

# De ‘asielcrisis’ en het staatsnoodrecht

Hoe het kabinet-Schoof een asielcrisis wil uitroepen op grond van artikel 110 en 111 van de Vreemdelingenwet – en waarom dat onrechtmatig is

Casper Smeulders<sup>1</sup>

Het kabinet lijkt vast te houden aan zijn voornemen om staatsnoodrecht te gebruiken om een door een deel van de bevolking ervaren ‘asielcrisis’ te beteugelen. In deze bijdrage wordt verkend op welke manier het kabinet dit precies wil inzetten, en uiteen gezet waarom dit vanuit staatsnoodrechtelijk perspectief niet door de beugel kan. Hoewel er goede redenen zijn om aan te nemen dat de voorgenomen toepassing van het staatsnoodrecht in strijd is met het Europese recht en internationale verdragen, wordt dit aspect buiten beschouwing gelaten nu deze toepassing van staatsnoodrecht reeds gelet op het nationale recht geen doorgang kan vinden. Het staatsnoodrecht is een laatste redmiddel en het is onvoldoende duidelijk waarom de problemen rondom asielmigratie niet op een andere manier aangepakt kunnen worden.

## 1. Ophef over de asielcrisis

‘U hebt [...] een bijzondere verantwoordelijkheid voor het hoeden van de Grondwet en het rechtsstatelijk handelen van het bestuur. Het uitroepen van een asielcrisis onder de huidige omstandigheden achten wij in strijd met de bepaling in de Vreemdelingenwet en (daarmee) uw verantwoordelijkheid.’<sup>2</sup>

Dit citaat komt uit een ambtelijk advies aan de kersverse Minister van Binnenlandse Zaken, Judith Uitermark (NSC). Nu burgers, in de woorden van premier Schoof, ‘een asielcrisis ervaren’,<sup>3</sup> is het kabinet van plan noodmaatregelen te nemen op het gebied van asielmigratie, zoals het beperken van de mogelijkheid tot nareis en het gemakkelijker maken om asielzoekers die strafbare feiten hebben begaan, uit te zetten. Concreet wil het kabinet artikel 111 Vreemdelingenwet (Vw) in werking stellen. Dit artikel, dat tot het staatsnoodrecht behoort, maakt het mogelijk om bij regeringsbesluit maatregelen te nemen die afwijken van nagenoeg de gehele Vreemdelingenwet. Dit voornemen deed veel stof opwaaien in politiek Den Haag en de juridische wereld. Tijdens de Algemene politieke beschouwingen verweet de oppositie het kabinet een crisis te verzinnen om zonder het parlement te kunnen regeren. Ook

waarschuwden rechtswetenschappers en – zo bleek toen de Kamer premier Schoof dwong de betreffende stukken te delen – ambtenaren op de departementen van Justitie en Veiligheid en Binnenlandse Zaken terecht dat het hoogstwaarschijnlijk onrechtmatig is om op deze manier asielmaatregelen te nemen.

Ondanks deze kritiek lijkt het kabinet vast te houden aan zijn voornemen om staatsnoodrecht te gebruiken. Dit is voor mij aanleiding om in deze bijdrage te verkennen op welke manier het kabinet dit precies wil inzetten, en uiteen te zetten waarom dit volgens mij vanuit staatsnoodrechtelijk perspectief niet door de beugel kan. Deze vraag bespreek ik vooral aan de hand van de gedeelde ambtelijke adviezen, de wetsgeschiedenis en relevante literatuur. Hoewel er goede redenen zijn om aan te nemen dat de voorgenomen toepassing van het staatsnoodrecht in strijd is met het Europese recht en internationale verdragen,<sup>4</sup> laat ik dit aspect hier buiten beschouwing. Ik stel me op het standpunt dat deze toepassing van staatsnoodrecht reeds gelet op het nationale recht geen doorgang kan vinden. De greep van de regering naar het staatsnoodrecht is reeds in dagbladen,<sup>5</sup> blogs<sup>6</sup> en artikelen<sup>7</sup> besproken – en zal de komende tijd ongetwijfeld nog veel pennen in beweging brengen.

Toch meen ik dat het waardevol is dit actuele en ingewikkelde onderwerp in deze bijdrage te verkennen, uit te diepen en in context te plaatsen.

De opbouw van deze bijdrage is als volgt. Ik ga eerst kort in op het staatsnoodrecht in het algemeen (par. 2). Vervolgens bespreek ik de procedure die de regering volgt om het staatsnoodrecht toe te passen (par. 3). Daarna betoog ik dat de problemen rond asielmigratie geen acute noodsituatie in juridische zin opleveren en het staatsnoodrecht daardoor niet kan worden ingezet (par. 4). Ook plaats ik vraagtekens bij de proportionaliteit en subsidiariteit van de voorgenomen maatregelen (par. 5). Tot slot trek ik een korte conclusie (par. 6).

## 2. Wat is staatsnoodrecht?

Artikel 111 Vw wordt tot het staatsnoodrecht gerekend. Maar wat is staatsnoodrecht eigenlijk? De term staatsnoodrecht wordt in verschillende betekenissen gebruikt.<sup>8</sup> Zo kan deze verwijzen naar het ongeschreven recht van staatsorganen om in geval van staatsrechtelijke overmacht, zoals de bezetting van ons land door een vijandige mogendheid, van bestaande wettelijke regels of zelfs van de Grondwet (Gw) af te wijken. Men spreekt dan van ongeschreven of subjectief staatsnoodrecht. Een zeldzaam voorbeeld van de toepassing van ongeschreven staatsnoodrecht is de Londense besluitwetgeving.<sup>9</sup> Tijdens de Duitse bezetting van ons land nam de naar Londen uitgeweken regering maatregelen die de status van een wet in formele zin hadden, zonder de vereiste betrokkenheid van het parlement. Na de oorlog oordeelde de Hoge Raad dat deze besluitwetgeving rechtmatig was.<sup>10</sup>

In het onderhavige geval verwijst de term staatsnoodrecht echter naar iets anders, namelijk het stelsel van geschreven regels dat een basis heeft in artikel 103 Gw en dat tijdens acute noodsituaties ('buitengewone omstandigheden') in werking gesteld kan worden. Dit noemt men het geschreven, objectieve of klassieke staatsnoodrecht. Met dit stelsel hebben de grondwetgever en de wetgever willen voorzien in normen die zowel

# Artikel 111 Vw wordt tot het staatsnoodrecht gerekend. Maar wat is staatsnoodrecht eigenlijk?

de uitvoerende macht in staat stellen ernstige en acute noodsituaties het hoofd te bieden als de democratische rechtsstaat in crisistijd zo veel mogelijk overeind houden.<sup>11</sup> Aangezien het geschreven staatsnoodrecht in deze bijdrage centraal staat, spreek ik hierna korthedshalve van staatsnoodrecht waar ik geschreven of objectief staatsnoodrecht bedoel.

Het grootste deel van het staatsnoodrecht is te vinden in wetten die speciaal geschreven zijn voor noodsituaties, zoals de Oorlogswet voor Nederland, de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag en de Inkwartieringswet.<sup>12</sup> In deze wetten komt men uiteenlopende en ingrijpende noodbevoegdheden tegen. Voorbeelden zijn de bevoegdheid van de Minister van Justitie en Veiligheid om een avondklok in te stellen, de bevoegdheid van de Minister van Defensie om het eigendomsrecht op een zaak te verderen en de bevoegdheid van het militair gezag om personen te interneren die de nationale veiligheid in gevaar brengen. Maar ook in een aantal gewone wetten staan bepalingen die onderdeel zijn van het staatsnoodrecht, zoals artikel 6.26 lid 2 Mediawet, dat het mogelijk maakt televisieprogramma's te censureren, artikel 19.19 Omgevingswet, op grond waarvan defensietaken uitgezonderd kunnen worden van de regels uit die wet, en uiteraard artikel 111 Vw.

Onder normale omstandigheden leiden de bepalingen die samen het staatsnoodrecht vormen, om met Loof te spreken, 'een sluimerend bestaan'.<sup>13</sup> Men kan ze opzoeken, nalezen en desgewenst gebruiken bij de voorbereiding op toekomstige crises. Maar alleen tijdens een ernstige en acute noodsituatie, en op voorwaarde dat een strikte procedure wordt doorlopen, kunnen ze daadwerke-

### Auteur

1. Mr. C.P.J. Smeulders is als promovendus verbonden aan de vaksectie Algemene rechtswetenschap van de Radboud Universiteit en schrijft een proefschrift over het staatsnoodrecht. De auteur dankt mr. drs. R.H.T. Jansen, mr. dr. J.W.A. Fleuren en prof. mr. R.J.B. Schutgens voor hun waardevolle commentaar op eerdere versies van deze bijdrage. De kopij is afgerond op 4 oktober 2024.

### Noten

2. Ongelakte stukken Vreemdelingenwet 2000, bijlage bij de brief van de Minister-President van 19 september 2024, bijlage bij *Kamerstukken II* 2024/25, 19637, nr. 3277, p. 12.  
3. G. Oost, 'Mensen ervaren een asielcrisis, zegt Schoof, maar wanneer die voorbij is? Dat kan hij niet zeggen', *NRC* 13 september

2024.

4. Zie L. Hillary, 'Europeesrechtelijke haken en ogen aan het uitroepen van de asielcrisis', *nederlandrechtsstaat.nl*, 19 september 2024.  
5. Zie o.a. L. Reijmer, 'Faber wil wel, maar is haar plan voor een strenger asielregime via een nooddecreet ook haalbaar?', *de Volkskrant* 14 september 2024; P. Sie, 'Een asielcrisis uitroepen met een noodingreep? Symboolpolitiek', *Het Financieel Dagblad* 17 september 2024.  
6. Zie o.a. L. Groen & L. Slingenbergh, 'Activeren van staatsnoodrecht in het vreemdelingenrecht', *verblijfblog.nl*, 10 juni 2024; A.J. Wierenga, 'Uitroepen asielcrisis is misbruik van bevoegdheid', *openbareorde.nl*, 15 september 2024; S. Daniëls, 'Staatsnoodrecht beschermt tegen bestuurlijk misbruik van (asiel)recht. Mits de Kamer en de rechter hun werk doen', *nederland-*

*rechtsstaat.nl*, 16 september 2024; H. van Eijken, V. Semink & V. Bex-Reimert, 'Het lichtzinnig beroep op een "asielcrisis", een gevaar voor de rechtsstaat?', *blog.montaigne-centre.com*, 18 september 2024; P.B.C.D.F. van Sasse van IJsselt, 'NSC neemt eigen paradepaardje van constitutionele toetsing niet serieus', *nederlandrechtsstaat.nl*, 18 september 2024.  
7. Zie o.a. Y. Buruma, 'De Trias Politica en Ter Apel', *NJB* 2024/1878, afl. 29, p. 2275; L.M. Nijenhuis, 'De asielcrisis. Wat zegt het kabinet nu eigenlijk?', *NJB* 2024/1947, afl. 30, p. 2361-2364; R.J. Hoekstra, 'Uitroepen van de asielcrisis, geen verstandige weg', *De Hofvijver* 30 september 2024 (montesquieu-insituut.nl).  
8. Het staatsnoodrecht moet overigens niet worden verward met de bevoegdheden van decentrale organen, zoals de burgemeester, om noodbevelen en noodverordeningen uit

te vaardigen. Concl. A-G Langemeijer 3 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1136, par. 2.1 (*Avondklok*).  
9. Zie o.a. J.C.E. van den Brandhof, *De besluitwetgeving van de kabinetten De Geer en Gerbrandy* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1986.  
10. HR 30 oktober 1946, ECLI:NL:HR:1946:87, *NJ* 1946/737, m.nt. D.J. Veegens (*Londense besluitwetgeving*).  
11. W.J.M. Voermans, *Onze constitutie*, Amsterdam: Prometheus 2023, p. 626.  
12. Zie over de inkwartieringswet recent J.E.J. Prins, 'Oorlogsrechtsstaat', *NJB* 2024/1356, afl. 22, p. 1687.  
13. J.P. Loof, 'Noodtoestanden in het Nederlandse publiekrecht', in: *Vereniging voor de vergelijking van het recht in België en Nederland. Preadviezen 2016*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 91.



© Nico Garstman / ANP foto

lijk toepasselijk worden. Het staatsnoodrecht wordt dan ook ‘waakvlam-wetgeving’ of ‘recht in de diepvries’ genoemd.<sup>14</sup> Het staatsnoodrecht is weliswaar in de wet te vinden, maar kan uitsluitend in geval van nood in werking worden gesteld en toegepast.

### 3. Separate toepassing

Omdat staatsnoodrecht dikwijls voorziet in zeer ingrijpende bevoegdheden, gelden er strenge procedures voor de toepassing ervan. In artikel 103 Gw en de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden (de Coördinatiewet), waarin artikel 103 Gw is uitgewerkt, valt te lezen dat de regering een noodtoestand moet afkondigen voordat het staatsnoodrecht kan worden ingezet.<sup>15</sup> Het staatsnoodrecht kent twee noodtoestanden, te weten de algemene en de beperkte noodtoestand. De ingrijpendste bevoegdheden, zoals de bevoegdheid om personen te interneren in het belang van de nationale veiligheid, kunnen alleen tijdens de algemene noodtoestand worden geactiveerd. Ook kan uitsluitend tijdens de algemene noodtoestand worden afgeweken van enkele grondwetsartikelen, waaronder grondrechtenbepalingen.<sup>16</sup> Een noodtoestand wordt afgekondigd bij koninklijk besluit (KB), op voordracht van de

minister-president. De Staten-Generaal besluit over het voortduren ervan.<sup>17</sup> Als het parlement zich tegen de noodtoestand uitspreekt, vervalt deze van rechtswege. Het is belangrijk op te merken dat het woord noodtoestand in dit verband niet verwijst naar een feitelijke noodsituatie, maar naar een specifieke rechtstoestand die bij regeringsbesluit moet worden ingesteld.

De regering is echter niet van plan een noodtoestand af te kondigen. Toch betekent dat niet dat het bij voorbaat onmogelijk is om gebruik te maken van het staatsnoodrecht. Dit heeft alles te maken met een opmerkelijke rechtsfiguur: de separate toepassing van het staatsnoodrecht. De wetgever heeft het mogelijk gemaakt dat delen van het staatsnoodrecht, waaronder artikel 111 Vw, ook geactiveerd kunnen worden zonder een noodtoestand uit te roepen. Op deze manier wilde de wetgever crisisbeheersing zo flexibel mogelijk maken.<sup>18</sup> Om separate toepassing van staatsnoodrecht mogelijk te maken, staat in de meeste wetten die onder het staatsnoodrecht vallen een standaardbepaling. Voorbeelden zijn artikel 1 Oorlogswet voor Nederland, artikel 22c Distributiewet en – in dit geval van belang – artikel 110 Vw. Deze bepaling bevat een alternatieve procedure voor de activering van staatsnoodrecht. Als deze wordt gevolgd, gelden de voorschriften uit artikel 103 Gw en de Coördinatiewet nadrukkelijk niet. Alleen de voorschriften uit de standaardbepaling, hier dus artikel 110 Vw, zijn van toepassing. Het vereiste dat een noodtoestand moet zijn afgekondigd, ontbreekt in de standaardbepaling. Het mag geen verrassing zijn dat de regering aanstuurt op separate toepassing van staatsnoodrecht.

Omdat de regering voor separate toepassing van staatsnoodrecht wil kiezen,<sup>19</sup> is het niet nodig een nood-

**Delen van het staatsnoodrecht, waaronder artikel 111 Vw, kunnen ook geactiveerd worden zonder een noodtoestand uit te roepen**

toestand uit te roepen. In plaats van de zware procedure uit de Grondwet en de Coördinatiewet, geldt de lichtere procedure uit artikel 110 Vw. Deze procedure is uitzonderlijk, maar niet geheel zonder precedent. Bij mijn weten is het staatsnoodrecht twee keer separaat toegepast. De eerste keer tijdens de coronapandemie, om een avondklok in te stellen, en de tweede keer na de Russische inval in Oekraïne, om opvang te regelen voor de vele vluchtelingen.<sup>20</sup>

De eerste stap die de regering moet zetten, is het nemen van een KB op voordracht van de minister-president. In dat regeringsbesluit worden nog geen noodmaatregelen genomen, maar wordt alleen het staatsnoodrecht op grond waarvan de regering wil afwijken van de Vreemdelingenwet, de uitzonderingsbepaling uit artikel 111 Vw, officieel geactiveerd. De Raad van State geeft geen advies over dit KB.<sup>21</sup> In de praktijk wordt het KB voorbereid op het departement met de meeste kennis over dit beleidsterrein: het nieuwe Ministerie van Asiel en Migratie.<sup>22</sup> Als departement dat verantwoordelijk is voor constitutionele zaken,<sup>23</sup> is ook Binnenlandse Zaken nauw betrokken. Omdat de inzet van staatsnoodrecht tot het algemeen regeringsbeleid behoort, moet de ministerraad vergaderen en besluiten over het KB waarmee de onderhavige bepaling wordt geactiveerd.<sup>24</sup> De ministerraad besluit bij meerderheid van stemmen.<sup>25</sup> Nu het kabinet echter met één mond spreekt,<sup>26</sup> is het voorstelbaar dat bewindspersonen met principiële bezwaren tegen de activering van de uitzonderingsbepaling, aftreden. Mocht een aanzienlijk deel van de ministers worden overstemd, lijkt een kabinetscrisis onafwendbaar.<sup>27</sup>

Nadat het KB waarmee de uitzonderingsbepaling wordt geactiveerd in het *Staatsblad* is verschenen, moet de regering *onverwijld* een zogeheten voortduringswet bij de Tweede Kamer indienen.<sup>28</sup> Zoals ieder ander wetsvoorstel, moet dit voorstel worden voorgelegd aan de Raad van State alvorens het wordt ingediend.<sup>29</sup> Omdat het om een spoedprocedure gaat, zal die binnen twee weken met een advies moeten komen. Het voorstel voor de voortduringswet bevat echter geen concrete voorschriften. In wezen gaat het om een leeg voorstel, waarin alleen maar te lezen valt dat de werking van de voornoemde uitzonderingsbepaling voortduurt. Het doel van de voortduringswet is dan ook niet om de voorgenomen noodmaatregelen meteen in een wet in formele zin vast te leggen, maar om de Kamers zeggenschap te geven

over de toepassing van het staatsnoodrecht. Mocht de Tweede Kamer of de Eerste Kamer de voortduringswet verwerpen, is de regering namelijk verplicht het geactiveerde staatsnoodrecht — in dit geval artikel 111 Vw — zonder uitstel buiten werking te stellen.<sup>30</sup> De verplichting een voortduringswet in te dienen kan dus beschouwd worden als een soort vervanging van de grondwettelijke regel dat het parlement besluit over het voortduren van een noodtoestand, die uiteraard niet opgaat als staatsnoodrecht buiten de noodtoestand in werking wordt gesteld.

Op het moment dat artikel 111 Vw is geactiveerd, kan de regering daadwerkelijk maatregelen nemen op basis van dat artikel. Dit doet de regering bij algemene maatregel van bestuur. Deze algemene maatregel van bestuur bevat de inhoudelijke voorschriften die kunnen afwijken van de Vreemdelingenwet. Dit in tegenstelling tot het hiervoor besproken KB en de voortduringswet, die zoals gezegd alleen de inwerkingstelling van een

## Mocht de Tweede of Eerste Kamer de voortduringswet verwerpen, is de regering verplicht het geactiveerde staatsnoodrecht zonder uitstel buiten werking te stellen

bepaling uit het staatsnoodrecht en de voortduring daarvan regelen. De ministerraad vergadert en besluit over deze algemene maatregelen van bestuur. Ook brengt de Raad van State ter zake advies uit. Nu het KB en de voortduringswet geen inhoudelijke voorschriften bevatten die afwijken van de Vreemdelingenwet, ligt het voor de hand dat de ministerraad in werkelijkheid gelijktijdig zal vergaderen en besluiten over het KB waarmee artikel 111 Vw wordt geactiveerd, het voorstel voor een voortduringswet en minstens één algemene maatregel van bestuur waarin een pakket noodmaatregelen is neergelegd.<sup>31</sup>

14. idem.

15. J.W.A. Fleuren, commentaar op art. 103 Gw, in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Grondwet en Statuut*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 183-184.

16. W.J.M. Voermans, *Onze constitutie*, Amsterdam: Prometheus 2023, p. 626.

17. Art. 103 lid 3 Gw. Zie ook M.A.D.W. de Jong, 'Parlementaire betrokkenheid bij de inzet van noodrecht', in: J.L.W. Broeksteeg e.a. (red.), *Rechter & Politiek* (Bovend'Eert-bundel), Deventer: Wolters Kluwer 2024,

p. 91-109.

18. J.P. Loof, 'Noodtoestanden in het Nederlandse publiekrecht', in: *Vereniging voor de vergelijking van het recht in België en Nederland. Preadviezen 2016*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 111.

19. Het regeerprogramma verwijst expliciet naar art. 110 Vw; Regeerprogramma kabinet-Schoof, bijlage bij de brief van de Minister-President van 13 september 2024 (rijksoverheid.nl), p. 19.

20. Zie het KB van 22 januari 2021 (*Stb.* 2021, 24) en het KB van 31 maart 2022 (*Stb.* 2022, 133). Art. 110 en 111 Vw zijn

echter nog nooit toegepast.

21. Ongelakte stukken Vreemdelingenwet 2000, bijlage bij de brief van de Minister-President van 19 september 2024, bijlage bij *Kamerstukken II 2024/25*, 19637, nr. 3277, p. 13.

22. Idem.

23. Portefeuilleverdeling kabinet-Schoof (kabinetformatie2023.nl), p. 2.

24. Art. 4 Reglement van orde voor de ministerraad.

25. Art. 11 Reglement van orde voor de ministerraad.

26. W.J.M. Voermans, *Onze constitutie*,

Amsterdam: Prometheus 2023, p. 402.

27. Zie P.P.T. Bovend'Eert, J.L.W. Broeksteeg, C.N.J. Kortmann & B.P. Vermeulen, *Constitutioneel recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 185.

28. Art. 110 lid 2 Vw. Bij 'onverwijld' moeten denken aan enkele weken, met name gelet op de tijd die nodig is voor advisering door de Raad van State.

29. Art. 17 Wet op de Raad van State.

30. Art. 110 lid 3 Vw.

31. Ongelakte stukken Vreemdelingenwet 2000, bijlage bij de brief van de Minister-President van 19 september 2024

## Niet iedere situatie of ontwikkeling die een deel van het electoraat, om premier Schoof te parafraseren, ‘ervaart als een crisis’ is een buitengewone omstandigheid in de zin van het staatsnoodrecht

Een deel van de oppositie stelde dat de Tweede Kamer met deze procedure ‘buitenspel’ wordt gezet.<sup>32</sup> Dit ligt iets genuanceerder. De regering is verplicht een voorstel voor een voortduringswet in te dienen en het staatsnoodrecht te deactiveren als dat wordt verworpen. De Kamer moet dus in feite instemmen met inwerkingstelling van artikel 111 Vw. Daarnaast kan de Kamer het vertrouwen in de verantwoordelijke bewindspersonen opzeggen en toepassing van staatsnoodrecht op die manier verhinderen. De Kamer stemt echter niet over de concrete noodmaatregelen. Deze worden immers bij regeringsbesluit genomen. Zolang het parlement de voortduringswet niet verwerpt, heeft de regering de vrije hand om noodmaatregelen te nemen zonder deze aan het parlement voor te leggen. De Kamer heeft weinig opties buiten het verwerpen van de voortduringswet en – bij wijze van ultiem middel – het aannemen van een motie van wantrouwen. Hoewel er vraagtekens geplaatst kunnen worden bij het democratisch gehalte van deze procedure, meen ik dat dit niet eens het grootste probleem met deze greep naar het staatsnoodrecht vormt. Een groter probleem lijkt mij dat er geen acute noodsituatie bestaat die rechtvaardigt dat de regering zonder het parlement maatregelen neemt.

### 4. Geen acute noodsituatie

Het staatsnoodrecht kan alleen worden toegepast bij een ernstige en acute noodsituatie, zoals een oorlog of een grootschalige ramp. Dit volgt uit het belangrijkste toepassingscriterium van het staatsnoodrecht, te weten de aanwezigheid van *buitengewone omstandigheden*. Het vereiste dat voor toepassing van staatsnoodrecht sprake moet zijn van buitengewone omstandigheden is niet letterlijk opgenomen in artikel 103 Gw. Maar het staat wél in de Coördinatiewet en nagenoeg alle wetten die onder het voorgenoemde grondwetsartikel vallen, van de Distributiewet (artikel 10a lid 1 en 2) tot de Oorlogswet voor Nederland (artikel 1 lid 1). In dit geval is het criterium terug te vinden in zowel artikel 110 als 111 Vw. In artikel 110 lid 1 Vw valt te lezen dat het daarop volgende artikel alleen in werking wordt gesteld ‘in geval buitengewone omstandigheden dit noodzakelijk maken’. Artikel 111 bepaalt dat de regering noodmaatregelen kan nemen ‘voor het geval van buitengewone omstandigheden’.

Bij de totstandkoming van het huidige staatsnoodrecht in de jaren negentig, heeft de wetgever ervoor gekozen de op het eerste gezicht vage term buitengewone omstandigheden een centrale plaats toe te kennen. Voorheen kende het staatsnoodrecht een veelheid aan termen die de omstandigheden aanduiden waaronder het kon worden ingezet, zoals ‘oorlog’, ‘oorlogsgevaar’, ‘onlusten’ en ‘watersnood’.<sup>33</sup> De wetgever koos ervoor deze terminologie te harmoniseren. Achteraf bezien was dit geen gelukkige greep. Al tijdens de modernisering vreesden Kamerleden dat de introductie van de bewuste term zou leiden tot

onzekerheid over wat nu precies een buitengewone omstandigheid kan zijn.<sup>34</sup> En Voermans gaf blijk van een vooruitziende blik toen hij waarschuwde dat onduidelijkheid over de betekenis van deze term zou kunnen uitnodigen tot lichtvaardig gebruik of zelfs misbruik van het staatsnoodrecht.<sup>35</sup> Vóór de modernisering van het staatsnoodrecht was het meestal in één oogopslag duidelijk dat staatsnoodrechtelijke bevoegdheden alleen gebruikt konden worden in geval van oorlog of een andere concreet aangeduide noodsituatie. Nu is minder duidelijk voor welke omstandigheden het staatsnoodrecht precies bedoeld is. Daarmee is een belangrijke drempel voor toepassing van het staatsnoodrecht verdwenen.

Hoewel de regering tijdens de totstandkoming van het huidige staatsnoodrecht meende dat de term buitengewone omstandigheden een verzamelbegrip is, waarvan een exacte omschrijving niet te geven valt,<sup>36</sup> heeft het wel degelijk een vaste betekenis. Niet iedere situatie of ontwikkeling die een deel van het electoraat, om premier Schoof te parafraseren, ‘ervaart als een crisis’ is een buitengewone omstandigheid in de zin van het staatsnoodrecht.<sup>37</sup> Zoals de Raad van State recent constateerde, moet de term buitengewone omstandigheden namelijk restrictief worden uitgelegd.<sup>38</sup> Uit de wetgeschiedenis kan worden opgemaakt dat deze term doelt op:

‘omstandigheden die afwijken van het normale en die zodanig ernstig zijn dat de normale wettelijke bevoegdheden niet meer toereikend zijn maar tot buitengewone bevoegdheden noodzakelijk.’<sup>39</sup>

Uit de parlementaire stukken blijkt verder dat deze ernstige en abnormale omstandigheden onder meer kunnen ontstaan als gevolg van internationale spanningen, een acuut aardolietekort en grootschalige rampen.<sup>40</sup> Indien de regering dus gebruik wil maken van het staatsnoodrecht, zal zij goed moeten motiveren dat er sprake is van een ernstige en acute noodsituatie, die niet met de normale bevoegdheden het hoofd geboden kan worden.

Zoals andere rechtsgeleerden al hebben betoogd<sup>41</sup> en is benadrukt door de ambtenaren die de bewindslieden hierover adviseerden<sup>42</sup> zijn de problemen omtrent asielmigratie geen buitengewone omstandigheden in de zin van artikel 110 en 111 Vw. Hoewel betoogd kan worden dat de regering enige beoordelingsruimte toekomt bij het invullen van het onderhavige criterium, moet toch minimaal gezegd kunnen worden dat vrij plotseling een ernstig probleem is ontstaan, dat niet met gewone bevoegdheden opgelost kan worden.<sup>43</sup> Ik meen dat dit simpelweg niet het geval is. Zonder deze te willen bagatelliseren, zijn de problemen rondom migratie op dit moment niet vergelijkbaar met een acuut olietekort of een grootschalige ramp – laat staan met een oorlogssituatie. Anders dan vlak na de Russische inval in Oekraïne, ziet ons land zich op dit



## De problemen in het asielsysteem lijken eerder structureel dan acuut

moment niet geconfronteerd met een plotselinge toestroom van een groot aantal vluchtelingen.<sup>44</sup> En de problemen in het asielsysteem, zoals de overvolle asielopvang, lijken eerder structureel dan acuut. Hetzelfde geldt voor de maatschappelijke problemen waaraan asielmigratie mogelijk bijdraagt, zoals het woningtekort. Het is dan ook niet duidelijk waarom de in het regeerprogramma opgenomen maatregelen niet met de gewone wetgevende bevoegdheid (desnoods met een spoedwet) tot stand kunnen worden gebracht.

Tot voor kort deelden veruit de meeste Haagse politici de opvatting dat problemen in de reguliere asielopvang geen aanleiding konden zijn voor toepassing van het staatsnoodrecht. Zo liet toenmalig staatssecretaris Van der Burg (VVD) in een veelbesproken Kamerbrief weten dat:

‘voor wat betreft de reguliere asielstromen geen sprake is van een buitengewone omstandigheid die de toepassing van het staatsnoodrecht rechtvaardigt’.<sup>45</sup>

En stelde VVD-leider Yeşilgöz, destijds Minister van Justitie en Veiligheid:

‘in staatsnoodrechtelijke zin is van buitengewone omstandigheden geen sprake als het gaat om problemen van structurele aard, zoals de knelpunten in de reguliere opvang van vreemdelingen’.<sup>46</sup>

Zelfs PVV-kamerlid Markuszower, enige tijd kandidaat voor de post van vicepremier en Minister van Asiel en

Migratie in dit kabinet, betoogde met veel gevoel voor pathos dat het staatsnoodrecht niet gebruikt kan worden om in te grijpen in het asielsysteem, omdat het slechts toegepast zou mogen worden:

‘in geval van een extreme noodsituatie. U moet dan echt denken aan een gigantische natuurramp of aan een derdewereldoorlog-achtige situatie, waarin Nederland door België, Frankrijk en natuurlijk Duitsland simultaan wordt aangevallen’.<sup>47</sup>

Het moge duidelijk zijn dat de problemen rondom migratie geen buitengewone omstandigheden in de zin van artikel 110 en 111 Vw opleveren. In andere woorden is er – ondanks dat een aanzienlijk deel van het electoraat zich zorgen maakt over migratie en wellicht een asielcrisis ervaart – geen sprake van een noodsituatie die dusdanig ernstig en acuut is dat de regering gebruik mag maken van staatsnoodrecht.

### 5. Een laatste redmiddel

Dat brengt mij bij een laatste probleem met de voorgenomen toepassing van artikel 111 Vw, dat nauw samenhangt met wat ik hiervoor besproken heb: de inzet van staatsnoodrecht voldoet in dit geval mogelijk niet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Brainich von Brainich Felth en Daniëls hebben er terecht op gewezen dat iedere inzet van staatsnoodrecht moet voldoen aan deze beginselen.<sup>48</sup> Ook in het onderhavige geval zijn deze zonder twijfel van toepassing. In artikel 110 lid 1 Vw staat namelijk dat het daaropvolgende artikel alleen in werking kan worden gesteld ‘ingeval buitengewone omstandigheden *dit noodzakelijk maken* [mijn cursivering]’. In die laatste drie woorden kan een toets aan zowel subsidiariteit als proportionaliteit worden gelezen.<sup>49</sup> Met name het subsidiariteitsvereiste kan ook worden gevonden in de term ‘buitengewone omstandigheden’, nu daarvan zoals gezegd uitsluitend sprake kan zijn als normale bevoegdheden niet toereikend zijn om de noodsituatie het hoofd te bieden.<sup>50</sup>

(rijksoverheid.nl), p. 51-52.

32. L. van der Sterren, ‘Minister Faber wil Tweede Kamer “buitenspel” zetten en asielcrisis uitroepen, oppositie verbolgen’, NRC 12 september 2024.

33. Kamerstukken II 1986/87, 20028, nr. 2, p. 15-16.

34. Kamerstukken II 1987/88, 20028, nr. 3, p. 2. Aldus ook A.J. Wierenga, ‘Uitroepen van asielcrisis is misbruik van bevoegdheid’, openbareorde.nl, 15 september 2024.

35. W.J.M. Voermans, *Onze constitutie*, Amsterdam: Prometheus 2023, p. 627.

36. Kamerstukken II 1994/95, 23790, nr. 5, p. 9.

37. Aldus ook L.M. Nijenhuis, ‘De asielcrisis. Wat zegt het kabinet nu eigenlijk?’, N/B 2024/1947, afl. 30, p. 2361.

38. Kamerstukken II 2021/22, 36081, nr. 4,

p. 2.

39. Kamerstukken II 1987/88, 20028, nr. 4, p. 7. Zie ook Kamerstukken II 1993/94, 23790, nr. 3, p. 3-4.

40. Kamerstukken II 1993/94, 23790, nr. 3, p. 4. Vgl. W.J.M. Voermans, *Onze constitutie*, Amsterdam: Prometheus 2023, p. 627.

41. Zie o.a. L. Groen & L. Slingenberg, ‘Activeren van staatsnoodrecht in het vreemdelingenrecht’, verblijfblog.nl, 10 juni 2024; H. van Eijken, V. Seminck & V. Bex-Reimert, ‘Het lichtzinnig beroep op een ‘asielcrisis’, een gevaar voor de rechtsstaat?’, blog.montaignecentre.com, 18 september 2024.

42. Ongelakte stukken Vreemdelingenwet 2000, bijlage bij de brief van de Minister-President van 19 september 2024, bijlage bij Kamerstukken II 2024/25, 19637, nr. 3277, p. 23.

43. Ongelakte stukken Vreemdelingenwet 2000, bijlage bij de brief van de Minister-President van 19 september 2024, bijlage bij Kamerstukken II 2024/25, 19637, nr. 3277, p. 19.

44. L. Groen & L. Slingenberg, ‘Activeren van staatsnoodrecht in het vreemdelingenrecht’, verblijfblog.nl, 10 juni 2024.

45. Brief van de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid van 4 november 2022, Kamerstukken II 2022/23, 19637, nr. 3002, p. 2.

46. *Handelingen II* 2021/22, nr. 101, item 18, p. 25.

47. *Handelingen II* 2021/22, nr. 101, item 18, p. 4.

48. E.T. Brainich von Brainich Felth, *Staatsnoodrecht* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 81-82; S. Daniëls, ‘commentaar op art. 103 Gw’, in: E.M.H.

Hirsch Ballin e.a. (red.), *Uitleg van de Grondwet*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 1005. Vgl. A.J. Wierenga, ‘Naar bruikbaar, eigentijds en logisch consistent staatsnoodrecht’, N/B 2022/865, afl. 14, p. 1043.

49. Ongelakte stukken Vreemdelingenwet 2000, bijlage bij de brief van de Minister-President van 19 september 2024, bijlage bij Kamerstukken II 2024/25, 19637, nr. 3277, p. 19.

50. Sommige auteurs nemen zelfs aan dat de toets aan proportionaliteit en subsidiariteit helemaal samenvalt met, dus is vervat in, het criterium van de buitengewone omstandigheden. (E.g. S. Daniëls, ‘De staatsnoodrechtelijke gebreken van het avondklok-vonnis’, nederlandsrechtsstaat.nl, 17 februari 2021.) Dit blijkt echter niet uit de wetsgeschiedenis en is in mijn ogen

Bij de eis van proportionaliteit draait het erom of de inzet van staatsnoodrecht in een redelijke verhouding staat tot het daarmee te bereiken doel, het probleem dat men ermee wil oplossen en de risico's die men wil afwenden. De subsidiariteitseis komt vooral neer op de vraag of er geen lichter middel gebruikt kan worden om hetzelfde doel te bereiken.<sup>51</sup> De eis van subsidiariteit wordt verder ingekleurd door het gegeven dat het staatsnoodrecht moet worden gezien als *ultimum remedium*, een laatste redmiddel dat alleen gebruikt mag worden als andere bevoegdheden ontoereikend zijn om de omstandigheden het hoofd te bieden. Als de regering niet uitlegt waarom andere wegen, waaronder de inzet van reguliere bevoegdheden, onbegaanbaar zijn, is de inzet van staatsnoodrecht allicht niet subsidiair. Daarbij is het uitgangspunt dat de inzet van het staatsnoodrecht tijdelijk moet zijn – tijdelijkheid is een fundamenteel beginsel van iedere vorm van noodrecht – sterk verweven met de eis van proportionaliteit.<sup>52</sup> Het uitroepen van een permanente noodtoestand is onder nagenoeg alle omstandigheden duidelijk buitenproportioneel, terwijl ingrijpende noodmaatregelen die normaal gesproken zeker onevenredig zouden zijn, wel binnen de grenzen van de proportionaliteit kunnen blijven als ze maar voor een zeer korte tijd van kracht zijn.<sup>53</sup>

Het probleem met de voorgenomen inzet van artikel 111 Vw zit mijns inziens vooral in het subsidiariteitsvereiste. Zoals de betrokken ambtenaren en een deel van de oppositie terecht opmerken, beschikt de regering mogelijk over een lichter middel om de gewenste maatregelen tot stand te brengen en de problemen rond asiel aan te pakken, te weten het indienen van een voorstel voor een 'spoedwet' die strekt tot wijziging van de Vreemdelingenwet.<sup>54</sup> In feite gaat het om een gewone wet in formele zin, maar bij de totstandkoming daarvan wordt aanzienlijk minder tijd genomen voor het wetgevingsproces. Recente voorbeelden hiervan zijn de Tijdelijke wet maatregelen covid-19 en de Tijdelijke wet opvang ontheemden Oekraïne. Hoewel het enkele feit dat een wet in formele zin tot stand gebracht kan worden niet betekent dat inzet van het staatsnoodrecht per definitie onmogelijk is, vraag ik me sterk af of het door het kabinet nagestreefde resultaat in dit geval niet evengoed bereikt kan worden met een spoedwet. Nu de weg van de spoedwet in dit geval niet onbegaanbaar lijkt, is de inzet van staatsnoodrecht mogelijk niet subsidiair.

Ook over de proportionaliteit van deze greep naar het staatsnoodrecht valt te twisten. Schiet de regering met een kanon op een mug door het staatsnoodrecht te gebruiken om de problemen rond asielmigratie te bestrijden? Daarnaast kan men zich afvragen of de gevolgen die de voorgestelde noodmaatregelen, zoals het beperken van de mogelijkheid tot nareis van meerderjarige kinderen, zullen hebben voor de asielzoekers en de kinderen die het betreft, wel in verhouding staan tot de ernst van de problemen die de regering met deze maatregelen wil oplossen, zoals het voorkomen van overbezetting van opvanglocaties. Het antwoord op dergelijke vragen hangt echter sterk af van de vraag hoe zwaar men de huidige problemen rond asielmigratie weegt – en het belang dat men toekent aan de gevolgen die de noodmaatregelen zullen hebben voor individuen. Het is aannemelijk dat de regering in ieder geval een zekere beleidsruimte toekomt en de rechter dergelijke

## Beter ten halve gekeerd, dan ten hele gedwaald

afwegingen met enige terughoudendheid zal toetsen. Hoewel dus betoogd kan worden dat er in dit geval naast een probleem met de eis van subsidiariteit tevens een evenredigheidsprobleem is, lijkt mij dat laatste minder evident.

### 6. Tot slot

In deze bijdrage heb ik verkend hoe de regering wil afwijken van de Vreemdelingenwet – en betoogd dat dit in strijd zou zijn met het nationale recht. Ik constateerde dat de regering buiten de noodtoestand om gebruik wil maken van het staatsnoodrecht. Hoewel de procedurele waarborgen uit de Grondwet en de Coördinatiewet hierdoor niet van toepassing zijn, is dit niet geheel zonder precedent en komt de Tweede Kamer hierdoor niet helemaal buitenspel te staan. Toch kan het staatsnoodrecht in dit geval niet rechtmatig worden ingezet. Er is namelijk geen sprake van een ernstige en acute noodsituatie ('buitengewone omstandigheden') in de zin van het staatsnoodrecht. Daarbij is het staatsnoodrecht een laatste redmiddel. Het is onvoldoende duidelijk waarom de problemen rondom asielmigratie niet op een andere manier, zoals met een spoedwet, aangepakt kunnen worden.

De adviezen van ambtenaren en eerdere uitspraken van politici wekken de indruk dat politiek Den Haag heus ook zelf al weet dat het staatsnoodrecht niet gebruikt kan worden om een asielcrisis uit te roepen. Dat maakt het op zijn zachtst gezegd opmerkelijk dat deze constructie in het hoofdlijnenakkoord en het regeerprogramma terecht is gekomen. Het is te hopen dat de regering zich de terechte kritiek die de afgelopen tijd op dit voornemen is geuit aantrekt en het niet laat aankomen op het advies van de Raad van State of het oordeel van de rechter. Beter ten halve gekeerd, dan ten hele gedwaald. Lichtvaardig gebruik van staatsnoodrecht kan immers een gevaarlijk precedent scheppen, waarbij steeds meer problemen door de politiek als crisis worden bestempeld en leiden tot de inzet van buitengewone bevoegdheden. In een democratische rechtsstaat moeten de ingrijpende bevoegdheden waarin het staatsnoodrecht voorziet juist bewaard blijven voor ernstige en acute noodsituaties – en zeker geen speelbal van de politiek worden. •

bovendien conceptueel onzuiver.

51. H.R.B.M. Kummeling, 'Recht in nood', in: *Crisis, rampen en recht. Preadviezen* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging, deel 2014-I), Deventer: Kluwer 2014, p. 270.

52. H.R.B.M. Kummeling, 'Recht in nood', in: *Crisis, rampen en recht. Preadviezen* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging, deel 2014-I), Deventer: Kluwer 2014, p. 268-270.

53. R. de Lange, 'Tussen gelijkheid en waarschijnlijkheid. Het evenredigheidsoordeel in

uitzonderingssituaties', in: A.J. Nieuwenhuis e.a. (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 126, zoals aangehaald in H.R.B.M. Kummeling, 'Recht in nood', in: *Crisis, rampen en recht.*

*Preadviezen* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging, deel 2014-I), Deventer: Kluwer 2014, p. 270.

54. Ongelakte stukken Vreemdelingenwet 2000, bijlage bij de brief van de Minister-President van 19 september 2024, bijlage bij *Kamerstukken II 2024/25*, 19637, nr. 3277, p. 19 en 24.