

Samenvatting

De gelaagdheid van de vreemdelingenregelgeving in historisch en vergelijkend perspectief

Achtergrond en opzet van het onderzoek

De Nederlandse vreemdelingenregelgeving heeft een gelaagde structuur. Onder de Vreemdelingenwet (Vw), die veel delegatiebepalingen en facultatieve bepalingen bevat, hangen het Vreemdelingenbesluit (Vb, een AMvB), het Voorschrift Vreemdelingen (VV, een ministeriële regeling) en de Vreemdelingencirculaire (Vc, die beleidsregels bevat). In dit rapport wordt deze gelaagdheid vanuit een historisch en rechtsvergelijkend perspectief onderzocht. Aanleiding voor het onderzoek vormde een debat in de Eerste Kamer over regeldruk in het vreemdelingenrecht. Het onderzoek moest inzicht geven in de oorzaken en voor- en nadelen van de gelaagde structuur. Er zijn drie deelonderzoeken uitgevoerd: een rechtshistorisch onderzoek, een internationale vergelijking en een interne rechtsvergelijking.

De hoofdvraag in het historische deelonderzoek was: Welke inzichten biedt de geschiedenis van de Nederlandse vreemdelingenregelgeving in de oorzaken van de huidige gelaagdheid en de voor- en nadelen ervan voor instanties en functionarissen die de regels moeten uitvoeren, handhaven, toepassen of interpreteren? Deze vraag is onderzocht door vijf parlementaire debatten te analyseren (hoofdstuk 3), door gegevens over meer dan 1200 wijzigingen in de vreemdelingenregelgeving in de periode 1966-2012 te analyseren (hoofdstuk 4) en door interviews met 20 sleutelinformanten te houden (hoofdstuk 5).

Bij de internationale vergelijking was de hoofdvraag: Hoe wordt in andere EU-lidstaten gebruik gemaakt van gelaagde stelsels van vreemdelingenregelgeving, in het bijzonder bij de implementatie van nieuwe Europese regelgeving op het gebied van migratie en asiel? Deze vraag is onderzocht door voor vijf richtlijnen op het gebied van migratie en asiel (Opvangrichtlijn, Gezinsherenigingsrichtlijn, Richtlijn langverblijvende derdelanders, Verblijfsrichtlijn, Definitierichtlijn) na te gaan hoe de 27 EU-lidstaten ze hebben omgezet in hun nationale rechtsorde (hoofdstuk 6) en door de vreemdelingenregelgeving van drie lidstaten (Duitsland, Frankrijk, Verenigd Koninkrijk) nader te analyseren (hoofdstuk 7).

Bij de interne rechtsvergelijking was de hoofdvraag: Hoe wordt op andere beleidsterreinen in Nederland gebruik gemaakt van gelaagde stelsels van regelgeving, in het bijzonder bij de implementatie van Europese regelgeving? Deze vraag is onderzocht voor enkele deelterreinen van het belastingrecht (inkomstenbelasting en omzetbelasting, hoofdstuk 8) en het milieurecht (luchtkwaliteitseisen, hoofdstuk 9). Daarnaast is literatuuronderzoek verricht naar algemene overwegingen om gebruik te maken van gelaagde stelsels van regelgeving (hoofdstuk 2).

Uitkomsten historische analyse vreemdelingenregelgeving

De huidige structuur van regelgeving in vier lagen (wet, AMvB, ministeriële regeling en daarnaast beleidsregels) is ontstaan met de Vw 1965 en is sindsdien niet wezenlijk gewijzigd. Wel een belangrijke verandering was dat de beleidsregels rond 1980 openbaar werden. Eenzelfde gelaagde structuur is ook binnen andere terreinen van het bestuursrecht gebruikelijk. Algemene redenen voor delegatie van regelgevende bevoegdheid zijn de behoefte aan flexi-

biliteit en slagvaardigheid en het ontlasten van de parlementaire wetgever. Het is aannemelijk dat deze overwegingen ook een rol hebben gespeeld bij de keuze voor de vierlagige structuur die bij de totstandkoming van de Vw 1965 werd gemaakt.

Hoewel de gelaagdheid van de vreemdelingenregelgeving sindsdien niet wezenlijk is veranderd, is er wel een ontwikkeling waar te nemen naar meer inhoudelijke bepalingen in de twee hoogste regelgevingslagen, de Vw en het Vb. Bij de herziening van de Vw 1965 in 1994 zijn meer inhoudelijke bepalingen in de wet opgenomen en bij de totstandkoming van de Vw 2000 is een belangrijk deel van de beleidsregels over gezinshereniging en gezinsvorming overgeheveld naar het Vb. Ook onder invloed van het Europese recht werden er regels uit de Vc naar het Vb 'gepromoveerd'. Veel respondenten waren echter van mening dat belangrijke duurzame normen in de formele wet te vinden horen te zijn en dat dit nog steeds onvoldoende het geval is. Als voorbeelden noemden verscheidene respondenten dat rechten van Unieburgers en het recht op gezinsleven nauwelijks in de formele wet zijn geregeld.

Een tweede ontwikkeling die kan worden waargenomen is dat de regelgeving omvangrijker is geworden en steeds frequenter wordt gewijzigd. In de interviews werden als verklaringen genoemd: de toename van Europese regelgeving; de toename van het aantal uitvoeringsambtenaren en de behoefte aan eenheid in uitvoering; het streven om de beleidsvrijheid van uitvoeringsambtenaren te beperken; en de wens om een restrictief beleid te voeren. Opmerkelijk is de toename van het aantal wijzigingen in de afgelopen twaalf jaar. Sinds de invoering van de Vw 2000 ligt de frequentie waarmee het Vb, het VV en de Vc worden gewijzigd veel hoger dan in voorgaande periodes. Een aanzienlijk deel van de wijzigingen van de Vc betreft het landgebonden asielbeleid. De toename van het aantal wijzigingen in de drie lagen met algemeen verbindende voorschriften (avv) is grotendeels aan Europese regelgeving en kabinetsbeleid toe te schrijven. Behalve dat de wijzigingsfrequentie sinds 2001 is toegenomen, is de regelgeving ook in omvang toegenomen. Deze groei was het sterkst in het VV en de Vc.

De invloed van Europese en internationale regelgeving is over de gehele onderzochte periode zichtbaar, maar de afgelopen twaalf jaar vormde de omzetting van Europese richtlijnen de belangrijkste aanleiding voor wijzigingen van de Vw en het Vb, de op één na belangrijkste voor wijzigingen in het VV en de twee na belangrijkste voor wijzigingen in de Vc. Niettemin kwam ook in deze periode een nog groter aantal wijzigingen op het conto van kabinetsbeleid. Al met al kan worden geconcludeerd dat de dynamiek zeker niet alleen op Europese ontwikkelingen is terug te voeren. Wel vormt Europese regelgeving relatief vaak aanleiding tot wijzigingen in de twee hoogste regelgevingslagen (de Vw en vooral het Vb), die een groter beslag op regelgevende capaciteit leggen dan wijzigingen in het VV en de Vc.

Bij het bestuur bestaat een duidelijke voorkeur voor het neerleggen van inhoudelijke normen in het Vb en in de Vc. Flexibiliteit en snelheid vormen daarbij belangrijke overwegingen. Respondenten van buiten de overheid meenden echter dat de voorkeur voor lagere regelgeving en beleidsregels ook of vooral wordt ingegeven door de wens van bewindspersonen om op een politiek gevoelig terrein zonder omslachtige procedures en parlementaire bemoeienis regels te kunnen vaststellen. De geïnterviewde wetgevingsjuristen en beleidsambtenaren noemden diverse voordelen van de gelaagdheid. De gelaagdheid maakt een slagvaardig bestuur mogelijk, dat snel wijzigingen kan doorvoeren. Ook maakt de gelaagdheid het mogelijk om bij wijzigingen toch het systeem van de wet in stand te houden. De respondenten bij uitvoeringsorganisaties noemden als belangrijkste voordeel van de gelaagdheid dat de lage-

re regelgeving (Vc en VV) snel en gemakkelijk kan worden aangepast indien zich in de uitvoering vragen of problemen voordoen.

Nadelen van de gelaagdheid werden vaker genoemd door ngo's, advocaten, rechters en wetenschappers. De slagvaardigheid en snelheid die voor het bestuur een voordeel van delegatie vormen, betekenen voor vreemdelingen een verlies aan rechtszekerheid. Er is minder democratische controle op lagere regelgeving. Delegatie leidt volgens sommige respondenten tot een slechtere kwaliteit van de regelgeving onder andere doordat er vooraf minder openbaar debat is. Ngo's ervaren het als een nadeel dat ze minder beïnvloedingsmogelijkheden hebben bij wijzigingen van lagere regelgeving of beleidsregels dan bij wetswijzigingen. Regels in lagere regelgevingslagen zijn ook minder kenbaar. Wel hebben ICT ontwikkelingen het gemakkelijker gemaakt om op de hoogte te blijven van wijzigingen en over de actuele versies van de regelgeving te beschikken. In de praktijk weten ambtenaren, rechters, rechtshulpverleners en andere juristen die de regels moeten uitvoeren, handhaven, toepassen of uitleggen zich met de gelaagdheid te redden, maar ze ervaren deze toch als lastig. De combinatie van vier lagen, met als extra laag erboven Europese regelgeving, en de veelvuldige wijzigingen van de regels, leidt tot veel zoekwerk en onzekerheid.

De meeste respondenten beschouwden de gelaagdheid van de vreemdelingenregelgeving als een gegeven, maar velen plaatsten kritische kanttekeningen bij de bestaande verdeling van regels over de lagen. Zij vonden die niet (geheel) logisch en helder. Ze vonden ook dat er te weinig in de formele wet en te veel in gedelegeerde regelgeving en beleidsregels is geregeld. Veel respondenten waren vooral ook kritisch over de Vc. Het meest genoemde kritiekpunt was dat de Vc niet alleen beleidsregels bevat, maar ook herhaling en uitleg van regels uit hogere regelgevingslagen. Hierdoor zouden veel uitvoeringsambtenaren en rechtshulpverleners geneigd zijn uitsluitend de Vc te raadplegen en zich onvoldoende bewust zijn van het onderscheid tussen avv en beleidsregels. Overigens wordt de Vc momenteel herzien.

Uitkomsten internationale vergelijking

De Duitse, Franse en Britse vreemdelingenregelgeving kennen evenals de Nederlandse een meerlagige structuur, maar de verdeling van de regels over de lagen verschilt. Als er voor delegatie wordt gekozen, zijn de belangrijkste argumenten net als in Nederland flexibiliteit en slagvaardigheid, maar die argumenten geven in Duitsland en Frankrijk kennelijk veel minder vaak de doorslag dan in het Verenigd Koninkrijk en Nederland:

Waar zijn de belangrijkste regels over toelating en verblijf te vinden:

| | Asiel | Gezins-hereniging | Arbeid | Studie | Permanente status |
|----|-------|-------------------|--------|--------|-------------------|
| NL | W | L | L | L | W |
| D | W | W | L | W | W |
| F | W | W | W | W | W |
| VK | L | L | L | L | L |

W = formele wet (parlement als medewetgever); L = lagere regelgeving

In Duitsland en Frankrijk zijn de belangrijkste inhoudelijke regels veel meer dan in Nederland en het Verenigd Koninkrijk het geval is, in de wet te vinden. Vooral de vergelijking met Duitsland is interessant omdat in dat land net als in Nederland in 1965 een nieuwe vreemdelingenwet tot stand kwam, net als de Nederlandse Vw een kaderwet. Vanaf de jaren '80 kwam

in Duitsland echter een ontwikkeling op gang naar meer inhoudelijke normen in de wet. In reactie op vergelijkbare ontwikkelingen als in Nederland, zoals het ontstaan van een tweede generatie vreemdelingen, werden in Duitsland vergelijkbare nieuwe regels als in Nederland gemaakt, maar die regels werden anders dan in Nederland in formele wetgeving neergelegd. Die ontwikkeling voltrok zich mede onder druk van het Duitse constitutionele hof. In Nederland ontbreekt een dergelijke druk. Dat is waarschijnlijk een belangrijke oorzaak van het huidige verschil tussen de Duitse en Nederlandse regelgeving.

Europese richtlijnen worden in Nederland vaak niet in de Vw omgezet maar in het Vb of VV. Een belangrijk argument daarvoor is weer de snelheid; bij omzetting in het Vb en het VV is het gemakkelijker om de implementatietermijn te halen. Een tweede argument is het in stand houden van de systematiek van de bestaande nationale regelgeving.

Uit de analyse van gegevens over de implementatie van vijf richtlijnen op het gebied van migratie en asiel blijkt dat de meeste lidstaten, waaronder Duitsland en Frankrijk, alle vijf de richtlijnen hebben omgezet op het niveau van de formele (door het parlement aangenomen) wet. Een minderheid van vijf lidstaten, waaronder Nederland en het Verenigd Koninkrijk, zette drie of meer van de vijf richtlijnen om via gedelegeerde wetgeving. De betrokkenheid van het parlement bij de totstandkoming van gedelegeerde wetgeving is per land verschillend geregeld, maar lijkt in de praktijk meestal gering. Bij alle vijf de richtlijnen haalden de meeste lidstaten de implementatietermijn niet. Het niveau waarop de omzetting plaatsvond lijkt daarbij geen doorslaggevend verschil te hebben gemaakt.

Duitsland en Frankrijk implementeerden alle vijf de richtlijnen op het niveau van de formele wet, terwijl het Verenigd Koninkrijk en Nederland meer gebruik maakten van gedelegeerde wetgeving. Dit verschil lijkt grotendeels terug te voeren op de bestaande verdeling van regels over de wet en lagere regelgeving. Doordat in Duitsland en Frankrijk relatief veel inhoudelijke regels in de formele wet zijn neergelegd, zal de omzetting van een nieuwe Europese richtlijn al snel een wetwijziging vereisen. In het Verenigd Koninkrijk zijn net als in Nederland veel inhoudelijke normen niet in de wet zelf maar in lagere regelgeving neergelegd. Juridisch gezien zal de omzetting van een nieuwe richtlijn daarom veelal geen wetwijziging vereisen. In Nederland en het Verenigd Koninkrijk kiest de regering of bevoegde minister vaak voor omzetting in gedelegeerde wetgeving omdat de procedure korter en lichter is. Toch wordt de implementatietermijn vaak niet gehaald. In Duitsland is een andere oplossing gevonden. Ook Duitsland houdt zich volgens de geïnterviewde nationale experts slecht aan de implementatietermijnen. Om strijd met een richtlijn te voorkomen, worden in afwachting van de omzetting in wetgeving vaak voorlopige instructies aan uitvoeringsorganisaties uitgevaardigd over de toepassing van de richtlijn. De vergelijking met Duitsland maakt ook duidelijk dat er andere oplossingen denkbaar zijn voor het probleem dat de systematiek van de nationale regelgeving soms slecht te verenigen is met die van de Europese regelgeving. Duitsland heeft bijvoorbeeld een aparte wet voor het vrij verkeer van Unieburgers gemaakt, terwijl Nederland dit onderwerp grotendeels in het Vb heeft geregeld.

Uitkomsten interne vergelijking

Het belastingrecht heeft met het vreemdelingenrecht gemeen dat de behoefte aan eenheid in de uitvoering groot is. Het milieurecht is net als het vreemdelingenrecht een dynamisch rechtsgebied, dat onder meer op een sterke Europese regeldruk moet reageren. Voor beide terreinen geldt dat de gelaagdheid van de regelgeving in zekere zin complexer is dan die van

de vreemdelingenregelgeving. Onder de Vw hangen immers slechts één AMvB, één ministeriële regeling en één set van beleidsregels. Dat is op de beide andere terreinen anders.

De gelaagdheid van de belastingregelgeving lijkt sterk op die van de vreemdelingenregelgeving en ook de belangrijkste overwegingen voor het gebruik van gelaagde regelgeving (flexibiliteit en slagvaardigheid) en beleidsbesluiten (uniformiteit in de uitvoering) vertonen sterke overeenkomst met die op het terrein van het vreemdelingenrecht. Een bijzonderheid van het belastingrecht is echter dat de Grondwet grenzen stelt aan delegatie. In vergelijking met het vreemdelingenrecht bestaat er daardoor duidelijk meer consensus over wat essentialia zijn. Overigens verlopen wetgevingsprocedures op het terrein van het belastingrecht aanmerkelijk sneller dan op het terrein van het vreemdelingenrecht en andere terreinen.

De regelgeving op het gebied van de luchtkwaliteit wordt gekenmerkt door een sterke gelaagdheid, waarbij het zwaartepunt in de lagere regelgeving ligt. Dat heeft te maken met de behoefte aan flexibiliteit maar ook met het dikwijls zeer technische karakter van de normen en de behoefte aan maatwerk. Het vaststellen van maatregelenpakketten op verschillende bestuursniveaus (Rijk, provincies en gemeenten) versterkt de gelaagdheid van de normstelling, maar vergroot ook de flexibiliteit van het systeem en maakt het mogelijk om voor specifieke locaties maatwerk te leveren.

Op het terrein van de belastingen wordt vanuit Brussel weinig regeldruk ervaren. Dat is een belangrijk verschil met het vreemdelingenrecht, waar juist de laatste jaren veel nieuwe richtlijnen moesten worden omgezet. Een ander verschil is dat Europese fiscale richtlijnen vooral in wetgeving in formele zin worden geïmplementeerd. De materiële bepalingen uit de richtlijnen worden te belangwekkend geacht om op een lager niveau te implementeren. Delegatiebepalingen in fiscale wetten zijn doorgaans ook niet zo ruim geformuleerd dat ze kunnen worden gebruikt voor de implementatie van Europese richtlijnen die nieuwe onderwerpen regelen. De nationale omzetbelastingwetgeving vormt in zijn kern de implementatie van een aantal Europese richtlijnen. Belangrijke wijzigingen in die richtlijnen hebben ertoe geleid dat het systeem van de wetgeving op onderdelen niet meer goed aansluit bij dat van de richtlijn.

De normen die in Nederland gelden met betrekking tot de luchtkwaliteit, vinden hun grondslag rechtstreeks in Europese richtlijnen. Bij de implementatie van de Europese luchtkwaliteitseisen ontstond in het parlement discussie over het wettelijke niveau van de implementatie. Dat heeft tot implementatie op het niveau van de formele wet (Wet milieubeheer) geleid. Om toch in de behoefte aan flexibiliteit te voorzien, is die wet vervolgens zodanig aangepast dat de beleidsruimte die de Europese kaderrichtlijn luchtkwaliteitsnormen aan de lidstaten laat, ten volle wordt benut. Het zwaartepunt van de implementatie ligt daardoor – in ieder geval voor zover het de uitvoeringspraktijk betreft – in de lagere regelgeving. De implementatie van de Europese luchtkwaliteitseisen in de wet in formele zin heeft ook tot gevolg gehad dat de systematiek van die wet enigszins geweld is aangedaan. Sommigen spreken van een botsing tussen de integrale Wet milieubeheer en de sectorale Europese milieuregelgeving. Ook op het terrein van het vreemdelingenrecht wijkt de systematiek van de nationale vreemdelingenregelgeving nogal af van die van de Europese regelgeving. Mede daarom, om te voorkomen dat de wet ingrijpend moet worden aangepast, wordt op dit terrein vaak voor omzetting in lagere regelgeving gekozen.

Algemene conclusies

Spanningen tussen rechtszekerheid en democratische legitimatie enerzijds en bestuurlijke flexibiliteit en slagvaardigheid anderzijds zijn eigen aan alle systemen van gelaagde regelge-

ving, maar de interne en externe rechtsvergelijking maken duidelijk dat het gewicht dat aan deze waarden of belangen wordt gegeven nogal varieert. Op sommige andere terreinen en in sommige andere lidstaten wordt – ook bij de implementatie van Europese richtlijnen – meer gewicht gegeven aan overwegingen als rechtszekerheid en democratische legitimatie. Dat leidt tot een andere verdeling van regels over de formele wet en lagere regelgevingslagen, maar het lijkt geen onoverkomelijke problemen op te leveren met betrekking tot slagvaardigheid en flexibiliteit.

Problemen zitten niet zozeer in de gelaagdheid van de vreemdelingenregelgeving op zichzelf als wel in de omvang en complexiteit van het geheel aan regelgeving, het gebrek aan inzichtelijkheid van de verdeling van regels over de lagen, en de frequente wijzigingen. De invloed van Europese regelgeving neemt toe en leidt tot meer complexiteit, onder meer doordat bij de implementatie van richtlijnen wordt vastgehouden aan de systematiek van de Vw. Voor een systeem van regelgeving dat zowel flexibel als inzichtelijk is, zijn de volgende stappen aan te bevelen: (1) een structurele bezinning op wat op het terrein van het vreemdelingenrecht 'essentialia' zijn, die in de formele wet thuishoren; (2) een herziening van het systeem van de formele wet, zodanig dat het wijzigingen verdraagt die steeds weer noodzakelijk zullen zijn onder andere door nieuwe Europese regels; (3) periodiek na blijven gaan of het systeem nog voldoet en of beleidsregels moeten worden omgezet in avv.