de meer recente geschiedenis ongebruikelijk is dat aan de Tweede Kamer een grotere betrokkenheid wordt toegekend bij de vaststelling van gedelegeerde regelgeving dan aan de Eerste Kamer. Daarnaast is gekozen voor een vorm van controle achteraf omdat het parlement de regelingen krijgt op het moment dat deze al zijn vastgesteld, maar vóór zij in werking treden. Ten slotte is het zeldzaam dat in de wet parlementaire betrokkenheid bij ministeriële regelingen wordt geregeld; in het overgrote deel van de gevallen betreft het amvb's. Om al deze redenen tezamen is ten opzichte van de al vele bestaande vormen van parlementaire betrokkenheid (zie de bijlage bij dit advies) een nieuw model voor deze bijzondere omstandigheden gecreëerd.

Niettemin concludeert de Afdeling dat er geen staatsrechtelijke belemmeringen bestaan voor de in het amendement gekozen constructie. Er zijn geen grondwettelijke bepalingen of constitutionele uitgangspunten die aan de constructie in de weg staan. Daarbij is van belang dat, hoewel beide Kamers deel uitmaken van de formele wetgever en voor de totstandkoming van een wet in formele zin instemming van beide Kamers nodig is, tegelijkertijd de posities van beide Kamers in het wetgevingsproces verschillen. Grondwettelijk gezien heeft de Tweede Kamer meer bevoegdheden en komt de Tweede Kamer in zoverre meer gewicht toe.

In dat licht bezien en mede gelet op de bij het vaststellen van ministeriële regelingen te betrachten snelheid in de bijzondere omstandigheden die bij de bestrijding van het virus aan de orde zijn, acht de Afdeling het in dit geval verdedigbaar dat de bevoegdheid om met een ministeriële regeling in stemmen, alleen aan de Tweede Kamer wordt toegekend. Daarmee wordt meer parlementaire zeggenschap gewaarborgd bij de totstandkoming van regelingen die door burgers in veel gevallen als zeer ingrijpend zullen worden ervaren. Tevens wordt hiermee het risico verkleind dat een patstelling kan ontstaan tussen Minister, Tweede Kamer en Eerste Kamer die de slagkracht van het bestuur te zeer aantast. Dat laat onverlet dat de regelingen op grond van het wetsvoorstel ook aan de Eerste Kamer worden overgelegd, waarna deze zijn normale grondwettelijke, hiervoor genoemde bevoegdheden kan uitoefenen.

De vice-president van de Raad van State,
Th.C. de Graaf

Vormen van parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving

1) Gecontroleerde delegatie (Ar. 2.36)

Gecontroleerde delegatie houdt in dat voorschriften bij lagere regeling kunnen worden vastgesteld maar dat een ontwerp daarvan ter kennis van het parlement wordt gebracht. Het parlement moet dan enige tijd in de gelegenheid worden gesteld opmerkingen over het ontwerp te maken en daarover met de betrokken bewindspersoon van gedachten te wisselen. De standaard bepaling hiervoor in een wet is:

De voordracht voor een krachtens artikel [...] vast te stellen algemene maatregel van bestuur wordt niet eerder gedaan dan vier weken nadat het ontwerp aan beide Kamers der Staten-Generaal is overgelegd.

2) Voorwaardelijke delegatie (Ar. 2.37)

Van voorwaardelijke delegatie is sprake indien een lagere regeling voor haar inwerkingtreding moet worden voorgelegd aan het parlement en het parlement of een gedeelte daarvan dan binnen een bepaalde termijn vaststelling van de betrokken regeling bij wet kan eisen. Dit wordt meestal als volgt verwoord:

Een krachtens artikel [...] vastgestelde algemene maatregel van bestuur wordt aan de beide Kamers der Staten-Generaal overgelegd. Hij treedt in werking op een tijdstip dat nadat vier weken na de overlegging zijn verstreken bij koninklijk besluit wordt vastgesteld, tenzij binnen die termijn door of namens een van de Kamers of door ten minste een vijfde van het grondwettelijk aantal leden van een van de Kamers de wens te kennen wordt gegeven dat [het onderwerp / de inwerkingtreding] van de algemene maatregel van bestuur bij wet wordt geregeld. In dat geval wordt een daartoe strekkend voorstel van wet zo spoedig mogelijk ingediend. Indien het voorstel van wet wordt ingetrokken of indien een van de Kamers der Staten-Generaal besluit het voorstel niet aan te nemen, wordt de algemene maatregel van bestuur ingetrokken.

3) Tijdelijke delegatie (Ar. 2.39)

Tijdelijke delegatie houdt in dat voorschriften tijdelijk bij een algemene maatregel van bestuur of eventueel een ministeriële regeling kunnen worden vastgesteld maar dat deze algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling op korte termijn moet worden vervangen door een wet. Voor deze constructie kan aanleiding zijn indien met betrekking tot een materie die op zich regeling bij wet behoeft, snelle interventie is geboden of anticipatie op nieuwe maatregelen moet worden voorkomen (bijvoorbeeld bij sociaaleconomische regelgeving).

Hierbij luidt het model:

Na de plaatsing in [het Staatsblad / de Staatscourant] van een krachtens artikel [...] vastgestelde [algemene maatregel van bestuur / ministeriële regeling] wordt een voorstel van wet tot regeling van het betrokken onderwerp zo spoedig mogelijk bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal ingediend. Indien het voorstel wordt ingetrokken of indien een van de beide Kamers der Staten-Generaal besluit het voorstel niet aan te nemen, wordt de [algemene maatregel van bestuur / ministeriële regeling] onverwijld ingetrokken. Wordt het voorstel tot wet verheven, dan wordt de [algemene maatregel van bestuur / ministeriële regeling] ingetrokken op het tijdstip van inwerkingtreding van die wet.

4) Delegatie onder het vereiste van goedkeuring bij wet (Ar. 2.40)

[...] Een bezwaar van de figuur van delegatie onder goedkeuring bij wet is dat de Tweede Kamer aanleiding kan zien bij de behandeling van de goedkeuringswet wijzigingen aan te brengen in de goed te keuren regeling. Hierdoor ontstaat een onoverzichtelijke situatie. Om die reden moet deze figuur worden beperkt tot regelingen die zich niet lenen voor

partiële aanpassing maar die de Tweede Kamer in beginsel slechts kan goedkeuren of weigeren goed te keuren.

Hierbij luidt het model:

Na het tot stand komen van een krachtens artikel [...] vastgestelde [algemene maatregel van bestuur / ministeriële regeling] wordt zo spoedig mogelijk maar uiterlijk binnen acht weken een voorstel van wet tot goedkeuring van de [algemene maatregel van bestuur / ministeriële regeling] bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal ingediend. Indien het voorstel wordt ingetrokken of indien een van de Kamers der Staten-Generaal tot het niet-aannemen van het voorstel besluit, wordt de [algemene maatregel van bestuur / ministeriële regeling] onverwijld ingetrokken.

5) Voorwaardelijke delegatie vooraf

Deze vorm is een soort combinatie tussen de hierboven beschreven voorhangprocedures onder 2 en 4. Hierbij kan het parlement al vooraf aangeven, dus op het moment dat de amvb nog in de ontwerpfase is, dat zij regeling bij wet noodzakelijk acht. Hiervoor wordt het volgende model gebruikt:

Het ontwerp van een krachtens artikel... vast te stellen algemene maatregel van bestuur wordt aan beide kamers der Staten-Generaal overgelegd. De voordracht voor de vast te stellen algemene maatregel van bestuur 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 wordt gegeven dat het ontwerp van de algemene maatregel van bestuur bij wet wordt geregeld. In dat geval wordt een daartoe strekkend voorstel van wet zo spoedig mogelijk ingediend.

6) Zware gecontroleerde delegatie vooraf

Deze variant lijkt op die onder v. maar in deze procedure bepaalt het parlement niet dat de materie bij wet moet worden geregeld, maar dat zij een andere invulling wil van de ontwerp amvb. Het model luidt:

De voordracht voor een krachtens... vast te stellen algemene maatregel van bestuur 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 er geen voordracht gedaan en kan niet eerder dan... weken na het besluit van die kamer der Staten-Generaal een nieuw ontwerp aan beide kamers der Staten-Generaal worden overgelegd.

7) Lichte gecontroleerde delegatie achteraf

Hierbij is feitelijk sprake van een nahangprocedure, omdat de amvb pas na vaststelling aan het parlement wordt gezonden. Het parlement kan wel opmerkingen maken over de amvb, maar niet afdwingen dat de inhoud daarvan wordt aangepast of dat deze niet inwerking treedt. Het model luidt:

Een krachtens artikel ... vastgestelde algemene maatregel van bestuur treedt niet eerder in werking dan vier weken na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin hij is geplaatst. Van de plaatsing wordt onverwijld mededeling gedaan aan de beide Kamers der Staten-Generaal.