

University of Groningen

Dicta in adviezen over initiatiefvoorstellen

Nap, Mentko

Published in:
 RegelMaat

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
 Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
 2019

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
 Nap, M. (2019). Dicta in adviezen over initiatiefvoorstellen. *RegelMaat*, 34(4), 304-310.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Dicta in adviezen over initiatiefvoorstellen

M. Nap

1. Inleiding

Wat hebben bestuurlijke ondermijning, de dekkingsgraad van pensioenfondsen, brexit en islamitische uitingen met elkaar gemeen? Vrijwel niets, natuurlijk, maar wel dat ze het onderwerp vormen van initiatiefvoorstellen waarover de Afdeling advisering van de Raad van State onlangs advies heeft uitgebracht. Nu komt het natuurlijk wel vaker (of eigenlijk: steeds vaker) voor dat de Raad van State zijn licht laat schijnen over initiatiefwetten, en dus is er op zich nog niet zoveel reden om aan die adviezen aandacht te besteden in deze aflevering van Legsprudentie. Maar sinds kort gooit de Afdeling advisering het bij initiatiefvoorstellen over een ietwat andere boeg. En dat lijkt me weer wel een goede reden om de wetgevingsadviesing over deze voorstellen eruit te lichten.

2. Toverformules

Al geruime tijd hanteert de (Afdeling advisering van de) Raad van State toverformules waarmee wetgevingsadviezen worden afgesloten. Generaties wetgevingsjuristen zijn opgeleid met een staalkaart van zes dicta.¹ Het lichtste dictum gaf de koning in overweging het voorstel van wet naar de Tweede Kamer te zenden. Dat liep vervolgens op: wanneer de kritiek in het advies niet al te zwaarwegend was, luidde de aanbeveling dat aan iets ‘aandacht’ moest worden geschonken (nr. 2), of dat ergens ‘rekening’ mee moest worden gehouden (nr. 3). Bij zwaarwegender bezwaren adviseerde de Raad van State om niet in te dienen, tenzij met de kritiek ‘rekening’ was gehouden (nr. 4). In het geval de teneur was dat een voorstel helemaal overhoop moest om er nog wat van te maken, was de boodschap dat het ‘niet aldus’ kon worden ingediend (nr. 5). Als er geen redden meer aan was, dan sloot een advies af met een dictum van de zwaarste categorie: de Raad van State gaf dan te kennen bezwaar te hebben tegen het voorstel, en gaf in overweging het ‘niet aan de Tweede Kamer te zenden’.

Per 1 oktober 2018 hanteert de Afdeling advisering nieuwe dicta. Ingegeven door de ambitie om ‘eerder, breder en scherper’ te adviseren is het aantal standaardfor-

1 J.M. Polak, ‘Adviseren over wetgeving’, in: H. de Schepper e.a., *Raad van State 450 jaar*, Den Haag: Staatsdrukkerij 1981, p. 290 meldt dat de canon van zes sinds juni 1977 werd gebruikt. Over het gebruik van de dicta bij AMvB’s, zie T.C. Borman, ‘Zware dicta van de Raad van State over AMvB’s’, *RegelMaat* 2018, afl. 4, p. 240-246.

mules teruggebracht van zes naar vier.² De daarin gebezigde taal is minder plechtstatig. Voortaan stellen de lichte dicta dat de Afdeling advisering geen opmerkingen heeft, dan wel dat met enkele opmerkingen rekening gehouden moet worden. De zware dicta spreken van bezwaren die de regering van indiening moeten weerhouden, tenzij het wetsvoorstel wordt aangepast, of van ernstige bezwaren op grond waarvan de regering van indiening af zou moeten zien.³

3. Dicta over initiatiefvoorstellen

Een andere noviteit is dat deze dicta ook worden opgenomen aan het einde van adviezen over initiatiefwetsvoorstellen. Eerder gebeurde dat namelijk niet.⁴ Het argument daarvoor was dat ten tijde van de advisering over initiatiefvoorstellen er nog geen politieke besluitvorming had plaatsgevonden.⁵ De Tweede Kamer moet immers nog voordat zij een bij haar aanhangig gemaakt voorstel in behandeling neemt de Afdeling advisering horen.⁶ Van een dictum in het advies zou dan ongewenste politieke invloed uit kunnen gaan. Beweerdelijk geldt dat niet bij regeringsvoorstellen, omdat het dictum daarover pas geformuleerd wordt nadat in de ministerraad de eerste politieke horde al genomen is. In elk geval vanaf de inwerkingtreding van de Wet openbaarheid van bestuur in 1980 was dat argument natuurlijk nauwelijks overtuigend.⁷ Sindsdien worden inhoudelijke adviezen standaard openbaar gemaakt en aan de Tweede Kamer aangeboden. Het lijkt mij hoogst onaannemelijk (en onproblematisch) dat de parlementaire behandeling van regeringsvoorstellen niet op de een of andere wijze beïnvloed wordt door het dictum dat de voornaamste wetgevingsadviseur over de wet heeft uitgesproken. De nieuwe werkwijze getuigt wat dit aangaat van realiteitszin.

Ondertussen moeten we het belang van dicta bij initiatiefwetten ook weer niet overdrijven. Dat de voor 1 oktober 2018 uitgebrachte adviezen niet afsluiten met een bezweringsformule betekende niet dat de Raad van State de Tweede Kamer onkundig liet van wat hij van het voorstel vond. Zelfs een niet zo goede verstaan-der had geen dictum nodig om te begrijpen dat als volgens het advies de initiatiefnemers niet zijn geslaagd in hun opzet strijd met de Grondwet te voorkomen, dit

2 Jaarverslag van de Raad van State over 2018, p. 42-43 (in te zien op <https://jaarverslag.raadvanstate.nl/2018/>).

3 Zie www.raadvanstate.nl/advisering/werkwijze/.

4 Het repertorium bij het gedenboek *Raad van State 450 jaar* (p. 321) noemt wel de dicta in adviezen die naar aanleiding van initiatiefvoorstellen aan de regering werden uitgebracht. Die adviezen hadden als inzet de eventuele bekrachtiging van het door de Staten-Generaal aanvaarde voorstel.

5 K. Brink & A.M.J. Heijmans, 'De Raad in kort bestek', in: W.A. van den Berg e.a., *De Raad van State. Een stand van zaken*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 9-10.

6 Art. 18, eerste lid, Wet RvS.

7 In het verleden werd daarom herhaaldelijk gesteld dat adviezen over initiatiefvoorstellen best een dictum kunnen of zelfs zouden moeten bevatten: C. Roorda & W. Konijnenbelt, 'Advisering van de Raad van State over initiatiefvoorstellen', *RegelMaat* 2004, afl. 6, p. 212-213, respectievelijk T.C. Borman, *De wetgevingsadviesing door de Raad van State in Nederland* (Preadvisies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 73.

betekent dat het voorstel niet in huidige vorm kan worden aanvaard.⁸ Zulke passages konden in de adviezen geregeld worden aangetroffen. Bovendien werd aan de regel dat over initiatiefvoorstellen geen dictum wordt geformuleerd, niet in alle gevallen vastgehouden. Het advies over het PVV-voorstel voor een Zwarte Piet-wet, al dan niet toevallig op 5 december 2014 vastgesteld, sluit af met de aanbeveling om van het voorstel af te zien.⁹ Dat zinnetje verschilt alleen door z'n Henk-en-Ingrid-formulering van het zwaarste dictum van destijds, maar heeft overigens natuurlijk precies dezelfde betekenis.

4. Weigeren

Wat er ook van zij, met ingang van 1 oktober 2018 sluiten ook de adviezen over door Tweede Kamerleden aanhangig gemaakte wetsvoorstellen af met een dictum. Voor de formulering daarvan is aansluiting gezocht bij de oordelen die over regeringsvoorstellen worden uitgesproken. Bij negatieve dicta leidt dat tot een curieuze situatie. De adviezen zijn gericht tot de Tweede Kamer. De negatieve dicta raden die Kamer aan om een wetsvoorstel 'niet in behandeling te nemen' (tenzij er gerepareerd is). Aan die formulering ligt dus de veronderstelling ten grondslag dat de Kamer zou kunnen weigeren om wetsvoorstellen in behandeling te nemen. Die redactie lijkt me ongelukkig: als een Kamerlid het recht van initiatief heeft, impliceert dat toch een plicht tot overweging voor de Kamer. We weten dat dit in elk geval geldt voor de tweede lezing van grondwetswijzigingen – zoals onlangs nog door de regering werd benadrukt.¹⁰ Ik denk dat het bij reguliere wetsvoorstellen net zo zit. Toegegeven: anders dan voor herzieningsvoorstellen verplicht de tekst van de Grondwet niet met zoveel woorden tot het 'overwegen' van een wetsvoorstel. Hooguit valt te wijzen op het tweede lid van artikel 87 van de Grondwet. De daarin opgenomen plicht voor regering en parlement om elkaar in kennis te stellen van enig besluit dat ze rondom een wetsvoorstel hebben genomen, gaat ervan uit dat er is besloten. Dat is nog niet hetzelfde als een directe opdracht tot behandeling. Ook het Reglement van Orde van de Tweede Kamer hanteert in de bepalingen over wetsvoorstellen zelden een dwingende redactie. De Voorzitter moet ingevolge artikel 90 een wetsvoorstel in handen van een commissie stellen en vanaf dan is het allemaal behoorlijk facultatief. Toch lijkt een Kamerbesluit om van behandeling af te zien mij niet verenigbaar met artikel 82 van de Grondwet. Het initiatiefrecht van de regering en Kamerleden zou dan kunnen worden gefrustreerd, en dat is niet goed te verenigen met het grondwettelijk stelsel. Volgens dat grondwettelijk stelsel kan de Tweede Kamer wetsvoorstellen indienen bij de Eerste Kamer. Een betere formulering van de negatieve dicta over initiatiefvoorstellen zou daarom wellicht zijn dat de Tweede Kamer wordt aangeraden om van die indiening bij de Eerste Kamer af te zien (tenzij het is aangepast).

8 In die zin bijv. *Kamerstukken II* 2006/07, 30417, 4, p. 5 en *Kamerstukken II* 2011/12, 32007, 18, p. 15, 18 en 20.

9 *Kamerstukken II* 2015/16, 34078, 5, p. 10.

10 *Kamerstukken II* 2018/19, 31570, 35.

5. Eerste indrukken

Wie kennisneemt van de adviezen nieuwe stijl kan enkele interessante waarnemingen doen. Vooropgesteld: het beschikbare materiaal is nog niet overdadig. Sinds de nieuwe dicta hun intrede hebben gedaan, zijn er acht adviezen over initiatiefvoorstellen gepubliceerd.¹¹ Bij een van die voorstellen is een blanco advies uitgebracht.¹² Dan resteren nog zeven inhoudelijke adviezen.¹³ Een eerste observatie is dat de Afdeling advisering van meet af aan niet huiverig geweest is om de zware dicta van de plank te halen. Over maar liefst vijf initiatiefwetsvoorstellen gaf de Afdeling een dictum van de vierde, zwaarste categorie.¹⁴ De andere twee adviezen sluiten af met een dictum van de derde, respectievelijk tweede categorie.¹⁵ Hoewel er van alles op af te dingen is, kan ik het toch niet laten erop te wijzen dat het aandeel van de zware dicta (dat zijn de derde en de vierde categorie) in de adviezen over initiatiefvoorstellen in het parlementaire jaar 2018-2019 op het moment van schrijven op een spectaculaire 75 procent staat.¹⁶

6. Hoger recht

Vervolgens valt op dat de kritiek in adviezen over initiatiefvoorstellen vooral lijkt te zijn ingegeven door gesignaleerde spanningen met hoger recht en twijfels aan de effectiviteit van het voorstel. Vooropgesteld moet worden dat het notoir moeilijk is om precies te herkennen hoe de bekende drieslag van hoger recht, beleids-

- 11 Stand van zaken per 9 juli 2019. Op grond van art. 27, tweede lid, Wet RvS kan pas tot publicatie van het advies worden overgegaan nadat de initiatiefnemer zijn reactie op het advies aan de Kamer heeft aangeboden. Op het moment van schrijven is, als ik het goed zie, in de periode sinds 1 oktober 2018 een vijftal adviezen over initiatiefvoorstellen al wel vastgesteld, maar nog niet gepubliceerd.
- 12 *Kamerstukken II* 2018/19, 35145, 4.
- 13 Op chronologische volgorde gaat het om de volgende adviezen – het meest recente als laatste en met tussen haakjes een door mij verzonden verkorte citeertitel: *Kamerstukken II* 2018/19, 35039, 4 (Wilders en De Graaf: verbod op islamitische uitingen); *Kamerstukken II* 2018/19, 35063, 4 (Kwint en Westerveld: voorkomen uitsluiting leerlingen bij extracurriculaire activiteiten); *Kamerstukken II* 2018/19, 35096, 5 (Smeulders: verlenging termijn verbetering beleidsdekkingsgraad pensioenfondsen); *Kamerstukken II* 2018/19, 35113, 4 (Van Rooijen: verlenging termijn verbetering beleidsdekkingsgraad pensioenfondsen; het voorstel is ingetrokken en Van Rooijen heeft zich aangesloten bij het iets eerder ahangig gemaakte initiatief van Smeulders); *Kamerstukken II* 2018/19, 35130 (R 2119), 5 (Sjoerdsma, Asscher en Van Rooijen: rijkswet inperking gevolgen brexit); *Kamerstukken II* 2018/19, 35079, 5 (Kuiken c.s.: bestuurlijk verbod ondermijnende organisaties) en *Kamerstukken II* 2018/19, 35049, 4 (Raemakers: weigeringsbeleid voor niet-gevaccineerde kinderen).
- 14 De formule 'heeft ernstige bezwaren tegen het initiatiefvoorstel en adviseert om het voorstel niet in behandeling te nemen' is te vinden in *Kamerstukken II* 2018/19, 35096, 5, p. 8; *Kamerstukken II* 2018/19, 35113, 4, p. 6; *Kamerstukken II* 2018/19, 35130 (R 2119), 5, p. 10 en *Kamerstukken II* 2018/19, 35079, 5, p. 14. In het allereerste advies nieuwe stijl is de formulering licht afwijkend, al komt het op hetzelfde neer: de Afdeling adviseert om 'van het voorstel af te zien', zie *Kamerstukken II* 2018/19, 35039, 4, p. 7.
- 15 *Kamerstukken II* 2018/19, 35063, 4, p. 7; *Kamerstukken II* 2018/19, 35049, 4, p. 10.
- 16 Omdat het statistisch geheel onverantwoord is, zal ik dus ook niet vermelden dat bij regeringsvoorstellen het aandeel van de zware dicta doorgaans zo'n 7 procent is.

analytische toetsing en wetgevingstechniek in de advisering doorwerkt. Net als bij regeringsvoorstellen lopen deze elementen in de adviesopmerkingen vaak door elkaar en vertonen ze sterke samenhang.¹⁷ De adviezen maken over het algemeen niet expliciet welk onderdeel van de kritiek nu precies heeft gemaakt dat gekozen is voor een bepaald dictum. Toch kan wel wat worden gezegd over de vermoedelijke beweegredenen om zwaar geschut in te zetten. Zo geldt voor de adviezen over het verbod op bepaalde islamitische uitingen, het bestuurlijk verbod op ondermijnende organisaties en het weigeringsbeleid voor niet-gevaccineerde kinderen dat de Afdeling advisering strijd met grondrechtelijke waarborgen heeft geconstateerd. Het meest uitgesproken is het advies over het verbieden van bepaalde islamitische uitingen. Door de islam bij wet te diskwalificeren als religie, en in plaats daarvan het label 'gewelddadige, totalitaire ideologie' op te plakken, overspeelt de wetgever volgens de Raad van State zijn hand. Grondwettelijke begrippen kunnen niet door de gewone wetgever worden gherdefinieerd, aldus de Afdeling. Vanwege dat omkatten en de aantasting van de vrije meningsuiting, de godsdienstvrijheid, het discriminatieverbod en de onderwijsvrijheid is het wetsvoorstel onverenigbaar met de Grondwet, het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en 'kernelementen van de democratische rechtsstaat'.¹⁸ Ook het initiatief van diverse Kamerleden om een bestuur(srechte)lijke aanpak van ondermijnende organisaties mogelijk te maken, lokt grondrechtelijke kritiek uit. De Afdeling stelt voorop dat uit de grondwetsgeschiedenis van de verenigingsvrijheid volgt dat de beperkingsbevoegdheid niet het uitsluitende terrein van de rechter hoeft te zijn. Nu de wetgever in het verleden wel de fundamentele keuze heeft gemaakt om de beslissing tot het verbieden van rechtspersonen voor te behouden aan de rechter, moeten er zwaarwegende argumenten zijn om daarop terug te komen. Bovendien is de in het wetsvoorstel geformuleerde voorwaarde waaronder een bestuurlijk verbod aan een rechtspersoon kan worden opgelegd, onvoldoende precies en concreet geformuleerd om te voldoen aan de delegatiesystematiek van artikel 8 van de Grondwet.¹⁹ Het wetsvoorstel dat expliciet wil maken dat kinderdagverblijven kinderen kunnen weigeren omdat ze niet zijn gevaccineerd tegen besmettelijke ziekten, loopt bij de Afdeling bescheiden grondrechtelijke averij op. Als ouders hun kroost niet vaccineren vanwege hun godsdienst of levensovertuiging, dan leidt een door de wet gesanctioneerd weigeringsbeleid van het kinderdagverblijf tot indirect onderscheid. Dat is slechts toegestaan voor zover het onderscheid passend en noodzakelijk is om een legitiem doel te dienen. In de versie die aan de Afdeling advisering was aangeboden, bleek onvoldoende welk legitiem doel met dit indirecte onderscheid gediend werd, en was onhelder of het wetsvoorstel voldeed aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Wellicht omdat dit relatief een-

17 Dit is eerder al gesignaleerd door R.A.J. van Gestel & J.B.M. Vranken, *Kwaliteit van de beleidsanalytische wetgevingsadviezen van de Raad van State, getoetst aan de hand van ex post evaluaties. Een pilotstudie*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2008, p. 113-114.

18 *Kamerstukken II 2018/19*, 35039, 4.

19 *Kamerstukken II 2018/19*, 35079, 5.

voudig te verhelpen is, hechtte de Afdeling een mild dictum van de tweede categorie aan het voorstel.²⁰

7. Proportionaliteit

De mate waarin de becommentarieerde wetsvoorstellen een adequate en effectieve oplossing voor een daadwerkelijk bestaand maatschappelijk probleem bieden, lijkt een tweede aanleiding te zijn geweest om negatief te adviseren. Het initiatiefvoorstel dat wil voorkomen dat leerlingen worden uitgesloten van extra-curriculaire activiteiten omdat hun ouders of verzorgers de vrijwillige ouderbijdrage niet hebben voldaan, is volgens de Afdeling prematuur. Zij geeft de initiatiefnemers in overweging eerst eens af te wachten of de recent door de regering genomen maatregelen tegen zulke uitsluiting vruchten afwerpen. Bovendien vreest de Afdeling dat het wetsvoorstel, door scholen te verbieden leerlingen van deelname uit te sluiten, een premie zet op betalingsweigering van ouders. Dat kan onbedoeld leiden tot een terugloop van inkomsten, waardoor het aanbod van activiteiten kan verschromelen.²¹ Enigszins vergelijkbaar is de kritiek op het initiatiefvoorstel dat na de brexit de in het Verenigd Koninkrijk woonachtige Nederlanders behoud van hun nationaliteit wil garanderen, en in Nederland woonachtige Britten wil toestaan een dubbele nationaliteit te voeren. Volgens de Afdeling introduceert dit wetsvoorstel onomkeerbare oplossingen die, in het licht van de gesignaleerde problemen, onevenredig ingrijpend zijn. Nu door de Nederlandse regering en de Europese Commissie regelingen worden getroffen die de negatieve nationaliteitsrechtelijke gevolgen van een brexit voor een belangrijk deel ondervangen, ziet de Afdeling onvoldoende reden om de voorgestelde uitzonderingsposities te creëren.²² Van de voorstellen omtrent een weigeringsbeleid voor niet-gevaccineerde kinderen op kinderdagverblijven en de bestuurlijke aanpak van ondermijnende organisaties betwijfelt de Afdeling de effectiviteit. Beide wetsvoorstellen schieten langs de kern van het gesignaleerde probleem: de vaccinatiegraad onder kinderen wordt niet verhoogd door expliciet te maken dat kinderdagverblijven onbespoten kinderen mogen weigeren, en het is maar zeer de vraag of een bestuurlijk verbod op ondermijnende organisaties zoveel sneller en effectiever gegeven kan worden dan een rechterlijk verbod, temeer daar te verwachten valt dat de bestuursrechter bereid zal zijn een voorlopige voorziening te treffen tegen het onmiddellijk werkende bestuurlijke verbod. Als gezegd krijgt het kinderdagverblijf-advies ondanks deze kritiek een relatief licht dictum, maar voor de bestuurlijke aanpak van ondermijnende organisaties bracht de Afdeling het zwaarste dictum in stelling.²³ De twee wetsvoorstellen die de pensioenfondsen nog wat extra respijt willen geven voordat ze hun beleidsdekkingsgraad op orde moeten hebben, ten slotte, miskennen dat eerdere verlengingen van die termijn niet het gewenste effect hebben gehad. Bovendien moeten voor een duurzaam

20 *Kamerstukken II 2018/19, 35049, 4.*

21 *Kamerstukken II 2018/19, 35063, 4.*

22 *Kamerstukken II 2018/19, 35130 (R 2119), 5.*

23 *Kamerstukken II 2018/19, 35049, 4, respectievelijk Kamerstukken II 2018/19, 35079, 5.*

pensioenstelsel veel verstrekkender maatregelen worden genomen dan de initiatiefnemers voor ogen staat. Hun ingrepen zijn *too little, too late*.²⁴

8. Wetgevingskwaliteit

Uiteraard laten de gepubliceerde adviezen ook wel voorbeelden zien van het derde aandachtspunt van de Raad van State, te weten de wetgevingskwaliteit. Het brexitvoorstel heeft onbedoeld verstrekkende gevolgen en het wetsvoorstel dat een bestuurlijk verbod op ondermijnende rechtspersonen introduceert, werkt met onvoldoende uitgekristalliseerde voorwaarden.²⁵ Bij lezing van die passages kon ik me toch niet aan de indruk onttrekken dat de uiteindelijke dicta niet per se waren ingegeven door deze kritiek.

9. Afsluiting

En daarmee ben ik beland bij de observatie waarmee ik deze aflevering van Legiprudentie wil afsluiten. Het werken met dicta heeft zonder twijfel aantrekkelijke kanten. In één oogopslag is duidelijk of er nog heel wat reparatiewerk verricht moet worden, dan wel of de parlementaire behandeling met vertrouwen tegemoet gezien kan worden. Bekend is dat wetgevingsjuristen die een advies van de Raad van State ontvangen, eerst met rode konen naar de laatste pagina bladeren om te weten welk *judicium* aan hun legislatieve arbeid is gehangen. Als het gebruik van dicta leidt tot blindstaren op de reeks een tot vier, lijkt me dat ongewenst. Wanneer daarentegen inzichtelijker kan worden welke motieven hebben geleid tot een eindoordeel, kan van afgewogen kwalificaties in de vorm van een dictum een heilzaam effect uitgaan.

24 *Kamerstukken II 2018/19, 35096, 5 en Kamerstukken II 2018/19, 35113, 4.*

25 *Kamerstukken II 2018/19, 35130 (R 2119), 5, respectievelijk Kamerstukken II 2018/19, 35079, 5.*