Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCIII

Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht

Preadviezen van
mr. D.W.P. Ruiter
en
drs. C.J.N. Versteden

Verslag van de algemene vergadering
gehouden op 22 maart 1985
ter behandeling van de preadviezen

Samsom H.D. Tjeenk Willink
Alphen aan den Rijn

HET GELIJKHEIDSBEGINSEL IN HET ADMINISTRATIEVE RECHT
PREADVIEZEN EN VERSLAG

Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCIII

Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht

Preadviezen uitgebracht door
mr. D.W.P. Ruiter
en
drs. C.J.N. Versteden

Verslag van de algemene vergadering gehouden op 22 maart 1985 ter behandeling van de preadviezen

SAMSOM H.D. TJEENK WILLINK ALPHEN AAN DEN RIJN 1985

CIP
ISBN 90 6092 194 1

Copyricht © 1985 Vereniging voor Administratief Recht, 's-Gravenhage

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke andere wijze dan ook zonder de voorafgaande schriftelijke toestemming van Samsom H.D. Tjeenk Willink bv, gevestigd te Alphen aan den Rijn.

Inhoud

PREADVIEZEN MR. D.W.P. RUITER EN DRS. C.J.N. VERSTEDEN 8

Het ongrijpbare gelijkheidsbeginsel, preadvies van mr. D.W.P. Ruiter 9

Het falende gelijkheidsbeginsel, preadvies van drs. C.J.N. Versteden 57

VERSLAG VAN DE ALGEMENE VERGADERING GEHOUDEN OP 22 MAART 1985 100

Rede van de voorzitter, mr. W. Konijnenbelt 101

Interventies (ochtendgedeelte) 107
mr. M.C.B. Burkens 107
mr. W.H. Schipper 109
mr. R.J. Jue 111
mr. drs. P.W.C. Akkermans 112
mw. mr. N. Gonggrijp-van Mourik 114
mr. J.E.M. Polak 115
mr. E.M. Gerdes 117
mr. J.C.J. van Vucht 119

Beantwoording door de preadvieseurs (ochtendgedeelte) 120
mr. D.W.P. Ruiter 121
drs. C.J.N. Versteden 125

Uitreiking van de VAR-prijs 1981-1984 130

Interventies (middaggedeelte) 133
mr. F.H. van der Burg 133
mr. J.G. Steenbeek 134
mr. L. de Vries 137
mr. A.F.M. Brenninkmeijer 137
mr. J.J. Oostenbrink 140
mr. P.J.J. van Buuren 142
mr. A.W. Heringa 145
mr. E. Helder 147
mr. C.P.J. Goorden 148

Beantwoording door de preadviseurs (middaggedeelte) 150
drs. C.J.N. Versteden 150
mr. D.W.P. Ruiter 154

Verslag van de secretaris over 1984 161

Bestuur en ereleden 163

Preadviezen uitgebracht voor de VAR 165

PREADVIEZEN MR. D.W.P. RUITER EN DRS. C.J.N. VERSTEDEN

Preadvies – mr. D.W.P. Ruiter

Het ongrijpbare gelijkheidsbeginsel

---

1. Verantwoording 11

2. De grenzen van het gelijkheidsbeginsel 12
   - 2.1 Een oud-chinese casus 12
   - 2.2 Het risico van cirkelredeneringen 13
   - 2.3 Het gelijkheidsbeginsel als rechtsnorm 15
   - 2.4 Voldoende of ook noodzakelijk? 16
   - 2.5 Het beginsel van evenredige ongelijkheid 17
   - 2.6 Voldoende en noodzakelijk 20

3. Gelijkheidsmaatstaven 20
   - 3.1 Beweringen 20
   - 3.2 Gelijkheidsmaatstaven 21
   - 3.3 Legitimatiegronden 22
   - 3.4 Diefstal bij nacht 23
   - 3.5 Gerechtvaardigde gelijkheidsmaatstaven 24
   - 3.6 Descriptieve en evaluatieve gelijkheidsmaatstaven 25
   - 3.7 Wettelijke voorbeelden 26
   - 3.8 Gelijk zijn en als gelijke gelden 27

4. Legitimatie van gelijkheidsmaatstaven 28
   - 4.1 Beweringen 28
   - 4.2 Formele en materiële rechtvaardigheid 28
   - 4.3 Formules van concrete rechtvaardigheid 29
   - 4.4 De filippica van Ross 30
   - 4.5 De postulaten van Noll 32
   - 4.6 Het tussenstandpunt van Perelman 33
   - 4.7 Perelman versus Ross 35
   - 4.8 Argumentatieve rechtvaardiging 35
   - 4.9 De sprongen van Peczenik 36
   - 4.10 Consensus over 'erkende' uitgangsconcepten 37

5. Het gelijkheidsbeginsel in het bestuursrecht 38
   - 5.1 Beweringen 38
   - 5.2 Wel alpha, geen omega 39
   - 5.3 Willekeur als aperte onrechtvaardigheid 39
   - 5.4 Willekeur als onverzoenlijkheid 40
   - 5.5 Willekeur als inadequaatheid 42

5.6 Willekeur als onevenredigheid 43
5.7 Rechtsvorming en rechtstoepassing 44
5.8 Bestuursrechtelijke rechtsbedeling 45
5.9 Het gelijkheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur 45
5.10 Beweringen 46

6. Overzicht van beweringen 47

Noten 49

Orwell's All animals are equal but some are more equal than others' is alleen onwaar, als wij willen *dat het onwaar is.*

1 Verantwoording

De bestuursrechtelijke doctrine kent aan het gelijkheidsbeginsel een voorname plaats in de catalogus van beginselen van behoorlijk bestuur toe. Dit preadvies is ingegeven door mijn eigen nieuwsgierigheid naar de redenen waarom er desalniettemin in de bestuursrechtelijke jurisprudentie zo zelden sprake is van geslaagd rechtstreeks beroep op dit beginsel.

Bij mijn poging om deze redenen te achterhalen heb ik mij voornamelijk op rechtstheoretische literatuur gebaseerd.

Rechtstheorie wordt in het bestuursrecht nog betrekkelijk weinig te hulp geroepen om juridische vraagstukken te verduidelijken en op te lossen. Dat is te betreuren, want in de rechtstheorie zijn dikwijls waardevolle aanwijzingen te vinden voor op zijn minst de *manier* waarop de oplossing van fundamentele bestuursrechtelijke vraagstukken naderbij kan worden gebracht. Rechtstheoretische inzichten bieden doorgaans zelf nog geen oplossingen, maar zij kunnen wel aanleiding geven tot meer nauwkeurige probleemstellingen die op hun beurt de aard en de reikwijdte van onvermijdelijk resterende rechtsdogmatische en rechtspolitieke 'momenten' inzichtelijker maken.

Wie een overtuiging is toegedaan, moet bereid zijn haar houdbaarheid te toetsen.

Ik heb in dit preadvies aan de hand van een analyse van het gelijkheidsbeginsel getracht aan te tonen dat beschikbare rechtstheoretische inzichten in structuren van fundamentele rechtsconcepties kunnen leiden tot kennis die niet alleen *analytische* waarde heeft, maar waaraan ook betekenis toekomt voor de *methoden* van rechtsvorming en rechtstoepassing. Zulke inzichten kunnen de huidige methoden van rechtsvorming en rechtstoepassing in het bestuursrecht verhelderen en wegen aanwijzen om deze te verbeteren.

Of ik de leden van de V.A.R. met het navolgende kan overtuigen, zal wel blijken, want wij spreken elkaar nog.

Degenen die enig inzicht in het verloop van het betoog willen hebben, alvorens met lezen te beginnen, maak ik er op attent dat de uitkomsten van de studie in de laatste paragraaf zijn samengevat. Hier wil ik alvast verklappen dat de uitkomst van het preadvies die mijzelf het meest heeft verrast en geamuseerd, er op neerkomt dat ik aanvankelijk nieuwsgierig ben geweest naar het antwoord op een verkeerde vraag. Mijn nieuwsgierigheid had moeten uitgaan naar de redenen waarom, ofschoon rechtstheoretische inzichten het aannemelijk maken dat het gelijkheidsbeginsel geen rechtstreeks toepasbaar beginsel van behoorlijk bestuur vormt, er in de bestuursrechtelijke jurisprudentie tóch voorbeelden van geslaagd rechtstreeks beroep op dit beginsel zijn te vinden.

2 De grenzen van het gelijkheidsbeginsel

2.1 Een oud-chinese casus

In één van Robert van Guliks Rechter Tie-verhalen waarschuwt een vrouw die door Rechter Tie van moord op haar echtgenoot wordt verdacht, de rechter als volgt:

'Ge zegt dat ik mijn echtgenoot vermoord heb, maar op grond van welke bewijzen spreekt ge die beschuldiging uit? Wie heeft een formele aanklacht tegen mij ingediend? Laat me u verzekeren dat ofschoon u onze districtsbestuurder bent, u niet almachtig is! Zegt men niet dat de deuren van de hogere autoriteiten altijd openstaan voor de vervolgden en onderdrukten? *Ge zult er goed aan doen u te herinneren dat wanneer een rechter gebleken is een onschuldig persoon valselijk van een halsmisdaad beschuldigd te hebben, de wet voor hem dezelfde straf voorschrijft, die hij die onschuldige wilde opleggen!*'[1]

De cursivering in het citaat is door mij aangebracht. Zij accentueert een zin die zich misschien laat lezen als een toepassing van het gelijkheidsbeginsel.

De lezer kan tegen deze bewering terecht inbrengen dat het niet aangaat om zonder enige kennis van het chinese recht onder de T'ang-dynastie en uitsluitend en alleen op grond van een zin in een twintigste-eeuwse detectiveroman aan te komen dragen met een eventuele vroege toepassing van het gelijkheidsbeginsel. Het komt er echter niet op aan of mijn vrijmoedige weergave van het oud-chinese recht wel juist is. Relevant is of wij ons de rechtsregel waarop de vrouw zich beroept en die zo ver van ons eigen rechtdenken afstaat, al dan niet als een toepassing van het gelijkheidsbeginsel kunnen voorstellen en waarom. Gelukt het die in onze ogen curieuze regel met het gelijkheidsbeginsel te confronteren, dan kan dit misschien het inzicht bevorderen in de impliciete veronderstellingen die de werking van dit beginsel in ons eigen rechtsdenken bepalen. Ofschoon de huidige nederlandse rechtsopvattingen zijn doordesemd van verwijzingen naar het gelijkheidsbeginsel, leiden zij immers niet tot de voor Rechter Tie zo onaangename maatregel. Zijn er dan méér gelijkheidsbeginselen? Is er één universeel gelijkheidsbeginsel met verschillende inhouden in verschillende landen en in verschillende perioden? Of is het gelijkheidsbeginsel hier toch niet aan de orde? Omwille van het betoog laat ik de laatste mogelijkheid voorlopig nog buiten beschouwing. Deze zelfbeperking betekent dat ik het gelijkheidsbeginsel op de een of andere wijze met de voorgelegde casus in verband moet brengen.

Nu ik mijzelf toch al heb ontslagen van de plicht tot een correcte weergave van het oud-chinese recht, neem ik de vrijheid om nog een andere gedachte uit Van Guliks verhaal over te nemen. Op verschillende plaatsen in zijn verhaal suggereert hij dat het bestraffen van misdaden in het Chinese rechtsdenken onder de T'ang-dynastie noodzakelijk werd geacht met het oog op het herstellen van een door de misdaad verstoord confuciaans 'Patroon'.[2] Ofschoon Van Gulik dit niet met zoveel woorden zegt, veronderstel ik dat óók de bestraffing die de moorddadige weduwe (uiteindelijk zal blijken dat zij haar man tóch heeft gedood) aan Rechter Tie in het vooruitzicht stelt, als een maatregel ter opheffing van een storing in het 'Patroon' werd gezien. Zo lijkt een redenering in het verschiet te komen waarmee de gelijkstelling van de straf voor een onjuiste rechterlijke veroordeling voor een halsmisdaad aan de op die halsmisdaad zelf

gestelde straf op het gelijkheidsbeginsel kan worden gebaseerd.

Laten wij in confuciaanse denktrant aannemen dat een bepaalde halsmisdaad H een verstoring van het 'Patroon' teweegbrengt van een zodanige aard en omvang dat haar tenietdoening oplegging van een bepaalde straf S aan de dader vergt. Bovendien nemen wij aan dat ook een onjuiste rechterlijke veroordeling van een persoon wegens een dergelijke halsmisdaad een verstoring van het 'Patroon' veroorzaakt. Welke aard en omvang heeft deze laatste verstoring? Wederom kan er vanuit worden gegaan dat de ernst van de verstoring wordt weerspiegeld in de soort en maat van de gestelde straf. Nu wordt een rechter die een verkeerd oordeel velt, bedreigd met dezelfde straf die de beschuldigde zou hebben gekregen, indien het oordeel terecht zou zijn geweest. Dit moet betekenen dat het geval 'iemand heeft een halsmisdaad H gepleegd' en het geval 'een rechter heeft iemand valselijk voor een halsmisdaad H veroordeeld' aan elkaar gelijk zijn, voorzover het de aard en omvang van de daarmee bewerkstelligde verstoringen in het 'Patroon' betreft. Het gelijkheidsbeginsel brengt vervolgens met zich mee dat beide categorieën normovertreders, halsmisdadigers en valselijjk voor halsmisdaden veroordelende rechters, in deze 'gelijke' gevallen gelijk behoren te worden gestraft. Q.E.D.

2.2 Het risico van cirkelredeneringen

Ik kan mij voorstellen dat de lezer zich afvraagt waar hij bij lezing van deze redenering wordt verleid tot gevolgtrekkingen die indruisen tegen zijn juridisch gezond verstand. Het mag dan misschien zo zijn dat de oude T'ang-chinezen 'halsmisdaden' en 'rechterlijke beoordelingsfouten met betrekking tot halsmisdaden' aan elkaar gelijk achtten, maar deze gelijkstelling zal zeker de hedendaagse rechters minder aanspreken. Hoe is het dan tòch mogelijk dat met behulp van het gelijkheidsbeginsel zo licht een, zij het ook slechts voorbijgaande, indruk van plausibiliteit van bepaalde juridische redeneringen wordt gewekt? Die suggestie houdt verband met een semantische eigenschap van het gelijkheidsbeginsel, waardoor dit gemakkelijk circulaire rechtvaardigingsredeneringen in de hand werkt. Burkens heeft dit mechanisme scherpzinnig beschreven. Aangezien het niet eenvoudig is, zijn beschrijving te overtreffen, citeer ik hem:

'De gevallen die door een regeling worden bestreken zullen nimmer gelijk aan elkaar zijn in de zin van strikte identiteit. Wanneer een regeling bijvoorbeeld inhoudt, dat aan alle autobezitters een bepaalde heffing wordt opgelegd, worden alle gevallen van autobezit als onderling gelijk aangemerkt, ofschoon de autobezitters in tal van opzichten allerminst gelijk zijn. Van deze verschillen wordt derhalve geabstraheerd. Het recht maakt derhalve uit, dat bepaalde gevallen als onderling gelijk zullen gelden; daartoe wordt van bepaalde verschillen geabstraheerd, terwijl andere juist als relevant worden aangemerkt. De omstandigheid, dat het recht uitmaakt dat bepaalde gevallen als onderling gelijk zullen gelden, betekent naar rechtsgevolg: het recht maakt uit dat bepaalde gevallen gelijk zullen worden behandeld.

Passen we hierop het gelijkheidsbeginsel toe, dan komen we in een cirkelredenering terecht. De wetgever moet gelijke gevallen gelijk behandelen. De wetgever treft een regeling waarin hij bepaalde gevallen als onderling gelijk aanmerkt; deze worden dan naar rechtsgevolg gelijk behandeld. Waarom meent

de wetgever, dat hij de desbetreffende gevallen als gelijk moet aanmerken? Omdat hij meent, dat deze gevallen gelijk dienen te worden behandeld. Voor de wetgever zijn derhalve gelijk de gevallen, die zijns inziens gelijk moeten worden behandeld. Ergo: het recht moet gelijke gevallen gelijk behandelen; en gelijk zijn de gevallen, die gelijk behandeld dienen te worden.'[3]

Terecht besluit Burkens met de verzuchting:

'Maar hiermee komt men niet van de plaats.'[4]

Een cirkelredenering wekt immers slechts de schijn dat zij een bepaalde conclusie rechtvaardigt. Die rechtvaardiging valt echter door de mand, als bij nadere analyse diezelfde conclusie een uitgangspremisse blijkt te vormen van de redenering die haar juist moet rechtvaardigen.[5] Daarmee wordt de rechtvaardigingslast naar een eerdere redeneerfase verlegd. Aan het welslagen van díe rechtvaardiging kan een cirkelredenering niets meer bijdragen, noch kan zij er iets op afdoen. Zij versluiert de punten waarop het werkelijk aankomt.

Het gelijkheidsbeginsel werkt gemakkelijk cirkelredeneringen in de hand. Het is derhalve zaak de oorzaken daarvan op te sporen en de remedies te leren kennen, alvorens het beginsel met enig zelfvertrouwen in toepassing kan worden gebracht. De aangehaalde beschouwing van Burkens bevat een sleutelzin voor deze speurtocht. Voorzien van enige curisiveringen mijnerzijds, geef ik haar nogmaals weer:

'De omstandigheid dat het recht uitmaakt dat bepaalde gevallen *als onderling gelijk zullen gelden*, betekent *naar rechtsgevolg:* het recht maakt uit dat bepaalde gevallen *gelijk zullen worden behandeld.*'

Ik vermoed dat Burkens deze zin met opzet zo heeft geformuleerd dat zij een optimaal uitgangspunt biedt voor het verwarrende woordenspel dat er op volgt. Wat heeft hij gedaan? Eenvoudigweg wat iedere goede goochelaar doet: een illusie wekken.

Op het eerste gezicht lijkt de zin een theoretisch verdiepte weergave te zijn van de eerste volzin van de Grondwet: 'Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld.' De schijn dekt de werkelijkheid echter niet. In wezen zegt de zin niets anders dan dat het niet uitmaakt of rechtsgelijkheid naar *rechtsfeit* dan wel naar *rechtsgevolg* wordt gespecificeerd, omdat beide specificatiemethoden identieke resultaten opleveren. Gesuggereerd wordt de volgende indentiteit:

'rechtsgelijkheid van gevallen = gelijke rechtsbehandeling van gevallen'.

Een dergelijke identificatie bezit een oppervlakkige charme. Onder de oppervlakte is zij echter verraderlijk. Aanvaarding van de voorgestelde identiteit binnen een rechtsorde maakt het namelijk onmogelijk om in die orde nog rechtsnormen aan te wijzen die met het gelijkheidsbeginsel in strijd zijn. Rechtsnormen die niet voorzien in een gelijke behandeling van gevallen zijn dan namelijk *altijd* in overeenstemming met het gelijkheidspostulaat, omdat zij zèlf immers bepalen dat de betrokken gevallen *niet gelijk* zijn. De gedachte dat gelijkheid naar rechtsfeit en naar rechtsgevolg twee zijden van dezelfde munt zijn, brengt met zich mee dat tot het scheppen van rechtsnormen bevoegde, overheden soeverein, want immuun voor toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, kunnen aangeven welke gevallen gelijk dan wel ongelijk zijn door aan die gevallen een gelijke rechtsbehandeling te waarborgen dan wel te onthouden.

De les valt te leren dat het gelijkheidsbeginsel alleen dán de rechtsvorming kan reguleren, indien het wordt begrepen als een rechtsbeginsel *waarmee rechts-*

normen in strijd kunnen zijn. Om dat te garanderen mogen 'rechtsgelijkheid van gevallen' en 'gelijke rechtsbehandeling van gevallen' niet met elkaar worden geïdentificeerd.

De authentieke toegevoegde waarde van het gelijkheidsbeginsel is juist hierin gelegen dat het een logisch niet uitgesloten mogelijkheid om te voorzien in een *ongelijke* behandeling van *gelijke* gevallen, strijdig *maakt* met het recht, *voor zover* dit recht zich tot het gelijkheidsbeginsel bekent.

2.3 Het gelijkheidsbeginsel als rechtsnorm

De intuïtie dat de oud-chinese bedreiging van onjuiste rechterlijke veroordelingen voor halsmisdaden met de straffen die op deze misdaden waren gesteld, een toepassing van het gelijkheidsbeginsel vormt, blijkt voorbarig te zijn geweest. Het gelijkheidsbeginsel verzet zich immers juist tegen de menselijke neiging om 'gelijke rechtsbehandeling van gevallen' al te gemakkelijk gelijk te stellen met 'rechtsgelijkheid van gevallen'. Die neiging kan beter worden bestreden, naarmate wij duidelijker beseffen dat, zodra wij het voorhanden zijn van rechtswaarborgen tot gelijke behandeling van gevalllen automatisch hetzelfde achten als rechtsgelijkheid van gevallen, daaruit onontkoombaar volgt dat het *ontbreken* van rechtswaarborgen tot gelijke behandeling van gevallen vereenzelvigd moet worden met rechtsongelijjkheid van die gevallen en dat daarmee het gelijkheidsbeginsel tot een lege huls is gedegradeerd.

Om dat te voorkómen moet aan het beginsel een zodanige structuur worden toegekend dat een oordeel dat bepaalde gevallen in rechte gelijk zijn, niet identiek is aan maar een *rechtvaardiging* vormt voor een oordeel dat een *rechtsplicht* om een gelijke behandeling van die gevallen te waarborgen toepasselijk is. De structuur welke aan dit vereiste voldoet, is die van de rechtsnorm binnen welke 'rechtsgelijkheid van gevallen' als abstract rechtsfeit optreedt en 'rechtsplicht om een gelijke behandeling van gevallen te waarborgen' als abstract rechtsgevolg. Met deze structuur kan het gelijkheidsbeginsel als volgt worden verwoord:

'*Indien* gevallen rechtsgelijk zijn, dan *moet* in rechte een gelijke behandeling van die gevallen worden gewaarborgd.'

Gegeven het voorgaande, moge het vanzelf spreken dat 'rechtsgelijkheid van gevallen' in ieder geval als een *voldoende* voorwaarde voor toepasselijkheid van een 'rechtsplicht om een gelijke behandeling van die gevallen te waarborgen' is op te vatten. Uitdrukkelijke nadere overweging verdient echter de vraag of 'rechtsgelijkheid van gevallen' uit hoofde van het gelijkheidsbeginsel *bovendien* behoort te worden opgevat als een *noodzakelijke* voorwaarde (conditio sine qua non) voor toepasselijkheid van een 'rechtsplicht om een gelijke behandeling van die gevallen te waarborgen'. De consequentie van een bevestigend[6] antwoord op deze vraag zou zijn dat zowel het ontbreken van rechtswaarborgen voor een gelijke behandeling van gelijke gevallen, als de gelding van rechtsplichten tot het waarborgen van een *gelijke* behandeling van *ongelijke* gevallen strijd met het gelijkheidsbeginsel zou opleveren. Hier is niet, zoals hiervoren, de vraag aan de orde of 'gelijkheid' een munt met twee zijden is, maar gaat het er om of het gelijkheids*beginsel* een zwaard is dat slechts aan één dan wel aan twee kanten snijdt.

2.4 Voldoende of ook noodzakelijk?

Een opvatting van het gelijkheidsbeginsel waarin 'rechtgelijkheid van gevallen' niet alleen een voldoende, maar ook een noodzakelijke voorwaarde is voor toepasselijkheid van een rechtsplicht tot waarborging van een gelijke behandeling van die gevallen, heeft vèrstrekkende gevolgen. Deze opvatting leidt er toe dat wettelijke en jurisprudentiële constructies die er toe verplichten dat de aan een bepaalde categorie van gevallen verbonden rechtsgevolgen tevens worden toegepast op gevallen van een andere categorie, *altijd* gerechtvaardigd moeten kunnen worden met het argument dat het in essentie slechts om één categorie van gevallen gaat. Voorzover enerzijds wettelijke verwijzingen, van – (overeenkomstige) – toepassingverklaringen, ficties en presumpties en anderzijds rechterlijke en bestuurlijke analogieredeneringen er toe verplichten dat bij de vervulling van *verschillende* rechtsfeiten *gelijke* rechtsgevolgen worden toegepast, leveren al dergelijke constructies – die immers aan de orde komen, *gegeven* een prima facie rechtsongelijkheid van gevallen – dan in wezen rechtsnormen op die het gelijkheidsbeginsel schenden, *tenzij* wordt beredeneerd dat de betrokken rechtsfeiten 'eigenlijk' niet verschillen.[7]

Nú kan duidelijk worden gemaakt waarom ik in het voorbeeld dat ik aan Van Guliks Rechter Tie-roman ontleende, in tweede instantie uitweek naar de idee van gelijke verstoringen van het confuciaanse 'Patroon'.

Nadat ik aanvankelijk op basis van een geconstateerde gelijkheid naar rechtsgevolg de onjuiste intuïtie was gevolgd dat er daarmee automatisch sprake zou zijn van een gelijkheid naar rechtsfeit, zodat ik mij schuldig dreigde te maken aan een door het gelijkheidsbeginsel verboden identificatie van beide gelijkheden, heb ik mijzelf uit de situatie willen redden, zónder de pretentie dat hier het gelijkheidsbeginsel aan de orde is, los te laten. Daartoe was het nodig dat ik coûte que coûte een gelijkheid in rechte van 'halsmisdaden' en 'onjuiste rechterlijke veroordelingen voor halsmisdaden' construeerde als een *noodzakelijke* rechtvaardigingsgrond voor de rechtsregel dat een rechter die een dergelijke onjuiste veroordeling uitspreekt, dezelfde straf moet ondergaan die hij de onschuldige wilde opleggen. Op zijn chinees gezegd: gezichtsverlies bleek slechts te kunnen worden voorkomen door gebruuik te maken van een metafysische uitweg die Van Gulik op andere plaatsen in zijn roman had gewezen.

Ik vermoed overigens dat op een zeer hoog abstractieniveau 'rechtsgelijkheid van gevallen' wel degelijk door het gelijkheidsbeginsel wordt ingevoerd als een voldoende *èn noodzakelijke* voorwaarde voor toepasselijkheid van een 'rechtsplicht om een gelijke behandeling van gevallen te waarborgen'. Betwijfeld kan echter worden dat het op dit hoge abstractieniveau iets uitmaakt of 'rechtsgelijkheid van gevallen' al dan niet een 'conditio sine qua non' voor 'verplichte gelijke rechtsbehandeling' vormt. Het oud-chinese voorbeeld maakte reeds aannemelijk dat een noodzakelijk geachte 'rechtsgelijkheid van gevallen' altijd wel valt te *construeren*. Een beknopte analyse van Kranenburgs bekende 'laatste wet van het rechtsbewustzijn' of 'evenredigheidswet' versterkt dit vermoeden.

Kranenburg achtte zèlf de volgende omschrijving van deze wet kennelijk het meest geslaagd:

'Elk lid der rechtsgemeenschap is ten aanzien der verdeling van de voor-

waarden voor lust en onlust gelijk en gelijkwaardig, voorzover hij niet zelve de voorwaarden voor het ontstaan van bizonderen lust en onlust heeft geschapen; zoveel lust en onlust, als waarvoor elk de voorwaarden heeft gecreëerd, komen aan hem toe.[8]

Versta ik de 'evenredigheidswet' goed, dan vestigt zij een rechtsplicht tot gelijke behandeling van leden van een rechtgemeenschap, *stéédś indien en alléén voorzover* het *niet* zo is dat zij gedrag vertonen dat een grond tot bijzondere lust of onlust voor hen vormt of doet ontstaan.

Het ontbreken van gedrag dat aldus geschikt is om een gelijke 'verdeling van de voorwaarden voor lust en onlust' te verstoren, vormt niet slechts een voldoende, maar ook een noodzakelijke voorwaarde voor toepasselijkheid van een plicht tot gelijke (= uniforme) behandeling van leden van de betrokken rechtsgemeenschap. Het is echter aannemelijk dat het betrekkelijk eenvoudig zal zijn om ook dan, wanneer *àndere* motieven voor vestiging van een plicht tot gelijke behandeling van bepaalde gevallen vooropstaan, *tevens* te beredeneren dat tussen die gevallen geen voorwaarden voor het ontstaan van bijzondere lust of onlust een rol spelen.

Een gelijkheidsbeginsel dat 'rechtsgelijkheid' van gevallen over de gehele linie èn als een voldoende èn als een noodzakelijke voorwaarde voor de toepasselijkheid van een plicht tot 'gelijke rechtsbehandeling' van die gevallen invoert, is kennelijk zo 'sterk' dat er in de rechtspraktijk vrijwel niets en in de rechtstheorie en -filosofie vrijwel alles mee valt aan te vangen. Daarmee rijst de vraag of dan maar eenvoudigweg het standpunt moet worden ingenomen dat het gelijkheidsbeginsel de syntactische structuur van een implicatie heeft die kenmerkend is voor het merendeel van de 'gewone' rechtsnormen.[9] Het beginsel kan dan als volgt onder woorden worden gebracht:

'*Steeds* indien gevallen rechtsgelijk zijn, dan *moet* in rechte een gelijke behandeling van die gevallen worden gewaarborgd.'

Bij deze interpretatie mogen zonder enig voorbehoud de volgende conclusies worden getrokken:

a. 'Rechtsgelijkheid' van gevallen zònder 'rechtsplicht tot gelijke behandeling' van die gevallen schendt het gelijkheidsbeginsel *wèl*;
b. 'Rechtsplicht tot gelijke behandeling' van gevallen zònder 'rechtsgelijkheid' van die gevallen schendt het gelijkheidsbeginsel *níet*.

2.5 Het beginsel van evenredige ongelijkheid

Ik heb de conclusies opzettelijk ongenuanceerd geformuleerd om met name ten aanzien van conclusie b bij de lezer dezelfde aarzelingen op te wekken die mij bij het schrijven bekropen.

Is in ernst vol te houden dat het gelijkheidsbeginsel in het geheel geen rol kan spelen bij de oordeelsvorming over de legitimiteit van een uniforme behandeling in rechte van gevallen die niet gelijk zijn? Vormt dit beperkte normerende vermogen de prijs die moet worden betaald om een dermate 'sterk' gelijkheidsbeginsel te vermijden dat het zijn praktische en theoretische waarde verliest?

Misschien zouden deze vragen bevestigend moeten worden beantwoord, indien het gelijkheidsbeginsel, overeenkomstig de tot nu toe gewekte suggestie, uitsluitend en alleen zou zien op de wijze van behandeling van in rechte *gelijke*

gevallen. Dit gelijkheidsbeginsel 'in enge zin' heeft echter een, in het voorgaande nog buiten beschouwing gebleven, complement in termen van *ongelijkheid*.

In de omschrijving van Van Wijk/Konijnenbelt heet het:

'Het gelijkheidsbeginsel wil dat gelijke gevallen gelijk behandeld worden *en ongelijke gevallen ongelijk naar de mate waarin zij verschillen.*'[10]

Het tweede subprincipe van het gelijkheidsbeginsel 'in ruimere zin' vraagt om een proportionele behandeling in rechte van ongelijke gevallen. Ter onderscheiding van andere evenredigheidsbeginselen die heden ten dage opgeld doen,[11] kan het misschien het beste worden aangeduid als het 'beginsel van *evenredige ongelijkheid*'.

Naar mijn indruk kleven er aan dit subprincipe nog aanmerkelijk meer interpretatieproblemen dan aan het gelijkheidsbeginsel 'in enge zin', zodat een voorzichtige analysestrategie aanbeveling verdient.

Een aan die van het gelijkheidsbeginsel 'in enge zin' analoge formulering van het beginsel van evenredige ongelijkheid vormt een eerste stap bij de bepaling van de verhouding tussen beide subprincipes. Voor een dergelijke analoge verwoording staat de syntactische structuur van 'hoe ... des te'-zinnen, die aan de structuur van 'indien ... dan'-zinnen verwant is, dat met haar meteen blijkt dat een ongeclausuleerd beginsel van evenredige ongelijkheid onzin is:

'Hoe ongelijker in rechte gevallen zijn, des te meer onderlinge ongelijkheid in de rechtsbehandeling van die gevallen moet worden gewaarborgd.'

Letterlijk opgevat, zou het subprincipe van evenredige ongelijkheid er toe verplichten dat voor elk van alle voorstelbare gevallen die niet als onderling gelijk kunnen worden aangemerkt, een uniek rechtsregiem geldt dat op zijn beurt een plaats heeft binnen een overkoepelende ordening van al die unieke rechtsregiems naar de mate van ongelijkheid in rechtsbehandeling die zij waarborgen. Vatten wij met Ludwig Wittgenstein de wereld op als 'alles wat het geval is'[13] en gaan we er van uit dat er geen grenzen zijn aan wat er allemaal het geval kan zijn, dan zou een ongeclausuleerd beginsel van evenredige ongelijkheid het einde betekenen van de idee dat een rechtsorde aan eisen van eenheid, uniformiteit en overzichtelijkheid behoort te beantwoorden.

Het tweede subprincipe dient derhalve te worden geclausuleerd. Er zal nu blijken – en daar gaat het hier om – dat in dit proces van clausulering van het beginsel van evenredige ongelijkheid een eveneens geclausuleerd gelijkheidsbeginsel 'in enge zin' gestalte krijgt waarin 'rechtsgelijkheid' van gevallen een noodzakelijke en voldoende voorwaarde voor toepasselijkheid van een plicht tot 'gelijke rechtsbehandeling' van die gevallen vormt.

De toepasselijkheidscondities voor het beginsel van evenredige ongelijkheid zijn van dien aard dat dit beginsel slechts binnen redelijk begrensde en betrekkelijk geordende juridische contexten rechtswerking kan hebben.

In de eerste plaats is een rechtsrelevante maatstaf vereist, aan de hand waarvan, overigens vergelijkbare, gevallen ten aanzien van een of meer specifieke eigenschappen in een onderlinge rangordening kunnen worden geplaatst. Zo is het mogelijk de vergelijkbare misdrijven 'moord' en 'doodslag' aan de hand van de rechtsrelevante maatstaf 'verwijtbaarheid' in een onderlinge rangordening te brengen die voor 'moord' (opzettelijk èn met voorbedachte rade) een hogere rang inruimt dan voor 'doodslag' ('alleen maar' opzettelijk).

In de tweede plaats is een rechtsrelevante maatstaf vereist aan de hand waarvan, overigens vergelijkbare, vormen van 'rechtsbehandeling' eveneens in

een onderlinge rangordening kunnen worden gebracht. Ingevolge de rechtsrelevante maatstaf 'tijdsduur' kunnen bijvoorbeeld de strafmaxima 'levenslange of twintigjarige gevangenisstraf' en 'vijftienjarige gevangenisstraf' in een onderlinge rangordening worden gebracht, waarbij aan de eerste vorm van 'rechtsbehandeling' een hogere rang toekomt dan aan de tweede.

Tenslotte moeten de 'gevallen'-rangordening en de 'rechtsbehandelingen'-rangordening met elkaar in dier voege *corresponderen* dat rangen van beide over en weer *gelijkwaardig* zijn. Daarmee is dan tevens meer of minder nauwkeurig bepaald welke rangen over en weer *ongelijkwaardig* zijn. Rangen boven een bepaalde rang binnen de *ene* rangordening zijn immers per definitie ongelijkwaardig met een met deze bepaalde rang gelijkwaardige rang en de aan de laatste ondergeschikte rangen binnen de *andere* rangordening.

Geldt bijvoorbeeld de rang van 'opzettelijk van het leven beroven' binnen de rangordening naar 'verwijtbaarheid' van 'misdrijven tegen het leven' als *gelijkwaardig* met de rang van 'vijftien jaren' binnen de rangordening naar 'tijdsduur' van 'wettelijke strafmaxima', dan is daarmee tevens bepaald dat de hogere rang van 'opzettelijk en met voorbedachten rade van het leven beroven' binnen de rangordening naar 'verwijtbaarheid' van 'misdrijven tegen het leven' *ongelijkwaardig* is met de rang 'vijftien jaren' en aan deze ondergeschikte rangen binnen de rangordening naar 'tijdsduur' van 'wettelijke strafmaxima'.

Rangordeningen van 'gevallen' en van 'rechtsbehandelingen' kunnen verschillen in aard en precisie.[14] Dit geldt eveneens voor de tussen dergelijke rangordeningen geldende correspondentierelaties. Nauwkeurige kwantitatieve correspondentierelaties tussen 'metrische' rangordeningen treffen wij aan in het belastingrecht, waar het gaat om relaties tussen schalen van 'belastbare feiten' en van 'verschuldigde belasting', of in de praktijk van de afdoening van lichte verkeersovertredingen aan de hand van vaste schikkingstarieven. Kwalitatieve en dikwijls niet geheel uitgekristalliseerde rangordeningen van 'gevallen' en van 'rechtsbehandelingen' met dienovereenkomstig kwalitatieve correspondentierelaties treffen wij aan in bestuursrechtelijke jurisprudentie inzake het 'willekeur'-criterium. In deze jurisprudentie wordt bijvoorbeeld impliciet naar dergelijke correspondentierelaties verwezen in oordelen die er toe strekken dat, gegeven concrete omstandigheden van de voorgelegde gevallen, de administratie redelijkerwijze niet onverkort kan vasthouden aan terzake van zulke gevallen in het algemeen ontwikkelde beleidslijnen.[15] Dergelijke toepassingen van de (on)evenredigheidsnotie (behoren te) zijn gefundeerd in een – eventueel fragmentarische – rechtsvisie op correspondentierelaties tussen de mate van ongelijkheid van 'gevallen' en de mate van ongelijkheid van de 'rechtsbehandelingen' die deze 'gevallen' toekomen.

In de praktijk worden correspondentierelaties tussen rangordeningen van 'gevallen' en rangordeningen van 'rechtsbehandelingen' veelal gelegd als ging het daarbij zelf om *toepassingen* van het beginsel van evenredige ongelijkheid. Analytisch moet de fase van het *ontwikkelen* van rangordeningen van 'gevallen' en van 'rechtsbehandelingen' en het leggen van correspondentierelaties tussen deze echter worden onderscheiden van de fase van toepassing van het beginsel. Principeel is het eerst mogelijk het beginsel van evenredige ongelijkheid toe te passen, dat wil zeggen te toetsen of het wordt opgevolgd dan wel geschonden, indien rechtens vaststaat wèlke rangen van 'gevallen' en van 'rechtsbehandelingen' binnen voor beide opgestelde rangordeningen (on)gelijkwaardig aan elkaar zijn.

De (on)gelijkwaardigheidsrelaties tussen de rangen van de beide ordeningen bepalen, wanneer de ongelijkheid van 'gevallen' in overeenstemming is met de ongelijkheid van de de 'rechtsbehandelingen' van deze 'gevallen'. Is dit eenmaal bepaald, dan is daarmee een toepasselijkheidscontext voor het beginsel van evenredige ongelijkheid tot stand gebracht.

Niet de corresponderende rangordeningen van 'gevallen' en van 'rechtsbehandelingen' zèlf, maar de toepasselijkheid van het beginsel van evenredige ongelijkheid daarop leidt tot de plicht om te waarborgen dat een 'geval' dat tot een 'gevallen'-rangordening behoort, *geen* 'rechtsbehandeling' krijgt van een rang binnen de corresponderende 'rechtsbehandelingen'-rangordening die *ongelijkwaardig* is aan de rang die dat 'geval' binnen de 'gevallen'-rangordening heeft.

2.6 Voldoende en noodzakelijk

Waar het mij, ter afsluiting van deze paragraaf, uiteindelijk om gaat, is de gevolgtrekking dat binnen juridische contexten die beantwoorden aan de toepasselijkheidscondities voor het beginsel van evenredige ongelijkheid, 'rechtsgelijkheid' van gevallen niet alleen een voldoende, maar óók een *noodzakelijke* voorwaarde voor toepasselijkheid van een plicht tot het waarborgen van 'gelijke rechtsbehandeling' van die gevallen is. Het beginsel van evenredige ongelijkheid komt immers neer op een verbod om voor gevallen van een gegeven rang rechtsbehandelingen te waarborgen van een rang die niet gelijkwaardig is aan de rang van de gevallen. Het waarborgen van rechtsbehandelingen van eenzelfde rang aan gevallen van verschillende rangen zou onvermijdelijk een overtreding van dit verbod opleveren en plichten daartoe zijn derhalve onverenigbaar met het beginsel van evenredige ongelijkheid.

Plichten (en trouwens ook geoorloofdheden) tot het waarborgen van rechtsbehandelingen van *dezelfde* rang aan twee of meer gevallen laten zich *alleen* verenigen met het beginsel van evenredige ongelijkheid, *mits* die gevallen ook van dezelfde, aan de rang van de rechtsbehandelingen gelijkwaardige, rang zijn.[16]

3 Gelijkheidsmaatstaven

3.1 Beweringen

De vorige paragraaf mondt uit in drie beweringen:

a. Het gelijkheidsbeginsel 'in ruimere zin' verbiedt identificatie van 'rechts(on)gelijkheid' van gevallen met '(on)gelijke rechtsbehandeling' van gevallen;
b. Het gelijkheidsbeginsel 'in enge zin' postuleert 'rechtsgelijkheid' van gevallen als *voldoende* voorwaarde voor toepasselijkheid van een plicht tot het waarborgen van 'gelijke rechtsbehandeling' van die gevallen;
c. Binnen juridische contexten met corresponderende rangordening van gevallen en rechtsbehandelingen postuleert het beginsel van evenredige ongelijkheid 'rechtsgelijkheid' van gevallen *bovendien* als *noodzakelijke* voorwaarde voor toepasselijkheid van een plicht tot (en zelfs de geoorloofdheid

van) het waarborgen van 'gelijke rechtsbehandeling' van die gevallen.

Zolang de betekenissen van 'rechtsgelijkheid' en 'gelijke rechtsbehandeling' van gevallen niet nader zijn bepaald, kunnen wij met deze beweringen nog weinig aan. Daarom moet meer duidelijkheid worden geschapen omtrent het begrip 'gelijkheid'.

3.2 Gelijkheidsmaatstaven

Het ligt voor de hand 'gelijkheid' op te vatten als een betrekking tussen personen, dingen, toestanden of gebeurtenissen. Met gelijkheidsbetrekkingen is echter iets bijzonders aan de hand. Zij beantwoorden bijvoorbeeld niet aan de regels die opgaan voor betrekkingen als 'vaderschap' of 'verliefdheid'. De bewering 'A is vader van B' of 'A is verliefd op B' bevatten een *afgeronde* boodschap voor hen tot wie de beweringen zijn gericht. De beweringen 'A is gelijk aan B' bevat geen afgeronde boodschap, want zij lokt de tegenvraag uit: 'In welk opzicht?'

Gustav Radbruch heeft deze bijzonderheid van gelijkheidsbetrekkingen als volgt onder woorden gebracht:

'Gleichheit ist ja nicht eine Gegebenheit, die Dinge und Menschen sind so ungleich, 'wie ein Ei dem andern'. Gleichheit ist immer nur eine Abstraktion von gegebener Ungleichheit unter einem bestimmten *Gesichtspunkte*.'[1]

Op de consequentie hiervan voor het gelijkheidsbeginsel heeft Nicolaï gewezen:

'De eis dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld kan pas zinvol worden gesteld, als er rechtens een *referentiepunt* voor vergelijking is.'[2]

En Burkens stelt in het vervolg van de passage die ik in vorige paragraaf citeerde:

'Gevallen als onderling gelijk aanmerken wil zeggen: een min of meer abstract gezichtspunt te kiezen, waaronder de gevallen als gelijk kunnen worden aangemerkt, onder uitsluiting van andere gezichtspunten. Men kiest derhalve een *differentiatiecriterium*.'[3]

De boodschap van de drie schrijvers is tweeledig.

Allereerst roeren zij alle drie aan dat gelijkheid een betrekking 'van de tweede graad' vormt. Gelijkheid is geen rechtstreekse betrekking tussen mensen, dingen, toestanden of gebeurtenissen, maar een betrekking tussen *eigenschappen van* of *betrekkingen tussen* mensen, dingen, toestanden of gebeurtenissen.

Wat ik hiermee bedoel, laat zich het eenvoudigst toelichten aan de hand van voorbeelden.

Wat betekent het, wanneer wij beweren: 'A en B zijn gelijk van kleur'? Laat ik aannemen dat het om de kleur blauw gaat. Dan drukken de volgende beweringen hetzelfde uit:

1. 'A is blauw en B is blauw';
2. 'A en B zijn aan elkaar gelijk, voorzover beide kleureigenschappen hebben die onder het begrip "blauw" vallen'.

Derhalve zijn het de kleur*eigenschappen* van A en B die in een gelijkheidsbetrekking tot elkaar staan.

Wat betekent het, wanneer wij beweren dat – in overeenstemming met artikel 7 van de Universele verklaring van de rechten van de mens – alle burgers

in een bepaald land een gelijke rechtsbescherming Rb door de wet genieten? Ik vat 'genieten van rechtsbescherming Rb door de wet' op als een betrekking tussen wetgever en de burgers van dat land. Wij kunnen dan zeggen dat de volgende beweringen hetzelfde uitdrukken:

3. 'Burger B_1 geniet rechtsbescherming Rb door de wet en Burger B_2 geniet rechtsbescherming Rb door de wet en ... en burger B_n geniet rechtsbescherming Rb door de wet.'
4. 'De burgers B_1, B_2 ... B_n zijn aan elkaar gelijk, voorzover zij allen ten opzichte van de wetgever rechtsbeschermingsbetrekkingen onderhouden die onder het begrip "Rb" vallen.'

Derhalve zijn het de rechtsbeschermings*betrekkingen* van de burgers met de wetgever die in een gelijkheidsbetrekking tot elkaar staan.[4]

De drie eerder geciteerde auteurs brengen met de door hen gekozen termen (Radbruch: 'gezichtspunt', Nicolaï: 'referentiepunt', Burkens: 'differentiatiecriterium') allereerst tot uitdrukking dat twee of meer mensen, dingen, toestanden of gebeurtenissen slechts met betrekking tot een als *gelijkheidsmaatstaf geldend* begrip gelijk kunnen worden geacht. Mensen, dingen, toestanden of gebeurtenissen zijn gelijk met betrekking tot een bepaald begrip, voorzover zij eigenschappen bezitten of betrekkingen onderhouden, die met de kenmerken van dat begrip corresponderen.

3.3 Legitimatiegronden

De geciteerde auteurs suggereren echter nog meer. De termen 'gezichtspunt' en 'referentiepunt' lijken namelijk niet alleen naar juridische gelijkheidsmaatstaven te verwijzen, maar ook naar de op een volgend niveau liggende *legitimatiegronden* van die maatstaven.

Burkens brengt dit analytische niveauverschil in zijn terminologie tot uitdrukking:

'De keuze van het *differentiatiecriterium* hangt af van de doelstelling van de desbetreffende wettelijke regeling, het *differentiatiedoel*. Is bijvoorbeeld het differentiatiedoel de bestrijding van armoede, dan is het evident niet zinvol om "mens" als differentiatiecriterium te kiezen; het criterium zal veeleer moeten zijn iets als "mens onder een bepaald bestedingsniveau of inkomensniveau".'[5]

Burkens expliciete onderscheid tussen "differentiatiecriterium" en "differentiatiedoel" is vruchtbaar, maar de teleologisch gekleurde terminologie kan de aandacht afleiden van andere mogelijke legitimatiegronden voor gelijkheidsmaatstaven.

Wij kunnen ons een legitimatiegrond voor een bepaalde gelijkheidsmaatstaf voorstellen als een argumentatie die een antwoord biedt op de vraag *waarom* deze maatstaf gerechtvaardigd is. Het is natuurlijk denkbaar dat een dergelijke argumentatie ter rechtvaardiging van de maatstaf aangeeft *waartoe* de maatstaf dient. In dat geval heeft de legitimatiegrond de vorm van een *doelstelling*. Niet alle 'waarom'-vragen in het recht zijn echter 'waartoe'-vragen. Voor de legitimatie van de gelijkheidsmaatstaf 'Nederlander', waaraan personen krachtens artikel 3 Grondwet moeten beantwoorden om een aanspraak op benoeming in openbare dienst op gelijke voet met andere Nederlanders te hebben, is bijvoorbeeld een antwoord op een 'waartoe'-vraag niet toereikend, maar zijn uiteindelijk argumenten van niet-teleologische aard benodigd.

Ik vermoed voorlopig dat het merendeel van de legitimatiegronden voor gelijkheidsmaatstaven verzamelingen van op elkaar betrokken argumenten van vooral de volgende typen zijn:

- aan het positieve recht voorafgaande waarde-oordelen ('eigendom is heilig en onschendbaar');
- *rechtsbeginselen* ('eigendom moet worden gewaarborgd')[6];
- *rechtsnormachtige oordelen* ('schendingen van eigendom door anderen moeten niet worden toegestaan');
- *teleologische oordelen* ('wettelijke strafsancties zijn adequate middelen ter bescherming van personen tegen schendingen van hun eigendom door medeburgers').

Op grond van een uit dergelijke oordelen samengestelde argumentatie wordt bijvoorbeeld het begrip 'diefstal' als gelijkheidsmaatstaf gelegitimeerd.

3.4 Diefstal bij nacht

Aan Karl Engisch[7] ontleen ik een voorbeeld van een complexe legitimatiegrond voor een gelijkheidsmaatstaf dat aansluit bij het voorgaande voorbeeld.

De door Engisch besproken casuspositie wierp indertijd een vraag op betreffende de precieze betekenis van een wettelijk differentiatiecriterium in het strafrecht van de Weimar-republiek. De toenmalige Duitse strafwetgeving maakte namelijk een onderscheid tussen het gronddelict 'diefstal' en het gekwalificeerde delict 'diefstal bij nacht'. Interpretatieproblemen rezen, toen zich een geval voordeed waarbij een dief de nacht had doorgebracht in de schuur van een boerderij en vervolgens in de ochtendschemering een paard uit de stal had weggenomen. Ging het hier wel of niet om een diefstal bij nacht?[8]

In de terminologie van Burkens vormde het begrip 'Nachtzeit' het wettelijke differentiatiecriterium tussen beide diefstalcategorieën. Aan de hand van dit wettelijke criterium bleek de casus echter niet beslisbaar te zijn. De rechter zag zich derhalve gedwongen een nader criterium te zoeken en te rechtvaardigen. Engisch duidt zelf als mogelijke criteria aan: vaste tijdstippen, de tijd waarin mensen in het algemeen plegen te slapen of de tijd waarin de slachtoffers van een diefstal hebben geslapen.[9] Het toenmalige 'Reichsgericht' heeft zich uiteindelijk uitgesproken ten gunste van het 'vergelijkingsgezichtspunt' (Engisch' term) 'Dunkelheit'. Daarover zegt Engisch het volgende:

'Aber wie sollen wir dann die "Hinsicht", den "Gesichtspunkt" der Vergleichung deuten? Nun: wenn ich sage, ein Diebstahl im ersten Morgengrauen ist einem Diebstahl in der Nacht unter dem Gesichtspunkt der Dunkelheit gleichzuachten, während ein Diebstahl bei beginnender Morgenröte, wann die Gegenstände sich schon unterscheiden lassen und die Situation zu überblicken ist, einem Diebstahl mitten in der Nacht nicht gleichgestellt werden kann (und zwar wiederum "hinsichtlich" der Dunkelheit, nicht etwa "hinsichtlich" der Nachtruhe der Bewohner, im Hinblick auf die es ganz anders stehen mag), so kann ich offenbar ganz ebensogut sagen: dort is die Dunkelheit die gleiche oder annähernd die gleiche oder "praktisch" die gleiche, hier dagegen nicht. "Gleichheit hinsichtlich der Dunkelheit" bedeutet dasselbe wie "gleiche Dunkelheit" so wie auch "Gleichheit mit bezug auf die Form" nichts anderes bedeutet wie "gleiche Form" und "Gleichheit mit bezug auf die Farbe" nichts anderes wie "gleiche Farbe".'[10]

Voor Engisch is een vergelijkingsgezichtspunt een begrip (hier 'Dunkelheit') dat als gelijkheidsmaatstaf geldt. Evenals Burkens werpt hij echter tevens de vraag naar de legitieme herkomst van de gelijkheidsmaatstaf zelf op.

In dat verband beweert hij allereerst dat een gelijkheidsmaatstaf het mogelijk maakt zich te beperken tot bepaalde aspecten van mensen, dingen, toestanden of gebeurtenissen en van andere aspecten af te zien:

'Ich kann den Blick auf bestimmte Qualitäten und Umstände konzentrieren und dabei zugleich von anderen Momenten "absehen". Vermittels dieser "Abstraktion" gelingt es mir dann, das für den Vergleich Wesentliche vom Unwesentlichen zu unterscheiden.'[11]

De keuze van de gelijkheidsmaatstaf bepaalt wat rechtens wezenlijk en wat rechtens irrelevant is. Hoe moet een dergelijke keuze echter op háár beurt worden gerechtvaardigd? (De Schotse rechtstheoreticus MacCormick spreekt hier van 'second-order justification'[12]) . Engisch:

'Welche Seiten ich dann beim Vergleich zweier Objekte in den Blick nehme und bachte, das bestimmt sich nach den besonderen Interessen, die mich beim Vergleich bewegen. So habe ich ein besonderes Interesse daran, zwei Diebstähle auf den Dunkelheitsgrad bei der Tatbegehung zu vergleichen, weil mich diese Seite der Angelegenheit um der erhöhten Schutzbedürftigkeit der Angegriffenen und um der damit verbundenen erhöhten Strafwürdigkeit willen interessiert, ...'[13]

Het laatste citaat laat zien dat de legitimatie van een gelijkheidsmaatstaf geenszins beperkt behoeft te blijven tot een door de term 'differentiatiedoel' gesuggereerde teleologische argumentatie. Engisch' redenering lijkt bijvoorbeeld uit de volgende argumenten te zijn opgebouwd:

- gevallen van diefstal bij nacht en tijdens de ochtendschemering zijn gelijk met betrekking tot de maatstaf 'nachtelijke duisternis';
- deze gelijkheidsmaatstaf is gerechtvaardigd, omdat 'nachtelijke duisternis' leidt tot een behoefte aan rechtsbescherming van slachtoffers van diefstal van een hogere graad dan de behoefte aan rechtsbescherming van dergelijke slachtoffers, indien er geen nachtelijke duisternis heerst;
- waar de mate van strafwaardigheid van misdadigers correspondeert met de omvang van de behoefte van slachtoffers aan rechtsbescherming tegen misdrijven, dienen ook de wettelijke strafbedreigingen op diefstal bij nacht en op diefstal in de ochtendschemering gelijk te zijn.

Het is mogelijk om het laatste argument een teleologische interpretatie te geven: een grotere strafsanctie is een middel om een hogere rechtsbescherming te verlenen. Zelfs dat is echter niet nodig: de door Engisch gelegde band tussen rechtsbeschermingsbehoefte en strafwaardigheid kan namelijk ook worden gezien als een criterium om een 'vergeldingsevenwicht' vast te stellen. De strafmaat wordt dan gerechtvaardigd door de mate van weerloosheid van slachtoffers.

3.5 Gerechtvaardigde gelijkheidsmaatstaven

Het is duidelijk geworden dat gelijkheid slechts met betrekking tot een gegeven maatstaf kan worden vastgesteld. Bovendien kon uit de voorbeelden worden opgemaakt dat de *keuze* van een maatstaf niet willekeurig mag plaatsvinden, maar door argumenten *gerechtvaardigd* moet zijn.

Elk oordeel dat gevallen rechtsgelijk zijn, kan derhalve op betekenis en houdbaarheid worden getoetst aan de hand van de tweeledige vraagstelling:

'*In welk opzicht* zijn die gevallen gelijk en *waarom* is gelijkheid in dat opzicht juridisch relevant?'

Dezelfde tweeledige vraagstelling is natuurlijk mogelijk ten aanzien van oordelen dat *rechtsbehandelingen* gelijk zijn. Beide 'geledingen' van het gelijkheidsbeginsel werpen zowel het vraagstuk van de *keuze* van gelijkheidsmaatstaven als dat van de *rechtvaardiging* van die keuze op. Daarmee kan het beginsel ongeveer als volgt opnieuw worden geformuleerd;

'Indien gevallen in een rechtens legitiem opzicht A aan elkaar gelijk zijn, dan moeten voor die gevallen rechtsbehandelingen worden gewaarborgd welke in een rechtens legitiem opzicht B aan elkaar gelijk zijn.'[14]

Voor wat betreft de problematiek van de gelijkheid van rechtsbehandelingen, is de opvatting van Gustav Radbruch het vermelden waard:

'Andererseits ist dem Gedanken der austeilenden Gerechtigkeit auch nur das Verhältnis, nicht die Art der Behandlung verschiedener Personen zu entnehmen, wohl die geringere Strafwürdigkeit des Diebstahls im Verhältnis zum Morde, aber nicht, ob der Dieb gehängt und der Mörder gerädert oder der Dieb mit Geldstrafe, der Mörder mit Zuchthausstrafe zu belegen sei.'[15]

Het geschilderde contrast maakt, dankzij Radbruchs verfrissend grove penseelvoering, meer duidelijk over de gelijkheidsproblematiek aan de zijde van de rechtsbehandelingen dan nog een aantal bladzijden analyse. Ik geef er daarom de voorkeur aan het hierbij te laten en mijn aandacht te wijden aan een volgend vraagstuk dat het gelijkheidsbegrip opwerpt.

3.6 Descriptieve en evaluatieve gelijkheidsmaatstaven

Gebleken is dat gelijkheid van mensen, dingen, toestanden of gebeurtenissen geen betrekking vormt die zich spontaan aan de menselijke waarneming opdringt. Een oordeel dat twee of meer objecten aan elkaar gelijk zijn is steeds het resultaat van een toetsing van die objecten aan een – impliciete of expliciete – gelijkheidsmaatstaf.

Voorzover gelijkheidsmaatstaven rechtens zijn aanvaard, kunnen wij zeggen dat zij 'gelden'. Kunnen wij dan niet beter meteen maar stellen dat gevallen of rechtsbehandelingen die aan dezelfde rechtsmaatstaf beantwoorden 'als gelijk gelden'?[16] Op zichzelf genomen, zou tegen een dergelijk spraakgebruik geen bezwaar behoeven te bestaan, ware het niet dat zij door een verder onderscheid dat nog moet worden gemaakt, verwarring kan stichten.

Het gaat om het onderscheid tussen *descriptieve* en *evaluatieve* of *normatieve* gelijkheidsmaatstaven. Ik zal dit onderscheid eerst nader toelichten.

Hiervoren is de conclusie getrokken dat een gelijkheidsmaatstaf een begrip is waaronder mensen, dingen, toestanden of gebeurtenissen moeten vallen, willen zij ten opzichte van dat begrip aan elkaar gelijk zijn. Begrippen zijn er in vele soorten, maar een doorslaggevend onderscheid vormt toch dat tussen descriptieve en evaluatieve of normatieve begrippen.[17]

Een begrip heet 'descriptief', indien er alleen een beschrijvende betekeniscomponent aan valt te onderkennen. Een begrip heet 'evaluatief' (ook wel 'normatief'), indien het begrip, naast een beschrijvende component, bovendien een waarderingscomponent kent.

Beide definities komen voort uit de 'twee-componenten-theorie'[18] van evaluatieve begrippen. Deze theorie stoelt op de nuchtere gedachte dat een begrip slechts zin heeft, indien het toepasbaar is. 'Toepasbaarheid' kan, voorzover hier van belang, worden verstaan als de eis dat een begrip in elk geval kenmerken behelst die corresponderen met *feitelijk* vaststelbare eigenschappen van of betrekkingen tussen personen, dingen, toestanden of gebeurtenissen.

Bij sommige begrippen is het niet alleen noodzakelijk, maar ook voldoende dat personen, dingen, toestanden of gebeurtenissen bepaalde feitelijke eigenschappen bezitten of betrekkingen onderhouden om een oordeel dat zij onder een dergelijk begrip vallen te rechtvaardigen. Deze begrippen hebben alléén een discriptieve betekeniscomponent. De vraag of een persoon, ding, toestand of gebeurtenis onder een dergelijk zuiver descriptief begrip valt, wordt beantwoord door een 'bewering', dat wil zeggen een oordeel dat waar of onwaar kan zijn.

Bij andere begrippen gaat het er echter niet alleen om dat feitelijke eigenschappen of betrekkingen worden getoetst aan descriptieve begripskenmerken. Zo'n toetsing biedt slechts een eerste begrenzing van de klasse van personen, dingen, toestanden of gebeurtenissen die relevant zijn met betrekking tot het begrip. De relevante empirische klasse is echter nog niet de klasse van personen, dingen, toestanden of gebeurtenissen die onder het begrip vallen. De laatste klasse wordt bij dergelijke begrippen nader afgegrensd door *bijkomende* 'evaluatieve' begripskenmerken. Het oordeel dat een persoon, ding, toestand of gebeurtenis van de relevante empirische klasse uiteindelijk onder een dergelijk evaluatief begrip valt, vormt een waarde-oordeel. Dit kan niet waar of onwaar zijn, maar slechts correct of incorrect in het licht van de evaluatieve begripskenmerken.

3.7 Wettelijke voorbeelden

Bij wijze van voorbeeld vermeld ik de interessante manier waarop de Hinderwet inspeelt op het onderscheid tussen descriptieve en evaluatieve begripskenmerken in de rechtsfeitomschrijving van artikel 2, eerste lid, Hinderwet.

In de desbetreffende bepaling is het, naar bekend, verboden gesteld om zonder vergunning inrichtingen op te richten etc., indien deze inrichtingen daarbuiten gevaar, schade of hinder kunnen veroorzaken. Aan alle drie de begrippen 'gevaar', 'schade' en 'hinder' kunnen zowel descriptieve als evaluatieve betekeniscomponenten worden onderscheiden. Zij nopen immers alle tot een 'waarneming' van feitelijke eigenschappen van een inrichting en een 'waardering' dat een inrichting mèt die eigenschappen al dan niet gevaar, schade of hinder daarbuiten kan veroorzaken.

Ingevolge de verdere wettelijk regeling vindt de vereiste 'waardering' niet in concreto, maar *in abstracto* plaats. In artikel 2, tweede lid, is namelijk bepaald dat bij algemene maatregel van bestuur wordt aangegeven welke de inrichtingen zijn die daarbuiten gevaar, schade of hinder kunnen veroorzaken. In aansluiting daarop bevat artikel 1 Hinderbesluit een opsomming van categorieën inrichtingen die '*gelden*' als inrichtingen die daarbuiten gevaar, schade of hinder kunnen veroorzaken. Deze categorieën zijn door descriptieve begripskenmerken ('melkuitgiftestations', 'klopperijen van vis' om maar iets te noemen) aangegeven. Normadressaten en normtoepassers kunnen feitelijk vaststel-

len of een inrichting al dan niet eigenschappen heeft die corresponderen met in artikel 1 Hinderbesluit opgenomen begripskenmerken. Corresponderen die eigenschappen met de kenmerken, dan behelst het Hinderbesluit het abstracte waarde-oordeel dat de inrichting beantwoordt aan een of meer van de evaluatieve begripskenmerken: 'daarbuiten gevaar, schade of hinder kunnen veroorzaken', waarmee het in de Hinderwet verankerde rechtsgevolg: 'verboden om op te richten etc. behoudens vergunning', toepasselijk is.

Het onderscheid tussen descriptieve begrippen en evaluatieve begrippen gaat a fortiori op bij begrippen die als juridische gelijkheidsmaatstaven fungeren.

Is een dergelijke gelijkheidsmaatstaf een *descriptief* begrip, zoals 'nachtelijke duisternis' dan lijkt het passend om te zeggen dat de maatstaf zelf 'geldt', maar dat de gevallen die aan de maatstaf beantwoorden, in dat opzicht aan elkaar gelijk 'zijn'. Ofschoon de vraag of de 'nachtelijke duisternis' bij ochtendschemering en midden in de nacht dezelfde is voor wat betreft de behoefte aan rechtsbescherming van slachtoffers van diefstallen, door rechtsnormatieve overweging is ingegeven, verdient zij uiteindelijk een feitelijk antwoord. Zowel een ondersteuning als een bestrijding van een dergelijke gelijkstelling zal immers moeten geschieden door beweringen omtrent feitelijke verschillen in lichtsterkte en daarmee samenhangende verschillen in het gezichtsvermogen van mensen.

Is een gelijkheidsmaatstaf daarentegen een evaluatief begrip, zoals 'ernstige gewetensbezwaren tegen vervulling van de militaire dienstplicht', dan lijkt het passend te zeggen dat niet alleen de maatstaf 'geldt', maar dat bovendien gevallen die aan deze maatstaf voldoen, in dat opzicht 'als aan elkaar gelijk gelden'. Alhoewel voor een beoordeling of de bezwaren van iemand die in kennis is gesteld van zijn geschiktheid voor de militaire dienst (artikel 3 Wet gewetensbezwaren militaire dienst) 'ernstige gewetensbezwaren' vormen, afgegaan moet worden op uitwendige indicaties met betrekking tot de bewustzijnsinhoud van de betrokken persoon, vormt het uiteindelijk oordeel terzake geen bewering, maar een combinatie van een *inschatting* van de 'oprechtheid' van de naar voren gebrachte bezwaren en een *waarde-oordeel* omtrent de 'ernst' er van.[19] Daarmee kunnen ook omtrent de 'rechtsgelijkheid' van twee of meer gevallen van gewetensbezwaren tegen militaire dienst geen ware of onware beweringen worden gedaan, maar zijn alleen maar gelijke inschattingen van die gevallen mogelijk op het punt van de plausibiliteit van de beweerde correspondentie tussen de geuite bezwaren en de bewustzijnsinhouden van betrokkenen en gelijke waarderingen van de ernst van die bezwaren. In zoverre 'zijn' dergelijke gevallen niet gelijk, maar 'gelden' zij als gelijk.

3.8 Gelijk zijn en als gelijk gelden

Het interessante van *evaluatieve* gelijkheidsmaatstaven is, dat zij het klassieke onderscheid tussen rechts*feiten*, die al dan niet in de werkelijkheid optreden, en rechts*gevolgen*, die al dan niet *gelden*, doorbreken. Dit verschijnsel is ook bij de Wet gewetensbezwaren militaire dienst te constateren. In artikel 9 van de wet is bepaald dat hij wiens bezwaren tegen vervulling van de militaire dienst als ernstige gewetensbezwaren zijn erkend, onder alle omstandigheden is vrijgesteld van de krijgsdienst. Een oordeel dat het 'rechtsfeit' van deze bepaling is vervuld – de erkenning – , refereert niet aan een feitelijke eigenschap van een

dienstplichtige, maar is een door de minister van Defensie *bevoegd* vastgesteld waarde-oordeel. Dergelijke waarde-oordelen vertonen verwantschap met wettelijke normen, doordat zij als inhouden van *bevoegd* genomen beslissingen gelden. Zij verschillen echter weer met wettelijke normen, in zoverre datgene wat 'geldt' niet een 'recht' of 'plicht' dan wel een rechtsnorm van een ander type vormt, maar een 'normatieve eigenschap of betrekking'. Deze verwarringwekkende categorieverwisseling heeft consequenties voor het positieve recht. De wet behandelt de erkenning van ernstige gewetensbezwaren als een voor beroep vatbare *beschikking*. Ook de wet gaat er dus vanuit dat het oordeel dat iemand wel of niet valt onder het begrip 'ernstige gewetensbezwaren hebben' niet waar of onwaar kan zijn, maar slechts geldig of ongeldig.

Het verschijnsel van de evaluatieve gelijkheidsmaatstaven compliceert de problematiek van de betekenis en werking van het gelijkheidsbeginsel aanmerkelijk. Hadden wij de handen reeds vol met een gelijkheidsbeginsel bij gevallen en rechtsbehandelingen die naar *geldige* maatstaven gelijk *zijn*, nu moet bovendien nog rekening worden gehouden met gevallen en rechtsbehandelingen die naar *geldige* maatstaven als gelijk *gelden*.

4 Legitimatie van gelijkheidsmaatstaven

4.1 Beweringen

De vorige paragraaf mondt uit in vier beweringen:

a. Gelijkheid is een betrekking tussen eigenschappen van of betrekkingen tussen mensen, dingen, toestanden of gebeurtenissen;
b. Aangezien mensen, dingen, toestanden of gebeurtenissen aan elkaar (on)gelijk zijn *ten aanzien van* bepaalde eigenschappen of betrekkingen, kunnen begrippen die klassen van dergelijke eigenschappen of betrekkingen aanduiden, als *geldige gelijkheidsmaatstaven* worden gekozen;
c. Terwijl juridische gelijkheidsmaatstaven gelden, *zijn* gevallen, resp. rechtsbehandelingen (on)gelijk in het licht van *descriptieve* gelijkheidsmaatstaven en *gelden* zij als (on)gelijk in het licht van *evaluatieve* gelijkheidsmaatstaven;
d. De keuze van een begrip als gelijkheidsmaatstaf mag *niet willekeurig* zijn. Dit houdt in dat de keuze op zijn minst moet worden gerechtvaardigd door argumenten die opponenten weliswaar niet behoeven te aanvaarden en zelfs verwerpelijk mogen achten, maar die zij niet onbeargumenteerd terzijde kunnen laten, zonder zich zèlf schuldig te maken aan willekeur.

4.2 Formele en materiële rechtvaardigheid

Bewering d slaat een brug tussen de tot nu toe behandelde vragen betreffende de *structuur* en nog niet behandelde vragen betreffende *inhoudelijke* reikwijdte van het gelijkheidsbeginsel. Dit onderscheid tussen *vorm* en *materie* sluit aan bij een rechtstraditie die de beginselen van gelijkheid en van evenredige ongelijkheid tot de kern van de rechtvaardigheidsgedachte rekent. Binnen deze traditie wordt een onderscheid gemaakt tussen formele en materiële rechtvaardigheid dat verwant is aan de hiervoren aangehouden indeling in *gelijkheidsmaatstaven* en *legitimatiegronden* voor gelijkheidsmaatstaven.

Engisch geeft dit onderscheid als volgt aan:

'als "formal" und dennoch "spezifisch" dürfen namentlich die Gerechtigkeitsideen gelten, die auf "Gleichheit", "Proportionalität" und "Äquivalenz", negativ: auf Ausschlusz von unbegründeter Bevorzugung oder Benachteiligung, von Unsachlichkeit und Parteilichkeit zielen. Bei den "materiellen" Gerechtigkeitsideen denken wir an die in der Geschichte immer wieder umkämpften Forderungen nach gerechten Preisen, gerechten Löhnen, gerechten Steuern und sonstigen dem Staat geschuldeten Lasten, vor allem aber auch an das immer wieder aufgerollte Problem der gerechten Strafe.'[1]

Deze passage suggereert dat gelijkheidsmaatstaven niet door willekeurige argumenten kunnen worden gelegitimeerd, maar dat dergelijke argumenten *op hun beurt* moeten verwijzen naar bepaalde fundamentele uitgangsconcepten als 'prijs', 'beloning', 'belasting' of 'straf'. Dergelijke uitgangsconcepten stellen dan 'redelijkheids'-grenzen aan debatten over keuzen van gelijkheidsmaatstaven. Argumenten die in geen enkel opzicht met aanvaarde uitgangsconcepten zijn verbonden, behoren buiten een rationele discussie over de keuze van gelijkheidsmaatstaven te worden gehouden en mogen daarom door opponenten van hen die deze argumenten desondanks naar voren brengen, zonder inhoudelijke tegenargumentatie terzijde worden gelaten. Een proponent die bijvoorbeeld ter legitimatie van een gelijkheidsmaatstaf 'lichamelijke schoonheid' voor de inkomstenbelasting zou argumenteren dat lelijke mensen het moeilijker hebben dan mooie mensen en daarom ter compensatie aan een geringere belastingdruk onderworpen behoren te zijn, beweegt zich daarmee buiten de grenzen die in onze samenleving door het uitgangsconcept 'belasting naar financiële draagkracht' zijn gesteld aan rationele debatten over fiscale gelijkheidsmaatstaven met betrekking tot individuele inkomens. Zo'n argument is in het licht van het uitgangsconcept willekeurig en mag daarom door opponenten worden genegeerd op grond van de enkele overweging dat de grenzen van het debat er mee worden overschreden.

4.3 Formules van concrete rechtvaardigheid

Het zou praktisch zijn, indien wij de beschikking hadden over een opsomming van 'aanvaarde' uitgangsconcepten die de algemene rationaliteitsgrenzen van debatten over keuzen van gelijkheidsmaatstaven bepalen.

In zijn vroege werk 'De la justice' uit 1945 heeft Perelman een dergelijke opsomming van *de meest gebruikelijke* 'formules van concrete rechtvaardigheid' gegeven.[2] Auteurs met uiteenlopende opvattingen over de mogelijkheid om keuzen van gelijkheidsmaatstaven te legitimeren op grond van zulke formules, stemmen hierin met elkaar overeen dat Perelmans opsomming voortreffelijk de uitgangsconcepten weergeeft die binnen de – al dan niet rationele – traditie van het – westerse? – recht erkenning hebben gevonden.[3]

Alvorens Perelmans opsomming te citeren, ga ik kort in op zijn aan de aristotelische scheidslijn tussen vorm en materie georiënteerde onderscheiding tussen 'abstracte of formele rechtvaardigheid' enerzijds en 'formules van concrete rechtvaardigheid' anderzijds.

Perelman begrijpt formele rechtvaardigheid als het handelingsprincipe dat personen die tot een en dezelfde essentiële categorie behoren, op dezelfde wijze behoren te worden behandeld.[4]

Het principe van formele rechtvaardigheid bepaalt niet *welke* categorieën essentieel zijn voor een rechtvaardige rechtsbehandeling.[5] Dit wordt in uiteenlopende zin bepaald door met verschillende wereldbeschouwingen verbonden 'formules van concrete rechtvaardigheid'.[6] Met behulp van deze formules wordt datgene wat *waarde* heeft onderscheiden van wat geen waarde heeft.[7] Formules van concrete rechtvaardigheid zijn zelf nog geen specifieke gelijkheidsmaatstaven, i.e. begrippen die kenmerken van voor een rechtvaardige rechtsbedeling essentiële personencategorieën bevatten, maar zij legitimeren specifieke gelijkheidsmaatstaven.

De aan de engelse vertaling van Perelmans opstel ontleende opsomming van meest gebruikelijke formules van concrete rechtvaardigheid ziet er als volgt uit:

1. To each the same thing.
2. To each according to his merits.
3. To each according to his works.
4. To each according to his needs.
5. To each according to his rank.
6. To each according to his legal entitlement.[8]

Sommige auteurs ontkennen de geldigheid van dergelijke uitgangsconcepten. Zij menen dat het gelijkheidsbeginsel uitsluitend van formele aard is. Deze opvatting wordt onder anderen verdedigd door Hans Kelsen[9] en Alf Ross.

Vooral de filippica van Ross tegen materiële interpretaties van het gelijkheidsbeginsel is van een zodanige scherpte dat zij degenen die een dergelijke interpretatie voorstaan, nauwkeurig aanwijst op welke punten zij zich moeten wapenen, i.e. niet mogen volstaan met het debiteren van ondoordachte vanzelfsprekendheden. Of men het nu wel of niet met Ross eens is, in beide gevallen verdient zijn opvatting de aandacht. Medestanders zullen in hem een kampioen herkennen, dissidenten een waardige tegenstander die tot een zorgvuldige bepaling van de eigen positie dwingt. Ik geef zijn argumentatie daarom uitvoerig weer.

4.4 De filippica van Ross

Ross vangt zijn betoog aan met een reductie van Perelmans opsomming tot vijf 'formulas of justice' te weten: een ieder naar 1) verdienste; 2) prestatie; 3) behoefte; 4) bekwaamheid; 5) rang en plaats.[10]

'These examples are noted, not in order to discuss which formulation of the principle of justice is the "right" one, but to show that the formal demand for equality as such does not mean much, and that the practical content of the demands of justice depends on presuppositions lying outside the principle of equality, namely, the criteria determining the categories to which the norm of equality shall apply. It does not amount to much to maintain that wages shall be apportioned equally, taxes assessed equally. These are empty formulae unless it is further defined by what criteria "equally" shall be determined.[11]

Binnen de gebruikelijke rechtvaardigheidsformules onderscheidt Ross twee elementen: a. de formele eis van gelijkheid en b. het materiële criterium voor de bepaling van de klasse waarop de gelijkheidsnorm toepasselijk is.[12]

De formele gelijkheidseis staat niet in de weg aan differentiatie tussen personen onder verschillende omstandigheden. Het is enkel vereist dat het ver-

schil in zoverre wordt gemotiveerd dat de personen in het licht van relevante criteria in verschillende klassen worden geplaatst. Zelf bepaalt het gelijkheidsbeginsel echter niet welke criteria relevant zijn:

'If this point is left open the demand for equality is reduced to a demand that all differentiation shall be contingent on general criteria (irrespective of which they are).'[13]

Dan volgt de dodelijke slotsom:

'But this is nothing more than a demand that the concrete treatment shall appear in the form of the application of a general rule (irrespective of which one).'[14]

Daarmee wordt voor Ross het gelijkheidsbeginsel synoniem met het rechtszekerheidsbeginsel:

'The ideal of equality as such therefore simply means the correct applications of a general rule (irrespective of which one).'[15]

Rechtvaardigheid in deze formele betekenis kan daarmee ook worden verstaan als de rationaliteitseis dat de behandeling die een persoon toekomt, bij voorbaat bepaalbaar is aan de hand van objectieve, in regels vastgelegde criteria.

'This formal demand for regularity or rationality, and nothing more, is the implication of the first of the two elements contained in the formulas of justice – the demand for equality as such. It is plain that this formal demand never can justify any claim that one rule is to be preferred for another one. Whatever the content of the rule, the demand for regularity is satisfied.'[16]

Met hun *materiële* invulling pretenderen de gebruikelijke rechtvaardigheidsformules méér dan zij kunnen waarmaken:

'The apparent evidence that can attach to the idea of equality and which is felt to give to the formulas of justice their self-sufficient justification does not cover the essential element in these formulas, namely, the material postulates of evaluation.'[17]

Er wordt wel beweerd dat de rechtvaardigheidsidee 'springs from our innermost conscience wich *a priori* necessity',[18] maar volgens Ross is dat onzin, want het is toch niet vol te houden dat onze gedachten een vanzelfsprekend postulaat zouden bevatten dat de hoogte van de belastingen gerelateerd behoort te zijn aan de capaciteit om belastingen te betalen of dat beloningen aan de hoeveelheid verrichte arbeid gekoppeld dienen te zijn.

'The value of such rules is obviously not lifted above discussion and justification in the light of their practical consequences. To present them as a demand of justice founded in an evident idea of equality is sharp practice aimed at bestowing on certain practical postulates determined by interest the apparent evidence which belongs to the idea of equality.'[19]

De woorden 'rechtvaardig' en 'onrechtvaardig' hebben volgens Ross alleen zin, indien zij worden gebezigd om beslissingen van rechts*toepassers* te kwalificeren. Het oordeel dat een rechtstoepassingsbeslissing rechtvaardig is, komt er letterlijk op neer dat zij 'regelmatig' is, dat wil zeggen in overeenstemming met de gestelde regels is genomen; niet meer en niet minder.

'But applied to characterize a general rule or order the words "just" and "unjust" are entirely devoid of meaning. *Justice is no guide for the legislator.*[20]

Ross ziet hen die *rechtvaardige rechtsregels* eisen, op zijn minst als pruilende kinderen, zo niet erger:

'To invoke justice is the same thing as banging on the table: an emotional expression which turns one's demand into an absolute postulate.'

Maar:

'That is no proper way to mutual understanding.'[21]

4.5 De postulaten van Noll

Vooral degeen die Ross' conclusie niet – onverkort – wenst over te nemen, moet diens redenering ernstig nemen. Zij maakt op zijn minst een beroep op het gelijkheidsbeginsel uit hoofde van niet nader overwogen rechtvaardigheidsnoties onmogelijk.

Zelfs bij de eenvoudige en oprechte herleiding van alle recht tot het gelijkheidsbeginsel die Peter Noll geeft in het dagboek dat hij van zijn eigen stervensproces heeft bijgehouden,[22] doemt na Ross' analyse onherroepelijk het beeld op van iemand die sympathiek, maar ongefundeerd op tafel slaat:

'1 Februar 1982.

Wenn man die Grenzfälle ausklammert, die selten sind und auf die ich noch zu sprechen kommen werde, dann ist die *Gerechtigkeit* eine sehr einfache Sache. Nur lässt sie sich auch nicht annähernd verwirklichen, weil die Macht eben stärker ist als ihre Kritik. Das Prinzip der Gerechtigkeit ist die Gleichheit, alles längst bekannt. Wenn ich eine von meinen beiden Töchtern auf den Pflichtteil setze und den Überschuss der anderen gebe, so ist das ungerecht, selbst dann, wenn die eine Tocher mir lieber wäre als die andere. Ausnahmen von der Gleichbehandlung müssen begründet werden; die Gleichbehandlung selbst bedarf keiner Begründung, weil sie das Prinzip der Gerechtigkeit ist. Wenn einer gegenüber einem anderen bevorzugt wird, so lässt sich dies mit dem Prinzip der Gerechtigkeit immer nu vereinbaren, wenn der Bevorzugte entweder mehr geleistet oder mehr Bedürfnisse hat. Nur diese beide Ausnahmen halten vor dem allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung stand: das Leistungsprinzip und das Bedürfnisprinzip.'[23]

Nolls redenering is paradoxaal. Hij wekt de indruk dat hij 'behoefte' en 'prestatie' juist niet beschouwt als concepten die grenzen stellen aan de rationaliteit van argumenten ter legitimatie van gelijkheidsmaatstaven, maar integendeel als de enige aanvaardbare aanknopingspunten voor afwijking van een overigens absolute gelijkheidseis. Bij nader inzien betekent dit echter niets anders dan de eis dat alleen 'prestatie' en 'behoefte' uitgangsconcepten vormen, op grondslag waarvan de rechtsgeldigheid van specifieke maatstaven voor de bepaling van relatieve ongelijkheid (in Burkens' terminologie 'differentiatiecriteria') mag worden beargumenteerd. Dergelijke maatstaven vormen dan echter ook meteen de enige nog aanvaarde criteria ter bepaling van een 'benoemde' gelijkheid van gevallen. Alle andere gevallen gaan bij wijze van spreken onder in één alomvattende *negatieve* klasse.[24] Zij zijn door het *ontbreken* van een maatstaf aan elkaar 'gelijk', zoals door het ontbreken van licht alle katten in het donker grauw zijn.

Na opruiming van de paradox blijkt dat Noll nauwkeurig beantwoordt aan de kritiek van Ross: hij presenteert zijn keuze van twee 'material postulates of evaluation' met een vanzelfsprekendheid als ontsprongen deze 'from our innermost conscience with *a priori* necessity.'

4.6 Het tussenstandpunt van Perelman

Hoe zich op te stellen tegenover de door Ross en Noll gepresenteerde extremen? Kan het probleem van de keuze van gelijkheidsmaatstaven alleen maar worden opgevat, hetzij als een zuivere kwestie van praktische belangenbehartiging, hetzij als een vraagstuk dat slechts is te beantwoorden door erkenning van de absolute geldigheid van een of meer uitgangsconcepten?

Tussenstandpunten blijken ook mogelijk. Zo'n tussenpositie betrekt Perelman in het verdere verloop van 'De la justice'. In menig opzicht stemt Perelmans opvatting overeen met die van Ross. Bij vergelijking van beide teksten bekroop mij zelfs het gevoel dat Ross zijn destructieve effecten heeft weten te bereiken door Perelmans voorzichtige scepsis aan te scherpen tot een toornige afwijzing van elke poging om aan het gelijkheidsbeginsel een ruimere axiologische functie toe te kennen dan die welke het rechtszekerheidsbeginsel reeds vervult.

Het zal de oplettende lezer ongetwijfeld zijn opgevallen dat Ross gebruik heeft gemaakt van de argumentatietechniek van de 'karikaturale tegenstander'. In tegenstelling tot Ross' voorstelling van zaken, neemt namelijk lang niet elke voorstander van een legitimatie van gelijkheidsmaatstaven op grond van verderliggende uitgangsconcepten aan, dat deze concepten van nature in de menselijke geest verankerd zouden zijn. Zeker in de huidige tijd, waarin wij langs feitelijke weg zo goed te weten zijn gekomen in hoe geringe mate tradionele waarden in de – collectieve of individuele – menselijke geest zijn verankerd, treden zelfs de vurigste aanhangers van een rationalistische natuurrechtsleer niet meer zo naïef in het strijdperk als Ross het voorstelt. Ikzelf moest al een in haar context volstrekt invoelbare verzuchting van een rechtsgeleerde aan het eind van zijn leven aanhalen om te illustreren tegen welke juridische vanzelfsprekendheden Ross zijn bezwaren richtte.

Het lijkt er op dat Ross aan Perelman met name het inzicht heeft ontleend dat het gelijkheidsbeginsel geen criterium is aan de hand waarvan over de rechtvaardigheid van *rechtsregels* kan worden beslist. Perelman zegt daaromtrent:

'An act is formally just if it observes a rule which sets out the obligation to treat all the members of a given category in a certain way. Note that the rule itself is not subjected to any ethical criterion: the only condition it must comply with is purely logical in character. Whether it be a case of punishing or rewarding, of applying a law regarding inheritance, a regulation about highway maintenance or a customs duty, if the rule imposes the obligation to treat the members of a given class in a certain way, then observance of the rule results in a formally just act.'[25]

Dit brengt met zich mee dat wetgevers de werking van het gelijkheidsbeginsel naar hun hand kunnen zetten door een sluwe keuze van de categorieën waarop de wettelijke regels toepasselijk zijn. Perelman geeft het amusante voorbeeld van de manier waarop een bepaalde staat een formele schending van een met Denemarken overeengekomen 'most favoured nation clause' kan ontgaan, wanneer deze staat bij nader inzien Zwitserland boven Denemarken zou willen bevoordelen met betrekking tot de invoerrechten van boter. Het is dan niet nodig dat de betrokken staat voor boter uit Zwitserland formeel lagere tarieven vaststelt dan voor boter uit Denemarken en aldus de verdragsclausule

met het laatste land schendt. Het is voldoende dat de invoerrechten voor boter, afkomstig van koeien die op meer dan 1.000 meter grazen, worden verlaagd.[26]

Het is altijd mogelijk rechtsregels zodanig aan te passen dat schendingen van het gelijkheidsbeginsel worden vermeden. Wil het gelijkheidsbeginsel geen lege formule worden, dan is het derhalve noodzakelijk om het element van willekeurigheid in de rechtsregels zelf zoveel mogelijk te elimineren.[27]

Hoe is dat te bereiken?

Allereerst moeten wij daartoe bepalen, wanneer wij een rechtsregel 'willekeurig' kunnen noemen. Perelman meent dat een rechtsregel *niet op zichzelf genomen* als willekeurig kan worden aangemerkt. De term 'willekeurigheid' verwijst in het algemeen naar het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond. Zo kan er bij een handeling sprake zijn van willekeurigheid wegens het ontbreken van een rechtsregel die de handeling rechtvaardigt.

Ook een rechtsregel is op haar beurt willekeurig, wanneer er geen rechtvaardigingsgrond is voor de door haar voorgeschreven gelijke behandeling van leden van een bepaalde categorie in vergelijking met leden van andere categorieën.[28]

Rechtvaardigingsgronden voor de keuze van dergelijke regelcategorieën hebben volgens Perelman de gedaante van algemene beginselen:

'..., the justification of a normative law invokes a more general principle from which can be deduced the different treatment applied to persons who belong to different essential categories.'[29]

Doch deze beginselen moeten op hun beurt worden gerechtvaardigd door nog algemenere beginselen enzovoorts, enzovoorts. Het zal duidelijk zijn dat 'there will be a point at which we come to a halt.'[30] Daar slaat de willekeur onherroepelijk toe.

De meest algemene beginselen van een normatief stelsel bepalen *wat waarde heeft*:

'They lay down a value, the most general value, whence are deduced standards, norms, commandments. Now this value has no basis either in logic or in reality. Since its affirmation results neither from a logical necessity nor from an experiential universality, value is neither universal nor necessary. It is, logically and experientially, arbitrary. It is indeed its arbitrary, and therefore precarious, character that distinguishes value from reality.'[31]

Een element van willekeurigheid in de betekenis van 'noch logisch noodzakelijk, noch voortvloeiend uit empirische wetmatigheden' is inherent aan elk rechtsstelsel. Anders zou het niet langer een normatief stelsel zijn.

'Any system of justice constitutes no more than the development of one or more values whose arbitrary character is linked to their very nature. This enables us to understand why there is not one single system of justice, and why there can exist as many as there are different values.[32]

Een toereikend gedifferentieerde analyse van rechtvaardigheid als gelijkheid vergt dat er drie typen van elementen worden onderscheiden:

a. funderende waarden;
b. rechtsregels die tot verwezenlijking van die waarden strekken;
c. handelingen die tot effectuering van die rechtsregels strekken.[33]

Alleen elementen van de laatste twee categorieën – in wezen de minst belangrijke – kunnen aan het gelijkheidsbeginsel worden getoetst, gegeven de gelding van elementen van de voorgaande categorieën. Wij kunnen eisen dat

handelingen in overeenstemming zijn met de rechtsregels: dat zij een gelijke behandeling van personen uit eenzelfde categorie inhouden. Wij kunnen eisen dat rechtsregels gerechtvaardigd zijn: dat zij logisch voortvloeien uit het aanvaarde normatieve stelsel.

'As for the value that is the foundation of the normative system, we cannot subject it to any rational criterion: it is utterly arbitrary and logically indeterminate. Indeed, while any value whatever can serve as foundation for a system of justice, that value in itself is not just. What we can characterise as just consists of the rule established by the value, and the acts that are in conformity with the rules.'[34]

4.7 Perelman versus Ross

Perelmans scepsis is veel genuanceerder dan die van Ross. De onvermijdelijke dosis willekeur die Perelman in verband brengt met het gelijkheidsbeginsel, ligt voor hem veel dichter bij de fundamenten van de rechtsorde dan in Ross' opvatting het geval is. Bij Perelman zijn het de *waarden* waarvan de in algemene rechtsregels aan te geven kenmerken van personen- of gevallenklassen worden afgeleid, die zich naar hun aard aan verdere legitimatie onttrekken. Voor Ross slaat de willekeur daarentegen reeds toe bij de keuze van de in rechtsregels op te nemen *kenmerken* van zulke personen- of gevallenklassen.

Er is bovendien een opmerkelijk verschil in de beide benaderingen van het willekeurbegrip. Perelman brengt willekeur(igheid) in verband met keuzesituaties waarin strikt logische of empirisch-theoretisch argumenten een uiteindelijke keuze niet (volledig) kunnen rechtvaardigen. Ross doelt op meer platvloerse situaties waarin een wettelijke behartiging van belangen van personen of groepen wordt verhuld door de rechtvaardigende schijn van het gelijkheidsbeginsel. Perelman schetst een dilemma: ook zij die er oprecht naar streven 'ieder het zijne te geven', worden, eenmaal bij de basis van de rechtsorde aangeland, gedwongen tot willekeurige – i.e. noch normatief-deductief, noch empirisch-inductief te rechtvaardigen – keuzen. Ross beschuldigt: zij die zich ter rechtvaardiging van kenmerken van datgene wat krachtens een rechtsregel voor eenieder 'het zijne' zal uitmaken, op waarden beroepen, betrachten willekeur in de vorm van obstructie van een open dialoog.

4.8 Argumentatieve rechtvaardiging

Wel delen beide auteurs het belangwekkende inzicht dat van keuzen inzake aan een rechtsorde ten grondslag te leggen waarden niet rechtstreeks kan worden 'aangetoond' dat zij rationeel zijn.

Perelman heeft zijn latere werk voornamelijk gewijd aan de daarmee opgeworpen vraag welke wegen er dan nog open staan om in waardendiscussies althans tot 'verantwoorde' keuzen te komen.[35] Met zijn 'rhetorische aanpak' heeft hij aansluiting gezocht bij een oude traditie die de laatste tijd met name ten aanzien van het recht weer tot leven is gekomen. Ik noem Theodor Viehweg met zijn 'topica',[36] Robert Alexy met zijn door Haberman geïnspireerde 'juridische argumentatietheorie' en Aleksander Peczenik[37] met zijn leer van niet-deductieve 'transformaties' of 'sprongen' in en binnen het recht.

Naar mijn indruk hebben deze en andere auteurs binnen de traditie van

de rationele argumentatie met elkaar gemeen dat allen het ideaal van *directe inhoudelijke* rechtvaardiging van rechtswaarden hebben laten varen ten gunste van de idee van een rechtvaardiging van de *wijze van kiezen* van dergelijke waarden op grond van rationaliteitskenmerken van *keuzeprocessen*.

Aanvaarding van de onmogelijkheid van een inhoudelijke rechtvaardiging van waarde-oordelen heeft geleid tot het zoeken naar mogelijkheden voor een indirecte rechtvaardiging op grond van rationele kenmerken van processen van evaluatieve oordeelsvorming. Een gestipuleerde onmiddellijke evidentie van rechtsnormatieve uitgangsconcepten, die maakt dat men over die concepten *niet van mening kàn verschillen*, heeft plaats gemaakt voor een legitimatie van dergelijke concepten, omdat er in een rationeel proces van oordeelsvorming *overeenstemming over is bereikt*. De uiteindelijke legitimatiegrond van waarden is een consensus waaraan authenticiteit wordt toegedicht, omdat zij in een rationeel – d.w.z. algemeen toegankelijk, op wederzijdse overtuiging gericht en zonder vooringenomenheid doorlopen[38] – communicatieproces tot stand is gekomen.

4.9 De sprongen van Peczenik

Aleksander Peczenik heeft een dergelijke methode van argumentatieve rechtvaardiging specifiek met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel uitgewerkt.[39] Ik geef deze uitwerking ter illustratie beknopt weer.

Volgens Peczenik vormt rechtvaardigheid een optimaal evenwicht van overwegingen die procedureel zijn verbonden met drie regulatieve principes, te weten:

1. Mensen die in wezenlijk opzicht gelijk zijn, behoren gelijk te worden behandeld;
2. Mensen die in wezenlijk opzicht zwak zijn, behoren te worden beschermd;
3. Rechten behoren te worden beschermd.[40]

'Procedurele verbondendheid' van argumenten en overwegingen met een of meer van die principes houdt in dat, ofschoon zij niet inhoudelijk uit die principes zijn afgeleid, deze wel 'goede gronden' voor die argumenten en overwegingen vormen. Dit betekent wederom dat een spreker in een rechtsdebat zijn argumentatie dat een bepaalde handelwijze (on)rechtvaardig is door verwijzing naar deze principes kan *versterken*. Daarmee behoeft zijn argumentatie nog niet doorslaggevend te worden, maar de versterking levert wel een probleem op voor de opponenten in het debat. Zij zullen nu moeten aantonen dat hun wederpartij het aan het verkeerde einde heeft. De argumentatielast wordt omgekeerd.[41]

Volgens Peczenik ondersteunt het gelijkheidsbeginsel als algemeen regulatief principe door 'transformaties' ('sprongen')[42] op niet-deductieve wijze concrete principes als: 'rechtsgevallen die in wezenlijk opzicht gelijk zijn, behoren gelijk te worden behandeld'; 'rechtsregels moeten zo worden geformuleerd, dat mensen, handelingen en gevallen die in wezenlijk opzicht gelijk zijn, ook gelijk worden behandeld'; 'schade behoort te worden vergoed'; 'tussen misdaad en straf behoort evenredigheid te bestaan' e.d. Zulke concrete principes kunnen met elkaar in strijd komen. Dan is het een zaak van rechtvaardigheid dat zij evenwichtig op elkaar worden afgestemd.[43]

Uitdrukkelijk aansluitend bij de opsomming van Perelman en de bewerking

van deze opsomming door Ross, geeft Peczenik zelf de volgende opsomming van uitgangsconcepten aan de hand waarvan de vraag naar de aanvaardbaarheid van gelijkheidsmaatstaven traditioneel wordt beantwoordt:

'Wer wem in einer gegebenen Situation in "wesentlicher Hinsicht gleicht", hängt von folgenden Faktoren ab: Verdienst, Arbeit, Leistung, Recht, Pflicht; Bedürfnis, Opfer, Leiden; Wert, Rang, Status (hier kann als Beispiel die Zugehörigkeit zu einer Minorität, die schweren Benachteiligungen ausgesetzt ist, angeführt werden), das Einordnen in Zeit oder Raum (z.B. in einer bestimmten Reihenfolge); die Fähigkeit, zugeteilte Güter zu nutzen und auferlegte Lasten zu tragen.'[44]

Wederom is het volgens Peczenik een eis van rechtvaardigheid dat principes als 'eenieder naar verdienste', die zich met behulp van de geciteerde 'factoren' laten formuleren, met elkaar in overeenstemming worden gebracht, indien beginselcollisie optreedt.

Vervolgens werkt Peczenik het regulatieve principe van de bescherming der zwakken en dat van de bescherming van rechten nader uit met behulp van zijn 'sprongenmethode'.[45] Tenslotte betoogt hij dat de op grond van de drie regulatieve principes opgetrokken argumentatieve bouwwerken op hun beurt ook onderling in evenwicht moeten worden gebracht. Hij bezigt hier het aan John Rawls ontleende concept 'reflective equilibrium':[46]

'Das Ergebnis wird dann ein bewegliches System von guten Gründen sein, die einander jeweils in neuen Situationen angeglichen werden, um ein stets erneuertes reflektierendes Gleichgewicht zu erhalten.'[47]

4.10 Consensus over 'erkende' uitgangsconcepten

De argumentatietheoretische traditie schept een mogelijkheid om zich enerzijds bij de legitimatie van keuzen van gelijkheidsmaatstaven te houden aan de traditionele uitgangsconcepten verdienst, prestatie, behoefte, bekwaamheid, rang e.d en anderzijds toch de indruk te vermijden dat het daarbij om onaantastbare legitimatiegronden zou gaan.

De functie van de 'erkende' uitgangsconcepten is vooral *negatief*. Die keuzen van gelijkheidsmaatstaven welke niet kunnen worden beargumenteerd met een beroep op tenminste één van deze uitgangsconcepten, zijn willekeurig en kunnen daarom door opponenten onbeargumenteerd terzijde worden gelaten, zonder dat zij zich op hùn beurt aan willekeur schuldig maken.

Zo kan het discriminatieverbod in de tweede volzin van artikel 1 Grondwet worden verstaan als een rechtsregel die godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras en geslacht uitdrukkelijk aanmerkt als uitgangsconcepten welke niet geschikt zijn om op een opponent van de keuze van een gelijkheidsmaatstaf die op een van deze concepten is gebaseerd, de procedurele rationaliteitseis van een beargumenteerde weerlegging van toepassing te doen worden. Hij mag een aldus gefundeerde keuze van een gelijkheidsmaatstaf als 'willekeur' terzijde laten, zonder er verder nog woorden aan vuil te maken. Het bij amendement ingevoegde 'op welke grond dan ook' kan in dit verband dan misschien wel worden verstaan als een signaal dat andere uitgangsconcepten dan de 'erkende' op zijn minst een harde dobber zullen hebben als legitimatiegronden voor keuzen van gelijkheidsmaatstaven.

Kan voor een keuze van een gelijkheidsmaatstaf wèl een beroep op een

'erkend' uitgangsconcept worden gedaan, dan betekent dit nog niet dat de keuze daarmee is gelegitimeerd. Aldus wordt slechts bewerkstelligd dat een afwijzing van die keuze door een opponent nu op haar beurt behoort te worden gelegitimeerd met een beroep op onverenigbaarheid met een ander 'erkend' uitgangsconcept. Uiteindelijke legitimatie van een gelijkheidsmaatstaf kan slechts worden verzekerd door een in een rationeel proces van overleg en beraad bereikte *bevestigende consensus* over het oordeel dat het uitgangsconcept in kwestie de gelijkheidsmaatstaf rechtvaardigt.

Blijkt het niet mogelijk te zijn om een dergelijke rationele consensus over de legitimerende werking van één bepaald uitgangsconcept voor de keuze van een gelijkheidsmaatstaf te bereiken, dan vergt de idee der argumentatieve rationaliteit dat consensus wordt gezocht over de legitimatie van de keuze van een gelijkheidsmaatstaf op grond van een 'samengesteld' uitgangsconcept dat een evenwicht tussen twee of meer elementaire 'erkende' uitgangsconcepten vormt.

Een door een proces van rationele consensusvorming over funderende waarden gelegitimeerde keuze van een wettelijke gelijkheidsmaatstaf is *niet absoluut overtuigend* en daarmee dus willekeurig in de zin van Perelman, maar is ook *niet zo betrekkelijk* dat zij 'willekeur' in de zin van Ross oplevert.

Ik vind dat een rechtsorde die zich beperkt tot de eerste vorm van willekeur en de tweede weet te vermijden, al heel geslaagd mag worden geacht.

5 Het gelijkheidsbeginsel in het bestuursrecht

5.1 Beweringen

De vorige paragraaf levert de volgende zes beweringen op:

a. Gelijkheidsmaatstaven behoren te worden gerechtvaardigd door argumenten die op waarden stoelen;
b. Waarden zijn in laatste instantie logisch en empirisch-theoretisch willekeurig;
c. Deze onvermijdelijke uiteindelijke willekeurigheid behoort te worden opgevangen door in rationeel beraad bereikte consensus omtrent de waarden die aan keuzen van gelijkheidsmaatstaven ten grondslag zijn te leggen;
d. Opsommingen van gebruikelijke rechtvaardigheidsformules geven bij benadering de grenzen aan van het domein waarbinnen – volgens de westerse rechtstraditie – de waarden zijn gelegen waarop proponenten zich ter legitimatie van voorgestelde keuzen van gelijkheidsmaatstaven kunnen beroepen, zonder door opponenten van willekeur beticht te mogen worden;
e. Voorgestelde keuzen van gelijkheidsmaatstaven die stoelen op binnen dit domein gelegen waarden, mogen door opponenten slechts worden afgewezen met argumenten die op hun beurt stoelen op andere binnen het domein gelegen waarden;
f. Een uiteindelijke legitimatiegrond voor keuzen van gelijkheidsmaatstaven heeft de gedaante van een in rationeel beraad bereikte consensus over de aan die keuzen ten grondslag liggende waarden of waardencompromissen binnen het aangegeven domein.

5.2 *Wel alpha, geen omega*

Aanleiding voor de analyse in de voorgaande paragrafen van dit preadvies was mijn eigen nieuwsgierigheid naar de dieperliggende oorzaken van een prima facie tegenstrijdigheid in het bestuursrecht. Alhoewel het gelijkheidsbeginsel ongetwijfeld behoort tot de vaste kern van erkende beginselen van behoorlijk bestuur, zijn voorbeelden van een geslaagd beroep op dit beginsel in de bestuursrechtelijke jurisprudentie sporadisch[1] en nauwelijks geschikt om de juridische fantasie te prikkelen.[2] Jurisprudentie die het gelijkheidsbeginsel raakt, wordt eigenlijk pas interessant, wanneer de grenzen met het verbod van willekeur of het rechtszekerheidsbeginsel beginnen te vervloeien of het begrip 'evenredigheid' wordt aangevoerd.[3]

De anomalie is reeds eerder onderkend. Donner heeft de richting in welke haar verklaring moet worden gezocht, bondig aangegeven:

'Het gelijkheidsbeginsel doortrekt het hele bestuur en is één van de hoofdbestanddelen van het ambtelijke "ethos", maar in twijfelgevallen biedt het geen baat. Het is wel de alpha, maar niet de omega van het bestuur.'[4]

Het citaat kwalificeert treffend de uitkomsten van de analyse: een bestuursrechtelijke orde zónder gelijkheidsbeginsel is even slecht voorstelbaar als een bestuursrechtelijke jurisprudentie die uitsluitend op het gelijkheidsbeginsel is gebaseerd. Alvorens voor individuele gevallen het oordeel kan worden geveld dat zij, in weerwil van de gelijkheid in rechte ervan, tot ongelijke rechtsbehandelingen hebben geleid, moet er immers een aantal fasen van juridische oordeelsvorming zijn doorlopen. In elk geval van deze fasen kan er iets misgaan dat als zodanig niet bekend staat als schending van het gelijkheidsbeginsel.

5.3 *Willekeur als aparte onrechtvaardigheid*

De eerste fase van oordeelsvorming betreft de waarden of waardencombinaties waarmee keuzen van gelijkheidsmaatstaven worden gerechtvaardigd.

Uitkomsten van een strijd binnen een politieke orde over te hanteren rechtvaardigheidsformules worden, reëel beschouwd, doorgaans niet zozeer bepaald door argumentatieve redelijkheid als wel door maatschappelijke en politieke machtsverhoudingen. Zouden wij dit *feitelijk* inzicht evenwel als exclusief uitgangspunt van onze *rechtsnormatieve* opvattingen nemen, dan atrofieert het gelijkheidsbeginsel van een rechtstitel voor verzet tegen feitelijke macht tot een afgeleide van die macht. Ofschoon het dus niet onverstandig is om oog te hebben voor het politieke aspect van de strijd om funderende waarden, eist het gelijkheidsideaal dat deze strijd toch al door eerste noties van recht gebonden wordt geacht.

De partij die deze rechtsnoties schendt, kan misschien niet voor de rechter worden gedaagd, maar dat neemt niet weg dat de (niet-)waarden die zij op grond van haar politieke macht aan de rechtsorde opdringt, door anderen rechtens mogen worden bestreden als willekeur van de ernstigste soort. Ik zie af van al te veilige voorbeelden uit de periode voor en tijdens de Tweede Wereldoorlog en kies een hedendaags exempel: de strijd van de Argentijnse 'dwaze moeders' was (en is in menig opzicht nog) niet alleen een politieke strijd, maar vooral een rechtsstrijd tegen de willekeur van een politiek stelsel dat zich ver buiten het domein van de traditionele rechtvaardigheidsformules heeft begeven.

Een positiefrechtelijk discriminatieverbod, zoals de Nederlandse Grondwet kent,[5] kan worden opgevat als een bewuste specificatie van waarden die in elk geval buiten het domein van de erkende rechtvaardigheidsformules liggen. Aangezien formules als 'eenieder naar ras, naar godsdienst, naar levensovertuiging of naar geslacht', zowel in het internationale publiekrecht[6] als in het nationale constitutionele recht door 'gestelde' rechtsnormen buiten de grenzen van de 'concrete' rechtvaardigheid zijn geplaatst, laten gelijkheidsmaatstaven die in dergelijke formules wortelen, zich rechtstreeks wegens strijd met deze rechtsnormen afwijzen. Daarmee is een beroep op achterliggende waarden eigenlijk overbodig geworden. Dat de band met de aanvangsvoorwaarden voor toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel aldus op de achtergrond komt te staan, neemt evenwel niet weg dat die band wel degelijk gehandhaafd blijft. Schending van de bedoelde rechtsnormen is daarom tevens willekeur.[7]

5.4 Willekeur als onverzoenlijkheid

Mag uit het voorgaande worden afgeleid dat een politieke orde die zich braaf tot de door Perelman aangegeven traditionele rechtvaardigheidsformules beperkt, geen kritiek meer te vrezen heeft? Zeker niet. Binnen Perelmans domein der concrete rechtvaardigheid heerst namelijk allerminst vanzelfsprekende harmonie. De erkende rechtvaardigheidsformules zijn zodanig dat een simultane rechtvaardiging van gelijkheidsmaatstaven door twee of meer formules slechts zelden mogelijk is. In de regel moeten wij ervaren dat een door de ene rechtvaardigheidsformule gelegitimeerde gelijkheidsmaatstaf onverenigbaar is met een of meer andere rechtvaardigheidsformules.

Perelman was zich zeer bewust van deze 'contradictions of justice'.[8] Van hem stamt het volgende voorbeeld, dat tevens op micro-niveau de keuzesituatie schildert waarvoor een versoberende verzorgingsstaat met grote werkeloosheid en een sterk verouderende bevolking zich op macro-niveau geplaatst ziet:

'Let us take the case of a humanitarian employer desirous of fixing his workers' remuneration with due regard both to their work and to their needs. Only too often he will be in a quandary. This will happen every time two workers form part of the same essential category having regard to their work, and of different categories having regard to their needs, or *vice versa*. Which is the appropriate way to deal with them? Either way, the action taken will be formally unjust. Put the case of two workers doing the same job. One is a bachelor, the other is the father of a large family. Treat them alike, and there is injustice because by the principle "to each according to his needs" more ought to be given to the man burdened with a family than to the man whose only obligation is his own support. Treat them unequally, and injustice again arises, because the same treatment is not given to two persons forming part of the same essential category from the standpoint of the formula "to each according to his works".'[9]

Is er bij dergelijke dilemma's slechts een willekeurige uitweg? Dat zou betekenen dat bij een 'conflict of justice' elk van de concurrerende rechtvaardigheidsformules *naar believen* mag worden genomen als *exclusieve* rechtvaardigingsgrond voor een keuze van gelijkheidsmaatstaven.

Deze gevolgtrekking zou geen recht doen aan de eerdere bevinding dat gelijkheidsmaatstaven niet in laatste instantie worden gelegitimeerd door de

rechtvaardigheidsformules zelf, maar door een op grond van rationeel overleg en beraad bereikte *consensus* dienaangaande. Vanuit dit perspectief is de oplossing van een 'rechtvaardigheidsconflict' in de vorm van een exclusieve voorkeur voor één bepaalde rechtvaardigheidsformule slechts aanvaardbaar, indien het een *gemeenschappelijke* voorkeur betreft. Is er daarentegen geen sprake van een algemene, of op zijn minst brede, consensus over één rechtvaardigheidsformule, dan kan een verwijt van willekeur slechts worden vermeden, doordat de concurrerende rechtvaardigheidsformules met elkaar worden *verzoend*.

Perelman onderscheidt twee verzoeningsmogelijkheden.

Als eerste noemt hij de 'billijkheid' (équité, equity):

'It consists in a *tendency not to treat with excessive inequality beings forming part of the same essential category*. Equity tends to diminish inequality where the establishment of perfect equality – of formal justice – is rendered impossible by the fact that simultaneous account is taken of two or more essential characteristics which come into conflict in certain cases of application.'[10]

Perelman noemt 'billijkheid' een aan elk formalisme tegengestelde tendentie.[11] Wordt ter bezwering van tegenstrijdigheden een beroep op billijkheid gedaan, dan blijft er niets anders over dan een compromis te sluiten. Aangezien billijkheid het tegendeel van formalisme vormt, verplicht zij tot en rechtvaardigt het compromis daar, waar formele benaderingen ongerijmdheden opleveren.[12]

Soms kan volgens Perelman bij optredende conflicten tussen elementaire rechtvaardigheidsformules een beroep op billijkheid worden vermeden. Dit is mogelijk, wanneer uit twee of meer elementaire rechtvaardigheidsformules een complexe formule kan worden samengesteld, waarin de eerstgenoemde elk tot op zekere hoogte zijn verdisconteerd. Het bewandelen van deze tweede weg vraagt overigens wel dat er zelfstandige criteria voor de bepaling van het relatieve gewicht van de elementaire rechtvaardigheidsformules binnen de complexe formule beschikbaar zijn.[13]

Ook van Perelmans beschouwingen gaat de suggestie uit dat de exclusieve gelding van één van een aantal concurrerende rechtvaardigheidsformules slechts dan niet willekeurig is, indien daarover algemene, althans brede, consensus is bereikt. Wij zouden bijvoorbeeld kunnen zeggen dat de rechtvaardigheidsformule 'voor allen hetzelfde' sinds 1919 exclusief ten grondslag ligt aan de regeling van het algemeen kiesrecht van volwassen Nederlanders, omdat er na een lange periode van debatten over compromissen tussen concurrerende rechtvaardigheidsformules (censuskiesrecht, eisen van bekwaamheid e.d.) uiteindelijk een, zo niet algemene, dan toch brede consensus over de eerstgenoemde formule werd bereikt. Bij 'bijzondere' democratieën als de waterschappen is er daarentegen ook nu nog sprake van compromissen tussen verschillende rechtvaardigheidsformules ter legitimatie van maatstaven voor het al dan niet toekennen van het kiesrecht aan belanghebbenden. Deze compromissen hebben gedeeltelijk het karakter van samengestelde rechtvaardigheidsformules en voor een ander deel dat van billijkheidsoplossingen.[14]

Ik concludeer dat ook de fundering van een keuze van een gelijkheidsmaatstaf in een tot het domein der concrete rechtvaardigheid behorende formule willekeur kan opleveren. Daarvan is sprake, wanneer er een slechts door één of een beperkt aantal rechtvaardigheidsformules gelegitimeerde gelijkheidsmaatstaf wordt gekozen, terwijl er een verscheidenheid van opvattingen over de terzake toepasselijke rechtvaardigheidsformules bestaat.

Deze slotsom maakt vele recente wettelijke regelingen inzake de (her)verdeling van inkomens met een compromissoire signatuur weliswaar niet coherenter dan zij zijn, maar vormt wel een versterking van de opvatting dat weinig elegante compromissen over de legitimatiegronden van omstreden wettelijke gelijkheidsmaatstaven minder willekeurig kunnen zijn dan duidelijke, telkens van één dominerende of exclusieve rechtvaardigheidsformule afgeleide, keuzen.

5.5 Willekeur als inadequaatheid

Tot nu toe heb ik aandacht besteed aan voorwaarden die vervuld moeten zijn, opdat gelijkheidsmaatstaven als door rechtvaardigheidsformules gelegitimeerd en daarom als niet willekeurig in termen van concrete rechtvaardigheid kunnen worden aangemerkt. Het ging daarbij in essentie om een poging tot beantwoording van de vraag hoe een 'gegeven' gelijkheidsmaatstaf op legitimiteit kan worden getoetst. De tegengestelde vraagstelling naar de wijze waarop voorkeuren voor (elementaire of complexe) rechtvaardigheidsformules die ten aanzien van specifieke rechtsgebieden 'gegeven' zijn, zich in gelijkheidsmaatstaven laten 'operationaliseren', verdient echter evenzeer de aandacht.

Ik vermoed dat de uitgangssituatie voor een debat over gelijkheidsmaatstaven bepaalt of dit vanuit de eerste dan wel de tweede vraagstelling moet worden gevoerd. Het laat zich bijvoorbeeld aanzien dat gedurende het vele decennia beslaande debat dat uiteindelijk tot invoering van het algemeen kiesrecht heeft geleid, telkens in andere vormen de vraag aan de orde is geweest of 'gegeven' kiesrechtelijke gelijkheidsmaatstaven (nog) gelegitimeerd waren in termen van een heersende consensus over op het politiek-democratische gelijkheidsideaal betrokken waarden. Het huidige debat over de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen lijkt echter veeleer te worden beheerst door de vraag of deze wet al dan niet een adequate operationalisering van de rechtvaardigheidsformule 'voor mannen en vrouwen hetzelfde' vormt.

Burkens wijst in de volgende passage op dergelijke vraagstellingen van de tweede soort:

'Wel is mogelijk een toetsing van de adequatie van differentiatiecriteria in relatie tot het differentiatiedoel. De differentiatiecriteria dienen in deze relatie zakelijk verantwoord te zijn. Ontbreekt deze zakelijke relevantie, dan is er sprake van willekeur.'[15]

In duitstalige bestuursrechtelijke literatuur wordt het 'vereiste van adequaat geoperationaliseerde gelijkheidsmaatstaven' aangeduid als een aan het gelijkheidsbeginsel inherent geacht 'Sachlichkeitsgebot'.[16] Ik heb bovendien de indruk dat elementen van het vereiste zijn weer te vinden in het door de commissie-Geelhoed in belangrijke mate aan het Duitse staats- en bestuursrecht ontleende 'evenredigheidsbeginsel' dat is samengesteld uit de subcriteria der doeltreffendheid, matigheid en proportionaliteit tussen de ernst van overheidsinterventies en het gewicht van de met deze gediende belangen.[17]

Een nadere analyse van deze tegengestelde vraagstelling zou een afzonderlijk preadvies vergen. Problemen van de adequaatheid van 'operationaliseringen' zijn namelijk slechts in beperkte mate van zuiver rechtsnormatieve aard. Zeker waar het wettelijke gelijkheidsmaatstaven, opgevat als meer of minder adequate 'operationaliseringen' van waarden en van eventueel met deze verbonden doelen betreft, moet mede het weinig ontgonnen terrein van de 'meting'

en 'waardering' van feitelijke effecten van rechtsnormen in de beschouwingen worden betrokken.[18]

Ik volsta er mee, in aansluiting op Burkens en de duitstalige doctrine te concluderen dat gelijkheidsmaatstaven niet alleen willekeurig kunnen zijn, omdat er iets mis is met de waarden die tot legitimatie van deze maatstaven strekken, maar óók omdat er met de gelijkheidsmaatstaven zèlf iets mis is in het licht van hun functie, bij te dragen aan de feitelijke realisering van waarden en van met deze waarden verbonden doelen.

5.6 Willekeur als onevenredigheid

Soms kunnen beoordelingen van gelijkheidsmaatstaven tot de slotsom leiden dat er sprake is van nog andere vormen van willekeur. Dit is het geval, wanneer de toepasselijkheidsvoorwaarden voor het beginsel van evenredige ongelijkheid zijn vervuld, i.e. wanneer met elkaar corresponderende rangordeningen van gevallen en van rechtsbehandelingen zijn opgesteld. Zowel de afzonderlijke rangordeningen, als de correspondentierelaties tussen de rangordeningen kunnen in het licht van 'gegeven' rechtvaardigheidsformules willekeurig zijn.

Stellen wij ons een belastingwet voor krachtens welke 'tweeverdieners' in vergelijking met 'éénverdieners' zodanig worden belast dat leden van subcategorieën van de eerste groep getweeën een geringer netto-inkomen overhouden dan leden van gelijkwaardige subcategorieën van de tweede groep. Laten wij ons baseren op de rechtvaardigheidsformules 'eenieder naar zijn arbeid' en deze door een 'sprong' à la Peczenik omzetten in de formule 'elk echtpaar naar gezamenlijke arbeid'. Er kan nu uit drie vormen van 'willekeur' worden gekozen om het geschetste verschil in behandeling van één- en tweeverdieners voor te stellen als een toepassing van het beginsel van evenredige ongelijkheid. De eerste vorm van willekeur houdt in dat het wordt voorgesteld als zou de arbeidsinspanning van één echtgenoot groter zijn dan van beide. De tweede vorm van willekeur houdt in dat het wordt voorgesteld als zou een hoger inkomen minder waardevol zijn dan een lager inkomen. De derde vorm van willekeur houdt in dat de rechtvaardigheidsformule 'eenieder naar zijn arbeid' wordt getransformeerd tot de correspondentierelatie 'elk echtpaar naar het ontbreken van gezamenlijke arbeid'. In het licht van de ter toetsing gehanteerde rechtvaardigheidsformule is hier achtereenvolgens sprake van een willekeurige rangordening van gevallen, een willekeurige rangordening van rechtsbehandelingen en een willekeurige correspondentierelatie tussen rangordeningen van gevallen en rechtsbehandelingen.

Een absurd voorbeeld? Richten wij de aandacht op een aan het geldende belastingrecht ontleend geval. De bepaling van artikel 273, tweede lid, gemeentewet biedt gemeentebesturen de mogelijkheid om onroerend-goedbelasting te heffen op grondslag van de oppervlakte van ingelegen onroerend goed. Daarbij moeten vermenigvuldigingscijfers voor aard, ligging, kwaliteit en soort gebruik worden toegepast, 'zulks ten einde op benaderende wijze rekening te kunnen houden met verschillen in waarde in het economisch verkeer'. De gevallen moeten dus bij gemeenteverordening primair in een rangordening op grond van het criteria 'grondoppervlakte' worden gebracht. Door middel van vermenigvuldigingscijfers moet daarbij echter worden gewaarborgd dat de met dit criterium bereikte rangordening niet al te zeer afwijkt van de rangordening naar het

criterium 'economische waarde'. De rangordening naar grondoppervlakte moet vervolgens corresponderen met een rangordening naar te betalen belastingbedragen. Indien het nu een gemeentebestuur gelukt, zodanige vermenigvuldigingscijfers te hanteren dat rechthebbenden op onroerend goed uit een categorie 'vrijstaande woningen' bij benadering 83 tot 90% méér onroerend-goedbelasting moeten betalen dan rechthebbenden uit de categorie 'vrijstaande boerderij-, bijdrijfs- en dienstwoningen', dan is het begrijpelijk dat de belastingrechter wordt geconfronteerd met de vraag of en zoja, in welke vorm hier het gelijkheidsbeginsel als waarborg tegen 'willekeurige en onredelijke belastingheffing' is geschonden.[19]

5.7 Rechtsvorming en rechtstoepassing

Door rechtvaardigheidsformules gelegitimeerde maatstaven voor de bepaling van rechtsgelijkheid van gevallen en van rechtsbehandelingen vinden hun neerslag in *algemene* rechtsnormen. De vaststelling en rechtvaardiging van gelijkheidsmaatstaven behoren daarmee tot de sfeer van de *rechtsvorming*.

Wij hebben al kunnen vaststellen dat in de sfeer van de rechtsvorming het gelijkheidsbeginsel niet rechtstreeks wordt aangesproken, maar dat het terugtreedt achter een meerdimensionaal *verbod van willekeur*. Een vergelijkbare terugtred van het gelijkheidsbeginsel kan ook in de sfeer van de *rechtstoepassing* worden vastgesteld. Zijn gelijkheidsmaatstaven eenmaal in een proces van rechtsvorming neergelegd in algemene rechtsnormen, dan gaat het gelijkheidsbeginsel samenvallen met het formele rechtszekerheidsbeginsel, dat wil zeggen het beginsel dat algemene rechtsnormen ook feitelijk worden toegepast ten aanzien van de individuele gevallen waarop zij betrekking hebben. Zoals Ross en Kelsen reeds hadden onderkend, komt de maxime dat rechtens gelijke gevallen rechtsbehandelingen verdienen die eveneens rechtens gelijk zijn, in de *rechtstoepassing* op hetzelfde neer als de maxime dat rechtstoepassers verplicht zijn geldige algemene rechtsnormen toe te passen. Deze laatste maxime drukt op haar beurt bijkans een tautologie uit, want rechtstoepassing *is* juist het toepassen van algemene rechtsnormen. Rechtstoepassers worden aldus verplicht dat te doen waarmee zij hun naam verdienen.

Door de ontdekking dat het gelijkheidsbeginsel in de sfeer van de rechtsvorming achter het verbod van willekeur en in de sfeer van de rechtstoepassing achter het formele rechtszekerheidsbeginsel terugtreedt, wordt mijn aanvankelijke nieuwsgierigheid naar de dieperliggende oorzaken van de *zeldzaamheid* van geslaagde rechtstreekse beroepen op het gelijkheidsbeginsel in bestuursrechtelijke jurisprudentie enigszins komisch. Achteraf bezien, had deze nieuwsgierigheid beter kunnen uitgaan naar de vragen hoe het komt dat er in bestuursrechtelijke jurisprudentie tòch voorbeelden bestaan van een geslaagd rechtstreeks beroep op het gelijkheidsbeginsel en waarom dit beginsel nòg tot de vaste kern van beginselen van behoorlijk *bestuur* wordt gerekend. Van Krevelds opvatting dat het gelijkheidsbeginsel in het algemeen niet de eerste en rechtstreekse legitimatiegrond voor bevoegdheden tot 'beleidsregelgeving' ('pseudowetgeving') door bestuursinstanties vormt, maar dat er een van het 'consistentie- of vaste-lijnprincipe' afgeleide functie aan toekomt, zou zo, gegeven het voorgaande, immers tot de bestuursrechtelijke rechtsvorming en rechtstoepas-

sing in haar geheel uitgebreid behoren te worden. Verscholen achter het verbod van willekeur en het rechtszekerheidsbeginsel, zou het gelijkheidsbeginsel als zelfstandig beginsel van behoorlijk bestuur kunnen eclipseren.

5.8 Bestuursrechtelijke rechtsbedeling

Ik acht het onverstandig deze consequentie te trekken (en suggereer overigens niet dat Van Kreveld mijn ongeautoriseerde uitbreiding van zijn opvatting wèl zou vóórstaan). Zij zou voortvloeien uit een volstrekt verkeerd beeld van de aard van bestuursrechtelijke rechtsbedeling. Over de juiste voorstelling van zaken zal ik in dit bestek kort zijn, aangezien zij algemeen bekend is bij bestuursjuristen.

Met name in het bestuursrecht zijn rechtsvorming en rechtstoepassing geen gescheiden sferen. Bestuursrechtelijke rechtsbedeling beantwoordt vrijwel nooit aan het simpele model van een subsumptie van de omschrijving van een individueel geval ('Sachverhalt') onder het rechtsfeit ('Tatbestand') van een gedragsnorm en een daaropvolgende toepasselijkheidsverklaring van het tot die gedragsnorm behorende rechtsgevolg op dat geval.[21] Het klassieke rechtstoepassingsmodel gaat in het bestuursrecht onder andere zo zelden op, omdat bestuursrechtelijke wetgevers zich niet of nauwelijks in termen van gedragsnormen tot burger en bestuur richten. Het voornaamste rechtsnormtype waarvan deze wetgevers zich bedienen, is dat van de aan een bestuursinstantie toegekende bevoegdheid tot het scheppen van individueel-concrete gedragsnormen voor burgers: de wettelijke beschikkingsbevoegdheid.[22] Van bestuursinstanties die dergelijke beschikkingsbevoegdheden uitoefenen, kan niet worden gezegd dat zij zich overeenkomstig deze bevoegdheidsnormen gedragen. Uitoefening van wettelijke beschikkingsbevoegdheden is geen normconform feitelijk gedrag, maar *individualiserende rechtsvorming*.

In het bestuursrecht zijn het vooral de uitkomsten van individualiserende bestuurlijke rechtsvorming, individueel-concrete rechtsnormen, die bij wijze van rechtstoepassing door administratieve rechters en beroepsinstanties worden getoetst. Rechterlijke rechtstoepassing is daarmee niet zozeer toetsing van feitelijk gedrag aan wettelijke regels, als wel toetsing van (processen en) uitkomsten van individualiserende rechtsvorming door het bestuur aan (geschreven en ongeschreven) *algemene* bestuursrechtelijke normen.

5.9 Het gelijkheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur

Binnen de geschetste context van juridische oordeelsvorming is het gelijkheidsbeginsel indirect van eminent belang. Daar waar een wettelijke bevoegdheid tot individueel-concrete normstelling zelf geen maatstaven voor de rechtsgelijkheid van gevallen en van rechtsbehandelingen aangeeft, verplicht het gelijkheidsbeginsel de bevoegd gestelde bestuursinstanties er toe, deze gelijkheidsmaatstaven *op eigen gezag* te ontwikkelen. Gegeven die plicht, noopt het beginsel er vervolgens toe dat ook bestuurlijke keuzen van gelijkheidsmaatstaven worden gelegitimeerd door langs rationele weg bereikte consensus over erkende rechtvaardigheidsformules. Bovendien eist het gelijkheidsbeginsel dat is verzekerd dat bestuurlijke gelijkheidsmaatstaven, op deze maatstaven betrokken rangordeningen van gevallen en rechtsbehandelingen, alsmede corresponden-

tierelaties tussen die rangordeningen, alle adequate operationaliseringen van de desbetreffende rechtvaardigheidsformules vormen. Tenslotte verplicht het gelijkheidsbeginsel de bestuursinstanties in kwestie, de aldus gelegitimeerde gelijkheidsmaatstaven 'van eigen keuze' ook werkelijk toe te passen.

Voor rechterlijke en vergelijkbare rechtstoepassers is daarmee de mogelijkheid gegeven om ter beoordeling voorgelegde individueel-concrete rechtsnormen te toetsen op overeenstemming met door de bestuursinstanties zelf ontwikkelde gelijkheidsmaatstaven (rechtszekerheid) en om die maatstaven zelf te toetsen op overeenstemming met de aan de idee der concrete rechtvaardigheid en evenredigheid ontleende vereisten waarvan de schending willekeur oplevert.[23]

Daarmee groeit het gelijkheidsbeginsel uit tot de uitgangsconceptie *die het mogelijk en noodzakelijk maakt* om bestuursrechtelijke beschikkingen systematisch te toetsen aan andere belangrijke beginselen van behoorlijk bestuur.

Het gelijkheidsbeginsel is de belangrijkste factor die er toe verplicht dat bestuursrechtelijk beschikkingenrecht naar een zekere inhoudelijke coherentie en systematiek tendeert.[24] Naarmate bestuursrechtelijk beschikkingenrecht meer de contouren van een stelsel vertoont, verdwijnt het gelijkheidsbeginsel zelf echter verder achter andere rechtsprincipes van het stelsel. Alleen al teneinde te verzekeren dat het gelijkheidsbeginsel bij een verdere ontwikkeling van het bestuursrecht niet in het vergeetboek geraakt, verdient het aanbeveling om voor dit beginsel, in weerwil van de suggestie die uitgaat van een sporadische rechtstreekse toepasbaarheid er van, een voorname plaats in de catalogus van beginselen van behoorlijk bestuur te blijven inruimen.

5.10 Beweringen

De beschouwingen in deze paragraaf laten zich samenvatten in drie beweringen:

a. In de sfeer van de *individualiserende bestuurlijke rechtsvorming* treedt het gelijkheidsbeginsel terug achter een drieledig *verbod van willekeur* dat in de weg staat aan keuzen van:
   - gelijkheidsmaatstaven op grondslag van buiten het domein der 'concrete' rechtvaardigheid gelegen waarden;
   - gelijkheidsmaatstaven op grond van één of enkele rechtvaardigheidsformules met voorbijgaan van de legitimerende betekenis van andere rechtvaardigheidsformules voor opponenten;
   - gelijkheidsmaatstaven, rangordeningen van gevallen, respectievelijk rechtsbehandelingen of correspondentierelaties tussen dergelijke rangordeningen welke de rechtvaardigheidsformules die ter legitimatie van deze streken, niet kunnen effectueren;
b. In de sfeer van de *rechtstoepassing* treedt het gelijkheidsbeginsel terug achter een formeel rechtszekerheidsbeginsel dat inhoudt dat niet alleen wettelijke, maar ook casuïstisch ontwikkelde of in beleidsregels neergelegde bestuurlijke gelijkheidsmaatstaven feitelijk ook worden toegepast;
c. De terugtred van het gelijkheidsbeginsel achter andere rechtsbeginselen vormt een uitdrukking van het fundamentele karakter er van en mag dus niet worden opgevat als een reden om het wegens 'desuetudo' te schrappen uit de catalogus van beginselen van behoorlijk bestuur.

6 Overzicht van beweringen

Voor de verzamelaars volgen hierna nog eenmaal de beweringen waartoe de voorgaande paragrafen aanleiding hebben gegeven.

1. Het gelijkheidsbeginsel 'in ruimere zin' verbiedt identificatie van 'rechts(on)gelijkheid' van gevallen met '(on)gelijke rechtsbehandeling' van gevallen.
2. Het gelijkheidsbeginsel 'in enge zin' postuleert 'rechtsgelijkheid' van gevallen als *voldoende* voorwaarde voor toepasselijkheid van een plicht tot het waarborgen van 'gelijke rechtsbehandeling' van die gevallen.
3. Binnen juridische contexten met corresponderende rangordeningen van gevallen en rechtsbehandelingen postuleert het beginsel van evenredige ongelijkheid 'rechtsgelijkheid' van gevallen *bovendien* als *noodzakelijke* voorwaarde voor toepasselijkheid van een plicht tot (en zelfs de geoorloofdheid van) het waarborgen van 'gelijke rechtsbehandeling' van die gevallen.
4. Gelijkheid is een betrekking tussen eigenschappen van of betrekkingen tussen mensen, dingen, toestanden of gebeurtenissen.
5. Aangezien mensen, dingen, toestanden of gebeurtenissen aan elkaar (on)gelijk zijn *ten aanzien van* bepaalde eigenschappen of betrekkingen, kunnen begrippen die klassen van dergelijke eigenschappen of betrekkingen aanduiden, als *geldige gelijkheidsmaatstaven* worden gekozen.
6. Terwijl juridische gelijkheidsmaatstaven gelden, *zijn* gevallen, resp. rechtsbehandelingen (on)gelijk in het licht van *descriptieve* gelijkheidsmaatstaven en *gelden* zij als (on)gelijk in het licht van *evaluatieve* gelijkheidsmaatstaven.
7. De keuze van een begrip als gelijkheidsmaatstaf mag *niet willekeurig* zijn. Dit houdt in dat de keuze op zijn minst moet worden gerechtvaardigd door argumenten die opponenten weliswaar niet behoeven te aanvaarden en zelfs verwerpelijk mogen achten, maar die zij niet onbeargumenteerd terzijde kunnen laten, zonder zich zèlf schuldig te maken aan willekeur.
8. Gelijkheidsmaatstaven behoren te worden gerechtvaardigd door argumenten die op waarden stoelen.
9. Waarden zijn in laatste instantie logisch en empirisch-theoretisch willekeurig.
10. Deze onvermijdelijke uiteindelijke willekeurigheid behoort te worden opgevangen door in rationeel beraad bereikte consensus omtrent de waarden die aan keuzen van gelijkheidsmaatstaven ten grondslag zijn te leggen.
11. Opsommingen van gebruikelijke rechtvaardigheidsformules geven bij benadering de grenzen aan van het domein waarbinnen – volgens de westerse rechtstraditie – de waarden zijn gelegen waarop proponenten zich ter legitimatie van voorgestelde keuzen van gelijkheidsmaatstaven kunnen beroepen, zonder door opponenten van willekeur beticht te mogen worden.
12. Voorgestelde keuzen van gelijkheidsmaatstaven die stoelen op binnen dit domein gelegen waarden, mogen door opponenten slechts worden afgewezen met argumenten die op hun beurt stoelen op andere binnen het domein gelegen waarden.
13. Een uiteindelijke legitimatiegrond voor keuzen van gelijkheidsmaatstaven heeft de gedaante van een in rationeel beraad bereikte consensus over de

aan die keuzen ten grondslag liggende waarden of waardencompromissen binnen het aangegeven domein.

14. In de sfeer van de *individualiserende bestuurlijke rechtsvorming* treedt het gelijkheidsbeginsel terug achter een drieledig *verbod van willekeur* dat in de weg staat aan keuzen van:
    - gelijkheidsmaatstaven op grondslag van buiten het domein der 'concrete' rechtvaardigheid gelegen waarden;
    - gelijkheidsmaatstaven op grond van één of enkele rechtvaardigheidsformules met voorbijgaan aan de legitimerende betekenis van andere rechtvaardigheidsformules voor opponenten;
    - gelijkheidsmaatstaven, rangordeningen van gevallen, respectievelijk rechtsbehandelingen of correspondentierelaties tussen dergelijke rangordeningen welke de rechtvaardigheidsformules die ter legitimatie van deze strekken, niet kunnen effectueren.
15. In de sfeer van de *rechtstoepassing* treedt het gelijkheidsbeginsel terug achter een formeel rechtszekerheidsbeginsel dat inhoudt dat niet alleen wettelijke, maar ook casuïstisch ontwikkelde of in beleidsregels neergelegde bestuurlijke gelijkheidsmaatstaven feitelijk ook worden toegepast.
16. De terugtred van het gelijkheidsbeginsel achter andere rechtsbeginselen vormt een uitdrukking van het fundamentele karakter ervan en mag dus niet worden opgevat als een reden om het wegens 'desuetudo' te schrappen uit de catalogus van beginselen van behoorlijk bestuur.

Noten

Paragraaf 2

1. R. van Gulik, *Nagels in Ning-Tsjo*, Amsterdam/Brussel, 1982, blz. 134.
   Van Gulik baseerde zijn Rechter Tie-mysteries op gevallen uit een chinees handboek voor magistraten uit de dertiende eeuw. Dit handboek heeft hij zelf in het Engels vertaald. Het is verschenen onder de titel 'Parallel cases from under the pear tree' (Leiden, 1956). (Vgl. voor deze gegevens de inleiding op het boek van Jan Willem van de Wetering). Met zulke titels zouden bestuursrechtelijke en bestuurskundige opleidingen aan poëtische allure kunnen winnen.
2. Onder andere op blz. 155.
3. M.C. Burkens, Gelijke behandeling, in: A.K. Koekkoek, W. Konijnenbelt en F.C.L.M. Crijns (red.), *Grondrechten* (Jeukensbundel), Nijmegen, 1982, blz. 59. Zie voor een vergelijkbare weergave van de vicieuze 'cirkel': L. Apostel, Some remarks on inequality, in: L. Ingber (red.), *Gelijkheid*, volume VI, Brussel, 1981, blz. 53.
4. Ibid.
5. E. Schneider, *Logik für Juristen*, 2. Aufl. München, 1972, blz. 258 e.v.;
   M.A. Loth, *Recht en Taal*, een kleine methodologie, Arnhem, 1984, blz. 65 e.v.
6. In wezen zou het gelijkheidsbeginsel dan uit de volgende twee postulaten zijn samengesteld:

a. het zij niet zo dat gevallen *wel* rechtsgelijk zijn en dat op deze gevallen *niet* een rechtsplicht tot gelijke behandeling toepasselijk is (voldoende voorwaarde);
b. het zij niet zo dat gevallen *niet* rechtsgelijk zijn en dat op deze gevallen *wel* een rechtsplicht tot gelijke behandeling toepasselijk is (noodzakelijke voorwaarde).

7. Ongetwijfeld wordt hantering van deze juridische technieken in het algemeen uiteindelijk gerechtvaardigd door een beroep op 'gelijkenissen' tussen rechtsfeiten van de ene en van de andere categorie. De aanvankelijke reden om deze technieken te hulp te roepen blijft echter gelegen in de wens om 'verschillen' te overbrugen, d.w.z. om rechtsfeiten die vergelijk*baar*, maar nog ongelijk zijn, gelijk te *maken*.
8. R. Kranenburg, Positief Recht en Rechtsbewustzijn, Groningen, 1912, tweede druk, 1928, blz. 130. Ikzelf heb het citaat overgenomen uit: R. Kranenburg, *Studiën over recht en staat*, Haarlem, 1953, blz. 263. Zie ook a.w., blz. 9 e.v. Zie voor kritiek op het beginsel *Asser-Scholten (Algemeen Deel)*, 1974, blz. 124 e.v.
9. R. Schreiber, *Die Geltung von Rechtsnormen*, Berlin etc., 1966, blz. 12:
   'Die Rechtssätze ordnen Tatbestand und Rechtsfolge dergestalt zu, dasz die Rechtsfolge stets dann als eingetreten zu gelten hat, wenn der Tatbestand vorliegt. Liegt der Tatbestand nicht vor, so ist es – diesem Rechtssatze nach beurteilt – unbestimmt, ob nicht aus einem anderen Grund, etwa wegen Bestehens eines anderen Rechtssatzes, doch diese Rechtsfolge eingetreten ist. Diese Zuordnung entspricht derjenigen der Implikation, die ausdrückt, dasz, wenn immer S_1 wahr ist, S_2 wahr sein muss, wenn aber S_1 falsch ist, S_2 sowohl wahr als auch falsch sein kann.'
10. H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt, *Hoofdstukken van administratief recht*, 's-Gravenhage, 1984, blz. 95.
11. Vgl. Commissie-Geelhoed, *'Tussenbericht'*, T.K. 1982-1983, 17931, nr. 1, blz. 17, waarin een evenredigheidsbeginsel is geformuleerd ten aanzien van de relatie tussen de doeleinden van overheidsingrepen in de particuliere sfeer van de burger en de zwaarte van die ingrepen.
12. Vgl. K.D. Opp, *Methodologie der Sozialwissenschaften*, Reinbek, 1976, blz. 72 e.v. en 286 e.v.
13. L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, Satz 1: 'Die Welt ist alles, was der Fall ist.'
14. Ch. Perelman, Concerning justice (vert. van 'De la justice' (1945), zie ook noot 2 bij paragraaf 3), in: dez., *The idea of justice and the problem of argument*, London etc., 1963 (1977), blz. 29/30:
    'Formal justice has been defined as the principle of action according to which the persons who belong to one and the same essential category ought to be treated in the same way.

It follows from this that the administration of justice assumes a classification or ordering of persons in accordance with the essential characteristic that serves as its basis.
The persons under consideration can be divided into further categories if each essential category is determined by another species of the same genus or by the degree to which a characteristic of variable intensity presents itself. In this latter case, we shall be in a position not only to divide the field under discussion into classes: we shall even be able to set these classes in order in accordance with the degree of intensity to which their members possess the essential characteristic.
Perelman roert hier de onder meer binnen de empirisch-theoretische sociale wetenschappen aangehouden onderscheidingen tussen classificatorische begrippen (nominale schalen of -variabelen) en kwantitatieve begrippen (interval-, resp. ratioschalen of -variabelen) aan. Zie voor de betekenis van deze onderscheidingen voor het gelijkheidsvraagstuk A.J. Vermaat, Het meten van (on)gelijkheid, in: J. van den Doel en A. Hoogerwerf (red.), *Gelijkheid en ongelijkheid in Nederland*, Alphen a/d Rijn, 1975, blz. 290 e.v. Zie voorts over deze ook voor juristen niet onbelangrijke onderscheidingen H.J. Koch en H. Rüszmann, *Juristische Begründungslehre*, blz. 353 e.v. Uitgebreider: K.D. Opp, a.w. blz. 57 e.v.

15. Een goed voorbeeld biedt P. Nicolaï, Algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in: W. Duk, R.W.L. Loeb en P. Nicolaï, *Bestuursrecht*, Bowar-boek, Amsterdam, 1981, met een:
'... uitspraak van de Afdeling, waarbij een aan een vergunning tot woningonttrekking verbonden voorwaarde tot betaling van een bijdrage van ruim achttienduizend gulden, werd vernietigd. Appellant, die een dienstwoning als bedrijfsruimte wenste te gaan gebruiken en daartoe vergunning kreeg mits hij de genoemde financiële kompensatie zou betalen, verzette zich tegen dat laatste omdat naar zijn zeggen de dienstwoning moeilijk te verhuren was. Het beleid van B&W van Rotterdam was echter dat wanneer het om onttrekking van een goede en goedkope woning ging altijd de maximale bijdrage werd gevraagd en geen rekening werd gehouden met faktoren als "verhuurbaarheid" ... Hoezeer het gemeentebestuur ook hechtte aan voortzetting van zijn (politieke) beleid, de Afdeling fietste daar dwars doorheen. B&W konden naar haar oordeel "in redelijkheid aan de toestemming niet de voorwaarde verbinden, dat appellante de maximale geldelijke bijdrage zou betalen".
Nu het volgens de rechter een "minder aantrekkelijke woning" betrof, kon naar zijn oordeel "niet worden gesteld, dat door de onttrekking van die woning aan haar bestemming het belang van de voorziening in de behoefte aan woongelegenheid in ernstige mate is geschaad."
Een beleid waarbij niet "gedifferentieerd" wordt, acht de rechter dus rechtens niet aanvaardbaar; kennelijk worden dan naar zijn oordeel de belangen van burgers onevenredig geschaad.'
Zie a.w. blz. 133/134. (Het betreft hier AR 13-10-1979, AB 1980, 466).

16. Ik vermoed dat Hans Kelsen in het aanhangsel 'Das Problem der Gerechtigkeit' bij de tweede druk van zijn 'Reine Rechtslehre', (Wien, 1960 (1976), blz. 392 e.v.) door middel van een omkering van de voorgaande redenering het gelijkheidsbeginsel van elke normatieve inhoud weet te beroven.
Kelsen vangt aan met de bewering dat het gelijkheidsbeginsel in de wandeling zo wordt verstaan dat het 'rechtsgelijkheid van gevallen' tot een *noodzakelijke* voorwaarde voor toepasselijkheid van een plicht tot 'gelijke rechtsbehandeling' bestempelt:
'Da das Prinzip, dasz alle gleich behandelt werden sollen, in der sozialen Wirklichkeit nicht oder doch nur in einem beschränkten Masze angewendet werden kann, wird als das Gerechtigkeitsprinzip der Gleichheit ein Grundsatz vertreten, der üblicherweise formuliert wird: Nur Gleiche sollen gleich behandelt werden.'
Kelsen noemt geen vindplaatsen voor deze 'gebruikelijke' opvatting. Hij vervolgt zijn betoog met de kritiek dat het beginsel in deze formulering onvolledig en misleidend is, omdat het gelijkheidsbeginsel in deze formulering logisch het beginsel impliceert dat ik het beginsel van evenredige ongelijkheid heb gedoopt. In Kelsens eigen woorden:
'Doch ist es in dieser Formulierung unvollständig und irreführend. Denn wenn nur

Gleiche gleich zu behandeln sind und es nicht nur Gleiche, sondern auch Ungleiche gibt, müssen Ungleiche ungleich behandelt werden. Der Grundsatz lautet daher vollständig: Wenn Individuen gleich sind – genauer: Wenn Individuen und die äuszeren Umstände gleich sind – , sollen sie gleich behandelt werden, wenn Individuen und die äuszeren Umstände ungleich sind, sollen sie ungleich behandelt werden. Dieser Grundsatz fordert, dasz Ungleichheiten in bezug auf gewisse Qualitäten berücksichtigt, Ungleichheiten in bezug auf die anderen Qualitäten nicht berücksichtigt werden sollen. Das Prinzip ist somit keineswegs ein Gleichheitsprinzip. Es fordert nicht oder doch nicht *nur* gleiche, sondern auch ungleiche Behandlung. Eine diesem Prinzip entsprechende Norm musz daher gewisse Qualitäten ausdrücklich bestimmen, in bezug auf die Ungleichheiten zu berücksichtigen sind, damit Ungleichheiten in bezug auf die anderen Qualitäten unberücksichtigt bleiben könen, es daher "gleiche" Individuen überhaupt geben kann. "Gleich" sind diejenigen Individuen, die in bezug auf die so bestimmten Qualitäten nicht ungleich sind. Und dasz es überhaupt "Gleiche" geben kann, ist die Folge der Tatsache, dasz, wenn nicht alle, so doch gewisse Ungleichheiten nicht zu berücksichtigen sind.' (blz. 392).
Verderop verbindt Kelsen hieraan de onderstaande conclusie: 'Sieht man näher zu, ist der Grundsatz, dasz Gleiche gleich, Ungleiche ungleich zu behandeln sind, überhaupt keine Forderung der Gerechtigkeit, sondern der Logik. Denn es ist nur die logische Konsequenz des generellen Charakters jeder Norm, die vorschreibt, dasz bestimmte Individuen unter bestimmten Umständen in bestimmter Weise behandelt werden sollen, oder allgemeiner formuliert, die vorschreibt, dasz unter einer bestimmten Bedingung eine bestimmte Folge eintreten, insbesondere eine bestimmte Behandlung erfolgen soll.' (blz. 393). Volgens Kelsen is aldus aangetoond dat het gelijkheidsbeginsel niet meer eist dan gelijkheid *voor* de wet, welke eis, anders dan de eis van gelijkheid *in* de wet, niet meer inhoudt dan dat wetstoepassers hun individuele normen vaststellen overeenkomstig de wettelijke norm (a.w. blz. 396). Dit is in wezen dezelfde slotsom die, naar wij in paragraaf 3 nog zullen zien, Alf Ross ertoe brengt om het gelijkheidsbeginsel te indentificeren met het rechtszekerheidsbeginsel.

Paragraaf 3

1. G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1973, blz. 122. De cursiveringen in deze en de volgende twee noten zijn door mij aangebracht, Ru.
2. A.w. blz. 139.
3. A.w. blz. 60.
4. Zie over de logische aard van 'gelijkheid': A. Podlech, *Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes*, Berlin etc., 1971, blz. 29 e.v. en 230 e.v.
5. A.w. blz. 60.
6. Vgl. artikel 14, eerste lid, Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland: 'Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet'.
7. K. Engisch, *Logische Stundien zur Gesetzesanwendungen*, Dritte ergänzte Auflage, Heidelberg, 1963, blz. 32 e.v.
8. A.w. blz. 32.
9. Ibid. Vgl. Wetboek van Strafrecht art. 311, eerste lid, sub 3: 'diefstal gedurende den voor de voor de nachtrust bestemden tijd, ...'.
10. A.w. blz. 34/35.
11. A.w. blz. 35/36.
12. N. MacCormick, *Legal reasoning and legal theory*, Oxford, 1978, blz. 100 e.v.
13. A.w. blz. 36.
14. De vraag of het bovendien vereist is dat de 'opzichten' A en B ook onderling op elkaar zijn betrokken (bijv. in termen van vergelding: 'oog om oog, tand om tand') zij hier slechts opgeworpen, maar niet beantwoord. Voor een deel lijkt deze vraag betrekking te hebben op de wijze waarop rangordeningen van getallen en van rechtsbehandelingen corresponderend behoren te worden gemaakt.
15. A.w. blz. 122. Vgl. in dit verband het in Van Wijk/Konijnenbelt (1984), blz. 104 geciteerde adagium: 'Aux grands maux les grands remèdes, aux petits maux les petits remèdes.'

16. Vgl. de passage van de hand van Burkens die in paragraaf 1 is aangehaald.
17. Vgl. K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart etc., 1975, blz. 106 ev.; M. Herberger en D. Simon, *Wissenschaftstheorie für Juristen*, Frankfurt a.M., 1980, blz. 290 e.v.; H.J. Koch en H. Rüszmann, *Juristische Begründungslehre*, München, 1982, blz. 201 e.v. en 261 e.v.
De beschouwingen die hierna in de hoofdtekst volgen, zijn ontleend aan een studie van mijn hand over bestuursrechtelijke wetgevingsleer die ik ooit gepubliceerd hoop te krijgen. Ondanks enige verwoede pogingen daartoe, bleek ik niet goed in staat te zijn om binnen een betrekkelijk kort tijdsbestek twee geheel verschillende teksten te wijden aan het onderscheid tussen descriptieve en evaluatieve (gelijkheids)maatstaven. Tegenover mogelijke lezers van beide studies verontschuldig ik mij bij voorbaat voor de doublure.
18. De twee-componenten-theorie gaat terug op het werk van de engelse analytische filosofen C.L. Stevenson ('descriptive meaning' vs. 'emotive meaning') en R.M. Hare ('descriptive meaning' vs. 'evaluative meaning'). Vgl. Herberger/Simon, a.w., blz. 291 en Koch/Rüszmann, a.w., blz. 203.
19. Taaluitingen waarin gewetensbezwaren naar voren worden gebracht, worden derhalve niet beoordeeld op de vraag of zij al dan niet *waar* zijn, maar op de vragen of zij al dan niet *oprecht* zijn en, indien oprecht, of zij al dan niet *juist*, in de zin van in overeenstemming met de strekking van de wet, zijn. Met dergelijke taaluitingen wordt derhalve aanspraak gemaakt op haar geldigheid met betrekking tot de twee concepten die in het magnum opus van Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt a.M., 1981 (1982), band 1 en 2, aan het empirische waarheidsbegrip analoge functies toegewezen krijgen, te weten 'Wahrhaftigkeit' en 'Richtigkeit'. In het begin van zijn werk (band 1, blz. 35) duidt Haberman de drie concepten als volgt aan:
'Auch *normenregulierte Handlungen* und *expressive Selbstdarstellungen* haben, ähnlich wie konstative Sprechhandlungen, den Charakter sinnvoller, in ihrem Kontext verständlicher Äuszerungen, die mit einem kritisierbaren Geltungsanspruch verbunden sind. Statt eines Tatsachtenbezuges haben sie einen Bezug zu Normen und Erlebnissen. Der Handelnde erhebt den Anspruch, dasz sein Verhalten mit Bezug auf einen als legitim anerkannten normativen Kontext richtig oder dasz die expressive Äuszerung eines ihm privilegiert zugänglichen Erlebnisses wahrhaftig ist. Auch diese Äuszerungen können, wie konstative Sprechhandlungen, fehlschlagen. Auch für ihre Rationalität ist die Möglichkeit der intersubjektiven Anerkennung eines kritisierbaren Geltungsanspruchs konstitutiv. Das Wissen, das in normenregulierten Handlungen oder in expressiven Äuszerungen verkörpert ist, verweist jedoch nicht auf die Existenz von Sachverhalten, sondern auf die Sollgeltung von Normen und auf das zum Vorschein-Kommen subjektiver Erlebnisse. Mit ihnen kann sich der Sprecher nicht auf etwas in der objektiven Welt beziehen, sondern nur auf etwas in der gemeinsamen sozialen oder in der jeweils eigenen, subjektiven Welt. An dieser Stelle begnüge ich mich mit dem vorläufigen Hinweis, dasz es kommunikative Akte gibt, die durch *andere* Weltbezüge charakterisiert und mit *anderen* Geltungsansprüchen verbunden sind als konstative Äuszerungen.' 'Wahrheit', 'Richtigkeit' en 'Wahrhaftigkeit' vormen de sleutelbegrippen van Haberman' bewonderenswaardige werk dat ook voor beoefenaren van de rechtswetenschap veel duidelijk kan maken over de aard van het object van hun studies.

Paragraaf 4

1. K. Engisch, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, Hauptthemen der Rechtsphilosophie, München, 1971, blz. 157.
2. Ch. Perelman, De la justice, 1945, Office de Publicité, Bruxelles.
Zoals reeds bleek uit noot 14 bij paragraaf 2, citeer ik de Engelse vertaling 'Concerning justice' die is opgenomen in Ch. Perelman, *The idea of justice and the problem of argument*, London etc., 1963 (1977), blz. 1 e.v. Mij ontbrak de tijd om op het ter beschikking komen van het Franse origineel te wachten. Ik troost mij met de gedachte dat Engisch een Duitse vertaling citeert en Peczenik de ook door mij gebruikte Engelse vertaling. Zie de volgende noot.

3. K. Engisch, o.c. (1971), blz. 153; A. Ross, *On law and justice*, Berkeley etc., 1958 (1974), blz. 270; H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Zweite vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Wien, 1960 (1976), blz. 365; A. Peczenik, *Grundlagen der juristische Argumentation*, Wien etc., 1983, blz. 233.
4. A.w. blz. 16,19, 36.
5. A.w. blz. 16/17.
6. A.w. blz. 27/28.
7. Ibid.
8. A.w. blz. 7.
9. H. Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?*, Wien, 1958 (1975), blz. 23:
'Auf einen der sieben Weisen Griechenlands wird das bekannte Wort zurückgeführt, Gerechtigkeit sei: Jedem das seine zu gewähren. Diese Formel wurde von vielen hervorragenden Denkern, und besonders von den Rechtsphilosophen angenommen. Es ist leicht zu zeigen, dasz sie völlig leer ist.'
In het aanhangsel 'Dass Problem der Gerechtigkeit' bij de tweede druk van zijn 'Reine Rechtslehre' laat Kelsen geen spaan heel van alle voortreffelijke (rechts)filosofen die geloof hebben gehecht aan een materiële betekenis van de formule. A.w. blz. 357 e.v., in het bijzonder blz. 366 en blz. 390 e.v.
10. Ross a.w. (1974), blz. 270 e.v.
11. A.w. blz. 272.
12. Ibid.
13. Ibid.
14. Ibid. In het eerdergenoemde aanhangsel bij zijn 'Reine Rechtslehre' trekt Kelsen in wezen dezelfde conclusie. O.c. blz. 393.
15. A.w. blz. 273.
16. Ibid.
17. Ibid.
18. A.w. blz. 274.
19. Ibid.
20. Ibid. Mijn cursivering, Ru.
21. Ibid.
22. Peter Noll, *Diktate über Leben und Tot*, Mit Totenrede von Max Frisch, Zürich, 1984.
Peter Noll, hoogleraar strafrecht en wetgevingsleer aan de universiteit te Zürich, is in Nederland vooral bekend geworden als auteur van het boek 'Gesetzgebungslehre' (Reinbek, 1973). Eind 1981 werd Noll medegedeeld dat hij blaaskanker had. Hij stierf, na een operatie te hebben geweigerd, op 9 oktober 1982. Van de tussenliggende maanden heeft Noll een dagboek bijgehouden waarin ontroerende openhartige passages voorkomen over zijn leven en over zijn eigen (rechts)denken. Het citaat laat zien hoe simpel het schrijven over recht kan worden, wanneer men er met het leven zo voorstaat als Peter Noll. Het laat bovendien zien waarom juristen die vermoeden nog langer in het ondermaanse voort te moeten gaan, hun uitgangsgedachten doorgaans met behulp van gecompliceerde redeneringen versluieren.
Voor hen die in het nut van hun eigen publicitaire bezigheden geloven, nog het volgende behartenswaardige citaat:
'16. Januar 1982.
Wie die moderne Wissenschaft an ihrer eigenen Vergänglichkeit arbeitet: A übernimmt z.B. einen Gedanken von B, und in der ersten Publikation zitiert er auch den B, wie es sich gehört. Später kommt A auf das Thema zurück, und in der zweiten Publikation zitiert er nur noch sich selbst, nämlich seine frühere Publikation. Von B ist nicht mehr die Rede. Dasselbe kann natürlich auch dem A passieren von seiten des C usw ... Meine "Gesetzgebungslehre" ist bereits aus vielen gesetzgebungswissenschaftlichen Abhandlungen vollständig verschwunden, obwohl die Autoren die gleiche Themen und Probleme behandeln und die gleiche Lösungen präsentieren, wie ich sie vorgeschlagen hatte. Meine "Gesetzgebungslehre" ist halt wohl mit neun Jahren schon alt. Zitiert wird jetzt vorwiegend die inzwischen erschienene Literatur, und in dieser findet man mich immerhin noch zitiert. So schnell vergeht, verweht und verstreut sich der wissenschaftliche Ruhm.' (a.w. blz. 48/49).
23. A.w. blz. 70.

24. Kennelijk overeenkomstig Perelmans eerste rechtvaardigheidsformule: 'To each the same thing'.
25. A.w. blz. 45.
26. A.w. blz. 46/47.
27. A.w. blz. 47.
28. A.w. blz. 54.
29. A.w. blz. 51.
30. Ibid.
31. A.w. blz. 52.
32. Ibid.
33. A.w. blz. 56.
34. Ibid.
35. A.w. blz. 57, noot 1. Zie in dit verband: Ch. Perelman en L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l' Argumentation*, La nouvelle Rhétorique, Bruxelles, 1958 (1976).
36. Th. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, München, 1958 en daaropvolgende drukken.
37. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a.M., 1978; A. Peczenik, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Wien etc., 1983. I. Tammelo spreekt van paraductieve methoden waarmee verdedigbare waarde-oordelen worden opgesteld.: I. Tammelo, *Theorie der gerechtigheid*, Antwerpen/Amsterdam, 1979, blz. 113 e.v.
38. Vgl. Tammelo, a.w., blz. 116 e.v.
39. A.w. blz. 231 e.v.
40. A.w. blz. 231.
41. A.w. blz. 231/232.
42. A.w. blz. 232/233. Peczenik definieert een 'transformatie' of 'sprong' als volgt:
'Eine Transformation von p bis q findet statt, wenn, und nur wenn die folgenden Bedingungen erfüllt sind:
a. die Wahrheit (oder Geltung usw.) von p wird als hinreichender Grund angegeben, um q zu bestätigen, und
b. p zieht nicht q deduktiv nach sich.'
A.w. blz. 5. Zie ook A. Aarnio, R. Alexy en A. Peczenik, Grundlagen der juristischen Argumentation, in: W. Krawietz en R. Alexy (Hrsg), *Metatheorie juristischer Argumentation*, 1983, blz. 13. Deze gemeenschappelijke poging van de drie auteurs om hun theoretische inzichten op elkaar af te stemmen werd voor het eerst in een Engelse versie gepubliceerd in het tijdschrift Rechtstheorie onder de titel 'The foundation of legal reasoning', Rechtstheorie 12 (1981), blz. 133-150, 257-279, 423-448. Aarnio (Helsinki), Alexy (Göttingen) en Peczenik (Lund) hebben in september 1980 temidden van het Nederlandse volk verkeerd om hun gemeenschappelijk opstel af te ronden (Amsterdam). Zie voor een heldere kritiek op het transformatiebegrip van Peczenik: O. Weinberger, Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation, in de onder redactie van Krawietz en Alexy verschenen uitgave in het Duits, blz. 161 e.v.
43. A.w. blz. 233.
44. Ibid.
45. A.w. blz. 234 e.v.
46. A.w. blz. 159 e.v. Peczeniks tekst biedt overigens voldoende aanknopingspunten voor de veronderstelling dat zijn drie regulatieve principes mede zijn geïnspireerd door 'A theory of justice' van John Rawls (principes 1 en 2) en door 'Anarchy, State and Utopia' van Robert Nozick (principe 3).
47. A.w. blz. 236.

Paragraaf 5

1. J.G. Steenbeek, *Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen*, 's-Gravenhage, 1979, blz. 165:
'Niet spoedig is het ene geval in rechtens relevante zin gelijk aan een ander geval.'
J.B.J.M. ten Berge en A.Q.C. Tak, *Nederlands administratief procesrecht*, Deventer, 1983, blz. 328.
'Dit beginsel, dat in de praktijk vooral van de justitiabelen een aandacht krijgt, dat

in geen verhouding staat tot de (weinige) gevallen van succesvol gedaan beroep daarop ...'. J.J. Oostenbrink, Vlagincidenten rondom art. 1 van de Grondwet, in: M.C.B. Burkens en R. Crince le Roy (red.), *Burgers en overheid* (Steenbeek-bundel), 's-Gravenhage, 1984, blz. 176:
'Nu is al vaker geconstateerd, dat er met betrekking tot het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld, enige discrepantie bestaat tussen enerzijds de theoretische opgang van dat beginsel en anderzijds de betekenis ervan in de jurisprudentie.' *Algemene bepalingen van administratief recht*, Alphen a/de Rijn, 1984, blz. 178:
'Terwijl het belang van het gelijkheidsbeginsel door niemand wordt betwist, is dit beginsel als maatstaf voor rechterlijke toetsing uiterst problematisch.'

2. Wie onderwijs in het bestuursrecht verzorgt, zal waarschijnlijk hebben ervaren dat hij of zij voor een ongecompliceerd voorbeeld van ongelijke bestuurlijke behandeling van evident gelijke gevallen al gauw een beroep moet doen op de casuspositie van de twee bollenkwekende broers van wie de een wèl en de ander niet een erkenning had verkregen. (CvBB 23-11-1956, SEW 1957, 90 m.n. Mulder).
3. Zie voor een recent overzicht van de jurisprudentie van de Afdeling Rechtspraak: A. Mulder en R.R. Winter, Gelijkheid en gelijkheidsbeginsel in: *Liber Amicorum Josse Mertens de Wilmars*, Antwerpen/Zwolle, 1982, blz. 156 e.v. Zie voor een overzicht van belgische voorbeelden in de sfeer van de wetgeving: L. Ingbers, Recht en gelijkheid, in dez. (red.), *Gelijkheid*, volume VI, Brussel, 1981, blz. 13 e.v. Overgangen tussen willekeur, evenredigheid en gelijkheid zijn bespeurbaar in de eerderaangehaalde beschouwing van Nicolaï in Duk e.a., *Bestuursrecht*, blz. 124-141.
4. A.M. Donner, *Nederlands Bestuursrecht*, Algemeen Deel, Alphen a/d Rijn, 1974, blz. 102.
5. Art. 1 Grondwet.
6. Art. 2, eerste lid en art. 26, Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten; art. 14 Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.
7. Zie voor voorbeelden van de willekeur waartoe wetten die naar ras differentiëren, aanleiding kunnen geven: L. Fuller, *The morality of law*, revised edition, New Haven etc., 1969 (1976), blz. 159 e.v.
8. A.w. blz. 30.
9. A.w. blz. 30/31.
10. A.w. blz. 32.
11. Ibid.
12. A.w. blz. 33.
13. A.w. blz. 35.
14. Vgl. commissie Merkx, *Het bestuur van het waterschap*, Unie van Waterschappen, 1979.
15. A.w. blz. 60
16. L.K. Adamovich en D.-C. Funk, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien etc., 1980, blz. 109:
'Eine andere Schranke für die Wahlfreiheit des Gesetzgebers ergibt sich aus dem im Gleichheitssatz eingeschlossenen *allgemeinen Sachlichkeitsgebot*. Der Gesetzgeber darf nur sachlich gerechtfertigte Konstruktionsweisen wählen.'
17. *Tussenbericht*, T.K. 1982-1983, 17931, 3, blz. 17.
18. Vgl. A.F.A. Korsten, *Evalueren van wetten* (analytisch overzicht van enkele benaderingen, problemen en ontwikkelingen), Bestuurswetenschappen (35), 1981, blz. 462-483. H.M. de Jong, Evaluatie van rechtsregels, in: A. Hoogerwerf e.a. (red.), *Handboek beleidsevaluatie*, Alphen a/d Rijn, 1984, blz. 247 e.v.
19. Vgl. H.R. 22 juni 1983 (Verordening onroerend-goedbelasting Nieuwerkerk aan den IJsel), Beslissingen in Belastingzaken 1984/1 met daaraan voorafgaande een conclusie van Advocaat-Generaal Mok waarin op instructieve wijze de historische ontwikkeling van het gelijkheidsbeginsel in het naoorlogse nederlandse bestuurs- en belastingrecht is geanalyseerd.
20. J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht*, Deventer, 1983. Vgl. o.a. blz. 20, 25, 43 e.v, 61 en 188. In een noot op blz. 188 stelt Van Kreveld dat het consistentiebeginsel ten grondslag ligt aan onder andere het gelijkheidsbeginsel.

21. Vgl. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Berlin, 1975, blz. 255 e.v.
22. Zie de bezwaren die de commissie-Geelhoed daartegen heeft in het reeds genoemde 'Tussenbericht', met name de blz. 5 t/m 14.
23. Vgl. G.H. Addink, Het milieurecht bezien in relatie tot algemene leerstukken van het staats- en bestuursrecht, in: *Steenbeek-bundel*, blz. 17:
'Milieuwetgeving in raamwetgeving. In het kader van die wetgeving vormt het bestuur milieurecht. Deze rechtsvorming staat niet los van het rechtsstelsel in het algemeen. Juist vanwege deze samenhang zie ik een grotere rol voor de rechter bij het bevorderen van de bestuurswetgeving in het algemeen en bij de milieuwetgeving in het bijzonder. De eenheid heeft niet alleen betrekking op de interpretatie van allerlei milieurechtelijke begrippen maar ook op toetsing aan rechtsbeginselen zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de grondrechten.'
24. Mijn opvatting is verwant aan het standpunt dat C.W. Canaris inneemt in *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlin, 1969, teneinde de idee van het recht als stelsel te kunnen verdedigen tegen de door Theodor Viehweg (opnieuw) ten tonele gevoerde 'topica' en tegen de aan haar inherente tendentie om elke systematiek aan het recht te ontzeggen. Volgens Canaris vloeit de eis om het recht als een stelsel op te vatten, allereerst voort uit het rechtvaardigheidspostulaat dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld en het ongelijke naar de mate van ongelijkheid. Het gelijkheidsbeginsel eist zijns inziens 'wertungsmäszige Folgerichtigkeit'. (In het voorbijgaan wijs ik er op dat deze opvatting lijnrecht tegenover de in noot 20 vermelde redenering van Van Kreveld staat). In de tweede plaats vloeit de eis om het recht als stelsel op te vatten volgens Canaris voort uit de 'generaliserende tendentie' van de rechtvaardigheid. Deze draagt er zorg voor dat de rechtsorde niet uiteen valt in een veelheid van individualiserende waarderingen, maar te herleiden is tot een verhoudingsgewijs gering aantal algemene criteria. Aan het systeembegrip in het recht komt daarmee de taak toe:
'die wertungsmäszige Folgerichtigkeit und innere Einheit der Rechtsordnung darzustellen und zu verwirklichen.' (a.w. blz. 17 e.v.).

Preadvies – drs. C.J.N. Versteden

Het falende gelijkheidsbeginsel

1. Algemeen 58
   1.1 Terreinafbakening 58
   1.2 Het gelijkheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur 60

2. Wettelijke en bestuurlijke beleidsmaatstaven als referentiekader 64
   2.1 Inleiding 64
   2.2 Theoretisch kader: wettelijke en bestuurlijke beleidsmaatstaven als referentiekader 64
   2.3 Jurisprudentie 68
   2.4 Conclusies 74

3. Vergelijkbaarheid van gevallen en behandelingen 75
   3.1 Theoretisch kader 75
   3.2 Jurisprudentie 77
   3.3 Conclusies 85

4. Gelijke gevallen en gelijke behandeling 86
   4.1 Theoretisch kader 86
   4.2 Jurisprudentie 88
   4.3 Gelijke behandeling 92

5. Slotbeschouwing 93

Noten en literatuuroverzicht 96

1 Algemeen

1.1 Terreinafbakening

Wie begint met het schrijven van een beschouwing over het gelijkheidsbeginsel binnen het bestek van wat nog een preadvies mag heten moet een keuze maken. Hij zal zich moeten beperken tot een bepaald deelgebied van het gelijkheidsbeginsel, als we al kunnen spreken van een deelgebied. Wat verstaan we immers onder 'het gelijkheidsbeginsel'? Artikel 1 van de nieuwe Grondwet, verzekerend dat allen die zich in Nederland bevinden in gelijke gevallen gelijk worden behandeld en bovendien discriminatie op welke grond dan ook verbiedend, laat eigenlijk de onbepaaldheid van het gelijkheidsbeginsel al een beetje zien. Want wat en wie valt er eigenlijk allemaal onder? En dan zouden we misschien ook nog moeten constateren dat daar niet alles onder valt wat onder het gelijkheidsbeginsel te rangschikken zou zijn.

Kortmann[1] heeft in zijn dissertatie uiteengezet dat de Franse jurisprudentie met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel in drie groepen verdeeld kan worden:

a. de 'égalité devant la loi'; de 'égalité d'accès de tous aux emplois publics' (de gelijkheid voor de wet);
b. de 'égalité devant les services publics' (de gelijkheid van diegenen die aan het functioneren van overheidsdiensten gebonden zijn);
c. de 'égalité devant les charges publics' (de gelijkheid bij de verdeling van de lasten bij de behartiging van het algemeen belang).

Het gelijkheidsbeginsel speelt ook op verschillende niveaus en heeft daarbij op elk niveau zijn eigen implicaties. Op het wetgevend niveau betekent het iets anders dan op het bestuurlijk niveau.

Kan men zich bij de gelijke behandelingsnorm van artikel 1 van de Grondwet in de sfeer van de beginselen van behoorlijk bestuur nog redelijk iets concreets voorstellen (ik hoop dat verderop te verduidelijken), in de sfeer van de wetgeving biedt deze norm nauwelijks houvast. In de MvT[2] op artikel 1 wordt dit duidelijk geïllustreerd met de volgende passage: 'Het recht groepeert, categoriseert, maakt onderscheidingen, trekt scheidslijnen. De wet differentieert groepsgewijs en schept daardoor groepsgewijs ongelijkheden. Dit is onvermijdelijk: men denke aan de regelingen voor minderjarigen, de fiscale politiek, de sociale wetgeving, het subsidiebeleid en andere. Waar het op aankomt is, dat deze ongelijkheden gerechtvaardigd moeten zijn en dat gevallen welke zozeer met elkaar overeenstemmen, dat een ongelijke behandeling niet op zijn plaats is, niet ongelijk worden behandeld'. Het is duidelijk dat het eerste deel van artikel 1 voor de wetgever meer discussiestof dan houvast zal opleveren. Want tenslotte is het de wetgever zelf die bepaalt welk politiek doel het maken van onderscheid rechtvaardigt en die de maatstaf creëert, aan de hand waarvan wordt uitgemaakt welke gevallen zozeer met elkaar overeenstemmen ... Het tweede lid, discriminatie verbiedend, heeft als norm voor de wetgeving een veel sterkere betekenis, zij het dat we het erover eens zullen moeten worden wat discriminatie inhoudt in de gevallen dat we ons op de zinsnede 'op welke grond dan ook' willen beroepen. De tweede zin voegt overigens materieelrechtelijk weinig of niets toe aan datgene wat reeds uit internationaal recht voortvloeit en dat een sterke juridische werking blijkt te hebben. Waarmee ik niet wil zeggen dat het niet zinvol zou zijn dit uiterst fundamentele rechtsprincipe in onze nationale constitutie een plaats te geven.

En wat te denken van het vraagstuk van de gelijkheid voor de publieke lasten en het daarmee samenhangende probleemveld van de bestuurscompensatie, waarbij we moeten beseffen dat dit een aspect is van het vraagstuk van de schade en baat tengevolge van de overheidsactiviteiten. Deze materie is op zichzelf al onafzienbaar en de discussies erover zijn nog volop in gang en de jurisprudentie zoekt zich tastenderwijs, zonder de node gemiste steun van de wetgever, een weg.

Ik zal mij dus sterke beperkingen moeten opleggen en richt mij daarbij op de wenken die de voortzitter van de Vereniging mij bij zijn uitnodiging tot het schrijven van een preadvies over het gelijkheidsbeginsel gaf. Het onderwerp van mijn beschouwingen is het gelijkheidsbeginsel zoals dat als beginsel van behoorlijk bestuur een leven leidt.

Dat betekent dat ik geen specifieke aandacht zal geven aan het discriminatievraagstuk. Deze materie heeft geheel eigen merites en heeft ook op allerlei wijzen apart regeling gevonden, zodat het gelijkheidsbeginsel er te dien aanzien op bestuurlijk-uitvoerend niveau niet aan te pas hoeft te komen.

Ook zal ik niet ingaan op het vraagstuk van schade en baat tengevolge van het overheidshandelen. Daar waar de bestuurscompensatie in de bestuurlijk-uitvoerende sfeer speelt – en dat is in toenemende mate het geval – wordt dit leerstuk niet ondergebracht bij de toepassing van het gelijkheidsbeginsel. Bovendien is het zeer de vraag of we ten aanzien van de Nederlandse situatie kunnen zeggen dat het gelijkheidsbeginsel bij het vraagstuk van de bestuurscompensatie een zo duidelijke rol speelt dat dit voor een bespreking van de bestuurspraktijk tot andere dan utopische beschouwingen zou kunnen leiden. Ook dit vraagstuk heeft in sterke mate eigen, niet duidelijk met het gelijkheidsbeginsel verband houdende merites.

Voorts zal ik de betekenis van het gelijkheidsbeginsel bij de wetgevende en aanverwante arbeid laten liggen. Ik denk hierbij niet alleen aan de doorvoering van de gelijkberechtiging van man en vrouw op sociaal-economisch terrein (die overigens door andere motieven dan gelijkheid op zich is ingegeven) maar ook aan de initiatieven om te komen tot een Wet gelijke behandeling.[3] Ook denk ik hierbij aan planvormende activiteiten van de overheid. Het bestemmingsplan zou bijv. een goed aanknopingspunt kunnen bieden voor een beschouwing over gelijke en ongelijke behandeling en daarmee samenhangende problemen van diverse aard. Ook hier geldt weer dat dit een vraagstuk apart is.

Tenslotte zal ik mij bepalen tot de publiekrechtelijke sfeer en zal ik dus de vraag in hoeverre het gelijkheidsbeginsel ook geldt of moet gelden ten aanzien van privaatrechtelijke handelingen van de overheid niet in de beschouwingen betrekken. Ik volsta te dien aanzien met een paar opmerkingen op deze plaats.

Ten eerste deze dat bestuurshandelingen die op het eerste oog uitsluitend van privaatrechtelijke aard lijken, door de Afdeling rechtspraak van de Raad van State soms mede als een beschikking worden aangemerkt, zodat daarop in zoverre het bestuursrechtelijk regime van toepassing is. In de tweede plaats signaleer ik dat in de jurisprudentie van de Hoge Raad (civiele kamer) de neiging om op het zuiver privaatrechtelijke doen en laten van de overheid de beginselen van behoorlijk bestuur (voorzover niet bestaande uit détournement de pouvoir of willekeur) toe te passen niet sterk aanwezig lijkt te zijn. Ik zou het Ockenburg-arrest[4], dat op het gelijkheidsbeginsel betrekking had, in dit opzicht nog niet als een trendsetter willen beschouwen.

Hoewel ik erken dat de overheid zich – ook in het privaatrechtelijk verkeer – bepaalde gedragingen niet kan veroorloven die burgers zich wel kunnen permitteren, moet we m.i. oppassen dat we de overheid door haar in het privaatrechtelijk verkeer aan bijzondere normen te binden, niet in een situatie van ongelijke kansen ten opzichte van de burgers brengen.

1.2 Het gelijkheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur

De geschiedenis van het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur is verbonden met de geschiedenis van de beginselen van behoorlijk bestuur in het algemeen.[5] Al zijn er in de oudere jurisprudentie van met name de ambtenarenrechter en het Scheidsgerecht voor de Voedselvoorziening aanzetten voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel (soms in ruimere zin) te vinden, het beginsel heeft zijn beste tijden doorgemaakt sedert het baanbrekende werk dat Wiarda en Samkalden in 1952 in hun preadviezen[6] over de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor de VAR hebben verzet en de daarna plaats gehad hebbende ontwikkeling in de jurisprudentie en wettelijke maatregelen ter verhoging van de rechtsbescherming van de burger tegen het bestuurlijk optreden. Met name de rubricering van de beginselen van behoorlijk bestuur van Wiarda heeft daarbij een sterke rol gespeeld. Voor wat betreft de ambtenarenrechtspraak was dat onder de formule van de tot de algemeen verbindende voorschriften te rekenen rechtsbeginselen c.q. beginselen van behoorlijk bestuur, voor wat betreft de Kroon onder de noemer 'algemeen belang' of anderszins en voor wat betreft de vanaf de vijftiger jaren tot stand gekomen regelingen van administratieve rechtspraak onder de noemer van het anderszins hebben beschikt in strijd met enig in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur.

Van meet af aan heeft buiten twijfel gestaan dat daartoe behoorde het thans in artikel 1 van de Grondwet in iets andere bewoordingen vastgelegde beginsel dat gelijke gevallen gelijk behandeld behoren te worden. Dat is niet verwonderlijk, want het gaat hier – ik duidde daar al op – om een beginsel dat in het rechtsbewustzijn van de mensen als iets vanzelfsprekends en uiterst fundamenteels wordt ervaren. Wie zegt dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden hoeft zich dus niet nader te verklaren en men treft in de juridische verhandelingen over dit beginsel dan ook geen uitvoerige rechtvaardigingstheorieën aan.

Tegen deze achtergrond zou men kunnen verwachten dat dit beginsel voor de praktijk en in de jurisprudentie een sterke werking heeft. Aan de hand van in het bijzonder de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State zal ik nagaan of dit het geval is.

Zoals gezegd staat het beginsel in de jurisprudentie bekend als het beginsel dat gelijke gevallen door het bestuur gelijk behandeld behoren te worden.

In de literatuur wordt wel beweerd dat het gelijkheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur niet alleen inhoudt dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld, maar ook dat ongelijke gevallen naar de mate van hun ongelijkheid een ongelijke behandeling behoren te krijgen. Heeft het gelijkheidsbeginsel, indien men daaraan die ruimere strekking toekent, niet een vrijwel onbeperkte betekenis gekregen en heeft het dan ten opzichte van de overige beginselen van behoorlijk bestuur nog specifieke betekenis? In feite zegt men

dan dat het bestuur de justiciabelen naar evenredigheid moet behandelen. Dat is op zichzelf geen verwerpelijke stelling en indirect werkt het gelijkheidsbeginsel, zoals we verderop zullen zien, ook wel in die richting, maar men betreedt dan het terrein dat door andere beginselen van behoorlijk bestuur wordt bestreken. Ik denk met name aan het verbod van willekeur (de c-grond van de Wet Arob) en het motiveringsbeginsel. Evidente onredelijkheid, waarop de c-grond ziet, zal zich o.a. voordoen indien er sprake is van een notoire discrepantie tussen de merites van het geval en de beschikking. En in een van zijn verschijningsvormen betreft het motiveringsbeginsel, waarbij niet steeds helder is waarom dit i.p.v. de c-grond wordt gehanteerd, de draagkracht van de motivering (d.w.z. de daarin aangevoerde gronden) van de beschikking: kan de motivering de beschikking dragen? Onevenredigheid tussen de in de motivering opgenomen merites van de zaak en de beslissing leidt soms tot het aannemen van strijd met het motiveringsbeginsel. Daarnaast wordt onder de noemer van het motiveringsbeginsel de eis van individualisering gesteld bij het hantering van bestuursbevoegdheden: elk geval moet binnen de door de wet gelaten ruimte op zichzelf beoordeeld worden, hetgeen zelfs nog geldt indien deze ruimte is opgevuld door beleidsregels. Over de precieze inhoud van de behandeling zegt dit echter niets. Hoewel door deze combinatie van andere beginselen het evenredigheidsveld niet volledig wordt bestreken, kan toch worden vastgesteld dat door een uitbreiding van de sfeer van het gelijkheidsbeginsel in bedoelde zin een overlapping zou ontstaan.

In de jurisprudentie wordt de hier bedoelde ruimere strekking bij mijn weten aan het gelijkheidsbeginsel niet toegekend. Het is vaste gewoonte van de administratieve rechters te spreken van het beginsel dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld. Uitzonderingen daarop zijn kennelijk onbetekenende vergissingen. Uitdrukkelijke uitspraken waarbij een ruimere werkingssfeer wordt afgewezen zijn mij anderzijds evenmin bekend. Auteurs die een ruimer beginsel poneren plegen zich ook niet op jurisprudentie te baseren. Zoals ik verderop zal uiteenzetten brengt een zinvolle toepassing van het gelijkheidsbeginsel m.i. wel mee dat de vraag of gevallen gelijk zijn wordt gerelateerd aan hun verhouding tot beleidsmaatstaven en kan men daarom m.i. wel stellen dat het gelijkheidsbeginsel op een gelijke mate van evenredigheid van behandeling is gericht, maar dat is iets anders dan te zeggen dat het gelijkheidsbeginsel zelf op evenredige behandeling is gericht.

Na het structurerende werk van Wiarda in 1952 op het punt van de rubricering van de beginselen van behoorlijk bestuur hebben deze in de jurisprudentie een bepaalde ontwikkeling doorgemaakt. Dit heeft geleid tot bijstelling op het punt van onderscheiding en inhoudgeving van beginselen. De aanwezigheid en plaats van het gelijkheidsbeginsel is daarbij buiten discussie gebleven. Toch zou men zich kunnen afvragen of het gelijkheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur een zelfstandige plaats verdient naast het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel. De beperkte daadwerkelijke toepassing van het gelijkheidsbeginsel (verderop zal blijken dat daarvan sprake is) zou daartoe bijv. aanleiding kunnen geven. En op het eerste oog lijkt er misschien ook wel iets voor te zeggen het gelijkheidsbeginsel te zien als een aspect van het rechtszekerheids- of het vertrouwensbeginsel. Ik zal dit nader verklaren en bezien of dit idee bij nader inzien nog steekhoudend is.

De Commissie inzake algemene bepalingen van administratief recht heeft

in de recentelijk verschenen vijfde geheel herziene druk van haar Rapport ABAR[7], anders dan in de vorige druk, het rechtszekerheidsbeginsel niet meer als apart beginsel van behoorlijk bestuur opgenomen. Zij kiest daarmee voor een stroming in de wetenschappelijke literatuur, die aan het rechtszekerheidsbeginsel naast het vertrouwensbeginsel geen zelfstandige betekenis toekent en hoogstens het rechtszekerheidsbeginsel als een onderdeel of aspect van het vertrouwensbeginsel beschouwt. Ik betreur deze keuze, omdat daardoor naar mijn idee enige essentiële aan het bestuur te stellen eisen tussen wal en schip dreigen te geraken.

Ik zou de zaken als volgt willen zien. De eis van rechtszekerheid houdt – voorzover hier van belang – in dat de overheid de burger zekerheid en duidelijkheid moet geven waar hij op het punt van zijn rechten en plichten aan toe is. Daaraan zie ik een tweetal aspecten vastzitten:

a. duidelijkheid en prudentie met betrekking tot:
   - de inhoud van het objectieve recht;
   - de inhoud van concrete rechtsposities van individuele burgers;

b. berekenbaarheid van het bestuur:
   - bij de toepassing en handhaving en verandering van het objectieve recht;
   - door consistent en consequent handelen in concrete gevallen.

Onder het aspect berekenbaarheid valt de eis dat bij de burgers opgewekt vertrouwen – voorzover gerechtvaardigd – wordt gehonoreerd. Volgens het Rapport ABAR, in navolging van Scheltema, kan het vertrouwen worden opgewekt door beschikkingen, overeenkomsten, toezeggingen, inlichtingen en pseudo-wetgeving. Aanvullend zou ik – naar analogie van Konijnenbelt[8] – nog willen noemen andere handelingen en gedragingen, waarbij ik dan denk aan feitelijke handelingen en stilzitten van de administratie.

Door alleen het vertrouwensbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur te erkennen komen de onder a genoemde duidelijkheidseisen in een zwevende positie terecht. En de eisen ten aanzien van de berekenbaarheid kunnen m.i. ook slechts ten dele via het vertrouwensbeginsel tot hun recht komen, omdat de berekenbaarheidseis niet alleen geldt indien vertrouwen gewekt is, maar ook kan inhouden dat vertrouwen gewekt moet worden. Van het bestuur mag ook verlangd worden dat het zichzelf voor de burgers berekenbaar maakt, bijv. door te werken aan de hand van kenbare beleidslijnen. Ik kom daar in het laatste hoofdstuk nog op terug.

Daarom opteer ik voor een benadering waarbij het rechtszekerheidsbeginsel 'in the picture' blijft als beginsel van behoorlijk bestuur, waarbij ik er terwille van de systematiek de voorkeur aan geef het vertrouwensbeginsel als een onderdeel van de rechtszekerheidsmaterie te zien, maar het lijkt mij ook niet overwegend bezwaarlijk het vertrouwensbeginsel als een apart beginsel te beschouwen. Bij dit laatste bedenk ik dat ook andere afzonderlijk erkende beginselen in zekere zin wel tot het rechtszekerheidsbeginsel te herleiden zijn.

Dat de jurisprudentie aanleiding geeft tot vervaging en tot de zienswijze van degenen die het rechtszekerheidsbeginsel willen elimineren als zelfstandig beginsel lijkt mij niet doorslaggevend. Overigens is, zoals het Rapport ABAR duidelijk maakt, het rechtszekerheidsbeginsel niet uit de jurisprudentie verdwenen.

Het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel hebben veel van elkaar

weg. Men zou op de gedachte kunnen komen het gelijkheidsbeginsel te zien als een aspect van het vertrouwensbeginsel, door ervan uit te gaan dat het bij de eis van gelijke behandeling van gelijke gevallen gaat om het vertrouwen dat het bestuur door een bepaalde behandeling in een bepaald geval heeft gewekt ten aanzien van de behandeling in andere – gelijke – gevallen. Men zou zelfs op de gedachte kunnen komen om het – zoals hierna zal blijken – wellicht te hooggespannen verwachtingspatroon ten aanzien van het gelijkheidsbeginsel bij te stellen door slechts te verlangen dat ingeval de behandeling in een gelijkliggend geval ten opzichte van een ander gerechtvaardigd vertrouwen heeft doen ontstaan een gelijke behandeling plaatsvindt. Daarmee zou dan een normatieve aanpassing van het gelijkheidsbeginsel plaatsvinden aan het feitelijke gegeven dat het een onmogelijke zaak is alle van belang zijnde vergelijkingsgevallen en -behandelingen in het vizier te krijgen en dat de vergelijking in de praktijk dus per definitie een zeker willekeurig karakter heeft. Men zou nog aan een ander probleem met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel tegemoet komen. Ik doel op het feit dat – zoals hierna zal blijken – de toepassing ervan door de rechter beperkt lijkt te worden door de gevolgen die dit voor het bestuur met zich kan brengen in verband met de precedentwerking naar volgende gevallen, doordat de rechter in feite beleidslijnvormend kan optreden (als hij zich niet aan een bestaande beleidslijn conformeert). De gevolgen van toepassing van het vertrouwensbeginsel beperken zich – afgezien van het geval dat het vertrouwen op pseudo-wetgeving is gebaseerd – tot het aan de orde zijnde geval; volgende gevallen moeten weer op hun eigen merites worden beoordeeld: is er sprake van te dien aanzien gewekt vertrouwen en heeft dit gerechtvaardige verwachtingen doen ontstaan?

Aldus zou op het eerste oog de toepassing van het gelijkheidsbeginsel kunnen worden uitgebreid tot gevallen waarin een sterke schijn van ongerechtvaardigde ongelijke behandeling aanwezig is, in welke gevallen – zoals ik nog duidelijk zal maken – de rechter zijn toevlucht tot andere beginselen pleegt te nemen. Deze benadering lijkt winst maar is het niet. Er zitten aan deze zaak andere kanten die ervoor pleiten het gelijkheidsbeginsel als zelfstandig beginsel van behoorlijk bestuur te handhaven. In de eerste plaats pleit daarvoor een formeel argument, te weten het feit dat de Grondwet het gelijknamige beginsel voorhoudt aan het bestuur. In de tweede plaats – daarmee samenhangend – doet men anders geen recht meer aan het fundamentele en wezenlijke karakter van het gelijkheidsbeginsel voor het overheidshandelen. Met alle betrekkelijkheid die het bij de praktische toepassing blijkt te hebben, blijft het een appèl in zich houden dat diep geworteld is in het ethisch bewustzijn van de mensen. In de derde plaats ondergaat het gelijkheidsbeginsel anders een essentiële verandering in beperkende zin, die niet wenselijk is. Ook al is de rechter beperkt in zijn mogelijkheden het gelijkheidsbeginsel als toetsingsmaatstaf te gebruiken, dat neemt niet weg dat het gelijk behandelen van gelijke gevallen, het besturen zonder aanzien des persoons, het alle burgers even lief hebben, een zeer nastrevenswaardig doel blijft voor een bestuur dat ook materieel gelegitimeerd wil blijven. In de vierde plaats meen ik dat er mogelijkheden zijn om het praktisch functioneren van het gelijkheidsbeginsel als toetsingsmaatstaf voor de rechter te verbeteren. In het laatste hoofdstuk zal ik hier nader op ingaan.

2 Wettelijke en bestuurlijke beleidsmaatstaven als referentiekader

2.1 Inleiding

In het hierna volgende zal ik proberen na te gaan hoe het beginsel dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld in de praktijk blijkens de jurisprudentie functioneert. Ik zal dat niet doen volgens de vaak gevolgde methode waarbij de lijnen in de jurisprudentie worden opgespoord en aan de hand daarvan een exposé wordt gegeven. De basis voor mijn verkenning wordt gevormd door een theoretisch kader met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel. Dit kader geeft de vraagpunten, thema's, aan die bij de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in logische volgorde kunnen worden gesteld. Bij de onderscheiden vraagpunten en thema's zal ik nagaan of deze in de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State als zodanig worden onderkend, c.q. hoe die jurisprudentie zich daartoe verhoudt, waarbij ik e.e.a. van kanttekeningen zal voorzien waar daartoe aanleiding bestaat. Op een enkel punt zal ik ook andere jurisprudentie in beeld brengen omdat daartoe te dien aanzien in het bijzonder aanleiding bestaat; dit betreft het tegenwettelijk beleid. Dat ik me voor het overige beperk tot de rechtspraak van de Afdeling rechtspraak heeft een praktische achtergrond. Meeneming van de jurisprudentie van andere instanties op basis van meer gedetailleerde analyse zou te veel tijd gevergd hebben. Overigens achtte ik het aantrekkelijk mij te concentreren op de Arob-rechtspraak omdat deze het meest algemeen en gevarieerd is. Daarenboven leek mij deze beperking ook alleszins verantwoord omdat de gebruikelijke uiteenzettingen laten zien dat er een grote mate van overeenstemming is tussen de jurisprudentie van de Afdeling en andere administratieve rechters, althans op dit punt. Daar waar opvallende uitzonderingen bestonden heb ik de uitspraken van andere instanties wel rechtstreeks in de beschouwingen betrokken.

2.2 Theoretisch kader: wettelijke en bestuurlijke beleidsmaatstaven als referentie-kader

Toepassing van het beginsel dat gelijke gevallen gelijk behandeld behoren te worden impliceert vergelijking:
- van gevallen;
- van behandelingen.

Zijn gevallen gelijk, dan moet een gelijke behandeling door het bestuur plaatsvinden.

Dat roept de vraag op wanneer gevallen gelijk zijn. Maar een logische en economisch ingerichte aanpak brengt met zich dat men, alvorens deze vragen onder ogen te zien, nagaat welke gevallen en behandelingen überhaupt met elkaar vergelijkbaar zijn. Door zich deze prealabele vraag eerst te stellen kan men, indien men tot de conclusie komt dat de vergelijkbaarheid ontbreekt, de arbeidsintensieve onderneming van het vergelijken van gevallen achterwege laten.

Het nagaan of gevallen en behandelingen vergelijkbaar en gelijk zijn vereist een vergelijkingspunt, een referentiekader. Vergelijking van zaken is altijd een relatieve aangelegenheid en dat geldt a fortiori bij vergelijking van juridische gevallen en behandelingen. Indien men vaststelt dat zaken rechtens verge-

lijkbaar of gelijk zijn, zegt men in feite dat zij dat in een bepaald – juridisch relevant – opzicht zijn.

Wat is nu dat referentiekader bij het vergelijken in het kader van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel? M.i. is dat het stelsel van maatstaven dat voor de gevallen en behandelingen (doorgaans de beschikking; daarop zal ik mij richten) in kwestie geldt. Maatstaven zijn principes en normen, aan de hand waarvan concrete situaties dienen te worden beoordeeld en behandeld door het bestuur.[9] Aan de hand van het stelsel van beleidsmaatstaven zal moeten worden vastgesteld:

- of de gevallen en behandelingen in kwestie vergelijkbaar zijn;
- of de gevallen en behandelingen gelijk zijn.

Alvorens op deze twee vragen in het bijzonder in te gaan zal ik in meer algemene zin nader aandacht besteden aan de beleidsmaatstaven. Welke soorten maatstaven kennen we?

In de eerste plaats bevatten wetten die aan bestuursbevoegdheden een grondslag geven, vrijwel altijd maatstaven, aan de hand waarvan het bestuur concrete situaties moet beoordelen en behandelen. Ik noem deze de *wettelijke beleidsmaatstaven*. Soms geven deze maatstaven nauwkeurig aan welke elementen bij de beoordeling van gevallen relevant zijn en welke behandeling bij aanwezigheid van bepaalde feiten of omstandigheden geboden is. Dat doet zich in optima forma voor bij de gebonden beschikking. Soms echter zijn de wettelijke beleidsmaatstaven minder concreet, volstaat de wet met meer globale richtsnoeren of zelfs met volstrekt vage termen, die slechts een beginsel, een richting inhouden. Het komt zelfs voor dat wettelijke maatstaven geheel ontbreken en de wettelijke bepaling volstaat met bevoegdheidsverlening sec. Indien wettelijke beleidsmaatstaven minder nauwkeurig zijn ontstaat er vrije beleidsruimte voor het bestuur. Dan ontstaat er ruimte voor een ander soort maatstaven, die ik *bestuurlijke beleidsmaatstaven* noem. Het bestuur kan de vrije beleidsruimte benutten aan de hand van door hemzelf te ontwikkelen beleidsmaatstaven.

Hetzelfde geldt ingeval er sprake is van bestuur zonder wettelijke grondslag, zoals bijv. subsidieverlening. Wettelijke beleidsmaatstaven zijn bekend, worden althans bekend verondersteld. Bij bestuurlijke maatstaven kan dat anders liggen. Hebben we te maken met expliciet geformuleerde maatstaven dan zijn die in veel gevallen ook bekend gemaakt (pseudo-wetgeving).

Maar bij veel bestuurlijke beleidsmaatstaven is de kenbaarheid voor rechter en justiciabele een probleem. Zijn de maatstaven wel expliciet geformuleerd maar niet gepubliceerd dan is het voor burgers mogelijk op grond van de Wet openbaarheid van bestuur afschrift of inzage te krijgen, maar daarmee is algemene bekendheid niet verzekerd en bovendien moet men dan eerst maar weten van het bestaan van het desbetreffende document. In dergelijke gevallen en in gevallen waarin de maatstaven niet expliciet zijn geformuleerd kan men deze slechts leren kennen op basis van een analyse van de bestuurspraktijk, de feitelijk genomen beslissingen dus. Daaruit moeten dan de gehanteerde beleidsmaatstaven worden gedestilleerd.

Als het goed is zal uit de beslissingen van een bestuursorgaan in meer of mindere mate kunnen worden opgemaakt welke maatstaven het orgaan aanlegt. Het motiveringsbeginsel brengt met zich dat beslissingen in bepaalde gevallen van een kenbare motivering moeten zijn voorzien en voorts dat de motivering

de beslissing moet kunnen dragen. Van het bestuur mag worden verwacht dat het altijd rationeel en consistent te werk gaat en in gevallen waarin het motiveringsbeginsel in stelling kan worden gebracht is dit tot op zekere hoogte ook afdwingbaar. Dit neemt niet weg dat bij afwezigheid van expliciet geformuleerde en bekendgemaakte beleidslijnen grote onduidelijkheid kan bestaan over het gevoerde beleid en de daarvan deel uitmakende maatstaven.

Hiervoor heb ik gesproken over beleid

- uit de wet,
- zonder wettelijke grondslag,
- binnen de wet.

In de praktijk hebben we te maken met nog een ander type beleid: *tegenwettelijk beleid*. Ook daaraan moet dus aandacht worden besteed in dit kader. Daarbij kan ik dankbaar gebruik maken van datgene wat Van Kreveld[10] terzake in zijn dissertatie heeft geschreven. In ons kader is tegenwettelijk beleid interessant om te weten of dit fungeert als stelsel van toetsingsmaatstaven voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel.

Met tegenwettelijk beleid hebben we te maken indien de uitvoeringspraktijk afwijkt van de wet, naar zijn inhoud en strekking. Een dergelijke beleidslijn kan de facto bestaan, in de vorm van een reeks incidentele beslissingen, maar ook hier geldt dat zij uitdrukkelijk kan zijn vastgelegd.

Motieven voor tegenwettelijk beleid kunnen volgens de Hoge Raad (belastingkamer), die zich met dit verschijnsel het meest indringend heeft beziggehouden, zijn:

- een aan de wet ten grondslag liggend beginsel beter tot zijn recht te doen komen dan in de bewoordingen van de wet is geschied;
- voor een 'praktische uitvoerbaarheid en hanteerbaarheid' van de wet zorg te dragen;
- tegemoet te komen 'aan onbillijkheden van overwegende aard'.

Men kan tegen het bestaan van tegenwettelijk beleid op principieel-juridische gronden bedenkingen hebben (Van Kreveld laat daarvan blijken), dit neemt niet weg dat het in de bestuurspraktijk bestaat en dat het in rechterlijke kringen wordt erkend. De Hoge Raad (belastingkamer) erkent uitdrukkelijk de mogelijkheid van tegenwettelijk beleid van de belastingsadministratie, in die zin dat hij ervan uitgaan dat onder omstandigheden een strikte toepassing van de wet achterwege behoort te blijven. Hierna zal ik laten zien dat de HR in het kader van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel het bestaan van tegenwettelijk beleid niet alleen accepteert maar ook als voorwaarde stelt voor honorering van een beroep op dit beginsel. De Centrale Raad van Beroep erkent ook de mogelijkheid en onder omstandigheden de plicht tot tegenwettelijk handelen en beleid.

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven lijkt dit type beleid niet te willen erkennen; er zijn althans nog geen duidelijke aanwijzingen in een andere richting. De Afdeling rechtspraak neemt, daar waar zij zich op dit punt explicieat uitspreekt, een afwijzend standpunt in. Zelfs in gevallen van schending van een beginsel van behoorlijk bestuur houdt de Afdeling eraan vast dat zij van deze vorm van beleidsvoering niets wil weten. Hierna zal ik op dit punt voorbeelden in de sfeer van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in beeld brengen. Bij deze weergave van de opstelling van de Afdeling rechtspraak moeten enige relativerende kanttekeningen worden gemaakt, om duidelijk te

maken dat het vasthouden aan de wet door de Afdeling zich, in breder verband bezien, toch niet zo rechtlijnig voordoet als men uit het vorenstaande afleidt.

In de eerste plaats doel ik hierbij op de lijn die de Afdeling (in navolging van de Hoge Raad, civiele kamer) volgt ten aanzien van het toepassen van administratieve sancties, in het bijzonder politiedwang. Ook bij onmiskenbare wetsovertreding houdt de Afdeling de mogelijkheid open dat in verband met de beginselen van behoorlijk bestuur van handhaving moet worden afgezien indien de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven. Is het eigenlijk niet vreemd – althans op z'n minst in materieel opzicht – dat daartegenover een speciale vorm van politiedwang als de aanschrijving tot het treffen van voorzieningen op grond van de artt. 24 e.v. van de Woningwet onder alle omstandigheden als een plicht wordt gezien? De woorden van de wet als onderscheidend element zullen op de burger weinig indruk maken, temeer daar de artikelen 24 e.v. in de praktijk slechts in een klein aantal toepasselijke gevallen worden uitgevoerd.

En uit een oogpunt van rechtsgelijkheid doet het toch vreemd aan dat degene die zich aan de regels houdt door bijv. niet te bouwen zonder voorafgaande vergunningverlening niet het voordeel van de twijfel kan genieten dat degene geniet die zonder vergunning bouwt en maar afwacht wat er gebeurt.

In de tweede plaats vestig ik er de aandacht op dat de Afdeling in één specifieke situatie wel tegenwettelijk handelen voor mogelijk houdt en zelfs plicht van het bestuur acht. Ik heb hierbij het oog op uitspraken die de Afdeling heeft gedaan met betrekking tot de toepassing van regelingen indien die toepassing zich niet verdraagt met artikel 10 ECRM.[11] Deze uitspraken betreffen bestemmingsplannen en in een geval een gemeentelijke verordening. In bedoelde uitspraken verklaarde de Afdeling de desbetreffende regeling niet onverbindend maar toetste uitsluitend de beschikking aan art. 10, hetgeen er soms toe leidde dat deze, hoewel conform de regeling zijnde, strijdig werd geoordeeld met art. 10. De Afdeling kon het probleem bij de wetgever leggen door conform de praktijk tot dan toe een abstracte toetsing van de regeling uit te voeren maar koos kennelijk bewust voor toetsing in concreto (beperkt tot het voorliggende geval) en gaf daarmee het bestuur een eigen rol tegenover de wetgever op het punt van de verbindendheid. In zekere zin decreteert de Afdeling hier tegenwettelijk beleid van het bestuur. Het bijzondere is wel de rechtvaardiging daarvan, die een andere is dan die in de uitspraken van de HR en de CRvB.

Toch zou deze aanpak van de Afdeling op het punt van het gelijkheidsbeginsel gevolgen kunnen hebben. Dit beginsel is immers thans in de Grondwet verankerd en artikel 1 is een norm die mede voor het bestuur geldt. Het beginsel zoals het in artikel 1 Grondwet is neergelegd, luidt niet dat een ieder gelijk is voor de wet, maar spreekt in algemene zin over gelijke behandeling. Men kan in dit artikel niet een voorrang van gelijke behandeling volgens de maatstaven van de wet boven die volgens bestuurlijke beleidsmaatstaven lezen. En ik houd het voor mogelijk dat zelfs de Afdeling rechtspraak – althans in de sfeer van de lagere wetten – eens zal uitspreken, dat gegeven het bestaan van een bepaald tegenwettelijk beleid – 'wat daar overigens van zij' – ingevolge de norm van artikel 1 Grondwet de gelijke behandeling moet plaatsvinden op basis van dat beleid. Sterker, het lijkt mij een vrijwel ontontkoombare zaak, wil het eerste artikel van de Grondwet reële betekenis krijgen.

In de rechtspraak van de HR en de CRvB ging het doorgaans om een

begunstigend effect voor de betrokken burger van het tegenwettelijk beleid. Men neemt aan – en de CRvB heeft zich in die zin ooit uitdrukkelijk uitgesproken[12] – dat tegenwettelijk beleid niet ten nadele van de burger (in vergelijking met datgene wat uit de wet voor hem voortvloeit) kan werken. Uit het vorenstaande volgt dat dit voor wat betreft het gelijkheidsbeginsel – waar immers een grondwetsbepaling in het geding is – anders zou kunnen komen te liggen.

Dit punt geeft mij overigens nog tot een andere opmerking aanleiding. De voorbeelden van tegenwettelijk handelen en beleid dat door de CRvB wordt erkend (en dat geldt ook voor het ene geval van impliciete erkenning van tegenwettelijk beleid door de Afdeling rechtspraak, waarvan ik verderop gewag zal maken) liggen in de sfeer van de subsidiëring en aanverwante figuren (als ik het verstrekken van sociale uitkeringen even zo mag kwalificeren). De bevoegdheid daartoe bestaat – afgezien van de budgettaire kant van de zaak – ook zonder wettelijke grondslag. Men zou de desbetreffende uitspraken dan nog anders kunnen zien als het honoreren van para-wettelijk handelen en beleid. Dat de CRvB en de Afdeling rechtspraak het zo beschouwen blijkt overigens uit niets, zodat ik ervan uitga dat dit niet het geval is. Overigens is het bij het beheren van niet tot de algemene middelen behorende fondsen de vraag of men kan zeggen dat daaruit zonder wettelijke grondslag uitkeringen kunnen worden gedaan. Daarbij zijn belangen en rechten van derden in het geding.

Ook los van de mogelijkheid artikel 1, eerste zin, van de Grondwet in stelling te brengen meen ik dat een andere benadering van tegenwettelijk handelen door de Afdeling rechtspraak te verantwoorden zou zijn. De wetgever erkent de beginselen van behoorlijk bestuur als toetsingsmaatstaven voor het overheidshandelen. Hij heeft niet tot uitdrukking gebracht dat de wet in concrete situaties altijd voorrang moet hebben boven een in het geding zijnd beginsel van behoorlijk bestuur. Die beginselen kunnen soms slechts goed tot hun recht komen indien een tegenwettelijk handelen plaatsvindt. Principieel kan ik dus geen bezwaar zien tegen de toepassing in concreto, afgestemd op de merites van het geval, van beginselen van behoorlijk bestuur contra legem. En a fortiori lijkt het mij niet bezwaarlijk, in geval van het feitelijk bestaan van een tegenwettelijke beleidslijn, het gelijkheidsbeginsel te laten meebrengen dat dit – behoudens de mogelijkheid van beleidswijziging – ook ten aanzien van volgende gevallen moet worden toegepast.

Als men een tegenwettelijke beleidslijn wil bestrijden – en daar kan iets voor te zeggen zijn indien er geen zware gronden voor bestaan – moet men dat m.i. met andere middelen doen.

2.3 Jurisprudentie

Ik zal thans nagaan of, en zo ja, welke referentiepunten de Afdeling rechtspraak hanteert bij de toepassing van het gelijkheidsbeginsel. Met name interesseert ons hier of gezegd kan worden dat als zodanig stelsels van wettelijke en bestuurlijke beleidsmaatstaven dienst doen.

Bij mijn weten heeft de Afdeling nimmer uitdrukkelijk uitgesproken dat zij het gelijkheidsbeginsel alleen kan toepassen aan de hand van een bepaald referentiekader. Er zijn echter wel uitspraken aan te wijzen waaruit blijkt dat de Afdeling in feite met de toepassing van dit beginsel zonder een dergelijk kader van beleidsmaatstaven niet uit de voeten kan.

Dit is bijv. het geval in een uitspraak betreffende de gemeente *Oss*.[13] De raad van die gemeente had in beroep de beslissing van b. en w. bevestigd waarbij op grond van een bestemmingsplan vrijstelling werd geweigerd voor winkelnering ten behoeve van de verkoop aan particulieren. Appellant wees op een aantal gevallen waarin dergelijke vrijstellingen wel waren verleend c.q. dergelijke activiteiten werden toegelaten. De Afdeling stelde vast dat blijkens de praktijkvoorbeelden terzake van het verlenen van vrijstellingen geen vast beleid werd gevoerd. In het voorliggende geval waren criteria gehanteerd maar in andere gelijk lijkende gevallen was een andere benadering toegepast. De Afdeling kon hier dus geen algemene beleidslijn van het gemeentebestuur ontdekken en kon derhalve ook niet het gelijkheidsbeginsel hanteren, hoewel de gedachte van een ongelijke behandeling zich wel opdrong. De Afdeling vernietigde de weigering van vrijstelling wegens strijd met het motiveringsbeginsel: verweerder had in zijn beslissing moeten aangeven welke redenen er in het voorliggende geval toe noopten de gevraagde ontheffing niet te verlenen.

Een ander voorbeeld levert een uitspraak betreffende de gemeente *Vught*.[14] Het gemeentebestuur had ontheffing op grond van een verordening ex artikel 18 van de Drank- en Horecawet geweigerd voor een manege. Voor de gemeentelijke sporthal was een dergelijke ontheffing wel verleend en appellant beriep zich daarop. Het gemeentebestuur verklaarde een 'restrictief beleid' te voeren. De Afdeling achtte dit tegen de achtergrond van de verordening wel aanvaardbaar, maar stelde daarbij vast dat dit niet wegnam dat uit een oogpunt van gelijke rechtsbedeling en rechtszekerheid in de gevallen dezelfde criteria moesten worden gehanteerd. Na gewezen te hebben op de overeenkomsten van beide inrichtingen sprak de Afdeling als haar oordeel uit dat uit het bestreden besluit onvoldoende bleek waarom er geen aanleiding was tot het maken van een uitzondering op het restrictief beleid en dat verweerder er niet in geslaagd was aannemelijk te maken dat geen sprake was van een met de sporthal vergelijkbare situatie. Zij vernietigde ook hier de weigering wegens strijd met het motiveringsbeginsel. Het gelijkheidsbeginsel, dat zich ook hier wel opdrong, was blijkbaar niet hanteerbaar om dezelfde reden als in het geval Oss. Een 'restrictief beleid' is in feite een schijnbeleid; het zegt niets over de inhoudelijke criteria die worden aangelegd.

In een uitspraak betreffende de toepassing van art. 56 Woningwet zeiden het gemeentebestuur van Haarlem en *gedeputeerde staten* van *Noord-Holland*[15] in beroep te handelen conform een (gewijzigde) beleidslijn van b. en w. doch de Afdeling achtte dit ongeloofwaardig op grond van praktijkvoorbeelden die twijfel deden rijzen omtrent de doortastendheid en doelbetreffendheid van de gepretendeerde beleidslijn. Bovendien was er onduidelijkheid over de beleidslijn doordat deze niet was gepubliceerd. Hoewel appellant zich in feite beriep op het gelijkheidsbeginsel, vernietigde de Afdeling de beslissing van gedeputeerde staten wegens strijd met ditmaal het zorgvuldigheidsbeginsel: op deze basis was een verantwoorde beroepsbeslissing niet mogelijk. Het gelijkheidsbeginsel was ook hier weer kennelijk niet bruikbaar wegens afwezigheid van duidelijke beleidsmaatstaven.

Een soortgelijke situatie deed zich voor in een zaak waarin de gemeente *Rotterdam* partij was.[16] B. en w. hadden een onderneming geweigerd een subsidie in de kosten van verplaatsing op grond van de Verordening steun bedrijven stadsvernieuwing 1980 te verlenen wegens te late indiening van de aanvrage.

Appellante weet dit laatste aan gebrekkige informatieverstrekking van gemeentewege en wees op een gemeentelijk (ambtelijk) evaluatierapport met betrekking tot de werking van de verordening, waaruit bleek dat in soortgelijke situaties wel subsidie was verleend. Zij vroeg op grond van het gelijkheidsbeginsel om eenzelfde soepele toepassing van de verordening.

B. en w. verklaarden een consequent beleid te voeren en dat op de eis met betrekking tot het tijdstip van indiening van aanvragen slechts een uitzondering werd gemaakt indien de lange aanwijzingsprocedure van het stadsvernieuwingsgebied oorzaak van te late indiening was. De andersluidende gegevens van het evaluatierapport weerlegden zij niet. De Afdeling oordeelde dat b. en w. kennelijk ten onrechte hadden gesteld dat van het door hen gevoerde consequente beleid slechts in – niet op appellante van toepassing zijnde – uitzonderingsgevallen was afgeweken en dat het afwijzingsbesluit in zoverre was genomen in strijd met het motiveringsbeginsel. Aannemende dat het ambtelijk evaluatierapport klopte met de feiten, was hier duidelijk dat het feitelijk gevoerde beleid afweek van het gepretendeerde en dat het gelijkheidsbeginsel was geschonden, maar het gemeentebestuur gaf geen uitsluitsel over de vraag of dit beleid inderdaad werd gevoerd. Ook hier kennelijk: wegens het ontbreken van een vaststaande beleidslijn vond geen toepassing van het gelijkheidsbeginsel plaats.

Tot nu toe zagen we gevallen waarin de Afdeling niet aan het gelijkheidsbeginsel maar aan een ander beginsel toetste omdat geen duidelijk vaststaand beleid voorhanden was, aan de hand waarvan het gelijkheidsbeginsel goed kon worden toegepast. De jurisprudentie levert meer voorbeelden op, maar ik meen met deze selectie te mogen volstaan.

Men krijgt bij kennisneming van vorenweergegeven uitspraken de indruk dat de Afdeling een beleidslijn slechts als referentiekader hanteert indien het administratief orgaan deze zelf als zodanig erkent. De Afdeling deinst er kennelijk voor terug het administratief orgaan een beleidslijn toe te schrijven die het zelf niet meent te volgen. Men moet hierbij bedenken dat een andere opstelling van de Afdeling ingrijpende gevolgen kan hebben. Door uit te spreken dat een bepaald beleid wordt gevoerd poneert de Afdeling in feite de beleidsmaatstaven voor het administratief orgaan en dwingt het dit orgaan een bepaald beleid te voeren. Als het gaat om bestuurlijke beleidsmaatstaven zou de Afdeling dan op een bestuurlijke stoel terecht komen.

Overziet men het grote aantal uitspraken waarbij wel een toetsing aan het gelijkheidsbeginsel plaatsvond, zij het in vrijwel alle gevallen met een voor appellanten negatief resultaat, dan kan worden geconstateerd dat de Afdeling in vrijwel alle gevallen oordeelt tegen de achtergrond van een beleidslijn, dikwijls in de vorm van wettelijke en bestuurlijke maatstaven in combinatie. In enige gevallen – en dat blijken juist voorbeelden van de spaarzame succesvolle beroepen op het gelijkheidsbeginsel te zijn – toetste de Afdeling aan het gelijkheidsbeginsel zonder dat daarbij een beleidslijn een duidelijke positie innam.

In een geruchtmakende uitspraak-*Ermelo*[17] betrof het een aanschrijving van het gemeentebestuur tot staking van het gebruik van schuren ten behoeve van een kalvermesterij in strijd met het bestemmingsplan. Appellant noemde andere gevallen van met het bestemmingsplan strijdig gebruik van gebouwen, waartegen niet werd opgetreden. De Afdeling constateerde dat het gemeentebestuur met betrekking tot dit verwijt onvoldoende verweer had gevoerd en beschouwde de stelling van appellant dus als onweersproken. En vervolgens

overwoog de Afdeling: 'Nu voorts ter zitting namens verweerders is medegedeeld dat het niet past in hun beleid ter zake van het toepassen van politiedwang in aangelegenheden als de onderhavige om onderscheid te maken naar gelang van de omstandigheden die de betrokkene ertoe hebben gebracht de voorschriften van het bestemmingsplan te overtreden, acht de Afdeling de grief van appellant dat verweerders te zijnen aanzien hebben gehandeld in strijd met het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur dat gelijke gevallen op gelijke wijze behoren te worden behandeld, gegrond. Volgde vernietiging. Men kan hier waarnemen dat de Afdeling de indruk wekt een aanknopingspunt in een beleidslijn te zoeken, maar in feite is dat schijn, temeer wanneer men bedenkt dat de rigide beleidslijn waaraan de Afdeling refereert door de Afdeling in haar jurisprudentie ten aanzien van de toepassing van politiedwang niet wordt aanvaard.

In een tweetal andere uitspraken is het ontbreken van een beleidslijn en het aanvaarden van dit gegeven door de Afdeling nog duidelijker. Het eerste waarop ik doel betreft de toepassing van politiedwang door het gemeentebestuur van *Haarlemmermeer*[18] tegen het gebruik van een kas als herstelinrichting van auto's c.a. De Afdeling constateerde dat verweerder het verwijt van een andere gedragslijn ten aanzien van het gebruik van andere kassen slechts hadden gepareerd met onzekerheid over de toekomstige bestemming. Nu echter evenmin duidelijk was in welke zin herziening van het bestemmingsplan zou plaatsvinden en er deswege ook niet van kon worden uitgegaan dat de toekomstige bestemming van het onderhavige perceel zich nou onderscheiden van die van de gevallen waarop de overige gedoogde bedrijven waren gevestigd, oordeelde de Afdeling dat het gemeentebestuur door alleen ten aanzien van appellant politiedwang aan te zeggen in strijd had gehandeld met het gelijkheidsbeginsel.

De tweede uitspraak betreft de gemeente *Hazerswoude*.[19] Het gemeentebestuur had bouwvergunning geweigerd voor een schuur (werkplaats) in strijd met de agrarische bestemming in het bestemmingsplan en tevens politiedwang aangezegd. Appellant verweet het gemeentebestuur strijd met het gelijkheidsbeginsel omdat de buurman zijn grond – ook in strijd met de agrarische bestemming – gebruikte en had bebouwd voor het stallen van caravans en daartegen niet werd opgetreden.

De Afdeling rechtspraak stelde vast dat het gemeentebestuur in gebreke was gebleven tegen het verwijt van schending van het gelijkheidsbeginsel adequaat verweer te voeren en dat ter zitting was gebleken dat het gemeentebestuur onvoldoende of niet kon aangeven waarom ten aanzien van de buurman niet werd opgetreden. Derhalve oordeelde de Afdeling dat het gelijkheidsbeginsel was geschonden.

Ik heb hiervoor in algemene zin uiteengezet hoe de onderscheiden hoogste rechters zich opstellen ten opzichte van *tegenwettelijk beleid*. Thans zal ik dit toespitsen op het gelijkheidsbeginsel door beschouwing van de jurisprudentie met betrekking tot dat beginsel die op tegenwettelijk beleid betrekking heeft.

Trekt de Afdeling rechtspraak haar opvatting met betrekking tot tegenwettelijk handelen in het algemeen door indien het gaat om erkenning van tegenwettelijk beleid in het kader van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel?

Het lijkt erop dat dit het geval is, hoewel de Afdeling zich bij mijn weten nimmer expliciet heeft uitgesproken. Een duidelijke aanwijzing vormt de uit-

spraak inzake het tuinhuisje te *Maasland*[20], waarin de Afdeling categorisch overwoog: 'Wat hiervan ook zij, aan een eerder onjuist optreden van de zijde van het gemeentebestuur kan naar het oordeel van de Afdeling geen aanspraak worden ontleend op het verkrijgen van een vergunning, die niet anders dan in strijd met de wet zou kunnen worden verleend'.

En in dezelfde geest oordeelde de Afdeling in een uitspraak met betrekking tot de gemeente *Woerden*[21], waar het ook de weigering van een bouwvergunning betrof. Ook daarin gaf zij ervan blijk niet eens op de merites van de zaak te willen ingaan: 'gezien de in rechte bestaande onmogelijkheid om tot een andere beslissing te komen gaat de Afdeling aan hetgeen appellante omtrent gewekte verwachtingen, schending van het gelijkheidsbeginsel en onredelijke belangenafweging heeft opgemerkt voorbij'.

Een adstructie van mijn indruk dat de Afdeling tegenwettelijk beleid niet erkent voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel vormt ook een uitspraak met betrekking tot de gemeente *Achtkarspelen*[22] ten aanzien van een situatie waarin velen een tegenwettelijk beleid zouden kunnen billijken. Het betrof de toepassing van de overgangsbepaling in een bestemmingsplan. Deze week af van de standaardjurisprudentie van de Kroon te dien aanzien, zoals die ook in moderne bestemmingsplannen was verwerkt. Appellant meende dat hij op grond van het gelijkheidsbeginsel behandeld zou moeten worden alsof de bepaling luidde conform het 'Kroon-model'. De Afdeling wilde daar niets van weten. Toepassing van de bepaling conform haar werkelijke inhoud kon geen strijd met het gelijkheidsbeginsel opleveren. In dit rijtje noem ik nog een recente uitspraak met betrekking tot de gemeente *Hardinxveld-Giessendam*.[25] B. en w. hadden vrijstelling ingevolge het bestemmingsplan geweigerd voor de uitoefening van detailhandel. Een dergelijke vrijstelling kon alleen verleend worden indien het om volumineuze goederen ging en i.c. betrof het die niet. De raad stelde vast dat b. en w. in feite een beleidslijn volgden waarbij vrijstellingen voor nietvolumineuze goederen werden verleend. Een wijziging van dit beleid achtte de raad gewenst, maar het onderhavige geval moest zijns inziens nog conform de bestaande beleidslijn worden afgehandeld en hij verleende daarom vrijstelling. De Afdeling vernietigde deze beslissing onder andere op grond van de overweging dat het gelijkheidsbeginsel niet een met de wet strijdige beslissing met zich kan brengen.

Hiervoor[24] maakte ik gewag van een uitspraak met betrekking tot de Verordening steun bedrijven stadsvernieuwing 1980 van de gemeente *Rotterdam*. Daarin accepteerde de Afdeling voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel impliciet tegenwettelijk beleid. De desbetreffende verordening bepaalde blijkens de uitspraak dat verzoeken om subsidie moesten worden ingediend voordat werd overgegaan tot uitvoering van het verplaatsingsvoornemen. Van een afwijkingsmogelijkheid maakte de verordening kennelijk geen melding. In de praktijk bleek in een aantal gevallen een andere gedragslijn te zijn gevolgd. Appellante beriep zich daarop op grond van het gelijkheidsbeginsel. De Afdeling vernietigde het weigeringsbesluit weliswaar wegens strijd met het motiveringsbeginsel, maar in feite aanvaardde zij hier tegenwettelijk beleid als referentiekader voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel. De Afdeling liet er immers nauwelijks twijfel over bestaan dat vernietiging wegens strijd met dit beginsel zou hebben plaatsgehad indien b. en w. zouden hebben toegegeven het tegenwettelijk beleid te voeren.

Meer van dergelijke uitspraken zijn mij niet bekend, zodat ik vooralsnog niet geneigd ben te veronderstellen dat de Afdeling een andere weg is ingeslagen.

Van een totaal andere benadering van de kwestie van het tegenwettelijk beleid in het kader van het gelijkheidsbeginsel getuigt de jurisprudentie van de Hoge Raad[25] als belastingsrechter. Deze heeft zich in een vrij kort tijdsbestek (vanaf 1979, toen het gelijkheidsbeginsel ook voor het eerst uitdrukkelijk werd erkend) intensief met het gelijkheidsbeginsel beziggehouden. En het is opvallend dat dit meestal gebeurde in situaties van handelen contra legem door de administratie. Dit hangt ongetwijfeld samen met de aard van het belastingrecht, dat van het legaliteitsbeginsel doordrongen is. Het handelen van de administratie wordt in hoofdzaak gezien als het afgeven van declaratoire beschikkingen, die slechts een uit de wet voortvloeiende belastingplicht vaststellen. Bij het vaststellen van de wettelijke verplichtingen blijkt echter feitelijk toch een bestuurlijk beleid te kunnen worden gevoerd en dat is ook onvermijdelijk. Daarnaast zijn er ook in het belastingrecht beschikkingen waarbij het voeren van een beleid uitdrukkelijk als mogelijkheid wordt verondersteld. Een en ander maakt dat ook de belastingadministratie zich niet aan de werking van de beginselen van behoorlijk bestuur kan onttrekken, maar dat deze al gauw contra-legem situaties betreft. De HR acht een beroep op het gelijkheidsbeginsel niet met succes mogelijk enkel op grond van het feit dat in een of meer andere gevallen die op relevante punten vergelijkbaar of gelijk zijn een bepaalde behandeling is toegepast. Hij stelt de eis dat het handelen in die andere gevallen berust op een (begunstigend) beleid. Aldus heeft hij zich meerdere malen uitgesproken. Daarbij is het opvallend dat de beleidseis niet tot contra-legem situaties is beperkt.

In zijn arrest-*Hengelo*[26] drukt de HR zich aldus uit dat er sprake moet zijn van een beleid in die zin dat hetzij welbewust het zij tengevolge van de toepassing van een gebrekkig waarderingssysteem voor bepaalde groepen van onroerende goederen stelselmatig een beneden de waarde in het economisch verkeer gelegen heffingsgrondslag is toegepast. Zoals veel van de uitspraken van de HR met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel, betreft deze uitspraak de heffing van onroerend goedbelasting (art. 273 gemeentewet). Daarbij geldt dat de heffing geschiedt op de grondslag van de waarde in het economisch verkeer van de onroerende goederen, dan wel op de grondslag van de oppervlakte met inachtneming van zodanige vermenigvuldigingsfactoren dat de waarde in het economisch verkeer wordt benaderd. De concrete vaststelling van de heffingsgrondslagen in de gemeenten heeft tot nogal wat procedures aanleiding gegeven waarin belastingplichtigen meenden dat te hunnen aanzien in vergelijking met anderen een te hoge heffingsgrondslag was vastgesteld.

Hoewel de HR nimmer geheel duidelijk heeft gemaakt wat hij precies onder een beleid in bovenbedoelde zin verstaat, wijzen de bewoordingen in het arrest-Hengelo – met name het woord 'stelselmatig' – erop dat de HR in elk geval de aanwezigheid van een zeker vast referentiekader eist en dat hij daarbij aan een stelsel van beleidsmaatstaven denkt.

In een recent geval, waarin het een ongelijke behandeling van twee enige aandeelhouders van een B.V. voor de vermogenbelasting betrof, sprak de HR[27] uit: 'dat ... voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in een geval als het onderhavige nodig is dat de ongelijke behandeling voortkomt uit een oogmerk

van begunstiging, waarvoor niet voldoende is dat een ongelijkheid in behandeling van twee belastingplichtigen – nog – niet is gecorrigeerd'. Hofstra[28] ziet in deze uitspraak geen afwijking van de lijn dat essentieel is het feitelijk bestaan van een bewust beleid. Ik zie ook niet dat de HR hier zijn lijn heeft verlaten. Hij vond het kennelijk wat vreemd in een situatie als deze, met slechts één vergelijkingsgeval en -behandeling, te spreken van een beleid, waarbij men de associatie van een lijn ten aanzien van een aantal gevallen pleegt te hebben.

In een met de gevallen waarover de Hoge Raad oordeelde vergelijkbare casuspositie redeneerde de Centrale Raad van Beroep in een uitspraak van 1981[29] in dezelfde richting. Het betrof een geval van beweerde strijd met het gelijkheidsbeginsel toen de benoeming in een hogere schaal was afgewezen van een arts, die daarom op grond van een hogere inschaling van een tweetal collegae. Na de vaststelling dat het bij twee afwijkingen van de beleidslijn was gebleven wees de Raad van Beroep op het gelijkheidsbeginsel af en overwoog daarbij: 'Niet elk onjuist handelen van de administratie moet volgens de Raad met zich brengen dat zulks in alle overeenkomstige gevallen zou moeten worden herhaald. Voor het intreden van zodanige consequenties zou in een geval als het onderhavige uitgebreider c.q. beleidsmatiger onjuist handelen nodig zijn dan hier wordt geconstateerd'.

In een uitspraak van 1977[30] overwoog de Centrale Raad reeds dat een onjuiste wetstoepassing in een bepaald of in enkele gevallen op zichzelf geen grond oplevert om te oordelen dat in soortgelijke gevallen eveneens tot een zodanige onjuiste wetstoepassing zou moeten worden overgegaan. De Raad kende hierbij echter, blijkens een tussen haakjes bij deze overweging geplaatste zinsnede, betekenis toe aan het feit dat te dezen van een algemene gedragslijn geen sprake was.

2.4 Conclusies

Het geheel overziende kan het volgende worden geconcludeerd:

1. In verweg de meeste gevallen waarin de Afdeling rechtspraak het gelijkheidsbeginsel hanteert doet zij dat aan de hand van wettelijke of bestuurlijke beleidsmaatstaven als referentiekader.
2. Zijn er geen duidelijk vaststaande – dat wil wil zeggen ook door het bestuur als zodanig erkende – beleidsmaatstaven voorhanden als referentiekader, dan pleegt de Afdeling haar toevlucht te nemen tot een ander beginsel van behoorlijk bestuur als vernietigingsgrond, ook in gevallen waarin de schijn van een schending van het gelijkheidsbeginsel sterk aanwezig is. De Afdeling lijkt beducht te zijn een beleidslijn te hanteren die geen bestuurlijke erkenning heeft gekregen, zulks vermoedelijk in verband met de gevolgen die dit voor het bestuur kan hebben.
3. Soms blijkt de Afdeling – bij onvoldoende verweer van de zijde van het administratief orgaan – het gelijkheidsbeginsel toe te passen als vernietigingsgrond zonder dat daarbij duidelijke en bestuurlijk aanvaarde beleidsmaatstaven als referentiekader kunnen worden gebezigd. Qua aantal zijn de uitspraken in deze zin van ondergeschikte betekenis. Bovendien bleek van dergelijke uitspraken niet met betrekking tot het recentere verleden.
4. Voor wat betreft tegenwettelijk beleid:

a. De Hoge Raad aanvaardt tegenwettelijk beleid in het kader van de toepas-

sing van het gelijkheidsbeginsel uitdrukkelijk en in deze zin dat de aanwezigheid van een (begunstigend) beleid in vergelijkingsgevallen voorwaarde is voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel. Dit geldt niet alleen voor contra-legem situaties. Datgene wat de Hoge Raad onder 'beleid' verstaat kan gezien worden als een stelsel van beleidsmaatstaven.

b. De Centrale Raad van Beroep gaat ook in de richting van het stellen van een beleidsmatig karakter van het handelen in vergelijkingsgevallen als voorwaarde om een beroep op het gelijkheidsbeginsel contra legem gerechtvaardigd te achten.

c. Het College van Beroep voor het Bedrijfsleven heeft op dit punt geen lijn ontwikkeld.

d. De Afdeling rechtspraak houdt daar waar zij zich terzake expliciet uitspreekt strikt vast aan het uitgangspunt dat een beroep op het gelijkheidsbeginsel niet opgaat indien dit tot tegenwettelijke situaties zou leiden of deze zou bevestigen. In een enkel geval aanvaardde de Afdeling een tegenwettelijke beleidslijn impliciet als referentiekader voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel.

3 Vergelijkbaarheid van gevallen en behandelingen

3.1 Theoretisch kader

Vergelijkbaar zou ik willen noemen gevallen en behandelingen waarvoor eenzelfde stelsel van wettelijke en/of bestuurlijke beleidsmaatstaven geldt. De vraag rijst wanneer er in dit verband sprake is van een stelsel van beleidsmaatstaven. Doorgaans zal dit worden gevormd door het kader van principes en normen, geldend voor het nemen van een bepaalde beschikking, zoals in diverse wetten, verordeningen enz. vervat.

Toch zou ik de vergelijkbaarheid niet per definitie willen relateren aan het begrip beschikking, maar als uitgangspunt willen nemen de vastlegging van rechtspositie voor een concrete situatie door het bestuur. Dit vastleggen van een rechtspositie kan ook op andere wijze dan door een – uitdrukkelijke – beschikking plaatsvinden, bijv. door het niet toepassen van politiedwang.

Dit uitgangspunt van de materieelrechtelijke positie van de burgers impliceert ook dat het formele uiterlijk van de behandeling niet doorslaggevend is. In feite sluit dit aan bij de administratiefrechtelijke jurisprudentie waarin voor het beantwoorden van de vraag of bijv. van een Arob-beschikking sprake is de formele verschijningsvorm van het besluit niet doorslaggevend is.

Nog een andere afbakening van het terrein van vergelijkbaarheid is denkbaar. Men zou dit kunnen beperken tot de actie-radius van een en hetzelfde administratief orgaan. Alleen al kennisneming van de jurisprudentie kan die gedachte doen postvatten. Ik zou deze beperking evenwel niet willen aanbrengen. Mijns inziens dient de vergelijkbaarheid te worden bepaald door een zakelijk en materieelrechtelijk relevant criterium als de beleidsmaatstaven vormen en niet door de voor de burger minder relevante toevallige omstandigheid dat een bepaald orgaan met een bevoegdheid is uitgerust. Dit neemt niet weg dat in gevallen waarin een bepaald orgaan beleidsvrijheid heeft en daaraan op een bepaalde wijze invulling geeft het gebied van de beleidsmaatstaven en de com-

petentiesfeer van het orgaan samenvallen. Mijn benadering brengt mee dat de eis van gelijke behandeling van gelijke gevallen ook geldt op het punt van de zuivere toepassing van een zekere wetsbepaling door een orgaan van de gemeente A en een orgaan van de gemeente B. Nu heeft in deze sfeer het gelijkheidsbeginsel geen specifieke zelfstandige betekenis omdat de gelijke behandeling zich daar oplost in richtige wetstoepassing.

Anders ligt het echter indien verschillende organen bestuurlijke beleidsmaatstaven moeten hanteren die door een ander orgaan zijn gegeven. Dit kan zich bijv. voordoen bij bevoegdheidsuitoefening door ambtenaren (krachtens attributie, delegatie of mandaat), die daarbij van de bevoegdheidsverlener of van een in de hiërarchie hoger geplaatste beleidsmaatstaven opgelegd krijgen. Bij de belastingsdienst is dit een veel voorkomend verschijnsel, dat ook een hoeveelheid jurisprudentie teweeg heeft gebracht. In een dergelijk geval behoort de vergelijkbaarheid mijns inziens niet te worden beperkt tot één orgaan.

Hetgeen geldt voor door een hogere instantie gegeven beleidsmaatstaven geldt uiteraard ook voor door een ander daartoe bevoegd orgaan, bijv. in het kader van het beslissen in administratief beroep, gegeven maatstaven. Dit geldt uiteraard alleen bij situaties van vol beroep binnen de administratie, waarbij het beroepsorgaan bevoegd is tot het uitvoeren van een doelmatigheidstoetsing.

In het kader van de bespreking van de vergelijkbaarheid rijst ook de vraag of een aan de orde zijnd geval en de daarbij passende behandeling vergeleken mogen worden met elk willekeurig geval en de daarbij gegeven behandeling. Deze vraag dringt zich op indien in de behandelingen ten aanzien van gelijkliggende gevallen geen vaste lijn zit: gelijke vergelijkingsgevallen zijn niet gelijk behandeld. Mijns inziens zal men vergelijking alleen kunnen toelaten met situaties waarin de behandelingen kunnen worden aangemerkt als representatief voor de beleidsmaatstaven. Dit betekent dat situaties waarin sprake is van vergissingen of van een onjuiste toepassing van de beleidsmaatstaven in dat kader niet als vergelijkbaar kunnen worden aangemerkt. Men kan in het algemeen, ook wanneer men de belangen van de burger in aanmerking neemt, van het bestuur niet verlangen dat het bij incidentele misstappen een niet gewenst beleid gaat voeren. Anders komt de zaak te liggen indien zou moeten worden aangenomen dat er van een ander beleid dan het officiële sprake is, zodat de desbetreffende behandeling voor dat andere beleid representatief is. Dan zal men het bestuur daaraan wel – ook met behulp van het gelijkheidsbeginsel – mogen houden.

De bestuurlijke beleidslijn en de daaraan ten grondslag liggende maatstaven mogen uiteraard niet als onveranderlijk worden aangemerkt. Het is de opdracht van het bestuur een beleid te voeren dat bij de tijd is, dat wil zeggen in principe binnen de grenzen van de wet zodanig te besturen dat dit zo goed mogelijk bijdraagt tot verwezenlijking van de bestuurlijke doeleinden, zoals het orgaan die kiest. Beleid en beleidsmaatstaven moeten dus kunnen worden gewijzigd indien het bestuur daarvoor goede gronden aanwezig acht en het gelijkheidsbeginsel mag daaraan niet in de weg staan. Wordt het beleid gewijzigd dan ontstaan nieuwe beleidsmaatstaven en daarmee een nieuw referentiekader voor het bepalen van de vergelijkbaarheid van gevallen en behandelingen.

Samengevat legt ik voor de vergelijkbaarheid van gevallen en behandelingen de volgende criteria aan:

a. De gevallen en behandelingen moeten door één gemeenschappelijk stelsel

van wettelijke en/of bestuurlijke maatstaven worden beheerst.

b. Als behandeling geldt het vastleggen van een concrete rechtspositie in de vorm van een beschikking of anderszins.

c. Het is irrelevant of de behandelingen in de vergeleken situaties van hetzelfde orgaan afkomstig zijn.

d. Vergelijking kan slechts plaatsvinden met behandelingen en bijbehorende gevallen die als representatief voor de beleidsmaatstaven kunnen worden aangemerkt.

e. Het gelijkheidsbeginsel kan uiteraard niet aan beleidswijziging in de weg staan.

3.2 Jurisprudentie

a. De vergelijkbaarheidsvraag

De Afdeling stelt de vergelijkbaarheidsvraag niet afzonderlijk in het kader van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel. Zij gebruikt soms wel de term 'vergelijkbaar', maar hecht daaraan dan de betekenis van gelijk. Soms krijgt men wel de indruk dat de Afdeling impliciet het door mij aangehouden onderscheid tussen vergelijkbaarheid en gelijkheid aanhoudt, wanneer zij – in gevallen waarin ik van vergelijkbaarheid zou willen spreken – stelt dat ... 'reeds hierom van schending van het gelijkheidsbeginsel geen sprake kan zijn ....'

Er zijn in de jurisprudentie vele voorbeelden van zaken die in mijn gedachtengang met een onvergelijkbaarverklaring zouden kunnen worden afgedaan.

b. Verschillende stelsels van beleidsmaatstaven

De belangrijkste categorie betreft de gevallen waarin verschillende stelsels van beleidsmaatstaven ten aanzien van de vergeleken gevallen van toepassing zijn.

Dit deed zich voor in een uitspraak met betrekking tot de gemeente *Veere*.[31] Deze betrof de gebruiksverordening gebouwen van deze gemeente, waarin – enigszins vrij vertaald – een verbod tot het gebruiken van een gebouw of terrein als recreatiewoning of -object was opgenomen, met de mogelijkheid van ontheffing.

Appellant, aan wie een ontheffing was geweigerd, beriep zich op het gelijkheidsbeginsel met verwijzing naar gevallen waarin het gebruik van gebouwen voor bedrijfsdoeleinden was toegestaan of toegelaten. De Afdeling constateerde dat de onderhavige verordening daarop niet van toepassing was en wees, mede op grond hiervan, het beroep op het gelijkheidsbeginsel af.

Diverse gevallen hebben betrekking op bestemmingsplannen op grond van de Wet op de ruimtelijke ordening. In een uitspraak met betrekking tot een zaak die zich afspeelde in de gemeente *Tilburg*[32] stelde de Afdeling vast dat van de beweerde schending van het gelijkheidsbeginsel geen sprake was, waarbij zij betekenis toekende aan het feit dat op de in het geding gebrachte vergelijkingsgevallen een andere bestemming van toepassing was dan wel een ander bestemmingsplan gold.

In de uitspraak-Tilburg betrof het mede verschillende bestemmingen (naast verschillende bestemmingsplannen). Dit deed zich ook voor in een uitspraak met betrekking tot de gemeente *Terneuzen*.[33] Daarin zien we de Afdeling in

een geding naar aanleiding van een weigering van een vrijstelling ex artikel 352 van de bouwverordening voor het hebben van een vuilnisstortplaats een vergelijking trekken met een (gemeentelijke) vuilnisstortplaats elders in de gemeente. De Afdeling wijst het beroep op het gelijkheidsbeginsel af op grond van het feit dat de beoogde stortplaats op grond met een ander type agrarische bestemming zou komen te liggen dan de grond waarop de gemeentelijke stortplaats zich bevond, terwijl het bestemmingsverschil ook uitdrukking gaf aan een verschil in achterliggende waarden van landschappelijke aard.

In andere zaken zien we de Afdeling betekenis toekennen aan het feit dat objecten of activiteiten in verschillende wijken plaatshebben, zonder dat daarbij blijkt dat dit gepaard gaat met het vigeren van verschillende stelsels van beleidsmaatstaven (bestemmingsplannen/bestemmingen bijv.).

Dit deed zich voor in een uitspraak betreffende de gemeente *Amersfoort*.[34] Daarin noemde de Afdeling niet vergelijkbaar gevallen van vrijstelling voor het gedeeltelijk gebruiken van woningen als kantoor, praktijkruimte enz., onder andere omdat de gevallen zich in verschillende wijken afspeelden.

Ook in de uitspraak-*Noordwijk*[35] ging de vergelijking met toegestane dakkapellen in een andere wijk naar het oordeel van de Afdeling niet op. Daar deed zich overigens de bijzonderheid voor dat het de toepassing van de welstandbepaling in de bouwverordening betrof alsmede dat voor de wijk waarin appellant zijn dakkapel wilde plaatsen een aparte beleidslijn voor de toepassing van de welstandbepaling bestond.

De vraag die rijst bij zaken waarbij bestemmingsplannen in het geding zijn is waar nu de grens van de vergelijkbaarheid moet worden gelegd. Moet als vergelijkbaarheidsgebied gelden:

- het grondgebied van de gemeente, dat wil zeggen de sfeer van alle bestemmingsplannen in de gemeente;
- of de sfeer van één bestemmingsplan;
- of de bestemming?

Wat moet voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel als een zelfstandig stelsel van beleidsmaatstaven worden aangemerkt? Ik heb de neiging elke bestemming op zich (met bijbehorende gebruiks- en handhavingsvoorschriften) als een afzonderlijk stelsel van beleidsmaatstaven te beschouwen. Ik kies dus voor de benadering van de uitspraak-*Terneuzen*, aannemende dat het daar ging om agrarische bestemmingen binnen één bestemmingsplan (de uitspraak geeft daarover geen uitsluitsel). Dit betekent een behoorlijke beperking van het toepassingsbereik van het gelijkheidsbeginsel en miskent het feit dat in bestemmingsplannen veelal identieke bestemmingen en voorschriften voorkomen. Maar wanneer men bijv. het criterium bij de identiteit van bestemmingen zou willen leggen zou men ook de gemeente niet meer als grens kunnen beschouwen. Ik ga ervan uit dat – hoeveel uniformiteit en identiteit er, zeker uiterlijk, ook moge zijn – in principe elke bestemming c.a. binnen de context van het bestemmingsplan haar eigen betekenis en waarde-achtergrond heeft.

Het feit dat gevallen zich in verschillende wijken van de gemeente afspelen is in het kader van de toepassing van planologische regelingen mijns inziens niet van zelfstandige betekenis. Pas als dat samenvalt met een verschil qua bestemmingsplannen is het relevant; dan is er verschil van beleidsmaatstaven. Met de uitspraak-Amersfoort kan ik, op grond van de informatie die de uitspraak verschaft, dus niet goed uit de voeten. De uitspraak-Noordwijk zou ik genuanceer-

der willen benaderen. Het ging daar om de toepassing van de welstandbepaling in de bouwverordening en deze geldt, anders dan doorgaans bij bestemmingsplannen het geval is, voor de gehele gemeente. Een complicatie vormt het feit dat voor de toepassing van deze bepaling ten aanzien van de wijk waarin de kwestie van de geweigerde bouwvergunning voor de dakkapel zich afspeelde, een aparte beleidslijn werd gevolgd. Deze hield in dat in die wijk slechts standaarddakkapellen zouden worden toegestaan. De vraag rijst of voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel met deze beleidslijn een apart stelsel van beleidsmaatstaven was ontstaan. Ik zou dat niet willen aannemen. De welstandsbepaling in de bouwverordening blijft het uitgangspunt, ook voor de onderhavige wijk en kan in bepaalde gevallen tot afwijking nopen (dat liet deze uitspraak zelf al zien, want appellant kon ook op afwijkingen binnen de wijk wijzen). Zou men deze laatste uitlaatklep niet openhouden, dan zou een beleidslijn als deze zelf strijdig zijn met het gelijkheidsbeginsel, doordat zij binnen de sfeer van de bepaling in de bouwverordening een ongelijke behandeling van gelijke gevallen zou bewerkstellingen, tenzij in de desbetreffende wijk uitsluitend eenzelfde type woningen aanwezig zou zijn.

Aanvaarding van het stelsel van beleidsmaatstaven als het vergelijkingskader betekent dat alle soorten gevallen die daarbinnen vallen, vergelijkbaar zijn. In de praktijk wordt de ruimte die hierdoor ontstaat voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel niet steeds ten volle benut doordat de vergelijking op te smalle basis wordt uitgevoerd. Meestentijds wordt zij opgehangen aan gelijksoortige objecten, activiteiten e.d. Zo ziet men met elkaar vergeleken worden gevallen en behandelingen ten aanzien van:
- dakkapellen en dakkapellen;
- een tuinhuisje en een tuinhuisje;
- detailhandel en detailhandel;
- bedrijfsmatig gebruik en bedrijfsmatig gebruik enz.

In betrekkelijk weinig gevallen ziet men de vergelijking gemaakt tussen verschillende objecten, activiteiten enz. en bijbehorende behandelingen. Wanneer men afgaat op de essentie van het gelijkheidsbeginsel is er mijns inziens geen aanleiding voor de gebruikelijke beperkte invalshoek te kiezen. Het gelijkheidsbeginsel heeft een ruimere strekking en de Afdeling heeft bij mijn weten ook nimmer een ruimere benadering van de hand gewezen. Dat de effectuering van het gelijkheidsbeginsel in de praktijk al een moeilijke onderneming is voor de burgers en deze verruiming de zaak niet eenvoudiger maakt is een ander hoofdstuk.

c. Beleidswijziging

In een ander opzicht is van de toepasselijkheid van verschillende stelsels van beleidsmaatstaven sprake ingeval een beleidswijziging heeft plaatsgehad.

De jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak laat een aantal voorbeelden zien waarin een beroep op het gelijkheidsbeginsel werd afgewezen omdat sedert de beslissing in de ter vergelijking aangedragen gevallen de beleidslijn was gewijzigd. In mijn gedachtengang zou men in die gevallen van onvergelijkbaarheid in plaats van van ongelijkheid moeten spreken.

Een beleidswijziging was in het geding ten aanzien van het innemen van standplaats met woonwagens buiten een woonwagencentrum in de gemeente

Voorburg.[36] Gedeputeerde staten kunnen op grond van art. 10 van de Woonwagenwet bepalen dat b. en w. voor het tijdelijk innemen van standplaats buiten een officieel centrum vrijstelling moeten verlenen. In verband met een Kroonuitspraak over de vraag of Voorburg wel of niet een woonwagencentrum in stand zou moeten houden, hadden gedeputeerde staten hun 'bepalingsbeleid' gewijzigd. Daardoor ging het beroep dat appellant, onder verwijzing naar verleende vrijstellingen, op het gelijkheidsbeginsel deed niet op. De vergelijkingsgevallen waren onder een ander regime behandeld.

Een beleidswijziging redde ook het gemeentebestuur dat op esthetische gronden geen bouwvergunning verleende voor de bouw van een romneyloods omdat dit soort gebouwen per definitie op esthetische gronden niet aanvaardbaar werd geacht, terwijl in het verleden wel vergunningen voor dit doel waren afgegeven. De Afdeling[37] oordeelde dat het gelijkheidsbeginsel niet zover strekt dat daarin voor het gemeentebestuur een beletsel is gelegen voor een wijziging van het beleid.

In een uitspraak betreffende de adoptie van kinderen door kandidaat-adoptief-ouders die Jehova's getuigen waren en uit dien hoofde bezwaar hadden tegen medische behandelingen wees de Afdeling het verwijt van schending van het gelijkheidsbeginsel, gebaseerd op een vergelijking met eerdere gevallen en behandelingen, onder andere ten aanzien van appellanten zelf, van de hand. Dit gebeurde omdat sedert de behandeling van de vergelijkingsgevallen een beleidswijziging had plaatsgehad.

Niet altijd aanvaardt de Afdeling de gepretendeerde beleidswijziging, zoals zij ook een gepretendeerd beleid voor de bepaling van vergelijkbaarheid en gelijkheid niet altijd aanvaardt.

Zo ging het beroep op een beleidswijziging in de zaak *Terschelling*[38] niet op omdat daaraan op het moment van de indiening van de bouwaanvrage van appellant, waaraan de wijziging werd tegengeworpen, nog geen bekendheid was gegeven. Het gemeentebestuur leek in dit geval de stelling van een beleidswijziging ook niet voldoende staande te kunnen houden. Het gebrek aan bekendheid van het gewijzigde beleid brak ook b. en w. van *Leeuwarden*[39] op toen zij hun leven wilden beteren op het punt van het zonder bouwvergunning toelaten van vaste verkoopinrichtingen zonder dat daaraan tevoren bekendheid was gegeven. Appellant, die zich op de tot dan toe gevolgde praktijk in andere gevallen beriep, mocht ervan uitgaan dat zijn bouwwerk zonder vergunning zou worden gedoogd en de politiedwangaanzegging te zijnen aanzien werd vernietigd, zij het wegens willekeur.

In haar uitspraak-*Bloemendaal*[40] betreffende de weigering van bouwvergunning voor een dakkapel, oordeelde de Afdeling dat andere gevallen slechts dan eventueel van betekenis zijn indien vaststaat dat het qua tijdsperiode en individuele omstandigheden vergelijkbare gevallen betreft, waarin andere esthetische maatstaven zijn aangelegd. Het element tijdsperiode kan mijns inziens op de vergelijkbaarheid (in de door mij aangehouden betekenis van dit woord) slechts van invloed zijn indien in de inmiddels verstreken tijd de beleidsinzichten en daarmee de beleidsmaatstaven zijn gewijzigd. De maatschappelijke ontwikkeling kan dat meebrengen en een dergelijke beleidswijziging hoeft niet expliciet en afzonderlijk tot uitdrukking te zijn gebracht.

Dat de tijdsverloop geen zelfstandige factor is voor het aannemen van ongelijkheid sprak de Afdeling in een andere beslissing, betreffende de gemeente *Zeist*[41], uitdrukkelijk uit.

d. De beleidswijziging in strijd met het gelijkheidsbeginsel

De vergelijkbaarheid van gevallen en behandelingen kan ook afwezig zijn doordat de beleidslijn of een wijziging daarvan op zichzelf strijdt met het gelijkheidsbeginsel. Van Kreveld[42] constateert dat beleidsregels zelden uitdrukkelijk aan het gelijkheidsbeginsel worden getoetst en dat tal van verschillen die beleidsregels aanbrengen geen strijd met het gelijkheidsbeginsel opleveren. Ik zou daaraan willen toevoegen dat het inherent aan beleidsmaatstaven en dus ook aan beleidsregels is dat er verschil in behandeling wordt gemaakt. Hun verdienste is het dat die verschillen in behandelingen tegen de achtergrond van legitieme bestuurlijke doeleinden aanvaardbaar worden gemaakt. Van Kreveld noemt – naast een voorbeeld uit de jurisprudentie uit de CRvB – een voorbeeld uit de rechtspraak van de Afdeling, waarbij een beleidslijn strijdig met het gelijkheidsbeginsel werd geoordeeld. Hij noemt de geruchtmakende uitspraak van 1979 met betrekking tot de toelating van *Syrisch-orthodoxe christenen*[43], waarin een verscherping van het toelatingsbeleid strijdig werd geoordeeld met het algemene toelatingsbeleid, doordat Syrisch-orthodoxe christenen voortaan zouden worden achtergesteld bij andere vreemdelingen. Na een tweetal groepsgewijze toelatingen had het kabinet besloten de toelating van Syrisch-orthodoxe christenen stop te zetten om een voortdurende toestroming naar ons land een halt toe te roepen. In feite onderstreepte de Afdeling hier dat gelijke behandeling met zich brengt dat van geval tot geval moet worden beoordeeld in hoeverre gevallen in de termen van de beleidsmaatstaven vallen. Om dezelfde reden plaatste ik hiervoor vraagtekens bij de beleidslijn met betrekking tot dakkapellen in de gemeente Noordwijk.

In *Gouda*[44] werd ook naar een zekere uniformiteit van dakkapellen gestreefd bij de uitvoering van het welstandbeleid, maar daar werd de zaak in mijn ogen wat minder riskant aangepakt door per complex of blok woningen aan uniformiteit qua vorm en afmetingen vast te houden.

Een ander voorbeeld van een beleidslijn die in feite strijdig werd geoordeeld met het gelijkheidsbeginsel levert een uitspraak met betrekking tot de gemeente *Oploo c.a.*[45] Daar had de burgemeester de beleidswijziging doorgevoerd dat het afgeven van ontheffingen van het verplichte sluitingsuur voor cafés en dergelijke voortaan niet meer via een 'bonnensysteem' (bij wijze van automatisme) maar door de beslissing op verzoeken van geval tot geval zou geschieden, waarbij tevens een – terwille van gelijkheid generaliserend – 'restrictief beleid' werd geïntroduceerd. Dat leidde tot de weigering van de ontheffing aan de exploitant van een gelegenheid die niet behoorde tot de groep inrichtingen die tot de beleidswijziging aanleiding had gegeven. De Afdeling vernietigde de weigering wegens strijd met het motiveringsbeginsel. Ik zou dat willen zien als een voorbeeld van een beleidslijn die het door de generalisering onmogelijk maakt gevallen te behandelen naar de mate waarin zij in de termen van de wettelijke beleidsmaatstaven (de a.p.v.-bepaling waarop de ontheffing steunt) vallen.[46] In die zin vertoont deze uitspraak ook veel trekken van de uitspraak ten aanzien van de Syrisch-orthodoxe christenen, waarin ook van een ongerechtvaardigde generalisering sprake was. Men ziet dat iets – generalisering – dat op het eerste oog een toonbeeld van gelijke behandeling lijkt dat bij nader inzien juist niet is. Dat hangt samen met de realiteit van het begrip gelijkheid.

e. De representativiteit van de vergelijkingsgevallen en -behandelingen

Hoe gaat de Afdeling om met gevallen en behandelingen die niet representatief geacht kunnen worden voor de toepasselijke beleidsmaatstaven?

Betekent het feit dat er wel van gelijke gevallen sprake is dat er ook een gelijke behandeling moet volgen? Of mag daarvan dan worden afgeweken?

Blijkens een aantal uitspraken gaat de Afdeling ervan uit dat zich situaties kunnen voordoen waarbij de behandeling in een bepaald geval of bepaalde gevallen in andere op zichzelf gelijk te achten gevallen niet behoeft te worden herhaald.

In de eerste plaats betreft dit fouten, dat wil zeggen onjuiste beslissingen. In een aantal gevallen heeft de Afdeling tot uitdrukking gebracht dat fouten in latere gevallen niet behoeven te worden herhaald ook al zijn de gevallen gelijk. Dit geldt zowel als de fout bestaat uit strijd met wettelijke beleidsmaatstaven als indien van strijd met bestuurlijke beleidsmaatstaven sprake is. Bij de eerste categorie past het in de opvatting van de Afdeling over de tegenwettelijke werking van beginselen van behoorlijk bestuur dat zij deze afdoet met het oordeel dat het gelijkheidsbeginsel niet kan leiden tot met de wet strijdige beslissingen, hetgeen zij dan ook pleegt te doen.

Bij de tweede categorie zet de Afdeling de desbetreffende zaak buiten spel bij de toepassing van het gelijkheidsbeginsel.

Het lijkt uit hoofde van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel van belang dat fouten een incidenteel karakter hebben. Dit is althans in de ogen van de Afdeling het geval bij fouten van de tweede categorie.

We hebben hiervoor gezien dat fouten, ook indien zij berusten op een foutieve beleidslijn, voor de Afdeling geen precedent voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel vormen. Anders lijkt het mij bij fouten tegen het licht van bestuurlijke beleidsmaatstaven. Missen die een incidenteel karakter, dan lijkt het niet uitgesloten dat zij niet meer als fout maar als blijk van een (gewijzigde) beleidslijn worden aangemerkt. Voor deze veronderstelling kan men reden vinden in de Afdelingsjurisprudentie waarin soms wordt gesproken van een 'incidentele' fout.

In een uitspraak[47] met betrekking tot het inschalingsbeleid van de Staatssecretaris van CRM op grond van de Rijkssubsidieregeling jeugd- en jongerenwerk, overwoog de Afdeling: 'Daargelaten of het door verweerder bestreden standpunt van appellante dat de inschaling van W. destijds bewust in functiecode F II heeft plaatsgevonden, juist is, waaromtrent ook ter zitting geen zekerheid is verkregen, is de Afdeling van oordeel dat van verweerder niet kan worden verlangd dat hij in het verleden gemaakte fouten om redenen van gelijkheid in behandeling herhaalt.

De Afdeling neemt daarbij in aanmerking dat appellante – behoudens de twee door haar naar voren gebrachte onjuiste inschalingen, waarvan er inmiddels een door het ontslag van betrokkene niet langer relevant is – niet heeft aangetoond en de Afdeling ook niet is gebleken, dat verweerder ook in andere gevallen in de thans bedoelde zin is afgeweken van het door hem terzake gevoerde inschalingsbeleid'.

In de uitspraak-*Gouda*[48] (verlening van bouwvergunning voor een dakkapel onder voorwaarde dat de breedte zou worden teruggebracht in verband met de uit welstandoverwegingen nagestreefde uniformiteit; zie hetgeen hiervóór over

deze uitspraak is geschreven) leek het erop dat impliciet een beleidswijziging had plaatsgehad c.q. dat feitelijk een ander beleid werd gevoerd dan werd volgehouden door het gemeentebestuur, zij het dat – in verband met de onduidelijkheid hierover – vernietiging van de voorwaardelijke bouwvergunning plaatsvond wegens strijd met het motiveringsbeginsel.

Uit een uitspraak met betrekking tot de gemeente *Driebergen-Rijssenburg*[49] zou men kunnen afleiden dat het vorenstaande niet opgaat indien de fout nog herstelbaar is. Aan een van de eigenaren van drie woningen onder een kap was subsidie verleend voor de vervanging van de rieten kap van zijn woning. Toen een van de twee andere eigenaren ook om een subsidie vroeg bleek dat dit soort werkzaamheden niet onder de desbetreffende rijkssubsidieregeling viel. Het subsidie werd daarom geweigerd en het ten onrechte aan de ander verleende subsidie werd ingetrokken. Deze intrekking werd echter weer ongedaan gemaakt omdat het werk op het moment van de intrekking al was uitgevoerd. In dat laatste onderscheidde het andere geval zich volgens de Afdeling van het onderwerpelijke en daarom ging het beroep op het gelijkheidsbeginsel met betrekking tot de afgewezen aanvraag niet op.

Ook bewuste incidentele afwijkingen van de geldende beleidsmaatstaven worden, indien zij althans ook als incidenteel bedoeld zijn en op basis van een valide motivering plaatsvinden, door de Afdeling ook niet als vergelijkingsbehandeling gebezigd.

In een uitspraak met betrekking tot de gemeente *Amersfoort*[50] stelde de Afdeling vast dat door het gemeentebestuur een consequent beleid werd gevoerd terzake van het tegengaan van detailhandel op een industrieterrein. Slechts in een incidenteel geval, waarnaar appellante verwees, was daarvan bewust en om een bijzondere reden (verplaatsing van een bedrijf uit een woonbuurt en de wens om het bedrijf in de nabijheid daarvan te laten blijven) afgeweken. Het was een afwijking en geen wijziging van het beleid.[51]

Men vergelijke ook de uitspraak-*Reimerswaal*[52], waarin het gelijkheidsbeginsel weliswaar niet rechtstreeks aan de orde was maar die terzake wel van betekenis is. De Afdeling bond het gemeentebestuur op het hart afwijkingsbeschikkingen goed te motiveren ter voorkoming van precedentwerking. In feite zegt de Afdeling hier dat op die manier kan worden voorkomen dat, indien niet uitdrukkelijk blijkt dat het slechts om een afwijking van de regel gaat, een beleidswijziging moet worden aangenomen, waarop anderen zich onder andere via het gelijkheidsbeginsel zouden kunnen beroepen.

Van een incidentele afwijking van de geldende beleidslijn was in de ogen van de Afdeling ook sprake in de hiervoor aangehaalde uitspraak inzake de toelating als vluchteling van twee groepen (400 en 200) Turken, behorend tot de Syrisch-orthodoxe christenen. Volgende gevallen waarin Syrisch-orthodoxe christenen om toelating verzochten werden individueel beoordeeld tegen de achtergrond van het algemene beleid.[53]

Een hoofdstuk apart vormt in dit kader de uitspraak van de Afdeling ten aanzien van de uitzetting van de zgn. *Kerk Marokkanen*.[54] In strijd met het zgn. regularisatiebeleid ten aanzien van illegaal in ons land verblijvende buitenlanders zwichtte de Staatssecretaris van Justitie onder de zware politieke en maatschappelijke druk die op hem werd uitgeoefend door belanghebbenden en anderen door ten aanzien van hen onder bepaalde voorwaarden alsnog het verkrijgen van een verblijfsvergunning mogelijk te maken. De Staatssecretaris voerde

bijzondere omstandigheden aan waarom ten aanzien van deze regularisatieslachtoffers een afwijking gerechtvaardigd was en wilde daarmee kennelijk precedentwerking voorkomen. In feite was hij ten gevolge van de zware pressie in een situatie van overmacht geraakt, die hem deed zwichten. De Afdeling sprak echter, verwijzend naar het feit dat de Staatssecretaris tevoren altijd de gelijkheid van alle regularisatieslachtoffers had benadruikt, van een beleidswijziging. Het beroep dat een andere buitenlander tegen de weigering van een verblijfsvergunning op de beslissing ten aanzien van de Kerk-Marokkanen deed werd toegewezen, zij het niet omdat een schending van het gelijkheidsbeginsel had plaatsgevonden maar op grond van het vertrouwensbeginsel. Zou de Afdeling het gelijkheidsbeginsel als grond hebben genomen, dan had zij daarmee in feite vastgelegd dat gevallen van gelijksoortige pressie steeds gelijk zouden moeten worden behandeld. Hantering van het vertrouwensbeginsel lijkt in zo'n geval wat ruimte voor een ad hocbenadering te laten, zoals ik hiervoor reeds uiteenzette.[55]

Tot de niet voor een beleid representatieve handelingen kunnen ook experimenten van incidentele aard worden gerekend, waarbij eveneens bewust wordt afgeweken van het beleid en niet de intentie van een beleidswijziging voorzit. In een uitspraak[56] in het geding tussen de VARA en de minister van WVC werd aan een van de beleidslijn afwijkende handeling met een experimenteel karakter en ter gelegenheid van een bijzondere gebeurtenis geen precedentwerking toegekend. Het beleid van de minister bij de toepassing van artikel 48, tweede lid, aanhef en onder b van de Omroepwet was erop gericht alleen lokale en regionale instellingen en eventueel de NOS toe te staan lokale of regionale programma's via de kabel te laten overbrengen. Het was volgens de Afdeling niet strijdig met het gelijkheidsbeginsel dat de minister appellante geen toestemming verleende tot de gebruiken van de centrale antenne-inrichting te 's-Gravenhage, terwijl hij haar eerder incidenteel wel toestemming had verleend tot het gebruiken van het Amsterdamse kabelnet voor het verzorgen van programma's die mede een lokaal tintje hadden.

f. Hetzelfde orgaan als behandelende instantie

Ik heb hiervoor bepleit het stelsel van beleidsmaatstaven te beschouwen als het vergelijkingsplatform. Slechts gevallen en behandelingen die zich op dat platform bevinden noemde ik vergelijkbaar. Ik signaleerde daarbij evenwel dat kennisneming van de jurisprudentie het idee zou kunnen doen ontstaan het behandelend orgaan als uitgangspunt en begrenzing van de vergelijking te nemen. Hoe denkt de Afdeling hierover?

De afgifte van rijbewijzen geschiedt door de Commissaris der Koningin in de provincie. Van beleidsvrijheid is hierbij geen sprake. Het betreft een gebonden beschikking; er zijn slechts wettelijke beleidsmaatstaven en die zijn eenduidig. Mijns inziens is er dus geen reden om de vergelijkbaarheid van gevallen te beperken tot beschikkingen van dezelfde CdK. De Afdeling[57] oordeelde hierover anders in een geval betreffende de omwisseling van een Indonesisch rijbewijs, die door de CdK te Zuid-Holland was geweigerd en door een andere CdK kennelijk was geaccepteerd. Opmerkelijk is dat de Afdeling in dit geval zegt dat het beroep op het gelijkheidsbeginsel 'reeds hierom' niet kan slagen omdat in het vergelijkingsgeval door een ander orgaan was beslist. Dit wijst in de

richting dat de Afdeling deze vraag als het ware prealabel acht, hetgeen ook ik doe, zij het toegespitst op de beleidsmaatstaven en niet op het orgaan.

In haar uitspraak-*Hardenberg*[58] betreffende de toepassing van art. 30 van de Wet op de kansspelen, werd de Afdeling geconfronteerd met een beroep op het gelijkheidsbeginsel met verwijzing naar in omliggende gemeenten verleende vergunningen voor het aanwezig hebben van dezelfde soort speelautomaten. Naar het oordeel van de Afdeling kon van schending van het gelijkheidsbeginsel geen sprake zijn nu verweerder – de burgemeester van Hardenberg – nog in geen ander geval een vergunning voor het aanwezig hebben van een speelautomaat gelijk aan de onderhavige had verleend. In feite wees de Afdeling hier een vergelijking met gevallen en behandelingen in andere gemeenten af.

Een andere opstelling legde de Afdeling aan de dag in een andere uitspraak met betrekking tot de toepassing van hetzelfde wetsartikel in de gemeente *Apeldoorn*.[59] Daar vernietigde de Afdeling de weigering van een vergunning op grond van het motiveringsbeginsel, onder andere omdat niet mede het beleid in andere gemeenten in de overwegingen was betrokken, waarop appellanten zich beriepen.

Mijns inziens is het in de uitspraak-Hardenberg gehanteerde uitgangspunt het juiste. Artikel 30 van de Wet op de kansspelen geeft de burgemeester een discretionaire bevoegdheid. Binnen het regelingsmotief van de wetgever kan hij een eigen beleid voeren. Gevallen en behandelingen in de ene gemeente zijn mijns inziens dus niet vergelijkbaar met gevallen en behandelingen in andere gemeenten. Bij deze adhesiebetuiging ga ik ervan uit dat ik in de uitspraak-Hardenberg niet tevens hoef te lezen dat de vergelijking tot gevallen en behandelingen vallend onder de competentie van een en hetzelfde orgaan moet worden beperkt. Geheel zeker ben ik hiervan niet.

In een uitspraak betreffende de gemeente *Deventer*[60], waarin appellant zich beriep op rechtsongelijkheid in vergelijking met het beleid in andere gemeenten, sprak de Afdeling uit dat van ongelijke rechtstoepassing slechts sprake kan zijn wanneer eenzelfde voorschrift op ongelijke wijze wordt toegepast. Nu het i.c. een geschil omtrent de uitvoering van een verordening van de gemeente Deventer betrof kon een beroep op beleid in andere gemeenten gevoerd, volgens de Afdeling nimmer grond opleveren voor de stelling dat van rechtsongelijkheid sprake was. Men zou de vraag kunnen stellen of de Afdeling, die sprak van 'ongelijke rechtstoepassing' en 'rechtsongelijkheid' hier wel het oog had op het gelijkheidsbeginsel. De annotator in de AB gaat er kennelijk van uit dat dit wel het geval was. Ik zou dat ook willen aannemen omdat het hier niet ging om een gebonden beschikking maar een vrije, ter uitvoering van een verordening als bedoeld in artikel 18 van de Drank- en Horecawet. In het geding was de beleidslijn van b. en w. van Deventer, gevolgd bij de uitvoering van de verordening. Ik zou het er dus op willen houden dat de Afdeling er hier van uitging dat voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel de vergelijkbaarheid beperkt is tot de sfeer van een stelsel van beleidsmaatstaven, i.c. die welke voor de uitvoering van de verordening gelden.

3.3 Conclusies

1. De Afdeling rechtspraak stelt de vergelijkbaarheidsvraag in het kader van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel niet apart.

2. Aan de hand van voorbeelden uit de jurisprudentie van de Afdeling heb ik getracht duidelijk te maken dat daarin in feite de vergelijkbaarheidsvraag wel aan de aan de orde was en onderscheiden kon worden.

In dergelijke gevallen zou kunnen worden volstaan met het beantwoorden van de prealabele vraag van de vergelijkbaarheid en zou het gelijkheidsonderzoek achterwege kunnen blijven.

3. In de praktijk heeft de vergelijking dikwijls op een te smalle basis plaats, dat wil zeggen dat althans in theorie aanwezige mogelijkheden niet worden benut.

4. Volgens de Afdeling rechtspraak verzet het gelijkheidsbeginsel zich niet tegen wijziging van het beleid. Naar uit de weergegeven uitspraken blijkt verdient het, om het gewijzigde beleid als referentiekader te kunnen laten dienen, aanbeveling dit als regel tevoren behoorlijk bekend te maken. Overigens stelt de Afdeling deze eis niet onder alle omstandigheden. Met name indien het oude beleid niet expliciet was bekendgemaakt wordt de eis van voorafgaande bekendmaking niet steeds gesteld.

5. Denkbaar is dat een beleidslijn zelf strijdig is met het gelijkheidsbeginsel. De jurisprudentie levert enige voorbeelden, waarin daarvan impliciet kon worden gesproken.

6. De Afdeling blijkt er in feite van uit te gaan dat vergelijkingsgevallen en -behandelingen die niet representatief zijn voor een beleidslijn in het kader van het gelijkheidsbeginsel buiten beschouwing blijven, al wordt daarbij niet van de representativiteitseis uitgegaan.

Onder deze noemer kunnen worden gebracht uitspraken met betrekking tot:

- fouten, in de zin van beslissingen strijdig met wettelijke of bestuurlijke beleidsmaatstaven; deze vallen buiten de vergelijking indien deze incidenteel van aard zijn;
- bewuste incidentele afwijkingen op goede gronden van de beleidsmaatstaven;
- incidentele experimentele afwijkingen.

7. Voor wat betreft de vraag of behandelingen van hetzelfde orgaan afkomstig moeten zijn om als vergelijkbaar te kunnen worden aangemerkt is de jurisprudentie van de Afdeling niet geheel duidelijk. Voor een conclusie dat geen beroep op het gelijkheidsbeginsel kan worden gedaan indien het gevallen en behandelingen betreft in de competentiesfeer van verschillende organen biedt de beschikbare jurisprudentie onvoldoende grond.

4 Gelijke gevallen en gelijke behandeling

4.1 Theoretisch kader

De vergelijking die nodig is om vast te stellen of gevallen gelijk zijn omvat twee vragen:

- uit welke elementen bestaan de gevallen die worden vergeleken?
- zijn de gevallen gelijk?

Men moet eerst vaststellen welke punten men in de vergelijking wil betrekken om vervolgens de vergelijking daadwerkelijk te kunnen uitvoeren. Beide opera-

ties zullen moeten worden uitgevoerd aan de hand van de gemeenschappelijke beleidsmaatstaven.

Een 'geval' zou ik willen omschrijven als een geheel van een of meer personen, handelingen, objecten, feiten en omstandigheden, dat in het kader van een bestuurlijke behandeling van belang is. Welke van deze bestanddelen in een concrete situatie tot een geval moeten worden gerekend is afhankelijk van de inhoud van de beleidsmaatstaven. Al wat zich feitelijk voordoet en in het licht daarvan relevant is, vormt tezamen het geval.

Bij gebonden beschikkingen zal het niet moeilijk zijn vast te stellen wat tot een geval behoort en dus in de oordeelsvorming moet worden betrokken. Bij beschikkingen waarbij van beleidsvrijheid sprake is kan de afbakening van het geval een lastige opgave zijn. Deze activiteit is geen objectieve aangelegenheid. Het is meer een kwestie van waardering en zelfs van bestuurlijke waardering. Elementen kunnen van belang zijn al naar gelang van de invulling die het bestuur aan de vrije beleidsruimte geeft. Het bestuur kan indien het bevoegdheidsuitoefening op wettelijke grondslag betreft uiteraard in beginsel niet buiten de sfeer van die wettelijke grondslag treden, maar daarbinnen is het bevoegd op grond van eigen beleidsinzichten aan bepaalde aspecten wel of niet dan wel meer of minder betekenis toe te kennen. Daarmee corresponderend zal de samenstelling van gevallen variëren.

Is het geval qua inhoud bepaald, dan kan de gelijkheidstoets worden uitgevoerd door vergelijking van de vergelijkbare gevallen. Ook dat is geen objectieve bezigheid. Gelijkheid van gevallen is, zoals ik hiervoor reeds constateerde, een relatief gegeven. Het is gelijkheid tegen de achtergrond van de beleidsmaatstaven.

Gelijk zou ik willen noemen gevallen die *in gelijke mate in de termen van de beleidsmaatstaven vallen*. Voor de onder de Hinderwet vallende inrichting betekent dit: het in gelijke mate gevaarlijk, schadelijk of hinderlijk zijn voor de omgeving. Ook hier geldt dat bij gebonden beschikkingen, waarbij exakt is aangegeven in welke omstandigheden welke behandeling moet plaatsvinden, gelijke behandeling zich oplost in correcte wetstoepassing, ook voor wat betreft de interpretatie van de wet, en dat het gelijkheidsbeginsel daar geen zelfstandige betekenis heeft. Is er sprake van vrije beleidsruimte dan moet de verhouding van de gevallen ten opzichte van de bestuurlijke beleidsmaatstaven gelijk zijn wil er sprake zijn van gelijke gevallen. Hoe beter de beleidsmaatstaven uitgewerkt zijn, hoe zekerder de gelijkheid kan worden bepaald. Maar vrijwel steeds zal hier een zekere subjectieve bestuurlijke appreciatie in het spel zijn. De rechter zal deze moeten respecteren.

Indien is vastgesteld dat de gevallen gelijk zijn brengt het gelijkheidsbeginsel de eis van gelijke behandeling mee. Voor wat betreft de beschikking betekent dit recht op een beschikking van gelijke inhoud. In de praktijk betekent dit: een beschikking welke voor degene die zich op het gelijkheidsbeginsel beroept tenminste een even gunstige inhoud heeft. Als een derde-belanghebbende zich met succes op het gelijkheidsbeginsel beroept – en waarom zou hij dat niet kunnen? – kan dit voor de direct-belanghebbende een correctie ten nadele betekenen. Dergelijke gevallen zijn mij overigens niet bekend.

4.2 Jurisprudentie

Ik zal thans pogen een beeld te geven van de wijze waarop de Afdeling Rechtspraak in de jurisprudentie nagaat of gevallen gelijk zijn. Daarbij heb ik gekozen voor de vorm van een bloemlezing van relevante uitspraken, hier en daar voorzien van kanttekeningen. Een andere systematiek achtte ik binnen het bestek van dit preadvies niet goed realiseerbaar. Het geheel zal ik afsluiten met wat concluderende impressies.

In de uitspraak-*Beemster*[61], met betrekking tot de weigering van een bouwvergunning voor een dakkapel, kent de Afdeling blijkbaar alleen betekenis toe aan het feit dat er verschil is in formaat tussen de onderhavige dakkapel en die in de vergelijkingsgevallen. Maar bij de toepassing van de welstandsbepaling is niet alleen het formaat van de dakkapel doorslaggevend; ook bijv. de verhouding tot omvang en uiterlijk alsmede indeling van de woning, de omgeving enz.

Ten aanzien van de uitspraak-*Noordwijk*[62] signaleerde ik een – door de Afdeling als referentiekader aanvaarde – beleidslijn die – mogelijk – bepaalde relevant aspecten uit het gezichtsveld wegnam.

In de uitspraak-*Gorssel*[63] merkte de Afdeling in een zaak betreffende een aanschrijving op grond van art. 25 van de Woningwet tot aansluiting op de openbare riolering als relevant verschil tussen gevallen aan dat in het vergelijkingsgeval de bebouwing pas korte tijd bestond toen de aansluitmogelijkheid ontstond. Tegen de achtergrond van de toepasselijke beleidsmaatstaven rijst de vraag of dit een relevant verschil is. Op z'n minst zou men mogen verwachten dat ook ten aanzien van het vergelijkingsgeval tot een aanschrijving op termijn zou worden of zijn overgegaan. Voor het beantwoorden van de vraag of van ongelijke behandeling sprake is kent de Afdeling aan een dergelijke gelijke behandeling op termijn wel vaker betekenis toe.[64]

In de collectevergunninguitspraak met betrekking tot de gemeente *Amsterdam*[65] achtte de Afdeling bij de weigering van een collectevergunning aan de Stichting Medisch Komitee Palestina geen schending van het gelijkheidsbeginsel aanwezig; niet was aannemelijk gemaakt dat de collectes in de vergelijkingsgevallen in gelijke mate omstreden waren dan de onderwerpelijke. Met andere woorden de gevallen vielen niet in dezelfde mate in de termen van de beleidsmaatstaven (uit de uitspraak is overigens niet op te maken wat deze inhouden). Een typisch voorbeeld waarbij een bestuurlijk waarde-oordeel in feite bepaalt of er al dan niet van gelijkheid sprake is.

In de uitspraak *Utingeradeel*[66] (het betrof een beslissing van gedeputeerde staten van Friesland) werd in het kader van de toepassing van de provinciale landschapsverordening de gelijkheidstoets beperkt tot de vraag hoe lang ter plaatse al caravans geplaatst waren (in relatie tot de overgangsbepaling van de verordening) en de aanvaardbaarheid uit hoofde van de geldende bestemmingsplannen. Meer aspecten waren kennelijk niet in het geding gebracht, hoewel men de indruk krijgt dat dit wel mogelijk was geweest.

In de uitspraak-*Ermelo*[67] geeft de Afdeling te kennen dat in het kader van het al dan niet toepassen van politiedwang ook individuele omstandigheden gewicht in de schaal kunnen leggen.

In een van de uitspraken met betrekking tot de gemeente *Amersfoort*[68], betreffende vrijstelling ex artikel 352 van de bouwverordening voor het gedeeltelijk gebruiken van een woning als kantoor, noemt de Afdeling als onderscheidende elementen van de gevallen:

- de wijk waarin de woningen zijn gelegen (zie hierover de opmerking welke ik eerder maakte);
- het gebruik als praktijkruimte voor artsen of als kantoor.

Tegen de achtergrond van art. 352 zullen dit stellig relevante elementen zijn, maar het is wel de vraag of deze doorslaggevend moeten zijn, zoals de Afdeling i.c. aannam.

Dat de vaststelling in welke mate een geval in de termen van de beleidsmaatstaven valt sterk afhankelijk kan zijn van bestuurlijke waardering, laat ook een uitspraak-*Rotterdam*[69] zien. B. en w. weigerden vergunning voor de exploitatie van een seks-inrichting aan de nieuwe exploitant, terwijl zij vier maanden tevoren voor hetzelfde perceel aan de vorige exploitant een dergelijke vergunning hadden verleend. Het verschil tussen beide situaties zat niet in de betrokken personen maar in de hogere waardering van de – ook in het eerste geval al levende – bezwaren vanuit de buurt. Deze beleidswijziging aanvaardde de Afdeling als een legitieme grond voor ongelijke behandeling.

In de uitspraak-*Tilburg*[70], betreffende de weigering van bouwvergunning voor een garagebedrijf met bovenwoningen, achtte de Afdeling van gelijke gevallen geen sprake omdat in het ene geval wel en in het andere geval niet een verklaring van geen bezwaar voor anticipatie door gedeputeerde staten was afgegeven. In deze zaak werd voorts vergeleken met gevallen waarin voor benzinepompinstallaties wel medewerking was verleend.

De uitspraak geeft geen informatie over de vraag of het gemeentebestuur pogingen had ondernomen om gedeputeerde staten ook in het onderwerpelijke geval een verklaring van geen bezwaar te ontlokken.

Gevallen kunnen gelijk zijn, ook al betreft het niet dezelfde objecten, activiteiten enz. Dit bleek ook uit de uitspraak-*Weststellingwerf*.[71] Daar werden met elkaar vergeleken gevallen van van het bestemmingsplan afwijkend gebruik voor een schildersbedrijf, een melkhandel en een aannemersbedrijf.

Tegen de achtergrond van het bestemmingsplan hoeven deze verschillen ook niet relevant te zijn.

In de uitspraak-*Waalwijk*[72] werden (in het kader van de toepassing van artikel 352 van de bouwverordening) met elkaar vergeleken gevallen van gebruik van gebouwen op een industrieterrein voor vormen van detailhandel. Voorts kende de Afdeling betekenis toe aan de omvang binnen het totale bedrijfsgebeuren in een gebouw.

In de uitspraak-*Tietjerksteradeel*[73] betrof het de vergunningverlening voor het gebruik van een woning als recreatiewoning. Het verschil in behandeling was daar gelegen in de minder goede bereikbaarheid van de woning in kwestie dan die van de buurman. Dit paste in de beleidslijn die b. en w. hanteerden.

In een uitspraak betreffende de *provincie Utrecht*[74] wijst de Afdeling schending van het gelijkheidsbeginsel af. De verschillen tussen de vergeleken gevallen zijn niet relevant tegen de achtergrond van het beleid, dat slechts voorziet in de mogelijkheid van ontheffing voor het storten van bepaalde categorieën van afvalstoffen.

Ook de uitspraak-*Haarlemmermeer*[75] laat zien dat er geen identiteit van objecten, activiteiten en dergelijke behoeft te zijn; het ging in alle gevallen om afwijkingen van de agrarische bestemming. Dit lijkt mij de juiste benadering. Vgl. ook de uitspraak-*Hazerswoude*, hiervoor aangehaald.[76]

Uit de uitspraak van 21 januari 1982[77] inzake de toelating als vluchteling

van een Turkse Syrisch-orthodoxe christen blijkt ook dat het vaststellen en waarderen van de relevante feiten en omstandigheden (i.c. individuele omstandigheden) een meer subjectieve aangelegenheid kan zijn, waarbij de rechter slechts een marginale rol kan spelen. De Afdeling constateert dan ook uitdrukkelijk dat in dit soort zaken aan het bestuursorgaan een zekere beoordelingsmarge moet worden gelaten. Van der Burg vraagt zich in zijn noot af of de Afdeling de beoordelingsmarge meent te moeten laten voor wat betreft het toelatingscriterium (klemmende redenen van humanitaire aard) of bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van gelijkheid of ongelijkheid. Mijns inziens geldt dit in principe voor het eerste, maar impliceert dit dat het ook geldt ten aanzien van het tweede.

In de andere uitspraak-*Haarlemmermeer*[78] werd de omvang van de opslagtanks kennelijk een relevant verschil geacht voor het al dan niet eisen van nakoming van de bouwvergunningsplicht en het wel of niet toepassen van politiedwang. De relevantie van dit verschil ontgaat mij in dit verband tegen de achtergrond van de terzake geldende beleidsmaatstaven.

De angst voor precedentwerking is bij overheden groot. Zij wordt mede veroorzaakt door de veronderstelde werking van het gelijkheidsbeginsel.

Het gevaar van precedentwerking is reëel indien beschikkingen niet worden genomen tegen de achtergrond van een duidelijke beleidslijn. Gebeurt dit niet dan bestaat het risico dat de beleidslijn wordt afgeleid uit de genomen beslissingen en dat het bestuur de zaak dus niet meer beheerst. Toch is de zaak ook dan niet bij voorbaat verloren. Het blijkt mogelijk voor volgende gevallen een beleidswijziging (c.q. het alsnog invoeren van een beleid) gestalte te geven of bijzondere feiten of omstandigheden te berde te brengen die verschil tussen de gevallen doen ontstaan. Dit probleem heeft zich in de praktijk de laatste jaren veelvuldig voorgedaan ten aanzien van standplaatsen voor de verkoop van goederen op de openbare weg, waarbij tegen een of enkele standplaatsen vaak geen bezwaar bestaat, maar wel een zekere maximering wenselijk wordt geacht in verband met de totaal-effecten. De Afdeling heeft duidelijk gemaakt dat het mogelijk blijft met een op het volgende geval toegespitste motivering verdere uitbreiding van het aantal een halt toe te roepen; het bestuur maakt duidelijk dat dit de druppel is die de emmer zou doen overlopen en die ongelijkheid van de gevallen doet ontstaan. Het is overigens riskant het op een dergelijke situatie te laten aankomen. De beste en meest rechtvaardige methode is die van het vooraf formuleren van een beleidslijn.

Het principe: die het eerst komt, het eerst maalt, bij de noodzaak tot maximering is niet onder alle omstandigheden aanvaardbaar. Dat laat de uitspraak-*Haarlem*[79] betreffende de subsidiëring van humanistisch vormingsonderwijs zien. Het gemeentebestuur van Haarlem weigerde dit vormingsonderwijs te subsidiëren in verband met de beperkte financiële middelen. Aan de Haarlemse vereniging tot verspreiding van bijbelkennis werd echter – sinds jaren – wel een soortgelijke subsidie verstrekt. De Afdeling oordeelde dat in deze context (gelijke behandeling van godsdienstige of levensbeschouwelijke stromingen) aan het gelijkheidsbeginsel bijzondere betekenis moet worden toegekend. De Afdeling verwees daarbij naar de artikelen 1 en 6 van de Grondwet. Daarom had het gemeentebestuur van Haarlem i.c. maatregelen moeten nemen om zo spoedig mogelijk een gelijkwaardige positie van beide instellingen te creëren. De Afdeling stelde strijd met het motiveringsbeginsel vast. Aldus be-

hield het gemeentebestuur ruimte om tot een herverdeling van de beperkte financiële middelen te komen, hetgeen bij een vernietiging wegens strijd met het gelijkheidsbeginsel niet mogelijk zou zijn geweest, tenzij via een latere beleidswijziging.

In de uitspraak-*Alphen a/d Rijn*[80] constateerde de Afdeling een verschil tussen het onderwerpelijke geval, waarin belanghebbende werd aangeschreven zijn erfafscheiding te verlagen, en vergelijkingsgevallen waarin niet werd opgetreden omdat daarbij van klachten vanuit de omgeving geen sprake was. De Afdeling maakte dit verschil tegen de achtergrond van beleidslijn van het gemeentebestuur volgens welke het desbetreffende artikel in de bouwverordening slechts op klachte werd gehandhaafd. De Afdeling achtte deze beleidslijn redelijk. De vraag rijst of in zo'n geval de regeling niet zou moeten worden aangepast in die zin dat klachten als voorwaarde voor de werking van het verbod worden opgenomen.

Schending van het gelijkheidsbeginsel werd niet aanwezig geacht in de uitspraak-*Sas van Gent*[81] omdat ten aanzien van het opgevoerde vergelijkingsgeval nog niet voldoende bewijsmateriaal door het gemeentebestuur was verzameld om ook daar tot sluiting van de inrichting over te gaan. Blijkbaar kon het gemeentebestuur de Afdeling er voldoende van overtuigen dat de bedoeling van gelijke behandeling wel voorzat. Een dergelijke aanpak accepteert de Afdeling soms als rechtvaardiging voor momentele ongelijke behandeling.[82]

In de uitspraak met betrekking tot de Plassenverordening *Zuid-Holland*[83] was sprake van ongelijke gevallen omdat in de vergelijkingsgevallen belanghebbenden niet eerder op het verboden karakter van hun handelen waren gewezen. De Afdeling accepteerde daarom de tijdelijke ongelijke behandeling bij wijze van overgangsregeling.

Een *Almeerse* verloskundige beriep zich op het gelijkheidsbeginsel bij haar bestrijding van de weigering van subsidie in de exploitatie van haar verloskundige praktijk door het Openbaar Lichaam Zuidelijke IJsselmeerpolders. Subsidiëring paste echter niet in de terzake vastgestelde beleidslijn, waarin ervan werd uitgegaan dat alleen medische beroepsbeoefenaars en hulpverleners werkend vanuit één buurtgebonden gezondheidscentrum, werden gesubsidieerd. De Afdeling[84] constateerde dat daarbuiten ook aan geen enkele vrij gevestigde medisch beroepsbeoefenaar subsidie was toegekend. Met andere woorden: volgens de terzake geldende en daadwerkelijk gehanteerde bestuurlijke beleidsmaatstaven zijn de gevallen niet gelijk.

In een uitspraak met betrekking tot de gemeente *Zeist*[85] ging het – zoals vaak bij de toepassing van het gelijkheidsbeginsel – om de weigering van bouwvergunning voor een dakkapel op grond van bezwaren uit hoofde van welstand (omvang). Appellant wees op een aantal andere gevallen in de gemeente Zeist waarin wel grote dakkapellen waren toegestaan of toegelaten. Het gemeentebestuur verweerde zich door erop te wijzen dat die gevallen qua tijdsperiode en individuele omstandigheden niet vergelijkbaar waren. De Afdeling stelde vast dat een aantal qua maatvoering en verhouding tot het dakvlak vergelijkbaar waren en dat van afwijkende individuele omstandigheden niet was gebleken. Dit laatste punt was door verweerder niet nader toegelicht. Het standpunt dat er geen sprake was van gelijke gevallen was volgens de Afdeling niet voldoende onderbouwd en zij vernietigde de weigering wegens strijd met het motiveringsbeginsel.

Een ander geval waarin schijnbaar een ongelijke behandeling had plaatsgevonden, maar de gelijkheid niet definitief kon worden vastgesteld betrof de gemeente *Ermelo*.[86] De burgemeester van die gemeente had een ontheffing van het verplichte sluitingsuur geweigerd. Bij de Afdeling rees de vraag waarom het evenement waarvoor de ontheffing was gevraagd niet als een bijzondere gebeurtenis in de zin van de a.p.v.-bepaling kon worden aangemerkt, terwijl eerder een door de VVV georganiseerd evenement wel als zodanig was aanvaard. Er was geen kenbare beleidslijn die de schijnbare gelijkheid in ongelijkheid deed keren; de burgemeester beriep zich daar althans niet op.

Maar de Afdeling was daardoor ook niet bij machte een oordeel over gelijk of ongelijk uit te spreken.

Soortgelijk was de uitspraak-*Vught*.[87] De Afdeling constateerde in een drietal feitelijke opzichten gelijkheid tussen de manege en de gemeentelijk sporthal voor wat betreft de horeca-activiteiten:

- beide vervulden een buurtfunctie;
- beide waren direct voor bezoekers toegankelijk;
- bij beide was de exploitatie mede gericht op jeugdige bezoekers.

Maar ook hier was het vermoedelijk het ontbreken van door het bestuur aangereikte beleidsmaatstaven die de Afdeling desondanks niet tot gelijke gevallen deed concluderen en haar naar het motiveringsbeginsel deed uitwijken.

Het beeld dat deze gevallen, die slechts een arbitraire selectie zijn, laten zien biedt niet veel aanknopingspunten voor een consistente conclusie ten aanzien van de vraag hoe de Afdeling precies vergelijkt en welke lijn haar daarbij voor ogen staat. Dat geldt zowel voor wat betreft de bestanddelen van gevallen als voor wat betreft de daaraan toe te kennen betekenis. Men krijgt de indruk dat daarbij over het algemeen de geldende beleidsmaatstaven wel bepalend worden geacht. Deze indruk wordt versterkt door het feit dat de Afdeling bij een vermoeden van gelijkheid op grond van feitelijke overeenkomsten dikwijls blijkt niet het gelijkheidsbeginsel geschonden te achten, maar met behulp van het motiveringsbeginsel tot een vernietiging komt, dat aldus als een pseudo-gelijkheidsbeginsel gaat fungeren.

De indruk ontstaat dat het voor een overheidsorgaan veelal niet zo moeilijk is het verwijt van schending van het gelijkheidsbeginsel te pareren. Een niet te opvallende afwijking van de gebezigde argumenten ten opzichte van het doel van het beleid, gepaard met een behoorlijk dosis vindingrijkheid zal het bestuur meestal wel kunnen redden omdat aldus al snel ongelijkheid aannemelijk kan worden gemaakt. Een belangrijke factor hierbij is dat, afgezien van gebonden beschikkingen, de vraag welke aspecten bij de uitvoering van regelingen een rol mogen spelen zelden objectief is vast te stellen.

4.3 Gelijke behandeling

De vraag wat onder gelijke behandeling moet worden verstaan heeft in de Afdelingsjurisprudentie bij mijn weten niet expliciet gespeeld. Wel zagen we dat van ongelijke behandeling sprake kan zijn indien in het ene geval een onvoorwaardelijke vergunning is verleend en in het andere geval een voorwaardelijke. Voorts bleek dat de Afdeling een slechts tijdelijke ongelijke behandeling accepteerde als een voldoende argument om het verwijt van schending van het gelijkheidsbeginsel te weerleggen.

In dit verband kom ik nog even terug op maximeringsmethoden als hiervoor aan de orde kwamen. We hebben hier te maken met een verschijnsel dat vooral in deze tijd van inkrimping van de overheidsbudgetten actueel is. Daarmee ontstaat het probleem dat niet alleen, zoals gebruikelijk, met kwalitatieve maatstaven kan worden gewerkt, maar daarnaast kwantitatieve maatstaven worden gebezigd: het op = op -systeem en dergelijke. Formeel gesproken is er dan uit hoofde van het gelijkheidsbeginsel geen probleem omdat de kwantitatieve maatstaf ook tot de beleidsmaatstaven behoort, maar in materieel opzicht kan het desideratum van de gelijke behandeling dan toch geweld worden aangedaan. Dit is meer het geval indien het kwantitatieve aspect gaat overheersen en een te groot aantal gevallen dat wel in de termen van de kwalitatieve maatstaven valt een gunstige behandeling moet worden onthouden. Het contingenteringssysteem zoals we dat jarenlang hebben gekend in de bouw in de vorm van de zgn. rijksgoedkeuring op grond van artikel 17 van de Wederopbouwwet hield flinke inconveniënten voor de burger in in de vorm van vertraagde vergunningverlening. Ook zijn we gewend aan het feit dat bij sudsidieregelingen het voorbehoud van budgettaire verstrekking van de middelen worden gemaakt. Deze kwantitatieve beperkingen leidden uit hoofde van het gelijkheidsbeginsel niet tot onoverkomelijke bezwaren omdat zij een niet te dominante rol speelden, maar potjessystemen waarbij de in de kwalitatieve termen vallende vraag het aanbod verre overtreft geven wel een sterk gevoel van onrechtvaardige ongelijke behandeling. Het is daarom van groot belang in dit soort situaties primair met kwalitatieve beleidsmaatstaven te werken. In de aangehaalde uitspraak-Haarlem dwingt de Afdeling het gemeentebestuur in feite tot de keuze tussen een zodanige uitbreiding van de financiële middelen dat behandeling van beide gevallen conform de geldende 'beleidslijn' mogelijk is dan wel de beleidslijn zodanig bij te stellen dat binnen de beperkte ruimte van de financiële middelen een gelijke behandeling plaatsvindt, hetgeen dan voor het vergelijkingsgeval op een verlaging van het begunstigingsniveau neerkomt. En dat roept dan weer andere problemen op, mede uit hoofde van andere beginselen van behoorlijk bestuur. De beginselen concurreren in zo'n situatie met elkaar.

Door zoveel mogelijk met kwalitatieve maatstaven te blijven werken wordt in materieel opzicht aan het gelijkheidsbeginsel meer recht gedaan. Mutatis mutandis kan deze redenering ook worden toegepast op het 'last in – first out'-principe dat in het kader van bezuinigingen wel eens wordt gepropageerd. In sommige situaties kan dit plausibel zijn, maar een rechtvaardige en zoveel mogelijk het gelijkheidsbeginsel in materieel opzicht respecterende aanpak zal in het algemeen moeten beginnen met een herformulering van de kwalitatieve beleidsmaatstaven. Dit geldt bijv. indien op subsidiegelden moet worden bezuinigd.

5 Slotbeschouwing

Na mijn conclusies en beschouwingen in de voorgaande hoofdstukken kan mijn slotbeschouwing betrekkelijk kort zijn.

Ik heb hiervoor een systematiek weergegeven en geadstrueerd volgens welke het beginsel dat gelijke gevallen gelijk behandeld behoren te worden door het bestuur en de rechter op zinvolle wijze gehanteerd zou kunnen worden. Het

gelijkheidsbeginsel betekent mijns inziens: gevallen die in gelijke mate in de termen van de toepasselijke beleidsmaatstaven vallen behoren gelijk te worden behandeld.

Mijn benadering confronterend met de praktijk zoals deze in de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak tot uitdrukking komt leidt tot een tamelijk onbevredigend beeld. Hoewel ik over het algemeen de jurisprudentie van andere rechters niet in mijn beschouwingen heb betrokken, kan, op grond van het feit dat deze blijkt niet wezenlijk anders te zijn dan die van de Afdeling, worden gezegd dat dit voor de gehele administratieve rechtspraak met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel zal gelden.

Niet duidelijk is welke samenhangende visie bestuur en rechter hebben op inhoud en toepassing van het gelijkheidsbeginsel. Met wisselende duidelijkheid is de opstelling van rechters bekend[88] met betrekking een aantal aspecten die bij de toepassing van het beginsel regelmatig aan de orde komen, zoals:

- de betekenis van foutieve beslissingen, afwijkingen van een beleidslijn en dergelijke;
- de vergelijkbaarheid met beslissingen van andere bestuursorganen;
- de opstelling ten opzichte van de werking contra legem;
- het feit dat het gelijkheidsbeginsel niet betekent dat beleidswijziging niet mogelijk zou zijn;
- de processuele functie van het gelijkheidsbeginsel;
- het risico dat belanghebbende loopt als hij in een procedure in een te laat stadium met het gelijkheidsbeginsel en met concrete feiten komt aandragen.

Maar daarmee is nog geen systematisch beeld ontstaan met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel. We zijn tot nu toe niet verder gekomen dan het aangeven wat het beginsel niet betekent.

Bij de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in concrete gevallen wordt door bestuur en rechter ook niet een duidelijke methode voor het vaststellen van vergelijkbaarheid en gelijkheid gevolgd.

We hebben hier niettemin te maken met een uiterst fundamenteel en essentieel beginsel van behoorlijk bestuur. Als er een beginsel is dat voor de gezagslegitimatie van het bestuur onmisbaar is, dan is het dit beginsel. Het is dan ook begrijpelijk dat de nieuwe Grondwet ermee begint.

Toch moet men bij beschouwing van de jurisprudentie vaststellen dat het beginsel in de rechtspraak geen imponerende rol speelt. Het blijkt geen effectief wapen in handen van de rechter te zijn. Wat hierbij het meeste opvalt is dat het in feite het bestuur is dat de polsstok van de rechter[90] bepaalt. Dit geldt althans voor de eigenlijke toepassing van de gelijkheidsbeginsel. De Afdeling Rechtspraak heeft een effectief middel gevonden om het bestuur dat de rechter de mogelijkheden onthoudt voor een goede toepassing van het gelijkheidsbeginsel te straffen: het motiveringsbeginsel, dat mede dienst gaat doen als pseudo-gelijkheidsbeginsel. Maar dit onderstreept in feite slechts het falen van het gelijkheidsbeginsel als rechterlijke toetsingsmaatstaf.

Bij de heffing van de onroerend goedbelasting hebben gemeenten in het recente verleden de verdenking op zich geladen dat zij op grote schaal een loopje nemen met het gelijkheidsbeginsel en men moet toegeven dat sommige uitspraken van de belastingrechter te dien aanzien ook een weinig fraai beeld te zien geven. Men mag echter niet de suggestie wekken dat het Nederlandse

openbaar bestuur op grote schaal het gelijkheidsbeginsel met voeten treedt. Bij de onroerend goedbelastingen hebben naar mijn idee ernstige aanloopmoeilijkheden een rol gespeeld. De jurisprudentie in het algemeen roept ook niet het beeld op van een grootschalige ongelijke behandeling en mijn eigen indruk vanuit de bestuurspraktijk is dat het gelijkheidsbeginsel in het normbesef van de bestuurlijke overheden een belangrijke plaats inneemt.

Dit neemt niet weg dat kennelijk niet alle ongerechtvaardigde ongelijke behandeling via de rechtspraak kan worden bestreden. Boven dien kan men met de ontwikkeling van het motiveringsbeginsel tot pseudo-gelijkheidsbeginsel ook niet gelukkig zijn omdat dit om de kern van de zaak heengaat. De vraag rijst hoe de situatie verbeterd zou kunnen worden.

1. Een belangrijk aanknopingspunt voor de hantering van het gelijkheidsbeginsel is de aanwezigheid van voor belanghebbenden kenbare beleidslijnen. Hoe beter deze ontwikkeld zijn, des te beter kan het gelijkheidsbeginsel in concrete gevallen gehanteerd worden. De malaise met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel wordt mijns inziens vooral door het gebrek daaraan veroorzaakt. In hoofdstuk I heb ik de stelling verdedigd dat het rechtszekerheidsbeginsel onder de beginselen van behoorlijk bestuur een eigen positie dient te behouden en niet vervangen behoort te worden door het beginsel dat gewekte verwachtingen moeten worden gehonoreerd. Daardoor gaat de eis dat het bestuur juist verwachtingen moet scheppen verloren. Het is mijns inziens een eis van rechtszekerheid dat de wetgever zoveel mogelijk duidelijkheid verschaft over de rechten en plichten van de burger en voorts dat het bestuur die rol overneemt daar waar de wetgever aan het bestuur vrije beleidsruimte heeft gelaten. Het bestuur moet ook in die zin berekenbaar zijn: de burger moet weten waar hij op kan rekenen. M.a.w.: men mag van het bestuur verlangen dat het zo goed mogelijk de lijnen bekend maakt waarlangs het zijn beleid wil voeren. Eigenlijk is het nemen van beslissingen zonder dat men tevoren althans in hoofdlijnen een beeld heeft van een beleidslijn niet consistent en rationeel en in strijd met de rechtszekerheid. Als men deze eis stelt en effectueert zal het functioneren van het gelijkheidsbeginsel verbeterd kunnen worden. De rechter heeft daartoe de mogelijkheid via hantering van het zorgvuldigheidsbeginsel.

2. Een tweede middel tot verbetering zou kunnen zijn de processuele functie van het beroep op het gelijkheidsbeginsel te versterken. Dat zou kunnen gebeuren naar analogie van de benadering van de Hoge Raad als belastingrechter[91] door de bewijslast zodanig te verdelen dat aan de burger geringe eisen worden gesteld op het punt van de bewijsvoering en het daar tegenover verzwaren van de eisen ten opzichte van het bestuur. De burger zou moeten kunnen volstaan met het aandragen van voorbeelden die op het eerste oog een redelijk vermoeden van schending van het gelijkheidsbeginsel rechtvaardigen, waarbij wel aan de eis van enige concreetheid zal moeten worden vastgehouden. Op het bestuursorgaan zou dan vervolgens de plicht kunnen worden gelegd te bewijzen – eventueel door ook andere gevallen in beeld te brengen – dat de andere gevallen wel passen in een beleidslijn en dit geval niet, of dat er andere argumenten zijn om het beroep op het gelijkheidsbeginsel af te wijzen.

Belangrijk lijkt het mij ook dat er een systematische visie op het gelijkheidsbeginsel ontstaat. Ik heb gepoogd daartoe een steentje bij te dragen.

1. C.A.J.N. Kortmann, *Egalité en défense*, Alphen a/d Rijn 1971, blz. 16 e.v.
2. TK 13872, MvT, blz. 25.
3. Zie hierover *NJB* 27 maart 1982.
4. HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 346, m.n. C.J.H.B., *AB* 1981, 396, m.n. CLR.
5. Vgl. *Rapport algemene bepalingen van administratief recht*, vijfde geheel herziene druk, Alphen a/d Rijn 1984, blz. 116 e.v.
6. *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, pre-adviezen van Prof. dr. I. Samkalden en Prof. Mr. G.J. Wiarda, geschrift XXIV van de V.A.R. A.w., blz. 187 e.v.
8. Preadvies over *De rechtsverwerking in het administratieve recht*, geschrift LXXIV van de VAR, blz. 55 e.v.
9. Vgl. Prof. dr. A. Hoogerwerf, Inhoud en typen van beleid, in *Overheidsbeleid*, Alphen a/de Rijn 1978, blz. 24 e.v.
10. Mr. J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht*, Deventer 1983, blz. 67 e.v.
11. Hierover twee opstellen in de bundel *Gemeentelijke vrijheden* (Van Vliet-bundel), Alphen a/d Rijn 1983: Prof. Mr. F.H. van der Burg, Splitsing van wettelijke bepalingen en abstracte toetsing, blz. 19 e.v. en Mr. A.W. Heringa, Toetsing van gemeentelijke verordeningen aan een ieder verbinden bepalingen van internationale mensenrechtenverdragen, blz. 123 e.v.
12. Zie Van Kreveld, blz. 87.
13. AR 19 maart 1981, *AB* 1981, 414, m.n. CLR.
14. AR 21 mei 1984, *RvS* 84-3.217.
15. AR 2 juni 1983, *AB* 1983, 485, m.n. J.H.v.d. V.
16. AR 17 april 1984, *AB* 1984, 492, m.n. J.H.v.d. V.
17. AR 31 maart 1979, *tB/S*, III, 121, GS 6582 m.n. vZ.
18. AR 18 december 1981, *Gs* 6713, m.n. JMK.
19. AR 5 januari 1982, *Gs* 6713.
20. AR 12 mei 1978, *BR* 1978, blz. 650.
21. AR 18 mei 1982, *AB* 1982, 510, m.n. CLR.
22. AR 8 april 1982, *AB* 1982, 554, m.n. CLR.
23. AR 19 juni 1984, *RvS* 84-3.231.
24. Zie noot 16.
25. Zie voor een overzicht van deze jurisprudentie Mr. A. Harlaar, Reikwijdte en praktische toepassing van het gelijkheidsbeginsel in het belastingsrecht, *Losbladig fiscaal weekblad FED*, Beschouwingen 76.
26. HR 19 januari 1983, *BNB* 1983, 132.
27. HR 28 maart 1984, *BNB* 1984, 196.
28. Noot onder het arrest genoemd in noot 27.
29. CRvB 11 juni 1981, *AB* 1981, 458, m.n. Vd.H.
30. CRvB 26 april 1977, *AB* 1978, 46.
31. AR 25 september 1981, *AB* 1982, 413, m.n. J.H.v.d. V., *Gs* 6713, m.n. vZ.
32. AR 3 juni 1980, *tB/S* III, 193.
33. AR 14 december 1976, *AB* 1977, 117, m.n. v.d.V.
34. AR 14 mei 1979, *AB* 1979, 501, m.n. CLR.
35. AR 15 juli 1977, *tB/S* II, blz. 59.
36. AR 15 december 1977, *AB* 1978, 217.
37. AR 3 januari 1979, aangehaald in aantekening *tB/S* III, 111.
38. AR 12 augustus 1977, *AB* 1978, 6, m.n. v.d.V.
39. AR 24 april 1981, *AB* 1982, 5, *Gs* 6678.
40. AR 9 juni 1980, aantekening *tB/S* III, 205 en TVO 1981, blz. 247/248.
41. AR 3 februari 1984, *RvS* 84-3.82.
42. A.w. (zie noot 10), nr. 268.
43. AR 21 juni 1979, *AA* 1979, blz. 608, met noot van Prof. Mr. F.H. van der Burg.
44. AR 5 juli 1982, *AB* 1982, 565, m.n. v.d.V.
45. AR 26 april 1983, *AB* 1984, 244.
46. Vgl. hoofdstuk V, onderdeel 1.
47. AR 30 januari 1979, aant. *tB/S* III, 111.
48. Zie noot 44.
49. AR 10 juni 1980, *tB/S* II, 195.

50. AR 19 juni 1981, *Gs* 6675, m.n. JMK.
51. Idem Vz. AR 1 november 1983, *AB* 1984, 489 (Alphen a/d Rijn), m.n. J.H.v.d.V.; AR 27 augustus 1984, *RvS* 84-1.73; AR 23 december 1983, aant. *tB/S* II, 502.
52. AR 10 september 1981, *AB* 1982, 7.
53. AR 19 februari 1981, *tB/S* II, 241.
54. AR 6 december 1979, *AA* 1981, blz. 127 e.v., met noor Prof. Mr. M.C. Burkens.
55. Blijkens zijn arrest van 25 april 1980, *AB* 1980, 482, m.n. F.H.v.d.B., achtte ook de HR de redenering van de Staatssecretaris, die het Hof volgde, dat er t.a.v. de Kerk-Marokkanen sprake was van een uitzonderingspositie zonder precedentwerking, niet overtuigend. De motivering van de 'onbegrijpelijkverklaring' van de overwegingen van het Hof laat zien dat ook de HR dacht in de richting van een beleidswijziging i.p.v. een voor de beleidslijn niet representatieve afwijking.
56. AR 24 februari 1983, *AB* 1983, 477.
57. AR 6 januari 1981, *tB/S* III, 231.
58. AR 3 februari 1981, *AB* 1981, 241, m.n. v.d.V.
59. AR 10 oktober 1979, *AB* 1980, 411, *tB/S* III, 144.
60. AR 5 juni 1981, *AB* 1982, 50, m.n. v.d.V., *Gs* 6700, m.n. JMK.
61. AR 5 april 1977, *AB* 1977, 309, *BR* 1977, 551.
62. Zie noot 35.
63. AR 1 november 1977, *AB* 1978, 246.
64. Zie b.v. AR 9 maart 1984, *RvS* 84-3.110 (Utrecht).
65. AR 19 oktober 1978, *tB/S* III, 98.
66. AR 30 januari 1979, *tB/S* II, 111, *AB* 1979, 522.
67. Zie noot 17.
68. Zie noot 34.
69. AR 20 maart 1980, *Gs* 6635, m.n. vZ.
70. Zie noot 32.
71. AR 1 augustus 1980, *AB* 1981, 5, m.n. CLR, *tB/S* aant. III 205.
72. AR 7 november 1980, *AB* 1981, 356, m.n. v.d.V.
73. AR 20 juli 1981, *AB* 1982, 88, *Gs* 6688.
74. AR 27 november 1981, *AB* 1982, 314.
75. Zie noot 18.
76. Zie noot 19.
77. AR 21 januari 1982, *AB* 1982, 601, m.n. FHvdB.
78. AR 20 juli 1982, *AB* 83, 85.
79. AR 1 augustus 1983, *AB* 1984, 532, m.n. B.J.v.d.N.
80. AR 14 maart 1983, *tB/S* III, 427.
81. AR 23 september 1983, *AB* 1984, 467.
82. Zie noot 64.
83. AR 9 december 1983, *AB* 1984, 227.
84. AR 13 januari 1984, *RvS* 84-3.10.
85. Zie noot 41.
86. AR 19 januari 1984, *AB* 1984, 491, m.n. J.H.v.d.V.
87. Zie noot 14.
88. Vgl. *Rapport ABAR*, blz. 177 e.v.
89. Zie de noot van Van der Burg onder *AB* 1982, 601.
90. Vgl. Mr. T. Koopmans, De polsstok van de rechter, Bundel *Regel en praktijk*, Zwolle, 1979, blz. 101 e.v.
91. Vgl. Meyjes, *Fiscaal procesrecht*, derde druk, Deventer 1984, blz. 79.

Literatuuroverzicht

Naast de bekende algemene werken over het bestuursrecht en jurisprudentiebronnen heb ik bij het schrijven van dit pre-advies meer in het bijzonder gebruik gemaakt van de volgende bronnen.

Algemene bepalingen van administratief recht, Rapport van de Commissie inzake algemene bepalingen van administratief recht, vijfde geheel herziene druk, Alphen a/d Rijn 1984, hoofdstukken 4 en 5.

Prof. Mr. A.D. Belinfante, *Kort begrip van het administratief recht*, zesde druk Alphen a/d Rijn, blz. 35 e.v.

Mr. A.R. Bloembergen, *Cassatie in administratieve zaken?*, Geschrift no. 6 Reeks Studiekring Drion, Deventer 1984.

Hendrik Jan Bronkhorst en Tom R. Ottervanger, The principle of equality in economic law, *SEW* 1984, blz. 204 e.v.

Prof. Mr. F.H. van der Burg en Mr. G.J.M. Cartigny, *Rechtsbescherming tegen de overheid*, Nijmegen 1984, onderdeel 4.3.3.

Mr. M.C.B. Burkens, *Gelijkheid voor de wet*, openbare les, Alphen a/d Rijn 1969.

Prof. Mr. M.C.B. Burkens, Gelijke behandeling, in *Grondrechten* (Jeukens-bundel), Nijmegen 1982, blz. 49 e.v.

Prof. Mr. A.M. Donner, Over vrijheid, gelijkheid en broederschap of solidariteit. Een aanvullend antwoord, in *In orde, Liber amicorum Pieter Verloren van Themaat*, Deventer 1982, blz. 51 e.v.

Prof. Mr. A.M. Donner, *Nederlands bestuursrecht, algemeen deel*, Alphen a/d Rijn 1974, blz. 101 e.v.

Prof. Mr. A.M. Donner, Inleiding in themanummer over het vertrouwensbeginsel van *R.M. Themis* nr. 5/6 1984, blz. 457 e.v.

Prof. Mr. Th.G. Drupsteen, *Administratief schadevergoedingsrecht in Nederland*, preadvies voor de Vereniging voor de rechtsvergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle 1984.

Prof. Mr. W. Duk, De zachte kern van het bestuursrecht, *R.M. Themis* 1978, blz. 574 e.v.

B.L. Dutmer, Opmerkingen over gelijkheidsbeginsel en belastingrecht, in *Fiscale miniaturen*, Deventer 1978, blz. 39 e.v.

Prof. Mr. Ch.P.A. Geppaart, Over het vertrouwensbeginsel in het belastingsrecht, in genoemd themanummer van *R.M. Themis*, blz. 467 e.v.

Prof. Mr. Ch.P.A. Geppaart, De betrekkelijke waarde van het gelijkheidsbeginsel, in *Quod licet Jovi (Brüll-bundel)*, Deventer 1983, blz. 9 e.v.

Prof. Dr. W. van Gerven, Aan de samenvloeiing van privaat- en publiekrecht: gelede normstelling en beginselen van behoorlijk handelen, bundel *In orde* (zie boven), blz. 99 e.v.

Mr. G.J. de Groot, *Vergoeding van planschade*, geschrift nr. 6 Bouwrecht monografieën, Deventer-Alphen a/d Rijn 1982, blz. 108 e.v.

Mr. A. Harlaar, Reiwijdte en praktische toepassing van het gelijkheidsbeginsel in het belastingsrecht, *Losbladig fiscaal weekblad FED*, Beschouwingen: 76.

Mr. A. W. Heringa, Het discriminatieverbod als sociaal grondrecht, *Staatkundig Jaarboek* 1983/1984, blz. 193 e.v.

Mr. A.W. Heringa en Mr. R.E. de Winter, De relatieve waarde van het gelijkheidsbeginsel, *TvO* 1982, blz. 508 e.v.

Mr. J. in 't Veld, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, tweede druk, Zwolle 1979.

Mr. W. Konijnenbelt, preadvies over De rechtsverwerking in het administratieve recht, geschrift LXXIV van de Vereniging voor Administratief Recht.

T. Koopmans, *Constitutional protection of equality*, Leiden 1975.

Mr. T. Koopmans, De polsstok van de rechter, in *Regel en praktijk (Van Wijnbergen-bundel)*, Zwolle 1979, blz. 101 e.v.

Mr. T. Koopmans, Gelijke en ongelijke gevallen, *Staatkundig Jaarboek 1982-1983*, blz. 147 e.v. C.A.J.M. Kortmann, *'Egalité' en 'defense'*, dissertatie, Alphen a/d Rijn 1971.

Mr. J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht*, Deventer 1983.

Mr. J.H. van Kreveld, Het verkleinen van de juridische verschillen tussen beleidsregels en daarmee verwante wettelijke voorschriften, *Staatkundig Jaarboek 1985*, blz. 293 e.v.

Mr. G. van der Linde, Beginselen en praktijk, het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel in de praktijk van de belastingsheffing, in *Recht van spreken, over notariaat en belastingsrecht (Meeringbundel)*, Deventer 1984, blz. 103 e.v.

Mr. A.G. Mok, Conclusie voor HR 22 juni 1983, *BNB* 1984, nr. 1.

Mr. A. Mulder en Mr. R.R. Winter, Gelijkheid en gelijkheidsbeginsel, in *Liber amicorum Josse Mertens de Wilmars*, Antwerpen-Zwolle.

Mr. P. Nicolai in Duk-Loeb-Nicolai *Bestuursrecht*, blz. 138 e.v.

Mr. J.J. Oostenbrink, Vlagincidenten rondom artikel van de Grondwet, in *Burger en overheid (Steenbeek-bundel)*, blz. 169 e.v.

Mr. J. Peters, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Voordracht Belastingconsulentendag 1971, Deventer 1971.

Prof. Mr. C.W. van der Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, bewerkt door Prof. Mr. A.M. Donner, elfde druk, Zwolle 1983, blz. 225 e.v.

Prof. Mr. M. Scheltema, preadvies over *De rechtsverwerking in het administratieve recht*, geschrift LXXIV van de Vereniging voor Administratief Recht.

Prof. Mr. M. Scheltema, noot onder HR 12 april 1978, *NJ* 1979, 533.

Mr. H. Smit, De opmars van het gelijkheidsbeginsel, in *Van wet naar recht (Scheltens-bundel)*, Deventer 1984, blz. 191 e.v.

Mr. drs. J.A. Smit, Navordering in gelijkheid door differentiatie van uniforme gedragslijnen, *Weekblad voor fiscaal recht* 1984, blz. 1476 e.v.

Prof. Mr. J.G. Steenbeek, *Wet administratieve beschikkingen*, derde herziene druk, 's-Gravenhage 1984, blz. 261.

Mr. C.W.A. Timmermans, Verboden discriminatie of (geboden) differentiatie, *SEW* 1982, blz. 427 e.v.

I.C. van der Vlies, *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving*, 's-Gravenhage 1984.

Prof. Mr. G.J. Wiarda, preadvies over *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, geschrift XXIV van de Vereniging voor Administratief recht.

Prof. Mr. H.D. van Wijk, *Hoofdstukken van administratief recht*, vijfde druk bewerkt door Mr. W. Konijnenbelt, 's-Gravenhage 1984, blz. 95 e.v., blz. 123 e.v. blz. 246 e.v.

VERSLAG VAN DE ALGEMENE VERGADERING GEHOUDEN OP 22 MAART 1985

Rede van de voorzitter, mr. W. Konijnenbelt

Administratief beroep tussen staatsrecht en administratief recht

De meesten van u zijn, denk ik, net als ik opgegroeid met het woord van Struycken: het onderscheid tussen staats- en administratief recht heeft rechtens geen waarde, want ons recht verbindt er geen rechtsgevolg aan; of het zou het (oude) Academisch statuut moeten zijn, dat van staatsrecht een verplicht vak, een hoofdvak maakte in de juridische faculteiten terwijl administratief recht een keuzevak, een bijvak was.[1]

Nog steeds is het zo dat het onderscheid tussen de twee genoemde vakken voornamelijk speelt op het vlak van het juridische onderwijs, en buiten de akademische faculteiten: bij welk vak komen welke onderwerpen aan de orde, wie is de verantwoordelijke docent; allemaal nogal triviale zaken.

Interessanter wordt het, wanneer het ene vakgebied lering kan trekken uit het andere, of wanneer een leerstuk uit het ene gebied invloed kan uitoefenen op een leerstuk op het andere publieke domein. Bekende voorbeelden daarvan zijn het administratiefrechtelijke leerstuk van delegatie en mandaat van bestuursbevoegdheden, rechtstreeks van belang voor omvang en inhoud van de politieke verantwoordelijkheid van bestuurders jegens vertegenwoordigende organen[2] en het in artikel 6 ECRM neergelegde grondrecht op behoorlijke rechtspraak, dat van grote betekenis is voor de keuze tussen administratief beroep en administratieve rechtspraak.

Vandaag wil ik onderzoeken of het staatsrecht betekenis heeft voor de praktijk van en de bestuursrechtelijke visie op het verschijnsel van het administratieve beroep. Die vraag is opgekomen naar aanleiding van een controverse tussen de Afdeling rechtspraak en de colleges van gedeputeerde staten van enkele provincies, met name het Zuidhollandse college, over de rol van GS als beroepsinstantie in zaken betreffende taxivergunningen.[3] Per 15 februari 1984 is de competentie van de Afdeling rechtspraak overgegaan naar het College van Beroep voor het bedrijfsleven; deze rechter heeft in een vandaag gepubliceerde beslissing een eerste uitspraak gedaan.[4]

Administratief beroep

Wij zijn nog steeds gewend te spreken over *het* administratieve beroep – ook al kijken we sinds het schellen- en deuropenersarrest wat neer op beroep op de gemeenteraad –, niettegenstaande het feit dat Kan reeds in zijn preadvies van 1966 wees op de heterogeniteit van het Kroonberoep,[5] en ondanks het rapport Kroonberoep en Arob-beroep[6] dat op blz. 15 waarschuwt:

'Een eerste resultaat van het onderzoek is eigenlijk de constatering dat er niet één Kroonberoep is. Het Kroonberoep heeft een pluriform karakter. Binnen het Kroonberoep kunnen grote verschillen geconstateerd worden ... Deze verschillen vinden hun oorzaken in meerdere factoren.'

Hoewel dit rapport in zijn algemene hoofdstukken doorgaans in algemene termen spreekt over het Kroonberoep, wordt in het slothoofdstuk toch weer een zeker onderscheid gemaakt, nl. in beroep tegen beslissingen van de centrale overheid en tegen die van lagere overheden.

Administratiefrechtelijke opvatting

Wat is de administratiefrechtelijke opvatting met betrekking tot het administratieve beroep? Donner[7] noemt drie kenmerkende eigenschappen:

'*a.* In administratief beroep pleegt niet te worden onderscheiden tussen doelmatigheids- en rechtsvragen. Het gaat daarbij om de juistheid van het bestuur. (...)

b. Er is in beginsel geen bezwaar tegen, dat de administratieve beroepsinstantie, wanneer dat ter zake dienende is, zelf doet wat het beschikkend orgaan had behoren te doen. (...) Is beroep ingesteld tegen de weigering van een vrijstelling wegens kostwinnerschap, dan kan de Kroon, wanneer die weigering terecht blijkt te zijn geschied, op grond van de gebleken omstandigheden uit eigen beweging een – in het geheel niet gevraagde – vrijstelling wegens bijzonder geval verlenen. (...)

c. Bij administratieve rechtspraak heeft men te maken met de vraag ... of het beschikkend gezag op het moment, waarop het de beschikking nam, zo mocht beschikken als het deed. (...) Of er later veranderingen zijn gekomen, welke, wanneer toen had moeten zijn beslist, waarschijnlijk tot een andere uitslag zouden hebben geleid, doet niet ter zake.

Niet alzo in het administratief beroep. Wordt een ... hinderwetvergunning geweigerd door burgemeester en wethouders ... op grond van zekere toestanden, die niet met de wettelijke eisen zijn overeen te brengen, en blijkt dan ten tijde van het beroep het euvel alsnog te zijn verholpen, dan wordt op grond van die sinds de weigering veranderde omstandigheden de vergunning soms nog in beroep verleend. (...)'

Het rapport Kroonberoep en Arob-beroep voegt daar nog het volgende aan toe (blz. 24).

'Ter zake van de uitoefening van een vrije bestuursbevoegdheid neemt de Kroon in beginsel geen reserve in acht. Bij de uiteindelijke oordeelsvorming bekijkt de Afdeling Geschillen – al dan niet gesteund door departementale ambtsberichten – of de uitkomst van de belangenafweging vanuit bestuurlijke optiek bezien en rekening houdend met de belangen van de appellant, uiteindelijk de beste is dan wel om enigerlei reden bijstelling behoeft. Beslissend is de vraag of men als bestuurder de beslissing waarvan beroep de (meest) juiste acht.

Uiteraard wordt daarbij wel enige rekening gehouden met te hanteren richtlijnen en beleidscriteria zoals die door het betrokken bestuursorgaan worden toegepast,[8] doch uiteindelijk is beslissend wat door de Afdeling Geschillen als de meest juiste beslissing wordt gezien. (...)'

Deze algemene houding van de Kroon wordt niet anders, zo blijkt uit het vervolg van het rapport, waar de toepasselijke wettelijke regeling aan het beslis-

sende orgaan nogal wat beoordelingsruimte laat, zoals bij de Ontgrondingenwet, de Hinderwet en autonome provinciale verordeningen in het algemeen het geval is.

De samenvatting die ik gaf in mijn openingsrede twee jaar geleden:[9] 'de Kroon handelt als het ware alsof de oorspronkelijke aanvraag rechtstreeks bij haar was ingediend', lijkt het bovenstaande adekwaat weer te geven.

Staatsrechtelijke optiek

Het wordt tijd, de staatsrechtelijke optiek in het geding te brengen. Dan moeten we de Kroon beschouwen als orgaan van de centrale overheid, gedeputeerde staten als provinciaal orgaan, de Commissie vervoervergunningen als een zelfstandig bestuursorgaan, enz. Elk van deze en andere organen heeft eigen bevoegdheden, en als een orgaan te maken krijgt met een ander orgaan, dan staan er twee instanties met verschillende bevoegdheden tegenover elkaar die ingebed zijn in een staatsrechtelijke structuur.

Worden de Kroon en een minister met elkaar geconfronteerd, dan is er sprake van een mengeling van quasi-hiërarchie en quasi-identiteit; in geval van administratief beroep blijkt dit laatste juridisch gesproken vooral uit de mogelijkheid contrair te gaan. Treedt de gemeenteraad op als beroepsinstantie met betrekking tot een besluit van B en W, dan is er eveneens sprake van een quasi-hiërarchische verhouding, die hier geaccentueerd wordt door het feit van de politieke verantwoordelijkheid van het college en zijn leden tegenover de raad.

Kan tegen een gemeentelijk besluit beroep worden ingesteld op een provinciaal bestuursorgaan of op een rijksorgaan – ik zal me voor het gemak beperken tot de figuren die het meest voorkomen: beroep op GS en beroep op de Kroon –, dan gaat de gedecentraliseerde bevoegdhedenstructuur een rol spelen. De verhouding van de Kroon tot provinciale en gemeentelijke[10] bestuursorganen en ook die van GS tot gemeentelijke organen kan op geen enkele manier worden gekenschetst als een hiërarchische of een quasi-hiërarchische, de Kroon en GS hebben bevoegdheden ten opzichte van die andere organen uitsluitend voor zover het recht die geeft. Voorop staat, als beroep is aangetekend tegen bijv. de uitoefening van een B en W-bevoegdheid, dat een competentie van het college van B en W in het geding is en van niemand anders; voor zover er daarbij sprake was van beleidsvrijheid, gaat het om beleidsvrijheid van B en W en van niemand anders, en de politieke controle daarop heeft de gemeentewet in handen van de gemeenteraad gelegd.

Administratief beroep en decentralisatie

Met de staatsrechtelijke positie van verschillende bestuursorganen zal ook het administratieve recht rekening hebben te houden. Daarom had de Afdeling rechtspraak gelijk, toen ze aan colleges van gedeputeerde staten – die in beroep hadden geoordeeld over B en W-beschikkingen inzake taxivergunningen – voorhield, dat de Wet Autovervoer Personen uitgaat van *gemeentelijke beleidsvrijheid* bij het oplossen van problemen van hun interne vervoersvoorziening, en daaruit de konsekwentie trok dat GS het gemeentelijke beleid alleen mogen ombuigen als ze daarvoor héél goede redenen hebben (en verder met inachtneming van de nodige procedurele zorgvuldigheid).

In kommentaren op deze opvatting van de Afdeling is betoogd[11] dat de wetsgeschiedenis waaraan de Afdeling rechtspraak refereerde, alleen betrekking had op de vraag of niet de minister van Verkeer en Waterstaat de bevoegdheid moest krijgen, richtlijnen uit te vaardigen met betrekking tot het door B en W te voeren vergunningenbeleid (zoals de wet, via een amendement-Maenen, de mogelijkheid geeft bij a.m.v.b. richtlijnen vast te stellen voor de Commissie vervoervergunningen), maar dat daarbij met geen woord is gerept van een beperkte toetsingsbevoegdheid van gedeputeerde staten in administratief beroep. Die tegenwerping is op zichzelf korrekt, alleen ze snijdt geen hout. Ze gaat uit van de veronderstelling: normaal is dat administratief beroep de mogelijkheid van ongebreidelde beleidstoetsing impliceert, dit laatste is alleen anders als de wetgever op deze regel bepaaldelijk een uitzondering heeft gemaakt. Maar het argument van de Afdeling rechtspraak moet m.i. worden geplaatst in een denkraam zoals hier is ontwikkeld: als uit de wetsgeschiedenis of anderszins blijkt dat aan een gemeentelijk bestuursorgaan een zekere beleidsruimte is toegekend, dan hebben ook administratieve beroepsorganen daarmee rekening te houden, dan zullen zij een zeker respekt moeten tonen voor die beleidsvrijheid; en tegen die achtergrond was het beroep op de wetsgeschiedenis geheel terzake.

Zou deze opvatting het einde van de beleidstoetsing in administratief beroep betekenen? Nee,[12] ze betekent een nuancering ervan die recht doet aan onze staatsrechtelijke structuur. Bij administratief beroep binnen één bestuursniveau hoeft er, vanuit het hier bepleite standpunt, niets te veranderen. Maar zodra decentralisatieverhoudingen een rol gaan spelen,[13] moet rekening worden gehouden met de beleidsvrijheid die het recht aan 'lagere' bestuursorganen heeft toegekend. Dan mag de Kroon, dan mogen evt. gedeputeerde staten niet handelen alsof de aanvraag bij haar (hen) was ingediend, maar moet(en) zij een oordeel geven over het beleid zoals dat door dat lagere orgaan gevoerd wordt. Hier zou – impliciet of expliciet – het mechanisme van de tweefasentoetsing kunnen worden toegepast dat de Afdeling rechtspraak meer en meer hanteert: eerst wordt een oordeel gegeven over het (algemene) beleid van het bestuursorgaan, dat hier aan de orde is; kan dat door de beugel, dan wordt vervolgens de konkrete beschikking getoetst tegen de achtergrond van dat beleid. In administratief beroep zal dan de eerste fase, de beleidstoetsing in algemene zin, niet zo terughoudend hoeven te zijn als bij een onafhankelijke rechter, anderzijds mag er ook geen volledige in-de-plaatstreding plaatsvinden; ik denk dat de 'redelijkheidstoetsing' zoals sociale-verzekeringswetten die soms aan de rechter opdragen juist in geval van discretionaire bevoegdheden,[14] aardig in de buurt komt.

Portée

In zijn uitspraak van 22 februari jl. lijkt het College van Beroep voor het Bedrijfsleven in wat eigenlijk een overweging ten overvloede is aan de colleges van gedeputeerde staten voor te houden: weest niet bevreesd, wij brengen u grote blijdschap: wij vinden, anders dan de Afdeling rechtspraak van de Raad van State deed, dat u ook in taxizaken voluit mag en moet toetsen. Het was deze uitspraak die mij aanleiding gaf, na te gaan of het staatsrecht onder omstandigheden administratiefrechtelijke leerstukken moet beïnvloeden. De

strekking van dit betoog is overigens niet beperkt tot een poging, het CBB te behoeden voor rechtsdwaling; voor alle bestuursorganen die in beroep hebben te oordelen over besluiten van niet-ondergeschikte organen, is het zaak de limieten die het recht aan hun competentie stelt, in het oog te houden.

Als u beseft dat het Latijnse woord 'finis' in de allereerste plaats 'grens' betekent en pas in de tweede of derde plaats 'einde', dan begrijpt u wat ik bedoel met mijn slotwoorden:
lites finiri oportet.

Noten

1. A.A.H. Struycken, *Staatsrecht* (2de dr. 1928), blz. 4.
2. Vgl. H.G. Lubberdink, *De betekenis van de ministeriële verantwoordelijkheid voor de organisatie van het openbaar bestuur* (diss. Groningen 1982).
3. De uitspraken die ik heb kunnen vinden:
   - AR 28 juni 1979, *Gst* 6586 m.n. Van Zanten, *AB* 1980, 110 m.n. Scheltema-de Nie (Groningse taxi's);
   - AR 13 juni 1980, *Gst* 6645 m.n. Kan, *tB/S* III.1074 m.n. (Roermondse taxi's);
   - AR 15 augustus 1980, te vinden bij *tB/S* III.1078 (taxi Erp);
   - AR 18 november 1980, *AB* 1981, 240 m.n. Van der Veen, *tB/S* III.1194 m.n., voorafgegaan door Vz. AR 8 februari 1979, *Gst* 6564 m.n. Van Zanten (Haagse taxi's);
   - AR 3 juni 1982, *AB* 1983, 4 m.n. Van der Veen (Maarssense taxi);
   - GS Zuid-Holland 27 december 1982, *Gst* 6740 m.n. Kan (Voorschotense taxi's);
   - GS Zuid-Holland 27 januari 1983, *AB* 482 m.n. Van der Veen (Maarlandse taxi's).
4. CBB 22 februari 1985, *Gst* 6785 m.n. Kan (taxi Duifhuizen).
5. J.M. Kan, *Doeltreffendheid van het administratieve beroep* (Kroonberoep), VAR 1966, blz. 21.
6. P.J.J. van Buuren/H. Bolt/M. Scheltema, *Kroonberoep en Arob-beroep* (1981).
7. A.M. Donner, *Nederlands bestuursrecht, algemeen deel* (4de dr. 1974), blz. 356. In vergelijkbare zin diverse schrijvers, o.m. De Goede/Van den Brink, Van der Burg/Cartigny/Overkleeft-Verburg, Loeb (in Duk c.s.), Stroink/Steenbeek, Versteden, Van Wijk.
8. Aldus ook Kan, preadvies 1966, blz. 18.
9. *Het oordeel van de ombudsman*, VAR-geschrift LXXXIX (1982), blz. 11.
10. Waterschapsorganen kunnen in dit opzicht worden gelijkgesteld met gemeentelijke organen.
11. Door Van Zanten, Kan, Scheltema-de Nie. Vervolgens beriepen GS van Zuid-Holland (zie noot 3) zich met enige parmantigheid op deze kommentaren.
12. Ook de Afdeling rechtspraak begon – in de uitspraak betreffende de Roermondse taxi's – met te zeggen: 'De Afd. ... is ook van oordeel dat verweerders (GS) in beginsel als administratief beroepsorgaan de mogelijkheid hebben inbreuk te maken op het beleid van het lagere overheidsorgaan'.
13. Bij zelfstandige bestuursorganen geldt iets soortgelijks: ook daar is de bevoegdheid niet zonder reden aan een *zelfstandig*, d.w.z. aan niemand hiërarchiek ondergeschikt, orgaan gegeven. Dat die zelfstandigheid beperkingen kan kennen – vgl. de reeds ter sprake gebrachte richtlijnbevoegdheid ex art. 10.3 WAP – doet daaraan ten principale geen afbreuk.
14. Zie art. 30.4 en 5 Ziektewet, art. 32 WAO, art. 23 en 57.6 AAW.

Interventies (ochtendgedeelte)

mr. M.C.B. Burkens

Gaarne betuig ik u, mijnheer de voorzitter, mijn erkentelijkheid dat u mij hebt vergund enkele woorden in deze vergadering te zeggen, zonder dat ik in de gelegenheid ben de gehele dag aanwezig te zijn. Ik moet vanmiddag een vergadering bijwonen van de faculteitsraad waarvan ik deel uitmaak; dat is een verplichting waaraan ik mij helaas niet kan onttrekken. Aan de preadviseurs bied ik mijn welgemeende verontschuldigingen aan.

Ik zou mijn interventie willen toespitsen op het preadvies van collega Ruiter. Ik heb ruimer gelegenheid gehad dit preadvies te bestuderen; bovendien betreft dit preadvies de meer algemene aspecten van de gelijkheidsproblematiek, waarover ik zelf ook wel eens heb gepubliceerd, zodat ik mij op vertrouwd terrein beweeg.

Ik wil beginnen met het uitspreken van complimenten aan het adres van Ruiter voor zijn werkstuk. Hij heeft naar mijn oordeel met dit preadvies buitengewoon goed en nuttig werk verricht. Goed werk, omdat de rechtstheoretische structuur van de gelijkheidsproblematiek helder en systematisch uit de doeken wordt gedaan. Dit betekent niet dat iedereen het daarmee eens hoeft te zijn, het betekent wèl dat we een grondslag hebben om uit te maken of we het al dan niet eens zijn. Nuttig werk heeft Ruiter gedaan, omdat in zijn preadvies mogelijkheden en begrenzingen van operaties met het gelijkheidsbeginsel scherp in de blik komen. Dat is een leerzame ervaring in een tijd waarin gelijkheid als geen ander beginsel het denken beheerst, een tijd voorts waarin een beroep op het gelijkheidsbeginsel het gelijk-hebben in een argumentatie veelal afdoende schijnt te kunnen ondersteunen.

Dit laatste illustreert reeds meteen de ideologische betekenis van het gelijkheidsbeginsel. Het beginsel vormt een wapen in de politieke en maatschappelijke strijd. Vrijwel niemand kan het zich permitteren ervoor uit te komen dat hij tegen gelijkheid is. Argumentaties moeten dan ook beantwoorden aan het gelijkheidspostulaat. Verschil van inzicht openbaart zich eerst bij de interpretatie van het gelijkheidsbeginsel. Ruiter geeft in zijn preadvies een aan Perelman ontleende opsomming van gangbare inkleuringen van het gelijkheidsbeginsel:

- voor ieder een gelijke toedeling;
- voor ieder naar zijn verdiensten;
- voor ieder naar zijn prestaties;
- voor ieder naar zijn behoeften;
- voor ieder naar zijn status;
- voor ieder naar zijn positiefrechtelijke gerechtigheid.

Hier zijn derhalve keuzes mogelijk met verschillende consequenties. Ieder kan

de ander met zijn keuze om de oren slaan, waarbij hij dan duidelijk kan doen uitkomen dat de gerechtigheid aan zijn zijde is.

Ruiter zoekt de oplossing in de rationele discussie. Die discussie moet zich bewegen binnen het terrein van binnen de westerse rechtstraditie erkende uitgangsconcepten. Zo geeft artikel 1, tweede lid, van de Grondwet enkele niet-toelaatbare concepten aan. Overigens moet de legitimatie van een gelijkheidsmaatstaf worden verzekerd door een in een rationeel proces van overleg en beraad bereikte bevestigende consensus. Bestaat geen consensus over één enkele rechtvaardigheidsformule, dan kan een verwijt van willekeur slechts worden vermeden doordat concurrerende rechtvaardigheidsformules met elkaar worden verzoend.

Ik wil hieraan enig commentaar verbinden, waarbij ik mij ervan bewust ben dat ik de subtiliteit van het betoog van Ruiter verwaarloos. Dat stelt mij dan al meteen bloot aan het verwijt dat ik mij in onvoldoende mate beweeg binnen het bereik van de rationele discussie. Maar kan het anders? In de befaamde Habermas-Luhmann uiteenzetting over *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie* (Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1971) heeft Luhmann fundamentele bedenkingen aangemeld tegen Habermas' concept van rationele discussie. Alleen al de situationele bepaaldheid van discussies, aldus Luhmann, ondergraaft de rationaliteit. Een illustratie vormt mijn eigen betoog: we staan hier onder tijdsdwang; als ik het te lang maak, gaat iedereen op zijn horloge kijken en mijn argumenten verder wel voor gezien beschouwen. Rationaliteit is situationele rationaliteit: als men zijn tijd in acht neemt, zijn argumenten op die beperkingen afstemt en dan zijn kruit op het juiste moment verschiet, is men zowel rationeel als ook effectief.

Dit geldt algemeen voor de rechtsvorming. De grote strijd over de effectuering van het gelijkheidsbeginsel speelt zich af in de sfeer van de wetgever en niet in de jurisprudentie. Zo concludeert Versteden in zijn preadvies terecht dat het beginsel in de rechtspraak geen imponerende rol speelt.

In de sfeer van de wetgever is de rationaliteit van de discussie weliswaar min of meer verzekerd door de openbaarheid van het wetgevingsproces, maar tegelijk in sterke mate door situationele elementen bepaald. Ik noem de invloed van belangengroepen, de wijze waarop de pers reageert, de vorm van de presentatie van het beleid, de tempodruk bij de behandeling, de vermeende samenhang van maatregelen, de persoonlijke overtuigingskracht van actoren en wat dies meer zij.

In deze sfeer krijgt het gelijkheidsbeginsel al gauw een ideologische functie. In de opvatting van Ruiter zal men in rationele discussie tot consensus moeten komen. Mijns inziens wordt daarbij onvoldoende onderkend dat dit postulaat zelf een wapen in de discussie kan vormen. Gaat de tegenstander niet voldoende in op de eigen gelijkheidsargumenten, dan is hij niet rationeel en hoeft men reeds uit dien hoofde zijn argumenten niet te honoreren. Men kan met andere woorden het eigen standpunt onderbouwen door een beroep op de eigen rationaliteit. Situationele elementen zijn dan bepalend bij de beantwoording van de vraag of men deze rationaliteitsclaim voldoende plausibel kan maken.

Daarbij komt dat in onze rechtsorde bepaalde opvattingen vrijwel nimmer onversneden triomferen. Ons proces van rechtsvorming is een proces van geleidelijke bijstellingen. Daarbij krijgen dan bepaalde opvattingen meer accent, andere minder; het compleet van de tafel gooien van de opvattingen van een

tegenstander komt nauwelijks voor. In deze diffuze situatie kan vrijwel nimmer het verwijt worden hard gemaakt dat men de argumenten van de tegenstander geheel veronachtzaamt. Een zekere mate van althans schijnbare rationaliteit in de discussie is dus altijd wel aanwezig. Consensus wordt echter veelal niet bereikt. Dat valt ook niet te verwachten, want politiek leeft per definitie van het ontbreken van consensus.

Ik ben dan ook van oordeel dat het recept van Ruiter ons in de praktijk niet veel verder brengt. De aanbeveling van een rationele discussie, gericht op vergelijk en consensus, zal in de praktijk voornamelijk ideologische betekenis hebben, in die zin dat de werkelijke politieke strijd er slechts door wordt verhuld.

Mèt Ruiter ben ik van mening dat het gelijkheidsbeginsel in zoverre van groot belang is, dat bepaalde differentiatiecriteria als ontoelaatbaar worden gebrandmerkt. Ik wijs op onderscheiden naar ras of geslacht. Binnen het terrein van de toelaatbare criteria echter helpt het beginsel ons nauwelijks verder. Hier kan op volstrekt legitieme wijze aan een bepaalde opvatting worden vastgehouden. Consensus in opvattingen verhoogt mijns inziens in beginsel het gerechtigheidsgehalte niet. Consensus is slechts aantrekkelijk voor zover het nu eenmaal altijd aantrekkelijk is indien ieder zich in een bepaalde oplossing kan vinden. Het is echter niet zonder meer de taak van de politiek daarop af te koersen; veelal zal de politiek juist ondanks het ontbreken van consensus oplossingen van problemen moeten bewerkstelligen. Dat ontbreken van consensus moet mogelijk zijn, zonder dat hieraan het odium kleeft van een gerechtigheidsgebrek.

mr. W.H. Schipper

Ik heb met zeer veel waardering en zeer veel belangstelling van de preadviezen kennisgenomen, zij het dat ik die overwegend in de nachtelijke uren heb moeten lezen, maar daar mag ik het verder niet over hebben! Ik heb mij gesterkt gezien in het geloof dat het gelijkheidsbeginsel een buitengewoon weerbarstig beginsel is. Soms heb ik mij wel eens laten verleiden tot de uitroep dat het beginsel eigenlijk helemaal niet bestaat, maar dat is natuurlijk niet waar. Bij nader inzien bevind ik mij in de positie van het kleine kind in de dierentuin dat de olifant niet ziet doordat hij te groot is. Het gelijkheidsbeginsel staat, niet alleen voor de wetgever, maar ook voor de rechter, voortdurend op de achtergrond en is in veel opzichten een drijvende motor, ook al blijkt dat dan niet altijd uit de jurisprudentie.

In deze interventie wil ik mij enigszins beperken tot de moeilijkheden die ik in de praktijk van de jurisprudentie op het gebied van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel heb ontmoet. Ik ben tot de conclusie gekomen dat er voor mij drie moeilijkheden leven.

De eerste moeilijkheid – dat is natuurlijk niets nieuws – is de relevantie van de gelijkheid die door de partijen wordt aangevoerd. Men moet zich voorstellen dat het bestuur sinds jaar en dag bij zijn besluitvorming het beginsel laat meewegen en zich ermee geconfronteerd ziet. Het bestuur zal dus geneigd zijn op te sporen welke relevante verschillen in zijn concrete beslissing bestaan ten opzichte van andere beslissingen, en in hoeverre het gelijkheidsbeginsel daarbij

een rol speelt. Dit brengt het proces voor de rechter vaak terug tot een discussie over de relevantie van het afwijkingsmotief, waarbij de gedachten zich als regel rond de motivering en de zorgvuldigheid centreren. Het gelijkheidsbeginsel is dan wel levensgroot in het proces aanwezig, maar het komt niet zo erg naar voren. Veel rechterlijke uitspraken getuigen daarom van een zekere 'bijziendheid'. De rechter spreekt niet over gelijkheid en toch is die gelijkheid – net als de olifant! – op de achtergrond zeer sterk aanwezig.

Ik moet erbij zeggen dat dit ook afhangt – de preadviseur Versteden heeft er eveneens op gewezen – van de wijze waarop de administratie zijn zaak presenteert. Ik herinner mij een geval waarin het gelijkheidsbeginsel rechtstreekse werking had doordat de administratie nogal rechtstreeks redeneerde. Dit geval, dat ik wel vaker heb aangevoerd, betrof een onderofficier die in de jaren '50 niet werd bevorderd omdat hij niet aan de bevorderingseisen voldeed. De man kwam met een lijst aan van collega's die wèl waren bevorderd, maar die evenmin aan de bevorderingseisen voldeden. Het ministerie had zich niet de moeite gegeven erover na te denken wat dit geval nu onderscheidde van andere gevallen en zo werd de onderofficier alsnog bevorderd, door een rechtstreeks beroep op het gelijkheidsbeginsel. Iets dergelijks doet zich eigenlijk zelden voor.

De tweede praktische moeilijkheid waarvoor ik mij vaak gesteld heb gezien, is de vraag naar de betekenis van het gelijkheidsbeginsel in een concrete zaak. Is het gelijkheidsbeginsel niet een tweesnijdend zwaard, dan wel alternatief een buitengewoon bot wapen, omdat je je moet afvragen welke kant het eigenlijk op werkt? Als voorbeeld noem ik het bekende geval van de Amsterdamse tramstaking uit het midden van de jaren '50. Een aantal stakers bij het openbaar vervoer in Amsterdam werd ontslagen en een groot aantal anderen werd ondanks deelneming aan de staking in dienst gehouden. De vraag, wat de ontslagenen nu onderscheidde van de niet-ontslagenen, werd door de gemeente niet zeer duidelijk beantwoord en de advocaat van de ontslagenen beriep zich erop dat hier in strijd met het gelijkheidsbeginsel was gehandeld. Nu zou dat betoog net zo goed kunnen uitmonden in een verdediging van de stelling dat ook de anderen allemaal hadden moeten worden ontslagen! Via die ingang is de zaak dan ook beslist. De Centrale Raad heeft gezegd: het is de taak van het gemeentebestuur, de publieke dienst te bevorderen, en dat kan niet als je ze er allemaal uitgooit.

Het derde punt is een fundamentele moeilijkheid die ook door Versteden, aan het slot van zijn preadvies, wordt aangevoerd: wat te doen als duidelijke beleidsregels ontbreken? Er heeft zich een geval voorgedaan – AB 1980, 548, m.n. Nuver – waarin een gemeentebestuur weigerde een vergoeding van 'overmatige kosten' te geven. Bij wijze van hardheidsclausule was bepaald dat overmatige kosten van geneeskundige bijstand konden worden vergoed; wat 'overmatig' was moest het gemeentebestuur beoordelen. Toen het gemeentebestuur naar aanleiding van de weigering werd gevraagd welke maatstaven het aanlegde om uit te maken of kosten 'overmatig' waren, bleek het erop neer te komen dat men ieder geval op zijn eigen merites bekeek en vervolgens vaststelde of het begrip 'overmatig' al dan niet van toepassing was. De beslissing werd door de Centrale Raad van Beroep vernietigd wegens strijd met de zorgvuldigheid, een recept dat ons ook de preadviseur wordt aangereikt, maar waarvan het de vraag is of je er veel mee opschiet. Nuver verwijst in zijn noot onder de uit-

spraak naar de intreerede van Oosting uit 1980, waarin deze al heeft betoogd dat men het bestuur de eis zou moeten stellen beleidsregels te formuleren telkens wanneer discretionaire bevoegdheden aan de orde zijn; aan de hand van die beleidsregels kan dan bijvoorbeeld het gelijkheidscriterium worden toegepast. Mèt Nuver wil ik erop wijzen dat het niet altijd gemakkelijk is beleidsregels van tevoren te formuleren. Beleidsregels zullen zich in de praktijk vaak aan de hand van een zeer bonte hoeveelheid verschijnselen gaan vormen. In welk stadium kun je dan al constateren dat er beleidsregels zijn en dat men zich daaraan moet houden? Het is in vele gevallen gewoon een kwestie van kwantiteit. Om even terug te keren naar het voorbeeld van de tramstaking: ik kan mij niet voorstellen dat burgemeester en wethouders in een gedragen nota tien jaar tevoren een beleid zouden hebben opgesteld voor het geval dat er bij het openbaar vervoer een wilde staking zou uitbreken. Als rechter ben je vaak gedwongen genoegen met het ontbreken van duidelijk beleid te nemen en moet je soms zelfs degenen die zich op het gelijkheidsbeginsel beroepen daarvan het slachtoffer laten worden.

mr. R.J. Jue

Het is opmerkelijk en voor mij wat verrassend dat beide preadviseurs in de loop van hun verschillende betogen elkaar ergens ontmoeten en op die plek tot een zelfde strekking van het gelijkheidsbeginsel komen. Deze gemeenschappelijke strekking lijkt mij daarin gelegen dat zij het gelijkheidsbeginsel volledig geïnvesteerd achten in de algemene abstracte rechtsregel die voor herhaalde toepassing door het beschikkingsbevoegde bestuur vatbaar is: de wettelijke norm dus. Wordt deze rechtsregel, of hij nu in de wet staat dan wel door het bestuur als beleidsmaatstaf wordt geformuleerd, maar herhaald toegepast op de feiten waarop die regel slaat, dan gelden voor die gevallen steevast dezelfde rechtsgevolgen. Zodoende wordt aan het rechtsgelijkheidsbeginsel voldaan.

Door deze verscholen positie is het verklaarbaar dat – Ruiter noemt dit een amusant verschijnsel – een geslaagd rechtstreeks beroep op dit beginsel bij de rechter wel uiterst zeldzaam moet zijn. Gevallen waarin zo'n beroep wordt gedaan vormen witte raven in de bestuursrechtelijke jurisprudentie. Handelen in strijd met het gelijkheidsbeginsel is immers een directe afgeleide van handelen in strijd met de wet dan wel van handelen in strijd met de door het bestuur gekozen eigen maatstaven of zelfs van oncontroleerbaar handelen zónder maatstaven. Daardoor botst het bestuur op tegen het beginsel van behoorlijk bestuur dat bekend staat als het motiveringsbeginsel.

Kernachtig formuleert Versteden op bladzijde 94 deze gemeenschappelijke strekking als volgt: 'Het gelijkheidsbeginsel betekent m.i.: gevallen die in gelijke mate in de termen van de toepasselijke beleidsmaatstaven vallen behoren gelijk te worden behandeld.' Deze investering van het gelijkheidsbeginsel in de rechtsregel gaat echter alleen op bij de klassieke wijze van normen stellen. Daarin zijn rechtsfeiten en rechtsgevolgen te onderscheiden, waardoor de normen voor een deductieve toepassing door het bestuur en door de rechter geschikt zijn. Telkens immers wanneer de rechtsfeiten zich hebben gerealiseerd is het bestuur bevoegd bijvoorbeeld vergunningen af te geven of subsidies te

verstrekken. Deze klassieke regelstelling is echter nu juist in het moderne bestuursrecht steeds zeldzamer geworden. Als ik mij niet vergis riep Ruiter een aantal jaren geleden al het afschrikwekkende beeld op van de kaalgeplukte wettelijke norm, waarvan door de burger geen enkele veer meer te plukken viel.

De rechtspositie van de burger is meer en meer direct afhankelijk geworden van beleidsdoeleinden: doeleinden die overheden najagen. Doelnormen vormen de belangrijkste bestuurlijke beleidsmaatstaven. Zij kunnen het daglicht van de deductieve redeneertrant niet verdragen, zij vergen een finale – doel/middel – argumentatie waarvan de uitkomst alles behalve voor iedere burger voorspelbaar is en telkens verrassend ook voor iedere burger anders kan uitvallen. Niet of bepaalde voorwaarden zijn vervuld, is voor de burger die iets bij het bestuur wil bereiken nog van belang; centraal staat de vraag, of het bestuur bereid is de bedoelingen van de burger te zien als voor het overheidsbeleid effectieve middelen. Passen deze voornemens van de burger nog wel in de kraam van de toekomstvisie van de overheid, die is verwoord in talloze plannen, programma's, beleidsnota's of welke benamingen men verder ook maar hanteert?

Als echter doelnormen nu inderdaad en wellicht vaak bij uitstek de beleidsmaatstaven voor het bestuur gaan vormen – en welke zichzelf respecterende bestuurswet is nog zonder een plansysteem – wat heeft het gelijkheidsbeginsel dan nog in te brengen? Is met de kale wettelijke norm, slechts schamel gehuld in een plankleed om de schaamte te bedekken, niet tegelijkertijd het gelijkheidsbeginsel uitgekleed? En faalt het daar dan inderdaad, zoals Versteden in zijn preadvies ergens anders concludeert?

In beide preadviezen nu mis ik een verwoording van deze problematiek. Ik zou daarom de beide preadviseurs willen vragen hoe zij de door hen getrokken lijnen van het gelijkheidsbeginsel voor de klassieke normstelling zouden willen doortrekken voor het bestuursrechtelijk fenomeen van de plannende normstelling. Vindt het beginsel daar zijn Waterloo, of blijkt het ook daar over ons te heersen?

mr. drs. P.W.C. Akkermans

Mijn waardering voor de beide preadviezen zou ik graag willen nuanceren. Het preadvies van Ruiter is van een hoog abstractieniveau en compact van redenering en Versteden heeft zich op een beperkt gebied van de rechtspraak gericht en heeft daaraan al inventariserend en analyserend enige algemene uitspraken verbonden. Het ligt voor de hand, over de samenhang van beide preadviezen na te denken en van daar uit iets over elk preadvies op te merken. Ik neem het geschrift van Versteden als uitgangspunt.

Op bladzijde 58, maar ook op bladzijde 94, noemt hij in één adem het gelijkheidsbeginsel, als een fundamenteel en essentieel beginsel van behoorlijk bestuur, en artikel 1 van de herziene Grondwet. Ruiter maakt die combinatie niet zo expliciet. Op bladzijde 37 verwijst hij wel naar de tweede volzin van het grondwetsartikel, maar daarin gaat het zoals bekend om een nadere uitwerking van het gelijkheidsbeginsel van de eerste zin. Omdat hij echter op veel plaatsen met auteurs werkt die van de eerste zin van artikel 1 van de Grondwet uitgaan – Burkens bijvoorbeeld –, kan ik aannemen dat ook hij de koppeling 'artikel 1

Grondwet'/'gelijkheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur' maakt.

Die koppeling lijkt mij in de aangeboden vorm problematisch. Uit de parlementaire en de overige voorgeschiedenis van artikel 1 van de Grondwet blijkt dat dit artikel bedoeld is te fungeren vooral als norm voor de wetgever. Daarmee is naar mijn mening al aan te tonen dat er minstens twee niveaus zijn die moeten worden onderscheiden: een abstract kader voor de wetgever en een concreet kader voor het bestuur. Uit theorieën over rechtsvorming is bekend dat deze niveaus op z'n minst op elkaar aansluiten, maar het lijkt mij niet juist, van een identiteit uit te gaan.

Twee kaders, of niveaus. Hierbinnen is naar mijn mening ook nog het nodige te differentiëren. Léon Ingber onderscheidt bijvoorbeeld in zijn *Recht en gelijkheid*, Brussel 1981, naar gelijkheid *voor* de wet, *in* de wet en *door* de wet; in de tweede plaats wijst hij op een te maken onderscheid tussen de toekenning van gelijke rechten en het streven naar gelijkheid. Verder spreekt hij over gelijkheid van individuen en groepen. Niet alleen bij Ingber, maar ook bij anderen zijn gegevens te vinden die wijzen op een gelijkheidsbegrip dat verschillende schakeringen kent en zich op verschillende niveaus voordoet. Men zou ook kunnen veronderstellen dat 'gelijkheid' een dynamisch begrip is. De verschillende soorten gelijkheid beïnvloeden elkaar wellicht, of staan in een of andere afhankelijkheidsrelatie tot elkaar. Dit soort differentiaties mis ik in het preadvies van Ruiter. Hij komt af en toe tot uitspraken die met geen mogelijkheid specifiek voor het gelijkheidsbeginsel zijn te noemen; zie bijvoorbeeld zijn beweringen 7 tot en met 13 – ik veralgemeen nu – op de bladzijden 47 en 48. Hij is met zijn constructies naar mijn mening zo ver van toepassingsgebieden af, dat hij voor de hand liggende vraagstellingen niet ziet. Op bladzijde 44 schrijft hij dat hij achteraf zijn nieuwsgierigheid naar de dieperliggende oorzaken van de zeldzaamheid van geslaagde rechtstreekse beroepen op het gelijkheidsbeginsel in bestuursrechtelijke jurisprudentie enigszins komisch vindt. Had hij op een of andere wijze jurisprudentie in zijn preadvies verwerkt, dan was hij wellicht tot bijvoorbeeld de these gekomen dat gelijkheid in een rechtsstaat wordt voorondersteld en dat het gelijkheidsbeginsel kan worden opgevat als een plicht tot motivering van ongelijke behandeling of inschatting. Zo gaat dit beginsel in de rechtspraak bijna per definitie op in het motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel enzovoort. Bij zo'n benadering zou Ruiter zijn beweringen 15 en 16 naar mijn mening enigszins anders hebben ingekleed.

Kortom, ik bewonder in het preadvies van Ruiter de strakheid van redenering, de hoge vlucht in abstracties, maar ik had graag gezien dat hij een paar stappen méér in de richting van een operationeel niveau had gezet. In zijn laatste noot bekent hij zich min of meer tot de systeemtheorie of tot een systeembenadering van het recht. Daarin had hij wellicht een opstap kunnen vinden.

Ik zeg dit niet omdat het preadvies meer handen en voeten als zodanig zou moeten hebben – ik vind het een fraai afgerond geheel –, maar omdat Ruiter naar mijn mening andere invalshoeken voor beweringen had kunnen vinden en wellicht op mogelijkheden van toetsing had kunnen stuiten.

Versteden signaleert in zijn terreinafbakening wèl verschillende niveaus. Jammer genoeg beperkt bij zich om praktische redenen tot jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak. Naar mijn mening betekent dat dat hij een methodisch

te laken standpunt inneemt. Met collega's in Rotterdam voer ik onderzoek uit op het terrein van de interpretatie in het staatsrecht. In dat kader hebben we met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel een breed veld van jurisprudentie geanalyseerd, beginnend in 1955 en zich uitstrekkend over allerlei soorten van rechtspraak. Uit dit onderzoek is mij gebleken dat het zeer wel mogelijk is uit de jurisprudentie met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel empirische conclusies te trekken. Ter geruststelling van de heer Versteden en om mijn bewondering voor zijn preadvies te adstrueren kan ik zeggen dat de conclusies die wij in Rotterdam trekken voor een groot deel met zijn conclusies overeenkomen. Door een andere, in mijn ogen methodisch verantwoordere basis te nemen, had hij echter met zijn preadvies een meerwaarde kunnen bereiken, al was het maar op het gebied van de controleerbaarheid in empirische zin. Daarvan is helaas in zijn preadvies geen sprake. Het preadvies mist een meerwaarde in wetenschappelijk opzicht waardoor zicht op vragen had kunnen ontstaan als: welke maatschappelijke rol speelt het gelijkheidsbeginsel blijkens de jurisprudentie?

Ik kom tot een korte conclusie. Beide preadviezen gaan mijns inziens te gemakkelijk voorbij aan de rol van het gelijkheidsbeginsel in en buiten het juridisch systeem als onderdeel van maatschappelijke systemen. Deze handen en voeten had ik erg graag aan beide preadviezen gezien.

mw. mr. N. Gonggrijp-van Mourik

Het heeft mijn bewondering gewekt, hoeveel werk en hoe uiteenlopend werk de preadviseurs hebben verzet. Ruiter heeft aan de hand van een zeer gedegen literatuuronderzoek een heel mooi beeld geschetst van de problemen die aan de invulling van het gelijkheidsbeginsel verbonden zijn; Versteden heeft getracht regels omtrent het gelijkheidsbeginsel af te leiden uit een jurisprudentieoverzicht. Daarover zijn al opmerkingen gemaakt.

Beide preadviezen hebben mij echter geen antwoord kunnen geven op de vraag die bij mij rees toen ik hoorde welk onderwerp in de vergadering zou worden behandeld. Van toepassing van het gelijkheidsbeginsel in het bestuursrecht weten we allemaal dat het iets is dat hoogst zelden vooorkomt en de vraag waaròm het hoogst zelden voorkomt is nu net de vraag die Ruiter zelfs komisch vindt. Dat stoort mij enigszins. Hoewel ik voor de rechtstheoretische conceptie bewondering heb, ga ik graag verder, door te proberen een nadere invulling te geven aan genoemd probleem in het administratieve recht, dat ons allemaal enigszins verbaast. Daarbij heb ik aan die rechtstheoretische concepties niet zoveel.

Simplificerend – kennelijk is dat tijdens de VAR-vergaderingen mijn taak! – meen ik te kunnen zeggen dat het vaststellen van de waarden en de relevantiepunten die bij de toepassing van het gelijkheidsbeginsel een rol spelen, uiteindelijk het resultaat van een politieke keuze is. Zoals al door Burkens is gezegd, kunnen we bij het doen van politieke keuzen niet altijd rationaliteit toepassen. We kunnen ons alleen maar afvragen of we iets nog redelijk of niet meer redelijk vinden.

Een stelling van Versteden komt erop neer dat het bestuur geacht wordt beleid te voeren en dat de Afdeling rechtspraak, als het bestuur geen beleid voert en, in geval van een vrije bevoegdheid, geen duidelijke beleidsregels stelt,

niet toekomt en niet màg toekomen aan toetsing aan het gelijkheidsbeginsel; zou de Afdeling aan het beginsel toetsen, dan zou zij op de stoel van het bestuur gaan zitten. Op die opmerking had ik eigenlijk wel zitten wachten! Ik vraag mij af waarom er zoveel op tegen is dat de rechter op de stoel van het bestuur gaat zitten, want er ontstaat nu een wat merkwaardige situatie. Het bestuur krijgt, zoals Jue al opmerkte, steeds meer vrije bevoegdheden, maar het faalt in het aangeven van de criteria die het bij de uitwerking van de vrije beleidsbevoegdheid relevant vindt. Vervolgens krijgt het min of meer een complimentje van de Afdeling. Hoewel de Afdeling eigenlijk – als je de door Versteden genoemde uitspraken leest gaat er toch wel een lichtje branden! – met haar klompen kan aanvoelen dat bepaalde gevallen min of meer vergelijkbaar zijn, past zij, omdat men haar niets in handen geeft, het motiveringsbeginsel toe. De burger kan dan teruggaan naar 'af' en moet maar zien wat eruit komt.

Een rechter die een zo fundamentele waarde aan het gelijkheidsbeginsel hecht als Ruiter en Versteden doen, zou in mijn optiek als volgt moeten redeneren: het bestuur heeft een vrije beleidsbevoegdheid, ik heb als rechter de opdracht gekregen dat vrije beleid te toetsen en als ik denk dat bepaalde gevallen vergelijkbaar zijn toets ik aan het gelijkheidsbeginsel; leidt die toetsing tot gevolgen voor een beleid die het bestuur onwelgevallig zijn, dan moet het bestuur dat beleid maar wijzigen. Aan beleidswijziging staat niets in de weg, mits men zorgvuldig en met inachtneming van het vertrouwensbeginsel te werk gaat. Het is voor mij de vraag waarom je een rechter die een opdracht heeft gekregen, zou mogen verwijten dat hij op de stoel van het bestuur gaat zitten als hij aan die opdracht voldoet.

Hierop zou ik graag de reactie van de preadviseurs horen.

mr. J.E.M. Polak

Het is duidelijk dat de beide preadviezen, in onderling verband beschouwd, elkaar zeer goed aanvullen: enerzijds de rechtstheoretische benadering van Ruiter en vervolgens de jurisprudentie-analyse van Versteden. Beide preadviseurs zijn over het gelijkheidsbeginsel wat cynisch. Misschien is het goed er om te beginnen op te wijzen dat naar mijn indruk in het maatschappelijk leven het gelijkheidsbeginsel, mogelijk enigszins buiten de blik van de jurist, zeer sterk speelt. Als er één beginsel is dat bij de burgerij leeft, dan is het wel het gelijkheidsbeginsel, veel meer dan welk ander beginsel ook. Ik denk hier bijvoorbeeld aan cliënten met buren die een vergunning hebben gekregen.

Het is opvallend, hoe weinig aandacht is besteed aan het gelijkheidsbeginsel in de jurisprudentie van de burgerlijke rechter op het gebied van de klassieke onrechtmatige overheidsdaad. Dit valt overigens de preadviseurs, gezien de breedte van hun onderwerp, wellicht niet te verwijten. Zoals men weet volgt de Hoge Raad inzake de vraag, of de overheid onrechtmatig in de zin van artikel 1401 BW heeft gehandeld, nog steeds de volgende redenering. Beslissend is niet of de overheid het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden: dit is slechts één van de aspecten die de rechter moet beoordelen bij de beantwoording van de vraag, of de overheid in redelijkheid tot een oordeel of tot een bepaalde handeling kon komen. Alleen als dat laatste niet zo is, waarbij dan de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel een rol speelt, is er sprake van onrecht-

matigheid in de zin van artikel 1401. Te denken valt aan het bekende arrest Ockenburg, waarbij het sluiten van een contract door de overheid aan de orde was, en tevens aan het later gewezen Sogüt-arrest: het bekende geval van de met uitzetting bedreigde kerkmarokkaan, die weliswaar bij zijn beroep in cassatie op het gelijkheidsbeginsel in het gelijk werd gesteld, maar niet via een rechtstreekse toetsing aan het gelijkheidsbeginsel. Er doet zich hier mijns inziens een vraag voor die wel degelijk de aandacht verdient. Het ligt enigszins voor de hand bij een diepgaande studie naar het gelijkheidsbeginsel ook de jurisprudentie van de Hoge Raad in civilibus te betrekken. Naar het mij voorkomt heeft de Hoge Raad, althans de burgerlijke kamer van dat college, nog steeds niet de rechtstreekse toetsing aan het gelijkheidsbeginsel erkend. Het zou aardig zijn van de preadviseurs te vernemen of zij de jurisprudentie op dit punt juist vinden.

In breder verband is het wellicht goed, aandacht te besteden aan de vraag, welke rol het gelijkheidsbeginsel zou moeten spelen als de overheid contractueel handelt. U en ik mogen zoals we allemaal weten een auto kopen van of verkopen aan wie wij willen, maar de vraag is, of voor de overheid andere regels gelden. Speelt het gelijkheidsbeginsel, dat in het privaatrecht eigenlijk principieel niet aan de orde is, ook in dit verband voor de overheid een rol? Dergelijke vragen zijn essentieel als het erom gaat, of de overheid nu zoiets anders is dan iedere private burger. Wellicht is het aardig ook hierover iets te vernemen. Van belang is bijvooorbeeld de vraag: mag een privaatrechtelijke toestemming op grond van de erfpachtsvoorwaarden aan de één worden geweigerd en aan de ander niet, terwijl beiden zich in gelijke omstandigheden bevinden. En zou het ineens anders liggen wanneer het zou gaan om de vrijstelling van een bestemmingsplan, waarbij in wezen dezelfde toestemming aan de orde is? Ik ben zeer geïnteresseerd in het antwoord van de preadviseurs op deze wezenlijke vragen op het gebied van het gelijkheidsbeginsel.

Tot nu toe heb ik slechts opmerkingen gemaakt over onderwerpen die niet door de preadviseurs zijn behandeld, wat hun, gezien de breedte van hun onderwerp niet kwalijk te nemen valt. Ik wil deze interventie besluiten met enige opmerkingen over een tweetal punten uit het preadvies van Versteden die ik òf niet zo goed begrijp òf waarmee ik het niet eens kan zijn. Versteden stelt dat de Afdeling rechtspraak, anders dan verscheidene andere rechters, tegenwettelijk beleid van de overheid niet sanctioneert. Met andere woorden: ook als de wet in concreto leidt tot een handelen in strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur, gaat de wet bij de Afdeling rechtspraak vóór. Dit kan ik heel goed volgen, maar anders wordt het wanneer Versteden betoogt dat de Afdeling hierop uitzonderingen maakt wanneer het gaat om artikel 10 ECRM, het artikel uit het Verdrag van Rome over de vrijheid van meningsuiting. Zoals bekend oordeelt de Afdeling rechtspraak soms dat gemeentelijke regelingen in incidentele gevallen buiten toepassing moeten blijven wegens strijd met artikel 10. Het gaat daarbij om antenneverboden, waarbij bestemmingsregelingen in bestemmingsplan of bouwverordening wegens strijd met artikel 10 buiten toepassing worden gelaten. Het lijkt mij niet juist hier van 'tegenwettelijk beleid' te spreken. Ik kan artikel 10 niet anders zien dan als een rechtsregel van hogere orde dan de gemeentelijke regelingen; als de toepassing van de gemeentelijke regeling tot strijd met artikel 10 leidt, laat de Afdeling de gemeentelijke regeling buiten toepassing. Ik geloof niet dat men dit met Versteden het decreteren van

tegenwettelijk beleid kan noemen. Hier wordt onderscheid gemaakt tussen regels van hogere en regels van lagere orde. Van tegenwettelijk beleid zou men naar mijn opvatting eerst recht kunnen spreken als de rechter de gemeentelijke regeling zou toepassen en niet artikel 10 ECRM. Houdt deze zienswijze van Versteden wellicht verband met het kennelijk nog steeds lage aanzien dat de internationale regeling en de daarin verankerde grondrechtenbescherming genieten?

Tot slot het volgende. Op bladzijde 68 stelt Versteden dat het gelijkheidsbeginsel, waar het een grondwetsbepaling betreft, tot tegenwettelijk beleid ten nadele van de burger zou mogen leiden. Wat bedoelt Versteden hier? Bedoelt hij dat bijvoorbeeld iemand die op grond van een woonruimteverordening recht op een vergunning heeft, deze niet zou behoeven te krijgen omdat ook anderen haar niet hebben gekregen? Ik kan Versteden hier moeilijk volgen en zie niet – maar wellicht wens ik het ook niet te zien – dat tegenwettelijk beleid op grond van het gelijkheidsbeginsel ten nadele van de burger zou kunnen werken. Wellicht kan ik door middel van een voorbeeld worden overtuigd.

mr. E.M. Gerdes

Heel graag sluit ik mij aan bij de hulde die de vorige sprekers de beide preadviseurs hebben doen toekomen; ik heb met zeer grote interesse de preadviezen gelezen. In het navolgende wil ik enige kanttekeningen maken bij het preadvies van Versteden.

Allereerst iets naar aanleiding van de passages over beslissingen die in wandeling 'beslissingen contra legem' worden genoemd. Versteden signaleert in de jurisprudentie van de Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep gevallen waarin beslissingen niet goed werden bevonden op grond van de redenering dat in vergelijking met andere beslissingen het gelijkheidsbeginsel diende te prevaleren; vroegere beslissingen die contra legem waren genomen gaven daarbij de doorslag. Dergelijke gevallen doen zich voor in jurisprudentie van de Hoge Raad en ook de Centrale Raad van Beroep heeft een uitspraak in die richting gedaan. Nu meen ik dat we niet kunnen zeggen dat de Afdeling rechtspraak en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven nog niet zo ver zijn. Mijns inziens moeten we kijken naar de kaders waarbinnen de beslissingen vallen en daarbij speciaal letten – Versteden geeft in dat opzicht ook wel een aanwijzing – op de prefase van de beslissing, omdat in de prefase ook het kader besloten ligt. Voor beslissingen in de belastingsfeer geldt dat de wetgever in hoge mate de nadruk op de uitvoering heeft gelegd en dat vaak niet alle gevallen volledig kunnen worden overzien. Het gevolg is dat soms een complete wetstoepassing voor het rechtsgevoel niet voldoende is. Wanneer reeds in een zeker aantal gevallen is besloten een charge op een bepaalde manier op te leggen, kan het het rechtsgevoel zeer bevredigen als de rechter uitmaakt dat het bestuur bij die gedragslijn moet blijven. Een dergelijke uitspraak is dan beter dan wetstoepassing.

Geheel anders ligt het bij toetsing van een aanvraag om een bouwvergunning aan een bestemmingsplan. Ook hier kijk ik weer naar de prefase waarmee het bestuur te maken heeft. Stel dat in een landelijk gebied, in strijd met één en dezelfde bestemming, vijf schuren zijn toegelaten en dat vervolgens in een

volkomen vergelijkbaar geval een aanvraag voor een schuur wordt afgewezen. In de prefase treffen we nu het bestemmingsplan aan, door middel waarvan de overheid nu eenmaal bij voorbaat, alles afwegende, heeft uitgemaakt wat wèl en wat niet kan. Het lijkt mij in zo'n geval erg moeilijk om ook maar iets van een gelijkheidsbeginsel toe te passen.

Het tweede onderwerp waarop ik wil ingaan is de vergelijkbaarheid van gevallen. Versteden behandelt situaties waarin organen van verschillende gemeenten of, in het algemeen, verschillende bestuursorganen hetzelfde wetsregime toepassen. De rechter zou een beroep op beslissingen van een ànder orgaan omtrent vergelijkbare gevallen mede in aanmerking moeten nemen. Ik meen dat iets dergelijks alleen maar mogelijk is wanneer er een zeer stringent wettelijk regime is, waarbij de uitvoering als het ware al flink is 'voorgekokerd'. Zodra er bepaalde vrijheden liggen ontstaan al wat meer moeilijkheden. Als voorbeeld noem ik in dit verband artikel 258 van de Modelbouwverordening. Men zou kunnen aanvoeren dat de bouwverordeningen per gemeente worden vastgesteld en dat het dus bij twee gemeenten nooit om hetzelfde artikel gaat, maar daar staat tegenover dat we, gezien de manier waarop de gemeenten de modelverordening bij hun eigen regelgeving hanteren, toch in een bepaald opzicht wel van toepassing van hetzelfde artikel kunnen spreken. In het geval van strikt gebonden beslissingen zal de Afdeling rechtspraak er zeker toe komen – ik wijs op de jurisprudentie inzake artikel 352 bouwverordening – dezelfde maatstaven aan te leggen. Hoe is het echter gesteld met situaties waarin vrijheden aanwezig zijn? Artikel 258 van de Modelbouwverordening bevat het voorschrift dat bij nieuwbouw op eigen terrein moet worden voorzien in de parkeerbehoefte die het nieuwe gebouw zal oproepen. Omdat dat niet altijd lukt, kunnen op grond van lid 3 vrijstellingen worden verleend. Te dien aanzien worden normen gehanteerd aangaande het aantal auto's waarvoor in verband met het aantal in het gebouw werkende personen ruimte moet worden gemaakt. Nu blijken er diverse normenpakketten te bestaan. De ene gemeente zal een ander gedragslijn volgen dan de andere en het kan gebeuren dat een verkeersbureau, ten gunste van een appellant, tot een klein aantal komt terwijl de gemeente vindt dat er méér ruimte nodig is. Voorlopig heb ik de indruk dat de rechter zich erbij zal neerleggen dat men in verschillende gemeenten tot verschillende beoordelingen komt. Het lijkt mij waarschijnlijk dat dat gebeurt.

In dit zelfde kader wijs ik op de Hinderwet, die 'gevaar, schade of hinder' – geen *ernstige* hinder meer – als criterium stelt. We kunnen constateren dat dit criterium in diverse gemeenten volstrekt divergent wordt toegepast. Het zou interessant zijn, te weten hoe de Afdeling rechtspraak daar nu tegenover zou staan. In de praktijk werkt dit volstrekt anders: de Kroon rekent het zich zoals men weet tot taak in dezen unificerend op te treden. Ik haak hier even in op de rede van de voorzitter, met de opmerking dat van een sterke terughoudendheid ten aanzien van gemeentelijk beleid in Hinderwet-aangelegenheden bij de Kroon niet zo verschrikkelijk veel terecht zal komen. Aangezien de Kroon unificerend optreedt, zou je kunnen zeggen dat bij beroepen op de Kroon een gelijkheidsbeginsel wordt gehanteerd. Gesteld echter dat de Afdeling rechtspraak Hinderwet-vergunningen in verschillende gemeenten zou beoordelen: ik geloof dat het dan heel anders zou uitpakken.

Een slotopmerking. Versteden stelt voor, het bewijs voor degene die zich op het gelijkheidsbeginsel beroept gemakkelijker te maken. Ik zou dit willen

ontraden, omdat men het zichzelf reeds nogal gemakkelijk pleegt te maken. In vele verzoeken wordt volstaan met de redenering: 'Hij mag dat, hij mag dat, en ik mag het niet.' Gemakkelijker kan het niet! Als je het nu nòg gemakkelijker maakt, gaat men alleen maar zeggen dat men een beroep op het gelijkheidsbeginsel doet, maar dat lijkt mij een beetje al te simpel.

mr. J.C.J. van Vucht

Ik ben pas vanmorgen lid van de vereniging geworden en ik mag nu al het woord voeren, waarvoor ik bijzonder dankbaar ben. Waarom ben ik pas vanmorgen lid geworden? Ik ben fiscalist en wij fiscalisten hebben het – vinden we zelf – nogal zwaar: we moeten de algemene ontwikkeling volgen en we moeten lid zijn van de Vereniging voor Belastingwetenschappen. Jarenlang heb ik de VAR uit de verte gevolgd en bij mijzelf gedacht 'dat nog even niet,' maar toen ik de behandeling van de preadviezen van Ruiter en Versteden aangekondigd zag vond ik dat ik nu toch echt lid moest worden.

Ruiter: En nu u ze gelezen hebt?

Van Vucht: Ik heb ze inderdaad gelezen; ik heb ze door de vriendelijkheid van de secretaris véél eerder gekregen dan de leden!

Dit alles ter inleiding; mijn interventie zal ik zo kort mogelijk houden. Ik heb respect voor de preadviezen, die elkaar op heel gelukkige wijze aanvullen. Aan de woorden van lof die door andere sprekers zijn geuit hoef ik niets meer toe te voegen.

Over het preadvies van Ruiter heb ik geen speciale opmerkingen te maken. Ik weet wel zeker dat ik erop zal teruggrijpen zodra zich de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in fundamentele probleemgebieden gaat voordoen. In dit verband wijs ik nog op het optreden van willekeurige chaotische bestuurstoestanden – die zijn er soms wel! – waaruit gedragslijnen ontstaan waarop men een beroep doet. Je kunt je afvragen, naast alles wat over beleid wordt gezegd, hoe op een dergelijk beroep moet worden gereageerd. Een ander punt is dat men weliswaar geneigd is bij gedachtenvorming over het gelijkheidsbeginsel met grote aantallen te werken, maar dat de vraag wellicht gerechtvaardigd is, of je ook niet met het gelijkheidsbeginsel moet werken als twee gevallen zich gelijktijdig aandienen en verschillend worden behandeld.

Voor het overige zal ik mij beperken tot het preadvies van Versteden. Een vraagteken plaats ik bij zijn benadering, inhoudende dat hij eerst de prealabele vraag van de vergelijkbaarheid aan de orde stelt en daarbij de beleidsmatigheid als criterium wil gebruiken, terwijl naar zijn mening het onderzoek naar de gelijkheid van de gevallen achterwege kan blijven. Gesteld dat zo'n aanpak in de praktijk zou kunnen werken, uit een oogpunt van rechtsbescherming van de tegen de overheid opkomende procespartij zijn er mijns inziens in het algemeen grote bezwaren aan verbonden. Met deze visie ga ik lijnrecht tegen de slotopmerking van Gerdes in, maar ik geloof er toch zeker in dat zij juist is, ook gezien de praktijk van mijn werk. De bedoelde procespartij weet over het algemeen weinig of niets van de gang van zaken bij de overheid – tenzij toevallig – op het gebied dat hij moet betreden, en hij kan daarover dan ook weinig

stellen. Het is te veel gevraagd, die procespartij met feiten en al de vraag 'beleid of niet?' voorop te laten stellen. Het moet voor hem voldoende zijn als hij feiten stelt waaruit blijkt dat er sprake is van gelijke gevallen. Hij hoeft niet méér te stellen dan dat hij gelijke gevallen meent te zien waarin mensen een andere, gunstiger behandeling dan hij zelf hebben gekregen. Het is dan aan de overheid, te stellen en bij betwisting te bewijzen dat er geen sprake is van beleid, maar bijvoorbeeld van een gemaakte reeks fouten van incidentele aard.

Overigens vind ik dat 'beleid' voor allerlei situaties als onderscheidend criterium ook veel te beperkt is. Soms kan er sprake zijn van een stelselmatig verkeerde werkwijze die voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel naar mijn mening hetzelfde effect dient te hebben als een beleid. Een voorbeeld uit de fiscale praktijk is de onroerend-goedbelasting. Bij waardering van een bepaald soort onroerende goederen gingen gemeenten steeds lager: flats werden altijd lager gewaardeerd dan andere woningen. Dat was moeilijk te verantwoorden – men had bij de waardering iets verkeerds in het hoofd –, maar het resultaat kan zodanige vormen aannemen en kan zo stelselmatig zijn, dat er geen reden meer is om de toepassing van het gelijkheidsbeginsel, als die overigens mogelijk is, achterwege te laten.

'Beleid' is evenmin een goed criterium als twee als druppels water gelijke gevallen aan de orde komen. Dat kan gebeuren. Ik heb in de praktijk een geval gezien waarin twee houders van elk 50% van de aandelen in een besloten vennootschap hun aandelen voor een te lage prijs aan een verwant verkochten, waarna voor de belastingheffing een correctie aan de hand van de werkelijke waarde van de aandelen moest worden toegepast. De inspecteur ging, zonder dat daarvoor enige reden bestond, ten opzichte van de ene aandeelhouder heel anders te werk dan ten opzichte van de andere. Ook zulke gevallen doen zich voor. Ik weet niet of in dit geval nog een aanslag achteraf kon worden opgelegd, maar voor het geval dat dat niet zo was, zou ik graag van de preadviseurs horen of zij enig idee hebben in welke richting zij dergelijke gevallen zouden behandelen.

De conclusie van Versteden ten aanzien van de omschrijving van gelijke gevallen luidt: gelijk zijn gevallen die in gelijke mate in de termen van beleidsmaatstaven vallen. Deze conclusie lijkt mij te versluierend. Natuurlijk – dat weten we na lezing van het preadvies van Ruiter met zekerheid – gaat het om gelijkheid ten aanzien van relevant te achten eigenschappen, maar dat betekent niet dat we bij een benadering van het probleem niet eenvoudig zouden moeten *beginnen* met de vraag, wat zich als gelijk aandient. De rechtspraakvoorbeelden van Versteden hebben twee keer betrekking op dakkapellen. Ik zie niet in waarom het uitgangspunt niet bijvoorbeeld een dakkapel van een bepaald formaat zou kunnen zijn en waarom we vervolgens niet voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel andere eigenschappen de revue zouden kunnen laten passeren die al dan niet een afwijking rechtvaardigen. Ik eindig met het plaatsen van een vraagteken bij de bedoelde omschrijving van Versteden, alsmede bij de conclusie in Verstedens slotbeschouwing, inhoudende dat de benaderingswijze van de belastingrechter ongeveer gelijk zou zijn aan die van de AROB-rechter. Ik meen dat die conclusie in het verband waarin zij wordt getrokken – Versteden behandelt ter plaatse de processuele functie van het gelijkheidsbeginsel –, niet juist is.

Beantwoording door de preadviseurs (ochtendgedeelte)

mr. D.W.P. Ruiter

In de eerste plaats mijn hartelijke dank voor de uitgesproken lof. In dit verband wil ik allereerst ingaan op iets wat de laatste spreker heeft gezegd. Van Vucht's mededeling dat het wellicht zo ver zou kunnen komen dat mijn preadvies in zijn werk wordt betrokken, wijst er op dat ik het ooit nog eens zou kunnen meemaken dat mijn opvattingen ook in de rechtsorde tot uiting komen, iets wat mij gedurende de jaren dat ik nu bezig ben nog nooit is overkomen. Ik wacht de ontwikkelingen met spanning af!

Er is nogal wat over mij uitgestort. In de eerste ronde meen ik wat impressionistisch te werk te mogen gaan. Het lijkt mij het beste aan te knopen bij de opmerkingen van de kant van *Akkermans* en *Jue*, die betrekking hebben op een belangrijk draaipunt in mijn advies. Het gaat daarbij om de vraag, of er achter de problematiek van gelijkheid in concrete gevallen een tweede problematiek verscholen gaat. Is het niet zo, heeft Akkermans gezegd, dat met name artikel 1 van de Grondwet betrekking heeft op een bepaalde gewenste of verplichte wijze van opereren van de regelgever, de wetgever, en verdwijnt dat door de benadering van het preadvies niet achter de horizon?

Ik zou hierop als volgt willen reageren. In de eerste plaats meen ik mij te herinneren uit een bijdrage van Burkens in de Jeukensbundel – waarin een helder en concies verslag van de totstandkoming van artikel 1 is neergelegd – dat in de commissie Cals-Donner indertijd nogal wat verschil van mening bestond over de vraag, of het gelijkheidsbeginsel alléén voor rechter en bestuur gold, of óók voor de wetgever. Er waren verschillende opvattingen en ik meen dat de regering uiteindelijk heeft gesteld dat het beginsel voor alle drie de functies betekenis dient te hebben. In dat opzicht heeft het artikel mijns inziens niet alleen voor de wetgever betekenis. Wat hiervan overigens ook zij: ik denk dat het probleem fundamenteler ligt.

Omdat je in een preadvies altijd binnen een beperkt aantal bladzijden moet werken heb ik er dikwijls mee geworsteld dat ik veel meer wilde zeggen dan mogelijk was. In zo'n situatie probeer je er dan door 'verzwijgen' uit te komen. De kunstgreep die ik op het aangegeven punt heb toegepast, is dat ik niet spreek van een plicht tot gelijke rechtsbehandeling, maar over een plicht tot het *waarborgen* van gelijke rechtsbehandeling, waarbij het woord 'waarborgen' er voor zorgt dat hetgeen ik over het gelijkheidsbeginsel zeg zowel voor het toepassings- als voor het rechtsvormingsniveau betekenis kan hebben. Ik zou mij er met een verwijzing naar deze kunstgreep van kunnen afmaken, maar ik wil daar niet mee volstaan. Het is mij tijdens het schrijven van het preadvies

steeds duidelijker geworden dat het gelijkheidsbeginsel daarin in wezen op twee niveau's optreedt. De eerste stap is dat voor een bepaling van gelijkheid in rechte gelijkheidsmaatstaven nodig zijn. Regelstellers zijn dan degenen die gelijkheidsmaatstaven moeten aandragen. De volgende stap is dat gelijkheidsmaatstaven niet zo maar uit de lucht mogen vallen. Dat heeft als consequentie dat je naar de legitimatie van gelijkheidsmaatstaven moet gaan zoeken. Je komt dan uiteindelijk terecht – om het daartoe maar even te beperken – bij het wapenarsenaal van Perelman. Diens rechtvaardigheidformules, die ik als 'formulas of concrete justice' heb opgevoerd, blijken bij nadere beschouwing in wezen ook weer gelijkheidsmaatstaven te zijn. Ze hebben de vorm 'een ieder naar ...'. Het specifieke van deze gelijkheidsmaatstaven is dat zij op een zeer fundamenteel niveau aan de orde komen. Als zodanig leggen zij plichten tot het waarborgen van gelijke rechtsbehandeling op aan rechtsvormers, die deze vervolgens weer als gelijkheidsmaatstaven moeten opleggen aan de rechtstoepassers. Dit alles moet dan worden geprojecteerd op min of meer Montesquieuachtige rechtsstaatvormen, waarin de rechter niet méér is dan de toepasser van keurig wettenrecht. In de verzorgingsstaat of versoberingsstaat anno 1985 gaat dat beeld nauwelijks meer op, maar dat is een ander probleem!

Ik hoop de tweelagenproblematiek hiermee voldoende duidelijk te hebben gemaakt. Dit brengt mij op het fundamentele probleem dat *Burkens* op tafel heeft gelegd. Naar aanleiding van alle prachtige verhalen over consensus heeft hij met kracht van argumenten aangetoond dat daar niet veel van terecht komt, omdat het altijd mogelijk is om binnen de grenzen van behoorlijke consensusvorming te blijven en toch van mening te verschillen. Zelf heb ik ook flink met dit probleem geworsteld. Toen ik paragraaf 2 had beëindigd en uitkwam bij Ross en diens cynisme, rees het probleem of ik daarin wilde meegaan. Had ik alleen maar de structuur van het gelijkheidsbeginsel als formule in wiskundige zin willen achterhalen, dan zou het bijna onvermijdelijk zijn geweest Ross' inzicht over te nemen en met hem te zeggen dat al het geroep om rechtvaardigheid alleen maar het 'slaan op een tafel' is. Als je dit standpunt inneemt ben je klaar en kan je je rechtspositivistisch terugtrekken achter de opvatting dat de praktijk het verder maar uitzoekt. Het probleem was dat ik het gevoel had daarmee voor mezelf en voor de VAR-vergadering niet te willen volstaan. Wat te doen, als je toch een zekere schroom hebt om je, althans in je wetenschappelijk denken, tot waarden te bekennen? Het is de vraag, of dat al dan niet mogelijk is. Ik heb wat dat betreft een zekere schroom, en toch wil ik verder. Die worsteling heeft er toe geleid dat ik de consensuele theorieën ben gaan bestuderen, theorieën waar ik zelf overigens altijd nog met een zekere scepsis tegenover sta. Als je ziet hoe op een gegeven ogenblik een leerling van Habermas, Alexy, in alle vriendschap wordt 'afgedroogd' door een recht-op-en-neer positivist als Ota Weinberger, vraag je je af wat je aan de consensus-benadering hebt. Wie Peczenik, de man uit Lund, met zijn 'sprongen' leest, vraagt zich af of dit nu het wetenschappelijk antwoord op de gerezen vraag is. Wat dit betreft aarzel ik dus, maar anderzijds vraag ik mij af wat je, als de materiële legitimatie op is, als je dus inhoudelijk niet verder kunt, ánders overhoudt dan een oordeel of althans het gesprek over legitimerende uitgangspunten binnen de grenzen van het fatsoen heeft plaatsgevonden. Wat nu de opmerkingen van Burkens over het gestoei in politiek Den Haag betreft: Alle betrokken personen zijn eigenlijk wel redelijk fatsoenlijk. Wij kunnen de hele dag boos op ze zijn, maar

je geeft ze, als je ze tegenkomt, toch ook bijna allemaal een hand. Dat zit dus wel redelijk goed! Ik heb toen ik het domein buiten de culturele rechtvaardigheidsformules wilde aangeven, niet voor niets meteen naar de Dwaze Moeders van de Plaza de Mayo verwezen, om aan te tonen dat het in deze wereld wel degelijk heel erg mis kan gaan. Het lijkt mij ook mogelijk gevallen aan te wijzen waarin men weliswaar binnen de door de formules der concrete rechtvaardigheid gestelde grenzen blijft, maar daarbij een zodanig monopoliserend standpunt ten gunste van zijn eigen rechtvaardigheidsnoties inneemt, dat je van de discussie die dan volgt – vooral als één van de discussianten meer macht heeft dan de andere – kunt zeggen: dit is geen politiek meer, maar dit is onredelijke politiek. Ik denk dat de grenzen van het rechtvaardigheidsdomein voor heel extreme gevallen hun betekenis hebben. Deze grenzen kunnen cultureel bepaald zijn, maar U en ik zijn er van jongs af aan mee opgevoed. Ik vraag mij bijvoorbeeld af hoe het domein er in het Japans recht uitziet. De formulering in het preadvies 'binnen de al dan niet rationele traditie van het westerse recht' (blz. 29) geeft aan dat de cultuur in deze een bepalende factor kan zijn.

Burkens: Verhogen in de opvatting van Ruiter compromissen als zodanig het gerechtigheidsgehalte, of niet? Uit zijn preadvies krijg ik de indruk dat het sluiten van een compromis naar zijn mening als zodanig het gerechtigheidsgehalte verhoogt.

Ruiter: Ik geloof niet dat ik die bedoeling heb gehad. Ik denk dat het gerechtigheidsgehalte 'op' is zodra wij de structurele grenzen van het gelijkheidsbeginsel achter ons laten. Dan zoeken wij wanhopig verder hoe wij althans met elkaar nog de indruk kunnen hebben dat er iets redelijks tot stand komt, zodat wij in dit leven voortkunnen. Meer zou ik niet willen zeggen. Het gaat om het overspringen op een andere dialoog, omdat je in wetenschappelijke zin niet direct met waarden kunt komen zonder bevreesd te moeten zijn dat je iets subjectiefs als objectief verkoopt. De wetenschap achter mij latende, zeg ik dan: dat ik mij als lid van de Nederlandse samenleving binnen de genoemde grenzen achter het consensus-idee schaar.

Donner: Komt wat u zegt er eigenlijk niet op neer dat het gelijkheidsbeginsel in belangrijke mate een verlegenheidsbeginsel is? Met 'verlegenheidsbeginsel' bedoel ik dan dat we niet beter weten. We zeggen bijvoorbeeld: 'rechtvaardig' betekent 'ieder naar zijn behoefte', maar in verband met alles wat we niet kunnen en niet weten laten we uit verlegenheid gelden 'dan zoveel mogelijk gelijk', of, wat u eigenlijk in een aantal gevallen bedoelt, 'dan ieder evenredig'.

Een goed voorbeeld is het kiesrecht, dat u ook zelf noemt. Aan de ene kant kun je zeggen: het is eigenlijk onzin dat ieder één stem heeft! Zou echter iemand durven te zeggen dat hij een betere oplossing kan bieden? Uit verlegenheid zeggen we: ieder één stem. Daarbij leggen we er niet te veel nadruk op dat de gelijkheid bij wijze van spreken de kern van de gerechtigheid is. Als je het zo bekijkt komt er nog wel wat meer ter sprake!

Ruiter: Ik denk dat ik het voor een groot gedeelte met u eens kan zijn, zij het dat het woord 'verlegenheidsbeginsel' enigszins aan de kracht van het beginsel zou kunnen afdoen. Ongetwijfeld kent u het werk van John Rawls, die het

principe '50% + 1 geeft de doorslag' als een verlegenheidsbeginsel opvoert, omdat het in situaties waarin niemand weet wie er nu echt gelijk heeft alleen door toepassing van dat principe mogelijk is tot een oplossing te komen. Het interessante van dit soort verlegenheidsbeginselen is wel dat ze vaak een enorme drijvende kracht achter de rechtsorde kunnen zijn.

Donner: Is het hele recht niet een verlegenheidsverschijnsel?

Ruiter: Ongetwijfeld, het is in dat opzicht menselijk maakwerk. Overigens geeft het gelijkheidsbeginsel meer dan een lege formule; zijn bepaalde beslissingen eenmaal genomen, dan gaat er een sterk systematiserende druk van uit. In zoverre is toepassing van het gelijkheidsbeginsel wèl de manier om van een maatschappelijke orde een rechtsorde te maken. Ik ben wat dat betreft blij dat we deze 'verlegenheid' tot onze beschikking hebben.

Jue heeft aan de hand van het begrip 'doelnormen' een soortgelijk probleem aangesneden. Ik zou hier nog dieper over moeten nadenken, maar voorlopig meen ik dat ook doelnormen kunnen worden getoetst aan de 'formulas of concrete justice' en dat doelnormen wel degelijk gelijkheid kunnen genereren. Peczenik geeft bijvoorbeeld aan dat gelijkheid ook een tijdsvolgorde kan betreffen. Te denken valt aan de regel 'wie het eerst komt het eerst maalt' of aan de formule 'first in, last out', die op het ogenblik in het ambtenarenrecht en op de universiteit enthousiast wordt gehanteerd. Als je zo te werk gaat, plaats je de werkelijkheid in een bepaalde tijdsequentie en zeg je vervolgens: jij zat op t1 en ik op t2, dus jij gaat er uit (of omgekeerd). Voor zover doelnormen maatschappelijke constellaties in een distributiesfeer brengen, leveren zij eigenlijk een 'piklijst' op. Toepassing van het beginsel van evenredige ongelijkheid is dan mogelijk.

Het door *Akkermans* gesignaleerde probleem van de discrepantie tussen sociale en juridische (on)gelijkheid heb ik, evenals de kwestie van het ook voor de regelgever geldende gelijkheidsbeginsel opgelost door een terminologische kunstgreep, met dit verschil dat ik op het probleem dat ik nu bedoel ècht niet fundamenteler ben ingegaan. Ik heb voortdurend het woord 'rechtsgelijkheid' gebezigd, want toen ik aan het begin van de studie enige sociaal-wetenschappelijke literatuur over maatschappelijke ongelijkheid ging naslaan, werd het gelijkheidsconcept geheel ongrijpbaar. Omdat ik een in de rechtstheorie gefundeerd verhaal wilde schrijven, heb ik in een streven naar formalisering het begrip 'rechtsgelijkheid' ingevoerd. Dit betekent dat ik de hele 'wilde' samenleving aan haar lot heb overgelaten. Dat is een gebrek dat niet alleen uit een tekort aan tijd voortkomt: ik denk dat ik die andere kant van de zaak niet aan zou kunnen omdat ik daarvoor niet ben opgeleid.

Over mijn hoofd heen is een interessant debat gevoerd tussen *Schipper* en mevrouw *Gonggrijp*. Een opmerking van Schipper komt er op neer dat de rechter, als er geen beleid is, het bestuur ook geen beleid kan opleggen en het bij gebrek aan een maatstaf om gelijkheid te meten niet aan het gelijkheidsbeginsel te binden. Mevrouw Gonggrijp is echter van mening dat de rechter, als hij zo'n situatie tegenkomt, zeker in deze tijd, waarin gelijkheidsmaatstaven vaak niet te vinden zijn, zelf maar een maatstaf moet maken. Ik vermoed – dit zal mevrouw Gonggrijp gezien onze confrontaties op verscheidene congressen wellicht verbazen – dat ik het eigenlijk wel met haar eens ben. In dit verband

wijs ik op een passage op blz. 46 van mijn preadvies: 'in de sfeer van de *individualiserende bestuurlijke rechtsvorming* treedt het gelijkheidsbeginsel terug achter een driedelig *verbod van willekeur* (...)'. 'Willekeur heeft hier natuurlijk een ruimere betekenis dan de willekeur uit de bestuurswetenschappelijke jurisprudentie. Je zou ook kunnen zeggen – en misschien heb ik dat meer bedoeld – dat het gelijkheidsbeginsel in de gedaante van het verbod van willekeur opnieuw terug komt. Het is de vraag of het gelijkheidsbeginsel achter andere beginselen verscholen is, of dat die andere beginselen alleen maar verschijningsvormen van het gelijkheidsbeginsel zelf zijn. Als men de laatste interpretatie even van mij wil overnemen, zal men inzien dat er plichten zijn die ook in de sfeer van de vrije individualiserende rechtsvorming aan het bestuur zijn opgelegd; volgens mij mag de rechter aan die plichten toetsen. Wanneer het een plicht van het bestuur is, om willekeur te vermijden, kan een rechter daaraan – ik kan mij dat althans voorstellen – toetsingsmaatstaven ontlenen. Of die dan voor mevrouw Gonggrijp concreet genoeg zullen zijn, hoor ik wel op een volgend congres of vanmiddag.

Mijn laatste opmerking is de volgende. Ik heb het idee dat *Akkermans* mij verwijt dat ik niet vooraf uitgangspunten met betrekking tot het begrip 'gelijkheid' heb ingenomen. Ik meen dat ik achteraf bij die uitgangspunten uitkom. Het is gewoon een kwestie van een andere methode. Akkermans zegt onder meer dat ik niet naar de regelvorming heb gekeken. Ik meen dat de conclusies aan het eind van mijn preadvies exact neerkomen op datgene waarmee Akkermans zijn betoog startte. Het verschil is dat hij met een overtuiging is gestart en dat ik er met een overtuiging uit ben gekomen. We stuiten dan op de vraag hoe je de zaken moet aanpakken en dat is een kwestie van methodologie.

drs. C.J.N. Versteden

Hoe ver je met het gelijkheidsbeginsel komt, zo heeft *Schipper* betoogd, hangt af van de wijze waarop het bestuur de zaken presenteert. Ik denk dat wij het op dat punt helemaal eens zijn. Voor zover men daartoe de gelegenheid heeft gehad, heeft men wellicht gezien hoe ik het ergens in mijn preadvies een groot manco heb genoemd dat je weliswaar met hooggespannen verwachtingen denkt het gelijkheidsbeginsel op het bestuur los te laten, maar dat het beginsel zodra het zijn eigen rol zou moeten gaan spelen eigenlijk niet meer hanteerbaar is. Het gelijkheidsbeginsel is in feite alleen goed hanteerbaar indien het afgeven van beschikkingen en de vraag, op welke wijze, in welke zin dat moet gebeuren, toetsbaar zijn aan geschreven regels. Op dat moment heeft het gelijkheidsbeginsel echter geen eigen betekenis meer, want het lost zich dan op in richtige wetstoepassing. Zodra je uit de sfeer van de richtige wetstoepassing komt, zou je juist behoefte hebben aan het gelijkheidsbeginsel als richtsnoer, maar dan functioneert het niet meer, doordat de rechter afstuit op de afbakening van verantwoordelijkheden die in ons staatsbestel is neergelegd. Komt een bestuursorgaan in een procedure met bestuurlijk beleid aandragen, dan staat de rechter toch eigenlijk met lege handen. De gevallen waarin dat niet het geval is betreffen in feite de 'minder handige' bestuursorganen. Wanneer je jurisprudentie analyseert krijg je de indruk dat het gemeentebestuur dat over enig redeneervermogen en enig improvisatievermogen beschikt bij de administratieve rechter

wanneer het gelijkheidsbeginsel aan de orde komt een heel eind kan komen. Dat is een onbevredigende situatie wanneer je met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel hooggespannen verwachtingen hebt. Je kunt dit ook anders benaderen, door te zeggen: het past in ons systeem dat het bestuur een beleid voert en daarbij ook een interpretatie geeft van de wijze waarop met 'gelijkheid' moet worden omgegaan. Wij hebben een systeem van democratische controle om een en ander in zodanige banen te leiden dat het aansluit bij hetgeen door de mensen wordt geaccepteerd.

Ik ben min of meer uitgedaagd, iets over het voorbeeld van de Amsterdamse tramstaking te zeggen, maar ik kan er niet zo heel veel over opmerken. Het is inderdaad zo dat het gelijkheidsbeginsel naar de ene en naar de andere kant kan uitpakken; naar ik meen heeft ook Heringa daarover in één van de Staatkundige Jaarboeken iets opgemerkt. De voorbeelden die op dit moment in de politiek spelen laten dat ook zien. Daaruit kan worden afgeleid dat je op een hoog niveau en op een laag niveau gelijk kunt maken. Het zou inderdaad hoogst vreemd zijn wanneer het feit dat een paar tramconducteurs zijn ontslagen ertoe zou leiden dat ingevolge een rechterlijke uitspraak àlle tramconducteurs zouden moeten worden ontslagen. Ik zou hier, ook al moet je dan even zoeken, toch wel een vorm van beleid achter kunnen leggen, maar dan een beleid in de zin van: hoe moet ik op deze staking bij het toepassen van sancties reageren? Ook een beleid in dat opzicht mag naar mijn mening voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel als referentiekader dienen. Ik moet toegeven dat in de bewuste uitspraak, voor zover die mij goed voor ogen staat, dat aspect niet aan de orde kwam, maar beleid kan zich ook in een dergelijke situatie naar mijn mening aandienen als een waardevol en een relevant referentiekader.

Dit brengt mij op de opmerkingen van *Van Vucht* over twee aandeelhouders. Ik ken het geval; het betreft hier een vrij recente uitspraak van de Hoge Raad. Als je de casus leest zou je verwachten dat de Hoge Raad in de problemen zou komen, maar hij heeft er met hanteren van een min of meer casuïstische benadering iets op gevonden. Naar mijn mening zou het mogelijk zijn geweest, te zeggen: weliswaar is de ene aandeelhouder van de vennootschap zus behandeld en de andere aandeelhouder van dezelfde vennootschap zo behandeld, maar dat ene geval zal toch wel op de een of andere manier een manifestatie van een beleidslijn zijn, ook al is die op dat moment maar eenmalig toegepast.

Geppaart: Absoluut niet. Het is gewoon een vergissing geweest.

Versteden: Het kan in die casus een vergissing zijn geweest. Ik gebruik dit meer als een aanloop om te zeggen dat ook bij een eenmalig handelen van de overheid in feite van beleid sprake moet zijn. In plaats van over een 'eenmalig handelen' zou ik hier overigens beter van een 'eerste behandeling' kunnen spreken. Er moet bijvoorbeeld een nieuwe wet worden toegepast en het gemeentebestuur wordt geconfronteerd met een eerste geval. Het is voor mij eigenlijk niet denkbaar dat op het moment dat een bestuur de eerste beslissing neemt al niet een zekere notie van een kader van criteria aanwezig is, criteria die bij de toepassing van de wet zullen worden gehanteerd. Als je ambtelijke nota's die aan zo'n beslissing ten grondslag liggen zou analyseren, zou je daar een dergelijke notie uit kunnen halen. Volstrekt willekeurige beslissingen uit

de losse pols worden misschien wel eens genomen, maar in een ietwat gecultiveerd bestuur komt dat naar mijn mening niet voor. Ik kan mij bijvoorbeeld niet voorstellen dat in een college van burgemeester en wethouders een zaak aan de orde komt en dat men zegt: och, de redenering interesseert ons niet zoveel, we doen het maar zo. Er wordt altijd een zekere redenering aan de beslissing ten grondslag gelegd. Het probleem is natuurlijk, hoe die redenering naar boven te halen, maar zij bestaat naar mijn mening wèl. In die zin vind ik het een relevante opmerking dat een rechter zou moeten eisen dat die redenering, die denklijn met betrekking tot criteria, boven water komt. Dan krijgt de toepassing van het gelijkheidsbeginsel naar mijn mening een zinvoller betekenis.

Geppaart: De moeilijkheid in het geval van die twee aandeelhouders – Van Vucht zal mij, als hij erover zou mogen spreken, hierin misschien wel willen bijvallen – is dat er in de situatie waarin de ene aandeelhouder *niet* werd belast, geen sprake kon zijn van enig beleid. De inspecteur die geen belasting had opgelegd, heeft gewoon een vergissing begaan, want hij heeft geen enkele andere bevoegdheid dan tot het belasten van het voordeel, al dan niet met 20%, afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Er is voor de inspecteur geen enkele ruimte om welk beleid dan ook te ontwikkelen. Ik kan u dan ook niet volgen wanneer u zegt: op dit punt moet een beleid worden ontwikkeld, ook al betreft het maar één geval. Er is eenvoudig geen ruimte voor een beleid.

Ik voeg hier nog aan toe dat ik tot nu toe zo gelukkig was met uw opmerking dat het belastingrecht van het legaliteitsbeginsel doortrokken is. Deze woorden waren mij uit het hart gegrepen.

Versteden: Daarvan zou ik ook niets willen terugnemen. Ik zei zojuist al dat ik het geval van de twee aandeelhouders als aanloop voor iets anders gebruikte. Ik wil wel toegeven dat de rechter hier met een heel vreemd geval werd geconfronteerd. In feite heeft men naar mijn gevoel de redenering gevolgd: hier doet zich iets voor dat in de kring van die twee mensen als zó evident onrechtvaardig wordt ervaren, dat hier bij wijze van spreken op grond van 'overmacht' een uitspraak ten gunste van gelijkheid van behandeling moet worden gedaan. Je zou je kunnen afvragen of hier werkelijk het gelijkheidsbeginsel is toegepast. Naar de vorm is het gelijkheidsbeginsel toegepast, maar over de vraag of het een echte toepassing was, zou je nog van mening kunnen verschillen. Het betrof een heel exceptioneel geval. Je zou misschien een redenering kunnen volgen waarbij de vraag, of van beleid sprake is, ook iets te maken heeft met bijvoorbeeld de omvang van een groep, die hier heel klein was. Hoe kleiner de groep is, hoe meer samenhangend de groep is, des te sneller zou je wellicht van een beleid moeten spreken. Ik doel dan op een beleid ten opzichte van de rechtsgenoten uit hoofde van het gelijkheidsbeginsel.

In mijn preadvies heb ik min of meer de eis geponeerd dat het bestuur vooraf een beleid formuleert. *Schipper* heeft opgemerkt dat het niet altijd eenvoudig is aan die eis te voldoen. Ik ben dat wel met hem eens, zeker met het oog op situaties waarin het bestuur een beetje voorzichtig te werk moet gaan. Dat is vaak nodig: je moet je nooit verder uitdrukken dan je op dat moment kunt verantwoorden en je durft je pas bloot te geven als je een aantal gevallen aan de orde hebt gehad en de precieze uitwerking van bepaalde beslissingen

hebt kunnen inschatten. Dit leidt tot de conclusie dat je een soort 'aanbouwmethode' zou moeten volgen, waarbij je in eerste instantie een wat algemener geformuleerd beleid hanteert, dat je geleidelijk aan, naarmate je met de beleidstoepassing meer praktische ervaring opdoet, nader invult. Zojuist heb ik al gezegd dat ook de eerste beslissing in feite al een manifestatie van beleid is. Dit alles geeft mij de indruk dat de bedoelde eis toch wel overeind kan worden gehouden.

Naar aanleiding van opmerkingen van *Akkermans* nog het volgende. Uit mijn preadvies blijkt naar ik meen niet dat ik de pretentie zou hebben gehad mijn conclusies te baseren op een volledige analyse van *de* jurisprudentie met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel. Ik was gedwongen een beperkte invalshoek te kiezen, in de eerste plaats met het oog op de tijd en in de tweede plaats omdat het onderwerp toen ik mij ermee ging bezighouden aanzienlijk méér bleek te omvatten dan ik aanvankelijk – het algemeen bestuursrecht toch naar ik meen redelijk kennende – durfde te veronderstellen. Aan de hand van de bekende overzichten van jurisprudentie heb ik mij in het algemeen afgevraagd of ik het gevoel had dat de rechters bij de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in hoofdtrekken op één lijn zaten, waarna ik mij heb beperkt tot de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak en daarop conclusies heb gebaseerd. Ik meen duidelijk te hebben gemaakt dat de relatie tussen die jurisprudentie en die conclusies er is. Dat je met stelligheid zou kunnen aannemen dat de conclusies algemene gelding zouden hebben, zou ik niet durven te beweren. Ik laat het wat dit aspect betreft bij een vermoeden, ook al is dat dan bij mijzelf een sterk vermoeden.

Akkermans heeft ook in een ander opzicht een opmerking van methodische aard gemaakt: hij zou het gelijkheidsbeginsel in de maatschappelijke context behandeld willen zien. Ik zou een dergelijke behandeling best aardig vinden, maar het bestuur zou mij niet moeten vragen onder die gezichtshoek een preadvies te schrijven. Ik acht mij niet competent tot het schrijven van zo'n preadvies en omdat ik ook geen opdracht in die richting had gekregen heb ik gemeend dat aspect buiten beschouwing te mogen laten. De hier bedoelde aanpak ligt, denk ik, in de sfeer van de rechtssociologie, een uitermate interessant terrein, dat ik echter, in de dagelijkse praktijk bezig zijnde, maar links laat liggen. Ik heb mij gericht op de praktische betekenis van het gelijkheidsbeginsel. Het is overigens tekenend dat zoals ik het inschat de rechtssociologie bij ons niet echt doorstoot.

In de bijdrage van *Jue* is mij vooral de navolgende vraag voorgelegd: hoe is de werking van het gelijkheidsbeginsel buiten het gebied van de klassieke conceptie van regelstelling? In de klassieke conceptie hebben we te maken met enerzijds het stellen en anderzijds het uitvoeren van regels. Jue vraagt zich af welke conclusies we moeten trekken wanneer we het gelijkheidsbeginsel loslaten op de praktijk van 'doelnormen' en op de 'plannende overheid'.

Ik meen dat in dezen mijn algemene conclusie van toepassing is. Zodra de overheid aan het plannen is – even afgezien van specifieke voorschriften die met betrekking tot planning kunnen zijn gegeven – zit zij in de sfeer van de beleidsvorming en kan het gelijkheidsbeginsel niet de juridische rol spelen die sommigen eraan zouden willen toeschrijven. De overheid bevindt zich op dat moment volledig in de sfeer van de politiek: het kiezen van waarden en het kiezen van oplossingen vanuit die waarden. Hierop is in feite het gelijkheidsbe-

ginsel in de zin van een rechterlijke toetsing niet toepasbaar. Het enige wat je kunt doen is, zoals Ruiter heeft beschreven, proberen op basis van een rationele discussie tot consensus te komen. In juridische zin kan ik met de hier bedoelde keuzen niet uit de voeten en ik moet ze dan ook verwijzen naar de politieke sfeer.

Uitreiking van de VAR-prijs 1981-1984

mr. J.A. Borman, lid van de jury, draagt het jury-rapport voor:

'Met genoegen heeft de jury zich gebogen over de vraag, welke *werken* in deze tweede verslagperiode een bijzonder waardevolle bijdrage hebben geleverd aan de ontwikkeling van het algemeen deel van het Nederlandse administratieve recht. Niet voor niets begint de jury met de meervoudige aanduiding 'werken'. In haar rapport van januari 1982 heeft de toenmalige jury geschetst, welke moeilijkheden men ondervindt bij het vergelijken van geschriften die zich weliswaar op één terrein, het bestuursrechtelijke, bewegen, maar die voor het overige elk hun eigen kwaliteiten bezitten. Zijn de Dolomieten mooier dan het Berner Oberland, is de Rhône te verkiezen boven de Seine, Amsterdam boven Tilburg? De jury zwijgt nog over de vraag of bergen fraaier zijn dan rivieren en of het platteland de voorkeur verdient boven de stad. Kortom, de jury was dankbaar, niet *de* meest waardevolle bijdrage te moeten zoeken, maar *een* bijzonder waardevolle te mogen aanbevelen. De jury zal haar keuze moeten verantwoorden, maar is niet gehouden uit te spreken dat het niet-gekozene van minder waarde is.

Uit het gezegde blijkt al dat de jury ook dit maal niet verlegen heeft gezeten om bijdragen van aanvaardbaar niveau. In 1982 heeft de toenmalige jury in haar inleiding op de eigenlijke keuze enige beleidslijnen bekend gemaakt ter concretisering van vage normen als 'algemeen deel' en 'oorspronkelijk werk'. Dit maal een enkel gegeven over het beschikbare materiaal. Namen worden niet genoemd, wèl de naam van een niet-mededinger, mr. J.E.M. Polak, adjunct-secretaris van de vereniging. Wederom heeft deze zijn voortreffelijke steun aan de jury willen verlenen; zijn speurwerk leverde 96 publikaties op die nader moesten worden beoordeeld. Men beseffe dat het hier overeenkomstig het reglement werken betreft die elk meer dan 25 bladzijden tellen en die vervaardigd zijn door auteurs van beneden de 40 jaar. In verband met de 25 bladzijden-eis waren alle annotaties en het overgrote deel van de tijdschriftartikelen afgevallen. Zulke welgevulde magazines als *NJB*, *TvO* en *Ars Aequi* verdwenen achter de horizon en wie zal zeggen hoeveel jeugdige auteurs van beleidsnota's en memories van toelichting – het reglement eist geen wetenschappelijk karakter van het werk! – schuil gaan achter de ondertekening door bewindslieden, die meestal boven de 40 zijn en dus niet aan jurering kunnen worden onderworpen?

Een grote concentratie bij enkele schrijvers valt niet op te merken. Slechts 13 namen kwamen meer dan eens voor en boven de twee vermeldingen kwamen maar enkelen. Bij het materiaal zijn proefschriften, studiepockets, bijdragen

aan losbladige verzameluitgaven, handboeken, preadviezen, verslagen van universitair onderzoek, monografieën, opstellen in feestbundels, jurisprudentieoverzichten, inaugurele oraties en toch nog enkele tijdschriftartikelen. Niettemin is het de jury, na twee ronden ter schifting te hebben volbracht, niet moeilijk gevallen een slechts vrij kleine kern over te houden. Er zijn namelijk in de verslagperiode enkele werken verschenen die betrekkelijk brede onderwerpen van algemeen bestuursrecht tot onderwerp hadden en die tegelijk naar de diepte afstaken. Uit deze kleine groep heeft de jury een werk gekozen dat zich onderscheidt door:

1. zijn gerichtheid op een algemene verschijningsvorm van besturen;
2. zijn scherpe analyse, die het veelszins diffuse beeld van die verschijningsvorm een strakkere omlijning geeft;
3. de ontwikkeling van een kader van begrippen en termen dat bijdraagt aan nieuw inzicht in het verschijnsel en dienstig kan zijn tot toekomstige ontwikkelingen;
4. zijn bruikbaarheid èn als grondslag voor verder wetenschappelijk onderzoek èn in het onderwijs èn voor de praktijk van bestuur en rechtspraak.

De jury heeft op het oog het boek *Beleidsregels in het recht* door J.H. van Kreveld, het proefschrift waarmee Van Kreveld met als promotor Scheltema aan de rijksuniversiteit te Groningen cum laude de graad van doctor in de rechtgeleerdheid verwierf. Toetsing: het boek telt 276 bladzijden; Van Kreveld is geboren in 1944, hij heeft zijn dissertatie eind 1983 doen verschijnen.

Lettend op artikel 1 van het Reglement VAR-prijs spreekt de jury gaarne als haar oordeel uit dat Van Kreveld met dit werk een bijzonder waardevolle bijdrage heeft geleverd aan de ontwikkeling van het algemeen deel van het Nederlandse administratieve recht.'

28 februari 1985
w.g.
Borman
Van der Burg
Steenbeek

de voorzitter spreekt mr. J.H. van Kreveld als volgt toe:

Daar zaten we dan met dit jury-rapport! U begrijpt dat het VAR-bestuur zich heeft afgevraagd of dit jury-rapport in al zijn onderdelen nu echt wel aan eisen van behoorlijkheid voldoet en of er geen zinnen in staan waarvan je je kunt afvragen of ze niet beter zouden kunnen worden geschrapt. We hebben ons afgevraagd of de voorgedragene in het door hem gepresenteerde en het te bekronen oeuvre wel recht heeft gedaan aan alle door hem besproken schrijvers en aan hun opvattingen. Onze conclusie was echter dat we niet kinderachtig moesten zijn.

Het komt maar een heel enkele keer voor dat iemand een VAR-prijs krijgt. U bent ontvanger van de tweede VAR-prijs in de geschiedenis van de eeuwigheid en u mag daar trots op zijn. Aan het jury-rapport, waarin de verdiensten van uw proefschrift op overtuigende wijze zijn geschetst, heb ik eigenlijk niets toe te voegen. Ik volsta ermee u heel hartelijk met de toekenning van de VAR-prijs te feliciteren.

mr. J.H. van Kreveld reageert als volgt

Met de toegekende prijs ben ik erg blij. De gebeurtenissen kwamen onder meer onverwacht, doordat ik de agenda niet eens goed had gelezen en in de verste verte niet bevroedde dat het onderwerp 'VAR-prijs' aan de orde zou komen. Ik ben blij dat blijkbaar iets is gelukt wat ik met mijn proefschrift hoopte te bereiken: ik wilde graag iets doen dat de theorie een beetje verder zou helpen en dat ook nuttig zou zijn voor de praktijk. Dat is volgens de jury gelukt; ik hoop dat de mensen die het boek gebruiken er inderdaad af en toe iets aan hebben. Hartelijk dank voor de vriendelijke woorden en voor de eer die mij wordt gegeven!

Interventies (middaggedeelte)

mr. F.H. van der Burg

Vanmorgen heeft een aantal sprekers de preadviseurs lof toegezwaaid; ik sluit mij daarbij van harte aan. Er is voorts gezegd dat de beide preadviezen elkaar op bewonderenswaardige wijze aanvullen, hetgeen mij eveneens uit het hart gegrepen is.

De passage die Ruiter aan *consensus over 'erkende' uitgangspunten* wijdt (bladzijde 37 van zijn preadvies) ontlokt mij de volgende opmerkingen. Ik zou uiteraard niet tegen consensus durven te zijn, maar ik moet erop wijzen dat een situatie waarin volledige consensus bestaat nu juist uit het oogpunt van gelijkheid niet meer interessant is. Een voorbeeld: iedereen zal het er, denk ik, over eens zijn dat moord en mishandeling niet als gelijke gevallen kunnen worden beschouwd, maar dat is dan ook iets waarvoor weinig interesse op te brengen is. Interessant wordt het volgens mij wanneer je over het gelijkheidsbeginsel spreekt, maar wanneer er geen consensus is. Ik heb enige voorbeelden uit de jurisprudentie verzameld waaraan je dit thema kunt illustreren.

De Kroon heeft onlangs een bepaling vernietigd van een verordening van de gemeente Hasselt die betrekking heeft op subsidiëring van het sociaal-cultureel werk. De gemeente Hasselt had bepaald dat geen subsidie zou worden gegeven aan instellingen die ingaan tegen Gods woord of wier activiteiten kwetsend zijn voor anderen. De Kroon heeft die bepaling vernietigd en zich daarbij beroepen op artikel 1 van de Grondwet, op artikel 26 van het Internationaal verdrag betreffende burgerrechten en politieke rechten en op de artikelen 9 en 10 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens. Duidelijk is dat hier geen consensus bestaat: in de gemeenteraad van Hasselt en wellicht in de gehele gemeente Hasselt is men het erover eens dat instellingen die zich op de grondslag van Gods woord stellen anders moeten worden behandeld dan instellingen die dat niet doen, terwijl de Kroon daarover een andere opvatting heeft. De Kroon legt haar opvatting over gelijkheid en ongelijkheid op aan de gemeente Hasselt, daarbij andere relevantiecriteria hanterend. Was de Kroon daartoe gerechtigd? Zij kan zich beroepen op een kersverse bepaling in de Grondwet en op internationale bepalingen, maar het komt er toch op neer dat lokale waarden worden opgeofferd ter wille van een nationale opvatting. Hoewel over die nationale opvatting waarschijnlijk in het gehele land een brede consensus bestaat, moeten we constateren dat nu juist met de directst betrokkene, de gemeenteraad van Hasselt, geen consensus bestaat. De gemeenteraad van Hasselt moet zijn opvatting over gelijke gevallen en ongelijke gevallen opofferen ter wille van de nationale opvatting daarover.

Een ander voorbeeld. Het Duitse Bundesverfassungsgericht heeft eens uit-

gesproken dat een werkloosheidsregeling waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen werkloze jongeren die thuis wonen en werkloze jongeren die niet thuis wonen, in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. Nu is er ongetwijfeld verschil tussen werkloze jongeren die thuis wonen en werkloze jongeren die zelfstandig wonen, zowel economisch als maatschappelijk, maar dat verschil heeft het Bundesverfassungsgericht niet willen laten wegen. Het ging uit van de vraag, of het verschil in relatie tot de arbeidsovereenkomst relevant is, welke vraag het ontkennend heeft beantwoord. Toch was hier sprake van een ongelijke behandeling van gevallen waarover in de politiek althans zoveel consensus bestond dat in de Bondsdag een wet van deze strekking was aangenomen. De Bondsdag had dus een andere opvatting over gelijke en ongelijke gevallen dan het Bundesverfassungsgericht en het Bundesverfassungsgericht heeft zijn opvatting over gelijkheid en ongelijkheid opgelegd aan de Bondsdag.

Zien we daarentegen de recente uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen betreffende een Engelse wettelijke regeling waarin wordt bepaald dat het beroep van verloskundige gereserveerd blijft voor vrouwen, dan blijkt daarin ongeveer deze redenering te worden gevolgd: als die Engelsen dat nu zo willen en als zij psychologische redenen hebben om het zo te doen, willen wij daar niet tegen zijn, of – in de uitspraak van het Hof valt iets in die richting te lezen – willen wij daar *voorlopig* niet tegen zijn. Wellicht heeft het Hof zich hierbij laten leiden door de gedachte dat de opvatting die de Engelsen nu nog hebben, in grote delen van Europa een jaar of tien, twintig geleden, ook werd gehuldigd.

Iets soortgelijks zien we in het advies van de Emancipatieraad betreffende de vraag of militaire dienstplicht voor vrouwen moet worden ingevoerd. De Emancipatieraad zegt: in principe is daar wel iets voor te zeggen, maar wij staan niet te dringen om het in te voeren; als traditioneel geldt dat mannen wèl in militaire dienst moeten en vrouwen niet, kan dat voorlopig nog wel even zo blijven.

Het advies van de Emancipatieraad is geen rechterlijke uitspraak. Het Hof van Justitie respecteert de Engelse opvatting, de Kroon respecteert niet de Hasseltse opvatting, het Bundesverfassungsgericht respecteerde niet de opvatting over gelijkheid en ongelijkheid van de Duitse Bondsdag. Mijn vraag is nu: wat brengt hetgeen Ruiter over consensus zegt ons ten aanzien van dit soort voorbeelden verder? Naar mijn opvatting is het zo dat je met die consensus niet zoveel verder komt en dat er ergens in de rechtsorde een instantie bestaat die kan uitmaken wat de bindende opvatting over gelijkheid en ongelijkheid is. Die instantie laat dan haar opvatting over het relevante verschil prevaleren. In het preadvies van Ruiter vind ik niet direct aanknopingspunten aan de hand waarvan ik dit soort vragen kan oplossen.

mr. J.G. Steenbeek

Ik heb er behoefte aan te zeggen dat ik de preadviezen bijzonder fraai vind. Ze hebben onder andere hun waarde als 'vervolgverhaal'. Als je begint met Ruiter en eindigt met Versteden heb je een soort feuilleton; je moet alleen de begrippen wat aanpassen en even gaan verzitten.

Wat mij bij de voorbereiding van deze interventie vooral heeft beziggehou-

den, is het verschijnsel dat het gelijkheidsbeginsel enigszins terugtreedt. Beide preadviseurs hebben op dit 'terugtreden' – het is misschien een wat merkwaardig beeld – de aandacht gevestigd. Nadat we zojuist in Duitsland en in Engeland zijn geweest zou ik een uitstapje willen maken naar Denemarken, waarmee Ruiter ons al in contact heeft gebracht door Ross, een Deen, ten tonele te voeren. Ross heeft zich intensief met het Deense na-oorlogse publiekrecht beziggehouden en laat zich in het door Ruiter behandelde werk zien als een cynicus. Ik heb hem nooit gekend, hij is nu overleden, maar ik weet wèl dat hij na de oorlog een frappant boekje heeft geschreven over de vraag waarom wij democratie nodig hebben. Dat boekje was één groot protest tegen wat we hadden gehad en één groot pleidooi voor een poging om er met elkaar iets goed van te maken. Zo cynisch kan ik Ross dan ook niet vinden, maar misschien is hij op de een of andere manier teleurgesteld in de werking van het gelijkheidsbeginsel zoals die zich in de praktijk voordeed. Ik heb voor mijzelf geprobeerd te bedenken – het zal wetenschappelijk en methodologisch wel niet verantwoord zijn – hoe Ross eigenlijk tot zo'n opstelling kon komen.

Op het ogenblik ben ik bezig mij al lezend een beetje in het Deense bestuursrecht te oriënteren. Voordat je dat door hebt moet je natuurlijk heel wat studeren. Ons eigen recht kennen we al niet goed, laat staan het Deense! Toch heb ik nu een indruk van het Deense bestuursrecht, die ik bij wijze van voorbeeld van andersgericht denken zal proberen weer te geven. Wij plaatsen de dingen vaak – vandaag doen we dat ook – in de sfeer van de toetsing door rechters. Daarbij denken we met name, zoals ook de tweede preadviseur heel duidelijk doet, aan de Afdeling rechtspraak. Ik denk daar tegenwoordig ook veel aan, maar dat is iets anders! In ieder geval: als wij ons verdiepen in de werking van het gelijkheidsbeginsel, nemen administratieve rechters in onze gedachtengang in feite de belangrijkste plaats in.

In Denemarken nu heeft men geen administratieve rechter; hoewel de problemen daar ongeveer gelijk liggen, is de situatie er heel anders. Men heeft er – voor zover ik althans heb begrepen – geen administratieve rechter, maar wel een rechter die wij als 'gewone rechter' zouden aanduiden en die als privaatrechtelijk georiënteerd rechter de administratie controleert. Het merkwaardige uitgangspunt dat hij daarbij moet hanteren en dat in de Deense grondwet vermeld staat, is de vraag of de overheidsorganen de grenzen van hun bevoegdheden niet overschrijden. In de jurisprudentie die op basis van de bedoelde grondwetsbepaling tot stand is gekomen, zijn drie rechtsbeginselen ontwikkeld die te hulp worden geroepen als ter discussie staat – ik ga nu voorbij aan gevallen waarin sprake is van strijd met de wet – of een overheidsorgaan binnen de grenzen van zijn bevoegdheid is gebleven. Bij schending van de navolgende drie rechtsbeginselen, acht men de grenzen van overheidsbevoegdheid – de 'fines' – overschreden.

- *het verbod van misbruik van bevoegdheid*
  Ook wij kennen, in handen van de civiele rechter, dat verbod.
- *het verbod van onevenredigheid*

Dit herinnert aan wat Wiarda over de beginselen van behoorlijk bestuur heeft geschreven. Het verbod heeft betrekking op iets wat ook wij kennen, zoals het gebruik van een onjuist middel tot een bepaald doel waarvan bij politiedwanguitoefening sprake kan zijn: je kunt over je doel heen schieten, of misschien juist 'te raak' schieten.

– *het verbod van schending van het gelijkheidsbeginsel*

Mij gaat het hier vooral om het als eerste en het als laatste genoemde beginsel.

Men heeft ook in Denemarken ontdekt dat de beginselen elkaar gemakkelijk overlappen. Een gemeentebestuur had bijvoorbeeld besloten geen personeel aan te stellen dat niet bij een vakcentrale aangesloten zou zijn. Dit is door de Deense rechter, op basis van de mogelijkheden waarover hij beschikt, afgestraft: hij is tot de conclusie gekomen dat het overheidsorgaan zijn bevoegdheid zo niet mag hanteren en dat het op deze manier de toegestane bevoegdheid overschrijdt, maar iedereen is het erover eens dat daarmee tegelijk het gelijkheidsbeginsel is geschonden. We zien hier dat in de Deense conceptie het gelijkheidsbeginsel niet direct te hulp wordt geroepen, maar wel wordt gebruikt om de conclusie van misbruik van bevoegdheid te schragen.

In Denemarken kent men niet de in onze Wet AROB voorgeschreven expliciete verwijzing naar de beginselen van behoorlijk bestuur, waarvan in de rechtspraak een serie is ontwikkeld. Men kan dus geen gebruik maken van de methode die wij vandaag deels proberen te hanteren, door na te gaan welk beginsel nu eigenlijk een uitdrukking is van het beginsel van gelijkheid dat wij beweren te bespreken. Discussies over de vraag, of het motiveringsbeginsel iets anders is dan het gelijkheidsbeginsel of dat het dat afdekt, komen in Denemarken niet voor: alles moet daar onder de grote paraplu van de in acht te nemen gelijkheid worden gebracht. Dit doet mij enigszins denken aan de benadering die onze burgerlijke rechter ten opzichte van de onrechtmatige daad van de overheid hanteert. Allerlei beginselen kùnnen spelen, als ze maar kunnen worden ingepast in het willekeurbegrip. Een daad kan willekeurig zijn doordat bijvoorbeeld geen gelijkheid wordt betracht of doordat op een andere manier een of ander beginsel wordt geschonden. Ik heb het gevoel dat in Denemarken het gelijkheidsbeginsel op soortgelijke wijze wordt gebruikt, om te controleren of de grenzen van een bevoegdheid niet zijn overschreden.

Nu kan ik mij voorstellen – dat is overigens maar een hypothese die ik niet door wetenschappelijk onderzoek kan bevestigen – dat Ross in deze nogal op de gelijkheidsidee steunende jurisprudentie een stimulans heeft gevonden om zich af te vragen wat het gelijkheidsbeginsel nu eigenlijk voor een beginsel is, wat men er eigenlijk mee doet en of het nu werkelijk zo belangrijk is. Dat hij dan misschien op een gegeven ogenblik op tafel slaat met de uitroep dat het allemaal niks is, kun je je uit een oogpunt van verdriet wel voorstellen.

Een andere Deense collega heb ik ooit mijn AROB-boekje gegeven. Hij zei dat hij het kon lezen en hij heeft mij naderhand inderdaad bewezen dat hij het had gelezen, door te zeggen: 'Wat hebben jullie daar toch een mooie wet. Ik wou dat wij die ook hadden!' Naarmate de tijd verstrijkt begin ik voor deze verzuchting meer begrip te krijgen.

Hiermee wil ik niet zeggen dat het gelijkheidsbeginsel bij ons minder van belang zou zijn dan in Denemarken. Ik geloof dat dat niet het geval is, maar dat het beginsel bij ons processueel – het is naar ik meen al even ter sprake geweest – anders functioneert. Dat het beginsel, zoals Ruiter zegt, schuilgaat achter andere beginselen, vind ik helemaal geen bezwaar. Ik vind het juist heel goed als men zich voortdurend bezint op de vraag, of het gelijkheidsbeginsel er inderdaad achter zit: of het als uitgangsconcept fungeert voor een toetsing waarbij wordt uitgemaakt of de andere beginselen, zoals het motiveringsbegin-

sel, op een correcte wijze zijn gefundeerd. In dit opzicht zou ik niet van een 'falend rechtsbeginsel' willen spreken. Ik heb iets meer vertrouwen, hoewel ik inzie – dit als steun aan Ruiter, die overigens mijn steun niet nodig heeft – dat je voor de concrete beslissingen aan het gelijkheidsbeginsel niet zoveel hebt, of misschien op bepaalde momenten zelfs helemaal niets. Het gaat erom dat je weet waar je mee bezig bent, dat je beseft waar je naar zoekt en dat je inziet waarom je iets gelijkheid noemt.

mr. L. de Vries

Ik wil een korte kanttekening maken bij een punt waarover vanmorgen is gesproken: het ontslag van stakende personeelsleden van het trambedrijf in Amsterdam. Er lag geen beleidsplan dat in de toen ontstane situatie voorzag, maar als we bedenken dat sinds 1903 door de 'worgwet' van Abraham Kuyper stakingen van overheidspersoneel strafrechtelijk verboden waren, zien we in hoezeer het voor de hand ligt dat er geen beleidsplan was voor het geval dat de strafwet zou worden overtreden! Ik denk dat de gemeente zich heeft afgevraagd hoe men in soortgelijke gevallen bij stakingen in particuliere bedrijven te werk ging. Tot 1940 werd aangenomen dat bij staking in particuliere bedrijven de werkgever tot selectief ontslag bevoegd was. Dit heette tot 1940 ontslag van 'raddraaiers'; de mensen die de staking organiseerden heetten geen organisatoren, maar raddraaiers. Ik vermoed dat de gemeente Amsterdam iets soortgelijks in gedachten heeft gehad: men wilde, denk ik, een aantal aanstokers, organisatoren, van de staking ontslaan. Vóór 1940 werd een dergelijke gang van zaken zowel door de vakbeweging als door de werkgevers aanvaard. Weliswaar werd bij opheffing van de staking altijd de eis gesteld dat de ontslagen zouden worden ingetrokken, maar dat gebeurde nu eenmaal niet altijd.

Hierin is mijns inziens een verklaring te vinden.

In het ontwerp voor een wettelijke regeling van het stakingsrecht dat een aantal jaren lang aanhangig is geweest, heeft minister Polak destijds de bepaling opgenomen dat de werkgever tot ontslag van stakende arbeiders bevoegd was, zij het dat het ontslag op de stakers in totaliteit betrekking zou moeten hebben. Dit was naar mijn opvatting een volstrekt onhanteerbare bepaling, zeker in de tijd waarin het ontwerp werd opgesteld. In een periode van spanning op de arbeidsmarkt zie je een werkgever zoiets niet doen! Onder meer om deze reden is het wetsontwerp uiteindelijk in de archieven opgeborgen.

mr. A.F.M. Brenninkmeijer

Ik zal mij hoofdzakelijk richten op het preadvies van Ruiter. Graag spreek ik mijn waardering uit voor de wijze waarop Ruiter het gelijkheidsbeginsel benadert. Het inzicht dat het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur mede moet worden bezien in het licht van theorievorming over de toepassing van het gelijkheidsbeginsel door de wetgever, geeft veel stof tot nadenken.

Bijzondere aandacht wil ik besteden aan een intrigerende waarneming van Ruiter, die ook vanmorgen al is herhaald: gelet op het feit dat de toepassing

van het gelijkheidsbeginsel zich als het ware oplost in de toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van willekeur, wekt het verbazing dat nog in een aantal gevallen een geslaagd beroep op het gelijkheidsbeginsel wordt gedaan (zie bladzijde 44). Uit de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep – en daar beperk ik mij nu toe – valt af te leiden dat deze rechter ook niet onder de vlag van rechtszekerheid of willekeurverbod aan het gelijkheidsbeginsel recht doet. Ik zal dit illustreren aan de hand van twee voorbeelden. Het eerste betreft wat ik heb genoemd 'bovenwettelijke uitkeringen' in het sociale-verzekeringsrecht, het tweede betreft de benadering van gelijke gevallen in het ambtenarenrecht. Het probleem van het hier introduceren van voorbeelden is dat daarmee wel enigszins falsificatie van de algemene waarneming mogelijk is; ik heb geprobeerd een vrij ruime categorie te omschrijven, maar een moeilijkheid daarbij is dat je te maken hebt met een zeer complexe jurisprudentie die je in algemene termen probeert weer te geven.

De algemene termen die ik kies zijn de volgende. In het sociale-verzekeringsrecht betreft het de situatie dat een uitkeringsorgaan, uitgaande van de vrij rigide uitkeringssystemen in het sociale-verzekeringsrecht, al dan niet beleidsmatig 'burgervriendelijk' is, dat wil zeggen: soms wèl een uitkering toekent, hoewel de wet en de jurisprudentie zich ertegen verzetten. Deze zaken komen natuurlijk zelden voor de rechter: de burger is meer dan tevreden. Is er echter sprake van ongelijk behandelen, dan zou een niet-bevoordeelde burger zich met een beroep op het gelijkheidsbeginsel tot de rechter kunnen wenden. Doordat de administratieve rechter echter in deze gevallen toetst aan de wet, is een beroep vrijwel steeds kansloos. Er zijn slechts enkele uitzonderingen, waarbij contra legem is besloten, maar daarop moet men zich niet verkijken. In de meeste gevallen krijgt de burger gewoon het lid op de neus.

Dit geval leg ik naast de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak. Een interessant perspectief biedt vergelijking met de verlening van bouwvergunningen in strijd met bestemmingsplannen: ik denk aan een situatie waarbij een burger die geen bouwvergunning heeft gekregen een beroep op het gelijkheidsbeginsel doet op grond van het feit dat aan een andere burger binnen een bepaald gebied wèl een bouwvergunning is verstrekt. De rechter wijst het beroep op het gelijkheidsbeginsel in dergelijke gevallen af onder de motivering dat het gelijkheidsbeginsel in zulke gevallen geen toepassing kan vinden, omdat rechten van derden kunnen worden geschonden. Het bestemmingsplan beschermt mede rechten van derden, zodat geen toepassing aan het gelijkheidsbeginsel kan worden gegeven. Het opmerkelijke is dat zulke derden natuurlijk in het sociale-verzekeringsrecht niet aan te wijzen zijn. De vraag rijst dan, welke positie de Centrale Raad inneemt bij het beoordelen van eventueel 'bovenwettelijk' bestuur.

Het tweede voorbeeld waarop ik wil ingaan is afkomstig uit het ambtenarenrecht en betreft gelijke gevallen bij functiewaardering. Bij veel systemen van functiewaardering worden aan de hand van algemene criteria aan de functies punten toegekend die tot een niveau-indeling van functies leiden. In veel functiewaarderingsgeschillen wordt voor de ambtenarenrechter een beroep gedaan op het gelijkheidsbeginsel: vergelijking van de waardering van functies. De Centrale Raad van Beroep aanvaardt slechts een beroep op het gelijkheidsbeginsel wanneer er voldoende aanknopingspunten zijn voor een vergelijking van de functies-in-kwestie. Dat is zelden of nooit het geval, doordat functies

zelden identiek zijn. Het probleem is echter dat het kan voorkomen dat het bestuur bij de waardering van verschillende functies niet steeds dezelfde invulling heeft gegeven aan de vaak vage criteria voor functiewaardering. Dat de Centrale Raad van Beroep deze ongelijkheid meestal niet beoordeelt, hangt wellicht samen met het feit dat deze rechter slechts toetst of het functiewaarderingsbesluit niet op onvoldoende gronden berust. Dit betekent volgens de Centrale Raad van Beroep dat de rechter met terughoudendheid moet toetsen: een soort supermarginale toetsing waarbij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur buiten de rechtszaal worden gehouden.

Ik keer terug tot mijn onderwerp. In het eerste geval gaat het om gelijkheid bij rechtstoepassing. Toetsing aan het willekeurverbod ware mogelijk. In het tweede geval gaat het om gelijke invulling van vage rechtsnormen. Hier nadert het gelijkheidsbeginsel de rechtszekerheid. Het probleem dat ik wil signaleren is dat de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in deze jurisprudentie zelfs niet in de vorm van toetsing aan het willekeurverbod of het rechtszekerheidbeginsel plaatsvindt. Er is dan ook geen sprake – zoals Ruiter stelt – van het oplossen van het gelijkheidsbeginsel in andere rechtsbeginselen; er is eerder sprake van een verdwijntruc.

Dit inzicht wordt des te beklemmender wanneer men moet constateren dat de Centrale Raad van Beroep in de meeste gevallen waarin aan beleid moet worden getoetst, noch aan het uitvoeringsorgaan naar vastgesteld beleid vraagt, noch enige overweging aan toetsing aan beleid wijdt. Het willekeurverbod figureert meestal in een overweging waarin niet nader gemotiveerd wordt vastgesteld dat het uitvoeringsorgaan in redelijkheid tot zijn beslissing heeft kunnen komen. Het is opmerkelijk, vast te stellen dat de gegrondverklaringen van het beroep op basis van toetsing aan het willekeurverbod in deze jurisprudentie zelden voorkomen. Ik heb zelfs de indruk dat de Centrale Raad van Beroep zich erg terughoudend opstelt bij de uitvoering van zijn taak van rechter in de rechtsstaat. Daarmee moet tevens worden geconstateerd dat het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur veel minder algemeen is dan men zou mogen verwachten.

Schipper: Niet bij wijze van apologie, maar om te voorkomen dat de historische waarheid geweld wordt aangedaan zou ik willen constateren dat de toetsing van bestuursdaden, ook indien deze voortvloeien uit discretionaire bevoegdheden, aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij de Centrale Raad van Beroep al dertig jaar geleden is begonnen en tot op de dag van heden voortgang vindt. Ik weet niet wat de heer Brenninkmeijer nu concreet wil zeggen over de toetsing aan beleid en een terughoudende opstelling. Het enige wat ik iets concreter verneem is dat hij zich afvraagt of in functiewaarderingszaken het criterium 'berust de bestreden vaststelling op onvoldoende grondslag?' niet een beetje te terughoudend is. Ik weet echter evenmin of hij daarbij niet raakt aan het verschijnsel dat gelijke begrippen door verschillende beleidsorganen op verschillende manieren worden ingevuld. Dit is met name in de functiewaardering het geval. Als je in Nederland 1.000 functiewaarderingssystemen hebt heb je ook 1.000 interpretaties van 1.000 'bevoegde gezagen'. We krijgen hier te maken met het probleem dat ook in één van de preadviezen aan de orde komt: mag het beleid van het ene orgaan aan het beleid van het andere orgaan worden getoetst? Naar mijn mening moet die vraag ontkennend worden beantwoord.

Als bijvoorbeeld gemeente A meent het begrip 'bijscholing' anders te moeten interpreteren dan gemeente B, kunnen wij niet zeggen dat de ene interpretatie juister is dan de andere.

Hierbij wil ik het laten. Ik wil in ieder geval proberen de indruk weg te nemen dat wij nu juist op het gebied van toetsing aan algemene beginselen zó buitengewoon terughoudend zijn, dat eigenlijk de zwarte vlag over ons moet worden uitgestoken.

Brenninkmeijer: Het is belangrijk de verhoudingen te schilderen. Eerst heeft de olifant gesproken, nu spreekt de muis; dat is niet onbelangrijk.

Een probleem is dat we hier te maken hebben met een zeer complexe jurisprudentie, waarbij we aan de hand van vele casus allerlei interessante opmerkingen kunnen maken, die hier echter niet erg dienstig zijn. Ik wil ook zeker niet ontkennen dat de Centrale Raad van Beroep bij het ontwikkelen van de toetsing van discretionaire bevoegdheden een zeer belangrijke rol heeft gespeeld. Mij beperkend tot het laatste punt dat Schipper aanduidde – het probleem van de functiewaarderingen –, ontken ik dat het mij gaat om een situatie waarin het ene overheidsorgaan wordt gedwongen de criteria van een ander overheidsorgaan te hanteren. Het gaat mij erom dat bijvoorbeeld bij functiewaardering algemene criteria zijn gesteld die erg vaag zijn en dat meestal in de jurisprudentie niet te voorschijn komt welke nadere invulling door het bestuursorgaan zelf aan die criteria is gegeven. Er wordt getoetst aan het criterium 'op onvoldoende gronden berustend', hetgeen inhoudt dat de rechter bij de vage norm blijft staan en alleen beoordeelt of de genomen beslissing binnen de vage norm past. Mijn ervaring is dat wanneer je op de zitting doorvraagt naar beleid, wel degelijk precies wordt aangegeven hoe men te werk is gegaan en dat het wel degelijk mogelijk is aan dat beleid zelf te toetsen. Tot nu toe heb ik in de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep een dergelijke benaderingswijze niet kunnen ontdekken. Dat was de grond voor mijn opmerking.

Schipper: Het is mogelijk dat hier ten dele een soort gezichtsbedrog in het spel is. Als je op de zitting aan het heel gedetailleerde beleid inzake functiewaardering grote aandacht hebt besteed en als je tenslotte tot de conclusie bent gekomen dat er tòch niets in zit, is het niet altijd mogelijk dat in de uitspraak breed te gaan uitmeten. Vermoedelijk is dat de oorzaak.

Voorzitter: Men ziet hoe een bijzondere functie de VAR kan vervullen! Er wordt wel eens over geklaagd dat geen forum bestaat waaraan rechters verantwoording kunnen afleggen. Aan die situatie hebben we bij dezen een eind gemaakt!

mr. J.J. Oostenbrink

We zijn vanmiddag begonnen met de dissertatie van Van Kreveld. Nu vind je aan het slot van een dissertatie altijd een aantal stellingen. In aansluiting daarop zou ik deze interventie willen beginnen met de stelling dat waarschijnlijk geen enkel onderwerp voor de vergaderingen van de VAR door preadviseurs ooit zó ongelijk is behandeld als het gelijkheidsbeginsel.

Voorzitter: Het is maar goed dat u 'waarschijnlijk' zegt, want ik denk dat er andere voorbeelden van dezelfde orde van grootte aan te geven zijn!

Oostenbrink: Daar kunnen we het nog wel eens verder over hebben. In ieder geval lijkt het mij duidelijk dat ook in dit geval de discrepantie niet gering is.

In het vervolg van deze interventie zou ik willen volstaan met het maken van enige relativerende opmerkingen, uitmondend in een vraag. Een eerste relativerende opmerking is dat mij bij het lezen van de diverse uitspraken van de administratieve rechter wel eens het gevoel bekruipt dat we nogal grillig en onevenwichtig te werk gaan. Je beoordeelt immers een bepaalde casus aan de hand van het gelijkheidsbeginsel – je probeert dat althans te doen –, omdat je te maken hebt met een paar gevallen die inderdaad betrekkelijk gelijk liggen. Die werkwijze wordt terecht gevolgd, maar naar ik meen moet je er toch danig rekening mee houden dat je niet op de hoogte bent van de vele andere gevallen die zich vaak plegen voor te doen. In verband daarmee moeten uitspraken waarbij het gelijkheidsbeginsel wordt gehanteerd, naar mijn gevoel met de nodige voorzichtigheid worden benaderd.

Er is nog een ander aspect, dat mij te meer voorzichtig maakt. Als we gelijke gevallen via het beginsel van behoorlijk bestuur gelijk behandelen, doen we dan soms niet ten onrechte alsof dankzij deze rechtsvorming via het gelijkheidsbeginsel de laatste rechtvaardige of onrechtvaardige eindjes aan elkaar kunnen worden geknoopt? Het lijkt mij een illusie dat als we gelijke gevallen gelijk behandelen, daarmee de laatste knoop zou zijn gelegd. Als je namelijk wat verder kijkt en je op dit punt niet beperkt tot de hantering van het gelijkheidsbeginsel door de rechter, dan stuit je bijvoorbeeld op rapporten van de commissie-Bijsterveld, op het seponeringsbeleid van het openbaar ministerie in de gemeente Amsterdam en op onderzoeken inzake de contra-legemuitvoering van het sociale-verzekeringsrecht; er zijn nog veel méér voorbeelden te noemen. Als je dit veld overziet kun je een omvangrijke verzameling tegenkomen van gevallen waarbij je de rechtsongelijkheid met scheppen tegelijk naar boven kunt halen. Ik vraag mij dan ook af of we als we hier over het gelijkheidsbeginsel praten, niet bezig zijn de druppels van het water af te meten terwijl elders nog de kraan open staat.

Ik wil dit illustreren aan de hand van een concreet voorbeeld. Een tijd geleden hoorde ik van één van onze kantonrechters het verhaal dat hij een ernstig meningsverschil had gehad met een officier van justitie. Gedagvaard was een oud vrouwtje uit Amsterdam dat op een gegeven ogenblik tegen een erg actieve agent was aangelopen: hij had namelijk een proces-verbaal opgemaakt omdat ze – schrik niet! – haar vuilniszak reeds de avond te voren had buitengezet, een dag eerder dan volgens de gemeentelijke verordening was toegestaan. De kantonrechter reageerde in dit geval op een wijze die mij wel aanspreekt, zo in de trant van: 'Beste officier. Iedereen weet dat je hier in Amsterdam in vrijheid met stenen naar politie-agenten mag gooien. Moet ik nu dit mensje voor dit delict gaan veroordelen?' Over rechtsgelijkheid gesproken!

Vervolgens kom ik tot een vraag die ik vooral tot Ruiter, maar anderzijds ook tot Versteden zou willen richten. Alle beschouwingen over het gelijkheidsbeginsel zijn, vooral in het preadvies van Ruiter, in hoge mate abstract. Wat ik mij bij het lezen van deze beschouwingen heb afgevraagd, is waar Ruiter

precies de grenzen van de werking van het gelijkheidsbeginsel trekt, wat hij precies onder het gelijkheidsbeginsel verstaat en of hij met zijn diverse kanttekeningen toch eigenlijk niet bezig is opmerkingen te maken die niet zo direct betrekking hebben op een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur als wel op een algemeen beginsel van behoorlijke wetgeving. Ik kan mij althans niet onttrekken aan de indruk dat Ruiter zich bepaald niet beperkt tot de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in concreto. Ik moet erbij zeggen dat anderzijds geldt dat je bij toepassing van welk gelijkheidsbeginsel dan ook so wie so al met méér gevallen te maken hebt.

Als je dit aspect apart in het oog vat, raak je enerzijds in een veel moeilijker probleem verzeild – ook de artikelen van Burkens liegen er niet om! –, maar snijd je anderzijds een materie aan die minstens zo belangrijk is als datgene wat de rechter doet. Mijn concrete vraag is dus: praten we in feite door heel deze discussie heen niet over een algemeen beginsel van behoorlijke wetgeving?

mr. P.J.J. van Buuren

Het gelijkheidsbeginsel is een fundamentele norm voor het handelen van de overheidsadministratie. Versteden schrijft op basis van eigen ervaring dat hij zich dat terdege bewust is en dat hij het in de praktijk meemaakt. Voor zover ik incidenteel met de uitvoering van wetten en beleid wordt geconfronteerd, heb ik stellig een soortgelijke indruk. Er bestaat zoiets als de heilige angst voor het precedent. De mythische klank van het woord 'precedent' zal, denk ik, allen die in de overheidsadministratie werkzaam zijn niet ontgaan. Men probeert naar mijn indruk het precedent vaak van zijn precedentwaarde te ontdoen door allerlei argumenten te verzinnen teneinde aan te tonen dat het in casu om een geïsoleerd en zeer bijzonder geval gaat. Op die manier hoopt men enigszins aan de precedentwerking te ontkomen. In ieder geval onderstreept het feit dat men zo bang voor precedentwerking is, naar mijn mening het besef dat we vaak met het gelijkheidsbeginsel te maken hebben.

Opvallend is dan de constatering van de beide preadviseurs, inhoudende dat in de jurisprudentie van de verschillende rechters zo weinig aan het gelijkheidsbeginsel wordt getoetst. Ruiter meent dat dit komt doordat het gelijkheidsbeginsel, zoals hij zegt, in de sfeer van de rechtstoepassing achter het formele rechtszekerheidsbeginsel terugtreedt (bladzijde 44). Op bladzijde 45 betoogt Ruiter dat het gelijkheidsbeginsel voor de juridische oordeelsvorming slechts van indirect belang is. Dat zou een theoretische verklaring kunnen zijn. Versteden is met wat hij op bladzijde 70 van zijn preadvies schrijft – ik kom er straks op terug – naar mijn mening iets meer op de goede weg in praktische zin.

Evenals andere sprekers, die vanochtend het woord hebben gevoerd, was ik bij lezing van de preadviezen gebiologeerd door de vraag, hoe het nu komt dat rechters kennelijk zo weinig met het toch zeer fundamentale gelijkheidsbeginsel uit de voeten kunnen. Hoewel ik slechts incidenteel iets met de rechtspraak te maken heb, meen ik twee redenen te kunnen aangeven, één van uitermate praktisch niveau en één van meer theoretische aard.

Om mijn uiteenzetting niet te abstract te laten worden confronteer ik de toehoorders met een voorbeeld aan de hand waarvan ik beide moeilijkheden

kan adstrueren. Het voorbeeld is overigens niet volstrekt fictief; ik herinner mij dat ik iets dergelijks ooit eens heb meegemaakt. Laten we aannemen dat er twee rijksambtenaren zijn, luisterend naar de originele namen Jansen en Pietersen en beiden werkzaam bij een gedeconcentreerde dienst als de belastingdienst. Zij worden beiden overgeplaatst naar andere inspecties, overigens heel verschillende inspecties in het land: ze wonen niet bij elkaar in de buurt. Het gevolg van de overplaatsingen is dat Jansen 70 km van zijn werk komt te wonen en deze afstand dus dagelijks heen en terug moet overbruggen, terwijl voor Pietersen de afstand tot zijn werk iets korter wordt dan voor Jansen; laten we zeggen 55 km. Beiden krijgen als gevolg van de onhandige verbindingen van het openbaar vervoer in hun gevallen te maken met zeer lange reistijden. Jansen, die een afstand van 70 km moet overbruggen, moet met het openbaar vervoer drie uur per dag reizen en Pietersen heeft, hoewel hij dichterbij woont, zelfs een reistijd van *ruim* drie uur per dag nodig. Zowel Jansen als Pietersen vraagt op grond van deze omstandigheden toestemming voor 'eigen-autogebruik' aan, teneinde op basis daarvan declaraties voor reiskostenvergoeding te kunnen indienen. De aanvraag van Jansen wordt afgewezen en de aanvraag van Pietersen wordt, onafhankelijk daarvan, toegewezen. Jansen gaat in beroep bij het ambtenarengerecht en doet een beroep op het gelijkheidsbeginsel. Hij zegt: waarom Pietersen wèl en ik niet?

Verweerder – dat zal in dit geval het ministerie van financiën zijn – voert aan dat de omstandigheden van het geval van Pietersen toch eigenlijk anders zijn dan Jansen ze schetst. Pietersen woont geen 55 km, maar hooguit 50 km van zijn werk en hij is niet ruim drie uur maar zeer aanzienlijk veel meer dan drie uur aan reistijd kwijt. Nu stuiten we op het praktische probleem waar het mij om gaat. De rechter die aan het gelijkheidsbeginsel wil toetsen, moet zich niet alleen gaan verdiepen in de feitelijke omstandigheden van degene die in beroep is gekomen – in mijn voorbeeld de heer Jansen –, maar ook in de feitelijke omstandigheden van het geval – in mijn voorbeeld het geval-Pietersen – waarop in verband met het gelijkheidsbeginsel een beroep wordt gedaan. De rechter kàn zich wel in laatstbedoelde omstandigheden gaan verdiepen, maar er ligt toch een drempel en overbelaste rechters hebben er geen behoefte aan ook zulke drempels nog eens te nemen.

Verweerder stelt voorts dat er eigenlijk niet een echt beleid is, omdat dergelijke gevallen niet zo vaak voorkomen en elk geval toch ook weer op zichzelf moet worden bekeken. In het algemeen, aldus verweerder, wordt een reistijd van zo'n drie uur per dag nog wel aanvaardbaar geoordeeld. Verder moet tevens worden gelet op de tijdwinst die het de betrokkene oplevert als hij toestemming krijgt om met de eigen auto te gaan, welke tijdwinst afhankelijk is van de verbindingen over de weg.

Stel nu dat de rechter, ondanks deze en dergelijke argumenten van verweerder, het gevoel krijgt dat er toch eigenlijk wel sprake is van een onaanvaardbare ongelijkheid van behandeling van Jansen en Pietersen. Als de rechter nu uitspreekt dat Jansen gelijk aan Pietersen moet worden behandeld en dus ook toestemming voor 'eigen-autogebruik' moet krijgen, dan doet hij iets dat van een veel wijdere strekking is dan oordelen over het geval-Jansen-en-Pietersen. Door immers – ik spreek nu in termen van het preadvies van Ruiter – Jansen aan Pietersen gelijk te stellen formuleert de rechter een maatstaf die

bijvoorbeeld kan inhouden dat Jansen en Pietersen gelijk zijn omdat ze beiden drie uur of meer per dag reizen. Dit betekent dat alle andere overgeplaatste rijksambtenaren, op z'n minst bij de belastingdienst, maar wellicht ook bij andere gedeconcentreerde diensten, die drie uur of meer per dag moeten reizen, zich op dezelfde maatstaf zouden kunnen gaan beroepen. Het is de vraag of het nu wel helemaal de taak van de rechter is, een dergelijke maatstaf te formuleren. Het zou voor het bestuur moeilijk, zij het wellicht niet onmogelijk, zijn, aan de uitstralende werking van zo'n uitspraak te ontkomen. Ik meen echter dat het niet de taak van de rechter is, het bestuur bij de vorming van het beleid in de wielen te rijden, en ik denk dat rechters dat heel goed aanvoelen.

Ik merk op dat in het algemeen in de jurisprudentie in twee typen gevallen deze moeilijkheid van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel zich niet voordoet. In twee soorten gevallen kan in de jurisprudentie het gelijkheidsbeginsel wel degelijk een rol spelen en kun je je ook met vrucht op het beginsel beroepen. Ik denk hier in de eerste plaats aan gevallen waarin de maatstaf meer verfijnd is doordat op meer punten gelijkheid kan worden geconstateerd, met als gevolg dat de uitstralende werking van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel beperkter wordt. Als in mijn voorbeeld Jansen en Pietersen niet alleen bij dezelfde dienst, maar zelfs op dezelfde inspectie werken en bovendien nog in hetzelfde dorp wonen, zou mijns inziens geen rechter met de toepassing van het gelijkheidsbeginsel moeite hebben. Dit doet denken aan het vanmorgen door Van Vucht genoemde voorbeeld van twee aandeelhouders die met dezelfde vennootschap te maken hebben, terwijl de één een bepaalde behandeling ondervindt die de ander niet wordt gegeven. In zo'n geval leidt de toepassing van het gelijkheidsbeginsel niet tot enig probleem.

Evenmin hoeft die toepassing tot enig probleem te leiden als we kunnen uitgaan van de vuistregel 'niemand niet, dan deze figuur ook niet'. Dit was in feite het geval in de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak over de toepassing van politiedwang, door Versteden vermeld op bladzijde 71 van zijn preadvies. Als de overheid in een bepaald soort zaken eigenlijk nooit politiedwang toepast, kan zij het in één geval niet plotseling wèl doen. Schipper noemde vanmorgen het voorbeeld van onderofficieren die werden bevorderd hoewel ze aan bepaalde criteria niet voldeden: als nooit de eis wordt gesteld dat men aan bepaalde criteria moet voldoen, dan kan die eis in één geval niet plotseling wèl gelden. Ook in dit type gevallen treedt er geen uitstralende werking op, zodat het gelijkheidsbeginsel gemakkelijk kan worden toegepast. De rechter kan heel goed overzien wat hij doet.

Zoals ik al zei is de preadviseur Versteden op bladzijde 70 van zijn geschrift naar mijn mening op de goede weg. Ik citeer twee zinnen: 'De Afdeling...' – de Afdeling rechtspraak – '...deinst er kennelijk voor terug het administratief orgaan een beleidslijn toe te schrijven die het zelf niet meent te volgen. (...) Door uit te spreken dat een bepaald beleid wordt gevoerd poneert de Afdeling in feite de beleidsmaatstaven voor het administratief orgaan en dwingt het dit orgaan een bepaald beleid te voeren.' Ik geloof dat dit zeer waar is, maar ik vraag mij wèl af of Versteden het zo beperkt bedoelt als hij het hier zegt. Door zijn beantwoording, vanmorgen, van andere interveniënten kreeg ik de indruk dat hij het wel degelijk zo beperkt bedoelt. Ik denk dat het onjuist is een zo beperkte conclusie te trekken. Ik heb het idee dat het niet alleen gaat om het terugdeinzen van de Afdeling rechtspraak, of welke andere administratieve

tieve rechter dan ook, voor het uitspreken dat de administratie een bepaald beleid voert of voor het toeschrijven van een bepaalde beleidslijn aan het bestuur. Ook daarbuiten, zo was de strekking van mijn betoog, heeft het toetsen aan het gelijkheidsbeginsel te vaak – niet in alle gevallen; ik heb twee uitzonderingen genoemd – een uitstralende werking voor de uitoefening van bestuursbevoegdheden. Dit maakt begrijpelijk dat rechters, naar mijn gevoel terecht, acht slaand op en rekening houdend met de positie van de rechter in ons staatsbestel, met toetsing aan het gelijkheidsbeginsel terughoudend zijn. Graag zal ik van de preadviseur versteden vernemen in hoeverre hij inderdaad de geciteerde passage op bladzijde 70 zo beperkt bedoelt als ik die heb gelezen.

mr. A.W. Heringa

Ruiter constateert al in het voorwoord van zijn preadvies dat het gelijkheidsbeginsel niet een rechtstreeks toepasbaar beginsel van behoorlijk bestuur vormt. Bij individuele gevallen treedt het gelijkheidsbeginsel terug achter het verbod van willekeur, respectievelijk het formele rechtszekerheidsbeginsel. Deze conclusies – Ruiter spreekt heel bescheiden van 'beweringen' – hebben mij niet overtuigd. Als je deze terugtred zou kunnen betogen, zou je die ook voor andere beginselen kunnen betogen totdat nog slechts het verbod van willekeur overblijft. Je kunt immers zeggen dat een overheidsbesluit afkeurenswaardig is als het in één van zijn aspecten kennelijk onredelijk is. Ik neem aan dat Ruiter op een dergelijke vereenvoudiging – die misschien nog wel eens verfrissend is – niet doelt.

Ik heb mij vervolgens afgevraagd waarom dan toch voor het gelijkheidsbeginsel zo'n bescheiden plaats is ingeruimd. Naar mijn mening maakt de theorie het ons op dat punt moeilijker dan de praktijk. Als je naar de jurisprudentie kijkt, in het bijzonder jurisprudentie met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel in verdragen, dan zie je dat met het gelijkheidsbeginsel wel degelijk te werken is. Maak je enige rechtsvergelijkende exercities en kijk je bijvoorbeeld naar onze oosterburen of, over de zee, naar de Verenigde Staten, dan zie je in beide landen dat niet het gelijkheidsbeginsel achter het verbod van willekeur terugtreedt, maar dat het verbod van willekeur terugtreedt achter het gelijkheidsbeginsel. Ook de Hoge Raad toetst wel degelijk aan het gelijkheidsbeginsel en beschouwt het als een zeer werkbare norm. Per slot van rekening toetst de Hoge Raad aan verdragen waarin het beginsel is neergelegd.

Je kunt dus blijkbaar in de praktijk met het gelijkheidsbeginsel wel degelijk uit de voeten. Misschien geldt wel – ik zou de stelling willen omdraaien – dat juist dank zij het fundamentele karakter het gelijkheidsbeginsel op de voorgrond behoort te treden.

Waarom treedt nu naar de mening van Ruiter het gelijkheidsbeginsel terug? Hij betoogt dat het beginsel moet terugtreden doordat het niet rechtstreeks toepasbaar is. Bij mij rijst dan een vraag, die ik niet kan beantwoorden, namelijk of het verbod van willekeur minder fundamenteel is. Ik ben niet geneigd deze vraag bevestigend te beantwoorden, want ik acht het verbod van willekeur zeker zo fundamenteel als het gelijkheidsbeginsel. De beweringen 14, 15 en 16 op bladzijde 48 zeggen, anders dan ze doen vermoeden, nog steeds niets over de vraag of het gelijkheidsbeginsel toepasbaar is en door de rechter kan worden

gehanteerd. Daarvoor is naar mijn mening veeleer het criterium – ik ontleen dat min of meer aan de verhouding tussen het nationale en het internationale recht – of het gelijkheidsbeginsel concretiseerbaar en individualiseerbaar voor concrete gevallen is. De Hoge Raad hanteert deze benadering ten aanzien van verdragen om te beoordelen of een bepaling, bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel, kan worden toegepast. De Hoge Raad en ook de Afdeling rechtspraak stoeien uitgebreid met het gelijkheidsbeginsel voor zover dat in verdragen is neergelegd. Voorbeelden van gevallen waarin het gelijkheidsbeginsel verstoppertje speelt achter het verbod van willekeur wanneer het gaat om het gelijkheidsbeginsel in verdragen, ben ik in de jurisprudentie niet tegengekomen. Als vereiste wordt gesteld – bijvoorbeeld ten aanzien van artikel 14 van de Europese conventie tot bescherming van de rechten van de mens of artikel 26 van het Internationaal verdrag betreffende burgerrechten en politieke rechten – dat het gemaakte onderscheid in een legitiem doel zijn rechtvaardiging vindt en tot dat doel in verhouding staat. Nu kun je de twee aspecten van dit vereiste natuurlijk benoemen als willekeurverboden en Ruiter doet dat voor wat de evenredigheidseis betreft inderdaad. Ik kom dan weer op mijn beginpunt: zo is alles verbod van willekeur. Als we een benadering volgen waarbij we alles willekeur noemen, doen we de essentie van het gelijkheidsbeginsel te weinig recht. Ik zou ervoor willen pleiten het gelijkheidsbeginsel niet te laten terugtreden achter het verbod van willekeur, maar het boven het verbod van willekeur te laten uitstijgen en bij constatering van een willekeurige ongelijkheid het besluit-in-kwestie te vernietigen wegens strijd met het gelijkheidsbeginsel.

Een dergelijke benadering is door de Afdeling rechtspraak ook wel eens gehanteerd. Ik noem een voorbeeld dat op het gebied van woonvergunningen ligt. De gemeenten Terschelling en Groesbeek kenden een stelsel waarbij slechts aan langdurig ingezetenen een woonvergunning werd verstrekt. De Afdeling rechtspraak achtte dit stelsel in strijd met het gelijkheidsbeginsel zoals neergelegd in een verdrag, op grond van onevenredigheid in de verhouding tussen doel en middel. Ik zou in een dergelijk geval van strijd met het gelijkheidsbeginsel willen blijven spreken en niet de aanduiding 'willekeur' willen gebruiken. Dat laatste zou ik pas een daad van willekeur vinden!

Ruiter spreekt in zijn preadvies over 'erkende uitgangsconcepten', waarmee hij een soort KEMA-keur voor uitgangsconcepten introduceert. Als je ter zake van het gelijkheidsbeginsel niet een beroep kunt doen op één van die uitgangsconcepten, zoals bijvoorbeeld behoefte of verdienste, dan kunnen, zo is zijn stelling, opponenten de gewraakte keuze van de gelijkheidsmaatstaf onbeargumenteerd terzijde laten. Er rijzen in dit verband enige problemen. In de eerste plaats is de opsomming van uitgangsconcepten nogal vaag en ruim. De begrippen 'behoefte' en 'verdienste' zijn op zich al multi-interpretabel. Met andere woorden: wie bepaalt nu wat de inhoud van zo'n concept is? Mogen wellicht de opponenten dat uitmaken, met als gevolg dat ze niet op een argument hoeven in te gaan omdat ze het niet accepteren? Ik zou willen zeggen dat, ongeacht wat voor ongelijkheid wordt aangegeven, opponenten daarop moeten ingaan, met een kleine uitzondering: conform hetgeen Ruiter op bladzijde 37 van zijn preadvies aangeeft mogen bepaalde classificatiecriteria als suspect en in feite als ontoelaatbaar worden beschouwd. Dit is een benadering die in de Verenigde Staten opgang doet en die daar met name in rasaangelegenheden wordt gehanteerd. Onderscheidingen die parallel lopen aan raciale verschillen

zijn per definitie ontoelaatbaar. Voor het overige is het in eerste instantie aan het bestuur, onder controle van de rechter, de proportionaliteit en de legitimiteit van onderscheidingen te toetsen. Het doet er dan wat mij betreft niet toe of het al dan niet om een 'erkend' uitgangsconcept gaat.

Er wordt hier gesproken over toetsing aan het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Nu kan ik het met Ruiter eens zijn dat toetsing aan het gelijkheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur misschien inderdaad achterhaald en niet meer ter zake is. We hebben immers een gelijkheidsbeginsel in de Grondwet en in verdragen. Waarom niet daaraan getoetst en simpelweg in geval van ongelijkheid tot strijd met een algemeen verbindend voorschrift geconcludeerd?

mr. E. Helder

Versteden komt tot de conclusie dat de toepasbaarheid van het gelijkheidsbeginsel zou moeten worden verbeterd. Het bestuur zou daartoe duidelijke beleidslijnen bekend moeten maken en voorts zou de processuele functie van het gelijkheidsbeginsel moeten worden versterkt. Versteden bepleit dit onder andere met het oog op de hem niet bevredigende ontwikkeling van het motiveringsbeginsel tot een pseudo-gelijkheidsbeginsel. Rechtstreekse toepassing van het gelijkheidsbeginsel is zeldzaam, verscholen toepassing in het motiverings- of in het zorgvuldigheidsbeginsel komt vaker voor. Het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel als formele beginselen van behoorlijk bestuur scoren beide hoog op de 'hitlijst' van de Afdeling rechtspraak voor vernietigingen op grond van strijd met beginselen van behoorlijk bestuur. Uit een steekproefonderzoek, uitgevoerd in 1982 als onderdeel van een onderzoek naar AROB-procedures, bleek dat motiveringsbeginsel en zorgvuldigheidsbeginsel samen goed zijn voor 75% van de gevallen waarin schending van een beginsel van behoorlijk bestuur als vernietigingsgrond ten tonele werd gevoerd. Ook J.M. Polak, in *Hartmans tijdschrift* – het jubileumnummer van 1 januari 1984, bladzijde 46 –, komt via raadpleging van diverse bronnen tot de conclusie dat motiveringsbeginsel en zorvuldigheidsbeginsel respectievelijk een eerste en een tweede plaats op de hierboven bedoelde ranglijst behalen.

Met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel stelt Polak dat als er iets aan de hand is dat op strijd met gelijkheid lijkt, naar wij mogen aannemen ook de motivering en de zorgvuldigheid te wensen zullen overlaten. Hierna volgt de interessante toevoeging: '...en dan kiest de AROB-rechter liever die weg.' (bladzijde 49) Mijn vraag aan Versteden is of het niet de moeite waard zou zijn in een analyse van de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak aangaande het gelijkheidsbeginsel meer aandacht te besteden aan de motieven achter deze kennelijke voorkeur voor de genoemde formele beginselen. Zouden hierbij niet bijvoorbeeld de volgende factoren kunnen meespelen?

1. Een algemene tendens in de richting van een meer procedureel georiënteerde legitimiteit van het overheidsbestuur. Als maar zorgvuldig en goed gemotiveerd wordt geprocedeerd, is, zo lijkt het veelal, het pleit al zo'n beetje gewonnen.
2. De omstandigheid dat vernietiging op formele gronden het bestuur de kans geeft zijn besluiten te herstellen en bovendien de rechter ontslaat van het

uitspreken van een 'onaanvaardbaar' over het in geschil voorgelegde besluit, zoals bij vernietiging op grond van een materieel beginsel van behoorlijk bestuur de facto wel gebeurt.

3. Last but not least: de overbelasting van de Afdeling rechtspraak. Ik zou ook op de overbelasting van andere administratieve rechters kunnen wijzen, maar ik beperk mij, zoals ook Versteden heeft gedaan, tot de Afdeling rechtspraak. De overbelasting van de Afdeling rechtspraak inspireert tot het kiezen voor de minder arbeidsintensieve weg van het afhameren van besluiten wegens gebreken aan de buitenkant, boven een veel moeizamer verkenning van de inhoudelijke aspecten.

Mijn vraag aan Ruiter luidt of het resultaat van zijn analyse uit praktisch oogpunt niet in zóverre teleurstellend is, dat de beginselen waarachter het gelijkheidsbeginsel zijns inziens schuil gaat, namelijk het verbod van willekeur en het formele rechtzekerheidsbeginsel, in de jurisprudentie evenmin als het gelijkheidsbeginsel uitbundig worden toegepast. Zou dit onder andere te maken kunnen hebben met betrekkelijk pragmatische omstandigheden zoals zojuist aangegeven?

mr. C.P.J. Goorden

Vanochtend heeft Gerdes met betrekking tot het preadvies van Versteden al enkele opmerkingen gemaakt over de vergelijkbaarheid van gevallen indien er sprake is van een stringent regime. Hij heeft daarbij het voorbeeld genoemd van de toepassing van artikel 258 van de bouwverordening. Ik wil op hetzelfde onderwerp ingaan.

In hoofdstuk 3 van het preadvies worden voor de vergelijkbaarheid van gevallen en behandelingen enige criteria aangelegd. Eén van die criteria luidt: 'c. Het is irrelevant of de behandelingen in de vergeleken situaties van hetzelfde orgaan afkomstig zijn.' Na een onderzoek van de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak wordt door Versteden op de bladzijden 85 en 86 een aantal conclusies geformuleerd. Eén daarvan luidt:

'7. Voor wat betreft de vraag of behandelingen van hetzelfde orgaan afkomstig moeten zijn om als vergelijkbaar te kunnen worden aangemerkt is de jurisprudentie van de Afdeling niet geheel duidelijk. Voor een conclusie dat geen beroep op het gelijkheidsbeginsel kan worden gedaan indien het gevallen en behandelingen betreft in de competentiesfeer van verschillende organen biedt de beschikbare jurisprudentie onvoldoende grond.'

Met betrekking tot de uitspraak inzake de gemeente Deventer waarin de Afdeling het standpunt innam dat van ongelijke rechtstoepassing pas sprake kan zijn wanneer een zelfde voorschrift op ongelijke wijze wordt toegepast, houdt de preadviseur het erop dat de Afdeling er hier van uitging dat voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel de vergelijkbaarheid beperkt is tot de sfeer van één rechtsstelsel van beleidsmaatstaven. Dit brengt ons bij de casus met betrekking tot de afgifte van rijbewijzen, waarbij van enige beleidsvrijheid geen sprake is en waarbij dus één stelsel van beleidsmaatstaven geldt. In het naschrift onder deze uitspraak merken Ten Berge en Stroink het volgende op: 'Zou een rechter via toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur het ene orgaan wel gebonden achten aan het beleid van een ander orgaan, dan wordt de

bevoegdhedenspreiding in onze gedecentraliseerde bestuurlijke organisatie zeer veel betekenis ontnomen.'

Steun voor een dergelijke opvatting zou ook kunnen worden gevonden in een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 30 december 1982, gepubliceerd in AB 1984, nr. 36. De inhoud hiervan komt op het volgende neer. De directie van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds was bevoegd om bij het verlenen c.q. het beëindigen van een vergoeding voor de rij- en onderhoudskosten van een auto een inkomensgrens te hanteren. Dat de uitvoeringsorganen van de AAW een dergelijke grens niet hanteren, doet daaraan niet af. Verschillen in beleid zijn inherent aan de toepassing van een zelfstandige beslissingsbevoegheid. Het beroep op het gelijkheidsbeginsel treft in beginsel in dit geval daarom geen doel.

Gelet op het vorenstaande meen ik dat beter zou kunnen worden aangesloten bij een conclusie in het ABAR-rapport. Daarin staat vermeld: 'Uit het gelijkheidsbeginsel vloeit niet voort dat een bestuursorgaan gebonden zou zijn aan hetgeen door een orgaan van een ander openbaar lichaam in een overigens vergelijkbaar geval is beslist.' Zou het in dit verband geen aanbeveling verdienen enige nuanceringen in het criterium c aan te brengen? Het criterium zou in die zin kunnen worden aangevuld, dat de bewering alleen geldt voor zover zij betrekking heeft op de uitvoering van taken door gedeconcentreerde organen of indien er sprake is van een stringent regime. Het lijkt mij dat het criterium niet geldt voor gedecentraliseerde organen die vanuit een eigen politieke verantwoordelijkheid handelen. Conclusie 7 zou als volgt kunnen worden genuanceerd: uit de jurisprudentie blijkt dat geen beroep op het gelijkheidsbeginsel kan worden gedaan indien door andere gedecentraliseerde organen in vergelijkbare gevallen anders is beslist.

Beantwoording door de preadviseurs (middaggedeelte)

drs. C.J.N. Versteden

Aan het eind van zijn interventie heeft *Steenbeek* de gedachte geopperd – ik vat die opmerking mede als een vraag op – dat het gelijkheidsbeginsel misschien toch niet faalt. Ik heb begrepen dat hij het gelijkheidsbeginsel wellicht wèl ziet falen als concrete toetsingsmaatstaf voor een rechter, maar niet – ik druk het nu heel eufemistisch uit – als 'achtergrondmuziek'. Ik ben het wat dit betreft met Steenbeek eens, zoals onder meer blijkt uit de opmerking in mijn preadvies dat ik het gelijkheidsbeginsel niet zou wilen laten verdwijnen. Aan de hand van jurisprudentie meen ik te hebben aangetoond dat het beginsel voor de Afdeling rechtspraak eigenlijk niet als toetsingsmaatstaf functioneert; ik druk mij nu wat anders uit dan in termen van 'falen', maar daarop komt het mijns inziens in feite wel neer. Dit neemt niet weg dat het beginsel wel degelijk bij voortduring aanwezig is in de geesten van mensen die bij het bestuur betrokken zijn, hetzij als wettenmakers, hetzij als beleidsmakers, hetzij als toepassers. Alleen al daarom zou ik het gelijkheidsbeginsel als het ware op de psychische agenda willen houden. Waar bestuurders bezig zijn met beleidsvorming en het uitzetten van beleidskaders, heeft het gelijkheidsbeginsel naar ik meen een heel directe betekenis. In politieke discussies is het gelijkheidsbeginsel iets waar je niet omheen kunt. Je kunt tot verschillende conclusies komen, maar je kunt om het beginsel niet heen en het is in een discussie een element dat in belangrijke mate richtinggevend is. Ook ik ben dus van mening dat het gelijkheidsbeginsel een heel essentiële functie vervult en iets is dat we zeker moeten vasthouden. Het feit dat het beginsel in de praktijk van de toetsing door een rechter niet goed functioneert kan daaraan niet afdoen.

Naar aanleiding van een opmerking van *Schipper* heb ik vanmorgen al het een en ander gezegd over de Amsterdamse stakende trambestuurders. *De Vries* is er vanmiddag nog nader op ingegaan. Het onderwerp verdient onder meer aandacht, omdat het verschijnsel 'stakende ambtenaren' zich in de komende jaren waarschijnlijk meer zal voordoen dan in het verleden. In de uitspraak betreffende de stakende trambestuurders waren, althans expliciet, geen beleidsmaatstaven aan de orde waaraan het beleid van het bestuur werd getoetst, maar het is natuurlijk heel goed mogelijk er een beleidsmaatstaf op los te laten. Een beleidsmaatstaf moet altijd gericht zijn op de behartiging van het algemeen belang en je kunt heel goed volhouden – als het gemeentebestuur dit zou hebben aangevoerd zou ik dat heel legitiem hebben gevonden – dat je het tegen de achtergrond van de behartiging van het algemeen belang niet kunt maken de hele boel naar huis te sturen en daarmee dat stuk openbare dienst lam te

leggen, maar dat je het ontslag moet beperken tot enkelen, daarmee in ieder geval ook een ander belang behartigend, door voor een juiste rechtstoepassing te zorgen en duidelijk te maken hoe het hoort. In die zin zou ik best kunnen verdedigen dat er een beleid aan de genomen beslissing ten grondslag lag.

Schipper: U geeft precies weer wat het argument van de gemeente was, maar ik mis de schakel naar het gelijkheidsbeginsel. Er wordt overgestapt op een ander beginsel dat als het ware het gelijkheidsbeginsel gaat overschaduwen. Vanmorgen meen ik van u te hebben begrepen dat de beleidsredenering zich nog met het gelijkheidsbeginsel zou verdragen. Ik vraag mij af of dat zo is.

Versteden: Ik zou willen zeggen dat de differentiatie die hier door het bestuur werd aangebracht, niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel hoeft te zijn omdat zij in een beleidsmaatstaf past. De beleidsmaatstaf houdt in dat het bestuur de openbare dienst moet behartigen en dus niet alle stakers kan ontslaan.

Oostenbrink heeft de vraag opgeworpen, of de toepassing van het gelijkheidsbeginsel niet tot willekeur kan leiden. Ik hoef hierbij niet lang stil te staan; ik ben het ermee eens dat dat inderdaad kan gebeuren, aangenomen dat het beginsel niet op een juiste manier wordt toegepast. Ik heb verdedigd dat het beginsel in het perspectief van beleidsmaatstaven moet worden toegepast: het leidt dan naar mijn mening niet tot willekeur. In de jurisprudentie is, naar ik meen te hebben duidelijk gemaakt, het toetsingskader dat ik heb gehanteerd, niet zo levend aanwezig. In die zin hoop ik iets te hebben bijgedragen dat de rechters en andere bij rechtspraak betrokkenen tot voordeel zou kunnen strekken. Als de toepassing van het gelijkheidsbeginsel zich binnen het bedoelde kader beweegt, zal zij naar mijn idee niet tot willekeur leiden.

Een ander element is dat het gelijkheidsbeginsel soms in díe zin willekeur teweeg brengt, dat je bij het kiezen van vergelijkingsgevallen snel tot willekeur komt. Als je het gelijkheidsbeginsel tegen de achtergrond van de hantering van beleidsmaatstaven echt goed wilt toepassen, zou je alle relevante gevallen met elkaar moeten vergelijken, wat uiteraard volstrekt onmogelijk is. Je ziet in de jurisprudentie dat een vrij willekeurige, subjectieve selectie van gevallen plaatsvindt en dat de geselecteerde gevallen als referentiekader gaan fungeren. In die zin is wel degelijk willekeur aanwezig en gegeven de menselijke beperktheden die waarschijnlijk ook bij rechters aanwezig zijn, zal dat vermoedelijk niet veranderen.

Oostenbrink is geëindigd met de stelling dat het gelijkheidsbeginsel feitelijk functioneert als beginsel van behoorlijke wetgeving. Ik herkende hem weer toen hij dat zei! Ik ben het half met hem eens, of misschien wel helemaal met hem eens, zij het dat ik er het volgende aan wil toevoegen. Juist in de sfeer van de wetgeving – ik heb het al eerder betoogd – heeft het gelijkheidsbeginsel ook wel degelijk zijn betekenis, maar ik wijs er nog eens op dat het beginsel ook in de sfeer van de algemene beleidsvorming een belangrijke functie vervult. Ook bij het formuleren van beleidsregels heeft het gelijkheidsbeginsel naar mijn idee een belangrijke impact.

De interventie van *Van Buuren* bevatte onder meer diens visie op de mogelijke oorzaken van wat ik het 'falen van het gelijkheidsbeginsel' heb genoemd: de rechter wijkt uit naar andere beginselen op het moment dat je denkt met een geval te maken te hebben dat voor toepassing van het gelijkheidsbeginsel

in aanmerking komt. De redenering van Van Buuren vind ik plausibel, zeker ook tegen de achtergrond van wat hier vanmiddag door *Polak* is gezegd. Controle is voor mij niet mogelijk; ik kan alleen veronderstellenderwijs zeggen dat Van Buuren best op de goede lijn zou kunnen zitten.

In twee soorten gevallen kan naar de mening van Van Buuren het gelijkheidsbeginsel wèl goed worden toegepast. De eerste categorie in dat verband wordt gevormd door gevallen waarin de maatstaven verfijnd zijn. Ik ben het op dit punt geheel met Van Buuren eens, zoals ik ook in mijn preadvies tot uitdrukking heb gebracht; vanochtend heb ik daaraan een opmerking toegevoegd over het zich geleidelijk ontwikkelen van maatstaven. Wanneer maatstaven vrij concrete handleidingen worden, is het gelijkheidsbeginsel inderdaad goed toepasbaar. Overigens geldt dan nog steeds dat het bestuur de speelruimte van de rechter bepaalt.

In de tweede categorie van gevallen waarin het gelijkheidsbeginsel naar de mening van Van Buuren goed kan worden toegepast, geldt de redenering 'niemand niet, dan ook deze niet'. Van Buuren heeft in dit verband gesproken over een uitstralende werking en mij de vraag voorgelegd of de door hem aangehaalde passage op bladzijde 70 van mijn preadvies beperkt bedoeld is. De essentie van mijn opmerking is dat de rechter ervoor terugdeinst het bestuur een beleid op te dringen door een trendsettende uitspraak te doen waarin het gelijkheidsbeginsel wordt gehanteerd. Als ik het goed begrijp pleit Van Buuren voor een formulering waarin is neergelegd dat de uitstralende werking de rechter terughoudend zou maken. Ik denk dat Van Buuren en ik niet zo ver van elkaar af staan. Ik heb voor mijzelf een kader ontwikkeld dat een zinvolle toepassing van het gelijkheidsbeginsel mogelijk maakt. In dat kader heb ik de beleidsmaatstaven betrokken, met als gevolg dat ik mij in mijn uitspraak tot het beleid heb beperkt. Ik denk dat wij beiden ongeveer hetzelfde bedoelen en dat mijn uitleg dus niet beperkt is. Een ruimere formulering lijkt mij niet wenselijk, omdat ik daarmee mijn theoretisch kader zou verlaten. Bovendien kan ik een ruimere formulering niet uit de jurisprudentie afleiden. Ik heb geen indicaties waaruit blijkt dat de door Van Buuren bedoelde vrees bij de Afdeling bestaat.

Van Buuren: Met betrekking tot het 'opdringen' van een beleid zijn we het, denk ik, in vergaande mate eens, maar in uw preadvies schrijft u over het 'toeschrijven' van een beleid, wat iets anders is. Ik heb begrepen dat u daarmee doelt op een beleid waarvan de rechter veronderstelt dat het bij het bestuur aanwezig is. Er is verschil tussen het maken van die veronderstelling en het 'opdringen' van een beleid via een uitspraak waarvan precedentwerking uitgaat. In dat verband heb ik over de uitstralende werking gesproken.

Versteden: Ik heb het woord 'toeschrijven' heel bewust gebruikt. Ik kan op dit moment niet de uitspraken produceren waarop ik mij baseer, maar ik heb een paar keer het gevoel gekregen dat de Afdeling ervoor terugdeinsde te zeggen: u kunt nu wel zeggen dat u dat beleid niet voert, maar u voert het wèl. Ik doel dan op gevallen waarin je de indruk krijgt dat kennelijk een bepaald beleid wordt gevoerd, terwijl het bestuur, hoewel het de schijn tegen heeft, dat ontkent. De uitspraak-Vught bied in dezen naar ik meen enig houvast.

Scheltens: De Hoge Raad heeft meermalen uitgesproken dat op grond van de omstandigheden de aanwezigheid van een bepaald beleid bij een gemeente kon

worden aangenomen en dat het dan aan de betrokken gemeentelijke functionaris was, aannemelijk te maken dat dat beleid toch *niet* bestond.

Versteden: U sluit in feite aan bij het slotpleidooi in mijn preadvies, waarin ik een lans breek voor een opschuiving van de processuele aanpak van de Afdeling rechtspraak in de richting van de aanpak van de Hoge Raad. De Hoge Raad keert inderdaad de bewijslast om. Zodra feiten zijn gesteld die grond geven voor het vermoeden dat ergens een bepaald beleid achter zit, legt de Hoge Raad de bewijslast op het overheidsorgaan, dat dan moet aantonen dat van een dergelijk beleid geen sprake is. De Afdeling rechtspraak doet dat nadrukkelijk niet: zij gaat er min of meer van uit dat zij zelf moet hebben bewezen of dat voor haar overtuigend bewezen moet zijn dat van een beleid sprake is. Dat is precies de andere invalshoek.

Vervolgens een korte opmerking aan het adres van *Heringa*, die 'uitwijkt' naar het internationaal recht. Wanneer het internationaal recht aan de orde komt, is het gelijkheidsbeginsel geen specifiek probleem meer, een omstandigheid die mij er dan ook van heeft doen afzien het gelijkheidsbeginsel in het internationaal recht te behandelen. Aangezien het internationaal recht op het punt van de gelijkheid in regels is vastgelegd, hebben we in de gevallen die Heringa op het oog heeft in feite te maken met regeltoepassing. Ik meen overigens dat Heringa de uitspraken Groesbeek en Terschelling wat dit betreft niet goed heeft weergegeven: bij de Afdeling was niet de doel/middelenredenering aan de orde, maar ging het om de vraag of de regel op juiste wijze was toegepast.

Helder heeft enige tendensen in het beleid van de Afdeling rechtspraak weergegeven; als oorzaken van de houding die de Afdeling aanneemt noemt hij:

1. het veelvuldig werken met processuele beginselen;
2. de omstandigheid dat na vernietiging op formele gronden een heroverweging kan plaatsvinden, waarmee tevens de vlucht in procedurele beginselen is verklaard;
3. overbelasting.

Het is heel goed mogelijk dat Helder hierin gelijk heeft. Ik denk dat hij op dit punt meer onderzoek heeft gedaan en meer reden voor zijn veronderstellingen heeft dan ik. Ik acht zijn analyse plausibel, maar bij mij rijst nog wel een vraag, waarop één van de aanwezigen wellicht een antwoord kan geven: is het motiveringsbeginsel zoals het feitelijk functioneert van procedurele aard? Ik heb voor mijzelf het houvast in mijn hoofd zitten dat het motiveringsbeginsel beide is: in het ene geval procedureel, in het andere geval inhoudelijk. Ik houd het er vooralsnog op dat in de uitspraken waarin de Afdeling het gelijkheidsbeginsel ontweek en het motiveringsbeginsel aangreep, laatstgenoemd beginsel een materiële betekenis had. Dit betekent concreet dat het bestuursorgaan, wanneer opnieuw in de zaak wordt voorzien, het oordeel van de Afdeling, blijkend uit de hantering van het motiveringsbeginsel, zonder meer heeft te volgen. Ik meen zelfs dat er een uitspraak in de sfeer van de vreemdelingenwetgeving is gedaan die daarvan een heel duidelijke onderstreping te zien geeft. Als mijn uitgangspunt juist is, zou er een klein 'lek' in de veronderstelling van Helder zitten.

De vraag, of het gelijkheidsbeginsel kan worden toegepast als het om beschikkingen gaat die van verschillende organen afkomstig zijn, is aan de orde gesteld door *Goorden*. Ik heb op dat punt nogal met mijn formuleringen gewor-

steld. De rijbewijsuitspraak levert een duidelijke indicatie op ten gunste van de visie dat het gelijkheidsbeginsel naar het oordeel van de Afdeling niet kan worden toegepast als beschikkingen van twee verschillende organen in het geding zijn. Latere uitspraken die ik ten tonele heb gevoerd – Hardenberg, Deventer en Apeldoorn – brengen mij weer enigszins aan het twijfelen, maar de twijfel is toch ook weer niet zo sterk dat ik een duidelijke indicatie zie waaruit zou moeten worden afgeleid dat de rijbewijzenlijn zou zijn verlaten. Om mijn twijfel tot uitdrukking te brengen heb ik voor een dubbelnegatieve formulering gekozen. Wellicht heb ik de nuancering niet zuiver overgebracht, maar ik weet het niet zeker. In ieder geval heb ik mij afgezet tegen de algemene opinie, zoals neergelegd in het door Goorden genoemde ABAR-rapport. Vanuit de stelling van het ABAR-rapport – als er twee organen in het geding zijn, kan het gelijkheidsbeginsel niet worden toegepast – heb ik mijn formulering gekozen. Mijn gedachte was dat die stelling op grond van de jurisprudentie niet keihard te maken is.

Wat decentralisatie en deconcentratie betreft: aanvankelijk wilde ik een met die twee begrippen samenhangend onderscheid aanbrengen, maar ik ben tot de conclusie gekomen – met excuses aan de voorzitter! – dat ik een dergelijk onderscheid voor de toepassing van het bestuursrecht toch niet relevant acht. Zodra een orgaan met een bestuursbevoegdheid is uitgerust heeft het naar mijn idee een eigen verantwoordelijkheid. Ik spreek dan over het bestuurlijk beleid. In het geval van wetstoepassing moet de hantering van het gelijkheidsbeginsel over de organen heen gaan, maar als het om bestuurlijk beleid gaat ligt er een eigen verantwoordelijkheid, ook bij een gedeconcentreerd orgaan. De belastingjurisprudentie geeft een duidelijke onderstreping van dit inzicht.

mr. D.W.P. Ruiter

Wat mij vandaag een beetje heeft teleurgesteld is dat het deel van mijn preadvies waaraan ik zelf het meeste plezier heb beleefd, niet aan de orde is geweest. Ik doel dan op het deel over *noodzakelijke en voldoende voorwaarden* en de *rangordening* van rechtsbehandeling en gevallen. Bepaalde bevindingen die ik in dat deel heb neergelegd zijn voor mij erg verhelderend geweest, maar de aanwezigen hebben zorgvuldig vermeden er discussie over te voeren. Toch komen zij niet van mij af: ik ga nu les geven. Omdat ik heb gemerkt dat de desbetreffende passages soms moeilijk doorgrondbaar worden gevonden, zal ik proberen aan de hand van enige eenvoudige propositielogica duidelijk te maken dat juristen meer kunnen dan ze zelf denken.

Eén van de problemen die ik bij het onderzoek als eerste ontmoette was de vraag: is het nu alleen maar zo dat je gevallen gelijk moet behandelen steeds indien je die gevallen als gelijk hebt gekwalificeerd, of is het ook zo dat je slechts een plicht tot gelijke behandeling van gevallen mag vestigen, mits gevallen gelijk zijn? Met andere woorden: zou het ooit mogen voorkomen dat je verschillende gevallen toch gelijk moet behandelen? Dit is het probleem van rechtsgelijkheid van gevallen als noodzakelijke en voldoende voorwaarde.

Degenen die in de logica zijn gespecialiseerd – ik ben alleen maar een goedwillende amateur –, plegen onderscheid te maken tussen twee manieren waarop je 'indien...dan...'-zinnen kunt duiden:

1. *'steeds indien...dan...'*

Dit is exact de constructie van de meeste rechtsnormen. Een zin met deze constructie voert het rechtsfeit als een *voldoende* voorwaarde voor toepasselijkheid van het rechtsgevolg op. In de propositielogica schrijft men:

$(p \rightarrow q)$ (steeds indien p, dan q)

2. *'alleen indien tenminste...dan...'*

Nu gaat het om een *noodzakelijke* voorwaarde. Eenvoudig als de lieden in de logica zijn, geven ze dit als volgt aan:

$(p \leftarrow q)$ (alleen indien tenminste p, dan q)

Nu hebben mensen de neiging het 'indien...dan...' te zien als de aanduiding van een causale relatie. Ik kan in dit verband naar de juridische oorzakelijkheid verwijzen. Een dergelijke interpretatie is fout, want de formules betekenen niet meer dan het volgende:

1. 'het is niet het geval dat wèl p en niet q'

In logische notatie ('$-$' staat voor 'niet' en '$\wedge$' voor 'en'):

$-(p \wedge -q)$

Als we deze redactie bij het gelijkheidsbeginsel hanteren – ik verwijs naar noot 6 bij paragraaf 1 van mijn preadvies – krijgen we: het zij niet zo dat gevallen wèl rechtsgelijk zijn en dat er geen plicht tot gelijke behandeling van die gevallen is.

2. 'het is niet het geval dat niet p en wèl q'

In de propositielogica schrijft men:

$-(-p \wedge q)$

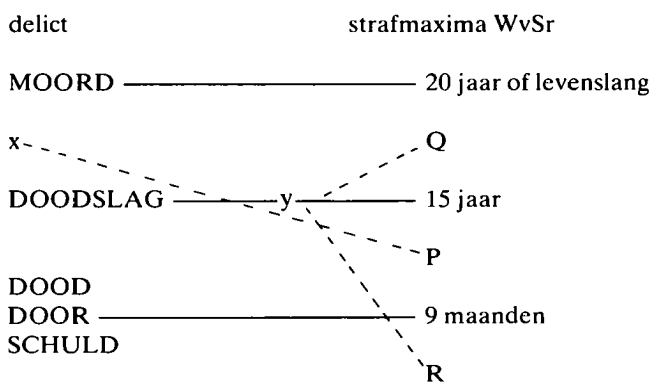
Onze toepassing luidt: het zij niet zo dat er geen rechtsgelijkheid van gevallen is geconstateerd en dat er wèl een plicht tot gelijke rechtsbehandeling toepasselijk is.

Het volledige schema in formules uit de logica luidt:

1. $(p \rightarrow q) \leftrightarrow -(p \wedge -q)$ ($\leftrightarrow$ betekent: is equivalent aan)
2. $(p \leftarrow q) \leftrightarrow -(-p \wedge q)$

Gegeven dat in de normale taal 'indien ... dan ...' beide betekenissen kan hebben, komen we voor de vraag te staan welk van beide betekenissen op een gegeven ogenblik aan de orde is. Aan de hand van dit eenvoudige schema, dat men in woorden in noot 6 bij paragraaf 1 vindt, komt het probleem naar boven. Als je de rechtsgelijkheid van gevallen ook als een *noodzakelijke* voorwaarde (zie nr 2.) opvoert, zou geen enkele van-overeenkomstige-toepassing-verklaring, fictie of eventueel zelfs analogieredenering meer toegestaan zijn, tenzij je eerst zou hebben vastgesteld dat de gevallen waarop je bijvoorbeeld een bepaalde regeling van overeenkomstige toepassing verklaart, exact gelijk zijn aan de gevallen van de regeling die al bestond. De keuzeproblematiek heeft te maken met de kracht die je het gelijkheidsbeginsel in je rechtsorde wilt toekennen. Gesteld dat wij kiezen voor een algemeen gelijkheidsbeginsel, waarin rechtsgelijkheid van gevallen slechts een voldoende voorwaarde voor een plicht tot gelijke rechtsbehandeling vormt, dan komen wij voor het volgende probleem te staan: mag je dan als jurist bij wijze van spreken alle ongelijke gevallen altijd naar willekeur als gelijk beschouwen? Dit bracht mij tot de constatering dat er in de rechtorde kennelijk rangordeningen gelden ten aanzien waarvan 'beginsel van evenredige ongelijkheid' toepasselijk wordt. Dit beginsel is het tweede gedeelte van de op bladzijde 18 van het preadvies aangehaalde omschrijving van Van Wijk/Konijnenbelt. Gevallen moeten worden behandeld naar de mate

van gelijkheid of verschil. Je kunt in taal weergeven wat ik nu bij wijze van voorbeeld voor de rangordening van moord, doodslag en dood door schuld in een schema zal zetten. Moord, doodslag en dood door schuld kennen een rangordening naar de mate van verwijtbaarheid: schuld, maar geen opzet; opzet, maar geen voorbedachte raad; opzet en voorbedachte raad. Daarmee correspondeert een rangordening van wettelijke strafmaxima.



Stel dat een nu nog onbekend misdrijf tegen het leven, genaamd X, naar de mate van verwijtbaarheid in de rangordening tussen moord en doodslag moet worden geplaatst. Als op dat misdrijf X nu een strafmaximum P wordt gesteld, dat in zwaarte tussen 15 jaar en 9 maanden in ligt, wordt het beginsel van evenredige ongelijkheid geschonden. De correspondentierelatie tussen het nieuwe misdrijf en het nieuwe strafmaximum moet in het schema passen. Gesteld voorts dat naast doodslag een nu nog onbekend misdrijf tegen het leven genaamd Y, wordt gevonden dat naar de mate van verwijtbaarheid op dezelfde plaats in de rangordening moet worden gesteld als doodslag. Het is verkeerd op misdrijf Y het strafmaximum Q of het strafmaximum R te stellen: alleen hetzelfde strafmaximum als voor doodslag – 15 jaar – komt in aanmerking. Indien je over rangordeningen van dit type beschikt zorgt het beginsel van evenredige ongelijkheid ervoor dat gelijkheid van gevallen ook een *noodzakelijke* voorwaarde voor de plicht tot gelijke rechtsbehandeling wordt.

J.J. Bade: Is het niet zo dat rangordening in het strafrecht tegenwoordig juist vooral de *dader* aangaat en niet zozeer het type misdrijf?

Ruiter: Ik heb een kunstgreep toegepast. Ik heb namelijk niet over de straftoemeting in concreto gesproken, maar over de wettelijke strafmaxima. Ik ben van die maxima uitgegaan om het door u gesignaleerde probleem te vermijden.

J.J. Bade: Maar is het dan nog toepasbaar?

Ruiter: Natuurlijk. U bent wetgever en u moet een willekeurig nieuw gevonden delict X invoeren in de lijst van strafmaxima. Dan staat u voor dit keuzeprobleem. De wetgever kan er niets aan doen dat de rechter voortdurend

de hand over het hart strijkt. Met het boetesysteem van tegenwoordig is het overigens helemáál in de soep gelopen, maar het gaat om het idee. Men kan dit schema ook toepassen op bijvoorbeeld het belastingrecht of op de rangordening van boetes bij maximumsnelheidsoverschrijdingen. Heel vaak is ook, zoals ik in het preadvies aangeef, de rangordening niet kwantitatief uitgemeten, maar kennen we er alleen maar brokken van. Veel redeneringen over willekeur die we tegenkomen – ik geef in het preadvies een voorbeeld dat door Nicolaï wordt genoemd – kun je op deze manier benaderen, waarbij dan duidelijk wordt dat het beginsel van evenredige ongelijkheid op de achtergrond meespeelt.

Ik ga nu over tot het geven van een reactie op de interventies.

Van der Burg heeft de vraag opgeworpen, wat we nu eigenlijk aan de consensus-idee hebben, in verband waarmee hij drie voorbeelden heeft behandeld. Ik heb daarover nagedacht en ik denk me te kunnen redden! Vanochtend heb ik al aangegeven dat ook ik twijfelend tegenover het door mij ingevoerde begrip 'consensus' sta, maar omdat ik niet in het 'verpolitiekte' denken van Burkens terecht wil komen, probeer ik nog enig weerwerk te geven. Men wijst mij erop dat Burkens niet meer aanwezig is: ik heb er geen bezwaar tegen dat deze opmerkingen worden doorgegeven. Overigens zat Burkens vanochtend zo nu en dan duidelijk instemmend te knikken en ik neem dan ook aan dat hij nog niet zo slecht is geworden en dat hij zich omwille van het debat strikter heeft opgesteld dan zijn hart ingeeft.

Het eerste voorbeeld van Van der Burg betrof de vernietiging door de Kroon van een bepaling van een verordening van de gemeente Hasselt inhoudende dat geen subsidie mocht worden verstrekt aan verenigingen die de godsdienst niet dienen. Ik meen dat hier geen sprake is van een consensus binnen de grens van de erkende uitgangsconcepten. De Kroon heeft mijns inziens in zijn uitspraak beslist dat in casu het differentiatiecriterium (de gelijkheidsmaatstaf) behoort tot het deel van de discussie dat wij in onze westerse samenleving gezamenlijk buiten de lijst van Perelman hebben gesloten. Evenzo kan, zoals van andere zijde is opgemerkt, het rassencriterium niet meer worden genoemd. Overigens staat de lijst van Perelman, denk ik, niet voor de eeuwigheid vast: er kan aan worden gesleuteld. Ik heb die lijst alleen gegeven als een verzameling waarvan iedereen ziet dat zij gelijkenis vertoont met datgene op basis waarvan we over het algemeen discussiëren. Ik heb niet gezegd dat het mijn lijst is, ik heb aangegeven dat ik het een vrij plausibele, cultureel bepaalde lijst vind, die uiteraard in de tijd een ontwikkeling kan ondergaan. Het Bundesverfassungsgericht – ik kom nu op het tweede voorbeeld van Van der Burg – heeft over de werkloze jongeren een uitspraak gedaan die zou kunnen worden beschouwd als een signaal aan de wetgever, inhoudende dat het gehanteerde differentiatiecriterium niet in de lijst past. Met betrekking tot de verloskundigen in Engeland – het derde voorbeeld – heeft het Hof van Justitie gezegd: laat het voor die gekke Engelsen nog maar even op de lijst staan; over twintig jaar kunnen we het schrappen. Bij het derde voorbeeld hebben we eigenlijk te maken met een discussie aan de rand van de erkende uitgangsconcepten. Al met al ben ik door de tegenvoorbeelden van Van der Burg nog niet zonder meer overtuigd.

Dit brengt mij op de opmerking van *Heringa* over situaties waarin de keuze van een gelijkheidsmaatstaf buiten de erkende uitgangsconcepten ligt en onbeargumenteerd terzijde kan worden gelaten. Ik ben het met Heringa eens dat het hierbij om zware gevallen moet gaan zoals redeneringen op basis van ras

of geloof; daarbij komen uitgangsconcepten in het geding waarvan we hebben geleerd dat we er met onze vingers af moeten blijven. Ik heb het niet over het kleine kruimelwerk, maar over het fikse werk binnen de rechtsorde. Dat het met een rechtsorde binnen de kortste keren tòch mis kan gaan hebben we in de geschiedenis vaak genoeg geleerd om ook op het grote werk te letten.

Steenbeek heeft gesproken over het cynisme van Ross. Ik kan het met hem eens zijn dat het bij Ross wel meevalt. Cynisme is vaak een aangetaste overgevoeligheid. Niet voor niets eindigt Ross zijn peroratie met: 'To invoke justice is the same thing as banging on the table: an emotional expression which turns one's demand into an absolute postulate.' Eerder schrijft hij al dat op deze manier opereren 'sharp practice' is: een balanceren op de rand van de afgrond. Hij besluit echter met: 'That is no proper way to mutual understanding.' Hier komt volgens mij ook de hoop op de democratie weer om de hoek.

Ik geef *Oostenbrink* toe dat ik het meer over de beginselen van behoorlijke wetgeving dan over de beginselen van behoorlijk bestuur heb. Wat is er namelijk gebeurd? Op de kaft van de voorlopige editie van mijn preadvies staat de manteltitel voor het geheel van preadviezen dat te zijner tijd zal worden verspreid. Boven mijn oorspronkelijke preadvies stond als zustertitel van de titel van Versteden: *Het ongrijpbare gelijkheidsbeginsel.* Ik was mij er helemaal niet van bewust dat ik mij tot de beginselen van behoorlijk bestuur zou moeten beperken. Dit is één van de kleine zaken waarover we, na de huishoudelijke vergadering van vanochtend, van de voorzitter niet meer mogen praten!

Overigens wil ik mij er niet op deze manier van af maken. Aan het eind van mijn preadvies heb ik duidelijk aangegeven dat voor de rechtsvormende rechter en het rechtsvormende bestuur, dat beschikkingen neemt, op een gegeven ogenblik, zeker als het om vrije beoordelingsruimte gaat, rechtsvorming en rechtstoepassing in één hand komen. In zoverre zou je kunnen zeggen dat ik heb willen spreken over beginselen van behoorlijke rechtsvorming. Eén van de problemen die ik zie is dat bij onze open wetgeving, waarbij de ene beschikkingsfiguur na de andere wordt bedacht en alleen maar procedureel wordt uitgewerkt, een enorme last op de schouders van het bestuur en de toetsende rechter wordt gelegd. Die last bestaat dan in de verplichting om al datgene te doen wat we vroeger over de staatsfuncties verspreidden. Daar zitten voor een rechtsstaat nogal wat risico's in.

Dankbaar ben ik *Van Buuren* voor zijn analytische uitwerking van iets wat ik wel had gesignaleerd, maar niet verder had doordacht. In het preadvies heb ik aangegeven dat ik de centrale vraag aanvankelijk verkeerd had geformuleerd en dat ik mij had moeten afvragen hoe het te verklaren valt dat het gelijkheidsbeginsel zo nu en dan nog wèl eens aan de orde komt. Niemand heeft mij gevraagd waarom ik dat dan niet heb uitgewerkt. Ik heb dat laten zitten, omdat ik zelf het idee heb dat je, wanneer het gelijkheidsbeginsel sec aan de orde komt, eigenlijk te maken hebt met zo onmiddellijk evidente gevallen, dat je niet eens meer door hebt dat je wel degelijk een theoretische daad stelt. Wij verrichten in ons leven de hele dag theoretische daden, maar we merken dat niet omdat we het vrij jong al hebben geleerd. Je hebt dus wel een gelijkheidsmaatstaf in je, maar die is zo vanzelfsprekend, dat niemand zich er meer aan onttrekt. Dit blijkt ook uit de lijst op bladzijde 79 van het preadvies van Versteden, een lijst van elementen die men met elkaar pleegt te vergelijken. Het gaat dan om een vergelijking van dakkapellen met dakkapellen, tuinhuisjes met

tuinhuisjes en detailhandel met detailhandel. Interessant wordt het pas – en daarvoor zul je theoretische stappen moeten nemen – als je nu eens een dakkapel met een tuinhuisje zou vergelijken, of detailhandel met een dakkapel. Het aardige van de benadering van Van Buuren is dat zijn twee uitwerkingen in de richting gaan van de zojuist genoemde onmiddellijke evidentie. Van Buuren noemde het principe 'als niemand iets toekomt, komt ook hèm niets toe' en daarnaast de situatie waarin door verfijning het gebied zo klein wordt dat de mensen als het ware 'naar elkaar toe komen', zoals geldt voor de twee aandeelhouders in een BV. In feite komt Van Buuren met uitwerkingen van het idee van de onmiddellijke evidentie, waarbij we ons er niet eens meer van bewust zijn dat we een keuze doen.

Ik vermoed dat een en ander ook te maken heeft met het rangordeningenprobleem. Ook als je goed voorgevormd recht in de vorm van rangordeningen hebt, kun je je niet meer aan de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in ruime zin onttrekken. Ik noem in dit verband het verschijnsel van de functievergelijkingen. Er is al een voorgevormd stuk maatschappelijk bestel, waarin het gelijkheidsbeginsel als vanzelf naar voren komt. Dat het bij de functievergelijkingen mis gaat, komt doordat kennelijk de rangordeningen door elkaar heen lopen. Er komt dan een ander probleem om de hoek.

Heringa heeft mij verweten dat ik het gelijkheidsbeginsel en het verbod van willekeur door elkaar heb gegooid. In het preadvies betoog ik dat het gelijkheidsbeginsel terugtreedt achter andere beginselen. Als men mij morgen een verhaal over willekeur liet schrijven, zou ik vermoedelijk het omgekeerde beweren. Ik denk namelijk dat we een rechtsnotie die niet bestembaar is in steeds andere contexten in steeds andere gedaanten tegenkomen. Eigenlijk zit er misschien een oeridee achter, dat wij steeds in zijn specifieke manifestaties verwoorden en dat veel meer een grote 'oersoep' is dan wij denken. Ik wil hiervan een voorbeeld geven dat ik na de afronding van het preadvies heb aangetroffen. Het gaat om een arrest van het Bundesverfassungsgericht uit 1959, aangehaald op bladzijde 33 van *Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit* van Heinrich Scholler Berlin, 1969. Ik citeer: 'Der Gleichheitssatz wird verletzt, wenn sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache sich ergebender oder sonstwie einleuchtender Grund für gesetzliche Differentierung nicht finden lässt, d.h. wenn die Regelung als willkürlich bezeichnet werden muss.' We zien hier dezelfde naar-elkaar-toe-redenering, zeker bij de rechtsvorming, ten aanzien van gelijkheid, gelijkheidsmaatstaf en willekeur. Ik wil er nog eens de aandacht op vestigen dat wij in Nederland het willekeurcriterium bij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een zware connotatie meegeven – iemand die van willekeur wordt beticht is ook onfatsoenlijk – , terwijl in andere landen het begrip 'willekeur' veel meer overeenkomt met 'afwezigheid van 'keur', van 'maatstaven'. In mijn preadvies heb ik dit lichtere begrip 'willekeur', met een bredere betekenis, gehanteerd.

Met *Helder* ben ik het eens dat ik het gelijkheidsbeginsel als sporadisch voorkomend beschrijf en vervolgens twee beginselen aanwijs die net zo sporadisch voorkomen. Ik vermoed dat de sleutel hierin is gelegen, dat het motiveringsbeginsel veel wordt gebruikt om het over het gelijkheidsbeginsel te hebben zonder dat je dit noemt. Schending van het motiveringsbeginsel betekent dat een motivering is gegeven die geen motivering is of niet als motivering wordt

aanvaard. Wanneer zal nu in rechte een motivering geen motivering zijn? Waarschijnlijk als men in de motivering het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden. Zo kom ik tot de conclusie dat Versteden waarschijnlijk gelijk heeft, in zoverre het motiveringsbeginsel een formeel beginsel van behoorlijk bestuur is dat aan de orde komt bij het ontbreken van een materiële rechtvaardiging. Hier komt de hybriditeit van het motiveringsbeginsel aan de orde. Hetzelfde geldt vermoedelijk voor het behoorlijkheidsbeginsel.

Voorzitter: Tot besluit van deze vergadering zou ik nog een opmerking willen maken die je tegen de achtergrond van het verband tussen staatsrecht en administratief recht kunt plaatsen. In deze zaal heb ik enige malen horen suggereren dat wij hier onder elkaar precies zouden weten hoe je zuiver moet redeneren en dat wij wel eens even uitvinden langs welke maatstaven je moet beslissen wat gelijk en wat ongelijk is, maar dat je het wel kunt vergeten zodra de politiek zich ermee bemoeit, omdat de politiek 'slecht' is. Het lijkt mij verstandig als administratief-rechtsbeoefenaars zich ook hier herinneren wat zij weten, althans behoren te weten, van het staatsrecht en van de democratische waarden die in het staatsrecht mede uitdrukking vinden. Men zou kunnen weten dat het politieke bedrijf zijn eigen wetmatigheden kent. Wanneer de politieke wetmatigheden afwijken van de wijze van redeneren die wij hier ten toon stellen, staat daarmee niet vast dat politiek 'slecht' is. De politiek is een andere wereld, waarvoor andere uitgangsconcepten gelden, die niet per definitie slecht zijn.

Verslag van de secretaris over 1984

De jaarlijkse *algemene ledenvergadering* werd op 12 april te Utrecht gehouden. Tijdens de vergadering werden besproken de preadviezen van mr. Chr. Kooij en dr. F.P.C.L. Tonnaer over 'Vergunningverlening in stroomversnelling'.

Het preadvies van Kooij is geschreven vanuit de praktijk van de bedrijfsjurist. Hij besteedt veel aandacht aan verschijnselen als standaardvoorschriften, deregulering, de basis- of principevergunning en de integrale vergunning.

Tonnaer heeft het onderwerp aangevat vanuit een bestuurlijk gezichtspunt, toegespitst op de coördinatieproblematiek. Hij geeft een schets van de verschillende coördinatievormen, beschrijft de coördinatiebehoefte bij de vergunningverlening en bepleit een vergunningintegratie als mogelijke oplossing van de door hem gesignaleerde problemen.

De preadviezen hadden niet de gebruikelijke vorm. In een laat stadium was de heer Tonnaer ingevallen voor een eerder aangezochte preadviseur. De korte beschikbare termijn liet de produktie van een volwaardig VAR-geschrift niet meer toe. Daarom werd besloten tot een nooduitgave.

In 1984 bestond de vereniging 45 jaar. Ter gelegenheid daarvan werd tijdens de algemene vergadering van 12 april het *erelidmaatschap* van de Vereniging verleend aan mr. J. van der Hoeven, onder meer oud-voorzitter van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State.

Na vele jaren van voorbereiding konden op 23 oktober de eerste exemplaren van de *vijfde druk van het rapport-Abar* worden aangeboden aan de ministers Rietkerk (Binnenlandse Zaken) en Korthals Altes (Justitie). De aanbieding geschiedde door mr. W. Duk, voorzitter van de Commissie algemene bepalingen van administratief recht en door mr. W. Konijnenbelt, voorzitter van de Vereniging.

Mede namens zijn ambtgenoot sprak minister Rietkerk enkele lovende woorden aan het adres van de samenstellers van het rapport.

Met het verschijnen van de vijfde druk is de taak van de Commissie algemene bepalingen van administratief recht geëindigd.

Gedurende de zomermaanden zijn degenen die op 1 juni 1984 lid of donateur van de Vereniging waren in de gelegenheid gesteld de vijfde druk tegen een sterk gereduceerde prijs te bestellen. De korting kon worden verleend uit een fonds dat hiertoe in de afgelopen jaren was gevormd. Van de ± 1200 leden en donateurs hebben er ± 700 van het kortingsaanbod gebruik gemaakt. Het fonds bleek daarmee niet uitgeput te zijn. Tijdens de jaarvergadering 1985 zal door het bestuur een voorstel worden voorgelegd inzake de bestemming van het restant van het fonds.

Op 9 november werd een *studiebijeenkomst* georganiseerd in Den Haag over een tweetal rapporten: het rapport 'Heroverweging beroepsprocedures' en het rapport van de Groningse vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde over de Arob-bezwaarschriftprocedure. Het eerste rapport beziet hoe, met behoud van het wenselijk geachte rechtsbeschermingsgehalte, bezuinigingen kunnen worden bereikt op het gebied van de administratiefrechtelijke procedures en doet onder meer aanbevelingen voor de versterking van de Arob-bezwaarschriftprocedure. Het tweede rapport bepleit een zodanige aankleding van de Arob-bezwaarschriftprocedure dat deze een volwaardig karakter krijgt.

Als inleiders traden op: mr. J.A.M. van Angeren, mw. mr. I.C. van der Vlies en prof. mr. drs. M. Oosting.

Hun stellingen werden becommentarieerd door mr. A.G. van Galen en mr. T. Hoogenboom. Vervolgens discussieerden de deelnemers in vier groepen over de stellingen van de inleiders, waarna een plenaire discussie plaatsvond.

De meer decentrale opzet van de bijeenkomst werd in het algemeen positief beoordeeld.

In december verscheen *geschrift XCII*, waarin opgenomen de preadviezen van Kooij en Tonnaer, alsmede het verslag van de vergadering van 12 april.

In de *samenstelling van het bestuur* trad in het verslagjaar slechts één wijziging op: de heer Hennekens werd opgevolgd door dr. G.J. Fleers, directeur van de VNG.

Op 1 januari 1985 werd het bestuur gevormd door:
W. Konijnenbelt (voorzitter)
A.Ch.M. Rijnen (secretaris)
B. van Wagtendonk (penningmeester)
L. Dorhout
A.R. Bloembergen
W. Blanken
Ch.P.A. Geppaart
L.A.G. Melis
J. van Vliegen
O. van der Heide
E. Brederveld
M. Oosting
G.J. Fleers

Het ledental van de Vereniging is in 1984 wederom licht gedaald (nu ± 1200).
De financiële positie van de Vereniging blijft gezond.

A.Ch.M. Rijnen
10 februari 1985

Bestuur en ereleden

1. Bestuur

mr. W. Konijnenbelt (voorzitter)
mr. A.Ch.M. Rijnen (secretaris)
mr. B. van Wagtendonk (penningmeester)
mr. W. Blanken
mr. A.R. Bloembergen
mr. E. Brederveld
mr. J.A.E. van der Does
dr. G.J. Fleers
mr. Ch.P.A. Geppaart
mr. O. van der Heide
mr. L.A.G. Melis
mr. drs. M. Oosting
mr. J. van Viegen

2. Ereleden

mr. A.D. Belinfante
mr. A.M. Donner
mr. J. van der Hoeven
mr. J.H. van der Meide †
mej. mr. H.J.D. Revers
mevr. mr. A. Rothuizen-Geerts
mr. F.W. ter Spill
mr. G.J. Wiarda

Overzicht van preadviezen uitgebracht voor de VAR

*De met * aangeduide preadviezen zijn nog verkrijgbaar bij de uitgever of via de boekhandel*

II	mr. A. Koelma mr. R. Kranenburg	De verhouding van staatsrecht en administratief recht	(1940)
IV	mr. J. Kruseman mr. J.H. Scholten	De verhouding van administratief recht en burgerlijk recht	(1941)
VI	mr. A. Kleyn mr. J.V. Rijperda Wierdsma	De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) handelingen of besluiten	(1942)
VIII	mr. L.J.M. Beel mr. G.J. Wiarda	Publiekrechtelijke overeenkomsten	(1943)
X	mr. E. Bloembergen mr. H.E.R.E.A. Frank	Administratieve rechtspraak op economisch terrein	(1946)
XIII	mr. J.M. Kan mr. W.G. Vegting	De grenzen van de verordenende bevoegdheid van de gemeente	(1947)
XV	dr. G.A. van Poelje mr. A.M. Donner dr. Jules Lespes	Codificatie van de algemene beginselen betreffende het administratief recht	(1948)
XVII	mr. S.J. Fockema Andreae mr. D. Simons	Het administratief recht in de Grondwet	(1949)
XIX	dr. S.O. van Poelje mr. C.H.F. Polak	Het begrip 'algemeen belang' in de verschillende onderdelen van het administratief recht	(1950)
XXII	mr. H. Fortuin mr. A.J. Hagen	De voorwaardelijke beschikking	(1951)
XXIV	dr. I. Samkalden mr. G.J. Wiarda	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	(1952)
XXVI	dr. J.W. Noteboom mr. L.R.J. Ridder van Rappard	Samenwerking van overheid en particulieren	(1953)
XXIX	mr. W.F. Prins mr. H.D. van Wijk	Politiedwang	(1954)
XXXI	mr. D. Simons dr. F.E. de Visschere mr. S.F.L. Baron van Wijnbergen	Bestuursrecht en bestuurskunde	(1955)
XXXIV	dr. B. de Goede dr. M. Troostwijk	Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen	(1956)

XXXVI	mr. A.D. Belinfante mr. A. Mulder	De verhouding van administratieve sancties en straffen	(1957)
XXXVIII	mr. J. Korf mr. L.G. van Reijen	De overgang van rechten en verplichtingen uit administratieve rechtsbetrekkingen	
XL	mr. B. Bolkestein dr. D. van der Wel	Het goedkeuringsrecht	(1958)
XLII	mr. A.M. Donner mr. I. Samkalden	Zijn de traditionele vormen en begrippen van het bestuursrecht toereikend bij de uitbreiding van de overheidstaak met name op sociaal en economisch gebied?	(1960)
XLIV	mr. R.A.V. Baron van Haersolte dr. H.A. Brasz mr. J.G. Steenbeek	De overheidssubsidie	(1961)
XLVI	mr. W.F. Leemans mr. W.M.J.C. Phaf	Figuren als overdracht, machtiging en opdracht met betrekking tot bestuursbevoegdheden	(1962)
XLIX	mr. E.H. s'Jacob mr. J.C. Somer	De onderlingen verhouding van wettelijke voorschriften van verschillende wetgevers afkomstig	(1963)
LIV	mr. W. Duk mr. H.J.M. Jeukens	Terugwerkende kracht	(1965)
LVII	mr. J.M. Kan mr. N.H. Muller mr. R. Streng	Doeltreffendheid van het administratief beroep	(1966)
LIX	mr. D. van Duyne mr. J. Bulthuis	Het plan in het openbaar bestuur	(1967)
LX	mr. L.J. Brinkhorst mr. T. Koopmans mr. A.D. Peiffer mr. W.M.J.C. Phaf prof. mr. S.O. van Poelje	Tenuitvoerlegging van Gemeenschapsrecht door de Nederlandse overheid	(1968)
LXII	mr. O.A.C. Verpalen mr. F.J. Beunke	Schadevergoeding terzake met rechtmatige overheidsdaad	(1969)
LXIV	mr. F.H. van der Burg	Overheid en ondergaan in een representatieve democratie	(1970)
LXVI	mr. J.A.M. van Angeren mr. Th.J.C. Verduin	De sanctionering van het administratief recht	(1971)
LXIX	mr. A.M. Donner mr. P.J. Boukema mr. H.J.M. Jeukens	Naar aanleiding van enkele belangrijke aspecten van het rapport van de Staatscommissie Cals/Donner	(1972)

LXX	mr. L.J.M. de Leede mr. J.P. Scheltens	Het sociale verzekeringsrecht en het belastingrecht in het administratieve recht	(1973)
LXXIV	mr. M. Scheltema mr. W. Konijnenbelt	De rechtsverwerking in het administratieve recht	(1975)
LXXVI	mr. B. Plomp drs. E.L. Berg	Milieuheffingen	(1975)
LXXVIII	mr. W. Brussaard J. Rothuizen	Nieuwe juridisch-bestuurlijke ontwikkelingen in de ruimtelijke ordening	(1976)
LXXX	mr. S.V. Hoogendijk-Deutsch mr. R. Samkalden	Advisering in het bestuursrecht*	(1978)
LXXXII	mr. A.G. van Galen mr. H.Th.J.F. van Maarseveen	Beginselen van administratief procesrecht*	(1978)
LXXXIV	mr. R. Bergamin mr. C.J.G. Olde Kalter	Overheidspersoneel en grondrechten*	(1979)
LXXXVI	mr. F.W. ter Spill mr. A.Q.C. Tak	Onwetmatig bestuur*	(1981)
LXXXVIII	mr. P.J.J. van Buuren mr. M. de Groot-Sjenitzer	De omvang van de rechtsbescherming	(1982)
XC	mr. F.J.P.M. Hoefnagel mr. drs. Alex Reinders	Kunst, kunstbeleid en administratief recht	(1983)
XCII	mr. Chr. Kooij dr. F.P.C.L. Tonnaer	Vergunningverlening in stroomversnelling*	(1984)
XCIII	mr. D.W.P. Ruiter drs. C.J.N. Versteden	Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht*	(1985)