

Verdelende rechtvaardigheid in tijden van corona

Het gelijkheidsbeginsel vanuit wetgevingsperspectief

Prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren*

Voordracht voor de jaarvergadering van de NVvW 11 november 2021

1. Inleiding

Onze vereniging heeft de goede gewoonte dat de voorzitter op de jaarvergadering een rede houdt. Dat is een gewoonte waarmee ik in mijn nieuwe rol niet graag zou willen breken.

Ik heb voor nu een onderwerp gekozen dat weliswaar raakt aan het wetgevingsbeleid – en dus aan het onderwerp van vanmiddag – maar toch een ander aspect betreft. Ik wil namelijk iets zeggen over de betekenis van het gelijkheidsbeginsel voor de wetgever, en dat illustreren met enige voorbeelden die aan de tijden van corona zijn ontleend. Ik doe dat ook, omdat recent – terecht – in de politiek om aandacht voor de betekenis van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor de wetgever is gevraagd, en het gelijkheidsbeginsel daarvan een essentieel onderdeel uitmaakt.

2. Artikel 1 van de Grondwet en de belastingschijven

Met het gelijkheidsbeginsel is het in ons rechtsstelsel ietwat vreemd gesteld. Het is een rechtsbeginsel dat in het eerste artikel van onze Grondwet is verankerd en waarop in onze rechtspraak nogal eens een beroep wordt gedaan, maar tegelijkertijd zelden met succes. Dat heeft op zichzelf al iets paradoxaals. Van de plaatsing als eerste artikel gaat uiteraard een sterke symbolische werking uit. Het gaat blijkbaar om iets heel fundamenteels en buitengewoon belangrijks. Maar dan zou je toch verwachten dat het in de praktijk een grote, en ook succesvolle rol behoort te spelen?

Bekend is het commentaar van de staatsrechtgeleerde Kortmann, die verzuchtte dat hij met het gelijkheidsbeginsel niet zoveel kan, omdat het vaak zo moeilijk is om aan te geven wanneer sprake is van twee gelijke gevallen en wanneer niet. Hij constateert daarbij dat het in de praktijk bij de toepassing van wet- en regelgeving door bestuur en rechter nog wel lukt, maar dat dat bij het tot stand brengen van wet- en regelgeving door de wetgever – en daarover gaat het ons hier uiteraard vooral – nog veel moeilijker is. Zo merkt hij op dat het bestaan van diverse belastingschijven door de wetgever kennelijk niet in strijd met artikel 1 van de Grondwet wordt geacht.¹

¹ T&C Grondwet (Kortmann), aant. 3 bij art. 1.

3. Coronamaatregelen

We leven nu in tijden waarin de coronamaatregelen welig tieren. En ook daarin worden door velen allerlei ongelijkheden gezien. Dat gevoel van ongelijke behandeling moeten we wel serieus nemen.

Willen overheidsmaatregelen voor de burger, voor bedrijven en voor maatschappelijke organisaties – meer in het algemeen: voor de normadressaat – aanvaardbaar zijn, dan moeten ze als fair, als eerlijk, het liefst zelfs als rechtvaardig worden ervaren. Dat is nog niet zo gemakkelijk. Zeker als het om ingrijpende maatregelen gaat, is de wettelijke legitimatie tegenwoordig voor veel burgers nog maar nauwelijks voldoende om regels aanvaardbaar te achten. Wat in elk geval als onrechtvaardig wordt ervaren, is als men het idee heeft ongelijk behandeld te worden. Regels die ongelijkheid bewerkstelligen gelden als onrechtvaardig en worden niet goed begrepen. En daarvan bieden de coronamaatregelen voorbeelden in overvloed:

- Waarom moet men wel een geldig coronatoegangsbewijs laten zien om de horeca te mogen bezoeken, maar niet voor het bezoek aan een (overvolle) supermarkt? Dat is niet gemakkelijk uit te leggen, vooral niet aan de restauranthouder die persoonlijk fundamentele bezwaren heeft tegen het controleren van de coronapas van zijn klanten, en dat slechts doet omdat hij zijn zaak anders gesloten moet houden en zich dat niet (meer) veroorloven kan.
- En waarom moeten we in het openbaar vervoer, met name de trein, de bus en het vliegtuig wel een (niet-medisch) mondkapje voor, maar niet in een (overvolle) bioscoop of theater en sinds kort weer wel in de collegezaal?
- En waarom kon afgelopen zomer de Formule 1 Grand Prix van Nederland in Zandvoort wel doorgaan, ondanks corona, maar een keur aan andere evenementen, zoals concerten en festivals, niet? Leg dat maar eens uit aan de organisatoren van festivals en andere culturele evenementen, die het water aan de lippen staat.
- En waarom hoeft voor het bezoek aan een kerk, moskee, synagoge of ander gebedshuis voor geloof of levensovertuiging geen coronatoegangsbewijs te worden getoond, maar voor een voorstelling of een concert in datzelfde gebouw wel? Maakt het voor de bestrijding van corona iets uit om welke reden u zich in die kerk bevindt?
- En dan heb ik het nog niet over het feit dat een Nederlander die in het buitenland corona heeft gehad, dat hier niet kan laten meetellen als alternatief voor een van de prikken voor vaccinatie.
- Of over het feit dat vandaag, de elfde van de elfde, de voorbereidingen voor Carnaval in Limburg niet mogen doorgaan, maar in sommige plaatsen in Brabant wel.

Natuurlijk, met een beetje moeite is er op elk van deze vragen best wel een verklarend antwoord te geven. Maar of dat ook rechtvaardigingen zijn? En of er veel lijn in die antwoorden zit?

Het *grottere verhaal* blijkt onvoldoende duidelijk. Dit zijn namelijk allemaal voorbeelden van gevallen waarin men zich ongelijk behandeld voelt. De zin van het gemaakte onderscheid wordt – al dan niet terecht – niet ingezien. Ik hoef hier niet uit te leggen, dat dat kwalijk is. Er is een overvloed aan (rechts)sociologisch onderzoek waaruit blijkt dat regels maar heel beperkt worden nageleefd door het toezicht en de handhaving.² Natuurlijk, de vrees voor handhavend optreden heeft wel enige betekenis, maar de echte reden dat regels doorgaans massaal worden gevolgd, is dat de burger de zin van de regel begrijpt, dat hij die legitiem vindt – én dat hij weet dat de regel in principe voor *iedereen* geldt, en er dus geen ruimte is voor *free rider* gedrag. Dat zou ons aan het denken moeten zetten.

4. Het verband tussen gelijkheid en oogmerk

De vraag die ik hier aan de orde wil stellen, is wat de wetgever kan bijdragen aan dat beleefde rechtvaardigheidskarakter – en wat hiervoor de betekenis van het gelijkheidsbeginsel is. De vraag is daarmee ook of de gemaakte vergelijkingen wel eerlijk zijn. Of, om het in de termen van de Grondwet te zeggen: gaat het hier wel om “gelijke gevallen”?

Het doel, het oogmerk, van de coronamaatregelen is vrij evident. Het doel is vooral de druk op de gezondheidszorg te verminderen. Uiteindelijk gaat het erom dat de IC's niet overstroomd worden met coronapatiënten – en dat andere geplande operaties en medische ingrepen niet behoeven te worden uitgesteld. Daarvoor is het echter niet zo erg relevant waar wel en waar niet precies een gezondheidstoegangsbevis moet worden getoond, en waar wel of niet een mondkapje moet worden gedragen. Relevant is slechts het *totaalplaatje*. Waar het om gaat is dat het totaalaantal besmettingen beperkt blijft. Voor het doeleinde maakt het medisch gezien, uit een oogpunt van publieke gezondheid, niet zoveel uit welke beperkende maatregelen worden genomen, als er maar voldoende en goed werkende maatregelen worden genomen, zodat het doel wordt gehaald. Natuurlijk maakt het uit medisch oogpunt geen verschil of in de kerk een kerkdienst plaatsvindt of een popconcert.

5. Absolute en relatieve gelijkheid

² Met als klassieker: Tom R. Tyler, *Why People Obey the Law*, Princeton & Oxford (1990 / 2006).

We kunnen dit ook wat netter zeggen, door gebruik te maken van enige meer conceptuele termen. We kunnen dit uit drukken met behulp van het onderscheid tussen absolute en relatieve gelijkheid.

Absolute gelijkheid houdt in dat iedereen op dezelfde manier wordt behandeld, hetzelfde krijgt of hetzelfde verschuldigd is. Met absolute gelijkheid kunnen we echter in het recht niet zoveel. Zeker, absolute gelijkheid komt wel voor, maar is toch vrij uitzonderlijk, omdat er zo vaak juridisch relevante verschillen zijn aan te wijzen. De focus op absolute gelijkheid maakt ook dat de betekenis van het gelijkheidsbeginsel in het recht vaak wordt gerelativeerd.

Met een ander soort gelijkheid kunnen we veel meer. Dat is de gelijkheid die werkt met een vergelijkingsmaatstaf oftewel een differentiatie criterium. Dat is de gelijkheid waar het hier om gaat. We kunnen deze gelijkheid *relatieve* gelijkheid noemen. Ik heb een voorkeur voor deze term omdat die de vraag in de goede sleutel zet. Relatieve gelijkheid is de gelijkheid met het oog op een bepaald doel of oogmerk. Het is de gelijkheid die in een relatie – een betrekking of verhouding – staat tot een bepaald doel of oogmerk. Die gelijkheid is relatief oftewel betrekkelijk omdat zij er alleen is in haar betrekking tot dat bepaalde doel. In allerlei andere opzichten kunnen er enorme verschillen zijn.

Een bekend terrein waar dit relevant is de heffing van de inkomstenbelasting. Ook daar is sprake van relatieve gelijkheid. Het verdelingscriterium is daar de *draagkracht*.³ De belastingschijven houden rekening met de draagkracht van de belastingplichtige.

Wat het gelijkheidsbeginsel dus vooral leert, is dát er een vergelijkingscriterium oftewel een differentiatie criterium moet zijn. Het gelijkheidsbeginsel dwingt tot de keuze van een differentiatie criterium.⁴ Dat is geen kleinigheid. De keuze van het meest geschikte differentiatie criterium is een lastige zaak.

We kunnen het ook nóg anders zeggen. In de rechtstheorie wordt vaak gesproken van “*The empty idea of equality*”.⁵ Het gelijkheidsbeginsel is van zichzelf een leeg beginsel dat met andere, externe waarden moet worden ingevuld. Die externe waarden brengen het oogmerk waarop het differentiatie criterium is gericht tot uitdrukking.

De crux is dan ook dat mensen min of meer absolute gelijkheid verwachten, terwijl voor het bestrijden van corona op zichzelf relatieve gelijkheid voldoende is. Om de maatregelen als rechtvaardig te ervaren wordt absolute gelijkheid verlangd, terwijl dat buitengewoon lastig is te realiseren, en relatieve gelijkheid voor het gekozen doel reeds voldoende is. Daar zit de *mismatch*!

³ Vgl. m.n. Leo Stevens, *Belasting naar draagkracht*, diss. Kluwer 1980.

⁴ E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Staatsrecht en bestuursrecht, artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm’, in: C.W. Maris (red.), *Gelijkheid en recht*, Van Loghum Slaterus / W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 133.

⁵ Peter Westen, ‘The Empty Idea of Equality’, 95(3) *Harvard Law Review* 1982, p. 537-596.

Het onderscheid tussen absolute en relatieve gelijkheid biedt aldus *inzicht*. Het helpt beter te begrijpen waarom door de overheid gekozen coronamaatregelen, hoe goed bedoeld ook, zelfs als ze werken – want dat doen ze niet altijd, er waren ook evidente missers bij: ik noem slechts ‘Dansen met Jansen’ – niet als rechtvaardig, als onfair worden ervaren.

6. Verdelende rechtvaardigheid

Het onderscheid tussen absolute en relatieve gelijkheid is te ontleen aan de Duitse rechtsfilosoof *Gustav Radbruch*.⁶ Radbruch was trouwens enige tijd minister van Justitie in de Weimarrepubliek. Met andere woorden, hij had bij uitstek een wetgeversblik.

Radbruch verbond beide soorten gelijkheid met de beroemde rechtvaardigheidsleer van Aristoteles. De absolute gelijkheid is de gelijkheid van de correctieve oftewel vergeldende rechtvaardigheid. De relatieve gelijkheid hoort bij de verdelende rechtvaardigheid. Waar wij het hier over hebben is verdelende rechtvaardigheid.

Aan filosofie, en ook aan rechtsfilosofie, zijn niet gemakkelijk praktische oplossingen te ontleen. Daarvoor is filosofie niet direct bedoeld. Maar zij kan wel helpen. Zij biedt zoals gezegd wel *inzicht*. En met dat *inzicht* kunnen we wat. Op grond van dat *inzicht* kunnen we natuurlijk maatregelen aanpassen of wijzigen en, voor zover aanpassing niet nodig is, kunnen we de maatregelen – en vooral ook de gedachte achter de maatregelen – beter uitleggen. Zo biedt zelfs dit abstracte *inzicht* wel enig *handelingsperspectief* (en dat is immers waar in overheidsland voortdurend om gevraagd wordt; zie ook het preadvies van Ellen Kiersch, waar we het zo over zullen gaan hebben). Het betekent dat de coronamaatregelen op een andere manier voor het voetlicht moeten worden gebracht, waarbij aan de burger, de normadressaat, vooral wordt uitgelegd, waarom een en ander misschien wel scheef *lijkt*, maar niet scheef *is*.

7. De abbb vanuit wetgevingsperspectief

Nou zou u wellicht kunnen denken: is er hier iets bijzonders aan de hand? Werkt het gelijkheidsbeginsel juridisch beschouwd niet bijna altijd relatief, doordat er een gerechtvaardigd doel, oogmerk voor het te maken onderscheid moet zijn? Ja en nee. Dat ligt genuanceerder. Ik denk dat er *juist nu* volop reden is bij het relatieve – misschien kunnen we beter zeggen: relationele of doelgerichte – karakter van het gelijkheidsbeginsel stil te staan.

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn in Nederland de afgelopen decennia vooral tot ontwikkeling gekomen in de rechtspraak, zowel bij de burgerlijke rechter als de bestuursrechter. Dat geldt ook voor het gelijkheidsbeginsel. Het gelijkheidsbeginsel

⁶ G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 8^e druk, Stuttgart: K.F. Koehler Verlag 1973, p. 121.

kennen we vooral als toetsingsbeginsel in handen van de rechter en het College voor de Rechten van de Mens. Daar is er sprake van een toetsing die achteraf plaatsvindt. De rechter beoordeelt vooral of er voldoende rechtvaardiging is voor het door het bestuur gemaakte onderscheid.

Maar waar we het hier over hebben is de werking van het gelijkheidsbeginsel voor de wet- en regelgever. Dan kantelt het perspectief. Het gelijkheidsbeginsel fungeert hier in de eerste plaats als behoorlijkheidsnorm voor wetgever en bestuur; niet zozeer achteraf, maar *vooraf*; en niet zozeer in concreto, in een bepaald specifiek geval, maar *in abstracto*, voor *velen*.

Er is volop reden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur vanuit het perspectief van de wet- en regelgever onder de loep te nemen. Vorige maand heeft de *Venice Commission* – officieel de ‘Europese Commissie voor Democratie door Recht’ van de Raad van Europa – Nederland aangespoord om bij nieuwe wetgeving de werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur meer uitdrukkelijk in acht te nemen.⁷ De aanleiding daarvoor was, u weet het, de kinderopvangtoeslagaffaire. Ik herinner ook aan de, bij beraadslaging over de parlementaire ondervraging over de kinderopvangtoeslag, aangenomen motie om de algemene beginselen van behoorlijk bestuur volledig in de Awb te verankeren.⁸

8. Het gelijkheidsbeginsel vanuit wetgevingsperspectief

Dit perspectief vraagt wel om een andere operationalisatie, om een andere invulling en uitwerking, van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Voor het gelijkheidsbeginsel betekent dat dat het accent veel meer komt te liggen op de onderbouwing van de keuze van het differentiatie criterium oftewel het verdelingscriterium, zoals hiervoor al aan de orde kwam.

Dat levert andere gezichtspunten op, waarover bovendien publiekelijk verantwoording moet worden afgelegd. Het voornaamste is toch wel het fundamentele inzicht dat het bij het nemen van coronamaatregelen om een verdelingsvraagstuk gaat. Of, zoals ik hoorde zeggen: we werken in een *schaarste-model*. Niet voor niets wordt het relatieve gelijkheidsbeginsel verbonden met de idee van de verdelende rechtvaardigheid. Er is sprake van een koepel, een totaliteit, oftewel een plafond, dat bepaald wordt door het maximumaantal besmettingen dat onze gezondheidszorg redelijkerwijs aankan. De keuze welke differentiatie maatstaf wordt aangelegd is dan ook voor een belangrijk deel een politieke en bestuurlijke keuze.

⁷ The Netherlands Opinion on the Legal Protection of Citizens. CDL-AD(2021)031. Opinie No. 1031/2021. 15-16 October 2021.

⁸ Kamerstukken II 2020/21, 35 510, nr. 15 (Jetten en Marijnissen).

Het gelijkheidsbeginsel dicteert dat er een objectieve en rechtvaardige verdelingsmaatstaf moet zijn. Dat is bij de heffing van inkomstenbelasting het draagkrachtbeginsel, zoals ik net al aanstipte.

Maar wat zijn nu de differentiatiecriteria van de coronamaatregelen? Die zijn, op de keper beschouwd, helemaal niet zo duidelijk. Het doel, het eindpunt waar we willen uitkomen, staat ieder wel min of meer voor ogen. Maar de onderbouwing van de keuzes, de weg daarnaartoe, is veel minder helder. Voor de coronamaatregelen is uiteraard van belang waar de maatregelen uit gezondheidskundig oogpunt het meest effectief zijn. Ook andere gezichtspunten wegen daarbij mee. Denk aan de inbreuk op grondrechten als de *vrijheid van godsdienst* of de *onaantastbaarheid van het lichaam*.

9. De abbb als onderdeel van het algemeen wetgevingsbeleid

Helemáál leeg is het gelijkheidsbeginsel juridisch dan ook niet. Rechtsbeginselen plegen, afhankelijk waarvoor ze worden toegepast, te interfereren met andere rechtsbeginselen. Op het eerste gezicht dienen zich voor de interferentie met het gelijkheidsbeginsel hier meteen al het evenredigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel aan. Maar juist die twee zijn bij uitstek *middel*beginselen en geen *waarden*beginselen.

Ook het evenredigheidsbeginsel is immers vrij leeg van aard. Het vraagt om een analyse van een middel in verhouding tot een bepaald doel. Maar welk doel dat moet zijn, vertelt het evenredigheidsbeginsel evenmin.

In de praktijk valt het overigens bepaald niet mee om die analyse te maken en de geschiktheid van het middel met *empirische feiten* te onderbouwen. Denk bijvoorbeeld aan het gebruik van niet-medische mondkapjes door het grote publiek, waarvan bij de effectiviteit nog steeds vraagtekens worden geplaatst. Dit vraagt uiteraard om aandacht over de verhouding tussen *wetenschap en wetgever*. De coronacrisis legt dat meer dan ooit bloot. Niet voor niets concentreerde Loof, lid van het College voor de Rechten van de Mens, zich in zijn recente VAR-preadvies over mensenrechtelijke dimensies van de coronacrisis, op de knelpunten van juist evenredigheid (ook wel: proportionaliteit) en motivering voor “*evidence based legislation*” ten behoeve van de coronamaatregelen.⁹

Verder moet deze toepassing van het (relatieve) gelijkheidsbeginsel goed worden uitgelegd. Zij vraagt om een andere onderbouwing van de kant van wetgever. En dus om een andere toepassing van het motiveringsbeginsel. Ook het motiveringsbeginsel is op zichzelf immers leeg. Het vertelt immers wel dát, maar niet met wélke waarden, de overheidsmaatregelen moeten worden onderbouwd.

⁹ Zie J.P. Loof, in: *Bestuursrecht in crisistijd*, VAR-preadvies, Den Haag: BJU 2021, p. 50 e.v.

De operationalisatie van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur door de wet- en regelgever zal, naar zich laat aanzien, nog heel wat vergen. Zoiets valt niet goed op stel en sprong realiseren. Het lijkt mij dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een meer uitdrukkelijk onderdeel van het *algemeen wetgevingsbeleid* zullen moeten gaan vormen.

De laatste dagen valt in de media de kritiek te lezen dat het kabinet, vooral in de persconferenties, te veel het accent legt op de inhoud van de maatregelen zelf en te weinig op het *grotere verhaal* erachter. Daar zit, denk ik, veel in. Ik heb in deze voordracht geprobeerd dat grotere verhaal wat verder in te vullen. Lang niet compleet natuurlijk, maar wel voor een deel. Ik denk dat dat grotere verhaal veel meer inzicht moet geven in het hoe en waarom van de regels. Dat betekent dat het doeleinde en de weg ernaartoe veel meer voor het voetlicht moeten worden gebracht. Dat de gelijkheden en de ongelijkheden worden onderbouwd, verklaard en gerechtvaardigd. Dat het *relatieve* aspect van het gelijkheidsbeginsel betekenis krijgt. De burger verdient dat.

10. 30 Jaar nota Zicht op wetgeving

Het wordt hoog tijd om naar de bespreking van de preadviezen te gaan. Wij gaan het vandaag hebben over 30 jaar nota Zicht op wetgeving. Wij vieren dus een soort van jubileum.

Het in acht nemen van het gelijkheidsbeginsel staat in die nota niet uitdrukkelijk vermeld als wetgevingskwaliteitseis, anders dan (in de impliciete zin) dat wetgeving rechtmatig dient te zijn en rechtsbeginselen dient te verwerklijken. Dat hoeft ook niet te verwonderen, want 30 jaar geleden was het idee dat wetgeving onderworpen zou zijn aan de werking van algemene rechtsbeginselen, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur of algemene beginselen van behoorlijke wetgeving, nog veel minder algemeen aanvaard.

Dat neemt niet weg dat de uitgangspunten van de nota Zicht op wetgeving nog steeds inspirerend zijn, zowel voor de *toepassing* in de huidige tijd, als als referentiepunt om aan te geven dat het in de nabije toekomst juist *anders* zou moeten. In de preadviezen zijn beide lijnen te ontwaren.

*Frank van Ommeren is voorzitter van de Nederlandse Vereniging voor Wetgeving. Hij is hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de VU en lid van de Raad voor het Openbaar Bestuur (ROB).