

# Het problematische gelijkheidsbeginsel

mr. A. Tollenaar

*Albertjan Tollenaar is als promovendus verbonden aan de Vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid te Groningen*

## 1. INLEIDING

Het gelijkheidsbeginsel is niet langer veilig. Het kabinet is bezig met een grootschalige operatie die moet leiden tot een ‘Andere Overheid’.<sup>i</sup> In de andere overheid past een relativering van het gelijkheidsbeginsel zodat de slagvaardige en efficiënte overheid niet langer in de weg wordt gezeten. De relativering van het gelijkheidsbeginsel gaat niet om de gelijkheid als waarde, afgeleid van het geloof in de gelijkwaardigheid van mensen, maar om de juridische uitwerking daarvan in het verkeer tussen overheid en burger. In verschillende kabinetsnota’s wordt de nieuwe overheid en de spanning met het gelijkheidsbeginsel verkend.<sup>ii</sup> Ook de Raad voor het Openbaar Bestuur is inmiddels om advies gevraagd over de vraag hoe het gelijkheidsbeginsel kan worden gerelativeerd. Vooruitlopend op dit advies wordt in dit artikel de vraag gesteld of de relativering van het gelijkheidsbeginsel een antwoord geeft op het gesignaleerde probleem dat de slagvaardige overheid daarmee heeft.

In dit artikel wordt allereerst het probleem zelf in kaart gebracht. Wat wordt nu eigenlijk als het probleem met het gelijkheidsbeginsel ervaren? Vervolgens wordt stilgestaan bij de oplossingsrichtingen. Meer ruimte voor het bestuur en nieuw burgerschap zijn de compenserende vaten waarmee het gelijkheidsbeginsel wordt gerelativeerd. Hoe verhouden zich deze oplossingen in het licht van andere beginselen in de rechtsstaat, zoals bijvoorbeeld het rechtszekerheidsbeginsel? Kun je redelijkerwijs wel verwachten dat het werken met open normen tot meer variatie leidt? Of wordt het gewoon opnieuw uniformiteit, alleen op een ander niveau, met andere regels?

## 2. HET PROBLEEM MET HET GELIJKHEIDSBEGINSEL

De rechtsstaat ontwikkelt zich in het licht van maatschappelijke verhoudingen. Individualisering en veranderde burgerschapstijlen, dwingen tot een heroverweging van bestaande rechtsstatelijke dogma’s. Het probleem met het gelijkheidsbeginsel is als zodanig benoemd door de WRR in diens rapport over de toekomst van de nationale rechtsstaat (WRR, 2002). Een belangrijk deel van dit rapport wordt gewijd aan een hernieuwde afbakening tussen collectieve en individuele verantwoordelijkheid.

In het rapport beschrijft de WRR de huidige burgerschapstijl, waarbij de burger zich steeds meer als klant opstelt ten opzichte van de overheid. De burger schuift zijn individuele verantwoordelijkheid af naar de collectieve verantwoordelijkheid van de overheid en weigert zich verantwoordelijk te voelen voor het algemene belang. Dit heeft ongewenste effecten. De burger als klant beperkt zich tot het wettelijk minimale of wacht op actie van de overheid voordat hij zijn verantwoordelijkheid neemt.

De negatieve effecten van deze burgerschapstijl, blijken bijvoorbeeld wanneer er schade ontstaat aan privaat eigendom ten gevolge van grote ongelukken of incidenten. Wanneer een burger schade heeft opgelopen ten gevolge van een ongewenste gedraging van een andere burger, wordt niet alleen – of misschien zelfs helemaal niet – de schadeveroorzakende burger aangesproken voor vergoeding van de schade, maar ook de overheid. De overheid wordt dan verweten dat deze met meer toezicht had moeten voorkomen dat de burger de schadeveroorzakende handeling verrichtte. Recente voorbeelden hiervan zijn

de civielrechtelijke acties tegen de overheid na de exploderende vuurwerkfabriek in Enschede en het uitgebrande café in Volendam-Edam.<sup>iii</sup>

Maar ook wanneer er helemaal geen schadeveroorzakende burger is aan te wijzen, wordt de overheid aansprakelijk gesteld voor de schade. Schade ten gevolge van overstromingen en natuurgeweld wordt op de overheid afgewenteld, terwijl met evenveel recht kan worden betoogd dat de burger in ieder geval voor een gedeelte zelf verantwoordelijk is voor het optreden van de schade. De schade ten gevolge van overstromende rivieren wordt bijvoorbeeld niet alleen veroorzaakt doordat de overheid niet voldoende voorzieningen heeft getroffen om de overstroming te voorkomen, maar ook doordat burger gekozen heeft om op een gevaarlijke plek te gaan wonen. Soms kan de overheid zelfs helemaal niets worden verweten, bijvoorbeeld wanneer er schade ontstaat aan gewassen ten gevolge van droogte of juist extreme wateroverlast. Ook dan wordt echter de schade afgewenteld op de overheid. De burger weigert zich verantwoordelijk te voelen voor de negatieve gevolgen van een eigen gedragskeuze.

Een andere negatief effect van de huidige burgerschapsstijl bestaat uit calculerend gedrag bij het naleven van regels. De burger als klant leeft pas regels na, wanneer hij daartoe door de overheid wordt gedwongen. Van de overheid wordt toezicht en handhaving verwacht, voordat een regel het gewenste gedragseffect genereert. Een maximumsnelheid op de openbare weg wordt bijvoorbeeld pas nageleefd, wanneer er voldoende flitspalen aanwezig zijn om overtredingen te constateren.

Juist bij calculerend gedrag werkt het gelijkheidsbeginsel beknellend. Op grond van het gelijkheidsbeginsel is het niet goed mogelijk om een onderscheid te maken tussen de burger die wel zijn verantwoordelijkheid in het licht van het algemeen belang neemt en de burger die dat consequent nalaat. De WRR (2002:111) stelt het als volgt: 'Zolang op basis van rechtsstatelijke waarborgen van de overheid wordt verlangd iedereen gelijk te behandelen, is het lastig om mensen die bijvoorbeeld herhaaldelijk frauderen anders aan te pakken dan mensen die zich altijd keurig gedragen. Anders gezegd, opportunistisch of calculerend gedrag van individuele burgers kan vanwege de huidige toepassing van het gelijkheidsbeginsel geen aparte aanpak krijgen. Een minder rigide toepassing van het gelijkheidsbeginsel, gericht op een gedifferentieerde behandeling al naar gelang de burger zelf zijn verantwoordelijkheid heeft genomen, zou hier echter een oplossing kunnen bieden'.

Het probleem kan verder worden geïllustreerd met de navolgende casus (ontleend aan: Scheltema, 2004). Twee voor wat betreft productieprocessen vergelijkbare milieuvervuilende inrichtingen hebben beiden een milieuvergunning nodig. De ene inrichting heeft in het verleden aangetoond het niet zo nauw te nemen met de milieunormen en heeft de neiging om het wettelijk minimale na te leven. De andere inrichting betoont zich een meewerkende burger en heeft in het verleden juist aangetoond actief bezig te zijn met het beheersen en minimaliseren van de schadelijke milieueffecten, bijvoorbeeld door zich aan te sluiten bij een kwaliteitskeurmerk waarmee dit belang wordt nagestreefd.

De eerste burger is de stiekeme citoyen (Nicolai, 1996) die met zijn gedrag het algemeen belang rechtstreeks schaadt en dus vraagt om een corrigerende aanpak door het bestuur, in de vorm van uitgebreide vergunningsvoorschriften en een frequent bezoek van de toezichthouders. De tweede, zich verantwoordelijk gedragende burger, zou in dit geval juist beloning verdienen, in de vorm van minder gedetailleerdere vergunningsvoorschriften en daardoor minder administratieve lasten. De vraag is dan of het niet mogelijk is om de ene burger anders te behandelen dan de andere burger.

In deze situatie lijkt differentiatie heel redelijk. Maar juist bij het verlenen en handhaven van een milieuvergunning dwingt de wet het bestuur tot dezelfde gedetailleerde vergunningsvoorschriften, waarop dan in gelijke mate moet worden toegezien. Het gelijkheidsbeginsel dat gediend is met algemene regels die zonder aanzien des persoons worden toegepast, concurreert hier met andere, in de bestuurspraktijk eveneens relevante waarden, zoals doelmatigheid en doeltreffendheid.

### 3. OPLOSSINGSRICHTINGEN

Het is de hiervoor beschreven casus waarmee het probleem met het gelijkheidsbeginsel door kabinet en adviesorganen wordt aangeduid. Het bestuur kan niet differentiëren, waar dat in het licht van een slagvaardige en efficiënte overheid wel gewenst zou zijn. De casus illustreert dat het probleem met het gelijkheidsbeginsel uiteindelijk een probleem van wetgeving is. Het is de wetgever zelf die met een gedetailleerde bestuursbevoegdheid de ontwikkeling van een op de situatie toegesneden bestuursoptreden blokkeert. Het als probleem ervaren verschijnsel is inherent aan het algemene karakter van regels en daarnaast aan een teveel aan regels.

Regels leiden altijd tot ongewenste neveneffecten, die het doel dat met de regel werd beoogd in min of meerdere mate aantasten (Herweijer & Coolsma, 1998). De ongewenste neveneffecten bestaan uit het overdragen van rechten en plichten aan een algemene groep burgers, waarvan altijd een gedeelte uit zichzelf, zonder de wettelijke prikkel, de gewenste gedragingen zouden hebben verricht. De ongewenste neveneffecten kunnen worden gekwantificeerd door de administratieve lasten voor deze specifieke groep te meten. In het bovenstaande voorbeeld van de vervuilende inrichtingen, vormt de gecertificeerde instelling het voorbeeld van de burger waarop de wettelijke prikkel niet noodzakelijk is om de wenselijke gedraging te bewerkstelligen. Nu deze verantwoordelijke burger echter ook aan de wet is onderworpen, leidt dit voor hem tot specifieke gedragsvoorschriften die op zichzelf overbodig zijn en op de naleving waarvan vervolgens het bestuur moet toezien. De relevante vraag is of deze ongewenste neveneffecten de doelbereiking overheersen; of er door de algemene regels niet te veel meewerkende burgers met overbodige administratieve lasten worden geconfronteerd, waardoor het gewenste effect van de regel uit beeld verdwijnt.

Het geschetste probleem met het gelijkheidsbeginsel is echter niet alleen een probleem dat inherent is aan het gebruik van wetgeving als beleidsinstrument. Het is ook een probleem dat kleef is aan een *teveel* aan regels of althans een teveel aan gedetailleerde regels. De WRR en bijvoorbeeld ook de Raad voor de Maatschappelijke Ontwikkeling (RMO, 2002) constateren een toenemende regelzucht, vaak ingegeven door incidenten, waardoor men steeds verder verwijderd raakt van slagvaardig bestuur, van maatwerk en dus van doelbereiking. Het probleem van rechtsgelijkheid door te gedetailleerde regelgeving, raakt daarmee aan een algemener probleem, dat betrekking heeft op de vraag hoe overheidssturing in de huidige maatschappelijke verhoudingen vormgegeven moet worden. Het is deze vraag waarover het huidige kabinet zich onder de projecttitel 'De Andere Overheid' buigt. De nieuwe, andere overheid moet zich terughoudend opstellen, meer ruimte bieden aan organisaties en burgers, voorzien in de borging van het collectieve belang en rechtsstatelijke eisen en hoogwaardige prestaties leveren waar de civil society of de markt tekort schiet.

De instrumenten waarmee de nieuwe, andere overheid moet worden vormgegeven, komen voor wat betreft de wetgeving in de eerste plaats neer op het beteugelen van het automatisme van de wetgever om in gedetailleerde wetgeving te vluchten als antwoord op incidenten en gesignaleerde maatschappelijke problemen. Wetgeving en algemene regels dienen afgewogen te worden ingezet. Wanneer er dan al regels worden vastgesteld, dienen deze vooral 'kaderstellend' te zijn, waarbij de creativiteit van de professionele uitvoering niet wordt belemmerd (RMO, 2002:34). Concreet betekent dit dat de wetgever minder gedetailleerde gedragsvoorschriften vaststelt, meer gebruik maakt van open normen en afgaat op het oordeel van het uitvoerende bestuur of professionals in het beleidsveld.

In de tweede plaats leidt de terughoudende overheid tot een heroriëntatie op collectieve en individuele verantwoordelijkheden. Burgerplichten en eigen verantwoordelijkheid zijn de gevleugelde termen waarmee het nieuwe burgerschapsconcept wordt aangeduid. In dit burgerschapsconcept wordt uitgegaan van een burger die 'zelfredzaam, mondig en betrokken is, hetgeen zich niet in de eerste plaats uit in het indienen van tegen de overheid gerichte eisen, klachten en beroepen, maar veeleer in maatschappelijke zelforganisatie en initiatieven', aldus het kabinet in de kabinetsvisie 'De Andere Overheid' (TK 2003-2004, 29361, nr. 1, p. 5).

Het nieuwe burgerschapsconcept valt uiteen in twee onderdelen, die zowel betrekking hebben op de burger als individu als op de burger als lid van de 'civil society'. Als individu wordt van de burger in toenemende mate verwacht dat deze over de bureaucratische vaardigheden beschikt om zijn recht af te dwingen. In het rechtsverkeer met de overheid moet de burger op tijd en volledig zijn, anders vervallen zijn aanspraken. Met name het bestuursprocesrecht stelt steeds hogere eisen aan de burger. Van de burger wordt verwacht dat deze op tijd is met zijn bezwaar of beroep en bovendien zo snel mogelijk als zijn argumenten op tafel legt, anders vervalt het beroepsrecht en blijft het bestuursbesluit in stand.<sup>iv</sup>

Daarnaast doet het nieuwe burgerschap een beroep op de positie van de burger als lid van de civil society. De overheid draagt algemene belangen op aan aangewezen groepen in de samenleving, zonder dat dat gepaard gaat met harde, meetbare gedragsnormen. In de wetgeving leidt dit tot het opdragen van zorgplichten aan daartoe aangewezen groepen burgers. Calculerend gedrag past niet bij zorgplichten, omdat het minimaal voldoen aan de regels nog niet het voldoen aan de zorgplicht inhoudt. Bovendien wordt met de herverdeling van verantwoordelijkheden radicaal afgerekend met het idee dat de overheid voor alles verantwoordelijk of aansprakelijk gesteld kan worden.

De effecten van de andere overheid op de wetgeving zijn tweërlei. Allereerst wordt er meer gebruik gemaakt van open normen, waarvan de interpretatie aan het bestuur wordt overgelaten. Hiermee krijgt het streven naar meer ruimte voor de uitvoering en meer differentiatie in de bejegening van de burger vorm. Daarnaast bevat de wet meer zorgplichten, waarmee de eigen verantwoordelijkheid van de burger wordt geëxpliciteerd. De derde ontwikkeling, in de vorm van de aanvaarding van ongeschreven burgerplichten, heeft niet zozeer betrekking op de inhoud van de wetgeving, als wel op de afdwingbaarheid ervan.

Deze ontwikkelingen in de normering leiden tot twee belangrijke vragen. Allereerst de vraag hoe de voorgestelde oplossingen zelf in het licht van de rechtsstaat moeten worden beschouwd. Wanneer met nieuwe instrumenten een oplossing wordt geboden aan de negatieve uitwerking van een rechtsstatelijk beginsel als rechtsgelijkheid, heeft dat immers tegelijkertijd effect op andere rechtsstatelijke beginselen, zoals rechtszekerheid en het beginsel van consistent overheidsbeleid. Daarnaast is er de meer empirische vraag of de oplossingen daadwerkelijk zullen bijdragen aan het gepercipieerde probleem. Zullen meer ruimte in de uitvoering en meer open normen daadwerkelijk leiden tot meer differentiatie en variëteit en dus betere doelbereiking op het niveau van de uitvoering?

#### **4. NIEUWE RECHTSSTATELIJKE PROBLEMEN**

Waar de burger ongeschreven burgerplichten wordt tegengeworpen, afgerekend wordt op het nemen van eigen verantwoordelijkheid en ten slotte wordt geconfronteerd met meer open normen, verliest de wet aan betekenis en ontstaat dus een spanning met de legaliteitseis en het achterliggende beginsel van rechtszekerheid. Van strijd met de legaliteitseis is met name sprake wanneer de burger overtreding van een ongeschreven burgerschapsplicht kan worden tegengeworpen in het afdwingen van zijn rechten bij de bestuursrechter. De legaliteitseis veronderstelt immers een wettelijke grondslag voor elke burger-bindende norm. Deze wettelijke grondslag ontbreekt juist bij de ongeschreven burgerplichten. Nu zou men in navolging van Scheltema (1996) kunnen betogen dat de legaliteitseis geen waarde op zich vertegenwoordigt, maar slechts instrumenteel is ten opzichte van het fundamentele beginsel van rechtszekerheid. Wanneer men dus langs andere dan de wettelijke weg de rechtszekerheid kan waarborgen, is er op zichzelf gesproken geen probleem.

Bij het rechtszekerheidsbeginsel moet dan een onderscheid worden gemaakt tussen een materiële invulling en een meer formele invulling van het rechtszekerheidsbeginsel. De materiële invulling draait om de kenbaarheid van de norm en het vertrouwen bij de burger dat de norm wordt toegepast. Met het vastleggen van de norm in de wet is deze voor een ieder kenbaar. Dit wordt bereikt door de duur en de openbaarheid van de wetgevingsprocedure waarin de norm tot stand komt. De kenbaarheid van de norm maakt het dan mogelijk dat de burger zijn gedrag op de norm afstemt (Witteveen, 1991). In de formele variant mondt het

rechtszekerheidsbeginsel uit in de eis dat de rechter uiteindelijk in staat moet zijn om vast te stellen wat in een concreet geval rechtens is. Rechtszekerheid draait in de formele variant niet om de kenbaarheid van de norm tegenover de burger, maar om de duidelijkheid ervan.

De vraag is dan hoe de rechtszekerheid, in beide varianten, gewaarborgd kan worden wanneer wetgeving vager wordt. Meer open normen, oftewel meer ruimte voor het uitvoerend bestuur, en meer eigen verantwoordelijkheid bij de burger met daarbij de aanvaarding van ongeschreven burgerplichten, zijn zowel in materieel als in formeel opzicht in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel. Eijlander (2004) wijst daar in zijn bespreking van het WRR-rapport al op voor wat betreft het gebruik van open normen in wetgeving.

Uit de wet wordt het de burger niet meer duidelijk aan welke normen hij zich moet houden. Dit vormt bijvoorbeeld een probleem bij een toenemend gebruik van zorgplichten. In het verleden werden zorgplichten opgelegd aan afgebakende groepen professionals, waarvan gezien hun expertise verwacht kan worden dat deze het in de zorgplicht verwoorde algemene belang goed zouden kunnen beschermen. De wettelijke zorgplicht wordt dan aangevuld met de in de in de beroepsgroep geldende gedragscodes. De uitvoerige protocollen in de medische wereld dienen daarvan als illustratie. Wettelijke regels zijn in dat geval overbodig en worden vervangen door eigen protocollen.

Tegenwoordig is de wetgever echter minder selectief in het verspreiden van zorgplichten. Teunissen wijst op de positie van de potentiële bouwer, waarvan in principe geen professionaliteit wordt verwacht (Teunissen, 2004). Degene die zich bezig houdt met bouwactiviteiten wordt in het voorgestelde artikel 1a Woningwet de zorgplicht opgelegd om 'zodanig te bouwen dat er geen gevaar voor gezondheid of veiligheid ontstaat dan wel voortduurt'. Concreet betekent dit dat de bouwer gehouden is aan tal buiten-wettelijke normen van een hoog technisch gehalte. De wetgever doet daarmee een groot beroep op de expertise en de vaardigheden van de bouwlustige burger. Het is haast uitgesloten dat de gemiddelde burger volledig aan deze zorgplicht kan voldoen. Het opleggen van een zorgplicht aan een zo open groep burgers, leidt slechts tot de zekerheid dat het zonder het inhuren van een voldoende gekwalificeerde aannemer onmogelijk is om niet in strijd met de zorgplicht te bouwen.

De volgende vraag is dan of het een probleem vormt dat de wet de rechtszekerheid niet biedt en of de rechtszekerheid niet elders wordt gecompenseerd. Voor wat betreft de materiële rechtszekerheid draait het om de positie van de burger, die belang heeft bij een kenbare norm, al dan niet neergelegd in de wet. Uit onderzoek van Marseille (1993) blijkt dat de wet op zichzelf een geringe bijdrage levert aan de voorspelbaarheid van het bestuurshandelen vanuit het perspectief van de burger. De burger gaat bij zijn voorspelling van wat het bestuur zal doen niet af op de wet, maar op de interpretatie van de wet zoals die door het bestuursorgaan wordt meegedeeld. Bij meer open normen wordt dit niet anders.

Het gegeven dat de burger zich tot het bestuur richt om rechtszekerheid te verkrijgen, valt vrij eenvoudig te problematiseren. In zekere zin wordt de burger immers bij de duivel te biecht gestuurd (Scheltema, 1982). Het is maar de vraag of de interpretatie van de burger rechtens de juiste is. Naast de werkelijkheid zoals neergelegd in de wet, ontstaat er de bestuurswerkelijkheid zoals het bestuur de wet toepast. Adequate en laagdrempelige rechtsbescherming zou dan moeten waarborgen dat de bestuurswerkelijkheid in ieder geval nog enigszins op de wet georiënteerd is.

Op dit punt loopt materiële rechtszekerheid over in de formele; is de rechter nog wel in staat om bij vage wetgeving vast te stellen wat in een concreet geval rechtens is? Vagere wetgeving zal er voor de rechter toe leiden dat deze meer eisen stelt aan de onderbouwing van de concrete beslissing. Uit oogpunt van consistent bestuur, oftewel rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, moet het bestuur kunnen aangeven hoe het in vergelijkbare situaties handelt. Waar de wet vager wordt, leunt de rechter steeds meer op het bestuursbeleid.

Het bestuursbeleid is echter ook voor de rechter niet altijd even gemakkelijk te achterhalen. Dit is vooral een probleem wanneer het beleid niet de vorm en kenbaarheid heeft van de ideaaltypische beleidsregel in de zin van artikel 1:3 lid 4 Awb. De rechter kan het bestuur niet dwingen om het bestuursbeleid in beleidsregels vast te leggen. De plicht hiertoe

is bij de codificatie van de beleidsregel in de Awb gesneuveld.<sup>v</sup> De rechter moet het dus doen met al die regels die tot het onbenoemde beleid kunnen behoren: nota's, memo's, handreikingen, circulaires, notities, handboeken en dergelijke. Juist deze documenten blinken niet altijd uit in de scherpheid van voor wat betreft de toepassing in een concrete situatie. Met name de documenten die in hoge mate probleemverkennd zijn en dienen om een politiek orgaan te overtuigen, zullen de scherpheid van de ideaaltypische beleidsregel ontberen. Rechtspraak wordt bij vagere wetgeving in toenemende mate creatieve tekstuitleg.

## **5. VERWACHTINGEN MET BETREKKING TOT DE BESTUURSKRACHT**

Wanneer de rechtsstatelijke bedenkingen worden gepasseerd, komt men uiteindelijk op de vraag naar de verwachte uitwerking van het nieuwe sturingsconcept. De vraag is of meer ruimte voor het bestuur en meer eigen verantwoordelijkheid van de burger daadwerkelijk een antwoord geven op het gepercipieerde probleem met het gelijkheidsbeginsel. Open normen, zorgplichten en ongeschreven burgerplichten, zouden moeten leiden tot meer maatwerk en meer differentiatie in de uitvoering van de bestuursbevoegdheid. De vraag is dan of deze verwachting reëel is: leidt kaderstellende wetgeving tot een bestuur dat geneigd is tot meer maatwerk? Dit is een vraag van meer empirische aard.

De veronderstelling is dat een kaderstellende wetgeving leidt tot een bestuur dat een op maat gesneden vergunning verstrekt en handhaaft waar dat nodig is. De 'andere overheid' gaat uit van de hypothese dat het bestuur de ruimte aangrijpt die het krijgt bij de uitoefening van een bestuursbevoegdheid en met creatieve en slagvaardige oplossingen komt. Deze veronderstelling gaat voorbij aan de uniformerende krachten die bij normleemte in de weg staan aan differentiatie en maatwerk. Er is een wijde variatie aan onderzoek beschikbaar waaruit blijkt dat meer ruimte voor het bestuur niet leidt tot maatwerk en differentiatie. Bij meer ruimte ontwikkelt het bestuur zelf regels, waarvan zelden of nooit wordt afgeweken. Daarbij is het bestuur overigens niet altijd erg creatief; het bestuur past ook regels van derden toe als eigen regels.

### *Aanvullende interne regels*

Het automatisme om regels te stellen, is een organisatie-eigenschap. Dit mechanisme wordt ook in de juridisch georiënteerde literatuur onderkend, bijvoorbeeld door Donner (1987: 125), die erop wijst dat elke bureaucratische organisatie regels ontwikkelt, om de 'output' te standaardiseren. Voor de bestuursorganen hebben deze regels een extern juridisch effect; ze raken indirect aan de rechtspositie van de burger, wanneer het bestuur een beschikking neemt en daartoe de regel toepast. Het belang van deze interne regels moet niet worden onderschat. In het verleden werd de categorie interne regels aangeduid als 'pseudo-wetgeving' (Van der Hoeven, 1965). Deze benaming geeft nog het beste weer hoe absoluut deze regels doorwerken in de besluitvorming van het bestuursorgaan. Het bestuursorgaan is niet snel geneigd om af te wijken van zelf vastgesteld bestuursbeleid.

De variatie binnen deze groep 'bestuursregels' is enorm. Sinds de derde tranche van de Awb, is een deel aan te merken als beleidsregel.<sup>vi</sup> De voorwaarden om als beleidsregel aangemerkt te worden, zijn dat de regel een schriftelijke regel betreft en bovendien door het bevoegde bestuur is vastgesteld. Zodra er sprake is van een beleidsregel, is de rechtswerking vastgelegd in artikel 4:84 Awb. Het bestuur is onder normale omstandigheden gehouden aan de toepassing van de beleidsregel en kan alleen in bijzondere gevallen afwijken. Naast de beleidsregels treft men tal van andere regels aan, die in de bestuurspraktijk onder de algemene noemer 'beleid' worden geschaard. Interne handboeken, circulaires, memo's, richtlijnen van buiten de bestuursorganisatie en in toenemende mate computerprogrammatuur bepalen de uitkomst van de besluitvorming (Bovens, Groothuis & Van den Hoogen, 2003).

Deze regels worden niet noodzakelijkerwijs met het rechtsstatelijke doel van consistent bestuur opgesteld. De bestuursorganisatie streeft zijn eigen doelen na. Het vaststellen van organisatieregels biedt de continuïteit en doelmatigheid. Continuïteit omdat met de regel de uitvoering van de bestuursbevoegdheid wordt losgekoppeld van degene die de bestuursbevoegdheid uitoefent. En doelmatigheid omdat met de regel interne afstemming

wordt nagestreefd en in de concrete beslissingssituatie niet telkens opnieuw het wiel hoeft te worden uitgevonden. Juist omdat de regels niet worden opgesteld met een rechtsstatelijk oogmerk, is de kenbaarheid van deze regels doorgaans ver te zoeken. De regels zijn niet altijd op schrift gesteld, of duidelijk voor wat betreft de toepassing. Bovendien is het gros van de bestuursregels niet bekendgemaakt.<sup>vii</sup>

Maatwerk en differentiatie zijn afhankelijk van de aard en de gedetailleerdheid van de aanvullende regel zelf. In hun onderzoek naar de uitvoering van de bijzondere bijstand, hebben Fleurke & De Vries (1998) onderzocht welke gemeentelijke organisaties meer maatwerk leveren: de gebureaucratiseerde organisaties met veel interne regels, of de discretionaire organisatie, waarin de beslissende ambtenaar zeer veel ruimte wordt gelaten om een op de situatie toegesneden beslissing te nemen. Fleurke & De Vries stellen vast dat de gebureaucratiseerde organisaties meer maatwerk leveren dan de discretionaire organisaties. De ambtenaar die in het keurslijf zit van strakke bureaucratieregels komt tot betere maatwerkbeslissingen dan de ambtenaar die juist veel ruimte heeft en het in beginsel zelf uit mag zoeken. Dit resultaat kan worden verklaard doordat de regels in de gebureaucratiseerde organisatie de ambtenaar naar maatwerk toe leiden. Ontbreken deze scherpe organisatieregels, dan zal de ambtenaar zelf regels gaan ontwikkelen en vaststellen, die aanmerkelijk minder gedetailleerd zijn en dus minder differentiatie toelaten. Dit mechanisme past ook in het onderzoek van Van Montfort (1991), die vaststelde dat organisatieonderdelen geneigd zijn om zelf regels vast te stellen bij het ontbreken van scherpe exogene regels.

#### *Verstarrende werking van interne regels*

Het onderzoek van Fleurke & De Vries toont aan dat interne regels zeer disciplinerend werken. In de ambtelijke organisatie ontbreekt de neiging om af te wijken van de geldende regels. In beginsel geldt juist voor de categorie aanvullende niet-wettelijke regels, dat in de toepassing ervan een aanvullende belangenafweging moet plaatsvinden, waarbij het bestuur de mogelijkheid en soms de plicht heeft om bij bijzondere gevallen af te wijken van hetgeen de regel voorschrijft. Voor de beleidsregel is dit geëxpliciteerd in het tweede deel van de volzin van artikel 4:84 Awb: de regel dient niet te worden toegepast, indien het toepassen ervan voor één of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.

Dat er ondanks de afwijkingsmogelijkheid toch een geringe bereidheid is om af te wijken van de regel en een meer op maat toegesneden beslissing te nemen, kan worden verklaard door de hoge besluitvormingskosten die gepaard gaan met het afwijken van de regel. In het algemeen reduceren regels de besluitvormingskosten bij de uitvoering van de bestuursbevoegdheid. Het afwijken van de regel vergt investeringen in de vorm van een motiveringsplicht binnen de organisatie in de relatie met hiërarchische meerderen en 'controllers' en buiten de organisatie in het verkeer met burgers. Deze besluitvormingskosten vormen een hoge drempel voor een maatwerkbeslissing.

Bovendien blijkt de afwijkingsmogelijkheid in de praktijk bij de gedigitaliseerde overheidsorganisatie volledig afwezig. De uitoefening van bestuursbevoegdheden is steeds vaker verwerkt in computerprogramma's. Zelfs als de regeluitvoerende ambtenaar al zou willen afwijken van de regel, dan nog dwingt het computerprogramma hem tot een voorgeschreven keuze. Afwijken van de regel is dan geen alternatief. De besluitvorming kan alleen nog worden beïnvloed door het modificeren van de invoer in het systeem of het vervormen van de door het systeem voorgestelde beschikking. De mogelijkheden hiertoe zijn echter gering, zeker wanneer de beschikkingverlening volledig door computerprogramma's wordt beheerst en er eigenlijk geen ambtelijke regeltoepassing aan te pas komt. Deze laatste situatie wordt door Bovens & Zouridis (2002) aangeduid als de 'system-level bureaucracy'.

#### *Externe regels*

Een andere bron van normen waarmee open normen en zorgplichten worden ingevuld, wordt gevormd door de regels die buiten het bestuursorgaan zijn ontwikkeld en vastgesteld. Dit verschijnsel doet zich met name bij de mede-overheden voor. De decentralisatie van

overheidstaken vergt van elke gemeente – hoe klein dan ook – een adequate en in principe op maat toegesneden invulling van de beleidsvrijheid. De facto geschiedt dit echter door het overnemen van de modelverordening of handreikingen van de VNG dan wel het overschrijven van beleid of verordening uit de naburige gemeente.

Vooraf waar de gemeente de keuze maakt om een bestuurstaak gezamenlijk met andere gemeenten uit te voeren, vindt er een veralgemenisering op een boven-lokaal niveau plaats. Maatwerk binnen de gemeente wordt dan ingeruild door boven-gemeentelijke gelijkheid. De samenvoegingen van gemeentelijke sociale diensten in enkele regio's is hiervan een voorbeeld. Vooruitlopend op de oprichting van een gezamenlijke sociale dienst, nemen gemeenten soms integraal elkaars beleid voor de verstrekking van voorzieningen uit de bijzondere bijstand over.

De argumenten voor het overnemen van externe regels kunnen zeer overtuigend zijn. Vaak ontbreekt het aan bestuurskracht, of is het een kwestie van doelmatige uitvoering van het overheidsbeleid. Dat neemt niet weg dat juist waar de bestuurskracht tekort schiet, maatwerk en differentiatie zeker niet te verwachten. De doelstellingen van de wetgever in de andere overheid zijn dan te ambitieus.

## **6. DE AMBIVALENTE WETGEVER EN ANDERE OVERHEID**

Gebrekkige differentiatie kan niet alleen worden verweten aan de uniformerende krachten binnen de bestuursorganisatie, die belast is met de uitvoering van de bestuursbevoegdheden. Ook de wetgever zelf is ambivalent in de benadering van meer ruimte voor het bestuur en meer verantwoordelijkheid voor de burger. Waar enerzijds de 'kaderstellende' overheid wordt beleden, wordt ondertussen een nieuwe regelvloed over de uitvoerende macht uitgestort. Deze nieuwe regelvloed is vaak het gevolg van het toenemende administratieve toezicht. De open normen waarop toezicht moet worden gehouden, worden door de toezichthouders meetbaar gemaakt om het handelen van het onder toezicht gestelde bestuursorgaan te kunnen beoordelen. Dit leidt tot nieuwe, aanvullende regels die de open normen invullen.

Toezichthouders vragen om regels, beleid en beschreven werkprocessen; oftewel uniformiteit in de uitvoering van de bestuursbevoegdheid. Wanneer men bijvoorbeeld een willekeurig inspectierapport van de VROM-inspectie openslaat, treft men daar altijd een uitvoerige beschrijving en beoordeling van het gemeentelijke beleid aan. Het hebben van beleid wordt als indicator beschouwd voor een goede, want consistente, uitvoering van de VROM-bevoegdheden. Terwijl juist bij de keuze om wel of niet te handhaven in een individueel geval, een individuele afweging vaak doelmatiger en effectiever is. Beleid wordt als verstarrend ervaren (Dukker, 2004). Variatie en maatwerk verdragen zich niet goed met de aanwezigheid van administratieve toezichthouders.

Naast administratief toezicht leidt ook politieke controle op de uitvoering van de bestuursbevoegdheid tot een impuls voor aanvullende regels die open normen en ruimte bij de uitvoering invullen. Een voorbeeld daarvan is het protocol dat werd vastgesteld over het de verstrekking van voorzieningen op grond van de Wet voorzieningen gehandicapten (WVG). Waar de wetgever in eerste instantie in de WVG aan de gemeenten de vrije bevoegdheid gaf om zelf vast te stellen wat het adequate voorzieningenniveau ter plaatse is, bleek men uiteindelijk niet bereid om de verschillen tussen gemeenten die daardoor ontstaan te accepteren. De politieke druk op de verantwoordelijke Minister leidde er uiteindelijk toe dat deze met de VNG en belangenorganisaties van gehandicapten een protocol vaststelde, waarin het adequate voorzieningenniveau werd geconcretiseerd in voorgeschreven voorzieningen, zodat alle gemeenten een voor partijen aanvaardbaar minimum aan gehandicaptenvoorzieningen zouden verstrekken.<sup>viii</sup>

De ambivalente houding van de wetgever, die enerzijds ruimte aan het bestuur laat, maar anderzijds daar wel toezicht op wil houden of zwicht voor de maatschappelijke druk op gelijke uitoefening van de bestuursbevoegdheden, werkt sterkt uniformerend. Differentiatie en ongelijkheid worden ook door de wetgever uiteindelijk niet geaccepteerd, ook al doet ze met het gebruik van open normen en opleggen van zorgplichten anders voorkomen.



## 7. CONCLUSIE

De relativering van het gelijkheidsbeginsel in de zin van uitwerking in het recht, richt zich uiteindelijk op de inzet van wetgeving als beleidsinstrument. De wetgeving moet terughoudend worden ingezet en bovendien meer ruimte laten voor differentiatie, zodat de negatieve effecten van wetgeving, die voor een deel inherent zijn aan algemene regels, worden weggenomen. De relativering van het gelijkheidsbeginsel raakt daarmee aan belangrijke thema's in de rechtsstaat, waaronder het primaat van de wet en de rechtszekerheid. Duidelijke, kenbare normstelling in de wet genereert rechtszekerheid, zo is althans het normatieve uitgangspunt in de rechtsstaat. Een relativering van het gelijkheidsbeginsel raakt aan de rechtszekerheid, iets wat in ieder geval in het kabinetsstandpunt over de 'andere overheid' tamelijk onderbelicht blijft.

Bovendien legt de kaderstellende overheid een grote claim op de bestuurskracht van het uitvoerende bestuur. Een claim die voor een belangrijk deel naar verwachting niet zal worden ingelost. Waar met open normen en zorgplichten differentiatie wordt nagestreefd, heeft elke bestuursorganisatie de neiging om te uniformeren, al dan niet aangezet door toezicht of politieke druk uit de samenleving. Het resultaat is dat normen uit de wet verdwijnen, maar terugkomen in een andere vorm, ontwikkeld in het bestuursorgaan of juist daarbuiten door particuliere organisaties. Het zijn met name deze normen die een diffuse juridische status hebben, waarbij bijvoorbeeld de afdwingbaarheid ervan op voorhand niet duidelijk is.

De relativering van het gelijkheidsbeginsel haalt nogal wat overhoop en zal bovendien in de uitwerking vermoedelijk weinig effect genereren. Wat rest is het probleem van de in paragraaf 2 geschetste casus, over de twee inrichtingen waarbij het bestuur geen maatwerk kan leveren en de burger met overbodige administratieve lasten in de vorm van de vergunningvoorschriften wordt geconfronteerd. Het is deze casus die een relativering van het gelijkheidsbeginsel moet rechtvaardigen. Daarbij wordt echter een belangrijke stap overgeslagen; namelijk de stap waarin wordt vastgesteld hoe groot het probleem nu daadwerkelijk is. Hoe vaak komt het nu voor dat het uitvoerende bestuur de regel als beknellend ervaart? Hoe veel calculerende burgers zijn er eigenlijk en hoe groot is het nadeel dat de verantwoordelijke burgers ondervinden? Alleen wanneer is vastgesteld wat nu precies de negatieve effecten van deze wetgeving zijn, kan een rationele afweging worden gemaakt of deze negatieve effecten de voordelen van de gedetailleerde wetgeving overtreffen. Gedetailleerde gedragsvoorschriften hebben immers in ieder geval één belangrijk voordeel: het bestuursorgaan kan op de naleving van de wettelijke voorschriften toezicht houden.

Slechts wanneer de negatieve effecten van gedetailleerde gedragsvoorschriften in wetgeving zijn vast komen te staan, valt het te overwegen om meer differentiatie toe te staan in de vorm van meer ruimte voor de uitvoering en meer eigen verantwoordelijkheid van de burger. Daarbij kan de wetgever echter niet volstaan om slechts meer ruimte te bieden aan het bestuur. De wetgever doet er goed aan om de alternatieve vormen van normering die voor de wetgeving onvermijdelijk in de plaats zullen komen, een duidelijker grondslag te geven. Daarbij passen uniforme vormvoorschriften en een duidelijke juridische status voor wat betreft de handhaafbaarheid. Het verdient dan in ieder geval overweging om de plicht voor het bestuur om beleidsregels vast te stellen (opnieuw) op te nemen in de Awb. Het zijn immers uiteindelijk de minder fraaie variaties van de beleidsregel, zoals de interne handboeken en ongeschreven vuistregels, waarmee open normen worden ingevuld en waarmee wordt vastgesteld of aan een zorgplicht is voldaan.

Van het bestuur mag worden verwacht dat het de gebruikte normen vaststelt en bekendmaakt, wanneer de wetgever dat nalaat. De rechter kan dan toetsen of het bestuur in een specifiek geval al dan niet had moeten afwijken van vastgestelde regel.

## LITERATUURVERWIJZINGEN

- M.A.P.Bovens & S.Zouridis, 'Van street-level bureaucracy naar screen-level bureaucracy', *NJB* 2002 (2), p. 65-74
- M.A.P.Bovens, M.M.Groothuis & R.H.Van den Hoogen, 'De digitale trias. Een terugblik', *NJB* 2003 (34), p. 1804-1811
- L.J.A. Damen, 'Is de burger beter af onder het bestuursrecht van 2004 dan onder dat van 1993?', *NTB* 2004, 24
- A.M.Donner, *Nederlands bestuursrecht: algemeen deel*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1987
- R. Dukker, 'VROM-model voor handhaving bouwregelgeving blijkt weerbarstige materie', *B&G* februari 2004, p. 23-27
- Ph. Eijlander, 'Wetgeving in de moderne rechtsstaat. Naar aanleiding van het rapport van de WRR en de reactie van het kabinet', *RegelMaat* 2004 (1), p. 1-8
- F.Fleurke & P.J.De Vries, 'Bureaucratie presteert beter op maatwerk', *Best.wet.* 1998 (6), p. 297-319
- M.Herweijer & J.C.Coolsma, 'Beleidsbepaling', in: A.Hoogerwerf en M.Herweijer (red.), *Overheidsbeleid*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1998, p. 79-98
- J.Van der Hoeven, *Pseudo-wetgeving*, Zwolle: Tjeenk Willink 1965
- Kabinetvisie 'De Andere Overheid', TK 2003-2004, 39361, nr. 1
- A.T.Marseille, *Voorspelbaarheid van bestuurshandelen*, Deventer: Kluwer 1993
- A.J.G.M.Van Montfort, *De regels van het huis: ambtelijke regeltoepassing bij de gemeentelijke woonruimteverdeling*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1991
- P.Nicolaï, 'De stiekeme citoyen', in: R.L.Vucsán (red.), *De Awb-mens: boeman of underdog? Opstellen aangeboden aan Leo Damen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996, p. 179-197
- RMO, *Bevrijdende kaders. Sturen op verantwoordelijkheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002
- M.Scheltema, 'Bestuursrecht: Is het bestuur wetgever in eigen zaak?', in: W.F.De Gaay Fortman (red.), *Problemen van wetgeving*, Deventer: Kluwer 1982, p. 131-143
- M.Scheltema, 'Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht', *NJB* 1996 (33), p. 1355-1361
- M.Scheltema, 'Het starre gelijkheidsbeginsel', in: *Staatscourant*, 26 februari 2004
- J.M.H.F.Teunissen, 'De herziening van de Woningwet op het punt van de handhaafbaarheid en de handhaving', *NJB*, 2004(9)
- J.E.Valenteijn & H.E.Bröring, *Beleidsregels*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001
- W.J.Witteveen, 'Staat en samenleving', in: J.J.A.Thomassen (red.), *Hedendaagse democratie*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1991, p. 277-298
- WRR, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002

## EINDNOTEN

<sup>i</sup> Het huidige kabinet houdt zich onder de titel 'De Andere Overheid' bezig met de modernisering van de overheid, met als doel de overheid efficiënter en beter te laten werken. Zie: [www.andereoverheid.nl](http://www.andereoverheid.nl).

<sup>ii</sup> Zie bijvoorbeeld de nota 'Rechtsstaat en rechtsorde' (TK 2003-2004, 29 279, nr. 1) en de nota 'Bruikbare rechtsorde' (TK 2003-2004, 29 279, nr. 9).

<sup>iii</sup> Voor wat betreft de aansprakelijkheid van de gemeente en de Staat bij de explosie in de vuurwerkfabriek in Enschede heeft de Rechtbank Den Haag op 24 december 2003, NJ 2004/230, O&A 2004/13, JB 2004/69 m.nt. C.L.G.F.H.A., vastgesteld dat er geen civielrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid is.

<sup>iv</sup> Dit staat bekend als de zogenaamde argumentatie- of bewijsfuik. Over het bestaan ervan wordt in de literatuur getwist. Toch staat wel vast dat er tegenwoordig het één en ander van de burger wordt verwacht. Zie voor een aardig overzicht daarvan: Damen, 2004

<sup>v</sup> Het bestuur moet wel beleid hebben (zie: Rb.Breda 11 april 2001, JSV 2001, 81), maar kan niet worden verplicht beleidsregels vast te stellen, zie: Cbb 3 september 2003, Awb 02/1608 (*niet gepubliceerd*).

<sup>vi</sup> Hoewel dat bij gemeenten nogal tegenvalt. Zie: Valenteijn & Bröring, 2001

<sup>vii</sup> Dit is althans wat de onderzoekers in het evaluatieonderzoek naar de beleidsregeltitel van de Awb constateren. Zie: Valenteijn & Bröring, 2001

<sup>viii</sup> Dat dit protocol geen enkele juridische betekenis toekomt, aldus de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep 19 november 2003, AB 2004, 119 m.nt. HBr, laat onverlet dat juist ook deze casus illustreert dat politieke druk met een verwijzing naar algemene regels aanmerkelijk wordt verlicht.