



DE GRONDWET - ARTIKEL 127 - VASTSTELLING VERORDENING

Provinciale staten en de gemeenteraad stellen, behoudens bij de wet of door hen krachtens de wet te bepalen uitzonderingen, de provinciale onderscheidenlijk de gemeentelijke verordeningen vast.

WETENSCHAPPELIJK COMMENTAAR ARTIKEL 127 - VASTSTELLING VERORDENING - W. VAN DER WOUDE

Inhoudsopgave

1. Historische ontwikkeling en actuele betekenis
2. Aard van de bepaling
3. Grenzen van de verordenende bevoegdheid
4. Uitzonderingen
5. Jurisprudentie
6. Literatuur
7. Historische versies

Editie december 2015

1. HISTORISCHE ONTWIKKELING EN ACTUELE BETEKENIS

Sinds 1814 bepaalt de Grondwet dat de verordenende bevoegdheid (de bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften) op provinciaal niveau berust bij provinciale staten. De gemeenteraad komt pas sinds 1848 voor in de Grondwet. In deze grondwet werd ook hij terstond bekleed met de verordenende bevoegdheid. Opvallend is dat de toekenning van deze verordenende bevoegdheid vóór 1983 plaatsvond in dezelfde artikelen als waarin aan hen de bevoegdheid tot regeling en bestuur inzake de provinciale respectievelijk de gemeentelijke huishouding werd overgelaten. De verordenende bevoegdheid werd daarmee eerst en vooral beschouwd als een autonome bevoegdheid.

De koppeling van de verordenende bevoegdheid aan de provinciale en gemeentelijke huishouding behelsde bovendien een beperking hiervan: wanneer een onderwerp niet behoorde tot de huishouding van een provincie of gemeente kwam het vertegenwoordigende orgaan evenmin verordenende bevoegdheid toe. De grondwetsherziening van 1983 brengt de verordenende bevoegdheid voor provinciale staten en de gemeenteraad onder in één artikel. Het ontkoppelen van de huishouding en de verordenende bevoegdheid maakt bovendien duidelijk dat ook

in medebewind moet worden uitgegaan van de grondgedachte dat de verordenende bevoegdheid berust bij de rechtstreeks gekozen organen binnen het decentrale bestuur. Verder is ook de in de bijzin genoemde uitzonderingsmogelijkheid nieuw.

2. AARD VAN DE BEPALING

Het ontkoppelen van de huishouding en de verordenende bevoegdheid heeft van artikel 127 een betrekkelijk technisch competentievoorschrift gemaakt. Artikel 124 bepaalt reeds dat besturen van provincies en gemeenten regelgevende bevoegdheden hebben. Artikel 127 voegt daaraan slechts toe dat die bevoegdheid in beginsel wordt uitgeoefend door provinciale staten respectievelijk de gemeenteraad. Het is niet slecht dat dat gebeurt, maar wie artikel 124, eerste lid, in samenhang zou lezen met het eerste lid van artikel 125 was waarschijnlijk niet tot een andere conclusie gekomen. Uit het hierin geformuleerde hoofdschap van provinciale staten respectievelijk de gemeenteraad kan de ratio voor hun verordenende bevoegdheid genoegzaam worden gedestilleerd. Verder kan – anders dan voorheen – uit het artikel niet langer worden afgeleid waarover de verordenende bevoegdheid zich uitstrekt. Voor zover de Grondwet nog iets zegt over de afbakeningen van die bevoegdheid moet voor autonome verordeningen nadrukkelijk worden teruggegrepen op de eigen huishouding als bedoeld in artikel 124. Voor medebewindsverordeningen volgen die grenzen uit de wetgeving waarin dat medebewind wordt gevorderd.

3. GRENZEN VAN DE VERORDENENDE BEVOEGDHEID

In commentaren op dit artikel is het gebruikelijk enige woorden te wijden aan de grenzen die provinciale staten en de gemeenteraad in acht moeten nemen bij het uitoefenen van hun verordenende bevoegdheid.^[1] Dat zal hieronder niet worden nagelaten. Uit het bovenstaande moge echter duidelijk zijn dat deze grenzen strikt genomen niet voortvloeien uit dit artikel. De meest voor de hand liggende begrenzing is van territoriale aard. Het spreekt voor zich dat provinciale en gemeentelijke verordeningen alleen gelden in die provincies en gemeenten waarbinnen de betreffende volksvertegenwoordiging deze heeft uitgevaardigd. Hieronder zal de aandacht verder uitgaan naar de zogeheten ‘bovengrens’ en de ‘benedengrens’.

De bovengrens ligt voor provincies daar waar hun verordenende werkzaamheden interfereren met nationale wetgeving. Voor gemeenten komt daar de voor hen relevante provinciale regelgeving bij. Zonder daarbij onderscheid te maken tussen autonome verordeningen of verordeningen die zijn gevorderd krachtens medebewind, kent zowel Provincie- als Gemeentewet bepalingen waaruit de bovengrens kan worden afgeleid. Het komt erop neer dat verordeningen van rechtswege vervallen als nieuwe hogere regelgeving ontstaat met betrekking tot hetzelfde onderwerp.^[2] In dat geval wordt gesproken van anterieure verordeningen. Als gesproken wordt van posterieure verordeningen komt de verordening tot stand op het moment dat al hogere regelgeving bestaat ten aanzien van hetzelfde

onderwerp. Posterieure verordeningen zijn slechts toegestaan als zij niet met het hogere recht in strijd zijn.^[3] Voor zowel anterieure als posterieure verordeningen geldt dat de vraag of sprake is van hetzelfde onderwerp niet uitsluitend wordt bepaald door de materie die in zowel de verordening als de hogere regeling wordt geregeld. Uit jurisprudentie blijkt dat hierbij ook het motief van waaruit de betreffende materie wordt geregeld in de beoordeling moet worden meegenomen. Deze vaste lijn in de jurisprudentie dateert van het arrest ‘Emmense baliekluyvers’ uit 1952.^[4] Hoewel de verordening van de gemeenteraad van Emmen dezelfde materie regelde als de Wegenverkeerswet (een verbod op het zonder doel rondhangen op bruggen, straten en pleinen) werd geconcludeerd dat de Emmense verordening een ander onderwerp had, nu zij de materie regelde vanuit het motief van handhaving van de openbare orde in plaats van doorstroming van het verkeer. Hierdoor kon worden geconcludeerd dat de verordening en de wet niet hetzelfde onderwerp hadden, waardoor de Emmense verordening kon worden toegepast.

Deze motieftheorie leidt ertoe dat provincies en gemeenten niet te gemakkelijk in hun verordenende bevoegdheid kunnen worden beknot. Dat gezegd zijnde, moet het niet mogelijk zijn dat zij de werking van hogere wetgeving feitelijk onmogelijk maken door vanuit een ander motief een doorkruisende regeling te treffen. Zulks gebeurde bijvoorbeeld in het arrest ‘APV Schiermonnikoog’, waarin de Hoge Raad een streep trok door een gemeentelijke verordening die autoverkeer slechts op grond van een vergunningstelsel mogelijk maakte. Hoewel de gemeentelijke verordening klaarblijkelijk was uitgevaardigd vanuit een ander motief dan de Wegenverkeerswet en de Wegenwet (behoud van het karakter van het eiland versus doorstroming van het verkeer), achtte de Hoge Raad het onrechtmatig op deze manier hogere regelgeving buitenspel te zetten.^[5] Een andere relativering van de motieftheorie is van betrekkelijk recente datum. Het betrof een zaak rondom een in een verordening van de gemeente Amsterdam opgenomen verbod om op aangewezen plaatsen softdrugs te gebruiken. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State oordeelde dat voor dit gemeentelijke blowverbod geen ruimte was, ondanks de omstandigheid dat hier sprake kon zijn van een ander motief dan dat van de Opiumwet (handhaving van de openbare orde versus volksgezondheid). In casu werd de letter van de Opiumwet niet doorkruist. Immers, naar de letter van de Opiumwet is het gebruik van softdrugs in Nederland verboden. De Afdeling baseerde haar oordeel op de redenering dat het gemeenten niet toegestaan zou zijn formeel-wettelijke bepalingen te dupliceren.^[6] Het is de vraag of uit deze uitspraak een algeheel duplicatieverbod moet worden gedestilleerd. Het praktische probleem dat de Afdeling hier had op te lossen was dat de letter van de Opiumwet weliswaar niet werd doorkruist, maar de toepassing ervan conform het nationale gedoogbeleid wel. Het verbod op duplicatie lijkt in dat geval eerder een rechterlijke ‘vondst’ om te voorkomen dat de gemeentelijke verordening rechtstreeks zou moeten worden getoetst aan het door het college van Procureurs-Generaal vastgestelde beleid.^[7] Hiervoor biedt de Gemeentewet namelijk geen enkele grondslag, althans niet

wanneer de toetsing plaatsvindt door de rechter. In het kader van een (voorgenomen) vernietiging van een gemeentelijke verordening zou toetsing aan nationaal beleid wel kunnen voorkomen, aangezien vernietiging kan plaatsvinden wegens ‘strijd met het algemeen belang’ (zie daarover het commentaar bij artikel 132).

Als er een bovengrens is, lijkt het voor de hand te liggen dat er ook een benedengrens zal zijn. In oudere jurisprudentie (met name ten aanzien van gemeenten) kan deze benedengrens worden ontwaard in zaken waarin geoordeeld werd dat verordeningen in te sterke mate traden in de ‘bijzondere belangen van de ingezetenen’ en daarmee geacht werden niet langer in het belang van de gemeente te zijn. Berucht is het arrest over de ‘anticonceptivaverordening’ van de gemeente Bergen op Zoom uit 1962. In deze verordening werd het – onder meer – verboden binnen de gemeente “enig middel tot voorkoming of verstoring van zwangerschap ten verkoop of ter verspreiding voorhanden te hebben”. De Hoge Raad oordeelde dat deze verordening niet in stand kon blijven, omdat zij “elk karakter van openbaarheid” miste en omdat hierbij uitsluitend “de bijzondere belangen van de ingezetenen zijn betrokken en op geen enkele wijze de openbare zedelijkheid”.^[8] Of aan deze benedengrens nog zelfstandige betekenis toekomt moet worden betwijfeld. Zaken als bovenstaande zouden in met de huidige stand van het recht zonder meer worden geschaard onder de grondrechtelijke bescherming van de persoonlijke levenssfeer, zoals deze in de Grondwet (artikel 10) of in verdragen (zoals in artikel 8 EVRM) wordt gegarandeerd. Deze grondrechtenbepalingen zijn van hogere rang dan provinciale en gemeentelijke verordeningen, zodat zij ten aanzien daarvan, juridisch gezien, eveneens als bovengrens hebben te gelden.^[9]

4. UITZONDERINGEN

Artikel 127 maakt het mogelijk uitzonderingen te maken op de hoofdregel dat de verordenende bevoegdheid toekomt aan provinciale staten of de gemeenteraad. Dit wordt ofwel bij wet of door deze organen krachtens wet bepaald. Dat het recht verordeningen vast te stellen bij wet wordt geattribueerd aan een ander orgaan dan de hiervoor genoemde, is buitengewoon zeldzaam. Het standaardvoorbeeld is de bevoegdheid van de burgemeester tot het uitvaardigen van noodverordeningen (artikel 176 Gemeentewet). Hier vloeit uit de aard der zaak een noodzaak voort verordeningen op basis van eenhoofdig gezag en snel uit te vaardigen. Artikel 176 Gemeentewet laat gemeenteraden hier overigens niet volledig buiten. De gemeenteraad moet de noodverordeningen in zijn eerstvolgende vergadering bekrachtigen.

De enige andere mogelijkheid waardoor de verordenende bevoegdheid in andere handen komt, is door middel van delegatie door provinciale staten of de gemeenteraad zelf. De zinsnede “door hen krachtens de wet” vereist wel dat dit wordt toegestaan door de formele wetgever. Deze toestemming wordt verleend in artikel 152 Provinciewet en artikel 156 Gemeentewet. Hierin is overigens ten

aanzien van bepaalde verordeningen bepaald dat de bevoegdheid deze vast te stellen niet kan worden gedelegeerd.^[10]

5. JURISPRUDENTIE

- HR 4 maart 1952, NJ 1952, 365 (Emmense baliekluiers)
- HR 12 juni 1962, NJ 1962, 484 (Anticonceptivaverordening Bergen op Zoom)
- HR 23 december 1980, NJ 1981, 171 (APV Schiermonnikoog)
- ABRvS 13 juli 2011, AB 2011, 250 (Blowverbod Amsterdam)

6. LITERATUUR

Aan de verordenende bevoegdheid van provinciale staten en de gemeenteraad (en dus aan artikel 127 Grondwet) wordt ruimschoots aandacht besteed in de algemene gemeenterechtelijke literatuur, zoals opgesomd in de algemene inleiding bij dit hoofdstuk van de Grondwet. Kernpublicaties die specifiek handelen over aspecten die in dit commentaar aan de orde zijn gesteld, zijn:

- W.A.E. Brühem, Hogere regelingen als bedoeld in art. 121 Gemeentewet, in Gst. 2009/115
- D.J. Elzinga, Gedeelde regelgevende bevoegdheid en ontbindingsbevoegdheid op decentraal niveau, in: Raad voor het openbaar bestuur, Provincies en gemeenten in de Grondwet. Advies modernisering hoofdstuk 7 van de Grondwet, deel II, Den Haag, december 2002
- W. Konijnenbelt, Medebewindsverordeningen en het vraagstuk van delegatie aan B&W, in: Gst. 2013/102
- A.E. Schilder & J.G. Brouwer, Gemeentelijke verordeningen, Ars Aequi Libri, 2015

7. HISTORISCHE VERSIES

Provinciale staten:

Art. 88, tweede lid, Gw. 1814: Zij maken hieromtrent (...) zoodanige ordonnantiën en reglementen, als zij ten meeste nutte hunner Ingezetenen oorbaar achten, (...).

Art. 146, tweede volzin, Gw. 1815: Alle zoodanige reglementen en ordonnantiën, als zij voor het algemeen provinciaal belang noodig oordeelen te maken (...) (art.144 Gw. 1840).

Art. 131, tweede lid, Gw. 1848: Behoudens (...) moeten alle zoodanige reglementen en verordeningen, als zij voor het provinciaal belang noodig oordeelen te maken, (...).

Art. 134, tweede lid, Gw. 1887: Zij maken de verordeningen, die zij voor het provinciaal belang noodig oordeelen (art. 136, tweede lid, Gw. 1938; art. 143, tweede lid, Gw. 1953).

Gemeenteraad:

Art. 94, eerste lid, Gw. 1814: De besturen van Steden, Districten, Heerlijkheden en Dorpen hebben, overeenkomstig den inhoud hunner reglementen, de vrije

beschikking over hunne huishoudelijke belangen en maken daaromtrent de vereischte plaatselijke bepalingen.

Art. 155, eerste lid, Gw. 1815: De plaatselijke besturen hebben overeenkomstig den inhoud hunne reglementen, de vrije beschikking over hunnen huishoudelijke belangen, en maken daaromtrent de vereischte plaatselijke verordeningen, welke echter in geen geval met de algemeene wetten of het algemeen belang strijdig mogen zijn (art. 153 Gw. 1840).

Art. 140, tweede volzin, Gw. 1848: Op de verordeningen, welke hij te dien aanzien maakt (...).

Art. 144, tweede lid, Gw. 1887: Hij maakt de verordeningen, die hij in het belang der gemeente noodig oordeelt (art. 146, tweede lid, Gw. 1938; art. 153, tweede lid, Gw. 1953).

NOTEN

1. Zie bijvoorbeeld de twee voorlopers op het commentaar bij dit artikel: W.G. Verkruijsen, Artikel 127, in: Akkermans/ Koekkoek, De Grondwet. Een artikelsgewijs commentaar, W.E.J. Tjeenk Willink - Zwolle, tweede druk 1992, p. 1106 e.v. en Th. Holterman, Artikel 127, in: A.K. Koekkoek (red.), De Grondwet. Een artikelsgewijs commentaar, W.E.J. Tjeenk Willink - Deventer, derde druk 2000, p. 581 e.v.
2. Artikel 119 Provinciewet respectievelijk artikel 122 Gemeentewet.
3. Artikel 118 Provinciewet respectievelijk artikel 121 Gemeentewet.
4. HR 4 maart 1952, NJ 1952, 365.
5. HR 23 december 1980, NJ 1981, 171.
6. ABRvS 13 juli 2011, AB 2011, 250.
7. Aanwijzing Opiumwet.
8. HR 12 juni 1962, NJ 1962, 484.
9. Zie A.W. Heringa e.a., Staatsrecht (voorheen Compendium van het Staatsrecht), Kluwer – Deventer, elfde druk 2012, p. 269.
10. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om de bevoegdheid om straf te stellen op overtreding van verordeningen, maar ook om verordeningen in de sfeer van de provinciale en gemeentelijke belastingen.

CITEER SUGGESTIE

W. van der Woude, Commentaar op artikel 127 van de Grondwet, in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet, webeditie 2019 (www.Nederlandrechtsstaat.nl).