

Wettelijke uitsluiting van referendabiliteit van de Intrekkingwet Wrr is juridisch houdbaar

Postition paper tbv deskundigenraadpleging Eerste Kamer, dinsdag 27 maart 2018

Prof.mr. Roel Schutgens

Hierna wordt betoogd dat de uitsluiting van referendabiliteit van de Intrekkingwet voor de wet raadgevend referendum ('de Intrekkingwet') in die Intrekkingwet zelf juridisch mogelijk is. Dat neemt niet weg dat het hier een weinig elegante wettelijke kunstgreep betreft, die evident in strijd is met de bedoeling van de toenmalige wetgever.

1. Achtergrond

De Intrekkingwet strekt tot afschaffing van het raadgevend referendum zoals dat pas vier jaar geleden via de Wrr in het leven werd geroepen. Buiten discussie staat, dat die Intrekkingwet *sec* referendabel is. Art. 5 Wrr bevat namelijk een limitatieve lijst van wetten die vanwege hun onderwerp niet referendabel zijn. De Intrekkingwet valt daar evident buiten. Volgens de nog geldende Wrr zou de kiezer dan ook de gelegenheid moeten krijgen om 'handtekeningen te verzamelen' over die Intrekkingwet een referendum te doen organiseren.

De regering heeft die mogelijkheid echter willen blokkeren. Daartoe is in de slotbepalingen van de Intrekkingwet een kunstgreep toegepast:

Artikel V bepaalt: 'Op deze wet is de Wet raadgevend referendum niet van toepassing.'

Artikel VI bepaalt: 'Deze wet treedt in werking met ingang van de dag na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin zij wordt geplaatst, en werkt terug tot en met het tijdstip van de bekrachtiging van het voorstel van deze wet.'

Volgens enkele juristen kunnen deze bepalingen hun beoogde effect niet sorteren, omdat de Intrekkingwet haar eigen referendabiliteit niet zou kunnen uitsluiten.¹ Zij betogen dat de Wrr procedurevoorschriften bevat voor de bekendmaking en inwerkingtreding van wetten, die gevolgd moeten worden vóórdat de genoemde artikelen V en VI zelf rechtskracht kunnen krijgen. De betrokken artikelen zijn in deze benadering niet effectief omdat zij niet in werking *kunnen* treden als niet eerst de procedurevoorschriften van de Wrr correct zijn toegepast. Kort gezegd: art V en VI kunnen niet wat zij beogen omdat ook Baron von Münchhausen zichzelf niet uit het moeras kon trekken.

Deze redenering lijkt wellicht plausibel, maar zij miskent het aloude staatsrechtelijke beginsel dat de wetgever zijn opvolgers niet kan binden.

2. Het stelsel van de Wrr

Krachtens art. 8, eerste lid Wrr wordt het tijdstip van inwerkingtreding van een referendabele wet niet gesteld vóórdat een termijn van acht weken is verstreken na de bekendmaking van het ministeriële besluit dat die wet referendabel is. Het tweede lid van art. 8 bevat een vangnetbepaling. Wordt de inwerkingtreding van een referendabele wet *tóch* gesteld op een tijdstip binnen de achttwekentermijn, dan wordt die inwerking desondanks 'opgeschort' totdat die achttwekentermijn is verstreken.

De Wrr-wetgever heeft hier evident beoogd, toekomstige wetgevers aan de voorschriften van de Wrr te binden. Art. 8, tweede lid, Wrr is in feite een antimisbruikbepaling die probeert een met de Wrr strijdige beslissing over de inwerkingtreding van toekomstige wetgeving tegen te gaan.² Art. V en VI van de Intrekkingwet stroken niet met deze bepaling. De kernvraag is echter, of de misbruikbepaling van art. 8 tweede lid Wrr de *kan* afdoen aan de gelding van art. V en VI van de Intrekkingwet. Het antwoord op die vraag moet ontkennend luiden. Wat art. 8, tweede lid Wrr beoogt te regelen, *kán* het niet regelen. De toenmalige wetgever miste daartoe namelijk de bevoegdheid.

3. Normenhiërarchie; Lex posterior; art. 81-88 Gw

¹ Zie het stuk van collega Voermans in het NJB en dat van Bettie Drexhage op <https://stukroodvlees.nl/intrekking-referendumwet-is-wel-referendabel>.

² Art. 12 Wrr bevat nog een speciale procedure voor wetgeving die met spoed in werking moet treden. Ook daarbij blijft een referendum mogelijk. Het geheel levert evident een stelsel op dat als 'dekkend' is bedoeld.

In het staatsrecht is een algemeen aanvaard beginsel dat een eerdere wetgever een latere niet kan binden. Om een voorbeeld te geven: stel dat de wetgever van 2014 in de Wrr zou hebben bepaald: het raadplegend referendum mag nooit meer worden afgeschaft – zou de wetgever van 2018 daar dan inderdaad niet toe bevoegd zijn? Natuurlijk wel, en dat is maar goed ook, want een anders zouden wetgevers over hun graf kunnen regeren en hun democratische verkozen opvolgers kunnen verhinderen het roer om te gooien. Het genoemde uitgangspunt dat de eerdere wetgever de latere niet kan binden, is niet met zoveel woorden in het geschreven recht te vinden. Het valt wel af te leiden uit de normenhiërarchie; uit het *lex posterior*-beginsel en uit het stelsel van art. 81-88 Gw (overigens komt het hierna volgende neer op drie maal hetzelfde zeggen in andere woorden).

normenhiërarchie

Art. 81-88 Gw verleent de wetgever een in beginsel ongeclausuleerde bevoegdheid. Die bevoegdheid kan worden beperkt door een *hogere* regelgever. Zo verbiedt art. 1 Gw de wetgever om te discrimineren en zo verbiedt art. 10 EVRM de wetgever om de vrijheid van meningsuiting af te schaffen. Aan zulke hogere regels is de gewone wetgever gebonden; hogere regelgevers kunnen zijn bevoegdheid beperken. Om de wetgever te binden aan procedurele regels omtrent een referendum, kan dus bijvoorbeeld de Grondwet worden gewijzigd. De formele wet zélf heeft nu juist niet het effect dat zij latere wetgevers bindt, omdat zij in de normenhiërarchie op gelijke hoogte staat. De ene wet is niet sterker dan de andere.

lex posterior-beginsel

Het *lex posterior*-beginsel leert hetzelfde. Vaak wordt dat beginsel weergegeven als een toepassingsregel voor de rechter: als twee wetten van dezelfde wetgever botsen, moet de rechter de latere wet voorrang verlenen voor de eerdere. Daarmee impliceert de regel ook een bevoegdheidsregel voor de wetgever: deze blijft altijd bevoegd, zijn eigen regelingen in te trekken of te wijzigen. Het gebruik dat een overheidsbesluit wordt ingetrokken via een later overheidsbesluit van gelijke rang is een toepassing van die regel: zo wordt de Wrr terecht ingetrokken bij een latere wet in formele zin. Ook wijzigingen in wettelijke regelingen kunnen, krachtens het *lex posterior*-beginsel, door dezelfde regelsteller worden doorgevoerd bij een later besluit van gelijke rang. Zo werd in 2014 in de oorspronkelijke Wrr een – hier verder niet relevante – wijziging aangebracht bij latere wet in formele zin.³

art. 81-88 Grondwet

Art. 81-88 Gw verlenen aan regering en Staten-Generaal de bevoegdheid om wetten vast te stellen. Deze bevoegdheid is ongeclausuleerd in die zin, dat het de wetgever vrij staat over elk onderwerp en op elk terrein naar eigen inzicht regelingen te treffen (of deze in te trekken) zolang die regeling maar niet botst met hoger recht. De gedachte dat een gewone wetgever de door art. 81-88 Gw toegekende bevoegdheid kan beperken strookt niet met dit stelsel. Het toekennen van wetgevende bevoegdheid aan de wetgever door de Grondwet sluit uit dat aan die bevoegdheid op een lager niveau (bijvoorbeeld in een gewone wet) afbreuk wordt gedaan. Om de bevoegdheid van de wetgever te veranderen is een Grondwetswijziging nodig. De gewone wetgever kán dit niet.

Kortom: naar geldend recht is een eerdere wetgever niet bevoegd een latere te binden. Men kan dat afleiden uit de *lex posterior*-regel, uit art. 81-87 Gw of wellicht ook rechtstreeks uit de logica: een eerder besluit kan nooit sterker zijn dan een later besluit van gelijke rang.

4. Ander oordeel bij procedurele bepalingen?

Bij wetten over buiten het wetsproces gelegen themata is het *lex posterior*-beginsel onbetwist. Niemand zal menen dat de wetgever – bijvoorbeeld – het tarief van de inkomstenbelasting, de hoogte van de bijstand, een rookverbod of welk ander thema dan ook voor eeuwig kan vastleggen. Nu is er in dit geval iets bijzonders aan de hand. De Wrr ziet, zou men kunnen tegen werpen, op de wetsprocedure zélf. De Wrr geeft regels die voortaan moeten worden nageleefd, wil wetgeving op geldige wijze tot stand kunnen komen. De Wrr verandert in deze redenering als het ware de wijze waarop de wetgever geldig kan besluiten en die nieuwe wijze van besluiten moet – aldus deze tegenwerping – eerst worden gevolgd, voordat een nieuwe wet zoals de Intrekkingwet rechtskracht kan verwerven.

³ Reparatiewet BZK 2014, Stb. 2014, 258, art. XXII.

Ik meen echter dat het lex posterior-postulaat evenzeer geldt voor procedurele regels. De gewone wetgever kan weliswaar regels voor de (toekomstige) wetsprocedure geven – en daar zijn naast de Wrr nog voorbeelden van⁴ – maar dat betekent niet dat de toekomstige wetgever niet meer bevoegd is om terug te vallen op de procedure van art. 81-88 Gw en te besluiten dat aan de bij gewone wet gegeven procedureregels geen gevolg wordt gegeven. Ik zie althans geen reden waarom een wetgever die zijn opvolger niet met materiële bepalingen kan binden, dat wel met procedurele bepalingen zou kunnen. Niet alleen zijn beide typen bepalingen lang niet altijd duidelijk van elkaar te onderscheiden, maar ook geldt de gedachte, dat de wetgever niet kan afdoen aan de bevoegdheid van zijn opvolger, net zo goed op procedureel terrein.⁵ Dat wil niet zeggen dat procedurele regels waarmee de formele wetgever het toekomstig wetgevingsproces beoogt te sturen, krachteloos zijn. Dergelijke regels moeten zó worden uitgelegd dat de wetgever heeft gewild dat deze procedurele regels worden gevolgd, totdat hij het tegendeel expliciet doet blijken.⁶

In beginsel is de Wrr dus op de Intrekkingwet van toepassing, tenzij het tegendeel blijkt. In art. V en VI Intrekkingwet blijkt dat tegendeel. De wetgever verklaart de Wrr duidelijk buiten toepassing op de Intrekkingwet. Voor beide bepalingen geldt mijns inziens: als zij door beide Kamers zijn aangenomen en door de regering zijn bekrachtigd (art. 87, eerste lid Gw) en in het Staatsblad zijn bekend gemaakt (art. 88 Gw juncto de art. 3 Bekendmakingswet), dan bevatten zij *daarmee* een geldige en effectieve wilsverklaring van de wetgever. Zij zullen daarom vanaf hun bekendmaking juridisch effectief zijn. Daarmee zal de Wrr onmiddellijk buiten toepassing worden verklaard voor de Intrekkingwet (art. V) en zal zij met terugwerkende kracht wettelijk ingetrokken (art. VI).

De hierboven verdedigde opvatting gaat ervan uit dat art. V en art. VI *onmiddellijk* werken of althans kunnen werken als de wetgever dat wenst (waarna art. VI vervolgens terugwerkende kracht aan de Intrekkingwet verleent). Hoe kan nu, zou de vraag kunnen zijn, art. V of art. VI onmiddellijk werken terwijl het stelsel van de Wrr dat lijkt uit te sluiten (zie art. 8 en 12 van die wet). Anders gezegd: als art. V en VI iets bepalen over de gelding van de wet waarin zij zelf zijn opgenomen, dan bepalen zij hun eigen inwerkingtreding – hoe kan dat nu, en vooral: hoe kan dat nu buiten de Wrr om?

Het antwoord luidt, dat van inwerkingtredingsbepalingen moet worden aangenomen dat zij onmiddellijk werken. Een inwerkingtredingsbepaling deelt zelf niet in het inwerkingtredingsregime dat zij schept voor de wet waarin zij is opgenomen. De inwerkingtredingsbepaling ‘Deze wet treedt in werking met ingang van..’ moet dan ook gelezen worden als ‘De overige bepalingen van deze wet treden in werking met ingang van..’. De gelding van een inwerkingtredingsbepaling zoals art. VI zelve berust rechtstreeks op art. 88 Gw: zodra de inwerkingtredingsbepaling is aangenomen, bekrachtigd en bekendgemaakt, regelt zij uit kracht van de Grondwet onmiddellijk zelf de inwerkingtreding van de overige bepalingen van de wet waarin zij is opgenomen.⁷ Zou dit anders zijn, dan zou logisch gezien geen enkele wet ooit in werking kunnen treden. De inwerkingtredingsbepaling moet immers zelf reeds rechtskracht hebben voordat zij de inwerkingtreding van iets anders kan regelen.

Iets vergelijkbaars valt aan te nemen voor art. V Intrekkingwet. Die bepaling is onmiddellijk te beschouwen als een geldige wilsuitering van de wetgever waarmee de gelding van (andere) wetgeving wordt geregeld. De gelding van die bepaling zelf berust rechtstreeks op de Grondwet; krachtens zijn door de grondwettelijke bevoegdheid kan de wetgever onmiddellijk en dus buiten eerdere wettelijke procedurevoorschriften om de gelding van een eerder wettelijk procedurevoorschrift abrogeren.

5. Conclusie

De Wrr-wetgever was niet in staat om zijn opvolgers te binden. Daarom moet de huidige wetgever op grond van art. 81-88 Gw bevoegd geacht worden, de Wrr buiten toepassing te verklaren bij de totstandkoming van de Intrekkingwet. Ook het onmiddellijk na bekendmaking verlenen van terugwerkende kracht aan die wet is juridisch mogelijk.

6. Naschrift

Dat de wetgever de Wrr buiten toepassing kan verklaren, lijkt mij niet het einde, maar het begin van de discussie. Het betreft hier een lelijke kunstgreep om politieke tegenstanders de pas af te snijden door hun een democratisch recht te ontfemen. De kunstgreep is evident in strijd met de bedoeling van wat de Wrr-wetgever nog maar kort geleden namens ons allen heeft geregeld. Ik ken overtuigendere voorbeelden van rechtsstatelijke zuiverheid, hoffelijkheid, generositeit en wetgevingskwaliteit.

⁴ De wet algemene regels herindeling (Stb. 1984, 475) is daarvan een voorbeeld, en mogelijk ook art. 4 Wet AB.

⁵ Een aanwijzing voor deze opvatting valt nog te ontfemen aan de MvT bij de Bekendmakingswet, Kamerstukken II 1985/86, 19583, nr. 3, p. 2, waar de regering ten aanzien van het bekendmakings- en inwerkingtredingsregime van de Bekendmakingswet opmerkt: ‘Bedacht moet uiteraard worden dat de bijzondere wetgever ook van dat flexibele stelsel [t.w. van de nieuwe Bekendmakingswet, RS] steeds zal kunnen afwijken’ [cursivering toegevoegd].

⁶ Vgl. art. 113 Provinciewet en art. 115 Gemeentewet, die blijken hun tekst al van deze gedachte uitgaan.

⁷ Vgl. ook N. Verheij, ‘Wetten die niet werken’, *RegelMaat* 1986, p. 143-149. Zie verder T.C. Borman, ‘De inwerkingtreding van inwerkingtredingsbepalingen’, *RegelMaat* 2017, p. 57-64, i.h.b. p. 57: de aanwijzingen voor de regelgeving gaan van hetzelfde principe uit.