

Behoorlijke wetgeving en de rechter

mr. M.Tj. Bouwes¹

De val van een kabinet luidt in het algemeen een belofte tot stilstand in het overheidsbestuur in. Zo niet na de val van kabinet Rutte I omdat Europa dwong tot concrete maatregelen om het overheidstekort terug te dringen. Anders dan de regerings- en gedoogpartijen lukte het vijf andere partijen afspraken te maken over concrete maatregelen in het Kunduzakkoord/5-partijenakkoord/stabiliteitsakkoord/lente-akkoord/begrotingsakkoord. Drie maanden later was dit politieke akkoord in het Staatsblad verwerkt.

Het is duidelijk dat bij dit legislatief korte-baanwerk weinig ruimte is voor reflectie op de fundamentele vragen die bij de inrichting van de wet spelen. Dat die vragen spelen bleek uit het verzoek om voorlichting van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Raad van State over het overgangsrecht in het sociale zekerheidsrecht. De minister wijst er in dat verzoek op dat er in de huidige financieel-economische situatie bezuinigingen nodig zijn, maar dat artikel 1 van het eerste protocol bij het EVRM en het Handvest grondrechten grenzen stelt aan het overgangsrecht en dat duidelijkheid en houvast over die grenzen op korte termijn nodig zijn. De Raad noemt in zijn voorlichting een aantal algemene beginselen die voor de vormgeving van de wettelijke ingreep relevant zijn, zoals de proportionaliteit van de wijziging van de financiële aanspraken, de motivering van de gemaakte keuzes, rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en voorzienbaarheid².

In zijn advies over het wetsvoorstel wachtgeld voor politieke ambtsdragers (33298) merkte de Raad al meteen op dat bij aantasting achteraf van toegekende rechten het eerste protocol een rol speelt en dat bij terugwerkende kracht van wettelijk ingrijpen Aanwijzing 167 van de Aanwijzingen voor de regelgeving moet worden toegepast. Deze Aanwijzing houdt als invulling van het rechtszekerheidsbeginsel in dat, behoudens bijzondere omstandigheden, belastende regelingen geen terugwerkende kracht hebben. Maar het gaat bijvoorbeeld ook over te ruime delegatiemogelijkheden, dus het primaat van de wetgever, zoals blijkt uit het advies van de Raad van State over het wetsvoorstel wijziging Zorgverzekeringswet en de AWBZ ter uitvoering van het Begrotingsakkoord 2013 (33288). In dat voorstel, zoals aan de Raad voorgelegd, was de tijdelijke bevoegdheid voor de regering omgenomen om, ter beperking van de

¹ Menno Bouwes is hoofd van de sector wetgevingskwaliteitsbeleid van de directie wetgeving van het Ministerie van Veiligheid en Justitie.

² Zie voorlichting over de mogelijke kaders bij de keuze voor en de minimale vereisten bij de vormgeving van overgangsrecht, van 3 juli 2012, W12.12.0147/III.

zorguitgaven in 2013, bij algemene maatregel van bestuur af te wijken van de wet. De Raad achtte de noodzaak van een zo ruime delegatie niet aangetoond. De minister keerde op haar schreden terug en koos toch tot de noodzakelijke wijziging van de zorgverzekeringswet zelf, omdat inmiddels voldoende duidelijkheid was ontstaan over de voornemens waarvoor de tijdelijke delegatiemogelijkheid gebruikt zou moeten worden.

Het afgelopen jaar heeft de rechter een paar keer een streep gehaald door ombuigingsmaatregelen op wetsniveau en lager niveau wegens strijd met het vertrouwensbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel of gewoon omdat het in strijd was met de Aanwijzingen.³ Ook vorderde een Kamerlid dit jaar rechterlijk ingrijpen in het wetgevingsproces, een staatsrechtelijk nouveauté, maar dat wel dwong tot een inhoudelijke rechterlijke legaliteitstoets.⁴

Opvallend was de reactie van staatsrechtjuristen die bij de Wilders-zaak spreken van staatsrechtelijk en democratisch verwerpelijke acties en de staf breken over de gedachte dat de rechter oordeelt over de wetgevingsprocedure of de wet zelf⁵. En politici die bij het vonnis over de Wet werk en inkomen kunstenaars spraken over het dwarsbomen door de rechter van democratisch genomen besluiten⁶.

Zoals in deze beschouwing zal worden verdedigd, is rechterlijke controle op wetgeving en het wetgevingsproces helemaal niet zo verwerpelijk en ongewoon. Erkennen dat er eisen zijn die aan wetgeving en de wetgevingsprocedure worden gesteld, dus dat er bepaalde beginselen van behoorlijke wetgeving zijn, zoals die onder andere naar voren komen in de Aanwijzingen voor de regelgeving en de adviezen van de Raad van State, zou disciplinerend werken en bijdragen aan de kwaliteit van wetgeving.

1. Het evenwicht tussen wetgever en rechter

In de jaren 70 en 80 van de vorige eeuw is uitgebreid aandacht besteed aan algemene beginselen van behoorlijke wetgeving. Het ging er toen om of er dergelijke beginselen bestonden, of je die beginselen zou moeten formaliseren in de wet zoals je de Wet algemene bepalingen hebt en of de rechter aan die beginselen zou kunnen toetsen.

³ Rechtbank Den Haag 3 januari 2012, LJN: BU9921 (buitenwerking stellen Wet intrekking Wet werk en inkomen kunstenaars), bevestigd door hof Den Haag, 5 juni 2012, LJN: BW 7457. Rechtbank Den Haag 11 juli 2012, LJN: BX0977 (buitenwerking stellen langstudeerdersmaatregel voor bepaalde groep deeltijdstudenten), CvBB 23 januari 2012, LJN: BV2279 (wijziging subsidieregeling in afwijking van vaste verandermomenten).

⁴ Rechtbank Den Haag 1 juni 2012, LJN: BW7242 (ingrijpen in parlementaire behandeling EMU-wetsvoorstellen).

⁵ www.publiekrechtenpolitiek.nl.

⁶ Verslag van een algemeen overleg over Herziening Grondwet (Kamerstukken II 31 570, nr. 22, p. 3).

De discussie begon in de 70er jaren bij de oratie van Oostenbrink. Later ook wetgevers zoals Van der Net, Van Buuren, Mok, Heida, Van der Vlies.⁷ Verder ook De Haan, Kortmann en Koopmans.

Bij de grondwetsherziening van 1983 heeft de Eerste Kamer bepleit om de Aanwijzingen voor wetgeving bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen. De achtergrond van deze suggestie was dat op die wijze de rechtskracht en het juridisch gezag van de Aanwijzingen, als een eerste stap naar het ontwikkelen van beginselen van behoorlijke wetgeving, zouden worden vergroot. De regering antwoordde toen dat zij deze suggestie in overweging wil nemen⁸. “Iets in overweging nemen” wijst op een laag niveau van ambtelijke activiteit.

Bij de bespreking van de preadviezen over onrechtmatige wetgeving, met aandacht voor beginselen van behoorlijke wetgeving, van Van Buuren en Polak tijdens de jaarvergadering van de NJV van 1987 zien we bekende namen als Mok, A.M. Donner en Dommering. Over het algemeen was men nogal terughoudend, zeker over de gedachte dat de rechter eraan zou kunnen toetsen. Na de NJV-vergadering is het debat uitgestorven als de legendarische dodo, ook wel de walgvogel of de pechvogel genoemd. Kennelijk vond men toen dat het laatste woord over beginselen van behoorlijke wetgeving wel was gezegd.

Maar 25 jaar later is er voldoende aanleiding om nog eens te kijken of er dergelijke beginselen zijn en of ze voor de rechter toetssteen kunnen zijn.

De aanleiding daarvoor ligt allereerst bij de klassieke trias politica-vraag naar het evenwicht tussen wetgever en rechter: is dat evenwicht verstoord en verdient het dus bijstelling?

We hebben 15 jaar geleden de discussie gehad over de juridisering van het openbaar bestuur. Het verwijt was daar dat het bestuur niet aan besturen toekomt omdat de rechter hem “kooit”. Het antwoord van de rechter is typisch Montesquieu, nl. dat hij slechts de bouche de la loi is en dat het probleem niet bij de rechter zit, maar bij de wetgever die minder complexe wetten moet maken. Het afgelopen jaar hebben we een vergelijkbare discussie gehad, nu met het Europese Hof voor de rechten van de mens als onderwerp.

⁷ J.J. Oostenbrink, Algemene beginselen van behoorlijke wetgeving, openbare les, Kluwer 1973, B.J. van der Net, Naar invulling van algemene beginselen van behoorlijke wetgeving, TvO 1979, p. 195-200, C.A.J.M. Kortmann, Behoorlijke wetgeving, Regel en praktijk, Opstellen aangeboden aan prof.mr. S.F.L. baron van Wijnbergen, 1979, p.63-75, T. Koopmans, Beginselen van wetgeving, Beeld van een goede vriendschap, Bundel opstellen aangeboden aan prof.mr. B. de Goede, 1980, p.123-133, P.de Haan en R. Fernhout, Wetgeving, planning, financiering, Instrumenten van overheidsbeleid, 1981, J.A.M. van Angeren, Beginselen van behoorlijke wetgeving, Kracht van wet, Opstellen aangeboden aan mr. Van Eijkern, 1984, p.63-74, M.R. Mok, Rechterlijke toetsing van wetgeving, Recht op scherp, beschouwingen over handhaving van publiekrecht, aangeboden aan Prof.mr. W. Duk, 1984, H. Heida, Enkele constitutionele aspecten van wetgeving, Kracht van wet, 1984, p.33-48, P.J.J.van Buuren, Onrechtmatige wetgeving, Handelingen NJV 1987.

⁸ H. Heida, Enkele constitutionele aspecten van wetgeving, Kracht van wet, Opstellen aangeboden aan mr. W.J. van Eijkern, 1984, p.39.

Ook daar het verwijt dat de rechter een te brede taakopvatting heeft en een te extensieve interpretatie van het EVRM geeft en daardoor het bestuur aan banden legt op een manier waar we nooit voor hebben gekozen.

Aan de andere zijde is er zorg dat de trias politica onder druk staat omdat bestuur en wetgever ineenvloeden en het parlement een verlengstuk van het bestuur is door regeer- en andere akkoorden⁹. Wetgeving is in die opvatting nog slechts een instrument in handen van het bestuur en niet meer waardengeoriënteerd. Door al te ruime delegatie wordt het primaat van de wetgever tekort gedaan. De rechter zou het recht en de fundamentele rechtsbeginselen moeten verwezenlijken als het sprekende recht¹⁰.

In een meer gepolitiseerde samenleving waar de grote politieke partijen zich niet meer in het midden bevinden, maar op de politieke flanken en coalities moeten worden gesmeed door uitruil van partijpolitieke standpunten, zou rechterlijke toetsing een waarborg zijn dat de overheid fundamentele rechtsbeginselen en beginselen van behoorlijke wetgeving eerbiedigt, ook als zij optreedt in het kleed van de wetgever.¹¹ Anders dan de reacties op het laatste Wilders-vonnissen doen vermoeden is de verhouding tussen rechter en wetgever dus helemaal niet zo onomstreden of onproblematisch. Er is juist spanning die dwingt tot heroverweging.

2. Europese ontwikkelingen tonen aan dat het ook anders kan

Toen in de jaren 70 en 80 van de vorige eeuw over algemene beginselen van behoorlijke wetgeving en over rechterlijke controle op wetgeving en wetgevingsproces werd gesproken, werd aan de Europese dimensie geen enkele aandacht geschonken. Maar we zijn inmiddels gewend geraakt aan aansprakelijkheid wegens niet tijdige wetgeving via de Francovich-doctrine en de positieve verplichtingen tot wetgeving uit het EVRM. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens verwacht in toenemende mate actief ingrijpen van de wetgever ter bescherming van verdragsrechten. De opdracht tot wetgeving kan ook betreffen de aard van de wetgeving, bijvoorbeeld dat tegen seksueel misbruik van wilsonbekwame minderjarigen strafrechtelijk moet kunnen worden opgetreden¹². In de Turkse zaak Oneryildiz oordeelde het Hof dat de staat in gebreke was een wettelijke en administratief kader in te

⁹ Zie de herhaalde indringende algemene beschouwingen van de vice-president van de Raad van State, bijvoorbeeld in het Jaarverslag 2010, p. 15-28.

¹⁰ *Iudex non est rex loquens, iudex est lex loquens*

¹¹ Vgl. M.L.H.K. Claes, De Raad van State in het proces van constitutionele toetsing, in De Raad van State in perspectief, Boom 2011, p.229-251.

¹² X en Y tegen Nederland, 26 maart 1985 (appl. No. 8978/80), § 27.

stellen om het recht op leven van de bewoners van een sloppenwijk te beschermen¹³. In de zaak Greens en M.T. (over het stemrecht van gedetineerden) stelde het Hof het Verenigd Koninkrijk een termijn om met een wetsvoorstel te komen: “Accordingly, the Court concludes that the respondent State must introduce legislative proposals...within six months of the date on which the present judgment becomes final, with a view to the enactment of an electoral law to achieve compliance with the Court’s judgment in *Hirst* according to any time-scale determined by the Committee of Ministers¹⁴.”

De rechterlijke controle op wetgeving gaat via het Verdrag van Lissabon al weer verder. De behoefte aan een grotere rechterlijke controle op de wetgever vindt zijn grondslag daar opmerkelijk genoeg in de wens van versterking van de legitimiteit en kwaliteit van de wetgeving van de Unie en het scheppen van evenwicht tussen de institutionele machten van de Europese rechtsorde. Die versterking van de democratische legitimatie van wetgeving wordt dan gezocht in drie dingen: betere Europese wetgeving, verbetering van de wetgevingsprocedure en in rechterlijke controle op de kwaliteit van wetgeving.

Dat betere wetgeving helpt zal niemand betwisten. Maar rechterlijke controle op de voorbereiding van wetgeving riekt naar interventie in het democratisch proces. Toch kennen we in de Europese rechtsorde controle op wetgeving en wetgevingsproces via de band van motivering van wettelijk optreden natuurlijk allang. Toen de Franse Gemeenschap van België bij medische en paramedische opleidingen voor buitenlandse studenten een numerus clausus instelde omdat ze voorzag dat de buitenlandse studenten, lees Franse, na hun opleiding weer naar hun huis zouden gaan en België met een tekort aan artsen zou blijven zitten, zou je menen dat een beperking van buitenlandse studenten slechts een kwestie van gezond verstand was of een politieke beslissing waar rechterlijke terughoudendheid past. Het Hof van Justitie oordeelde evenwel dat de Franse Gemeenschap een objectieve, uitvoerige en cijfermatige analyse moet uitvoeren om met behulp van ernstige, gelijklopende en bewijskrachtige gegevens aan te tonen dat er daadwerkelijke risico’s voor de volksgezondheid bestaan¹⁵. Ofwel de onderbouwing van wetgevend optreden moest beter. Er zijn veel meer uitspraken, ook buiten de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, waarbij voor de legaliteit van wettelijk optreden beslissend is of bij de voorbereiding een behoorlijke probleemanalyse heeft plaatsgevonden en de effecten op een objectieve manier in kaart zijn gebracht¹⁶.

¹³ Oneryildiz tegen Turkije, 30 november 2004 (appl. No. 48939/99). Zie uitgebreid over de verplichting tot wetgeving M.Kuijjer, De betekenis van het Europees verdrag van de rechten van de mens voor de nationale wetgever, verslag van het symposium Wetgever en constitutie, Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, 23 april 2009, p. 75-77.

¹⁴ EHRM 23 november 2010, NJ 2012, 285 m.nt. E.A. Alkema.

¹⁵ Hof van Justitie 13 april 2010, zaak C-73/08.

¹⁶ P. Popelier, De juridische implicaties van het EU-beleid inzake Betere Regelgeving: over legitimiteit en rechterlijk toezicht, SEW 2011, p. 50-58.

Analyse van de negatieve adviezen van de Raad van State over de voorstellen van het kabinet Rutte I leert dat het bij de adviezen met dictum 4, dus heroverwogen, in het overgrote deel gaat om de motiveringsplicht: motiveren waarom een beperking van grondrechten aangewezen is, motiveren waarom het kabinet A zegt als alle adviesorganen B zeggen, motiveren waarom het nieuwe stelsel beter is dan het oude stelsel en niet kan worden volstaan met aanpassing van het oude stelsel.

Zoals we de Unie-rechtelijke motiveringsplicht terugvinden in Aanwijzing 212 en de adviezen van de Raad van State, zo komt het subsidiariteitsbeginsel van artikel 5 lid 3 van het EU-verdrag bijna letterlijk overeen met de subsidiariteit van aanwijzing 16¹⁷. Het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel verenigt in zich de criteria van noodzakelijkheid, doeltreffendheid en evenredigheid van aanwijzingen 6, 7 en 15. Het legaliteitsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel zijn onverbrekkelijk verbonden met het idee van de rechtsstaat.

Alleen het Unie-rechtelijke effectiviteitsbeginsel heeft een andere functie. Daar gaat het erom dat om de volle werking aan het Unierecht te geven strijdige nationale wetgeving ter zijde moet kunnen worden gesteld. De Grondwet en de aanwijzingen kennen een dergelijke voorrangregeling niet, wat niet betekent dat het nationale recht het niet kent. In het burgerlijk recht zegt artikel 2 van boek 6 BW dat een krachtens de wet tussen partijen geldende regel buiten toepassing blijft als dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. En volgens artikel 12 van boek 3 moet bij de vaststelling van de eisen van redelijkheid en billijkheid rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met in Nederland erkende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval betrokken zijn. In het privaatrecht staan die beginselen centraal bij de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. In het bestuursrecht vervullen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur eenzelfde centrale rol. De toetsing aan geschreven en ongeschreven rechtsbeginselen om de volle werking te geven aan hogere algemeen geldende rechtsnormen is aldus wezenlijk is voor burgerlijk recht en bestuursrecht.¹⁸

Het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet is in dit licht wel origineel, want bevat eigenlijk een omgekeerd effectiviteitsbeginsel. Daar geldt dat als een lagere wet in strijd is met de Grondwet of met algemene rechtsbeginselen, de lagere wet vóórgaat en volle werking behoudt.

¹⁷ C.W.A. Timmermans, Is het subsidiariteitsbeginsel vatbaar voor rechterlijke controle, SEW, 2007, p.224-230, P. Popelier, De juridische implicaties van het EU-beleid inzake Betere Regelgeving: over legitimiteit en rechterlijk toezicht, SEW, 2011, p.50-58, T.M. de Gans, Meer wetgeving voor het Europese Hof van Justitie, Regelmaat, 2010, p.202-212.

¹⁸ T.F.E. Tjong Tjin Tai, Effectiviteitsbeginsel en nationaal privaatrecht, WPNR 2011, p. 790-797.

Toetsing van nationale wetgeving door de rechter aan de beginselen van het Unie-recht wordt verder versterkt via de band van het Handvest van de grondrechten. Inmiddels wordt er in zaken voor het Hof van Justitie lustig een beroep gedaan op de rechten en beginselen van het Handvest (waarbij het onderscheid niet erg scherp is) en beide zijn ze maatstaf voor rechterlijke toetsing¹⁹. Zie de SABAM-zaak over het filteren van illegale werken, waar de op Europese richtlijnen gebaseerde rechten van auteursrechthebbenden hun grenzen vonden in de vrijheid van informatie, de bescherming van persoonsgegevens en de vrijheid van ondernemerschap uit het Handvest²⁰.

Met het Handvest is de Europese rechtsorde uitgegroeid tot een eigen autonome rechtsstaat met als richtinggevend grondslag het evenwicht tussen de staatsmachten en inroepbaarheid voor de rechter van de beginselen van de rechtsstaat, zoals het legaliteitsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel of het rechtszekerheidsbeginsel.

Het aardige is dus dat rechterlijke toetsing van wetgeving op Europees niveau wordt beschouwd als noodzakelijk voor democratische legitimatie en dat op nationaal niveau rechterlijke toetsing als inmenging in politieke strijdvragen wordt gezien. Men spreekt van het democratisch tekort van Europa. Dat verwijt is moeilijk te verenigen met de vaststelling dat het evenwicht tussen wetgevende en rechterlijke macht in de Europese rechtsorde naar de rechter overhelt en in Nederland naar het bestuur.

3. Toetsing aan algemene beginselen in Nederland

In het Harmonisatiewetarrest leek de deur dichtgegooid voor toetsing van de formele wet aan algemene rechtsbeginselen. Hoewel de Hoge Raad in dat arrest vond dat de harmonisatiewet in strijd was met het rechtszekerheidsbeginsel en hij meer argumenten vóór toetsing aan fundamentele rechtsbeginselen noemde dan ertegen – zoals de ontwikkeling van een parlementair stelsel in monistische richting met overwicht van de uitvoerende macht op de wetgever en dat de veronderstelling dat het parlementair proces voldoende waarborg is voor het rechtsgehalte van de wet, niet altijd meer opgaat – meende de Raad toch dat het de rechtsvormende rol van de rechter te buiten zou gaan om artikel 120 van de Grondwet restrictief uit te leggen, nl dat het verbod alleen toetsing aan grondwettelijke normen betreft en niet aan algemene rechtsbeginselen.

¹⁹ B.M.P. Smulders, De drie-pijlerstructuur van de grondrechtenbescherming in de EU: enkele institutioneelrechtelijke overwegingen omtrent de groeiende complexiteit van deze bescherming na Lissabon, *Today's Multi-layered Legal Order: Current Issues and Perspectives*, Liber amicorum in honour of Arjen W.H. Meij, Paris legal publishers, 2011, 325-343, M. de Mol, A. Pahladsingh en L.R.Heijningen, Inroepbaarheid in rechte van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie: Toepassingsgebied en het onderscheid tussen "rechten" en "beginselen", *SEW* 2012, p. 222-236.

²⁰ Hof van Justitie 24 november 2011, C-70-10 (Scarlet-Sabam).

De Hoge Raad signaleerde in het Harmonisatiewetarrest een ontwikkeling naar een meer restrictieve uitleg van het toetsingsverbod. Hij heeft daar recent onder Europese invloed nog een verdere zet aan gegeven. Peter Wattel heeft er onlangs in het NJB²¹ op gewezen dat de Hoge Raad in een aantal belastingzaken van 10 juni 2011 op zijn minst het Harmonisatiewetarrest genuanceerd heeft²². Het ging daar om het binnen redelijke termijn afdoen van geschillen over legesheffing en naheffingsaanslagen. Artikel 6 EVRM is in belastinggeschillen niet van toepassing. De Hoge Raad zegt nu dat de rechtszekerheid als algemeen aanvaard rechtsbeginsel dat aan artikel 6 van het EVRM ten grondslag ligt, evenzeer binnen de nationale rechtsorde geldt en evenzeer los van artikel 6. Het wordt nog interessanter als de Hoge Raad artikel 8:73 van de Algemene wet bestuursrecht van overeenkomstige toepassing verklaart (dus de mogelijkheid van schadevergoeding), terwijl artikel 29 van de Algemene wet rijksbelastingen dat artikel nou juist niet van overeenkomstige toepassing verklaart in belastinggeschillen. Dus niet alleen toetsing aan een ongeschreven rechtsbeginsel, maar ook toetsing van een wet aan ongeschreven rechtsbeginselen met buitentoepassingverklaring van een formele wet als gevolg.

Wie meent dat de deze uitspraak moet worden geplaatst in de sleutel van beginselen van behoorlijk procesrecht, en niet in de sleutel van toetsing van de wet, leze de conclusie van de AG Wattel. Hij schrijft²³: Artikel 6 EVRM is niet van toepassing en de Nederlandse rechter is dus niet bevoegd langs die weg de nationale formele wet buiten toepassing te laten. De Nederlandse rechter is evenmin bevoegd de formele wet te toetsen aan formele rechtsbeginselen. Hij verwerpt vervolgens het mogelijke tegenargument dat het niet gaat om buiten toepassing laten van de formele wet, maar om het aanvullen van de formele wet die op dit punt zwijgt: de rechter kan ook niet een effectieve remedie uit de grond stampen. Maar dat is juist wat de Hoge Raad wel doet, namelijk artikel 29 AWR buiten toepassing verklaren om zo een schadevergoeding wegens overschrijding van een redelijke termijn op te leggen. Ofwel: de Raad toetst de formele wet aan het effectiviteitsbeginsel en verklaart de wet buiten toepassing.

Als de Hoge Raad het verbod om wetten in formele zin te toetsen aan rechtsbeginselen nuanceert, is de vraag of het toetsingsverbod ook niet moet worden genuanceerd voor toetsing van de voorbereidingsprocedure van wetgeving. In het Tegelen-arrest²⁴ legde de Raad een zelfde koppeling: met het toetsingsverbod zou niet te rijmen zijn dat de rechter een oordeel geeft over het niet inacht nemen van procedurevoorschriften bij de voorbereiding van wetgeving en op die grond zou kunnen ingrijpen in het

²¹ P.Wattel, Grondrechtelijke competence creep, NJB 2012, p. 767.

²² LJN: B05087, LJN: B05046.

²³ pt 10.11 in de conclusie bij LJN: B05046.

²⁴ HR 19 november 1999, NJ 2000, 160 m.nt TK.

wetgevingsproces. Aanvaard men een verruiming van de mogelijkheid de wet in formele zin te toetsen, dan ligt rechterlijke controle op de voorbereiding van wetgeving evenzeer voor de hand. Men denke aan controle op een zorgvuldige probleem- en effectenanalyse (zie de Belgische numerus claususzaak) en transparantie van het voorbereidingsproces zodat men op tijd kan acteren. Waar de Staat als verweer tegen een beroep op te korte inwerkingtredingstermijnen stelt dat men bij het bekend worden van een politiek akkoord op de hoogte had kunnen zijn van voornemens tot wetgeving en zijn maatregelen had kunnen treffen (zie het verweer bij de intrekking van de Wet werk en inkomen kunstenaars), ligt het voor de hand dat men als direct belanghebbende overleg over de inhoud van de maatregelen moet kunnen voeren en zonodig moet kunnen afdwingen.

Er zijn ook voorbeelden dat de Aanwijzingen voor de regelgeving toetssteen voor de legaliteit van regelgeving worden. Toen de minister van Economische Zaken de subsidieregeling voor zonneboilers tussentijds wilde wijzigen als gevolg waarvan de aanvrager minder subsidie zou krijgen dan verwacht, achtte het College van Beroep voor het Bedrijfsleven die wijziging in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel want in strijd met de beleidslijn vaste verandermomenten, thans vastgelegd in Aanwijzing 174. Hier dus de rechterlijke erkenning van de invulling, de concretisering van het rechtszekerheidsbeginsel door de Aanwijzingen.²⁵

4. De rol van de Aanwijzingen

De eisen die aan behoorlijke wetgeving worden gesteld worden gedictieerd door andere eisen. Deels om een evenwicht te vinden tussen vrijheid en gebondenheid. Wetten schrijven gedrag voor, beperken vrijheden, zijn uitkomst van weging van belangen, ordenen en normeren overheidsop treden. Die ingrepen in de privésfeer en dwingende ordening vragen om rechtvaardiging die tot uitdrukking komt in de eis van noodzakelijkheid, effectiviteit, proportionaliteit, toegankelijkheid en duidelijkheid zodat mensen weten waar ze recht op hebben of wat van hun verwacht wordt. Het zijn geen beleidsmatige desiderata, maar rechtsregels voortvloeiend uit de democratische rechtsstaat. In andere gevallen gaat het om eisen uit rechtsbeginselen, zoals het vertrouwensbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het legaliteitsbeginsel, of conformiteit met hoger recht.

Zowel de eerste soort eisen, die wettelijk ingrijpen legitimeren, als de tweede soort, die voortkomen uit hogere normen, roepen rechtsvragen op die zich lenen voor rechterlijke toetsing. Andere eisen die we aan wetgeving stellen, zoals vermindering van regeldruk of automatische vergunningverlening, zijn

²⁵ College van beroep voor het bedrijfsleven 23 januari 2012, LJN: BV2270.

beleidsdoelstellingen met een horizontaal karakter zonder duidelijke relatie met hogere rechtsnormen.²⁶ Zij zijn geen toetssteen.

Er zijn dus in feite maar twee kwaliteitseisen: de aan wetgeving inherente eisen die voortkomen uit het bindend karakter van regelgeving en eisen die af te leiden zijn uit hogere rechtsnormen. Hoewel er maar twee kwaliteitseisen zijn, hebben we toch zo'n 300 Aanwijzingen voor de regelgeving. Het is namelijk de opgave voor het wetgevingsbeleid om die abstracte eisen zoveel mogelijk te operationaliseren, zodat eenvoudiger kan worden vastgesteld wanneer een bepaald aspect aan de orde is en hoe concreet aan enige eis van behoorlijke wetgeving wordt voldaan. In plaats van aandacht te vragen voor het vertrouwensbeginsel of het rechtszekerheidsbeginsel, slaan we aan op het verlenen van terugwerkende kracht (Aanwijzing 167) of eerbiedigende werking (Aanwijzing 169). We zijn inmiddels 30 jaar verder met aanwijzingen die verder gaan dan redactionele richtlijnen en men kan stellen dat ze beproefd en onderschreven worden door de deelnemers in het wetgevingsproces. De Raad van State is betrokken bij de totstandkoming van de Aanwijzingen doordat ze over iedere wijziging adviseert. De Eerste Kamer bemoeit zich er steeds meer mee en dwingt ook wijzigingen af (zie laatstelijk de wijzigingen betreffende verzamelwetgeving).

Het onderzoek en de praktijk van wetgeving is een zelfstandige juridische discipline geworden. Een discipline die in staat is rechtsnormen te formuleren die meer zijn dan beleidsmatige wenselijkheden of instrumentering van politieke doelstellingen. De winst zit in de concretisering van algemeen geldende rechtsbeginselen en eisen die inherent zijn aan behoorlijke wetgeving. De vergelijking met de Europese ontwikkelingen leert dat rechterlijke toetsing van wetgeving uitgaat van de idee van de rechtsstaat en het bewaken van democratische waarden²⁷ en niet hoeft te worden uitgelegd als politisering van de rechter.

Vergelijking met het buitenland is ook in andere opzichten leerzaam. In een aantal Europese landen is recent de mogelijkheid van rechterlijke constitutionele toetsing ingevoerd. De ervaring in al die gevallen (Frankrijk, Finland, België, het V.K.) is een intensivering van constitutionele toetsing vooraf en meer aandacht voor wetgevingskwaliteit.²⁸ Dat rechterlijke toetsing achteraf de wetgever vooraf scherp houdt,

²⁶ De meeste Aanwijzingen betreffen overigens redactionele, technische en modelmatige voorschriften die zich niet voor toetsing lenen, de "redactionele kanttekeningen" die de Afdeling advisering van de Raad van State in een bijlage bij haar advies opneemt.

²⁷ M.L.H.K. Claes, De Raad van State in het proces van constitutionele interpretatie en constitutionele toetsing, De Raad van State in perspectief, p.241.

²⁸ Zie Claes, p. 246-249, en L.F.M. Verhey, Wetgever en constitutie: enkele beschouwingen over de mug en de olifant, verslag van het symposium Rechter en constitutie, vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, 2009, p.31, die op het voorbeeld van het EVRM wijst.

blijkt ook uit het feit dat in memories van toelichting veelal wel op de verhouding tot het EVRM wordt ingegaan, maar niet op de verhouding tot de Grondwet.

De komende paar jaar zullen we grote legislatieve activiteit houden met ombuigingsvoorstellen en stelselherzieningen ingestoken door allerlei economische theorieën. Op het proces zal grote druk staan om te voldoen aan de Europese verplichting het begrotingstekort terug te dringen. Het is dan wel noodzakelijk dat we de zaak op orde hebben en het eens zijn over de eisen van behoorlijke wetgeving waaraan de wetgever moet voldoen en die voor de rechter toetssteen voor legaliteit zijn. We hoeven daar de Grondwet niet voor te wijzigen. Die laat ruimte voor een rechtsontwikkeling, geïnspireerd door de ontwikkeling van de Europese rechtsorde. Omdat de nationale rechtsorde onderdeel is van de Europese rechtsorde, is het maar beter het evenwicht tussen de staatsmachten hier te leggen waar die ook in andere lidstaten en bovennationaal ligt.