

Effectuering van sociaal-economisch recht volgens de chaostheorie

Effectuering van sociaal-economisch recht volgens de chaostheorie

Beleidsinstrumentering en rechtshandhaving
van (supra)nationaal gelijke-behandelingsrecht

The Effectiveness of Social Economic Law According to the Chaos Theory

Policies and Enforcement of (Supra)National Equality Law

(with a summary in English)

Proefschrift
ter verkrijging van de graad van
doctor
aan de Universiteit Utrecht
op gezag van
de Rector Magnificus Prof.Dr. J.A. van Ginkel
ingevolge het besluit van het College van Dekanen
in het openbaar te verdedigen
op woensdag 27 september 1995 des namiddags te 4.15 uur precies

door

Albertine Gesina Veldman

geboren op 13 februari 1963
te Den Haag

Promotores: Prof.mr. A.Ph.C.M. Jaspers
Prof.mr. G.J.H. van Hoof

Omslag: –SYB– Grafisch ontwerp, Utrecht

A.G. Veldman
Borssenburgstraat 23 hs
1078 VB Amsterdam
020-4004095

receptie na afloop van de promotie
in het Academiegebouw, Domplein 29, Utrecht

Voorwoord

‘Lieber ein Universaldilettant als ein Fachidiot’ zou wellicht het motto kunnen zijn van dit boek, al zouden sommigen het misschien eerder een waarschuwing noemen. Uiteraard heeft het wel een zeker risico in zich wanneer men de grenzen van het vakgebied oversteekt, maar zou desalniettemin juist een proefschrift niet de plaats moeten zijn om toch een poging te durven wagen om een bepaalde problematiek vanuit een breder wetenschappelijk oogpunt te benaderen? Weliswaar loopt men het risico, zoals Alice toen zij afdaalde in Wonderland, de terechte beschuldiging te krijgen er niets van te begrijpen, maar aan de andere kant maakt Lewis Carroll ons ook duidelijk dat het vanuit het oogpunt van Alice juist de Wonderlanders zijn die *haar* logica niet begrijpen. Met andere woorden wetenschap is relatief. De ene discipline genereert slechts andersoortige kennis dan de andere. Vanuit dit idee kan een fascinatie ontstaan voor de vraag, of, en zo ja hoe, het mogelijk zou zijn om verschillende vormen van kennis, als het om het recht en zijn werking gaat, te verbinden. Deze problematiek sluit nauw aan op de chaostheorie van complexe (betekenis)systemen. De chaostheorie wordt vanaf de jaren tachtig voorzichtig uitgewerkt in met name informatica, bestuurs- en beleidswetenschappen en sociologie. Dit boek poogt een introductie te zijn voor diegenen die er nog onbekend mee zijn en beoogt bovendien een toetsing van wat men met deze theorie praktisch kan aanvangen in de rechtswetenschap.

Het object van onderzoek dat hiervoor gekozen is, is de gelijke-behandelingswetgeving. De laatste decennia heeft de toepassing van het gelijkheidsbeginsel voor de bestrijding van sociale discriminatieprocessen een grote vlucht genomen. Naast de gelijk-behandelingswetgeving voor vrouwen, zijn onlangs nog een algemene gelijke-behandelingswet en een specifieke gelijke-behandelingswet voor allochtonen tot stand gekomen. Dit boek heeft betrekking op de seksegelijkheidswetgeving bij de arbeid, maar de conclusies zijn naar mijn mening deels ook zeker relevant voor de wettelijke bestrijding van andere discriminatie.

Gedurende het schrijven van het proefschrift ervaarde ik dat ook dit proces zich redelijk lijkt te houden aan de wetten van de chaostheorie. Een kenmerkend gegeven van maatschappelijke chaostheorie is de zelforganisatie van mens en samenleving. Deze zelforganisatie komt, paradoxaal genoeg, tot stand onder veelsoortige invloeden ‘van buitenaf’. Zo bleek ook het schrijven van een proefschrift een bezigheid te zijn die zich karakteriseert door zelforganisatie, maar die evenwel zonder steun van buitenaf onmogelijk zou zijn geweest.

Voorwoord

Deze steun kwam in de eerste plaats van mijn promotoren, Teun Jaspers en Fried van Hoof. Ik dank hen voor de nuchtere en kritische lezing van en commentaar op de vele versies die de revue gepasseerd zijn. Mijn waardering geldt in het bijzonder ook de bereidheid die zij toonden om mij de ruimte te geven om met de chaostheorie aan te komen zetten, zonder evenwel daarna hun kritische houding te laten varen. Mijn dank op het eigen instituut gaat uit naar John Vervaele die mij de ruimte en tijd heeft gegund om dit boek af te ronden, al kon hij misschien niet geheel bevroeden in welke mate ik daarvan gebruik zou maken. Carla Groenestein, Marlon Steine en Frans van Eck van het instituut wil ik bedanken voor alle hulp bij de redactie, vormgeving en lay-out. Binnen de faculteit wil ik verder nog graag Jacques Siegers noemen. Hij was in het begin enige tijd betrokken bij het onderzoek en op het einde bereid de statistische onderdelen van het onderzoek van opbouwend commentaar te voorzien. Een bijzondere plaats onder de collega's komt, tot slot, toe aan Roel Wittink. Ik denk met plezier terug aan de samenwerking gedurende enkele jaren en ik wil hem bedanken voor zijn kennis van en het doen van verschillende statistische onderzoeken waarvan ik hier gebruik heb gemaakt. Voor het praktisch mogelijk maken van dit en verder empirisch onderzoek bedank ik vooral de directie en managers van de beide arbeidsorganisaties, waarbij ik speciaal Ans Klaasse Bos en Tine Veldkamp wil noemen. Zij hebben allen belangeloos en met veel inzet en openheid aan het onderzoek meegewerkt.

Last but not least, kom ik wat dichterbij huis. Sybren Kuiper ben ik mijn dank verschuldigd voor het meer dan chaotische omslagontwerp, dat de lezer die denkt 'Ik ga het toch vandaag maar niet lezen', wat ik natuurlijk niemand zou aanraden, het alternatief laat om de puzzel van de titel op te lossen. Nog iets dichterbij huis wil ik Elsbeth Boor, Aty Pilon en Jet Tigchelaar noemen. Zij brachten de moed op om mijn verwijzingen naar de chaostheorie die ik te pas en te onpas uitte, aan te horen, en mij er bovendien vriendelijk op te wijzen wanneer ik een dergelijke verwijzing was vergeten. Elsbeth komt daarbij een bijzondere plaats toe, niet in het minst omdat zij het hele manuscript heeft doorgewerkt en van commentaar voorzien. Tot slot wil ik mijn ouders bedanken die mij altijd alle vertrouwen hebben geschonken en die mij de mogelijkheid boden om te studeren. Het spijt mij dan ook diep dat mijn vader, die ik vaak moest beletten om de bakker en de groenteboer met trots in te lichten over mijn werk, juist dit niet meer kan meemaken.

Albertine Veldman, Utrecht 1995

Inhoudsopgave

Lijst van gebruikte afkortingen	xv
---------------------------------	----

Hoofdstuk 1

Introductie	1
-------------	---

DEEL I

DE EPISTEMOLOGIE VAN DE WERKING VAN MODERN SOCIAAL-ECONOMISCH RECHT

Hoofdstuk 2

Perspectieven van de beoefenaren van sociaal-economisch recht	9
---	---

1 Inleiding	9
2 Het onderliggend perspectief op sociaal-economisch recht in de jaren tachtig	11
3 Het onderliggend perspectief op sociaal-economisch recht in de jaren negentig	13
3.1 De WRR-analyse	14
3.2 De regeringsanalyse	18
4 Conclusies	22

Hoofdstuk 3

Perspectieven van de toeschouwers op (sociaal-economisch) recht	25
---	----

1 Inleiding	25
2 Het instrumentalistisch perspectief	27
2.1 Sociologische en economische varianten	28
2.2 Beleidswetenschappelijke variant	32
3 Het distantief perspectief	35
3.1 Recht als sociale institutie	36
3.2 Recht als discours	37
3.2.1 De algemeen linguïstische benadering	37
3.2.2 Feministische linguïstische benadering	38

Inhoudsopgave

4	Het 'gemengd' perspectief	39
5	Conclusies	42

Hoofdstuk 4

	De chaostheorie als perspectief op sociaal-economisch recht	45
--	---	----

1	Inleiding	45
2	De interdisciplinaire beginselen van chaostheorie	48
2.1	Wanorde van orde en wanorde	48
2.2	Zelforganisatie van complexe systemen	52
3	Chaostheorie en cognitieve systemen	52
3.1	De operationele geslotenheid van complexe systemen	53
3.2	Zelfwaarneming door cognitieve systemen	55
4	Chaostheorie en sociale systemen	58
4.1	Inleiding	58
4.2	De theorie van Luhmann	59
4.2.1	Benoeming van element en structuur van het rechtssysteem	63
4.2.2	Geslotenheid van het rechtssysteem	65
5	Modern sociaal-economisch recht volgens chaostheorie	67
5.1	Inleiding	67
5.2	Het reflexief rechtsprogramma van Teubner	71
5.3	Regulering via structurele koppelingen	72
5.3.1	Doelgerichte co-variatie van systemen	74
5.3.2	Doelgerichte interferentie van systemen	76
5.3.3	Regulering langs meertalige formele organisaties	81
6	Samenvatting	82

Hoofdstuk 5

	Onderwerp en probleemstelling van onderzoek	85
--	---	----

1	Onderwerp van onderzoek	85
2	Probleemstelling van onderzoek	86
3	Algemene problemen van operationalisering	88
3.1	Abstractie van de theorie	88
3.2	Pluriformiteit binnen het rechtssysteem	90
3.3	Conceptualisering van machtswerking	91
4	Nadere uitwerking en afbakening van de probleemstelling	94
4.1	Koppeling van beleid en recht	95
4.2	Koppeling van recht en arbeidsmarkt	96
5	Indeling van het verdere onderzoek	99

Inhoudsopgave

DEEL II DE RUIS TUSSEN POLITIEK EN RECHT

Hoofdstuk 6

Introductie tot het tweede deel	103
---------------------------------	-----

Hoofdstuk 7

Het nationale politieke emancipatievertoog	107
--	-----

1 Inleiding	107
2 Het eerste tijdvak van het emancipatievertoog (1974–1984)	108
2.1 Een politieke analyse van het probleem	108
2.2 Politieke beschrijving van beleidsinstrumentering	110
2.3 Een nieuwe politieke analyse van het probleem	111
3 Het tweede tijdvak van het emancipatievertoog (1985–1987)	114
3.1 Definitieve beleidsvorming inzake seksegelijkheid	114
3.2 Beleidsvorming inzake gelijke arbeidsparticipatie	115
3.2.1 Politieke arbeidsmarktdoelen	115
3.2.2 Politieke beschrijving van beleidsinstrumentering	117
3.2.3 Politieke operationalisatie van de beleidsinstrumenten	119
4 Het derde tijdvak van het emancipatievertoog (1988–1991)	121
4.1 Politieke herschrijving van beleidsinstrumentering	121
4.2 Politieke beleidsinstrumentering van gelijke-behandelingswetgeving	122
4.3 Politieke beleidsinstrumentering van positieve-actieprogramma's	124
4.3.1 Subsidie-instrument	124
4.3.2 Overleginstrument	125
4.3.3 Rechtsinstrument	126
5 Het vierde tijdvak van het emancipatievertoog (1992–heden)	129
5.1 Afbrokkeling van het emancipatiedebat	129
5.2 Nieuwe politieke beschrijving van beleidsinstrumentering	129
5.2.1 Evaluatie van het voorafgaande en nieuwe concepten	129
5.2.2 Invloeden adviesraden en definitieve beschrijving van beleid	132
5.3 Politieke operationalisatie van de beleidsinstrumenten	134
6 Conclusies	135
6.1 Politieke vorming van beleidsdoelen en beleidsmiddelen	135
6.2 Politieke operationalisatie van beleidsmiddelen	137
6.3 Politieke instrumentering van nationale gelijke-behandelingswetgeving	141

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 8

Het (supra)nationale juridische gelijkheidsvertoog	145
1 Inleiding	145
2 De juridische ‘blauwdruk’ van maatschappelijke discriminatie	146
3 De gevestigde juridische gelijkheidsdoctrine	149
3.1 Inhoud van het gelijkheidsgebod	150
3.2 Operationalisering van het gelijkheidsgebod	151
3.2.1 Het willekeurverbod	152
3.2.2 Het proportionaliteitsgebod	152
3.3 Operationalisering van het discriminatieverbod	153
4 De ‘afwijkende’ juridische gelijkheidsdoctrine	156
4.1 Inleiding	156
4.2 Het materiële discriminatieverbod	158
4.3 Het indirecte discriminatieverbod	159
4.3.1 Het formele discriminatieverbod	160
4.3.2 Het verbod van indirecte en overige materiële discriminatie	161
4.4 Het verbod van dominerende behandeling	163
4.4.1 Reactivering van het materiële gelijkheidsvertoog	163
4.4.2 Verwerping van elke gelijkheidsdoctrine	164
4.4.3 Vernieuwing van de materiële gelijkheidsdoctrine	166
4.4.4 Vernieuwing van de operationalisering van gelijkheid	168
5 De algemene rechtspraktijk van gelijkheid	170
5.1 Inleiding	170
5.2 Formele uitleg van onderscheid	171
5.2.1 Toepassing van het willekeurverbod	172
5.2.2 Toepassing van een proportionaliteitsvereiste	174
5.3 Materiële uitleg van onderscheid	176
6 De communautaire rechtspraktijk van gelijkheid	179
6.1 Inleiding	179
6.2 De rechtspraktijk van het EG-Hof	180
6.2.1 Absolute uitleg van direct onderscheid	180
6.2.2 Semi-materiële uitleg van indirect onderscheid	184
6.3 De Nederlandse rechtspraktijk	187
6.3.1 Doorwerking van de communautaire gelijkheidsnorm	187
6.3.2 De twijfelende lijn	188
7 Conclusies	193
7.1 Ambivalentie in het juridische gelijkheidsvertoog	193
7.2 Functionele differentiatie als reflexieve rechtsvorm	195

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 9

Storing tussen beleidsvorming en rechtsvorming	197
1 Inleiding	197
2 Gelijke-behandelingsrecht als instrument van emancipatiepolitiek	198
2.1 Politieke concepties van vrijheid en emancipatie	198
2.1.1 Negatieve en positieve vrijheid	200
2.1.2 De twee emancipatiedilemma's	200
2.2 Juridische concepties van gelijkheid	204
2.3 Voorwaardelijke afhankelijkheid tussen politieke vrijheid en rechtsgelijkheid	205
3 De koppeling van de huidige beleidsontwikkeling en rechtsontwikkeling	208
3.1 De praktische ontwikkeling van emancipatiepolitiek	208
3.2 De praktische ontwikkeling van gelijkheidsrecht	210
4 Conclusies	212

DEEL III

DE RUIS TUSSEN RECHT EN ARBEIDSMARKT

Hoofdstuk 10

Introductie tot het derde deel	219
--------------------------------	-----

Hoofdstuk 11

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem	223
1 Inleiding	223
2 De juridische receptie van arbeidsbeslissingen op grond van sekse	224
2.1 De typen receptoren in een rechtssysteem	224
2.2 De receptoren in de Wet gelijke behandeling	226
2.2.1 Lijdelijke receptie	226
2.2.2 Wettelijke opties voor actieve receptie	227
3 De juridische perceptie van arbeidsbeslissingen op grond van sekse	231
3.1 Algemene juridische perceptie van arbeidsbeslissingen	232
3.1.1 Direct en indirect sekseonderscheid	232
3.1.2 Juridische vergelijkingsmethodieken	233
3.1.3 Juridische perceptie van beslissingen in getallen	236
3.1.4 Abstracte of empirische vergelijking van indirect onderscheid	242
3.2 Bijzondere juridische perceptie van loonbeslissingen	246
3.2.1 Paarsgewijze vergelijking van loon	246

Inhoudsopgave

3.2.2	Juridische perceptie van gelijk loon	249
3.2.3	Juridische perceptie van arbeid van gelijke waarde	252
4	De ruis tussen de arbeidsbeslissing en haar juridische representatie	254
4.1	Onderzoeksmethode	254
4.2	De juridische representatie van gelijke promotiekansen	255
4.2.1	Het formele promotiebeleid van BeZa	255
4.2.2	De juridische representatie van onderscheid in promotie	256
4.2.3	Alternatieve methode	261
4.3	Koppeling van juridisch en statistisch bewijs	264
5	De ruis tussen de beloningsbeslissing en haar juridische representatie	269
5.1	Het formele beloningsbeleid van Protech	269
5.2	De algemene juridische representatie van gelijke- beloningskansen	270
5.2.1	Een gemiddeld loonverschil	270
5.2.2	Een gemiddelde loonverschil per functieschaal	275
5.2.3	Gelijkwaardige beloningsmaatstaven	276
5.3	De bijzondere juridische representatie van gelijke- beloningskansen	278
5.3.1	Matching van paren van verschillend geslacht bij Protech	278
5.3.2	De ruis in de paarsgewijze loonvergelijking	281
5.4	De juridische representatie van gelijkwaardige arbeid	283
5.4.1	Algemeen	283
5.4.2	Onderzoeksopzet bij Protech	285
5.4.3	De inrichting van het Protech-systeem I	286
5.4.4	De inrichting van het Protech-systeem II	288
5.4.5	De toepassing van het Protech-systeem	291
6	Conclusies	295
6.1	Distorsies in de juridische representatie van discriminatie	295
6.2	De juridische categorisering van discriminatievormen	296
6.3	Reflexieve rechtsvormen voor het informatieprobleem	299

Hoofdstuk 12

	Juridische ruis op de arbeidsmarkt: het motivatieprobleem	305
1	Inleiding	305
2	De arbeidsorganisatie in systeemtheoretisch perspectief	306
2.1	Inleiding	306
2.2	De structuur en cultuur van een arbeidsorganisatie	307
3	Vragen en methode van onderzoek	311

Inhoudsopgave

4	Concepties van personeelsbeleid bij Protech	313
4.1	Beschrijving van de structuur van personeelsmanagement	313
4.1.1	Functiestructuur	313
4.1.2	Structuur van algemeen personeelsbeleid	314
4.1.3	Beleidsstructuur voor de verwerking van juridische verplichtingen	316
4.1.4	Beleidsstructuur voor emancipatie	317
4.2	Beschrijving van de cultuur van personeelsmanagement	318
5	Operaties van personeelsbeleid bij Protech	320
5.1	Inleiding	320
5.2	De cognitieve verwerking van bedrijfsbeleid	320
5.2.1	Registratie van beleid en wetgeving	320
5.2.2	Interpretatie van bedrijfsbeleid	327
5.3	De operationele verwerking van bedrijfsbeleid	330
5.3.1	Operationalisatie op basis van consensus	331
5.3.2	Operationalisatie op basis van gezag	333
6	Bevindingen bij Protech	335
7	Concepties van personeelsbeleid bij BeZa	337
7.1	Beschrijving van de structuur van personeelsmanagement	338
7.1.1	Functiestructuur	338
7.1.2	Structuur van algemeen personeelsbeleid	339
7.1.3	Beleidsstructuur voor de verwerking van juridische verplichtingen	342
7.1.4	Beleidsstructuur van emancipatie	343
7.2	Beschrijving van de cultuur van personeelsmanagement	346
8	Operaties van personeelsbeleid bij BeZa	347
8.1	Inleiding	347
8.2	De cognitieve verwerking van departementaal beleid	348
8.2.1	Registratie van beleid en wetgeving	348
8.2.2	Interpretatie van departementaal beleid	353
8.3	De operationele verwerking van departementaal beleid	355
8.3.1	Operationalisatie op basis van consensus	355
8.3.2	Operationalisatie op basis van gezag	357
9	Bevindingen bij BeZa	359
10	Conclusies	363
10.1	De eenkennigheid van recht en markt	364
10.1.1	Distorsie van het beeld van het recht	364
10.1.2	Distorsie van de uitvoering van het recht	366
10.2	Reflexieve rechtsvormen	368

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 13	
Nabeschooving	375
Bijlagen	389
Summary	411
Literatuurlijst	417
Jurisprudentieregister	431
Trefwoordenregister	435
Curriculum vitae	439

Lijst van gebruikte afkortingen

AGvB	Afdeling Geschillen van Bestuur van de Raad van State
amvb	algemene maatregel van bestuur
ARAR	Algemeen Rijksambtenaren Reglement
ARRS	Afdeling Rechtspraak Raad van State
AWGB	Algemene wet gelijke behandeling
BBRA	Bezoldingsbesluit Burgerlijke rijksambtenaren
BW	Burgerlijk wetboek
CGB	Commissie gelijke behandeling
COR	Centrale ondernemingsraad
CRvB	Centrale Raad van Beroep
DCA	Dienst collectieve arbeidsvoorwaarden
DCE	Directie ter coördinatie van emancipatiebeleid SZW
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EG-Hof	Gerechtshof van de Europese Gemeenschappen
EK	Emancipatiecommissie
ER	Emancipatieraad
EUI	Europees Universitair Instituut
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
Gw	Grondwet
HR	Hoge Raad
I-SZW	Dienst voor inspectie en informatie SZW
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten
JAR	Jurisprudentie arbeidsrecht
JUR	Jurisprudentie van het Hof van de Europese Gemeenschappen
KG	Kort geding van de Nederlandse Jurisprudentie
LTD	Loontechnische dienst van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM	Nederlandse Juristencomité voor de mensenrechten
OB	Oordelenbundel Commissie gelijke behandeling
PEA	Pay Equity Act
Pb	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
Rb	Rechtbank

Lijst van gebruikte afkortingen

RGB I	Rechtspraak gelijke behandeling m/v 1975-1986 verzameld en geannoteerd door A. Gerritsen, Leiden 1987
RGB II	Rechtspraak gelijke behandeling m/v 1987-1989 verzameld en geannoteerd door A. Gerritsen, Leiden 1989
RI	Richtlijn van de Europese Economische Gemeenschap
RN	Rechtspraak Nemesis
RvdW	Rechtspraak van de week
RVR	Rechtspraak vrouw en recht in 231 uitspraken en annotaties onder redactie van N. Holtrust e.a., Nijmegen 1992
SER	Sociaal-Economische Raad
SG	Secretaris-Generaal
SMA	Sociaal maandblad arbeid
SZW	Ministerie van Sociale zaken en Werkgelegenheid
TAR	Rechtspraak Tijdschrift voor Ambtenarenrecht
TK	Tweede Kamer
Vz	Voorzitter
WGB	Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen
WRR	Wetenschappelijke raad voor het regeringsbeleid

HOOFDSTUK 1

Introductie

Gedurende deze eeuw heeft de overheid een volledig andere rol gekregen binnen de maatschappelijke verhoudingen. In de moderne samenleving met steeds complexere sociale en economische relaties verwondert dat eigenlijk niet. Deze complexiteit blijkt immers tal van nieuwe problemen op te roepen zoals bijvoorbeeld schaalvergroting van bedrijven, technologie, werkloosheid, arbeidsrisico's, milieuvervuiling, huisvestingstekort, multi-culturalisering et cetera. Deze problematiek dwingt als het ware tot een of andere vorm van beheersing. De ideologie van die beheersing is na de Tweede Wereldoorlog gezocht in wat zou worden aangeduid als de verzorgingsstaat. De pijlers van dit type overheidsbeheersing bestaan in de meeste westerse landen uit bodemregelingen voor een minimale bestaanszekerheid, bijstellende regels voor de verdeling van inkomen en schaarse goederen uit het vrije spel van maatschappelijke krachten en een beleid van volledige werkgelegenheid.¹

De wens tot beheersing leidde logischerwijs tot een aanzienlijke groei van overheidsoptreden. Tegelijkertijd groeide de regelgeving waarin dit optreden vervat werd. De moderne overheidstaak bracht sociaal-zekerheidsrecht, minimumloonwetgeving, bijstandswetgeving, arbeidsomstandighedenwetgeving, gezondheidsrecht, huisvestingsrecht, medezeggenschapsrecht, economisch mededingingsrecht, kwaliteitswetgeving voor produkten, milieurecht, gelijke-behandelingsrecht, et cetera. Dit sociaal-economisch recht betekende echter niet alleen een toename van recht, maar ook een wezenlijke verandering in recht. Het karakter van dit 'regulerend' recht is veranderlijker, doelgerichter en sturender dan het klassieke privaatrecht en strafrecht. Dit alles vloeit voort uit de instrumentele relatie die de regelgeving onderhoudt met bepaalde politieke doelrationalisaties. Het feit dat het recht niet langer hoofdzakelijk als afspiegeling van een natuurlijke orde wordt gezien, maar een bijstelling beoogt van een daarmee maakbare orde, introduceert nieuwe aspecten waar men zich vroeger niet om hoefde te bekommeren. Het belangrijkste nieuwe aspect betreft wel de doeltreffendheid en doelmatigheid van de regels. Nieuwe vragen zijn immers of de regels wel tot bijstelling (kunnen) leiden, of de onbedoelde effecten van veel regels niet groter zijn dan de bedoelde effecten en of de kosten van het maken, uitvoeren en handhaven van de sociaal-economische wetgeving in verhouding staat tot zijn opbrengsten. Met name de laatste vraag treedt sterk naar voren wanneer in de jaren tachtig de recessie toeslaat.

1 Vgl. Schuyt 1991, p. 4.

Hoofdstuk 1

Zorg om de betaalbaarheid van de verzorgingsstaat leidt in eerste instantie tot de afstoting van overheidstaken en afschaffing van regels. Verschillende grote privatiserings- en dereguleringsoperaties trekken over Nederland. Daarmee verliest men uit het oog dat overheidsbeheersing niet alleen maar een probleem in zichzelf is, maar mede is voortgekomen uit historisch-specifieke problemen die de moderne tijd stelt. De sociaal-rechtsstatelijke juridisering die heeft plaatsgevonden, kan dan ook worden gezien als een ontwikkelingsstadium van recht dat specifiek gekoppeld is aan de huidige complexe staat van de moderne samenleving.² Dergelijke historische oorzaken zijn niet simpelweg door afschaffing van regels ongedaan te maken. De communautarisering van de sociaal-economische verhoudingen die tegelijkertijd in de jaren tachtig doorzet, onderstreept dat werkelijke deregulering niet meer mogelijk is. De les van de jaren tachtig doet het wetgevingsbeleid in de jaren negentig verbreden van deregulering naar beter kwalitatief beleid. De inhoudelijke problemen van 'instrumentele beleidswetgeving' worden politiek actueel. De aandacht verschuift naar de grenzen van de sturingspretentie van dit recht, naar alternatieve instrumenten en, waar wetgeving noodzakelijk is, een betere aansluiting tussen regulering en de processen die zich in de maatschappelijke sectoren afspelen. Het politieke vocabulaire wordt uitgebreid met het nastreven van 'handhaafbaarheid' van recht.³

Bovenstaande ontwikkelingen appelleren aan de taak en functie van de rechtswetenschap. Wil het beoogde effectievere wetgevingsbeleid enige kans op realisering maken, dan staat of valt dit met de mogelijkheden van actuele kennisverwerving over de wijze waarop het bestaande of voorziene sociaal-economisch recht werkt of zou kunnen werken in de moderne samenleving. Deze kennisverwerving is echter niet onproblematisch.

Het zou misschien een logische veronderstelling zijn dat met het veranderend karakter van recht ook het karakter van de bestudering van recht is veranderd. In dat geval zou het voor de hand liggen dat de beoefenaar van de rechtswetenschap die het sturend recht bestudeert, zich afvraagt of het recht ook stuurt. De werkelijkheid is anders. Voor de meeste rechtswetenschappers vormt het onderwerp geen relevante rechtsvraag. Of het fenomeen dat men bestudeert in de rechtswetenschap ook buiten het rechtssysteem om een rol van betekenis heeft, wordt over het algemeen een vraag geacht voor andere disciplines. Binnen de andere maatschappijwetenschappen is de belangstelling voor het recht echter maar matig. Opmerkelijk

² Habermas 1981, deel 2, pp. 530 e.v.

³ Ministerie van Justitie, Recht in beweging, TK 1990–1991, 21 829; Ministerie van Justitie, Zicht op wetgeving, TK 1990–1991, 22 008; Ministerie van Justitie, Met vaste hand TK 1990–1991, 22 045.

Introductie

is dat de helft van bijvoorbeeld het rechtssociologisch onderzoek in Nederland van de laatste tien jaar alleen de juristen en het rechtsbedrijf in zichzelf bestudeert.⁴ Maar dat is niet het enige probleem. Immers, de vraag rijst of de jurist vervolgens wel uit de voeten zou kunnen met sociaalwetenschappelijk onderzoek naar recht. Er is een hemelsbreed verschil tussen dogmatische en empirische wetenschappen.

De politieke ontwikkelingen laten de universitaire bedrijven echter niet onberoerd. De jurist ontwikkelt wel degelijk belangstelling voor effectiviteit en rechtshandhaving. Het is echter de juridische effectiviteit die onderzocht wordt. Dit is voornamelijk een toetsing van recht aan recht. Men onderzoekt de logica en consistentie van wetgeving, de inpassing in de rechtssystematiek, de onderkenning van rechtsbeginselen of bijvoorbeeld de relatie tussen nationale wetgeving en internationale rechtsvoorschriften. Dit kan worden onderzocht los van de vraag of de betreffende wetgeving in de samenleving materiële betekenis heeft. Het laatste is een premisse die de rechtsdogmatiek zelf niet nader onderzoekt. De veronderstelde juistheid van de premisse wordt wel gevoed door bijvoorbeeld in de praktijk gevoerde rechtszaken. De casuïstische benadering verhindert echter zicht op de grote lijnen. Hoeveel er precies geprocedeerd wordt of door wie, is geen onderwerp van dogmatiek en ook niet of bijvoorbeeld weinig jurisprudentie op een bepaald terrein verband houdt met kwalitatief goede wetgeving of juist slechte wetgeving. Zou de rechtsgeleerde de advocaat van de duivel spelen, dan zou men zich af kunnen vragen wat de precieze waarde is van dogmatisch onderzoek naar sociaal-economisch recht, zonder dat tegelijkertijd niet ergens ook de vraag naar de maatschappelijk regulerende werking van dit recht wordt beantwoord. Het valt dan ook te constateren dat de intentie tot multi-disciplinaire samenwerking de laatste tijd toeneemt. Maar zo eenvoudig is dit alles niet. De verschillende disciplines zijn bolwerken met een eigen taal en rationaliteit die niet gemakkelijk doordringbaar zijn voor elkaar. Bruinsma wijst in zijn kroniek van de Nederlandse rechtssociologie op de kritiek van de sociale wetenschappers op het moderne rechtswetenschappelijk onderzoek dat het modieus opgevoerde 'empirisch aspect' niet zou kunnen of willen waarmaken.⁵

Het onderzoeksonderwerp waar dit boek betrekking op heeft, valt midden in deze netelige kwestie. Het omvat onder meer een studie van de werking van gelijkebehandelingswetgeving in de sociale economie. Deze wetgeving mag modern recht bij uitstek worden genoemd. Het gaat om uitvoeringswetgeving van communautaire regulering van de sociaal-economische verhoudingen, is mede vormgegeven door nationale politieke doelrationalisaties en beoogt een correctie door recht van de

4 Bruinsma 1993, pp. 590 e.v.

5 Bruinsma 1993, pp. 590-591.

Hoofdstuk 1

arbeidsmarktverhoudingen. Het onderzoek valt binnen twee grotere Utrechtse onderzoeksprogramma's, te weten 'Effectuering en handhaving van Europees economisch recht in en door de nationale rechtsorde' en 'Recht als instrument en waarborg van de verzorgingsstaat'.⁶ Het snijvlak van deze programma's is het complexe vraagstuk naar de werking van modern instrumenteel beleidsrecht. Zoals boven al is aangestipt, is dit geen onderwerp wat zo maar valt aan te snijden. Er bestaat in de rechtswetenschap geen kant en klaar paradigma om mee van start te gaan. De vraag naar causale gevolgen tussen sociaal-economische politiek en sociaal-economisch recht, en sociaal-economisch recht en sociaal-economisch gedrag vergt een verbindend kennistheoretisch model. Met verbindend bedoel ik dat rechtswetenschappelijke en sociaalwetenschappelijke aspecten niet los van elkaar zijn te beschouwen. Moderne wetgeving heeft immers als ultiem doel om maatschappelijke effecten te sorteren, maar niet ten koste van alles. Om ook andere maatschappelijke belangen te kunnen beschermen dan die welke de betreffende sociaal-economische wetgeving zelf op het oog heeft, moet deze wetgeving voldoen aan normatieve-juridische voorwaarden die een afweging van belangen en rechtsbescherming veilig stellen in een sociale rechtsstaat. Maar ook dit uitgangspunt geldt niet ten koste van alles. Het recht dat aan alle normatieve eisen voldoet maar geen noemenswaardige maatschappelijke gevolgen of juist onbedoelde en zelfs maatschappij ontwrichtende gevolgen heeft, dient niemands belang. Uiteindelijk keert het zich ook tegen de normatieve voorwaarden van de sociale rechtsstaat zelf, waarin de rechtsbescherming van de burger niet langer alleen bestaat uit bescherming tegen overheidsoptreden, maar juist ook *door* overheidsoptreden. Rechtsbescherming komt in dat geval alleen tot stand als dit optreden doeltreffend is.

Dit dilemma van sociaal-economisch recht dat tegelijkertijd instrument en randvoorwaarde wil zijn van overheidsoptreden, roept tal van nieuwe vragen op voor onderzoek. Moet de rechtswetenschap zowel de normativiteit als instrumentaliteit van sociaal-economisch recht onderzoeken en kan dat wel, als uitwisseling met andere disciplines nodig is, hoe moet dit er uitzien, en van fundamenteel belang, is het theoretisch wel mogelijk om empirie van recht te verenigen met dogmatiek van recht, nog wel met het doel om dit te kunnen vertalen naar een politiek wetgevingsbeleid? Waar het hier om draait, is in feite een epistemologisch vraagstuk. Veelal blijft dit vraagstuk in concrete studies van wetgeving impliciet, maar op de keper beschouwd zijn de aannames die ten grondslag liggen aan manier waarop kennis wordt verworven van de werking van recht, doorslaggevend voor wat de

6 Het eerste vormt een NWO-Pionierprogramma dat gecontinueerd zal worden in het programma 'Effectuering en handhaving van sociaal-economisch recht' van de Utrechtse onderzoeksschool 'Arbeid, welzijn en sociaal-economisch bestuur'. Het tweede is een thematiek van dezelfde onderzoeksschool.

Introductie

waarde van onderzoek naar effectuering en handhaving van recht feitelijk is of kan zijn. Immers, zou men de vooronderstellingen, perspectief en methode niet zuiver vinden of aan belangrijke beperkingen onderhevig, dan geldt dit tevens voor de gevonden uitkomsten.

Deel I van dit boek staat daarom stil bij de epistemologie van de werking van sociaal-economisch recht. Om een keuze te kunnen maken uit de wijzen waarop de problematiek van sociaal-economisch recht bestudeerd kan worden, is inzicht nodig in bestaande theoretische paradigma's voor rechtsonderzoek en wat deze betekenen voor het dilemma van de verbinding van empirie en dogmatiek van recht. Allereerst zal het perspectief van 'de beoefenaren van recht en rechtswetenschap', de bestuurders en juristen, worden gezien. Met paradigma, of met perspectief dat ik hier als analogie zal gebruiken, wordt in het kader van deze studie het totale 'raster' bedoeld waar doorheen de problematiek en de werking van het regulerend recht, en eventuele oplossingen daarvoor, worden gezien. Dit raster selecteert en vormt kennis. Het raster zal een resultante zijn van onder meer de gehanteerde invalshoek, vraagstelling, doelstelling, ratio, ideologie, methode en techniek. Zien we het perspectief van de beoefenaren van recht en rechtswetenschap, dan blijkt dat men zich ervan bewust is dat men zelf niet alle relevante aspecten van het recht kan waarnemen. Over het algemeen vindt men dat hier de maatschappijwetenschappen te hulp moeten schieten. Daarop zal in dit boek de blik naar deze 'toeschouwers op het rechtsbedrijf' worden gewend. Na een synthese van de perspectieven die daar worden gehanteerd, kan worden gezien of deze disciplines die soort van kennis bieden die de beoefenaren van het recht en de rechtswetenschap verwachten dat ze bieden. De conclusie zal zijn dat over en weer de één andere verwachtingen van de ander heeft dan de ander van zichzelf heeft. Het lijkt dat een bestuurlijk-juridische optiek en een sociaal-wetenschappelijke optiek moeizaam met elkaar communiceren.

In reactie op deze tweespalt in de disciplines zal een betrekkelijk nieuw paradigma worden opgeworpen: chaostheorie. De oorspronkelijk fysische chaostheorie onderzoekt het onvoorspelbaar gedrag van een complex systeem voor de waarnemer. De meta-fysische variant betreft dit kennisrelativisme op de onderlinge waarneming tussen complexe maatschappelijke subsystemen als politiek, recht, economie en wetenschap. Door dit vervolgens niet als barrière voor, maar als bouwsteen van een theoretisch model in te vullen, wordt een poging ondernomen het schisma tussen disciplines productief te maken. De standaardpremissie wordt dat maatschappelijke subsystemen onderlinge gevolgen voor elkaar hebben, maar dat voorzienbare gevolgen uitsluitend binnen de grenzen van het eigen domein te bepalen zijn. Vertaald naar de werking van sociaal-economisch recht, zal dit betekenen dat het politieke systeem alleen zichzelf kan veranderen om in het recht

Hoofdstuk 1

effecten te sorteren terwijl het recht alleen zichzelf kan veranderen om in de (sociale) economie effecten te sorteren. De samenleving kent daarmee geen lineaire causaliteit doch slechts cyclische causaliteit.

Uiteraard is scepsis wel op zijn plaats als men met de chaostheorie het recht te lijf wil gaan. De praktische waarde van een theorie bewijst zich het best in zijn toepassing. Op grond daarvan kan in concreto beoordeeld worden of de theorie nieuwe inzichten oplevert en of deze consistent zijn. De delen II en III van dit boek vormen dan ook een praktijkonderzoek volgens de chaostheorie. De case-study vormt een onderzoek naar de effectuering en handhaving van, zoals eerder genoemd, gelijke-behandelingsrecht op de arbeidsmarkt.

Het nationale gelijke-behandelingsrecht vormt de naleving en implementatie van artikel 119 EEG-Verdrag en vijf EEG-richtlijnen. Dit communautair recht verplicht tot gelijke behandeling van mannen en vrouwen op de arbeidsmarkt en de daaraan verbonden sociale zekerheid. Het onderzoek beperkt zich tot gelijke behandeling op de arbeidsmarkt. Het gelijke-behandelingsrecht behoort tot de beperkte communautaire wetgeving die de sociale dimensie van de economische verhoudingen reguleert. De effectiviteit van dergelijke wetgeving krijgt vaak minder aandacht dan de economische wetgeving. Wil men de nationale cohesie tussen de sociale en economische verhoudingen waarin Nederland een goede traditie kent, bewaken, dan is juist ook aandacht nodig voor de effectiviteit van de sociale wetgeving. Dat geldt eens te meer daar deze communautaire verplichtingen niet zuiver instrument van sociaal-economisch beleid zijn, maar ook één van de weinige uitingsvormen van wettelijke communautaire waarborging van rechtsbeginselen in het sociaal-economisch beleid. Gelijke behandeling vormt zowel een communautair als een nationaal rechtsbeginsel.

Hoe fundamenteler men een rechtsbeginsel acht in een sociale rechtsstaat, hoe groter het gewicht dat het politieke systeem en het rechtssysteem zullen hechten aan de praktische inlossing ervan, zo zou men zeggen. Deze inlossing heeft alles te maken met de praktische effectuering die het juridisch en maatschappelijk krijgt. Dit wordt grotendeels op nationaal niveau bepaald en is mede afhankelijk van de nationale politiek waaraan het onderhevig is en de juridische inpassing die het krijgt in de bestaande rechtssystematiek. De factoren die in een studie naar effectiviteit dan ook aan bod zullen moeten komen, zijn de bestaande politieke visie op de regulering van de problematiek, de mate waarin dit binnen de grenzen van de rechtssystematiek zijn vertaling vindt of kan vinden, hoe dit vervolgens gehandhaafd wordt of kan worden op in casu de arbeidsmarkt en uiteindelijk of dit gehele complex aan beleid, recht en handhaving wel leidt of kan leiden tot waar het voor bedoeld is, in casu uitbanning of tenminste terugdringing van discriminatie.

DEEL I

DE EPISTEMOLOGIE VAN DE WERKING VAN MODERN SOCIAAL-ECONOMISCH RECHT

HOOFDSTUK 2

Perspectieven van de beoefenaren van sociaal-economisch recht

The Queen had only one way of settling all difficulties, great or small. "Off with his head", she said without looking round (Alice in Wonderland).

1 Inleiding

Zoals de introductie duidelijk heeft gemaakt, is de problematiek van instrumentele beleidswetgeving steeds actueler geworden. Het is een type recht dat anders is dan daarvoor en dat met een eigen problematiek gepaard gaat. De aspecten van instrumentaliteit en normativiteit van recht zijn onlosmakelijk verbonden geraakt. Dat maakt dat de rechtswetenschap met nieuwe problemen te maken krijgt, waarvan de voornaamste is hoe men de 'oude' vraag naar de juridische dogmatiek van recht zou moeten verbinden met de 'nieuwe' vraag naar de maatschappelijke empirie van recht. Om inzicht te krijgen in hoe de werking van beleidsinstrumenteel recht bestudeerd zou moeten worden, wordt in dit hoofdstuk het onderliggend perspectief in kaart gebracht dat de beoefenaren van recht en rechtswetenschap hierop hebben. Onder beoefenaren wordt verstaan een ieder die beroepsmatig direct of indirect betrokken is bij het maken van wet of recht, oftewel politici, ambtenaren, bestuurders, beleidsmakers, juristen. Wat menen zij dat in feite de inherente problematiek is van het moderne sociaal-economische recht en, met name, op welke vooronderstellingen is dit gestoeld, in welke richting stuurt dit de probleemduiding en op welke manieren verwerft men deze kennis?

Het hele onderwerp van sociaal-economische wetgeving¹ werd actueler naar mate de overheidsbemoeienis groeide en als gevolg daarvan een bepaalde vorm van wet- en regelgeving groeide. In eerste instantie is het niet de betaalbaarheid van de voorzieningen en regelingen die hiermee geschapen werden, die ter discussie staat. Wat op de voorgrond staat, is vooral het veranderend karakter van het type recht. Wetgeving wordt voor een aanzienlijk deel een sturingsmiddel van de overheid ter

1 Ook wel aangeduid als sociaal-economisch recht, regulerend recht, instrumenteel beleidsrecht of beleidsinstrumenteel recht.

Hoofdstuk 2

regulering, ordening en bijstelling van vooral de sociale en economische verhoudingen. Het moderne regulerende recht onderscheidt zich doordat het doelgericht geënt is op beleidseffecten.² Bovendien doorbreekt het steeds meer de klassieke scheidslijnen tussen het publieke en private recht. Weliswaar is een belangrijk deel van het sociaal-economische recht administratief recht, maar de strafrechtelijke en privaatrechtelijke vorm is geen uitzondering. Hierdoor ontstaan steeds meer functionele rechtsgebieden die het onderscheid tussen het publiek- en privaatrecht doen vervagen. Het is vooral deze transformatie die in de jaren zeventig onderwerp van studie wordt.³

Het sociaal-economisch recht ontmoet evenveel kritiek als lof. Enerzijds ontvangen de beleidskenmerken van het regulerend recht die contrasteren met de formeel-liberale kenmerken zoals universaliteit en autonomie van het recht, de nodige scepsis.⁴ Anderzijds zien bepaalde rechtstheoretici in het moderne recht juist een uitdaging en vernieuwing. Er is met sociaal-economisch recht een opening gecreëerd voor een interne evolutie van recht, waardoor het in de ogen van deze schrijvers in de pas zal kunnen blijven lopen met de veranderende eisen van de moderne samenleving en meer zal kunnen betekenen voor sociale rechtvaardigheid.⁵

Deze eerste voorzichtige beschouwingen over het moderne sociaal-economische recht in de jaren zeventig krijgen echter een dramatische wending in het volgende decennium. De verzorgingsstaat staat onder vuur. De discussie spitst zich voor een belangrijk deel toe op het financiële draagvlak van de verzorgingsstaat. De 'rising expectations' uit de jaren zeventig die in een fijnmazig netwerk van rechten en voorzieningen zijn omgezet, zo formuleren verschillende schrijvers, scheppen door hun open einde-karakter financiële beheersproblemen in de jaren tachtig.⁶ Dit stelt ook de sociaal-economische wetgeving aan kritiek bloot. De opmars van de sociaal-economische wetgeving wordt zowel in de bestuurlijk-juridische als sociaal-wetenschappelijke kring bekritiseerd. De probleemdefiniëring en daarmee ook de aangedragen oplossingen, lopen echter aanzienlijk uiteen tussen deze discoursen. Door dit contrast wordt scherper afgetekend wat het verschillende paradigma van de rechtsbeoefenaren en de toeschouwers op het recht is, van waaruit men de causale relaties tussen wetgeving en maatschappelijke gevolgen beziet.

2 Bijvoorbeeld Van Seters 1981 en Teubner 1984a.

3 Onder andere Luhmann 1969, Ott 1972, Trubek 1972, Habermas 1973. In Nederland onder meer Koopmans 1970, De Haan e.a. 1978, Peters 1979 en Van Seters 1981.

4 Bijvoorbeeld Unger 1976. In Nederland onder meer Steenbeek 1979 en Donner 1982.

5 Nonet en Selznick 1978 en in Nederland bijvoorbeeld Peters 1979.

6 Van Doorn 1980, Kortmann 1981, Kalma 1982.

2 Het onderliggend perspectief op sociaal-economisch recht in de jaren tachtig

De explosie van regulerende wetgeving die zich heeft uitgespreid over vele onderdelen van het maatschappelijk leven, vormt het gemeenschappelijk probleemveld van bestuurlijk-juridische analyse en sociaalwetenschappelijke analyse in de jaren tachtig. Als met de laatste wordt begonnen, kan vastgesteld worden dat de sociaalwetenschappelijke analyse het regulerend recht vooral op zijn onvoorziene maatschappelijke neveneffecten beoordeelt.⁷ De juridisering van de verschillende maatschappelijke deelsystemen zoals politiek, gezondheidszorg, arbeid en economie leidt volgens schrijvers zoals bijvoorbeeld Habermas, tot individuele vervreemding en afhankelijkheid.⁸ Deze ‘kolonialisering’ van de leefwereld door het recht bevordert een onpersoonlijke en gefragmenteerde samenleving. De keerzijde van steeds meer overheid en recht is dat menselijke conflicten door formalisering uit hun sociale context worden getrokken en door juridische bewerking ‘gedenaturaliseerd’.⁹ De steekwoorden in de internationale sociologische discussie zijn dan ook ‘delegalization’, ‘Alternativen zum Recht’ en ‘dejuridisering’. Het alternatief voor formele overheidsregulering zien sommigen in ‘informal justice’. Dit houdt in dat conflicten moeten worden overgeheveld vanuit het formeel-juridisch systeem naar informele systemen, zoals bijvoorbeeld tuchtcommissies, interne klachtenprocedures, arbitrage en andere zelfsanctionering.¹⁰

Hoewel deze analyse erkenning vindt in de maatschappij, lijkt het antwoord van ‘informal justice’ evenwel maar aan een deel van de problemen van de sociaal-economische wetgeving tegemoet te komen. ‘Informal justice’ ziet op de oplossing van het individuele conflict, maar het moderne sociaal-economische recht onderscheidt zich juist van het klassieke recht doordat het niet alleen conflictoplossing beoogt maar ook wil bijsturen in sociaal-economische verhoudingen. Dit bijsturen heeft tot doel het vrije spel aan maatschappelijke krachten in de verdeling van inkomen en schaarse goederen tot op zekere hoogte te kunnen corrigeren. In zuivere aandacht voor individuele conflictoplossing schuilt derhalve het gevaar dat, door gebrek aan corrigerende rechtsordering op macroniveau, grote maatschappelijke verschillen ontstaan.

De bestuurlijk-juridische analyse van het juridiseringsprobleem heeft een andere inzet. Juridisering is geen kwaliteitsprobleem van wetgeving, maar wordt veel meer

7 Bijvoorbeeld Galanter 1980.

8 Habermas 1981. In dit spoor in Nederland bijvoorbeeld Kroft e.a. 1989, Engbersen 1990 en Van der Veen 1990.

9 Zie Raes 1990.

10 Voor een overzicht en discussie Blankenburg e.a. 1980.

Hoofdstuk 2

gekenschetst als zuiver een omvangsprobleem van wetgeving. De steekwoorden in de internationale discussie zijn ‘legal explosion’, ‘Normen-flut’ of ‘regelverdichting’. De ambitie van de overheid de zaken te veel en te precies te willen sturen, heeft tot een “omvangrijk, gedetailleerd en vaak onderling niet afgestemd regelbestand”¹¹ geleid. De burger weet niet meer waar hij aan toe is, of calculeert de voor- en nadelen van het naleven of ontwijken van regels. Te veel aan regels ontlokt fraude, tast het gezag van het recht aan en is ondoelmatig omdat de ineffectieve regels vaak aan hoge uitvoeringskosten gepaard gaan.¹² Het alternatief bij een omvangsprobleem ligt voor de hand: terugdringing van overheidsbemoeienis en wetgeving oftewel deregulering.

Het zijn de eigen bestuurlijk-juridische analyse en de daaraan gekoppelde steekwoorden, die het probleem van het sociaal-economisch recht politiek definiëren. Het overheidsbeleid van de jaren tachtig kenmerkt zich niet door een streven naar informele rechtvaardigheid en dejuridisering, maar door privatisering en deregulering. In Nederland gaan verscheidene grote privatiserings- en dereguleringsoperaties politiek van start.¹³ Staatscommissies worden ingesteld met als taken herstructurering van de rijksdienst, vereenvoudiging van overheidsregels, vereenvoudiging van het belastingstelsel et cetera. Of dit over het geheel genomen tot eenvoud, minder overheidsingrijpen en minder regulering leidt, wordt echter al snel betwist.¹⁴ Retoriek is aan de grote operaties niet vreemd geweest, menen critici.¹⁵ De opbrengst van de herziening van de sociaal-economische wetgeving drukt zich vooral uit in nieuwe bestuurlijke regels, met name technische en procedurele wetgevings-voorschriften.¹⁶ Ironischerwijs wordt wel gesproken van de wet van beleidaccumulatie: effectieve regulering zal leiden tot meer regulering omdat de sturingsverwachtingen worden vergroot, terwijl ineffectieve regulering zal leiden tot meer regulering om de onvolkomenheden te herstellen.¹⁷

Behalve de paradox dat men het oplossen van ineffectieve regels door meer regels tracht aan te pakken, is ook de dagelijkse politieke praktijk harder dan de leer. Pragmatische of politiek-ideologische overwegingen, die nu eenmaal een belangrijke rol spelen in het politieke besluitvormingsproces, vertroebelen het

11 De Haan e.a. 1986, p. 42.

12 Geelhoed 1983.

13 De Haan e.a. 1986, pp. 107-114.

14 Bijvoorbeeld De Ru 1989, p. 221.

15 Derksen 1989, p. 19.

16 Zie de ‘Toetsingspunten voor het wetgevingsbeleid’ van de Commissie voor vereenvoudiging van overheidsregelingen (Commissie Geelhoed), TK 1983–1984, 17 931, nr. 9. Deze zijn overgenomen en uitgewerkt in algemene aanwijzingen voor de regelgeving.

17 In 't Veld 1982, p. 3.

De epistemologie van de beoefenaren

dereguleringsbeleid. De ‘dereguleringshousse’ kon in de Nederlandse politiek niet voorkomen dat om financiële redenen tegelijkertijd nieuwe gedetailleerde regelingen werden ingevoerd op bijvoorbeeld belastinggebied en in de sociale voorzieningen.¹⁸ In Engeland bijvoorbeeld, leidde ‘delegalization’ tot een liberalisering van de markt en afbraak van de vakbondsstructuren, maar betekende de neo-conservatieve politieke ideologie tegelijkertijd versterkte overheidsbemoediging en regelgeving op het vlak van de publieke moraal.¹⁹

Over het geheel genomen kan het verlies van de dereguleringsslag teruggevoerd worden op een te eenzijdige en geïsoleerde interesse voor een te veel aan recht en regels. De historische oorzaken van het hedendaagse juridiseringsproces zijn in het politieke discours niet voldoende geproblematiseerd. De juridisering is een historisch stadium van recht, dat specifiek gekoppeld is aan de huidige complexe staat van de moderne samenleving. Dat leidt tot de conclusie dat regulering hoogst waarschijnlijk in de moderne samenleving niet kan en niet zal afnemen.²⁰ Ook de eigen ontwikkeling van het rechtssysteem draagt niet bij aan deregulering. Het rechtssysteem wordt steeds internationaler. De communautaire rechtsorde ontwikkelt zich explosief en verschaft vele juridiserende stimulansen voor het Nederlandse recht. Dat alles betekent dat er een ander perspectief nodig is voor de benadering van de onmiskenbare problemen van het moderne sociaal-economische recht. Indien de sociaal-rechtsstatelijke juridiseringstendens als historische gegevenheid wordt geaccepteerd, is de centrale vraag van het sociaal-economisch recht niet langer de terugdringing of de afschaffing ervan, maar eerder de vraag naar een politiek en maatschappelijke adequate wijze van functioneren. Dat vraagt om een heroriëntatie op regulerende wetgeving die is gericht op zijn disfunctionele gevolgen en zijn sturingsgrenzen.

3 Het onderliggend perspectief op sociaal-economisch recht in de jaren negentig

De les van de jaren tachtig leidt begin jaren negentig tot een beleidswending op nationaal politiek-bestuurlijk niveau. Twee belangrijke bakens in dit veranderingsproces zijn het advies over rechtshandhaving van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid en de daarop volgende overheidsnota ‘Zicht op wetgeving’ over

18 Bijvoorbeeld de Tweeverdienerswet en de invoering van de voordeurdelersregeling in de Bijstandswet.

19 Bijvoorbeeld anti-homowetgeving onder Thatcher en ‘back to basics’-beleid van Major, zie Fitzpatrick 1991.

20 Aldus bijvoorbeeld Teubner 1984a, p. 303, De Haan e.a. 1986, p. 40 en Van Hoof 1987, p. 10.

Hoofdstuk 2

de verbetering van de rechtsstatelijke en bestuurlijke kwaliteit van wetgeving en overheidsbeleid.²¹ Deze rapporten laten een verbreding zien van het dereguleringsperspectief naar een algemeen kwalitatief wetgevingsbeleid. Om de politieke definiëring van de problematiek van het moderne recht en de richting waarin dit wijst voor oplossingen, te kunnen analyseren, wordt uitvoeriger stilgestaan bij beide analyses. Welk onderliggend theoretisch model van de werking van recht ligt impliciet besloten in de politiek-wetenschappelijke analyse en in hoeverre berust dit op een verbinding van normatieve rechtsleer en sociaalwetenschappelijke empirie?

3.1 De WRR-analyse

In zijn analyse van het disfunctioneren van het moderne sociaal-economisch recht geeft de WRR vier hoofdoorzaken aan:

- 1 De veranderende betekenis van het legaliteitsbeginsel maakt dat de inhoud van de norm steeds minder kenbaar of duidelijk is, hetgeen resulteert in rechtsonzekerheid;
- 2 Wetgeving wordt te eenzijdig als beleidsinstrument benaderd met als gevolg een verlies aan rechtskarakter;
- 3 De normativiteit van de wetgeving neemt af, hetgeen leidt tot calculerend gedrag bij de burger en
- 4 Het ineenvloeden van de publieke en private sector geeft een vermenging van publieke en private belangen, waarvan de beter georganiseerde maatschappelijke belangen kunnen profiteren, hetgeen leidt tot rechtsongelijkheid.²²

Voor de gemiddelde jurist heeft de bovenstaande duiding van de oorzaken van ineffectieve regelgeving een zekere mate van logica, consistentie en herkenbaarheid in zich. De invalshoek en daarmee de onderliggende perceptie van de werking van het recht in de moderne maatschappij, van waaruit de WRR de problemen van sociaal-economische wetgeving beschrijft, is grotendeels gesteld in bestuurlijk-juridische termen. Men toetst de regulerende wetgeving aan de normatieve eisen die het recht aan recht stelt, zoals beginselen van legaliteit, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.²³ De uitwerking getuigt daarmee van een abstracte logica die

21 Wetenschappelijk Raad voor het Regeringsbeleid 1988 en Ministerie van Justitie 1991. Zie ook de aanverwante beleidsnota's op specifiekere deelterreinen: 'Met vaste hand, een beleidsnota voor de verbetering van de kwaliteit van de rechtshandhaving' (TK 1990-1991, 22 045) en 'Recht in beweging, beleidsplan voor Justitie in de komende jaren' (TK 1990-1991, 21 829).

22 WRR 1988, pp. 32-42.

23 Vgl. WRR 1988, pp. 19-21, pp. 30-34 en pp. 42-49.

De epistemologie van de beoefenaren

aansluit bij de juridische rationaliteit. De impliciete causale verbanden die tussen wetgeving en het individueel handelen van burgers worden gelegd, zijn verbeeld als een rechte ononderbroken lijn.

Zou men dezelfde vragen vanuit een andere discipline zoals bijvoorbeeld de sociale wetenschappen stellen en onderzoeken, dan is het de vraag of in de dagelijkse belevingswereld van 'de burger' de oorzaken, zoals geschetst door de WRR, herkend worden. Zouden vraaggesprekken met een voorbijganger op straat inderdaad aantonen dat deze persoon vroeger toen de normen in formele wetten in plaats van uitvoeringsbesluiten besloten lagen, de wet beter kende en meer gezag toedichtte, dat zijn egoïsme is toegenomen en dat hij vroeger het recht helder en duidelijk vond maar tegenwoordig verwarrend, onzeker en ongelijk? Is het niet te verwachten dat wetgeving, of het nu formele wetten of amvb's zijn, over het algemeen niet rechtstreeks bekend zijn bij de gewone burger, totdat hij of zij persoonlijk met de gevolgen te maken krijgt? Bijvoorbeeld omdat financiële lasten worden opgelegd, omdat men zich door regels gehinderd voelt in bepaalde ondernemingen of omdat men zich benadeeld voelt door medeburgers of instanties en meent dat het 'beter geregeld' zou moeten worden. Oftewel, abstracter geformuleerd, is de wisselwerking tussen politiek-sociale structuren aan de ene kant en de psychologie van het individuele handelen aan de andere kant, in de huidige samenleving niet te complex en te ondoorgrondelijk om op basis van een geformaliseerd denken verklaard te worden door rechtlijnige wetmatige verbanden?

Het verband dat in de WRR-analyse wordt gelegd tussen de bovengenoemde vier oorzaken en het disfunctioneren van wetgeving, is van een ééndimensionale abstracte aard. Het vergt enorme stappen in het denken om op grond van het ontbreken van formele rechtsgronden tot rechtsonzekerheid in de belevingswereld van het individu te concluderen, en om vervolgens op grond van dit gegeven en het veronderstelde toenemende calculerende gedrag tot de eindconclusie van ineffectieve rechtshandhaving te komen.²⁴ Deze conclusies zijn niet te bereiken zonder de nodige huistuin-en-keuken-psychologie. In de analyse worden sociaal-maatschappelijke structuren, historische ontwikkelingen, individuele handelingsmotieven en de psychologische belevingswereld daarvan, op één hoop geveegd. Daarmee wordt het ook tamelijk willekeurig welke factor als oorzaak en welke als gevolg wordt aangeduid. Leidt gebrek aan normativiteit van recht tot calculerend individueel gedrag of leidt bijvoorbeeld politieke compromisvorming tot reeds bij voorbaat niet handhaafbaar recht, waar geen calculerend gedrag aan te pas hoeft te komen? De volgende vraag is, of de oorzaak-en-gevolgrelaties tussen 'het' recht en 'de'

24 WRR 1988, pp. 19-21, pp. 30-34 en pp. 42-49.

Hoofdstuk 2

samenleving met één schema te verklaren is. Het lijkt niet vreemd te veronderstellen dat er andere wisselwerkingen tussen regelcomplexen en maatschappelijke gedrag bestaan, wanneer de justitiabele een multinationale arbeidsorganisatie is of een bijstandsmoeder. Het kan zelfs zo zijn, dat deze wisselwerking verschilt afhankelijk van de hoedanigheid waarop dezelfde justitiabele wordt aangesproken. In een complexe samenleving handelt het individu in steeds wisselende constellaties van interactie. De cultuur en gewoonten binnen een gemeentebestuur, een economische onderneming, een gezondheidszorginstantie, een uitkeringsinstantie of een voetbalclub, zouden het juridisch relevant handelen van één individu binnen deze verschillende contexten kunnen doen veranderen.²⁵

De invloed van dergelijke sociale factoren op regelconform gedrag is vooral onderwerp van sociaalwetenschappelijk onderzoek. Daaruit blijkt vooral dat de verbanden tussen wetgeving en het individueel handelen ingewikkeld en weinig rechtlijnig zijn.²⁶ De fragmentering van de wetenschap in tamelijk gesloten disciplines, maakt dat deze sociaalwetenschappelijke paradigma's nauwelijks doordringen in rechts- en beleidswetenschappen. Toch doen ook al deze disciplines uitspraken over effectieve rechtshandhaving. Het belangrijkste knelpunt is dat praktisch beleid en bestuur een logische analyse van een problematiek vergt. De vraag is echter hoe logisch de werkelijkheid is. Het is verleidelijk te veronderstellen dat eenvoudige en duidelijke regels tot betere handhaving leiden. Maar deze factor alleen, kan soms eenvoudige feiten al niet voldoende verklaren. Het verschil tussen de, tot voor kort althans, goede naleving van een eenvoudige en heldere regel als het dragen van een bromfietshelm en de altijd al moeizame naleving van een even eenvoudige regel als een maximumsnelheid, wijst op het belang van invloeden die niets van doen hebben met recht of rechtshandhaving. Het verschil wordt in dit geval niet verklaard door de pakkans, de hoogte van de straf of de mate van begrijpelijkheid van de regel of zijn doel. Wat het dragen van bromfietshelmen betreft, biedt de mode van de dag onder de jeugd meer kans op de verklaring van (veranderingen in) de naleving van een rechtsregel. Vroeger waren cross-brommers mode en daarbij hoort een cross-helm als noodzakelijk onderdeel van het imago, later wijzigt zich dit in een voorkeur voor opgevoerde kleine bromfietssjes, waar een helm juist niet bijpast.

De macro-analyse van de WRR kan logischerwijs met sterk wisselende culturele subfactoren moeilijk uit de voeten. De inbreng van de vele rechtssociologische complicerende factoren zou een genuanceerder beeld van de rechtswerkelijkheid schetsen, maar niet bepaald tot een duidelijke politieke oplossing leiden. Het

²⁵ Zie hierover Moore 1973 en Griffiths 1990.

²⁶ Zie Teubner 1991, pp. 6 e.v.

De epistemologie van de beoefenaren

politieke beleid en handelen dwingt als het ware tot het aanleveren van rechtlijnige abstract-logische kennis. Het probleem is echter, dat als de eenduidige informatie een te veel aan vertekening en reductie van de werkelijkheid inhoudt, het politiek handelen dat daarop gebaseerd wordt, weinig praktische waarde kan hebben.

Wanneer het perspectief van een probleemduiding een overwegend bestuurlijk-juridische benadering kent, zullen de oplossingsstrategieën hierdoor gedicteerd worden. De aanbevelingen die de WRR doet, centreren zich rond de volgende drie aspecten:

- 1 Inhoudelijke en normatieve uitwerking van de doelen en wensen van de wetgever in de formele wet zelf, waarbij gelet wordt op consistentie, doorzichtigheid en bestendigheid in het wetgevingsproces;
- 2 De stimulering van de inschakeling van maatschappelijk belanghebbenden bij ordenende regelgeving om tot eigen normstelling te komen, zij het op een door de wetgever afgebakend of gecontroleerd veld ('geconditioneerde zelfregulering');
- 3 Administratieve en organisatorische verbeteringen in het optreden van de uitvoerings- en handhavingsorganen.²⁷

De centrale gedachte die de WRR-analyse tot uitdrukking brengt, is een bedwinging van de reguleringscrisis door verbetering van de rechtsstatelijke kwaliteit van regels. Daarvoor wordt teruggegrepen op de klassieke juridische voorwaarden van het formele recht (legaliteitsbeginsel, universaliteitsbeginsel et cetera). Dergelijke eisen benadrukken vooral het autonome karakter van het recht dat verstrengeling met politieke machtsbelangen moet voorkomen. Het recht als normatieve waarborg tegen de interveniërende overheid. Maar het moderne sociaal-economische recht onderscheidt zich nu juist steeds meer van deze klassiek-liberale rechtskenmerken, doordat het tevens een instrumentele en doelgerichte functie heeft, waarmee aan politieke beleidsmotieven gestalte wordt gegeven. Deze beleidsmotieven zijn deels ook ingegeven door (sociale) rechtsbescherming van het individu *door* overheidsingrijpen (garantie van bestaansminimum, rechtvaardige verdeling van schaarse goederen et cetera). Dat maakt dat de waarborgfunctie en de instrumentele functie van het sociaal-economische recht in een moeizame relatie kunnen staan. Soms moet de waarborgfunctie de instrumentele functie aan banden leggen, soms is de instrumentele functie voorwaarde voor de waarborgfunctie. In hun uitingsvorm kennen beide functies daarenboven een innerlijke spanning omdat de waarborgfunctie rechtsuniver-

27 WRR 1988, pp. 46-48 en pp. 147-150.

Hoofdstuk 2

saliteit, rechtszekerheid en rechtsnormativiteit kan eisen, terwijl de instrumentele functie flexibiliteit, onbepaaldheid en pragmatiek van recht kan vergen.²⁸

Deze spanning tussen waarborgfunctie en instrumentele functie van sociaal-economisch recht komt niet duidelijk naar voren in het WRR-advies. Het centrale probleem dat de WRR stelt, zoals ook uit de titel van het advies blijkt, is de rechtshandhaving. Dat houdt in dat het recht zijn doel niet kan bereiken, oftewel de instrumentele functie van het recht is problematisch. Vervolgens wordt de oplossing voor een aanzienlijk deel gezocht in een versterking van de tegengestelde pool: minder beleidsinstrumenteel denken, uitbreiding van formele rechtsgronden, bewaken van rechtszekerheid en rechtseenheid. Dat suggereert dat als de juridische waarborgfunctie verbetert, de instrumentele werking vanzelf ook verbetert. Omdat beide functies echter niet altijd samenlopen, lijkt dat niet altijd op te kunnen gaan. Een antwoord op de vraag hoe de instrumentele functie van het recht te verbeteren is binnen de normatieve eisen van de sociale rechtsstaat, ontbreekt. Dit wreekt zich in de ambiguïteit die de concrete aanbevelingen kennen. Immers, in één adem wordt aangedrongen op versterking van het normatief-materieel gehalte van formele wetgeving én op procesmatige juridische randvoorwaarden voor maatschappelijke zelfregulering.²⁹ Het eerste stoelt op een top-down sturingsmodel door uniforme materiële wetgeving, het tweede stoelt daarentegen op een bottom-up sturingsmodel van zelfregulering begeleid door gedifferentieerde procedurele wetgeving.³⁰

De conclusie is dat de probleemduiding in het WRR-advies de premisse kent van een top-down overheidssturingsmodel, dat door de verbetering van de rechtsstatelijke kwaliteit van wetgeving adequater zal kunnen functioneren. De oplossingsstrategieën daarentegen, hinken meer op twee benen. Enerzijds speelt de gedachte dat meer kennis, aandacht en energie voor de formele kwaliteit van de wetgeving en de administratieve organisatie van de rechtshandhaving, wettelijke sturing van bovenaf mogelijk maakt. Anderzijds wordt impliciet erkend dat de sturingsgrenzen van formele wetgeving ertoe dwingen regulering aan het ‘maatschappelijk middenveld’ over te laten, waarbij wetgeving slechts procedureel de randvoorwaarden kan bepalen.

3.2 De regeringsanalyse

Na het advies van de WRR volgt begin jaren negentig de visie van de regering. In de brede beleidsnota ‘Zicht op wetgeving’ wordt voor het eerst een doordachte

28 Hierover Schuyt 1985, p. 123.

29 WRR 1988, pp. 46-49 en 147-148.

30 Zo ook Van Seters 1992.

De epistemologie van de beoefenaren

analyse gegeven van de problemen waarmee vele westerse overheden zich in hun wetgevingsbeleid in een sociale rechtsstaat geconfronteerd zien. Deregulering heeft politiek afgedaan:

“De noodzaak (tot wetgeving) zal in de komende jaren niet wezenlijk afnemen. Samenleving en overheid zien zich voor nieuwe uitdagingen geplaatst. Bij de toenemende internationalisering en Europeanisering, culturele veranderingen, technologische ontwikkelingen en het milieu-vraagstuk kan de overheid niet afzijdig blijven. Het is in veel gevallen onvermijdelijk dat ook de wetgever hierbij actief optreedt.”³¹

Wat rest, is een verbetering van de wetgeving. De vraag naar de wijze waarop de overheid actuele kennis van en informatie kan vergaren over de maatschappelijke werking en effecten van regulerende wetgeving, wordt daarbij voor het eerst in zichzelf geproblematiseerd. De beleidsnota uit zelfkritiek op de beperkingen van het bestuurlijk-juridisch denken. Het eerste hoofdstuk van de beleidsnota getiteld ‘Tekortkomingen in de wetgeving en perspectieven’ relateert het rechtstreekse zicht van de politiek op de doorwerking van wetgeving in de samenleving. Vervolgens baseert de analyse zich niet alleen op het bestuurlijk-juridisch denken, maar ook op argumentatie en theorie uit verschillende andere disciplines.³² De argumentatie uit de verschillende discoursen blijkt echter niet eenvoudig verenigbaar en nog moeilijker lijkt het om uit de kluwen een duidelijke beleidslijn te distilleren. Het beleidstuk komt over als een eclectische mix van argumenten die op verschillende tijden in verschillende theoretische contexten geuit zijn. Er wordt teruggegrepen op de ‘voortschrijdende regelverdichting’ uit het dereguleringsdebat, er wordt verwezen naar ‘gebrek aan rechtszekerheid’ en ‘verlies aan normbesef’ uit de WRR-analyse en tegelijkertijd worden nieuwe argumenten ontleend aan het rechtssociologisch debat. Nog niet eerder genoemde factoren zijn bijvoorbeeld de ‘symbolische betekenis van regels als gevolg van een onderhandelingsdemocratie waar het bereiken van een voor alle partijen aanvaardbaar resultaat voorop staat’,³³ ‘de politiek-bestuurlijke cultuur waarin regelproductie een doel in zichzelf wordt’³⁴ en ‘de normerende kracht van de sociale deelsystemen op meso- en microniveau van de samenleving die dwingen tot een bijstelling van de pretentie van de door-dringbaarheid van het recht’.³⁵ De beleidsanalyse zet al deze oorzaken en factoren op één lijn. Maar de genoemde bestuurlijk-juridisch ingegeven argumenten en de genoemde rechtssociologische argumenten hanteren verschillende paradigma’s die

31 Zicht op wetgeving 1991, p. 12.

32 Zicht op wetgeving 1991, pp. 14-15 en p. 17.

33 Vgl. rechtssociologisch argument van Aubert 1971.

34 Vgl. rechtssociologisch argument van Teubner 1989a.

35 Vgl. rechtsantropologisch argument van Moore 1973.

Hoofdstuk 2

niet zo maar opgeteld kunnen worden en die uiteindelijk ook in verschillende richtingen van beleid wijzen. De gebruikte paradigma's verschillen met name in de fundamentele verbeelding van het individu in de samenleving.

Factoren als regelverdichting, gebrek aan kenbare en bestendige normen en normvervaging bij de burger veronderstelt een grotendeels autonoom handelend individu dat rationeel zijn keuzen bepaalt. Wetten vormen gedragsregels die, mits duidelijk en bekend, op grond van een rationele keuze door het individu gevolgd worden of niet. Optredende problemen worden in het ideaal-typische geval veroorzaakt door óf een onduidelijke regel óf een kosten-baten afweging door het individu in het nadeel van de wettelijke norm. Factoren daarentegen als de symbolische betekenis van regels, de gesloten politiek-bestuurlijke cultuur of de normerende kracht van sociale deelsystemen op mesoniveau en microniveau, zijn geënt op een meer structuralistisch mens- en wereldbeeld. Het individuele handelen wordt hier gestructureerd door de betreffende sociale cultuur en context waarin men handelt. Dit perspectief wijst eerder op knelpunten als gevolg van de gefragmenteerde samenleving waardoor bijvoorbeeld de politiek-bestuurlijke cultuur en de sociale cultuur op meso- en microniveau eigen werelden vormen die de neiging hebben zich voor elkaar af te sluiten. Dit paradigma hanteert niet zozeer een verticale relatie tussen overheidswetgeving en individueel gedrag, als wel een horizontale relatie waarbij de politiek een maatschappelijk subsysteem naast de andere systemen is, die allen aan dezelfde problematiek van een naar binnen gerichte kijk bloot staan.

Hoewel de paradigma's die onder de verschillende aangeduide oorzaken liggen, sterk uiteenlopen, levert dit in eerste instantie geen problemen op in de regeringsnota. Dit lijkt mogelijk doordat door de hele nota heen de visies die een verschillend paradigma uitdrukken, gescheiden van elkaar behandeld worden. Hiervoor kent de nota een strikte opdeling naar 'rechtskwaliteit' en 'sociale kwaliteit' van wetgeving. De rechtskwaliteit verwijst terug naar het bestuurlijk-juridisch denken. Het gaat over consistentie en het inachtnemen van rechtsbeginselen tijdens het wetgevingsproces.³⁶ De 'sociale kwaliteit' verwijst terug naar het sociaalwetenschappelijk denken. Het gaat over de gewenste interactie met maatschappelijke processen gedurende het wetgevingsproces.³⁷ De problemen rijzen waar de gespleten analyse en oplossingen vertaald moeten worden naar een eenduidige politieke beleidslijn. De sociologische analyse die het politieke spel voorstelt als doel in zichzelf en waarin gewezen wordt op 'tegenstrevende krachten' vanuit het maatschappelijk middenveld, biedt voor concrete beleidslijnen maar moeilijk houvast. De juridische

³⁶ Zicht op wetgeving 1991, pp. 51-52.

³⁷ Zicht op wetgeving 1991, p. 21.

De epistemologie van de beoefenaren

abstracte analyse daarentegen lijkt meer ‘handelbaar’ voor beleidsvorming. De formele aspecten waar de juridische analyse op wijst zoals het gebrek aan materiële normstellingen of consistentie van normen, zijn eenvoudiger naar aanwijzingen voor de regelgeving te vertalen.

Dit alles leidt er toe dat in de concrete beleidsvoorstellen vooral gebruik wordt gemaakt van de juridisch-bestuurlijke analyse. Het uitgangspunt dat de overheid van bovenaf kan sturen door wetgeving wordt niet verlaten, doch slechts aangevuld. Als de ambtenaren beter geïnformeerd zijn over de juridische eisen en sociale eisen aan wetgeving, zal de kwaliteit van wetgeving stijgen in zowel zijn waarborgfunctie als instrumentele functie. Om de informatie over de juridische eisen aan wetgeving te verbeteren worden geactualiseerde aanwijzingen voor wetgeving, formele toetsingsprocedures van wetgeving en een ambtelijke infrastructuur op centraal overheidsniveau voor verspreiding van juridische informatie voorgesteld.³⁸ Moeilijker wordt het om de wetgevingsambtenaren de ‘sociale’ informatie waarbij moet worden ingespeeld op maatschappelijke structuren, toe te spelen. Om het sociaal-economische recht niet slechts formele maar ook materiële gelding te geven, zoals in een sociale rechtsstaat mag worden verwacht,³⁹ moet de ambtenaar zich ‘sociaal informeren’. De deelnemer aan het wetgevingsproces krijgt in de nota de opdracht:

“(…) zich sterker te richten op en aan te sluiten bij de processen in de samenleving (en meer oog te hebben en te houden voor de daadwerkelijke gevolgen van regelgeving voor die processen”.⁴⁰

Hoe de ambtenaar achter het bureau aan dergelijke informatie moet komen en of dat wel kan, blijft een onbeantwoorde vraag. Hoe en wie dient de ‘control-knowledge’⁴¹ op tafel te brengen, zoals een effecten- en kostenmeting, de inschatting van het te verwachte machtsspel, de inventarisatie van doelgroepen en hun belangen? Hoe moet deze sociaalwetenschappelijke kennis getransformeerd en geoperationaaliseerd worden in de bestuurlijk-juridische techniek van wetgeving? Het is de vraag of, zoals wordt aanbevolen ‘het helder en volledig formuleren van de doelstellingen van de regeling en het zo goed mogelijk in kaart brengen van de doel-middelenrelaties’ hiervoor voldoet.⁴² Tot slot wijst de nota op enkele alternatieve sturingsinstrumenten zoals convenanten in plaats van wetten. Dit laat echter de vraag onverlet wanneer deze nu wel en niet op zijn plaats zijn en of dergelijke vormen de gesignaleerde knelpunten, zoals ineffectief beleid als gevolg van politieke compromisvor-

38 Zicht op wetgeving 1991, pp. 51-52.

39 Aldus onder meer Van der Vlies 1987 en De Haan e.a. 1987.

40 Zicht op wetgeving 1991, p. 21.

41 Ziegert 1975.

42 Zicht op wetgeving 1991, p. 25

Hoofdstuk 2

ming of de ondoordringbaarheid van sociale subsystemen, kunnen oplossen. Dit alles wordt tot op zekere hoogte ook zelf onderkend. De afrondende conclusie in het regeringsplan bestaat uit het vaststellen van de noodzaak tot wetenschappelijk onderzoek naar de implementatie en evaluatie van moderne wetgeving en recht.⁴³

4 Conclusies

In de sociale rechtsstaat heeft een deel van het recht een andere functie verkregen. Van de sociaal-economische wetgeving wordt verwacht dat de overheid op een continue basis kan interveniëren in de maatschappelijke verhoudingen. Door de koppeling aan politieke beleidsmotivaties worden aspecten als de materiële gelding, effectuering en handhaving van recht belangrijker. Om zijn instrumentele functie te kunnen waarmaken moet het recht dynamischer, sturender en doelgerichter zijn om in te kunnen spelen op maatschappelijke processen. Dit type recht geeft twee essentiële problemen. Zijn inherente kenmerken zijn een verzwakking van de 'rule of law', wat aanleiding geeft deze wetgeving kritisch te volgen op normatieve rechtsstatelijke vereisten. Anderzijds mag de burger, omdat de sociaal-economische wetgeving tevens tot doel heeft sociale bescherming te bieden door overheids-optreden, ook verwachten dat de wetgeving deze pretentie waarmaakt. Met andere woorden, dat het recht effectief is.

Het politieke beleidsplan voor de kwaliteit van moderne wetgeving problematiseert zowel de normativiteit als de instrumentaliteit van de wetgeving. Het belangrijkste knelpunt is vooralsnog het 'zicht' op wetgeving. Op het politiek en ambtelijk wetgevingsniveau bestaat een tekort aan actuele kennis en informatie over zowel rechtswetenschappelijke vereisten van wetgeving als sociaalwetenschappelijke vereisten. Voldoende inbreng van het juridisch-normatieve perspectief op wetgeving wordt beleidsmatig vertaald naar het inbouwen van een juridische toetsing van wetgeving en wetsvoorstellen door een speciale commissie en een betere organisatie van de relaties tussen vakdepartementen en het Ministerie van Justitie. De verwerving van benodigde kennis over de sociaal-maatschappelijke gevolgen van voorziene wetgeving ligt problematischer. De wetgevingsambtenaar moet zelf trachten de wisselwerking tussen regulering en maatschappelijke processen beter te doorzien. Deze laatste in wezen onuitvoerbare opdracht lijkt er blijk van te geven dat de 'sociale' kwaliteit van wetgeving nagenoeg geen abstract geformaliseerde beleidsoplossing toelaat.

⁴³ Zicht op wetgeving 1991, p. 31 en p. 39.

De epistemologie van de beoefenaren

Daarmee heeft het zicht op wetgeving dat in de overheidsplannen zelf besloten ligt, op de keper beschouwd ook moeite de bestuurlijk-juridisch ratio te overstijgen. Dat houdt in dat men als politiek of juridisch beoefenaar van recht beter uit de voeten kan met bestuurlijk-juridische tekortkomingen in de formele gelding van wetgeving, dan met sociaal-empirische tekortkomingen in de materiële gelding van wetgeving. Voor wat betreft het laatste wordt bij gebrek aan beter vastgehouden aan het model van 'command-and-control'. De conclusie dat het totale politiek-ambtelijke apparaat zichzelf niet kan overstijgen in het denken over wetgeving, wordt ook recentelijker nog bevestigd. Illustratief is bijvoorbeeld het in 1994 verschenen rapport van de Algemene Rekenkamer over de doelmatigheid van het wetgevingsproces.⁴⁴ Het onderzoek bestaat uit een kwantificering van het aantal wetsvoorstellen en amvb's per wetgevingsjurist, het aantal aanpassingen naar aanleiding van het advies van de Raad van State en tijdens de parlementaire behandeling, de tijd dat dit kost, et cetera. Verbetering van de kwaliteitszorg van wetgeving stelt de Rekenkamer zich voor door een organisatorisch werkprogramma voor de wetgevingsafdeling. Dit programma moet doelstellingen op middellange termijn voor wetsontwerpen formaliseren, een analyse geven van de kwantitatieve en kwalitatieve bezetting op de wetgevingsafdeling en de wetgevingsjurist rekening en verantwoording laten afleggen van de gespendeerde tijd aan wetsvoorstellen. Verbetering van de kwaliteit van de wetgeving leidt kortom in het voorstel van de Rekenkamer tot meer geformaliseerde aanwijzingen en regels voor de wetgevingsafdeling. Het zijn formele regels die formele regels doelmatiger moeten maken. Omdat het meer houvast biedt, gaat alle aandacht uit naar de organisatie van de wetgevingsafdeling als het over doelmatigheid van wetgeving gaat. Doelmatigheid van wetgeving wordt echter bepaald door de *verhouding* tussen ambtelijke investering enerzijds en de gerealiseerde opbrengst aan wetgeving in de zin van juridische kwaliteit en maatschappelijke functionaliteit anderzijds.⁴⁵ De opbrengst onderzoekt de Rekenkamer niet.

Als eindconclusie kan gesteld worden dat de problemen van de doorwerking van de wetgeving in de verschillende sociale lagen van de samenleving weliswaar in politiek-bestuurlijke kring voldoende doordringt, maar dat de eigen discipline evenwel geen middelen of mogelijkheden ziet hoe dit deficit te herstellen zou zijn. In plaats daarvan wordt aangedrongen op meer onderzoek naar de implementatie en evaluatie van wetgeving.

44 Algemene Rekenkamer, *Wetgeving, organisatie, proces en product*, TK 1993–1994, 23 710, nr. 1.

45 Zie ook De Vries 1994, pp. 1098-1100.

Hoofdstuk 2

De conclusie voor het onderliggend onderzoek is, dat de sociaal-economische werking van wetgeving een typisch vraagstuk is van deze tijd. De moderne sociaal-economische wetgeving is niet meer weg te denken, tegelijkertijd bestaan er problemen rondom de handhaving en effectuering daarvan. Het politiek-ambtelijk overheidssysteem onderkent in haar formele beleid de grenzen van de politieke-juridische rationaliteit voor het zicht op wetgeving. Men wijst op het belang van wetenschappelijke kennisverwerving van de mogelijkheden en grenzen van sociaal-economische wetgeving.

De rechtswetenschap moet dit alles op zijn eigen merites beoordelen. Het juridisch-dogmatisch redeneren lijkt niet langer voldoende te zijn om het recht in zijn totaliteit te begrijpen. Vragen naar de handhaving van het recht in de samenleving kunnen niet uitsluitend in het 'huis van het recht' worden opgelost.⁴⁶ Dat houdt in dat men zichzelf een aantal principiële vragen moet stellen: is het zo dat met de moderne wetgeving een (belangrijk) deel van de problemen van recht geen juridisch probleem meer vormt, en wat betekent het antwoord op die vraag voor de rol van de rechtswetenschapper in de ontwikkeling van sociaal-economische wetgeving en recht? Een praktische vraag is daarbij of de jurist zich als 'redeneerdier'⁴⁷ moet beperken tot waartoe hij of zij is opgeleid, of dat het feitelijk niet meer mogelijk is juridische aspecten los te koppelen van vragen naar de doorwerking van het recht in de maatschappij.

Binnen de disciplines, zo ook de rechtswetenschap, is men geneigd te denken dat iedere discipline het zijne moet doen. In het kader van effectuering van moderne wetgeving doet men daarom dan ook een beroep op de sociale, economische of andere wetenschappen.⁴⁸ Vaak onderscheidt men het onderzoek naar een 'interne' en 'externe' toetsing van recht. Interne toetsing, is een toetsing aan de eigen uitgangspunten van recht, waarvoor de rechtsdogmatiek geschikt is. Voor een externe toetsing van het recht aan de sociale werkelijkheid, zijn de sociale wetenschappen geschikter. Het voordeel is duidelijk: een heldere taakverdeling waarin iedere discipline dat deel onderzoekt waartoe zij qua methode geëigend is. Deze opzet ligt het meest voor de hand maar kent wel twee premissen. De eerste premisse is dat de sociale wetenschappen datgene onderzoeken wat de rechtswetenschap verwacht. De tweede premisse is dat het mogelijk moet zijn voor de eindconclusies de twee invalshoeken uiteindelijk weer op één lijn te brengen, zonder dat het één ten koste gaat van het ander. Om dat te kunnen beoordelen, zal eerst bezien moeten worden wat de gangbare onderzoeksbenaderingen buiten de rechtswetenschap in enge zin zijn, als het om de werking van het moderne recht gaat.

46 Teubner 1989a, p. 89.

47 Van Haersolte 1992, p. 18.

48 Bijvoorbeeld Schachter 1971; Van Hoof 1987, p 22; Van Dijk 1989, p 70.

HOOFDSTUK 3

Perspectieven van de toeschouwers op (sociaal-economisch) recht

The executioner's argument was that you couldn't cut off a head unless there was a body to cut it off from (...) and he wasn't going to begin; the King's argument was that anything that had a head could be beheaded; the Queen's argument was that if something wasn't done about it in less than no time, she'd have everybody executed all round (Alice in Wonderland).

1 Inleiding

De sturingspretenties van sociaal-economische wetgeving doen bijna onmiddellijk de vraag rijzen naar de daadwerkelijke gevolgen van deze wetgeving op zijn object van regulering. Stuur het recht de economische prijsontwikkeling, brengt het democratie in de arbeidsverhoudingen, leidt het tot een beter milieu of realiseert het de maatschappelijke gelijkheid van mannen en vrouwen? Zoals in het vorige hoofdstuk al aan de orde kwam, betwijfelt de juridische wetenschap zelf of haar methode geschikt is voor de waarneming van dergelijke feiten. Zoals Popper duidelijk maakte, is een wetenschappelijke waarneming niet mogelijk zonder een theorie die selecteert en betekenis verleent. Cognitie wordt derhalve altijd impliciet of expliciet aangestuurd en gestructureerd. De cognitie in de rechtswetenschap wordt in feite eerder door een normatieve 'rechtsleer', dan door een analytische wetenschappelijke theorie aangedreven. Het vaststellen van rechtsfeiten vergt een normatieve techniek voor de toepassing van regels en normen op de realiteit.¹ De 'epistemologische' structuur van de rechtswetenschap is daarom niet los te zien van dogmatiek.² Waarneming van de realiteit wordt ten dele geselecteerd en gestructureerd door de dogmatiek. Een extreem voorbeeld hiervan is bijvoorbeeld de rechtsfictie. Cognitie wordt hierin zelfs ondergeschikt gemaakt aan de normativiteit van het rechtssysteem.³ Een ander aspect van de 'epistemologische'

1 Schuyt 1971, p. 16.

2 Broekman 1985, p. 78; Griffiths 1979, p. 840.

3 Zie Teubner 1989b, p. 745 en Nelken 1991, p. 174.

Hoofdstuk 3

structuur van het recht is het casuïstische karakter. Er wordt contingent waargenomen. Zo kan van een bepaalde casus niet zonder meer rechtswetenschappelijk worden vastgesteld of deze kenmerkend of uitzonderlijk is voor de problemen op het te reguleren terrein.

De rechtsdogmatiek reconstrueert derhalve in haar waarneming feiten naar rechtsfeiten volgens een normatieve leer. De vertekening die hierbij optreedt, is onontbeerlijk om het recht zijn functies te kunnen laten uitoefenen. Rechtstoepassing op de werkelijkheid heeft het uiteindelijk oogmerk om een binaire uitkomst te bereiken, het moet duidelijk zijn of het feit wel of niet onder de regel valt. De analoge werkelijkheid moet daarvoor ‘gedigitaliseerd’ worden, oftewel helder en scherp benoemd en gecategoriseerd. Met waarneming heeft het recht dan ook het doel om de werkelijkheid zodanig te reconstrueren dat er regels op kunnen worden toegepast, en niet om de werkelijkheid zo getrouw mogelijk af te beelden.⁴ Zoals Fuller opmerkt, is met het gebruik van rechtsconcepten niets mis. Wat mis kan gaan, is een neiging van juristen de concepten langzamerhand voor de werkelijkheid te gaan houden.⁵ Dit alles maakt dat de niet-dogmatische studies die zich specialiseren in analytische cognitie van de werkelijkheid een passender methodiek hanteren om uitspraken te doen over de empirische doorwerking van het recht in de werkelijkheid.

Met dit hoofdstuk wordt een poging gedaan een zeer gecomprimeerd overzicht te geven van enkele bestaande perspectieven binnen het sociaalwetenschappelijk onderzoek naar de werking van recht. Het gaat niet zozeer om de precieze bevindingen, maar vooral om de kennistheoretische vraag door welk ‘raster’ men heen kijkt als de werking van recht en wetgeving wordt onderzocht. Uiteraard hebben de sociale wetenschappen hun eigen epistemologie. De perspectieven die ik hier wil onderscheiden, kunnen daarvan afwijken. Dit komt vooral omdat ik de perspectieven wil indelen vanuit het oogpunt van de mate waarin de verwachtingen van de beoefenaren van recht en rechtswetenschap over de aard van sociaalwetenschappelijk onderzoek, de verwachtingen benaderen die de sociaalwetenschappers over het algemeen zelf naar voren brengen over onder meer de vraagstellingen en mogelijkheden van hun onderzoek.

Vooraf moet de kanttekening gemaakt worden, dat de beschrijving van enkele sociaalwetenschappelijke perspectieven zeer globaal van karakter is en vooral een ideaal-typische voorstelling van zaken geeft. Een categorisering van een dergelijk breed wetenschapsterrein is onmogelijk zonder sterke vereenvoudiging. Nuances

4 Over de functie van juridische begrippen: Marlies Galenkamp 1994.

5 Lon Fuller, *Legal fictions*, 1967, p. 136, aangehaald door Galenkamp 1994, p. 11.

De epistemologie van de toeschouwers op (sociaal-economisch) recht

gaan daarbij snel verloren. Het te noemen onderzoek, wat op zichzelf al een verregaande selectie impliceert, heeft zijn eigen specifieke kenmerken, invalshoeken en methoden en hanteert vaak ook meerdere perspectieven naast elkaar of door elkaar heen. Het belang om toch een introductie te kunnen geven, mede ook voor juristen, rechtvaardigt mijns inziens deze noodzakelijke generalisatie.

Er worden hierna drie perspectieven onderscheiden.⁶ Het eerste perspectief dat wordt aangeduid als 'instrumentalistisch perspectief', kenmerkt zich door individueel-rationalisme en maakt de doeleinden van de wetgever tot uitgangspunt van onderzoek (§ 2). Het tweede perspectief benoem ik als 'distantief perspectief'. Dit staat recht tegenover het instrumentalistisch onderzoek naar recht. Vanuit een kritische houding wordt het recht en zijn werking vanuit een eigen vraagstelling onderzocht (§ 3). Het derde perspectief ligt tussen het eerste en tweede perspectief in, en wordt aangeduid als 'gemengd perspectief' (§ 4). Na de introductie van de drie perspectieven van onderzoek naar recht, waarbij ook op de onderlinge kritiek wordt ingegaan, wordt in de afsluitende paragraaf de balans opgemaakt. Centraal staat de vraag, in hoeverre er een aansluiting is te vinden tussen de verwachtingen van de beoefenaren van recht en rechtswetenschap en de sociaalwetenschappelijke toeschouwers en wat voor kennistheoretisch model voor onderzoek naar de effectuering en handhaving van wetgeving, dat oplevert (§ 5).

2 Het instrumentalistisch perspectief

In het rationeel-instrumentalisme heeft het effectiviteitsonderzoek een belangrijke plaats. Vertrekpunt van onderzoek zijn over het algemeen de doelstellingen van de beleidsmaker, overheid of wetgever, die in het onderzoek als vaste gegevens worden geaccepteerd. Dit betekent dat het recht ondoelmatig is wanneer blijkt dat het maatschappelijk gedrag niet overeenkomstig de overheidsintenties is veranderd.⁷ In dit type sociaalwetenschappelijk onderzoek wordt veel met een modelmatige theorie gewerkt. Men streeft naar een zo universeel mogelijk verklaringsmodel. Dit model moet de determinanten inventariseren van normoverschrijdend of normconform individueel gedrag en hun onderlinge relaties. Premisse is dat indien alle relevante variabelen traceerbaar zijn en hun wetmatige werking kan worden

6 Voor diegenen die geïnteresseerd zijn in het citaat aan het begin van dit hoofdstuk; in Wonderland worden in reactie op 'the Queen's politics of command-and-control' drie soorten van argumenten gegeven: een kritische (the executioner), een (zeer) instrumentele (the Queen) en één er tussen in (the King).

7 Hierover Griffiths 1990.

Hoofdstuk 3

gevonden en geïncorporeerd in het model, regelgestuurd gedrag is te verklaren en te voorspellen. Een Nederlands voorbeeld is de recente dissertatie van Dagevos.⁸ Hierin wordt een universeel model voor sociaal gedrag gegeven dat gemodelleerd is in de vorm van een computersimulatie. Met behulp hiervan kan het verklaringsmodel steeds meer verfijnd worden tot alle variabelen en hun relaties zijn gevonden.

Het rationeel instrumentalisme neemt een belangrijke positie in binnen het gangbare onderzoek naar effecten van beleid en wetgeving. Het onderzoek heeft een grote mate van beleidsrelevantie, omdat het in een relatief exacte mate oorzaken aanwijst en soms zelfs voorspelbaarheid belooft. Het hanteren van een algemeen verklaringsmodel dat de wetmatigheden tussen regels en gedrag vastlegt en het zoeken of vervolmaken van een dergelijk model, is in verschillende varianten terug te vinden in bijvoorbeeld de positivistische rechtssociologie, de rechtseconomie en in de ‘mainstream’ beleidswetenschappen, waaronder ook de wetsevalutiestudies worden begrepen.

2.1 Sociologische en economische varianten

In het verklaringsmodel in de positivistische rechtssociologie, dat vooral in Amerika gangbaar is, keren een aantal vaste relaties terug: normconform gedrag is de resultante van kennis van de norm, zwaarte van de sanctie en grootte van de pakkans. Met deze basisstructuur wordt vervolgens ‘geëxperimenteerd’. Bijvoorbeeld Opp gebruikt dit model, maar vult het aan met de variabelen ‘concurrerende normatieve oriëntaties’ en ‘beloning van deviantie’.⁹ In het interdisciplinair onderzoek naar rechtshandhaving in de visquotering van Vervaele en anderen wordt het model ook gebruikt, maar hier is het uitgebreid met variabelen zoals bijvoorbeeld ‘traditionele houding van vissers’ en ‘sociaal-economische restricties’.¹⁰ Onderliggend uitgangspunt van dergelijke rationale modellen is een zeker utilitarisme. Het individu weegt vanuit zijn eigen doelstellingen ‘verleiding’ en ‘straf’ tegen elkaar af voor het bepalen van zijn gedrag. De variabelen van gedrag worden doelrationeel uitgelegd. Een zwaardere sanctie of een grotere pakkans bijvoorbeeld, zullen leiden tot aanpassing van gedrag.

Veel modellen zijn verfijnd uitgewerkt. Sociaal-culturele invloeden worden in toenemende mate meegenomen. Hierboven is al gewezen op concurrerende normoriëntaties of een traditionele houding onder vissers. Deze variabelen vormen normatieve beweegredenen en zijn derhalve geen zuivere rationale motieven voor

⁸ Dagevos 1994.

⁹ Opp 1973.

¹⁰ Vervaele e.a. 1990, pp. 171-172.

De epistemologie van de toeschouwers op (sociaal-economisch) recht

individueel gedrag. Maar uiteindelijk worden wel steeds alle variabelen naast elkaar ingebracht in een utilitaristisch model. Het individu weegt bijvoorbeeld een economisch voordeel tegen de geldende tradities. Hoewel de genoemde motieven herkenbaar zijn voor individueel handelen, is het wel een vraag of verschillende soorten waarden, gewoonten en normen 'afweegbaar' zijn. Het zou bijvoorbeeld ook kunnen dat men economisch voordeel niet afweegt tegen gangbare gewoontes, maar dat bijvoorbeeld deze gewoonte *bepaalt* of men ergens wel of geen economisch voordeel inziet.

Het utilitaristisch denken en het rationele mensbeeld liggen ook ten grondslag aan het uit Amerika overgewaaide 'Law and Economics' (bij ons: rechtseconomie). De dominante stroming in de rechtseconomie, de Chicago-school, baseert zich op het neo-klassieke economische model waarin de homo economicus naar een maximalisatie van behoeftebevrediging streeft. Rechtsregels of complexen van rechtsregels, die 'rechtsinstellingen' worden genoemd, worden binnen dit model gebracht. Daarvoor zijn verschillende mogelijkheden. Rechtsregels kunnen bijvoorbeeld opgevat worden als instrumenten voor de benodigde transacties tussen individuen om ieder voor zich en/of tezamen tot nutsmaximalisatie te komen. Het maken van regels en wetten is ook te operationaliseren als middel om onderlinge transactiekosten te minimaliseren.¹¹ Men hoeft bijvoorbeeld geen geld of goed te ruilen voor een ander goed als de wet verplicht tot afgifte. Door de regels als kosten of baten mee te wegen in het totale individuele afwegingsproces dat tot een bepaald individueel gedrag zal leiden, is te verklaren waarom de regel wordt nageleefd of juist wordt overtreden. Naast deze verklarende analyses zijn er ook voorspellende analyses. Door een beoogde rechtsregel in het model te plaatsen en te bewerken tracht het de te verwachten effecten te doorgronden.¹²

Door de exactheid van de verklaringen en zelfs voorspellingen van het universele rationele model lijkt de kennis die het instrumentalisme aanlevert voor beleidmakers toepasbaar. Toch ondervindt het instrumentalisme aanzienlijke kritiek in de literatuur omdat de exactheid bereikt zou worden door een selectieve abstrahering van de werkelijkheid. Deze methode zou zijn zuiver cognitief-analytisch gehalte verliezen, omdat het weliswaar niet zo zoals de rechtswetenschap feiten waarneemt om er rechtsregels op toe te kunnen passen, maar wel feiten waarneemt om er een wetmatig verklaringsmodel op toe te kunnen passen. De hoofdmoot van kritiek beslaat twee aspecten.

11 Zie Van den Bergh 1991.

12 Zie Van den Bergh 1991, pp. 16 e.v.; Backhaus 1991, p. 107.

Hoofdstuk 3

Ten eerste wordt aangevoerd dat niet kan worden volgehouden dat de overheid of andere instanties die de regels uitvaardigen, buiten of boven de maatschappij staan. De wetgever, zo stelt de kritiek, kan niet als 'one collective mind' worden opgevat die rationele eenduidige doelen en middelen hanteert.¹³ Er is geen archimedisch punt waaruit de overheid stuurt. De overheid of wetgever is feitelijk een heterogeen agglomeraat dat aan dezelfde krachten blootstaat als de samenleving als geheel, waarvan het deel uitmaakt.¹⁴ Dat maakt dat de overheidsdoelstellingen waaraan de effectiviteit wordt afgemeten pluriform, diffuus, veranderlijk, onvolledig of symbolisch zijn.¹⁵ De positivistische onderzoeker moet impliciet 'de feiten' aanzienlijk bijstellen en vereenvoudigen om de vage en veranderlijke doelstellingen als eenheid in te brengen in zijn model.

Dit beeld van de overheid als homogeen diener van het algemeen belang, wordt wel gepareerd door bepaalde alternatieve benaderingen in bijvoorbeeld de rechtseconomie. De bekendste is de 'Public Choice'-benadering van James Buchanan die als relativering geldt van de postulaten van de Chicago-school.¹⁶ In deze benadering wordt het rechtseconomisch model ook toegepast op de wetgever zelf. De optiek van het individueel doelrationeel handelen wordt echter niet verlaten. Het model van economische nutsmaximalisatie wordt overgeheveld naar de publieke sector. Politici worden daarin geconcipieerd als 'rent seekers' die hun nut in de vorm van stemmenwinst, meer geld voor publieke organen of bescherming van bijzondere belangen trachten te maximaliseren. Hoewel dergelijke overwegingen een reëel gegeven zijn in elk sociaal proces, lijkt het te betwijfelen of dergelijke motieven een uitsluitende rol spelen. Het lijkt te ver te gaan om de totale rechtsvorming te beschouwen als werktuig in de handen van 'rent seekers'.¹⁷ Dat zou impliceren dat ook de rechtsvorming door rechters te verklaren is door hun streven naar economische nutsmaximalisatie. Bijvoorbeeld het empirisch onderzoek van Bruinsma naar de werkwijze van de Hoge Raad onderschrijft dit geenszins. Opvallend is juist de dominante juridische rationaliteit die leidt tot een abstracte, nauwkeurige en consistente werkwijze vanuit de rechtsdogmatiek.¹⁸

Als tweede belangrijke kritiekpunt geldt het 'atomistisch' mens- en maatschappijbeeld dat aan het instrumentalisme ten grondslag ligt. Het individu wordt geacht in relatieve vrijheid zijn rationele afwegingen te maken. Dat gaat op een enigszins mechanische wijze waardoor wetmatigheden zouden kunnen optreden

13 Bijvoorbeeld Wildavsky 1979.

14 Griffiths 1990, m.n. p. 30.

15 Herweyer 1981.

16 Zie Mackaay 1991, p. 1516; Van den Bergh 1991, pp. 24-25.

17 Zo ook Farber en Frickey 1991.

18 Bruinsma 1988.

De epistemologie van de toeschouwers op (sociaal-economisch) recht

tussen bepaalde exogene factoren en gedrag. Een irrationele doorwerking van de sociale en culturele context waarbinnen het individu handelt, wordt uitgesloten. “Men ziet wel het individu in de samenleving, maar niet of nauwelijks de samenleving in het individu.”¹⁹ Er is weinig oog voor “sociale gehelen”²⁰ die tussen de wetgever en het individu in kunnen staan. Dat wil zeggen maatschappelijke structuren, instituties en collectieven waarbinnen individuen zich bevinden en die het handelen kunnen beïnvloeden.²¹ Teubner meent bijvoorbeeld, dat ondanks een psychische kennis van een norm, een ‘sociale’ bekendheid met de norm binnen de groep waarin de actor zich bevindt kan ontbreken. Dit omdat de norm op dit structurele niveau niet herkend, gecommuniceerd of gethematiseerd wordt.²² Een dergelijke stelling wordt bevestigd door bijvoorbeeld onderzoek naar de invloed van bedrijfscultuur op het gedrag van individuele werknemers. Hier wordt zelfs wel gesproken van een ‘collectieve programmering’ van de betrokkenen.²³

De conclusie lijkt te zijn dat de praktische bruikbaarheid van het instrumentalistisch perspectief voor toepassing in het wetgevingsproces gerelativeerd wordt door de daarvoor noodzakelijke versimpeling en reductie van de werkelijkheid. Op rechtsterreinen die in bepaalde mate ‘geëconomiseerd’ zijn, zoals bijvoorbeeld het verzekeringsrecht, kunnen instrumentalistische analyses van nut zijn. Op andere terreinen doet de economische conceptie van het gedrag soms wereldvreemd aan. In die gevallen lijkt eerder sprake van het omruilen van het abstraherend juridisch wereldbeeld voor een ander abstraherend economisch wereldbeeld.

Een aardig voorbeeld hiervan vormt de discussie tussen Loenen en Renes over het verzwijgen van zwangerschap bij sollicitatie.²⁴ Renes stelt dat het verzwijgen van zwangerschap economisch begrepen moet worden als een vergroting van de onzekerheid van de werkgever of hij zijn investering in werving en training wel op tijd terug kan verdienen. Vervolgens zal de werkgever om deze onzekerheid te verminderen, het risico afwentelen door het stellen van hogere eisen aan vrouwen, zo meent Renes.²⁵ Om deze discriminatie te voorkomen stelt zij voor de vrouwen zelf de wervingskosten te laten betalen. Loenen reageert hierop met te stellen dat als dit alles zo mocht zijn, het niet rechtvaardig is vrouwen de lasten te laten dragen van het discriminatoir gedrag van werkgevers.²⁶ Renes antwoordt dat zij slechts

19 Aldus Silvis 1990, p. 66.

20 Silvis 1990, p. 63.

21 Zie ook Peper 1987, p. 262, nt. 25; Griffiths 1990.

22 Teubner 1991, p. 7.

23 Onder andere Hofstede 1986 en Haasnoot 1989.

24 In NJB 1991, pp. 404-405 en 903-904.

25 NJB 1991, p. 404.

26 NJB 1991, p. 903.

Hoofdstuk 3

‘constateert’ en ‘gevolgen bestudeert’ en dat dit los staat van rechtvaardigheid. Wat de korte discussie duidelijk maakt, is dat Renes een economische conceptie hanteert en Loenen een juridische. Beide berusten op vooronderstellingen. Loenen gaat uit van normatieve en morele beïnvloeding van werkgeversgedrag. Renes gaat uit van economische beïnvloeding waarbij werkgevers alleen zouden handelen op grond van calculatie. Het vormen beide reconstructies, al suggereert Renes dat zij ‘objectief’ constateert. Hier verschaft de economische wetenschap geen zuiverder beeld, maar alleen een ander beeld dan de rechtswetenschap.

De bij nader inzien beperkte waarde van de economische analyse van wetgeving voor de wetgever zelf, wordt door veel economen wel aanvaard. Van den Bergh wijst er op dat de bruikbaarheid van het model in het verklarend of voorspellend gehalte ligt, en niet in zijn aantrekkelijkheid als normatief richtsnoer.²⁷ Dat is echter niet zo eenvoudig als het klinkt. Moet de wetgever dan op normatieve gronden tot rechtvaardige wetgeving besluiten waarvan de rechtseconomie voorspelt dat de norm ondoelmatig is en derhalve geen praktische effecten zal hebben?

2.2 Beleidswetenschappelijke variant

De beleids- of bestuurswetenschappen (verder: beleidswetenschap) is een relatief nieuwe discipline. Het gaat om een samenballing van politicologie, economie en sociologie, die zich in de jaren zestig in Amerika heeft ontwikkeld. De opkomst van het fenomeen ‘beleid’ in de moderne staat is te omschrijven als het streven naar rationele beheersing en sturing van sociale activiteiten. Dit nodigt uit tot de bundeling van wetenschappelijke kennis die van nut is voor de praktijk van overheidsbeleid in de moderne samenleving.²⁸ De nadruk op beleidsrelevante kennis zorgt aanvankelijk voor een sterke ontwikkeling van het instrumentalistisch model. Vertrekpunt zijn wederom de overheidsdoelstellingen. Via schema’s van doel-middelrelaties wordt getracht effecten te verklaren of te voorspellen. Het model leent zich voor een ‘engineering’ van beleid, waarop bijvoorbeeld de organisatie- kunde, bestuurskunde of milieukunde zich toelegt.²⁹

Waar in de sociologische en economische variant vooral de verklaring en voorspelling van het gedrag van individuele actoren in de samenleving centraal staat, gaat in de beleidswetenschap de aandacht uit naar vooral de vorming van beleid of wetgeving binnen het bestuurlijk systeem, het zogeheten beleidsproces. Deze beleidsvorming wordt binnen het instrumentalisme opgevat als een rationeel proces dat chronologisch is onderbroken door besluitvormingsmomenten. Deze momenten

27 Van den Berg 1991, p. 17.

28 Simonis en Lehning 1987.

29 Simonis en Lehning 1987, pp. 9-10.

De epistemologie van de toeschouwers op (sociaal-economisch) recht

kunnen bijvoorbeeld zijn: analyse van het probleem, ontwikkeling van alternatieven, berekening van de effecten van alternatieven en, tot slot, keuze van het beste alternatief.³⁰

Tegen dit model worden over het algemeen dezelfde bezwaren geuit als boven al zijn beschreven. Er is weinig ruimte voor de invloeden van de historische, politieke en culturele context. De overheid wordt gepercipieerd als homogene actor, verheven boven alledaagse maatschappelijke krachten, en er vinden onderlinge calculaties van subjectieve waarden plaats.³¹ Deze waarneming lijkt te reductionistisch. Een beleidsproces is in werkelijkheid eerder een doorlopend iteratief proces. Doelen, middelen en uitvoering worden onderweg steeds weer bijgesteld. Alternatieven worden soms al voor de analyse aangedragen en binnen het proces handelen meerdere beleidsactoren tegelijk die niet per definitie dezelfde doelen voor ogen hebben.

Het beleidsproces zoals dat bestudeerd wordt, beperkt zich grotendeels tot wat zich afspeelt op bestuurlijk niveau. Voor de cognitie van de doorwerking van sociaal-economische wetgeving in de maatschappij zijn de effecten van beleid van belang. Hiermee houdt het veel bescheidenere terrein van de beleidsevaluatie zich bezig. Onderscheid wordt doorgaans gemaakt tussen het verklaren van effecten (ex post-evaluatie) en het trachten te voorspellen van effecten (ex ante-evaluatie). Het evaluatieonderzoek wordt in het instrumentalistisch perspectief voorgesteld als het controleren van het rationale beleidsschema. Dat wil zeggen, het achteraf of vooraf doorlopen van de probleemanalyse, het ontwerpen van beleidsalternatieven, de berekening van vermoedelijke effecten en neveneffecten en de prioritering van alternatieven.³² Omdat het beleidsproces grotendeels op papier geschiedt, lijkt controle op de consistentie van de analyse en de voorgestelde alternatieven goed mogelijk. Moeilijker lijkt het onderdeel van 'de berekening van effecten'. Hiervoor grijpt men over het algemeen terug naar het sociologische, economische of technologische onderzoek.³³ Dat houdt in dat voor *empirisch* onderzoek naar de doorwerking van beleid in de samenleving, de beleidswetenschap als zodanig geen specifieke meerwaarde lijkt te bieden. Daarenboven wordt weinig aandacht geschonken aan de factor wetgeving als instrument van beleid in de reguliere literatuur.

Begin jaren tachtig komt hier echter enige verandering in. Specifieke wetsevaluatie vormt een nieuw terrein binnen de beleidsevaluatie. Tot dat moment

30 Vgl. Hupe 1987, p. 209; Simonis en Lehning 1987, p. 11.

31 In reactie hierop zijn alternatieve benaderingen ontstaan in de beleidswetenschap, zie § 4.

32 Becker 1987, p. 117.

33 Vgl. Becker 1987.

Hoofdstuk 3

bevorderde de instrumentele optiek dat wetgeving niet meer dan het juridische 'jasje' was waarin een materieel beleidsinstrument wordt gegoten. Eind jaren zeventig geeft de overheid echter zelf de impuls tot wetsevaluatie.³⁴ Wetsevaluatie kent verschillende vormen. Evaluatie op een incidentele basis vindt bijvoorbeeld plaats naar aanleiding van Kamervragen. Meer structurele evaluatie geschiedt bijvoorbeeld door de Raad van State (ex ante) of de Algemene Rekenkamer (ex post). De wetenschappelijke systematische evaluatie is echter nog pril. Er is nog weinig theorievorming.³⁵ Tussen 1980 en 1987 blijkt sprake van 39 wetsevaluatieve projecten. Het betreft wetenschappelijk en niet-wetenschappelijk onderzoek uitgevoerd door ambtenaren, belangengroepen, commerciële onderzoeksbureaus en universitaire instellingen.³⁶ Naast in de minderheid van gevallen een wetstechnische evaluatie, dat wil zeggen een rechtswetenschappelijke beoordeling,³⁷ gaat het vooral om het verzamelen van meningen van betrokkenen en enkelvoudige feiten.

In de meeste literatuur over wetsevaluatie wordt naast een effectenanalyse een juridische analyse aanbevolen.³⁸ Hoe een dergelijke juridische wetstechnische analyse moet aansluiten op de sociaalwetenschappelijke analyse blijft een probleem. Het theoretische model voor wetsevaluatie is vooralsnog een optelling van op zichzelf staand bestuurskundig, sociaalwetenschappelijk en juridisch onderzoek. Snellen wijst uitgebreid op dit probleem van de onderlinge incoherentie van de verschillende disciplines.³⁹ De conclusies binnen elk van de disciplines zijn moeilijk op één lijn te brengen. Snellen stelt voor dit op te lossen door de één als randvoorwaarde voor de ander te nemen.⁴⁰ Er wordt daarmee een soort van pareto-efficiëntie nagestreefd: het bereiken van een punt waarin het niet meer mogelijk is toe te geven aan rationaliteit X, zonder dat het ten koste gaat van rationaliteit Y en vice versa. Het probleem blijft mijns inziens echter toch, dat de onverenigbaarheid van de disciplines voortvloeit uit het feit dat men feiten altijd concipieert vanuit een zeker perspectief. Als het niet mogelijk is boven de bestaande rationaliteiten uit te stijgen, wordt ook het punt van pareto-efficiëntie geconcipieerd

34 Met opdrachten tot evaluatie van bijvoorbeeld de Wet universitaire bestuurs Hervorming, Wet algemene bepalingen milieuhygiëne, Wet openbaarheid van bestuur en Wet ketenaansprakelijkheid; hierover Tetteroo 1981 en Andriessen e.a. 1987.

35 Oosting 1987, p. 29.

36 Winter, Scheltema en Herwijer 1990.

37 Een uitzondering is bijvoorbeeld Jaspers en Van Norel 1989. Vijftien van de vierendertig door de Winter e.a. (1990) onderzochte wetsevaluatie-projecten kennen echter geen juridische analyse.

38 Bijvoorbeeld Winter e.a. 1990; Oosting 1987, pp. 38-39; Snellen 1987a, p. 51.

39 Snellen 1987a en 1987b.

40 Snellen 1987a.

De epistemologie van de toeschouwers op (sociaal-economisch) recht

vanuit een bepaald perspectief. Als dit vervolgens door de verschillende disciplines verschillend gedefinieerd zou worden, is men terug bij af.

3 Het distantief perspectief

In wat ik zal noemen het distantief perspectief op de werking van recht, wordt afstand genomen van het instrumentalistisch denken. Schrijvers binnen dit perspectief benadrukken dat wanneer men de doeleinden van de gezagsdragers tot vanzelfsprekend uitgangspunt maakt, de rechtsnorm niet veel meer betekent dan een bevel gericht aan het individu.⁴¹ Het instrumentalistisch denken verleidt zo tot een vorm van 'social engineering'. Daarin ligt het gevaar besloten dat recht al snel tot een socio-techniek wordt, waarin het de juristen slechts rest om behept met sociale kennis als monteurs aan het recht te sleutelen.⁴² De intrinsieke waarden van recht schuiven daardoor steeds meer naar de achtergrond, de maatschappij wordt tot object verklaard en de wetenschap tot het laboratorium dat uniforme modellen ontwerpt waarin de condities zijn vastgelegd voor het succesvol opereren van recht in de sociale werkelijkheid.⁴³

In reactie op dit socio-technisch denken wordt daarom voorgesteld dat de sociale wetenschappen hun eigen vraagstellingen tot uitgangspunt moeten nemen en niet die van de overheid of rechtswetenschap.⁴⁴ Wat de jurist en de politicus van de sociale wetenschappen verwachten, zo wordt gesteld, is feitelijk een soort hulpwetenschap die voor juristen en politici bruikbare kennis aanlevert ter verbetering van het rechtssysteem. De na-oorlogse rechtssociologie oriënteert zich echter niet op een theorie ten behoeve van recht maar over recht.⁴⁵ Dat wil zeggen, het bestudeert in theoretische en empirische zin onderdelen van het recht als sociaal verschijnsel.

Dezelfde gedachtengang doet zich voor als alternatieve stroming in de beleidswetenschap, die het wetgevingsbeleid wil bestuderen als 'een onderdeel van een groter maatschappelijk proces'.⁴⁶ Het recht, wetgeving en wetgevingsbeleid als sociaal verschijnsel zijn object van onderzoek in zichzelf, los van de bedoelingen van wetgevers. Verschillende benaderingen zijn hierin weer mogelijk, van welke

41 Griffiths 1990, p. 29.

42 Teubner 1984a, p. 327.

43 Aldus Schuyt 1985.

44 Abels 1973; Ietswaart 1988; Griffiths 1990.

45 Schuyt 1971, pp. 25 en 65.

46 Simonis en Lehning 1987, p. 16.

Hoofdstuk 3

hieronder de invalshoeken van het recht als sociale institutie en als sociaal discours worden besproken.

3.1 Recht als sociale institutie

Een institutie is te omschrijven als een gestandaardiseerde interactieketen, oftewel een stabiel complex van historisch en cultureel bepaalde verwachtingen en handelwijzen. In het institutionele wetenschapsperspectief bestudeert men de rollen, werkwijzen en het inherente normen- en waardenstelsel van instituties en hun actoren, zoals het recht en de rechters, advocaten, politici, ambtenaren, uitvoeringsorganen et cetera.

De wijze waarop het recht als institutie onderzocht wordt, kan met verschillende methoden geschieden, zodat een zekere overlap met het rationalisme mogelijk is. Hoe rechters of politici werken, is uiteraard ook positivistisch te bestuderen. Vaker echter gaat de verschuiving van aandacht naar de specifieke historische en institutionele context van wetgeving samen met een ander paradigma. Nadruk op historisch-culturele structuren en gehelen brengt twijfel naar boven over het postulaat van de individuele rationele wil. Op grond hiervan wordt het rationalisme vervangen door een meer hermeneutische benadering. Hierin staan beschrijving en begrip van sociale verschijnselen door vooral interpretatieve onderzoeksmethoden centraal, in plaats van deductieve analyses gericht op verklaring en voorspelling.

Binnen deze meer contextuele benadering van recht die vooral in de Nederlandse sociologie is uitgewerkt, is veel empirisch onderzoek gedaan naar de werkwijze, functies en waardenstelsels van de wetgever, de rechterlijke macht, de rechtshulpverlening of het rechtsproces.⁴⁷ De invloed van sociale machtsverhoudingen en belangenconstellaties op de vorming en werking van de wet en het recht krijgt veel aandacht. Door niet te verklaren maar vooral te beschrijven hoe het recht en het rechtsbedrijf 'in werkelijkheid' functioneren, wil de rechtssociologie vooral de onmogelijkheid van het recht als sturend middel van sociale verhoudingen duidelijk maken.⁴⁸ De rechtswetenschap moet het doen met vooral een 'negatieve' of 'sceptische' functie van sociaalwetenschappelijk onderzoek, aldus één van zijn beoefenaren.⁴⁹ De rechtssociologie levert geen kennis op, op grond waarvan de rechtsvormer vervolgens kan handelen. Schuyt meent dat kennis van de sociale werkelijkheid geen "automatisch antwoordapparaat op de problemen van recht" is.⁵⁰

47 Onder andere Aubert 1971, Galanter 1974, Schuyt en Groenendijk 1976, Bruinsma 1988.

48 Zie Raes 1991, p. 212.

49 Hoekema 1979, p. 869.

50 Schuyt 1983, p. 119.

3.2 Recht als discours

3.2.1 De algemeen linguïstische benadering

In de recentere sociaalwetenschappelijke theorievorming wordt de principiële onoverbrugbaarheid van sociale kennis naar bijvoorbeeld juridische kennis alleen maar verder geproblematiseerd. Getwijfeld wordt aan de tot dan toe gehanteerde methode om een beschrijving te geven van ‘de’ werkelijkheid van menselijk gedrag en samenleving afgezet tegen de enigszins naïef beoordeelde juridische abstracties. De vraag is of de sociaalwetenschappelijke waarneming van feiten niet evenzeer een abstractie of reconstructie is. Onder invloed van de Franse taalfilosofen gaat veel aandacht uit naar de invloed van de taal op de perceptie van de werkelijkheid die ontologische kennis van de wereld uitsluit. Men onderzoekt de autonome werking van verschillende linguïstische domeinen (‘discoursen’), zoals ook het recht kan worden opgevat. Contextanalyse wordt tekstanalyse. Problemen van recht en wetgeving worden niet meer op sociale empirische aspecten, maar tot intra-juridische tekstuele aspecten herleid. Raes onderscheidt hierin een tweetal benaderingen.⁵¹

In de eerste benadering staat het recht als retorisch arsenaal centraal. Recht is een totaliteit aan mogelijkheden om voor bepaalde fora bepaalde zaken te beargumenteren en te bepleiten.⁵² Een Nederlands voorbeeld is het onderzoek van Witteveen, Van Seters en Van Roermund. In hun bundel worden verschillende wetten op hun retorische functie (daar ‘symboolwerking’ genoemd) onderzocht. Deze functie van wetgeving kan, aldus de auteurs, bestaan uit bijvoorbeeld het structureren van een maatschappelijk debat, het verschaffen van oriëntatiepunten, appelleren aan of motivator zijn voor bepaalde sociale acties, politieke compromissen herbergen of illusies vestigen.⁵³

In de tweede tekstuele benadering van recht wordt de geslotenheid van het recht benadrukt en de autonomie van het juridisch discours. Het recht wordt bepaald door een totaliteit van ‘intertextualities’ die niet eenvoudigweg instrumenteel te manipuleren zijn.⁵⁴ De juridische taal heeft een eigen dynamiek die de werkelijkheid structureert en er identiteit aan verleent. Het recht is dan ook geen afspiegeling van een gegeven ontologische werkelijkheid, maar vormt een eigen betekenisvolle werkelijkheid. Het juridische discours is dan ook alleen van binnenuit te begrijpen.⁵⁵ Men stelt de teksten uit het discours centraal en tracht door een bijzondere interpretatiemethode (‘deconstructie’) de premissen van het betekenis-

51 Raes 1991.

52 Goodrich 1984.

53 Witteveen, Van Seters en Van Roermund 1991, m.n. pp. 1-13.

54 Jackson 1985.

55 Bijvoorbeeld Derrida 1979; hierover Van den Oord 1994.

Hoofdstuk 3

systeem te achterhalen.⁵⁶ Het betreffend onderzoek is van een hoog abstract gehalte. Dit en het feit dat het zich door de aandacht voor alleen taal volledig loskoppelt van de materiële wereld, ontmoet kritiek.⁵⁷

3.2.2 *Feministische linguïstische benadering*

In Nederland dringt het taalfilosofisch denken toegepast op het recht vooral door tot de feministische beoefening van de rechtswetenschap van de laatste jaren.⁵⁸ Op abstract-deductieve wijze worden het juridisch gelijkheidsbegrip, het werknemersbegrip en andere rechtsbegrippen taalfilosofisch geanalyseerd, om zo de verborgen machtswerking te onderzoeken die het benoemen en definiëren van de werkelijkheid in zich heeft. De definities kunnen een, wat genoemd wordt, ‘gender-lading’ hebben, bijvoorbeeld doordat de begrippen uitgaan van een dichotome oppositie waarin de ‘mannelijke’ belevingswereld impliciet de norm is.⁵⁹ Het recht zou daarom soms maar één verhaal van de werkelijkheid vertellen en geen ruimte bieden aan andere percepties.

Hoewel de jurist zich over het algemeen niet snel aan sociaalwetenschappelijk onderzoek waagt, biedt de tekstanalyse als verrassende gemeenschappelijke noemer van de linguïstische benadering en de juridische methode een hanteerbare onderzoeksmethode.⁶⁰ Toch is de gemeenschappelijke noemer tegelijkertijd ook de beperking van de linguïstische benadering. Evenals in de juridische dogmatiek wordt de tekst met name in zichzelf ontleed en begrepen. De verbanden met de materiële wereld zijn slechts moeizaam te leggen. De basisgedachte van de linguïstische benadering is nu juist dat de samenleving bestaat uit verschillende ‘taalspelen’ (politiek, ethiek, recht, wetenschap, et cetera), waarin woorden uitsluitend begrepen kunnen worden binnen de eigen taalcontext. De ‘taalspelen’ zijn derhalve ontoegankelijk voor elkaar. Koen Raes constateert dat ondanks deze scheidslijnen tussen tekstuele werkelijkheden, het toch niet is vol te houden dat alle maatschappelijke werkelijkheid tot tekst herleidbaar is.⁶¹ Het is een verdienste van

56 Over deze methode bijvoorbeeld Vasterling 1983 en Van den Oord 1994.

57 Zie de kritische discussie tussen Van den Oord en Van Klink, *Nemesis* 1993, 3 en *Nemesis* 1993, 6, pp. 207-211.

58 Zie bijvoorbeeld Gunning 1985a en 1985b; Holtmaat 1988 en 1990; Ferweda, Goldschmidt en Tigchelaar 1991; Van den Oord 1991 en 1994.

59 Voor meer uitleg onder andere Goldschmidt 1993 en Van den Oord 1994, pp. 68-81.

60 Wat niet wil zeggen dat er geen onderlinge discussie is of de jurist wel voldoende inzicht heeft in de taalfilosofische discipline. Bijvoorbeeld Van den Oord meent dat veel feministische tekstuele analyse eerder verborgen ideologiekritiek vormt waarin het recht als vals bewustzijn wordt opgevat van een weliswaar pluriforme maar toch ontologisch kenbare werkelijkheid (1991, p. 22; 1994, pp. 68-81).

61 Behalve uit geschreven teksten omvat de maatschappij bijvoorbeeld ook materiële communicatieve praktijken zoals het spreken en handelen, hierover Koen Raes 1991, p. 214.

De epistemologie van de toeschouwers op (sociaal-economisch) recht

de taalfilosofie de eigen dynamiek van een discours en de constitutieve werking daarvan op de perceptie van de werkelijkheid te verduidelijken. Maar is de meest interessante vraag niet juist, hoe ondanks dat toch aaneenschakelingen tussen verschillende maatschappelijke discourses, zowel in hun tekstuele als materiële dimensie, mogelijk zijn?

Deze verbinding wordt ook in de feministische rechtstheorie als problematisch ervaren.⁶² Juridische vrouwenstudies legt zich steeds meer toe op het doorgronden van concepten en argumentatiestructuren in de juridische dogmatiek vanuit een geëngageerd standpunt. Hoewel op zichzelf inzichtelijk, blijkt voor het leggen van relaties tussen de tekstuele analyses en het praktisch juridisch-normatief handelen voornamelijk geen theoretisch oriëntatiepunt voorhanden. Omdat de jurist geen jurist is zonder zich af te vragen hoe de analytische kennis in juridisch-normatieve keuzen vertaald moet worden, wordt voor het leggen van verbanden met de praktische rechtsvorming tot nu toe voornamelijk teruggegrepen op pragmatisme.⁶³

4 Het 'gemengd' perspectief

Het derde onderzoeksperspectief dat kan worden onderscheiden, moet tussen het instrumentalistische en het distantieve perspectief in worden geplaatst. De distantie gaat niet zo ver dat het recht, de institutionele groepen in het rechtsbedrijf of de rechtsteksten zuiver als een op zichzelf staand sociaal of tekstueel verschijnsel worden bestudeerd. Met het instrumentalisme deelt men een teleologische interesse voor de effecten die recht en wetgeving uiteindelijk sorteren. Daarbij worden de overheidsdoelstellingen en de wettelijke regels echter niet als gegevens beschouwd. Er is sprake van een brede invalshoek, die inhoudt of het recht tot sociale verandering kan leiden.⁶⁴ Hoewel derhalve geïnteresseerd in effecten en gevolgen van wetgeving, wordt niet uitgegaan van een top-down model van regulerende wetgeving.⁶⁵ In plaats daarvan wordt veelal vanuit een meer hermeneutische benadering onderzoek gedaan. Dit houdt in dat men van 'onderaf' op grond van observaties binnen de te reguleren sector probeert te doorgronden wat voor materiële betekenis wettelijke regels daar hebben.

62 Vgl. Goldschmidt 1994, pp. 167-176.

63 Bijvoorbeeld Pessers (1988) die een pragmatische strategie openlijk bepleit. Zie ook Van den Oord die aan het slot van haar deconstructivistisch betoog min of meer stelt dat de juridische 'vrouwenstrijd' gewoon door moet gaan, ondanks dat zij even daarvoor de zienswijzen daarvan onderuit haalt (1991, p. 20).

64 In deze traditie bijvoorbeeld Evan 1965, Podgorecki 1967, Selznick 1969, Moore 1973.

65 Zie onder meer Moore (1973) voor de sociale wetenschappen en onder meer Van Vught (1987) voor de beleidswetenschappen.

Hoofdstuk 3

De centrale vraag van dit type van onderzoek is tamelijk open. De interesse gaat uit naar wat er precies heeft plaatsgevonden na bepaalde rechtsinterventies in een bepaalde sociale sector. Of zoals Griffiths het formuleert: “Wat is het verschil geweest?”⁶⁶ De onderzoeksvragen in het instrumentalisme zijn veelal meer gesloten. Daar wil men weten of het maatschappelijk gedrag al dan niet conform de wettelijke doeleinden is veranderd. In de beleidswetenschappen vinden we een soortgelijke tussenbenadering, daar ‘goal-free evaluation’ geheten.⁶⁷ Ook kan worden gewezen op de alternatieve onderzoeksmodellen van Etzioni en Lindblom.⁶⁸ Hoewel modellen uit de vroege beleidswetenschap, worden de premissen van het rationalistisch instrumentalisme reeds daarin bekritiseerd. Lindblom spreekt van beleidsvorming door een veelheid van actoren met verschillende doelstellingen als een proces van ‘doormodderen’. Het is wel mogelijk voor beleidsactoren de volgende stap te overzien, maar niet de totale weg die het beleid zal moeten gaan tot en met zijn realisering. Ik laat deze beleidswetenschappelijke perspectieven verder terzijde. In onderzoek zijn ze zelden op de werking van het recht betrokken.

Het sociologische rechtsonderzoek dat tot het gemengd onderzoeksperspectief zou mogen worden gerekend, hanteert voor het grootste deel een systeemtheoretische invalshoek.⁶⁹ Politiek, recht en wetgeving aan de ene kant en de maatschappelijke sectoren die met regulering te maken krijgen aan de andere kant (bedrijven, gezondheidszorg, ambtelijke uitvoeringsorganisaties, et cetera), worden ieder op zich als een deels autonoom subsysteem opgevat. Elk subsysteem heeft een zekere afweer tegen inmenging van buitenaf, kent zijn eigen structuren, informele regels en heeft een eigen perceptie van de werkelijkheid. De doordringing van formele regels in een dergelijk subsysteem is daarmee niet vanzelfsprekend.

Problemen met regulering worden beschreven en begrepen door bijvoorbeeld de ‘mismatch’ aan te tonen tussen de doelen, uitgangspunten en werkelijkheidsbeelden in het politiek-juridisch complex en in het te reguleren sociale complex. Een voorbeeld is het onderzoek van Selznick.⁷⁰ Het onderzoek is behoorlijk gedateerd, maar geeft wel goed het onderzoeksstramien aan dat in het sociologisch onderzoek kan worden gevolgd. Selznick maakte een analyse van de onderliggende concepten van het Amerikaans ondernemingsrecht en arbeidsrecht aan het einde van de jaren zestig. Het Amerikaanse ondernemingsrecht is in Selznicks analyse sterk gericht op het eigendom van de aandeelhouder. Het

66 Griffiths 1990, p. 31.

67 Scriven 1972.

68 Etzioni 1967; Lindblom 1959 en 1968.

69 Zie bij Teubner 1986a, pp. 14 e.v.

70 Selznick 1969.

De epistemologie van de toeschouwers op (sociaal-economisch) recht

Amerikaanse wettelijk arbeidsrecht oriënteert zich uitsluitend op het individuele arbeidscontract. Hiertegenover zet Selznick vervolgens een empirische analyse van de arbeidswereld. Het sociale eigendom van de onderneming ligt in handen van het bestuur en het management. De arbeidsverhoudingen worden bepaald volgens een systeem van arbitrage tussen de werkgevers en vakbonden.⁷¹ Het schort de Amerikaanse wetgeving derhalve, aldus Selznick, aan een 'conceptual readiness' om de empirische structuren en belangen van arbeid en bedrijf voldoende te kunnen begrijpen en reguleren.

Een wat andere benadering, eveneens uitgaand van semi-autonome subsystemen met eigen doelen, interesses en informele regels, is bijvoorbeeld te vinden bij Moore.⁷² In haar optiek worden de oorspronkelijke doelen en betekenissen van wetgeving sterk 'gefilterd' door de bestaande sociale structuren, voordat de regels het individu bereiken. Zij onderzocht onder andere de lokale kledingindustrie in New York. De eigen cultuur, tradities en gewoonten in deze bedrijfstak doorkruisen en verdraaien de oorspronkelijke bedoelingen van wetgeving. Er zijn eigen informele reguleringsmechanismen ontwikkeld. Deze mechanismen kunnen de formele regels buiten de deur houden. Economische afspraken tussen naaiateliers, kledingfabrikanten en verkopers worden bijvoorbeeld niet vastgelegd in geschreven contracten en afgedwongen met behulp van het rechtssysteem, maar worden informeel geregeld en gesanctioneerd op recepties en partijen waar iedereen elkaar kent. Formele regels kunnen ook worden binnengehaald in het sociale subsysteem, maar worden aangewend met andere doelen en effecten dan oorspronkelijk bedoeld is. 'Officials' gebruiken in de kledingindustrie bijvoorbeeld de mogelijkheid van formele controle op arbeidswetgeving als machtsmiddel voor de nakoming van informele afspraken. In Nederland zouden we bijvoorbeeld bij het 'binnenhalen' van wetgeving in een sociaal-economische context met nog andere doelen dan beoogd, kunnen denken aan het opgerekte gebruik van de WAO als afvloeiingsregeling voor werknemers die het hoge arbeidstempo niet kunnen volgen.

Onderzoek naar de invloed van informele regels en sociale subculturen op de concrete betekenis van wetgeving, vinden we in Nederland vooral terug in verschillende onderzoeken naar de ambtelijke regeltoepassing binnen uitvoeringsinstanties.⁷³ Dergelijk onderzoek geeft illustratieve beschrijvingen van hoe abstracte wettelijke regels op 'street level' worden opgevat, geïnterpreteerd en gebruikt. Het relateert de mogelijkheden om van bovenaf door middel van regels te sturen.

71 De Amerikaanse situatie waar het collectief arbeidsrecht een vorm van zelfregulering is van de sociale partners verschilt in deze van de Nederlandse situatie.

72 Moore 1973.

73 Onder andere Knegt 1986, Knegt e.a. 1989, Havinga 1989 en Van Montfort 1991.

Hoofdstuk 3

Doordat het onderzoek grotendeels case-studies beschrijft waaruit wel ‘typen’ van regeltoepassing zijn te distilleren, maar geen breder concept voor de sociale werking van regels, lijkt het toch moeilijk voor de beoefenaren van recht en rechtswetenschap hier op de een of andere manier uiting aan te kunnen geven in het praktische rechtsvormingsproces.

5 Conclusies

Aanleiding voor dit overzicht in vogelvlucht van sociaalwetenschappelijke paradigma’s op recht, was de constatering dat de beoefenaren van recht en rechtswetenschap het eigen perspectief moeilijk kunnen overstijgen. Hierdoor wordt het zicht belemmerd op de werking van het recht buiten het politiek-juridische wetgevingscomplex om. Voor empirische waarneming is de klassiek rechtswetenschappelijke methode ook niet geëigend. Het informatietekort over de effecten van sociaal-economische wetgeving dat door de rechtsbeoefenaren wordt geconstateerd, zo is de algemene visie, zal ingevuld moeten worden met behulp van of in samenwerking met sociaalwetenschappelijk onderzoek. Zoals in de conclusies van het tweede hoofdstuk naar voren kwam, liggen hieraan twee specifieke verwachtingen ten grondslag. Enerzijds gaat het om de verwachting van de rechtsbeoefenaren dat de sociaalwetenschappelijke waarnemingsmethode niet normatief maar analytisch is ingericht, opdat een meer getrouwe afspiegeling van de maatschappelijke werkelijkheid kan worden verkregen dan de rechtswetenschap dat kan. Anderzijds gaat het om de verwachting van de rechtsbeoefenaren dat het onderzoek een zekere juridische en beleidsmatige relevantie kent, opdat de verworven kennis toegesneden is op en bruikbaar in een rechtspolitek domein.

De bovenstaande besproken paradigma’s doen twijfel rijzen of het sociaalwetenschappelijk onderzoek aan bovenstaande verwachtingen wil of kan voldoen. De instrumentalistische onderzoeksstroming staat welwillend tegenover beleidsrelevant onderzoek. Het daarin gangbare rationalistische model levert daarenboven praktische informatie op. Er wordt in ruime mate voldaan aan de genoemde tweede verwachting. Er bestaat echter overtuigende kritiek dat het instrumenteel-rationalistisch model niet voldoet aan de eerste verwachting. Om het wetmatig rationalistisch model vol te houden, zo stelt deze kritiek, is een schetsmatige en reductionistische constructie van de werkelijkheid nodig. Het is alleen door deze verregaande vereenvoudiging dat praktische aanknopingspunten kunnen worden aangereikt, zo wordt gesteld. Dat lijkt erop te wijzen dat de verwachtingen van de beoefenaren wellicht tegenstrijdig aan elkaar zijn. De eerste verwachting berust op de gedachte dat men zo getrouw mogelijke kennis wil van de rechtswerkelijkheid.

De epistemologie van de toeschouwers op (sociaal-economisch) recht

Daarin past niet goed dat de rechtswetenschappelijke methode die feiten vaststelt met het oog op de toepassing van regels, vervangen wordt door een ander wetenschapsmodel dat feiten vaststelt met het oog op de toepassing van een ideaal-typisch consistent sturingsmodel. Dat roept immers de vraag op wat dan nog precies de meerwaarde is van de constructie van feiten volgens dit model ten opzichte van constructie volgens het juridische model. Dit mag zo zijn, de tweede verwachting van de beoefenaar van recht dwingt juist tot wetenschapsconstructie volgens een ideaal-typisch model. De eis van toepasbaarheid vraagt om kennis die volgens een wetmatig model is vastgesteld. Hoe meer een onderzoeksbenadering aldus aan de eerste verwachting voldoet, des te minder wordt voldaan aan de tweede verwachting en andersom.

In de distantieve onderzoeksstroming wordt getracht een pluriform beeld van de complexe sociale werkelijkheid te geven. Het beantwoordt hiermee aan de eerste verwachting. Schrijvers die binnen onder andere deze stroming te plaatsen zijn, geven echter zelf al aan dat de kennis die verzameld wordt niet zodanig geconstrueerd is dat deze naar normatieve wetgevingskeuzen is om te zetten. De rechtssociologie kent zijn eigen vraagstelling en is geen hulpwetenschap van recht. Het komt er op neer dat men aan de verwachtingen van juristen en bestuurders niet zoveel boodschap heeft. Ook de linguïstische benadering is geïnteresseerd in zuivere cognitieve kennis van de werkelijkheid. Uit het gehanteerde paradigma vloeit echter zelf al voort dat cognitie van de werkelijkheid alleen binnen een bepaalde tekstuele context gestalte kan krijgen, waardoor geen ontologische kennis mogelijk is. Dit houdt tevens in dat cognitie buiten haar eigen context geen betekenis heeft, waardoor ook geen uitwisseling mogelijk is tussen de verschillende discoursen zoals bijvoorbeeld wetenschap, politiek en recht. De tweede verwachting van de rechtsbeoefenaren wordt feitelijk theoretisch uitgesloten.

Het 'gemengd' perspectief vormt tot slot een middenweg. Dat lijkt als compromis de meeste aanknopingspunten te bieden. Er is eveneens sprake van een poging tot cognitief-analytische kennis van de rechtswerkelijkheid. Daarnaast bestaat ook een teleologische interesse. Ondanks dat blijft het echter moeilijk om de analytische sociaalwetenschappelijke kennis om te zetten naar normatieve uitgangspunten. Het merendeels beschrijvende karakter van deze studies leidt niet tot een overkoepelende verklarende theorie. Als leidraad voor wetgevingsonderzoek is een scherper en algemener theoretisch concept nodig van de verschillende oorzaken die de werking van regulerende wetgeving zouden kunnen bevorderen of frustreren.

De kern van het probleem van divergerende onderlinge verwachtingen bij de 'arbeidsdeling' in wetenschappelijk onderzoek, is nader beschouwd de onverenigbaarheid van het normatief-dogmatisch en het sociaal-empirisch paradigma. In het instrumenteel-rationalisme tracht men de kloof te overbruggen, maar dat kan niet

Hoofdstuk 3

anders dan door deels toe te geven aan een normatieve structurering van waarneming met het oog op een rationeel (beleids)model. De andere sociaal-wetenschappelijke paradigma's sluiten een dergelijke verbinding expliciet uit of beschrijven maatschappelijke gevolgen van wetgeving zonder de pretentie dat hieruit juridische consequenties getrokken kunnen worden. Dit dilemma speelt ook bij het toenemende interdisciplinair of multi-disciplinair onderzoek. Zoals Snellen constateert, is het grootste probleem de conclusies van afzonderlijk juridisch en sociaalwetenschappelijk onderzoek op één noemer te kunnen brengen. Veel interdisciplinair onderzoek levert een optelling op van goed juridisch en goed sociaalwetenschappelijk onderzoek. De gedwongen compartimentering van beide als gevolg van de verschillende rationaliteiten, lijkt het echter moeilijk te maken de eindconclusies werkelijk te integreren.

Voor de rechtswetenschapper die de bestudering van de juridische effectiviteit van sociaal-economische wetgeving niet los wil koppelen van zijn maatschappelijke gevolgen, ontstaat inmiddels ook een dilemma. De sociaalwetenschappelijke bestudering van wetgeving levert vooral kennis op over hoe het niet moet, maar niet over hoe het wel moet. Indien wordt vastgehouden aan een verdeling van de juridische en sociale werking van wetgeving over de bijbehorende disciplines, lijkt het zonder overkoepelend perspectief niet duidelijk hoe de huidige sociaalwetenschappelijke kennis van praktische waarde kan zijn voor de juridische instrumentering van wetgeving.

De bovenstaande dilemma's zijn aanleiding om in het volgende hoofdstuk een nog onbesproken ander paradigma op de werking van sociaal-economisch recht te introduceren. Het gaat om een ongebruikelijk theoretisch perspectief dat vanaf een heel andere kant insteekt. De theorie heeft bekendheid in de internationale sociologische discussie waar zij overigens zowel geprezen als verguisd wordt. Binnen de rechtswetenschap is deze theorie nog maar weinig bekend. Zij lijkt evenwel ook het bestuderen waard in de rechtswetenschap, omdat het bovengeschetste schisma in de disciplines in feite het hart vormt van de theorie en het er bovendien naar uitziet dat het meer in het belang van de rechtswetenschappers is dit te overwinnen, dan in het belang van de sociaalwetenschappers.

HOOFDSTUK 4

De chaostheorie als perspectief op sociaal-economisch recht

“You may call it nonsense if you like,” the Red Queen said, “but I’ve heard nonsense compared with which th(is) would be as sensible as a dictionary!” (Through the looking-glas).

1 Inleiding

De waterscheiding tussen de wetenschappelijke disciplines maakt dat de verwachtingen over en weer tussen de juridische en sociaalwetenschappelijke studies van recht niet overeenstemmen met de inherente mogelijkheden. In het voorafgaande hoofdstuk is getracht aan te geven dat binnen de meeste paradigma’s van sociaalwetenschappelijk onderzoek, het transformeren van empirische kennis van recht naar normatieve juridische keuzen niet tot wetenschap wordt gerekend, theoretisch uitgesloten wordt geacht, of noodgedwongen gebaseerd wordt op een gereduceerd artificieel model van de werkelijkheid. In dit hoofdstuk wordt een relatief nieuw alternatief paradigma geïntroduceerd. Het is de bedoeling om in het vervolg van dit boek op een explorerende wijze te bezien wat dit paradigma kan betekenen voor onderzoek naar de effectuering van modern sociaal-economisch recht.

Chaostheorie trekt de aandacht omdat het het probleem dat elke wetenschappelijke of maatschappelijke discipline zich in feite alleen in de eigen logica kan verstaan, tot constructief element van het paradigma maakt. Ik licht dit hier kort toe.

De oorsprong van chaostheorie ligt in de fysica. Het voor de waarnemer onvoorspelbaar gedrag van bepaalde dynamische systemen, zoals bijvoorbeeld het weer, de stroming van water in de rivier, omhoog cirkelende rook et cetera, leidde in de jaren zeventig tot een aanzienlijke wetenschappelijke revolutie. De natuurwetten waaraan een fysisch element op zichzelf beschouwd voldoet, blijken niet meer op te gaan als dit element een onderdeel van een dynamisch complex systeem vormt. Het complex systeem kent een zodanige spontane opzet dat van binnenuit de elementen gelijkvormig worden gemaakt aan de interne structuur, die als gevolg hiervan evolueert. Dit maakt dat de resultante aan gedrag van de systeemelementen slechts uit de beginsituatie van het systeem en de unieke geschiedenis die het

Hoofdstuk 4

vervolgens doorloopt, verklaarbaar is en niet meer uit wetmatige relaties met exogene krachten op het systeem. Exogene factoren oefenen wel degelijk invloed uit, maar door de transformatie die binnen het evoluerend systeem plaatsvindt, leidt dezelfde aard en omvang van invloed voor de waarnemer steeds tot een ander gevolg zonder enig patroon, oftewel chaos. Dit basisprincipe wordt in de jaren zeventig in uiteenlopende beta-disciplines onafhankelijk van elkaar gevonden. Het blijkt zelfs wiskundig te modelleren. Het onderzoek spitst zich vervolgens toe op de onderliggende verklaring dat een deterministisch systeem, wat een wiskundig programma zeker is, bij het achter elkaar invoeren van dezelfde variabelen oneindig variërende uitkomsten kent. Deze verklaring wordt gevonden in de principes van zelforganisatie.

De principes van zelforganisatie blijken daarop ook tot verrassende inzichten te leiden in biologisch onderzoek van levende systemen. De cardiologie en de neurobiologie bijvoorbeeld werken het gegeven dat biologische systemen zich in een veranderende omgeving voortdurend kunnen aanpassen zonder hun eigenheid te verliezen, uit langs de lijnen van de werking van complexe systemen. De zelfmakende interne structuur van complexe levende systemen heeft niet alleen gevolgen voor de onbegrijpelijkheid van een systeem voor de waarnemer, maar ook andersom voor de onbegrijpelijkheid van de omgeving voor een waarnemend systeem. Het systeem kan onbegrijpelijke informatie van buiten slechts 'verstaan' door het te onderwerpen aan zijn interne structuur. Met andere woorden, waarnemen is actief opbouwen van kennis.

Het is onder meer op dit punt waar chaos en zelforganisatie aanknopingspunten doen vermoeden met de werking van *sociale* betekenissystemen. Chaostheorie reikt verklarende mechanismen aan waarom sprake is van kennisrelativisme tussen de verschillende betekenissystemen als wetenschap, politiek, economie et cetera. Er bestaat hierin een aansluiting op andere inzichten zoals de linguïstische benadering die op de construerende krachten van een taaldomein wijst, zonder dat sociale chaostheorie evenwel de wereld beperkt tot tekst. Chaostheorie wordt met name uitgewerkt door de Duitse socioloog Niklas Luhmann. In navolging hiervan wordt het onder meer door de jurist en rechtssocioloog Gunther Teubner bewerkt in een toepassing op het recht. De geschriften van Luhmann en Teubner, die een belangrijke plaats zullen innemen in dit hoofdstuk, verwijzen overigens zelf niet expliciet naar chaostheorie. Zij benoemen hun theorie in navolging van het neuro-biologisch onderzoek van Humberto Maturana als 'autopoïese', wat letterlijk 'zichzelf makend' betekent. Evenwel is autopoïese onlosmakelijk verbonden aan chaostheorie en mijns inziens beter te beoordelen binnen dit totale interdisciplinaire paradigma.¹

¹ Zo ook Jacobson 1989, p. 1658, nt. 33; Krohn e.a. 1990, pp. 3-4.

Chaostheorie als epistemologie van sociaal-economisch recht

Bovenstaande gecomprimeerde uiteenzetting is waarschijnlijk nog niet anders dan cryptisch te noemen. Het gebruik van concepten uit de meer 'exacte' studies voor de verklaring van sociale verschijnselen is bovendien niet erg vertrouwenwekkend. Deze weerstand lijkt gegrond, omdat de verbinding van deze disciplines tot nu toe veelal een toepassing van een Newtoniaans mechanisch wereldbeeld, dan wel een biologisch-deterministisch wereldbeeld op historisch-contextueel maatschappelijk handelen betekende.² Chaostheorie breekt echter juist met het wetmatige wereldbeeld en is op te vatten als een toenadering van het fysisch paradigma tot het historisch-contextuele paradigma, zoals dat juist bijvoorbeeld binnen het, wat ik noemde, distantief paradigma van maatschappijwetenschappen gehanteerd wordt. Daarmee blijft echter overeind, dat het verbinden van chaostheorie met rechtswetenschappelijk onderzoek naar de werking van sociaal-economisch recht op zijn minst niet erg voor de hand ligt.

Hierbij moet echter wel bedacht worden, dat geen enkele perspectiefverschuiving voor de hand zal liggen. Zeker niet als het zal gaan om een verschuiving van een diep ingesleten perspectief waarin het recht door politiek en maatschappij gemaakt wordt, naar een perspectief waarin het recht alleen zichzelf maakt. Te denken valt aan de etsen van Esscher. Hoewel het om één tekening gaat kan men er op twee manieren tegenaan kijken, waarbij men in plaats van de vissen de vogels kan zien. Deze optische overschakeling is niet onproblematisch. Wanneer de overschakeling daarbij niet verbeeld maar verwoord moet worden, zal het ook nog, bij gebrek aan ingeburgerde woorden, onder de nodige 'jabberwocky' te lijden hebben. Toch is juist vaak een *wisseling* van perspectief de aanzet tot nieuwe inzichten. Het bekendste voorbeeld hiervan is wel de overgang van klassieke mechanica naar quantummechanica, wat een volledige omkering van perspectief vergde. Deze paradigmaverschuiving ontlokte ook 'jabberwocky' als fotonen, neutrino's, supernova's, zwarte gaten, et cetera. Hoewel een rechtlijnige en eenvoudige theorie veel aantrekkingskracht kent, moet misschien toch verondersteld worden dat een complexe wereld ook een complexe wetenschap daarvan kan impliceren.

Men zal chaostheorie echter zelf op zijn zin of onzin moeten kunnen beoordelen. Dat vereist naar mijn mening dat het gevolgde denkproces van voor naar achter wordt nagelopen en niet, zoals wel gebeurt, dat enkele nieuwe termen uit het chaosdooimodieuze worden toegepast op hooguit een compromis tussen chaostheorie en gangbare visies. Daarom wordt hieronder een poging gedaan de denklijnen zo helder als binnen de randvoorwaarden van de theorie mogelijk is, te trekken. In de navolgende paragrafen tracht ik allereerst aan de hand van de oorspronkelijke

2 In deze zin bijvoorbeeld Blankenburg 1984.

Hoofdstuk 4

bevindingen in de fysica de grondbeginselen uiteen te zetten zoals deze voor alle disciplines opgeld doen (§ 2). Vervolgens wordt besproken wat deze principes betekenen voor de werking van complexe systemen die cognitieve vermogens kennen (§ 3). Tot slot, wordt het voorafgaande aangescherpt als het gaat om het begrip en de werking van sociale (betekenis)systemen (§ 4). Na deze introductie zal verder de chaostheorie op de werking van juist het rechtssysteem worden betrokken (§ 5 e.v.).

2 De interdisciplinaire beginselen van chaostheorie³

2.1 Wanorde van orde en wanorde

Fysische verschijnselen zijn voorspelbaar omdat ze aan de natuurwetten beantwoorden. Dat houdt in dat er een bepaalde proportionaliteit tussen oorzaak en gevolg bestaat die in een wiskundige functie uitgedrukt kan worden. Bij de invoer van dezelfde variabelen zal deze wiskundige vergelijking steeds hetzelfde resultaat te zien geven. Bij kleine afwijkingen in de invoer van gegevens zullen de uitkomsten eveneens kleine afwijkingen vertonen. Hoewel meetfouten onvermijdelijk zijn, kunnen zo bijvoorbeeld de fysische krachten die een brug zal ondergaan, voorspeld worden en blijkt deze in werkelijkheid ook niet in te storten.

Lorenz deed in 1961 echter een opmerkelijke ontdekking. Hij had een computerprogramma ontwikkeld dat door bepaalde wiskundige vergelijkingen tussen temperatuur, vochtigheid, windrichting et cetera, het weer simuleerde. Bij toeval voerde hij achter elkaar twee praktisch gelijke sets van variabelen in. Hoewel de resultaten korte tijd gelijk op liepen, gaf het programma daarna volledig uiteenlopende resultaten. Dit ging tegen elke logica in. Elke vorm van lineariteit was verdwenen. Hoewel het gesimuleerde weerprogramma een gesloten deterministisch systeem vormde, had een minieme verschuiving aan het begin onevenredig grote gevolgen voor het resultaat. Dit effect werd later wel prozaïsch omgeschreven als het 'vlinder'-effect in de meteorologie: een vleugelslag van een vlinder op het ene continent kan een wervelstorm veroorzaken op een ander continent. Deze non-lineariteit die het complexe weersysteem blijkbaar kenmerkte, vond Lorenz later ook bij andere typen verschijnselen.

Lange tijd bleven de publikaties van Lorenz onopgemerkt. Toen ze voorzichtig door anderen werden ondersteund, stuitte ze eerst op veel weerstand en ongelooft.

³ Deze paragraaf is gebaseerd op de beschrijving door James Gleick van de ontwikkeling van de chaostheorie (1987). Verwezen wordt naar de vertaling uit 1991.

Chaostheorie als epistemologie van sociaal-economisch recht

Langzamerhand werd duidelijk dat al aan het einde van de negentiende eeuw non-lineaire vergelijkingen waren opgesteld, maar dat deze kennis als 'ongemakkelijk' terzijde was geschoven. Een belangrijke bijdrage kwam van Prigogine. Hij toonde aan dat bijvoorbeeld hydrodynamische systemen onder invloed van trillingen een eigen orde scheppen, die ook waarneembaar is door bijvoorbeeld spontane kleurverandering van vloeistof zonder dat sprake is van een reactie met een exogene stof. Hij ontving in 1977 de Nobelprijs. Men mag stellen dat de theorie inmiddels aanvaard is met grote gevolgen voor het begrijpen van complexe verschijnselen. Het gedrag van complexe dynamische systemen blijkt niet te exact te voorspellen, zelfs niet indien men alle invloeden en hun onderlinge relaties kent waaraan één deeltje uit het systeem beantwoordt. Dit houdt in dat bij de bestudering van een complex fenomeen door het op te breken in zijn elementaire delen en deze apart te onderzoeken, informatie verloren gaat over de werking van het systeem in zijn totaliteit. Chaostheorie pleit voor een holistische benadering.⁴

De nieuwe wetten van chaostheorie worden onafhankelijk van elkaar verder onderzocht binnen uiteenlopende disciplines, zoals de informatica, wiskunde, geografie en biologie. Daarbij komen bepaalde overeenkomsten naar voren. Het blijkt dat de onderzochte complexe systemen wiskundig beschreven kunnen worden als het resultaat van een recursieve toepassing van een bepaalde parameter op zijn voorafgaande bewerking. Men past een specifieke parameter toe op a met uitkomst b, waarna men de specifieke parameter weer toepast op b met uitkomst c et cetera. Omdat hierbij geen enkel patroon is te ontdekken in hoe een input (oorzaak) tot een output (gevolg) leidt, is het totale gedrag van het programma of systeem alleen te beschrijven door terug te kijken op de specifieke geschiedenis van input die het vanaf de beginstand heeft doorgemaakt. Het computertijdperk staat het toe met behulp van een wiskundige functie die zich door een dergelijke chaotische parameter kenmerkt, de recursieve handeling miljoenen keren uit te voeren. Daaruit blijkt wel een zekere vaste vorm. De grafische weergave van de functie begint eerst met een constant en wetmatig verloop. Pas na verloop van tijd treedt vanaf een zekere waarde een splitsing in deze lijn op, die bifurcatie wordt genoemd. Het systeem komt steeds bij een splitsing en kan of rechtsaf of linksaf gaan. Het resultaat van de wiskundige vergelijking dat het gedrag van het systeem voorspelt, kan dus of de waarde a zijn of de waarde b. Daarna splitsten de gesplitste lijnen zich weer, dat wil zeggen de uitkomst is of waarde a, of waarde b, of waarde c, of waarde d. Deze vertakking gaat steeds verder waarbij de lijnen elkaar nooit kruisen. Het systeem gaat steeds sterker fluctueren en uiteindelijk treedt totale chaos op en

4 Over non-lineariteit: Gleick 1991, pp. 22-23 en pp. 30-35.

Hoofdstuk 4

onvoorspelbaarheid van het gedrag van het systeem. Vele bewerkingen later ontstaat echter opeens weer orde en levert de wiskundige vergelijking weer één uitkomst op, tot het verdubbelen weer begint, et cetera.

De afwisselende perioden van orde en wanorde blijken niet voorspelbaar op te treden, maar er wordt een andere regelmatigheid gevonden. Er is sprake van dieptesymmetrie. Geeft men de uitkomsten op een bepaalde manier grafisch weer en zoomt men in op een klein deel van de grafieklijn waar chaos begint, dan heeft dit deel dezelfde ‘tekening’ als het totaal van de grafiek. Er is sprake van het ‘Droste-effect’: op het cacao-blikje dat op het dienblad van het meisje staat dat is afgebeeld op het cacao-blikje van Droste, is in het klein het totale beeld terug te vinden. Een ander opvallend aspect is dat, hoewel het gedrag van een complex chaotisch systeem zich in de tijd nooit precies herhaalt oftewel grafisch gesproken de vele splitsingen van lijnen elkaar niet snijden, dit alles zich wel in een begrensde ruimte afspeelt. Deze ruimte wordt wel een ‘attractor’ genoemd, dat wil zeggen het punt waar naartoe het gedrag van het complexe systeem geneigd is zich te bewegen.⁵ Hieruit volgt dat een structuur van ruimte en tijd kenmerkend is voor het chaotisch systeem.

De attractor is een vorm van orde in wanorde. Het principe hierachter wordt ontdekt door Mandelbrot. Het onregelmatige gedrag van het complexe systeem kenmerkt zich, meetkundig uitgedrukt, door zijn ‘breukdimensie’. Mandelbrot noemt dit ‘fractal’. Grafisch vormgegeven kent de non-lineaire wiskundige vergelijking niet de een-dimensionaliteit van de lijn, de twee-dimensionaliteit van het vlak of de drie-dimensionaliteit van de kubus, maar een dimensionaliteit tussen de één en twee, of de twee en de drie in. Hoe zoiets ontstaat, is zichtbaar te maken met behulp van de zogenaamde Koch-kromme. Deze kromme verkrijgt men door een gelijkzijdige driehoek te nemen en op elke zijde in het midden een congruente driehoek te plaatsen die een derde van de oorspronkelijke is, op de zijden van de kleine driehoeken zijn wederom kleinere driehoekjes te plaatsen, en daarop weer kleinere, etcetera. Het gaat hier om een recursieve toepassing van een vaste bewerking op het voorafgaande resultaat. De lengte van de omtrek van de totale figuur blijft hierdoor oneindig toenemen. Het is een gesloten, steeds meer kriegelige lijn die zichzelf nooit kruist, omdat de steeds maar kleiner wordende driehoekjes elkaar nooit zullen overlappen. Het oppervlak van de figuur is echter wel eindig. Er is bijvoorbeeld een cirkel rond de oorspronkelijke driehoek te trekken die nooit overschreden wordt, omdat de steeds kleiner wordende vrije ruimte die door de driehoekjes wordt opgevuld, toch altijd weer op te splitsen zal zijn en in te vullen door nog kleinere driehoekjes. Dit werkt als een wiskundige limiet: hoewel de

5 Over dieptesymmetrie en attractoren: Gleick 1991, pp. 68-73 en pp. 136-143.

Chaostheorie als epistemologie van sociaal-economisch recht

driehoekjes en de rand van de cirkel elkaar steeds meer naderen, zal de afstand, hoe klein dan ook, altijd nog deelbaar zijn. Er is dus een oneindige lijn mogelijk binnen een eindig vlak. De Koch-kromme als meetkundige weergave van het gedrag van een complex systeem, toont aan dat het gedrag oneindig kan veranderen zonder zich ooit te herhalen. De kromme is immers oneindig lang en snijdt zichzelf nooit. Tegelijkertijd blijft het gedrag wel beperkt tot een eindige ruimte, namelijk de cirkel oftewel de attractor. Hieruit kan geconcludeerd worden dat het ontstaan van een attractor afhankelijk is van een recursieve toepassing van steeds eenzelfde specifieke code op het voorafgaande resultaat (zie figuur 1).

Figuur 1 De kromme van Koch

De fractal-lijn biedt een uitdagende verklaring voor dagelijkse maar wonderlijke fenomenen, zoals bijvoorbeeld de menselijke longen die de grootst mogelijke oppervlakte, bijna de helft van een tennisveld, in een zo klein mogelijke ruimte verpakken.⁶ Door het systeem van vertakkende bronchiën tot steeds kleiner vertakkende longblaasjes als fractal op te vatten, is het ontstaan van dergelijke complexiteit voor te stellen. Ze ontstaat door recursieve toepassing van een eenvoudige non-lineaire code, die bijvoorbeeld genetisch vastligt, op het voorafgaand resultaat. Het is het zetten van driehoekjes op de zijden van driehoeken, die weer op de zijden van driehoeken staan, et cetera. Uit onderzoek blijkt dat de fractal-lijn voor het eerst een meetkundige verklaring kan bieden voor de omtrek of vorm van tal van natuurlijke verschijnselen, niet alleen voor de menselijke longen maar ook voor geografische kustlijnen, sneeuwvlokken, bladeren van bomen, et cetera. Dit wijst er op dat dat deze verschijnselen een zelfreferentiële organisatie moeten kennen.⁷

6 Gleick 1991, p. 104.

7 Gleick 1991, pp. 87-88, 91-99, 103-105.

Hoofdstuk 4

2.2 Zelforganisatie van complexe systemen⁸

Het is het proces van zelforganisatie dat gelijktijdig met chaos de aandacht heeft getrokken van andere groepen van onderzoekers. Von Foerster, pionier in de cybernetica, publiceert in 1960 een theorie over zelforganisatie en de toename van orde. Zijn paradoxale stelling is dat bijvoorbeeld een wiskundig systeem een hogere staat van orde kan bereiken door toevoeging van wanorde. Wanneer men een complex systeem ongericht stoort van buitenaf, derhalve wanorde toevoegt, zal het systeem hieruit zodanig selecteren dat het zichzelf van binnenuit kan structureren. Hierdoor neemt de interne orde toe. Von Foerster noemt dit proces 'order from noise'. De verklaring van dit alles is te vinden in de chaostheorie. Bij een bepaald niveau van 'storing' van buitenaf wordt een complex systeem in zijn gedrag chaotisch, maar tegelijkertijd in zijn structuur ordelijker. Er komt binnen een chaotisch systeem een 'droste-effect' tot stand. De enige wijze waarop zich dit effect kan voltrekken, zo bewees Mandelbrot, is wanneer het systeem iteratief een vaste bewerking uitvoert op zijn voorafgaande toestand. De ongerichte storing is derhalve aanleiding tot een interne structurering in het systeem volgens een iteratieve toepassing van een vaste bewerking. De storing ('noise') leidt daarmee tot een van binnenuit tot stand gebrachte orde.

Eén van de meest aansprekende praktijkvoorbeelden van deze vorm van zelforganisatie vormt het laser-licht. Onder een zeer hoge energietoevoer blijkt dat de onafhankelijk bewegende atomen in een foto-elektrisch veld als het ware 'gedwongen' worden zich aan de spontane zelforganiserende structuur van het veld te onderwerpen, waardoor een nieuwe toestand van hogere orde ontstaat, namelijk een praktisch oneindige monochromatische lichtstraal. Dit proces wordt ook wel synergetische genoemd.

3 Chaostheorie en cognitieve systemen

Ook in de biologie is sprake van een parallelle theorieontwikkeling. De wijze van evolutie van levensvatbare systemen vertoont veel meer overeenkomst met de principes van chaos en zelforganisatie, dan met het Newtoniaans denken. Immers, volgens het Newtoniaans denken zou de ontwikkeling van de biologische soort alleen stabiel in de tijd kunnen blijven, wanneer het na elke verstoring door zijn omgeving

⁸ De navolgende beschrijving is gebaseerd op het overzicht van Krohn, Küppers en Nowotny 1990.

terugkeert naar zijn beginsituatie.⁹ De soort ontwikkelt zich echter juist op stabiele wijze omdat een verstoring door zijn omgeving tot een nieuwe toestand van hogere orde leidt. Het is dit in de tijd onomkeerbaar proces die de soort in staat stelt te overleven. Stilstand betekent op de lange duur uitsterven. Soortgelijke bevindingen volgen in de cardiologie. Het hart werkt als chaotisch systeem waardoor de hartslag onregelmatig is. Juist in de pathologische gevallen blijkt sprake van regelmaat. De eigenschap tot snelle aanpassing van het chaotisch systeem blijkt cruciaal te zijn.

Hoe deze aanpassing zich voltrekt voor cognitieve systemen, zoals de mens, is onderwerp van onderzoek in de neuro-biologie. Op grond van verschillend empirisch onderzoek ontwikkelt de Chileense bioloog Humberto Maturana een theorie over het verloop van de processen van waarneming (cognitie) en aanpassing (operatie) bij levende systemen in een steeds veranderend milieu. De theorie is tamelijk abstract en complex maar desalniettemin van belang. Zowel Luhmann als Teubner, die hierna besproken worden, ontleen de kernbegrippen voor hun (rechts)sociologische theorie rechtstreeks aan Maturana.

3.1 De operationele geslotenheid van complexe systemen

Een complex systeem in een bepaald veranderend medium of milieu, zo stelt Maturana, is, wanneer het zich stabiliseert, een gesloten zelfreferentiële organisatie van zijn bestanddelen.¹⁰ Het voorbeeld bij uitstek van wat hieronder is te verstaan, is de biologische cel. De cel is het basiselement waaruit het organisme voortkomt, tegelijkertijd is het het organisme dat aan celproductie doet. Uiteindelijk produceert de cel dus zichzelf. Dit principe noemt Maturana 'autopoiese'. Een autopoietisch systeem wordt gedefinieerd als:

“Een systeem waarin de bestanddelen, door onderlinge recursieve inwerking, aan de totstandbrenging en verwerking van een netwerk van productieprocessen van de bestanddelen meewerken.”¹¹

De operaties van een autopoietisch systeem worden door het netwerk, of anders gezegd de structuur van het systeem, aangestuurd. De structuur wordt op haar beurt weer opgetrokken uit de voorafgaande operaties. Hiermee is het systeem in operationele zin een gesloten systeem. Het verandert alleen door operaties van binnenuit en niet door operaties van buitenaf.

9 Vgl. de slinger van het uurwerk die na een ongecontroleerde douw uiteindelijk weer naar hetzelfde ritme terugkeert.

10 Maturana 1982. Dit boek vormt een Duitse verzameling en geautoriseerde vertaling van een negental artikelen van Maturana en verschillende co-auteurs.

11 Maturana 1982, p. 142.

Hoofdstuk 4

Het levende systeem komt onder invloed van zijn milieu steeds in een nieuwe toestand. Een nieuwe toestand betekent een nieuwe structuur. Een dynamisch systeem ondervindt derhalve als gevolg van doorlopende toestandsveranderingen steeds structuurveranderingen. Het systeem kan alleen voortbestaan voorzover een structuurverandering de zelfreferentiële organisatie onverlet laat. Dat wil zeggen dat de structuurverandering het iteratief doorlopen van het systeem van een vaste bewerking (de zelfreferentialiteit) niet mag aantasten. Daarmee zou de zelforganisatie verloren gaan en komt het systeem niet langer door storing van buitenaf in een toestand van hogere orde. De identiteit van een systeem, zo kan men stellen, valt daarmee samen met de eigen specifieke parameters van bewerking oftewel met een unieke modus operandi.

Elke mogelijke verandering die de toestand van het systeem kan doormaken, wordt bepaald, zoals Mandelbrot bewees, door zijn voorafgaande toestand/structuur. Deze structuur definieert daarmee het bereik van mogelijke systeemtoestanden, anders gezegd de variëteit van het systeem. De selectie van de toestand die het systeem zal aannemen, vindt plaats door onderlinge interactie van zijn bestanddelen in het zogeheten 'storingsbereik van het systeem'.¹² Dit is het bereik waar onder invloed van een bepaalde minimale grens aan storing uit het milieu de bestanddelen van het systeem interageren (vergelijk het 'order from noise'). Hieruit volgt een structuurverandering en daarmee een toestandsverandering.¹³ Omdat zoals gesteld de nieuwe toestandsverandering alleen door de voorafgaande structuur bepaald wordt, is de storing van het systeem, op grond van het feit dat het uiteindelijk tot een toestandsverandering leidt, te beschouwen als een prikkel die de toestandsveranderingen van het systeem 'koppelt' aan de toestandsveranderingen in het milieu.¹⁴

Door een waarnemer die buiten het systeem staat, zal de koppeling uitgelegd worden als een doelgerichte aanpassing aan een bepalende kracht van buitenaf. Maar in wezen voert het systeem zijn eigen operaties uit op zijn voorafgaande structuur die weer de volgende operaties bepaalt. Vergelijk de cel die de operaties van het organisme stuurt, welke operaties weer cellen maken. De interactiegeschiedenissen van het systeem met de buitenwereld en de interne structuurveranderingen kennen daardoor geen lineaire causaliteit. De causaliteit ligt complexer. Het storingsbereik dat oorzaken bepaalt en het structuurbereik dat gevolgen bepaalt zijn complementair. Ze overlappen of snijden niet.¹⁵ Ze kennen ieder een cyclische causaliteit die, als

¹² Maturana 1982, p. 20.

¹³ Maturana 1982, p. 146.

¹⁴ Maturana 1982, p. 144.

¹⁵ Maturana 1982, p. 20.

Chaostheorie als epistemologie van sociaal-economisch recht

zij synchroon plaatsvindt, de veranderingen in het milieu slechts koppelt aan intern gestructureerde veranderingen.¹⁶

Als beeldvorm van gesloten systeemoperaties die geselecteerd worden door interacties in een ander bereik, geeft Maturana de piloot die in een donkere gesloten cockpit zonder aanraking met veranderingen in de buitenwereld het vliegtuig stuurt op wat zijn instrumenten hem vertellen over de buitenwereld. De interactie tussen instrumenten en buitenwereld vindt plaats in een bereik buiten de piloot om. De metingen in dit bereik vormen een cyclische causaliteit tussen invloeden van buiten en de techniek van wat de instrumenten kunnen meten. De piloot voert binnen zijn eigen bereik handelingen uit die een cyclische causaliteit kennen met wat zijn voorgenomen vliegplan voor uitvoeringsmogelijkheden biedt. Er vindt slechts een koppeling plaats tussen het vliegplan en daarmee verbonden handelingen enerzijds en de instrumenten en de daarmee verbonden metingen anderzijds. De metingen kunnen een storing zijn die tot andere *selectie* uit de uitvoeringsmogelijkheden van het vliegplan aanleiding geeft, maar de storing *bepaalt* de inhoud van het vliegplan niet.

Zo selecteert interactie een structuurverandering maar bepaalt deze niet. Andersom heeft de geselecteerde structuurverandering, omdat hiermee de hele toestand van het systeem verandert, ook een veranderend effect op het interactiebereik van het systeem.¹⁷ Hierdoor zijn andere interactiegeschiedenissen mogelijk dan daarvoor, die weer andere structuurveranderingen kunnen selecteren. Derhalve veranderen de structuren onder invloed van prikkels uiteindelijk zichzelf.

3.2 Zelfwaarneming door cognitieve systemen

Het storingsbereik of interactiebereik van een systeem kan gelijkgesteld worden aan het cognitief bereik van een systeem dat tot waarneming in staat is.¹⁸ Bepaalde waarnemende systemen, zoals de mens, zijn in staat een interactiebereik van de tweede orde te genereren, aldus Maturana. Hierin kan het systeem zichzelf als een waarnemer die in de omgeving staat, waarnemen, ondanks dat hij zelf deel is van het systeem. Als waarnemer kan het de eigen interacties beschrijven, of zelfs weer de eigen positie als waarnemer beschrijven. Met de representaties die als waarnemer gemaakt worden, feitelijk ook weer interacties, kan het systeem opnieuw interageren. Dat kan wederom in de rol van waarnemer gerepresenteerd worden, waarmee opnieuw is te interageren, et cetera. Het feit dat een waarnemend systeem zichzelf eindeloos beschrijvend kan beschrijven, verklaart dat het systeem zichzelf gewaar

16 Maturana 1982, p. 37.

17 Maturana 1982, p. 143.

18 Maturana 1982, p. 63.

Hoofdstuk 4

is in zijn omgeving, oftewel zichzelf als een eenheid beschouwt binnen het milieu.¹⁹ Alleen systemen met een interactiebereik van de tweede orde kennen derhalve een bewustzijn van hun bestaan. Dit verklaart ook, aldus Maturana, dat bijvoorbeeld de mens als cognitief systeem, ondanks dat zijn hersenen als fysiologisch proces deterministisch werken, een vrije wil heeft.²⁰ Hij kan immers als recursieve waarnemer van zijn eigen verhoudingen beelden genereren die van zijn deterministische operaties gescheiden zijn. Door hiermee vervolgens weer te interageren kunnen nieuwe structuurveranderingen en daarmee nieuwe handelingsmogelijkheden niet bepaald maar wel geselecteerd worden.

Het beeld dat het bovenstaande voor het begrip van het individueel menselijk handelen oproept, is intuïtief wel herkenbaar. Het beeld dat we van onszelf hebben en het beeld dat anderen van ons hebben is nooit precies hetzelfde. In een wereld volgens de klassieke fysica waar waarneming onafhankelijk is van het object, zou steeds eenzelfde beeld te verwachten zijn. In een wereld van zelforganisatie nemen het ik en de ander ieder waar binnen afzonderlijke en gescheiden referentiekaders van interactie. Dit referentiekader wordt gedetermineerd door ieders unieke, individuele (psychische) systeemtoestand van dat moment. Deze toestand is alleen verklaarbaar door de eigen levensloop van het systeem. Dat wil zeggen, de unieke interactiegeschiedenis met zijn omgeving die het systeem gedurende zijn leven doormaakt.

Ook de non-lineaire causaliteit tussen cognitie (waarnemen) en handelen (opereren), oftewel de aanpassing naar aanleiding van het waarnemersbeeld van onszelf, is te herkennen. De aanpassing gebeurt niet deterministisch ook al zou dit te verwachten zijn op grond van het feit dat we fysiologisch een deterministisch systeem zijn. Ieder individu kan echter op grond van hetzelfde beeld anders handelen en ook kunnen we de ene keer op grond van dezelfde indruk a doen en de volgende keer b. De handelingskeuze wordt dan ook niet bepaald door maar *geselecteerd uit* het bereik aan mogelijkheden die de voorafgaande innerlijke structuurtoestand aanreikt.

Doordat we in de waarnemersrol van buitenaf steeds opnieuw representaties kunnen maken van de eigen interacties, ontstaat de paradox dat we het object waarmee we interageren percipiëren als losstaand van onszelf. In feite vindt echter alleen interactie plaats met de eigen representatie van het object binnen één en hetzelfde cognitieve bereik.²¹ Bij deze paradox is te denken aan de kat die de beweging van zijn eigen staart najaagt alsof het een onafhankelijk bewegend object is. De

19 Maturana 1982, p. 40.

20 Maturana 1982, p. 270.

21 Maturana 1982, p. 40.

Chaostheorie als epistemologie van sociaal-economisch recht

waarnemingsparadox gaat op voor de waarneming van een met anderen gedeelde 'werkelijkheid'. Daardoor 'zien' we dat systemen onderling adequaat handelen, wat een geslotenheid van handelen lijkt uit te sluiten. Maturana meent dat deze collectief gedeelde representaties ontstaan als gevolg van een spontane structurele koppeling, die heeft plaats gehad tussen cognitieve systemen in een samenleving.²² Dit is het geval als de zelfbepaalde toestandwijzigingen van elk van de systemen in een vervlochten opeenvolging op elkaar blijken te zijn afgestemd. Dat houdt in dat twee gescheiden systemen zich wederzijds zo ontwikkelen, dat door interacties over en weer steeds een adequate selectie plaatsvindt uit de structuurmogelijkheden die het andere systeem in zich heeft. Adequaaf wil dan zeggen dat de systemen uit elkaars mogelijke systeemtoestanden die selecteren die elkaars voorwaarde zijn. Zo kan een ineenvlechting van de geschiedenissen van systeemtoestanden ontstaan. Het structurele karakter van de koppeling wordt bevorderd door een standaardisatie van het verloop van interacties tussen systemen als gevolg van gebruiken, gewoonten en cultuur in een samenleving.²³

Het gaat steeds om een parallelle overeenstemming tussen individuen die synchroon plaatsvindt, al zal een waarnemer het gedrag van het ene systeem beschrijven als een adequaat serieel handelen. Serieel wil zeggen dat eerst het een moet gebeuren voordat het ander als direct causaal gevolg daarvan plaats kan hebben. De seriële verbinding van oorzaak en gevolg is echter semantisch. Empirisch vindt de koppeling van oorzaak en gevolg tegelijkertijd en parallel plaats. Om dit enigszins voorstelbaar te maken reikt Maturana het beeld aan van het bouwen van een huis. Als gedachte-experiment kunnen we ons voorstellen dat vele werklieden slechts hun unieke specifieke taak kennen en deze weten uit te voeren in afstemming op hun directe buurman, zonder dat er een coördinerende opzichter aanwezig is. Ieder gaat volgens het eigen programma te werk. Als de specifieke taken en de afstemming op de directe omgeving functioneel zijn, vallen alle deeltaken als een puzzel in elkaar en wordt het huis gebouwd. Geen van de werklieden kent derhalve de blauwdruk van het huis en bepaalt op basis daarvan wat ieder achter elkaar moet doen. Het is een metafoer van parallelle causaliteit. Toch zal het voor iemand die alleen toekijkt, lijken alsof het huis 'normaal' wordt opgebouwd, dat wil zeggen door logisch achter elkaar bepaald handelen zoals dat door een opzichter op grond van een totaalplan van het huis bepaald wordt (seriële causaliteit).

Maturana bewijst zijn these van paralleliteit met verschillend neuro-biologisch onderzoek. Eén vereenvoudigd weergegeven voorbeeld is de kleurcodering door het

22 Maturana 1982, pp. 141-145.

23 Maturana 1982, p. 150.

Hoofdstuk 4

oog. De kleur van het licht is fysisch bepaald door zijn golflengte. Zou de prikkeling van de oogzenuw (de interactie) en de codering van de kleur in de hersenen (operatie op basis van de structuur) serieel verlopen, dan is een minieme kleurverschuiving door elk individu exact en zonder discussie registreerbaar. Alleen in het geval dat het interactiebereik en de bijbehorende hersenstructuur van elkaar gescheiden zijn, is het mogelijk dat verschillende personen verschillende kleuren zien als het om licht van één golflengte gaat.²⁴ Het is een algemene ervaring dat kleuren die dicht bij elkaar liggen anders benoemd kunnen worden. Dit kan alleen als de interactie de hersenactiviteit niet bepaalt, maar selecteert uit beschikbare mogelijkheden. In dat geval zijn oorzaak en gevolg parallel gekoppeld in plaats van serieel.²⁵ Zo is een complex systeem geen passieve camera voor waarneming, maar bouwt het waarneming actief op uit de beschikbare mogelijkheden.

4 Chaostheorie en sociale systemen

4.1 Inleiding

Zelforganiserende spontane orde is een thema dat al langer ook in de maatschappijwetenschappen gebruikt wordt, al is het maar het marktmechanisme zoals de economen dat zien. Desalniettemin lijkt het een grote stap om zelforganisatie over te brengen naar sociale verschijnselen. De voorwaarden waaronder chaos optreedt zijn evenwel gelijk. Het moet gaan om een dynamisch systeem dat zich in een tijd-ruimte-structuur ontwikkelt en dat in de tijd onomkeerbaar is. Ook voor een sociaal systeem moet een zeker ruimtelijk verband bestaan zijn en het sociaal proces kan daarin niet van achter naar voren worden doorlopen. Een opmerkelijke overeenkomst betreft verder de zelfreferentialiteit waardoor sociale verschijnselen zich vormen.

Onder sociale systemen gaat deze zelfreferentie misschien nog wel het meest op voor juist wetenschap en recht. Wetenschap is nader beschouwd een discipline die gespecialiseerd is in het doen van waarnemingen teneinde deze te toetsten aan vorige waarnemingen. De waarnemingen die niet voldoen aan de wetenschappelijke

24 Illustratief is hier ook het fenomeen van de kleurschaduw. De schaduw op de muur van een hand in het brandpunt van het schijnsel van een bundel wit en rood licht is groen-blauw van kleur en niet een mengsel van wit en rood. Het licht kent alleen de golflengtes van wit en rood. Dit bepaalt blijkbaar niet de zenuwactiviteit in de hersenen. De hersenen bepalen zelf de (verkeerde) toestand van zenuwactiviteit (zie Varela en Maturana 1988). Dit principe gaat op voor elk gezichtsbedrog. Omgekeerd kan het ook zijn dat wanneer het oog geen licht ontvangt, zoals in de blinde vlek, dit geen 'gat' in onze waarneming oplevert maar de hersenen blijkbaar zelf een (correct) eigen beeld maken (hierover: *de Volkskrant* wetenschapsbijlage 8 oktober 1994).

25 Maturana 1982, p. 88.

Chaostheorie als epistemologie van sociaal-economisch recht

eisen die worden gesteld aan een waarneming, worden steeds geëlimineerd.²⁶ Recursief past men steeds een ‘wetenschapsparameter’ toe op de voorafgaande uitkomsten van wetenschap. Het interactiebereik van waarnemingen wordt daarbij bepaald door de structuur van het wetenschapsveld. De rechtswetenschap en de sociale wetenschappen kennen een verschillende structuur en nemen derhalve andere feiten van recht waar. Ook het recht zelf werkt in wezen zelfreferentieel.²⁷ Door rechtsnormen recursief te operationaliseren oftewel steeds weer toe te passen, kan het rechtssysteem een hogere staat van orde bereiken. Het kan immers door de toepassing van rechtsnormen nieuwe rechtsnormen vormen (rechtersrecht), waarmee het uiteindelijk zelf zijn rechtsstructuur heeft veranderd. De nieuwe rechtsstructuur bepaalt op haar beurt weer nieuwe rechtsoperaties (toepassingen van recht). Ook als rechtsvorming tot stand komt door een politiek wetsbesluit, kan men zeggen dat het recht uiteindelijk zichzelf maakt. Een politiek besluit brengt immers volgens het rechtssysteem alleen dan geldig recht voort, voorzover het aan de formele en materiële rechtsvereisten voldoet. Recht is derhalve alleen recht als het recht zegt dat het recht is. Het complexe moderne rechtssysteem trekt zichzelf als een Baron von Münchhausen aan de eigen haren overeind. Het is dezelfde zelfreferentie in het rechtssysteem die bij positivistische rechtstheoretici als Kelsen en Hart is terug te vinden.²⁸

4.2 De theorie van Luhmann

Niklas Luhmann ontwikkelde een theorie over de zelforganisatie van sociale systemen die is geïnspireerd door Maturana.²⁹ Hierin tracht hij een synthese te vinden met zijn eerdere theorie over ‘functioneel gedifferentieerde sociale systemen’.³⁰ Eerst wordt zijn eerdere theorie beknopt behandeld, om deze vervolgens samen te voegen met chaostheorie.

Vertrekpunt is de stelling dat individuen de complexiteit in hun leven reduceren door af te gaan op verwachtingen. Samenwerking tussen individuen in deze is bevorderlijk omdat zo wederzijdse reductie van onzekerheid optreedt. De één heeft verwachtingen over de ander, maar ook verwachtingen over de verwachtingen die de ander van de één heeft, en vice versa. Door samenwerking kunnen deze verwach-

26 Voorbeeld is van Luhmann 1986a, pp. 3-4.

27 Onder meer Teubner 1989a, pp. 7-20.

28 Kelsen verklaart het ontstaan van het recht door elke rechtsnorm te baseren op een hogere rechtsnorm en die weer op een nog hogere rechtsnorm, et cetera. Hart zoekt het rechtskarakter van een ‘primary rule’ in het feit dat deze door een ‘secondary rule of recognition’ als zodanig is aangewezen, zie hierover verder Jacobson 1989, p. 1663.

29 Luhmann 1984.

30 Luhmann 1985 (oorspr. 1972).

Hoofdstuk 4

tingen beter gecoördineerd worden. Dat kan als verwachtingen veralgemeniseerd worden door ze te baseren op de veronderstelde verwachtingen die een denkbeeldige derde partij heeft van verwachtingen. In andere woorden, verwachtingen te standaardiseren. Gegeneraliseerde sociale verwachtingen vormen samen een sociaal systeem van de eerste orde, aldus Luhmann. Bij toenemende complexiteit in het sociale systeem zullen echter verfijndere coördinatiemethoden nodig zijn. Dat gebeurt door functionele differentiatie. Er komen aparte subsystemen van een tweede orde bij, zoals recht, politiek, economie, religie, of bijvoorbeeld moraal, die ieder een specifiek type van gegeneraliseerde verwachtingen voortbrengen. Het type van gegeneraliseerde verwachtingen wordt ingegeven door een maatschappelijke functie. Economische verwachtingen bijvoorbeeld zijn zodanig gespecialiseerd dat zij juist het maatschappelijk interactieproces van productie en handel faciliteren. Politieke verwachtingen faciliteren het maatschappelijk interactieproces om tot collectief bindende beslissingen te komen. Naast de functioneel-gedifferentieerde verwachtingen blijven de niet-gedifferentieerde gegeneraliseerde verwachtingen van de eerste orde van kracht voor interactie in de niet-geïstitutionaliseerde leefwereld ('common sense').

Het recht heeft tussen de maatschappelijke subsystemen van een tweede orde eveneens een specifieke maatschappelijke functie. De rechtsfunctie ligt in de onderlinge coördinatie van de door de andere sociale systemen geproduceerde standaardverwachtingen. Het sociale systeem van de eerste orde, maar ook de andere subsystemen van de tweede orde kunnen een bepaalde zekerheid in de omgang met complexiteit niet bieden. Dat doet zich voor wanneer men in de praktijk wordt teleurgesteld in een gegeneraliseerde verwachting. Onzeker blijft of dit moet leiden tot òf een bijstelling van de gegeneraliseerde verwachting (cognitieve leerervaring) òf het ondanks alles vasthouden van deze gegeneraliseerde verwachting (normatieve leerervaring). Hierin ligt de functie van het recht. Het kan sociale onzekerheid verminderen door de standaardverwachtingen van andere systemen die òf teleurgesteld zijn òf onderling botsen, te coördineren. Dat gebeurt volgens een speciale modus operandi die vaststelt of gegeneraliseerde verwachtingen 'rechtens' zijn of 'niet-rechtens'. Blijkt een verwachting rechtens te zijn, dan moet deze verwachting, ook indien zij in concreto teleurgesteld is, worden vastgehouden. Het recht geeft hiermee 'normatieve' standaardverwachtingen.³¹ Dat lijkt een verwarrende term omdat verwachtingen altijd normatief lijken te zijn, maar wat Luhmann bedoelt is dat bij teleurstelling van de verwachting de leerervaring die daarop volgt normatief van aard is.

31 Luhmann 1985, pp. 23-83.

Chaostheorie als epistemologie van sociaal-economisch recht

In zijn latere theorie bouwt Luhmann de mechanismen uit waarlangs de gedifferentieerde sociale deelsystemen werken. Hier komt de theorie van zelforganisatie naar voren. Alle complexe sociale systemen werken volgens het 'autopoietisch' principe.³² De bestanddelen van het sociale systeem zijn sociale communicaties uit de leefwereld, die zich tot gespecialiseerde rechtscommunicaties, politieke communicaties, morele communicaties, religieuze communicaties enzovoort, ontwikkeld hebben.³³ Volgens zijn eigen identiteit en rationaliteit bewerkt het systeem, onder invloed van storing, deze gespecialiseerde bestanddelen tot nieuwe gespecialiseerde bestanddelen. Hierdoor bouwt het zijn interne orde uit. De parameters van elk systeemhandelen ('modus operandi') zijn functioneel gedifferentieerd. De politieke functie om collectief bindende beslissingen te kunnen nemen steunt, aldus Luhmann, op de specifieke parameter van (verdeling van) macht. De specifieke parameter van het economisch systeem, die georiënteerd is op de functie van productie en handel, vormt de kosten-baten-calculatie. De parameter oftewel de modus operandi van het rechtssysteem is echter noch de verdeling van macht noch de kosten-batencalculatie. Het rechtssysteem opereert, past recht toe, binnen een specifieke digitale parameter. De code van de rechtstoepassing houdt in dat uit het concrete resultaat van het rechtsproces is op te maken welke sociale verwachtingen 'rechtens' blijken en welke 'niet-rechtens' blijken. Het is het binaire karakter van de juridische modus operandi die functioneert volgens de code rechtens/niet-rechtens, die het rechtssysteem bij uitstek in staat stelt een coördinerende functie in de samenleving te vervullen. De specifieke rationaliteit die achter deze juridische parameter schuilt, zal verder wel worden aangeduid met 'legal reasoning'.

Alle maatschappelijke betekenissystemen zijn zelforganiserend. Op basis van zijn modus operandi reconstrueert bijvoorbeeld het politieke systeem communicatie van buitenaf tot politieke communicaties. Vervolgens worden deze volgens dezelfde modus bewerkt tot nieuwe politieke communicaties. De operaties die uitgevoerd worden zijn door interactie geselecteerd uit de mogelijkheden die de voorafgaande politieke structuur biedt. Deze voorafgaande structuur is weer het gevolg van de politieke operaties die in het verleden zijn voltrokken die weer bepaald zijn door de daaraan voorafgaande structuur, et cetera. Afgezien van situaties waarin het hele systeem ten onder gaat en weer opnieuw begint, kan een bepaald politiek systeem derhalve maar binnen beperkte mogelijkheden evolueren. Functies van systemen als recht, wetenschap of religie kan de politiek nimmer uitoefenen, zonder dat het als politiek systeem in de ware zin des woord, desintegreert of wordt gekolonialiseerd. Voor het recht is het niet anders. Het recht representeert storing binnen het

32 Luhmann 1984.

33 Luhmann 1988, p. 18.

Hoofdstuk 4

eigen cognitief bereik: vaststelling van de rechtsfeiten. Vervolgens operationaliseert het systeem deze eigen representaties door deze af te zetten tegen de aanwezige structuur van rechtsnormen op basis van een parameter van legal reasoning. Deze operationalisering staat gelijk aan de rechtstoepassing of de rechtspraktijk. Via deze operationalisering leidt rechtscommunicatie tot nieuwe rechtscommunicatie. Het rechtssysteem genereert of produceert derhalve rechtscommunicatie in referentie aan voorafgaande rechtscommunicatie. Dit gebeurt uitsluitend onder storing van buitenaf, waardoor men kan zeggen dat het rechtssysteem invloeden van buitenaf gelijkvormig maakt aan zijn interne structuur om deze structuur hiermee te kunnen uitbouwen onder behoud van eenheid.

Het bestempelen van ‘communicatie’ als centraal bestanddeel van sociale systemen betekent dat het individu niet langer het centraal aangrijpingspunt van de wereld vormt.³⁴ Luhmann stelt dat sociale systemen niet gedetermineerd zijn door individueel handelen, maar door zichzelf. Lichamen in de zin van personen of formele organisaties zijn de ‘knooppunten’ in het netwerk van deze communicaties. Het lichaam bepaalt de toestandsveranderingen van bijvoorbeeld het rechtssysteem niet, maar selecteert slechts uit het bereik aan mogelijke operaties die door de voorafgaande rechtsstructuur bepaald zijn. De causaliteit tussen lichaam en systeem is non-lineair. Ingeval van een levende actor gaat het om twee gescheiden bereiken van aan de ene kant psychische autopoïese en aan de andere kant maatschappelijk autopoïese. De psychische en sociale toestanden zijn niet serieel maar parallel gekoppeld. Individu en systeem werken parallel volgens het eigen programma. Deze synchroniteit in fysisch handelen en sociaal handelen zal in de waarnemersrol echter gepercipieerd worden als seriële koppeling. Bij een functionerende maatschappij zijn het echter ‘puzzelstukjes die in elkaar vallen’ zonder dat ze logisch achter elkaar zijn gelegd op grond van een verkregen afbeelding van de samenleving vanuit een archimedisch punt.

De oorzaak-gevolgrelaties tussen het bestaan van een lichaam en het voordoen van maatschappelijke communicatie zijn op grond van het bovenstaande semantisch te begrijpen. Lichamen zijn, aldus Luhmann, wat ze zijn, omdat we ze in de waarnemersrol als onafhankelijk object specificeren.³⁵ Het waarnemen is echter een interactie met de eigen representaties binnen de eigen cognitieve psyche. Ontologisch is het lichaam dus niet te bewijzen. Voor mensen van vlees en bloed lijkt dat moeilijk te erkennen. Door analogie is het wel voorstelbaar te maken. Het is een scheiding tussen ontologie en semantiek die op een niveau hoger wèl

34 Aldus Teubner 1989a, pp. 59-60.

35 Luhmann 1986a, pp. 8-9.

Chaostheorie als epistemologie van sociaal-economisch recht

gepercipieerd wordt, namelijk wanneer het in een juridische betekeniswereld mogelijk blijkt dat rechtspersonen praten en handelen.

Als waarneming een interactie vormt met de eigen representaties binnen de eigen cognitieve psyche, zoals Maturana en Luhmann schrijven, houdt dit in dat alle waarneming actief wordt opgebouwd door de waarnemer. Dan rijst wel de vraag waar Luhmann zelf zijn bevoorrechte positie uit afleidt om het wezen van het maatschappelijk functioneren te kunnen doorgronden. Hij claimt immers empirische geldigheid van de autopoietische theorie.³⁶ Als ook de wetenschap een zelforganiserend sociaal systeem is, heeft ook deze geen toegang tot de ontologische werkelijkheid. Luhmann beaamt dat. Zijn theorie gaat ervan uit dat ook de wetenschap binnen zijn cognitief bereik de realiteit construeert. De uitspraken over sociale zelforganisatie moeten ook in dit licht begrepen worden. 'Ware' ontologische uitspraken zijn niet mogelijk. Empirische toetsing echter wel. Wetenschappelijke empirische toetsing is op grond van de zelforganisatie van wetenschap niet meer of minder dan het recursief onderwerpen van een volgens de modus operandi van wetenschap geconstrueerde waarneming van waarnemingen aan voorafgaande waarneming van waarnemingen.³⁷ Bij coherentie worden ze 'bewaard' en anders geëlimineerd. Een experiment of een empirisch onderzoek is in een chaosperspectief geen toets van interne theorie aan een externe realiteit. Het is een interne coherentie-toets van de ene representatie die geproduceerd is volgens de ene selectie (door theorie) met een andere representatie die geproduceerd is volgens een andere selectie (door statistiek of interviews). Indien de coherentie overeind blijft, moet worden aangenomen dat de representatie adequaat is. Chaostheorie blijft hierdoor slechts een bepaalde representatie die zijn waarde alleen kan bewijzen indien het, nadat het opnieuw is onderworpen aan de wetenschappelijke operaties, 'bewaard' blijft.

4.2.1 *Benoeming van element en structuur van het rechtssysteem*

De bovenstaande theorie wordt door Luhmann en door Gunther Teubner op het begrip van het recht betrokken.³⁸ Het moderne rechtssysteem is in deze visie een zelforganiserend systeem. Zijn elementen of bestanddelen zijn gespecialiseerde communicaties, namelijk rechtscommunicaties. Communicatie staat voor het overbrengen en begrijpen van informatie in brede zin wat door zowel cognitieve

36 Luhmann 1986a, p. 23.

37 Luhmann 1986a, p. 24.

38 Het werk van Teubner is neergelegd in tal van artikelen, waarbij in de tijd ook steeds verschuivingen zijn opgetreden in zijn zienswijze. Zijn belangrijkste artikelen zijn door hem samengevoegd in wat als zijn standaardwerk kan worden gezien: *Recht als autopoietisches System*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1989.

Hoofdstuk 4

als operationele handelingen kan geschieden. Rechtsfeiten, rechtshandelingen, rechtsuitspraken, rechtsnormen zijn in deze visie derhalve alle uit rechtscommunicaties opgebouwd.

Binnen 'gewone' paradigma's ligt het voor de hand te denken dat een rechtssysteem is opgebouwd uit rechtsnormen. Daarmee zouden rechtsnormen de elementen van het rechtssysteem zijn. Binnen het non-lineaire paradigma is dat echter niet zo. Uitgangspunt is dat complexe systemen alleen bestaan in een veranderend medium (zie boven § 3.1). Voor sociale systemen is dit medium sociale communicatie. Het is pas wanneer een sociaal systeem, zoals het recht, deze communicatie op een speciale manier weet te bewerken die verder in het medium niet voorkomt, dat het systeem daarmee zichzelf als een eenheid kan gewaar worden in dat medium: de speciale juridische bewerking scheidt immers het onderscheid tussen recht en omgeving en derhalve de mogelijkheid het recht als eenheid op te vatten. Met dit alles blijft het recht, ook al is het te beschouwen als eenheid, wel uit communicatie opgebouwd, zij het gespecialiseerde communicatie die zich onderscheidt van communicatie uit de omgeving. De elementen van recht zijn derhalve niet de rechtsnormen. De rechtsnorm bestaat immers ook zelf weer uit gespecialiseerde communicatie. De rechtsnorm moet daarentegen worden opgevat als noodzakelijk onderdeel van het *juridisch bewerkingsproces* van algemene sociale communicatie tot gespecialiseerde rechtscommunicatie. Het geheel aan rechtsnormen vormt als het ware het netwerk van rechtsoperaties die de elementen, de rechtscommunicaties, produceren. Het synoniem binnen de chaostheorie van het netwerk van systeemoperaties, is de structuur van een systeem.

Maturana stelt dat een systeem zelforganiserend is indien de elementen meewerken aan het totstandbrengen van het netwerk aan productieprocessen van elementen (zie § 3.1). Het rechtssysteem valt binnen deze definitie, aldus Teubner. Een 'los' element van recht is een rechtscommunicatie of rechtshandeling. Het netwerk van productieprocessen, of wel de structuur van het recht, vormen de rechtsnormen. Volgens de definitie moeten elementen meewerken aan het totstandbrengen van het netwerk aan productieprocessen van elementen. Rechtshandelingen moeten derhalve meewerken aan het netwerk van productieprocessen van rechtshandelingen. Aangezien het netwerk gevormd wordt door de rechtsnorm, moet de rechtshandeling meewerken aan de bepaling van de rechtsnorm die weer de rechtshandeling bepaalt. Dit is coherent aan de werking van het recht zoals we dat kennen. Immers, de rechtsnorm bepaalt of een handeling een rechtshandeling is, terwijl een rechtshandeling na toepassing van de rechtsnorm daarop, een nieuwe rechtsnorm kan geven (rechtshandeling). Het proces waarin dit alles geschiedt is de toepassing van recht, oftewel de rechtspraktijk. Via het afwisselend afleiden van rechtshandelingen uit rechtsnormen en het afleiden van rechtsnormen uit rechtshandelingen, wordt met

Chaostheorie als epistemologie van sociaal-economisch recht

de operationalisering van recht de voorafgaande rechtsstructuur vervangen door een nieuwe structuur. Het rechtssysteem plant zichzelf voort.

Het rechtssysteem kent derhalve productieprocessen of operationalisering van recht. Dit noem ik verder, kortweg, rechtsoperaties. Een zelforganiserend systeem kan echter niet evolueren als het niet ook cognitieve waarnemingen doet (vgl. § 3.2). Het moet zichzelf kunnen waarnemen in zijn functioneren. Zoals cognitieve systemen, kan het rechtssysteem binnen het cognitief interactiebereik zichzelf vanuit een waarnemerspositie beschrijven. Het kan dan ook weer zichzelf als waarnemer beschrijven. Dit alles gebeurt in de rechtswetenschap. De activiteiten van rechtsgeleerdheid kunnen opgevat worden als de cognitieve handelingen van het rechtssysteem, waarin het zichzelf waarneemt en beschrijft in referentie aan voorafgaande beschrijvingen. Met deze beschrijvingen van recht kan het systeem zelf weer interageren. Hierdoor kunnen, evenals bij storingen van buitenaf, structuurveranderingen van het rechtssysteem geselecteerd worden. Door deze waarnemingscapaciteit kan een rechtssysteem zich aan zijn omgeving aanpassen en evolueren. Volgens de autopoïetische selecteren interacties toestandsveranderingen maar bepalen deze niet. Dat stemt overeen met de ervaringswereld van de jurist. Het rechtssysteem erkent de dogmatiek als bron van recht, toch wordt ook (h)erkend dat de causaliteit daarmee niet serieel verloopt. Dogmatiek en praktijk zijn twee gescheiden zelfreferentiële bereiken binnen het rechtssysteem, die daardoor onvoorspelbare gevolgen voor elkaar hebben.³⁹

4.2.2 *Geslotenheid van het rechtssysteem*

In de rechtspraak wordt voor de bepaling van een rechtshandeling gerefereerd aan de rechtsnorm, die weer door een voorafgaande rechtstoepassing tot stand kan zijn gekomen. Rechtsoperaties refereren derhalve aan de resultaten van voorafgaande rechtsoperaties.⁴⁰ In die zin is het rechtssysteem operationeel gesloten. Daarmee wordt bedoeld dat de normatieve controle van het systeem van binnenuit bepaald is en niet van buitenaf.⁴¹ In zijn interacties met de veranderende omgeving is het open. Het rechtssysteem is in cognitieve zin gevoelig voor communicatie van buitenaf. Het cognitief interactiebereik is echter gescheiden van de rechtsstructuur en de daardoor bepaalde rechtsoperaties. De rechtsoperaties blijven derhalve normatief bepaald van binnenuit. Een interactie met de buitenwereld is metaforisch gesproken het (ver)storen van een juridisch dominosteentje, waarna de andere vallen of niet vallen volgens het patroon zoals het rechtssysteem dat zelf heeft opgesteld.

39 Teubner spreekt in dit verband van het recht als 'hypercyclus' (1989a, pp. 43-44).

40 Luhmann 1988, pp. 25 en 27.

41 Luhmann 1986b, p. 113.

Hoofdstuk 4

Hoe de stenen vallen is dus van binnenuit bepaald en het patroon dat het resultaat hiervan is, ook. Na de verstoring is het patroon nauwelijks, enigszins of drastisch veranderd met nieuwe mogelijkheden voor verstoringen. Derhalve maakt het recht steeds nieuwe patronen onder invloed van verstoring. De opeenvolgende rechtspatronen zijn ieder alleen te begrijpen uit het voorafgaande patroon. Van buitenaf is moeilijk te voorspellen tot welk resultaat een bepaalde storing zal leiden.

Het onbuigzame karakter van de geslotenheid van het recht stuit in de kritieken op weerstand.⁴² Niet te ontkennen valt dat politiek en maatschappij grote gevolgen hebben voor recht. Geslotenheid of autonomie van recht staat echter niet voor isolatie van de omgeving en ook niet voor de totale macht over elke causaliteit in het recht.⁴³ Geslotenheid is strikt beperkt tot de cyclische werking van rechtsoperaties: “Law cannot deal directly with the outside world, it can only reconstruct that world in a form that is acceptable as legal communication accessible for other legal communication in the network of legal communications.”⁴⁴

Buiten het non-lineaire paradigma zal het vaak zo zijn dat ‘gesloten’ staat voor niet beïnvloedbaar door de buitenwereld. Een gesloten systeem kan zich derhalve ook niet aanpassen aan deze buitenwereld. Binnen het non-lineaire denken echter, zijn open en gesloten niet langer een tegenstelling.⁴⁵ Ik licht dit toe. Ten eerste, het systeem ontvangt openlijk cognitieve informatie van buiten maar door de intern gesloten controle op wat daarmee gebeurt, selecteert het systeem uit deze informatie. De rechtsnorm bepaalt bijvoorbeeld wat juridisch relevant is. Als gevolg van dit samenspel van cognitieve openheid en normatieve geslotenheid, dringt informatie op een indirecte wijze door. Ten tweede, de gesloten normatieve controle veroorzaakt dat de geselecteerde informatie wordt onderworpen aan de rechtsnorm, waarvan het resultaat een nieuwe rechtsnorm kan zijn (jurisprudentie). Met andere woorden, het samenspel van cognitieve openheid en normatieve geslotenheid leidt tot een verandering van de structuur van het recht onder invloed van informatie van buiten. Het systeem past zich op indirecte wijze aan aan zijn omgeving. Beide zojuist genoemde kenmerken van cognitieve openheid en normatieve geslotenheid, namelijk indirecte toegang van informatie en indirecte aanpassing aan de buitenwereld, zullen door de critici over het algemeen niet snel worden uitgelegd als kenmerken van gesloten recht. Eerder zal men op basis van deze kenmerken het recht als ‘semi-autonoom’ of ‘relatief gesloten’ benoemen. Het lijkt mij dan ook dat de kritiek op

42 Bijvoorbeeld Witteveen 1992, pp. 62 e.v. Zie verder de literatuur genoemd in Teubner 1989a, pp. 43 e.v.

43 Zo ook Krohn 1990, p. 7.

44 King en Piper 1990, p. 23.

45 Luhmann 1986b, p. 113.

Chaostheorie als epistemologie van sociaal-economisch recht

de autopoietische geslotenheid geen werkelijke controverse naar boven brengt, maar eerder een kwestie is van begripsverwarring als gevolg van het hanteren van dezelfde begrippen binnen verschillende paradigma's.

De non-lineaire uitleg van de werking van het rechtssysteem als normatief gesloten en cognitief open heeft een belangrijk voordeel op een lineaire uitleg. In tegenstelling tot concepten als semi-autonoom systeem of veld,⁴⁶ kan het chaosparadigma precies uitleggen hoe bijvoorbeeld een rechtssysteem autonomie verwerft en hoe de paradox ontstaat van enerzijds aanpassing aan de omgeving en anderzijds behoud van eigenheid en eenheid van het recht. De autonomie is het gevolg van selectieve waarneming van het systeem en normatieve systeemcontrole over wat er met deze informatie gebeurt. De aanpassing onder behoud van eigenheid is mogelijk, omdat het systeem juist door de dynamiek van voortdurende interne bewerking van externe storingen, in staat is zichzelf als eenheid uit te bouwen ('order from noise').

Nogmaals, al geschieden de operaties van het rechtssysteem gesloten, de buitenwereld heeft grote consequenties voor het rechtssysteem en vice versa. Normatieve geslotenheid van rechtsoperaties moet echter bestaan, wil verklaarbaar zijn waarom de consequenties die de buitenwereld voor het rechtssysteem heeft, niet precies te voorspellen zijn door een waarnemer. Consequenties, ook al zijn ze onvoorspelbaar, zijn als zodanig echter letterlijk van levensbelang voor een sociaal systeem. Alleen storingen uit het milieu stelt een systeem in staat zichzelf als eenheid te bevestigen en te ontwikkelen. Deze evolutie is de wijze waarop stabiliteit wordt verkregen. Heeft de omgeving geen consequenties voor het recht, dan evolueert het rechtssysteem niet en zal destabiliseren: het recht wordt een dode letter.⁴⁷

5 Modern sociaal-economisch recht volgens chaostheorie

5.1 Inleiding

Samengevat, is het kenmerkende aan de maatschappelijke chaostheorie een pluriformiteit, een interdependentie en een geslotenheid van maatschappelijke betekenis-systemen of instituties.⁴⁸ Pluriformiteit volgt uit de functionele differentiatie van het totale maatschappelijke systeem in meerdere maatschappelijke subsystemen.

46 Moore 1973. Hierover ook Witteveen (1992), die voorstander van 'semi-autonoom veld' is.

47 Zie bij Teubner 1989a, pp. 37-38.

48 Zie De Bruijn en Ten Heuvelhof 1991.

Hoofdstuk 4

Ieder subsysteem produceert gespecialiseerde institutionele verwachtingen voor maatschappelijke interactie. Interdependentie volgt uit de afhankelijkheid van elk maatschappijstelsel van het functioneren van andere systemen in zijn omgeving. Doordat een systeem zich ontwikkelt en verandert, vormt deze een veranderend milieu voor de ander. Alleen door toevoeging van wanorde als gevolg van voortdurende 'ruis' uit de omgeving kan het systeem zijn interne orde volgens de eigen structuur uitbouwen. De geslotenheid tot slot, vloeit voort uit de specifieke modus operandi van een zelforganiserend maatschappijstelsel. Dit functioneert door zich niet rechtstreeks met de buitenwereld te verstaan, maar door deze te reconstrueren in een vorm die geaccepteerd wordt binnen de systeemcontext als betekenisvol. Deze cyclische modus voorkomt derhalve een rechtstreekse 'input' in of 'output' uit het systeem. Dit blijkt noodzakelijk om de stabiliteit van een dynamisch systeem in een veranderend milieu te garanderen. Als gevolg van een spontane structuur die invloeden van buitenaf onderwerpt aan een gelijkvormige structuur die hierdoor uitgebouwd wordt, kan een complex systeem juist *door* dynamiek stabiliseren.

Het oorspronkelijk uitgangspunt van de hele bovenstaande exercitie vormde een bruikbaar perspectief voor onderzoek naar de regulerende werking van modern instrumenteel recht. Om juist een rechtswetenschappelijk belang met dergelijk onderzoek te kunnen dienen, werd het essentieel geoordeeld dat er in epistemologische zin ruimte is voor onderzoek naar zowel de juridische als de maatschappelijke werking van wetgeving en het onderlinge verband daartussen. De vraag die nu gesteld moet worden, is hoe de juridische en maatschappelijke werking van sociaal-economisch recht binnen chaostheorie begrepen moet worden en wat dit toevoegt aan de bestaande paradigma's.

Op het eerste gezicht lijkt chaostheorie het failliet te betekenen van regulerend recht. Immers, als het functioneren van de samenleving begrepen zou moeten worden door onvoorspelbare sociale instituties, lijkt het recht weinig sturing en ordening te kunnen brengen. Autopoiese lijkt alleen nog spontane orde te respecteren. Luhmann geeft in sommige geschriften aanleiding het autopoietisme van een verborgen conservatief-liberale politiek te verdenken.⁴⁹ Dit doet misschien wel recht aan Luhmann, maar mijns inziens niet aan de theorie van chaos en zelforganisatie.

De chaostheorie beschrijft eerst en vooral het gedrag van complexe systemen. Zo wijst Lorenz op de onvoorspelbaarheid van het klimaat door het non-lineaire karakter. Daarmee wordt geenszins beweerd dat het klimaat niet beïnvloed wordt door bijvoorbeeld koolmonoxyde van industrie en auto's en dat we ons daarover

⁴⁹ Zie Luhmann 1986b, pp. 122-125. Over de achterliggende politiek van autopoiese: Nelken 1988, p. 214 en Grundmann 1990.

Chaostheorie als epistemologie van sociaal-economisch recht

geen zorgen meer hoeven te maken. Het enige dat gesteld wordt, is dat de invloeden geen wetmatig verband vertonen. Hetzelfde kan gezegd worden voor het gedrag van complexe sociale systemen. Al voorkomt de gesloten werking rechtstreekse sturing, de systemen beïnvloeden elkaar in hoge mate. De interdependentie maakt zelfs dat zonder deze invloeden de sociale systemen destabiliseren. Storing is noodzakelijk voor evolutie. De theorie in zichzelf problematiseert derhalve het begrip van causaliteit tussen maatschappijssystemen. Wil men dit begrip van non-lineaire causaliteit echter praktisch en doelgericht toepassen, dan is een politieke keuze altijd onontkoombaar. Het inzicht in de complexiteit van maatschappelijke causaliteit kan immers van ordening doen afzien, of kan leiden tot het hiermee in versterkte mate rekening willen houden. Deze keuze is afhankelijk van het wereldbeeld dat men heeft.

Zoals Luhmann het zelf stelt, kan de samenleving zichzelf niet observeren buiten zijn eigen grenzen. Daarmee is een wereldbeeld niet ontologisch vaststelbaar, maar in feite een ideologie. De gangbare tweedeling in westerse wereldbeelden in conservatief en progressief bevestigt dat. Het conservatieve wereldbeeld komt volgens Luhmann neer op de stelling dat een samenleving is zoals zij is, het progressieve wereldbeeld op de stelling dat een samenleving is wat zij niet is.⁵⁰ Het eerste is een tautologie en het tweede een paradox. Bij gebrek aan een ontologisch beeld van een samenleving, zal een doelgerichte toepassing van de theorie van autopoiese neer komen op een keuze van, in laatste instantie, één van deze twee ideologieën. Het is precies hier waar de wegen van Luhmann en Teubner zich scheiden.

Hoewel Luhmann zijn politieke voorkeur tracht te verbergen,⁵¹ neigt hij naar de mening dat het rechtssysteem moet werken zoals het werkt. Onderwerpen als burgerlijke ongehoorzaamheid, emancipatiebewegingen, maar eveneens het moderne beleidsrecht, heeft Luhmann in het verleden betiteld als bedreigingen van de specifieke code en de werking van het recht. Door politieke doelprogramma's in het recht in te brengen, corrumpeert de politiek het recht, aldus Luhmann, omdat dit de binaire juridische code van rechtens/niet-rechtens te boven gaat.⁵² Deze code is rigide juist om bepaalde sociale conflicten over verwachtingen op te kunnen lossen en daarmee complexiteit te reduceren. Indien men deze code overbelast, zal het recht zijn functie om zekerheid te scheppen niet meer kunnen waarmaken en zal het rechtssysteem uiteindelijk destabiliseren. Teubner ziet dit anders. Hij neigt naar de mening dat een modern rechtssysteem moet werken zoals het niet werkt.

50 Zie hierover uitgebreid bij Grundmann 1990, p. 28.

51 Zie voor een analyse hiervan: Grundmann 1990.

52 Luhmann 1986b, p. 124.

Hoofdstuk 4

Zoals het rechtssysteem nu werkt, leidt het zijns inziens tot een reguleringscrisis. De toenemende complexiteit van de post-industriële samenleving beantwoordt het recht met steeds meer averechtse effecten van wetgeving. Hij wijdt dit aan het feit dat het politieke systeem en het rechtssysteem geen reflexie plegen op het bestaan van functionele differentiatie van de samenleving. Zijn voorstel is om het rechtssysteem te laten werken volgens een 'reflexief programma' dat rekenschap geeft van non-lineaire causaliteit.

Omdat een dergelijk programma al een doelgericht programma in zichzelf vormt, ziet Luhmann weinig in het reflexief programma.⁵³ Hij lijkt te betwijfelen of een sociaal systeem een observatie van zichzelf in termen van autopoïese weer opnieuw kan invoeren in zijn autopoïetisch werkende programma. In ieder geval valt het zijns inziens buiten de grenzen van de autopoïese en functie van het recht.

In feite komt het mij voor dat noch de visie van Luhmann noch van Teubner strijden met de grondslagen van de chaostheorie. De werking van gedifferentieerde sociale systemen is immers een kwestie van het juiste evenwicht tussen interdependentie en geslotenheid. Een sociaal betekenissysteem moet enerzijds zijn specifieke manier van bewerking van communicatie beschermen. Indien de manier van bewerking ook in de omgeving gaat voorkomen, vervalt het onderscheid tussen een systeem en zijn omgeving. Het systeem destabiliseert derhalve en verliest zijn gedifferentieerde sociale functie. Een sociaal systeem moet anderzijds echter steeds op adequate wijze reageren op actuele storing. Mocht het hiervoor onverschillig moeten blijven, dan vervalt de impuls voor evolutie en destabiliseert het systeem eveneens. Luhmann en Teubner maken een verschillende keuze in welk noodzakelijk facet van het evenwicht bij hen de nadruk krijgt. Luhmanns bezorgdheid gaat uit naar voldoende geslotenheid van het rechtssysteem. Teubner is bezorgd over voldoende aanpassing van het rechtssysteem aan de problemen die de moderne samenleving stelt.

Ondanks dit accentverschil, is het mijns inziens echter zo dat Teubner de theorie over het geheel genomen meer recht doet dan Luhmann. Ondanks zijn pleidooi voor evolutie van recht, verliest Teubner de grenzen die de normatief gesloten werking van het recht stelt niet uit het oog. Meermalen waarschuwt Teubner tegen politiek-maatschappelijke druk op de code van het rechtssysteem. Luhmann aan de andere kant, laat zich niet uit over de wijze waarop het rechtssysteem samenhang vertoont met de andere subsystemen in de samenleving. Over het algemeen is het toch nog steeds zo dat een waarnemer de gevolgen van het recht in de samenleving voor een groot deel als serieel gekoppeld, ervaart. Velen zullen menen, reguleringscrisis of niet, dat het recht bepalend is voor het verloop van veel politieke of economische

53 Bijvoorbeeld Luhmann 1986b, pp. 124-125.

interactie. Volgens Maturana is deze waarnemingsparadox slechts mogelijk, indien de opvolgende toestanden van systemen onderling met elkaar vervlochten zijn. Bij de vraag naar de wijze waarop deze onderlinge afstemming tussen recht, politiek en economie zich in concreto voltrekt, haakt Luhmann af en gaat Teubner verder.

5.2 Het reflexief rechtsprogramma van Teubner

Teubners uitgangspunt is dat modern regulerend recht dat bedoelde effecten wil sorteren alleen 'reflexief' recht kan zijn. Recht dat een reflectie is van zijn eigen grenzen en mogelijkheden. Daartoe moet het recht opnieuw in de rechtswetenschap geanalyseerd worden vanuit het perspectief van pluriformiteit, interdependentie en geslotenheid. Het programma gaat uit van, naar eigen zeggen, heranalyse en strategische keuze. In bepaalde kritieken is juist deze verbinding van cognitieve analyse en normatieve keuze een steen des aanstoots.⁵⁴ Het wordt Teubner verweten zich op kentheoretisch niveau van een onzuivere methode te bedienen wanneer hij op basis van sociologische vragen over recht normatieve rechtsantwoorden wil formuleren.

De kritiek snijdt hout. In de eerste plaats is het dezelfde kritiek die het instrumentalistisch paradigma voor de voeten geworpen kreeg (hoofdstuk 3). Daarenboven is het ook de theorie van autopoiese zelf die door de geslotenheid de rechtstreekse import en export van informatie van het ene in het andere betekenisstelsel uitsluit. Teubner moet dit in zijn latere werk toegeven en erkent dat zijn rechtsprogramma primair als rechtswetenschappelijk is aan te duiden en niet als interdisciplinair. Het reflexief programma is niet in staat boven de sociale systemen uit te klimmen en vertegenwoordigt daarom een, wat hij noemt, strategisch *rechtsmodel*. Reflexief recht blijft een intern gestructureerd waarnemingsmodel van het rechtssysteem. Het recht is echter door zijn waarnemingscapaciteit in staat zichzelf te veranderen. Het kan met zijn zelfbeschrijvingen interageren en daarmee nieuwe structuren uitlokken (zie hfdst. 4 § 3.2).⁵⁵ Dit is bij uitstek de taak van de rechtswetenschap, waarin immers zelfbeschrijvingen van het recht worden gegeven. Langs deze weg moet het rechtssysteem theoretisch in staat worden geacht om zichzelf te beschrijven als zelforganiserend systeem in een wereld van zelforganiserende systemen en om daar vervolgens in zijn operaties consequenties uit te trekken.⁵⁶

Het programma is dus in wezen rechtswetenschappelijk. De zelforganiserende concepten moeten echter een meerwaarde bieden ten opzichte van de 'legal

54 Onder andere Blankenburg 1984.

55 Teubner 1986b, pp. 300-301.

56 Teubner 1989a, p. 87.

Hoofdstuk 4

reasoning'. Dit gebeurt door structurele koppelingen te leggen met andere systemen.⁵⁷ In zijn normerende status tracht het rechtsprogramma het recht aan het politieke systeem te koppelen, om door zelfbeschrijving van mogelijke rechtstoestanden naar reductie van verschil te zoeken met politieke programma's. In zijn analytische status kan het het recht aan de andere maatschappijwetenschappen koppelen, om door beschrijving van mogelijke rechtswetenschappelijke werkelijkheidsbeelden naar reductie van verschil te zoeken met anderszins wetenschappelijk geconstrueerde wereldbeelden. Uiteindelijk wordt door de reflexieve zelfbeschrijvingen van het recht beoogd nieuwe structuurtoestanden in het rechtssysteem te selecteren.

5.3 Regulering via structurele koppelingen

De volgende vraag is uiteraard wat men zich voor moet stellen bij reflexieve zelfbeschrijving van recht. Teubner tracht dit op theoretisch niveau te schetsen. Reflexie op een autopoietische maatschappij houdt in dat maatschappelijke subsystemen in wezen zichzelf reguleren. Dit sluit een lineaire sturing door recht van andere systemen zoals de economie uit. Dit inzicht verbaast in praktijk geenszins. Al kunnen we oorzaak-en-gevolgrelaties van te voren rationeel doordenken, toch blijkt met een zekere regelmaat dat wettelijke regels een veel kleiner, groter, geen of ander effect sorteren dan verwacht werd. Binnen de chaostheorie zijn maatschappelijke deelsystemen ontoegankelijk voor directe interventies. Dit tempert de sturingsverwachtingen van recht aanzienlijk. Hier tegenover staat echter dat dezelfde maatschappelijke deelsystemen niet optimaal kunnen functioneren indien ze geen onderlinge sturingspogingen ondervinden. De 'ruis' van bijvoorbeeld het recht is voorwaarde voor de uitbouw door andere systemen van de eigen orde. De optimale situatie die hierin is te bereiken, is dat de verschillende deelsystemen structureel gekoppeld zijn aan elkaar. Het zoeken naar structurele koppeling is de crux van het reflexief sociaal-economisch recht.

Zoals Maturana beschrijft, houdt een structurele koppeling in dat de systeemoperaties van bijvoorbeeld recht en economie elkaars voorwaarde worden (§ 3.2). Het gedrag van het ene systeem is voorwaarde voor de uitbouw van de eigen orde door het andere systeem en andersom. Wanneer beide systemen hun kritische variabelen zodanig afstemmen dat deze situatie volgehouden kan worden voor elke

⁵⁷ Teubner spreekt niet van structurele koppeling, maar het is moeilijk dit anders te zien. In eerste instantie is Teubners eigen formulering op dit punt slordig: "They (strategics models, AV) incorporate sociological theories, but transform these into legal constructions..." (1986b, p. 301). Even later neemt hij dit terug: "In a precise sense one cannot speak of the incorporation of theories into legal models." (1986b, p. 303).

Chaostheorie als epistemologie van sociaal-economisch recht

toestandsverandering die doorgemaakt wordt, ontstaat als het ware een vervlechting van de geschiedenis aan toestanden die ieder van de gescheiden systemen doormaakt (zie hierover § 3.2). Deze ‘muizenrap’ van systemen betekent een synchronisatie van het handelen binnen gescheiden bereiken. Voor de externe waarnemer roept dit het beeld op van een gemeenschappelijk bereik omdat onderling adequaat maatschappelijk handelen optreedt. Ontologisch blijven de bereiken echter gescheiden. Vergelijk hier nogmaals de metafoor van het bouwen van een huis uit het vorige hoofdstuk (§ 3.2). Ieder maatschappelijk deelsysteem kent alleen zijn eigen functie en zijn eigen programma voor handelen. Indien hierin een adequate afstemming bestaat op de eigen directe omgeving, valt het specifieke functioneren van elk deelsysteem in het ideaal-typische geval als een puzzel in elkaar. Een maatschappelijk deelsysteem hoeft daarvoor het programma van de andere deelsystemen of het totale maatschappelijke systeem niet te kennen. Wat door koppeling bereikt wordt, is een parallelle wederzijdse sturing van maatschappelijke deelsystemen, hetgeen voor de externe waarnemer zal lijken op een seriële eenzijdige sturing van het ene deelsysteem door het andere.

Structurele koppelingen ontstaan spontaan, aldus Maturana. Een reflexief rechtsprogramma dat de werking van sociaal-economische wetgeving wil verbeteren door het anders te analyseren als voorheen, zou in dat geval zinloos zijn. Men kan het wel analyseren maar niet veranderen. De mogelijkheid tot doelgerichte koppeling is derhalve voorwaarde voor reflexief sociaal-economisch recht. Het nastreven van koppeling is daarbij niet alleen een zaak van politiek wetgevingsbeleid. Het rechtssysteem dicteert de randvoorwaarden waaraan de politieke wetsbesluiten qua vorm en deels qua inhoud moeten voldoen, anders ontstaat geen geldig recht. Als de wet eenmaal gemaakt is, wordt zijn verdere werking door het rechtssysteem bepaald. Het verdere ‘leven’ van de wet kan bijvoorbeeld mede door een ambtelijke organisatie worden ingevuld, maar uiteindelijk heeft het recht het laatste woord over de toepassing, de interpretatie en de veranderingen van de norm. Zelfs als de politiek daarop besluit tot wijziging van de wet, begint het verhaal weer van vooraf aan. De gewijzigde wet moet aan de rechtsvereisten voor wetgeving voldoen en zijn verdere gewijzigde betekenis wordt door het recht vastgesteld. Sturend recht vergt derhalve op voorhand al een koppeling van het politieke systeem en het rechtssysteem binnen de voorwaarden die ze elkaar stellen, voordat een koppeling met een derde systeem kan ontstaan.

Men kan wel de voorwaarde tot de mogelijkheid van doelgerichte koppeling stellen, maar deze dient uiteraard wel consistent te zijn met de onderliggende theorie. Hier doemen een aantal problemen op. Het doelgericht nastreven van koppeling vergt dat een systeem kan voorzien welke van zijn eigen systeemoperaties aanleiding geeft tot een aaneenkoppeling met een ander systeem. Voor het rechtssysteem, maar

Hoofdstuk 4

ook voor andere systemen, geldt echter ten eerste dat (juridische) waarnemingen reconstructies zijn van de buitenwereld. Ten tweede geldt dat (rechts)operaties door de gesloten werking van het te reguleren systeem geen voorspelbare gevolgen hebben. Dit lijkt elke strategievoering uit te sluiten. Evenwel is hierin nog geen aandacht besteed aan het cognitief waarnemingsbereik van de tweede orde. Dat wil zeggen, het vermogen van bepaalde complexe systemen om zichzelf als waarnemer van buitenaf waar te nemen. Doordat een systeem hierdoor steeds opnieuw kan evalueren, binnen een afgescheiden domein, wat het daarvoor heeft gedaan, ontstaat de mogelijkheid van een leerproces. Het systeem kan immers met deze zelfbeelden opnieuw interageren en hiermee nieuwe structuurveranderingen uitlokken. Reguleringstrategieën kunnen derhalve ervarenderwijs ontwikkeld worden. Teubner werkt in zijn rechtsprogramma daarvoor onder meer de volgende wegen uit.

5.3.1 Doelgerichte co-variatie van systemen

De chaostheorie stelt dat maatschappelijke systemen alleen kunnen waarnemen wat betekenis kan hebben op basis van de eigen structuur. De gesloten werking op basis van dezelfde structuur maakt daarenboven dat invloeden van buitenaf slechts selecterende werking hebben. Derhalve zijn gevolgen niet voorspelbaar.

Hoe is dit alles naar concrete rechtsregulering te vertalen? Als voorbeeld is een wettelijke prijsstop te nemen. Gewoonlijk beschouwt men dit als een rechtstreekse interventie in de economie. Wat er feitelijk gebeurt, is dat het rechtssysteem steeds een representatie van de werking van de economie verwerkt in zijn rechtsstructuur (de rechtsnormen). Bijvoorbeeld door met behulp van het recht een bovengrens te stellen aan economische prijsbepaling, wordt door de politiek beoogd om bijvoorbeeld elementaire producten betaalbaar te houden. Als vervolgens de 'noise' van het juridisch verbod op het beeldscherm van de economie opduikt, maakt de economie echter zelf ook een representatie van de rechtsbepaling. De wettelijke prijsstop zal in de economische betekeniscontext niet primair geconstrueerd worden in termen van normatieve rechtmatigheid of onrechtmatigheid, maar in termen van economische kosten en baten. Op basis van deze calculatie kan een economische onderneming bijvoorbeeld besluiten dat het niet langer rendabel is het product dat aan een prijsstop onderhevig is, te voeren. De rechtsimpuls van de prijsstop doet wel degelijk zijn invloed gelden. In de economie treedt door storing een toestandsverandering op. Door de geslotenheid van de economische operaties echter, die zich niet rechtstreeks met de rechtsnorm en zijn ratio verstaan maar deze reconstrueren naar communicaties die betekenisvol zijn in een economische context, treedt een andere toestandsverandering op dan was beoogd. Het te dure elementaire product wordt niet voor meer mensen toegankelijk maar verdwijnt van de markt. De economische processen vloeien uit economische representaties van rechtsnormen voort en niet rechtstreeks uit de zelfbeelden die het rechtssysteem hiervan heeft.

Chaostheorie als epistemologie van sociaal-economisch recht

Doordat het rechtssysteem zichzelf als waarnemer kan waarnemen, kan het echter leren. Het kan zijn representatie van het economisch proces bijstellen en verfijnen en dit opnieuw in zijn rechtsnormen verwerken. De representatie blijft echter per definitie een (verfijndere) reconstructie van de economie. Naar mate het onderwerp van regulering complexer is, zijn onvoorziene rechtseffecten daarom niet uit te sluiten. Informatie over de economie blijft juridisch gereconstrueerd en informatie over het recht blijft economisch gereconstrueerd. Rechtsinterventie resulteert niet in serieel-causale gevolgen omdat een werkelijke juridische input in het economisch systeem niet mogelijk is zonder dat het te reguleren systeem zijn gesloten werking doorbreekt.⁵⁸

Wanneer men de systemen van recht en economie die geen rechtstreeks contact kunnen hebben, van buitenaf waarneemt, zal blijken dat de systemen zich niet merendeels willekeurig ten opzichte van elkaar gedragen. Wanneer het recht reële regulerende gevolgen heeft in de economie, wordt dit semantisch als seriële koppeling begrepen (zie § 3.2). Dit wijst binnen de chaostheorie op een empirische vervlechting van de opvolgende toestanden van ieder van de systemen. Er vindt voortdurende wederkerige variëring in mogelijke systeemtoestanden plaats, waardoor het mogelijk wordt dat onder prikkeling van het andere systeem een toestand wordt geselecteerd die voorwaarde blijkt te zijn voor een bepaalde selectie bij de ander, die weer voorwaarde blijkt voor een bepaalde selectie bij de één en zo verder. Teubner noemt dergelijke wederzijdse variëring in mogelijke toestanden 'co-variantie'. Het resultaat is een gesynchroniseerd gedrag van bijvoorbeeld recht en economie.

Aangenomen mag worden dat een vervlechting van toestanden van de belangrijkste sociale instituties in de samenleving over het geheel bezien de regel is, al lijken Teubner en Luhmann het tegendeel te suggereren. Gebrek aan koppeling echter, leidt tot òf onverschilligheid voor òf doorbreking van elkaars gesloten werking. Dat lijkt in de meeste democratieën niet het geval te zijn. Zou dat wel zo zijn, dan kolonialiseert bijvoorbeeld het economische systeem het politieke systeem (corruptie), of het politieke systeem kolonialiseert het rechtssysteem (politiestaat), of de leefwereld is onverschillig voor het politieke systeem (anarchie), et cetera. Dit alles wil niet zeggen dat het toch niet op enkele onderdelen mis kan gaan. Structurele koppeling is in wezen een precaire evenwichtssituatie tussen gevaren van isolatie en usurpatie in. Bij isolatie is het systeem te onverschillig voor signalen, bij usurpatie betoont het te weinig respect voor de eigenheid en functie van het andere systeem en legt zijn eigen ratio op aan de ander.

58 Vgl. Teubner 1989a, pp. 96-99.

Hoofdstuk 4

Om het evenwicht te bewaren, moet koppeling derhalve voortdurend geconsolideerd worden voor alle onderwerpen die de maatschappijssystemen zich aantrekken. Dat kan alleen als systemen, zoals het recht, in hun werkelijkheidsconstructies het nastreven van co-variantie doelgericht kunnen insluiten. Co-variantie treedt op als de te reguleren systeemprocessen voorwaardelijk afhankelijk worden van de ruis die het recht, als deel van de omgeving van het te reguleren systeem, produceert. Maar het rechtssysteem kan de reacties die het 'vreemde' systeem op deze ruis zal hebben, nooit precies voorspellen. Het kan alleen door zichzelf en zijn gevolgen steeds opnieuw te beschrijven verandering uitlokken van zijn eigen structuur. In feite vormt dit een 'trial-and-error' methode. Het recht en de economie bijvoorbeeld blijven hun interne orde ten opzichte van elkaar variëren tot een situatie van betrekkelijke rust intreedt. Die rust ontstaat wanneer prikkels van buiten worden ingebouwd als voorwaarde van de eigen operaties. Het door trial-and-error mogelijk maken van verfijning van representatie van de buitenwereld is te herkennen in het wetgevingsproces. Veelal is dat nog ongewild, zoals een wijziging op de wijziging van de rechtsbijstandswetgeving die veel meer mensen betaalde rechtshulp onthoudt dan beoogd, of een wijziging op de wijziging van de keuringsregels in de WAO omdat de regels strenger uitpakken dan beoogd. Trial-and-error is echter ook bewust na te streven. Een optie hiervoor is het opnemen van 'horizonbepalingen' in wetgeving waarna geleerd wordt uit ervaringen en zonedig bijstelling kan volgen. Een andere optie voor het verfijnen van representaties is de 'instroom' van divergerende beelden en verwachtingen van buiten te vergroten.⁵⁹ Dat kan bijvoorbeeld door botsende beelden en verwachtingen niet alleen door individueel benadeelden maar ook door belangengroeperingen naar voren te laten brengen binnen het rechtssysteem.⁶⁰

5.3.2 Doelgerichte interferentie van systemen

De tweede reguleringsstrategie die Teubner onderscheidt, heeft een heel ander karakter. Er lijkt een voet tussen de deur van de gesloten maatschappijssystemen mogelijk, als gevolg van een bijzonderheid van de maatschappelijke deelsystemen van de tweede orde ten opzichte van de sociale leefwereld van de eerste orde. Deze bijzonderheid is door Luhmann al verkend.

In eerste instantie ontstaat door standaardisering van verwachtingen een sociaal systeem van een 'eerste orde', zeg maar 'common sense'. Deze common sense reduceert de complexiteit van interacties. Later, bij toenemende complexiteit, treedt echter differentiatie op binnen standaardverwachtingen. Daarmee ontstaan meerdere functionele maatschappelijke deelsystemen (zie § 4.2). Dit zijn systemen van een

⁵⁹ Teubner 1989a, pp. 100-102.

⁶⁰ Wet vorderingsrecht belangenorganisaties, Stbl. 1994, 391.

Chaostheorie als epistemologie van sociaal-economisch recht

'tweede orde', die als het ware als een extra betekenislaag over de algemene sociale verwachtingen in de leefwereld heen vallen. Zo kunnen algemene sociale verwachtingen van de eerste orde tegelijkertijd ook economische, politieke, morele of religieuze verwachtingen van de tweede orde zijn. De tweede-orde-verwachtingen onderscheiden zich doordat ze niet alleen maar complexiteit reduceren, maar dat met een specifieke maatschappelijke functie doen. Rechtsverwachtingen kunnen bijvoorbeeld van standaardverwachtingen aangeven of deze bij een teleurstelling maatschappelijk gehandhaafd moeten blijven, of dat aanpassing van de verwachting nodig is. Omdat alle verwachtingen uit het overdragen van informatie bestaan oftewel communicaties, houdt de bovenstaande voorstelling in dat algemene sociale communicatie tegelijkertijd specifieke rechtscommunicatie kan zijn. Hoe één communicatie met één handeling rechtscommunicatie en algemeen sociale communicatie kan zijn, zonder dat de gescheiden cyclische werking van de beide sociale systemen die ze produceren verloren gaat, zoekt Luhmann in het feit dat handelen een digitale aaneenschakeling van communicatiegebeurtenissen is.⁶¹ Communicatie of interactie is in de tijd geen ononderbroken proces. Elke communicatiegebeurtenis bestaat slechts een moment. Na dit moment vervolgt de keten met een nieuw moment of breekt af.

Het contingente karakter van interacties maakt het mogelijk dat gebeurtenissen simultaan aan meerdere maatschappelijke kringlopen of contexten kunnen deelnemen, zolang de zelfreferentiële verwevenheid met de vorige en de volgende gebeurtenissen tot de verschillende systeemcontexten blijft behoren.

Figuur 2 Interferentie (I) en interpenetratie (II) van systemen

Eén handeling, bijvoorbeeld een aankoop in de winkel, kan tegelijkertijd in zijn economische context worden begrepen als besteding door de consument, in zijn

61 Luhmann 1986a, pp. 13-17.

Hoofdstuk 4

rechtscontext als contract van rechten en plichten of in de dagelijkse leefwereld als vrije-tijdsinvulling of praatje met de buurtwinkelier. De opvolgende communicatie die aan deze ene 'koop'-communicatie verbonden wordt, zal in elk discours echter anders zijn overeenkomstig de context waarin het geplaatst is. Op het ene moment van aankoop raken de maatschappijssystemen elkaar kortstondig in één enkel gemeenschappelijk punt, oftewel tangentieel (zie boven figuur 2). Er ontstaat geen operationele verbondenheid tussen de systemen omdat de gedeelde gebeurtenis weer verdwijnt en de volgende gebeurtenissen ieder apart in de eigen systeemcontext verder gaan.⁶² Teubner benoemt dit fenomeen als 'interferentie'. Interferentie kan bijvoorbeeld optreden als gevolg van het overlappend lidmaatschap van personen of corporaties aan verschillende discourses. Het lichaam dat drager is van communicatie kan binnen verschillende systeemcontexten handelen. De advocaat kan bepaalde informatie aanwenden in een rechtsproces, maar dezelfde informatie ook gebruiken in zijn rol van plaatselijk gemeenteraadslid in een politiek proces.

Interferentie, zo geeft Teubner aan, is niet hetzelfde als interpenetratie van systemen. In dat geval raakt het systeem een ander systeem niet tangentieel, maar dringt binnen (zie boven figuur 2). De voorgeschotelde communicatie is vervolgens onbegrijpelijk in de context waarin het is binnengedrongen. Als gevolg daarvan wordt het daar òf genegeerd òf overgenomen ten koste van de geslotenheid van de operaties.⁶³ Bij interferentie maken de systemen slechts op één punt contact. Op dit moment worden werkelijkheidsbeschrijvingen en verwachtingen over en weer 'medegedeeld' maar vervolgens direct weer onderworpen aan de zelfreferentiële kaders. Het recht kan zo bijvoorbeeld werken met dagelijkse sociale beelden, zoals 'auto', 'ruzie', 'slaan' et cetera. Dit alles echter onder het voorbehoud van de voortgang binnen de eigen systeemcontext. Pas als het vervolgens weer volgens de juridische *modus operandi* in het rechtsproces wordt bewerkt en bijvoorbeeld 'auto' wordt vertaald naar een juridische zaak of 'het slaan' naar eenvoudige mishandeling, is een sociaal feit een rechtsfeit geworden.

Hoewel door interferentie reële uitwisseling van informatie tussen systemen plaatsvindt, is hiervan niet eenvoudig gebruik te maken voor wettelijke regulering. De uitwisseling is maar zeer kortstondig. De problemen duiken weer op bij de communicaties die aan de uitgewisselde communicatie verbonden worden binnen de eigen systeemcontext. Teubner onderscheidt dit preciezer naar een informatieprobleem en een motivatieprobleem:

62 Teubner 1989a, p. 106.

63 Teubner 1989a, p. 110.

Chaostheorie als epistemologie van sociaal-economisch recht

Het *informatieprobleem* houdt in dat een ‘vreemde’ beschrijving die het rechtssysteem begrijpt, vervolgens weer opnieuw beschreven wordt binnen uitsluitend een juridische context. Hierdoor vindt niet in eerste instantie, maar wel in tweede instantie reconstructie plaats. Zo begrijpt het rechtssysteem het fenomeen van elektriciteit dat het energiebedrijf levert, maar reconstrueert het daarna in een juridische ‘zaak’ die derhalve gestolen kan worden. Dit geldt ook andersom wanneer rechtscommunicatie door interferentie in andere systeemcontexten in eerste instantie herkend wordt maar daarna weer gereconstrueerd volgens de eigen interpretatie.

Het *motivatieprobleem* houdt in dat ‘vreemde’ communicaties die reëel zijn getransporteerd naar een ander systeem niet of minder herkenbaar zijn voor de systeemprocessen in deze context. De communicaties zullen minder vanzelfsprekend bewerkt worden en in de structuur van het systeem opgenomen. Via actoren die aan meerdere systeemcontexten deelnemen, bijvoorbeeld de Stichting van de Arbeid, is het mogelijk politieke communicaties te laten interfereren met economische communicaties. Of de politieke communicaties, uitgedragen in een advies van de Stichting, ook bewerkt worden in het economisch proces is een tweede. De lage motiveringswaarde van rechtscommunicaties in andere systeemcontexten mag ook blijken uit het feit dat rechtscommunicatie veelal door andere vormen van communicaties versterkt moeten worden, zoals morele argumenten of economische argumenten (geldboetes).⁶⁴

Ondanks deze problemen biedt interferentie weldegelijk een invalshoek voor een regulering van zelfregulering. Maatschappijssystemen staan uit hun aard meer open voor communicatiegebeurtenissen binnen de eigen context, maar kunnen wel gedwongen worden aan andere gebeurtenissen aandacht te besteden uit zelfbehoud. Interferentieprocessen zijn zowel een stimulans als een gevaar voor de stabiliteit van systemen. Aan de ene kant moet de gesloten organisatie behouden worden, aan de andere kant zijn storingen uit de omgeving voorwaarde voor zelfontwikkeling.

Wanneer een interferentieproces plaatsheeft, zo schetst Teubner, raken verschillende systeemkringen elkaar tangentieel. Op het punt waar en voor het moment waarop ze elkaar raken, moeten de verschillende soorten communicaties als het ware door het oog van een naald. Ad hoc kan een hoge wederzijdse druk of conflict van de verschillende onderlinge verwachtingen en werkelijkheidsbeelden ontstaan.⁶⁵ Bij een verschil in druk tussen de systemen zal het ‘sterkere’ systeem informatie van buiten kunnen tegenhouden. Dat heeft uiteindelijk als gevaar dat de zelfontwikkeling onder invloed van storing verloren gaat (isolatie). Het ‘zwakkere’ systeem bij de

⁶⁴ Teubner 1989a, p. 110.

⁶⁵ Teubner 1989a, pp. 78-80.

Hoofdstuk 4

interferentie zal gedwongen kunnen worden informatie van buiten te incorporeren. Dit heeft uiteindelijk als gevaar dat het systeem zijn zelfreferentiële organisatie verliest (usurpatie).

Om zijn stabiliteit in de toekomst te behouden, zal het systeem door zelfbeschrijvingen trachten op een filogenetisch niveau te leren van de interferentiegeschiedenissen. Op deze manier kan de volgende keer, indien nodig, het juiste evenwicht gevonden worden bij interferentie. Het systeem kan besluiten op voorhand 'vreemde' beschrijvingen in te bouwen, voorzover dit nog te verenigen valt met de identiteit van het maatschappijstelsel. Teubner noemt dit het externaliseren van zelfbeschrijvingen.⁶⁶ Een voorbeeld van externalisering van zelfbeschrijvingen in het rechtssysteem is de juridische erkenning van ambtelijke beleidsregels. Onder druk van interfererende bestuurlijke beelden ontwikkelt het recht nieuwe beelden van recht. Met deze externalisering reduceert het rechtssysteem de storing die door het bestuurlijke concept van beleidsregels en het ontbreken van een juridisch concept daarvoor, wordt opgeroepen.

De 'verwachtingsconflicten' die voort kunnen komen uit de functioneel verschillende systeemoperaties zijn op voorhand op te lossen door middel van variaties in de modus operandi. Een voorbeeld in het rechtssysteem is de tendens om, onder druk van politieke of sociale complexe verwachtingen, de juridische modus operandi, die normalerwijze moet resulteren in een uitspraak of verwachtingen rechtens of niet-rechtens zijn, op te rekken tot een subtielere 'belangenafweging'. Dit is een vorm van compromis tussen politiek-sociale verwachtingen en rechtsverwachtingen. Het recht verliest zijn gesloten werking niet omdat via de extra stap van belangenafweging uiteindelijk wel een uitspraak volgt of de verwachtingen rechtens of niet-rechtens zijn. Een ander voorbeeld is te vinden in de economie waar ondernemingen onder druk van maatschappelijk verwachtingen 'belangeloos' sociale projecten sponsoren. Hoewel voor een economisch systeem een a-typische operatie, bestaat het compromis uit het feit dat het verkregen bedrijfsimago zich ook als economische baat laat percipiëren en derhalve binnen de economische parameters blijft.

De les voor rechtsregulering is dat systemen gedwongen kunnen worden in hun waarneming en operaties naar compatibiliteit te zoeken met rechtsbeelden en rechtsverwachtingen door een 'strategische' storing door het recht. Hoewel het wellicht niet altijd wenselijk wordt geacht om structureel te storen omdat dat ten koste van het functioneren van de te reguleren sector zou kunnen gaan, kunnen tijdelijke storingen wel leiden tot een interne variëring die tot structurele koppeling

⁶⁶ Teubner 1986b, p. 317.

leidt. Een voorbeeld hiervan is het politiek dreigen met wetgeving als actoren in een bepaalde maatschappijcontext niet tot zelfregulering overgaan.

5.3.3 Regulering langs meertalige formele organisaties

Een derde reguleringsstrategie is die van een intermediair tussen de systemen. Met ‘tolken’ aan de grens van het recht en aan de grens van de economie zou een intersysteem-taal ontwikkeld kunnen worden, die daarna apart terugvertaald wordt naar respectievelijk rechts- en economische communicatie. Een eerste obstakel hier is dat totale systemen discoursen vormen en geen personen of corpora. Alleen aan personen of lichamen koppelt een waarnemer handelingsbekwaamheid. Daarmee zijn uitsluitend individuele of collectieve lichamen in staat van betekeniscontext te wisselen en dus als tolk te fungeren (zie hierboven § 4.2). Slechts delen van maatschappelijke systemen zijn formeel georganiseerd en daarmee handelingsbekwaam. Deze formele politieke, economische of juridische organisaties representeren niet het gehele discours en zijn bovendien, als tweede obstakel, soms zelf weer een complex systeem.⁶⁷ Toch komt de koppelingsvorm door middel van intermediaire organisaties in praktijk voor. Dat wil niet zeggen dat de genoemde obstakels daarbij niet toch een informatieprobleem en een motivatieprobleem kunnen scheppen, wanneer vanuit de intermediaire organisaties terug wordt gerapporteerd naar het eigen veld.

Een voorbeeld van formele meertalige organisaties is op het terrein van de sociale economie de Sociaal-economische Raad. Hierin wordt politieke, sociale en economische taal gesproken. Ook is te denken aan de werkgevers- en werknemersverenigingen die een gemeenschappelijk handelingsbereik creëren tussen de zelforganiserende ondernemingen op arbeidsvoorwaardengebied. Hierbij is overigens een fraaie vorm van structurele koppeling met het recht ontstaan. Voor wat betreft collectieve onderhandeling, vormen het recht en de economie elkaars voorwaarde. Het collectief arbeidsrecht vooronderstelt de zelforganisatie van werkgevers en werknemers, terwijl deze spontane verenigingen in hun onderhandelingen de rechtsoperaties van de collectieve arbeidsovereenkomst vooronderstellen.

Reflexief recht via meertalige organisaties is procedureel van karakter. Het schept vormen voor juridische herkenning van deze organen en het schept competenties en procedures voor hun handelen. Als gevolg daarvan zijn deze handelingen tevens rechtshandelingen. Door deze interferentie zouden de handelingen beter volgende handelingen kunnen motiveren. De handelingen genereren sociale standaardverwachtingen die door het rechtssysteem daarenboven als normatief te handhaven

⁶⁷ Teubner 1989a, p. 88.

Hoofdstuk 4

verwachtingen worden aangeduid. Motivatie komt uit verschillende betekeniscontexten tegelijk, wat de verwachtingsdruk opvoert.

6 Samenvatting

De achterliggende gedachte van dit epistemologisch deel in relatie tot sociaal-economisch recht' is geweest, dat bestudering van juridische normativiteit in de zin van rechtsstatelijke vereisten aan moderne wetgeving uiteindelijk niet zoveel waarde heeft als het recht niet in staat zou zijn tegelijkertijd de sociaal-economische doelen van de sociale rechtsstaat te verwezenlijken. Net zo min als het veel waarde lijkt te hebben, wanneer de verwezenlijking van sociaal-economische doelen van de sociale rechtsstaat bestudeerd worden zonder enig acht te slaan op de voorwaarden die een rechtsstaat tot een rechtsstaat maken. Om evenwel in de bestudering van het sociaal-economische recht de juridische gevolgen in wederzijds evenwicht te brengen met zijn sociale gevolgen, vergt een vereniging van disciplines die nu juist een onverenigbare structuur hebben met het oog op hun functioneel-gedifferentieerde vraagstelling.

In reactie hierop is aandacht besteed aan de chaostheorie die het cognitief en operationeel handelen van complexe dynamische systemen bestudeert. De theorie geeft verklarende principes voor het ontstaan en het doel van geïnstitutionaliseerde maatschappelijke betekenisystemen. Het verklaart de onderlinge functionele differentiatie en de wijze waarop dit tot stand komt. Het maakt tevens duidelijk waarom precies deze werkwijze noodzakelijk is en wat hiervan de consequenties zijn voor de causaliteit van onderling maatschappelijk handelen.

In feite uitgaande van dit verklarend maatschappijmodel, ontwikkelt Teubner een toegepast rechtsprogramma voor regulerend recht. Teubner plaatst de problematiek van de moderne sociaal-economische wetgeving om buiten het rechtsdomein te kunnen ordenen of sturen, binnen het perspectief van zelfregulerende maatschappelijke instituties. Nauwkeuriger is dan te benoemen dat de werking van het moderne recht met in wezen drie problemen kampt: (1) een informatiedilemma, (2) een motivatiedilemma en (3) een reguleringstrilemma.

Het eerste vloeit voort uit het feit dat het rechtssysteem niet zomaar sociale feiten kan waarnemen, maar vanuit functioneel oogpunt, namelijk de toepassing van regels op feiten, deze zodanig reconstrueert dat zij een betekenisvol element van de rechtsstructuur kunnen zijn ('rechtsfeit'). Het tweede probleem vloeit voort uit het feit dat de te reguleren maatschappelijke institutie in feite volgens dezelfde basisprincipes als het recht werkt. Een rechtsbepaling wordt derhalve ook gereconstrueerd naar elementen die de eigen structuur aldaar toelaten, wat een andere of geen

Chaostheorie als epistemologie van sociaal-economisch recht

motivatie kan impliceren. Het derde probleem tot slot vloeit voort uit het feit dat de stabiliteit van een complex dynamisch systeem afhangt van behoud van de kenmerkende eigen organisatie in een steeds veranderend milieu. Een rechtsoperatie kan een verstoring zijn in een daardoor veranderend milieu. Is de storing echter onvoldoende adequaat, dan laat het het te reguleren systeem onverschillig, waardoor deze zijn interne structuur niet evolueert. Is de storing echter overadequaat en doorbreekt het de gesloten manier van opereren van het te reguleren systeem, dan compromitteert deze zijn functionele eigenheid. Omdat dezelfde basisprincipes ook voor het rechtssysteem zelf opgaan, is er sprake van een *trilemma*. In zijn ordeningspogingen moet rechtsvorming openstaan voor politiek-maatschappelijke storing, echter met het voorbehoud dat dit de kenmerkende juridische ratio en werkwijze niet op het spel zet.

Het reflexief rechtsprogramma stelt voor de problemen van concrete moderne wetgeving vanuit bovenstaand perspectief te analyseren en te modelleren. Voor het laatste zijn drie overigens nogal abstracte reguleringsstrategieën ontworpen die rekenschap geven van de complexe maatschappelijke causaliteit van recht, die door de eerder aangeduide problemen veroorzaakt wordt.

HOOFDSTUK 5

Onderwerp en probleemstelling van onderzoek

There were doors all round the hall, but they were all locked. Suddenly she came upon a little three-legged table, all made of solid glass; there was nothing on it but a tiny golden key (..); she tried the little key in the lock (Alice in Wonderland).

1 Onderwerp van onderzoek

De vorige hoofdstukken hebben geleid tot een mogelijk perspectief op de werking van sociaal-economisch recht. De volgende vraag is of dit perspectief een sleutel kan zijn van rechtsonderzoek dat inzicht verschaft in zowel het juridisch als maatschappelijke functioneren hiervan. De enige overtuigende weg om dit te beantwoorden, is de toepassing op een concrete wetgevingsproblematiek. Alleen zo is daadwerkelijk te beoordelen of de theorie praktisch hanteerbaar is en of het tot andere consistente inzichten leidt, dan wanneer juridisch en sociologisch onderzoek gecompartmenteerd zouden plaatsvinden.

Het praktijkdeel van dit boek zal bestaan uit een onderzoek naar de effectuering van communautaire gelijke-behandelingswetgeving. Effectuering van communautair recht vindt plaats op het nationale niveau. Het is daarin afhankelijk van de nationale politiek waaraan het onderhevig is en de juridische inpassing die het krijgt in de nationale rechtssystematiek. Maar niet alleen daarvan. De vraag is ook of het (inter)nationale rechtssysteem op basis van zijn normstructuur en handhavingsmiddelen de te reguleren markt daadwerkelijk reguleert of kan reguleren. Daarenboven, zoals steeds gesteld is, kent deze effectiviteit een dualiteit. De inachtneming van rechtsstatelijke voorwaarden ten koste van de realisering van maatschappelijke doelen is even weinig effectief ter verwezenlijking van een sociale rechtsstaat, als de realisering van maatschappelijke doelen ten koste van de voorwaarden die van een rechtsstaat een rechtsstaat maken. De chaostheorie zal als epistemologische theorie gebruikt worden om deze tweezijdige effectiviteit van het gelijke-behandelingsrecht te onderzoeken.

Hoofdstuk 5

Het onderwerp van gelijke-behandelingsrecht is zonder meer interessant om op zijn regulerende werking te onderzoeken. Dit niet alleen vanwege het belang op zich om te weten of de toekenning van een dergelijk fundamenteel recht niet slechts symbolische betekenis heeft in de materiële samenleving. Ook voor de toetsing van juist een analyse- en sturingsmodel van regulerend recht lijkt het onderwerp geschikt. Gelijke-behandelingsrecht is regulerend recht bij uitstek. Het bestaat uit moderne instrumentele wetgeving die functioneert binnen een supranationale rechtsorde. Dit recht kenmerkt zich door politieke doelrationalisaties, die in casu bestaan uit het streven naar gelijke maatschappelijke kansen en mogelijkheden voor mannen en vrouwen. Het communautair gelijke-behandelingsrecht beperkt zich daarin tot de economische arbeidsmarkt. Onderscheid op irrelevante kenmerken wordt vanuit dit communautair perspectief economisch onproductief geacht, kan concurrentievervalsend werken en is in strijd met het fundamentele rechtsbeginsel van gelijkheid. Op het nationale niveau blijkt het recht te vallen binnen de nationale politieke constellatie van het overheidsemancipatiebeleid. Dit beleid streeft de gelijke participatie van vrouwen op de arbeidsmarkt na met het oog op individuele economische zelfstandigheid en individuele ontplooiingsmogelijkheden.

Non-discriminatie en emancipatie vertonen overigens bij nadere beschouwing een interessante overeenkomst met de basisprincipes van zelforganiserende complexe systemen. In het gelijke-behandelingsrecht kan men het verzekeren zien van de voorwaarden die het chaosparadigma oplegt aan het voortbestaan van het zelfstandige individu. Het individu is immers ook, volgens Maturana, op te vatten als een autopoietisch systeem. Deze basisprincipes bestaan er dan uit dat, enerzijds, de eigen identiteit van complexe systemen gerespecteerd moet worden en dat, anderzijds, de interne ontwikkeling van complexe systemen door storing bevorderd moet worden. Derhalve moet een inbreuk op de wezenlijke identiteit van het individu bestreden worden (non-discriminatie) en moet het individu participatiemogelijkheden in zijn omgevingswereld hebben, opdat het zijn interne orde volgens de eigen identiteit kan ontwikkelen (emancipatie).

2 Probleemstelling van onderzoek

Het gelijke-behandelingsrecht zal onderzocht worden op basis van het reflexief rechtsprogramma. Dit programma impliceert een non-lineaire causaliteit tussen beleid en recht en tussen recht en economie. De effectiviteit van sociaal-economisch beleidsrecht, zo volgt uit het programma, kan slechts gediend worden met de anticipatie op complexe maatschappelijke causaliteit en alle mogelijkheden, maar vooral ook alle beperkingen die dit aan beleidswetgeving stelt. De belangrijkste beperking is uiteraard de uitsluiting van rechtstreekse oorzaak-en-gevolgrelaties

Onderwerp en probleemstelling van onderzoek

tussen het recht en zijn omgeving. De politieke, juridische en economische handelingsystemen kunnen hooguit co-variëren binnen gescheiden bereiken. De systemen moeten zich van binnenuit zodanig ontwikkelen dat door interacties over en weer een adequate selectie ontstaat uit de variatie aan toestanden die het andere systeem ter beschikking stelt. Adequaat wil zeggen dat over en weer die systeemtoestanden worden 'losgeweekt' die elkaar aanvullen en elkaars voorwaarde gaan vormen. Langs deze weg kan een regulering door zelfregulering ontstaan. In het zoeken naar regulering door zelfregulering moet het rechtssysteem rekening houden met het reguleringstrilemma. Dat houdt in dat het recht de functionele modus operandi van het omgevingsysteem moet respecteren, maar aan de andere kant dit systeem ook zodanig moet storen dat het er baat bij heeft ook omgekeerd afstemming te zoeken op het recht. Bij dit alles moet het rechtssysteem tot slot ook zijn eigen modus operandi beschermen.

Het reflexief rechtsprogramma blijft uiteindelijk een rechtsmodel. Het perspectief van het rechtssysteem domineert. Van daaruit dient het recht in zijn relaties tot zijn omgeving anders beschreven te worden dan voorheen. Daaruit is af te leiden dat de relaties tussen omgevingsystemen onderling, dat wil zeggen zonder de tussenkomst van recht, buiten het spectrum van het model vallen.

De relevante relaties die het rechtssysteem onderhoudt met zijn omgeving als het om instrumentele beleidswetgeving gaat, zijn die met de achterliggende politieke beleidsdoelen en met het voorliggende reguleringsterrein. Omdat het beleidsinstrumenteel recht in een verbindend politiek en juridisch handelen tot stand komt, moeten de reguleringsstrategieën vanuit het politieke denken en het rechtsdenken op elkaar zijn afgestemd. Lopen beide uiteen dan is niet te verwachten dat de wetgeving instrument kan zijn van de realisering van politieke doelrationalisaties op het te reguleren terrein. Derhalve zal concrete wetgeving en zijn rechtstoepassing ten eerste aansluiting moeten kunnen vinden op de problematiek zoals die politiek verwoord is en de middelen die daarvoor politiek geselecteerd zijn. Bij gelijkebehandelingsrecht gaat het derhalve om de onderlinge relaties die de politieke instrumentering van beleid en de rechtsvorming van gelijke behandeling onderhouden. Aangezien de politieke vormgeving daarenboven tevens de implementatie vormt van gemeenschapsrechtelijke verplichtingen,¹ moet ook deze relatie in ogenschouw worden genomen.

Op de tweede plaats is de verbinding van belang tussen de tot stand gebrachte wetgeving en daaruit voortvloeiende rechtsvorming, en het maatschappelijk deel-

1 Voor wat betreft de arbeidsverhoudingen, gaat het om artikel 119 EEG-Verdrag, EEG-richtlijn 75/117 en EEG-richtlijn 76/207.

Hoofdstuk 5

terrein dat het recht geacht wordt te reguleren. Ingeval van het (communautair) gelijke-behandelingsrecht vormt het laatste de nationale economische markt, meer in het bijzonder de arbeidsmarkt. Of de rechtsvorming in kwestie instrument van het bestaande politieke beleid is of kan zijn, is uiteindelijk van twee cumulatieve voorwaarden afhankelijk. Ten eerste gaat het er om in hoeverre en in welke vorm de rechtsvorming de politieke beleidsdoelen incorporeert of kan incorporeren, ten tweede gaat het er om in hoeverre en in welke vorm deze rechtsvorming onderlinge relaties onderhoudt of kan onderhouden met arbeidsmarktgedrag. Omdat ook hier geldt dat dit alles zich afspeelt binnen de context van een grotere communautaire rechtsorde, moet de directe inmenging van de communautaire rechtsvorming op de nationale rechtsvorming daarbij in ogenschouw worden genomen.

Op basis van het bovenstaande kan de probleemstelling van het praktijkonderzoek als volgt geformuleerd worden:

Wordt gelijke behandeling door het (communautaire) gelijke-behandelingsrecht op nationaal niveau geëffectueerd gezien het onderlinge verband tussen de politieke beleidsinstrumentering en de rechtsvorming inzake gelijke behandeling enerzijds en gezien het onderlinge verband tussen de rechtsvorming en de handhaving daarvan en economisch arbeidsmarktgedrag anderzijds? Welke reflexieve rechtsvormen zijn op grond van deze analyse mogelijk en wenselijk om effectuering te bevorderen?

3 Algemene problemen van operationalisering

3.1 Abstractie van de theorie

De theorie van chaos en zelforganisatie en ook haar uitwerking in een rechtsprogramma blijven van een hoog abstract gehalte. Op dit abstracte niveau alleen al is uiteraard de nodige discussie mogelijk. Naar aanleiding van deze discussie die in het vorige hoofdstuk op impliciete wijze aan bod is gekomen, heeft Teubner voortdurend aanpassingen gepleegd. Zo is hij ervan teruggekomen dat reflexief recht alleen procedureel recht vormt en dat het totale model van reflexief recht in strikte zin méér dan een geëxtensieerd juridisch model is.² Op deze plaats zal explicieter aandacht worden besteed aan verdere kritiekpunten op de theorie. Het gaat dan met name om de kritieken waarin het praktische nut van de theorie aan de kaak wordt

² Vgl. Teubner 1984b en de correcties hierop in Teubner 1986b en 1989a.

Onderwerp en probleemstelling van onderzoek

gesteld. Deze kritiek is van belang omdat immers gepretendeerd wordt dat de theorie empirische geldigheid bezit, wat impliceert dat zij praktisch te toetsen is.

Wil men een dermate abstracte theorie toetsen aan de hand van een praktijkonderwerp, dan valt niet te ontkomen aan een operationalisering van de gehanteerde concepten. Hoe meer een theorie het karakter draagt van 'grand theory', hoe moeilijker vaak haar praktische uitwerking. Sommige critici houden de empirische toetsing van de theorie van autopoiese zelfs voor onmogelijk.³ Een hoog abstract gehalte van een theorie kan mijns inziens evenwel het gevolg zijn van het feit dat een theorie de essentiële werking van sociale systemen zodanig wil omschrijven, dat deze in alle gevallen opgaat. De hiervoor noodzakelijke generalisatie kan maken dat de gehanteerde concepten in abstracto omschreven moeten worden. Daarmee kan het niet zo zijn, dat een theorie reeds hierom verworpen moet worden. Wel zal het voor de toetsing van de theorie noodzakelijk zijn om de gebruikte concepten te concretiseren voor dat terrein van de praktijk waaraan men toetst.

Het is een opvallend gegeven dat veel rechtstheoretici, en daaronder zijn ook Luhmann en Teubner te begrijpen, zich niet wagen aan serieus empirisch bewijs van hun eigen theorieën. In de termen van de theorie van chaos zelf, isoleren Luhmann en Teubner zich te veel van andersoortige storingen van buitenaf. De theorie wordt in de loop der tijd slechts in abstracto verfijnd naar aanleiding van in abstracto veronderstelde problemen. Voor een koppeling met wetenschappelijke constructies van de rechtswerkelijkheid die via andere methoden totstandkomen, verschaft juist een praktische toepassing mijns inziens de impulsen die het een theorie mogelijk maken te evolueren zonder in zichzelf vast te draaien. Omdat dit tot nu toe uit is gebleven, blijft de abstractie van de theorie van autopoiese één van de meest bekritiseerde punten. Zo stelt Rottleuthner dat autopoiese slechts tot platitudes en trivialiteiten leidt en niet tot onderzoekshypothesen.⁴ Teubner reageert met de stelling dat één woord uit het nieuwe idioom al voldoende is om 'the clumsy correlations of empirical analysis' tot leven te brengen.⁵ Beide opvattingen zijn uitersten. De abstractie en complexiteit van een theorie kan tot problemen leiden, waarop uiteindelijk geconcludeerd moet worden dat zij niet toepasbaar blijkt. Zoals gezegd, kan de abstractie echter niet op voorhand een argument zijn voor inhoudelijke onjuistheid. Dit kan alleen blijken uit de toetsing aan praktijkonderwerpen. Dat is precies wat deze studie voor ogen staat.

Feit blijft echter dat er altijd lacunes zullen bestaan tussen een theorie en de praktische toepassing daarvan. Dit betekent dat gedurende het onderzoek nadere

3 Blankenburg 1994.

4 Rottleuthner 1988, pp. 120 e.v.

5 Teubner 1991, p. 14.

Hoofdstuk 5

invulling en aanvulling nodig zijn, zij het dat dit alles uiteraard consistent moet zijn met de oorspronkelijke theorie. Nadere operationalisering zal in het praktijkonderzoek voor de duidelijkheid zoveel mogelijk gebeuren daar waar de lokale onderwerpen aan de orde komen. Vooraf moeten echter wel reeds twee belangrijke problemen in algemene zin besproken worden.

3.2 Pluriformiteit binnen het rechtssysteem

De theorie van zelforganisatie is geenszins ‘alomvattend’, al wordt dit ten dele door het brede karakter van de theorie wel gesuggereerd. Feitelijk volgt dit ook uit de theorie zelf omdat het uitsluiten van een synoptisch beeld van de werkelijkheid maakt dat ook de theorie een ‘werkelijkheid’ construeert. Het is van belang dit te benadrukken. De theorie is één perspectief uit meerdere om juridische en maatschappelijke aspecten van wetgeving te bestuderen. Waar het perspectief echter bijzonder geschikt voor lijkt, is om juist de *regulerende* aspecten van wetgeving waar te nemen. Bij de regulerende werking van wetgeving komt het aan op de onderlinge invloedsrelaties *tussen* de verschillende maatschappelijke sectoren. De theorie ‘zoomt’ in op het karakter van oorzaak-en-gevolgrelaties tussen beleid, recht en samenleving. Daarmee is tegelijk ook de keerzijde van de theorie gegeven.

Het brandpunt van inter-systeemrelaties zorgt dat de intra-systeemrelaties minder aandacht krijgen. De beschrijving van de interne werking van de functionele maatschappijssystemen suggereert dat dit een homogeen geheel is, waaruit eenvoudige algemene verwachtingen voor gedrag voortvloeien. Binnen één betekeniscontext alleen bestaat echter ook pluriformiteit. Het recht bijvoorbeeld kent immers verschillende ‘stromingen’ in dogmatiek en praktijk. Dat betekent dat er ook verschillende normatieve verwachtingen geproduceerd kunnen worden voor één en hetzelfde gedrag. Ladeur vraagt zich terecht af of een gefunctionaliseerd systeem compleet meester is over de betekenis van zijn gespecialiseerde communicatie.⁶ In plaats van uit te gaan van de rechte lijn waarlangs de toepassing van recht op een rechtsfeit leidt tot één mogelijke rechtsbetekenis, lijkt het consistenter ook hier aan het chaosperspectief vast te houden. Binnen chaotische systemen is sprake van ‘splittingsen’ en ‘fluctuaties’ in gedrag die evenwel in de richting van een stabiliserende attractor koersen (zie hfdst. 4 § 2.1). Door sterke fluctuaties is ook weer verplaatsing van deze attractor mogelijk. Dit zou kunnen verklaren waarom ook in het recht van diversiteit (fluctuaties) kan worden gesproken en van gevestigde rechtsleren (attractoren).

⁶ Ladeur 1988, p. 262.

Onderwerp en probleemstelling van onderzoek

Het reflexief rechtsprogramma veronderstelt zelf dat strategievoering mogelijk is in de rechtsontwikkeling. Dat kan niet anders dan doordat binnen het rechtssysteem uiteenlopende conceptualiseringen van dezelfde gebeurtenis mogelijk zijn en kunnen worden afgewogen.⁷ In dat geval zijn ook *interne* conflicten van rechtsbegrippen en rechtswaarden voorstelbaar. Teubner is het probleem voor een bepaald deel gewaar, wanneer hij in zijn werk enkele specifieke systeeminterne conflicten in het recht aan de orde stelt. Hij doelt dan op de verdeling van recht en rechtswetenschap naar steeds meer gesloten vakspecialismen. Spontane zelf-referentialiteit treedt bij toenemende complexiteit van informatie onder vakgenoten op, ook al is daarmee nog geen sprake van zelforganisatie in de volle betekenis van het woord. Uit deze ‘onvolwassen’ vormen van zelforganisatie verklaart Teubner de mogelijkheid van conflicten tussen aanpalende rechtsgebieden.⁸ Maar hiermee is nog geen antwoord gegeven op het feit dat ook op één rechtsgebied pluriforme opvattingen bestaan. In navolging van Ladeur, lijkt het consistent volgen van het chaosparadigma een juistere conceptualisering te bieden. Dat houdt in dat er fluctuaties optreden in de uitkomsten van rechtstoepassing waarbij sprake kan zijn van een stabiliserend punt dat de ‘gevestigde’ leer of opvatting tot uitdrukking brengt.

3.3 Conceptualisering van machtswerking

De tweede problematiek die algemene bespreking verdient, ligt in het verlengde van het voorafgaande. Zoals Ladeur van mening is, betekent het bestaan van pluriformiteit binnen een systeem dat ook een intern conflict van begrippen of waarden mogelijk is. Conflict duidt op de mogelijkheid van machtswerking. Vooral bij de problematiek van de gelijkheid tussen de seksen is het machtsconcept van belang. Het ontbreken van een duidelijk machtsconcept is naast de eerder genoemde kritiek een meermalen geuit bezwaar tegen systeemtheorie.

Bedacht moet wel worden dat ‘macht’ een containerbegrip is. Lukes, een belangrijk theoreticus op dit terrein, stelt: “When it comes to power, apparently anything goes”.⁹ Zo kan dan ook worden geconstateerd dat bijvoorbeeld in de feministische theorie de laatste jaren de tendens bestaat om het machtsbegrip te vangen in verfijndere mechanismen waaruit machtswerking voortvloeit. Zoals eerder beschreven, wordt bijvoorbeeld in de linguïstische benaderingen de zelfstandige invloed van rechtstaal geanalyseerd. De oppositionele dichotomie naar het ‘mannelijke’ en

7 Zie Ladeur 1988, p. 264.

8 Teubner 1989a, p. 138.

9 Lukes 1982, p. 135.

Hoofdstuk 5

het hiervan slechts afgeleide ‘vrouwelijke’ binnen enkele centrale rechtsbegrippen zou aangeven hoe een werkelijkheid geconstrueerd wordt waarin vrouwen naar de achtergrond schuiven. In feite is dat één mechanisme voor het ontstaan van machtsverschillen (zie hfdst. 3 § 3.2.2).

Ook binnen het systeemtheoretische denken is het mogelijk op verfijnde mechanismen te wijzen waarvan machtswerking kan uitgaan. Teubner erkent het fenomeen van macht binnen politieke of juridische sturingsprocessen of binnen zelfsturingsprocessen, maar wijst op het zijns inziens inflatoir gebruik van het begrip.¹⁰ Het staat veelal voor fenomenen van zeer uiteenlopend kaliber, zoals afhankelijkheidsrelaties, belangentegenstellingen, ideologieën, et cetera. Deze worden vervolgens, al naar het uitkomt, op individueel niveau en structureel niveau gesitueerd. Diffuse ‘machtsuitingen’, zoals het negeren van rechtsregels, definitieconflicten om ‘de werkelijkheid’ of waardenconflicten in concrete interacties, kunnen volgens Teubner inzichtelijker worden gemaakt door ze als systeemtheoretische mechanismen te beschrijven.¹¹ De machtswerking van maatschappelijke structuren is dan een overkoepelende aanduiding voor bijvoorbeeld de ‘onverschilligheid’ van gesloten systeemoperaties voor sturing (isolatie, zie hfdst. 4 § 5.3.1), het indringingsproces van een zeker betekenisstelsel in het andere (usurpatie, zie hfdst. 4 § 5.3.1) of conflicten van beelden en verwachtingen tussen systeemcontexten (interferentie, zie hfdst. 4 § 5.3.2).

Omdat individuen eveneens complexe systemen vormen, zijn deze vormen van machtswerking niet alleen op ‘structuurniveau’ maar ook op individueel niveau herkenbaar. Bij usurpatie bijvoorbeeld maakt het individu het ‘psychisch programma’ van de ander ondergeschikt aan het eigen programma (manipulatie). Bij isolatie kan het individu door gebrek aan individuele interacties in zijn psychische ontwikkeling geremd worden (vervreemding). Maar ook in de relatie individu-structuur kan macht verfijnder beschreven worden. Bij interferentie tussen een psychisch systeem en een sociaal systeem kunnen conflicten optreden tussen individuele beelden en verwachtingen en maatschappelijke standaardbeelden en standaardverwachtingen. Wil het individu zich niet sociaal isoleren, dan moet het zijn cognitie en modus operandi variëren zodat zijn communicaties *uno actu* op een tweede niveau begrepen worden in de specifieke maatschappelijke context waaraan op dat moment wordt deelgenomen (zie hfdst. 4 § 5.3.2). Dit is in feite een socialisatie. Wordt de kritische grens in het reguleringstrilemma overschreden en worden psychische beelden en verwachtingen volledig ondergeschikt aan sociale standaardbeelden en standaardverwachtingen (usurpatie, zie hfdst. 4 § 5.3.1), dan kan gesproken worden van indoctrinatie.

¹⁰ Zie bij Stout e.a. 1991, p. 8.

¹¹ Zie Stout e.a. 1991.

Onderwerp en probleemstelling van onderzoek

Verschillende machtsmechanismen zoals boven aangeduid, zijn goed verklaarbaar binnen de theorie van zelforganiserende systemen. Maar daarmee lijken toch nog niet alle aspecten van macht verklaard. Zoals boven is opgemerkt (§ 3.2), schenkt de systeemtheorie vooral aandacht aan de relaties en dus ook botsingen tussen verschillende systemen. Maar juist wanneer het vrouwenvraagstuk wordt geanalyseerd, wordt doorgaans niet alleen gewezen op *botsingen* in de publieke sfeer *tussen* politiek, recht of economie of botsingen tussen deze publieke sfeer en de private sfeer van de leefwereld. De publieke en private sfeer worden er ook zelf van beschuldigd ‘doortrokken’ te zijn van sekseverschil. In concreto wordt dan op de institutionalisering van seksestereotypen en sekserollen *in* politiek, recht, economie, wetenschap of leefwereld gewezen. Hiervoor biedt Teubners conceptualisering van macht niet voldoende verklaring.

Zouden we dit verschijnsel van macht binnen maatschappelijke systemen volgens de algemene systeemtheorie van Luhmann benaderen, dan is echter de volgende uitbreiding denkbaar die consistent is met deze theorie. In de theorie van Luhmann wijzen ‘seksestereotypen’ op gegeneraliseerde seksspecifieke beelden. ‘Sekserollen’ wijzen op gegeneraliseerde seksspecifieke verwachtingen over gedrag. Het geheel aan gangbare gegeneraliseerde beelden en verwachtingen in een samenleving staan bij Luhmann voor een sociaal systeem. Wordt het bestaan van seksestereotypen en sekserollen erkend, dan betekent dit dat het totale sociale systeem zich kenmerkt door een seksspecificiteit. Omdat in een complexere samenleving het totale sociale systeem functioneel-gedifferentieerd raakt in deelsystemen, is het voorstelbaar dat ook deze deelsystemen seksspecificiteit institutionaliseren. Deze maatschappelijke deelsystemen zoals politiek, recht of economie, produceren dan gegeneraliseerde beelden en verwachtingen die voor mannen en vrouwen verschillen.

Uit de bovenstaande voorstelling van het ontstaan en de werking van sekseverschillen, kunnen een aantal conclusies getrokken worden. Ten eerste volgt uit de systeemtheoretische verbeelding van sekseverschil dat, omdat individuele en maatschappelijke systemen van elkaar gescheiden bereiken vormen, sociale beelden van man en vrouw en sociale verwachtingen van mannelijk en vrouwelijk gedrag niet gekoppeld hoeven te zijn aan de beelden en verwachtingen op individueel bewustzijnsniveau en andersom. Maatschappelijke verwachtingen van vrouwelijk gedrag kunnen daardoor soms wel en soms niet samenvallen met de verwachtingen van individuele vrouwen. Dit stemt overeen met de feministische studies waarin een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen een biologische en een sociale sekse.¹² Ten tweede volgt uit de systeemtheoretische verbeelding dat alle systemen,

12 Sociale sekse wordt voor het onderscheid daarom aangeduid met het Engelse woord ‘gender’. Scott bijvoorbeeld definieert gender als “the social organization of relationships between the sexes” (Scott 1986, p. 1053).

Hoofdstuk 5

onder invloed van interacties tussen de systemen onderling, zichzelf in principe kunnen veranderen. Zo kunnen individuen, maar ook sociale systemen, zowel de bron van sekseongelijkheid in beelden en verwachtingen zijn, als de motor tot verandering daarvan. Dit is bijvoorbeeld voor de sociale systemen herkenbaar in het politieke systeem en in het rechtssysteem. Immers, discriminatoire *politiek* kan door emancipatie*politiek* ter discussie worden gesteld en discriminatoir *recht* kan door gelijkheids*recht* ter discussie worden gesteld.

Het bovenstaande geeft aan dat sociale systemen onderzocht kunnen worden als bron van sekseongelijkheid of als aanjager van seksegelijkheid. Naar politiek en recht als bron van ongelijkheid vindt reeds veelvuldig onderzoek plaats (zie hfdst. 3 § 3.2.2). In deze studie zal de nadruk juist liggen op de modificerende krachten van emancipatiepolitiek en gelijke-behandelingsrecht om seksegelijkheid op de arbeidsmarkt te bewerkstelligen. Wanneer gedurende dit sturingsproces feitelijk sprake is van ‘macht’, kan dit volgens de boven voorgestelde uitbreiding van systeemtheorie in principe twee typen van conflict verbeelden. Een machtswerking is denkbaar als gevolg van (1) de functionele differentiatie *tussen* de verschillende standaardverwachtingen over seksegelijkheid die respectievelijk de politiek, het recht of de economie kenmerken, of als gevolg van (2) seksedifferentiatie *binnen* de standaardverwachtingen over seksegelijkheid die deze systemen kenmerken. In het eerste geval is sprake van een conflict van sociale standaardverwachtingen, niet vanwege het onderwerp van seksegelijkheid, maar vanwege de verschillende functionele vormgeving van politieke, juridische en economische verwachtingen. In het tweede geval is sprake van een conflict van verwachtingen, niet of niet alleen vanwege de functionele vorm, maar vanwege een inhoudelijke onverenigbaarheid.

4 Nadere uitwerking en afbakening van de probleemstelling

Hierboven is de probleemstelling geformuleerd en is de operationalisering van de theorie met het oog op het object van studie in algemene zin besproken. Het is nu mogelijk de probleemstelling uit te werken naar preciezere vraagstellingen die na onderzoek een antwoord op de probleemstelling moeten kunnen formuleren. Daarmee vindt tegelijkertijd een afbakening plaats van wat onderzocht moet en kan worden.

Kort gezegd, vormt de probleemstelling de vraag of sprake is van regulering van gelijke behandeling door het huidige (communautaire) gelijke-behandelingsrecht. Dit is afhankelijk gesteld van de onderlinge relaties tussen politieke beleidsvorming en rechtsvorming enerzijds en rechtsvorming en economisch arbeidsmarktgedrag anderzijds. Hieronder worden deze tweeërlei betrekkingen concreter ingevuld.

4.1 Koppeling van beleid en recht

De rechtsvorming inzake gelijke behandeling bestaat voor een groot deel uit wetgeving. Bij dergelijke beleidsinstrumentele wetgeving gaat het om wetgeving die binnen de politieke context wordt gepercipieerd als beleidsmiddel en binnen de juridische context als rechtsmiddel. Allereerst is het zaak de verhoudingen tussen politiek en recht in geval van wetgeving preciezer te beschrijven op basis van de theorie. Op het moment van totstandkoming kan wetgeving nog worden beschouwd als een interferentiegebeurtenis tussen politiek en recht. De systemen raken elkaar op één gemeenschappelijk punt. De wet maakt op dit moment deel uit van twee betekeniscontexten tegelijk. Voor wat betreft de machtsverhouding tussen deze contexten, is het echter het rechtssysteem dat bepaalt wat geldig recht vormt en wat de verdere toekomst van de wet kan zijn. Met andere woorden na zijn totstandkoming wordt de betekenis van wetgeving bepaald in uitsluitend de rechtscontext. De politiek kan debatteren over de bestaande wetgeving en uitspraken doen over de gewenste interpretatie maar men heeft geen ‘beschikkingsmacht’ meer. Dit afgezien van politieke wijzigingsvoorstellen, maar dan begint het wetgevingsproces weer van vooraf aan. Het rechtssysteem heeft het laatste woord over de interpretatie, toepassing en uitbouw van de juridische normstructuur.

Gezien de beleidsbetekenis die er in een politieke context echter aan de wet gegeven wordt, staat de rechtskringloop voortdurend bloot aan politieke ‘storing’. Het gaat dan om politieke beelden en verwachtingen van het rechtsinstrument die vanuit een beleidsoptiek ingegeven zijn. Wil het recht een instrumentele waarde hebben voor de politieke beleidsdoelen, dan zal de storing zoveel als mogelijk juridisch geïncorporeerd moeten zijn en worden. Omdat de politiek het recht niet kan onderwerpen, gaat het in wezen om een reductie van divergentie van politieke verwachtingen van recht en juridische verwachtingen van recht. Deze reductie kan optreden wanneer beide systemen hun programma’s compatibel aan elkaar maken. In dat geval kan een zodanige samenwerking ontstaan dat gesproken kan worden van een positieve spiraal (‘koppeling’). Vanuit het rechtssysteem bezien, geldt hier wel het reguleringstrilemma. De normstructuur van het recht moet zich onder politieke storing intern ontwikkelen, maar tegelijkertijd de grenzen van de typisch juridische rechtsvorming bewaken. Vanuit de probleemstelling is nu de eerste onderzoeksvraag nader te formuleren:

In hoeverre en in welke vorm varieert het (supra)nationale gelijke-behandelingsrecht zichzelf binnen de mogelijkheden die de normstructuur biedt en welke mogelijkheid wordt hieruit geselecteerd onder invloed van ruis uit de politieke omgeving?

Hoofdstuk 5

De ruis die het politieke systeem voor het rechtssysteem oproept, bestaat uit de politieke beschrijving van het beleidsprobleem, van het beleidsdoel en van ingezette beleidsmiddelen waaronder het recht zelf. Daarnaast bestaat de ruis uit de politieke operationalisering van dit alles. Te zamen worden deze politieke beschrijvingen en handelingen verder aangeduid als emancipatiepolitiek.

Om te kunnen beoordelen of de nationale politieke beleidsontwikkeling van emancipatie en de nationale rechtsontwikkeling van gelijkheid elkaars voorwaarde zijn geworden, moet eerst worden vastgesteld waaruit de nationale emancipatiepolitiek bestaat. Gezien het communautaire aspect van gelijke behandeling zal tevens moeten worden bezien hoe zich dit verhoudt tot de gemeenschapsrechtelijke context. Vervolgens moet worden vastgesteld waaruit de nationale rechtsontwikkeling van gelijkheid bestaat. In welke normstructuur is de emancipatiewetgeving ingepast en welke rechtsvorming heeft naar aanleiding daarvan plaats gehad? Ook hier is een onderscheid te maken naar de beschrijving van recht in de dogmatiek en de toepassing van recht in de praktijk.

4.2 Koppeling van recht en arbeidsmarkt

In zowel het communautaire recht, de nationale politiek en het nationale recht is de arbeidsmarkt het object van regulering. De arbeidsmarkt maakt uiteraard deel uit van de samenleving als geheel, maar maakt tegelijkertijd deel uit van een functioneel-gedifferentieerd maatschappelijk systeem van de tweede orde, namelijk, zoals de metafoor ‘markt’ al aangeeft, de economie. De economie is een eigen complex systeem en werkt daardoor gesloten, evenals de politiek en het recht. De arbeidsmarkt of het arbeidseconomisch deel werkt als onderdeel van de economie derhalve binnen de gesloten cyclus van de economie.

Wanneer we de regulerende maatregelen in het politieke beleid en in het recht bekijken, dan richten deze zich niet tot het hele discours van de economie, maar tot de handelingsbekwame actoren daarbinnen. In het politieke beleid gaat het bij gelijke behandeling om arbeidsorganisaties, in het recht om ‘werkgevers’ en ‘het bevoegd publiek gezag’. De laatste termen vormen een juridische personificering van in tijd en ruimte bestaande arbeidsorganisaties. Omdat zowel de politiek als het recht zich richten op de handelingsbekwame actoren die binnen het economische discours functioneren en de arbeidsmarkt grotendeels als de resultante van deze organisaties kan worden beschouwd, zal ook het verdere onderzoek uitgaan van de arbeidsorganisatie als het object van regulering. Op zich verbaast de politieke en juridische inperking van de arbeidsmarkt tot aanwijsbare entiteiten die daarop functioneren niet. De werking van de arbeidsmarkt is immers niet zodanig geïnstitutionaliseerd, dat hierdoor, zoals ingeval van politiek en recht, een publiek debat is ontstaan dat als het ware ‘uitstijgt’ boven de actoren die aan dit debat deelnemen.

Onderwerp en probleemstelling van onderzoek

De werking van de arbeidsmarkt wordt ook in veel mindere mate schriftelijk vastgelegd. Voor praktisch onderzoek van de arbeidsmarkt zal daarom naar het functioneren van de arbeidsorganisaties moeten worden gekeken.

Wel gaat het uitdrukkelijk om het functioneren van de arbeidsorganisatie als actor binnen het gesloten economische systeem. Een arbeidsorganisatie kan als handelingsbekwame actor immers eventueel ook binnen andere gesloten systemen handelen.¹³ Met arbeidsorganisaties wordt zowel gedoeld op profitorganisaties als non-profitorganisatie en zowel op particuliere organisaties als overheidsorganisaties. Hoewel gesteld zou kunnen worden dat alleen particuliere profit-organisaties volgens de ratio van het economische systeem functioneren, gaat dat voor de verwerving van arbeid niet op. Alle genoemde organisaties zullen immers doorgaans streven naar het verwerven van de kwalitatief beste arbeid tegen de laagst mogelijke kosten. Voorzover het om arbeidsvoorziening gaat, mag gesteld worden dat wel degelijk in een economische context gehandeld wordt. Alle organisaties concurreren voor wat betreft het verwerven van arbeid op dezelfde arbeidsmarkt.

Tot slot moet nog op één complicerende factor worden gewezen. Hoewel arbeidsorganisaties, althans voor wat betreft hun arbeidsvoorziening, functioneren binnen het gesloten economische systeem, kan het zo zijn dat bepaalde grote arbeidsorganisaties in de tijd een complex systeem in zichzelf zijn gaan vormen.¹⁴ Volgens de theorie van Luhmann doet zich een gesloten werking van een organisatie voor, indien de elementen van de organisatie worden gevormd door standaardverwachtingen die zich uit economische standaardverwachtingen volgens een eigen filosofie verzelfstandigd hebben tot organisatieverwachtingen. In dat geval functioneert de arbeidsorganisatie niet als onderdeel van het gesloten economische systeem, maar als eigen gesloten organisatiesysteem in koppeling met het gesloten economische systeem. Arbeidsorganisaties zijn echter niet per definitie complexe systemen, namelijk alleen als de bovenstaande voorwaarden vervuld zijn. Met deze mogelijkheid zal bij het praktijkonderzoek echter wel rekening moeten worden gehouden.

Hoewel van de arbeidsorganisatie nog niet vaststaat of deze een complex systeem vormt, is het economische systeem waarbinnen gehandeld wordt dat wel. Onderlinge relaties tussen gesloten werkende systemen zijn afhankelijk van koppeling. Indien het recht bedoelde effecten sorteert op de arbeidsmarkt, dan volgt dit uit een wederzijdse reductie van onderlinge standaardbeelden en standaardverwachtingen. Beide systemen moeten hiervoor hun mogelijke toestanden zodanig variëren en

13 Bijvoorbeeld in een juridische procedure handelen arbeidsorganisaties binnen het rechtssysteem of bij een 'lobby' van de industrie handelen organisaties binnen het politieke systeem.

14 Zie Teubner 1989a, p. 94.

Hoofdstuk 5

selecteren dat repeterend hun feitelijke toestand de voorwaarde vormt voor de navolgende feitelijke toestand binnen het bereik van de ander en vice versa. Op basis van de probleemstelling is nu de tweede onderzoeksvraag te formuleren:

In hoeverre en in welke vorm varieert het (supra)nationale gelijke-behandelingsrecht zichzelf binnen de mogelijkheden die de normstructuur biedt en welke mogelijkheid wordt hieruit geselecteerd onder invloed van ruis uit de arbeidseconomische omgeving?

De ruis die de arbeidsmarkt voor het recht oproept, bestaat uit de relevante economische handelingen binnen een formele arbeidsorganisatie. Gezien het onderwerp van het gelijke-behandelingsrecht wordt hiermee grotendeels het proces van handelingen bedoeld als gevolg waarvan mannen en vrouwen over de beschikbare functies, en loon over deze functiehouders wordt gealloceerd. De handelingen van een (economisch) systeem kunnen zowel cognitief als operationeel zijn. Cognitieve handelingen zijn de zelfbeschrijvingen van deze allocatieprocessen oftewel het interne personeelsbeleid en eventueel het interne emancipatiebeleid. Operationele handelingen zijn de praktische uitvoeringshandelingen.

Bij interacties tussen recht en arbeidsorganisatie zal het rechtssysteem met economische werkelijkheidsbeelden en economisch georiënteerde handelingen geconfronteerd worden. Dit levert allereerst een informatieprobleem op (hfdst. 4 § 5.3.2). Het recht moet deze (arbeids)economische communicaties reconstrueren volgens juridische concepten. Indien deze constructies echter niet passend zijn, zal het rechtssysteem voortdurend met divergerende arbeidseconomische beelden en verwachtingen geconfronteerd blijven. Door zijn rechtswaarnemingen te variëren en te verfijnen binnen de mogelijkheden die de normstructuur biedt, kan het rechtssysteem reductie van de uiteenlopende beelden zoeken tot een toestand van betrekkelijke rust intreedt. In de tweede plaats levert de interactie van recht en arbeidsorganisatie een motivatieprobleem op (hfdst. 4 § 5.3.2). Wil het recht reguleren dan moeten de rechtscommunicaties aanzetten tot een operationele bewerking in de arbeidsorganisatie. Maar ook de economische organisatie moet daarvoor eerst deze rechtscommunicatie reconstrueren en daarna volgens zijn eigen modus operationaliseren. Of het gelijke-behandelingsrecht motiveert, is derhalve afhankelijk van de mate en vorm waarin dit geschiedt en van de mate en vorm waarin het recht hierop vervolgens weer anticipeert of kan anticiperen.

Voor het onderzoek betekent dit dat het informatieproces bestudeerd zal worden door te bezien op welke wijze de juridische concepten uit het gelijke-behandelingsrecht economische processen (kunnen) bevatten. Vervolgens zal dit afgezet worden tegen de betekenis van deze processen binnen de context van de arbeidsorganisatie zelf. Het motivatieproces zal bestudeerd worden door allereerst te bezien op welke

Onderwerp en probleemstelling van onderzoek

wijze de arbeidsorganisatie het gelijke-behandelingsrecht conceptualiseert en vervolgens operationaliseert. Pas als dit proces bekend is, kan uiteindelijk de mate en vorm beoordeeld worden waarin het rechtssysteem hierop aangrijpt om zo de arbeidsorganisatie te motiveren economische handelingen te co-variëren met het recht.

5 Indeling van het verdere onderzoek

Het vervolg van dit boek beslaat het praktijkonderzoek naar de effectuering van gelijke-behandelingsrecht op de arbeidsmarkt. Dit wordt naar twee volgende delen opgesplitst. In het navolgende deel II komen de onderlinge relaties tussen beleid en recht aan bod en de vraag of de beleidsontwikkeling van emancipatie en de rechtsontwikkeling van gelijkheid, binnen de constellatie van de communautaire rechtsorde, elkaars voorwaarde zijn gaan vormen. Deel II beoogt daarmee een antwoord te formuleren op de vraag of aan de eerste voorwaarde van modern sociaal-economisch recht voldaan wordt. Wil het recht binnen zijn mogelijkheden mede instrument zijn voor de realisering van beleid, dan moeten het politieke systeem en het rechtssysteem elkaar onderling zodanig kunnen beïnvloeden dat de geselecteerde beleidsontwikkeling en geselecteerde rechtsontwikkeling in elkaars verlengde komen te liggen.

Het introducerende hoofdstuk van het tweede deel bevat een korte ‘opfrissing’ van het toe te passen paradigma voor analyse, kent voorts een nadere aanduiding van het relevante politieke beleidsterrein en rechtsterrein en geeft de onderzoeksmethode (hoofdstuk 6). Vervolgens wordt eerst in hoofdstuk 7 het ‘politieke emancipatievertoog’ beschreven. Op welke wijze heeft het nationale emancipatiebeleid zich ontwikkeld en onder welke invloeden? In hoofdstuk 8 wordt daarna een beschrijving gegeven van het ‘juridisch gelijkheidsvertoog’. Welke rechtsontwikkeling heeft parallel aan de beleidsontwikkeling plaatsgehad en onder welke invloeden? De analyse in hoeverre en in welke vorm een afstemming heeft bestaan of kan bestaan tussen het beleid en het recht vindt plaats in hoofdstuk 9.

In het laatste deel III komen de onderlinge relaties tussen recht en arbeidsmarkt aan bod en de vraag of de rechtsontwikkeling van gelijkheid en de arbeidsmarktontwikkeling in gelijke behandeling van de seksen elkaars voorwaarde zijn gaan vormen. Deel III beoogt een antwoord te formuleren op de vraag of aan de tweede voorwaarde van modern sociaal-economisch recht voldaan wordt. Wil het recht reguleren, dan zal uiteindelijk de rechtsontwikkeling en het arbeidsmarktgedrag met elkaar moeten synchroniseren.

Hoofdstuk 5

Ook aan dit deel gaat eerst een introducerend hoofdstuk vooraf (hoofdstuk 10). De volgende twee hoofdstukken vormen net als in deel II een confrontatie van de rechtsontwikkeling maar nu met de ontwikkeling in de arbeidsorganisatie. De manier van contrasteren verschilt enigszins. In deel II wordt eerst het politieke beleid en daarna het recht behandeld. Vervolgens worden deze in een apart hoofdstuk met elkaar vergeleken. Het recht en de arbeidsorganisatie worden echter direct al tegen elkaar afgezet. In het eerste hoofdstuk gaat het dan om de wijze waarop het recht zich informeert over de arbeidsorganisatie (hoofdstuk 11). Daarna gaat het over de wijze waarop het recht de arbeidsorganisatie motiveert (hoofdstuk 12). Deze twee aspecten worden in deel II juist per hoofdstuk samen gehouden. Dit verschil heeft een praktische achtergrond. Voor de politieke beleidsontwikkeling en de rechtsontwikkeling is het, in vergelijking met de ontwikkeling op de arbeidsmarkt, eenvoudiger deze naar hun toestand te beschrijven. Zowel recht als beleid vormen, zoals boven al aan de orde is geweest, publieke en tekstuele vertogen. De ontwikkelingen op de arbeidsmarkt vormen echter geen publieke discussie en zijn daarbij in veel mindere mate schriftelijk vastgelegd. Voor de bestudering van de arbeidsmarkt moeten derhalve concrete arbeidsorganisaties binnen het economische vertoog worden onderzocht. Vanuit praktisch oogpunt zijn slechts enkele organisaties te bestuderen en niet alle. Derhalve is ook geen op zichzelf staande beschrijving te geven van de ontwikkeling van gelijke behandeling in 'de' arbeidsorganisatie. Voor wat betreft de invloedsrelaties tussen recht en het te reguleren veld, moet daarom een bescheiden onderzoeksopzet gelden. Deze relaties worden aan de hand van nader te introduceren case-studies van arbeidsorganisaties onderzocht. Voor de presentatie lijkt het in dat geval duidelijker om de werking van het gelijke-behandelingsrecht te bestuderen in rechtstreekse uitwisseling met steeds 'exemplarische' beschrijvingen van arbeidsorganisaties.

De delen II en III zullen elk afsluiten met conclusies. Daarin zal de probleemstelling die betrekking heeft op het (supra)nationaal gelijke-behandelingsrecht beantwoord worden. Hieruit zal ook zijn af te leiden of alle rechtsmogelijkheden binnen het reflexief programma voor effectieve regulering benut zijn. Zo niet, dan worden deze mogelijkheden hier beschreven en op hun wenselijkheid onderzocht. Het laatste hoofdstuk vormt een nabeschouwing op het voorafgaande (hoofdstuk 13). De bevindingen van het praktijkonderzoek zullen vanuit een wat bredere benadering doorgetrokken worden naar algemene opmerkingen en conclusies over de betekenis van de chaostheorie voor de effectuering en handhaving van het sociaal-economisch recht.

DEEL II

DE RUIS TUSSEN POLITIEK EN RECHT

HOOFDSTUK 6

Introductie tot het tweede deel

In het tweede deel gaat het om de onderlinge relaties tussen politieke beleidsinstrumentering en rechtsvorming inzake gelijke behandeling op nationaal niveau. Het communautair gelijke-behandelingsrecht verplicht bepaalde omschreven doelstellingen op nationaal niveau ten uitvoer te leggen. Dat veronderstelt dat een visie ontstaat op wat de knelpunten in de problematiek op nationaal niveau zijn en welke middelen daarvoor moeten worden ingezet die passen binnen de nationale verhoudingen. Dit zijn bij uitstek politieke processen. Wil het rechtsinstrument dat hieruit voortvloeit kunnen bijdragen aan de tenuitvoerlegging zoals dat binnen de politiek vastgestelde conceptie wordt voorgesteld, dan zal het hieraan compatibel moeten zijn.

Vanuit het perspectief van recht bezien, betekent dit dat een reeds bestaande rechtssystematiek met nieuwe normen wordt aangevuld. Daarbij speelt de vraag in hoeverre de normen binnen deze bestaande systematiek door hun toepassing kunnen worden ontwikkeld en de vraag in hoeverre dit strookt of kan stroken met het politiek beoogde beleidskarakter en met de direct of indirect doorwerkende communautaire rechtsvorming. De processen waarlangs het rechtssysteem tot dergelijke rechtsvorming komt, zullen vanuit het paradigma van zelforganisatie begrepen worden. Deel II heeft daarmee op de volgende onderzoeksvraag betrekking:

In hoeverre en in welke vorm varieert het gelijke-behandelingsrecht zichzelf binnen de mogelijkheden die de normstructuur biedt en welke mogelijkheid wordt hieruit geselecteerd onder invloed van ruis uit de politieke omgeving?

De conceptualisering die in de vraag gebruikt is, drukt de wijze uit waarop het sociaal-economische recht politieke doelrationalisaties al dan niet kan verwerken. Deze wijze berust op de idee van een wederzijdse geslotenheid van de systeemspecifieke operaties van recht en politiek (hfdst. 4 § 3.1 en 4.2). Geslotenheid houdt in dat informatie actief van binnenuit het systeem wordt opgebouwd en volgens een vaste functionele modus bewerkt. Het rechtssysteem neemt derhalve informatie op voorzover deze binnen zijn betekenisstructuur betekenis kan dragen en bewerkt deze informatie op een wijze die de modus van recht toelaat. Het politieke systeem werkt volgens dezelfde principes. De vraag hoe als gevolg van politiek beleid het recht wordt of kan worden geïnstrumenteerd, is dan te begrijpen als de vraag naar de wijze waarop het recht zichzelf uitbouwt of kan uitbouwen al dan niet in vereniging met de politieke doelrationalisaties.

Hoofdstuk 6

Uit de beschreven geslotenheid van typische rechtsoperaties en typische politieke operaties volgen een aantal beperkingen in de interactie tussen de beide systemen. Wil de politiek een beleidsgericht wettelijk instrument introduceren, dan kan dat niet meer dan een selectie zijn uit de potentiële mogelijkheden die de bestaande rechtssystematiek in zich draagt. Andersom bezien, selecteert het rechtssysteem derhalve alleen die politieke beleidscommunicaties die vertaalbaar zijn naar recht en past deze toe voorzover de modus van rechtsvinding toelaat. Wil de beleidsvorming en rechtsvorming inzake gelijke behandeling onder deze omstandigheden dezelfde kant op wijzen, dan zal de politieke beleidsvoering een reflexwerking moeten kennen van de bestaande rechtsstructuur. Deze reflexwerking houdt in dat politieke concepties anticiperen op wat de reactie van het rechtssysteem binnen zijn mogelijkheden zal kunnen zijn. De politieke toestand die vervolgens wordt aangenomen, zal steeds voorwaarde moeten zijn voor het aannemen van een bepaalde toestand van recht, terwijl de toestand van recht voorwaarde moet zijn voor het aannemen van een bepaalde toestand van politiek. Daarvoor zullen de programma's van politiek en recht eerst compatibel moeten zijn en vervolgens daadwerkelijk op elkaar 'inloggen'. Alleen zo is een parallelle ontwikkeling mogelijk in de tijd (co-variantie, hfdst. 4 § 5.3.1).

Om te kunnen beoordelen in hoeverre een afstemmingsproces zich in praktijk voltrekt, moeten eerst de beleidsvorming en rechtsvorming apart geanalyseerd worden. Daarvoor wordt in het volgende hoofdstuk bezien hoe en in hoeverre het politieke systeem signalen uit de maatschappij en signalen van supranationaal recht ontvangt ('op de politieke agenda zet'). Vervolgens is van belang hoe deze informatie binnen het reguliere politieke proces gereconstrueerd wordt tot politieke analyse van het probleem, welke politieke acties hieruit voortvloeien en hoe deze geïnstrumenteerd worden met de politieke middelen die daarvoor beschikbaar zijn. Al deze typisch politieke operaties zijn samen te vatten als beleid voeren. Beleid drukt het typisch politieke denken en handelen uit dat gericht is op rationele beheersing van de maatschappelijke omgeving.¹ Het gaat aldus om de vragen, welk beleid wordt gevoerd om het onderliggende probleem, in casu het 'vrouwenvraagstuk', rationeel beheersbaar te maken en welke rol heeft het recht hierin als middel? Het bovenstaande politieke proces wordt opgevat als een dynamisch proces. Binnen het paradigma van zelforganisatie is beleidsvoering het verbinden van nieuwe politieke communicaties aan het bestaande netwerk van politieke communicaties dat hierdoor een nieuwe toestand aanneemt. Het beleidsproces is in die zin een maatschappelijk discours (vergelijk hfdst. 4 § 4.2). Onder invloed van zijn omgeving

¹ Vgl. de beleidsdefinitie van Simonis en Lehning 1987, p. 9.

Introductie tot het tweede deel

beschrijft het discours problemen in de eigen termen en bewerkt deze volgens de politieke modus tot nieuwe communicaties. Vervolgens beschrijft het weer opnieuw in de eigen termen hoe het probleem eruit ziet in wisselwerking met de daarvoor geproduceerde communicaties. Deze beschrijvingen worden weer opnieuw in het politieke proces gebracht, waaruit weer nieuwe communicaties kunnen volgen. Op deze manier kan het politieke proces in principe eindeloos zichzelf beschrijven onder invloed van zijn omgeving. In hoofdstuk zeven wordt geanalyseerd hoe het politieke vertoog over het vrouwenvraagstuk zich onder invloed van maatschappij en recht heeft ontwikkeld. Omdat het onderwerp politiek wordt aangeduid met de term emancipatie, spreek ik verder van het emancipatievertoog.

In het daaropvolgende hoofdstuk wordt geanalyseerd welke informatie over het vrouwenvraagstuk door het rechtssysteem wordt geselecteerd en bewerkt. Daarvoor wordt bezien welke (supra)nationale normen het rechtssysteem hanteert om dergelijke informatie tot rechtscommunicatie te maken en wat de rechtsgevolgen zijn van de toepassing van recht op de, volgens deze normen, gereconstrueerde informatie. Dit netwerk aan rechtsbeschrijvingen en rechtsbewerkingen dat in de tijd ontstaat, is eveneens als vertoog te begrijpen. Omdat het rechtsvertoog zich blijkt te centreren rond juridische gelijkheidsnormen, duid ik het verder aan als het juridisch gelijkheidsvertoog (hoofdstuk 8).

Nadat de beleidsvorming en rechtsvorming inzake gelijke behandeling bekend zijn, wordt in het laatste hoofdstuk van deel II het politieke emancipatiebeleid en het juridische gelijkheidsrecht met elkaar vergeleken. Centraal staat de vraag, of de kenmerkende wijze waarop het nationale beleid de problematiek in zijn communautaire 'setting' beschrijft en bewerkt, compatibel is met de kenmerkende wijze waarop het nationale gelijke-behandelingsrecht dit onder invloed van het gemeenschapsrecht beschrijft en bewerkt. Is dat het geval, dan is de vraag of de beleidsvorming en de rechtsvorming daadwerkelijk zodanig in elkaar gehaakt zijn, dat beide binnen eigen bereik en functie in dezelfde richting werken. Een zodanig vormgegeven co-existentie van beleidsproces en rechtsproces is de eerste voorwaarde om (supra)nationale sociaal-economische doelstellingen met behulp van recht te kunnen effectueren (hoofdstuk 9).

Zowel het politieke emancipatievertoog als het juridische gelijkheidsvertoog vormen nagenoeg volledige tekstuele vertogen. Voorzover het uit mondelinge communicatie is opgebouwd, is deze schriftelijk gedocumenteerd. Om beide vertogen in het kader van onderzoek te kunnen analyseren, volstaat derhalve een tekstanalyse. Voor het politieke debat gaat het om onder andere formele beleidsnota's, ambtelijke wetsvoorstellen, parlementaire behandeling van beleid en wetgeving, rapporten van politieke adviesorganen en ambtelijke onderzoeken. Voor het rechtsdebat zal het gaan om verdragen en wetten, jurisprudentie en rechtswetenschappelijke handboeken, artikelen en annotaties.

Het nationale politieke emancipatievertoog

“Well in our country,” said Alice, “you’d generally get to somewhere else if you run very fast for a long time.” “A slow sort of country” said the Queen. “Now here you see, it takes all the running you can do, to keep in the same place” (Through the looking-glas).

1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt onderzocht binnen welk politiek kader van overheidsbeleid de uitvoering van het supranationale gelijke-behandelingsrecht op nationaal niveau geplaatst wordt en uitgewerkt. Dit beleidskader is van belang omdat het aangeeft welke nationale knelpunten in seksegelijkheid worden ervaren, wat de overheidstaak daarin is en met welke overheidsinstrumenten dit te beheersen zou zijn. Verwacht mag worden dat daarmee de politieke visie en doelstellingen worden geschetst die achter wettelijke en andere maatregelen schuilgaan, teneinde het nationale beleid en daarmee ook de internationale verplichtingen te implementeren. Er zal steeds een onderscheid worden gemaakt naar de politieke *perceptie* van de rol van het supranationaal recht in de nationale beleidsvorming en de politieke *operationalisering* van deze beleidsconcepties in concrete (wetgevings-)handelingen. Samen-gevat, is het onderwerp van dit hoofdstuk de beleidsvorming en beleidsinstrumentering op het terrein van emancipatie.

Het politieke emancipatiebeleid wordt besproken voorzover het om nationaal overheidsbeleid gaat. Deze beleidsontwikkeling wordt naar vier tijdvakken onderscheiden. Het eerste tijdvak van de eerste emancipatienota is te beschouwen als de lange aanloop van beleid (1974–1984). In het tweede tijdvak krijgt het beleid met een tweede emancipatienota een definitieve invulling (1985–1987). Het derde tijdvak is merendeels een intermezzo in beleid (1988–1991). In het laatste tijdvak verschijnt een derde emancipatienota, al zal blijken dat het beleid zich hiermee niet meer vernieuwt en in feite politieke prioriteit verliest (1992–heden). Met het oog op de communautaire economische doelstellingen van het gelijke-behandelingsrecht, zal de beschrijving van het nationale beleid zich grotendeels beperken tot het arbeids-

Hoofdstuk 7

marktbeleid. In de beschrijving van de politiek aan te wenden beleidsmiddelen wordt de nadruk gelegd op de wettelijke middelen.

2 Het eerste tijdvak van het emancipatievertoog (1974–1984)

2.1 Een politieke analyse van het probleem

Van een nationaal politiek emancipatiebeleid is sprake vanaf het midden van de jaren zeventig. De term ‘emancipatie’ is als richtinggevend te beschouwen voor de politieke beschrijvingswijze van het maatschappelijke vrouwenvraagstuk. Het vraagstuk wordt opgevat als de noodzaak tot de vrijmaking (emancipatie) van de vrouw en de man uit sociale conventies en gewoonten die individuele keuzen om het leven naar eigen goeddunken in te richten in de weg staan. Bij de installatie in 1974 van de eerste politieke adviescommissie die het probleem moet verkennen, geeft de toenmalige minister-president Den Uyl de contouren van de overheidstaak als volgt aan:

“Het emancipatiestreven dat de regering voor ogen staat, moet leiden tot een grotere vrijheid van keuze voor vrouwen en mannen, zodat zij op eigen wijze hun leven vorm en inhoud kunnen geven. Dat kan zijn deelname aan het arbeidsproces, het sociale en culturele leven of in verantwoordelijkheid voor het gezin. (...) Het is voor de overheid niet eenvoudig om rechtstreeks wat te doen aan mentaliteitsverandering. (...) Wat de overheid wel kan doen, is het wegnemen van juridische, economische en sociale knelpunten die de ontwikkeling remmen.”¹

De ingestelde ‘Emancipatiecommissie’ brengt twee jaar later haar advies uit met de titel ‘Aanzet tot een vijfjarenplan’. Op basis van dit advies wordt de eerste regeringsnota over emancipatiebeleid vastgesteld: ‘Emancipatie: proces van verandering en groei’.² De regering is dan geen lang leven meer beschoren, maar de nota wordt door het kabinet-Van Agt (CDA/VVD) overgenomen.³ In de nota wordt de doelstelling van het emancipatiebeleid als volgt geformuleerd:

“Het scheppen van voorwaarden, en zo nodig het stimuleren van veranderingsprocessen gericht op grotere vrijheid van keuze voor mannen en vrouwen om alleen of samen met anderen vorm en inhoud aan het leven te geven.”

1 Toespraak d.d. 17 december 1974, opgenomen in het Eindverslag Emancipatiecommissie, Rijswijk 1981, pp. 113-116.

2 TK 1976–1977, 14 496, nrs. 1-2.

3 TK 1977–1978, 14 496, nr. 6.

Het nationale politieke emancipatievertoog

Om een dergelijke doelstelling na te streven zet de regering drie doelen of taken uit: (1) het doorbreken van rolbeperkingen voor mannen en vrouwen, (2) het inhalen van achterstanden en (3) het bevorderen van waardering bij mannen en vrouwen van eigenschappen en activiteiten die traditioneel aan het vrouw-zijn worden gekoppeld.⁴ Deze drie voorwaarden die men nodig acht voor grotere keuzevrijheid, weerspiegelen het politieke beeld van de oorzaken van het vrouwenvraagstuk en daarmee ook de richting van gewenst beleid. De politicologe Huisman analyseert de vooronderstellingen van het beleid als volgt. Uitgangspunt in de nota is de toenmalig aangehangen theorie van de sekserol-socialisatie. De aangeleerde sekserollen beperken vrouwen meer dan mannen in het maken van individuele keuzen, waardoor vrouwen een achterstand hebben opgelopen in het maatschappelijk leven. De oplossing wordt gezocht in het 'afleren' van de sekserol en het tegelijkertijd opwaarderen van de traditioneel aan de rol gekoppelde vrouwelijke eigenschappen en activiteiten.⁵ Het opheffen van de sekserollen vergt volgens de nota enerzijds individuele bewustwording, of mentaliteitsverandering, en anderzijds het wegnemen van discriminerende bepalingen in wetgeving en bestuur. Hoewel de 'sekserol' een erkenning is van de invloeden van sociale structuren die individuele keuzen kunnen belemmeren, is de gekozen oplossing hiermee niet in lijn. Mentaliteitsverandering suggereert dat het individu een politiek ongewijzigde sociale structuur op grond van zijn wil en capaciteiten kan veranderen, als men zich er maar bewust van is. Weliswaar wordt beoogd wetgeving en bestuur te schonen van seksediscriminatie, maar verdere politieke verandering in bijvoorbeeld de beleidsprogramma's voor arbeid en inkomen blijft uit.⁶

Wanneer wordt bestudeerd hoe het politiek systeem ertoe overgaat emancipatiebeleid te formuleren en waarom juist in deze visie en bewoordingen, dan is sprake van een opmerkelijk grote overlap in de visie en bewoordingen van de maatschappelijke discussie. In systeemtheoretische bewoordingen blijkt een sterke interferentie te bestaan tussen de politieke en maatschappelijke betekeniscontext (zie voor het begrip interferentie hfdst. 4 § 5.3.2). Huisman wijst bijvoorbeeld op het letterlijk overnemen van de toen gangbare wetenschappelijke theorie van sekserol-socialisatie.⁷ Hoewel het door interferentie van verwachtingen van verschillende maatschappijsystemen tot botsingen kan komen, lijkt daar bij de prille vorming van beleid nauwelijks sprake van. Er zijn nog geen politieke woorden voor het vraagstuk. Dat blijkt ook uit het feit dat de bovengenoemde drie overheidsdoelen voor emancipatiebeleid

4 'Emancipatie: proces van verandering en groei', p. 10.

5 Huisman 1988, pp. 2-4.

6 Huisman 1988, p. 5.

7 In dezelfde zin Huisman 1988, p. 5 en Prins 1989, pp. 124-125.

Hoofdstuk 7

overgeschreven zijn uit het advies van de Emancipatiecommissie. Veel storing tussen maatschappelijke beeldvorming en politieke gereconstrueerde beeldvorming van het probleem blijkt er in deze tijd niet te zijn. Dit lijkt vooral toegeschreven te moeten worden aan de rol van de adviesraden. Deze organisaties zijn met Teubner ‘meertalige organisaties’ te noemen die als tolk kunnen optreden aan de grenzen van de betekenissystemen. De genoemde Emancipatiecommissie bijvoorbeeld, blijkt nauw verstrengeld te zijn met wetenschappelijke en maatschappelijke emancipatiebewegingen.⁸ Ook spelen bepaalde sleutelpersonen een prominente rol in meerdere discourses tegelijk. Binnen de in 1978 opgerichte ambtelijke directie ter coördinatie van het emancipatiebeleid (DCE), hebben verscheidene personen een ‘overlappend lidmaatschap’ in de ambtenarij en vrouwenbeweging.⁹ Prins spreekt van een ‘sluiswachtersrol’ waarbij DCE de wensen van de vrouwenbeweging politiek kanaliseert.¹⁰ Van Praag is van mening dat de toenmalige politieke beleidsvisie volledig is overgenomen van de vrouwenbeweging.¹¹ Hoewel de invloed inderdaad groot was, kan echter ook weer niet gezegd worden dat het politieke systeem geen informatie selecteert. Bepaalde wettelijke maatregelen die destijds al naar aanleiding van de Amerikaanse wetgeving werden voorgesteld, zoals de verplichtstelling van ‘affirmative action plans’ binnen ondernemingen, vinden politiek geen gehoor.¹²

2.2 Politieke beschrijving van beleidsinstrumentering

De beleidsvisie stoelt met name op de gedachte dat vrouwen en mannen zich van hun sekserollen bewust moeten worden en veranderen. Omdat daarmee de kern van het probleem een mentaliteitsvraagstuk is, zijn er weinig politieke middelen voorhanden. De overheid stelt zich ten doel emancipatieprocessen te begeleiden door voorwaarden te scheppen of door knelpunten weg te nemen. Besloten wordt deze voorwaarden te scheppen met ‘een activerend emancipatienetwerk’. Bedoeld wordt het via subsidie stimuleren van maatschappelijke verenigingen, organisaties en structuren voor emancipatiewerk onder vrouwen.¹³ Knelpunten wegnemen betekent het doorvoeren van formele seksegelijkheid in recht en bestuur. Naar aanleiding van

8 Joke Smit, voorzitter van de maatschappelijke emancipatiebeweging Man, Vrouw, Maatschappij wordt benoemd tot vice-voorzitter van de EK. Zie voor de centrale positie van de EK in het politieke en maatschappelijk netwerk: Sloot 1986, p. 175, tevens nt. 45 en Prins 1989, pp. 42 en 125.

9 Zie onder andere de publikaties van de ambtenaren Dijksta en Swiebel 1981 en Swiebel 1986 en 1988. Hierover Prins 1989, pp. 124-125.

10 Prins 1989, p. 135.

11 Van Praag 1985.

12 Zie Outschoorn 1988, m.n. p. 222.

13 Zie Emancipatiecommissie, Voorbericht emancipatiewerk en activerend netwerk, Rijswijk 1978, hierover Huisman 1988, p. 3.

Het nationale politieke emancipatievertoog

een parlementaire motie wordt een actie gestart om een seksneutralisering van alle wettelijke en bestuurlijke regelingen door te voeren: de ‘anders geregeld-operatie’.¹⁴

Eind jaren zeventig ontwikkelen zich ook plannen voor specifieke wetgeving. De Emancipatiecommissie heeft hierin het voortouw genomen. Op basis van de studie naar anti-discriminatiewetgeving van Man, Vrouw, Maatschappij, komt de Commissie in 1977 met voorstellen voor een wet tegen seksdiscriminatie.¹⁵ Vier jaar later vinden de aanbevelingen gehoor. De toenmalige regering presenteert een ‘Voorontwerp van een wet gelijke behandeling’. De wetgeving is bedoeld om alle maatschappelijke vormen van seksueel onderscheid te verbieden, niet alleen naar geslacht maar ook naar seksuele voorkeur en leefvorm. Inmiddels zijn onder grote tijdsdruk wel een drietal gelijke-behandelingswetten beperkt tot de arbeidsmarkt aangenomen. Deze maatregelen zijn niet primair politiek geëntameerd, maar vormen de verplichte omzetting van een tweetal EEG-richtlijnen uit 1975 en 1976. De wetgeving valt min of meer buiten de beleidsnota’s. In deze nota’s gaat men uit van studie naar eigen brede seksdiscriminatiewetgeving waarin de EG-uitvoeringswetgeving geïntegreerd zal kunnen worden.

2.3 Een nieuwe politieke analyse van het probleem

Begin jaren tachtig vindt een omslag plaats in het emancipatiebeleid. Men begint feitelijk weer bij het begin, dat wil zeggen de bepaling van wat het probleem politiek betekent en wat voor beleid daarvoor nodig is. De aanzet hiertoe komt van de staatssecretaris voor emancipatie D’Ancona (PvdA). Ter voorbereiding van een nieuwe emancipatienota stelt zij een werkgroep ‘Theoretisch Kader’ in. Deze groep bestaat uit ambtenaren en externe deskundigen uit wetenschap en vrouwenbeweging.¹⁶ Vanuit de systeemtheorie gaat het wederom om een ‘meertalige’ groep. De werkgroep krijgt de opdracht de emancipatieproblematiek opnieuw te beschrijven.

Men brengt in 1982 rapport uit.¹⁷ Het rapport is grotendeels binnen een wetenschappelijke betekeniscontext geschreven. In navolging van de begin jaren tachtig gangbare wetenschappelijke analyses wordt de bestaande ongelijkheid in maatschappelijke posities van mannen en vrouwen als oorzaak en resultaat beschouwd van een structurele machtsongelijkheid tussen mannen en vrouwen. Deze machtsongelijkheid vindt zijn weerslag in twee belangrijke institutionele pijlers, zo stelt de Analyse.

14 TK 1978–1979, 15 401, nr 1.

15 Emancipatiecommissie, Advies over de wenselijkheid van een wet tegen seksdiscriminatie, Rijswijk 1977. Hierover Sloot 1986, p. 174.

16 De extern deskundigen zijn M. van der A, S. Grotenhuis en J. Meyer. De ambtenaren zijn J. Swiebel en T. Dijkstra.

17 Werkgroep Theoretisch Kader, Een analyse van het vrouwenvraagstuk, Den Haag 1982.

Hoofdstuk 7

Eenzijds is er de economische arbeidsdeling naar sekse op macroniveau en anderzijds een sociale organisatie van de seksualiteit op microniveau. Deze maatschappelijke organisatie vloeit voort uit de bestaande man- en vrouwbeelden waarin het 'vrouwelijke' impliciet ondergeschikt is aan het 'mannelijke'. Geïstitutionaliseerd in het economisch proces leiden de standaardverwachtingen tot een onderwaardering van door vrouwen verrichte arbeid in gezin en huishouden en een lagere beloning van door vrouwen uitgeoefende functies en beroepen op de arbeidsmarkt. Geïstitutionaliseerd in het maatschappelijk proces leiden de verwachtingen tot sociale onderschikking van en seksueel geweld tegen vrouwen en meisjes.

Een dergelijke visie op de problematiek heeft veel verder strekkende gevolgen dan de tot dan toe gehanteerde visie van individuele mentaliteitsverandering. De nadruk wordt verschoven naar 'institutionele pijlers' in de maatschappij. Daarmee raakt het object van beleid niet alleen individuen maar ook de maatschappelijke organisatie. Dit introduceert een veel breder terrein van beleid zoals de organisatie van arbeid en inkomen, leefvormen, onderwijs, seksueel geweld en welzijn. De politiek wordt ook haar eigen beleidsobject voorzover het door het reguliere politieke beleid de institutionalisering van het sekseverschil in de organisatie van arbeid, inkomen, onderwijs en welzijn in stand houdt.

Zoals gezegd, is de analyse van een tamelijk abstract wetenschappelijk gehalte. De emancipatienota die hierop volgt, neemt deze beeldvorming ten dele letterlijk over. Het kabinet waarvan D'Ancona deel uitmaakt, komt evenwel ten val. De politieke beleidsvoering van het volgende kabinet haakt echter, over de partijlijnen heen, gemakkelijk aan bij de voorafgaande beleidsvisie. Verondersteld zou kunnen worden dat de abstracte wetenschappelijke formuleringen binnen een politieke context in zichzelf niet veel uit kunnen richten. De wijze van formulering belet het om hieruit enige directe politieke consequenties te trekken. Het is daarom een veilig politiek 'statement', omdat uitvoering eerst nadere reconstructie en daarmee discussie behoeft. Het kabinet Van Agt III (CDA-D'66) neemt de probleemanalyse moeiteloos over:

“Er is sprake van structureel ongelijke machtsverhoudingen tussen mannen en vrouwen, die niet alleen zijn weerslag vindt in de verdeling van arbeid, maar ook in de dwingende organisatie van, en normeringen met betrekking tot leefvormen en seksualiteit.”¹⁸

Vast te stellen is dat het politiek emancipatievertoog aan het begin van de jaren tachtig nog een open karakter draagt. Daadwerkelijke politiek-operationele processen die meer geslotenheid vergen, vinden nog niet plaats. Onder deze omstandigheden

18 TK 1982–1983, 17 600, hfdst. XV, nr. 2, II § 5.

Het nationale politieke emancipatievertoog

is de invloed van de intermediaire politieke lichamen tamelijk groot.¹⁹ Ook het volgende kabinet Lubbers I (CDA-VVD) herhaalt de politieke beschrijvingen die even daarvoor tot stand zijn gekomen:

“Gaandeweg is duidelijk geworden dat een beleidsfilosofie in termen van het doen inhalen van achterstanden en het mogelijk maken van rol doorbreking niet voldoende is. Het gaat er veeleer om te bereiken dat het verschil tussen de seksen niet langer op zodanige wijze grondslag voor de maatschappelijke organisatie is dat systematisch de kansen voor de ene groep groter zijn dan voor de andere en de daarmee verbonden machtsverschillen in stand worden gehouden.”²⁰

Met uitzondering van de ‘anders-geregeld-actie’ en subsidiëring van vrouwenorganisaties, bestaat het emancipatiebeleid tot nu toe voornamelijk uit een politieke conceptualisering van wat het probleem is en wat daarvoor van overheidswege gedaan zou moeten worden. Wanneer de uitvoering van het emancipatiebeleid wordt bezien tot halverwege de jaren tachtig, dringt de keerzijde van de grote openheid voor signalen uit maatschappij en wetenschap zich op. Openheid in cognitie van systemen is nodig voor interne evolutie, maar in operaties is geslotenheid nodig om de voorafgaande structuur volgens de eigen modus te bewerken tot een nieuwe structuur (hfdst. 4 § 5.3.1). Hoewel in het eerste tijdvak van emancipatiebeleid maatschappelijke en wetenschappelijke beelden en verwachtingen gemakkelijk het politieke veld binnendringen, verkleint de weinig typische politieke verwoording de kans op politieke operationalisering. Als belangrijkste knelpunt van emancipatiebeleid wordt van het begin af aan de operationalisering in reguliere politieke maatregelen genoemd.²¹ Emancipatie staat wel op een politieke ‘diskette’ maar het politieke besturingsprogramma kan het niet inlezen. De gepresenteerde machtsvisie is niet rechtstreeks in concrete politieke maatregelen te vertalen. Ook Huisman signaleert in verband met effectiviteitsproblemen het gevaar van te ruimhartige politieke annexatie van concepten uit de feministische theorievorming.²² Prins meent dat er een tekort is aan kennis en informatie ‘om te kunnen praten in de taal van andere departementen’.²³

19 Behalve de genoemde Werkgroep, is te wijzen op de verantwoordelijke ambtenarengroep bij DCE, de politieke vrouwenorganisaties (zie Keuzenkamp en Teunissen, 1990, p. 41) en de ingestelde Projectgroep Beleidsplan Emancipatie. Deze laatste bestaat uit vier externe deskundigen en vier ambtenaren (TK 1984–1985, 19 052, nrs. 1-2, bijlage 1, p. 71.)

20 TK 1983–1984, 18 100, hfdst XV, nr. 2, II § 5-1.

21 Dijkstra en Swiebel 1982 en Van Praag 1985.

22 Huisman 1991, p. 18.

23 Prins 1989, p. 136.

3 Het tweede tijdvak van het emancipatievertoog (1985–1987)

3.1 Definitieve beleidsvorming inzake seksegelijkheid

Het Beleidsplan emancipatie 1985 dat is voorbereid door D’Ancona wordt onder staatssecretaris voor emancipatie Kappeyne van de Coppello (VVD) aangenomen.²⁴ De visie op het vrouwenvraagstuk in termen van structureel ongelijke machtsverhoudingen krijgt definitief zijn beslag. Om een machtsevenwicht te bereiken moet het voor vrouwen mogelijk worden gemaakt meer zelfstandigheid te bereiken, zo valt de door het parlement aanvaarde politieke keuze uit.²⁵ Voor de overheidstaak houdt dit in, aldus het Beleidsplan, dat sturend moet worden opgetreden.²⁶ De centrale beleidsdoelstelling is als volgt geformuleerd:

“Het bevorderen van de ontwikkeling van de huidige maatschappij, waarin het sekseverschil in zo grote mate is geïnstitutionaliseerd, naar een pluriforme maatschappij, waarin ieder ongeacht sekse of burgerlijke staat de mogelijkheid heeft een zelfstandig bestaan te verwerven en waarin mannen en vrouwen gelijke rechten, kansen, vrijheden en verantwoordelijkheden kunnen realiseren.”²⁷

De taken en terreinen van overheidsbemoeienis splitsen zich uit naar drie onderwerpen: (1) het verzekeren van gelijke rechten, (2) het bereiken van structurele veranderingen waardoor het sekseverschil niet langer één van de pijlers van de maatschappelijke organisatie vormt en (3) het doorbreken van de beeldvorming in termen van mannelijkheid en vrouwelijkheid.²⁸ In de algemene doelstelling is het realiseren van een individueel zelfstandig bestaan voor een ieder op de voorgrond komen te staan. Dat vergt volgens de uitwerking van deze doelstelling institutionele veranderingen binnen de maatschappij. Daaronder wordt ook het ideologisch aspect van maatschappelijke structuren begrepen blijkens de derde taak. De beleidsanalyse stelt evenwel dat gezien de gewenste terughoudendheid om van overheidswege cultuurpolitiek te voeren, de actieradius van de overheid hier beperkt is.²⁹ De hoofdmoot van het emancipatiebeleid bestaat daarmee uit het realiseren van seksegelijkheid in het publieke maatschappelijke domein.

Het eerste emancipatieterrein, het verzekeren van gelijke rechten, wordt vertaald naar het realiseren van formele gelijke rechten in wetgeving en bestuur. In het

24 TK 1984–1985, 19 052, nrs. 1-2.

25 Beleidsplan 1985, p. 11.

26 Beleidsplan 1985, p. 12.

27 Beleidsplan 1985, p. 12.

28 Beleidsplan 1985, p. 13.

29 Beleidsplan 1985, p. 15.

Het nationale politieke emancipatievertoog

Beleidsplan valt op dat de politieke legitimatie voor dit beleid niet in de ontwikkelde beleidsvisie wordt gezocht, maar in de noodzaak om “als gevolg van de internationale juridische ontwikkelingen het beginsel van gelijke behandeling wettelijk vast te leggen”.³⁰ Politieke legitimering wordt vervangen door juridische legitimering. Er is sprake van interferentie met het recht. Deze interferentie wijst op niet-parallelle verwachtingen tussen beleid en recht. Immers, de uitleg naar juridische formele gelijkheid lijkt te strijden met de algemene emancipatiedoelstelling tot institutionele veranderingen. Formele gelijkheid garandeert het beschikbaar stellen en houden van de keuze-alternatieven zoals deze binnen de bestaande maatschappelijke constellatie bestaan. De algemene beleidsdoelstelling suggereert echter dat eerst door structurele verandering van deze constellatie gelijke rechten daadwerkelijk te realiseren zullen zijn. Het is de vraag of deze verandering door te voeren is, zonder dat daarmee bestaande keuze-alternatieven, bijvoorbeeld om de seksedeling in arbeid en gezin te handhaven, worden aangetast.

Het tweede terrein waar beoogt wordt individuele zelfstandigheid te bevorderen door het sekseverschil als één van de pijlers van maatschappelijke organisatie uit te bannen, betreft in het Beleidsplan vooral het sociaal-economische leven.³¹ De politieke wenselijkheid om vrouwen een individueel bestaan te laten verwerven door deelname aan de betaalde arbeid past goed binnen het reguliere politieke communicatienetwerk van werkgelegenheidsbeleid. Het gevolg lijkt te zijn dat het emancipatiebeleid op het terrein van de arbeidsmarkt dan ook de meeste kans op uitvoering maakt. In de vervolgstukken op het Beleidsplan 1985 komt emancipatiebeleid steeds meer in het teken van de realisering van een *economische zelfstandigheid* voor vrouwen te staan.³²

3.2 Belevingsvorming inzake gelijke arbeidsparticipatie

3.2.1 Politieke arbeidsmarktdoelen

De visie van individuele zelfstandigheid als voorwaarde voor het kunnen realiseren van keuzevrijheden maakt de arbeidsmarkt tot speerpunt van beleid. De voortekenen hiervan uitten zich al in 1981. Toen werd de Directie Coördinatie Emancipatiebeleid overgeheveld van het toenmalige ministerie van Cultuur, Recreatie en Maatschappelijk werk naar het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Individuele zelfstandigheid dient, aldus de politieke beleidsconstructies, “in principe gerealiseerd te worden door deelname aan de betaalde arbeid en, waar de mogelijkheden daartoe

30 Beleidsplan 1985, p. 14.

31 Zie Outshoorn 1988, p. 219.

32 Vgl. Huisman 1991, p. 13.

Hoofdstuk 7

ontbreken, door een (eigen recht op) uitkering”.³³ Gelijke arbeidsparticipatie, zo is de parlementair aanvaarde visie, bepaalt “in grote mate de toegang tot belangrijke maatschappelijke waarden, zoals bestaanszekerheid, individuele ontplooiing, status, prestige en macht en vormt voor vrouwen de materiële basis om zelfstandigheid in gedrag en relaties te realiseren”.³⁴ In de ontvouwing van deze strategie wordt meerdere malen aansluiting gezocht en gevonden bij het algemene werkgelegenheidsbeleid. Dit streeft naar de vergroting en efficiënte allocatie van de actieve beroepsbevolking.³⁵

Op het arbeidseconomische terrein wordt de eerste taak in het emancipatiebeleid omgezet in het politiek streven naar gelijke *kansen* bij de toegang, beloning en behandeling op de economische arbeidsmarkt.³⁶ De tweede taak wordt omgezet in het politieke streven naar een gelijke kwantitatieve en kwalitatieve *deelname* van vrouwen op de arbeidsmarkt. Meer precies moet een gelijke verdeling van mannen en vrouwen bereikt worden over de markt als geheel en over de sectoren, beroepen en functieniveaus afzonderlijk.³⁷ Hierin is opnieuw een zekere spanning te zien als gevolg van interferentie van politiek beleid en recht. Het op juridische leest geschoeide individuele kansenbeleid is een ander soort begrip en kent een andere context dan het op politieke leest geschoeide institutionele verdelingsbeleid. Op een zeker moment lijkt een interne botsing van deze twee begrippen en contexten niet uitgesloten. Ik geef een voorbeeld.

De parlementaire behandeling van het Beleidsplan 1985 blijkt voor een groot deel in beslag genomen te worden door de politiek voorgestelde ‘1990–maatregel’.³⁸ Kort gezegd, houdt deze maatregel in het schrappen van de kostwinners-toeslag op de loondervingsuitkering van de partners van die vrouwen die vanaf 1990 achttien jaar zullen worden. Deze vrouwen worden geacht zelfstandig inkomen te vergaren uit arbeid. Dit leidt tot discussie of men inkomensregelingen moet schrappen nog voordat men de voorwaarden voor economische zelfstandigheid tot uitvoering heeft gebracht. Essentiëler nog is de discussie wat het politieke beleid nu precies met individuele keuzevrijheid voor ogen staat. Betekent een individuele keuzevrijheid dat ook gekozen mag worden voor de alternatieven binnen de status quo? In dat geval behoort de individuele keuze voor de bestaande arbeidsdeling naar sekse, oftewel een economische afhankelijkheid van de partner, niet door politieke

33 Beleidsplan 1985, p. 23.

34 Beleidsplan 1985, p. 23.

35 Beleidsplan 1985, pp. 21, 23 en 25.

36 Beleidsplan 1985, pp. 23-24.

37 Beleidsplan 1985, p. 24.

38 Voorgesteld in het Beleidsplan 1985 op p. 34.

Het nationale politieke emancipatievertoog

maatregelen belemmerd te worden. Het achterwege laten van dergelijke maatregelen bevestigt derhalve de status quo. Dit lijkt moeilijk verenigbaar met de centrale politieke analyse uit het Beleidsplan 1985. Daarin wordt immers aangenomen dat van de status quo een belemmerende werking uitgaat op de ontplooiing en autonomie van een ieder. In deze beeldvorming gaat het streven naar een andere, pluriforme, maatschappijstructuur vooraf aan het punt dat individuele keuzen in werkelijke vrijheid gemaakt kunnen worden.

3.2.2 Politieke beschrijving van beleidsinstrumentering

Ondanks de interne spanning krijgt het arbeidsverdelingsbeleid een centrale rol in de conceptualisering van de instrumenten. Voorstellen op andere beleidsterreinen worden steeds weer teruggeleid naar een gelijke verdeling van arbeid onder mannen en vrouwen. Dat geldt voor het inkomensbeleid waar gelijke inkomens en bestaanszekerheid via gelijke deelname aan betaalde arbeid gerealiseerd moet worden. Dat geldt ook voor het herverdelingsbeleid van onbetaalde arbeid. Het laatste wordt als neven-effect verdedigd van het politiek te voeren herverdelingsbeleid van betaalde arbeid.

Deelname aan betaalde arbeid zou men binnen de economische context kunnen percipiëren als een (duurzame) economische ruil van arbeid voor geld, status et cetera. Deze ruil komt tot stand op een markt van vraag en aanbod. De politieke constructies van beleidsinstrumenten kunnen onderverdeeld worden naar deze economische metaforen. Zo zijn politieke maatregelen voorstelbaar die zich richten op het vergroten en bijsturen van het arbeidsaanbod, maatregelen die zich juist richten op het vergroten en bijsturen van de arbeidsvraag of maatregelen die zich richten op de bemiddeling tussen de twee.

Voor wat betreft de politieke beïnvloeding van het aanbod worden onder andere financiële bijdrageregelingen in het vooruitzicht gesteld ter stimulering van de vakscholing van vrouwen. Ook op het vlak van de politieke beïnvloeding van de arbeidsbemiddeling zijn de voorgestelde instrumenten van financiële aard. De arbeidsvoorzieningsorganisatie wordt een budget ter beschikking gesteld voor extra bemiddeling van (her)intredende vrouwen. Voor vergroting van de arbeidsvraag kan het politieke systeem trachten het economisch systeem tot grotere bloei te brengen. Dit vormt onderdeel van het reguliere economisch beleid. Het politiek beheersen van een naar sekse evenredige invulling van de vraag lijkt moeilijker. Dit vergt politieke beïnvloeding van de bestaande arbeidsorganisaties. De allocatie van de arbeid wordt immers door deze organisaties zelf gereguleerd. Gelijke kwantitatieve en kwalitatieve arbeidsparticipatie vraagt niet alleen om een gelijk aanbod, maar ook om een daaraan evenredige afname. Het Beleidsplan 1985 stelt ter zake:

Hoofdstuk 7

“(…) Voor zover de arbeidsvoorwaarden, de arbeidsomstandigheden en het arbeidsklimaat in de praktijk zijn afgestemd op de overheersende arbeidsdeelname van mannen, gesteund door een verzorgende huisvrouw thuis, zullen deze in het licht van de emancipatiedoelstelling formeel en materieel afgestemd moeten worden op gelijke arbeidsdeelname van mannen en vrouwen.”³⁹

Daarvoor is nodig, aldus de beleidsnota: gelijke beloning, arbeidsvoorwaarden die de combinatie van de verzorging van kinderen en betaalde arbeid mogelijk maken, bestrijding van discriminatie, aandacht voor een vrouwvriendelijk arbeidsklimaat, gelijke deelname aan ondernemingsraden en dienstcommissies en het ontwikkelen van loopbaanmogelijkheden voor vrouwen. Al deze onderwerpen zijn voorwerp van overleg tussen de sociale partners. De vorm en mate waarin het daadwerkelijk wordt doorgevoerd, is afhankelijk van processen die door de arbeidsorganisaties gereguleerd worden. Het politieke arbeidsparticipatiebeleid dient derhalve uiteindelijk deze zelfsturende processen te kunnen beïnvloeden. Om dit te realiseren duidt het Beleidsplan een aantal overheidsinstrumenten aan. Behalve de min of meer ‘verplichte nummers’ van onderzoek en voorlichting, wordt gesproken van wetgeving en positieve actie.⁴⁰ De wettelijke instrumentering zal volgens de beleidsplannen bestaan uit een verbetering van het effect van de in de jaren zeventig opgestelde uitvoeringswetgeving van de EEG-richtlijnen op het terrein van gelijke behandeling bij de arbeid. De emancipatienota grijpt hier terug op eerdere politieke aanzetten. In 1984 is een zogeheten ‘Reparatienota’ verschenen waarin een aantal gebreken van de wetgeving zijn gesignaleerd.⁴¹ Behalve reparatie zal ook een brede wet ter bestrijding van seksdiscriminatie tot stand worden gebracht, waarin de EEG-uitvoeringswetgeving later zal kunnen opgaan.⁴² Ook hier varieert de emancipatienota op voorafgaande politieke communicaties. Advies over een wet tegen seksdiscriminatie was reeds in 1977 verschenen. In 1981 werd een voorontwerp uitgebracht.

Het middel van positieve actie is een nieuw politiek instrument. De politieke introductie hiervan steunt wederom op een overname uit de vrouwenbeweging. Man, Vrouw, Maatschappij had naar dit middel in de jaren zeventig onderzoek laten doen. Het betreft een Amerikaans overheidsinstrument uit de burgerrechtenbeweging van eind jaren zestig. Aldaar heeft het de juridische vorm van overheidsvoorwaarden bij de verlening van overheidsopdrachten aan derden (‘contract compliance’). De gestelde voorwaarden behelzen dat organisaties aantoonbaar hun personeelsstromen

39 Beleidsplan 1985, p. 29.

40 Beleidsplan 1985, pp. 29-30.

41 TK 1983-1984, 18 269, nr. 1

42 Beleidsplan 1985, p. 17.

Het nationale politieke emancipatievertoog

analyseren en bij onevenredige verdeling naar ras of sekse van het aanbod over de vraag⁴³ overgaan tot een passend werkplan. Dit plan dient maatregelen en toetsbare taakstellingen te omvatten. De controle op het instrument ligt bij een speciaal overheidsbureau.⁴⁴ De emancipatienota van 1985 neemt het politieke idee over maar niet de politieke vormgeving. Aangekondigd wordt het instrument in te voeren op de arbeidsmarkt door middel van overleg.⁴⁵

3.2.3 Politieke operationalisatie van de beleidsinstrumenten

De weergave van het nationaal emancipatiebeleid berust tot nu toe op hoe binnen het politieke vertoog het noodzakelijk overheidsbeleid wordt *beschreven*. Het zijn concepties van beleid. De emancipatienota's vormen in zichzelf een politieke beschrijving van een politiek probleem, een beschrijving van de manier om het te beheersen en een beschrijving van voorgenomen middelen. De uitvoering van dit alles valt samen met de mate en de vorm waarin deze beschrijvingen volgens de politieke handelingsmodus bewerkt worden tot operationele praktijken. De volgende vraag is derhalve tot welke politieke acties het beleid tot en met 1987 heeft geleid. Ik beperk mij tot het arbeidsmarktbeleid.

Als eerste overheidsinstrument is een verbetering aangekondigd van de effectiviteit van de nationale gelijke-behandelingswetgeving waarin destijds de EEG-richtlijnen voor gelijke behandeling zijn omgezet. In het tweede tijdvak wordt hiervoor een wetsvoorstel ontwikkeld. Na drie jaar wordt het in 1987 ingediend bij het parlement. Het tweede instrument vormde de totstandbrenging van een wet tegen seksediscriminatie. Dit leidt echter niet tot een wetsvoorstel. De politieke besluitvorming loopt stuk op de standpunten binnen de coalities van christen-democraten en liberalen. Het betreft het punt van het discriminatieverbod naar seksuele voorkeur. De Emancipatiecommissie meende destijds bij haar voorbereidingen van de wet dat onderscheid op grond van seksuele voorkeur onder seksediscriminatie begrepen moest worden. Slechts enkele maanden na het uitkomen van de emancipatienota van 1985 wordt besloten van het project af te zien. In plaats daarvan wordt voorgesteld een verbod van seksediscriminatie als bepaling in het Wetboek van Strafrecht op te nemen. Het wetsvoorstel hiervoor volgt in 1987.⁴⁶

43 Evenredigheid wordt hierbij afgemeten aan het aandeel van de groep in die segmenten van de beroepsbevolking waaruit de werkgever zijn personeel werft ('gekwaliceerd aanbod').

44 Voor meer details: Sloot 1986, pp. 113-129; Van Vleuten 1989; Sanderse 1984 en De Jong 1984.

45 Beleidsplan 1985, p. 18

46 TK 1987-1988, 20 239.

Hoofdstuk 7

Het bovenstaande incident is een illustratie van het onvoorspelbare gedrag van complexe systemen.⁴⁷ Door de heftige storing die het debat over onderscheid op grond van homoseksualiteit in feite veroorzaakt, wordt de standvastige politieke koers tussen 1977 en 1985 om een brede wet tegen seksdiscriminatie te ontwerpen, plotseling min of meer verlaten. Nauwkeuriger gezegd, zou van een bifurcatie in politiek gedrag gesproken kunnen worden (over bifurcatie hfdst. 4 § 2.1). De vaste koers splitst zich op in twee nieuwe richtingen. Enerzijds wordt het idee van een strafrechtelijk verbod ontwikkeld. Anderzijds wordt het idee van een brede wet tegen seksdiscriminatie langzamerhand ‘geannexeerd’ door een andere politieke discussiestroom. Op grond van rechtsverwachtingen wordt het nodig geacht dat het in 1983 gewijzigde grondwettelijk gelijkheidsbeginsel politiek geïmplementeerd wordt binnen het rechtssysteem. Daarvoor moet een formele rechtsgrond worden geschapen op grond waarvan de burger zijn grondwettelijke recht kan afdwingen. Daarmee komt een wet tegen seksdiscriminatie in een ander politiek daglicht te staan. De liberale fractie wenst de wet te vervangen door een algemene wet tegen alle discriminatie (ras, sekse geloof, politieke voorkeur, nationaliteit et cetera). De sociaal-democratische fractie blijft in eerste instantie nog vasthouden aan het ‘oude’ idee dat de wet een instrument van vrouwenemancipatiebeleid zou worden. In de Tweede Kamer wordt vanuit deze invalshoek een initiatief-wetsvoorstel ingediend dat zich beperkt tot seksdiscriminatie.⁴⁸

Het derde overheidsinstrument voor de arbeidsmarkt is de beoogde invoering van positieve actie. Hiervoor zou overleg gevoerd moeten worden met de sociale partners. Voorafgaand aan de emancipatienota, is er inderdaad overleg gevoerd door staatssecretaris Kappeyne van de Coppello. In de periode na het verschijnen van het plan onderneemt de overheid echter weinig initiatief. De politieke produktie in het tijdvak 1985–1987 vormt een overheidsfolder.⁴⁹ De Tweede Kamer dringt echter aan op meer. Men vraagt om een kabinetsnota over de realisering van positieve actieplannen in arbeidsorganisaties.⁵⁰ Maar ook deze operationalisatie stukt. In 1986 volgt een actie vanuit een intermediaire politieke organisatie. Het betreft de Emancipatieraad, die de Emancipatiekommissie in 1981 heeft opgevolgd. De Raad grijpt zijn kans bij het door de regering gevraagde advies over de nieuwe tripartite arbeidsvoorziening. Ongevraagd wordt geadviseerd het Centrale Bureau

47 Vanuit juridische waarneming wordt dit sterk bekritiseerd: onder andere Van der Neut 1986.

48 Initiatief-wetsvoorstel Van Nieuwehoven en Haas-Berger, TK 1986–1987, 20 065.

49 ‘De juiste vrouw op de juiste plaats’, voorlichtingsbrochure over positieve actieplannen, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Den Haag 1985.

50 TK 1983–1984, 18 269, nr. 10 (motie Groenman c.s.), naar aanleiding van de op stapel staande aanbeveling over positieve actie van de Raad van Minsters van de EG (d.d. 13 december 1984, Pb. L 331/34).

Het nationale politieke emancipatievertoog

voor de Arbeidsvoorziening te verplichten positieve actie in de arbeidsorganisatie te bevorderen door middel van contract compliance en andere maatregelen.⁵¹ Op de valreep van 1987 komt het kabinet met een nota over positieve actie.⁵² De uitvoering van het emancipatieplan is daarmee weer een beschrijving van beleid.

In de Nota positieve actieplannen stelt de regering “het politiek van het grootste belang te vinden dat organisaties er toe overgaan om via positieve actieplannen de positie van vrouwen te versterken”.⁵³ Voor de uitvoering daarvan acht men het dwingend opleggen van positieve actieprogramma’s “vooralsnog niet effectief”.⁵⁴ Men schat in dat nog te weinig ervaring is opgedaan met het instrument. Ook wordt gewezen op de eigen verantwoordelijkheid van sociale partners. Op basis van dit beleid spreekt de Nota zich uit tegen de plannen van de Emancipatieraad in het kader van de arbeidsvoorziening. Hierna wordt geconstateerd dat overleg en voorlichting nog weinig heeft opgeleverd voor de realisering van positieve actie op de arbeidsmarkt. Hierom zal “tegelegenertijd worden bezien of er aanleiding is via wetgeving nadere maatregelen te treffen”.⁵⁵ Voorlopig wordt meer voorlichting voorgesteld, een subsidieregeling⁵⁶ en een experiment met het verbinden van positieve-actievoorwaarden aan een algemene subsidieregeling.

4 Het derde tijdvak van het emancipatievertoog (1988–1991)

4.1 Politieke herschrijving van beleidsinstrumentering

In oktober 1987 biedt minister De Koning het parlement het ‘Actieprogramma emancipatie 1987–1990’ aan.⁵⁷ De algemene emancipatiedoelstellingen van 1985 zijn nog onverkort van kracht. Er wordt echter op de noodzaak tot uitvoering gewezen. Ik beperk me hierin wederom tot het arbeidsmarktbeleid.

Het actieprogramma vormt een nieuwe beschrijving van beleidsinstrumenten die in feite een voortzetting zijn van het voorafgaande. Zo wordt aangekondigd dat onderzoek naar de arbeidsmarktpositie van vrouwen en subsidiëring van vakscholing zal worden gecontinueerd. Hiernaast zal de herziening van de nationale implementatiewetgeving ter zake van gelijke behandeling en de invoering van een strafrech-

51 Emancipatieraad, Advies arbeidsvoorziening en positieve actie, nr. II/26/86, Den Haag 1986.

52 TK 1987–1988, 20 343, nrs. 1-2 (‘Nota positieve actieplannen’).

53 Kabinetsnota positieve actieplannen, p. 8.

54 Ibidem, p. 11.

55 Ibidem, p. 14.

56 Deze subsidieregeling die medio 1988 tot stand komt, geeft een overheidsbijdrage voor een organisatie of vakbond die een positief-actieplan ontwikkelt of dit stimuleert, zie ook § 4.3.1.

57 TK 1987–1988, 20 255, nrs. 1-2.

Hoofdstuk 7

telijk discriminatieverbod worden afgerond. Het laatste geldt ook voor de seksneutralisering van de arbeidswetgeving op basis van de ‘Anders-geregeld-operatie’ uit 1978. Het plan stelt verder nog dat de kabinetsnota over positieve-actiebeleid zal worden uitgevoerd en een ouderschapsverlof en uitbreiding van het zwangerschapsverlof worden overwogen. Tot slot, ligt het in de bedoeling om artikel 1 Grondwet juridisch te operationaliseren met een algemene wet tegen alle discriminatie.

Het actieprogramma legt de nadruk op uitvoering van de in de voorgaande periodes tot stand gebrachte beleidsvoornemens. Aangezien het emancipatiebeleid hier met name bestudeerd wordt als de politieke context waarin het recht als instrument van overheidsbeheersing wordt aangewend, gaat mijn aandacht uit naar de concretisering van dat beleid, dat met behulp van recht correctie van maatschappelijk gedrag binnen andere instituties dan de politiek beoogt. Dat houdt in dat de politiek geschapen voorzieningen als subsidie voor scholing en bemiddeling en arbeidsverloven en kinderopvang terzijde worden gelaten.⁵⁸ Het zijn de maatschappelijke randvoorwaarden voor de regulering van gelijke behandeling op de arbeidsmarkt. Deze randvoorwaarden maken een vrouwelijk arbeidsaanbod mogelijk. Het realiseren van de beleidsdoelstelling van gelijke arbeidsparticipatie veronderstelt echter een politieke beheersing van het institutionele arbeidsmarktgedrag. Hieronder wordt ingegaan op de (rechts)instrumenten die gerealiseerd worden om een aan het aanbod gelijke allocatie te realiseren. Omdat deze allocatieprocessen door het institutionele arbeidsmarktproces gereguleerd worden, gaat het om de instrumenten die hierop trachten aan te grijpen.

4.2 Politieke beleidsinstrumentering van gelijke-behandelingswetgeving

In het emancipatievertoog is vanaf het einde van de jaren zeventig discussie geweest over een wet tegen seksdiscriminatie. De gedachte is opgepikt, heeft stil gelegen, is tot halve uitvoering gebracht, afgeschreven en toen weer opgepikt. In het derde tijdvak volgt de ontknoping. Hieraan voorafgaand was reeds sprake van een splitsing van politieke wegen. Het politieke netwerk van discussie, advisering, plannen en ontwerpen deelt zich op in twee nieuwe gescheiden netwerken. Aan de ene kant start een nieuwe discussie over de strafrechtelijke regulering van seksdiscriminatie, aan de andere kant start een nieuwe discussie over het scheppen van een rechtsgrond

58 In 1990 is een onbetaald en deeltijds ouderschapsverlof van maximaal zes maanden ingevoerd en is het bevallings- en zwangerschapsverlof uitgebreid tot zestien weken. Voor kinderopvang wordt 150 miljoen uitgetrokken (TK 1990–1991, 21 888, hfdst. XV, nr. 53, pp. 33-34). Bedrijven kunnen overigens geen rechtstreekse centrale-overheidsbijdrage voor kinderopvangplaatsen ontvangen.

Het nationale politieke emancipatievertoog

voor justitiabelen om het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel rechtens te kunnen afdwingen.

Het strafrechtelijk discriminatieverbod wordt in 1991 ingevoerd en is vanaf 1 februari 1992 van kracht.⁵⁹ Voor de arbeidsorganisatie is artikel 429quater Wetboek van Strafrecht van belang. Het verbiedt discriminatie in de uitoefening van ambt, bedrijf of beroep. De kans dat de arbeidsmarkt in de praktijk van doen krijgt met het strafrecht lijkt marginaal. Tenminste, als de geschiedenis van het discriminatieverbod tot en met 1994 wordt gezien. In deze jaren leidt het seksediscriminatieverbod tot twee aangiften die beide geseponeerd worden. Binnen de rechtswetenschap bestaat aanzienlijke kritiek. In de rechtssystematiek van het strafrecht bestaat niet of nauwelijks mogelijkheid om de strafrechtsbepaling te gebruiken voor het realiseren van het veronderstelde politieke beleidsdoel.⁶⁰ Politieke instrumentering van recht lijkt hier al vrij snel stuk te lopen op de botsing van rechtsverwachtingen en politieke verwachtingen die deze instituties los van elkaar genereren.

De discussie over de juridische verankering van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel wordt eveneens afgerond. Uit het verleden resteerde een initiatiefvoorstel tot een wet tegen seksediscriminatie die aansluit op de 'oude' lijn van de Emancipatiecommissie uit 1977. Het kabinet voegt daar nu een voorstel voor een algemene gelijke-behandelingswet op grond van de constitutionele discussie aan toe.⁶¹ Na de kabinetscrisis van 1989 komen de nieuwe coalitiegenoten (PvdA en CDA) overeen de voorstellen terug te trekken. Er zal een gezamenlijk wetsvoorstel komen. Op dat moment is ontkoppeling tussen de instrumentering van de wet en het vrouwenemancipatiebeleid dat daaraan oorspronkelijk ten grondslag lag, een feit. Het wetsproject wordt uit deze discussie 'gelicht' en overgeheveld van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid naar het ministerie van Binnenlandse Zaken.⁶² De wet zal algemene regels geven voor de handhaving van artikel 1 Grondwet in het verkeer tussen burgers onderling.⁶³ De bedoeling om de bestaande EEG-uitvoeringswetgeving voor seksegelijkheid op de arbeidsmarkt hierin te integreren, komt te vervallen. De op grond van de algemene wet in te stellen Commissie gelijke behandeling zal wel samen worden gevoegd met de bestaande Commissie op grond van de uitvoeringswetgeving.

In 1984 was het voornemen gelanceerd deze bestaande gelijk-behandelingswetgeving te herzien met het oog op verbetering van effectiviteit. In 1989 wordt een herziene

59 Stb. 1991, 623.

60 Zie Nemesius 1993, nr. 6, pp. 181-189 en p. 217.

61 TK 1987-1988, 20 501.

62 TK 1990-1991, 21800, hfdst. VII, nr. 2

63 TK 1990-1991, 22 014.

Hoofdstuk 7

Wet gelijke behandeling door het parlement aangenomen.⁶⁴ De herziening bestaat goeddeels uit een nationale codificering van de gevormde communautaire rechtsvorming en een samenvoeging van de aparte wetten voor loon, marktsector en overheidssector in één wet. Wat de wettelijke normen voor consequenties hebben voor de rechtsvorming in relatie tot de politieke verwachtingen die eraan ten grondslag liggen, zal het centrale thema vormen van de volgende twee hoofdstukken.

4.3 Politieke beleidsinstrumentering van positieve-actieprogramma's

Om gelijke arbeidsparticipatie te kunnen realiseren is volgens de beleidskeuzen correctie van institutioneel arbeidsmarktgedrag noodzakelijk. Nogmaals het Beleidsplan 1985:

“(...) voor zover arbeidsvoorwaarden, arbeidsomstandigheden en het arbeidsklimaat in de praktijk zijn afgestemd op de overheersende arbeidsdeelname van mannen (...) zullen deze in het licht van de emancipatiedoelstelling formeel en materieel afgestemd moeten worden op gelijke arbeidsdeelname van mannen en vrouwen.”⁶⁵

Deze veranderingen van arbeidsprofielen binnen de structuur van de arbeidsorganisatie dienen volgens de politieke beschrijvingen door middel van positieve actie geïnstrumenteerd te worden. In een notedop is de politieke geschiedenis van het middel tot nu toe als volgt. In de emancipatienota van 1985 wordt het idee van werkprogramma's waarin organisaties hun eigen knelpunten signaleren en oplossen met kracht omhelsd. Door middel van politiek overleg zal de markt de programma's op eigen kracht moeten ontwikkelen. Er volgt overleg met de sociale partners en overheidsvoorlichting. Onder druk van het parlement schrijft het kabinet in 1987 een speciale beleidsnota over het onderwerp. Deze nota constateert dat overleg en voorlichting nog niet veel heeft opgeleverd, maar dat het voor wettelijke maatregelen te vroeg is. In plaats daarvan zal er een subsidieregeling komen, opnieuw overleg worden gevoerd en een experiment worden gedaan met het verbinden van positieve-actievoorwaarden aan de verlening van arbeidsmarktsubsidies.

4.3.1 *Subsidie-instrument*

In 1988 wordt een stimuleringsregeling Positieve Actie voor Vrouwen ingevoerd. De regeling loopt in eerste instantie tot en met 1992. Het gaat om een tegemoetkoming in de kosten van een extern advies of van een specifieke maatregel van positieve actie, of een tegemoetkoming in de loonkosten van een positieve-actie-

64 Stb. 1989, 168.

65 Beleidsplan 1985, p. 29.

Het nationale politieke emancipatievertoog

medewerkster.⁶⁶ De omvang van de effectiviteit van deze financiële ‘incentive’ wordt in de eerste plaats afgegrensd door het aantal verstrekte subsidies. Na driekwart van de looptijd van de regeling blijkt in totaal 96 keer een subsidie te zijn verstrekt. In 80 gevallen betreft dit een (semi-)overheidsorganisatie en in 13 gevallen een particuliere arbeidsorganisatie.⁶⁷ Met name het bereik in de marktsector van gemiddeld vijf organisaties per jaar is minimaal te noemen. Uit later onderzoek blijkt dat ook in de jaren daarna hierin geen verbetering komt.⁶⁸ De subsidies voor met name een emancipatiemedewerkster gaan grotendeels naar gemeenten en vakbonden.

4.3.2 Overleginstrument

Een veelvuldig gehanteerd middel als het emancipatie aangaat, vormt politieke overreding. Om als politiek systeem te kunnen communiceren met de arbeidsmarkt zijn aanspreekbare actoren nodig. De zeer vele arbeidsorganisaties kunnen niet apart politiek aangesproken worden. Wat rest, is communicatie via grensorganisaties tussen politiek en arbeidsmarkt in. In het kader van emancipatie voert de politiek overleg met de Stichting van de Arbeid. Binnen de Stichting leidt dit in 1989 tot een passage over vrouw en arbeid in het zogeheten ‘Gemeenschappelijk Beleidskader’. De Stichting van de Arbeid blijkt bereid een gezamenlijke beleidsaanpak uit te werken gericht op zowel ‘de verbetering van de positie van vrouwen op de arbeidsmarkt en in ondernemingen als op een goede personeelsvoorziening van de ondernemingen’. Inmiddels is ook politiek advies gevraagd en verkregen van de Sociaal-economische Raad over de kabinetsnota positieve actie van 1987. Met verwijzing naar het initiatief van de Stichting van de Arbeid meent de SER dat werkprogramma’s op eigen initiatief van de markt tot stand moeten en kunnen komen. De SER voegt daaraan toe ‘over verloop van drie á vier jaar te bezien of nadere maatregelen nodig zijn’.⁶⁹

In maart 1990 doet de Stichting van de Arbeid een beleidsnotitie over vrouw en arbeid verschijnen. In haar eigen beschrijvingen spreekt de Stichting van een parallel belang tussen politiek emancipatiebeleid en arbeidseconomische personeelsvoorziening. Men acht daarom een inspanning op bedrijfstakniveau en ondernemingsniveau gewenst. De Stichting doet de arbeidsorganisaties de aanbeveling om “in overleg met de ondernemingsraad en met gebruikmaking van het cao-

66 Vijftig procent van de kosten wordt vergoed met een maximum van 25000 gulden voor specifieke maatregelen of onderzoek en 55000 gulden voor een functionaris.

67 Nederlands Instituut voor Arbeidsomstandigheden 1992. Van drie organisaties blijken geen nadere gegevens bekend.

68 Nederlands Instituut voor Arbeidsomstandigheden (1994), Positieve actie, er moet aan gewerkt worden, Den Haag: VUGA.

69 SER, Positieve actieprogramma’s, advies 90/3, Den Haag 1990.

Hoofdstuk 7

instrument vorm te geven aan de gedachte van positieve actie via sociaal beleid dat zich richt op het verbeteren van de positie van vrouwen in de onderneming”.⁷⁰ Wat de ‘gedachte van positieve actie’ inhoudt, wordt niet nader ingevuld. Instrumenten voor beleidsrealisering heeft de Stichting van de Arbeid niet. Met de publikatie van het advies vertrouwt de Stichting erop dat, zoals de Stichting zelf schrijft, “de inhoud van de nota zijn doorwerking zal vinden in de bedrijfstakken en ondernemingen”.⁷¹

In december 1990 volgt een ‘update’ van het kabinetsstandpunt inzake de positie van de vrouw in de arbeid. Het politieke standpunt ten aanzien van positieve actie van 1987 wordt herhaald. Men ziet “vooralsnog geen aanleiding tot wetgevende maatregelen te komen”. Het flankerend beleid zal worden voortgezet en geïntensiveerd. Het standpunt wordt mede verdedigd op basis van de “te signaleren trend in CAO’s om afspraken over positieve actie te maken”.⁷² Deze politieke observatie blijkt gebaseerd te zijn op onderzoek van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.⁷³ Dit onderzoek stelt dat het positieve-actie-middel genoemd wordt in acht van de 168 aangemelde CAO-regelingen (4,8%). Onderzoek naar personeelsstromen en cijfermatige taakstellingen wordt in één CAO genoemd. Verder stelt het onderzoek dat plannen in 4% van de Nederlandse bedrijven feitelijk voorkomen. Binnen minder dan 2% van de organisaties werkt het plan met behulp van een cijfermatige taakstelling.⁷⁴

4.3.3 *Rechtsinstrument*

De kabinetsnota uit 1987 doet de discussie over rechtsinstrumenten toenemen. De Emancipatieraad laat onderzoek doen naar de verschillende landen die dergelijke proactieve wetgeving hanteren. De kabinetten Lubbers zijn hierin echter terughoudend. In 1985 acht men het instrument te onbekend, in 1987 is het nog te vroeg voor wetgeving en in 1990 is er vooralsnog geen aanleiding voor. Omdat de beleidsvoornemens uit 1985 met de huidige middelen van overleg en subsidie echter nauwelijks resultaat te zien geven, neemt de druk vanuit het parlement toe. Tijdens de parlementaire behandeling van de herziening van de uitvoeringswetgeving van de EEG-richtlijnen waar instrumentering van positieve actie buiten wordt gehouden, wordt gevraagd om een formeel regeringsstandpunt over ‘contract compliance’. Het

70 Stichting van de Arbeid, Nota Vrouw en Arbeid, publicatie 90/2, Den Haag februari 1990.

71 Ibidem, voorwoord.

72 Brief van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 20 december 1990, TK 1990–1991, 21 800, hfdst. XV, nr. 53, p. 43.

73 Onderzoek van de Dienst collectieve arbeidsvoorwaarden en Loontechnische dienst: Emancipatie in arbeidsorganisaties, Den Haag 1991.

74 Het onderzoek is gebaseerd op studie van alle aangemelde cao-regelingen (n = 168) en op een representatieve steekproef onder bedrijven in Nederland (n = 842).

Het nationale politieke emancipatievertoog

toegezegde experiment met publiekrechtelijke middelen via het stellen van subsidievoorwaarden heeft geen doorgang gehad. Dit moet waarschijnlijk worden toegeschreven aan een ambtelijk rapport van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid dat een aantal juridische knelpunten van contract compliance belicht.⁷⁵

De discussie over rechtsinstrumentering van het arbeidsallocatiebeleid is in feite al een aantal jaren gaande. Aan het einde van 1989 volgt echter een incident waarmee uiteindelijk alle plannen, onderzoek, advisering en standpunten van de voorafgaande jaren binnen het vertoog desintegreren. Er is hierin een vergelijking te trekken met de discussie rond de wet tegen seksdiscriminatie. Onder invloed van storing van buitenaf treedt een onvoorspelbare politieke reactiewijze op (§ 3.2.3). De ‘storing’ bestaat in dit geval uit het rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid over het allochtonenbeleid.⁷⁶ In dit rapport wordt alarm geslagen over de werkloosheid onder etnische minderheden. De WRR doet een voorstel voor een Wet bevordering arbeidskansen allochtonen. Dit is een variant op de Canadese wettelijke instrumentering van positieve actie. Het gaat de WRR om een wettelijke minimumregeling waarin de arbeidsorganisatie de rechtsplicht krijgt om het eigen personeelsbestand te analyseren en, zo nodig, een taakstellend werkplan op te stellen. De analyse van personeelsstromen moet jaarlijks op een openbare plaats gedeponereerd worden. Het opstellen van een werkplan blijft onge-sanctioneerd. Het rapport heeft tot effect dat het bestaande debat over positieve actie van betekeniscontext wisselt. Die context was tot dan toe het vrouwenemancipatiebeleid. Na het advies van de WRR splitst zich echter een nieuw debat af over allochtonen, dat de ‘oude’ discussie in het niets doet oplossen.

Het allochtonendebat leidt in 1990 tot heel wat beroering. Binnen het jaar besluit het kabinet wettelijke maatregelen te treffen, waar dezelfde discussie binnen het emancipatievertoog al vijf jaar lang speelt. En passant geeft het kabinet meteen de voorkeur aan de Canadese wettelijke variant boven de Amerikaanse variant van contract compliance.⁷⁷ Het toegezegde standpunt over contract compliance dat de Kamer bij de herziening van de gelijke-behandelingswetgeving had gevraagd, is dan nog niet vastgesteld. De dreiging van wetgeving is voldoende om het marktsysteem te mobiliseren. De Stichting van de Arbeid komt binnen enkele maanden met een eigen aanpak die wetgeving moet afwenden.⁷⁸ Dit plan gaat aanzienlijk verder dan ‘de gedachte van positieve actie’ uit te voeren, zoals in februari van hetzelfde jaar met betrekking tot de arbeidspositie van vrouwen was voorgesteld (zie onder 2).

⁷⁵ Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *Meer kansen afdwingen?*, Den Haag 1989.

⁷⁶ WRR 1989.

⁷⁷ TK 1990–1991, 21 800, hfdst. XV, nr. 2 en nr. 57, p. 9.

⁷⁸ Stichting van de Arbeid, *Meer werk voor minderheden*, Den Haag 1990.

Hoofdstuk 7

Het minderhedenakkoord van de Stichting vormt de toezegging om de komende jaren 60.000 arbeidsplaatsen toe te wijzen aan minderheden. De arbeidsorganisaties zullen daarvoor werkprogramma's opstellen.

Het debat over de rechtsinstrumentering van positieve actie binnen het emancipatievertoog wordt nog wel afgerond. Het is echter een andere discussie geworden. In 1991 volgt het regeringsstandpunt over contract compliance. De juridische knelpunten uit het eerder genoemde ambtelijk rapport blijken een politieke constructie van het juridische denken. De Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten meent dat contract compliance via overheidsopdrachten en arbeidsmarktsubsidies naar het geldende nationale en internationale recht tot de mogelijkheden behoort. Evenwel is de politieke beslissing in feite al binnen de andere discussie genomen. Het kabinet meent dat het politiek onwenselijk is het minderhedenakkoord te doorkruisen met andere instrumenten.⁷⁹ Het akkoord heeft evenwel betrekking op allochtonen en niet op vrouwen. Hoewel de problematiek van onevenredige werkloosheid onder beide groepen aansluit, doen de oplossingen dat niet.⁸⁰ De discussie over wettelijke maatregelen ter bevordering van een gelijke arbeidsparticipatie van vrouwen is van tafel. Het allochtonendebat is echter nog niet afgerond.

De uitvoering van het minderhedenakkoord blijkt over 1991 teleurstellend. 76% van de arbeidsorganisaties is niet op de hoogte van het bestaan of de inhoud van het akkoord. Van het kwart van ondernemingen dat wel op de hoogte is, is 63% niet voornemens een werkplan te maken. Drie procent spant zich in ter naleving van het akkoord.⁸¹ Hier wreekt zich het gebrek aan middelen van overlegorganen om hun achterban te informeren en motiveren.⁸² Ondanks de resultaten wijst het kabinet wetgeving toch af. Vanuit de Kamer wordt echter een initiatief-voorstel ingediend tot een Wet bevordering evenredige arbeidsdeelname allochtonen.⁸³ Het voorstel omvat een strafrechtelijk gesanctioneerde informatieplicht van de personeelsstromen van allochtonen. Dit leidt tot een 'tegenvoorstel' van het kabinet dat inhoudelijk minder ver gaat.⁸⁴ In plaats van openbare rapportage bij de Kamers van Koophandel, wordt vertrouwelijke rapportage op aanvraag van het Regionaal

79 Brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 14 januari 1991, TK 1990–1991, 21 800, hfdst. XV, nr. 57, p. 4.

80 In 1990 is de geregistreeerde werkloosheid onder vrouwen tweemaal zo hoog als onder mannen. In de leeftijdsgroep van 35–44 jaar (herintreedsters) is deze bijna driemaal zo hoog als onder mannen (cijfers: Beleidsprogramma Emancipatie 1992, p. 15).

81 Loontechnische Dienst, Stichtingsakkoord over ethnische minderheden in de praktijk, Den Haag 1992.

82 De uitvoering van het akkoord blijkt ook in de jaren daarna niet te verbeteren, maar zelfs een fractie te verslechteren: Loontechnische Dienst, Het Stichtingsakkoord over ethnische minderheden in de praktijk: tweede vervolgmeting, Den Haag 1994.

83 TK 1991–1992, 22 581.

84 TK 1992–1993, 22 948 (Tijdelijke wet bevordering arbeidsdeelname allochtonen).

Het nationale politieke emancipatievertoog

Bestuur voor de Arbeidsvoorziening voorgesteld. Beide voorstellen worden in parlementaire behandeling genomen. Uiteindelijk wordt in 1994 het initiatiefwetsvoorstel onder wijzigingen aangenomen.⁸⁵ Na de bifurcatie in het positieve-actiedebat komen de lijnen ook bij de behandeling van de wetsvoorstellen niet meer samen. Dit is toch opmerkelijk omdat de Kamer dan al meer dan vijf jaar gediscussieerd heeft over precies dezelfde soort van maatregelen in het kader van het overheidsemancipatiebeleid.

5 Het vierde tijdvak van het emancipatievertoog (1992–heden)

5.1 Afbrokkeling van het emancipatiedebat

In het eerste tijdvak komt het emancipatiedebat voorzichtig op gang. In het tweede en derde tijdvak is sprake van een continuering. Het vierde tijdvak echter laat een zekere afronding zien. Het emancipatievertoog wordt niet afgebroken, maar ten eerste vernieuwt het zich nauwelijks meer en ten tweede wordt de politieke infrastructuur voor het debat wel afgebroken. In de loop der jaren is de projectstaatssecretaris voor emancipatie afgeschaft en daarna is de Ministeriële Commissie Emancipatiebeleid opgeheven. Inmiddels volgt de opheffing van de Vaste Kamercommissie voor emancipatiebeleid en de opheffing van de Emancipatieraad in 1997.

Inhoudelijk treedt een zekere impasse op in het beleidsproces, ook al wordt een nieuw algemeen emancipatieplan, het derde in successie, opgesteld. Uit het derde plan, zo wordt hieronder betoogd, blijkt dat de politieke beschrijvingen in de derde algemene ronde sterker refereren aan voorafgaande beschrijvingen dan aan de maatschappelijke omgeving. Beschrijvingen van het probleem, van beleidsstrategie en van beleidsmiddelen bewegen zich in een min of meer vast patroon. De grondslagen van het beleid liggen vanaf 1985 vast. Het nieuwe programma herhaalt de vaste beleidsonderdelen, beschrijft wat in het verleden is gebeurd en belooft nadere uitwerking van nieuw beleid.

5.2 Nieuwe politieke beschrijving van beleidsinstrumentering

5.2.1 *Evaluatie van het voorafgaande en nieuwe concepten*

Het politieke systeem kan als elk sociaal systeem zichzelf steeds opnieuw beschrijven in zijn veranderende omgeving. Opnieuw wordt opdracht gegeven tot een algemene analyse van het vrouwenvraagstuk en de invloed van het tot dan toe

⁸⁵ Wet bevordering evenredige arbeidsdeelname allochtonen, Stb. 1994, 423.

Hoofdstuk 7

gevoerde beleid. Deze keer gebeurt dat niet door een ‘meertalige’ werkgroep die zich op de grens van politiek, wetenschap en vrouwenbeweging bevindt, maar door een externe wetenschappelijke groep.⁸⁶ Het politicologische rapport uit 1990 peilt het maatschappelijk draagvlak van het bestaande emancipatiebeleid en voegt een eigen wetenschappelijke analyse toe.⁸⁷ Het emancipatiebeleid blijkt op een brede ondersteuning van zowel politieke organisaties als maatschappelijke vrouwenorganisaties te kunnen rekenen. Ook de meeste grensorganisaties, zoals de WRR, de Algemene Rekenkamer en het Sociaal en Cultureel Planbureau houden de politieke constructies van het probleem en van het beleid voor juist.⁸⁸

De wetenschappers zelf geven echter een kritiek die sterk afwijkt van deze consensus. Deze kritiek uit het wetenschapsveld sluit aan bij de feministische wetenschapsdiscussie van de jaren negentig. Naarmate vrouwenstudies zich meer ‘vestigen’ in het wetenschapssysteem, heeft een zelfreferentiële ‘verwetenschappelijking’ plaats. De grensoverschrijdende concepten van arbeidsparticipatie en macht zijn vervangen door het ‘genderbegrip’. Dit begrip ‘zoomt’ in op de ideologische werking van constructies van mannelijkheid en vrouwelijkheid (zie hfdst. 3 § 3.2.2). Dit ontlokt kritiek op het politieke arbeidsmarktdenken. Het arbeidsmarktdenken is een bevestiging van de voorrang van een ‘mannelijk’ arbeidsprofiel. Een emancipatiebeleid, zo luidt de conclusie in het rapport, dat eenzijdig is gericht op de aanpassing van vrouwen aan het ‘mannelijk’ arbeidsmodel, leidt uitsluitend tot een verzwaring van de taken van vrouwen, laat mannen als object van beleid buiten beschouwing en onderwaardeert het belang van (onbetaalde) zorg. Naast deze kritiek op de politieke conceptualisering van het probleem, wijst het rapport op een gebrekkige beleidsconcretisering over de afgelopen jaren en op de verborgen spanning in het emancipatiebeleid (zie § 3.2.1).⁸⁹

Staatssecretaris voor Sociale Zaken Ter Veld (PvdA) stelt naar aanleiding van het rapport een concept-emancipatieplan vast. Het draagt de titel ‘Met het oog op 1995’. Dit verwijst naar de vierde Wereldvrouwenconferentie van de Verenigde Naties die in 1995 gehouden zal worden. Het concept-beleidsprogramma van 1992 handhaaft uitdrukkelijk de centrale doelstellingen en de drie subtaken van het emancipatieplan uit 1985. Emancipatie wordt tot een kerntaak van de overheid gerekend. De

86 Het ministerie van Sociale zaken en Werkgelegenheid verleent de opdracht aan de vakgroep Vrouwenstudies aan de Rijksuniversiteit Leiden.

87 Keuzenkamp en Teunissen 1990.

88 Keuzenkamp en Teunissen 1990, pp. 217-218.

89 Keuzenkamp en Teunissen 1990, pp. 223 en 226.

Het nationale politieke emancipatievertoog

voortgang van het emancipatiebeleid wordt gezocht in andere accenten en verdere concretisering van het beleid via een 'decentralisatie' naar de departementen.⁹⁰

De feministische kritiek op het primaat van de betaalde arbeid in het emancipatiebeleid blijkt niet te leiden tot een wezenlijke verschuiving van beleid. Integendeel, het conceptprogramma stelt dat "demografische veranderingen en de verslechterende economische verhouding tussen actieven en inactieven een grotere druk op de arbeidsparticipatie van vrouwen leggen".⁹¹ De gevraagde analyse geeft slechts aanleiding tot het benadrukken van andere maar ook in het beleidsplan 1985 reeds aanwezige punten, en niet tot een breuk met de arbeidsparticipatiestrategie. De verschuiving van accenten is als volgt. Geconstateerd wordt dat met de eerste taak uit het Beleidsplan 1985, het verzekeren van gelijke rechten, de meeste vooruitgang is geboekt. De nadruk dient daarom te verschuiven naar de tweede en derde taak: structurele veranderingen en de doorbreking van de beeldvorming in termen van mannelijkheid en vrouwelijkheid. Het beleid zal zich richten op drie speerpunten: (1) meer deelname van vrouwen aan politieke en maatschappelijke besluitvorming, (2) herverdeling van onbetaalde arbeid en (3) doorbreking van de traditionele beeldvorming in termen van mannelijkheid en vrouwelijkheid.⁹² Al deze punten zijn terug te vinden in het tweede emancipatieplan zonder het uitdrukkelijk accent. Het knelpunt is tot nu toe echter niet de omschrijving geweest, maar de beleidsinstrumentering.

Het concept-beleidsprogramma geeft zelf geen nieuwe instrumenten, maar schuift dit naar in te stellen 'interdepartementale projectgroepen'.⁹³ Wel worden enkele algemene lijnen aangegeven. Het eerste speerpunt van participatie wordt onder het bestaande arbeidsparticipatiebeleid geschoven. Het tweede punt wordt omgewerkt naar randvoorwaarden die de combinatie van zorg en werk voor vrouwen en mannen mogelijk moeten maken. Genoemd wordt een evaluatie van het ouderschapsverlof, langere openstelling van winkels en het door voorlichting stimuleren van zorgverantwoordelijkheid onder mannen en jongens.⁹⁴ De organisatie van de betaalde arbeid als zodanig wordt hiermee niet wezenlijk ter discussie gesteld. Het laatste speerpunt valt samen met de derde taak uit het Beleidsplan 1985. De middelen blijven beperkt tot voorlichting en, langs indirecte weg, de herverdeling van de betaalde arbeid. De nieuwe accenten grijpen in hun uitwerking vast op oude beleidslijnen.

90 Concept-beleidsprogramma 1992, p. 11.

91 Concept-beleidsprogramma 1992, p. 17.

92 Concept-beleidsprogramma 1992, p. 20.

93 Concept-beleidsprogramma 1992, p. 20.

94 Concept-beleidsprogramma 1992, pp. 21-22.

Hoofdstuk 7

Het arbeidsmarktbeleid wordt in het plan door het departement van SZW uitgewerkt. De instrumenten worden herhaald: bemiddelings- en scholingsmaatregelen die de arbeidsvoorziening binnen het bestaande budget moet uitvoeren, al tot stand gekomen verlofregelingen, onderzoek naar deeltijders en thuiswerkers en gelijke behandeling en beloning van vrouwen op de arbeidsmarkt.

5.2.2 Invloeden adviesraden en definitieve beschrijving van beleid

De SER en de ER laten kritische adviezen volgen.⁹⁵ Beide raden onderschrijven de algemene analyse en doelstellingen van 1985, maar blijven operationalisering in werkbare en toetsbare tussenstappen missen. Beide zijn tevens minder optimistisch dan het kabinet over het succes van gelijke rechten. Wat nagenoeg is gerealiseerd, is dat sekse als expliciet criterium niet of minder voorkomt in wettelijke regelingen. Dat levert echter nog niet direct gelijke rechten in praktijk op, aldus de adviesraden. Discriminatiebestrijding blijft gewenst.⁹⁶ De denkkaders van de beide adviesorganen verschillen aanzienlijk, maar verrassend genoeg liggen de beschrijvingen van gewenst beleid niet zo ver uiteen.

De ER constateert, in navolging van de wetenschappelijke analyse, een spanning tussen de beleidsdoelstelling van structurele veranderingen en de beleidsuitvoering gericht op bescherming van formele keuzevrijheid. Vanuit dit gezichtspunt wordt onder andere de beleidsuitvoering door overheidsvoorlichting bekritiseerd. Voorlichting is gericht op attitudeverandering van het individu binnen de bestaande maatschappelijke constellatie. Het politieke beleid analyseert het probleem echter zelf als een institutioneel probleem. Door institutionele ongelijkheden hebben individuen niet dezelfde kansen hun keuzen te bepalen. Het is de kerntaak van de overheid de basisvoorwaarden te scheppen die kunnen leiden tot een doorbreking van de bestaande structuren, aldus de Emancipatieraad.⁹⁷ Voor het arbeidsmarktbeleid betekent dat geen voorlichting maar een eigen politieke verantwoordelijkheid voor een actualisering van de organisatie van arbeid. Hier wordt verwezen naar het recentelijk verschenen rapport van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO).⁹⁸ Deze invloedrijke grensorganisatie binnen het economisch discours stelt dat een structurele reorganisatie en flexibilisering van de arbeidsorganisatie nodig is. Na het vervallen van het maatschappelijk kostwinnersmodel moet mede vanuit economische noodzaak ook de organisatie van arbeid

95 SER, Beleidsprogramma Emancipatie, nr. 92/10, Den Haag 1992; ER, Advies over het concept beleidsprogramma Emancipatie 'Met het oog op 1995', nr. III/35/92, Den Haag 1992.

96 ER-advies III/35/92, pp. 12 en 23 en SER-advies 92/10, pp. 19 en 32.

97 ER-advies III/35/92, p. 21.

98 Organisation for Economic Cooperation and Development, *Shaping Structural Change: the role of women*, Paris 1991.

Het nationale politieke emancipatievertoog

gemoderniseerd worden. Alleen dan kan de arbeidskracht van mannen en vrouwen optimaal aangewend worden in wisselwerking met hun nieuwe maatschappelijke rollen en verantwoordelijkheden.

Ook de Sociaal-economische Raad is aangesproken door het rapport van de OESO. Kernpunt voor beleid, meent het OESO-rapport, is de flexibilisering van de arbeidsorganisatie. Dat houdt in een afstemming van structuur, cultuur en beleid op een 'new workersprofile'. De huidige verticale seksesegregatie over niveaus en de horizontale seksesegregatie over beroepen heeft een blokkerende werking op de mobiliteit. Het vormt daarmee zowel een maatschappelijke als economische kostenfactor. De SER meent dat het beleidsprogramma de flexibilisering van de arbeidsorganisatie in afstemming op nieuwe arbeidspatronen politiek onvoldoende uitwerkt.⁹⁹

Uit de adviezen van de bovenstaande politieke intermediaire organisaties blijkt dat de gelijke verdeling van betaalde arbeid als centraal aangrijpingspunt van emancipatiebeleid overeind blijft. De SER ziet geen beleidsmogelijkheden in de private sfeer. De ER acht voorlichting weinig effectief indien de oorzaak van de onderwaardering van zorgtaken in de huidige organisatie van betaalde arbeid besloten ligt. Om dat te veranderen moet de overheid een sturende werking uitoefenen op de organisatie van de betaalde arbeid. Het primaat van de gelijke arbeidsparticipatie lijkt derhalve voor een uitvoerbaar politiek beleid de enige mogelijke aanpak.

Na advisering komt het definitieve beleidsprogramma onder kleine bijstellingen tot stand.¹⁰⁰ Over de meermalen geconstateerde spanning tussen structurele veranderingen door gelijke participatie en tegelijkertijd de bescherming van formele keuzevrijheid tot non-participatie, wordt een politieke uitspraak gedaan. Materiële keuzevrijheid wordt uitdrukkelijk aangehangen:

“Zolang sekse als criterium is geïncorporeerd in de maatschappelijke organisatie, is er geen reële keuzevrijheid. De maatschappelijke gelijkheid die hiervoor nodig is, kan vaak niet worden gerealiseerd zonder feitelijke gelijkheid (...) echter in dit stadium van verandering blijft aandacht nodig voor pluriformiteit.”¹⁰¹

In de departementale beschrijving van het arbeidsmarktbeleid wordt flexibilisering van de organisatie van de arbeid als centrale doelstelling sterker aangezet.¹⁰² De

99 SER-advies 92/10, pp. 29-29 en 34.

100 TK 1992–1993, 22 913, nrs. 1-2 ('Beleidsprogramma 1992').

101 Beleidsprogramma 1992, p. 13.

102 Beleidsprogramma 1992, p. 110.

Hoofdstuk 7

beleidsmiddelen worden echter niet aangepast. De beschrijvingen door het ministerie van Sociale Zaken beslaan vooral een opsomming van gerealiseerde maatregelen. Nieuw beleid voor modernisering van de organisatie van arbeid blijft beperkt. Genoemd worden drie beleidsvoornemens die alle betrekking hebben op de arbeidsomstandigheden: betere rechtsbescherming van de thuiswerker, het opnemen van de plicht tot bestrijding van seksuele intimidatie op de werkplek in de arbeidsomstandighedenwetgeving en onderzoek naar de rechtspositie van deeltijdwerkers.

Verbetering van arbeidsomstandigheden beïnvloedt de omvang van het aanbod, maar niet de gelijke allocatie daarvan gezien de vraag. Het allocatiebeleid is vanaf 1985 geïnstrumenteerd met de realisering van positieve actie op de arbeidsmarkt. In 1992 blijkt dat nog steeds niet gelukt. De ER meent dat deze taakstellende programma's in meerdere mate (wettelijk) afgedwongen moeten worden.¹⁰³ De SER erkent de noodzaak van de programma's, maar meent dat deze door cao-onderhandelingen bewerkstelligd moeten worden. Wel moet dit proces politiek gestimuleerd worden en zal bij het uitblijven van resultaat (aanpassing van) wetgeving overwogen moeten worden.¹⁰⁴ Deze adviezen vertalen zich niet in de beleidsbeschrijvingen. In het Beleidsprogramma 1992 komt positieve actie niet meer voor.¹⁰⁵ De stimuleringsregeling positieve actie zal eind 1994 gestopt worden.¹⁰⁶

5.3 Politieke operationalisatie van de beleidsinstrumenten

De beschreven beleidsvoornemens tot verbeterde rechtsbescherming van de thuiswerker en het opnemen van bestrijding van seksuele intimidatie in de arbeidsomstandighedenwetgeving zijn in 1993 in parlementaire behandeling gebracht.¹⁰⁷ Van een wettelijk recht op deeltijdwerken is door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid afgezien. Een initiatief-wetsvoorstel vond op dat moment geen meerderheid.¹⁰⁸ Overleg met de Stichting van de Arbeid moet er toe leiden dat de markt via zelfregulering een recht op deeltijdwerken toepast. De Stichting stelt in 1993 'overwegingen en aanbevelingen ter bevordering van deeltijdwerken en differentiatie in arbeidsduurpatronen' op. De voortgangsnotitie over het Beleidsprogramma emancipatie van januari 1994 bericht de doorwerking van deze aanbeve-

103 ER-advies III/35/92, pp. 22-23.

104 SER-advies 92/10, p. 30.

105 Beleidsprogramma 1992, p. 116.

106 De subsidieregeling was eenmalig verlengd. Zie hierover: Ministerie van SZW, Op gelijke voet: informatiebulletin over het overheids-emancipatiebeleid, 1992, 5, p. 20.

107 TK 1993-1994, 22 913, nr. 7 (brief d.d. 31 januari 1994 van de staatsecretaris over de voortgang van het beleidsprogramma 1992), p. 27.

108 TK 23 216 (initiatief-wetsvoorstel van het lid Rosenmöller).

Het nationale politieke emancipatievertoog

lingen te laten onderzoeken.¹⁰⁹ Beleidsmaatregelen die zich niet uitsluitend richten op de randvoorwaarden maar ook op de beïnvloeding van allocatieprocessen van arbeid op de markt, worden in de voortgangsnotitie niet gemeld. De begroting 1991–1992 stelt terzake, dat de uitvoeringswetgeving van de EEG-richtlijnen gelijke behandeling, de wettelijke taak van de ondernemingsraad om gelijke behandeling te bevorderen (artikel 28 Wet op de Ondernemingsraden) en cao-onderhandelingen hier voldoende borg voor staan.¹¹⁰

In april 1994 verschijnt een nieuwe rapportage van het ministerie van SZW over de positie van vrouwen in de arbeid. De gang van zaken rond deze rapportage is een illustratie van de toenemende stilstand in het emancipatiedebat. Na een jarenlange brede politieke discussie zijn de communicatiestromen in een steeds vaster patroon komen te lopen. Opheffing van de politieke infrastructuur en gebrek aan vernieuwing doen de belangstelling en daarmee impulsen voor het vertoog afnemen. Het beleidsprogramma 1992 krijgt bij lange na niet de politieke aandacht in de Tweede Kamer die het beleidsplan 1985 nog kreeg. De rapportage over de positie van de vrouw in de arbeid van 1994 haalt het, in tegenstelling tot die van 1990, niet meer tot kamerstuk.¹¹¹ Inhoudelijk besteedt de rapportage van 1994 wederom de meeste aandacht aan verlofregelingen en deeltijdwerken. Positieve actie wordt als instrument wel weer genoemd maar instrumentering ontbreekt. Dat lijkt niet onbegrijpelijk. Immers, alle ‘softe’ instrumenten (onderzoek, voorlichting, subsidie en overleg) zijn de revue gepasseerd zonder resultaat,¹¹² terwijl voor de overige instrumenten het politieke draagvlak ontbreekt. De rapportage meldt ‘onderzoek te zullen financieren om proefondervindelijk te zoeken naar nieuwe instrumenten en ingangen voor een positief-actiebeleid in het bedrijfsleven’.¹¹³

6 Conclusies

6.1 Politieke vorming van beleidsdoelen en beleidsmiddelen

Wanneer van enige afstand de papierberg die het politieke emancipatievertoog oplevert, wordt bekeken, dan is hierin een politieke zelfreferentialiteit te herkennen.

109 TK 1993–1994, 22 913, nr. 7, p. 27.

110 TK 1990–1991, 21 800, hfdst. XV, nr. 53, pp. 40-44.

111 Zie Louise Boelens, Voortgangsrapportage bleef onderbelicht, in: Op gelijke voet, informatiebulletin over het overheidsemancipatiebeleid, 1994, 4, pp. 4-7.

112 Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Voortgangsrapportage inzake de positie van vrouwen in de arbeid, Den Haag 1994, p. 34.

113 Voortgangsrapportage 1994, p. 50.

Hoofdstuk 7

Tussen 1973 en 1985 vindt de opbouw van het vertoog plaats. Signalen uit de maatschappelijke omgeving geven aanleiding tot de start van een politieke discussie. Doordat vele betrokken actoren een dubbelrol vervullen binnen de netwerken van de maatschappelijke en wetenschappelijke vrouwenbeweging enerzijds en het politiek-ambtelijke circuit anderzijds, treedt een interferentie van de verschillende typen vertogen op. Dit werkt door in een tamelijk wetenschappelijke beleidsconstruering van het vrouwenvraagstuk. De wetenschapsterminologie bemoeilijkt de aansluiting op de reguliere politieke communicatienetwerken. Er ontstaat een specialistisch vertoog in de marge. Het vertoog zelf, is opgebouwd uit merendeels beschrijvende handelingen. In een periode van ongeveer tien jaar keert dit zich steeds meer naar binnen. Het emancipatievertoog is in grote mate een tekstuele en geen materieel opererende werkelijkheid. Het bestaat uit beschrijvingen van het karakter van het probleem, beschrijvingen van beleidsdoelstellingen en beschrijvingen van beleidsmiddelen.

Vanaf de tweede helft jaren tachtig is sprake van consolidering van de politieke beleidsbeschrijvingen. Er lijkt een eindpunt bereikt te zijn. De grootscheepse operatie van het derde nieuwe plan van 1992 voegt in feite maar weinig toe. De invloed van de 'tolken' aan de grenzen van de verschillende maatschappelijke systemen loopt terug. De Emancipatieraad als belangrijkste tolk zal binnen enkele jaren worden opgeheven. Dit alles lijkt een symptoom van een versterkende politieke zelfreferentialiteit. Als de politieke waarneming van het probleem en de daarop geformuleerde doelstellingen eenmaal vastligt, grijpt de kop van nieuwe politieke communicatie vast in de staart van voorafgaande politieke communicatie. Nieuwe nota's inventariseren de voorafgaande nota's, constateren wat maatschappelijk wel maar meestal niet gebeurd is en beloven versterking van het voorafgaande. Het netwerk plant zichzelf voort. Met het emancipatieplan van 1992 is de ronde voor de derde keer ingezet. De innerlijke evolutie van beleid neemt echter af bij gebrek aan sturing.

Voor wat betreft de inhoud van het beleid, neemt het sociaal-economisch beleid een belangrijke plaats in. Algemene doelstelling van beleid is 'een verandering van de huidige maatschappij waarin het sekseverschil in zo grote mate is geïnstitutionaliseerd, naar een pluriforme maatschappij, waarin ieder ongeacht sekse een zelfstandig bestaan kan verwerven en gelijke vrijheden en verantwoordelijkheden kan realiseren'. De institutionele veranderingen zijn volgens de door het parlement aanvaarde beleidsanalyse noodzakelijk om maatschappelijke machtsposities gelijk te trekken, waardoor het daadwerkelijk realiseren van gelijke keuzevrijheden mogelijk moet worden. Het speerpunt van dit beleid vormt 'gelijke kwantitatieve en kwalitatieve arbeidsparticipatie' van vrouwen. In de politieke analyse wordt dit gekoppeld aan financiële zelfstandigheid, maatschappelijke status en individuele ontplooiing. De emancipatiedoelstelling versmalt zich tot het nastreven van 'econo-

Het nationale politieke emancipatievertoog

mische zelfstandigheid'. De kans om op sociaal-economisch terrein tot operationele politieke besluiten te komen lijkt redelijk omdat het gepercipieerde emancipatiebelang parallel loopt aan het reguliere sociaal-economische belang van volledige werkgelegenheid.

Het onderliggende beleidsschema waarin gelijke arbeidsparticipatie middel is tot het doel van het realiseren van vrijheden in de individuele leefwereld, wordt in latere instantie bekritiseerd vanuit met name de wetenschapsstroom van vrouwenstudies. De stappen worden omgekeerd. Gelijkwaardigheid in de leefwereld waar mannen en vrouwen de zorg voor gezin en huishouden delen, is noodzakelijk voor een daadwerkelijk gelijke arbeidsparticipatie door vrouwen. Tot drastische koerswijziging in beleid leidt dit niet meer. Enerzijds is de wetenschapsanalyse die in de jaren zeventig nog grote invloed had, door eigen zelfreferentialiteit verder 'verwetenschappelijkt'. Hierdoor verbreedt de kloof tussen wetenschapstheorie en politieke praxis alleen nog maar meer. Anderzijds maakt de zelfreferentialiteit in het gevormde beleidsnetwerk het alleen mogelijk te variëren op het voorafgaande. Dat blijkt ook uit het derde emancipatieplan van 1992. Hierin blijft de gelijke arbeidsparticipatie als middel voor het realiseren van gelijke vrijheden overeind, al wordt dit aangevuld met meer nadruk op herverdeling van onbetaalde arbeid. Dit laatste geldt echter met name de beleidsanalyse. In de beleidsinstrumentering blijkt het alleen op cognitief niveau al nauwelijks mogelijk politiek aanvaardbare middelen voor herverdeling van onbetaalde arbeid te construeren. De aangekondigde instrumenten zijn zorgvakken in het onderwijs en overheidsvoorlichting. Hiervan verwacht de Emancipatieraad weinig effect. Herverdeling van onbetaalde arbeid is geen probleem van informatietekort, aldus de Raad, maar een probleem van het huidige organisatiemodel van de betaalde arbeid dat is geënt op de voltijdwerkende kostwinner. Voor wat betreft de politieke mogelijkheden is men daarmee terug bij af. Politieke maatregelen moeten op de eerste plaats op de betaalde arbeidsstructuur aangrijpen.

6.2 Politieke operationalisatie van beleidsmiddelen

De door de wetenschappelijke analyse ingebrachte abstractie in beleidsvorming wrekt zich, zoals boven gesteld, in de operationalisatie naar praktische overheidsmaatregelen. De communicaties uit het emancipatiedebat lenen zich niet voor een directe toepassing van een politieke modus. Dit lijkt ertoe te leiden dat in het reguliere politieke besluitvormingsproces de beleidscommunicaties over emancipatie of buiten het debat vallen of eerst opnieuw geconstrueerd worden. Voor een groot deel leidt de beleidsvorming inderdaad niet tot besluitvorming over concrete

Hoofdstuk 7

maatregelen. Na twintig jaar emancipatiebeleid wordt in 1994 nog steeds gesproken van de noodzaak tot “de ontwikkeling van een strategische beleidsvisie”.¹¹⁴

Wanneer het stadium van politieke maatregelen wel bereikt wordt, vinden eerst herconstructies plaats. Deze lijken lang niet altijd te sporen met de oorspronkelijke beleidsanalyse. In het reguliere sociaal-economische debat wordt het emancipatoire beleidsstandpunt zeer wisselend ingezet. Illustratief is bijvoorbeeld de politieke discussie over de zogeheten ‘1990-maatregel’. Deze bezuinigende maatregel wordt politiek verdedigd vanuit het standpunt van bevordering van economische zelfstandigheid. Zou men deze doelstelling werkelijk willen realiseren, dan zou individualisering van ‘arbeidsplicht’ gecomplementeerd moeten worden aan individualisering van uitkeringsrechten wanneer men als gevolg van de aanvaarde sociale risico’s geen arbeid kan verrichten. Op dit terrein en met name fiscaal terrein worden echter opnieuw keuzen gemaakt, waarbij emancipatie het aflegt tegen de bescherming van de bestaanszekerheid van de alleenverdiener.

Het blijkt vaker dat op het uitvoeringsniveau nieuwe constructies en keuzen van beleidsdoelen plaatsvinden. Wanneer het op uitvoering aankomt, wordt vaker een dubbele doelstelling gehanteerd van materiële keuzevrijheid en gelijktijdige bescherming van formele keuzevrijheid. Formele keuzevrijheid impliceert dat alle bestaande keuzealternatieven zo min mogelijk doorkruist worden door overheidsop treden. Dat houdt in dat ook het keuzealternatief beschermd moet worden waarin men de bestaande arbeidsdeling naar sekse op individueel niveau wil handhaven. Deze laatste keuze impliceert bijvoorbeeld een andere inrichting van het sociaal-zekerheidsstelsel. Er ligt derhalve een spanning in het tegelijkertijd beschermen van formele keuzevrijheid binnen de bestaande maatschappelijke condities en het streven naar materiële keuzevrijheid die, aldus de formele overheidsanalyse, eerst een verandering van die condities behoeft vanwege het daarin geïnstitutionaliseerde verschil in individuele machtsposities.

De operationalisering van beleid vanuit een dubbele doelstelling treft ook het streven naar gelijke arbeidsparticipatie. De eigen probleemanalyse stelt dat voor het realiseren van gelijke keuzevrijheden op de arbeidsmarkt structurele verandering van de organisatie van de betaalde arbeid nodig is. Het bestaande arbeidsprofiel ontwikkelt zich niet mee met maatschappelijke veranderingen in rollen en verantwoordelijkheden van mannen en vrouwen, maar blijft ingesteld op de werknemer die is vrijgesteld van elke zorgverplichting voor kinderen, gezin en huishouden. Het doorgevoerde arbeidsmarktbeleid blijft echter schipperen tussen enerzijds de gestelde noodzaak tot verandering van de bestaande arbeidscondities en anderzijds de be-

114 Uitspraak van Minister Melkert in: ministerie van SZW, *Op gelijke voet*, 15 (1994) 2, p. 19.

Het nationale politieke emancipatievertoog

scherming van formele keuzevrijheden die op deze bestaande condities zijn opgebouwd. Het uitgevoerde beleid beperkt zich tot het opheffen van formele drempels in de arbeidswetgeving en flankerend beleid dat moet compenseren voor de knelpunten die de bestaande arbeidsstructuur oplevert voor met name vrouwen met kinderen. Daarmee is de operationalisatie van beleid goeddeels gericht op de aanbodzijde van de markt. Gelijke kansen op participatie veronderstelt echter niet alleen gelijk aanbod maar ook gelijke 'afname'. Dit allocatiemechanisme wordt door de arbeidsorganisatie zelf bepaald en vergt derhalve tevens beleid dat zich hierop richt.

In de beleidsbeschrijvingen wordt dit wel degelijk onderkend. Het beleidsmiddel dat halverwege de jaren tachtig wordt ontwikkeld om het allocatiemechanisme te beïnvloeden, is de doorvoering van positieve actie op de arbeidsmarkt. Wanneer het beleidsinstrument in het reguliere politieke besluitvormingsproces wordt gebracht, blijkt echter niet de bereidheid te bestaan dit van overheidswege te implementeren. Vooralsnog wordt steeds herhaald dat men wil afwachten of de sociale partners het middel niet uit eigen beweging implementeren. Wanneer dit niet tot het gewenste resultaat blijkt te leiden, neemt de politieke druk toe, maar wordt de discussie uiteindelijk weggedrukt omdat men de markt al 'belast' met de zojuist genomen besluitvorming over positieve actie voor allochtonen.

De economische gevolgen van het eenzijdige beleid aan de aanbodzijde van de markt lijken de eigen politieke beleidsanalyses te onderschrijven. Wanneer men geen verandering in de structuur van de organisatie van betaalde arbeid doorvoert, leidt arbeidsparticipatie niet tot de beoogde individuele onafhankelijkheid. Het arbeidsaanbod van vrouwen is sterk vergroot, maar het type posities die vrouwen innemen binnen de bestaande structuur van betaalde arbeid blijft grotendeels ongewijzigd. De horizontale en verticale seksesegregatie over beroepen en functies waarin de vrouwen merendeels aan de onderkant zitten, staan nog overeind. Binnen deze mogelijkheden blijken de vrouwen het arbeidssegment dat ze al hadden vooral verder onderverdeeld te hebben in parttime banen.¹¹⁵ Omdat daarmee tevens het arbeidsprofiel van mannen onaangetaast kan blijven, lijkt de stimulans voor herverdeling van onbetaalde arbeid niet erg groot.¹¹⁶ De eenzijdige druk van onbetaalde arbeid op de vrouwelijke beroepsbevolking belemmert weer de doorbraak van de horizontale en verticale 'schotten' op de arbeidsmarkt, zodat sprake is van een vicieuze cirkel. De OESO onderschrijft dat de arbeidsstructuren achtergebleven zijn bij de veranderde maatschappelijke verwachtingen en onderschrijft de beperkte arbeids-

115 Sociaal Cultureel Planbureau, Sociale atlas van de vrouw, Den Haag: SDU 1993, pp. 21 en 24.

116 Vrouwen werken in 1990 voor 62% in deeltijd, mannen voor 16%. Werkende vrouwen besteden in 1985 driemaal zoveel tijd aan onbetaalde arbeid als mannen. Bron: Beleidsprogramma 1992, pp. 15-16 en Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Emancipatie in cijfers, 1992.

Hoofdstuk 7

mobiliteit die hieruit voortvloeit. Vergroting van het aanbod van vrouwen zoals de laatste vijftien jaar heeft plaatsgehad, heeft blijkbaar niet kunnen motiveren tot spontane aanpassingen van de economische organisatie van betaalde arbeid.

Ondanks dat de geformuleerde doelstellingen niet gehaald zijn, ziet de overheid de laatste jaren steeds meer af van het instrumenteren van haar emancipatiebeleid op de arbeidsmarkt. Verondersteld wordt dat overheidsmaatregelen het economisch marktmechanisme teveel zullen belasten. Wel meent men vervolgens dat het de verantwoordelijkheid van de partijen op de markt is het politiek voorgestane beleid door zelfregulering te ontwikkelen. Vanuit de systeemtheorie van Luhmann bezien, zullen politieke maatregelen die trachten in te grijpen op de manier van werken van de arbeidsorganisatie nimmer rechtstreeks doorwerken. Uiteindelijk reguleert de arbeidsorganisatie altijd zichzelf en is het moeilijk voorspelbaar wat voor uitwerking politieke aanwijzingen daarop hebben. Maatschappelijke ontwikkeling ontstaat echter alleen uit zelfontwikkeling van de functioneel gedifferentieerde instituties onder toevoeging van storing uit hun milieu. Indien een politiek systeem volgens de eigen waarneming tot de uitspraak komt dat emancipatie tot de kerntaken van overheidsbeleid behoort, dan moet het in het belang van maatschappelijke cohesie de inspanning plegen om de politieke en economische verwachtingen nader bij elkaar te krijgen. Dat vergt dat men politiek bereid is om te leren van de reactiewijze die de arbeidsmarkt op overheidsinstrumenten vertoont. Door deze reactiewijze steeds opnieuw politiek te beschrijven, kan steeds beter de 'juiste toon' worden aangeslagen.

Wat nu het geval lijkt, is dat teleurstellende beschrijvingen van het voorafgaande overheidsbeleid niet of niet meer tot politieke inspanning leiden. Dit vermindert de kansen aanzienlijk dat de markt dit door zelfregulering bereikt. Het economisch systeem verkeert immers in een situatie waarin geen sprake is van botsende beelden en verwachtingen, die noodzaken om in zijn toekomstige ontwikkeling onderlinge ruis tussen het eigen functioneren en de politiek-maatschappelijke omgeving te reduceren. Omgekeerd zal ook het politieke systeem geen tegendruk ervaren, wanneer zij verwachtingen wel formuleert maar niet operationaliseert. Hiermee stopt het politieke trial-and-error-proces en stopt uiteindelijk de beleidsontwikkeling. Ook politieke zelfregulering vindt immers slechts onder storing uit de omgeving plaats. De zelfgekozen isolatie kan een politiek vertoog langzaam uiteen doen vallen. Daarvan doen de tekenen zich al voor. De versterkte zelfreferentialiteit in beleid maakt dat het succes van beleid steeds minder uit zijn *sociaal-economische* resultaten wordt afgeleid en steeds meer uit zijn *politieke* resultaten in de vorm van het reeds gedurende vijftien jaar realiseren van beleidsontwikkeling. Gechargeerd gezegd, moet het beleid wel vruchten hebben afgeworpen omdat het zolang is gevoerd. De politieke noodzaak tot specifiek beleid voor vrouwen neemt hiermee

Het nationale politieke emancipatievertoog

langzaam maar gestadig af. Infrastructuren als de Kamercommissie voor emancipatie en provinciale emancipatiebureau's zijn opgeheven en de Emancipatieraad zal volgen. Emancipatoire maatregelen in de vorm van vrouwenvakscholing, vrouwenhulpverlening en kinderopvangelden worden steeds meer ter discussie gesteld.

6.3 Politieke instrumentering van nationale gelijke-behandelingswetgeving

De communautaire bepalingen van artikel 119 EEG-Verdrag en richtlijnen 75/117/EEG en 76/207/EEG verplichten de nationale staten de beginselen van gelijke behandeling en beloning door te voeren op de arbeidsmarkt. Richtlijnen behelzen volgens de communautaire systematiek doelverplichtingen die feitelijk een nationale visie vergen op de bestaande nationale knelpunten, het ontwerpen van passende middelen en de uitvoering daarvan. Al deze processen vergen bij uitstek een politieke handelingsmodus. Binnen het nationaal arbeidsmarktbeleid voor vrouwen hebben de communautaire verplichtingen echter steeds een marginale rol gespeeld. De Europese doelstellingen zijn niet geïntegreerd in de nationale beleidsvorming, maar worden sec vermeld als internationale juridische verplichtingen naast het reguliere emancipatiebeleid. Dit lijkt weinig consistent. Het nationale beleidsvertoog over de positie van vrouwen op de arbeidsmarkt bevat een uitgebreide analyse van de knelpunten voor vrouwen om gelijke kansen en vrijheden in participatie te realiseren en duidt de hiervoor noodzakelijke overheidsinstrumenten aan. Men zou veronderstellen dat als dit de democratisch tot stand gekomen beleidsvisie is op hoe seksegelijkheid op de arbeidsmarkt van overheidswege aangepakt moet worden, dit zich ook zou vertalen in de implementatiewijze van de Europese doelstellingen van gelijke behandeling op de arbeidsmarkt.

De politieke keuzen kunnen in eerste instantie historisch verklaard worden. De uitkristallisering van een politieke conceptie van de problematiek van gelijke arbeidsparticipatie dateert van na de invoering van de nationale EEG-uitvoeringswetgeving. Deze wetgeving kwam gedurende de tweede helft jaren zeventig onder grote tijdsdruk tot stand. Op politiek niveau bestond nog nauwelijks een heldere visie op wat de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling voor knelpunten zou kunnen opleveren en welke juridische vorm of aanpak dat precies zou vergen. Het niet onderscheiden naar sekse op de arbeidsmarkt leek als praktisch voor zichzelf te spreken en overtreding daarvan derhalve ook. De wetgeving kan volstaan en volstaat met het beginsel van non-discriminatie volgens de aanwijzingen van de EEG-bepalingen tot formele rechtsplicht van de werkgever te verheffen. De nationale discretionaire ruimte om die middelen te kiezen, die men naar nationale normen en binnen het nationale beleid passend en dienstig acht voor de realisering van de doeleinden van de richtlijnen, blijft politiek merendeels ongebruikt.

Hoofdstuk 7

Het is pas halverwege de jaren tachtig dat een duidelijkere visie op de problematiek van ongelijke arbeidsparticipatie en de gewenste modernisering van de arbeidsstructuur tot stand komt. De ingevoerde wetgeving van 1975 en 1980 die in deze beleidsplannen als garantie voor gelijke mogelijkheden tot arbeidsparticipatie wordt genoemd, blijkt achteraf tot beleidsmiddel te zijn verheven. Wel leidt dit tot geluiden over de kwaliteit van de gerealiseerde wetgeving. Zoals de praktijk en ook de politieke analyses zelf duidelijk hebben gemaakt, spreekt de tenuitvoerlegging van gelijke behandeling niet altijd voor zichzelf. Geïstitutionaliseerde verwachtingen en beelden van maatschappelijke rollen van mannen en vrouwen maken dat sekseonderscheid op de arbeidsmarkt ook in aanzienlijke mate een geïstitutionaliseerd proces vormt. Dit alles leidt uiteindelijk tot een wijziging van de wetgeving in 1989. Opvallend is echter dat ook nu de juridische vormgeving niet voortvloeit uit de lijn van de politiek gekozen en noodzakelijk beoordeelde aanpak en maatregelen. Er volgt een bijna zuivere codificatie van de communautaire rechtsvorming van de jaren tachtig. Een koppeling met de nationale politieke analyse van de problemen van de bestaande arbeidsstructuur en de daarvoor noodzakelijke positieve actie-maatregelen blijft uit. Men zou kunnen concluderen dat het nationale gelijke-behandelingsrecht zich als het ware grotendeels zelf heeft geschreven en schrijft binnen de juridische context van de supranationale rechtsorde.

De bovenstaande politieke gang van zaken bij de herziening van de wetgeving is wellicht verklaarbaar door het feit dat het toen nog steeds de gedachte was 'eigen' nationale wetgeving tegen seksdiscriminatie totstand te brengen. Het idee van eigen nationale wetgeving waarin de EEG-uitvoeringswetgeving later zal kunnen opgaan, maakt het vanzelfsprekender om de implementatiewetgeving vooral aan de communautaire rechtsvereisten en niet zozeer aan de nationale beleidsvereisten te toetsen. De totstandkoming van eigen seksdiscriminatiewetgeving blijkt in de praktijk echter een weg van lange adem. Onderweg is het idee van wetgeving tegen seksdiscriminatie verlaten. In de jaren negentig gaat het om algemene discriminatiewetgeving die de constitutionele waarborging op het oog heeft van het in 1983 ingevoerde artikel 1 Grondwet. De bestaande EEG-uitvoeringswetgeving zal niet meer opgaan in de algemene wet.

Dit laatste laat wel de vraag open, of de uitvoeringswetgeving destijds wel voldoende politieke instrumentering heeft ondergaan om, zoals de overheid meermalen stelt, de wettelijke garantie te vormen voor de uitvoering van het nationale emancipatoire arbeidsmarktbeleid. Wil het gevormde nationale gelijke-behandelingsrecht inderdaad het overheidsinstrument zijn voor de doorvoering van het beginsel van gelijke behandeling op de arbeidsmarkt, dan zal dit vanuit de optiek van nationale politiek moeten aangrijpen op die nationale knelpunten, die in de politieke beleidsanalyse omschreven worden. Dat is echter maar ten dele gebeurd. Veronder-

Het nationale politieke emancipatievertoog

steld wordt blijktbaar dat de (supra)nationale rechtsvorming een en ander op eigen kracht kan bereiken. Of dat inderdaad verwacht mag worden, is afhankelijk van welke ontwikkeling het gelijkheidsrecht heeft doorgemaakt in Nederland.

Het (supra)nationale juridische gelijkheidsvertoog

“Then you should say what you mean,” the March Hare went on. “I do,” Alice hastily replied; “at least I mean what I say, that’s the same thing.” “Not the same thing a bit!” said the Hatter. “You might just as well say,” added the Dormouse, “that ‘I breath when I sleep’ is the same thing as ‘I sleep when I breath!’” “It is the same thing with you,” said the Hatter (Alice in Wonderland).

1 Inleiding

Het recht heeft als gedifferentieerd maatschappelijke systeem een eigen functie, die zich onderscheidt van die van de andere gedifferentieerde systemen. Door middel van juridische bewerking van sociale communicaties, kan het rechtssysteem een procedure bieden die maatschappelijke zekerheid verhoogt. Deze mogelijkheid wordt gevormd door de eigenschap van het rechtssysteem om een concrete teleurgestelde of botsende gegeneraliseerde sociale verwachting als rechtens of niet-rechtens te benoemen. De vraag is in hoeverre het politieke systeem dit rechtsmechanisme gebruikt, mag gebruiken of kan gebruiken ter versterking van haar eigen geproduceerde beleidsverwachtingen. Luhmann vreest hiervan al snel een manipulatie van recht. De autonome werking van het rechtssysteem stelt echter ook zelf haar grenzen aan instrumentalisme. Ten eerste zal elke politieke vormgeving van een rechtsinstrument ingekaderd zijn door de eigen structuur van het recht. Ten tweede is de politiek gewenste uitvoering en toepassing van een rechtsinstrument onderhevig aan het zelfbepalend vermogen van rechtsvorming.

In dit deel van het boek wordt gezien in hoeverre de politieke perceptie waarin gelijke-behandelingswetgeving als middel functioneert van het politieke emancipatie-beleid, verenigbaar is met de rechtsvorming inzake gelijke behandeling. Daarvoor is in het vorige hoofdstuk de ontwikkelingslijn van beleid geanalyseerd. In dit hoofdstuk volgt de ontwikkelingslijn van recht. Wat is de juridische aanpak waarmee politiek-maatschappelijke signalen over ‘discriminatie’ opgevangen, vertaald en verwerkt worden? Het gaat dan niet om de formeel-juridische ins en outs van

Hoofdstuk 8

rechtsacties, rechtsfora, bevoegdheden, et cetera. Het gaat om de kenmerkende juridische conceptualisering van een zeker sociaal-economisch probleem en de juridische verwerking daarvan in het rechtssysteem. In het navolgende hoofdstuk kunnen deze aanpak en de politieke aanpak vervolgens met elkaar vergeleken worden.

De beschrijving van het juridisch vertoog zal worden ingedeeld naar zijn ‘cognitieve’ en ‘operationele’ rechtsmechanismen. Het cognitief mechanisme beschrijft de juridische beelden en begrippen voor bepaalde maatschappelijke interacties en de wijze waarop het recht daarmee om moet gaan (‘leerstukken’). Het is het deel van het systeem dat gericht is op de vorming en ordening van kennis in de eigen systeemtaal. De cognitieve functie van het rechtssysteem is te herkennen in de rechtsdogmatiek in ruime zin. Het operationele mechanisme vormt de operationalisering van juridisch geconstrueerde beelden volgens de juridische modus. Het gaat om de toepassing van recht in de rechtspraktijk. Eerst zal in het recht de ‘blauwdruk’ worden bestudeerd volgens welke maatschappelijke discriminatievraagstukken worden ‘gejuridiseerd’ (§ 2). De volgende twee paragrafen geven de gangbare rechtswetenschappelijke beschrijvingen van dit concept en zijn toepassing (§ 3 en § 4). De laatste twee paragrafen analyseren de operationalisering hiervan in de praktijk (§ 5 en § 6).

2 De juridische ‘blauwdruk’ van maatschappelijke discriminatie

Het rechtsvertoog heeft als elk gesloten discours een eigen rationaliteit, eigen termen en eigen concepten. Dat verklaart waarom het rechtsvertoog het probleem in heel andere bewoordingen giet dan het politieke vertoog. Politiek doelrationalisaties bestaan uit keuzevrijheid, zelfstandigheid, individuele ontplooiing en gelijke participatie. Het rechtsvertoog zoekt een procedure voor dit streven. Door de structuur van het specifieke rechtsvertoog – de rechtsnormen – te bezien, kunnen de juridische varianten van conceptualisering in kaart worden gebracht. De kernformules van de relevante rechtsnormen zijn naar groepen te verdelen:

(groep 1)

artikel 1 Gw: ‘Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of welke grond dan ook is niet toegestaan.’

Het (supra)nationale juridische gelijkheidsvertoog

artikel 26 IVBPR:¹ ‘Allen zijn gelijk voor de wet en hebben zonder discriminatie aanspraak op gelijke bescherming door de wet. In dit verband verbiedt de wet discriminatie van welke aard ook en garandeert een ieder gelijke en doelmatige bescherming tegen discriminatie op welke grond ook, zoals ras, huidskleur, geslacht, (...)’

artikel 14 EVRM:² ‘Het genot van de rechten en vrijheden welke in dit Verdrag zijn vermeld, is verzekerd zonder onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, (...)’

(groep 2)

artikel 119 EEG-Verdrag:³ ‘Iedere Lid-Staat verzekert (...) het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers (...)’

artikel 1 richtlijn 75/117/EEG:⁴ ‘Het beginsel van gelijke beloning (...) neergelegd in artikel 119 van het Verdrag (...) houdt in dat dat voor gelijke arbeid of voor arbeid waaraan gelijke waarde wordt toegekend ieder onderscheid naar kunne wordt afgeschaft (...)’

artikel 2 richtlijn 76/207/EEG, artikel 4 richtlijn 79/7/EEG, artikel 5 richtlijn 86/378/EEG, artikel 3 richtlijn 86/613/EEG:⁵ ‘Het beginsel van gelijke behandeling (...) houdt in dat iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name de echtelijke staat of de gezinssituatie.’

De eerste groep heeft een algemene strekking. ‘Algemeen’ omdat behalve de juridische behandeling van het seksediscriminatievraagstuk op verschillende terreinen van het maatschappelijk leven, ook tal van andere discriminatievraagstukken worden omvat die in dezelfde vorm worden aangepakt. Worden de juridische kernbegrippen gedestilleerd uit de bovenstaande groep van normen dan gaat het om ‘gelijkheid’, ‘discriminatie’ en ‘onderscheid’. De blauwdruk vormt derhalve een gelijkheidsbeginsel. Hoewel het (inter)nationale recht nog meer bepalingen kent van vergelijkbare strekking, blijken juist de met name genoemde formuleringen van het gelijkheidsbeginsel een toonaangevende rol in het juridisch vertoog te hebben. Dit nu is verklaarbaar door onder meer de toegankelijkheid van juist deze normen voor actoren binnen het vertoog. Dit is een gevolg van het ‘self-executing’ karakter⁶ van bepaalde normen en de brede inzetbaarheid door mogelijke horizontale werking.⁷

1 Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten, 1966, Trbl. 1978, 177.

2 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, Trbl. 1951, 154.

3 Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap, Trbl. 1957, 74.

4 Pb. L45/19 19 februari 1975.

5 Resp. Pb. L 39/40 14 februari 1976; Pb L 6/24 10 januari 1979; Pb. L 225/40 12 augustus 1986; Pb. L 359/56 19 december 1986.

6 Dit houdt in, dat hoewel de normen in de grondwet en de verdragen veelal een opdracht inhouden aan de nationale wetgever om voor uitvoering te zorgen, zij dankzij hun precieze en onvoorwaardelijke karakter ook rechtstreeks door burgers voor de rechter mogen worden ingeroepen.

7 Dit houdt in dat bepaalde internationaalrechtelijke of grondwettelijke normen niet alleen ‘selfexecuting’ zijn ten opzichte van de nationale overheid, maar tevens rechten en plichten tussen burgers onderling kunnen oproepen.

Hoofdstuk 8

Deels moet de toonaangevende rol ook worden toegeschreven aan wat een ‘multiplier-effect’ zou kunnen heten. Als blijkt dat het inroepen van een norm in een rechtsprocedure tot opvolgende rechtscommunicaties leidt in de vorm van bijvoorbeeld uitspraken, annotaties, besprekingen in handboeken en dergelijke, vergroot dit de kans dat de norm opnieuw zal worden ingeroepen, wat weer tot meer jurisprudentie en dogmatiek leidt, et cetera. Langs deze weg komen bepaalde rechtsnormen, politiek soms totaal onvoorzien, tot grote bloei, en soms weer verval, waar andere een veel bescheidenere rol spelen.

Als dit proces systeemtheoretisch wordt beschreven, waarbij het rechtssysteem een afgegrensd netwerk van specifieke communicaties en operaties vormt, kan men ook zeggen dat er in het netwerk van dogmatiek en praktijk dwarsverbindingen worden gelegd die meermalen worden doorlopen, waar andere verbindingen slechts eenmalig of incidenteel ontstaan. Oftewel, het juridisch discours is niet een enkel discussiespoor maar bestaat uit verschillende sporen. Vaak staan de ‘wissels’ in het spoor hetzelfde en is sprake van een gevestigde leer. Maar storing van buitenaf kan tot onvoorspelbare koerswijziging leiden (vgl. hfdst. 5 § 3.2).

De tweede groep van normen bestaat uit de Europeesrechtelijke normen. Deze beperken zich in tegenstelling tot de eerste groep tot het ‘vrouwenvraagstuk’ op de arbeidsmarkt. De blauwdruk vormt wederom het gelijkheidsbeginsel al wordt onderscheid, gelijkheid en discriminatie aangevuld met directe en indirecte discriminatie. Deze normen spelen door hun inhoudelijke specificiteit, maar ook door de procedurele verbindingen tussen de communautaire en de nationale rechtsorde, een grote rol in het juridisch gelijkheidsvertoog. Enigszins vooruitlopend, lijkt de doorwerking van deze specifieke normen op de gevestigde algemene gelijkheidsleer in het Nederlandse recht evenwel weer niet zo groot als verwacht zou worden. Deze algemene leer lijkt meer beïnvloed door de algemene normen uit groep 1 (zie verder § 3).

Voor de volledigheid moet tot slot nog gewezen worden op enkele afwijkende concepties:

(groep 3)

artikel 1 ‘VN-Vrouwenverdrag’:⁸ (...) onder discriminatie van vrouwen (wordt) verstaan elke vorm van onderscheid, uitsluiting of beperking op grond van geslacht die tot gevolg of tot doel heeft de erkenning, het genot of de uitoefening door vrouwen van de rechten van de

8 Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, 1979, Trb. 1981, 61.

Het (supra)nationale juridische gelijkheidsvertoog

mens en de fundamentele vrijheden (...) op grondslag van gelijkheid van mannen en vrouwen, aan te tasten of te niet te doen.’

artikel 90quater WvSr: ‘Onder discriminatie of discrimineren wordt verstaan elke vorm van onderscheid, elke uitsluiting, beperking of voorkeur, die ten doel heeft of ten gevolge kan hebben dat de erkenning, het genot of de uitoefening op voet van gelijkheid van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (...) wordt teniet gedaan of aangetast.’

De definities zijn afwijkend omdat in de redactie althans, andere juridische termen zoals ‘uitsluiting’, ‘beperking’ en in het VN-Vrouwenverdrag ‘vrouwendiscriminatie’ voorkomen. In de dogmatiek van het gelijkheidsbeginsel wordt nauwelijks gerefereerd aan deze normen. Over het VN-Vrouwenverdrag is de heersende mening dat de mogelijkheden in rechte beperkt zijn.⁹ Ook het gewijzigde artikel 90quater Wetboek van Strafrecht kent bij gebrek aan rechtsvorming weinig discussie. Operationele verwerking door de rechtspraktijk van beide normen komt (nog) niet of nauwelijks voor. Door het ontbreken van substantiële operationele toepassingen laten we ze verder terzijde.

3 De gevestigde juridische gelijkheidsdoctrine

In de volgende twee paragrafen worden de rechtswetenschappelijke beschrijvingen gegeven van het juridische gelijkheidsbeginsel. Deze paragraaf bespreekt de gevestigde doctrine. Onder de gevestigde doctrine worden die juridische beschrijvingen verstaan die een overheersende rol spelen in de juridische gelijkheidsdiscussie. Dit wordt afgeleid uit het feit dat ze wijd verspreid zijn, autoriteit genieten, vaak aangehaald worden en/of als vanzelfsprekend uitgangspunt dienen voor alternatieve beschrijvingen. In een systeemtheoretische optiek gaat het om een actief communicatienetwerk waaraan steeds nieuwe communicatie verbonden wordt of waarin steeds weer nieuwe verbindingen worden gelegd. Dit alles speelt zich echter af in een omlijnd vlak. Het zijn rechtsvarianten rond een attractor. Deze, zo zal blijken, kan in de discussie over het juridisch gelijkheidsbeginsel herkend worden in de regel: ‘gelijke gevallen worden gelijk behandeld’.

Het schetsen van ‘de’ gevestigde doctrine van het gelijkheidsbeginsel is feitelijk onmogelijk. Het is in de ware zin des woord een discussie waarin steeds weer iets andere termen, beelden en begrippen circuleren zonder eindpunt. Desalnietemin kan

⁹ Rechtbank Breda 5 oktober 1993, De Jong/Interpolis, RN 1994, 399. Ook de wetsgeschiedenis is zeer terughoudend op dit punt: TK 1984–1985, 18 950, nr. 3, pp. 7-8. Zie ook Lijnzaad 1991, pp. 5-17.

Hoofdstuk 8

men overeenkomsten en grote lijnen aangeven, al zal dat enigszins generaliserend zijn en tijdsgebonden.¹⁰

Als attractor in het vertoog noemde ik de eerste zinsnede van het adagium waarmee vele geschriften de discussie openen. In de formulering van Aristoteles is het volledige adagium: ‘Gelijke gevallen moeten gelijk behandeld worden en ongelijke gevallen ongelijk naar de mate van het verschil’. Door Loenen,¹¹ en voor haar al Timmermans,¹² is geconstateerd dat het uitgangspunt in de juridische discussie alleen de eerste zinsnede is. Slechts enkelen citeren het adagium volledig. Als het volledig wordt aangehaald beperkt de juridische discussie zich echter vervolgens weer tot de eerste zin. Ook de gelijkheidsnormen uit groep 1 (§ 2) verwijzen alleen naar het gebod tot gelijkheid en niet naar het gebod tot differentiatie. De gevestigde doctrine spitst zich dan ook toe op de vraag wat de inhoud is van het gelijkheidsgebod en op welke wijze het juridisch te operationaliseren is.

3.1 Inhoud van het gelijkheidsgebod

Een discussie over wat gelijk is of niet, heeft de neiging al snel de karakteristieken te vertonen van een ‘a mad tea-party’. ‘Gelijke gevallen moeten gelijk behandeld worden’ is derhalve een lege slogan als er geen aanwijzingen bestaan over wat als gelijke en wat als ongelijke gevallen moeten gelden. De vroege rechtsdiscussie speelt zich allereerst af rond de vraag of het recht zich wel mag inlaten met de kwalificering van wat gelijke gevallen zijn en wat niet. In een strikt formele uitleg van het gelijkheidsgebod is het de politiek, de wetgever, die hierin het laatste woord heeft. Het juridisch gelijkheidsgebod houdt dan in, dat de gevallen die door de wetgever als gelijk zijn aangemerkt door ze onder één wettelijke regeling te brengen, vervolgens daadwerkelijk gelijkelijk onder de toepassing van deze regeling moeten vallen. Dit gelijkheidsgebod, ook wel gelijkheid voor de wet genoemd, waarborgt daarmee niet meer dan rechtszekerheid.¹³ Om een voorbeeld te geven, een wettelijke norm die stelt dat mannen wel en vrouwen niet handelingsbekwaam zijn, is, indien gelijkelijk toegepast op alle mannen en op alle vrouwen, in overeenstemming met het gelijkheidsgebod.

Inmiddels is deze visie grotendeels verdrongen door een materiële interpretatie. Aangenomen wordt dat het gelijkheidsgebod uiting geeft aan de waarde (maatschap-

10 Voor de beschrijving van de klassieke gelijkheidsdoctrines heb ik mede gebruik gemaakt van het door Titia Loenen geschetste overzicht (Loenen 1992).

11 Loenen 1992, pp. 15-16 en p. 23.

12 Timmermans 1982, p. 428.

13 Over dit formele gelijkheidsbegrip: Vierdag 1973, p. 16 en Maris 1988a, p. 16.

Het (supra)nationale juridische gelijkheidsvertoog

pelijke standaardbeeld) dat ieder individu gelijk is en aldus gelijk respect verdient (maatschappelijke standaardverwachting). Dat betekent voor de inhoud van het juridische gelijkheidsconcept dat alle individuen in beginsel als gelijke gevallen hebben te gelden. De consequentie van deze conceptualisering is dat een meer inhoudelijke eis wordt gesteld aan de wet. Niet alleen gelijkheid voor de wet, maar ook in de wet. De eis geldt echter in beginsel. Het is immers onmogelijk alle individuen volledig identiek te behandelen. Na algemene acceptatie van gelijkheid in de wet, verschuift de discussie als snel naar de juridische operationalisering van het gebod dat individuen in beginsel gelijk behandeld moeten worden.

3.2 Operationalisering van het gelijkheidsgebod

Operationalisering van het gebod vertaalt zich in de doctrine naar het geven van een beschrijving van een juridische uitvoeringstoets. Koopmans stelt voor uit te gaan van het toekennen van dezelfde rechten en plichten. Elke differentiatie in rechten en plichten dient beargumenteerd te worden door aan te tonen dat de gevallen in relevant opzicht niet gelijk zijn.¹⁴ Gelijke behandeling is dus regel en onderscheid uitzondering. De uitzondering verdient rechtvaardiging.

Deze zienswijze verkrijgt veel aanhang. Zij biedt tevens een verklaring voor de juridische versmalling van het adagium van Aristoteles tot het gelijkheidsgebod. Immers de gelijke behandeling is het uitgangspunt. De idee dat niet gelijke maar verschillende behandeling de uitzondering vormt, ligt ook ten grondslag aan het in 1983 ingevoerde artikel 1 Grondwet. De wetsgeschiedenis stelt dat de toedeling van dezelfde rechten en plichten aan een ieder niet de bedoeling is van het gelijkheidsbeginsel. Waar het op aankomt is, dat ongelijkheden gerechtvaardigd moeten zijn.¹⁵ Het ontwerp van een juridische uitvoeringstoets die zich hiertoe beperkt, is dan ook het centrale onderwerp van de gevestigde gelijkheidsleer. Dat leidt er toe dat de toetsing van het gelijkheidsgebod wordt benaderd via de 'achteringang' van het *verbod* van verschillende behandeling. Jacobs stelt dat het er om gaat of de verschillen tussen twee gevallen van dien aard zijn dat zij een onderscheidende behandeling rechtvaardigen.¹⁶ De verdere uitwerking van de toets betreft de vraag hoe juridisch is vast te stellen of een verschil tussen twee gevallen van dien aard is, dat onderscheiding gerechtvaardigd is.

14 Koopmans 1975, pp. 246-247.

15 Zie de behandeling van de wetsgeschiedenis terzake door Burkens 1982, p. 53.

16 Jacobs 1992, p. 4.

Hoofdstuk 8

3.2.1 *Het willekeurverbod*

Burkens geeft de volgende analyse.¹⁷ Omdat gevallen nimmer identiek zijn, zo stelt hij, betekent het dat als men gevallen als gelijk aanmerkt, men voor een zeker gezichtspunt kiest van waaruit de gevallen als gelijk kunnen worden beschouwd onder uitsluiting van andere gezichtspunten. Dit gezichtspunt noemt hij het differentiatie criterium. De keuze van het criterium wordt ingegeven door het doel van de betreffende regeling, het differentiatiedoel. Dit doel is vrij door de wetgever te kiezen, tenzij het in strijd komt met de beginselen van de rechtsorde. Dit laatste acht Burkens echter goedgevoel een theoretische kwestie.¹⁸ Vervolgens mag het in stelling gebrachte differentiatie criterium echter niet willekeurig voorkomen in het licht van het gekozen doel. Alleen dit is juridisch toetsbaar, aldus Burkens. Het gelijkheidsgebod wordt in de gevestigde opvatting aldus geoperationaliseerd door een juridische ‘willekeurtoets’ van de differentiatiecriteria in relatie tot hun differentiatiedoel.

Het gelijkheidsgebod gaat feitelijk dus op in een willekeurverbod.¹⁹ Deze uitleg die Leibholz al geeft,²⁰ is tot op vandaag niet wezenlijk gewijzigd en bijvoorbeeld te vinden bij schrijvers als Maris, Ruiter en Hirsch Ballin.²¹ Maris is hierbij het meest terughoudend omdat hij alleen toetsing aan een aperte onredelijkheid voor mogelijk houdt.²² Ruiter gaat juist een stapje verder. Behalve de doel-middeltoets, die hij van Burkens overneemt, dienen de differentiatiecriteria zijns inziens ook inhoudelijk gelegitimeerd te worden. Ze moeten berusten op maatschappelijk geaccepteerde onderscheidingsmaatstaven, zoals verdienste, draagkracht, behoefte et cetera. Bij onderlinge strijd zouden ze in een rationeel debat verzoend moeten worden.²³ Ruiter geeft met zijn inhoudelijke toets echter eerder een filosofische dan een juridische toets. In de rechtspraak is dit niet verwerkbaar. Ruiters materiële criterium krijgt geen navolging in het verdere juridische vertoog.

3.2.2 *Het proportionaliteitsgebod*

Wel aanknopingspunten voor de praktijk biedt een uitbreiding van de doel-middel toets zoals door Hirsch Ballin voorgesteld. Zijn uitgangspunt is dat het recht berust op een waardering en afweging van tegengestelde belangen uit algemene gezichtspunten. Deze belangenafweging vindt uitdrukking in het differentiatie criterium dat

17 Burkens 1982.

18 Burkens 1982, p. 60.

19 Zie over het samenvallen van het gelijkheidsgebod met het willekeurverbod: Timmermans 1982, pp. 439-440 en de daar genoemde literatuur en Loenen 1992, p. 21.

20 Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz* (1925), aangehaald door Wiggers 1991, pp. 4-5.

21 Zie Loenen 1992, pp. 19-21.

22 Maris 1988b, p. 54.

23 Ruiter 1985, pp. 25-35.

Het (supra)nationale juridische gelijkheidsvertoog

door de algemene regeling is aangewend. Het gelijkheidsgebod ziet, aldus Hirsch Ballin, op de rechtmatigheid van het aangelegde criterium. Dit differentiatiecriterium moet nuttig en nodig zijn ter verwezenlijking van het doel van de regeling en het moet adequaat zijn, dat wil zeggen dat er een redelijke verhouding moet bestaan tussen de beoogde gevolgen voor de te dienen belangen enerzijds, en de nadelige gevolgen voor de andere mee te wegen belangen anderzijds.²⁴

Deze toets is een stap verder dan een willekeurtoets. Hirsch Ballin betreft ook de *belangen* van diegenen die worden ingesloten of juist uitgesloten als gevolg van de aangebrachte scheidslijn in zijn beoordeling. Er moet sprake zijn van evenredigheid of proportionaliteit tussen middel en doel. Het proportionaliteitsbeginsel is een juridisch (her)kenbare toets. Te constateren valt dan ook dat de toets aansluiting kan vinden bij de gangbare willekeurtoets.²⁵

Tussen het willekeurverbod en het proportionaliteitsgebod bestaat overigens geen waterdicht schot. Beide zijn een doel-middel toets. De doel-middel toets beoordeelt de geschiktheid van het middel voor het beoogde doel. Dat kan door te beoordelen of het geen onredelijk of niet-zakelijk middel is gezien het doel. Dat is niet veel anders dan te beoordelen of het middel niet in een onredelijke verhouding staat tot het doel. Hier schijnt weinig licht tussen het willekeurverbod en het proportionaliteitsgebod. Proportionaliteit is echter ook uitgebreider te toetsen. Bijvoorbeeld door te beoordelen of de belangen die met het doel van de regeling begunstigd worden, wel opwegen tegen de belangen die als gevolg van de toepassing van het middel geschonden worden. Het proportionaliteitsgebod vertaalt zich dan in een belangenafweging.

3.3 Operationalisering van het discriminatieverbod

Boven is een beschrijving gegeven van de gevestigde leer waarin de termen 'gelijke behandeling' en 'onrechtmatig onderscheid' een plaats vinden. Evenwel is 'discriminatie' als juridische term ook als richtinggevend beschouwd voor het juridische vertoog (§ 2). Als attractor van de gevestigde leer werd het gebod tot gelijke behandeling aangewezen. Dit gelijkheidsgebod, en ook het oorspronkelijk adagium van Aristoteles, spreekt niet van discriminatie. De term dringt de gevestigde doctrine langs andere weg binnen. Het zijn de gepositieerde gelijkheidsnormen van na de Tweede Wereldoorlog die voor het eerst het sociale begrip discriminatie opnemen.

24 Hirsch Ballin 1988, pp. 145-146.

25 Genoemd door onder meer Timmermans 1982, p. 438; J.H. Wiggers 1991, p. 169 en Jacobs 1992, p. 8.

Hoofdstuk 8

Een meerwaarde ten opzichte van de gelijkheidsdoctrine levert de introductie van de term discriminatie in het algemeen niet op. De attractor van het gelijkheidsgebod blijft overeind. Discriminatie wordt in het vertoog ingepast door het discriminatieverbod en het gelijkheidsgebod als elkaars spiegelbeeld te beschouwen.²⁶ Aangezien het gelijkheidsgebod in zijn uitwerking wordt gespiegeld in een verbod van ongerechtvaardigd onderscheid, kan het discriminatieverbod geruisloos in de gevestigde doctrine opgaan. Discriminatie vormt dan één woord voor ongerechtvaardigd onderscheid. Deze uitwisseling van termen wordt versterkt door de rechtsstructuur aan gelijkheidsnormen uit de mensenrechtenverdragen. Hierin worden ‘discriminatie’ en ‘onderscheid’ willekeurig gebruikt. Omdat niet elk onderscheid pejoratieve discriminatie kan zijn, moet het uitgelegd worden als ongerechtvaardigd onderscheid.²⁷

Verstoring van de gevestigde doctrine is merkbaar wanneer artikel 1 Grondwet wordt ingevoerd. De door politieke compromisvorming vastgestelde formulering van dit artikel leidt tot ‘onleesbaarheid’ voor het rechtssysteem. Daar de eerste zin van artikel 1 Grondwet het gebod tot gelijke behandeling omvat, zou de tweede zin, dat het verbod van discriminatie tot uitdrukking brengt, een doublure betekenen (zie onder § 2). Aan de andere kant is het letterlijk uitleggen van het discriminatieverbod, in die zin dat onderscheid op de in de wet genoemde gronden altijd een ongerechtvaardigd onderscheid vormt, zinledig gemaakt door de toevoeging van ‘of op welke grond dan ook’. Niet elk onderscheid kan verboden zijn. Na enig debatteren is de uitkomst in de gevestigde doctrine dat moet worden aangenomen dat discriminatie staat voor een als pejoratief gekwalificeerd onderscheid.²⁸ De tweede zin uit artikel 1 Grondwet is daarmee een kwalificering van het algemene gebod tot gelijke behandeling. Het duidt de gronden aan waarvan algemeen geaccepteerd is dat deze in beginsel een verboden grond voor onderscheid zijn. De toevoeging ‘op welke grond dan ook’ geeft slechts aan dat de lijst van discriminatiegronden niet noodzakelijkerwijs gelimiteerd is.²⁹

Deze specifieke juridische kwalificering van discriminatie zou dan toch een afwijking van de attractor uit het vertoog vormen. Zo ver komt het echter niet. Men lijkt juridisch niet goed uit de voeten te kunnen met wat het gevoelsmatige element van ‘pejoratieve lading’ in de rechtssystematiek zou moeten betekenen. Het enge

26 Wentholt 1990, p. 46.

27 Zie Jacobs 1992, p. 5.

28 Vgl. de weergave van de doctrine op dit punt door Loenen 1992, p. 21 en Wiggers 1991, p. 7. Hirsch Ballin, in zijn rol als minister, meent in zijn toelichting op artikel 429quater WvSr dat van discriminatie pas sprake is, als er een ‘als pejoratief aangeduid willekeurigheidsmoment’ in besloten ligt (TK 20 239, nr. 23, pp. 3-5).

29 Jacobs 1992, p. 3.

Het (supra)nationale juridische gelijkheidsvertoog

discriminatiebegrip dat verbonden is aan de met name genoemde discriminatiegronden, blijft in het verdere vertoog onbepaald.³⁰ De vernieuwing die de term 'discriminatie' lijkt te introduceren, wordt door de attractor van het gelijkheidsgebod, uitgevoerd door een willekeurtoets, 'overvleugeld'. Wel is het zo dat vele auteurs een onderscheid op grond van de wettelijke discriminatiegronden 'verdacht' noemen. Dit zou een zwaardere rechtvaardiging vergen.³¹ De juridische operationalisering hiervan in een strengere toets blijft echter uit binnen de gevestigde doctrine. Door gebrek aan een dergelijke specifieke toets valt een onderscheid op grond van een verdacht criterium uiteindelijk onder dezelfde toets als die voor elke andere willekeurige grond.³²

Een poging tot operationalisering, zonder opvolging in de doctrine, is nog wel te vinden bij Burkens. Burkens tracht de pejoratieve geladenheid van discriminatie juridisch in te vullen. Hij wijst erop dat het verschil tussen discriminatie en ongelijke behandeling is, dat het eerste betrekking heeft op *groepskenmerken* die door de leden van de groep niet of niet zonder veel persoonlijke schade zijn af te leggen.³³ Discriminatie doet zich zijns inziens voor wanneer op grond van zodanige persoonsgebonden groepskenmerken is geconcludeerd tot een zakelijke grond voor een ongelijke behandeling. Burkens wil hiervoor echter geen absoluut verbod stellen. Naar zijn mening kunnen persoonsgebonden groepskenmerken in bepaalde gevallen wèl een zakelijk criterium opleveren.³⁴ Daarmee is Burkens terug bij af. Het discriminatieverbod beslaat niet elk onderscheid maar alleen *ongerechtvaardigd* onderscheid op grond van een persoonsgebonden criterium. Dit levert geen andere toets op dan het willekeurverbod.³⁵

In hoofdzaak verlaat Burkens inderdaad de gevestigde doctrine niet. Wel voegt hij één extra aandachtspunt toe dat niet de doel-middeltoets zelf, maar de feitelijke inschatting betreft op grond waarvan een onderscheidend middel nadelig uitvalt. Burkens meent dat bij de feitelijke beslissing of het individu inderdaad het zakelijk criterium niet kan vervullen, dit niet *categoriaal* uit persoonsgebonden groepskenmerken geconcludeerd mag worden. Zo mag bijvoorbeeld op grond van het groepskenmerk 'vrouw' niet categoriaal geconcludeerd worden dat zij op de arbeidsmarkt geen voldoende continuïteit op lange termijn kan bieden, wat daar ook

30 In deze zin Van der Pot/Donner 1989, pp. 264 e.v. en Kortmann 1990, p. 360.

31 Jacobs 1992, p. 2; Hirsch Ballin 1988, p. 140.

32 Zie Loenen 1992, p. 21.

33 Burkens 1982, p. 63.

34 Hij wijst op het groepskenmerk 'taal' dat als selectiecriterium voor bepaalde functies gerechtvaardigd kan zijn, Burkens 1982, p. 63.

35 In deze zin ook Loenen 1992, p. 21 en Wentholt 1991, p. 46.

Hoofdstuk 8

van moge zijn.³⁶ Het gaat hier om ‘statistische discriminatie’.³⁷ Dat wil zeggen dat een bepaald kenmerk aan een bepaald individu wordt toegeschreven, omdat het individu tot een groep behoort waarmee het kenmerk (vermeend) statistisch correleert. Voor de doel-middeltoets betekent dit dat het middel willekeurig is ten opzichte van het doel wanneer het niet op geïndividualiseerde feiten berust. In het verloop van het gelijkheidsvertoog schuift dit aspect echter weer snel naar de achtergrond. Het wordt door andere schrijvers niet genoemd.

4 De ‘afwijkende’ juridische gelijkheidsdoctrine

4.1 Inleiding

De discussie over de juridische vertaling van het discriminatievraagstuk kent meerdere stromingen. Er treden fluctuaties op in een juridisch vertoog (zie hfdst. 5 § 3.2). De gevestigde doctrine vormt als het ware de hoofdweg in de discussie. Maar er zijn ook verschillende zijpaden. Unger spreekt hier van ‘deviant discourse’.³⁸ Deze doctrines zijn afwijkend of ondergeschikt(er) in het geheel van de juridische dogmatiek. Zij kenmerken zich doordat ze zich los trachten te maken van de attractor, maar niet zodanige navolging vinden dat de attractor werkelijk verlegd wordt. Onder een afwijkende doctrine versta ik meer dan een kritiek op de gevestigde leer. Het moet gaan om een werkelijk alternatief juridisch concept dat door middel van juridische definities tot een in principe juridisch toepasbare toets is omgewerkt. Het is eveneens moeilijk om van ‘de’ afwijkende leer te spreken. Het discussie karakter is veelal nog sterker en de onderlinge verschillen groter. Daar tegenover staat dat de groep van schrijvers beperkt is.³⁹

De beschrijving van de afwijkende doctrine is gebaseerd op allereerst twee ‘vroeger’ representanten. Gekozen is voor Vierdag en Timmermans. Hun geschriften zijn door de jaren heen steeds weer aangehaald wanneer op andere opvattingen gewezen wordt, met name door schrijvers uit de gevestigde leer. Na deze twee schrijvers wordt recentere literatuur behandeld. Men zou kunnen zeggen dat na een ‘sur place’ in de jaren tachtig de afwijkende doctrine begin jaren negentig nieuwe impulsen heeft ondervonden. Deze impulsen zijn met name uit de feministische hoek

36 Burkens 1982, pp. 63-64.

37 Uitgewerkt in de economie door Becker en Arrow, zie bijvoorbeeld bij Schippers 1987, pp. 115 e.v.

38 Aangehaald door Nelken 1991.

39 Daadwerkelijk uitgewerkte alternatieve gelijkheidsconcepten zijn sporadisch in de literatuur, vgl. Loenen 1992, p. 24.

Het (supra)nationale juridische gelijkheidsvertoog

gekomen, juist vanuit de gedachte om het recht meer te betrekken op de politieke en maatschappelijke werkelijkheid. Voor alle besproken schrijvers geldt dat zij bewust een actor moeten zijn in het *juridisch* debat. Dat wil zeggen dat zij niet of niet alleen binnen een wetenschappelijke context communiceren, maar bewust ook binnen de rechtswetenschappelijke context. Daarvoor moeten normatieve beschrijvingen van recht binnen de juridische parameters van de ‘legal reasoning’ vallen. In concreto houdt dat in dat bijvoorbeeld rekenschap wordt gegeven van de eigenheid van het rechtssysteem en de typische werking van de rechtspraak. Geschriften die merendeels refereren aan bijvoorbeeld een filosofische, sociologische of politieke betekeniscontext vallen hier buiten.

De afwijkende discussie onderscheidt zich, zo kan men zeggen, door een bewustzijn van meerdere maatschappijsferen. De gedachte is dat gelijkheid niet alleen een rechtsverwachting vormt maar in wezen een algemeen sociale verwachting. Dit leidt tot de conclusie dat de specifieke juridische beeldvorming en verwerking zodanig moet zijn dat de feitelijke wijze waarop gelijkheid doorwerkt in andere sferen dan het recht maatgevend is voor de rechtstoepassing. Men zou hierin bijna een ‘reflexief programma’ kunnen herkennen, in die zin dat er een doelgerichte poging is tot koppeling van het recht aan andere systemen (hfdst. 4 § 5.2).

Hierbij past een kanttekening. Immers, boven is opgemerkt dat ook de gevestigde leer zich rekenschap geeft van de meer dan zuiver juridische waarde van gelijkheid. Dat was aanleiding tot een gelijkheid in de wet. Het gegeneraliseerde sociale beeld dat alle mensen in beginsel als gelijke gevallen hebben te gelden, leidde tot de regel van gelijkstelling in het recht boven de uitzondering van onderscheid. In de afwijkende leer wordt de gevestigde leer echter verweten juist in zijn operationalisering van gelijkheid de erkenning van het rechtsoverschrijdende beeld van gelijkheid weer te niet te doen. De gangbare uitwerking waarin het rechtssysteem individuen in beginsel gelijke rechten en plichten verleent, verleent gelijkheid slechts een juridisch-abstracte werkingskracht. Individuen bevinden zich buiten de rechts sfeer in zeer uiteenlopende situaties. Hierdoor kan de kans om dezelfde rechten realiter te kunnen uitoefenen, op voorhand ongelijk zijn. Met een simpel voorbeeld, het juridisch-abstracte gelijke recht voor validen en voor invaliden vrijelijk een openbaar gebouw met stijle trap te betreden, levert buiten het recht geen gelijke kans op uitoefening van dit recht op.

Terugvertaald naar het juridisch gelijkheidsconcept betekent dit niet dat het gelijkheidsgebod altijd onjuist is. Het is alleen onjuist als individuen als gelijken worden aangemerkt wanneer deze binnen de niet-juridische context in ongelijke situaties verkeren. De afwijkende leer stelt dan ook een aanvulling voor op het gelijkheidsgebod, namelijk een differentiatiegebod.

4.2 Het materiële discriminatieverbod

Vierdag betoogt vanuit bovenstaande visie dat bij toepassing van het gelijkheidsbeginsel niet de behandeling binnen de rechtssfeer maatgevend moet zijn, maar de uitkomst van de behandeling buiten die sfeer.⁴⁰ Dit resultaat kan ongelijk zijn omdat gelijke gevallen ongelijk behandeld worden, maar ook omdat ongelijke gevallen gelijk behandeld worden. Vierdag's werk dateert van 1973. Het is in de loop der jaren geenszins onopgemerkt gebleven, toch is zijn visie niet terug te vinden in de gevestigde leer. Het heeft de attractor niet kunnen beïnvloeden.

Vierdag benoemt gelijkheid in resultaat als 'materiële gelijkheid'. Dit zet hij tegenover 'formele gelijkheid', wat staat voor gelijkheid in het recht zoals de gevestigde leer deze uitlegt. Belangrijk in zijn visie is dat het bewerkstelligen van feitelijke gelijkheid niet uitgelegd mag worden als het egaliseren van alle feitelijke ongelijkheden buiten de rechtssfeer. De gelijkheid verwijst alleen naar het realiseren van een gelijk genot van rechten buiten de rechtssfeer door rekening te houden met eventuele feitelijke ongelijkheden aldaar.

Zoals het een juridische conceptualisering past, werkt Vierdag zijn juridisch beeld en begrip van materiële gelijkheid uit naar een juridische operationaliseringsmethode. Hij noemt dit een discriminatietoets. De term discriminatie staat daarbij niet voor het spiegelbeeld van gelijkheid. Er is een pejoratief element aan toegevoegd.⁴¹ Hij definieert het als een 'wrongly equal, or wrongly unequal treatment'.⁴² Van discriminatie is sprake, aldus Vierdag, wanneer er een 'insufficient connection' bestaat tussen feitelijke (on)gelijkheden en de aard van de betrokken rechten en plichten. Daarvan is sprake wanneer het rechtssysteem een ongelijkheid in rechten introduceert die onvoldoende verband houdt met bestaande feitelijke gelijkheden (ongelijke behandeling van gelijke gevallen). Maar ook wanneer het rechtssysteem ongelijke rechten achterwege laat, als daardoor een onvoldoende verband optreedt met de feitelijke ongelijkheden (gelijke behandeling van ongelijke gevallen).⁴³ Dit nalaten te differentiëren ontstaat door het opstellen van een uniforme rechtsregeling of door het achterwege laten van elke rechtsregeling. Berusting impliceert immers ook een uniforme 'regeling'. Of er een 'sufficient connection' is, hangt volgens Vierdag af van de 'truthfulness' van de classificatie en de, in principe, subjectieve afweging van de betrokken waarden.⁴⁴

40 E.W. Vierdag, *The concept of discrimination in international law*, Den Haag 1973.

41 Vierdag 1973, p. 52.

42 Vierdag 1973, pp. 58-60.

43 Vierdag 1973, p. 61, vgl. ook de beschrijving van Loenen 1992, p. 27.

44 Vierdag 1973, pp. 62-63.

Het (supra)nationale juridische gelijkheidsvertoog

Concluderend, komt Vierdag tot een andere juridische beeldvorming van gelijkheid. Maatgevend is een gelijkheid die beoordeeld wordt naar de context waar het probleem zich voordoet, in plaats van beoordeling naar de context van het recht. Naar gelang van deze maatschappelijke (on)gelijkheid moeten juridische rechten gelijkstellen of differentiëren. Opvallende overeenkomst met de gevestigde leer is evenwel de aard van de operationaliseringstoets. In Vierdags 'truthfulness' van de classificatie is de redelijkheid of zakelijkheid van het middel te herkennen. In de afweging van de waarden is de (uitgebreide) proportionaliteitstoets tussen middel en doel van Hirsch Balin te herkennen. Vierdag's toets is uitdrukkelijk ook een doel-middeltoets. Men kan immers een gehanteerde classificatie niet in verband brengen met feitelijke (on)gelijkheden, zonder een, impliciete, benoeming van een differentiatiedoel. Buiten het recht is identiciteit van situaties ook uitgesloten. Of situaties feitelijk gelijk of ongelijk zijn, is alleen te beoordelen in relatie tot het beoogde feitelijke doel van een regeling. Het 'voldoende verband' betekent dan een voldoende verband tussen middel en doel. De grenzen van elke juridische operationalisering van een algemeen gelijkheidsbeginsel lijken toch te liggen in een doel-middeltoets.

De eindconclusie moet zijn dat qua karakter de discriminatietoets van Vierdag een willekeurverbod blijft. Dat wat op willekeur getoetst moet worden, is echter niet alleen een onderscheid in rechten maar ook een gelijkstelling in rechten. Tevens kan een gelijkstelling in rechten niet alleen ontstaan door een regeling, maar ook door het nalaten daarvan.

4.3 Het indirecte discriminatieverbod

Timmermans gaat verder waar Vierdag ophoudt. Timmermans baseert zijn vertoog op de rechtspraktijk van het EG-Hof die afwijkt van de gevestigde nationale gelijkheidsdoctrine.⁴⁵ Timmermans schuift ook het gevestigde gelijkheidsgebod niet terzijde, maar wil dit aanvullen met een differentiatiegebod. Voor het spiegelbeeld van dit laatste gebod reserveert hij de term materiële discriminatie. Dit houdt in het gelijk behandelen in ongelijke situaties. Het spiegelbeeld van het gelijkheidsgebod wordt formele discriminatie genoemd. Dat wil zeggen, het ongelijk behandelen in gelijke situaties. Vierdag daarentegen, bestemde het begrip van materiële discriminatie voor het geheel van zijn leer. Dus zowel voor een rechtsgelijkstelling als een rechtsdifferentiatie afhankelijk van de feitelijke situaties.

45 C.W.A. Timmermans, Verboden discriminatie of (geboden) differentiatie, SEW 1982, pp. 426-460.

Hoofdstuk 8

4.3.1 *Het formele discriminatieverbod*

Het formele discriminatiebegrip van Timmermans volgt de gebaande paden van de gevestigde gelijkheidsdoctrine. Timmermans stelt: “gelijke omstandigheden mogen niet verschillend behandeld worden, tenzij dit verschil objectief gerechtvaardigd ware.”⁴⁶ Gelijkheid is dus regel en onderscheid uitzondering. Timmermans wijst zelf op de overeenkomst tussen zijn formele discriminatietoets en het klassieke willekeurverbod.⁴⁷ Hij splitst, anders dan de gevestigde doctrine, de toets nog wel op in een ‘vergelijkbaarheidstoets’ en een ‘rechtvaardigheidstoets’. De vergelijkbaarheidstoets ziet op de beoordeling van de (on)gelijkheid van gevallen. De ‘rechtvaardigheidstoets’ ziet op de rechtvaardiging van het verschil in behandeling. Zoals Timmermans weet aan te tonen, vallen deze toetsen bij een juiste juridische uitvoering samen.⁴⁸ Immers een oordeel over de gelijkheid of ongelijkheid van gevallen staat of valt met het ingenomen perspectief (criterium), wat afhankelijk is van het beoogde doel van de handeling. Wat men dus beoordeelt, is of de gevallen gezien het doel van de regeling bijvoorbeeld inderdaad ongelijk zijn. Dit komt overeen met een beoordeling of het gemaakte onderscheid gedragen wordt door het doel van de regeling. Dit laatste is niet anders dan de rechtvaardigheidstoets. Het onderscheid is gerechtvaardigd, aldus Burkens, wanneer het middel onderscheidt naar die gevallen die vanuit het doel van de regeling ongelijk zijn te noemen. Daarmee zijn we weer terug bij de vergelijkbaarheidsvraag.

Hoewel de toetsen in principe dezelfde zijn, kunnen ze door halfslachtige juridische uitvoering wel een verschillende inhoud krijgen. Timmermans, en later Jaspers en Van Hoof,⁴⁹ tonen dit aan aan de hand van de rechtspraktijk. Bij de rechtvaardigheidstoets wordt door de rechter soms uitsluitend beoordeeld of het doel van de maatregel in zichzelf op objectieve gronden berust, dus los van het daartoe aangewende differentiatiemiddel. Dit is vooral voor de communautaire rechter begrijpelijk omdat nationale maatregelen getoetst kunnen worden aan Europese doelstellingen. De Nederlandse rechter kan een wettelijke maatregel niet aan het Nederlandse recht toetsen. Timmermans wijst er echter op dat toetsing van het doel op zich niet volstaat voor de uitleg van het gelijkheidsbeginsel. Juist de verhouding tussen middel en legitiem doel moet aan bod komen. Daarom gaat Timmermans akkoord met een vergelijkbaarheidstoets waar zowel het doel als de doel-middelverhouding aan de orde komen.⁵⁰ Een rechtvaardigheidstoets kan alleen als daarin

46 Timmermans 1982, p. 434.

47 Timmermans 1982, pp. 438-440.

48 Timmermans, p. 441. Zie ook Loenen 1992, p. 212 voor de onjuistheid van de gepercipieerde tegenstelling tussen de beide toetsen.

49 Jaspers en Van Hoof 1986.

50 Timmermans 1982, p. 441.

Het (supra)nationale juridische gelijkheidsvertoog

ook de doel-middelverhouding wordt meegenomen.⁵¹ Dit alles stemt overeen met de gevestigde nationale doctrine.

Dat geldt ook voor de uitleg van het discriminatiebegrip bij Timmermans voorzover het om gepositieerde onderscheidingsgronden gaat. Hij acht discriminatie op in wet of verdrag genoemde gronden niet per se verboden, doch alleen als het om ongerechtvaardigd onderscheid gaat. De conclusie is dan ook dat hier dezelfde doel-middeltoets van toepassing is als voor welke andere grond dan ook.⁵²

4.3.2 *Het verbod van indirecte en overige materiële discriminatie*

Na de formele discriminatie werkt Timmermans de materiële discriminatie uit. Toetssteen voor materiële discriminatie is, aldus Timmermans, het daadwerkelijk onderscheidend effect van de maatregel. (On)gelijkheid wordt daarmee niet binnen het rechtssysteem gemeten, maar in die context waar de rechtshandeling zijn uitwerking heeft: “Als de regeling in zichzelf gelijk is maar in effect ongelijk, dan is dit het gevolg van het feit dat de situatie waarop de regeling gelijkelijk wordt toegepast in wezen ongelijk is.”⁵³ Materiële discriminatie is dus een gelijke behandeling van ongelijke gevallen. Timmermans spreekt uitdrukkelijk van een ‘regeling’. Hierin ligt een verschil met Vierdag die spreekt van het achterwege laten van differentiatie. Dit is het gevolg van een gelijkstellende regeling of het niet treffen van een regeling.

Materiële discriminatie wordt als zodanig maar een enkele keer in de communautaire rechtspraktijk genoemd, aldus Timmermans. Wat in het kader van de nationaliteitsverboden in het Europees economisch verkeer veel verder tot ontwikkeling is gebracht, is het juridisch concept van ‘indirecte discriminatie’. Timmermans geeft hiervoor de definitie van het EG-Hof: “Gelijke behandeling verbiedt niet alleen zichtbare discriminaties, maar ook alle vormen van indirecte discriminatie die door de toepassing van andere onderscheidingscriteria tot hetzelfde resultaat leiden.”⁵⁴ De toets van indirecte discriminatie is dezelfde als die van formele discriminatie. Het indirecte onderscheid is verboden tenzij het objectief te rechtvaardigen valt.⁵⁵ Boos opzet is evenals bij formele discriminatie geen vereiste.

Het indirecte discriminatieverbod wordt in Timmermans’ concept als species van het materiële discriminatieverbod omschreven. Behalve indirecte discriminatie omvat materiële discriminatie nog overige vormen zoals Timmermans dat noemt. Bij

51 Idem. Zo ook Jaspers en Van Hoof 1986 p. 146.

52 Timmermans 1982, pp. 442-443.

53 Timmermans 1982, p. 445.

54 EG-Hof 125/73 *Sotgiu* JUR 1974, 164.

55 Timmermans 1982, p. 446.

Hoofdstuk 8

indirecte discriminatie zijn andere onderscheidingscriteria toegepast met hetzelfde resultaat. Bij de 'overige vormen' zijn helemaal geen onderscheidingscriteria toegepast.⁵⁶ Onderscheid is immers niet noodzakelijk om een materieel discriminerend effect te veroorzaken. Ongelijkheid kan ook het gevolg zijn van een gelijkstellende maatregel die op onvergelykbare situaties wordt toegepast. Bijvoorbeeld, elke burger met of zonder auto is verplicht een autoverzekering af te sluiten. Van een onderscheidingscriterium is geen sprake.

Materiële discriminatie is volgens Timmermans het gelijk behandelen in onvergelykbare gevallen. Indirecte discriminatie is hiervan een species, dus een vorm van gelijke behandeling van ongelijke gevallen. Dit standpunt wordt door velen verdedigd.⁵⁷ Bijvoorbeeld in het geval van een nationale maatregel die alleen visserboten van een minimaal tonnage toelaat waaraan de meeste buitenlandse boten niet blijken te kunnen voldoen, betekent deze visie het volgende. De nationale maatregel vormt een rechtsgelijkstelling (naar nationaliteit). De binnenlandse en buitenlandse vissersboten zijn (vanuit het oogpunt van gewicht) de onvergelykbare gevallen.

Toch lijkt de benadering van het EG-Hof zelf een wat andere. Het Hof benadrukt niet dat er sprake is van een rechtsgelijkstelling maar juist van een rechtsonderscheid, en wel een verborgen onderscheid. Er is voor een ander onderscheidingscriterium gekozen, dat nagenoeg hetzelfde resultaat geeft als zou het verboden criterium gehanteerd zijn.⁵⁸ Indirect wil dan zeggen op een indirecte wijze *onderscheid* maken en niet op een indirecte wijze gelijkschakelen. Indirecte discriminatie zou in deze optiek eerder een specifieke (verborgen) vorm van ongelijke behandeling van gelijke gevallen zijn, oftewel van formele discriminatie.⁵⁹ Zou dat zo zijn dan gaat de stelling van Timmermans dat indirecte discriminatie een species is van materiële discriminatie, niet op. Indirecte discriminatie ligt dan dicht tegen formele discriminatie aan. Het handelt in wezen eerder om een verborgen ongelijke behandeling via een ander onderscheidingscriterium, dan om een ware gelijkstelling. In het gegeven voorbeeld van de vissersboten doet het ook wat gekunsteld aan om een nationale maatregel die onderscheidt naar gewicht als een gelijkstelling te moeten aanmerken. Dat geldt eveneens voor de visie dat binnen- en buitenlandse vissersboten ongelijke gevallen zijn, terwijl ze in het Europees economisch verkeer juist lood om oud ijzer zijn. In de systematiek van het EG-Hof is het gewichtsvereiste

56 Timmermans 1982, p. 447.

57 Onder andere Wentholt 1990, p. 50.

58 Onder andere *Sotgiu*-arrest, EG-Hof 125/73, JUR 1974, 164 of voor seksediscriminatie *Jenkins*-arrest, EG-Hof 96/80 JUR 1981, 911.

59 Vgl. ook over deze ambivalentie van het indirecte discriminatieconcept Loenen 1990, p. 254.

Het (supra)nationale juridische gelijkheidsvertoog

een verborgen of indirect onderscheid naar nationaliteit en zijn de vissersboten gelijke gevallen.

Toch mag niet gezegd worden dat indirecte discriminatie daardoor volledig samenvalt met formele discriminatie. Beter lijkt het te definiëren als een tussenvorm of hybride vorm van formele en materiële discriminatie. Het is hybride omdat het een formeel aspect in de zin van Timmermans kent. Het gaat om een ongerechtvaardigd (verborgen) onderscheid en geen ongerechtvaardigde gelijkstelling. Maar het kent ook een materieel aspect in de zin van Vierdag, omdat het ongelijke resultaat, dus buiten de abstracte rechtssfeer, maatgevend is.

Dit alles overziend, lijkt het het meest helder het juridische begrip van materiële discriminatie verder te reserveren voor een rechtsgelijkstelling door een maatregel, of door het achterwege laten daarvan, van feitelijk onvergelykbare gevallen. Juridische formele discriminatie betreft dan een direct onderscheidende maatregel in gelijke gevallen. Juridische indirecte discriminatie ligt daar tussen in. Het gaat om een verborgen onderscheidende maatregel in gelijke gevallen die tot hetzelfde resultaat leidt als ware een direct verboden onderscheid gebruikt.

Het uit elkaar houden van materiële en indirecte discriminatie lijkt vooral van belang vanwege de fundamenteel verschillende bestrijding daarvan. Een verboden direct of indirect onderscheid is op te heffen door een verbod van het toegepaste onderscheidingscriterium. Een verboden gelijkstelling is over het algemeen slechts op te heffen door een gebod tot het nemen van differentiërende maatregelen die compenseren voor het verschil. Eventueel kan een gelijkstellende maatregel ook slechts verboden worden. Maar als de ontstane leemte niet vanzelf differentiatie impliceert, bestaat de kans dat van berusting ook een gelijkstelling uitgaat.

4.4 Het verbod van dominerende behandeling

4.4.1 Reactivering van het materiële gelijkheidsvertoog

Aan het einde van de jaren tachtig en het begin van de jaren negentig ondervindt de afwijkende doctrine van materiële discriminatie nieuwe impulsen. De hernieuwde aandacht in de dogmatiek komt uit een specifieke hoek, die van juridische vrouwenstudies. Het kenmerkende van het feministische vertoog is, dat het gelijkheidsbeginsel niet in abstracto wordt uitgewerkt naar steeds concretere juridische toetsingsmaatstaven. Het is andersom. Vanuit maatschappelijke ervaringen met de mate waarin vrouwen gelijke rechten buiten de abstracte rechtscontext kunnen uitoefenen, wordt teruggedeneerd naar meer abstracte juridische toetsen voor gelijkheid. In dit omgekeerd perspectief is de materiële invalshoek al ingebakken. Door de posities van mannen en vrouwen buiten het recht centraal te stellen, wordt licht geworpen op de maatschappelijke betekenis van de regulering van het vrouwen-

Hoofdstuk 8

vraagstuk door middel van het juridische gelijkheidsbeginsel. Dit perspectief is interessant omdat dit hoofdstuk de gelijkheidsdoctrine met name bestudeert vanuit het oogpunt waarop het recht het politiek verwoorde vrouwenvraagstuk reconstrueert. De lijn van de afwijkende (materiële) gelijkheidsleer wordt opgepakt en opnieuw voortgezet. Ook hier geldt uiteraard dat een synthese van deze discussie uit de aard der zaak enigszins generaliserend zal moeten zijn.

In tegenstelling tot de gevestigde doctrine draagt het feministisch vertoog een internationaler karakter. Vooral de Amerikaanse schrijfsters en rechtspraak hebben hun invloed.⁶⁰ Het internationale karakter gaat in feite op voor de hele afwijkende leer. De materiële doctrine, zoals verwoord door Vierdag en Timmermans, blijkt ook in referentie aan de internationale dogmatiek en praktijk tot stand te zijn gekomen. Verondersteld zou kunnen worden dat het internationale recht door zijn sterke interferentie met de internationale politiek minder gesloten is in zijn rechtsbeelden en rechtsoperaties. Het internationale recht 'koppelt' daardoor eenvoudiger aan bijvoorbeeld morele en politieke systemen in zijn omgeving. De keerzijde hiervan kan echter zijn dat het internationale recht minder gedifferentieerd is naar een unieke maatschappelijke functie. Het resultaat is mogelijkerwijze een meer diffuse sociale betekenisacht.

4.4.2 Verwerping van elke gelijkheidsdoctrine

Het startpunt van het afwijkend gelijkheidsvertoog is steeds de gedachte dat de juridische norm op grond waarvan individuen in beginsel als gelijke gevallen hebben te gelden, niet strookt met de situaties waarin individuen buiten de rechtscontext verkeren. Het feministisch subvertoog neemt deze discussielijn over en betreft dit specifiek op de situaties van mannen en vrouwen. De gevestigde doctrine in toepassing op mannen en vrouwen zou inhouden dat mannen en vrouwen in de regel gelijk behandeld moeten worden. Sekseonderscheid moet gerechtvaardigd worden door een objectief verschil. Het werkelijk objectieve verschil waar iedereen het over eens is, is het biologische verschil.

In de feministische discussie wordt deze uitleg als problematisch ervaren. Doordat onderscheid de uitzondering is, ligt de nadruk op de formele gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Indien vrouwen en mannen buiten de rechtscontext echter eerder in onvergelijkbare dan vergelijkbare situaties verkeren, betekent de gevestigde leer vooral een formele gelijkstelling van onvergelijkbare gevallen. Dat leidt per saldo tot slechts meer ongelijkheid. De positieve functie van het formele gelijkheidsbeginsel beperkt zich tot die gevallen waarin vrouwen zich

⁶⁰ Zie Loenen 1992.

Het (supra)nationale juridische gelijkheidsvertoog

in een met mannen vergelijkbare situatie bevinden.⁶¹ Maar daar ligt juist niet het zwaartepunt van de emancipatieproblematiek.

In het feministische rechtsdebat wordt als eerste alternatieve concept een omkering van het dominante principe van gelijkheid voorgesteld. Het maken van onderscheid wordt derhalve de regel en het gelijkstellen de uitzondering. Dit impliceert een systeem van speciale rechten voor mannen en vrouwen, tenzij zij zich in vergelijkbare omstandigheden bevinden.⁶² Veel aanhang krijgt dit concept niet. Men vreest dat de speciale rechten buiten de juridische context een extra feitelijk nadeel voor vrouwen betekenen. Daarnaast hebben speciale rechten een behoudende werking omdat vrouwen op bepaalde 'objectieve' verschillen worden vastgepind.⁶³ Wellicht zijn deze 'objectieve' verschillen juist een gevolg van een situatie van maatschappelijke onderschikking van vrouwen.

Het prille debat toont aan dat zowel de gelijkstelling als het verschil als centraal perspectief problematisch is. In Nederland trekken bijvoorbeeld Pessers en Holtmaat hieruit de conclusie dat het juridische gelijkheidsbeginsel ongeschikt is voor een oplossing van het vrouwenvraagstuk.⁶⁴ Alleen als vrouwen in vergelijkbare situaties als mannen verkeren, zo stellen zij, levert het gelijkheidsbeginsel het daadwerkelijk genot van gelijke rechten op. Dit impliceert slechts 'a right to enter a man's world'.⁶⁵ De gedachte is dat een gelijkheidsbeginsel vrouwen slechts naar bestaande preferente rechtsposities kan doen opschuiven. Deze zijn in de historie van recht en maatschappij meer op het 'mannelijk' levensmodel afgestemd.⁶⁶ Om dit te doorbreken wordt een behoefte geconstateerd aan 'ander recht' (Holtmaat) of een 'Umwertung' van het bestaande systeem aan rechtsnormen (Pessers).

Zolang deze feministische 'revolutie' en de daarmee gemoeide algemene hercodificatie van het recht uitblijft, is bovenstaand appèl niet tot een juridische betekeniscontext te rekenen. Het gaat de juridische parameters voor rechtsvorming door het rechtssysteem te boven. De geschriften refereren meer aan een politieke of filosofische betekeniscontext. Wanneer deze communicaties niet naar een juridisch te

61 Mackinnon 1988, pp. 37-38 en J. Goldschmidt 1989, pp. 67-69.

62 Wolgast 1980.

63 Scales 1986 p. 1378; Holtmaat 1988, p. 10; Goldschmidt 1989, p. 70.

64 Pessers 1987 en 1988 en Holtmaat 1988.

65 D. Pessers, naschrift op 'A lesser life', NJB 1987, 39, p. 1260.

66 Holtmaat (1988) noemt bijvoorbeeld het huidige juridische werknemerschap. De hieraan verbonden rechten en plichten zijn geënt op de mannelijke kostwinner, die zijn leven ononderbroken en op voltijdsbasis aan het betaalde arbeidsproces wijdt. Vrouwen kunnen gelijke arbeidsrechten ontvangen, wanneer zij zoveel mogelijk assimileren met dit mannelijk model van leven en werken. Lukt dit niet, dan rest de zwakkere rechtspositie van deeltijder, afroepcontractant et cetera.

Hoofdstuk 8

operationaliseren leerstuk worden getransformeerd, bieden ze ook als afwijkend discussiespoor weinig kans op ‘verstaanbaarheid’ voor rechtsdogmatiek en -praktijk. Een juridische operationalisering van ‘ander recht’ is daarmee echter niet uitgesloten. Zo is het denkbaar dat de vorming van rechten die zijn afgestemd op de feitelijke leefsituaties van mannen en vrouwen, uitvoerbaar is door een differentiatiegebod voor de wetgever in geval van onvergelijkbare feitelijke situaties. Maar daarmee is men terug bij de materiële gelijkheidsdoctrine.⁶⁷ De focus van dit vertoog is immers het koppelen van rechten en plichten aan de situaties van individuen binnen de maatschappelijke context.⁶⁸ Buiten materiële gelijkheid om, lijkt ‘ander recht’ niet door het rechtssysteem zelf te reguleren.

Afgezien van het feit dat het pleidooi voor ander recht buiten de zelfregulerende mogelijkheden van het rechtssysteem valt, is inhoudelijk nog van belang dat een gelijkheidsbeginsel niet valt weg te denken ook al zou er sprake zijn van een ‘hercodificatie’ van rechtsnormen. Het lijkt onmogelijk om alle huidige en toekomstige feitelijke situaties waarin mannen en vrouwen zich bevinden, op voorhand in te schatten en naar de mate van het verschil ‘anders’ te reguleren. Een juridisch controlemechanisme in de vorm van een algemeen juridisch toetsingsprincipe lijkt mij noodzakelijk, al is het maar om ook ‘andere’ rechtsnormen in het concrete geval weer te corrigeren wanneer onvoorspelbare ontwikkelingen dit vergen.

4.4.3 *Vernieuwing van de materiële gelijkheidsdoctrine*

Onder andere Mackinnon, Minow, Scales en, in Nederland, Goldschmidt en Loenen blijven in het feministische debat op het spoor van het juridische gelijkheidsbeginsel. Uit hun geschriften is een gelijkheidsbeginsel te destilleren dat, afhankelijk van de context waarin de individuen zich bevinden, gebiedt tot of gelijkstelling of differentiatie.⁶⁹ Hierin verschilt deze doctrine niet wezenlijk van voorafgaande afwijkende opvattingen. De gelijkheidsleer van Vierdag bijvoorbeeld concentreert zich eveneens op het verband tussen gelijkstelling of differentiatie in het recht enerzijds en bestaande feitelijke (on)gelijkheden anderzijds. De feministische discussie legt echter toch weer iets andere accenten. De voornaamste is dat de juridische abstractie van onderscheid naar sekse geconcretiseerd wordt naar een benadeling van vrouwen. Dit impliceert een andere juridische benadering van historische benadeling van vrouwen en a-historische benadeling van mannen. Deze visie kan als een ‘externalisering’ van de abstracte juridische beeldvorming gezien worden, daar het maat-

67 Voor een verdere uitwerking van de (vermeende) tegenstelling tussen ander recht en materiële gelijkheid: Veldman 1994.

68 Voor een dergelijke uitwerking van de betekenis van het materieel gelijkheidsbeginsel voor de inrichting van sociaalrechtelijke wetgeving: Wentholt 1990.

69 Bijvoorbeeld Scales 1986, p. 1388. Zie ook Loenen 1992, p. 36.

Het (supra)nationale juridische gelijkheidsvertoog

schappelijk fenomeen van discriminatie in de zin van geïnstitutionaliseerde achterstelling op vrouwen betrekking heeft.

De gevestigde gelijkheidsleer wordt dan ook vooral bekritiseerd op een doorgeschoten abstractie. De noodzaak tot juridische abstrahering van de sociale kaleidoscoop aan verschillen wordt niet ontkend. Maar te vergaande abstractie in juridische beeldvorming maakt allen gelijk. Hoewel deze presumptie in abstracto waar is, is zij daarmee niet in concreto waar in andere maatschappelijke contexten. Reflexief recht moet tot op zekere hoogte zijn beeldvorming externaliseren om zichzelf niet buitenspel te zetten wanneer sprake blijkt van ongelijke kansen op de uitoefening van rechten in de maatschappelijke werkelijkheid. Dit is het moderne regulerende recht ook niet vreemd. In de regulering van bijvoorbeeld de huurovereenkomst of de arbeidsovereenkomst ziet het rechtssysteem ook door de sluier van in abstracto gelijke personen heen. Het compenseert in zijn normen voor de maatschappelijke verschillen in posities die de huurder en de verhuurder of de werknemer en de werkgever buiten de context van het recht blijken in te nemen.⁷⁰

Gelijkheidsrecht zou op een vergelijkbare wijze rekening moeten houden met verschillen in sociale posities tussen mannen en vrouwen. Het juridisch gelijkheidsbeginsel zou, aldus Scales, Minow, Mackinnon en Goldschmidt, uiteindelijk niet tot doel moeten hebben een ieder kost wat kost in beginsel precies dezelfde behandeling te geven, maar om een ieder een gelijkwaardige behandeling te geven. Gelijkwaardige behandeling vergt een zodanige koppeling van rechten en plichten aan de concrete sociale posities van mannen en vrouwen, dat een gelijke kans op de uitoefening van rechten resulteert.⁷¹ Het spiegelbeeld van het gebod tot gelijkwaardige behandeling wordt in het debat wel aangeduid als het verbod van ‘dominerende’ behandeling. Dit verbod verbiedt een behandeling die tot gevolg heeft dat situaties worden geschapen of gecontinueerd waarin vrouwen benadeeld worden in de daadwerkelijke uitoefening van rechten.⁷² Nogmaals, in wezen is deze opvatting geen breuk met het materiële concept van Vierdag. Zijn discriminatieverbod ziet ook op een rechtsbehandeling die buiten de rechtssfeer tot een ongelijk resultaat leidt. Wel een verschil is dat in het feministisch debat niet langer de abstractie van ‘feitelijke (on)gelijkheden’ wordt gebruikt. Er heeft een ‘vermaatschappelijking’ van juridische beeldvorming plaatsgehad. Op grond daarvan wordt gesproken van ‘situaties die vrouwen benadelen’.

70 Vgl. Jacobs bijvoorbeeld: “Feitelijk is het hele arbeidsrecht (...) één brok najagen van het materieel gelijkheidsbeginsel...” (1992, p. 10).

71 Bijv. Scales 1986, p. 1395; Mackinnon, 1988, p. 43; Goldschmidt 1989, pp. 70-71.

72 Zie Scales 1986, p. 1394; Minow 1987, pp. 93-94 en 1990; Goldschmidt 1989, pp. 70-71.

Hoofdstuk 8

4.4.4 *Vernieuwing van de operationalisering van gelijkheid*

De heropleving van de materiële gelijkheidsdoctrine door impulsen uit de hoek van juridische vrouwenstudies, leidt begin jaren negentig in Nederland tot rechtswetenschappelijke dissertaties van de hand van Wentholt en Loenen. Beide werken een juridische operationalisering uit van het materiële gelijkheidsbeginsel. Om aansluiting op voorafgaande rechtsgedachtes te verkrijgen, wordt in beide dissertaties bewust gerefereerd aan zowel de gevestigde als de afwijkende sporen in de juridische discussie.⁷³ Ik bespreek kort de inhoud van de voorgestelde juridische toetsen.

Wentholt gebruikt het materiële gelijkheidsconcept van Timmermans. Materiële discriminatie wil dan zeggen het gelijk behandelen in ongelijke gevallen. Hoewel discriminatieverboden met name met het oog op de hantering in de rechtspraak worden behandeld, richt Wentholt zich op de verplichtingen die het verbod stelt aan de wetgever. Volgens Wentholt is het de wetgever verboden gelijk te behandelen in ongelijke gevallen. Op grond hiervan moet de wetgever, aldus Wentholt, “differentiëren naar essentiële kenmerken als het niet zodanig differentiëren leidt tot een benadeling van vrouwen”.⁷⁴ Het discriminatieverbod houdt in, aldus Wentholt, dat de wetgever een verplichte analyse moet maken van relevante verschillen tussen de rechtssubjecten. Het nalaten een analyse van verschillen te maken, is in strijd met het discriminatieverbod. Het vervolgens nalaten te differentiëren naar aanleiding van de gevonden verschillen, is in strijd met het differentiatiegebod.

Deze ongewone juridische uitwerking van gelijkheid doet toch sterk denken aan Vierdag. Ook Vierdag pleit voor het zoeken (analyseren) van feitelijke ongelijkheden of gelijkheden. Vervolgens moet een rechtsgelijkstelling of rechtsonderscheid in voldoende verband staan tot deze geconstateerde feitelijke (on)gelijkheden. Wentholt spreekt hier van ‘relevante verschillen’. Vierdag stelt voor het voldoende verband tussen rechten en feitelijke (on)gelijkheden per geval juridisch te toetsen aan de hand van de ‘eerlijkheid’ van de classificatie en een afweging van de in geding zijnde waarden. Hoewel Vierdag dit niet zo stelt, is deze toets alleen uitvoerbaar door de classificatie tegen het licht van het doel van de regeling te houden. Immers, alleen vanuit het differentiatiedoel is iets feitelijk gelijk of ongelijk te noemen (zie § 4.2). Ook Wentholt operationaliseert het differentiatiegebod naar een doel-middeltoets. Zij stelt dat de beoordeling van relevante verschillen moet geschieden in het licht van het differentiatiedoel van de regeling in kwestie. Bij politieke maatregelen moet dit doel echter niet alleen tegen de achtergrond van het sectorbeleid in kwestie

⁷³ Vgl. Wentholt 1990, p. 210 en Loenen 1992, pp. 12 en 242.

⁷⁴ Wentholt 1990, p. 91.

Het (supra)nationale juridische gelijkheidsvertoog

worden gezien, maar tegen een bredere politieke achtergrond waar het gevoerde emancipatiebeleid mede deel van uitmaakt.⁷⁵ Vertaald naar de reflexieve rechtstheorie, verwacht Wentholt dat het rechtssysteem niet alleen zijn beeld ‘vermaatschappelijkt’ als het om het vaststellen van relevante verschillen gaat, maar ook als het om de conceptualisering van het doel van de regeling gaat.

Loenen werkt een materiële gelijkheidstoets voor de rechtspraktijk uit. Analoog aan Wentholt ontwikkelt Loenen een aangepaste doel-middeltoets. Het gaat om een ‘rechtvaardigheidstoets’ die uit twee delen bestaat.⁷⁶ Het eerste deel van de rechtvaardigheidstoets beoordeelt de ‘pasvorm’ van het middel met het oog op het doel. Het onderscheidend criterium moet, aldus Loenen, geschikt zijn, dat wil zeggen redelijk of zakelijk, in het licht van het doel van de regeling. Dit komt overeen met de gevestigde leer, waarop echter een aanvulling volgt. Een strengere toets is aan de orde wanneer sprake is van discriminatoir onderscheid, oftewel onderscheid naar een verdachte discriminatiegrond (ras, sekse et cetera) dat tot een nadelig gevolg leidt voor de achtergestelde groep of leden daarvan. In dat geval moet het middel *noodzakelijk* zijn voor het doel van de regeling.⁷⁷ De toevoeging vormt een juridische uitwerking van de pejoratieve lading van ‘verdachte’ discriminatiegronden die in de gevestigde leer erkend wordt maar niet uitgewerkt. De strikte toets is een combinatie van de Amerikaanse rechtspraak van het Hoogerechtshof waar ingeval van verdachte gronden een striktere toets wordt gebruikt, en de communautaire rechtspraak van het EG-Hof waar getoetst wordt op ‘noodzakelijkheid’.

Opvallend aan de genoemde toets van Loenen is de opheffing van de juridische abstrahering van het gevolg van een onderscheid voor respectievelijk een maatschappelijk bevoorrechte of maatschappelijk achtergestelde groep.⁷⁸ Hier is wederom sprake van een externalisering van rechtsbeelden. Onderscheid naar een discriminatiegrond is alleen ‘verdacht’ indien het resultaat zich voegt in een bestaand maatschappelijk patroon van achterstelling. Onderscheid op grond van sekse dat een nadeel voor mannen ten gevolge heeft, kan derhalve wel ongeoorloofd zijn maar niet op voorhand ‘verdacht’. Alleen in de verdachte gevallen volgt de stringente doel-middeltoets. In de overige gevallen volgt een ‘normale’ doel-middeltoets.⁷⁹

Het tweede deel van Loenens toets is in feite een proportionaliteitstoets van middel en doel. Een dergelijke toets wordt ook in de gevestigde leer wel verdedigd. Loenen meent dat het middel niet alleen moet passen voor het doel, maar dat ook

⁷⁵ Wentholt 1990, pp. 91-92.

⁷⁶ Loenen 1992, p. 212.

⁷⁷ Loenen 1992, pp. 216-221 en 248-251.

⁷⁸ Deze operationalisering is al eerder bepleit door Van Maarseveen 1990.

⁷⁹ Loenen 1992, pp. 250-251.

Hoofdstuk 8

een afweging van belangen moet plaatsvinden. De te dienen belangen moeten opwegen tegen de te schenden belangen. De keuze voor een strikte toets voor ‘verdacht’ onderscheid ten nadele van gevoelige groepen, is in wezen al een vorm van belangenafweging op voorhand.⁸⁰ Toch blijft volgens Loenen ook een inhoudelijke belangenafweging per geval nodig. Voor elk geval moet het middel ‘normatief geaccepteerd’ worden als middel voor een verschillende behandeling aldus Loenen.⁸¹ In deze belangenafweging sluit Loenen aan op Wentholt. Dat wil zeggen, dat de in het geding zijnde belangen in hun volledige context begrepen moeten worden.⁸² Het belang dat een regeling dient, zal vaak slechts in het licht van het achterliggende politieke beleid of het ondernemingsbeleid te beoordelen zijn. Dat betekent echter ook dat het te schenden belang niet zuiver als individueel belang mag worden opgevat, maar beoordeeld moet worden tegen het achterliggende politieke emancipatiebeleid en de internationale overheidsverplichtingen op dit terrein.

5 De algemene rechtspraktijk van gelijkheid

5.1 Inleiding

Tot nu toe zijn de juridische beschrijvingen besproken die het discriminatievraagstuk hanteerbaar moeten maken binnen een rechtssysteem. De rest van dit hoofdstuk beslaat de vraag hoe deze beschrijvingen uiteindelijk al dan niet geoperationaliseerd worden door de rechter. Doctrine en praktijk zijn geen rechtstreeks gevolg van elkaar. Het zijn gescheiden bereiken die selecteren uit elkaars mogelijke toestanden. Het overzicht van de rechtspraktijk in deze en de volgende paragraaf onderscheidt niet strikt naar de toepassing van gevestigde en afwijkende leren. Dit houdt verband met het feit dat de afwijkende leren weinig toepassing krijgen. In plaats daarvan wordt onderscheiden naar de algemene praktijk op basis van de toepassing van het algemeen geformuleerde gelijkheidsbeginsel en de communautaire praktijk op basis van het communautaire gelijkheidsbeginsel. De communautaire praktijk, zo wordt geadstrueerd, is daarbij te beschouwen als een compromis van gevestigde en afwijkende doctrine. De communautaire praktijk zal worden onderverdeeld naar de toepassing door de zuivere communautaire rechter en de nationale rechter (verder § 6).

⁸⁰ Vgl. Loenen 1992, pp. 223 en 250.

⁸¹ Loenen 1992, p. 224.

⁸² Loenen 1992, p. 212.

Het (supra)nationale juridische gelijkheidsvertoog

Het onderstaande overzicht is gebaseerd op algemene inventarisatiestudies.⁸³ In zijn algemeenheid is een sterke groei te constateren in de rechtspraak over het gelijkheidsbeginsel. De emancipatiebewegingen die in de jaren zestig zijn gestart, leidden tot veranderende maatschappelijke verwachtingen. Het recht speelt een coördinerende rol tussen nieuwe en oude verwachtingen. Omdat het rechtssysteem de maatschappelijke discriminatievraagstukken transformeert naar gelijkheidsvragen, is de ontwikkeling van het gelijkheidsbeginsel in een stroomversnelling geraakt.⁸⁴ Hoewel nieuwe (inter)nationale rechtsnormen aan het systeem zijn toegevoegd, is deze ontwikkeling ook gevoed door de zelforganisatie van recht. De (inter)nationale gelijkheidsnormen worden rehtens binnen meerdere maatschappelijke sferen van toepassing verklaard. Daarnaast vergroot het rechtssysteem zijn eigen handelingsbereik door rechtsnormen vaker als 'self executing' te beoordelen.

5.2 Formele uitleg van onderscheid

De gevestigde doctrine hanteert een formele beeldvorming door uit te gaan van in abstracto gelijke individuen. Voor juridische toetsing houdt dit in dat een gemaakt onderscheid gerechtvaardigd moet worden. Materiële beeldvorming stelt de concrete gelijkheid of het concrete verschil tussen individuen centraal. Een onderscheid of een gelijkstelling moet voldoende verband houden met feitelijke (on)gelijkheden. In de formele benadering wordt geen feitelijke ongelijkheid beoordeeld, maar een ongelijkheid in rechten. Maatschappelijke gevolgen zijn niet de toetssteen voor de beoordeling van een gemaakt onderscheid, maar fungeren als 'aangever' voor het kunnen starten van juridisch onderzoek naar de doel-middelverhouding in de gewraakte regeling.

Het grootste deel van de rechtspraak lijkt te sporen met de gevestigde gelijkheidsdoctrine in zijn wijze van de conceptualisering van ongelijkheden op basis van de algemene gelijkheidsnormen. Veel uitspraken tonen een formele benadering. Bijvoorbeeld de Afdeling rechtspraak van de Raad van State geeft het volgende oordeel over sekseonderscheid in het naamrecht. Zoals bekend, verkrijgt het kind geboren in huwelijk volgens het huidige familierecht de naam van de vader. Wijziging is alleen onder voorwaarden mogelijk bij verandering van gezinssamenstelling. Deze voorwaarden zijn vastgelegd in de richtlijnen tot geslachtsnaamverandering. De rechter:

“(Er is) geen strijd met artikel 1 Gw of artikel 26 Bupo nu niet valt in te zien dat het betreffende artikel en de richtlijnen enigerlei onderscheid maken naar geslacht. Voorzover

83 Ministerie van Justitie Haag 1990 en Gerbranda en Kroes 1991.

84 Koopmans (1991) spreekt van 'radicalisering'.

Hoofdstuk 8

onderscheid wordt gemaakt, is dit steeds afhankelijk van enerzijds de familierechtelijke positie van het kind (...) en anderzijds (...) het belang dat met wijziging (is) gediend.”⁸⁵

De reguliere toekenning van de vadersnaam en niet de moedersnaam vormt in de juridische beeldvorming op generlei wijze een onderscheid naar geslacht. Er is slechts onderscheid naar ‘familierechtelijke positie’. De rechter kijkt niet door de abstracte sluier van het recht heen. Maatschappelijk betekent het recht dat in een ‘normale’ gezinssituatie het kind de naam van de vader zal dragen en niet van de moeder. Eenzelfde formele conceptualisering is te zien bij de Afdeling geschillen. De grief betrof de gezinsbijstand voor ongehuwd samenwonenden waarbij rekening wordt gehouden met het inkomen van de (de facto vaak mannelijke) partner. Geklaagd werd over het feit dat deze bepaling tot gevolg heeft dat veel meer vrouwen dan mannen een economische zelfstandigheid moeten ontberen, terwijl geen aanspraak op onderhoud bestaat. In de juridische zienswijze is echter geen sprake van ongelijkheid. De rechter:

“(De gezinsbijstand) gaat niet de vrouw of de man afzonderlijk aan, doch de man en vrouw tezamen gelijkelijk.”⁸⁶

Het oordeel voltrekt zich binnen de rechtscontext zelf. Uit de abstracte opzet van de rechtsregeling blijkt geen onderscheid. De ongelijkheid die binnen de maatschappelijke context aantoonbaar is, wordt rechtens niet (h)erkend en kan derhalve niet leiden tot een intern onderzoek naar de geschiktheid van het differentiatie criterium in relatie tot het doel van de regeling.

5.2.1 Toepassing van het willekeurverbod

Waar in de rechtspraktijk wel van formeel onderscheid sprake blijkt te zijn, wordt dit vervolgens getoetst aan zijn doel. De verschillend geformuleerde normen van artikel 26 IVBPR, artikel 14 EVRM en artikel 1 Gw worden aan eenzelfde toets onderworpen. Een onderscheid blijkt over het algemeen te zijn toegestaan, wanneer dit niet onwillekeurig is. Dat wil zeggen dat het onderscheid in de praktijk ‘redelijk’, ‘zakelijk’ of ‘objectief’ wordt genoemd.⁸⁷ De toets sluit daarmee eveneens aan bij de gevestigde doctrine, waarin gelijke behandeling regel is en onderscheid uitzondering, tenzij gerechtvaardigd door de zakelijkheid van het differentiatie criterium. Aan de hand van enkele voorbeelden zijn de variaties in de rechtspraktijk te illustreren:

⁸⁵ ARRS 14 juni 1985, AB 1985, 90.

⁸⁶ AGvB RS 25 augustus 1992, AB 1993, 303 en NJCM-Bulletin 18-2 (1993), 162, m.n. T. Loenen.

⁸⁷ Ministerie van Justitie 1990, pp. 9-10 en 51.

Het (supra)nationale juridische gelijkheidsvertoog

(voorbeeld 1)

De zwaardere uitkeringsvereisten voor gehuwde vrouwen in de Algemene arbeidsongeschiktheidswet oordeelt de rechter in strijd met artikel 26 IVBPR, omdat:

“(...) voor die ongelijke behandeling geen redelijke en objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat”.⁸⁸

(voorbeeld 2)

Het onderscheid tussen gehuwden en ongehuwden voor het verkrijgen van een vergunning voor verblijf bij de in Nederland wonende partner wordt niet in strijd met (onder andere) artikel 1 Gw geacht, omdat:

“dit onderscheid (...) berust op zakelijke gronden, aangezien door een huwelijk wettige onderhoudsverplichtingen in het leven worden geroepen en zulks bij een niet-huwelijkse samenlevingsvorm niet het geval is”.⁸⁹

(voorbeeld 3)

Het onderscheid dat de Interimregeling Ziektekosten Ambtenaren 1982 maakt in de aanspraak op tegemoetkoming in de ziektekosten van partners tussen ambtenaren die wel en niet krachtens de Ziekenfondswet verplicht verzekerd zijn, is:

“(...) in strijd met een algemeen, voor alle overheidshandelen geldend, rechtsbeginsel zoals ook in artikel 1 Gw is vastgelegd, (omdat) geen in redelijkheid te hanteren gronden bestaan voor het gemaakte onderscheid”.⁹⁰

(voorbeeld 4)

Over het onderscheid tussen appellant en zijn buurman in het verkrijgen van een vergunning voor het houden van een haan, oordeelt de rechter:

“(...) dat genoemde eigenaar, in tegenstelling tot appellant, effectieve maatregelen heeft genomen ter voorkoming van overlast. (...) De grief welke er kennelijk toe strekt aan te tonen dat het bestreden besluit zich niet verdraagt met het gelijkheidsbeginsel, treft derhalve geen doel.”⁹¹

De toetsing van de algemene gelijkheidsnormen kent tenminste twee varianten, die soms tezamen worden toegepast. In de eerste variant wordt beoordeeld of het onderscheid zakelijk, redelijk of objectief is (voorbeelden 1, 2 en 3). In de tweede

88 CRvB 5 januari 1988, RSV 1988, 198.

89 ARRS 10 oktober 1988, RO 2.87.0133.

90 CRvB 19 mei 1987, AB 1988, 566.

91 ARRS 7 oktober 1986, AB 1987, 114.

Hoofdstuk 8

variant wordt beoordeeld of de gevallen vergelijkbaar zijn (voorbeelden 2 en 4). Uit de beschrijvingen van de dogmatiek is naar voren gekomen dat beide varianten uiteindelijk op hetzelfde neerkomen (§ 4.3.1). Beide oordeelwijzen zijn slechts uitvoerbaar vanuit een zeker gezichtspunt. Dit wordt ingegeven door het doel van het onderscheid. In de praktijk wordt dit doel niet altijd geëxpliciteerd. Zo kan uit voorbeeld 2 worden afgeleid dat gerefereerd moet zijn aan het doel van het vergunningstelsel om vreemdelingen slechts dan toe te laten als zij geen beroep hoeven te doen op de algemene middelen. Voorbeeld 4 refereert aan het doel van het vergunningstelsel om overlast te voorkomen. Wanneer het differentiatiedoel onbenoemd blijft, is niet altijd te herleiden of alleen het doel in zich getoetst wordt, of ook de verhouding tussen middel en legitiem doel.⁹²

De conclusie lijkt te zijn dat gevestigde doctrine en rechtspraktijk redelijk sporen, zij het dat de uitvoering in de praktijk bedekter is. Deze conclusie wordt mede gedragen door het feit dat, overeenkomstig de doctrine, in concreto geen strengere toets wordt ontwikkeld voor verdachte discriminatiegronden (voorbeelden 1 en 2) in vergelijking met willekeurige gronden (voorbeelden 3 en 4).

5.2.2 Toepassing van een proportionaliteitsvereiste

Soms wordt in de gevestigde leer ook een proportionaliteitsvereiste gesteld tussen middel en doel. Het onderscheid met de willekeurtoets is niet altijd helder, omdat een doel-middelverhouding al snel willekeurig of onredelijk kan zijn wanneer proportionaliteit ontbreekt. Meer diepgang verkrijgt het proportionaliteitsvereiste indien de verhouding tussen het te dienen en het te schenden belang meegewogen wordt. In de internationale rechtspraktijk blijkt vooral het Straatsburgse Hof proportionaliteit te expliciteren. Onderscheid op grond van artikel 14 EVRM houdt volgens vaste rechtspraak in: “A difference of treatment that does not pursue a legitimate aim, and where there is no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised.”⁹³ De uitleg hiervan door het Hof is echter niet constant. In één en dezelfde zaak waarin twee vormen van onderscheid in de Britse immigratieregels worden voorgelegd, wordt proportionaliteit verschillend getoetst. Ten aanzien van het sekseonderscheid in de mogelijkheden voor buitenlandse echtgenoten om zich bij hun partner in het Verenigd Koninkrijk te voegen, neemt het Hof in beschouwing dat:

⁹² Zie Timmermans 1982, p. 441 en Jaspers en Van Hoof 1986, p. 156.

⁹³ EVRM-Hof 23 juli 1968 *Belgische taalzaak*, Series A, vol. 6.

Het (supra)nationale juridische gelijkheidsvertoog

“The advancement of equality of the sexes is today a major goal in the member States (...). This means very weighty reasons would have to be advanced before a difference on the ground of sex could be regarded as compatible with the Convention.”⁹⁴

Hierin is een expliciete afweging van het gewicht van middel en doel te herkennen. Het middel van sekseonderscheid wordt daarbij niet alleen als schending van een individueel belang maar als schending van een breed politiek belang uitgelegd (zie bij Loenen en Wentholt § 4.4.4). Het andere onderscheid dat de Britse immigratieregels maken, namelijk naar de discriminatiegrond van geboorteplaats en afstamming, wordt evenwel anders beoordeeld. Hierover stelt het Hof:

“(...) there are in general persuasive social reasons for giving special treatment to those whose link with a country stems from birth within”.⁹⁵

Dit vormt geen afweging van het belang van een Lid-staat om ingeborenen preferent te behandelen tegenover het belang om niet te discrimineren naar afkomst. Het middel en het doel vallen zelfs nagenoeg samen. Het middel wordt door het Hof impliciet geconceptualiseerd als ‘het ingeboren-zijn’ en het doel als ‘overtuigende sociale redenen voor het geven van speciale behandeling aan zij die ingeboren-zijn’. Een dergelijke conceptualisering maakt dat er zelfs nauwelijks sprake is van een willekeurtoets. Het lijkt weinig zin te hebben om te beoordelen of het middel van ingeboren-zijn redelijk is met het oog op overtuigende redenen om te onderscheiden naar ingeboren-zijn.

In de nationale rechtspraak lijkt het laveren van het Straatsburgse Hof uiteindelijk weinig invloed te hebben op de toepassing van een proportionaliteitsvereiste. Nuances in de internationale rechtspraak lijken over het algemeen glad gestreken te worden door de nationale praktijk van het toepassen van een willekeurverbod ongeacht de (inter)nationale rechtsgrond. Toetsing aan artikel 14 EVRM, artikel 26 IVBPR en artikel 1 Gw wordt, ook wanneer meerdere rechtsgronden in één procedure zijn aangevoerd, tot één oordeel over de redelijkheid van het middel teruggebracht.⁹⁶ Voorzover variaties in de toets voorkomen, blijkt geen verband gevonden te kunnen worden met de aangevoerde rechtsgrond voor gelijkheid. In een Nederlandse uitspraak waar de rechter wel een proportionaliteitsvereiste noemt, blijkt het juist niet artikel 14 EVRM maar artikel 26 IVBPR te betreffen. De proportionaliteitstoets blijkt in deze zaak zelfs aanleiding om het middel op

94 EVRM-Hof 28 mei 1985 *Abdulaziz, Cabalis en Balkandali* Series A, vol. 94, p. 38 e.v.

95 *Idem*.

96 Vgl. KB 6 november 1987, KG 1988, 65; ARRS 5 juli 1989, AB 1989, 414.

Hoofdstuk 8

noodzakelijkheid te toetsen, hoewel het middel juist weer niet op een verdachte discriminatiegrond betrekking heeft.⁹⁷

5.3 Materiële uitleg van onderscheid

In de afwijkende doctrines wordt het vaststellen van een ongelijkheid beoordeeld naar de maatschappelijke context. Indien niet tevens van formeel onderscheid sprake is, vloeit een dergelijke ongelijkheid voort uit juridische materiële of indirecte discriminatie (zie § 4.3.2). Materiële discriminatie doet zich voor als de regel of handeling geen juridisch kenbaar onderscheid maakt, maar wel een concrete ongelijkheid tot gevolg heeft. Indirecte discriminatie doet zich voor als de regel goorloofd onderscheid maakt, maar een concrete ongelijkheid op een (andere) in principe verboden grond tot gevolg heeft. In de vaste rechtspraak wordt het zuiver materiële onderscheid veelal niet juridisch relevant geacht.⁹⁸ Er zijn enkele uitzonderingen die mede hierom in de literatuur de aandacht hebben getrokken.

Veelvuldig aangehaald is een zaak uit 1935 voor het Permanente Hof van Internationale Justitie. In Albanië was besloten dat alleen aan staatscholen onderwijs gevolgd kon worden, waarmee onderwijs op religieuze grondslag onmogelijk werd. Als verweer werd gevoerd dat het besluit zonder aanzien des persoons zowel de niet-religieuzen als de religieuzen trof. Het Hof meende:

“Equality in law precludes discrimination of any kind, whereas equality in fact may involve the necessity of different treatment in order to attain a result which establishes an equilibrium between different situations.”⁹⁹

Het Hof verwoordt nauwgezet het verschil dat de juridische betekeniscontext (‘in law’) of de maatschappelijke betekeniscontext (‘in fact’) maakt voor het conceptualiseren van een gelijkheid. In de Nederlandse rechtspraak komt de zuiver materiële interpretatie van de algemene gelijkheidsnormen sporadisch voor. Het College van Beroep voor de Studiefinanciering bijvoorbeeld, oordeelde over het niet toepassen van een hardheidsclausule wanneer de ouders ten dele weigeren bij te dragen in de studiekosten:

“(Dit) leidt tot schending van het gelijkheidsbeginsel, in die zin dat ongelijke gevallen niet worden behandeld naar de mate van hun ongelijkheid.”¹⁰⁰

97 Hof Den Haag 17 juni 1982, NJ 1983, 345. Het onderscheid betreft huurders en kopers van woningen, zie verder Jaspers en Van Hoof 1986, p. 156 e.v.

98 Vgl. Wentholt 1990, p. 51.

99 Permanent Court of International Justice 6 april 1935, Series A/B, 64.

100 College van Beroep voor de Studiefinanciering 3 maart 1989, AB 1990, 182.

Het (supra)nationale juridische gelijkheidsvertoog

De Hoge Raad oordeelde over het toekennen van een gelijke belastingvrije som aan alleenstaanden en aan tweeverdieners, hoewel hun draagkracht verschilt:

“Voor zover (...) uit een oogpunt van draagkracht sprake is van een gelijke behandeling van ongelijke gevallen, heeft de wetgever in redelijkheid kunnen oordelen dat voor die behandeling de uitvoerbaarheid van de wetgeving een objectieve en redelijke rechtvaardiging biedt.”¹⁰¹

De Hoge Raad toetst hier materieel, ook al is de uitkomst van deze toets in casu negatief.

Dat de zuiver materiële discriminatie, dat wil zeggen onderscheid als gevolg van gelijkstelling in rechte, in de rechtspraktijk weinig voorkomt, lijkt deels te verklaren door de praktijkproblemen die het kan opleveren. Die problemen betreffen het rechtsgevolg van ongerechtvaardigde gelijkstelling. De onmiddellijke opheffing hiervan impliceert het opleggen van een ‘positieve’ rechtsplicht. De gewraakte uniforme regeling moet gesplitst worden in meerdere regelingen. Hoe die splitsing totstandkomt, vraagt geen rechtsoordeel maar een beleidsoordeel. Weliswaar zou de rechter kunnen volstaan met een verbod van de regeling, maar vaak is het niet aantrekkelijk een volledige regeling buitenwerking te stellen. Bovendien kan van deze situatie nog steeds een (negatieve) gelijkstelling uitgaan. Deze problematiek zou in de praktijk tot snellere verwerping van het differentiatiegebod kunnen leiden.

Wel kunnen hierop enige nuances worden aangebracht. Een geval van ongerechtvaardigde gelijkstelling is niet per definitie problematisch. In de eerder genoemde zaak voor het College van Beroep voor de Studiefinanciering deed zich geen probleem voor. De positieve verplichting tot verschillende behandeling was reeds voorzien in de wet in de vorm van een hardheidsclausule. De Hoge Raad echter verwerpt verschillende malen schending van het gelijkheidsbeginsel vanwege het feit dat de rechter het rechtsgevolg niet kan vaststellen. Dat leidt tot de volgende standaardoverweging:

“Gezien de keuze die moet worden gemaakt uit eenlopende oplossingen die, mede in aanmerking genomen de betrokken (rechts)belangen, niet binnen de rechtsvormende taak van de rechter valt, is het aan de wetgever om de in aanmerking komende oplossing te kiezen.”¹⁰²

101 HR 21 oktober 1992, RN 1993, 334.

102 Onder andere HR 12 augustus 1984, NJ 1985, 230; HR 23 september 1988, NJ 1989, 740; HR 27 september 1989, NJ 1990, 449.

Hoofdstuk 8

Deze uitspraken zijn in wezen een inbreuk op het consistent functioneren van het rechtssysteem. Immers, volgens de rechtssystematiek is sprake van verboden onderscheid, maar het rechtssysteem kan hieraan geen gevolgen verbinden. Wordt aan de internationale gelijkheidsnorm getoetst, dan betekent dit veelal een schending door de Lid-Staat van de veel voorkomende verdragsverplichting tot het voorzien in 'effective remedies'.¹⁰³ Het Nederlandse rechtssysteem kan de wetgever niet verplichten de keuze te maken die de rechter niet kan maken. Men zou kunnen zeggen dat het rechtssysteem in deze gevallen niet in staat is zijn interne orde uit te bouwen als gevolg van 'noise'.

Dat dit geenszins bevredigend is, blijkt ook wel uit de praktijk. In 'kleinere' zaken valt te constateren dat een differentiatieplicht soms wel wordt toegewezen. De rechter maakt zo een speciale regeling om woordblinde scholieren het eind-examen Nederlands op geluidsband aan te bieden.¹⁰⁴ De plicht voor de Nederlandse Spoorwegen om gehandicapten 'een gepast aanbod te doen van dien aard dat zij op gelijke voet als niet-gehandicapten van de betrokken dienst gebruik kunnen maken' werd echter weer afgewezen.¹⁰⁵ Zo blijft dit rechtsterrein niet in staat interne orde te ontwikkelen. Dat geldt ook voor de Hoge Raad. Hoewel men positieve rechtsplichten veelal verwerpt, is onlangs een rechtsvariatie uitprobeerd. Het betrof de regeling voor de heffing van griffierecht door de Gerechtshoven die in bepaalde gevallen ongelijke behandeling impliceert. Volgens vaste rechtspraak stelt de HR eerst "dat het te ver zou voeren de hele regeling buiten toepassing te laten, terwijl het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat tot in bijzonderheden (nieuwe) regels te geven". Deze impasse leidt in dit geval niet tot de terugtrekking van het recht. De Hoge Raad oordeelt:

"Dat zolang een regeling niet tot stand is gekomen, de Hoge Raad, ten einde de geconstateerde ongelijkheid zoveel als in zijn vermogen ligt op te heffen, in zijn arrest zal bepalen dat het door het Hof ten onrechte geheven griffierecht wordt terugbetaald door de griffier van de Hoge Raad."¹⁰⁶

De Raad treft een tijdelijke voorziening totdat de wetgever handelt overeenkomstig het juridisch gelijkheidsbeginsel. Praktisch voordeel is dat de Hoge Raad het via de eigen administratie af kan handelen, al zijn de ongevraagde kosten voor het ministerie van Justitie. Maar over het geheel genomen blijft de rechtspraak op deze manier toch disfunctioneren. Het lijkt maatschappelijk moeilijk aanvaardbaar

103 Vgl. Heringa 1990, m.n. p. 52.

104 Zie NJCM-Bulletin 18-5 (1993), pp. 509-510.

105 Idem.

106 HR 30 september 1992, NJCM-Bulletin 18-5 (1993), pp. 550-553, r.o. 4.4.5.

Het (supra)nationale juridische gelijkheidsvertoog

dat als de overheid op onrechtmatige wijze een kleine som geld aan griffierecht int, het rechtssysteem dit veroordeelt, maar als de overheid een uitkering voor levensonderhoud weigert op indirect discriminerende gronden,¹⁰⁷ het rechtssysteem dit moet toestaan. Door aldus rechtsonzekerheid te verhogen, breekt het rechtssysteem zijn interne orde eerder af dan dat het deze uitbouwt. In feite is een structurele oplossing nodig voor de gevallen dat de wetgever de internationale gelijkheidsnormen schendt door gelijke behandeling in ongelijke gevallen, waarbij te denken is aan de mogelijkheden van het Duitse Bundesverfassungsgericht om de wetgever op een termijn te stellen of om rechtsvoorwaarden te stellen aan de keuze die de wetgever dient te maken.

6 De communautaire rechtspraktijk van gelijkheid

6.1 Inleiding

De toetsing aan de communautaire gelijkheidsnormen vormt een in belang toenemende rechtspraktijk. De rechtspraktijk van het EG-Hof is anders dan de vaste nationale rechtspraak over gelijkheid. Dit is voornamelijk een gevolg van de juridische herkenning van onderscheid dat nagenoeg hetzelfde resultaat geeft als zou naar een verboden grond zijn onderscheiden (indirect onderscheid). Het toenemende belang van de communautaire rechtspraktijk blijkt onder meer uit de uitstraling die het heeft op de nationale gelijkheidspraktijk. Deze doorwerking komt tamelijk verborgen tot stand. Meestal zijn het zaken waar in één adem beroep wordt gedaan op zowel de communautaire norm als artikel 1 Gw en/of artikel 26 IVBPR. De rechtspraktijk om alle rechtsgronden in één keer met één toets af te handelen (§ 5.2.2), leidt er toe dat de materiële beeldvorming van ongelijkheid die de uitleg van de communautaire norm kenmerkt, impliciet mede onder de andere rechtsgronden wordt geschoven. Het indirecte discriminatiebegrip maakt zo een opmars binnen de gevestigde conceptualisering van gelijkheid op grond van artikel 1 Gw of artikel 26 IVBPR.¹⁰⁸ De toepassing van recht op dit indirecte onderscheid blijft echter merendeels bestaan uit een toetsing van de doel-middelverhouding op willekeur.¹⁰⁹

107 AGvB RS 25 augustus 1992, AB 1993, 303. Zie § 5.2.

108 Onder andere Vz. ARRS 19 maart 1985, AB 1986, 496; Hof Den Haag 6 mei 1991, NJCM-Bulletin 17-8 (1992), pp. 874 e.v.; CRvB 25 juli 1991, AB 1991, 614; Rb. Arnhem (sector bestuursrecht) 17 december 1992, nr. ZFW 91/2806; CRvB 30 maart 1993, RSV 1994, 35.

109 Bijvoorbeeld Hof Den Haag 6 mei 1991, NJCM-Bulletin 17-8 (1992), pp. 874-876, waar een klassieke doel-middeltoets volgt op grond van een communautaire gelijkheidsnorm en artikel 26 IVBPR (zie noot R. Hennuïn, NJCM-Bulletin, p. 879).

Hoofdstuk 8

Toepassing van een formele benadering houdt toch de overhand, al lijkt dat op het eerste gezicht anders (verder § 6.3).

Hieronder wordt eerst de toepassing van het gelijkheidsbeginsel door het EG-Hof zelf besproken (§ 6.2). Aparte aandacht voor deze supranationale rechter is van belang voor de bespreking van de nationale praktijk die daarna aan bod komt (§ 6.3). De communautaire normen en de uitleg hiervan door het EG-Hof, kan middellijk en onmiddellijk doorwerken in de nationale rechtsorde (hierover § 6.3.1).

6.2 De rechtspraktijk van het EG-Hof

6.2.1 Absolute uitleg van direct onderscheid

Voordat de toepassing door het EG-Hof van de gelijkheidsnorm aan de orde komt, moet er op gewezen worden dat de communautaire normstellingen die het gelijkheidsbeginsel formuleren een wat andere redactie kennen.¹¹⁰ De formulering van verboden sekseonderscheid is minder abstraherend van de realiteit dan de formuleringen in het IVBPR, EVRM of de Gw. De reden lijkt te zijn dat het EEG-Verdrag geen algemeen (sekse)gelijkheidsbeginsel kent. Het Verdrag verzekert slechts het recht op gelijk loon voor de seksen.¹¹¹ Mede op grond van dit artikel is later een communautair wetgevingsprogramma ontwikkeld, waarin is voorzien in verschillende richtlijnen over seksediscriminatie. De specificiteit van de richtlijnen laat het toe om wat in concreto als gerechtvaardigd sekseonderscheid wordt ervaren, al deels in uitzonderingen te benoemen.

De tweede richtlijn voor gelijke behandeling in het arbeidsproces stelt uitzonderingen voor: (1) sekseonderscheid in verband met zwangerschap en moederschap, (2) sekseonderscheid in beroepen waarvoor gezien de aard of uitoefening van het beroep het geslacht bepalend is en (3) sekseonderscheid teneinde feitelijke ongelijkheden die de kansen van vrouwen benadelen op te heffen.¹¹² Het laatste is een voorbeeld van materiële gelijkheid. Differentiatie is bij feitelijke ongelijkheden geboden. Zo ver gaat de uitzondering echter niet. Differentiatie wordt toegestaan. Een afwijkende conceptualisering is ook de beperking van differentiaties ten voordele van vrouwen. Dit sluit aan op de externalisering (vermaatschappelijking) van juridische beeldvorming zoals bij Wentholt en Loenen is te vinden (§ 4.4.4). De beperking van voorkeursbehandeling tot vrouwen vormt een juridische kwalificatie van de maatschappelijke werkelijkheid waar seksediscriminatie een vrouwen-vraagstuk betreft.

110 De teksten van de relevante bepalingen staan opgenomen in § 2.

111 Dit is door het EG-Hof uitgebreid naar een ongeschreven communautair grondbeginsel voor seksegelijkheid.

112 Artikel 2, vierde lid, EEG-richtlijn 76/207.

Het (supra)nationale juridische gelijkheidsvertoog

Het benoemen van uitzonderingen op het verbod van sekseonderscheid suggereert dat het verbod op sekseonderscheid *stricto sensu* gelezen moet worden. Dat wil zeggen dat elk sekseonderscheid verboden is, tenzij het valt onder een geschreven uitzondering. Voorzover het direct onderscheid betreft, dus onderscheid op grond van het criterium sekse zelf, heeft het Hof dit lange tijd bevestigd. Het indirecte onderscheid indien een handeling *stricto sensu* níet differentieert naar sekse maar sekseongelijkheid tot gevolg heeft, kan volgens vaste rechtspraak wel gerechtvaardigd zijn door ongeschreven objectieve factoren die discriminatie naar geslacht uitsluiten.¹¹³

Uit het voorafgaande lijkt dus een systematiek voort te vloeien van: (a) een absoluut verbod van direct sekseonderscheid tenzij het een uitzondering betreft en (b) een verbod van ongerechtvaardigd indirect sekseonderscheid. Een halfgesloten systeem zou men kunnen zeggen in tegenstelling tot het open systeem in de gevestigde rechtsleer en rechtspraktijk.

Momenteel zijn er enkele ‘barsten’ te constateren in het halfgesloten systeem. Hierdoor doet zich de vraag voor of het Hof in de toekomst toch niet zal terugvallen op een open systeem voor direct en indirect sekseonderscheid. Tot voor kort was er één arrest waarin het Hof direct sekseonderscheid in de toekenning van een adoptieverlof gerechtvaardigd achtte. De rechtvaardiging bestond uit het legitieme streven adoptie gelijk te stellen aan bevalling.¹¹⁴ Deze rechtvaardiging sluit nog zeer nauw aan op de geschreven uitzondering uit richtlijn 76/207 voor bevallingsverlof.

Het arrest *Dekker* dat later volgde, leek in eerste instantie een definitieve bevestiging te zijn van het halfgesloten systeem.¹¹⁵ In deze Nederlandse zaak weigerde een werkgever een zwangere sollicitante aan te nemen, vanwege het financieel risico dat het (onverzekerde) bevallingsverlof voor de onderneming inhield. Dit risico is geen geschreven uitzondering. In antwoord op prejudiciële vragen, stelt het Hof dat een schending van het gelijkheidsbeginsel zoals vastgelegd in de richtlijn, op zich volstaat voor aansprakelijkheid en dat met het oog op het nuttig effect van de richtlijnen geen in het nationale recht voorziene rechtvaardigingsgronden kunnen worden erkend.¹¹⁶ Aangezien onderscheid op grond van

113 EG-Hof C 96/80, *Jenkins/Kingsgate*, JUR 1981, 911, m.n. r.o. 11.

114 EG-Hof 163/82, *Commissie v. Italië*, JUR 1983, 3273. Prechal wijst hierop in SEW 39 (1991) 10, (665-669) p. 666.

115 In deze zin bijvoorbeeld S. Prechal, SEW 10 (1991), p. 665; M. Monster, RN 1991, 132; P. van der Heyden, OR-informatie 10 april 1991, p. 17; E. Steyger, RVR 1992, p. 666; M. Vegter, NJCM-Bulletin 6 (1992), p. 592; A. Arnulf, *European Law Review* 1992, p. 269; I. Asscher-Vonk, SMA 6 (1993), pp. 387/8; N. de Vries-Huiser SMA 1993, p. 707.

116 EG-Hof 177/88, JUR 1990, I-3941.

Hoofdstuk 8

zwangerschap gelijk wordt gesteld aan direct sekseonderscheid, zou het arrest kunnen impliceren dat direct onderscheid absoluut verboden is. Aan de andere kant echter, spreekt het Hof alleen van de voorwaarden voor *aansprakelijkheid* naar nationaal recht.¹¹⁷ Dat wil zeggen nadat onrechtmatigheid op grond van het communautaire recht is komen vast te staan. In strikte zin is er nog een mogelijkheid om bij de vaststelling van de onrechtmatigheid op basis van het gemeenschapsrecht wèl andere ongeschreven rechtvaardigingsgronden te betrekken. In casu neemt het Hof de gestelde rechtvaardigingsgrond wel in overweging. Een discriminatie op grond van zwangerschap kan, aldus het Hof, niet gerechtvaardigd worden door het financieel verlies dat een werkgever zou leiden bij aanstelling van een zwangere vrouw.¹¹⁸ Anderzijds wordt echter ook gesteld dat de weigering op grond van het gestelde financiële risico in essentie gebaseerd is op het feit van zwangerschap.

In de recentere zaak *Birds Eye* wordt direct sekseonderscheid door het Hof gerechtvaardigd geacht zonder dat een uitzonderingsgrond voorhanden is.¹¹⁹ In casu wordt ingeval van ziekte van de oudere werknemer door de werkgever een brugpensioen uitgekeerd tot het moment dat rechten uit andere (boven)wettelijke pensioenvoorzieningen worden verworven. Aangezien de wettelijke pensioenleeftijd voor vrouwen in Engeland vijf jaar lager ligt, is het totaal uit te keren brugpensioen voor een zieke vrouw minder dan voor een man in gelijke omstandigheden. Het Hof oordeelt:

“It should be noted that the principle of equal treatment laid down by Article 119 of the Treaty, like the general principle of non-discrimination which it embodies in an specific form, presupposes that the men and women are in identical situations.”¹²⁰

Het Hof meent vervolgens dat mannen en vrouwen vanuit het oogpunt van het doel van de regeling ongelijke gevallen vormen. Het doel wordt omschreven als het supplementeren van de inkomenssituatie.¹²¹ De inkomenssituaties van mannen en vrouwen zijn onvergelijkbaar omdat vrouwen vijf jaar eerder een wettelijk pensioen krijgen. Ongelijke behandeling is dus toegestaan. Het Hof grijpt hier terug op de gevestigde gelijkheidsdoctrine in de variant van de beoordeling van de (on)gelijkheid van gevallen. Deze methode komt, mits juist uitgevoerd, op hetzelfde neer als de

117 Onder andere in r.o. 22 en 24 (“doch de richtlijn stelt de *aansprakelijkheid* van degeen die discrimineert, in geen enkel opzicht afhankelijk van het bewijs van schuld of van de aanwezigheid van enige rechtvaardigingsgrond”, r.o. 22, cursivering AV).

118 R.o. 12.

119 EG-Hof 132/92 *Birds Eye Walls Limited v. Roberts*, JUR 1993 I-5579, zie ook RN 1994, 411 m.n. AV.

120 R.o. 17.

121 R.o. 18.

Het (supra)nationale juridische gelijkheidsvertoog

rechtvaardiging van onderscheid vanuit het doel van de regeling (§ 4.3.1). Of men beoordeelt of mannen en vrouwen, vanuit het oogpunt van het objectieve doel, gelijke of ongelijke gevallen vormen, of men neemt mannen en vrouwen altijd als gelijke gevallen en maakt een uitzondering voor het geval dat het sekseverschil een passend middel is voor een objectief doel. Direct onderscheid wordt aldus door het Hof gerechtvaardigd.

In de zaak *Webb* komt het ontslag van een zwangere werknemster aan de orde die kort daarvoor is aangenomen voor de vervanging van een werknemster met zwangerschapsverlof.¹²² Ter rechtvaardiging wordt de noodzaak van haar aanwezigheid opgeworpen. Het Hof gaat hier wel op in, al betreft het direct onderscheid. De grond wordt echter afgewezen. Bescherming van de vrouw bij zwangerschap kan niet afhankelijk zijn van de noodzaak van haar aanwezigheid, aangezien dat de effectuering van de bepalingen uit de richtlijn onmogelijk maakt.¹²³ Daarin speelt mee dat mevrouw Webb op een overeenkomst van onbepaalde tijd is aangenomen en slechts tijdelijk haar werk niet kan verrichten.¹²⁴ De vraag blijft open of ingeval van een tijdelijke overeenkomst het Hof een direct onderscheid zal rechtvaardigen.

Op grond van het bovenstaande zou voorzichtig te concluderen zijn dat het Hof toch ook voor direct onderscheid het formele verbod van ongerechtvaardigd onderscheid aanhangt. Doch vanuit het 'effet utile' van het gelijkheidsrecht is het Hof vervolgens zeer terughoudend in de honorering van ongeschreven objectieve gronden voor sekseonderscheid. Het Hof brengt hiermee impliciet het dilemma van een absoluut verbod naar voren. In bepaalde uitzonderlijke gevallen is direct sekseonderscheid te rechtvaardigen. Het Hof wijst bij gebrek aan een uitzonderingsgrond in dat geval op de algemene voorwaarde voor een gelijke behandeling, namelijk het bestaan van gelijke situaties. Het *nadeel* van het gesloten systeem blijkt te zijn dat niet alle gewenste uitzonderingen voorzienbaar zijn. Het probleem dat alle uitzonderingen voorzien moeten zijn bij een absoluut verbod, speelt overigens ook in de Algemene wet gelijke behandeling. Ook deze wet hanteert een gesloten systeem voor direct sekseonderscheid. In een uitvoeringsbesluit bij deze wet is men gedwongen geweest alle soorten van 'vanzelfsprekendheden' te reguleren, zoals sekseonderscheid in blijf-van-mijn-lijf huizen, bij sportwedstrijden, bij Miss-verkiezingen, et cetera. Het *voordeel* van een gesloten systeem is echter, en ook dat erkent het Hof, dat de effectuering van het gelijke-behandelingsbeginsel niet onmogelijk kan worden

122 EG-Hof 32/93 *Webb v. EMO Air Cargo* d.d. 14 juli 1994, n.n.g.

123 R.o. 26.

124 R.o. 27.

Hoofdstuk 8

gemaakt. Dit zou het geval zijn, indien het de regel zou worden dat voor elk onderscheid wel een ongeschreven rechtvaardigingsgrond is te vinden.

Zoals het er naar uit ziet, is het Hof bereid om in de 'hard cases' van direct onderscheid terug te vallen op het verbod van ongerechtvaardigd onderscheid. Evenwel volgt veelal een striktere toetsing van rechtvaardingsgronden dan gangbaar is in de nationale gelijkheidsdoctrine.¹²⁵ Deze strikte toets zet zich ook door in de uitleg en beoordeling van indirecte seksdiscriminatie.

6.2.2 *Semi-materiële uitleg van indirect onderscheid*

Het concept van indirecte discriminatie is een materiële conceptualisering in die zin dat het resultaat van een behandeling maatgevend is voor de vaststelling van een in beginsel verboden onderscheid. Een vaak aangehaald voorbeeld is het onderscheid tussen deeltijders en voltijders. Dit is een gelijkstelling naar sekse daar waar mannen en vrouwen binnen de context van de arbeidsmarkt onvergelijkbaar zijn, omdat vrouwen in overgrote mate en mannen in zeer kleine mate in deeltijd werken. Het is ook mogelijk dit onderscheid te percipiëren als een verborgen onderscheid naar sekse. Door naar werktijd te onderscheiden wordt een bijna eender resultaat behaald als zou naar sekse zijn onderscheiden (§ 4.3.2). Hoewel het indirecte discriminatieconcept afwijkt van de gevestigde gelijkheidsdoctrine, zal hieronder geadstrueerd worden dat de toepassing ervan in de praktijk uiteindelijk op een formele leest geschoeid blijft waaraan enkele materiële aspecten worden toegevoegd (verder: semi-materiële uitleg).¹²⁶

Het indirecte discriminatiebegrip ligt in bepaald opzicht eerder tegen het formele concept aan dan tegen het materiële (vergelijk § 4.3.2). Het vertrekpunt van het communautair leerstuk van indirecte discriminatie is feitelijk 'formeel'. Doel is om juridisch kenbaar sekseonderscheid in een aanwijsbare regeling en of handeling op bijvoorbeeld de arbeidsmarkt te verbieden. Dit verbod geldt in eerste instantie ongeacht het feit of het onderscheid tot bevoordeling of benadeling van vrouwen leidt en ongeacht het feit of mannen en vrouwen in onvergelijkbare situaties verkeren of niet. In het eerste geval kan het gevolg van bevoordeling van vrouwen wel een rol spelen als beroep wordt gedaan op de geschreven uitzondering voor voorkeursbehandeling. In het tweede geval kan de ongerechtvaardigde gelijkstelling in onvergelijkbare situaties slechts onderwerp van rechtspraak zijn, wanneer het indirect onderscheid betreft. Het Hof erkent zuivere gelijkstelling in ongelijke

125 Dat geldt bijvoorbeeld de arresten *Dekker* en *Webb*. De in *Birds Eye* gebruikte vergelijkbaarheidstoets valt lichter uit. De gelijkheid van de gevallen wordt hier beoordeeld op grond van het doel van de regeling, maar dat doel wordt niet getoetst op 'een werkelijke ondernemingsbehoefte'.

126 Zo ook McCrudden 1993, pp. 326-328.

Het (supra)nationale juridische gelijkheidsvertoog

situaties niet als een relevant onderscheid. De uitzondering voor voorkeursbehandeling en het concept van indirect onderscheid zijn toegevoegde materiële aspecten aan het formele beginsel. In zijn totaliteit is het communautaire gelijkheidsbeginsel semi-materieel omdat ongelijke behandeling niet afgedwongen kan worden in onvergelykbare situaties.

Indirect onderscheid stelt verborgen sekseonderscheid ter discussie. In het *Jenkins/Kingsgate*-arrest benadert het EG-Hof het hanteren van een indirect onderscheidend middel vooral nog als een bewust verborgen wijze van sekseonderscheid.¹²⁷ De latere jurisprudentie leidt echter tot oplopende ‘materialisering’. Het Hof blijkt in de (h)erkenning van een relevant onderscheid steeds meer afstand te moeten nemen van de redenen die achter de keuze van het onderscheidend criterium schuil gaan. Die redenen blijken voor de benadeelde nauwelijks kenbaar of bewijsbaar. Het Hof gaat akkoord met een prima facie bewijs waarin wordt aangetoond dat een gewraakt criterium een aanzienlijk groter percentage personen van één bepaalde sekse raakt. De wederpartij moet daarop zijn redenen verhelderen en aantonen dat dit objectief gerechtvaardigde factoren zijn die discriminatie naar geslacht uitsluiten.¹²⁸ Deze stap blijkt echter niet voldoende garantie te geven om de weerbarstige praktijk rechtens te kunnen controleren. Niet alleen de beweegredenen voor het hanteren van een indirect onderscheidend criterium zijn ondoorzichtig, ook het criterium zelf kan ondoorzichtig zijn. In *Commissie/Frankrijk*¹²⁹ en *Danfoss*¹³⁰ blijkt de eiser het verband tussen het criterium en het sekseonderscheid dat daarvan het gevolg is, niet te kunnen aantonen, omdat de toegepaste regeling volstrekt ondoorzichtig is opgesteld. Het Hof bepaalt hierop dat het in dat geval volstaat aan te tonen dat een stelsel of beleid van verschillende handelingen of regelingen tot een feitelijk nadeel voor één van de seksen leidt. Diegene in wiens vermogen dit ligt, namelijk de wederpartij, dient zelf ‘de kluwen’ te ontwarren en de onderscheidingscriteria binnen het gevoerde beleid te identificeren. Pas hierna kunnen eventuele objectieve factoren beoordeeld worden voor het gebruik van deze criteria.

In de hierboven aangegeven jurisprudentielijn van het Hof schuift het juridisch registratieproces van een relevant onderscheid steeds meer naar een punt waar onderscheid niet meer rechtstreeks juridisch analyseerbaar is. De gevolgen van

127 EG-Hof 96/80, JUR 1981, 911.

128 Onder andere EG-Hof 170/84 *Bilka* JUR 1986, 1607; EG-Hof 237/85 *Rummler* JUR 1986, 2110; EG-Hof 30/85 *Teuling* JUR 1987, 2497; EG-Hof 102/88 *Ruzius* JUR 1989, 4311; EG-Hof 109/88 *Danfoss* JUR 1989, 3199; EG-Hof 171/88 *Rinner-Kühn* JUR 1989, 2743; EG-Hof 33/89 *Kowalska* JUR 1990, I-2591; EG-Hof 184/89 *Nimz* JUR 1991, I-297; EG-Hof 229/89 *Commissie v. België* JUR 1991, I-2265.

129 EG-Hof 318/86, JUR 1988, 3559.

130 EG-Hof 109/88, JUR 1989, 3199.

Hoofdstuk 8

ondoorzichtige criteria zijn immers niet langer logisch te analyseren, maar slechts statistisch. Dat leidt tot een aantal problemen omdat deze statistische gegevens vervolgens in het rechtssysteem omgezet moeten worden naar rechtsfeiten, om er zo juridische betekenis aan te kunnen hechten. Deze problematiek komt uitgebreid aan de orde in het derde deel van het boek, wanneer de onderlinge relaties tussen recht en arbeidsmarkt aan bod komen.

Tot zover is de juridische herkenning en erkenning besproken van wat als juridisch relevant onderscheid geldt. De volgende stap is hoe de gevormde rechtsbeelden door het EG-Hof toegepast worden. De nationaal gevestigde doctrine beschrijft voor de toepassing een formele toets. Dit vormt een willekeurtoets van het middel in het licht van het doel. Het middel moet zakelijk zijn, terwijl het doel legitiem moet zijn. In de communautaire rechtspraktijk blijkt de toets scherper uit te vallen. Legitimiteit van het doel moet, afhankelijk van een ondernemingsregeling of een politieke regeling, blijken uit het feit dat het doel respectievelijk ‘aan een werkelijke behoefte van de onderneming voldoet’¹³¹ of ‘een noodzakelijk doel vormt van de sociale politiek van de Lid-Staat’.¹³² De doel-middeltoets wordt ook aangescherpt. Het middel moet niet zakelijk zijn voor het doel maar ‘geschikt en noodzakelijk’. Dit houdt in dat het middel passend moet zijn en er geen subsidiair middel beschikbaar mag zijn met minder schadelijke effecten.

Hoewel de toets is aangescherpt, vormt het geen zuiver materiële toets zoals in de materiële leer wordt beschreven (§ 4.3 en 4.4). Eerder is sprake van een soort van semi-materiële ‘uitbouw’ van de willekeurtoets. Het feit dat het doel van de regeling een werkelijke ondernemingsbehoefte moet dekken of noodzakelijk moet zijn voor een sociale politiek, berust op een belangenafweging die vooraf gemaakt is. Wat er uit spreekt, is dat een doel in zijn algemeenheid van behoorlijk gewicht moet zijn, wil het opwegen tegen een schending van het beginsel van seksgeelijkheid. Maar een concrete afweging per geval van de te schenden en de te dienen belangen vindt niet plaats (zie Loenen § 4.4.4). Voor wat betreft de verhouding tussen middel en doel, wordt geschiktheid aangevuld met noodzakelijkheid. Dit sluit aan op de toets van Loenen (§ 4.4.4). Een belangrijk verschil blijft echter dat Loenen deze toets uitsluitend reserveert voor onderscheid ten nadele van de gevoelige groep. Het EG-Hof past de toets seksneutraal toe.

131 EG-Hof 170/84 *Bilka*, JUR 1986, 1607.

132 EG-Hof 171/88 *Rinner-Kühn*, JUR 1989, 2743.

6.3 De Nederlandse rechtspraak

6.3.1 Doorwerking van de communautaire gelijkheidsnorm

De afwijkende elementen van het communautaire gelijkheidsbeginsel zijn het indirecte onderscheid en de toetsing op noodzakelijkheid van het middel. Beide elementen worden in de gevestigde gelijkheidsdoctrine niet genoemd (zie § 3). Voor de nationale rechtspraak ligt dit deels anders. Dit moet vooral aan de eigen aard van het communautaire recht worden toegeschreven. Dit recht schept namelijk één supranationale rechtsorde waar de nationale rechtspraktijken onderdeel van zijn. Door deze ‘koppeling’ staat de toepassing van nationaal recht onmiddellijk, zonder tussenkomst van nationale wetgeving, in contact met (de toepassing van) communautair recht. Verdragsbepalingen die onvoorwaardelijk en voldoende gepreciseerd zijn, kunnen door personen voor de nationale rechter direct worden ingeroepen tegenover derden, terwijl richtlijnbevestigingen die onvoorwaardelijk en voldoende gepreciseerd zijn voor de nationale rechter direct kunnen worden ingeroepen tegenover de nationale overheid. Wanneer geen directe werking bestaat, heeft de nationale rechter de plicht het volledige nationale recht zoveel mogelijk conform de communautaire verplichtingen te interpreteren.¹³³

Hiernaast is uiteraard ook sprake van middellijke koppeling tussen communautair recht en nationaal recht door middel van nationale politieke uitvoerings- en implementatiewetgeving. Dit wetgevingsbeleid rekende ik echter tot het politieke vertoog (zie hierover hfdst. 7). Hier wordt het gelijkheidsvertoog beschreven zoals dat uit de eigen doctrine en praktijk van het recht blijkt. Het vormt daarmee het kader, waarbinnen het rechtssysteem eventuele politieke (implementatie)regels voor seksegelijkheid op de arbeidsmarkt, zal interpreteren.¹³⁴

De onmiddellijke interferentie van het nationale rechtsvertoog en het communautaire rechtsvertoog, werpt de vraag op of dit niet tot problemen leidt. Immers, op grond van de beschreven Nederlandse toepassing van het gelijkheidsbeginsel zou te veronderstellen zijn dat de nationale rechtspraak met tegenstrijdige invloeden te maken heeft. De nationale doctrine en rechtspraak is voor een belangrijk deel op een formeel gelijkheidsconcept geënt. Een deel van deze praktijk interfereert met een communautaire praktijk die juist op een (semi)materieel gelijkheidsconcept is geënt. In het theoretische systeemperspectief zou van strijdende attractoren gesproken kunnen worden. Qua juridische beeldvorming en begrip wordt aangezet tot een formele benadering, maar qua juridische handelingsmodus wordt aangezet tot een

133 Zie ook in uitgebreide zin Lauwaars en Timmermans 1991, pp. 24-33 en pp. 82-83 en Bethlem 1991.

134 Zie Deel III hfdst. 11, m.n. § 3 en 4.

Hoofdstuk 8

meer materiële benadering. De hieronder te illustreren ‘twijfelende’ beweging in de Nederlandse rechtspraak zou aan de krachtenstrijd tussen deze attractoren kunnen worden toegeschreven.

6.3.2 De twijfelende lijn

Op het eerste gezicht lijkt de aantrekkingskracht van de gevestigde formele leer binnen het nationaal-juridische gelijkheidsvertoog niet te onderschatten. Boven is al gewezen op de praktijk van een nationaal administratief rechtscollege (§ 5.2.1). Deze rechter oordeelde nog recentelijk dat de uitkeringsregeling op grond van de Algemene Bijstandswet niet strijdt met de derde EEG-richtlijn 79/9, omdat de uitkering van bijstand ingeval een gezamenlijke huishouding wordt gevoerd, de man en vrouw gezamenlijk aangaat:

“De toepassing (levert) reeds hierom geen (...) verboden discriminatie op. (...) De Afdeling komt gelet op het vorenoverwogene niet toe aan de beantwoording van de vraag of aanzienlijk meer (...) vrouwen dan mannen als gevolg van de toepassing van de artikelen 5 en 5a ABW een bijstandsuitkering wordt geweigerd.”¹³⁵

Volgens de communautaire leer ziet indirecte discriminatie op een regeling die onderscheidt naar een neutrale grond, maar in zijn gevolgen onderscheidt naar sekse. In casu zou dat het geval kunnen zijn. De bijstandsregeling onderscheidt naar wel of geen gezamenlijke huishouding, wat mogelijk een weigering van uitkering aan voornamelijk vrouwen tot gevolg heeft. Of dat laatste zo is, vergt relevante data. De formele conceptualisering van gelijkheid door de rechter biedt geen enkele ruimte om deze gegevens te controleren. Onderscheid *als gevolg* van de regeling valt op voorhand buiten het juridische gezichtsveld.¹³⁶

Ook bij de civiele rechter trekt de formele attractor de semi-materiële communautaire gelijkheid terug in het ‘oude’ spoor. De rechter hanteert in casu weliswaar niet een formele conceptualisering, maar wel een formele toets.¹³⁷ In casu wordt gesteld dat de premieheffing voor de Algemene Ouderdomswet een sekseonderscheid tot gevolg heeft. De rechter voert één en dezelfde gelijkheidstoets uit voor toetsing aan richtlijn 79/9/EEG en voor toetsing aan artikel 26 IVBPR. Het indirecte onderscheid wordt in beide gevallen als redelijk beoordeeld met het oog op de praktische uitvoerbaarheid van wetgeving. De gemeenschapsrechtelijke praktijk zou echter aanleiding moeten zijn voor een stringenter toets bij toetsing aan de EEG-

135 AGvB RS 25 augustus 1992, nr. G04.90.0402, NJCM-Bulletin 18-2 (1993), p. 162. Zie ook uitspraken van de Afdeling d.d. 20 juni 1990, PS 1990, 668 en 6 oktober 1992, RN 1993, 341.

136 Vgl. NJCM-Bulletin 18-2 (1993) met name p. 168 (noot Loenen).

137 Hof Den Haag 6 mei 1991, NJCM-Bulletin 17-8 (1992), pp. 874 e.v.

Het (supra)nationale juridische gelijkheidsvertoog

richtlijn. Alleen als het onderscheid een noodzakelijk doel van sociale politiek dient en het middel daarvoor geschikt en noodzakelijk is, is het onderscheid gerechtvaardigd.¹³⁸ In cassatie wordt de toegepaste toets ter discussie gesteld. De Hoge Raad ziet echter geen aanleiding voor toetsing aan een noodzakelijk doel van sociale politiek. Premieheffing is ten behoeve van de uitvoering van sociaal beleid, maar vormt in zichzelf geen uitvoering van sociaal beleid, aldus de Raad.¹³⁹ Het onderscheid wordt derhalve niet aan een strikt doel getoetst, hoewel de stelsels van premieheffing wel degelijk onder de derde richtlijn vallen en derhalve volgens de lijn van het EG-Hof geïnterpreteerd moeten worden.¹⁴⁰

Bijzondere aandacht vergt de rechtspraktijk van de Centrale Raad van Beroep. Dit is het eerst aangewezen hoogste rechtscollege voor de toepassing van de communautaire gelijkheidsnormen op de nationale sociale-verzekeringsregelingen. In de loop der jaren vindt hier in vergelijking met de andere rechtscolleges een zekere vernieuwing plaats in de operationalisering van gelijkheid. Het materiële vertoog neemt zeer voorzichtig in betekenis toe. Ik adstrueer dit aan de hand van een viertal uitspraken van de laatste jaren.

Een eerste uitspraak betreft een indirect sekseonderscheid in de uitkeringsgrondslag op basis van de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet.¹⁴¹ De regeling garandeert een uitkering op sociaal-minimumniveau. Dit geldt echter niet voor deeltijders die recht verkrijgen op een proportioneel lager deel van het sociaal-minimum voorzover het voordien genoten inkomen hieronder ligt. Voor andere groepen die voordien ook een lager inkomen genoten dan het sociaal minimum (studenten, zelfstandigen, gehandicapten et cetera) wordt geen (nadelige) proportionaliteit betracht. Het resultaat van de regeling is dat met name vrouwen van een vol sociaal-minimum worden uitgesloten. Het EG-Hof oordeelt over dit onderscheid in een prejudiciële beslissing in die zin, dat de veroorzaakte sekseongelijkheid door de proportionele behandeling van uitsluitend deeltijders geen objectieve rechtvaardiging kent in het licht van de verdere regeling.¹⁴² De CRvB past echter de gevestigde leer toe van de vergelijkbaarheid van gevallen in het licht van het doel van de regeling. Daartoe wordt eerst het doel van de regeling opgesplitst. De andere groepen met een lager genoten inkomen worden onvergelijkbaar geacht met deeltijders omdat zij onder een aparte politieke doelstelling vallen. Voor de overige voltijd- en deeltijdwerken-

138 EG-Hof 171/88 *Rinner-Kühn*, JUR 1989, 2743. Zie ook noot van R. Hennuïn, NJCM-Bulletin 17-8 (1992), m.n. pp. 879-880.

139 HR 4 november 1992, nr. 28.135, NJCM-Bulletin 18-2 (1993), p. 157.

140 Vgl. annotatie R. Hennuïn, NJCM-Bulletin 18-2 (1993), p. 160. Zie voor de haaks op het arrest van de Hoge Raad staande, communautaire uitleg: EG-Hof 177/84, JUR 1990, 394 r.o. 24.

141 CRvB 6 juni 1991, AB 1991, 504.

142 EG-Hof 102/88 *Ruzius-Wilbrink*, JUR 1989, 4311.

Hoofdstuk 8

den wordt het doel van de regeling als een bodemverzekering voor inkomensderving uitgelegd. In dit licht kan aan een proportioneel lagere uitkering voor deeltijders ‘geen vermoeden van discriminatie worden ontleend’.

Met name tegen de achtergrond van het prejudiciële antwoord van het EG-Hof is de splitsing van doelstellingen omstreden te noemen. Door het uitsplitsen van het doel van de regeling naar een aparte doelstelling per groep, overigens pas nadat antwoord van het EG-Hof was verkregen, kunnen groepen niet anders dan onverschillig worden. Afgezien hiervan zou op grond van de communautaire gelijkheidsnorm een indirect onderscheid moeten worden vastgesteld op grond van het resultaat van de regeling. Dit resultaat, zo was in casu onomstreden, onderscheidt naar sekse. In dat geval moet de rechter het doel (of de doelen) van de regeling toetsen aan een ‘noodzakelijk doel van sociale politiek’, waarbij het onderscheid voor dit doel geschikt en noodzakelijk dient te zijn. Deze communautaire toets is niet uitgevoerd.

In een tweede uitspraak, eveneens op grond van de AAW, brengt de CRvB de striktere doel-middeltoets wel tot uitvoering.¹⁴³ In casu gaat het om het uitkeringsvereiste dat sprake moet zijn van een bepaald minimaal voordien genoten inkomen. Deze inkomenseis sluit met name deeltijders van rechten uit. In praktijk treft dat vooral vrouwen. De rechter oordeelt dat de inkomenseis een gerechtvaardigd doel dient, namelijk het vaststellen van substantieel inkomensverlies en het voorkomen van ‘snipperuitkeringen’. De *hoogte* van de inkomenseis beoordeelt de rechter echter niet als een geschikt en noodzakelijk middel voor dit doel. De Werkloosheidswet blijkt met het oog op hetzelfde doel een lagere som te stellen.

Van consistentie in de interpretatie van de communautaire noodzakelijkheidstoets, voorzover toegepast, is echter nog geen sprake. In een derde uitspraak wordt het indirecte sekseonderscheid getoetst in de toeslagregeling op de AOW.¹⁴⁴ Deze toeslag op het persoonlijk AOW-pensioen wordt afhankelijk gesteld van het hebben van een jongere partner met onvoldoende inkomsten. Aangevoerd wordt dat aanzienlijk meer vrouwen dan mannen een toeslag geweigerd zal worden. Immers, minder vrouwen dan mannen hebben een jongere partner, en als ze deze hebben dan beschikken deze mannelijke partners in meerdere mate dan vrouwelijke partners over een zodanig inkomen dat geen toeslag wordt toegekend.

De rechter percipieert het doel van de partnertoeslag als een inkomensgarantie op sociaal-minimumniveau. De rechter spreekt van een ‘legitieme doelstelling van

143 CRvB 23 juni 1992, RSV 1992, 317.

144 CRvB 30 maart 1993, RSV 1994, 35.

Het (supra)nationale juridische gelijkheidsvertoog

sociaal beleid'. Dit lijkt een soort mix van de 'legitieme doelstelling' uit de gevestigde leer en 'noodzakelijk doel van sociale politiek' uit de gemeenschapsrechtelijke leer. De toeslagregeling wordt als middel 'onmisbaar' geacht voor het doel. Dit lijkt te wijzen op de noodzakelijkheid van het middel volgens de communautaire leer. De noodzakelijkheid van het middel wordt in casu echter juist bestreden. Het enkele criterium van onvoldoende inkomsten van de jongere partner houdt in dat ook partnertoeslag wordt toegekend wanneer de pensioengerechtigde zelf over (meer dan) voldoende inkomsten beschikt. In dat geval is het criterium onvoldoende onderscheidend om het doel van inkomensgarantie op sociaal-minimumniveau te realiseren. Hierover merkt de rechter slechts op "dat dit aan het oordeel niets af doet".¹⁴⁵

De 'noodzakelijkheid' van het middel blijkt bij nader inzien gelezen te moeten worden als 'zakelijk'. Immers, vaststaat dat het middel niet in alle gevallen noodzakelijk is voor het doel. Het is zelfs goed mogelijk dat het middel slechts in uitzonderingsgevallen voldoet om een sociaal-minimum te garanderen. Immers de meeste pensioengerechtigden met een jongere partner zonder inkomsten zijn mannelijke kostwinners, die in een meerderheid van de gevallen naast de AOW over bijkomende pensioeninkomsten beschikken. Een toeslag om een inkomen op sociaal-minimum te bieden is dan onnodig. Wanneer een indirect discriminerend criterium zodanig grof is, dat het doel van de regeling slechts in een minderheid van de gevallen te realiseren zou zijn, moet wellicht zelfs getwijfeld worden aan de zakelijkheid van het middel.

In een vierde uitspraak tot slot, is sprake van een explicitering door de CRvB van het afwijkend karakter van de communautaire gelijkheidsnorm ten opzichte van de algemene gelijkheidsnormen.¹⁴⁶ Dit is vernieuwend omdat tot nu toe in de rechtspraktijk veelal een formele uitleg en toetsing van gelijkheid wordt toegepast ongeacht de gelijkheidsgrond (§ 5.2.3). De zaak betreft een korting op de uitkering ingevolge de Algemene Ouderdomswet voor gehuwde vrouwen voor die perioden in het verleden dat hun echtgenoot niet verzekerd was. De communautaire gelijkheidsleer verbiedt het negeren van deze ongelijkheid uit het verleden voorzover de gevolgen doorwerken nadat de derde richtlijn gelding heeft verkregen.¹⁴⁷ De gehuwde vrouw in kwestie valt echter niet onder de werkingssfeer van de EEG-richtlijn, waarop de CRvB de toepassing van artikel 26 IVBPR onderzoekt.

De rechter sluit de toepassing van artikel 26 IVBPR uit, omdat de tijdvakken waarin de echtgenoot niet verzekerd was, voorafgaan aan het moment dat recht-

¹⁴⁵ CRvB 30 maart 1993, RSV 1994, 35, r.o. 13, 17, 18.

¹⁴⁶ CRvB 26 november 1993, RSV 1994, 126.

¹⁴⁷ EG-Hof 384/85 *Borrie Clark*, JUR 1987, 2865; EG-Hof 80/87 *Dik*, JUR 1988, 1601.

Hoofdstuk 8

streeks beroep op artikel 26 mag worden gedaan. De *gevolgen* doen zich echter voor en blijven zich voordoen nadat beroep op deze gelijkheidsnorm mogelijk is. Onder de communautaire gelijkheidsnorm zou de bepaling ongeoorloofd zijn. Dienaangaande stelt de rechter:

“Een zo vergaande werking als aan het beginsel van gelijke behandeling van man en vrouw is toegekend in het arrest van het EG-Hof (...), kan (...) niet geacht worden voort te vloeien uit de meer algemene normstellingen inzake het verbod van discriminatie als neergelegd in artikel 26 IVBPR.”¹⁴⁸

De communautaire seksegelijkheidsnorm wordt aldus afwijkend beoordeeld van de algemene gelijkheidsnormen. Dit zou er, consequent geredeneerd, niet alleen toe moeten leiden minder rechtsbescherming te bieden op grond van artikel 26 IVBPR, maar ook meer rechtsbescherming te bieden in geval de EEG-richtlijnen wel van toepassing zijn. Dat geldt dan niet alleen het communautaire verbod van doorwerking van discriminatie, maar ook de strikte toetsing van middel en doel. In de meeste uitspraken van de CRvB wordt deze niet of maar ten dele uitgevoerd. Indien de communautaire gelijkheidsnorm inderdaad een ander discriminatieverbod oplegt dan de andere gelijkheidsnormen, komt ook de jurisprudentie onder vuur te liggen waarin de CRvB de ingangsdatum om wettelijke sociale-zekerheidsregelingen aan artikel 26 IVBPR te toetsen, legt op de dag dat de nationale overheid de derde EEG-richtlijn tot uitvoering moet hebben gebracht (23 december 1984). Indien artikel 26 IVBPR minder vergaande consequenties heeft dan de derde richtlijn, zoals de CRvB stelt, dan ligt de gelijkstelling van de uitvoeringstermijn voor communautaire en ‘algemene’ gelijkheid in de sociale zekerheid niet langer voor de hand. Artikel 26 IVBPR heeft vijf jaar eerder dan de derde richtlijn rechtskracht in Nederland verkregen. De uitvoeringstermijn voor doorvoering van het gelijkheidsbeginsel in de sociale zekerheid is wellicht ook rijkelijk lang als in ogenschouw wordt genomen dat de Hoge Raad onlangs oordeelde dat het gelijkheidsbeginsel “reeds geruime tijd voordat het in artikel 1 van de Grondwet vorm heeft gekregen (17 februari 1983, AV) behoorde tot de ongeschreven beginselen van Nederlands recht”.¹⁴⁹

Concluderend kan over de nationale rechtspraktijk gezegd worden dat de afwijkende communautaire doctrine schommelingen teweegbrengt in de juridische operationa-

¹⁴⁸ CRvB 26 november 1993, RSV 1994, 126.

¹⁴⁹ HR 1 december 1993, NJ 1993, 243. De vraag wanneer het gelijkheidsbeginsel precies deel is geworden van de Nederlandse rechtsorde is daarmee nog onbeantwoord. De Rechtbank Roermond, inzake *De erven Denis v. Sociale Verzekeringsbank*, d.d. 18 april 1994, nr. 93/1108 AOW R WIT, hield het op grond van ‘van belang zijnde juridische gebeurtenissen’ op de tweede helft van de jaren zeventig.

Het (supra)nationale juridische gelijkheidsvertoog

lisering van het gelijkheidsbeginsel in Nederland. De 'attractor' van formele gelijkheid wordt op de proef gesteld doordat de materiële communautaire concepten langzamerhand weten door te dringen. De rechtspraak maakt zich soms los uit het 'magnetisch' veld van de gevestigde gelijkheidsleer. Tot een consistente toetsing leidt dit vooralsnog niet. Al kan soms de doel-middelverhouding binnen een regeling ook ter discussie worden gesteld naar aanleiding van het veroorzaakte feitelijke kansverschil in de uitoefening van rechten, dan nog moet ook de tweede stap worden gemaakt om dit onderscheid aan een enigszins materiële toets te onderwerpen. Zo wordt het indirecte discriminatiebegrip in de Nederlandse rechtspraak wel in meerdere mate onder de algemene gelijkheidsnormen gebracht, maar wordt voor de doel-middeltoets weer teruggevallen op het willekeurverbod. Wordt ook in vorm doorgezet naar een materiële toets zoals bijvoorbeeld in de praktijk van de CRvB, dan blijkt het ook nog mogelijk deze op formele wijze te interpreteren. Het noodzakelijk doel verwatert tot legitieme doel en het noodzakelijke middel tot zakelijk middel.¹⁵⁰ Zo lijkt bijvoorbeeld de algemene acceptatie in de rechtspraak van de 'praktische uitvoerbaarheid van wetgeving' als legitiem doel van onderscheid, niet te beantwoorden aan de communautaire eis van noodzakelijk doel van sociale politiek.

7 Conclusies

7.1 Ambivalentie in het juridische gelijkheidsvertoog

De gevestigde doctrine van gelijkheid heeft zich vele decennia lang niet sterk gewijzigd. Weliswaar is er verandering en uitbreiding geweest van (inter)nationale gelijkheidsnormen, maar de conceptualisering van het gelijkheidsbeginsel als zodanig en zijn toetsing blijft grotendeels ongewijzigd. Toepassing van gelijkheid houdt kort gezegd in dat na de schade die een regeling of handeling voor een uitgeslotene of ingeslotene oproept, een nader juridisch onderzoek volgt van het onderliggende besluit. Dit besluit moet in beginsel gebaseerd zijn op het toekennen van dezelfde rechten aan een ieder. Onderscheid is te rechtvaardigen als dit als middel niet onwillekeurig voorkomt met het oog op het legitieme doel van het besluit.

Naast de gevestigde doctrine circuleren afwijkende percepties van gelijkheid binnen het vertoog. Ze zijn in zoverre afwijkend dat niet wordt uitgegaan van het toekennen van in beginsel dezelfde rechten. Hoewel dit binnen een juridische context op gelijkheid wijst, kan binnen een andere maatschappelijke context een averechts

¹⁵⁰ Zie ook De Leeuw 1991.

Hoofdstuk 8

effect ontstaan. Toepassing van gelijkheid betekent volgens de afwijkende leer dat rechten voldoende verband moeten houden met feitelijke gelijkheden of ongelijkheden. Door in rechte of gelijk te stellen of te differentiëren dient binnen de maatschappelijke context in beginsel een gelijke kans op de uitoefening van rechten te ontstaan. In spiegelbeeld wijst een ongelijke kans op de uitoefening van rechten op een in beginsel verboden besluit, tenzij de juridische gelijkheid of ongelijkheid gerechtvaardigd is. Dat is het geval indien het onderscheid geschikt en noodzakelijk is voor het legitieme doel van het besluit en het te schenden belang van gelijkheid niet opweegt tegen het met het besluit gediende belang. In de feministische dogmatiek geldt een verhoogde drempel voor de toepassing van deze noodzakelijkheidstoets. Voorwaarde is dat het ontstane maatschappelijk onderscheid in kwestie deel moet uitmaken van een structureel patroon van maatschappelijk onderscheid.

De afwijkende cognitieve beschrijvingen vormen de minderheid in het gelijkheidsvertoog en integreren moeilijk met de gevestigde leer. Voor de operationele verwerking van gelijkheid in de rechtspraktijk ligt dit deels anders. De toetsing aan de algemene gelijkheidsnormen van artikel 1 Gw, artikel 26 IVBPR en artikel 14 EVRM wordt grotendeels volgens de gevestigde doctrine uitgevoerd. In de jaren tachtig is evenwel een verstoring van dit patroon ontstaan, als gevolg van de eigensoortige integratie van de communautaire rechtspraktijk in de nationale praktijk.

De communautaire gelijkheidsnorm ziet in wezen op een formele gelijkheid in die zin dat toekenning van dezelfde rechten uitgangspunt is. Mede echter als gevolg van de teleologische rechtsvindingspraktijk van het EG-Hof, waarin het 'effet utile' van de toekenning van rechten als een juridisch belang is vertaald, doen materiële aspecten van gelijkheid hun intrede. Met name bedekte wijzen van onderscheid in de toekenning van rechten die afleidbaar zijn uit het feit dat in aanzienlijke mate personen van één sekse de uitoefening daarvan ontzegd blijkt te worden, kunnen als juridisch relevant onderscheid nader beoordeeld worden (het indirecte onderscheid). Geboden differentiatie daar waar juridische gelijkstelling tot ongelijke kansen op de uitoefening van rechten leidt, kent het semi-materiële communautair concept niet.

De communautaire gelijkheid werkt gedeeltelijk door in de nationale praktijk. Er is tevens een uitstralingseffect op de conceptualisering van de algemene gelijkheidsnormen, waar in meerdere mate indirecte discriminatie onder begrepen wordt. In de concrete operationalisering kan echter bij de juridische beeldvorming van wat een relevant maatschappelijke verschil is, bij de keuze van de doel-middeltoets en bij de interpretatie van de noodzakelijkheid van doel en middel, het formele ankerpunt van gelijkheid weer op de voorgrond schuiven. In zijn totaliteit bezien is het operationele gelijkheidsvertoog zijn eenvormigheid verloren. De banen waarin de praktijk beweegt zijn weliswaar merendeels die van de formele leer, maar

uitspraken die bepaalde onderdelen van de materiële leer verwerken doen zich vaker voor.

7.2 Functionele differentiatie als reflexieve rechtsvorm

Hoewel de dogmatiek derhalve meer gebonden is aan één overwegende zienswijze, kent de rechtspraktijk meer variatie. Het ‘bewegingsvlak’ rond de formele attractor breidt zich in de praktijk uit. In de literatuur wordt deze beweging in de praktijk vaak als evolutionaire lijn geschetst van formele naar materiële gelijkheid.¹⁵¹ Dat veronderstelt de vervanging van het ene concept door het andere. Dat lijkt mij niet geheel juist. De klassieke conceptualisering van het gelijkheidsbeginsel continueert zich in tal van publiekrechtelijke handboeken en tal van rechtsuitspraken. Op onderdelen, met name waar indirect sekseonderscheid aan de orde is op sociaal-economisch terrein, gelden soms meer materiële zienswijzen.

Vanuit bovenstaand oogpunt lijkt het beter te spreken van een interne differentiatie binnen het gelijkheidsbeginsel. Op het klassieke toepassingsterrein van het gelijkheidsbeginsel, namelijk als procedureel beginsel van behoorlijk bestuur, bevindt de gevestigde doctrine zich in relatief rustig vaarwater. Er is geen radicale strijd in zienswijzen en doctrine en rechtspraktijk bevestigen elkaar. Daar waar echter de gelijkheidsnorm met een politiek-emancipatoire bedoeling wordt ingezet, is meer discussie in de doctrine en minder eenvormigheid in de rechtspraktijk ontstaan. Gelijkheid is in dat geval niet langer een juridisch beginsel van administratief procesrecht, maar wordt een materieel rechtsinstrument ten behoeve van politiek genormeerde verwachtingen van gedrag binnen de institutionele maatschappij-systemen. Het object van recht is hier wezenlijk anders. In zijn klassieke functie *controleert* het formele juridische gelijkheidsbeginsel of de politiek getrokken scheidslijnen tussen ingeslotenen en uitgeslotenen van besluiten, gezien het politieke doel, niet willekeurig of onredelijk te noemen zijn: “Whenever an area of activity is brought within the control of regulation of government to that extent equality subplants liberty as the dominant ideal and constitutional demand.”¹⁵²

In zijn emancipatoire functie zou het gelijkheidsbeginsel idealiter moeten *compenseren* voor de sociale onderschikking en uitsluiting van bepaalde groepen waardoor de individuele leden, omdat ze tot de groep behoren, niet in gelijke mate kunnen participeren in de verschillende systemen van politiek, economie et cetera. Vanwege het achterliggende politieke beleidsdoel om gelijke participatie te realiseren in de verschillende maatschappij-systemen, zijn gelijkheidsnormen hier in feite een

151 Bijvoorbeeld Koopmans 1975, Sloot 1986 en Wiggers 1991.

152 J. Tussman en J. ten Broek, The equal protection of the laws, *California Law Review* 1949, 3, (pp. 341-383), p. 380, aangehaald door Loenen, *Recht en kritiek* 18 (1992), 3, p. 222.

Hoofdstuk 8

vorm van modern regulerend recht. De normen verlenen geen rechtsbescherming tegen politieke interventie, maar door politieke interventie. Daaraan verbonden zijn de typische instrumentaliteitsproblemen van deze vorm van recht. De politieke doelrationalisaties van het regulerende recht, in dit geval de uitbanning van discriminatoire gedragsprocessen, verklaren het ontstaan van nieuwe afwijkende rechtsbeschrijvingen waarin gepoogd wordt deze vorm van recht meer op de maatschappelijke werkelijkheid te betrekken. Hieruit ontstaan beschrijvingswijzen voor 'externalisering' van juridische beeldvorming, wat inhoudt dat juridische gelijkheid materiëler wordt geïnterpreteerd.

Indien het gelijkheidsvertoog in de rechtspraak wordt gezien, zou het optreden van een ambivalente uitleg een gevolg kunnen zijn van een politieke instrumentering van emancipatierecht, die zich verlaat op het klassieke gelijkheidsbeginsel. Deze praktijk en bijbehorende dogmatiek ziet echter vooral op gelijkheid als juridische *begrenzing* van overheidshandelen.¹⁵³ In de rechtspraak is wel een zekere functionele differentiatie in de gelijkheidsnorm ontstaan, voorzover de nationale rechtspraak aansluit op de communautaire praktijk. Doordat de communautaire praktijk is geënt op een normencomplex van modern doelregulerend recht, is een rechtsvinding met het oog op zijn maatschappelijke effecten vanzelfsprekender. Of de totale praktijk van het (supra)nationaal gelijke-behandelingsrecht hiermee ook als instrument kan functioneren voor de effectuering van gelijke behandeling op de arbeidsmarkt, zoals dat in het politieke beleid voorzien is, komt aan bod in het volgende hoofdstuk. Dit vormt tevens de afsluiting van deel II waarin de relaties tussen politiek beleid en beleidsinstrumenteel recht zijn onderzocht.

¹⁵³ Vgl. Burkens 1993, p. 31.

HOOFDSTUK 9

Storing tussen beleidsvorming en rechtsvorming

“Write down,” said the King to the jury and the jury eagerly wrote down all three dates on their slates and then added them up and reduced the answer to shillings and pence (Alice in Wonderland).

1 Inleiding

In de voorafgaande twee hoofdstukken is een beschrijving gegeven van de wijze waarop het politieke systeem het discriminatievraagstuk naar beleid vertaalt en de wijze waarop het rechtssysteem het discriminatievraagstuk naar recht vertaalt. Als men de hoofdstukken naast elkaar legt, vormen zij ‘different worlds’. De terminologie, percepties en redeneerwijzen zijn onderling zeer verschillend. Zo observeert de politiek het probleem van sekseongelijkheid, als de werking van maatschappelijke machtsverhoudingen die resulteren in een institutionalisering van sekse binnen de instituties van economie, wetenschap, leefwereld en politiek zelf. Deze machtsongelijkheid beperkt mannen en vrouwen om keuzevrijheden praktisch te realiseren. Om het individu meer kansen op zelfstandigheid te bieden voor de uitoefening van keuzevrijheid, wordt politiek gestreefd naar een gelijkwaardige participatie van mannen en vrouwen op de arbeidsmarkt.

Het rechtssysteem kan een doelrationalisatie als een gelijke arbeidsparticipatie niet rechtstreeks ‘inlezen’. Het recht werkt volgens coördinerende procedures. Discriminatieprocessen op de arbeidsmarkt worden onder het gelijkheidsbeginsel gebracht. Dit beginsel verleent individuele rechtsbescherming door overheidsregelingen die onderscheiden tussen gevallen, aan het recht te toetsen. Daarbij is het uitgangspunt in de gevestigde rechtsleer, dat de toekenning van gelijke rechten de regels is. Een gemaakt onderscheid moet derhalve gerechtvaardigd worden door de zakelijke verhouding van het gebruikte differentiatie criterium tot het legitieme doel van de regeling. De toevoeging van de ‘nieuwe’ problematiek van maatschappelijke discriminatie leidt niet tot wezenlijke wijzigingen in deze doctrine. In de juridische cognitie wordt discriminatie derhalve gereconstrueerd tot het gebruik van een willekeurige classificatie. Sekse vormt een in beginsel willekeurige classificatie. Voorzover het sociaal-economische maatregelen betreft, wordt de nationale rechts-

Hoofdstuk 9

vorming behalve door deze nationale doctrine, ook beïnvloed door de communautaire praktijk. Deze kenmerkt zich onder andere door een juridische ‘registratieprocedure’ om bedekte vormen van sekseonderscheid te herkennen. Een dergelijk onderscheid mag in eerste instantie blijken uit de onderscheidende gevolgen van het besluit op de arbeidsmarkt. Tevens geldt een stringentere toets voor de rechtvaardiging van dergelijk onderscheid. De communautaire rechtsvorming werkt echter niet ongeschonden door in de nationale rechtspraktijk (hfdst. 8 § 6.3.2).

Hoewel rechtsvorming en beleidsvorming bij lange na niet uitwisselbaar blijken, is hiermee geenszins gezegd dat het recht geen instrumentele functie voor de realisering van beleid kan vervullen. In de systeemtheorie waarin de verschillende instituties als het ware een ‘arbeidsdeling’ zijn aangegaan in de institutionalisering van verwachtingen binnen de samenleving, is de pluriformiteit van taal, ratio en handelwijze functioneel gedictieerd. Het constateren van seriële gevolgen tussen politiek beleid en beleidsinstrumenteel recht op semantisch niveau, vereist op ontologisch niveau een parallel functioneren. Beide systemen moeten tegelijkertijd de standaardverwachtingen die ze genereren, co-variëren. Wanneer de rechtsverwachting als voorwaarde is in te bouwen binnen de beleidsverwachting, en de beleidsverwachting is als voorwaarde in te bouwen binnen de rechtsverwachting, dan vervlechten zich de toestanden die het recht en het beleid ieder doormaken, met elkaar (hfdst. 4 § 5.3). Het politieke systeem en het rechtssysteem kunnen dan in dezelfde richting werken.

Eerst zal hieronder op theoretisch niveau worden geanalyseerd of rechtsvorming en beleidsvorming een wederzijdse voorwaardelijke afhankelijkheid zouden kunnen kennen op het terrein van emancipatie. Het gaat om de vraag of het recht hier überhaupt als instrument van beleid kan fungeren (§ 2). Mocht een compatibiliteit van beleid en recht hier denkbaar zijn, dan gaat het daarna om de vraag of de huidige beleidsvorming en rechtsvorming zich in praktijk ook synchroon hebben ontwikkeld. Anders gezegd, draagt het recht in praktijk bij aan de realisering van de beleidsdoelen waaraan het geacht wordt bij te dragen (§ 3)?

2 Gelijke-behandelingsrecht als instrument van emancipatiepolitiek

Om de verenigbaarheid van emancipatiepolitiek en gelijkheidsrecht te kunnen bestuderen, is een derde invalshoek nodig. Dat kan niet anders dan door de introductie van een andere betekeniscontext. Het nadeel hiervan is dat binnen de systeemtheorie elke institutionele context, ook die van wetenschap, slechts een gelijkwaardige positie heeft aan een politiek of een juridisch betekenis kader. Dat houdt in dat een analyse vanuit een derde invalshoek ook zijn beperkingen vindt

Storing tussen beleidsvorming en rechtsvorming

in de reconstructies die gemaakt moeten worden. Hoewel deze restrictie blijft gelden, lijkt wel enige compensatie mogelijk. Er is gebruik te maken van een verhoog dat zich gespecialiseerd heeft in cognitie van de maatschappij en het voortdurend toetsen van deze constructies aan zijn voorafgaande constructies. Een dergelijk theoretisch wetenschapssysteem vormt de filosofie. De politieke filosofie en rechtsfilosofie onderscheiden zich in hun cognitieve capaciteiten van het politieke systeem of rechtssysteem omdat ze, zoals Connolly dat noemt, een 'theoretisch zelfbewustzijn' hebben. Een dergelijke zelfbewustzijn ontstaat, aldus Connolly, door de voortdurende bereidheid de uitgangspunten, vooronderstellingen en implicaties van een rechtstheorie of politieke theorie op interne consistentie te onderzoeken in een vergelijkingsproces met alternatieve theorieën.¹ Hierdoor vervolmaakt het discours zijn cognitieve constructies. In deze definitie van filosofie is de zelfreferentie van wetenschap te herkennen zoals Luhmann dat veronderstelt. Een wetenschapssysteem specialiseert zich in de voortdurende toetsing van een waarneming aan vorige waarnemingen volgens de wetenschappelijke eisen voor een waarneming van waarnemingen.²

Een goed overzicht van de moderne filosofie over politieke emancipatievraagstukken biedt de dissertatie van Blokland.³ Door de teksten van toonaangevende westerse filosofen van deze tijd opnieuw aan een interne coherentietoets te onderwerpen, tracht Blokland een zo consistent mogelijke synthese van het hedendaagse filosofische verhoog over vrijheid, gelijkheid en emancipatie te formuleren. Deze invalshoek maakt het mogelijk het politieke emancipatiedebat en het juridische gelijkheidsdebat tot zijn essentialia terug te brengen en te vergelijken.

2.1 Politieke concepties van vrijheid en emancipatie

Emancipatie, zo ook vrouwenemancipatie, betekent vrijmaking. Politieke emancipatiedoelen behelzen het stimuleren van een zelfstandig bestaan en keuzevrijheid voor een ieder. Emancipatie staat voor het komen tot (keuze)vrijheid in het leven. Wat daarvoor nodig is, hangt af van de politieke conceptualisering van vrijheid. Om te kunnen beoordelen in hoeverre een politiek vrijheidsconcept al of niet verband kan houden met een juridisch gelijkheidsconcept, wordt allereerst een filosofische beschrijving gegeven van de wijze waarop het politieke systeem vrijheid als beginsel percipieert en kan vertalen in politieke operaties.

De politieke percepties van vrijheid zijn nog steeds het meest helder geanalyseerd door Berlin. Vrijheid is de politieke vertaling van verwachtingen van individuen

1 Connolly 1974, p. 65.

2 Luhmann 1986a, pp. 3-4.

3 Blokland 1991.

Hoofdstuk 9

het leven naar eigen goeddunken te kunnen inrichten.⁴ Voor het beleven van individuele vrijheid in het geheel van een samenleving bestaan twee condities, aldus Berlin.

2.1.1 *Negatieve en positieve vrijheid*

De eerste voorwaarde voor vrijheid is de afwezigheid van externe obstakels om individuele keuzen te maken. Omdat obstakels ook weg te nemen zijn door keuzen aan te passen, moet dit uitgebreid worden tot een afwezigheid van obstakels voor mogelijke keuzen. Berlin benoemt dit als negatieve vrijheid ('freedom from'). Om de obstakels weg te nemen die het handelen van anderen vormen voor keuzemogelijkheden, heeft het individu een zo groot mogelijke ruimte of 'privacy' nodig waarin zo weinig mogelijk inmenging bestaat. Negatieve vrijheid is, zoals Taylor het beschrijft, een 'opportunity'-begrip.⁵ Het individu is vrij als voldoende kansen op eigen keuzen geboden worden. Dat houdt in dat het individu keuze-alternatieven ter beschikking moeten staan, ongeacht of het individu deze benut of niet. Negatieve vrijheid is in deze zin een statische conditie voor het beleven van vrijheid.

Als tweede voorwaarde voor het beleven van vrijheid noemt Berlin het gegeven dat het individu meester over zichzelf is. Dat wil zeggen dat het individu zelf zijn keuzen maakt en geen speelbal is van externe krachten. Berlin benoemt dit als positieve vrijheid ('freedom to'). Positieve vrijheid vergt het vermogen om daadwerkelijk eigen keuzen te *kunnen* maken. Voor deze zelfbepaling heeft men uiteraard ook vrije ruimte nodig, maar het omvat meer.⁶ Men moet de keuze-alternatieven gewaar (kunnen) worden en voldoende kunnen evalueren. Dit veronderstelt zelfbewustzijn, persoonlijke identiteit, autonomie. Om zich los te maken van sociale conditionering, conventies en gewoonten is individuele ontplooiing een vereiste. Positieve vrijheid vormt daarmee een 'exercise'-begrip. Zelfbepaling is *dóen*. Men moet leren, bewustworden, interageren, zich ontplooien, et cetera. In tegenstelling tot negatieve vrijheid is het hier niet goed mogelijk een onderscheid te maken naar een statische conditie voor vrijheid en het beleven van vrijheid. Men is pas vrij op het moment dat men meester is over zichzelf oftewel keuzevrijheid praktiseert. Positieve vrijheid is in deze zin een dynamische 'conditie'.

2.1.2 *De twee emancipatiedilemma's*

Negatieve vrijheid draait om voldoende keuzeruimte en positieve vrijheid om het vermogen tot zelfbepaling. So far so good. Hoewel beide vrijheidsconcepties elkaar veronderstellen, stuit het tegelijkertijd realiseren ervan op een ingesloten spanning.

4 Berlin 1984.

5 Taylor 1979.

6 Blokland 1991, pp. 88 e.v.

Storing tussen beeldvorming en rechtsvorming

Mensen die vanaf hun geboorte een onbegrensde keuzeruimte krijgen omdat er gewoonweg geen anderen zijn, zijn misschien wel vrij maar ontwikkelen nauwelijks een stabiele persoonlijkheid en identiteit. De mens is een sociaal wezen dat slechts door en dankzij interactie met zijn omgeving identiteit en autonomie ontwikkelt. Hierin ligt een conflict van de condities voor vrijheid. Positieve vrijheid, het vermogen tot autonomie, vergt educatie, cultuur, interactie met anderen oftewel bemoeienis van buitenaf. Dit staat op gespannen voet met de negatieve vrijheid, die tegen deze bemoeienis afschermt. Een werkelijk vrije ruimte veronderstelt immers dat men desgewenst ook mag kiezen om geen alternatieven gewaar te worden, om geen ontwikkeling door te maken en om geen onderscheidingsvermogen te verwerven. De negatieve vrijheid derhalve om geen positieve vrijheid te verwerven. Voor het van overheidswege garanderen van individuele vrijheid is een afweging onontkoombaar. Blokland benoemt dit als het *eerste emancipatiedilemma*.⁷

Hoe deze afweging binnen een politiek systeem uitvalt en als gevolg daarvan in politieke maatregelen doorwerkt, is afhankelijk van de voorafgaande politieke beeldvorming van het individu in de wereld. De gangbare westerse politieke mensen wereldbeelden laten een belangrijk schisma hierin zien. Grofweg zou de lijn te trekken zijn tussen de stromingen van het liberalisme en de sociaaldemocratie. Deze politieke stromingen zijn in hun ideaaltypische vorm als attractoren te beschouwen die de loop van een politiek discours binnen hun krachtenveld kunnen trekken. Hieronder worden de attractoren in de kern beschreven. Het vormen derhalve de uiterste polen van het westerse vrijheidsconcept. In werkelijkheid bevinden de westerse politieke cognities zich ergens in het krachtenveld tussen deze polen in.

Pleitbezorgers van een doorslaggevende positie voor negatieve vrijheid, zijn te vinden in de buurt van de liberale attractor. De keuze wordt verklaard door een politieke beeldvorming waarin individuen doorgaans in staat moeten worden geacht zichzelf op eigen kracht te ontplooien en op eigen kracht de beschikking te krijgen over keuze-alternatieven. De onderliggende reconstructie van de mens is atomistisch en voluntaristisch te noemen. De mens heeft een vrije wil en is derhalve niet onderworpen aan zijn sociale omgeving. Zijn individuele wil en capaciteiten maken hem in beginsel 'self-sufficient'. Hieruit vloeit voort dat de samenleving zodanig ingericht moet worden dat deze de kansen op de persoonlijke doelrealisatie van een ieder vergroot. Omdat men de potentie tot zelfbepaling in wezen al in zich draagt, volstaat het de samenleving zodanig vorm te geven dat deze de meeste handelingsruimte biedt aan een ieder. Hierdoor zullen keuzealternatieven zo min mogelijk door anderen gefrustreerd worden.

⁷ Blokland 1991, pp. 169-170.

Hoofdstuk 9

Het politieke handelen dat door de liberale cognitie gestimuleerd wordt, is alleen de allernoodzakelijkste ingrepen te doen in de samenleving. In zijn politieke werking fungeert het vrijheidsbeginsel als verdedigingswal tussen overheid en de maatschappelijke instituties (leefwereld, economie, wetenschap, onderwijs et cetera). Het vrijheidsconcept legt het politieke systeem derhalve vooral ‘negatieve’ verplichtingen op. De politiek moet zich in het besturen van de samenleving zoveel als kan onthouden van maatregelen die de handelingsruimte van individuen in de maatschappij inperkt.⁸

De pleitbezorgers van een doorslaggevende positie voor positieve vrijheid zijn in grotere mate te vinden in de buurt van de attractor van de sociaal-democratie. Deze keuze wordt verklaard door een politiek mens- en wereldbeeld waarin het individu geconstrueerd wordt als een door en door sociaal wezen dat zonder interacties met anderen een lege vormloze huls zou blijven. Deze reconstructies van de mens en zijn wereld zijn holistisch en structuralistisch te noemen. Individu en samenleving moeten als een geheel worden gezien. Zonder de samenleving zouden stimulansen ontbreken voor het individu om tot ontplooiing en persoonlijke ontwikkeling te komen. Vanuit deze zienswijze draagt de overheid dan ook verantwoordelijkheid voor deze stimulansen. Dat schept ‘positieve’ verplichtingen. Het politieke systeem moet optreden, reguleren en ingrijpen in de maatschappij op zodanige wijze dat de voorwaarden worden geschapen voor het individu om zijn potentie tot autonomie en zelfbewustzijn te kunnen realiseren en op basis daarvan keuzevrijheid uit te oefenen.

De ‘positieven’ vertrouwen niet op een van nature individuele wil en onderscheidingsvermogen waardoor het individu keuzevrijheid zou kunnen realiseren zolang hem geen alternatieven ontnomen worden. De gedachte is, dat als ieder individu maximale handelingsruimte is gegeven, alleen de gefortuneerden in staat zijn om hun eigen keuzen te maken.⁹ De twijfel over de kracht van het individu om van nature zijn eigen keuzen te maken wordt gevoed door een structuralistisch wereldbeeld. In het atomistisch wereldbeeld vloeien belemmeringen voor keuzevrijheid voort uit het handelen van andere individuen. De structuralisten menen echter dat belemmeringen eveneens voortvloeien uit machtsconstellaties en sociale instituties die door anderen min of meer collectief in stand worden gehouden. Maatschappelijke structuren zoals bijvoorbeeld sociale klassen, kunnen individuen van buitenaf hinderen in het realiseren van hun keuzen. Sociaal gedicteerde aspecten als armoede, gebrek aan educatie en cultuur geven een ongelijke verdeling van middelen om het

8 Blokland 1991, p. 223.

9 Bijvoorbeeld Taylor, vgl. hierover Blokland 1991, p. 128.

Storing tussen beleidsvorming en rechtsvorming

vermogen tot zelfbepaling realiter aan te wenden. Maar maatschappelijke structuren kunnen ook van binnenuit belemmerend werken. Sommigen menen dat maatschappelijke structuren de keuze-alternatieven die het individu prefereert, vormgeven. Schrijvers als Connolly, Lukes, Benton, Smith en Lindley, door Blokland aangeduid met de angelsaksische term 'radicalen', stellen dat doeleinden, verlangens en preferenties van het individu niet alleen het produkt zijn van de individuele wil, maar ook van de concrete sociale en culturele omstandigheden.¹⁰ Dat betekent een relativisering van de mogelijke authenticiteit van individuele keuzen. Individuele preferenties kunnen deels het produkt zijn van de bestaande machtsconstellaties. De keerzijde van de erkenning van zelfbepaling mag in dat geval niet zijn dat men zich neerlegt bij ongeacht welke geuite preferentie ook. Het recht blijft behouden om de totstandkoming daarvan kritisch te mogen bekijken. Maatschappelijke processen zouden kunnen bewerkstelligen dat het individu niet voldoende de beschikking krijgt over relevante alternatieven of het individu sterken in zijn opvatting dat zijn bestaande voorkeuren de enig mogelijke zijn. Zo kan een situatie ontstaan waarin er andere voorkeuren en bevredigingen zijn die het individu zou prefereren boven zijn huidige voorkeuren, indien hij met de alternatieven bekend zou zijn geweest.

In het bovenstaande ligt echter wel een probleem. Aan de ene kant moeten mensen als zelfstandige burgers benaderd worden die zelf uitmaken wat goed voor hen is, aan de andere kant weigert men akkoord te gaan met elke geuite preferentie indien er mogelijk alternatieven zijn die het individu, zou hij hiermee bekend zijn geweest, werkelijk zou hebben geprefereerd. Een illustratie hiervan is de Nederlandse discussie over vrouwenbesnijdenis naar aanleiding van praktijken van Afrikaanse vrouwen hier te lande. Als het element van cultuurrelativisme terzijde wordt gelaten, zou het in de meest pure vorm van liberalisme aan de vrouwen zelf zijn hiervoor wel of niet te kiezen. Structuralisten daarentegen, zouden kunnen menen dat de geuite preferentie tot besnijdenis gevormd is door de maatschappelijke verhoudingen tussen de seksen. Binnen een andere machtsconstellatie zouden de vrouwen hun 'werkelijke' (andere) preferenties uiten. Blokland benoemt dit als het *tweede emancipatiedilemma*. In weerwil van de erkenning van zelfbepaling is de beslissing om het individu dat al preferenties heeft toch in contact te brengen met alternatieven, alleen door anderen te nemen.¹¹

Als middel om het tweede emancipatiedilemma te doorbreken zodat mensen autonome keuzen kunnen maken, zal men, aldus bijvoorbeeld Lindley, ongelijke

10 Zie Blokland 1991, pp. 169-196.

11 Benton 1982, p. 25.

Hoofdstuk 9

maatschappelijke structuren moeten wijzigen opdat een ieder in (voldoende) contact kan komen met alternatieven.¹² Indien dit echter uitdrukkelijk tegen al gevormde preferenties van mensen ingaat, betekent dit het in zekere mate toestaan van politiek paternalisme.¹³ Als echter de preferenties nog niet (geheel) ontwikkeld zijn, zou eerder van een wijziging van socialisatie gesproken moeten worden.¹⁴ Een voorzichtigere methode om mensen met nog onbekende alternatieven in aanraking te brengen is, wat Benton 'democratische ideologische strijd' noemt.¹⁵ De overheid kan behulpzaam zijn bij het ontwikkelen van tegenpreferenties bij mensen door via voorlichting en informatie individuen van de waarde van alternatieven te overtuigen.

2.2 Juridische concepties van gelijkheid

Ook in het juridische discours bestaat een schisma en wel tussen de formele gelijkheidsconceptie en de materiële gelijkheidsconceptie. De formele gelijkheidsconceptie stelt het gebod tot gelijke behandeling centraal. Het gebod geeft uiting aan de abstract gehanteerde norm dat een ieder in zijn 'algemeen mens-zijn' gelijk is. Dat brengt met zich mee dat individuen in beginsel als gelijke gevallen hebben te gelden. De toekenning van dezelfde rechten en plichten is uitgangspunt. Een differentiatie in rechten en plichten verdient rechtvaardiging door aan te tonen dat het onderscheid in een zakelijke relatie staat tot het doel van het onderscheid. Dit komt in wezen neer op het aantonen van de ongelijkheid van de gevallen vanuit het oogpunt van het doel van de regeling. In dat geval is het onderscheid tussen deze gevallen redelijk of objectief.

De insteek van de materiële gelijkheidsconceptie is dat gelijke kansen realiter ervaren moeten worden door individuen binnen de maatschappelijke context. Rechten die uitsluitend binnen een rechtscontext gelijk zijn, beantwoorden daar niet aan, wanneer als gevolg van maatschappelijke verschillen op voorhand geen gelijke kans op de uitoefening van deze gelijke rechten bestaat. Om rechten niet in abstracto maar in de dagelijkse werkelijkheid geldingskracht te verlenen, moeten de rechten binnen de rechtscontext dusdanig verdeeld worden dat er voldoende verband is met de verschillende uitgangssituaties van individuen. Dat kan zowel een gelijkstelling als een differentiatie in de toekenning van rechten en plichten vergen. In spiegelbeeld verbiedt het materiële gelijkheidsconcept in beginsel een onderscheid of gelijkstelling in de verdeling van rechten en plichten die een ongelijke kans op de uitoefening van rechten of het ondergaan van plichten tot gevolg hebben. Een

¹² Lindley 1986.

¹³ Blokland 1991, p. 195.

¹⁴ Blokland 1991, p. 227.

¹⁵ Benton 1982, p. 33.

Storing tussen beleidsvorming en rechtsvorming

dergelijke maatschappelijke ongelijkheid kan in de meeste materiële zienswijzen gerechtvaardigd worden, wanneer de gewraakte toekenning van rechten en plichten noodzakelijk is voor het doel van het besluit en het met het besluit gemoeide belang opweegt tegen het te schenden belang van gelijkheid.

2.3 Voorwaardelijke afhankelijkheid tussen politieke vrijheid en rechtsgelijkheid

Hoewel politieke vrijheid en juridische gelijkheid singuliere begrippen lijken, is uit het filosofische vertoog af te leiden dat het in wezen inhoudelijk verenigbare begrippen zijn. De concepten drukken zelf maar in zeer beperkte mate *inherent* maatschappelijke beelden en verwachtingen uit. Als premisse lijken de positieve, negatieve, formele en materiële concepten wel de idee te kennen dat ieder individu gelijkelijk het leven naar eigen goeddunken moet kunnen inrichten. Maar afgezien van dit gemeenschappelijke uitgangspunt, zijn het vrijheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel in hun verdere conceptualisering merendeels te beschouwen als een 'mal'. Wanneer men een zekere cognitie van mens en wereld in de mal giet, vormt zich dit tot een zeker handelingspatroon voor overheid of rechter. De beginselen zijn derhalve op de eerste plaats structurerend. Maar ook al is hun werking structurerend, hierin blijken ze wel voorwaardelijk afhankelijk van elkaar te zijn. Vrijheid vooronderstelt gelijkheid en gelijkheid vooronderstelt vrijheid. Het complementaire karakter van vrijheid en gelijkheid is als volgt aan te geven.

In wezen is een ultieme negatieve vrijheid (onbeperkte handelingsruimte) uitgesloten in een samenleving omdat het ene individu per definitie de ruimte van het andere individu inperkt. Omdat ruimte schaars is, wordt gelijkheid een onmisbaar allocatiemechanisme. De doorvoering van het principe van negatieve vrijheid veronderstelt dat een ieder zoveel negatieve vrijheid moet bezitten als maximaal verenigbaar is met een gelijke ruimte aan keuzevrijheid voor ieder ander.¹⁶ Voor positieve vrijheid geldt hetzelfde. Ook een ultieme positieve vrijheid (volledige zelfbepaling) is uitgesloten omdat het individu zich niet zonder schade kan isoleren van sociale interacties en invloeden. De doorvoering van het principe van positieve vrijheid veronderstelt dat een ieder zijn vermogen tot zelfbepaling zoveel mogelijk kan ontwikkelen als verenigbaar is met een gelijke kans op zelfbepaling door ieder ander. Ook hier is gelijkheid een onmisbaar allocatiemechanisme.

Welke vorm van gelijkheid noodzakelijk is als allocatiemechanisme, is afhankelijk van de vorm van vrijheid die men nastreeft. Een gelijke mate aan negatieve vrijheid voor een ieder, vergt een formele rechtsgelijkheid. Ieder moet in beginsel precies *dezelfde* omvang aan handelingsruimte krijgen. Rechten en plichten moeten

¹⁶ Vgl. het eerste principe van Rawls (1972).

Hoofdstuk 9

dezelfde zijn. Een gelijke mate aan positieve vrijheid oftewel een gelijke kans op de uitoefening van keuzevrijheid daarentegen, vergt een materiële of maatschappelijke gelijkheid. Maatschappelijke gelijkheid is immers voorwaarde om gelijke middelen te hebben om individuele vermogens aan te wenden. Zonder maatschappelijke gelijkheid betekent een vrije handelingsruimte voor de wolven de dood van de schapen.¹⁷ Maatschappelijke gelijkheid zal voor de pure voluntarist echter geen voorwaarde voor een gelijke keuzeruimte zijn. Maatschappelijke ongelijkheid wordt niet als oorzaak gezien van de frustratie van keuzevrijheid, maar juist als het gevolg van het bestaan van keuzevrijheid. Mensen verschillen dermate in hun talent, inzet en capaciteit, zo luidt de redenering van schrijvers als bijvoorbeeld Hayek en Nozick, dat als zij ongestoord door anderen hun gang kunnen gaan, zij onherroepelijk maatschappelijk ongelijk zullen worden.¹⁸

Voor de verwezenlijking van vrijheid in een samenleving, zo blijkt boven, is gelijkheid een coördinerende voorwaarde. Gelijkheidsconcepten zijn coördinatie-mechanismen met het oog op de, onuitgesproken, doelstelling van vrijheid. Zo verbiedt formele gelijkheid het maken van een ongerechtvaardigd onderscheid tussen individuen. Een gelijke behandeling van individuen is er echter niet op gericht om ieder binnen de samenleving te egaliseren. Op grond van een voluntaristische beeldvorming betekent een verschillende behandeling dat de één meer keuzealternatieven worden ontnomen of gegeven dan de ander. Formele gelijkheid verzekert met andere woorden een gelijke toegang tot mogelijkheden of men er nu gebruik van maakt of niet. Ongelijke behandeling leidt derhalve tot een ongelijke mate aan negatieve vrijheid.

Materiële gelijkheid verbiedt een gelijkstelling of differentiatie in rechten en/of plichten als maatschappelijke ongelijkheid hiervan het gevolg is. Ook deze juridische coördinatie ziet echter niet op een feitelijke egalisering van de samenleving. Op grond van een structuralistische beeldvorming geven gelijke rechten in ongelijke maatschappelijke situaties een ongelijke kans op de uitoefening van die rechten. Een gelijke behandeling van ongelijke gevallen leidt derhalve tot een ongelijke mate aan positieve vrijheid voor een ieder.

Deze voorwaardelijke afhankelijkheid van vrijheid en gelijkheid biedt theoretisch de mogelijkheid tot een institutionele koppeling van een vrijheidsdiscours en een gelijkheidsdiscours. Koppeling betekent een vervaechting van de systeemtoestanden. Deze vervaechting treedt in wanneer de volgende toestand van het vreemde systeem voorwaardelijk afhankelijk is van de toestand van het eigen systeem en de volgende

17 Vgl. Blokland 1991, pp. 112-115; p. 126.

18 Vgl. Blokland, pp. 112-115 en p. 126.

Storing tussen beleidsvorming en rechtsvorming

toestand van het eigen systeem voorwaardelijk afhankelijk is van de toestand van het vreemde systeem. In beginsel is een politiek streven naar individuele vrijheid voorwaardelijk afhankelijk van een juridische coördinatie van gelijkheid, terwijl een juridische coördinatie van gelijkheid voorwaardelijk afhankelijk is van een politiek streven naar individuele vrijheid. De functionele differentiatie die tussen een politieke institutie en een rechtsinstitutie volgens de systeemtheorie van Luhmann bestaat, is in de maatschappelijke rol van vrijheid en gelijkheid te herkennen. Politieke instituties genereren algemene maatschappelijke verwachtingen voor interactie in de samenleving. Politieke verwachtingen over vrijheid geven blijk van de idee dat elk lid van de samenleving het leven naar eigen goeddunken mag inrichten. De rechtsinstitutie heeft de functie de maatschappelijke verwachtingen onderling te coördineren. Rechtsverwachtingen over gelijkheid moeten zorgen dat een onderlinge afstemming ontstaat, waardoor ieder lid van de samenleving op dat deel aan vrijheid recht heeft als verenigbaar is met een gelijk aandeel voor allen.

Hoewel politieke vrijheid en juridische gelijkheid in beginsel voorwaardelijk afhankelijk zijn, is eerder al aangegeven dat de concepten ieder op hun manier primair structurerend werken. Hiermee werd bedoeld dat het vrijheidsbeginsel en gelijkheidsbeginsel vooral als een mal zijn te beschouwen. De vorm van het politieke handelen of rechtshandelen die de mal modelleert, is afhankelijk van de beelden van mens en wereld die erin gegoten worden. De variëteit aan beelden blijkt zowel binnen de westerse politiek als het recht dezelfde dualiteit te kennen. Zo leidt de nadruk op voluntaristische constructies tot het politiek operationaliseren van negatieve vrijheid en tot het juridisch operationaliseren van formele gelijkheid. De nadruk op structuralistische constructies leidt tot het politiek operationaliseren van positieve vrijheid en het juridisch operationaliseren van materiële gelijkheid. Ook de onderlinge spanning tussen positieve en negatieve vrijheid en tussen formele en materiële gelijkheid is dezelfde. Beide systemen kennen het eerste emancipatiedilemma. In het politieke systeem conflicteert het garanderen van een zo groot mogelijke individuele privacy voor zelfbepaling door politiek terugtreden, met het stimuleren van het individuele vermogen tot zelfbepaling door politieke correctie van maatschappelijke condities. In het rechtssysteem conflicteert het scheppen van materiële gelijkheid door een differentiatie van rechten naar ongelijke maatschappelijke situaties, met het garanderen van formele gelijkheid dat differentiatie in rechten in beginsel verbiedt, omdat het meer handelingsruimte aan de een geeft dan aan de ander.

3 De koppeling van de huidige beleidsontwikkeling en rechtsontwikkeling

Boven is *beredeneerd* dat de uitvoering van een emancipatiepolitiek geënt op een vrijheidsideologie voorwaardelijk afhankelijk is van de gelijktijdige handhaving van rechtsbeginselen geënt op een gelijkheidsideologie en andersom. De systemen kunnen als het ware als computerprogramma's op elkaar inloggen. Het rechtsprogramma kan werken met het resultaat van het politieke programma en het politieke programma met het resultaat van het rechtsprogramma. Maar het politieke programma kan het rechtsprogramma niet overnemen en het rechtsprogramma het politieke programma niet. Of beleid en beleidsrecht in praktijk met elkaar samenwerken, hangt af van de concrete invulling die hieraan in de tijd is gegeven. Zowel het streven naar vrijheid, als het streven naar rechtsgelijkheid dwingt tot interne keuzen. Dit vloeit voort, zoals boven is behandeld, uit de verborgen spanning tussen enerzijds positieve en negatieve vrijheid en anderzijds formele en materiële gelijkheid. Praktisch politiek beleid en praktische rechtsvorming betekenen een impliciete nadruk op de ene of de andere voorwaarde. Uit de beschrijvingen uit de vorige hoofdstukken is te distilleren waar de nadruk is gevallen.

3.1 De praktische ontwikkeling van emancipatiepolitiek

Als de politieke conceptie van vrijheid en emancipatie van het individu op basis van de officiële beleidsteksten wordt geanalyseerd, dan lijkt deze zich te bewegen in de buurt van de structuralistische attractor. Dit weerspiegelt zich in de beleidsdoelstelling van het politieke emancipatiebeleid uit 1985, die in het beleidsplan van 1992 wordt bekrachtigd:

“Het bevorderen van de ontwikkeling van de huidige maatschappij, waarin het sekseverschil in zo grote mate is geïnstitutionaliseerd, naar een pluriforme maatschappij, waarin ieder ongeacht sekse of burgerlijke staat de mogelijkheid heeft een zelfstandig bestaan te verwerven en waarin mannen en vrouwen gelijke rechten, kansen, vrijheden en verantwoordelijkheden kunnen realiseren.”¹⁹

Bij de ontwikkeling van een emancipatiebeleid was de stellingname hiervan verder verwijderd. Toen was het uitgangspunt dat sekseongelijkheid verklaard werd door sekserolsocialisatie. De aangeleerde sekserollen beperken vrouwen meer dan mannen in het nemen van bewuste keuzen, waardoor vrouwen een achterstand hebben

19 Beleidsplan Emancipatie 1985, TK 1984–1985, 19 052 en Beleidsprogramma Emancipatie 1992, TK 1992–1993, 22 913.

Storing tussen beleidsvorming en rechtsvorming

opgelopen in het maatschappelijk leven.²⁰ De beleidsstrategie die daar in eerste instantie op volgde, lag enerzijds in de vergroting van individuele bewustwording en anderzijds in het wegnemen van discriminerende bepalingen in wetgeving en bestuur. Hierin ligt al de perceptie besloten, dat sociale normenpatronen individuele keuzevrijheid kunnen belemmeren. Desondanks leunt de beleidsaanpak ook op voluntaristische opvattingen. De maatschappelijke structuren zelf worden niet als ongelijk ervaren. De politieke visie houdt in dat na persoonlijke mentaliteitsverandering, vrouwen en mannen op grond van individuele wil in gelijke mate aan de (ongewijzigde) maatschappelijke instituties zullen deelnemen. Wettelijke en bestuurlijke maatregelen die ‘anders geregeld’ zijn en daardoor keuze-alternatieven in formele zin beperken, zullen worden opgeheven.

Na 1981 schuift de conceptualisering van de emancipatie van de vrouw meer op in de richting van de structuralistische attractor. De focus van beleid wordt het maatschappij-ontwerp dat ongelijke machtsverhoudingen instandhoudt:

“(…) gaandeweg [is] duidelijk geworden dat een beleidsfilosofie in termen van het doen inhalen van achterstanden en het mogelijk maken van roldoorbreking niet voldoende is. Het gaat er veeleer om te bereiken dat het verschil tussen de seksen niet langer op zodanige wijze grondslag voor de maatschappelijke organisatie is, dat systematisch de kansen voor de ene groep groter zijn dan voor de andere, en de daarmee verbonden machtsverschillen in stand worden gehouden.”²¹

De oorzaak van sekseongelijkheid wordt politiek beschreven als het bestaan van geïnstitutionaliseerde machtsverschillen tussen mannen en vrouwen. Hierdoor hebben vrouwen minder kans om de ter beschikking staande keuzealternatieven te benutten. Deze nadruk op het positieve vrijheidsconcept vertaalt zich naar ‘positieve’ verplichtingen voor de politiek:

“Beoogd wordt, uitgaande van de noodzaak van werkelijke gelijke mogelijkheden ongeacht sekse, de maatschappelijke voorwaarden te beïnvloeden waaronder mensen individuele keuzen voor de inrichting van hun bestaan maken.”²²

De teneur is geen politieke terughoudendheid door het opheffen van onderscheidende wetgeving, maar een door de politiek gestimuleerde correctie van de huidige maatschappij naar een ‘pluriforme maatschappij’. In deze maatschappij moet het mogelijk zijn om gelijke keuzevrijheden te *realiseren*. Hierin is de voorwaarde die Lindley stelt aan werkelijke vrijheid te herkennen, namelijk het corrigeren van

20 Emancipatieplan 1976, TK 1976–1977, 14 496.

21 TK 1983–1984, 18 100, hfdst XV, nr. 2, II § 5-1.

22 Beleidsplan Emancipatie 1985, p. 11.

Hoofdstuk 9

ongelijke maatschappelijke structuren opdat een ieder in voldoende contact kan komen met alternatieven. In het beleidsprogramma 1992 wordt nogmaals bevestigd: “Zolang sekse als criterium is geïncorporeerd in de maatschappelijke organisatie, is er geen reële keuzevrijheid.”²³

De gevoerde strategie van het politieke systeem voor verandering concentreert zich op een kwantitatief en kwalitatief gelijke arbeidsparticipatie van vrouwen. Hierdoor moet de basis gelegd worden voor vermogen tot zelfbepaling: “Arbeidsdeelname schept niet alleen economische zelfstandigheid, maar bepaalt ook in grote mate de toegang tot belangrijke maatschappelijke waarden, zoals bestaanszekerheid, individuele ontplooiing, status, prestige en macht en vormt voor vrouwen de materiële basis om zelfstandigheid in gedrag en relaties te realiseren.”²⁴ Gelijke mogelijkheden voor arbeidsparticipatie garandeert de overheid onder meer door middel van het gelijke-behandelingsrecht.²⁵

3.2 De praktische ontwikkeling van gelijkheidsrecht

De rechtsvorming volgt uit de bestaande doctrine en praktijk. De gevestigde leer en praktijk ziet op een algemeen gelijke-behandelingsbeginsel of kortweg gelijkheidsbeginsel dat op de eerste plaats rechtsbescherming verleent tegen willekeurig overheidsoptreden. Het is een klassiek grondrecht dat in zijn toepassing inhoudt dat indien een regeling schade impliceert voor een uitgeslotene in vergelijking met een ingeslotene of andersom, er een juridische analyse volgt van het aan de regeling onderliggende besluit. Onderscheid in het besluit is te rechtvaardigen als dit als middel niet onwillekeurig voorkomt met het oog op het legitieme doel van het besluit. In voorzichtige mate wordt het klassieke beginsel onder invloed van internationale non-discriminatie-normen geëxtensiveerd naar andere terreinen dan overheidsbestuur. Maatschappelijke discriminatie van groepen leidt echter niet tot een andere juridische operationalisering van het gelijkheidsbeginsel (hfdst. 8 § 3). Toch vormen sociale discriminatieprocessen een volstrekt andere problematiek. Het gaat om onderschikking en uitsluiting van bepaalde groepen, waardoor de individuele leden, alleen omdat ze tot de groep behoren, belemmerd worden in maatschappelijke participatie. Gelijkheid als klassiek grondrecht ziet echter veel meer op *controle* op de door de overheid getrokken lijnen tussen individuen in de verdeling van formele rechten. Non-discriminatie als sociaal grondrecht vraagt feitelijk om *compensatie* door het recht voor de ongelijke maatschappelijke situaties waarin individuen in

23 Beleidsprogramma Emancipatie 1992, p. 13.

24 Beleidsplan Emancipatie 1985, p. 23.

25 Beleidsplan Emancipatie 1985, pp. 17-21.

Storing tussen beleidsvorming en rechtsvorming

werkelijkheid verkeren, wanneer dit leidt tot een ongelijke kans op het praktiseren van gelijke formele rechten (hfdst. 8 § 7).

De discriminatieproblematiek leidt wel tot de ontwikkeling van materiële varianten op het gelijkheidsbeginsel. Deze materiële gelijkheidsconcepten zijn in zoverre anders, dat niet wordt uitgegaan van het toekennen van in beginsel dezelfde rechten. Hoewel dit binnen een juridische context op gelijkheid wijst, kan afhankelijk van ongelijke maatschappelijke situaties een averechts effect ontstaan. Toepassing van gelijkheid zou, aldus de materiële leer, moeten inhouden dat de vormgeving van rechten voldoende verband houdt met maatschappelijke situaties. Deze vormgeving zou zodanig moeten zijn, dat binnen de maatschappelijke context in beginsel een gelijke kans op de uitoefening van rechten ontstaat. Is er sprake van ongelijke kansen op de uitoefening van rechten, dan levert dit ook een andere toets op. Het gaat er niet alleen om of, zoals in de klassieke visie, de getrokken scheidslijn in besluiten niet onwillekeurig is gezien het doel, maar met name ook of dit doel opweegt tegen het geschonden belang van de gelijke uitoefening van rechten. Het middel kan gezien zijn doel redelijk zijn, maar het gaat erom of ook voldoende rekenschap is gegeven van de ongelijke maatschappelijke posities van groepen. Dat houdt in dat de rechter moet controleren of geen minder schadelijk middel voorhanden is en, als dat niet het geval is, of het beoogde doel wel van voldoende gewicht is om de nadelige gevolgen voor de uitoefening van rechten door de zwakkere groep te rechtvaardigen.

Daar waar de algemeen geformuleerde (inter)nationale gelijkheidsnormen het enige houvast zijn voor de beoordeling van discriminatie in de rechtspraktijk, worden discriminatie- en emancipatieknelpunten merendeels op basis van het klassieke juridische gelijkheidsbeginsel beoordeeld door de nationale rechter. De materiële opvattingen dringen gedeeltelijk door, met name wanneer ze versterkt worden door het communautaire gelijkheidsbeginsel. Vooral het indirecte discriminatiebegrip, dat ziet op verborgen onderscheid in de praktische uitwerking van een neutraal criterium op groepen die in ongelijke situaties verkeren, wordt vaker als juridisch relevant onderscheid aangemerkt. De dominantie van de klassieke leer resulteert echter soms weer in de toepassing van een formele toets op deze materiële discriminatie. Een formele toetsing van indirect onderscheid betekent dat het gebruik van een ogenschijnlijk neutraal criterium dat in de praktijk nadelig is voor de uitoefening van rechten wel een relevant onderscheid vormt, maar dat vervolgens bij de beoordeling van de rechtmatigheid van dit onderscheid, het nadelige gevolg daarvan geen enkele rol meer speelt. Getoetst wordt of het ogenschijnlijke neutrale criterium gezien zijn doel, en niet gezien zijn gevolg, een redelijke grond voor onderscheid vormt (hfdst. 8 § 6.3).

4 Conclusies

De conclusie luidt dat politieke beleidsvorming en de concrete rechtsvorming elkaar in grote lijnen niet ondersteunen. Dat wil niet zeggen dat het politiek emancipatiestreven en het juridisch gelijkheidsstreven niet compatibel kunnen zijn. Feitelijk zijn ze juist voorwaardelijk afhankelijk. Vrijheid is politiek niet na te streven zonder de coördinerende rol van juridische gelijkheid. Omdat ruimte schaars is, veronderstelt negatieve vrijheid steeds een juridische afweging en controle opdat de één zoveel formele keuzevrijheid bezit als verenigbaar is met een gelijke formele keuzevrijheid voor de ander. Voor positieve vrijheid geldt hetzelfde. Dit veronderstelt een afweging en controle, opdat de één dezelfde onafhankelijkheid bezit voor het maken van keuzen, als verenigbaar is met een gelijke kans op het maken van keuzen door de ander. Er moet echter noodgedwongen een nadruk binnen het emancipatiedilemma worden gelegd. De politieke analyse van seksdiscriminatie geeft het zwaarste gewicht aan het probleem dat de individuele (economische) onafhankelijkheid voor vrouwen ontbreekt om keuzen in vrijheid te maken. De historisch gegroeide juridische gelijkheidsdoctrine legt echter de nadruk op het probleem dat een onderscheid in rechten het wegnemen van een formele keuzevrijheid kan impliceren. De doctrine garandeert derhalve of formeel gelijke keuzealternatieven ter beschikking staan en niet of deze, gegeven de feitelijke inrichting van de samenleving, in gelijke mate tot hun recht kunnen komen. Door het reeds bestaande gelijkheidsbeginsel tot beleidsinstrument te verheffen in het kader van emancipatiebeleid, vergroot het politieke systeem de ruis tussen politiek en recht. De politieke ‘vormgeving’ van het gelijke-behandelingsrecht bestaat daarmee uit rechtsnormen die nooit zijn aangestuurd door het politieke emancipatiestandpunt.

Ondertussen wordt het rechtssysteem wel in toenemende mate met discriminatieproblematiek geconfronteerd. Dat dwingt ertoe de bestaande rechtsmogelijkheden uit te rekken. Met name door communautaire rechter is gepoogd het indirecte-discriminatiebegrip zodanig te interpreteren dat rechterlijke controle mogelijk is op ondoorzichtige vormen van onderscheid. De wijze van toetsing in de nationale praktijk ondermijnt echter weer deels de functie van dit ‘sociale’ gelijkheidsbeginsel. Wanneer indirect onderscheid juridisch herkend wordt, wordt de gebruikte classificatie, die niet uit sekse zelf bestaat, vaak nog getoetst op zijn geschiktheid voor het doel van de maatregel. De classificatie wordt echter niet op de eerste plaats gewraakt vanwege zijn onevenwichtige relatie tot het doel, maar vanwege de onevenwichtige gevolgen gezien de ongelijke maatschappelijke posities van groepen in de samenleving.

De storing tussen het politieke beleid ten behoeve van zwakkere groepen in de samenleving en de rechtsvorming die aan de bestrijding van deze problematiek moet

Storing tussen beleidsvorming en rechtsvorming

bijdragen, is een gebrek aan reflexieve doorwerking van zowel beleid in recht als recht in beleid.

Vanuit het recht bezien, kan de rechtsvorming meer co-variëren met politiek-maatschappelijke discriminatieconcepten dan doorgaans het geval is. Wanneer een maatregel in zijn gevolgen onderscheidt naar sekse en de gevolgen zijn deel van een systematisch maatschappelijk patroon van achterstelling, dan wordt in wezen beroep gedaan op een positief vrijheidsbeginsel. Het beroep op het gelijkheidsbeginsel zou hier rechtens als een beroep op een sociaal grondrecht opgevat moeten worden. Dat vraagt een andere 'format' van rechtstoepassing. Uiteraard zijn hieraan beperkingen. Het recht werkt door checks-and-balances. Zou de rechtsvorming echter een reflexwerking kennen van de politieke perceptie van de oorzaken van sekseongelijkheid, dan zou de rechterlijke controle zich niet moeten toespitsen op de vraag of gelijke keuzealternatieven formeel beschikbaar zijn, maar of deze gezien de maatschappelijke condities een gelijke kans op uitoefening bieden. Daarmee zijn de maatschappelijke condities die de kern van het probleem zijn, niet te wijzigen. Het gaat om de juridische afweging of een maatregel zodanig is ingericht dat de kans op een gelijke uitoefening van rechten het grootst is en, indien het ongelijke-kanseffect niet vermijdbaar is, om de afweging of het belang van de maatregel in dat licht van voldoende gewicht is.

Maar al zou deze reflexwerking van beleidsdoelen in meerdere mate gestalte krijgen in de nationale rechtsvorming, dan moet toch gerealiseerd worden dat het recht binnen zijn mogelijkheden maar een beperkte rol kan spelen. Ten eerste moet gerealiseerd worden dat de kern van materiële discriminatie, namelijk het achterwege laten van differentiatie wanneer ongelijke maatschappelijke posities daarom vragen, in veel gevallen niet door een rechtsmodus opgelost kan worden. Wanneer geen enkel formeel onderscheid is gemaakt en elk referentiekader ontbreekt, kan niet met behulp van een juridische modus de regeling worden gesplitst in verschillende regelingen. De keuzen die hiervoor nodig zijn, vergen een politieke modus. Ten tweede kan de functie van het recht niet verder gaan dan compensatie verlenen voor het bestaan van ongelijke maatschappelijke uitgangssituaties. Met behulp van het gelijkheidsbeginsel is de (nood)zakelijkheid te toetsen van middelen en doelen van arbeidseconomische besluiten, indien deze ongelijke effecten sorteren binnen de bestaande condities voor arbeid. Het rechtssysteem kan niet dwingen tot wijziging van de arbeidscondities zelf, omdat hiervoor een juridisch referentiekader ontbreekt. Het is bovendien de vraag in hoeverre feitelijk compensatie verleend zal worden. Het is denkbaar dat normaliter de noodzakelijkheid van de genomen maatregelen te verdedigen zal zijn. Neem bijvoorbeeld de gangbare economische criteria op de arbeidsmarkt zoals werkervaring, dienstjaren of flexibele inzet. Al deze criteria werken in feite indirect onderscheidend voor vrouwen, omdat vrouwen korter op

Hoofdstuk 9

de arbeidsmarkt zijn en zorgverplichtingen thuis hebben. Toch is het geenszins ondenkbaar dat de rechter in onderlinge afweging deze criteria zal sanctioneren vanwege hun functionaliteit in het arbeidsproces. Dit vloeit voort uit het feit dat de specifieke economische criteria niet de kern van de problematiek zijn, maar de institutionele organisatie van arbeid als geheel waarin vrouwen geen gelijke uitgangsposities kunnen verwerven.

Deze institutionele organisatie van arbeid wordt door de politiek weldegelijk herkend als de kern van de problematiek. De formulering van het beleid sluit hier ook rechtstreeks op aan. Wanneer echter voor de realisering van dit beleid vervolgens gebruik wordt gemaakt van rechtsinstrumenten, dan moeten deze logischerwijs wel aansluiten op de voorafgaande probleemdefinitie. Er zou een vergelijking getrokken kunnen worden met het milieubeleid voor bedrijven. Uiteindelijk is het doel van dit beleid dat de industrie zich instelt op het feit dat de uitputting van natuurlijke hulpbronnen en de belasting van het milieu niet meer kan worden afgewenteld op de samenleving. De organisatie van industriële processen moet zodanig veranderen dat op voorhand milieuschade wordt beperkt. Wil de overheid dit probleem structureel aanpakken en daarvoor onder meer rechtsinstrumenten gebruiken, dan is het noodzakelijk om richtlijnen op te stellen waaraan een industrieel proces moet voldoen. Door dit een wettelijke grondslag te geven, ontstaat voor de rechter de mogelijkheid de toepassing van deze richtlijnen te controleren. Voor de realisering van een politiek beleid dat verandering van de economische organisatie van werk beoogt, ligt het niet veel anders. Ook hier zijn richtlijnen nodig voor het arbeidsproces, die een rechter vervolgens kan controleren. Laat men de politieke standaard voor het arbeidsproces in het midden, dan kan de rechter niet 'out of the blue' aanwijzingen opleggen aan de arbeidsorganisatie indien dat voor de opheffing van ongelijke behandeling noodzakelijk zou zijn. De keuzen in deze aanwijzingen kunnen slechts in de politiek gemaakt worden. Vervolgens is na de omzetting van deze politieke keuzen in specifieke wettelijke aanwijzingen voor het arbeidsproces, rechterlijke controle mogelijk.

In wezen is dit precies de gang van zaken die communautaire richtlijnen over het algemeen beogen. De EEG-richtlijnen 75/117 en 76/207 verplichten de Lid-Staat alle benodigde maatregelen te nemen, waardoor elk onderscheid naar sekse met betrekking tot de arbeidsparticipatie van mannen en vrouwen wordt opgeheven. De wettelijke middelen daarvoor moeten onder zekere voorwaarden op nationaal niveau worden ingevuld. In Nederland bestaat deze invulling uit de invoering van nationale wetgeving voor de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het arbeidsproces. Of de normstellingen van deze wetgeving zodanig juridisch zijn vormgegeven, dat daarmee de doelstelling om sekseonderscheid uit het arbeidsproces te bannen, effectueerbaar is, is afhankelijk van mogelijkheden die deze normstructuur de rechter

Storing tussen beleidsvorming en rechtsvorming

biedt om het seksegelijkheidsbeginsel daadwerkelijk te handhaven. Daarvoor moet het nationale rechtssysteem, zoals dat functioneert binnen de communautaire rechtsorde, in staat zijn de ruis tussen de functioneel-gedifferentieerde systemen van recht en markt te reduceren. Dit alles vormt het onderwerp van het laatste deel van dit boek.

DEEL III

DE RUIS TUSSEN RECHT EN ARBEIDSMARKT

Introductie tot het derde deel

Effectieve rechtshandhaving van het (supra)nationale gelijke-behandelingsrecht is, omdat het een samenwerking vraagt van meerdere functioneel-gedifferentieerde instituties, afhankelijk van effectieve verschilreductie tussen rechtsverwachtingen en, in dit geval, economische verwachtingen. Omdat elk van deze verwachtingen slechts binnen het eigen institutioneel kader begrijpelijk en veranderbaar is en de maatschappelijke instituties gelijkwaardig aan elkaar zijn, vraagt dit om een adequaat wederzijds proces van aanpassing van verwachtingen. Dit co-variatieproces vindt plaats door onderlinge interacties tussen recht en economie. De normatief-gesloten werking van de instituties waardoor de één niet direct kan ingrijpen in de manier van werken van de ander, werpt echter twee belemmeringen op, namelijk een informatieprobleem en een motivatieprobleem: Beide systemen selecteren uit informatie van buitenaf en verbinden hieraan gevolgen volgens de modus van het eigen systeem.

Wil het recht desondanks een adequate aansluiting vinden met de economie, dan moet ten eerste economische informatie zodanig geselecteerd worden dat een synchrone beeldvorming reesteert van het relevante economische proces. Ten tweede, moeten de rechtsgevolgen die aan deze beeldvorming verbonden worden, het economische systeem kunnen motiveren om ook omgekeerd compatible economische gevolgen te verbinden aan de beeldvorming van recht. De grens van wat het recht aan economische informatie kan transformeren, wordt daarbij bepaald door de structuur die het betreffende rechtsgebied kenmerkt, oftewel de betreffende rechtsnormen. De grens van wat de economie aan rechtsgevolgen kan operationaliseren, wordt bepaald door de modus van de economie. Evenwel is het rechtssysteem in staat steeds opnieuw waar te nemen hoe de economische verwachtingen zich aan de rechtsverwachtingen aanpassen. Dat houdt in dat het recht in zijn ontwikkeling steeds een klein beetje kan bijsturen. De vraag van het derde onderzoeksdeel is op basis hiervan als volgt geformuleerd:

In hoeverre en in welke vorm varieert het gelijke-behandelingsrecht zichzelf binnen de mogelijkheden die de normstructuur biedt en welke mogelijkheid wordt hieruit geselecteerd onder invloed van ruis uit de arbeidseconomische omgeving?

De normstructuur die onderzocht zal worden, is die van de communautaire wetgeving van artikel 119 EEG-Verdrag en de richtlijnen 75/117/EEG en 76/207/EEG, zoals op nationaal niveau geïmplementeerd door de Wet gelijke behandeling. De adressanten van deze normen vormen de juridische entiteiten op de arbeidsmarkt.

Hoofdstuk 10

In de meeste gevallen zijn dit juridische personificaties van in tijd en ruimte bestaande formele arbeidsorganisaties. Formele organisaties kunnen overigens onder bepaalde omstandigheden ook zelf uitgroeien tot complexe systemen die functioneren binnen het complexe economische systeem.¹

Wanneer het (supra)nationaal gelijke-behandelingsrecht en de formele arbeidsorganisatie interageren, wordt het rechtssysteem met economische organisatieprocessen geconfronteerd. De relevante processen zijn in dit geval allocatieprocessen van functies en lonen over mannen en vrouwen. Het (supra)nationale gelijke-behandelingsrecht moet, om het informatieprobleem te overwinnen, in staat zijn zichzelf zodanig te variëren dat het deze economische ‘ruis’ op adequate wijze in rechtsfeiten kan omzetten. Daarvoor is een juridisch paradigma nodig, waardoor de juridische waarneming van economische beelden synchroon blijft lopen aan de economische beelden zelf. Dat lijkt op voorhand niet zo eenvoudig als ingeval van politieke informatie, wat vaker het onderwerp zal zijn van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel. Politieke besluiten zijn immers in tegenstelling tot economische besluiten veelal geformaliseerd en gedocumenteerd. Hoe het rechtssysteem niet-geformaliseerde economische besluiten onder de normen van het huidige (supra)nationale gelijke-behandelingsrecht brengt, zal onderwerp zijn van hoofdstuk 11.

Om na de transformatie van economische feiten naar rechtsfeiten vervolgens ook het motivatieprobleem te overwinnen, vraagt een adequate selectie door het rechtssysteem van de rechtsgevolgen die aan de feiten worden verbonden. De handhaving van deze rechtsgevolgen moet een handelen impliceren dat compatibel is met de typerende economische modus van handelen. Deze economische modus vormt immers de dwingende manier waarop de economie de opgelegde rechtsverwachtingen kan uitleggen en toepassen. Om het verloop van dit proces te kunnen onderzoeken, worden in hoofdstuk 12 de rollen omgedraaid. Vanuit het perspectief van de arbeidsorganisatie wordt bestudeerd wat de typische uitleg en toepassing van de huidige gelijke-behandelingsnormen zijn. Op grond daarvan is vervolgens te beoordelen in hoeverre de concrete rechtsgevolgen van het huidige gelijke-behandelingsrecht door de economie uitvoerbaar zijn en worden uitgevoerd.

De wijze waarop het gelijke-behandelingsrecht zijn informatie- en motivatieprobleem benadert, kan niet alleen met juridische analyse worden opgehelderd. Uiteraard geeft een analyse van wetgeving en jurisprudentie een indruk van de wijze waarop in het recht een concreet economisch besluit naar een rechtsfeit wordt herleid. De rechterlijke uitspraken alleen, maken echter niet duidelijk of deze reconstructie synchroon is aan de oorspronkelijke economische informatie. De informatie die uit

¹ Zie hierover uitgebreid hfdst. 5 § 4.2.

Introductie tot het derde deel

jurisprudentie is op te maken, is immers reeds een juridische selectie. Naast een juridische methode is dan ook een sociaal-empirische methode nodig om te kunnen vaststellen waaruit de oorspronkelijke informatie bestaat. Vervolgens is te bezien, hoe op grond van de rechtsvorming de oorspronkelijke informatie wordt omgezet in rechtsinformatie en of daarbij relevante informatie verloren gaat of non-relevante informatie wordt toegevoegd (hoofdstuk 11).

De motivatie die de rechtsverwachtingen hebben voor het verloop van het economische proces van verdeling van functies en lonen, is zelfs geheel niet door juridische analyse vast te stellen. Wat de preciese gevolgen in de economie zijn van een rechtsuitspraak wordt over het algemeen niet bestudeerd in de rechtswetenschap. Het enige wat men weet, is dat in de betreffende casus sprake is geweest van een (mogelijk) conflict tussen de rechtsverwachtingen over gelijke behandeling en de economische verwachtingen over de verdeling van functies en lonen. Of in alle overige gevallen die tot nu toe geen onderwerp van rechtspraak zijn geweest, een dergelijk conflict zich niet of juist ook voordoet, is niet met een juridische methode vast te stellen. Derhalve is ook een sociaal-empirische methode nodig om te kunnen onderzoeken in hoeverre het handelen van een arbeidsorganisatie over het algemeen overeenstemt met de rechtsverwachtingen die daaraan gesteld worden (hoofdstuk 12).

De operaties van de arbeidsorganisatie zijn, in tegenstelling tot de operaties van recht of politiek, maar zeer ten dele uit teksten afleidbaar (hfdst. 5 § 5). Voor het analyseren van niet-gedocumenteerde arbeidseconomische besluiten moet daarom het reilen en zeilen van concrete arbeidsorganisaties worden onderzocht. Op grond van praktische belemmeringen zijn slechts enkele organisaties te bestuderen. Hier is gekozen voor case-studies van een grote particuliere onderneming en een grote publieke overheidsdienst. In de volgende hoofdstukken zullen deze organisaties nader geïntroduceerd worden. Om het gebrek aan representativiteit voor het geheel van de markt enigszins te compenseren, zijn organisaties geselecteerd die een positieve maatschappelijke beeldvorming hebben als het om gelijke behandeling gaat en daaraan ook concreet uiting geven door de vrijwillige toepassing van positieve actie. Op grond hiervan zou verwacht mogen worden dat de rechtsconformiteit binnen deze organisaties tenminste niet zal onderdoen voor andere organisaties. Verder zullen de gegevens van de case-studies zoveel mogelijk vergeleken worden met gegevens van andere bestaande arbeidsorganisaties, zoals deze uit de onderzoekspraktijk van de Commissie gelijke behandeling naar voren komen.

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

“Take off your hat,” the King said to the Hatter. “It isn’t mine” said the Hatter. “Stolen!” the King exclaimed, turning to the jury who instantly made a memorandum of the fact. “I keep them to sell,” the Hatter added as an explanation: “I’ve none of my own. I am a hatter” (Alice in Wonderland).

1 Inleiding

Vooraf bij wetgeving die een zekere maatschappelijke verandering beoogt, klinkt vaak het pleidooi dat het recht zijn denken in abstracties, generalisaties en ficties zou moeten matigen.¹ Alleen door een contextuele beeldvorming van aspecten van de werkelijkheid, lijkt het mogelijk voor het recht zinvolle rechtsgevolgen vast te stellen. Sociale betekenisystemen, zoals ook het recht, verstaan zich echter juist uit functioneel oogpunt in de eigen logica, wat altijd selectie van informatie impliceert. Dit ‘informatieprobleem’ is niet daarom niet zuiver een lastige kink in de kabel. De selectie van informatie volgens een unieke rationaliteit draagt bij aan het vervullen van een unieke sociale functie. De typische ‘legal reasoning’ is geschikt om het rechtssysteem een coördinerende rol in een wereld van complexe communicatie te geven. Met het oog op deze functie maakt het recht met opzet abstraherende afbeeldingen van zijn omgeving teneinde het juridisch relevante van het niet-relevante te scheiden. Juridische abstracties en ficties zijn daarmee nuttige instrumenten.² Dat mag zo zijn, maar de vraag blijft legitiem hoe deze abstractie precies is vormgegeven en hoever deze gaat in verhouding tot de oorspronkelijke analoge informatie. In de woorden van ’t Hart die de verschillen onderzoekt tussen de ‘vertelstructuur’ van het recht en bijvoorbeeld de narratieve structuur van de kunst: “Hoe groot kan de spanning zijn tussen de naar eenduidigheid neigende interpretatiecode van het recht en de pluriforme werkelijkheid?”³

1 Zie Goldschmidt 1993.

2 Zie hierover de theorievorming over (rechts)ficties bij Vaihinger en Fuller, weergegeven en uitgewerkt door Galenkamp 1994, pp. 20-24.

3 ’t Hart 1991, p. 53

Hoofdstuk 11

Elke normstelling kent als het ware een onderliggend paradigma dat de rechtsbeschrijvingen aanstuurt van het aan de norm onderhevig maatschappelijk handelen. De rechtsfeiten die hieruit resulteren, moeten idealiter sociale informatie zodanig geselecteerd hebben, dat een beeldvorming ontstaat die synchroon blijft lopen aan de oorspronkelijke informatie. Wanneer, om naar het inleidende citaat te verwijzen, de hoedenmaker uit Wonderland in zijn economische perceptie stelt dat het niet zijn eigen hoed is maar een hoed voor de verkoop, is de juridische beeldvorming van een gestolen zaak niet synchroon te noemen. Uiteraard kan een juridische representatie nooit een getrouwe afbeelding zijn van een relevant maatschappelijk proces, anders zou het recht niet in staat zijn functie waar te maken, maar de representatie kan wel compatibel zijn met het oorspronkelijk beeld.

De vraag die in dit hoofdstuk centraal staat, is dan ook, is het huidige juridisch paradigma dat ten grondslag ligt aan de gelijke-behandelingsnormen geschikt om synchrone juridische representaties van sekseonderscheid in de arbeidsorganisatie voort te brengen? Hiervoor is een analyse nodig van de wijze waarop op basis van de huidige normstellingen economische informatie juridisch wordt geregistreerd en geselecteerd. Vervolgens wordt onderzocht of de juridische representatie die dit oplevert, verenigbaar is met het oorspronkelijk beeld binnen de economische context. Het laatste vergt empirisch onderzoek naar sekseonderscheid in de alloctatie van arbeid binnen concrete arbeidsorganisaties.

De volgende paragrafen 2 en 3 geven een beschrijving van de juridische procedures van het gelijke-behandelingsrecht voor het ontvangen van informatie ('receptie') en voor juridisch begrip daarvan ('perceptie'). Het onderzoek beperkt zich tot de belangrijkste onderwerpen van economische verdeling van functies en lonen over mannen en vrouwen. In de paragrafen 4 en 5 worden de juridische procedures voor de herkenning en erkenning van sekseonderscheid toegepast op verdelingsprocessen van functies en lonen, die zich realiter hebben voorgedaan in twee arbeidsorganisaties. Doordat dit empirische onderzoek breed van opzet is, kan duidelijk worden of alle relevante informatie in de bestaande juridische mal past.

2 De juridische receptie van arbeidsbeslissingen op grond van sekse

2.1 De typen receptoren in een rechtssysteem

Op welke wijze wordt een rechtssysteem gewaar van vermeende strijd tussen de rechtsnorm en de rechtswerkelijkheid? De rechterlijk macht zoekt niet actief de omgeving af, maar moet door een gerichte impuls worden 'ingeschakeld'. De impuls

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

waarvoor het rechtssysteem zich gevoelig toont, wordt door het recht zelf omschreven. Hierin bestaan enkele typen.

Het eerste type kenmerkt zich door een lijdelijk karakter. Individueel benadeelden kunnen op eigen initiatief volgens de door het recht voorschreven regels en onder de door het recht gegeven voorwaarden een zaak ter attentie van het rechtssysteem brengen. Dit doet zich voor in het civiele recht. Het rechtssysteem biedt hier een geschillenbeslechting 'op afroep' aan. De lijdelijke opstelling leidt tot een over het algemeen incidentele waarneming door het recht van de werkelijkheid. Wel kan het rechtssysteem binnen het civiele recht de kans om potentiële conflicten waar te nemen, vergroten door het aantal lichamen dat een door het recht gedefinieerd 'belang' heeft, uit te breiden met bijvoorbeeld rechtspersonen die de belangen van individuen 'bundelen'. In feite stimuleert dit de samenleving om op basis van zelforganisatie (semi)professionele waarnemers van rechtsconflicten in het leven te roepen.

Ingeval van het tweede type receptor is sprake van, van overheidswege, georganiseerde waarnemers van rechtsconflicten. Bestaande of nieuw in het leven te roepen formele organisaties worden expliciet belast met de taken en bevoegdheden om rechtsconflicten op te sporen, zoals een Openbaar Ministerie, sociale rechercheurs, arbeidsinspectie, een keuringsdienst van waren et cetera. Dit vormen professionele waarnemers. Deze actieve modaliteit kenmerkt vooral het strafrecht en het administratieve recht. De voortdurende waarneming van potentiële rechtsconflicten geeft een structureler karakter aan de informatie die het recht kan bereiken.

De lijdelijke en actieve registratie van potentiële rechtsconflicten kan ook vanuit het oogpunt van tijd worden ingedeeld. 'Proactieve' waarneming gaat aan vermoedens van potentiële rechtsconflicten vooraf. Reactieve waarneming vindt plaats nadat dergelijke vermoedens zijn gerezen. De structuur van het rechtsgebied, oftewel de rechtsnormen, bepalen het tijdsmoment. Rechtsnormen die pas toepasselijk kunnen worden zodra een vermoeden rijst van een concrete conflictsituatie, zijn ingesteld op reactieve waarneming. Rechtsnormen kunnen echter ook merendeels 'aanvullende' verwachtingen stellen die moeten voorkomen dat conflictsituaties ontstaan. De receptie van informatie is in een dergelijk geval ingesteld op signalen die aan potentiële conflictsituaties vooraf gaan. Juist het sociaal-economisch recht kent veel van dergelijke proactieve normen. Aanvullende rechtsverwachtingen zijn bijvoorbeeld een vereiste van vergunning voor bepaald handelen, de plicht tot het overleggen van administratie, het stellen van minimumeisen, standardeisen, goedkeurings-eisen, vrijstellingseisen of erkenningseisen. Overigens worden door deze aanvullende normen wel nieuwe potentiële situaties van conflicterende verwachtingen, namelijk met de aanwijzingsnormen zelf, in het leven geroepen. Deze worden wel achteraf waargenomen.

Hoofdstuk 11

Proactieve normen gaan over het algemeen samen met een actieve waarnemingsmodaliteit. Om vooraf bij te sturen ligt het niet voor de hand lijdelijk af te wachten. Proactieve normen impliceren uit zichzelf vaak al een vorm van professioneel toezicht waar vergunningen in concreto worden verleend, administratie neergelegd et cetera. De combinatie van proactieve normen en lijdelijke waarneming komt minder voor, al is te denken aan bijvoorbeeld de voorlopige voorziening in kort geding. Reactieve normen die toepasselijk worden zodra een vermoeden van een conflictsituatie is gerezen, kunnen wel of aan een lijdelijke receptor (civiel recht) of aan een actieve receptor (strafrecht) of aan beiden gebonden zijn.

2.2 De receptoren in de Wet gelijke behandeling

2.2.1 Lijdelijke receptie

De Wet gelijke behandeling (WGB) is naar zijn aard een administratieve wet, maar zonder zelfstandig mechanisme voor het inschakelen van het recht. Voor activering van de wet moet 'geleend' worden van algemene mechanismen uit het algemeen verbintenissenrecht (onrechtmatige daad), het ambtenarenrecht of uit het bijzonder arbeidsovereenkomstenrecht. Een individueel benadeelde moet in al deze gevallen zichzelf tot het rechtssysteem (willen) wenden, indien men van mening is dat de wet is overtreden. Dat houdt in dat het waarnemingsmechanisme van de WGB op het eerste gezicht zowel lijdelijk als reactief van aard is: potentiële rechtsconflicten worden niet structureel opgespoord en het recht is pas toepasselijk nadat een vermoeden van conflict is gerezen. Het incidentele karakter van de registratie van gelijke behandelingsproblemen lijkt te worden bevestigd door de cijfers, tenzij men aanneemt dat de wet niet tot nauwelijks overtreden wordt.⁴ In de periode 1975 tot en met 1993 is geprocedeerd in ongeveer zestig casusposities.⁵ Dat is gemiddeld genomen ongeveer drie zaken per jaar.

Deze vormgeving van het mechanisme voor receptie duidt op een zeker onderliggend juridisch paradigma van waaruit 'discriminatie' begrepen wordt. Discriminatie wordt zodanig gereconstrueerd dat het niet inherent is aan de gangbare arbeidseconomische processen zelf. Dat wil zeggen dat discriminatie niet als een vanzelfsprekend neveneffect beschouwd wordt van het functioneren van de markt. Deze laatste perceptiewijze zou immers aanleiding geven de juridisch aanspreekbare entiteiten op de arbeidsmarkt aanvullende normen op te leggen die conflictsituaties, die in dat geval voor de hand liggen, te voorkomen. De civielrechtelijke aard van

4 In dat geval zouden de normen inadequaaf zijn voor de doelstelling van de wet, omdat bijvoorbeeld noch het gemiddelde beloningsverschil is afgenomen, noch de beperkte spreiding van vrouwen over sectoren en niveaus (bron: Ministerie SZW, Emancipatie in cijfers, 1994).

5 Blom 1994, p. 27, nt. 38.

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

de gelijke-behandelingsplicht wijst juist op een juridische perceptie waarin discriminatie alleen in bepaalde gevallen zal voorkomen, namelijk waar gangbare economische of sociale verwachtingen teleurgesteld worden of onderling botsen. Discriminatie is in dat geval in eerste instantie een individueel conflict. Het vloeit niet voort uit verwachtingen die aan het marktmechanisme eigen zijn maar uit de teleurstelling daarvan in een bepaald geval.

Ter vergelijking, veel van sociaal-economische wetgeving tracht problemen te controleren vanuit de gedachte dat het niet op de eerste plaats om beslechting van individuele conflicten gaat, maar om correctie van bepaalde neveneffecten van maatschappelijke processen. Eerlijke economische mededinging of bijvoorbeeld arbeidsomstandigheden worden dan ook niet gereguleerd op basis van een individueel recht op eerlijke concurrentie of goede arbeidsomstandigheden. In dat geval zou een actor eerst moeten bewijzen dat van de 'normale' praktijk is afgeweken in zijn of haar geval. Economische mededinging en arbeidsomstandigheden worden echter juist proactief gereguleerd. De onderliggende perceptie van het probleem is veeleer dat bijstelling gewenst is van praktijken die zonder bijstelling anders zouden verlopen. Om conflictsituaties waarvan men in dat geval al bijna zeker is, te voorkomen, worden economische organisaties bij voorbaat al aangesproken. Dat kan door aanvullende normen zoals, in geval van economische mededinging, een proactieve controle op voorgenomen fusies of, ingeval van arbeidsomstandigheden, een proactieve plicht tot het opstellen en uitvoeren van een arbo-plan.

De juridische perceptie van discriminatie die niet uitgaat van neveneffecten van maatschappelijke processen, wijkt hiermee aanzienlijk af van de formele politieke perceptie. In de beleidsprogramma's wordt discriminatie immers opgevat als "een institutionalisering van het sekseverschil in de maatschappij" of "een sekseverschil dat grondslag voor de maatschappelijke organisatie is".⁶ Institutionalisering wijst juist op een integratie van het sekseverschil in het dagelijkse economische proces.

2.2.2 *Wettelijke opties voor actieve receptie*

De lijdelijke inrichting van de WGB zou te verklaren kunnen zijn door de EG-richtlijnen 75/117 en 76/207 waaraan de nationale wet uitvoering geeft. Beide richtlijnen verplichten tot de nodige voorschriften teneinde een benadeelde werknemer zijn rechten voor het gerecht te doen laten gelden (artikel 2 richtlijn 75/117/EEG en artikel 6 richtlijn 76/207/EEG). Binnen de Nederlandse rechtsorde dwingen deze bepalingen evenwel niet per definitie tot een lijdelijke wettelijke variant.

6 Respectievelijk Beleidsplan Emancipatie 1985, p. 12 en TK 1983-1984, 18 100, hfdst XV, nr. 2, II § 5-1.

Hoofdstuk 11

Immers, het Nederlands recht voldoet uit zichzelf al aan de genoemde richtlijnbe-
palen daer schending van elke rechtspllicht reeds een afdwingbare verbintenis uit
de wet scheid tegenover diegene die hierdoor schade lijdt (artikel 6:162 BW). Een
deel van de wettelijke normen, namelijk in de gevallen dat geen contractuele relatie
bestaat, moet ook inderdaad op basis van onrechtmatige daad afgedwongen worden
bij gebrek aan een specifieke handhavingsmethode. Het staat de Nederlandse
wetgever op grond van de richtlijnen echter vrij om uitvoeringswetgeving in te
voeren die (pro)actief zou zijn ingericht.

In richtlijn 75/117/EEG lijkt daarop ook te worden aangestuurd. Naast het
scheiden van een individuele rechtsactie (artikel 2), wordt verplicht tot het nemen
van “de nodige maatregelen om de toepassing van het beginsel van gelijke beloning
te waarborgen” en om te voorzien in “doeltreffende middelen om op de naleving
toe te zien” (artikel 6). Artikel 6 zou een dubbele behelzen als de implementatie
van artikel 2 reeds voldoende zou zijn voor een doeltreffende rechtshandhaving.

Dat blijkt ook niet uit de tekst van de WGB. Ondanks de lijdelijke vormgeving van
de basisnormen kent de wet nog enkele speciale handhavingsbepalingen. Er wordt
voorzien in ‘groepsacties’ (hfdst. III WGB), in een Commissie gelijke behandeling
(hfdst. II WGB) en in toezicht door de Minister (artikel 21 WGB). Artikel 20a WGB
geeft rechtspersonen met volledige rechtsbevoegdheid die de behartiging van
belangen van diegenen die een beroep op de wet zouden kunnen doen, tot doel
hebben, een actie uit artikel 6:162 BW. Het vorderen van schadevergoeding door
dergelijke rechtspersonen wordt uitgesloten. Artikel 20a biedt rechtspersonen de
mogelijkheid door zelforganisatie rechtsconflicten op te sporen mits men voldoende
financiële middelen kan vergaren. Strikt genomen wordt de lijdelijkheid van het
recht niet verlaten.

De bij wet ingestelde Commissie gelijke behandeling (CGB) kan op verzoek
of uit eigen beweging onderzoeken of in strijd met de WGB is gehandeld en hier
haar oordeel over uitspreken (artikel 14, eerste lid, WGB). Dit oordeel kan ter kennis
worden gebracht aan de betrokken Minister, in aanmerking komende werkgevers-
en werknemersorganisaties en betrokken overlegorganen (artikel 14, vijfde lid,
WGB). Algemene openbaarmaking van het oordeel, dat wil zeggen met naam en
toenaam, kan alleen wanneer in strijd met de wet wordt gehandeld bij de aanbidding
van een betrekking. Het gaat dan om de tekst en vormgeving hiervan (‘de advertentie’).
De Minister kan ten behoeve van het toezicht op de naleving van de wet
ambtelijk onderzoek doen instellen (artikel 21, eerste lid, WGB). Indien strijd met
de wet wordt vastgesteld, wordt hiervan mededeling gedaan aan de discriminator,
medezeggenschapsorganen en in aanmerking komende werkgevers- en werknemers-
verenigingen (artikel 21, tweede lid, WGB). Zowel de CGB als de Minister kunnen
derhalve actief onderzoek verrichten naar overtreding van de wet. De conclusie van

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

lijdelijkheid verdient voorlopig bijstelling in zoverre dat twee professionele organisaties rechtsconflicten kunnen 'opsporen'. Formeel geeft de wet echter slechts de bevoegdheid hiertoe zodat de algemene praktijk doorslaggevend is.

De CGB heeft nimmer uit eigen beweging onderzoek gedaan. Zij geeft hieraan naar eigen zeggen geen prioriteit.⁷ De toepassing van recht door de CGB in zowel de periode 1980–1989 en 1989–1994 heeft bestaan uit het geven van onverbindende oordelen op verzoek.⁸ Van meer dan de helft van deze oordelen is het onbekend of dit alsnog tot rechtshandhaving aanleiding heeft gegeven. In de overige gevallen is door de werkgever melding gemaakt van een oplossing. Deze is in veel gevallen echter vaag of verleent alleen het individu compensatie zonder dat het onderliggend beleid wordt aangepast.⁹ In alle gevallen is de uitvoering van deze voornemens onbekend.

Het toezicht door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid bestaat in de praktijk uit onderzoek door de ambtelijke Loontechnische dienst (LTD) en in mindere mate door de ambtelijke Dienst collectieve arbeidsvoorwaarden (DCA), inmiddels beiden opgegaan in Dienst voor inspectie en informatie (I-SZW). Al het verrichte onderzoek tussen 1976 en 1993 is uitsluitend inventariserend geweest. Men heeft bijvoorbeeld de functieverdeling naar sekse onderzocht, de bekendheid van de wet, algemene seksevoorkeuren voor bepaalde functies, het vóórkomen van kinderopvangregelingen, de gemiddelde beloning en de inhoud van cao-bepalingen.¹⁰ Alle onderzoeken zijn anoniem en trachten een beeld te geven van de stand van zaken in de totale marktsector, bepaalde branches of de overheidssector. De verzamelde gegevens laten het niet toe om juridisch te beoordelen of de wettelijke normen zijn overtreden,¹¹ afgezien van het feit dat de werkgevers niet traceerbaar zijn. Met andere woorden, het onderzoek door de Minister toetst in hoeverre de doelstellingen van de WGB op de arbeidsmarkt behaalt zijn en behelst geen toezicht op de naleving van de WGB. Logischerwijs heeft de Minister nimmer een mededeling van verboden onderscheid kunnen doen aan een discriminator.

7 Bijv. Evenhuis 1994. Mw. Evenhuis was voorzitter van de CGB in de periode 1989–1994.

8 De Commissie gelijk loon ingesteld in 1975, en de Commissie gelijke behandeling ingesteld in 1980, zijn in 1989 samengegaan op grond van de (gewijzigde) Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen 1989. In 1994 is één nieuwe Commissie gelijke behandeling ingesteld op grond van de Algemene wet gelijke behandeling 1994.

9 Dorsman 1994; Jaspers 1994, p. 229; Blom 1994, p. 28.

10 Onder meer LTD, Verslag met betrekking tot de begeleidingstaak inzake de Wet gelijk loon 1980, Den Haag 1982; LTD, Verslag met betrekking tot gelijke behandeling 1980/1981, Den Haag 1982; LTD, De positie van mannen en vrouwen in het arbeidsproces, Den Haag 1988; LTD, De beloning van mannen en vrouwen in het Nederlands bedrijfsleven 1991, Den Haag 1993.

11 Aldus de diensten zelf. Bijvoorbeeld LTD, De beloning van mannen en vrouwen in het Nederlands bedrijfsleven 1991, Den Haag 1993, p. 32.

Hoofdstuk 11

De conclusie mag zijn dat de aangewezen toezichtsorganisaties niet tot registratie van potentiële rechtsconflicten zijn overgegaan. Dit lijkt grotendeels verklaarbaar door de structuur van de wet. Daar waar professionele organisaties over het algemeen als actieve waarnemers worden ingezet, zijn twee opties mogelijk. De eerste is dat de wetgeving bepaalt dat relevante gegevens stelselmatig moeten worden aangeboden aan de aangewezen instanties. Zo moet een belastingformulier aan de inspecteur worden gegeven of moeten jaaroverzichten of algemene voorwaarden van contracten gedeponereerd worden. De tweede optie is dat de wet formele instanties toerust met taken, middelen en bevoegdheden om 'in het veld' inspecties uit te voeren. Noch de CGB noch de LTD of DCA zijn inspecties in de laatste zin. De leden van de CGB verrichtten tot 1994 werkzaamheden tegen een onkostenvergoeding in vrije tijd. De LTD en DCA zijn reguliere ambtelijke afdelingen en hebben geen opsporingsbevoegdheden. De WGB kent echter ook geen stelselmatige informatieplicht in die zin dat de arbeidsorganisaties bepaalde kengetallen moeten overleggen. Wel regelt de wet dat ten behoeve van de taken van de CGB informatie en bescheiden overlegd moeten worden. Deze plicht kan de Minister, en niet de CGB zelf, afdwingen (artikel 18, derde lid, WGB). Dit is nog nooit voorgekomen. De medewerking van arbeidsorganisaties is echter pas vereist als de CGB besluit onderzoek in te stellen. Daarmee blijft een praktische onmogelijkheid bestaan voor de CGB om uit eigen beweging onderzoek te starten naar mogelijke wetsovertreding. Men ontvangt geen informatie die specifiek genoeg is om bij een zeker bedrijf onderzoek te beginnen, terwijl een ambulante dienst die routinematig bedrijven kan binnentreden, ontbreekt.

Hier is de vraag nog interessant of het instellen van een dergelijke 'gelijke behandelingsinspectie' zou bijdragen aan rechtshandhaving. Het lijkt niet eenvoudig voor een opsporingsambtenaar gesloten sollicitatieprocedures te controleren. Eveneens kan een ambtenaar niet zo maar vaststellen of bij de promotiebeslissingen van het afgelopen jaar sekse een onderscheidingscriterium is geweest. Inspectie is niet mogelijk zonder dat de wettelijke normstelling heldere criteria biedt. Het vermoeden bestaat dat de normstelling uit de WGB verwijst naar beslissingsprocessen in de arbeidsorganisatie, die nauwelijks geformaliseerd zijn. Daarmee zijn ze voor het rechtssysteem niet tot nauwelijks juridisch kenbaar of doorzichtig. Aanwijzingen hiervoor zijn te vinden in de kortstondige ervaringen met het toezicht op de naleving van de WGB door de arbeidsinspectie. De arbeidsinspectie is een orgaan met de taak, middelen en bijzondere bevoegdheden om bedrijven binnen te treden en daar inspectie uit te voeren. Op grond van het in 1986 ingevoerde artikel 28a, eerste lid, Arbeidswet 1919 werd een voorwaardelijke vergunning verplicht gesteld voor het verrichten van nachtarbeid door vrouwen in fabrieken of werkplaatsen. Eén van de voorwaarden voor de vergunning was de naleving van de gelijke-behande-

lingswetgeving.¹² De Vaste Kamercommissie voor Emancipatiebeleid had op deze vorm van sanctionering aangedrongen ter verhoging van de effectiviteit van de wet.¹³ Het werd door de Minister bij de regeling van de nachtarbeid ingewilligd.¹⁴ De arbeidsinspectie krijgt de taak de vergunningsvoorwaarden te onderzoeken en vergunningen af te geven. Drie jaar later komt het vergunningenstelsel te vervallen.¹⁵ Uit het evaluatierapport blijkt dat toezicht op de naleving van de gelijke behandelingswetgeving door de arbeidsinspectie onmogelijk is geweest.¹⁶ De staatssecretaris concludeert dat de arbeidsinspectie niet de instrumenten heeft om de situaties in arbeidsorganisaties aan de wet te kunnen toetsen.¹⁷ Dit doet de vraag rijzen hoe een CGB of een Loontechnische dienst met minder bevoegdheden en minder instrumenten dit wel zou kunnen, behalve op grond van een gericht individueel verzoek om een oordeel dat al op aanwijsbare feiten gebaseerd is.

3 De juridische perceptie van arbeidsbeslissingen op grond van sekse

Hierboven is gekeken naar de mogelijkheden van het huidige gelijke-behandelingsrecht om mogelijke rechtsconflicten op te sporen. De volgende vraag is hoe het rechtssysteem potentiële conflicten die ter attentie komen van het recht vervolgens uitlegt. Dat is afhankelijk van de reconstructie die plaatsvindt opdat economische feiten binnen een rechtsvertoog begrepen en verwerkbaar kunnen worden. Daarvoor moeten de ‘perceptiemechanismen’ bestudeerd worden die het betreffende recht inzet om communicatie tot rechtscommunicatie te transformeren en toe te passen.

De WGB blijkt één algemeen perceptiemechanisme te kennen voor alle arbeids-economische beslissingen die, zoals het recht dat noemt, de aanbieding van een betrekking betreffen, het in dienst nemen, de arbeidsvoorwaarden, het verstrekken van opleiding, de bevordering en het beëindigen van het dienstverband (hoofdstuk I, eerste paragraaf WGB). Dit mechanisme is van toepassing op zowel allocatie-beslissingen over functies als loon, aangezien het laatste door het recht onder de arbeidsvoorwaarden wordt begrepen. Daarnaast kent de WGB nog een bijzonder perceptiemechanisme dat uitsluitend betrekking heeft op beloningsbeslissingen (hoofdstuk I, tweede paragraaf WGB). Eerst zal het algemeen mechanisme ingeval

12 TK 1981–1982, 17 038, nr. 3, p. 9.

13 TK 1981–1982 16 400, hfdst. XVI, nr. 108, p. 4.

14 TK 1981–1982, 16 400, nr. 108, p. 6.

15 Wet van 12 april 1989, Stb. 1989, 95.

16 Ministerie van SZW, Vrouwen en nachtarbeid, Den Haag 1988.

17 TK 1987–1988, 20 689, nr. 3, p. 5.

Hoofdstuk 11

van arbeidsbeslissingen worden besproken (§ 3.1). Daarna volgt het bijzondere mechanisme voor loonbeslissingen (§ 3.2).

3.1 Algemene juridische perceptie van arbeidsbeslissingen

3.1.1 *Direct en indirect sekseonderscheid*

Arbeidseconomische beslissingen over de verdeling van functies en loon over mannen en vrouwen bestrijkt de WGB met een verbod op onderscheid tussen de seksen (artikel 1a en artikel 3 WGB voor de publieke sector en artikel 7a: 1637ij eerste lid, BW en artikel 3 WGB voor de private sector).¹⁸ Onderscheid definieert de Wet als direct onderscheid en indirect onderscheid (artikel 1 WGB).

Direct onderscheid impliceert een rechtstreeks onderscheid op grond van het criterium sekse. Bepaalde hoedanigheden zijn zo onlosmakelijk verbonden aan het criterium sekse dat ze daaraan gelijkgesteld worden. Dit geldt voor de criteria zwangerschap, bevalling en moederschap (artikel 1 WGB). De gelijkstelling van zwangerschap met sekse is bevestigd door het EG-Hof.¹⁹ Richtlijn 76/207/EEG geeft drie uitzonderingsgronden op het verbod. Ten eerste sekseonderscheid ter bescherming van de vrouw (artikel 1a, derde lid, WGB). Ten tweede sekseonderscheid in de toegang tot functies of de opleiding daarvoor wanneer vanwege de aard of voorwaarden voor de uitoefening daarvan het geslacht bepalend is (artikel 5, tweede lid, WGB). Deze ‘geslachtsbepaalde’ functies zijn limitatief in de wet en een algemene maatregel van bestuur neergelegd (artikel 5, derde lid, WGB en Besluit 19 mei 1989, Stbl. 1989, 207). Ten derde is afwijking van het verbod toegestaan indien het gemaakte onderscheid beoogt vrouwen in een bevoorrechte positie te plaatsen teneinde feitelijke ongelijkheden op te heffen (artikel 5, eerste lid, WGB).

Indirect onderscheid vormt onderscheid op grond van een andere hoedanigheid dan sekse dat onderscheid naar sekse tot gevolg heeft, tenzij dit onderscheid objectief gerechtvaardigd is (artikel 1 WGB). Deze definitie vormt een codificering van het communautaire gelijkheidsbeginsel (zie hierover hfdst. 8 § 6.2). Bij wijziging van de WGB in 1989 is eenzelfde systematiek doorgevoerd. Ook de AWGB heeft deze systematiek overgenomen, waardoor het onderhavige onderzoek naar het perceptiemechanisme eveneens op deze wet van toepassing is, tenminste voorzover het discriminatie op de arbeidsmarkt betreft. Overname van de communautaire systematiek houdt in dat de WGB met een halfgesloten systeem werkt. Dat wil zeggen, dat direct onderscheid verboden is tenzij er een wettelijke uitzonderings-

18 De termen ‘onderscheid’ en ‘discriminatie’ zullen door elkaar heen worden gebruikt. Hoewel de wet van onderscheid spreekt, hanteert het EG-Hof beide termen zonder inhoudelijk onderscheid.

19 EG-Hof 177/88 *Dekker*, JUR 1990, 3941.

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

grond is gegeven en dat indirect onderscheid verboden is tenzij in het gegeven geval een ongeschreven rechtvaardigingsgrond aanwezig is. We zagen in hoofdstuk acht al dat er bressen in deze systematiek worden geslagen in de communautaire rechtspraak (hfdst. 8 § 6.2). Dat zal mogelijk ook de systematiek in de (A)WGB onder druk kunnen zetten. Het verbod van ongerechtvaardigd (indirect) onderscheid in de WGB moet in overeenstemming met de communautaire betekenis van het seksegelijkheidsbeginsel worden begrepen. Dat wil zeggen dat een onderscheid gerechtvaardigd kan worden indien het aan een werkelijke behoefte van de onderneming voldoet en het middel daarvoor geschikt en noodzakelijk is.²⁰

Wanneer het recht aan de uitvoering van de toets van objectieve rechtvaardiging toekomt, is het juridische proces al in volle gang. Isolering van het juridisch feitenbestand uit de omgeving heeft dan al plaats gehad. Het informatieprobleem van het recht betreft de vraag hoe dit in zijn werk gaat.

3.1.2 Juridische vergelijkingsmethodieken

Uit de analyse van het juridische gelijkheidsbeginsel in hoofdstuk acht kwam naar voren dat de toepassing hiervan impliceert dat een toegepast onderscheidingscriterium juridisch wordt geanalyseerd. Ingeval van politieke maatregelen stuit dit niet op problemen. Het politieke besluitvormingsproces is een geformaliseerd proces. Zowel de beslissing is gedocumenteerd maar vaak ook het onderliggende proces van overwegingen, beraadslagingen, meningen en wijzigingen, et cetera. Het rechtssysteem als specialist in de 'exegese' van het geschreven woord kan hier goed mee uit de voeten.

Nu het gelijkheidsbeginsel moet worden toegepast op arbeidseconomische informatie, doet zich echter het probleem voor dat het onderliggende besluitvormingsproces voor functietoewijzing of loonvaststelling veelal niet verregaand geformaliseerd is. Er zijn veelal cao-bepalingen en grotere organisaties hebben interne richtlijnen, overigens niet altijd op schrift of openbaar, maar beide laten meestal nog (veel) beleidsruimte. De keuze van werknemers voor bijvoorbeeld werving, promotie of ontslag is over het algemeen een besloten en informeel proces. Het belonen van werknemers is veelal verdergaand geformaliseerd. Maar een informeel beloningselement zoals de onderhandeling bij indiensttreding, bij promotie of over extra periodieken is zeker niet uitgesloten. Het is zelfs voorstelbaar dat niet alleen de totstandkoming van een arbeidseconomisch besluit onnavolgbaar is, maar dat ook de eindbeslissing op zich niet aan een ieder kenbaar is. Dit zal zich kunnen voordoen bij selectiebeslissingen op de interne arbeidsmarkt van een grote arbeidsorganisatie. Werknemers kunnen soms worden aangezocht en benoemd op een

²⁰ EG-Hof 170/84 *Bilka*, JUR 1986, 1607.

Hoofdstuk 11

hogere functie zonder formele vacaturestelling en sollicitatieprocedure. Het is dan niet aanstonds duidelijk of men kandidaat is geweest en derhalve afgewezen. Kortom, in zijn verschijningsvorm is het verschil tussen een politiek besluit en een arbeidseconomisch besluit aanzienlijk.

Welke juridische ‘format’ kenmerkt het gelijke behandelingsrecht om de arbeidseconomische beslissing te kennen en te begrijpen? Voor het direct seksonderscheid geven de wet en de jurisprudentie geen nadere aanknopingspunten. In dat geval gelden de algemene procesregels dat men moet stellen en bewijzen. Het herkeningsprobleem wordt daarmee bij de individueel benadeelde zelf gelegd. Stellen is alleen mogelijk wanneer de benadeelde over een gedocumenteerde regel of gedocumenteerd besluit beschikt waaruit het discriminatoire criterium kenbaar is, dan wel wanneer er een mondelinge besluit van deze strekking is, dat niet wordt ontkend door de organisatie of waarvan getuigen zijn. Alleen op deze wijze gepresenteerd, is informatie uit de arbeidsorganisatie door het recht te herkennen.

Het mondelinge bewijs dat niet weerlegd wordt of door getuigen wordt bevestigd, komt niet of nauwelijks voor in rechtsprocedures over seksdiscriminatie. Mondelinge discriminatoire besluiten worden tegengesproken, niet op de laatste plaats omdat het onbewuste gebruik van sekse de discriminator zelf niet kenbaar hoeft te zijn. Getuigen spelen zelden een rol gezien het besloten karakter van het besluitvormingsproces in de arbeidsorganisatie. De meeste gevallen die het recht registreert voor nader onderzoek van direct onderscheid in arbeidseconomische communicaties, zijn schriftelijke communicaties. Als daarin het criterium sekse met name staat genoemd of een door de wet genoemd ander direct onderscheidend criterium, is door het rechtssysteem eenvoudig op grond van logica af te leiden dat toepassing van de regel zal resulteren in een onderscheid tussen mannen en vrouwen. Er wordt in feite een abstracte vergelijking getrokken.

Voor het aantonen van indirect onderscheid, dat wil zeggen besluiten, regels of handelingen die een onderscheid naar sekse tot gevolg hebben, geeft de wet eveneens geen voorschriften. De communautaire rechtspraak waarin de constructie van indirect onderscheid is ontwikkeld, geeft echter wel aanwijzingen. In deze rechtspraak verschuift het zwaartepunt van het juridisch registratiemechanisme van de totstandkoming van het besluit naar de gevolgen die de besluiten in concreto hebben. Dat is van belang, zoals boven geconstateerd, vanwege het informele karakter van de besluitvormingsprocedure. De eiser mag volstaan met aan te tonen dat de toepassing van een bepaald criterium een aanzienlijk groter percentage van

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

personen van één sekse raakt.²¹ De vaststelling daarvan levert een prima facie bewijs op dat de werkgever zal moeten weerleggen door te wijzen op verklarende objectieve factoren die discriminatie op grond van geslacht uitsluiten.

In *Commissie/Frankrijk*²² en *Danfoss*²³ beoordeelt het EG-Hof de situatie wanneer uitsluitend de ongelijke uitkomsten van een besluitvormingsproces zichtbaar zijn, zonder dat een bepaald criterium dat hiertoe aanleiding gaf, te herkennen is.²⁴ Het Hof constateert in *Danfoss* allereerst dat een 'volstrekt ondoorzichtig stelsel of praktijk' binnen het arbeidsproces, rechterlijke controle feitelijk onmogelijk maakt. Daarop concludeert het Hof dat:

“Gelet op het onderliggend streven naar doeltreffendheid, de richtlijn zo moet worden uitgelegd dat nationale bewijsregels worden gewijzigd in bijzondere situaties, waarin zulks voor de doeltreffende toepassing van het gelijkheidsbeginsel noodzakelijk is.”²⁵

Dit rechtvaardigde in deze zaak de bijzondere regel dat de eiser mag volstaan met aan te tonen dat voor een relatief groot aantal loontrekkenden een gemiddeld loonverschil bestaat tussen mannen en vrouwen.²⁶ De werkgever moet de besluitvormingsgronden die tot deze uitkomst hebben geleid, kunnen aangeven en rechtvaardigen.

Vanwege de overduidelijke bewijslastproblemen²⁷ is door de EG-commissie een ontwerprichtlijn ingediend over de bewijslast bij directe en indirecte discriminatie.²⁸ De verschuiving van de bewijslast naar de werkgever op grond van een prima facie bewijs van onderscheid wordt hierin vastgelegd. Verder verplicht het de Lid-Staten te onderzoeken in hoeverre nationale bepalingen mogelijk zijn om partijen de beschikking te geven over de gegevens die noodzakelijk zijn om hun rechten geldend te maken. De richtlijn heeft, ook na compromisvoorstellen, nog steeds geen instemming van de Raad van Ministers. De verschuiving van de bewijslast en het gebruik van statistische gegevens is in de Nederlandse praktijk aanvaard. Beide punten vinden aansluiting bij het reguliere Nederlandse civiele en administratieve bewijsrecht.²⁹ In een specifieke discriminatiezaak stelt de Hoge Raad dat de rechter

21 Zie over deze rechtspraak Prechal 1993, p. 84 en Asscher-Vonk en Wentholt 1994, met name pp. 75 e.v.

22 EG-Hof 318/86, JUR 1988, 3559.

23 EG-Hof 109/88, JUR 1989, 3199.

24 Vgl. hierover Ellis 1994, p. 60.

25 EG-Hof 109/88, JUR 1989, 3199, r.o. 14.

26 EG-Hof 109/88, JUR 1989, 3199, r.o. 18.

27 Bijvoorbeeld Humblet 1991; Burkens en Kummeling 1991.

28 Pb. C 176/5 d.d. 5 juli 1989.

29 Schoordijk 1990; pp. 680 e.v.; Burkens en Kummeling 1991, p. 13.

statistische verschillen kan aanmerken als voldoende bewijs van discriminatie, of aan dergelijke verschillen een vermoeden van discriminatie kan ontleen op grond waarvan de discriminator de last krijgt aan te tonen dat de achterstelling op aanvaardbare gronden berust.³⁰

3.1.3 Juridische perceptie van beslissingen in getallen

Bij de juridische constructie van het indirecte onderscheid is sprake van een belangrijke vernieuwing in het juridisch waarnemingsmechanisme. De gevolgen van relevante arbeidseconomische besluiten kunnen niet alleen in tekst, maar ook in getallen tot uitdrukking komen. De wereld van getallen is echter een eigen wereld. Om aan getallen een adequate juridische betekenis te verlenen, vraagt gespecialiseerde rechtstoepassingen. Deze lijken echter nog grotendeels te ontbreken in de (Nederlandse) rechtspraak. Dit zou te wijten kunnen zijn aan het geringe aantal rechtszaken, waardoor geen uitkristallisering ontstaat. Vaak leidt de allereerste confrontatie met het eigenaardige karakter van cijfers reeds tot toepassing van een foutieve logica in het rechtssysteem. Net zoals de betekenis van een tekst niet zonder de vanzelfsprekende toepassing van de regels van grammatica en syntaxis is vast te stellen, kan de betekenis van cijfers niet zonder toepassing van de regels van de statistiek worden vastgesteld. Indien men een vermoeden van het gebruik van een criterium dat met sekse verbonden is, wil vaststellen, moet bedacht worden welke vorm van statistische logica men toepast wanneer dit uit cijfers wordt afgeleid. Om statistisch gesproken een oorzakelijk verband tussen een variabele, in dit geval sekse, en een zekere verdelingsuitkomst te bewijzen, baseert men zich op de waarschijnlijkheidsrekening.

Experimenteel is vast te stellen dat als men bijvoorbeeld 700 rode en 300 blauwe knikkers in een beker heeft en men mag veelvuldig, zeg 100 maal, pakken waarbij steeds wordt teruggelegd, de meest waarschijnlijke uitkomst 70 rode en 30 blauwe knikkers is. Daarvoor moet a-select getrokken zijn, dat wil zeggen zonder dat de kleur een selectiecriteria is geweest. Een uitkomst van bijvoorbeeld 50 rode en 50 blauwe knikkers zal kunnen voorkomen, maar minder vaak. De kans op deze verdeling is kleiner. Een extreem afwijkende uitkomst, bijvoorbeeld 5 rode en 95 blauwe, is een gebeurtenis die bijna niet voorkomt. De kans op deze gebeurtenis is zodanig klein dat indien een dergelijke uitkomst toch wordt verkregen, een sterk vermoeden bestaat dat de kleur een rol moet hebben gespeeld in de trekking. In de statistiek wordt over het algemeen een vaste grens aangehouden voor wat een zo 'extreme' uitkomst is, dat zij in redelijkheid niet meer door het toeval verklaarbaar is. Hoort de uitkomst tot de vijfprocent of minder van alle mogelijke uitkomsten

³⁰ HR 10 december 1982, NJ 1983, 687.

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

die tot de meest onwaarschijnlijke behoren, dan wordt van een significant verschil gesproken. Deze conclusie kent de vooronderstelling dat de knickers, behalve op kleur, niet verschillen.

Wanneer de rechter met behulp van statistiek wil vaststellen of sekse een oorzakelijk verband houdt met een bepaald verdelingsproces, dan moet de waarschijnlijke verdeling, ware sekse geen criterium, vergeleken worden met de concreet gevonden verdeling in de arbeidsorganisatie. De vergelijking kan hier dus niet zoals bij direct onderscheid in een gedocumenteerde regel abstract getrokken worden. Wijkt de gevonden uitkomst zodanig ver af van de waarschijnlijke uitkomst, dan ontstaat het vermoeden dat sekse oorzakelijk verband houdt met de selectie. Zou het verschil tussen de waarschijnlijke en de gevonden uitkomst significant verschillen, dan is het statistisch bewijs geleverd. Voordat sprake is van juridisch bewijs, vraagt eerst de regel van hoor en wederhoor de werkgever de gelegenheid te geven het geleverde statistische materiaal te weerleggen. Dat kan door op fouten in de statistische analyse te wijzen of accuratere data te leveren waaruit blijkt dat de vergeleken groepen (de blauwe en de rode knickers) verschilden op een ander relevant criterium (bijvoorbeeld de blauwe zijn groter), wat het gevonden verschil kan verklaren.

Bijvoorbeeld, wanneer een bedrijf 800 mannen en 200 vrouwen in dienst heeft en men besluit 100 werknemers te ontslaan, dan is de *verwachte* uitkomst dat 80 mannen en 20 vrouwen worden ontslagen. Zouden 10 mannen en 90 vrouwen ontslagen worden, dan wijst deze extreme uitkomst statistisch gesproken op een oorzakelijk verband tussen sekse en ontslag. Indien de werkgever de statistische analyse niet kan weerleggen, bijvoorbeeld door aan te tonen dat het verschil verklaard wordt door een verschil tussen de gemiddelde kwalificaties van de mannen en van de vrouwen uit de populatie,³¹ dan is er statistisch bewijs van discriminatie. Binnen het Nederlands recht kan dit als een juridisch *prima facie* bewijs gelden. Sluitend juridisch bewijs van verboden discriminatie wordt geleverd indien de werkgever het statistisch bewezen onderscheid niet kan rechtvaardigen om de reden dat het een geschikt en noodzakelijk middel vormt om aan een werkelijke behoefte van de onderneming te voldoen.

De communautaire en Nederlandse rechtspraak noemen geen vaste grens voor een zo extreme uitkomst dat deze niet meer door toeval verklaarbaar is. Hier lijkt op zich geen bezwaar tegen, zij het dat een statistisch verschil tussen de verwachte

31 Het gaat hier om een *gemiddeld* verschil tussen de groepen van mannen en vrouwen. Immers, de individuen zullen altijd verschillen, maar in een groep kan de lagere kwalificatie van de één wegvallen tegen de hogere kwalificatie van de ander. Doorslaggevend is of er een stelselmatig verband is tussen een lagere kwalificatie en één van de seksen, hetgeen het significant verschil in de verdelingsuitkomst ten nadele van één van de seksen kan verklaren.

Hoofdstuk 11

en daarwerkelijke uitkomst wel aanzienlijk zal moeten zijn, wil men er juridisch betekenis aan hechten. Aangezien een uitzonderlijke uitkomst, ook al valt deze niet in het vijfprocentgebied, in het communautaire gelijkheidsrecht geen bewijs oplevert, doch een vermoeden van bewijs, heeft de werkgever de kans aan te tonen dat er andere verklarende gronden voor het verschil zijn.

In de praktijk blijkt de Nederlandse rechter moeite te hebben cijfers met statistische logica te benaderen in plaats van met argumentele logica.³² Het feit dat de wet met zoveel woorden bepaalt dat een verboden onderscheid het gebruik van een hoedanigheid is dat een sekseonderscheid tot gevolg heeft, wordt vaak volgens een 'argumentele' logica naar cijfers vertaald. Dat leidt ertoe dat de rechter gaat tellen of het aantal personen van de ene sekse het aantal personen van de andere sekse aanzienlijk overtreft onder alle benadeelden. Het lijkt op het eerste gezicht logisch dat als de benadeelden voor tien procent uit vrouwen en negentig procent uit mannen bestaan, dat er dan een onderscheid naar sekse is.

Met deze gedachte in het achterhoofd, oordeelt de kantonrechter dat er geen sekse-onderscheid is in de toepassing door de PTT van een regeling die onderscheidt naar omvang van het dienstverband, aangezien 12000 mannen en 15000 vrouwen hierdoor benadeeld worden.³³ Dit verschil acht de rechter te klein om relevant zijn. In het bedrijf werkten echter ongeveer 69000 mannen en 22000 vrouwen. Indien deeltijdwerken inderdaad niet gerelateerd is aan sekse in het bedrijf, dan is de verwachte uitkomst van de toepassing van een deeltijdregeling dat mannen en vrouwen in evenredige mate geraakt worden, dat wil zeggen 69000 : 22000 (3,2 : 1). De uitkomst blijkt echter volgens de kantonrechter 12000 : 15000 (0,8 : 1). Niet alleen worden mannen en vrouwen onevenredig geraakt, het is ook een statistisch onwaarschijnlijke uitkomst die duidt op een oorzakelijk verband tussen sekse en de deeltijdregeling. De rechter telt echter alleen maar de 'eindstand' onder de benadeelden. De eindstand moet echter wel gerelateerd worden aan de verhouding die men verwacht gezien de samenstelling van de populatie waaronder geteld wordt ('beginstand'). Zou men dit niet doen, dan is een potentieel indirect sekseonderscheid uitsluitend te localiseren in organisaties met een fifty-fifty personeelsbestand. Immers, alleen in dat geval is een evenredige uitkomst onder de benadeelden te verwachten. Is de seksesamenstelling van het personeelsbestand *niet* evenredig, dan is er juist wat 'mis' als men wel een evenredige uitkomst naar sekse onder de benadeelden vindt. De discussie in de literatuur over 'absoluut of relatief nadeel' ingeval van indirect onderscheid, wordt derhalve ten onrechte als een juridisch-

32 Dierx en Siegers 1990; Heringa 1991; Sjerps 1985.

33 Kantongerecht Amsterdam 15 augustus 1991, RN 1992, 223.

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

normatieve beslissing opgevat.³⁴ Wanneer men statistisch bewijs introduceert in het rechtsvertoog, moet men voorzover het het statistisch deel aangaat de statistische wetten en niet de juridische wetten volgen.

Deze fout wordt ook gemaakt door de president van de Rechtbank Den Haag. De rechter wijst het verband tussen sekse en een beloningsregeling af omdat de benadeelde groep voor 43% uit vrouwen en 57% uit mannen bestaat.³⁵ Het gaat hier wel om percentages, maar daarmee wordt nog steeds slechts de 'eindstand' aangeduid. De rechtsvraag moet zijn, wijkt de gevonden verdeling af van de verwachte verdeling? Zijn de oorspronkelijke groepen even groot, dan is de verwachte uitkomst 1 : 1. Is de populatie mannen twee maal zo groot als de populatie vrouwen, dan is de verwachte uitkomst 2 : 1. De zuivere 'eindstanden' zijn zonder enige betekenis. Zij verkrijgen pas betekenis nà relatering aan de 'beginstanden' binnen de onderzoekspopulatie.³⁶ Dat het hier geen juridisch-normatief interpretatieprobleem betreft maar een kwestie van foutieve statistische logica door rechters, is het gemakkelijkst aantoonbaar in het extreme geval. Van de productieafdeling van de golfkartonfabriek worden tien mannen en negen vrouwen ontslagen. Kijken we alleen naar de eindstanden, dan verkeren vrouwen niet in een nadeel (negen om tien). De beginstand op de afdeling is echter honderd mannen en negen vrouwen. Wanneer men de eindstand aan de beginstand relateert, is de uitkomst van tien procent mannelijke en honderd procent vrouwelijke ontslagen werknemers in hoge mate onwaarschijnlijk. Het Hof Den Bosch paste in dit overduidelijke geval wel de juiste logica toe.³⁷

Er zijn meer 'eigenaardigheden' aan het werken met cijfers. Zo moet op de eerste plaats een onderzoekspopulatie bepaald worden. Zoals uit het knikkerexperiment volgt, is de ideale populatie die populatie die behalve op de te onderzoeken variabele van sekse, niet verschilt. In juridisch idioom gaat het om het zoeken naar de gelijke gevallen. Zoals in de bespreking van het juridisch gelijkheidsbeginsel duidelijk is gemaakt, verschillen mensen altijd. Gelijke gevallen moet dan ook opgevat worden als gevallen die niet verschillen met het oog op het doel van de regeling. Dat betekent dat de onderzoekspopulatie moet bestaan uit de mannen en vrouwen op wie de regeling van toepassing is en die gemiddeld genomen niet verschillen op een variabele die in het licht van het doel van de regeling relevant is. Als de relevante variabelen in het onderhavige arbeidseconomische proces juridisch onherkenbaar zijn, is het aan de werkgever een uitzonderlijke verdelingsuitkomst

34 Bijv. Asscher-Vonk en Wentholt 1994, pp. 75-76.

35 Pr.Rb. Den Haag 12 juni 1986, RGB I, nr. 29.

36 Vgl. annotatie A.M. Gerritsen onder RGB II, 16.

37 Hof Den Bosch 17 april 1984, NJ 1985, 202.

Hoofdstuk 11

te weerleggen door aan te tonen dat deze wordt verklaard door een met het oog op het doel van de regeling relevant criterium, waaraan de ene sekse op voorhand meer voldoet dan de andere sekse.³⁸

Iets dergelijks deed zich voor in de Phillips-zaak voor de CGB.³⁹ Het ging hier om een reorganisatie-ontslag waarbij via een statistische methode werd onderzocht of sekse oorzakelijk verband hield met de uitvoering van het ontslagbeleid. Hiervoor werd de man/vrouw-ratio onder het ontslagen personeel afgezet tegen de man/vrouw-ratio onder de oorspronkelijke bezetting. De werkgever wijst erop dat de sekse-ratio onder het ontslagen personeel echter vertekend wordt, omdat het op de 89 ontslagen vrouwen om 31 overtollige secretaressefuncties handelt. Aangezien bij het bedrijf deze functie alleen door vrouwen wordt vervuld, zal het schrappen van deze functies alleen vrouwen kunnen treffen. Omdat dit de verwachte sekse-ratio onder het ontslagen personeel inderdaad vertekent, laat de CGB daarop de secretaresses buiten de gekozen onderzoekspopulatie.

Het kan echter ook andersom voorkomen dat de bijzondere groep die de verdelingsuitkomst vertekent, juist het onderwerp van conflict is. Het gaat er dan om dat niet het beleid in zijn algemeenheid, maar toegepast op een specifieke groep verdacht wordt op grond van sekse te onderscheiden. Dat kan zowel omdat de specifieke groep afwijkend is op grond van een intermediair criterium dat verband houdt met sekse, dan wel omdat alleen de praktische uitvoering van het beleid voor deze bepaalde groep verdacht wordt op sekse gebaseerd te zijn. Het eerste geval deed zich voor in de toepassing van de onderwijssalarisregeling op de specifieke nieuwe functie van directeur basisschool. Vrouwelijke directeuren waren lager ingeschaald dan de mannelijke. De directeuren blijken echter een op grond van sekse afwijkende groep binnen het onderwijs te zijn omdat de mannen over het algemeen ex-hoofden lagere school zijn en de vrouwen ex-hoofdleidsters kleuterschool. De rechter nam echter niet de specifieke groep directeuren als populatie doch alle onderwijsgevenden die onder de salarisregeling vielen.⁴⁰ Binnen deze totale populatie viel het afwijkend seksepatroon onder de directeuren weg en daarmee het salarisonderscheid, overigens ook omdat de rechter foutief telde.

Het Hof Den Haag wijzigt in de adv-zaak zijn onderzoekspopulatie op andere gronden.⁴¹ Het ging hier om een arbeidsduurverkortingsregeling in het onderwijs in het kader van het scheppen van werkgelegenheid waar deeltijders van werden uitgesloten. Vast stond dat sekse een oorzakelijk verband hield met de verdelings-

38 EG-Hof 109/88, JUR 1989, 3199.

39 CGB 19 juni 1991 voorlopig oordeel 406/409-91-83 t/m 86, OB 1991, 363.

40 Pr. Rb. Den Haag 12 juni 1986, RGB I, 29.

41 Hof Den Haag 9 juli 1987, KG 1987, 335, r.o. 7.

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

uitkomst van rechthebbenden op adv. Het Hof meent echter dat de onderzoekspopulatie waaronder geteld moet worden, niet de rechthebbenden op adv zijn, maar de rechthebbenden op adv én de rechthebbenden op herbezetting van de vrijgekomen uren als gevolg van de adv. De Staat had aangevoerd dat de herbezetting ten voordele van vrouwen was. Hier valt vanuit juridisch oogpunt over te twisten aangezien herbezetting het doel van de regeling is, terwijl de rechtsvraag is of voor dit doel een onrechtmatig middel wordt gebruikt. Zoals uit de gelijkheidsdoctrine spreekt, wordt de eventuele onrechtmatigheid van het middel niet reeds opgeheven door de legitimiteit van het doel, maar speelt ook de doel-middel verhouding een rol. Ook als het doel emancipatiebelangen dient, is niet elk discriminatoir middel goorloofd. Dat betekent dat eerst statistisch vastgesteld moet worden of het middel oorzakelijk verband houdt met sekse (de m/v-verdeling onder adv-gerechtigden), terwijl daarna pas de juridische beoordeling volgt over de rechtvaardiging van dit middel met het oog op het doel. Zo zal bijvoorbeeld een regeling die uitsluitend vrouwen geen minimumloon garandeert om werkgelegenheid te scheppen voor vrouwen, niet per definitie een gerechtvaardigd middel zijn.

Of de verdelingsuitkomst onder adv-ers en herbezettters in totaliteit oorzakelijk verband houdt met sekse, is statistisch uiteraard wel te toetsen. Hierin schendt het Hof echter een andere statistische wet.⁴² Het Hof streept de verdelingsuitkomst onder adv-ers, die volgens het Hof voor 29% uit vrouwen en 71% uit mannen bestaat, weg tegen de verdelingsuitkomst onder de herbezettters die volgens het Hof in het voortgezet onderwijs voor 40%, in het speciaal onderwijs voor 70% en in het basisonderwijs voor 78% uit vrouwen bestaat.⁴³ Het Hof middelt dit waarschijnlijk tot 63% vrouwen onder de herbezettters, welk voordeel het Hof blijkbaar vindt wegvallen tegen het voordeel van 71% mannen onder de adv-ers. De percentages herbezettters kunnen echter op de eerste plaats niet zomaar gemiddeld worden, omdat de populatieomvang van de verschillende schooltypen sterk verschilt. Het percentage in het voortgezet onderwijs (40%) heeft een veel zwaarder gewicht.⁴⁴ Met een voorbeeld: Stel op afdeling A werken 1 man en 1 vrouw (aandeel vrouwen is 50%) en op afdeling B werken 99 mannen en 1 vrouw (aandeel vrouwen is 1%), dan kan men niet zeggen dat het gemiddelde aandeel vrouwen op de afdeling A en B is $(50\% + 1\%) / 2 = 25,5\%$. Op de afdelingen werken immers totaal 102 personen waarvan 2 vrouwen. Het gewogen gemiddeld aandeel vrouwen op de afdelingen is derhalve 1,96%. Middelen we de herbezettters op de juiste wijze, dan is het

42 Zie hierover Dierx en Siegers 1990, pp. 554-560.

43 R.o. 5.

44 Dierx en Siegers 1990, p. 558.

Hoofdstuk 11

aandeel van vrouwen hierin 53%.⁴⁵ Dat lijkt niet zonder meer juridisch weggestreept te kunnen worden tegen het aandeel van 71% mannen onder de adv-ers.

Het Hof verzuimt op de tweede plaats rekening te houden met, opnieuw, het verschillend gewicht van de populaties van adv-ers en herbezitters in het totaal. Het aantal adv-ers is bijna drie maal zo groot als het aantal herbezitters. Wegen we de gemiddelden, dan bestaat de groep die of recht heeft op adv òf recht op herbezetting voor 70% uit mannen en 30% uit vrouwen.⁴⁶ Afgezet tegen de verwachte uitkomst die 58% mannen en 42% vrouwen bedraagt, namelijk de verhouding onder alle onderwijsgeveden, is dit niet zonder meer een waarschijnlijke uitkomst.

3.1.4 Abstracte of empirische vergelijking van indirect onderscheid

Bij een claim van direct onderscheid is geconstateerd dat het gelijke behandelingsrecht een onderscheid als zodanig kan percipiëren, wanneer een juridisch kenbaar criterium wordt aangereikt waarvan gesteld wordt dat het in zichzelf onderscheid naar sekse. Op grond van een juridisch abstracte vergelijking kan het rechtssysteem vervolgens afleiden dat de toepassing van een dergelijk criterium buiten het systeem zal resulteren in een verschillende uitkomst voor mannen en vrouwen. Bij indirect onderscheid vergt de juridische perceptie van onderscheid in de praktijk een statistisch-empirische vergelijking. Deze praktijk blijkt echter niet eenduidig te zijn. Dit vloeit voort uit het feit dat een onwaarschijnlijke verdeling zowel het gevolg kan zijn van een selectiecriterium waarvan op voorhand logisch te beredeneren valt dat het niet werkelijk geslachtsneutraal is, als van de oneigenlijke wijze van toepassing van een werkelijk geslachtsneutraal criterium. Het laatste valt niet te beredeneren, het is uitsluitend empirisch vast te stellen.

Een voorbeeld van het eerste zijn alle criteria die een volledige participatie op de arbeidsmarkt vooronderstellen zoals voltijdwerken en kostwinnerschap. Aangezien het emancipatiebeleid juist ontwikkeld is omdat vrouwen in veel mindere mate op de arbeidsmarkt participeren en gelijke behandelingsrecht hier verbetering in moet brengen, is te beredeneren dat vrouwen op voorhand al in mindere mate aan deze criteria kunnen voldoen. In de rechtspraktijk valt te constateren dat bepaalde rechters het nadelig effect van indirecte discriminerende criteria inderdaad door middel van een abstracte vergelijking vaststellen, andere daarentegen niet, zoals boven duidelijk werd. De Kantonrechter Zaandam beredeneert bijvoorbeeld dat het criterium 'laatstgenoten salaris' bij inschaling een sekseonderscheidend effect heeft omdat met name vrouwen vanwege het krijgen en zorgen voor kinderen het arbeidsproces tijdelijk zullen verlaten, waardoor ze bij terugkomst slechts op een verouderd laatste salaris

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Idem.

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

kunnen wijzen.⁴⁷ De Centrale Raad van Beroep beredeneert zonder empirische gegevens dat er meer mannen dan vrouwen op de arbeidsmarkt participeren en derhalve meer mannen dan vrouwen een arbeidsongeschiktheidsuitkering zullen genieten.⁴⁸ De Rechtbank Utrecht oordeelt zonder statistisch bewijs dat bevoordeling van een in casu mannelijke oproepkracht geen nadelig effect voor vrouwen heeft, omdat vooral vrouwen als oproepkracht werken.⁴⁹

Ook het EG-Hof beredeneert dat het deeltijd criterium met name vrouwen benadeelt vanwege hun rol in de huishouding en opvoeding.⁵⁰ Dit kan echter nog verklaarbaar zijn omdat het Hof in de procedure ex artikel 119 EEG-Verdrag slechts rechtsvragen beantwoordt en het eventuele empirisch bewijs van deze stelling aan de nationale instanties kan laten. In dit verband moet echter op een overweging uit het *Danfoss*-arrest gewezen worden.⁵¹ Het Hof verbindt hier een verschillende juridische beoordeling aan een criterium dat logisch beredeneerd wel of logisch beredeneerd niet tot sekseonderscheid leidt.

In casu moest het Hof beoordelen of het criterium 'flexibiliteit' in een beloningsregeling indirect discriminerend is. Het Hof maakt hierin een onderscheid in de toe te kennen betekenis aan flexibiliteit. In de betekenis van een kwaliteit van arbeid is het criterium, volgens het Hof, volkomen geslachtsneutraal. Indien dit criterium, zo vervolgt het Hof, stelselmatige benadeling van vrouwen tot gevolg heeft, kan dit alleen toegeschreven worden aan het oneigenlijk gebruik daarvan, omdat niet aangenomen kan worden dat de arbeid van vrouwen in algemene zin van mindere kwaliteit is. De werkgever kan het aldus uitgelegde flexibiliteitscriterium dan ook niet rechtvaardigen.⁵² Hierna stelt het Hof dat dit anders is als flexibiliteit de betekenis heeft van het vermogen tot aanpassing aan variabele werktijden en arbeidsplaatsen. Dit is geen volkomen geslachtsneutraal criterium omdat het in het nadeel kan werken van vrouwelijke werknemers, die vanwege de veelal op hen rustende huishoudelijke taken en gezinsverplichtingen hun werktijden minder makkelijk kunnen aanpassen dan mannelijke werknemers.⁵³ De werkgever kan de toepassing van een dergelijke flexibiliteit rechtvaardigen door aan te tonen dat die eigenschap van belang is voor de uitvoering van de aan de werknemer opgedragen specifieke werkzaamheden.⁵⁴

47 Kantongerecht Zaandam 19 juli 1984, RVR 79.

48 CRvB 23 mei 1991, RSV 1991, 255, zie ook NJCM-Bulletin 16-7 (1991), pp. 648-651.

49 Rb. Utrecht 3 maart 1993, JAR 1993, 91.

50 Bijv. EG-Hof 170/84 *Bilka*, JUR 1986, 1607, r.o. 29. Hierover ook Ellis 1994, p. 75.

51 EG-Hof 109/88, JUR 1989, 3199.

52 R.o. 20.

53 R.o. 21.

54 R.o. 22.

Hoofdstuk 11

Deze overwegingen zijn om twee redenen interessant. Ten eerste omdat het Hof onderscheidt of het discriminerende effect resulteert uit de niet-geslachtsneutrale betekenis van het criterium zelf, of uit de uitvoeringspraktijk van een op zich wel geslachtsneutraal criterium. Het laatste is niet te rechtvaardigen aldus het Hof. Het tweede aspect is, dat het Hof de niet-geslachtsneutrale betekenis van ‘het aanpassingsvermogen aan variabele werktijden’ vaststelt op grond van een ‘argumentele’ vergelijking van de positie van mannen en vrouwen. Op grond van een argumentele logica wordt eveneens afgeleid dat flexibiliteit in de betekenis van een kwaliteit van arbeid wel volkomen geslachtsneutraal is. Dit argumenteel vastgestelde verschil tussen geslachtsneutrale en niet-geslachtsneutrale criteria heeft belangrijke rechtsgevolgen. De toepassing van het in zichzelf niet-geslachtsneutrale criterium kan onder omstandigheden objectief gerechtvaardigd zijn. Toepassing van een volkomen geslachtsneutraal criterium dat tot een empirisch-statistisch vastgesteld verschil leidt, wijst een direct oorzakelijk verband uit tussen sekse en de uitvoeringspraktijk en kan niet gerechtvaardigd worden.

Het Hof gebruikt geen cijfers om het nadelig effect van flexibiliteit in de zin van het vermogen tot aanpassing aan variabele tijden te beredeneren, maar er waren in dit geval wel cijfers voorhanden van de onevenredige uitkomst naar sekse van de toepassing van dit criterium. Mag een indirect discriminerend effect nu ook zuiver door juridisch abstracte vergelijking bewezen worden? Indien door redentie is vast te stellen, zoals het Hof doet, dat een criterium niet-geslachtsneutraal is, is dan door juridisch abstracte vergelijking het nadelig gevolg van de toepassing daarvan te bewijzen zoals ingeval van directe discriminatie? Of moet het tevens door statistisch bewijs aangetoond worden? Normalerweise lijkt dit overbodig. Als men al weet dat de knickers niet a-select getrokken zullen worden, dan is ook geen onafhankelijke uitkomst te verwachten. Problemen kunnen echter ontstaan wanneer de verhoudingen binnen de onderzoekspopulatie uitzonderlijk zijn ten opzichte van de verhoudingen op de arbeidsmarkt als geheel. De laatste verhoudingen vormen immers de impliciete premissen voor het logisch te beredeneren verband tussen arbeidseconomische criteria en sekse. Een afwijkend patroon van arbeid deed zich in de Nederlandse rechtspraktijk voor bij een uitzendbureau. Het merendeel van het uitzendwerk blijkt in deeltijd te worden verricht. Er zijn relatief niet meer vrouwelijke dan mannelijke deeltijders onder contract. In casu was de CGB van mening dat het indirect discriminerende resultaat van het criterium deeltijdwerken ook empirisch geleverd

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

moest worden, wat voor de gegeven onderzoekspolulatie niet mogelijk was. De klacht werd afgewezen.⁵⁵

Op de keper beschouwd is de juridische erkenning van een discriminatiegebeurtenis wanneer het toegepaste criterium logisch beredeneerd niet-geslachtsneutraal is, zo afhankelijk van het feit of de verhoudingen binnen de organisatie(afdeling) overeenstemmen met die op de arbeidsmarkt als geheel. Het doel van de WGB is gelijke kansen te scheppen voor mannen en vrouwen op de arbeidsmarkt als geheel. Voor het gelijk-loonbeginsel heeft het EG-Hof dit zelfs expliciet gesteld als doel van artikel 119 EEG-Verdrag, waar de WGB via de schakel van richtlijn 75/117/EEG uitvoering aan geeft.⁵⁶ Als het rechtssysteem volgens zijn eigen methode van logisch redeneren voldoende kan vaststellen dat een niet-geslachtsneutraal criterium wordt gebruikt door een actor op de arbeidsmarkt, dan volgt hier logischerwijs uit dat sprake is van ongelijke kansen binnen het arbeidseconomisch systeem. Of de concrete actor op dit arbeidsmarkteffect aangesproken mag worden, lijkt mij geen vraag naar het *feitelijk* bestaan van het sekseonderscheidend effect. Zolang vrouwen in overgrote mate in deeltijd werken en mannen niet, zal elk arbeidseconomisch besluit dat mogelijkheden onthoudt op grond van dit criterium, de kansen van vrouwen op de arbeidsmarkt verkleinen. Dit lijkt mij een relevante feitelijkheid gezien het doel van de wet. De vraag die centraal zou moeten staan, wanneer een besluit de kansen van vrouwen op de arbeidsmarkt vermindert maar binnen de context van de aangesproken organisatie de kansen van vrouwen én mannen vermindert, is mijns inziens die van aansprakelijkheid. Indien de betreffende organisatie zijn handelen verklaard door bijvoorbeeld op het bijzondere karakter van het uitzendwerk te wijzen, dan is er wel sprake van verboden sekseonderscheid op de arbeidsmarkt, maar zou nader beoordeeld moeten worden of deze organisatie daarvoor ook aansprakelijk mag worden gehouden.

Mijn conclusie zou zijn dat het rechtssysteem de *waarneming* van zijn systeem-omgeving met behulp van een niet-systeemeigen methode, zoals de statistische logica, uit functionaliteitsoverwegingen zoveel mogelijk moet beperken. Statistiek moet alleen gebruikt worden in situaties die niet rechtstreeks juridisch te analyseren zijn. Beter zou nog zijn de wettelijke normstellingen zodanig te specificeren dat bij voorbaat juridische analyse mogelijk is van de relevante feiten. Zolang dat niet het geval is, is statistiek onmisbaar. Ten eerste omdat alleen door statistische methoden een oorzakelijk verband tussen sekse en het oneigenlijk gebruik van een beredeneerd

55 CGB 26 januari 1993, oordeel 429-93-06 inzake Randstad. Overigens wordt in sommige andere oordelen het indirect onderscheidend effect van bepaalde (inschalings-)criteria wel weer abstract-logisch afgeleid, bijvoorbeeld CGB 2 december 1992, oordeel 348-92-61/e.v., OB 1992, 274.

56 EG-Hof 43/75 *Defrenne II*, JUR 1976, 455 op 473.

Hoofdstuk 11

volkomen geslachtsneutraal criterium is vast te stellen. Ten tweede kunnen empirische arbeidsmarktgegevens van nut zijn om het oorzakelijk verband tussen sekse en een beredeneerd niet-geslachtsneutraal criterium te controleren. Dergelijke redeneringen berusten immers op premissen over de bestaande arbeidsmarktverhoudingen. Momenteel lijken mij de premissen van de gevolgtrekking dat deeltijdwerken en kostwinnerschap niet-geslachtsneutrale criteria vormen op de arbeidsmarkt, voldoende zeker.⁵⁷ Wel zal de (mate van) aansprakelijkheid van een werkgever voor het gebruik van beredeneerde niet-geslachtsneutrale criteria nader juridisch vastgesteld moeten worden, mochten de verhoudingen binnen de eigen onderneming aanzienlijk afwijken van de arbeidsmarktverhoudingen.

3.2 Bijzondere juridische perceptie van loonbeslissingen

Het juridische verbod op onderscheid op grond van sekse veronderstelt juridische informatie over arbeidsbesluiten en de uitleg daarvan op basis van een vergelijkingsmethode. In sommige gevallen, zoals bij het directe sekseonderscheid dat uit de maatregel zelf is op te maken en soms ook bij het indirecte sekseonderscheid dat uit de maatregel zelf is op te maken, wordt het onderscheidende effect van deze maatregelen door een abstracte vergelijking vastgesteld. In andere gevallen wordt een empirische vergelijking getrokken. Het gevonden getalsmatige ongelijke verdelingsresultaat van de toepassing van een maatregel onder mannen en vrouwen, vormt een prima facie bewijs van het indirecte verband tussen de maatregel en sekse.

3.2.1 *Paarsgewijze vergelijking van loon*

Naast deze algemene methode voor de perceptie van een onderscheid geeft de wet ook een bijzondere methode die alleen op loon van toepassing is. Zoals boven al duidelijk is geworden, sluit de bijzondere methode het gebruik van de algemene methode niet uit.

Artikel 7 WGB stelt dat voor de toepassing van het algemene verbod op sekseonderscheid met betrekking tot loon, een vergelijking moet worden gemaakt met het loon dat in de onderneming waar de betrokken werknemer werkzaam is, door een werknemer van het andere geslacht voor arbeid van gelijke waarde, of bij gebrek daarvan, voor arbeid van nagenoeg gelijke waarde, pleegt te worden ontvangen. De wet schrijft hier aldus een paarsgewijze vergelijking van het loon voor van een mannelijke en vrouwelijke werknemer uit dezelfde onderneming, die arbeid van (nagenoeg) gelijke waarde verrichten. Deze paarsgewijze vergelijking

57 Vgl. Y. Konijn 1987; Evenhuis 1991, pp. 39-45; annotatie van Staal onder RN 1992, 233.

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

wordt niet voorgeschreven door richtlijn 75/117/EEG inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning. Onder dit beginsel wordt verstaan het afschaffen van ieder sekseonderscheid ten aanzien van alle voorwaarden en elementen van beloning voor gelijke arbeid of arbeid van gelijke waarde (artikel 1). Artikel 2 verplicht tot het scheppen van een actie voor benadeelden om de rechten die de richtlijn schept in rechte geldend te kunnen maken en artikel 6 verplicht de Lid-Staten tot de nodige maatregelen om het beginsel te waarborgen. Uit de uitleg van artikel 119 EEG-Verdrag door het EG-Hof blijkt, dat afhankelijk van omstandigheden soms een abstracte loonvergelijking wordt getrokken,⁵⁸ soms een empirische loonvergelijking van groepen⁵⁹ en soms een empirische loonvergelijking van paren.⁶⁰ Abstract-logische vergelijking vindt plaats bij een zichtbaar direct onderscheidend beloningscriterium en soms ook bij een zichtbaar indirect onderscheidend beloningscriterium. Elke paarsgewijze vergelijking van lonen moet op grond van artikel 119 EEG-Verdrag, dat wil zeggen zonder beroep op nationale uitvoeringsbepalingen, in ieder geval empirisch zijn. Op artikel 119 EEG-Verdrag is door de nationale justitiabele uitsluitend rechtstreeks beroep te doen, aldus het EG-Hof, voorzover het feitelijke discriminaties betreft die door de rechter via zuivere juridische analyse zijn vast te stellen.⁶¹ Hieruit volgt, aldus het Hof, dat paarsgewijze vergelijkingen bij een direct beroep op artikel 119 beperkt moeten blijven tot de concrete beoordeling van het werk dat daadwerkelijk verricht wordt binnen dezelfde inrichting of dienst.⁶²

Gezien het feit dat verdragsartikelen veelal zodanig zijn geformuleerd dat zij uitvoering vereisen door de nationale Staten, is het niet uitzonderlijk dat het EG-Hof de rechtstreekse werking van artikel 119 EEG-Verdrag onder meer laat afhangen van de onvoorwaardelijkheid en voldoende nauwkeurigheid van de norm. Interessant in deze is dat ten aanzien van discriminatie op de arbeidsmarkt het Hof blijkbaar van mening is dat niet alle vormen door zuivere juridische analyse vaststelbaar zijn. De niet zuiver juridisch kenbare discriminaties noemt het Hof 'verkapte' discriminaties. Dat is een enigszins verwarrende term omdat dit ten onrechte doet denken aan indirecte discriminatie.⁶³ Door het statistische verschil als prima facie bewijs te erkennen en de bewijslast om te keren, is echter ook het indirecte onderscheid zuiver juridisch te analyseren. Verkapte discriminaties vergen daarentegen, aldus het Hof, nadere beoordelingscriteria waarvoor de tussenkomst van passende communautaire

58 Bijv. EG-Hof 262/88 *Barber*, JUR 1990, I-1889.

59 EG-Hof 109/88 *Danfoss*, JUR 1989, 3199.

60 EG-Hof 129/79 *Macarthys*, JUR 1980, 1275.

61 EG-Hof 43/75 *Defrenne II*, JUR 1976, 455.

62 EG-Hof 129/79, JUR 1980, 1275 op 1289.

63 De weergave in Kapteyn en Verloren van Themaat 1989, p. 624 is in deze zin onjuist.

Hoofdstuk 11

of nationale maatregelen vereist is.⁶⁴ Na de introductie van het statistische bewijs is de indruk ontstaan dat de term verkapte discriminatie overbodig is geworden, omdat nu alle vormen van discriminatie zuiver juridisch analyseerbaar zijn. In het vervolg van het hoofdstuk zal worden beoordeeld of deze stelling juist is.

Overigens bestaat er geen twijfel over dat ook de verkapte discriminaties, of een duidelijkere term is wellicht juridisch ondoorzichtige discriminaties, door het juridische verbod op discriminatie worden gedekt. In het Defrenne II-arrest waarin de term is geïntroduceerd, stelt het Hof:

“De volledige verwezenlijking van de doelstelling van artikel 119, niet slechts in afzonderlijke ondernemingen maar ook in gehele bedrijfstakken en zelfs in de economie in het algemeen, kan in bepaalde gevallen de vaststelling van criteria inhouden waarvoor de tussenkomst van passende communautaire en nationale maatregelen is vereist.”⁶⁵

Richtlijn 75/117/EEG verplicht tot de volledige verwezenlijking van het gelijkebeloningsbeginsel. Behalve de paarsgewijze vergelijkingsmethode van artikel 7 WGB kent de WGB geen nadere criteria om juridisch ondoorzichtige loondiscriminaties vast te stellen. Wat voor discriminaties dit kunnen zijn, geeft Advocaat-Generaal Trabucchi aan in zijn conclusie bij Defrenne II: “(D)iscriminatie als gevolg van de opbouw van lonen, als gevolg van werkclassificatie, functieomschrijving en de bijzondere kenmerken van het werk in bepaalde sectoren.”⁶⁶ Het Hof zelf stelt in *Macarthys*:

“(...) verkapte discriminaties (kunnen) slechts worden geconstateerd door middel van vergelijkende studies van gehele bedrijfstakken (...), waarvoor derhalve eerst beoordelingscriteria moeten worden opgesteld.”⁶⁷

In de Nederlandse wetgeving ontbreken dergelijke criteria. Indien het indirecte discriminatiebegrip niet ook de verkapte discriminaties zou dekken, betekent dat dat richtlijn 75/117 niet in zijn volle omvang gewaarborgd wordt. Ook dit zal moeten blijken uit het verdere onderzoek.

De Nederlandse vergelijkingsmethode beperkt zich tot dezelfde onderneming. In ieder geval de ‘cross-industrial’-discriminatie, bijvoorbeeld door het lager belonen van de marktsectoren waar veel vrouwen werken, is zo juridisch onherkenbaar en kan daardoor niet doeltreffend bestreden worden. De beperking van een loonvergelijking tot één onderneming is pas bij de herziening van de WGB in 1989 ingevoerd.

64 EG-Hof 43/75, JUR 1976, 455 op 473; EG-Hof 129/79, JUR 1980, 1275 op 1289.

65 EG-Hof 43/75 *Defrenne II*, JUR 1976, 455 op 473.

66 JUR 1976, 455 op 492.

67 EG-Hof 129/79, JUR 1980, 1275 op 1289.

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

Daarvoor was het vergelijken met andere ondernemingen wèl mogelijk, maar in het feit dat hiervan geen gebruik werd gemaakt, zag de regering reden deze te schrappen.⁶⁸ Niet uit te sluiten is echter dat geen gebruik is gemaakt van de cross-industriële vergelijking bij gebrek aan nadere juridische beoordelingscriteria.

3.2.2 Juridische perceptie van gelijk loon

Wanneer een empirische vergelijking is gemaakt van het loon van twee werknemers die arbeid van gelijke waarde verrichten, definieert de wet wanneer dit loon juridisch moet worden uitgelegd als gelijk of ongelijk. Het loon wordt geacht gelijk te zijn indien het is berekend op grondslag van gelijkwaardige maatstaven (artikel 9, eerste lid, WGB). Is het loon ongelijk, dan volgt uit het systeem van de wet dat hiermee het algemeen verbod op sekseonderscheid is geschonden (artikel 1a WGB, 7a:1637ij, eerste lid, BW).⁶⁹ De ‘loonparagraaf’ geeft alleen de juridische methode voor de vaststelling van een overtreding van het algemeen verbod op sekseonderscheid ingeval van loonbeslissingen. Dat roept nog wel de vraag op of, indien uit de paarsgewijze vergelijking volgt dat het loon ongelijk is, dit direct of indirect onderscheid betreft. Dat is van belang omdat het indirecte onderscheid niet zonder meer door de wet verboden is, namelijk alleen als het niet objectief gerechtvaardigd is.

De Hoge Raad legt in het *KLM-arrest* de wet zodanig uit dat artikel 9, eerste lid slechts in andere bewoordingen het algemene verbod op direct of indirect onderscheid op grond van sekse in de beloning tot uitdrukking brengt en dan ook ruimte biedt voor eenzelfde benadering.⁷⁰ Dat betekent dat beloningsmaatstaven gelijkwaardig zijn indien ze niet direct onderscheiden naar sekse tenzij er sprake is van een uitzondering in de wet, of niet indirect onderscheiden naar sekse tenzij kan worden aangetoond dat daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat.

Ook de CGB legt de wet zodanig uit.⁷¹ De omkering van de bewijslast na een prima facie bewijs van indirect onderscheid trekt de CGB daarbij eveneens door. Dat houdt in dat als de paarsgewijze vergelijking een verschillend loonresultaat laat zien, de werkgever moet aantonen dat de beloning op grond van gelijkwaardige maatstaven heeft plaatsgevonden.⁷² Strikt genomen, biedt de Nederlandse bijzondere vergelijkingsmethode van artikel 7 en 9 WGB niet evenveel ruimte voor eenzelfde

68 TK 1986–1987, 19 908, nr. 3, p. 22.

69 TK 1986–1987, 19 908, nr. 3, p. 22.

70 HR 24 april 1992 Bouma v. KLM, RvdW 1992, 123, zie ook RN 1992, 255, m.n. AV.

71 Bijvoorbeeld CGB 10 april 1990, oordeel 3085-90-12, OB 1989/1990, p. 72.

72 CGB 10 april 1990 oordeel 3085-90-12, OB 1989/90, 72; CGB 30 juli 1990 oordeel 338-91-48, OB 1991, 240; CGB 14 januari 1993, oordeel 342-93-03.

Hoofdstuk 11

benadering in de omkering van bewijslast, als op grond van het algemene verbod. Het EG-Hof staat omkering van de bewijslast toe indien blijkt dat een beloningscriterium een aanzienlijk groter percentage vrouwen dan mannen treft, of ingeval van een ondoorzichtig beloningsbeleid er een gemiddeld loonverschil bestaat tussen mannen en vrouwen onder een aanzienlijk aantal loontrekkenden.⁷³ Bij de CGB volstaat een loonverschil tussen tussen één man en één vrouw die arbeid van gelijke waarde verrichten. In de RIAGG-zaak paste de CGB deze uitleg toe waarop tot schending van de wet werd geoordeeld omdat de werkgever het loonverschil tussen een mannelijke en vrouwelijk teamsecretaresse niet kon verklaren door de gehanteerde beloningscriteria.⁷⁴ Dit houdt in dat de CGB strijd met de wet constateert, wanneer beloningscriteria op zichzelf al niet inzichtelijk zijn of willekeurig worden toegepast.⁷⁵

In twee instanties verwerpt de civiele rechter het CGB-oordeel in de RIAGG-zaak op grond van het feit dat uit niets blijkt dat het loonverschil van doen heeft met het geslacht van betrokkenen, terwijl ook niet is gesteld of gebleken dat de toegepaste criteria in het algemeen ongunstiger uitpakken voor vrouwen dan voor mannen.⁷⁶ De eiseres moet aldus aantonen dat het gevonden loonverschil *causaal* verband houdt met sekse. Het is niet de werkgever die het loonverschil moeten kunnen verklaren door factoren die niets met sekse van doen hebben. Voor indirect onderscheid moet de eiseres een prima facie bewijs geven waaruit blijkt dat de gehanteerde criteria aanzienlijk meer vrouwen dan mannen treffen, aldus de rechter.

Bij de bovenstaande interpretatie door de rechter doet zich de vraag voor wat de zin is van van de bijzondere vergelijkingsmethode voor loonresultaten. Immers, als de eiser moet bewijzen dat de beloningscriteria direct onderscheiden naar sekse, dan wel dat de criteria een aanzienlijk groter percentage vrouwen dan mannen treffen, dan voegt de in artikel 7 voorgeschreven paarsgewijze vergelijking van het loonresultaat niets toe aan de algemene vergelijkingsmethode voor direct en indirect sekseonderscheid. Zo kan men mogelijk ook de KLM-uitspraak van de HR begrijpen, waar gesteld wordt dat het stelsel van de ingetrokken Wet gelijk loon, later geïntegreerd in de gewijzigde WGB, dezelfde strekking heeft als het stelsel van de WGB.⁷⁷ Onbegrijpelijk is dan echter dat de wetgever voor beloningsdiscriminatie ten eerste een specifieke vergelijkingsmethode ontwerpt, en bovendien een methode ontwerpt die ten opzichte van de algemene methode een extra drempel opwerpt. Op grond van artikel 7 moet de eiser(es), behalve aantonen dat de beloningsmaat-

73 EG-Hof 109/88 *Danfoss*, JUR 1989, 3199.

74 CGB 10 april 1990, oordeel 3085-90-12, OB 1989/1990, p. 72

75 Onder andere CGB 14 januari 1993, oordeel 342-93-03; CGB 29 april 1994, oordeel 532-94-27.

76 Ktr. Utrecht 17 oktober 1991 en Rb. Utrecht 3 maart 1993, JAR 1993, 91.

77 HR 24 april 1992, RN 1992, 255, r.o. 3.3.

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

staven direct of indirect naar sekse onderscheiden, wat voor artikel 1a voldoende is, ook aantonen dat het verrichtte werk daarbij van gelijke of nagenoeg gelijke waarde is.

In de *Enderby*-zaak legt de Engelse rechter het EG-Hof de prejudiciële vraag voor of artikel 119 inhoudt dat het aan de werkgever is een geconstateerd loonverschil tussen functie A en B objectief te rechtvaardigen, aangenomen dat deze van gelijke waarde zijn. Er doet zich echter een bijzonderheid voor omdat functie A voornamelijk door vrouwen en functies B voornamelijk door mannen wordt uitgeoefend. Advocaat-Generaal Lenz geeft een uitgebreide visie op de bewijslast ingeval van direct en indirect loononderscheid.⁷⁸ De AG merkt op dat het bewijzen van een direct oorzakelijk verband tussen sekse en lager loon in bepaalde gevallen niet mogelijk is, namelijk wanneer sekse als criterium niet expliciet geformuleerd is. Dat kan bijvoorbeeld door 'vrouwenarbeid' in een aparte lager beloonde functiegroep te plaatsen dan gelijkwaardige 'mannenarbeid'. Om dit tegen te gaan, is juist de test van gelijkwaardig werk naast hetzelfde werk opgenomen in richtlijn 75/117/EEG, aldus AG Lenz. Mede op grond van de teleologische benadering door het EG-Hof waarbij de uitleg van bepalingen de effectuering van hun doel niet onmogelijk moet maken, meent de AG dat wanneer aan de objectieve elementen van beloningsdiscriminatie, dat wil zeggen ongelijk loon voor gelijkwaardig werk, is voldaan, een vermoeden van sekseonderscheid moet worden aangenomen.⁷⁹ Deze interpretatie komt overeen met die van de CGB. Een vermoeden van indirect onderscheid ontstaat als tussen representatieve groepen van werknemers een nadeel kan worden aangetoond, aldus de AG. In geval van de *Enderby*-casus is zowel het vermoeden van direct als indirect onderscheid mogelijk. Er is immers sprake van ongelijk loon voor twee gelijkwaardige functies, maar omdat de ene functie door voornamelijk vrouwen en de andere door voornamelijk mannen wordt bezet, is ook aantoonbaar dat de indeling naar twee verschillende functiegroepen met name vrouwen benadeeld.

Het Hof beperkt zich tot de onderliggende feiten en oordeelt dat wanneer significante statistische gegevens een aanmerkelijk verschil aantonen in de beloning van twee functies van gelijke waarde, waarvan de één door voornamelijk vrouwen en de ander door voornamelijk mannen wordt uitgeoefend, de werkgever moet bewijzen dat het verschil op objectieve factoren berust.⁸⁰ Dit houdt tevens in, waarmee het Hof een tweede vraag beantwoordt, dat voorzover de rechter kan vaststellen dat een objectieve factor een bepaald deel van het verschil verklaart,

78 Conclusie 14 juli 1993 inzake 127/92, JUR 1993, I-5535.

79 Conclusie 14 juli 1993, overwegingen 19-26.

80 EG-Hof 127/92 *Enderby v Frenchay Health Authority*, JUR 1993, I-5535 ook opgenomen in RN 1993, 354.

Hoofdstuk 11

alleen dit deel gerechtvaardigd kan zijn. Kan de rechter dit niet vaststellen, dan moet beoordeeld worden of de aangevoerde factor voldoende significant is om het verschil deels of geheel te verklaren.⁸¹ Op de vraag of een ongelijk loon voor twee gelijkwaardige functies op zichzelf al een vermoeden van discriminatie geeft, zoals de CGB meent, komt vooralsnog dus geen antwoord.

3.2.3 Juridische perceptie van arbeid van gelijke waarde

Artikel 119 en de eerste richtlijn verplichten de nationale rechter tot juridisch onderzoek naar de waarde van de arbeid wanneer een werknemer stelt dat zijn werk dezelfde waarde heeft.⁸² Dit houdt in, aldus het Hof, dat de richtlijn verplicht tot de aanwijzing van een bevoegde nationale instantie die een bindend oordeel over de waarde van functies moet kunnen geven.⁸³

In de arbeidspraktijk bestaan systemen voor de waardering van functies. In Nederland valt de helft van alle werknemers onder een regiem van een functiewaarderingsstelsel.⁸⁴ Artikel 1 van richtlijn 75/117/EEG verbiedt tevens seksdiscriminatie in systemen voor functiewaardering. Dit betekent echter niet dat de rechter de waarde van functies niet mag beoordelen wanneer de onderneming een dergelijk systeem niet toepast.⁸⁵ Het Verenigd Koninkrijk was de mening toegedaan dat het arbeidseconomisch proces van het waarderen van functies niet door juridische analyse en beoordeling uitgevoerd kan worden. Het EG-Hof verwierpt dit. Worden de functies door de rechter of een andere bevoegde instantie wel op basis van een functiewaarderingsstelsel gewaardeerd, dan stelt het EG-Hof hieraan in ieder geval de volgende eisen:

- 1 “De aard van de verrichte werkzaamheden moet op objectieve wijze in aanmerking zijn genomen”;
 - 2 “In elk concreet geval moet beoordeeld worden of het systeem *in zijn geheel* op passende wijze rekening houdt met alle voorkomende gezichtspunten van de verschillende werkzaamheden in de onderneming.”
- Voor de rechtvaardiging van een indirect onderscheidend functiewaarderingscriterium geldt:
- 3 “dat de te verrichte arbeid deze inspanning, gelet op de aard van de werkzaamheden, daadwerkelijk moet vergen en
 - 4 dat het systeem *in zijn geheel* niet mag discrimineren, wat vergt dat het zodanig is opgezet dat voorzover de aard van de betrokken werkzaamheden dat toelaat, functies

81 R.o. 27 en 28.

82 EG-Hof 61/81 *Commissie v. Verenigd Koninkrijk*, JUR 1982, 2601, r.o. 9.

83 EG-Hof 61/81, JUR 1982, 2601, r.o. 9.

84 LTD, *Functiewaardering in Nederland 1989*, Den Haag 1991.

85 EG-Hof 61/81, JUR 1982, 2601, r.o. 13.

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

waarvoor criteria gelden waarvoor vrouwen in het bijzonder geschikt kunnen zijn, als gelijkwaardig worden erkend.”⁸⁶

Artikel 8 WGB verplicht de arbeid te waarderen volgens een deugdelijk stelsel van functiewaardering waarbij zoveel mogelijk wordt aangesloten bij het stelsel dat gebruikelijk is in de onderneming. Bij gebrek aan een zodanig stelsel wordt naar billijkheid gewaardeerd. Wat een deugdelijk stelsel vormt, wordt onder invloed van de indirecte doorwerking van het gemeenschapsrecht mede ingevuld door de hier bovengenoemde eisen.

Tussen 1975 en 1994 is door de Nederlandse rechter in gelijk-loonzaken nimmer een toegepast functiewaarderingssysteem op seksneutraliteit onderzocht. Deels vloeit dit voort uit het feit dat het oordeel van de CGB over de waardering van de functies gevolgd wordt. Hoewel sinds de wijziging van de WGB in 1989 het oordeel van de CGB in loonzaken niet langer verplicht is, wordt dit tot nu toe wel altijd gevraagd. Dit is verklaarbaar omdat de CGB zich laat bijstaan door de ambtenaren van de Loontechnische Dienst die, nadat een verzoekster een ‘maatman’ heeft aangewezen, de inhoud en waarde van de betreffende functies aan zelfstandig onderzoek onderwerpen. De complexiteit van de functiewaarderingstechniek maakt dat niet van een individuele werknemer te verwachten valt deze technieken te beheersen. Bijna twintig jaar lang is echter ook door de CGB en haar voorgangers geen onderzoek gedaan naar de seksneutraliteit van het toegepaste functiewaarderingssysteem.⁸⁷ Toch is in alle zaken waar de waarde van de functies ter discussie stond een oordeel op grond van een functiewaarderingssysteem gegeven. Pas recentelijk stelt de CGB onder invloed van activiteiten van de EG-Commissie op dit terrein,⁸⁸ nadere eisen aan het gebruikte systeem.⁸⁹ Vooralsnog zijn dit geen eisen van seksneutraliteit.⁹⁰

86 EG-Hof 237/85 *Rummler*, JUR 1986, 2110, respectievelijk r.o. 13, 16, 17 en 15.

87 Vgl. de onderzoeken naar de CGB van Jaspers en Van Kleinwee 1985 en Blom 1994.

88 De EG-Commissie bereidt een memorandum voor over het onderwerp naar aanleiding van EG-Commission, Working document in connection with the memorandum on equal pay for work of equal value, 1993.

89 CGB 1 juni 1993, oordeel 437-93-20; CGB 9 juli 1993, oordeel 381-93-27, RN 1994, 368.

90 Vgl. bijv. CGB 29 april 1994, oordeel 532-94-27.

4 De ruis tussen de arbeidsbeslissing en haar juridische representatie

4.1 Onderzoeksmethode

In deze paragraaf wordt de verenigbaarheid onderzocht van selectiebesluiten in de arbeidsorganisatie en de wijze waarop deze juridisch gerepresenteerd worden. Deze representatie wordt bepaald door de in de vorige paragrafen besproken discriminatie-categorieën en vergelijkingsmethoden. In deze en de volgende paragraaf wordt onderzocht of de toepassing van deze juridische constructies op feitelijke selectiebeslissingen inderdaad zichtbaar maakt wat het wil zichtbaar maken, namelijk het maken van sekseonderscheid. Weliswaar kan een juridische representatie een selectie van informatie zijn, maar deze selectie moet wel synchroon blijven lopen aan de oorspronkelijke informatie. Het lijkt niet de bedoeling dat feitelijk sekseonderscheid gerepresenteerd wordt als seksegelijkheid of dat feitelijke seksegelijkheid gerepresenteerd wordt als sekseonderscheid.

Door het praktisch toepassen van het juridische instrumentarium op empirische selectie kan ten eerste duidelijk worden of de juridische waarneming voldoende toegesneden is op de aard van de informatie. Ten tweede kan duidelijk worden wat voor inspanning nodig is om volgens de huidige regels te kunnen vaststellen of er juridisch sprake is van sekseonderscheid. Hieruit is de haalbaarheid af te leiden voor individuele werknemers om hun rechten op basis van het bestaande recht geldend te maken.

Om het recht op empirische selectiebeslissingen te kunnen toepassen, is onderzoek gedaan binnen twee grote arbeidsorganisaties. De empirische gegevens zijn daarmee niet representatief voor de arbeidsmarkt als geheel. Het gaat er echter om dat als sekseonderscheid in praktijk voorkomt, het recht in alle gevallen in staat moet zijn dit te kunnen vaststellen. De benaderde organisaties zijn een organisatie uit de marktsector en een organisatie uit de overheidssector. De onderneming vormt een naamloze vennootschap gevestigd in Nederland. Het bedrijf maakt deel uit van een multinational die producten van technische aard en aanverwante diensten levert. De internationale holding zetelt in het buitenland. De Nederlandse onderneming vormt grotendeels een verkoop- en distributieorganisatie. Er werken ten tijde van het onderzoek ongeveer vijfduizend mensen waarvan 12% vrouwen. Ik noem het bedrijf verder Protech. De publieke arbeidsorganisatie vormt een departement van de centrale overheid. Het bedrijf levert als bestuurlijke organisatie binnen de rijksdienst gebruikelijke diensten als beleid, bestuur, wetgeving, inspectie, voorlichting, registratie en administratie op het eigen specifieke werkterrein. Er werken ten tijde van het onderzoek ongeveer achtduizend mensen waarvan 24% vrouwen. Ik noem de organisatie verder het ministerie van belangrijke zaken, of kortweg BeZa. Een

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

uitgebreide kennismaking met de beide organisaties volgt in het volgende hoofdstuk, waarin de motivatie door het recht van het organisatiehandelen aan bod komt. Hier volstaan de gegevens die de bedrijven aanleveren over de selectie van mannen en vrouwen voor promotie (BeZa) en de beloning van mannen en vrouwen (Protech).

In de onderstaande paragraaf gaat het over de promoties onder mannen en vrouwen bij het Ministerie. Selectie vindt plaats bij instroom, doorstroom en uitstroom. De doorstroom heeft het voordeel dat het aanbod van werknemers bekend is. Vanuit rechtswetenschappelijk oogpunt is dit selectieproces interessant omdat het vaak het minst geformaliseerd is. Het stelt daarmee het functioneren van het recht op de proef.

4.2 De juridische representatie van gelijke promotiekansen

4.2.1 *Het formele promotiebeleid van BeZa*⁹¹

Binnen het wettelijk kader van het Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR) zijn de ministeries zelf bevoegd en verantwoordelijk voor de personeelsvoorziening. Artikel 13 ARAR geeft de minister van Binnenlandse Zaken op grond van zijn coördinerende taak in de personeelsvoorziening de mogelijkheid voorschriften vast te stellen voor de loopbaanvorming. Dergelijke voorschriften zijn ten tijde van het onderzoek niet door de Minister vastgesteld, wel zijn er voorschriften voor werving en selectie.⁹² Hierin wordt bepaald dat de selectiecriteria door de aard en het niveau van de functie bepaald moeten worden. De criteria mogen niet onderscheiden naar geslacht. Wel kan 'een zekere positieve discriminatie verantwoord zijn wanneer beoogd wordt een ondervertegenwoordige of kwetsbare groep een grotere kans op aanstelling te geven'.

De departementale voorschriften van het onderzochte Ministerie bepalen dat vacatures intern bekend moeten worden gemaakt, tenzij een medewerker al op de vervulling van de functie is voorbereid in overleg met lijnchef en personeelsafdeling. Herplaatsers, dat wil zeggen zij die overtollig zijn geworden en waar het ARAR een inspanningsverplichting oplegt tot herplaatsing, hebben voorrang, daarna interne sollicitanten en daarna externe.⁹³ Het interne vacatureblad vermeldt dat de rijks-overheid meer vrouwen in dienst wil nemen. Bij gelijke geschiktheid gaat de voorkeur uit naar vrouwen.⁹⁴ Vanaf schaal 15 van het Bezoldigingsbesluit Burger-

91 De besproken regelingen gelden althans gedurende de onderzochte promotieperiode van december 1985 tot en met december 1988.

92 Besluit van de Minister van Binnenlandse Zaken van 14-10-85, no. AB85/U1833, Stcrt. 204.

93 Circulaire van de SG BeZa van 25 september 1979, M 79-46, inzake voorlopige regelgeving voor de personeelsvoorziening.

94 Schriftelijke mededeling personeelsfunctionaris centrale dienst d.d. 9 maart 1989.

Hoofdstuk 11

lijke Rijksambtenaren (BBRA 1984) bestaat een management development programma (MD) wat inhoudt dat kandidaten voor een hogere functie worden geselecteerd uit een vastgelegde lijst van potentiële kandidaten. De Secretaris-Generaal is hierin bevoegd en verantwoordelijk. Voor deze functies is de instelling van een benoemingsadviescommissie verplicht. De dienstleiding kan gemotiveerd afwijken van het benoemingsadvies.

Voor de personeelsvoorziening tot schaal 15 zijn de hoofden van dienst zelfstandig bevoegd en verantwoordelijk. Het onderzoek beperkt zich derhalve tot de personeelsvoorziening van één gedecentraliseerde dienst. Deze dienst hanteert de voorschriften die zijn opgenomen in het Handboek Personele Zaken. Het Handboek geeft geen bijzondere promotievoorschriften anders dan die voor werving en selectie. Voorkeursbeleid voor ondervertegenwoordigde of kwetsbare groepen of voorkeur voor vrouwen bij gelijke geschiktheid worden hierin niet genoemd. Promotie naar een hogere salarisschaal vindt plaats 'op de stoel' bij goed functioneren en door interne sollicitatieprocedures.⁹⁵ In beide beslist de chef van het onderdeel binnen de dienst, daarin geadviseerd door de afdeling personeelszaken van de dienst. Verantwoordelijk is het diensthoofd.

4.2.2 *De juridische representatie van onderscheid in promotie*⁹⁶

De formele promotievoorschriften geven geen blijk van direct of indirect discriminerende criteria. Integendeel, de departementale voorschriften, maar niet het Handboek Personele zaken, geven de mogelijkheid tot voorkeursbeleid. De promotieprocedure is echter niet zo verregaand geformaliseerd dat het proces van besluitvorming schriftelijk gedocumenteerd is. De gevolgen van de promotiebeslissingen blijken uit een schaalverschuiving. Volgens de rechtsvoorschriften mag een vermoeden van indirect sekseonderscheid blijken uit het feit dat een aanzienlijk groter percentage personen van één sekse wordt benadeeld door het promotiestelsel (zie § 3.1.2).

Bij de onderzochte dienst vertegenwoordigt het personeel op 31 december 1988 757,6 arbeidsjaren (= aantallen x werktijd).⁹⁷ Het aandeel van vrouwen hierin is 30 procent. De dienst kent achttien salarisschalen, waarvan de schalen 1 tot en met 4 de lage schalen vormen, de schalen 5 tot en met 10 de middenschalen en 11 tot

95 Schriftelijke mededeling van de personeelsfunctionaris van de te onderzoeken dienst d.d. 15 maart 1989.

96 Het hierna beschreven statistisch onderzoek is ontworpen en uitgevoerd door drs. Roel Wittink en eerder gepubliceerd in Wittink 1989a. De presentatie en conclusies hier zijn voor mijn verantwoording.

97 Alle navolgende cijfers zijn gegeneerd op basis van het geautomatiseerd personeelsbestand van de organisatie.

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

en met 18 de hoge schalen. Vrouwen zitten voornamelijk in de lage en middenschalen (85%), mannen zitten in de midden en hoge schalen (94%). Bezien we het aantal promoties in arbeidsjaren uit een schaal over 1988 gerelateerd aan het aantal werknemers in die schaal in arbeidsjaren op 31 december 1987, dan is het gemiddelde promotiepercentage in 1988 onder mannen 10,7% en onder vrouwen 11,1%. Een zeer licht voordeel voor vrouwen wijst op een min of meer seksneutraal beleid. In Danfoss neemt het EG-Hof met één meetmoment genoeg. Op grond van het huidige recht zou derhalve in casu geen vermoeden van sekseonderscheid aantoonbaar zijn.

Bezien we de promotiepercentages echter longitudinaal, dan blijkt in elk van de drie voorafgaande jaren het promotiepercentage voor vrouwen juist lager te liggen dan voor mannen (zie tabel 1). Het vereiste van meerdere meetmomenten in de tijd om een systematisch verband tussen sekse en een bepaald criterium of beleid aan te tonen, wordt tot nu toe niet gesteld in de communautaire of Nederlandse rechtspraktijk.

Tabel 1 De promotiepercentages van mannen en vrouwen in de jaren 1985–1988^{a)}

	1985	1986	1987	1988
mannen	21,9	26,1	15,6	10,7
vrouwen	14,5	22,0	14,5	11,1
totaal	19,6	24,8	15,3	10,8

a) zie bijlage I tabellen I.A en I.B

Kijken we, behalve naar de voorafgaande jaren, alleen over 1988 naar de verschillende functieniveaus, dan blijkt het volgende. Over 1988 is het promotiepercentage van vrouwen hoger dan van mannen. Voor zowel de lage en de middenschalen ligt het promotiepercentage van vrouwen echter onder dat van de mannen (zie tabel 2). In deze schalen zijn maar liefst 85% van alle vrouwen vertegenwoordigd. In de hoge schalen ligt het promotiepercentage voor vrouwen wel aanzienlijk hoger, maar bedacht moet worden dat het voor vrouwen in de hoge schalen om zeer kleine getallen gaat. Het promotiepercentage van vrouwen in de hoge schalen is gebaseerd op 4,4 promoties op 28,4 medewerkers (zie bijlage I, tabel I.E). Het procentuele promotieoverschot van vrouwen in de hoge schalen lijkt op het eerste gezicht weg te vallen tegen het overschot van mannen in de lage schalen. Ongewogen is het gemiddelde percentage voor vrouwen $(12,0 + 9,0 + 15,8)/3 = 12,3$ en voor mannen $(33,1 + 14,4 + 6,1)/3 = 17,9$. Bij het middelen van percentages van populaties van ongelijke omvang moet voor een correct beeld echter gewogen worden. Dat leidt

Hoofdstuk 11

tot een gewogen percentage van 11,1 voor de vrouwen en 10,7 voor de mannen. De hogere promotiepercentages van mannen in de lagere schalen hebben minder gewicht vanwege hun ondervertegenwoordiging in deze schalen. Het paradoxale effect is dat in twee van de drie schaalklassen vrouwen procentueel minder promotie maken dan mannen, terwijl voor de drie schaalklassen als geheel vrouwen procentueel meer promotie maken dan mannen.

Tabel 2 De promotiepercentages voor mannen en vrouwen in de lage, midden- en hoge schalen over 1988^{a)}

lage schalen		middenschalen		hoge schalen	
mannen	vrouwen	mannen	vrouwen	mannen	vrouwen
33,1	12,0	14,4	9,0	6,1	15,8

a) zie voor de berekening de tabellen in bijlage I

Het kan zelfs voorkomen dat in elke schaalklasse vrouwen procentueel minder promotie maken, maar voor alle klassen als geheel procentueel meer.⁹⁸ Dat doet zich met name voor als het algemene promotiepercentage afneemt naar mate de klasse hoger is, terwijl er sprake is van een sterke seksesegregatie over de klassen. Dit is over het algemeen het normale beeld op de arbeidsmarkt. Immers, het beperkter aantal topfuncties in organisaties laat minder promoties toe. Ook is het tot nu toe zo dat vrouwen niet evenredig verspreid zijn over de functieniveaus, maar voornamelijk in de lagere niveaus werkzaam zijn. Indien in de lagere schalen meer promoties worden uitgedeeld dan in de hogere en vrouwen zijn oververtegenwoordigd in de lagere, dan drukt het relatieve hoge promotiepercentage van vrouwen in de lage schalen, veroorzaakt door het feit dat het totale aantal promoties hier hoger ligt, het gewogen gemiddelde percentage omhoog. Voor de mannen drukt het lagere algemeen promotiepercentage in de hoge schalen waarin zij oververtegenwoordigd zijn, het gewogen gemiddelde van de mannen juist naar beneden.

Wordt overzien welke gegevens tot nu toe gepresenteerd zijn, dan is niet te verwachten dat een individueel rechtzoekende hier eenvoudig toegang tot heeft. De gepresenteerde gegevens waren niet zonder meer voorhanden, maar vergden speciale bewerkingen door de onderzoeker. Daartoe was toegang vereist tot het geautomatiseerd personeelsbestand van de dienst. Zelfs als men zonder meer de beschikking

⁹⁸ Zoals blijkt uit het onderzoek naar promoties bij een administratieve semi-overheidsorganisatie door Siegers, Timmerman en Wittink 1987, p. 24. Zie hierover ook Siegers e.a., SMA, 42e jrg. (1987), 10, p. 630.

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

zou kunnen krijgen over de gemiddelde promotiepercentages voor de dienst in 1988, blijkt dat dit volstrekt ontoereikend is. Het beeld wordt beduidend anders, wanneer de voorafgaande jaren ook gepresenteerd worden en als de percentages worden uitgesplitst naar functieniveau. Uit de bovenstaande gegevens is te concluderen dat het vergelijken van de gemiddelde promotiepercentages onder mannen en vrouwen voor de dienst als geheel een onzuivere methode impliceert.⁹⁹ Toch is dit volgens de huidige stand van het recht een gebruikelijke en geaccepteerde methode. Past men deze methode juridisch echter zo toe, dan is het geenszins uitgesloten dat de rechter een feitelijk voordeel voor vrouwen als gevolg van het gevoerde promotiebeleid voor de dienst als geheel vaststelt, terwijl er feitelijk sprake is van een feitelijk nadeel voor vrouwen als gevolg van het gevoerde promotiebeleid voor iedere groep van functieniveaus in de dienst afzonderlijk. Dit komt omdat in het eerst genoemde geval appels en peren, of in juridische termen, ongelijke gevallen, worden vergeleken. Er wordt geen rekening gehouden met het feit dat de algemene promotiegraad per functieniveau afneemt en dat dat de uitkomst vertekent omdat mannen en vrouwen niet gelijk over deze niveaus verdeeld zijn. Voor een correcte vergelijking moeten de gegevens op functieniveau vergeleken worden.

De hoogte van het functieniveau valt bij de overheid samen met de formatieschaal. Functies worden in dezelfde schaal ingedeeld wanneer deze een vergelijkbaar werken denkniveau vereisen.¹⁰⁰ Men mag stellen dat het man/vrouw-aanbod voor promotie over een jaar uit schaal x de man/vrouw-bezetting is in schaal x aan het begin van het jaar. Dit zal alleen anders zijn als de werkgever kan aantonen dat, ondanks dezelfde inschaling, de vrouwen als groep onvergelijkbare kwalificaties bezitten ten opzichte van de mannen als groep. In het licht van de beperkte rechtspraak vormt de bezetting in de schaal een stringente bepaling van gekwalificeerd aanbod. In de zogeheten Barlaeus-zaak wordt, overeenkomstig de lijn van de CGB,¹⁰¹ het gekwalificeerd aanbod voor een rectorfunctie gelijkgesteld aan de man-vrouwbezetting onder alle docenten in het voortgezet onderwijs.¹⁰²

De *verschillen* in promotiepercentages voor mannen en vrouwen per functieniveau in de jaren 1987 en 1988 zijn op grond van de bovenstaande methode berekend. Daarbij is het promotiepercentage per schaal van de mannen verminderd met het promotiepercentage van de vrouwen. Een positief getal duidt dus aan dat het promotiepercentage van mannen groter is dan dat voor de vrouwen, een negatief getal duidt op het omgekeerde. De eindcijfers zijn weergegeven in tabel 3.

99 Zie ook Wittink 1989b, pp. 730-731.

100 Artikel 5 Bezoldigingsbesluit burgerlijke rijksambtenaren 1984 (BBRA), Stbl. 571.

101 CGB 9 juli 1990, oordeel 56-90-33, OB 1989/90, 147.

102 Pr.Rb. Amsterdam 5 januari 1989, TAR 1989, 63 en RVR 1992, 72.

Hoofdstuk 11

Tabel 3 Het verschil in promotiepercentage tussen mannen en vrouwen per schaal in 1987 en in 1988^{a)}

schaal	1987	1988	schaal	1987	1988
1	-	-	10	-13,1	-5,6
2	-	-	11	0,7	-17,9
3	8,9	9,5	12	4,7	-1,0
4	-2,7	31,2	13	29,8	19,1
5	13,4	7,2	14	4,3	4,6
6	16,0	-8,9	15	3,3	0,0
7	16,5	17,5	16	6,2	0,0
8	12,8	18,7	17	0,0	0,0
9	-23,6	-12,7	18	-	-

a) zie bijlage I tabel II.C voor de promotieverschillen per schaal in de voorafgaande jaren

Het resultaat blijkt zeer wisselend. Wordt bijvoorbeeld naar schaal 6 in 1987 gekeken, dan is sprake van een procentueel verschil in promoties van 16% ten nadele van vrouwen. Hoewel juridisch gesproken het promotiebeleid over 1987 in schaal 6 leidt tot een aanzienlijk nadelig gevolg voor vrouwen, wat wijst op een vermoeden van sekseonderscheid, zou deze juridische conclusie willekeurig zijn. Dat blijkt als men de kleine aantallen in schaal 6 in beschouwing neemt. In schaal 6 zijn de mannen vertegenwoordigd door 12,8 arbeidsjaren en de vrouwen door 17,3 arbeidsjaren (bijlage II, tabel II.A en II.B). De populatie in schaal 6 is te klein om op grond daarvan een causaal verband tussen promotie en sekse ten nadele van vrouwen af te leiden. Dat geldt evengoed voor het voor mannen nadelig verschil van -8,9 in schaal 6 in het daarop volgende jaar 1988. Alleen op grond hiervan is ook juridisch niet af te leiden dat het promotiebeleid causaal verband houdt met sekse ten nadele van mannen.

Om een accuraat beeld te krijgen, moet op functieniveau gemeten worden, maar gezien de kleine getallen zou een sommering noodzakelijk zijn van niveaus en van jaren. Sommatie heeft ook als voordeel dat een beeld ontstaat van de niveaus waarin geen vergelijking mogelijk is omdat er of alleen vrouwen of alleen mannen zijn ingeschaald (zie tabellen in bijlage II). Het probleem ligt echter in de manier van sommeren. Het middelen van de promotiepercentages per functieniveau is, zo is hiervoor geconstateerd, geen zuivere methode. De promoties die te vergeven zijn

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

nemen af per niveau, wat verstoring werkt omdat de mannen en vrouwen niet gelijkmatig verdeeld zijn over de niveaus. Toch geven de rechtsvoorschriften aan dat een prima facie bewijs van sekseonderscheid uit een aanzienlijk percentage verschil tussen de seksen mag worden afgeleid. Voor het promotieproces althans is deze juridische representatie niet congruent aan het proces dat plaatsvindt. Het percentage verschil kent een vertekening en wijst derhalve noch op een vermoeden van sekseonderscheid noch op een vermoeden van seksegelijkheid.

4.2.3 Alternatieve methode¹⁰³

In de Verenigde Staten wordt door de Supreme Court sinds 1977 op grond van titel VII of de Civil Rights Act gebruik gemaakt van binomiale statistische testen om juridisch vast te stellen of een ogenschijnlijk neutraal arbeidsvereiste proportioneel meer leden van de minderheidsgroep dan van de meerderheidsgroep uitschakelt.¹⁰⁴ Indien een dergelijk prima facie bewijs komt vast te staan, is dit vereiste alleen te rechtvaardigen door een noodzakelijk bedrijfsbelang. Gezien de vergelijkbare juridische perceptie van onderscheid, kan de grote juridische ervaring in de VS met statistisch bewijs leerzaam zijn voor de Europese praktijk.

De binomiale test ligt ten grondslag aan het eerder geschetste knikkerexperiment (§ 3.1.3). Men vergelijkt de gevonden verdeling onder mannen en vrouwen met de waarschijnlijke verdeling zou sekse geen relevant criterium vormen. Is de daadwerkelijke verdeling zo ver verwijderd van de waarschijnlijke dat zij behoort tot de vijf procent meest onwaarschijnlijke uitkomsten van alle mogelijke uitkomsten, dan wordt het gevonden verschil naar sekse niet meer geacht door toeval verklaarbaar te zijn.¹⁰⁵ De percentage vergelijking in Europa is eveneens een uitdrukking van deze waarschijnlijkheidsrekening. Men verwacht immers dat de aantallen vrouwen en mannen die profiteren dan wel nadeel ondervinden van een maatregel evenredig zijn aan de aantallen vrouwen en mannen waarop de maatregel wordt toegepast. Overigens vinden we in de Nederlandse rechtspraak geen vaste grens voor de mate van afwijking die nodig is om toeval als oorzaak uit te sluiten van de gevonden verschillen naar sekse. In *Enderby* stelt het EG-Hof dat de nationale rechter een onderzoeksplicht heeft ten aanzien van de validiteit van het statistische bewijs. Deze

103 De gepresenteerde alternatieve statistische toets is uitgevoerd door drs. Roel Wittink en eerder gepubliceerd in Wittink 1989a. Presentatie en conclusies zijn voor mijn verantwoording.

104 *Casteneda v. Partida*, 430 US 482 (1977); *Hazelwood School District v. United States*, 97 US 2736 (1977).

105 *Idem*.

Hoofdstuk 11

onderzoeksplicht omvat onder andere de omvang van de populatie, het uitsluiten van korte-termijn effecten en de significantie van het verschil.¹⁰⁶

Dezelfde typen validiteitseisen hebben in de Amerikaanse rechtspraak aanleiding gegeven om te eisen dat de gevolgen naar sekse of ras van een selectiebeleid naar functiegroep worden gespecificeerd en over meerdere jaren aangetoond. Om dat te kunnen doen, moest naar sommatietesten gezocht worden vanwege de vaak kleine aantallen per functiegroep. Vanaf begin jaren tachtig wordt daarvoor steeds meer gebruik gemaakt van de zogenaamde Mantel-Haenszel test (M/H-test).¹⁰⁷ Deze test is ontworpen om het combineren van de resultaten van vergelijkingen binnen subgroepen mogelijk te maken. De M/H-test is gebaseerd op het waargenomen verschil tussen verwachte en werkelijke gebeurtenissen. Dit verschil wordt gedeeld door zijn standaardafwijking. De standaardafwijking is een maat voor de spreiding van een populatie rond zijn gemiddelde. Het resultaat van deze deling, de M/H-coëfficiënt, geeft aan hoe ver de gevonden uitkomst verwijderd ligt van de verwachte uitkomst.¹⁰⁸

Het verschil tussen de M/H-test en de gewone binomiale test is dat het de sommatie van kleine referentiegroepen toestaat. Dat is van belang omdat de promotieverdeling per functieniveau onder kleine populaties plaatsvindt.¹⁰⁹ Om sommatie mogelijk te maken, is de test gebaseerd op een hypergeometrische in plaats van een binomiale verdeling van gebeurtenissen zoals selecties en promoties. De binomiale verdeling veronderstelt, zoals in het knikkerexperiment, dat de getrokken knikker steeds wordt teruggelegd. De kans van een gebeurtenis wordt dan niet beïnvloed door de voorafgaande trekking. Wanneer niet wordt teruggelegd, is de kans dat een blauwe knikker wordt gepakt nadat daarvoor al een blauwe knikker is gepakt immers kleiner. De hypergeometrische verdeling geeft in dit geval een accuratere waarschijnlijkheid van de gebeurtenissen. Bij selectieprocessen op de arbeidsmarkt wordt uiteraard niet 'teruggelegd'. De binomiale verdeling is echter een betrouwbare benadering van de hypergeometrische wanneer de populatie veel groter is dan het aantal trekkingen. De kans neemt in dat geval door de trekking van één eenheid nauwelijks af. Bij bijvoorbeeld promoties op gelijk functieniveau is de populatie echter niet heel veel groter dan het aantal trekkingen. Hierdoor vormt

106 "Its for the national court to assess whether it may take into account those statistics, that is to say, whether they cover enough individuals, whether they illustrate purely fortuitous or short-term phenomena, and whether, in general, they appear to be significant" (EG-Hof 127/92 *Enderby*, JUR 1993, I-5535, r.o. 17).

107 Mantel en Haenszel 1959. Voor de toepassing op discriminatieprocessen: Baldus en Cole 1980, pp. 294-297.

108 Gastwirth 1984, pp. 75-86.

109 Gastwirth 1984, p. 81.

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

de hypergeometrische verdeling een scherpere weergave van de waarschijnlijkheid van gebeurtenissen.¹¹⁰

De M/H-test is toegepast op de promotieaantallen van vrouwen per functieschaal in de onderzochte dienst. De M/H-coëfficiënt is per schaal en per jaar te bepalen (bijlage III, tabel III). Hierna is sommatie mogelijk voor de lage schalen, de middenschalen, de hoge schalen en voor de dienst als geheel. Daarnaast zijn ook de jaren te sommeren (bijlage IV). Tabel 4 geeft het eindresultaat weer.

Tabel 4 De Mantel-Haenszelcoëfficiënt per schaal en groepen van schalen over de periode 1985 tot en met 1988^{a)}

schaal	M/H	schaal	M/H	schaal	M/H
1	0,0	7	-2,3*	13	-0,5
2	-	8	0,0	14	-0,3
3	-1,3	9	0,5	15	0,4
4	-3,3***	10	0,7	16	-
1-4	-2,7**	5-10	-2,5*	17	-
5	-2,9**	11	0,2	18	-
6	-2,5*	12	-0,7	11-18	-0,9

a) * significant op 5%-niveau; ** significant op 1%-niveau; *** significant op 0,1%-niveau

Indien de M/H-coëfficiënt kleiner is dan -1,96 is sprake van een zo afwijkende promotieverdeling ten nadele van vrouwen dat deze behoort tot de vijf procent of minder van alle mogelijke uitkomsten die niet meer door toeval worden geacht verklaarbaar te zijn. Is de coëfficiënt groter dan 1,96 dan is sprake een significant promotieverschil ten nadele van mannen.¹¹¹

De gegevens van tabel 4 tonen aan dat er significante verschillen zijn tussen de gevonden promotieverdeling en de verwachte promotieverdeling, zou sekse geen

110 Hierover Shoben 1978.

111 De M-H coëfficiënt deelt hierbij het aantal werkelijke promoties van vrouwen min het aantal verwachte promoties van vrouwen door zijn standaardafwijking. Een negatieve coëfficiënt wijst derhalve op minder promoties voor vrouwen dan verwacht. Een positieve coëfficiënt op meer promoties dan verwacht. De cijfers voor mannen hoeven niet berekend te worden omdat deze complementair zijn. Een promotie die niet naar een vrouw is gegaan is naar een man is gegaan. De mate waarin vrouwen minder promotie maken dan verwacht, is gelijk aan de mate waarin mannen in dezelfde schaal meer promotie maken dan verwacht.

Hoofdstuk 11

criterium zijn geweest. Er is op geen enkel niveau een significant nadeel voor mannen. Over de periode 1985–1988 is over de schalen 1 tot en met 18 sprake van een significant verschil op 0,1%-niveau van -3,8 ten nadele van vrouwen bij promotie (zie bijlage IV). Dat wil zeggen, dat de verdelingsuitkomst behoort tot de ééntiende procent van alle mogelijke gebeurtenissen die het meest onwaarschijnlijk zijn. Dit wordt met name veroorzaakt door het promotiebeleid in de lage schalen en de middenschalen en nog nauwkeuriger, door het promotiebeleid in de schalen 4 tot en met 7. Deze gegevens vormen mijns inziens een valide statistisch bewijs van sekseonderscheid dat binnen het rechtssysteem als juridisch *prima facie* bewijs mag gelden.

4.3 Koppeling van juridisch en statistisch bewijs

Zuivere juridische analyse van sekseonderscheid is in veel gevallen niet mogelijk. Het boven gevonden onderscheid bij promotie is niet uit schriftelijke maatregelen op te maken. Sekseonderscheid zal daarbij vaak geen bewust motief zijn. Een omkering van de bewijslast waarbij de werkgever moet aantonen dat de gestelde sekseneutrale criteria de promotiebeslissing kunnen dragen, kan alleen in bepaalde gevallen helpen. Rechterlijke controle is immers ook moeilijk als geselecteerd is op neutrale criteria als leidinggevende capaciteiten, integriteit, motivatie, betrouwbaarheid, creativiteit et cetera.¹¹² De vaagheid van deze gangbare personeelscriteria maakt het niet mogelijk de juistheid van de toepassing in het concrete geval te controleren. Bovendien zijn de toegepaste criteria niet altijd vastgelegd of ze worden gedurende de procedure bijgesteld. Het is daarmee niet ondenkbaar dat, indien het tot een rechtsprocedure komt, de werkgever de toegepaste criteria retrospectief invult.¹¹³

Dat zuivere juridische analyse van discriminatie niet altijd mogelijk is, wordt erkend door het EG-Hof. Het Hof introduceert in *Defrenne II* de ‘verkapte discriminatie’. Dit is discriminatie die niet zonder nadere uitvoeringscriteria juridisch kan worden vastgesteld. Hieraan komt het Hof deels tegemoet in *Jenkins* met een omkering van de bewijslast nadat aangetoond is dat een bepaald criterium met name vrouwen nadelig raakt. In *Danfoss* gaat het Hof nog een stap verder. Het blijkt dat in praktijk de gehanteerde criteria ondoorzichtig kunnen zijn. In dit geval staat het Hof toe dat een *prima facie* bewijs wordt geleverd door aan te tonen dat een niet nader gespeci-

112 Vgl. Van Vianen 1987; Veldman en Wittink 1991.

113 Illustratief is Ambtenarenrechter Haarlem 28 mei 1990, TAR 1990, 176. In deze zaak verklaart de werkgever het beloningsverschil doordat de maatman buiten eigen medeweten en met terugwerkende kracht gepromoveerd is naar een hogere functie.

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

ficeerd conglomeraat aan handelingen ('beleid' of 'stelsel') een naar sekse verschillend resultaat ten gevolge heeft. Deze ondoorzichtige discriminatie wordt als een bijzondere vorm van de indirecte discriminatie beschouwd. Feitelijk is dat echter niet juist. Het verschil tussen indirecte discriminatie en ondoorzichtige discriminatie is aanzienlijk en met name de juiste wijze waarop dit cijfermatig aangetoond moet worden, verschilt. Ik licht dit toe.

Het indirecte onderscheid ontstaat door de toepassing van een juridisch herkenbaar criterium dat in zichzelf niet verwijst naar sekse, maar waar op voorhand de ene sekse in meerdere mate aan kan voldoen dan de andere sekse. Dit laatste is eenvoudig te tellen. Men bepaalt de sekseratio onder diegenen die niet aan het criterium voldoen en relateert dit aan de sekseratio onder de populatie op wie het criterium wordt toegepast. Dit tellen levert overigens al problemen op binnen het rechtssysteem (zie § 3.1.3). Het ondoorzichtig onderscheid is van een ander karakter. De toegepaste criteria blijken juridisch onherkenbaar te zijn. Derhalve valt ook niet te tellen, in hoeverre de populaties mannen en vrouwen aan deze criteria kunnen voldoen. Wil men desalniettemin achterhalen of er een causaal verband bestaat tussen het selectieproces dat op grond van deze ondoorzichtige criteria heeft plaatsgehad en sekse, dan kan dat alleen nog maar door de *waarschijnlijkheid* van de gevonden verdeling te berekenen. Welke statistische test hiervoor geschikt is, hangt af van de omvang van de juiste referentiegroepen en het aantal trekkingen. Statistische kansberekening en tellen is derhalve niet hetzelfde. Toch schuiven de communautaire normen voor de vaststelling van ondoorzichtig onderscheid dit onder de methode voor de vaststelling van indirect onderscheid. Een algemeen procentueel nadeel voor vrouwen is echter niet toereikend om vast te stellen of selectie op ondoorzichtige criteria een significante relatie kent met sekse.¹¹⁴ Het is slechts toereikend als het procentueel nadeel voor bijvoorbeeld vrouwen een procentueel nadeel is om aan een helder en doorzichtig criterium te voldoen. De relatie tussen sekse en dit criterium is te analyseren. Een op grond van kansberekening vastgestelde relatie tussen selectie en sekse geeft geen inzicht in hoe deze relatie totstand is gekomen. Er is in het selectieproces 'wat mis gegaan', maar we weten aanstonds niet of dit inherent is aan de gebruikte criteria of aan de wijze van toepassing of niet-toepassing daarvan.

114 Het verbod op sekseonderscheid is daarmee strenger dan bijvoorbeeld het 'voorkeursbeleid'. Voorkeur is toegestaan ingeval van 'feitelijke ongelijkheden' (art. 5, eerste lid, WGB). Hiervan is reeds sprake bij een onevenredige verdeling naar sekse. Of discriminatie daarvan de oorzaak is geweest is niet relevant. Men heeft hier dus ook geen kansberekening nodig om tot een vermoedelijk *causaal* verband met sekse te komen. Zie verder: Burkens en Kummeling 1991, pp. 4-6; Mensink 1993.

Hoofdstuk 11

Kortom, de juridische constructie van het indirecte onderscheid mag niet op één lijn worden gesteld met de benodigde constructie van een ondoorzichtig onderscheid. Oftewel, het indirect discriminatiebegrip dekt onderscheid als gevolg van een vooraf bekend criterium dat niet volkomen sekseneutraal blijkt te zijn. Het dekt niet de zogeheten verkapte discriminatie, dat wil zeggen juridisch ondoorzichtige discriminatie waarbij de precieze selectiecriteria rechtens niet te controleren zijn.

De ondoorzichtige of verkapte discriminatie kan twee oorzaken hebben. Er kan sprake zijn geweest van de oneigenlijke toepassing naar sekse van volkomen geslachtsneutrale criteria of van de juiste toepassing van niet volkomen geslachtsneutrale criteria. In het laatste geval gaat het toch weer om indirect onderscheid, met dit verschil dat deze indirect onderscheidende criteria op voorhand juridisch onherkenbaar waren. De huidige rechtspraktijk waarin verkapte discriminatie onder indirecte discriminatie wordt geschoven, moet derhalve omgekeerd worden. Eerst moet de vraag gesteld worden of de discriminatie juridisch doorzichtig is of niet. Zowel de juridisch doorzichtige als de ondoorzichtige discriminatie kan immers zowel uit direct sekseonderscheid (toepassing van het criterium sekse of oneigenlijke toepassing naar sekse van volkomen geslachtsneutrale criteria) als uit indirect sekseonderscheid (juiste toepassing van niet volkomen geslachtsneutrale criteria) bestaan.

Wanneer de vraag naar doorzichtigheid is beantwoord, kan hierna ingeval van een doorzichtig criterium een rechtstreekse juridische analyse volgen van dit criterium. Bestaat het criterium uit 'sekse' zelf dan is sprake van direct onderscheid. Bestaat het criterium uit een niet volkomen sekseneutraal criterium omdat te beredeneren of te tellen is dat één van de seksen op voorhand in aanzienlijk mindere mate aan dit criterium kan voldoen, dan is sprake van indirect onderscheid. Juridisch moet nu nog beoordeeld worden of dit criterium gerechtvaardigd is. Zijn de criteria echter niet juridisch doorzichtig, dan kan geen rechtstreekse juridische analyse volgen. Eerst moet op grond van kansberekening statistisch worden bepaald of er een significante relatie bestaat tussen de gevonden verdelingsuitkomst en sekse. Wanneer dat het geval is, is het aan de werkgever de gebruikte criteria te identificeren. Om te bepalen of deze criteria daadwerkelijk zijn toegepast en niet alleen retrospectief zijn ingevuld, kan de werkgever gevraagd worden statistisch aan te tonen dat de gestelde criteria het gevonden sekseverschil zodanig verklaren dat het resterende verschil niet langer significant is.¹¹⁵ Dit betreft nog steeds de eerste

115 Deze bewijslastverdeling voor het aantonen van een prima facie bewijs van onderscheid past de US Supreme Court toe in bijvoorbeeld *McDonell-Douglas v. Green*, 41 US 792 (1983). Ook het EG-Hof vereist in *Enderby* dat de rechter, zo mogelijk, controleert of een objectieve factor het bewezen verschil deels of geheel verklaart (JUR 1993, I-5535, r.o. 27 en 28).

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

fase in het juridisch proces, namelijk het statistische bewijs. Het sluitend bewijs moet door juridische analyse vastgesteld worden. Kan de werkgever geen objectieve criteria aandragen die het gevonden sekseverschil voldoende verklaren, dan is door juridische analyse vast te stellen dat sekse het criterium is geweest. Kan de werkgever wel criteria aandragen die het verschil verklaren, dan verloopt het proces verder zoals bij doorzichtige discriminatie. De rechter zal moeten vaststellen dat de aangedragen criteria niet volkomen geslachtsneutrale criteria zijn. Dit kan niet anders omdat statistisch bewezen is dat het gevolg van de toepassing daarvan naar sekse onderscheidt. De laatste stap moet derhalve zijn of deze indirect onderscheidende criteria gerechtvaardigd zijn.

Het bovenstaande maakt niet alleen het belang duidelijk de juridische procedure helder te onderscheiden naar doorzichtige en ondoorzichtige discriminatie, het maakt ook ingeval van ondoorzichtige discriminatie het belang duidelijk helder te onderscheiden naar de fase van prima facie bewijs en de fase van sluitend bewijs. Wanneer een statistisch significant verband met sekse wordt aangetoond, kan niet direct naar de beoordeling van rechtvaardigingsgronden worden overgestapt. Tot de fase van prima facie bewijs behoort ook nog de identificatie door de werkgever van de gronden die het verschil *statistisch* kunnen verklaren. Pas als dat mogelijk is gebleken, kan naar de tweede fase worden gegaan waarin beoordeeld wordt of de inmiddels geïdentificeerde gronden gerechtvaardigd zijn. In die zin is het synoniem dat het EG-Hof gebruikt voor de objectieve rechtvaardigingsgrond, namelijk 'gronden die niets van doen hebben met sekse', verwarrend te noemen. Indien een overtuigend prima facie bewijs van sekseonderscheid statistisch is vastgesteld, houden de werkelijk toegepaste gronden altijd een verband met sekse. Waar het EG-Hof op doelt, is dat objectieve gronden of factoren niet *causaal* verband houden met sekse. Objectieve gronden houden weliswaar indirect verband met sekse omdat mannen en vrouwen er niet op voorhand in gelijke mate aan kunnen voldoen, maar zijn geschikt en noodzakelijk om een werkelijk bedrijfsbelang te dienen en daarom gerechtvaardigd.

Over de aard van het statistisch bewijs in de fase van prima facie bewijs van een *ondoorzichtig* onderscheid, moet nog dit worden opgemerkt. Het statistisch bewijs moet grondig en overtuigend zijn om een omkering van de bewijslast te rechtvaardigen. De statistische test moet daarvoor *stelselmatig* nadeel onder *vergelijkbare* referentiegroepen laten zien.¹¹⁶ Het laatste vereiste is het moeilijkst. Vergelijkbare referentiegroepen impliceert dat beide onder de gewraakte regeling

116 Het EG-Hof vereist voor valide statistische cijfers onder meer dat het niet om zuivere kortetermijneffecten gaat (127/92 JUR 1993, I-5535).

Hoofdstuk 11

of beleid vallen en gemiddeld genomen niet verschillen op een andere variabele dan sekse die in het licht van het doel van de regeling relevant is. Juist bij ondoorzichtig beleid is moeilijk te bepalen welke andere variabelen relevant zijn. In dat geval moet de referentiegroep zo breed mogelijk worden samengesteld. De werkgever heeft immers na omkering van de bewijslast de mogelijkheid eventueel genegeerde relevante variabelen alsnog aan te duiden. Het meenemen van irrelevante variabelen corrigeert zich echter niet meer.

Een voorbeeld uit de praktijk is een collectief reorganisatie-ontslag voor de CGB.¹¹⁷ De referentiegroep wordt gezien de regeling mijns inziens juist bepaald. De methode echter niet. Het ontslag vond in casu plaats vanwege de uitstoting van overbodige bedrijfsactiviteiten. Iemand wordt derhalve ontslagen wanneer de functie overtollig is. De selectie van overtollige functies geschiedde in casu per afdeling door de afdelingschef. De CGB neemt daarop terecht het afdelingsniveau als toepasselijk referentiekader.¹¹⁸ Op de afdeling waar verzoeksters werkzaam zijn constateert de CGB een percentueel nadeel voor vrouwen in de selectie van overtollige functies. Op grond daarvan wordt geoordeeld tot een vermoeden van sekseonderscheid. Het is de vraag of dit correct is. De wijze en criteria van selectie blijken ondoorzichtig te zijn. Bovendien is de populatie vrouwen op de afdeling niet erg groot (N = 30).¹¹⁹ Een sommering van meerdere afdelingen zou nodig zijn voor voldoende validiteit. Daarvoor kan men niet het gewogen gemiddelde aan ontslagpercentages van de afdelingen nemen. De werkgever geeft zelf al aan dat de ontslaggraad per afdeling sterk varieert en dat er sprake is van een seksegregatie over de afdelingen.¹²⁰ Een middeling van afdelingen kan dan vertekenen. De M/H-test zou hier uitkomst bieden. Men kan de hiermee berekende sekseverschillen op elke afdeling sommeren en bezien of dit een statistisch significant verschil oplevert.¹²¹

117 CGB 19 juni 1991 voorlopig oordeel 406/409-91-83/86, OB 1991, 363 en 31 december 1991 eindoordeel 406/409-91-83/86, OB 1991, 357.

118 CGB 19 juni 1991 r.o. 4.4; CGB 31 december 1991 r.o. 4.3.

119 Zie CGB 19 juni 1991, overweging 3.1.5 onder i.

120 CGB 19 juni 1991, overweging 3.2.2.

121 Dezelfde conclusie kan getrokken worden voor CGB 20 april 1993, oordeel 551-93-16. De uitwerking van het anciënniteitscriterium op herintreedsters werd apart getoetst voor twee leeftijdsgroepen binnen één servicegroep binnen het bedrijf. In elke leeftijdsgroep werkten echter minder dan tien vrouwen. Een sommatietest, als de M/H-test, van deze leeftijdsgroepen voor alle service- en productgroepen in het bedrijf zou een betrouwbaarder beeld geven.

5 De ruis tussen de beloningsbeslissing en haar juridische representatie

5.1 Het formele beloningsbeleid van Protech¹²²

Protech kent een prestatiebeloningssysteem. Prestatiesystemen zijn in opkomst binnen de moderne flexibele arbeidsorganisatie.¹²³ Een effectieve koppeling van het rechtssysteem en het economisch systeem houdt in dat de eigen dynamiek van het economisch proces gerespecteerd moet worden. De juridische normstructuur moet daarvoor parallel lopen aan diverse beloningssystemen. Protech hanteert negentien daadwerkelijk gebruikte beloningsschalen.¹²⁴ De lage schalen 1 tot en met 11 vertegenwoordigen de uitvoerende functies, de hoge schalen 21 tot en met 28 de zelfstandige en leidinggevende functies. Het salaris van de medewerker is afhankelijk van functieniveau en geleverde prestaties.¹²⁵ Deeltijders worden pro-rata beloond. Op grond van een functiewaarderingssysteem worden gelijkwaardige functies ingedeeld op eenzelfde functieniveau.¹²⁶ Er is een gescheiden functiewaarderingssysteem voor de lage en de hoge functies. Een beloningsschaal vertegenwoordigt een functieniveau. Binnen de schaal is de beloning afhankelijk van prestatie. Hiervoor is elke schaal onderverdeeld in vier gelijke kwartielen. Bij een prestatiecijfer 4, het laagste niveau, is het maximaal haalbare salaris het einde van het eerste kwartiel, bij een 3 het einde van het tweede kwartiel, bij een 2 het einde van het derde kwartiel en bij een 1 het einde van het vierde kwartiel. Bijvoorbeeld voor schaal 4 met een minimum van f. 2682,- en een maximum van f. 3742,-:

einde eerste kwartiel (loonmaximum bij een '4') = f. 2947,-

einde tweede kwartiel (loonmaximum bij een '3') = f. 3212,-

einde derde kwartiel (loonmaximum bij een '2') = f. 3477,-

einde vierde kwartiel (loonmaximum bij een '1') = f. 3742,-

Het prestatiecijfer wordt jaarlijks in een beoordelingsgesprek door de directe manager bepaald. Men kan een vijf tot en met een één scoren. Een vijf is onvoldoende en moet binnen afzienbare tijd in een voldoende worden omgezet. Het jaarlijkse prestatiecijfer bepaalt hoogte en tijdstip van salarisverhogingen. Dit verband volgt uit een tabel, met dien verstande dat naar mate het verschil tussen

122 De besproken regelingen gelden althans ten tijde van de onderzoeksperiode (1988).

123 Ook bij de overheid zijn vormen van gedifferentieerde belonen bij uitstekend functioneren ingevoerd (artikel 7, tweede lid, BBRA en artikel 12b BBRA).

124 Er is nog een uitloop van twee schalen naar beneden die nagenoeg niet gebruikt worden en een uitloop naar boven voor enkele hoge topfuncties.

125 Artikel 5 Personeelsgids, januari 1987 (5e editie).

126 Managershandboek augustus 1986, p. 261.2.

Hoofdstuk 11

het werkelijke salaris en het toepasselijk kwartielmaximum groter is, het verhogingspercentage hoger is en de termijn tussen verhogingen korter is. Aldus is de groeilijn van het salaris in de functieschaal, indien men nog laag in de schaal zit, stijler naarmate het prestatiecijfer hoger is. Elk jaar krijgt men een nieuw cijfer. Is dit hoger dan het vorige dan geldt een hoger maximum, is het lager dan valt men naar een lager maximum. Ligt het laatste salaris boven het lagere maximum dan maakt men pas op de plaats tot op de toepasselijk lijn is teruggekeerd. Bij verandering van functie komt men of in een hogere schaal en begint opnieuw, of in een lagere schaal waarbij het laatste salaris indien nodig wordt bevroren tot men de toepasselijke groeilijn uit de lagere schaal weer raakt.

De directe manager neemt het initiatief tot loonsverhogingen. Daarvoor is de toestemming van de eerst hogere manager nodig. Personeelszaken toetst marginaal aan het algemeen beleid. Naast de tabel moet de manager “de onderlinge verhoudingen op de afdeling, de toegevoegde waarde en de verdere doorgroei van de medewerker” in ogenschouw nemen.¹²⁷ Diensttijd en leeftijd mag niet meegewogen worden. Een uitzondering bestaat alleen voor de laagste rangen, waarin tot de leeftijd van twintig jaar speciale jeugdsalarissen gelden. De tabel voor de hoogte en momenten van individuele salarisverhogingen is niet openbaar voor medewerkers, zodat noch het tijdstip noch de hoogte van de volgende salariswijziging bij een zeker prestatiecijfer bekend kan zijn. De maxima van elk van de kwartielen in schaal 1 tot en met 11 zijn wel openbaar, de maxima in de schalen 21 tot en met 28 niet.

5.2 De algemene juridische representatie van gelijke-beloningskansen

5.2.1 Een gemiddeld loonverschil

De formele beloningscriteria geven geen blijk van directe of indirecte seksdiscriminatie. Hoewel dit niet blijkt uit het formele beloningsbeleid, hanteert het bedrijf in praktijk nog twee extra schalen 12 en 13. Het functiewaarderingssysteem kent deze schalen niet zodat een indeling op basis van het systeem niet tot schaal 12 of 13 kan leiden. Het management geeft aan dat de extra schalen gecreëerd zijn om voor bepaalde functies een loon te bieden dat overeenstemt met de waarde op de arbeidsmarkt. In de twee schalen werken 56 mannen en geen vrouwen. Aangezien de invoering van de extra schalen uitsluitend vrouwen nadelig treft, moet de werkgever aantonen dat het arbeidsmarktcriterium een objectieve rechtvaardigingsgrond voor het verschil vormt.

In *Enderby* oordeelt het EG-Hof dat het arbeidsmarktcriterium een objectief gerechtvaardigde economische grond kan vormen voor een onderscheid. De

¹²⁷ Mangershandboek augustus 1986, p. 261.8.

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

toepassingswijze van het criterium moet wel voldoen aan het proportionaliteitsbeginsel ter beoordeling aan de nationale rechter.¹²⁸ De extra schalen zijn op grond hiervan mogelijkwerwijs niet in strijd met de wet. De CGB legt *Enderby* echter zodanig uit dat disproportionaliteit tussen de loonsverhoging en het arbeidsmarkt-criterium aanwezig is, indien de verhoging boven de schaal uitstijgt die bij het functieniveau hoort en niet binnen redelijke tijd wordt weggenomen wanneer men naar een andere functie gaat of de functiewaarde op de arbeidsmarkt weer afneemt. Op grond van deze uitleg is de toepassing van het arbeidsmarkt-criterium bij Protech disproportioneel. De verhoging bij Protech komt boven de schaal uit en vormt zelfs een nieuwe schaal. Er is geen organisatiebeleid dat controleert of de schalen nog noodzakelijk zijn.

Hoewel de formele beloningscriteria, namelijk functieniveau en individueel prestatiecijfer, op zichzelf geen blijk geven van discriminatie, is de totstandkoming van de beloningsbeslissing juridische ondoorzichtig. De toekenning van het prestatiecijfer gebeurt in een beoordelingsgesprek. Hoewel de medewerker zijn eigen prestatiecijfer gemotiveerd te horen krijgt, bestaat geen zicht op de cijfers van collega's of de wijze van totstandkoming daarvan. Het individueel vergelijken van het eigen loon met dat van een vergelijkbare collega, lijkt bij een prestatiesysteem af te ketsen op de gewenste privacy van medewerkers als het om individuele beoordelingen gaat. De inschaling van de functie op basis van een functiewaarderingsysteem is een geformaliseerd en in principe controleerbaar proces, maar in het bedrijf is het systeem niet toegankelijk voor medewerkers of managers. De doorzichtigheid van de beloning wordt verder gehinderd door het feit dat iedere medewerker op onvoorzienbare wijze salarisverhogingen krijgt, afhankelijk van de individuele prestatiegeschiedenis in de schaal. Bovendien is de tabel die de groeilijnen per prestatiecijfer en per schaal vastlegt, niet openbaar. De ondoorzichtigheid van het beloningssysteem is geen toeval maar een expliciet organisatiedoel om hogere prestaties te bevorderen. Voor de juridische waarneming van discriminatie in het beloningsproces is echter juist doorzichtigheid gewenst.

In *Danfoss* is sprake van een beloningssysteem waarvan de criteria bekend zijn maar waar de wijze waarop deze criteria tot een bepaald loon leiden, juridisch ondoorzichtig is. De situatie bij Protech is hiermee goed vergelijkbaar. Immers, de criteria zijn bekend, maar hoe dit precies bepaalde loonresultaten verklaart, is niet doorzichtig. Het EG-Hof bepaalt dat in een dergelijk geval een bijzondere bewijslastverdeling gerechtvaardigd is om rechterlijke controle en daarmee de uitvoering van de beloningsrichtlijn mogelijk te maken. De eiser kan volstaan met aan te tonen dat

¹²⁸ EG-Hof 127/92 JUR 1993 I-5535, r.o. 26 en 27.

Hoofdstuk 11

sprake is van een gemiddeld loonverschil tussen mannen en vrouwen onder een aanzienlijk aantal loontrekkenden.

In *Danfoss* stelt het Hof níet de eis dat de onderzoekspopulatie gelijkwaardige arbeid verricht, hoewel dat wel werd voorgesteld door de AG. Passen we de Danfoss-regel voor het juridisch bewijs van een vermoeden van discriminatie toe op Protech, dan is inderdaad sprake van een vermoeden van onderscheid. In januari 1988 bestaat de personeelsbezetting in de schalen 1 tot en met 11 en 21 tot en met 28 uit 4688 actieven.¹²⁹ De gemiddelde lonen op voltijdsbasis¹³⁰ volgen uit de onderstaande tabel.

Tabel 5 Het gemiddeld bruto-maandloon voor mannen en vrouwen bij Protech^{a)}

	aantal	loon
vrouwen	584	4477
mannen	4104	6197
totaal	4688	

a) maandloon in guldens naar beneden afgerond in januari 1988

Vrouwen verdienen gemiddeld 1720 gulden oftewel 28% minder dan de mannen. In de *Danfoss*-zaak was een verschil van 6,8% voldoende voor omkering van de bewijslast. Desalniettemin is deze juridische representatie van sekseonderscheid in de beloning niet noodzakelijkerwijs congruent aan de beloningspraktijk. Een causaal verband tussen de beloning en sekse is merendeels niet af te leiden uit de gemiddelde lonen. Het is niet ondenkbaar dat in elke grotere arbeidsorganisatie in Nederland het gemiddeld brutoloon van vrouwen lager ligt dan van mannen. Het verschil in de gemiddelde bruto-uurlonen bedraagt in Nederland in 1990 22,5% ten nadele van vrouwen.¹³¹ Gedeeltelijk wordt dit echter verklaard door een verschil in dienstjaren tussen mannen en vrouwen.¹³² Dit verklaart echter maximaal de helft

129 De arbeidsongeschikte werknemers zijn uit het bestand gezuiverd, terwijl de extra schalen 12 en 13 zijn weggelaten. Alle navolgende cijfers zijn gegenereerd op basis van het geautomatiseerd personeelsbestand van de organisatie.

130 Het bruto-maandloon van deeltijders is zodanig omgerekend, als ware zij voltijd in dienst.

131 CBS, halfjaarlijks loononderzoek 1990.

132 Schippers 1987; LTD, De positie van mannen en vrouwen in het arbeidsproces, Den Haag 1988; LTD, De beloning van mannen en vrouwen in het Nederlands bedrijfsleven 1991, Den Haag 1993.

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

van het verschil.¹³³ Tussen 1980 en 1990 hebben vrouwen een gelijk opleidingsniveau bereikt aan dat van mannen en het verschil in diensttijd gedeeltelijk ingehaald. In 1980 was het gemiddeld loonverschil echter 21,8%, iets kleiner zelfs dan in 1990.¹³⁴ Voorstelbaar is dat vrouwen ondanks vergelijkbare kwalificaties op lagere functieniveaus werken. De Loontechnische dienst vond echter bij een wijdmazige indeling naar functieniveaus nog steeds een beloningsverschil op alle niveaus met uitzondering van het laagste.¹³⁵ Een laatste mogelijkheid om het gemiddeld loonverschil in Nederland te kunnen verklaren, is de hypothese dat het werk dat vrouwen doorgaans verrichten, lager wordt gewaardeerd dan het werk dat mannen doorgaans verrichten. De Nederlandse arbeidsmarkt kent een zeer sterke concentratie van vrouwen in maar enkele beroepsgroepen zodat de termen 'vrouwenwerk' en 'mannenwerk' nog steeds opgaan.¹³⁶

Op grond van het bovenstaande beeld is de *Danfoss*-regel weinig betrouwbaar. Een gemiddeld lagere beloning voor vrouwen zal in bijna elke organisatie gevonden kunnen worden. Een deel van dat verschil is echter verklaarbaar door een onevenredige spreiding van mannen en vrouwen over de verschillende functieniveaus. Bij Protech is dat ook het geval. In de lage schalen werken 337 vrouwen (58%) en 1344 mannen (33%). In de hoge schalen werken 247 vrouwen (42%) en 2760 mannen (67%). Het feit dat er verhoudingsgewijs meer vrouwen in de lage schalen zitten, drukt het gemiddelde loon van vrouwen. Het lijkt correcter de gemiddelde beloning op functieniveau te vergelijken. Dit stuit echter wel op een probleem. Elk mogelijk sekseonderscheid dat volgt uit het proces van inschaling van 'vrouwenfuncties' in vergelijking met 'mannenfuncties' wordt zo uit de vergelijking geschoond.

Het is mogelijk te proberen de referentiegroepen te preciseren op grond van de relevante beloningscriteria in de organisatie. Bij Protech zijn dat functieniveau en prestatie. Om met het laatste te beginnen, kan gekeken worden in hoeverre het gemiddeld loonverschil van 28% zich verklaart door het gemiddeld verschil in prestatie. Het bedrijf scoort werknemers jaarlijks op een vijf-puntsschaal waarbij vijf punten het laagst is. Einde 1987 bedraagt de gemiddelde prestatie 2,22 voor

133 In het loononderzoek van de LTD onder 637 bedrijven over 1991 wordt een verschil in diensttijd gevonden van 1,1 jaar ten nadele van vrouwen. Dit heeft een gemiddeld nadelig effect op het loon van de vrouw van 1,6%, uitgedrukt in % van het loon van de man (LTD, De beloning van mannen en vrouwen in het Nederlands bedrijfsleven 1991, Den Haag 1993).

134 Bron: CBS 1990.

135 LTD, De positie van mannen en vrouwen in het arbeidsproces, 1988.

136 In 1991 werkt 66,8% van de vrouwen in 8 van de 99 beroepsklassen (bron: Ministerie van SZW, Emancipatie in cijfers, 1992).

Hoofdstuk 11

vrouwen en 2,28 voor de mannen.¹³⁷ Ook in de jaren daarvoor is de score van vrouwen iets beter dan van mannen.¹³⁸ De gemiddelde prestatie van vrouwen kan derhalve het gemiddeld loonverschil niet kan verklaren. Behalve prestatie wordt het loon bij Protech mede bepaald door het functieniveau. Het bedrijf deelt gelijkwaardige functies in eenzelfde loonschaal in. Zoals gezegd, zuivert onderzoek naar het gemiddeld loon per schaal, het mogelijke onderscheid als gevolg van het functie-waarderingsproces weg. Hieronder wordt getracht dit probleem te omzeilen.

Functiewaardering in Nederland hangt voor een aanzienlijk deel samen met benodigde kennis en ervaring voor een functie.¹³⁹ In dat geval zou niet per se de gemiddelde beloning per schaal hoeven te worden genomen, maar kunnen de referentiegroepen bestaan uit mannen en vrouwen met een gelijk ervarings- en kennisniveau. Praktisch probleem is hier, dat de meeste geautomatiseerde personeelsbestanden van bedrijven het kennis- en ervaringsniveau van het personeel niet registreren. Bij Protech wordt echter wel het kennisniveau geregistreerd per medewerker. Dat maakt het mogelijk om een vergelijking te trekken tussen twee referentiegroepen met een gelijk kennisniveau.¹⁴⁰

Tabel 6 Het gemiddeld bruto-maandloon en het gemiddelde prestatiecijfer van mannen en vrouwen met gelijk kennisniveau^{a)}

	aantal	loon	prestatie
vrouwen	137	4725	1,80
mannen	571	7791	1,96

a) loon in januari 1988 in guldens naar beneden afgerond; prestatiecijfer over 1987

Het gemiddeld loonverschil bij gelijk kennisniveau bedraagt 3066 gulden oftewel 39% minder voor vrouwen. Het betere prestatiecijfer van vrouwen verklaart dit

137 Op grond van formeel personeelsbeleid wordt het management voorgehouden dat een 'juiste' prestatiebeoordeling inhoudt dat zich op ondernemingsniveau een normaalverdeling aftekent in de toegekende cijfers over een jaar. Hieruit mag worden afgeleid dat volgens beleid elke mogelijke score op de vijf-puntsschaal een gelijk gewicht heeft en derhalve de toegekende scores gemiddeld mogen worden. Zie verder bijlage V tabel V.A.

138 Zie bijlage V tabel V.A voor een overzicht van de gemiddelde prestatie naar sekse in de laatste zes jaar (1982–1987).

139 Loontechnische dienst, Functiewaardering in Nederland 1984, Den Haag 1987.

140 Het geselecteerde kennisniveau is at random bepaald.

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

niet.¹⁴¹ Hoewel het op het eerste gezicht leek dat een populatie met een gelijk kennisniveau een betere referentiegroep voor een gelijke gemiddelde beloning vormt dan de hele populatie, blijkt dat niet het geval. Het gemiddeld loonverschil is aanzienlijk groter namelijk 39% om 28%. Dit lijkt alleen verklaarbaar wanneer de vrouwen in meerdere mate op functieniveaus werken onder hun opleidingsniveau of mannen in meerdere mate op functieniveaus boven hun opleidingsniveau. Deze vooronderstelling leidt eerder tot een vermoeden van sekseonderscheid in functie-toewijzing dan in beloning.

5.2.2 Een gemiddelde loonverschil per functieschaal

De beloningsverschillen zullen per concreet schaalniveau beoordeeld moeten worden. Het nadeel dat hierdoor het voorafgaande functiewaarderingproces dat een functie met een bepaalde schaal verbindt, wordt weggefilterd, kan alleen weggenomen worden door dit apart te onderzoeken. Dit zal in latere instantie geschieden (§ 5.4). In tabel 7 kan het *verschil* tussen het gemiddeld loon van de vrouwen en het gemiddeld loon van de mannen per schaal worden afgelezen. Het is afgezet tegen het gemiddeld verschil in prestatiecijfer per schaal.

Het blijkt dat van de dertien schalen met minimaal tien vrouwen per schaal, wordt in elf schalen door vrouwen een gemiddeld lager loon ontvangen. Dit lijkt op een significant verschil in de beloning van gelijkwaardige arbeid te wijzen, al zal dit nader statistisch getoetst moeten worden.¹⁴² Ingeval van een statistisch verschil verschuift de bewijslast in het juridische proces naar de werkgever. Deze moet aantonen dat het loonverschil voor gelijkwaardige arbeid wordt verklaard doordat het berekend is op gelijkwaardige maatstaven (§ 3.2.2).

141 De gemiddelde prestatiecijfers in tabel 5 worden iets vertekend ten opzichte van de prestatiecijfers over het hele personeelsbestand (zie bijlage V tabel V.A), omdat de onbekenden hier niet buiten beschouwing zijn gebleven. Voor de ongeveer 10% onbekenden kent het personeelssysteem een 0 toe, wat het gemiddelde drukt. Aangezien het aantal onbekenden echter evenredig gespreid is over mannen en vrouwen, terwijl als het voorlaatste bekende cijfer zou worden ingevoerd het verschil tussen de gemiddelden niet noemenswaardig verandert, mag aangenomen worden dat het verschil in prestatie tussen vrouwen en mannen correct blijft.

142 Dat wordt hier achterwege gelaten. Het principe en de methode van statistische toetsing in juridisch verband is duidelijk geworden bij de promoties. Daarom is gekozen om bij de beloning meer aandacht te besteden aan het onderliggende functiewaarderingproces (zie § 5.4).

Hoofdstuk 11

Tabel 7 Het gemiddelde verschil in prestatie en loon tussen mannen en vrouwen^{a)}

sch	v	m	prest	loon	sch	v	m	prest	loon
1	07	11			21	33	146	+ 0,14	- 188
2	12	49	+ 0,17	- 79	22	75	362	- 0,06	- 161
3	43	217	- 0,18	- 25	23	61	286	+ 0,10	- 269
4	42	67	+ 0,07	- 310	24	42	652	+ 0,18	- 922
5	39	207	+ 0,46	- 287	25	19	496	- 0,03	- 770
6	99	112	- 0,31	+ 24	26	09	390		
7	51	198	+ 0,16	- 166	27	04	272		
8	29	175	- 0,50	+ 92	28	04	156		
9	14	174	- 0,07	- 174					
10	01	134							

a) het loon in januari 1988 van vrouwen is verminderd met dat van de mannen en de prestatie van vrouwen over 1987 is verminderd met dat van de mannen; zie voor de berekening hiervan bijlage V tabel V.B en V.C

5.2.3 Gelijkaardige beloningsmaatstaven

De formele beloningsmaatstaven die Protech hanteert, zijn functieniveau en prestatie. Het functieniveau is al verdisconteerd in de bovenstaande vergelijkingen. De verschillen moeten derhalve verklaarbaar zijn door de prestatiecijfers. In tabel 7 zijn de verschillen in de gemiddelde prestatiecijfers tussen vrouwen en mannen per schaal reeds opgenomen. Omdat het gemiddelde van de mannen van het gemiddelde van de vrouwen is afgetrokken, betekent een negatief prestatiegetal dat de score van de mannen hoger was dan van de vrouwen. Hoe hoger de score des te slechter de prestatie. Een negatief getal in de tabel wijst derhalve op een betere gemiddelde prestatie voor vrouwen en een positief getal op een betere gemiddelde prestatie voor mannen. Van de dertien schalen met minimaal tien vrouwen per schaal blijken in zes schalen de vrouwen gemiddeld beter te presteren. In zeven schalen presteren zij gemiddeld slechter. Wordt de betere gemiddelde prestatie van vrouwen in de zes schalen afgezet tegen het gemiddeld loon, dan blijken vrouwen slechts in twee schalen ook meer te verdienen (schalen 6 en 8). In vier schalen presteren vrouwen gemiddeld beter maar verdienen gemiddeld minder (schalen 3, 9, 22 en 25). Dit omgekeerde verband komt in de zeven schalen waarin de mannen gemiddeld beter presteren niet voor.

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

Het inconsistente verband tussen gemiddelde prestatie en gemiddeld loon blijkt met name wanneer de evenredigheid tussen het prestatieverschil en het loonverschil in aanmerking wordt genomen. Zo leidt het grootste prestatieverschil van 0,5 in schaal 8 tot een loonverschil van 92 gulden en het kleinste prestatieverschil van 0,03 in schaal 25 tot een loonverschil van 770 gulden. Dat lijkt niet volkomen verklaarbaar door een progressief verloop van de salarisschalen. Een verschil van 0,07 in schaal vier leidt tot een loonverschil van 310 gulden. Dat is ruim drie keer zoveel als in de hogere schaal acht bij een verschil van 0,5 (zie tabel 7).

Het prestatiesysteem lijkt zo gedifferentieerd dat het nagenoeg onmogelijk is een gemiddeld beloningsverschil bij gelijkwaardige arbeid op grond van prestatie te verklaren. Iedere medewerker heeft een volstrekt individuele salarisgeschiedenis. Het doel van het systeem is dat het salaris groeit overeenkomstig de geleverde prestatie. Daarvoor tendeert het laatstverdiende salaris steeds naar het kwartielmaximum, behorend bij het prestatiecijfer. Deze groeilijnen worden echter individueel bepaald door de afstand tussen dit kwartielmaximum en het laatstverdiende salaris. Doordat het prestatiecijfer echter elk jaar kan wijzigen, is steeds sprake van versnellingen en dempingen van salarisgroei. Dit patroon is door de jaren heen voor niemand gelijk en kan verder worden beïnvloed door de tijd dat men in de schaal zit en door verworven rechten, indien men gedegradieerd is in schaal. Bovendien bestaat er een beleidsruimte voor het management om af te wijken van dit beloningsbeleid met het oog op de afdelingsverhoudingen, toegevoegde waarde of doorgroei van de medewerker.

Over een complex prestatiebeloningssysteem oordeelde de CGB recentelijk dat:

“Uit het systeem zelf dient te blijken dat de beloningsmaatstaven ondubbelzinnig gelijkelijk worden toegepast op vrouwelijke en mannelijke werknemers”.¹⁴³

In casu stelt de CGB vast dat de werkgever het systeem op niet-consequente wijze toepast waardoor het salaris niet afleidbaar is uit het systeem. Het beloningsbeleid als zodanig is hierdoor niet inzichtelijk en niet toetsbaar. Omdat niet blijkt welke beloningsmaatstaven zijn toegepast, wordt het beloningsverschil volgens vaste jurisprudentie¹⁴⁴ in strijd met de wet geacht. Toegepast op het beloningssysteem van Protech, wordt het salaris zodanig individueel opgebouwd dat ook hier niet te bepalen is of de beloningsmaatstaven al dan niet consequent worden toegepast. Het is daardoor niet inzichtelijk hoe de formele beloningsmaatstaven de lonen bij gelijkwaardige arbeid verklaren. Hierdoor lijkt het bij Protech nagenoeg onmogelijk

143 CGB 29 april 1994, oordeel 532-94-27, overweging 4.4.

144 Onder meer CGB 14 januari 1993, oordeel 342-93-03.

om aan te tonen, hoe het gevonden gemiddelde beloningsverschil ten nadele van vrouwen binnen elf schalen wordt verklaard door maatstaven die ondubbelzinnig gelijkelijk op mannen en vrouwen worden toegepast.

5.3 De bijzondere juridische representatie van gelijke beloningskansen

5.3.1 *Matching van paren van verschillend geslacht bij Protech*

Artikel 7 WGB schrijft ingeval van beloning een paarsgewijze vergelijking voor tussen een mannelijke en vrouwelijke werknemer uit dezelfde onderneming die arbeid van gelijke waarde verrichten. Wanneer geen sprake is van een juridisch doorzichtig (in)direct discriminerend beloningscriterium, berekent de CGB geen gemiddeld loonverschil, maar het loonverschil tussen paren.¹⁴⁵ De 'maatman' voor deze paarsgewijze vergelijking dient door de klaagster te worden aangewezen. De LTD doet vervolgens onderzoek op de werkvloer. In de praktijk blijkt dat de LTD een tweede of derde maatman in het onderzoek kan betrekken.¹⁴⁶ Dit lijkt een gevolg van een rechterlijke uitspraak waarin de CGB gelast werd ook andere maatmannen in het onderzoek te betrekken omdat van klaagsters doorgaans niet voldoende deskundig inzicht verwacht kan worden.¹⁴⁷

Om volgens de wettelijke methode de beloning bij Protech te vergelijken, zijn van alle medewerkers uit één schaal de relevante gegevens opgevraagd. Een functieschaal vertegenwoordigt bij Protech, zo geeft men zelf aan, gelijkwaardige arbeid. Er is voor een schaal gekozen waarin het aantal mannen en vrouwen elkaar niet te veel ontloopt en waarin de gemiddelde prestatiecijfers ongeveer gelijk liggen, maar waar gemiddeld genomen een aanzienlijk beloningsverschil bestaat. Op deze wijze kan onderzocht worden hoe dit zich vertaalt in paarsgewijze vergelijking. Schaal vier beantwoordt aan de criteria (zie boven tabel 7). Voor een correct beeld worden de medewerkers uit schaal vier die verworven salarisrechten bezitten omdat zij eerder hoger ingeschaald zijn geweest, buiten beschouwing gelaten. Alle werknemer in de schaal zijn ouder dan twintig jaar, waardoor jeugdsalarissen niet relevant zijn. Er resteert nu een bezetting van 40 vrouwen en 56 mannen. De gemiddelde beloning bedraagt voor deze vrouwen 3247 gulden. De mannen verdienen gemiddeld 3500 gulden. Er bestaat derhalve een gemiddeld beloningsverschil van 253 gulden ten nadele van de vrouwen.

Hoewel er een gemiddeld beloningsverschil is ten nadele van vrouwen in schaal vier, is het de vraag in hoeverre dat met juridische paarsgewijze loonvergelijking

145 Onder meer CGB 26 januari 1993, oordeel 429-93-06.

146 Zie Boelens en Veldman 1993, p. 32.

147 Rechtbank Amsterdam 26 maart 1979, RGB I, 111.

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

is terug te vinden. Voorstelbaar is een juridische procedure waarbij klaagster (V1) maatman (M1) aanwijst. Alle relevante gegevens staan in tabel 8.

Tabel 8 Matching van loon bij gelijkwaardige arbeid in februari 1988

	diensttijd ^{a)}	functietijd ^{b)}	leeftijd	loon ^{c)}	prestatie ^{d)}
V1	15,3	17	39	3268	3/4/4
M1	13,9	12	32	3424	4/3/4

a) in jaren b) in maanden c) bruto-maandloon op voltijdsbasis naar beneden in gulden afgerond d) prestatie over de jaren 1987/1986/1985

Voor gelijkwaardige arbeid verdient de bovenstaande vrouwelijke werknemer 156 gulden per maand minder dan haar mannelijke collega. Op grond van jurisprudentie van de CGB moet de werkgever aantonen dat het verschil berekend is op gelijkwaardige maatstaven. Op grond van de formele beloningsmaatstaven functieniveau en prestatie is het verschil niet verklaarbaar, maar zelfs niet door informele maatstaven als diensttijd, functietijd of leeftijd. Volgens de wettelijke normstellingen is sprake van overtreding van het verbod op seksdiscriminatie. Hoewel juridisch gesproken de kous af zou zijn, blijkt uit het bestand uit schaal vier dat ook de volgende matching is te vinden:

Tabel 9 Matching van loon bij gelijkwaardige arbeid in februari 1988

	diensttijd ^{a)}	functietijd ^{b)}	leeftijd	loon ^{c)}	prestatie ^{d)}
V2	13,3	34	31	3469	3/2/2
M2	13,3	34	51	3327	2/3/2

a) in jaren b) in maanden c) bruto-maandloon op voltijdsbasis naar beneden in gulden afgerond d) prestatie over de jaren 1987/1986/1985

Voor gelijkwaardige arbeid verdient de mannelijke werknemer 142 gulden per maand minder dan zijn vrouwelijke collega. Het verschil wordt niet verklaard door de toepassing van gelijkwaardige maatstaven. De prestatie is gelijkwaardig en ook diensttijd, functietijd en leeftijd bieden geen verklaring.

Op het niveau van gelijkwaardige arbeid blijken op deze manier alle soorten van paarsgewijze vergelijkingen te trekken. Dit lijkt niet alleen te wijten aan het gedifferentieerde beloningssysteem van Protech. Ook bij de CGB is regelmatig sprake van vergelijkingen met meerdere maatmannen, die voor gelijkwaardige arbeid

Hoofdstuk 11

allen een verschillend loon ontvangen.¹⁴⁸ Indien bij vergelijking met meerdere maatmannen bij minimaal één vergelijking het bewijs wordt geleverd dat het loon niet op gelijkwaardige maatstaven berekend is, oordeelt de CGB tot strijd met de wet.¹⁴⁹ De paarsgewijze vergelijking geeft echter niet altijd een getrouw beeld van de beloningspraktijk. Tabel 9 toont sekseonderscheid ten nadele van mannen aan. De gemiddelde beloning van mannen en vrouwen in schaal vier wijst echter op een nadeel voor vrouwen.

In de rechtspraktijk is het aantal loonprocedures zeer beperkt omdat de gegevens zoals boven gepresenteerd doorgaans niet toegankelijk zijn voor de individuele rechtzoekende. Hooguit heeft men inzicht in het salaris van een naaste collega. Of dat echter tot succesvolle vergelijking leidt, wordt grotendeels door toeval bepaald. Was de naaste collega van de vrouwelijke werkneemster uit tabel 8 niet maatman (M1) geweest, maar de volgende maatman (M3) uit tabel 10, dan zou geen recht op een hoger loon zijn ontstaan:

Tabel 10 Matching van loon bij gelijkwaardige arbeid in februari 1988

	diensttijd ^{a)}	functietijd ^{b)}	leeftijd	loon ^{c)}	prestatie ^{d)}
V1	15,3	17	39	3268	3/4/4
M3	21,4	34	40	3260	3/3/3

a) in jaren b) in maanden c) bruto-maandloon op voltijdsbasis naar beneden in gulden afgerond d) prestatie over de jaren 1987/1986/1985

Ondanks een betere gemiddelde prestatie, verdient maatman drie uit tabel 10 nagenoeg hetzelfde loon voor gelijkwaardige arbeid. Diensttijd en functietijd geven eerder aanleiding voor een hogere beloning van maatman drie.

Uit de beloningspraktijk van schaal vier bij Protech is af te leiden dat het beloningsstelsel in de praktijk 'vervuilt'. Onder de 56 mannen in schaal vier blijken negen mannen (16%) het absolute beloningsmaximum van schaal vier te overschrijden. Dit kunnen geen gevallen zijn van verworven salarisrechten, omdat de populatie hierop gecorrigeerd is. Bij de vrouwen komt dit niet voor. Beloningsmaatstaven worden derhalve niet altijd even stringent toegepast. Marges zijn bijvoorbeeld al denkbaar door de beleidsruimte die het beloningssysteem de beslissende manager

148 Onder meer CGB 14 januari 1993, oordeel 342-93-03; CGB 1 juni 1993, oordeel 437-93-21.

149 CGB 9 juli 1993, oordeel 381-93-27, RN 1994, 368.

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

biedt. Zo bestaat er het vermoeden dat een langere diensttijd in het bedrijf correleert met een hoger loon op gelijk functieniveau, ook al wordt diensttijd als criterium in het formele beleid expliciet afgewezen. Er is een aanzienlijk verschil in de gemiddelde diensttijd van de mannen in schaal vier (vijftien jaar) ten opzichte van de vrouwen (zeven jaar). Hoewel dit mogelijkwijs een deel van het verschil verklaart, blijkt uit de gegevens van de vijf medewerkers uit de tabellen acht tot en met tien dat het informele criterium diensttijd niet per definitie tot een hoger loon leidt. Als de diensttijd de hoogte van het loon beïnvloedt, is dit niet op consequente wijze gebeurd.

5.3.2 De ruis in de paarsgewijze loonvergelijking

Het beeld bij Protech wordt ondersteund door verschillende gevallen die aan de CGB zijn voorgelegd. Regelmatig oordeelt de CGB dat criteria niet consequent worden toegepast waardoor het systeem op zich niet inzichtelijk is.¹⁵⁰ Verschillen in aanvangssalarissen zijn één van de bekendere oorzaken.¹⁵¹ Omdat in de praktijk van de arbeidsorganisatie veelal om allerlei soorten van redenen uitzonderingen op het salarisbeleid worden gemaakt of omdat de gebruikte maatstaven in zichzelf al niet eenduidig zijn, is veelal niet door juridische analyse vast te stellen of de toegepaste beloningsmaatstaven een gevonden beloningsverschil verklaren. Deze juridisch ondoorzichtige beloningsdiscriminatie is alleen correct vast te stellen door middel van statistische toetsing van de loonresultaten binnen een functieschaal. Het vergelijken van één of enkele paren is ten ene male onvoldoende om een causaal verband tussen een beloningsverschil en sekse te bepalen, zoals de uitgevoerde matchings aantonen. Dit kan er toe leiden feitelijke seksegelijkheid in beloning juridisch uit te leggen als discriminatie, maar ook feitelijk sekseverschil in beloning juridisch uit te leggen als non-discriminatie.

De paarsgewijze juridische vergelijking loopt op meerdere onderdelen mank met de praktijk van de arbeidsmarkt. De wettelijke normen kunnen een opstuwend effect sorteren tot het hoogst gerealiseerde loon op het betreffende functieniveau. Bijvoorbeeld als de vrouwelijke werknemer uit tabel acht succesvol hetzelfde loon heeft afgedwongen als haar mannelijke maatman (M1), kan hierna de mannelijke maatman (M3) uit tabel tien hetzelfde hogere loon afdwingen als deze vrouwelijke werknemer net heeft gekregen. Het resultaat is dat alle betrokkenen uiteindelijk op het hoogste loon van 3424 gulden recht hebben. De ontoegankelijkheid van loongegevens

150 Onder meer CGB 10 april 1990, oordeel 3085-90-12, OB 1989/1990, 72; CGB 14 januari 1993, oordeel 342-93-03; CGB 29 april 1994, oordeel 532-94-27.

151 Onder meer Kantongerecht Zaandam 19 juli 1984 en 15 februari 1990, RN 1990, 123 en RVR 1992, 79; CGB 14 januari 1993, oordeel 342-93-03.

Hoofdstuk 11

voorkomt dat dit op grote schaal plaatsvindt, toch zijn er in de jurisprudentie wel enige tekenen te vinden.

Bij de Centrale Raad van Beroep vergeleek een hoofdverpleegkundige zich met een maatman die hoofdverpleegkundige A was en derhalve hoger ingeschaald.¹⁵² Beide verrichtten arbeid van gelijke waarde. De hogere inschaling was een individuele beslissing die niet op het gebruikelijke beloningsbeleid steunde. Zou de eiseres echter recht krijgen op gelijk loon als de uitzonderlijke maatman, dan zouden nog acht andere hoofdverpleegkundigen die eveneens gelijkwaardige arbeid verrichtten, dit loon kunnen opeisen, zo blijkt uit de casus.¹⁵³ In een andere zaak voor de CGB bleek het opstuwten van het salaris naar het hoogste niveau zelfs het expliciete doel van de eisers.¹⁵⁴ In beide gevallen werd de eis afgewezen vanwege de uitzonderingspositie van de maatman. Artikel 7 WGB geeft hiervoor een juridische basis. Er moet een vergelijking worden getrokken met het loon dat de maatman *pleegt* te verdienen. In veel gevallen echter is de uitzonderingspositie van de maatman niet zo duidelijk als in de bovenstaande twee zaken. Een ondoorzichtige hantering van beloningsmaatstaven maakt van bijna iedereen een uitzonderingsgeval. Zo oordeelt de CGB dat een werkgever in de Rotterdamse haven de WGB schendt door de eiseres lager te belonen dan drie maatmannen.¹⁵⁵ Hoewel juridisch niet blijkt dat het om uitzonderlijke gevallen gaat, verdient de eerste maatman voor gelijkwaardige arbeid 3986 gulden in de maand, terwijl de tweede en derde maatman ieder 3413 gulden verdienen. Eist de eiseres in een rechtsprocedure wijselijk een gelijk loon aan de eerste maatman, dan kunnen vervolgens de tweede en derde maatman een gelijk (hoger) loon eisen als eiseres heeft verkregen. Via deze omweg kunnen mannen ook onderling gelijk loon voor gelijkwaardige arbeid afdwingen. Oftewel, de systematiek van de wet impliceert in beginsel een algemeen recht op gelijk loon.

De wettelijke normen leiden nog tot een ander nadeel in wisselwerking met de praktijk. Doordat beloningspraktijken om allerlei redenen regelmatig niet stringent beantwoorden aan de toegepaste beloningsmaatstaven, is doeltreffende sanctionering zo goed als uitgesloten. Hoe moet immers in de praktijk het loon worden berekend waarop men recht heeft nadat verboden sekseonderscheid is vastgesteld? Herberekening volgens de formele maatstaven biedt geen uitkomst indien deze maatstaven in het algemeen niet consequent worden toegepast. Om in dat geval hetzelfde loon als de maatman verdient toe te wijzen, is mogelijk, maar kan willekeurig zijn. Het hangt er maar net van af welke maatman men gekozen heeft, zoals uit de matchings

152 CRvB 29 december 1987, AW 1986/222, RVR 1992, 91.

153 Vgl. mijn annotatie onder RVR 1992, 91.

154 CGB 18 oktober 1989, oordeel 3083-89-03/e.v., OB 1989/1990, p. 13.

155 CGB 9 juli 1993, oordeel 381-93-27, RN 1994, 368.

blijkt bij Protech. Ook de Rotterdamse haven-zaak bij de CGB vormt hiervan een illustratie. Welke sanctionering moet volgen op het oordeel van de CGB dat inhoudt dat de beloning onrechtmatig is in vergelijking met meerdere maatmannen die elk een ander salaris verdienen?¹⁵⁶

Deze sanctioneringsproblematiek is niet opgelost indien men langs statistische weg beloningsonderscheid zou onderzoeken. Weliswaar volgt hieruit een correcter beeld, maar het maakt niet duidelijk wat het rechtmatige individueel loon moet zijn. In *Danfoss* bijvoorbeeld stelde het EG-Hof op basis van een gemiddeld beloningsverschil een vermoeden van sekseonderscheid vast. Nadat de zaak voor het Deense Hof van Arbitrage werd vervolgd, kwam vast te staan dat het een verboden sekseonderscheid betrof.¹⁵⁷ De nationale rechter verwierp echter de eis van de vakbond om het loon van alle vrouwen met een gefixeerd bedrag te verhogen. De rechter meende dat slechts recht bestaat op het loon dat een mannelijk werknemer voor gelijkwaardige arbeid verdient en eiste alsnog paarsgewijze vergelijking. De zaak was terug bij af. De huidige gelijk-loonwetgeving van de meeste landen kampt daarmee met het probleem dat maar moeilijk te voldoen is aan de verplichting van de eerste EG-richtlijn om het beginsel van gelijke beloning te waarborgen.

5.4 De juridische representatie van gelijkwaardige arbeid

5.4.1 Algemeen

Artikel 7 WGB verplicht tot het vergelijken van het loon dat voor gelijkwaardige arbeid wordt verdiend. Of de functies in kwestie gelijkwaardig zijn, vergt een juridische weging. Artikel 8 verplicht te wegen op basis van een deugdelijk stelsel van functiewaardering, waarbij zoveel mogelijk wordt aangesloten bij het stelsel dat gebruikelijk is in de onderneming. In praktijk blijken juridische procedures pas plaats te vinden na onderzoek door de CGB. Dat verbaast niet omdat zonder het activistisch onderzoek van de Loontechnische Dienst op de werkplek een individueel werknemer niet in staat is de noodzakelijke gegevens te verzamelen. De LTD-ambtenaren wegen functies op grond van het ondernemingssysteem of bij gebrek daaraan op grond van een gangbaar Nederlands systeem. Sinds 1993 wordt het toe te passen functiewaarderingssysteem aan kwaliteitseisen getoetst maar (nog) niet op seksneutraliteit.¹⁵⁸ Richtlijn 75/117/EEG verbiedt evenwel seksdiscriminatie in functiewaarderingssystemen, terwijl het EG-Hof aan het juridisch gebruik van dergelijke systemen in loonprocedures nadere eisen stelt (§ 3.2.3).

156 Zie uitgebreider mijn annotatie onder RN 1994, 368.

157 Hof van Arbitrage 22 oktober 1991, opgenomen in: Law Network of the Equal Opportunities Unit of the EC-Commission, Newsletter 1. Zie ook Boelens en Veldman 1993, p. 51.

158 CGB 1 juni 1993, oordeel 437-93-20/21.

Hoofdstuk 11

Ook bij het algemene verbod van seksediscriminatie in de arbeidsvoorwaarden kan gelijkwaardige arbeid een rol spelen. Ingeval van een ondoorzichtige beloningspraktijk kan een gevonden gemiddeld loonverschil gemakkelijk weerlegd worden indien vrouwen oververtegenwoordigd zijn op de lagere functieniveaus. In dat geval moet op functieniveau vergeleken worden. Dat sluit echter mogelijke onregelmatigheden in het voorafgaande inschalingsproces van de functies van mannen en vrouwen buiten het juridisch onderzoek. Voordat per schaalniveau vergeleken kan worden, moet het onderliggende systeem dat tot deze inschaling leidt, ook onderzocht worden op sekseonderscheid.

Op de Nederlandse arbeidsmarkt wordt veelal niet elke functie naar zijn exacte gewicht betaald, maar ingedeeld in functiegroepen van vergelijkbaar gewicht. Aan deze functiegroep wordt een salarisschaal verbonden. Binnen deze schaal kan het individueel loon vervolgens variëren afhankelijk van persoonlijke kwalificaties (diensttijd, prestatie, leeftijd, opleiding et cetera). Het inschalen vergt het onderling wegen van functies. Dat kan uiterst willekeurig door op ad hoc basis de schaal te bepalen. Bij een systematische procedure wordt gebruik gemaakt van functiewaarderingsystemen. Hoewel het waarden van arbeid altijd deels een afspiegeling is van de heersende sociaal-culturele waarden, leidt het hanteren van een systeem althans tot een geobjectiveerde procedure. De economische voordelen van dergelijke procedures zijn dat beter inzicht ontstaat in de functieopbouw van de organisatie en de benodigde loonkosten.

In Nederland worden ongeveer 50 verschillende systemen gebruikt. Sommigen zijn ondernemingssystemen. Het grootste deel van het functiewaarderingsproces in Nederland valt echter onder ongeveer tien bedrijfstaksystemen. In het laatste geval zijn de op basis van het bedrijfstakstelsel gewaardeerde functies of functiegroepen vaak al met een inschaling in de bedrijfstak-cao opgenomen. In elke werkgeversrelatie is de arbeidsorganisatie echter zelf juridisch aansprakelijk voor overtreding van het beginsel van gelijke beloning ook al volgt dit uit de CAO.¹⁵⁹ De systemen in Nederland zijn globaal onder te verdelen naar vergelijkende of analytische methoden of combinaties daarvan. Bij een vergelijkende methode wordt de functiebeschrijving in totaliteit vergeleken en ingedeeld aan de hand van algemene omschrijvingen van functieniveaus. Bij de analytische methode wordt de functiebeschrijving steeds opnieuw bekeken vanuit een ander gezichtspunt, zoals bijvoorbeeld benodigde kennis, zelfstandigheid, ervaring et cetera. Per gezichtspunt worden punten toegekend en uiteindelijk samen opgeteld. Het is mogelijk dat de gezichts-

159 EG-Hof 43/75, JUR 1976, 455; EG-Hof 33/89, JUR 1990 I-2591; EG-Hof 127/92, JUR 1993, I-5535; CGB 5 december 1991, oordeel 371-91-80, OB 1991, 339; CGB 14 januari 1993, oordeel 342-93-03.

punten een verschillend gewicht in de totaalscore uitmaken, wanneer de score per gezichtspunt vermenigvuldigd moeten worden met weegfactoren. De analytische methode is doorzichtiger voor controle van de totstandkoming van de waardering.

Wetenschappelijk onderzoek naar sekseonderscheid in functiewaarderingssystemen komt in Nederland langzaam op gang.¹⁶⁰ In de Verenigde Staten bestaat ruimere onderzoekservaring.¹⁶¹ Het Nederlandse onderzoek is tot nu toe kwalitatief van aard, wat aansluiting toelaat op de door het EG-Hof gestelde kwalitatieve eisen. Op grond van de literatuur is vast te stellen dat verschillende fasen in het waarderingsproces tot seksegerelateerde vertekening kunnen leiden.

Er is een onderscheid te maken tussen seksepecificiteit in het systeem zelf en in zijn toepassing. De toepassing bestaat uit het maken van functiebeschrijvingen en, bij een analytisch systeem, het toekennen van de scores per gezichtspunt. Het systeem zelf kan sekse specifiek zijn wanneer in ongelijke mate ‘vrouwelijke’ en ‘mannelijke’ vaardigheden en omstandigheden tot uitdrukking komen in de keuze en formulering van gezichtspunten.¹⁶² Of wanneer deze vaardigheden een ongelijke maximaal toegestane waardering kennen. Dergelijke ongelijkheden voldoen niet aan de eisen die het EG-Hof in *Rummler* stelt, namelijk dat het gebruikte functiewaarderingssysteem “in zijn geheel op passende wijze rekening moet houden met alle voorkomende gezichtspunten van de verschillende werkzaamheden in de onderneming” en dat “het zodanig is opgezet dat, voorzover de aard van de betrokken werkzaamheden dat toelaat, functies waarvoor criteria gelden waarvoor vrouwen in het bijzonder geschikt kunnen zijn, als gelijkwaardig worden erkend”.¹⁶³

5.4.2 Onderzoeksopzet bij Protech

Protech kent een ondernemingssysteem dat feitelijk uit twee aparte systemen bestaat. Een systeem voor de schalen 1 tot en met 11 en een systeem voor de schalen 21 tot en met 28. Een diepgaande sociaalwetenschappelijke analyse van het systeem zou te omvangrijk zijn in het kader van dit onderzoek. In plaats daarvan wordt het systeem en zijn toepassing op enkele aspecten onderzocht op mogelijke indicaties

160 Bijvoorbeeld De Bruyn 1991; Van den Herik 1991; Van den Herik en Janssen 1991; Veldman 1991; Veldman 1989; Remery 1990; De Bruyn 1988; Bajema 1988; Smit-Voskuyl 1987.

161 Bijvoorbeeld Blumrosen 1979; Treimann en Hartmann 1981; Grams en Schwab 1985 en Arvey 1986. Voor een overzicht: England en Dunn 1988.

162 Onder vrouwelijke/mannelijke vaardigheden en omstandigheden worden die vaardigheden en omstandigheden verstaan die typisch zijn voor functies die doorgaans door vrouwen/mannen worden uitgeoefend. Voor vrouwenfuncties bijvoorbeeld: kort-cyclisch werk zoals typiste en telefoniste; gebrek aan bewegingsvrijheid; administratieve en secretariële vaardigheden; sociale en contactuele eigenschappen. Voor mannenfuncties bijvoorbeeld: productie-, leidinggevende en technische vaardigheden; fysieke belasting; buitenwerk.

163 EG-Hof 237/85 JUR 1986, 2110, r.o. 13, 15, 16, 17.

Hoofdstuk 11

voor een vermoeden van sekseonderscheid.¹⁶⁴ Het onderzoek beperkt zich tot het systeem voor de lage schalen dat van toepassing is op de meerderheid van de vrouwen die in dienst zijn. Het systeem is van toepassing op 1681 werknemers waarvan 337 vrouwen (20%). Van de 337 vrouwen zijn er 156 werkzaam in het secretariële functiep pad. In dit functiep ad zijn geen mannen vertegenwoordigd. De overige vrouwen zijn werkzaam in de representatieve en administratieve functiep aden. De mannen zijn grotendeels werkzaam in de produktie- en technische functiep aden.

Hieronder wordt eerst de inrichting van het Protech-systeem onderzocht. Dit valt uiteen in onderzoek naar de keuze en formulering van de gezichtspunten (§ 5.4.3) en onderzoek naar de omzetting van functiescores in salarisschalen (§ 5.4.4). Daarna wordt de toepassing van het systeem onderzocht, door vergelijkenderwijs de concrete toekenning van scores aan concrete werkzaamheden in de onderneming te analyseren (§ 5.4.5). Alle bevindingen zijn geverifieerd bij de verantwoordelijke functieanalist, die tezamen met een collega als enige toegang heeft tot het bedrijfssysteem.

5.4.3 De inrichting van het Protech-systeem I

Het systeem hanteert negen gezichtspunten die binnen vier hoofdgroepen vallen (zie onderstaande figuur 3).

Figuur 3 De negen gezichtspunten van het functiewaarderingsstelsel

'vaardigheden'	'inspanning'	'verantwoorde- lijkheid'	'werkcondities'
opleiding	fysieke inspanning	afbreukrisico	werkcondities
ervaring		contacten	
complexiteit		instructie geven	
aanwijzingen			

Elk gezichtspunt kent oplopende graden waaraan een oplopend aantal punten is gekoppeld. Bij elke graad van elk gezichtspunt wordt een voorbeeldfunctie genoemd. Uit de literatuur blijkt dat het gebruik van meer dan ongeveer vier gezichtspunten geen meerwaarde heeft.¹⁶⁵ De gezichtspunten gaan sterke onderlinge correlaties

164 Het onderzoek voorzover hier gepresenteerd, vormt een deel van een grootschaliger functiewaarderingsonderzoek bij onder meer dit bedrijf, hierover Veldman 1988 en 1991.

165 Elizur 1980; Arvey 1986.

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

vertonen, dat wil zeggen als de functie op punt a hoog scoort, ook op punt b hoog zal worden gescoord gezien de samenhang van de punten a en b. Deze overlap is binnen het Protech systeem voorstelbaar voor inspanning en werkcondities. Bestu-dering van de gezichtspunten leidt tot het vermoeden dat deze meer door de aard van de mannenberoepen dan de vrouwenberoepen zijn ingegeven. Fysieke inspanning leidt over het algemeen tot een waardering van vaardigheden waarvoor mannen-functies in het bijzonder geschikt zijn, zo meent het EG-Hof. Het gebruik van dit gezichtspunt kan echter gerechtvaardigd zijn, gezien de voor het werk vereiste inspanning en het bestaan van compenserende criteria die typische vrouwelijke vaardigheden waarderen.¹⁶⁶ De uitleg in het systeem van fysieke inspanning biedt weinig aanknopingspunten voor de waardering van de inspanning die in vrouwen-beroepen gebruikelijker is. Bijvoorbeeld mentale belasting als gevolg van hoge werkdruk (secretariaat) of fysieke belasting als gevolg van snel repeterende handelingen (typen), valt niet onder de gezichtspunten en wordt derhalve ook niet gewaardeerd. De laagste graad van fysieke inspanning wordt gedefinieerd als 'vermoeidheid als gevolg van herhalende handelingen'. De nadere omschrijving hiervan en de voorbeeldfuncties duiden echter op herhalende assemblage-werkzaamheden. Typistes blijken in de praktijk geen punten te verdienen op dit gezichtspunt.

Voor het gezichtspunt van de werkcondities geldt min of meer hetzelfde. Een score op werkcondities is, aldus het systeem, uitsluitend mogelijk wanneer in een laboratoriumruimte, fabrieksruimte of anders dan in kantooromstandigheden wordt gewerkt. Vrouwen concentreren zich binnen het bedrijf echter in de administratieve, secretariële en representatieve functies. Deze worden allen in kantooromstandigheden worden verricht. Alle technische en productiefuncties waarin bijna 100% van de mannen werken, scoren op werkcondities. Deze strikte scheiding lijkt niet altijd recht te doen aan de voor het werk vereiste inspanning. De onderhoudsmonteur die belast is met reparatie van verlichting en elektrische installaties in het kantoorgebouw scoort punten op werkomstandigheden. De telefoniste daarentegen werkt in de telefooncentrale onophoudelijk en in een vaste houding. Omdat dit kantooromstan-digheden zijn, kent het systeem geen score toe op werkcondities. Uit opgevraagde functiebeschrijvingen en de toegekende scores per gezichtspunt, blijkt dat de waardering op 'fysieke inspanning' en 'werkomstandigheden' sterk correleren. Productie- en technische functies ontvangen twee maal compensatie voor dezelfde arbeidscomponent.

De formuleringen die gebruikt worden voor de verschillende graden per gezichtspunt lijken in meerdere mate toegeschreven op mannenarbeid. Zo wordt de hoogste graad van complexiteit omschreven als 'werkzaamheden welke professionele

¹⁶⁶ EG-Hof 237/85, JUR 1986, 2110.

Hoofdstuk 11

technische vermogens eisen'. In de voorafgaande graden worden steeds naast elkaar vermogens opgesomd die gekoppeld zijn aan respectievelijk productie-, technische en administratieve werkzaamheden. De hoogste graad is echter gereserveerd voor uitsluitend technische functies. Er wordt ook maar één technische voorbeeldfunctie gegeven in tegenstelling tot de andere graden. Het reserveren van de hoogste graad voor specifieke vaardigheden die eigen zijn aan mannenarbeid, voorkomt op voorhand al dat vaardigheden van vrouwenarbeid, zou het werk dat vereisen, gelijkwaardig kunnen scoren.

In *Rummler* bepaalt het Hof dat criteria die meer toegesneden zijn op mannenarbeid gecompenseerd moeten worden in het systeem door andere criteria. De criteria fysieke inspanning, werkcondities en complexiteit vergen derhalve compenserende criteria. De hoofdgroepen die reteren zijn 'vaardigheden' en 'verantwoordelijkheid'. Vaardigheden zoals opleiding en ervaringsjaren zijn helder en eenduidig te benoemen. Hieruit blijkt geen sekseverschil. Wordt naar de groep van verantwoordelijkheden gekeken, dan is ook het geven van instructie een helder criterium dat op elke soort van functie past. De gezichtspunten die moeten compenseren omdat zij met name op vrouwenfuncties zijn toegesneden, kunnen nog slechts 'afbreukrisico' en 'contacten' zijn. Afbreukrisico is de omvang van de schade die als gevolg van fouten kan ontstaan. Het systeem beperkt dit tot materiële schade aan gereedschappen en machines. De schaderisico's van representatieve functies die klanten kunnen aantrekken of afstoten kan hierom bijvoorbeeld niet gewaardeerd worden.

'Contacten' lijkt in beginsel compenserend te kunnen zijn. In de representatieve en secretariële functies is veel contact en sociale omgang vereist. Evenwel blijkt uit de formulering van de graden en de voorbeeldfuncties onder 'contacten' dat alleen externe contacten met derden in servicefuncties en commerciële functies scoren. Met name de contacten van de ambulante servicemonteur scoren hoog. De secretaresse dient volgens de functieomschrijving contacten te onderhouden met buitenlandse bezoekers en relaties van het bedrijf. Deze contacten scoren aanzienlijk lager dan die van de servicemonteur. De functie-analist verklaart dit doordat de contacten van de secretaresse niet van rechtstreeks economisch belang zijn voor het bedrijf.

5.4.4 De inrichting van het Protech-systeem II

De behaalde totaalscore van de functie op basis van het functiewaarderingsstelsel van Protech correspondeert met een bepaalde salarisschaal. De omzettingstabel bestaat hiervoor uit verschillende 'banden' met gelijke breedte:

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

band 5: 141 t/m 155 punten = schaal 8

band 6: 156 t/m 170 punten = schaal 9

band 7: 171 t/m 185 punten = schaal 10 et cetera

De functies die binnen één band vallen en daarmee binnen één schaal, worden door de onderneming als van gelijke waarde aangemerkt. Het hanteren van gelijke schaalbreedtes of bandbreedtes zoals bijvoorbeeld consequent veertien punten, lijkt logisch, maar is het niet. Het puntenaantal loopt steeds meer op bij zwaardere functies. Een lichte functie scoort bijvoorbeeld 87 punten, een zware functie 560 punten. Bij een uiteenlopend puntenaantal zijn de veertien punten die nodig zijn om een hogere schaal te bereiken, voor een zware functie slechts een fractie van de oorspronkelijke waarde (2,5%). Voor de lage functie betekenen veertien punten echter een toename van 16% procent van de oorspronkelijke functiewaarde.¹⁶⁷

Naarmate het niveau van de functies hoger is, zullen functies eerder als ongelijkwaardig worden aangemerkt bij een vaste bandbreedte. Het beloningssysteem is in de hogere echalons dan ook gedifferentieerder dan op lagere niveaus. Daarmee schuift ook de kritische grens wanneer arbeid nog van gelijke waarde is en wanneer niet meer, steeds verder op. In de organisatiepraktijk lijkt hier op zich geen bezwaar tegen. Problemen ontstaan als het functiewaarderingsysteem als juridisch meetinstrument wordt ingezet en zo in een juridische werkelijkheid wordt getrokken. In de juridische context is wel een vast criterium nodig voor de grens tussen gelijkwaardige en ongelijkwaardige arbeid. De CGB hanteert voor gelijkwaardige arbeid een verschil in punten dat niet meer mag zijn dan de bandbreedte die bij het gebruikte systeem hoort. In dit geval mogen functies derhalve veertien punten van elkaar verschillen om nog arbeid van gelijke waarde te vormen. Bij het Protech-systeem kan dat op problemen stuiten omdat de bandbreedte zoals uiteengezet geen vast grenscriterium oplevert. Het criterium kan inhouden dat soms een verschil van maximaal 2,5% dan weer van maximaal 16% is toegestaan voor gelijkwaardige arbeid.

De confrontatie van de sociaal-economische functiewaarderingsystemen met de wettelijke voorschriften en de rechtspraktijk betekent een ruis tussen de 'disciplines'. De functiewaarderingsystematiek maakt het onvermijdelijk dat om de zoveel punten een streep wordt getrokken om een nieuwe functieklasse en bijbehorende schaal te creëren. Deze systematiek heeft als gevolg dat één bepaalde functie net onder de streep en een andere net boven de streep kan scoren. Het verschil tussen de functies kan precies één punt zijn, toch worden ze verschillend ingeschaald. Omdat een juridische erkenning van deze functies als (nagenoeg) gelijkwaardige arbeid de

¹⁶⁷ Vgl. Smit-Voskuijl 1987, p. 307.

Hoofdstuk 11

hele bestaande functiestructuur op de arbeidsmarkt omver zou werpen, beoordeelt de CGB een correcte indeling door de werkgever in een andere functieklasse, ongeacht het puntenverschil, altijd als ongelijkwaardige arbeid. Dit zou evenwel ook andersom moeten inhouden dat een correcte inschaling door de werkgever in dezelfde functieklasse tot de conclusie van gelijkwaardige arbeid leidt, ongeacht het puntenverschil. In het enige geval waarin dit probleem voor de rechter kwam, werd dit afgewezen.¹⁶⁸

Het meest problematisch ligt de afstemming van de juridische werkelijkheid op de arbeidseconomische werkelijkheid wanneer de arbeidsorganisatie zelf geen of geen deugdelijk functiewaarderingsstelsel gebruikt. In dat geval wordt door de CGB een gebruikelijk Nederlands functiewaarderingsstelsel toegepast om de functies te scoren. Voor het oordeel over (on)gelijkwaardige arbeid wordt de bandbreedte gebruikt die bij dit toegepaste stelsel hoort. De kans dat deze breedte toevalligerwijs overeenstemt met de bestaande schaalverdeling in de organisatie, waar het functiewaarderingsstelsel immers nooit eerder is toegepast, is klein. De gevolgen voor het beloningssysteem wanneer een andere schaalverdeling over de oorspronkelijke schaalverdeling in de organisatie heen wordt gelegd, kunnen dan ook groot zijn. Om dit enigszins tegen te gaan wordt in deze gevallen de 'speelruimte' voor gelijkwaardige arbeid, namelijk de bandbreedte, door de CGB gehalveerd. Deze praktijk is geboren uit een gebrek aan alternatieven om te kunnen bepalen hoeveel punten functies mogen verschillen om van (nagenoeg) gelijke waarde te zijn. Omdat juridisch een criterium moet worden gevonden en de organisatie er geen biedt omdat geen functiewaarderingsstelsel is toegepast, wordt een gefixeerd aantal punten vastgesteld. Binnen de betreffende arbeidsorganisaties kan het beleidsoordeel over het aantal punten dat functies mogen verschillen om nog binnen dezelfde schaal te vallen, echter anders zijn. Zou de organisatie bredere schalen hanteren dan concludeert de CGB te snel tot ongelijkwaardige arbeid, zou de organisatie smallere schalen hanteren dan concludeert de CGB te snel tot gelijkwaardige arbeid.

Uiteraard kan men het oordeel over hoe breed schaalklassen moeten zijn, niet aan de organisatie willen laten en, juridisch kiezen voor een vaste standaard. Maar wanneer een organisatie wel een eigen systeem hanteert, gaat de CGB tot nu toe wél af op de breedte van de klassen die de organisatie zelf vaststelt. Kortom, het juridische representeren van beloningsdiscriminatie op basis van de vergelijking van de waarde van twee functies, lijkt niet verenigbaar met de arbeidseconomische praktijk.

168 Rb. Den Bosch 2 maart 1984, RGB I, 120 verwierp de indeling in dezelfde functieklasse als bindende methode voor het bepalen van gelijkwaardige arbeid.

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

Vergelijkt men juridisch niet paarsgewijs, maar op grond van beloningsgemiddelden, dan zal onderscheid dat een gevolg is van de gekozen schaalbreedte in het bedrijf zonder dat dit verband houdt met sekse, eerder uitgemiddeld worden. Maar ook bij statistisch loononderzoek is het onvermijdelijk om te corrigeren voor de ongelijke spreiding van mannen en vrouwen over de verschillende functieniveaus. Daarom zal de door de organisatie tot stand gebrachte schaalverdeling toch een rol blijven spelen. Of deze schaalindeling op basis van functiewaardering in zichzelf niet onderscheidt naar sekse, moet daarom daarnaast toch apart onderzocht worden. Het lijkt echter een correcter beeld te geven indien dat onderzoek systematisch gebeurt voor alle functies in het bedrijf, in plaats van voor twee uit de schaalstructuur geïsoleerde functies. Het laatste is wel mogelijk, indien er sprake is van een herkenbaar indirect onderscheidend functiewaarderingscriterium. Maar hieruit is al op rechtstreekse wijze juridisch onderscheid af te leiden, waardoor het empirisch functiewaarderingsonderzoek niet meer nodig is.

5.4.5 De toepassing van het Protech-systeem

Om de praktische toepassing van het systeem in de waardering van concrete functies te onderzoeken zijn 38 beschrijvingen in het bedrijf verzameld van functiegroepen in de uitvoerende rangen. De functiegroepen zijn door de functieanalist van het bedrijf getypeerd als mannen- of vrouwenarbeid. Vervolgens zijn in totaal 16 functiegroepen uitgekozen waarvan de functiebeschrijving voldoende informatie gaf, er geen uitzonderlijke taken waren en de functiegroep minstens vijftien functiehouders kende. De helft van de geselecteerde functiegroepen betreft vrouwenfuncties. Deze functies worden gemiddeld voor 75% door vrouwen bezet, ten opzichte van een gemiddelde bezetting van 20% vrouwen in alle uitvoerende functies. De andere helft betreft mannenfuncties. De gemiddelde bezetting door mannen is 99% ten opzichte van een gemiddelde bezetting van 80% mannen in alle uitvoerende functies.

De waardering van de verschillende vrouwen- en mannenfuncties zijn op basis van de functieomschrijvingen, het Protech-systeem en interviews met de functieanalist vergeleken. De juistheid van de functiebeschrijvingen is niet nader onderzocht. Vanwege de hier beschikbare ruimte worden twee van de vergelijkingen beschreven die de toepassing van het functiewaarderingsstelsel tussen een mannen- en een vrouwenfunctiegroep weergeven.¹⁶⁹ Deze twee vergelijkingen die aldus vier typen functie beslaan, hebben betrekking op 238 functiehouders. Aangezien bijna de helft van het aantal werkzame vrouwen in de uitvoerend rangen werkzaam is in het secretariële functiepad, zijn hieruit twee functies geselecteerd voor de vergelijkingen.

169 Andere vergelijkingen zijn te vinden in Veldman 1988 en Veldman 1991.

Hoofdstuk 11

secretaresse / 1e installatieonderhoudsmonteur

In het secretariaeel pad zijn alle 156 functiehouders vrouw. In het onderhoudsmonteurpad zijn alle 15 functiehouders man. Na een interne secretariseopleiding (trainee) krijgt men de functie van aankomend secretaresse. De volgende stap op de totaal vier treden van het loopbaanpad is secretaresse. Ook voor de 1e onderhoudsmonteur is het de tweede stap, zij het in een loopbaanpad van drie treden. De 1e monteur is ingeschaald in schaal 12.¹⁷⁰ Zijn werkzaamheden bestaan uit onderhoud en reparatie van elektrische-, airconditioning-, en verwarmingsinstallaties in het gebouw. De secretaresse is ingeschaald in schaal 10. De werkzaamheden worden bekend verondersteld. De functies verschillen in score 31 punten.

Viervijfde van het puntenverschil wordt verklaard door het verschil in score op 'ervaring'. De 1e monteur is 2 graden hoger ingedeeld. Voor monteur is geen interne opleiding. In plaats daarvan wordt een ervaring van twee jaar gevraagd bij indiensttreding. Om 1e monteur te worden is twee jaar ervaring nodig als 'monteur', totaal wordt 4 jaar vereist. Voor secretaresse wordt gemiddeld anderhalf jaar ervaring als aankomend secretarise gevraagd. De traineetijd blijft buiten beschouwing. Het systeem bepaalt dat dit onder vooropleiding meegewogen moet worden. Opvallend is dat ondanks het verschil in benodigde ervaring, de secretarisefunctie gelijk scoort op kenmerken die de vaardigheidsgraad van de functie tot uitdrukking brengen, namelijk complexiteit van taken, vereiste opleiding en verkregen aanwijzingen.

Het verschil van twee salarisschalen tussen de 1e monteur en de secretaresse valt verder terug te voeren op een betere score van de 1e monteur op werkcondities (één graad hoger) en fysieke inspanning (twee graden hoger). Dit stemt overeen met de vermoedens dat deze gezichtspunten meer toegesneden zijn op vaardigheden die eigen zijn aan mannenarbeid. De score op de overige gezichtspunten zijn gelijk met uitzondering van contact. Interessant is de gelijke score op opleiding. Voor de 1e monteur wordt LBO met aanvullende vakgerichte cursussen gevraagd, voor de secretaresse HAVO. De functiebeschrijving maakt geen melding van de eveneens benodigde opleiding als trainee-secretarise hoewel interne opleiding onder vooropleiding moet worden meegewogen. Nu lijkt het er op dat het traineeschap noch onder opleiding noch onder ervaring wordt meegeteld. Het bedrijf registreert het kennisniveau van de medewerkers. In deze registratie worden negen niveaus onderscheiden, waarbij HAVO drie niveaus boven LBO ligt. Op grond van het functiewaarderingssysteem worden beide functies in dezelfde graad van opleiding ingedeeld. Eén graad hoger voor de secretaresse zou leiden tot een totaalscore die

170 De genoemde schaalcijfers zijn geen waarheidsgetrouwe weergave in de schaalverdeling van 1 tot en met 11. Dit is gebeurd met het oog op gewenste anomiteit van het bedrijf. De onderlinge schaalverschillen komen wel overeen met de werkelijkheid.

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

een hogere inschaling rechtvaardigt. Eén graad lager voor de 1e monteur leidt tot een devaluatie naar een lagere schaal.

Zoals besproken, kunnen gezichtspunten die in meerdere mate toegeneden zijn op ‘mannelijke’ vaardigheden, gerechtvaardigd zijn vanwege de vereiste inspanning van het werk. Evenwel moeten andere gezichtspunten in dat geval ‘vrouwelijke’ vaardigheden, indien dergelijke werkzaamheden voorkomen in de onderneming, op gelijk niveau kunnen waarderen. Voor een secretaressefunctie zouden ‘contacten’ zich lenen voor de waardering van vaardigheden zoals discretie, representativiteit of sociale vaardigheden. De secretaresse scoort inderdaad hoger op contact dan de 1e monteur. Het verschil is echter één graad. Toch stelt de functieomschrijving van de secretaresse onder andere: ‘het voorbereiden van vergaderingen voor haar chef met andere werknemers uit binnen- en buitenland alsmede met relaties’ en ‘het ontvangen van buitenlandse bezoekers’. Hiervoor lijkt toch een aanzienlijke extra mate van contactuele eigenschappen vereist, dan voor een functie van onderhoudsmonteur in het eigen kantoorgebouw. Het kleine verschil in waardering tussen de contacten van de representatieve functie en de technische functie, lijkt het gevolg van de definities van de graden. Zoals boven al aan de orde kwam, is bij contacten gedacht aan commerciële contacten met derden. Zo wordt in de omschrijving van de graden gesproken van de mate van invloed welke nodig is om klanten te overtuigen. Bovendien wordt expliciet gemeld dat contacten tussen de werknemer en zijn chef niet gewaardeerd mogen worden. Dit is op zich niet onredelijk, maar werkt nadelig voor de secretaresse omdat haar hele functie bestaat uit het geven van secretariële ondersteuning aan juist haar chef. Intensief contact met de chef is daarbij een belangrijk vereiste. De functiebeschrijving onderstreept dit: ‘Agenda bijhouden, afspraken maken, helpt aan allerlei zaken herinneren, verstrekt informatie.’ Volgens het systeem zou het voor de secretaresse zo belangrijke functieonderdeel ‘contact’, alleen mogen worden meegewogen voorzover het géén contact met de chef betreft.

Contact is voor de secretaresse geen gezichtspunt dat de algemeen nadelige werking van de gezichtspunten inspanning en werkcondities kan compenseren. Dat lijkt niet alleen in het secretariële pad te gelden. We maken een kleine zijspiong naar het representatieve functiepad, waarin de marketing-informatrice werkt. De marketing-informatrice voorziet (toekomstige) klanten van de onderneming van informatie en hulp op het terrein van de verkoop. Zij beantwoordt vragen, lost problemen op en is de intermediair tussen klant en verantwoordelijke marketingafdeling. De functie is bij uitstek communicatief en representatief. Ondanks dit alles scoort ook de informatrice in contacten maar net boven de 1e onderhoudsmonteur en ver onder de technische buitendienst die klanten bezoekt voor produktreparatie. Eén graad hoger op contact zou zowel voor de marketing-informatrice als secretaresse een hogere salarisschaal betekenen.

Hoofdstuk 11

directiesecretaresse / senior technisch specialist

Beide functies zijn de top in respectievelijk het secretariële pad en het technische pad. Het secretariële pad is inmiddels bekend. In het technische pad werken 67 functiehouders waaronder 1 vrouw. De functieomschrijving van de directie-secretaresse vermeldt onder andere:

‘verricht secretariële taken voor de hoofddirectie die bijzondere sensitieve aspecten omvatten, zoals het werken met strikt vertrouwelijke stukken; contacten onderhouden met leidinggevenden binnen de internationale holding en Nederlands bedrijfsleven; zelfstandig verzamelen en het rapporteren van relevante informatie op het beleidsterrein van de directeur en het zelfstandig coördineren en organiseren van vergaderingen op topniveau’.

De functieomschrijving van de senior technisch specialist stelt onder andere:

‘verricht zelfstandig technische takenpakketten volgens globale richtlijnen; gebruikt gecompliceerde technische apparatuur; legt technische gegevens in rapporten vast en adviseert hieromtrent’.

Het verschil in score is 46 punten ten nadele van de directiesecretaresse. De directiesecretaresse is ingeschaald in 14, de technicus in schaal 17. De directiesecretaresse scoort één graad lager op ervaring dan de senior technicus. Dit verklaart één derde van het puntenverschil. Het verschil in score is met het oog op de tekst van het systeem opmerkelijk. In de functiebeschrijving van de directiesecretaresse staat expliciet dat tenminste een vijfjarige ervaring vereist is. Het systeem kent ervaringsgraden van onder andere drie jaar en van vijf jaar. In strijd met de functiebeschrijving is de driejarige ervaringsgraad toegekend aan de directiesecretaresse. De gemiste vijftien punten resulteren in één lagere schaal. De functie-analist licht desgevraagd toe dat de functiebeschrijving te geflatteerd werd geacht. Interessant in deze is dat ten tijde van het onderzoek werd besloten de functiebeschrijvingen van secretarissen te herzien vanwege klachten over onvolledigheid. De analist deelt mee dat dit niet tot schaalwijzigingen zal leiden.

Een verder verschil in punten vloeit voort uit het feit dat de directiesecretaresse geen punten behaalt op ‘afbreukrisico’, ‘fysieke inspanning’ en ‘werkcondities’. Dit in tegenstelling tot de senior technicus. Er is al meermalen gewezen op het indirect onderscheidend effect dat uitgaat van de wijze waarop deze gezichtspunten worden uitgelegd. Door een technische invulling van ‘afbreukrisico’ kan het risico op schade vanwege de omgang door de secretaresse met confidentiële documenten, niet gehonoreerd worden. De punten op ‘werkcondities’ en ‘inspanning’ lijken de technicus nagenoeg automatisch toe te vallen. De functiebeschrijving vermeldt op deze punten: ‘geen noemenswaardige inspanning’ en ‘normale werkcondities’. De

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

functie valt echter binnen het criterium 'anders dan kantooromstandigheden' waaruit de toekenning van punten voortvloeit. Ten slotte verliest de directiesecretaresse twintig punten op 'complexiteit van taken'. Ze scoort hier één graad lager dan de technicus. De aan de technicus toegekende graad is voor elke niet-technische functie op voorhand uitgesloten, omdat deze graad alleen wordt toegekend aan werkzaamheden die 'professioneel-technische kwaliteiten' vereisen.

Concluderend, bestaan er verschillende aanwijzingen dat het functiewaarderings-systeem in grote lijnen is afgestemd op technische-, productie- en commerciële functies in het bedrijf. Dit lijkt verklaarbaar doordat dit de kernactiviteiten van het bedrijf vormen. Juridisch wordt echter vereist dat een systeem alle voorkomende werkzaamheden in de onderneming moet waarderen. Hieraan lijkt niet te worden voldaan. De secretariële, communicatieve en representatieve functies die nagenoeg alleen door vrouwen worden bezet, passen moeilijker in het systeem. De gezichtspunten 'inspanning' en 'werkcondities' werken met name nadelig omdat punten hiervoor, ongeacht de inspanning van het werk, automatisch worden toegekend buiten kantooromstandigheden. De hoge onderlinge correlatie van deze gezichtspunten versterkt dit nadeel. Ook de definitie van 'contacten' in het werk werkt nadelig voor de secretariële, communicatieve en representatieve functies.

In een enkel geval bleek sprake van onderscheid in de *toepassing* van het systeem. Om alleen van de ervaringseis in de functiebeschrijving af te wijken ingeval van de secretaressefuncties, wijst op een vermoeden van tenminste indirect sekseonderscheid.

6 Conclusies

6.1 Distorsies in de juridische representatie van discriminatie

De ogenschijnlijk simpele vraag of een arbeidsorganisatie zich aan het gelijke-behandelingsrecht houdt, is, indien de voorgeschreven juridische bewijsmethoden worden gevolgd, niet te beantwoorden zonder gespecialiseerd onderzoek. Bovendien is daarin sprake van verschillende onopgeloste problemen zoals uit het bovenstaande onderzoek mag blijken. Dit alles stemt overeen met de problemen die de verschillende ambtelijke diensten van het Ministerie van SZW (LTD, DCA en tijdelijk de Arbeidsinspectie) bij toezicht op de wetgeving ondervonden. Al deze diensten verklaren in hun onderzoeksverslagen dat uitspraken over de naleving van de wettelijke normen niet mogelijk zijn geweest (§ 2.2.2).

Wil men juridisch onderzoeken of sprake is van een vermoeden van sekseonderscheid, dan is hiervoor een schat aan personeelsgegevens nodig. Deze gegevens

Hoofdstuk 11

vereisen nog nadere bewerking. Het grootste deel van het onderzoek is niet zonder hulp van deskundigen en de volle medewerking van de arbeidsorganisatie uitvoerbaar. Dat betekent dat de huidige wettelijke normen moeilijk handhaafbaar zijn, omdat het onderzoek voor een deel aan de individueel benadeelde wordt gelaten. Een omkering van de bewijslast neemt dit niet weg. Voor bijvoorbeeld beloningszaken is zonder meer duidelijk dat zonder het onderzoek door de CGB op de werkplek deze gevallen niet opgespoord kunnen worden. Het handhavingsprobleem is ook daarmee echter niet verholpen. De CGB blijkt vaak het eindstation te zijn, hoewel het uitgesproken oordeel geen zicht geeft op de mate waarin dit daadwerkelijk tot aanpassing in de arbeidsorganisatie leidt. Over het beloningsonderscheid kan slechts in zijn algemeenheid geconstateerd worden dat het gemiddelde verschil tussen mannen en vrouwen in de laatste tien jaar geen wijziging heeft ondergaan.

Afgezien van de noodzaak tot specialistisch onderzoek, is het de vraag in hoeverre de juridische vooronderstellingen die in de normstellingen zijn ingebed verenigbaar zijn met de werkelijkheid van de arbeidsmarkt. Het 'juridisch sjabloon' dat over arbeidsbeslissingen wordt gelegd kan tot distorsies in de representatie van economische informatie leiden. Het onderzoek geeft hiervan verschillende voorbeelden. Het vergelijken van gemiddelde percentages als prima facie bewijs van indirecte of ondoorzichtige discriminatie kan incorrect zijn, in die zin dat het eventueel sekseonderscheid kan verhullen of juist kan aantonen, terwijl het zich niet voor hoeft te doen. Ook is gebleken dat een paarsgewijs vastgesteld loonverschil niet altijd een vermoeden van sekseonderscheid rechtvaardigt, terwijl een paarsgewijze beloningsgelijkheid niet altijd een vermoeden van seksegelijkheid rechtvaardigt. Hetzelfde geldt voor de paarsgewijze functiewaarderingsmethode.

6.2 De juridische categorisering van discriminatievormen

De oorzaak van de problemen die de juridische methoden en technieken voor de representatie van discriminatie oproepen, lijkt in de juridische vooronderstellingen verborgen te liggen. Deze zijn gebaseerd op de idee dat discriminatie op een herkenbare wijze in een individueel geval localiseerbaar is. De juridische categorisering naar direct en indirect onderscheid bouwt hierop voort. Of het criterium 'seks' is met name genoemd in een geformaliseerde regel toegepast op het individu, of een ander eenduidig criterium is genoemd in een geformaliseerde regel, maar op grond van nadere gegevens is afleidbaar dat dit criterium zodanig samenhangt met seks dat de individuele toepassing ervan bijna hetzelfde resultaat geeft als zou 'seks' het criterium zijn geweest.

In confrontatie met de arbeidsmarkt blijkt deze 'geïndividualiseerde' discriminatieconceptie moeilijk houdbaar. Het EG-Hof ziet zich geconfronteerd met praktijken

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

waaruit helemaal geen juridische herkenbare criteria, direct of indirect, te destilleren zijn. Het Hof ziet zich hierop gedwongen de indirecte discriminatie-constructie uit te rekken. Er wordt genoeg genomen met een ongelijke uitkomst van een bepaald beleid zonder dat een verband is te leggen tussen een aanwijsbaar individueel toegepast criterium en sekse. Het Hof legitimeert dit door in 'bijzondere' situaties een afwijking van de bewijsregels toe te staan, om zo rechterlijke controle niet onmogelijk te maken. Op grond van het onderzoek is het vermoeden echter gerechtvaardigd, dat bijzondere situaties de regel zijn. Formele selectiecriteria zijn op de arbeidsmarkt moeilijk te achterhalen, blijken multi-interpretabel of worden flexibel toegepast. Bij een niet-consequente toepassing van formele criteria rijst al snel de vraag, of een verschil tussen twee of enkele werknemers van verschillend geslacht wijst op een *causale* relatie met sekse. Veelal is dit slechts nog door statistische kansberekening te bepalen. In dat geval is discriminatie niet localiseerbaar in het individuele geval.

Deze ondoorzichtige discriminatie moet onderscheiden worden van de indirecte discriminatie. Ondoorzichtige discriminatie is in eerste instantie alleen op basis van kansberekening te bepalen. Voorbij een bepaalde grens in de gevonden selectie naar sekse is het onwaarschijnlijk dat de selectie door toeval veroorzaakt is. De werkgever moet de toegepaste criteria verhelderen en aangeven hoe zij het gevonden verschil verklaren. Bij indirect onderscheid is sprake van de toepassing van een juridisch te analyseren criterium. Door redentie of tellen kan beoordeeld worden of personen van de ene sekse op voorhand in aanzienlijk mindere mate aan dit criterium kunnen voldoen.

Een categorisering die meer recht doet aan de situatie op de arbeidsmarkt en waar het EG-Hof destijds een aanvang mee maakte, is de indeling naar zuiver juridisch te analyseren onderscheid en 'verkapt' oftewel niet zuiver juridisch te analyseren onderscheid. Een gradering naar de mate van transparantie van informatie voor het rechtssysteem, lijkt de eerste stap die gedaan moet worden. Ingeval van seksediscriminatie op de arbeidsmarkt is dat essentieel. De structuur van de wetgeving gelijke behandeling roept een juridisch potentieel feitenbestand op dat voor een rechtssysteem nauwelijks kenbaar is. Dit gaat ook op voor de soortgelijke structuur van de AWGB voorzover het discriminatie op de arbeidsmarkt betreft. De meeste vormen van onderscheid zijn onbewuste vooroordelen. Maar ook als het bewuste vooroordelen zijn, is dit als juridisch feit nauwelijks aantoonbaar. Wordt bijvoorbeeld naar de problematiek van functiewaardering gekeken, dan is sekseonderscheid inherent aan de sociaal-culturele historie van arbeid en niet zozeer aan het maken van sekseonderscheid door een functieanalist. Onderscheid vloeit voort uit een mengeling van maatschappelijke onderschatting van typische vrouwelijke arbeid en

Hoofdstuk 11

het economische belang dat aan met name technische en commerciële vaardigheden wordt gehecht voor het bedrijfsresultaat.

Of een onderscheid al dan niet juridisch transparant is, is het eerste wat rechtens vaststelbaar is. De onderverdeling naar direct en indirect onderscheid vormt daarvan een subcategorie. Pas na een statistisch prima facie bewijs en het verweer van de werkgever is vast te stellen of het direct of indirect onderscheid betreft. Het ondoorzichtig onderscheid is immers in eerste instantie niet rechtstreeks met juridische technieken te ontleden. Van *doorzichtig* sekseonderscheid is sprake wanneer de economische informatie een zodanige vorm heeft dat juridische interpretatie onverwijld mogelijk is. Dat kan alleen wanneer de informatie op grond van argument en logica is te analyseren. Dat is het geval wanneer een aanwijsbaar criterium is toegepast dat of uit sekse zelf bestaat (direct onderscheid) of waarvan te beredeneren valt dat het zodanig met sekse verband houdt, dat de toepassing tot een aanzienlijk onderscheid naar sekse moet leiden (indirect onderscheid). Deze logische redentatie is, zo men wil, ook door tellingen te bereiken, die aangeven dat de toepassing van het criterium inderdaad relatief gezien meer personen van de ene dan van de andere sekse raakt.

Het juridisch *ondoorzichtig* onderscheid ligt problematischer. De enige methode om juridisch te analyseren of sekse als grond verband houdt met een bepaald arbeidseconomisch beleid of proces, is met behulp van de statistische kansberekening. Dat stuit op verschillende moeilijkheden. De rechter moet zich de statistische logica eigen maken. Ook statistisch bewijs is slechts een reconstructie van feiten evenals juridisch bewijs. De ene representatie is niet meer 'waar' dan de ander. De enig mogelijke controle is dat het statistisch bewijs voldoet aan de statistische eisen en voorwaarden die de statistiek hieraan stelt, zoals het juridisch bewijs aan de eigen bewijsregels van het juridisch systeem moet voldoen. In het rechtsproces zou daarvoor het zwaartepunt veel meer moeten verschuiven naar de statistische betrouwbaarheid van het prima facie bewijs. Staat dit in beginsel vast, dan volgen de verklaringen die de werkgever geeft voor het sekseverschil. Ter afronding van het statistisch bewijs moeten deze verklaringen inderdaad het statistisch significant verband tussen de verdelingsuitkomst en sekse wegnemen. Dan pas kan naar de zuiver juridische methode worden overgegaan. Hiermee wordt beoordeeld of het verklarende criterium een objectieve rechtvaardigingsgrond vormt.

Het vervangen van de bestaande categorisering in discriminatie door die van juridisch doorzichtig en ondoorzichtig onderscheid is mogelijk binnen de bestaande wettelijke structuren en EG-regulering. Ondoorzichtig onderscheid is geen onbekend begrip alleen tot nu toe in de jurisprudentie ten onrechte subsidiair gemaakt aan indirecte vormen van onderscheid. Het ligt echter andersom. Door eerst te categoriseren naar wat binnen en wat buiten de rechtstreekse juridische analyse valt, wordt

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

voorkomen dat statistiek op grond van juridische logica wordt uitgevoerd. Er wordt een duidelijke streep getrokken. Het doorzichtig onderscheid is door de juridische methode te reconstrueren, aangevuld met eenvoudige (arbeidsmarkt)tellingen. Het ondoorzichtig onderscheid moet in eerste instantie door een statistische methode gereconstrueerd worden, voordat in een tweede instantie een juridische analyse kan volgen.

Hoewel, zoals gezegd, voor een alternatieve categorisering de bestaande wettelijke normstellingen geen wijzigingen behoeven, is de huidige wetgeving toch ontoereikend. Individueel benadeelden kunnen niet geacht worden het noodzakelijk statistisch onderzoek uit te voeren, terwijl de CGB en belangengroeperingen niet over de benodigde data beschikken. Binnen het huidige wettelijke kader kan een individu of groepering buiten toeval niet beschikken over de gegevens die een voldoende aanwijzing zijn voor zelfs maar een rechtsactie ter verkrijging van meer gegevens. Naast het gebrek aan gegevens, bestaat er een ander probleem binnen de huidige wettelijke structuur van de WGB en de AWGB. Indien belangengroeperingen voldoende geld en kennis zouden hebben, arbeidsorganisaties volop zouden meewerken en de rechterlijk macht geoefend is in statistische analyse, dan nog blijft staan welke rechtsgevolgen verbonden kunnen worden aan het bewijs van discriminatie. Wanneer bijvoorbeeld wordt bewezen dat in de afgelopen drie jaar bij een zeker bedrijf sprake is van ongerechtvaardigd sekseonderscheid bij promotie in de lage schalen, of van sekseonderscheid in de beloning binnen een bepaalde functieschaal, wat moet worden toegewezen om een doeltreffende handhaving van het beginsel van gelijke kansen te verzekeren? Promoties zijn niet terug te draaien of op bestelling te geven. Lonen kunnen niet door de rechter op rechtmatige wijze worden berekend wanneer het volledige beloningsbeleid inconsequent wordt toegepast of wanneer het gebruikte functiewaarderingssysteem in strijd is met de wet. Schadevergoeding kan niet worden geëist door belangengroeperingen, terwijl schade als gevolg van ondoorzichtige discriminatie moeilijk te individualiseren valt.

6.3 Reflexieve rechtsvormen voor het informatieprobleem

Wordt het terrein overzien, dan doemt inmiddels wel de vraag op of de waarborging van het gelijkheidsbeginsel niet alleen in het openbaar bestuur, maar ook in de sociaal-economie, een probleem is dat nog door een rechtssysteem te reguleren is. Het vergt een soort van 'mandarijnenwetenschap'. Hoewel het zo eenvoudig is om op papier gelijke rechten toe te kennen, vormt de complexiteit van de samenleving waarin de sekseverhoudingen een diep en lang ingesleten historie kennen, een bijna onneembare vesting voor het rechtssysteem dat op eenduidigheid, logica en argument is gebaseerd. Het afwenden van de moderne problematiek in de samenleving is voor het recht echter geen oplossing, zoals in het eerste deel van dit boek uitvoerig is

Hoofdstuk 11

beargumenteerd. Het moderne recht wordt voortdurend met soortgelijke complexiteit geconfronteerd. Juridische vragen zijn immers ook wat een gedeeltelijk arbeidsongeschikte zou verdienen op de arbeidsmarkt, hoeveel kooldioxide een fabriek op een bepaalde dag uitstootte, wat de aftrekposten zijn voor een criminele organisatie bij een hasj-transport, of een geneesmiddel kanker veroorzaakt, van wie het twintig jaar geleden is gekocht en of het is ingenomen, et cetera.

Zou men ondoorzichtige discriminatie rechtstreeks vatbaar willen maken voor juridische beoordeling op basis van de huidige reactieve wettelijke normen, dan zou dit een aanzienlijke juridische infrastructuur vergen. Er zijn professionele toezichtsorganen nodig met voldoende taken en bevoegdheden om zonder aanleiding gegevens op te vragen, statistisch onderzoek te doen en deze zaken voor de rechter te brengen of administratief af te doen. Het probleem blijft echter dat discriminatie merendeels alleen op collectief niveau zichtbaar is te maken. Dat geeft weinig sanctioneringsmogelijkheden.

Wanneer tot een rechtstreekse proactieve aanpak zou worden overgegaan, zoals bijvoorbeeld bij de regulering van arbeidsomstandigheden, dan kan gedacht worden aan vereisten waaraan een arbeidsorganisatie bij voorbaat moet voldoen. Gezien de complexe problematiek van systematische discriminatie, betekent dat echter dat vooraf tal van voorwaarden gesteld moeten worden aan nagenoeg alle personeelsinstrumenten, zoals interne wervingsstelsels, promotiestelsels, beloningsstelsels, functiewaarderingsstelsels, et cetera. Dat lijkt een juridische 'overkill' van het economisch proces, waarbij het de vraag is of men datgene bewerkstelligt dat men wil bewerkstelligen.

Het bovenstaande is een goede illustratie van het feit dat het chaosperspectief een seriële causaliteit tussen het rechtssysteem en de samenleving uitsluit. Dat hoeft echter niet tot nihilisme te leiden. Waarom het gaat, is een erkenning van en het leren omgaan met een werkelijkheid die door parallelle causaliteit tussen zelforganiserende maatschappelijke subsystemen standhoudt. Reflexief recht tracht deze mogelijkheid tot parallelle causaliteit te benutten.

Reflexief arbeidsmarktrecht betekent een procedurele regulering van de zelfregulering door de arbeidsorganisatie. Voor de regulering van de gelijkheid van kansen in de formele arbeidsorganisatie, biedt dit mijns inziens de meeste kansen. Ten eerste beschikt de arbeidsorganisatie zelf over de benodigde informatie. Ten tweede is institutionele discriminatie alleen te bestrijden door interne aanpassingen in de arbeidseconomische structuren van werving, promotie, beloning en functiewaardering. Dit lijkt ook de enige weg om de beginselen van gelijke behandeling en beloning langerzamerhand gestalte te geven. Immers, uitsluitend door aanpassing van allocatieprocedures kunnen de, als gevolg van discriminatie in het verleden

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

gevormde sekseverschillen in de functieopbouw en loonopbouw, over verloop van tijd ingelopen worden.

Dit pleit voor een andere juridische 'format' voor de bestrijding van met name de institutionele of systeemdiscriminatie. Reflexieve rechtsnormen kunnen een 'checks-and-balances-procedure' zijn van verplicht te stellen zelfonderzoek van de arbeidsorganisatie, van zelfregulering op dat terrein en van de resultaten die dit al dan niet oplevert. Bestuursrechtelijke formats zijn hier beter op toegesneden dan civielrechtelijke. In het publiekrecht gaat het vaker om een institutionele problematiek in de sociaal-economie als geheel. De neveneffecten van het functioneren van het economische systeem als zodanig, zoals bijvoorbeeld milieuvervuiling of arbeidsrisico's, worden gereguleerd door de actoren vooraf aan vergunningen, milieu-effectrapportages, informatieplichten of werkplannen te binden. Discriminatie lijkt eveneens op grond van geldende sociale en economische verwachtingen een inherent risico van de arbeidsmarkt te zijn. Verschillende reflexieve rechtsvormen zijn in dat geval denkbaar.

Een mogelijkheid is de grotere arbeidsorganisatie aan jaarlijkse 'discriminatie-effectrapportages' te binden. Bij het opmaken van de sociale jaarrekening kan de grotere arbeidsorganisatie de resultaten naar sekse (en ras) van het gevoerde personeelsbeleid en de bestaande personeelsstructuur over dat jaar berekenen. Naar het voorbeeld van de Wet bevordering evenredige arbeidsdeelname allochtonen kan een arbeidsorganisatie verplicht worden bepaalde 'kengetallen' uit deze effectrapportage te deponeren in een openbaar register, dat bijvoorbeeld beheerd kan worden door de CGB of de Minister in het kader van zijn wettelijke toezichthoudende taak. De kengetallen kunnen slechts totalen, verschillen en gemiddelden beslaan zodat zij niet tot individuele werknemers zijn terug te voeren. Voor wat betreft de mate waarin ondernemingen inzage moeten geven in hun beleid en handelen, gaat dit niet wezenlijk verder dan andere noodzakelijk bevonden openbaarheid van informatie in de moderne samenleving. Te denken valt aan het kadaster waar men zijn eigendom van onroerende zaken op naam moet melden, het deponeren van de algemene voorwaarden die deel uitmaken van individuele contracten tussen koper en verkoper, het melden op naam op de beurs van een groot aandelenbezit in een onderneming, het publiceren van de omzet, de winst en zelfs de salarissen van bestuurders van de onderneming, et cetera.

De kengetallen, waarbij te denken is aan promotieverschuivingen per schaal en per sekse, de gemiddelde beloning per schaal en per sekse of aantallen geworven en ontslagen werknemers per sekse, zouden door de CGB, de Minister, ondernemingsraden, vakbonden of belangengroeperingen doorgerekend kunnen worden. In de gevallen waarin dit leidt tot een vermoedelijk haalbaar prima facie bewijs van sekseonderscheid, kan tegen specifieke ondernemingen op eigen initiatief door belangengroeperingen, vakbonden of ondernemingsraden eventuele verdere juridische

Hoofdstuk 11

actie volgens de WGB worden genomen. Verdere stappen kunnen zijn dat de Minister uit de gegevens aanwijzingen verkrijgt voor een nader in te stellen ambtelijk onderzoek, of dat de CGB op grond van deze aanwijzingen een nader onderzoek uit eigen beweging start.

Voor met name beloningsstructuren, en in het bijzonder de functiewaarderingsstructuur, zijn andere reflexieve mechanismen die aanzetten tot zelfonderzoek, denkbaar. Een voorbeeld hiervan geeft de Canadese Pay Equity Act. Er zijn verschillende varianten binnen de verschillende provincies. Ik bespreek kort de algemene structuur van de Pay Equity Act 1987 (PEA) van Ontario.¹⁷¹ De PEA verplicht arbeidsorganisaties met tenminste 100 werknemers een zogenaamd 'pay equity plan' op te stellen. De opstelling dient het resultaat te zijn van onderhandelingen tussen de onderneming of groepen van ondernemingen en de betrokken vakbonden. Overeenstemming is nodig. Het pay equity plan behelst het opsporen van de mannelijke en vrouwelijke beroepsklassen in de onderneming, zoals ze in de wet gedefinieerd zijn. Vervolgens moet in onderhandeling met de vakbond een sekseneutraal functiewaarderingssysteem worden bepaald. Aan de hand van dit systeem worden de gevonden beroepsklassen gewaardeerd. Vervolgens worden de mannelijk en vrouwelijke beroepsklassen van gelijke waarde vergeleken op de tot dan toe toegekende beloning. Is deze ongelijk, dan dient de lager beloonde beroepsgroep te worden opgetrokken naar het niveau van de gelijk gewaardeerde, maar hoger beloonde beroepsklasse. De wet geeft verdere aanwijzingen voor het geval meerdere beroepsklassen van gelijke waarde worden gevonden die ieder een verschillend beloningsniveau hebben. Aan de aanpassing van de lonen, die geleidelijk mag geschieden, moet per jaar minimaal 1% van de totale loonsom besteed worden. In geval van conflicten of het uitblijven van consensus tussen de sociale partners wordt een gespecialiseerd Pay Equity Hearings Tribunal ingeschakeld.¹⁷² Functiewaarderingstechnieken op schonen om zo het beginsel van gelijke beloning te waarborgen, lijkt uitsluitend door het recht bevorderd te kunnen worden indien tevens een procedure wordt gevonden voor het daarbij inschakelen van de sociale partners.

Bovenstaande alternatieve rechtsinstrumenten trachten tegemoet te komen aan het informatieprobleem van het rechtssysteem. De weg die daarvoor bewandeld wordt, is noodgedwongen indirect. Wanneer het rechtssysteem de benodigde informatie niet zelf juridisch kan representeren, moet de arbeidsmarkt dat doen op zodanige

171 Een uitgebreide beschrijving van deze wet en de wetstekst zijn opgenomen in Boelens en Veldman 1993.

172 Zie Boelens en Veldman 1993, pp. 95-115.

Economische ruis in het recht: het informatieprobleem

wijze dat dit in tweede instantie wel 'juridisch in te lezen' is. Maar de overwinning van het juridische informatieprobleem is geen voldoende voorwaarde voor effectivering van sociaal-economisch recht. De regelingen geven geen zicht op de bereidheid, mogelijkheden en beperkingen van arbeidsorganisaties om aan deze gestelde verwachtingen te willen of kunnen voldoen. Voor reflexief recht is het derhalve onvoldoende om alleen wegen te vinden om 'gecodeerde' sociaal-economische informatie te doorgronden. Wil het recht de arbeidsmarkt *reguleren* dan moet het tevens in zijn wijze van functioneren die 'trigger' vinden, die de arbeidsmarkt stimuleert de ruis tussen economische verwachtingen en rechtsverwachtingen zelf te reduceren. Dit juridisch *motivatieprobleem* wordt in het volgende en laatste hoofdstuk onderzocht.

Juridische ruis op de arbeidsmarkt: het motivatieprobleem

“Off with her head,” the Queen shouted at top of her voice. Nobody moved (Alice in Wonderland).

1 Inleiding

In dit laatste hoofdstuk draaien de rollen om. Tot nu toe is steeds het perspectief van het rechtssysteem tot uitgangspunt gemaakt. Wil echter ook sprake zijn van motivatie door recht, dan zal de juridische storing van de markt deze moeten activeren om andersom naar co-variantie te zoeken met het rechtssysteem. Het antwoord op de vraag of het huidige normcomplex van gelijke behandeling dergelijke signalen afgeeft, vergt de bestudering van de wijze waarop de markt vanuit het eigen perspectief reageert op deze ‘ruis’. Zoals in hoofdstuk tien aan de orde is geweest, berust het onderzoek op case studies van een grote onderneming en een grote publieke overheidsdienst. Het gaat om dezelfde organisaties waarvan in het vorige hoofdstuk de feitelijke allocatieprocessen zijn onderzocht.

De benaderde organisaties zijn een organisatie uit de profit-sector en een organisatie uit de overheidssector. De eerste is een winstgerichte onderneming die in dit onderzoek Protech wordt genoemd. De publieke arbeidsorganisatie vormt een departement van de rijksoverheid dat in dit onderzoek het Ministerie van BeZa wordt genoemd. De keuze voor een organisatie uit de publieke sector en een organisatie uit de private sector heeft een zeker voordeel. Beide arbeidsorganisaties kunnen door hun omvang als formele organisaties worden aangemerkt. Formele organisaties kunnen, evenals individuen, handelingsbekwame actoren zijn. De betekeniscontext waarin een publieke dan wel een private organisatie dagelijks handelt, kan echter verschillend zijn. Hoewel beide voor hun personeelsvoorziening participeren op de arbeidsmarkt, zal de publieke organisatie in zijn bestuurlijke activiteiten frequenter opereren in een politieke betekeniscontext. Dat maakt het mogelijk te bestuderen of een publieke organisatie in vergelijking met een private onderneming, eenvoudiger aansluiting vindt bij politieke (emancipatie)verwachtingen en daaraan gekoppelde rechtsverwachtingen. Dat geldt eens te meer daar de politiek in zijn emancipatie-beleid specifieke verwachtingen stelt aan de formele rijksoverheidsorganisatie. In het kader van dit beleid stelt het politieke systeem zich ten doel een voorbeeldfunctie

te vervullen in haar eigen centraal opererende onderdelen voorzover deze handelen op de arbeidsmarkt. Daartoe is een intern emancipatiebeleid voor de rijksoverheid uitgezet dat eveneens van toepassing is op het Ministerie van BeZa (zie verder § 7).

2 De arbeidsorganisatie in systeemtheoretisch perspectief

2.1 Inleiding

Om de motivering door het recht van de arbeidsmarkt te bestuderen volgens de chaostheorie, vraagt eerst een operationalisering van deze theorie als het om arbeidsorganisaties gaat. De theorie van chaos en zelforganisatie hanteert vooral een macroperspectief dat zich concentreert op de grote maatschappelijke systemen zoals politiek, recht, wetenschap en economie. De arbeidsmarkt is onderdeel van het economische systeem. Het laatste vormt volgens Luhmann een zelforganiserend systeem dat steeds opnieuw zijn economische communicaties binnen een 'calculerend' paradigma bewerkt tot nieuwe economische communicaties. Formele organisaties evenals individuen zijn handelingsbekwame actoren die participeren binnen dit economisch netwerk. Grote complexe organisaties kunnen echter ook weer in zichzelf zelforganiserend zijn. Volgens de definitie van Maturana is van een zelforganiserend systeem sprake wanneer het door onderlinge inwerking van zijn bestanddelen meewerkt aan de verwerkelijking van het netwerk aan productieprocessen van zijn bestanddelen (hfdst. 4 § 3.1). Voor een sociaal systeem bestaan deze bestanddelen, aldus Luhmann, uit gespecialiseerde sociale communicaties. De specialisatie volgt uit de maatschappelijke functie van het systeem. Dit leidt tot een functionele rationaliteit op basis waarvan, onder invloed van storing van buitenaf, gespecialiseerde communicaties steeds opnieuw bewerkt worden tot opvolgende gespecialiseerde communicaties (hfdst. 4 § 4.2).

Toegepast op een arbeidsorganisatie geeft Teubner de volgende definitie. Een 'corporate' actor vormt een gesloten organisatie indien deze zichzelf beschrijft als een systeem dat is opgebouwd uit een cyclische verbinding van collectieve identiteit en collectieve acties en op basis daarvan handelt.¹ Dit is, aldus Teubner, in wezen een sociaal attributieproces waarbij het individueel handelen *in* een organisatie-systeem geconstrueerd wordt als het handelen *van* het organisatiesysteem. Deze sociale constructie wordt 'realiteit' omdat het structureel de individuele acties

1 Teubner 1987, p. 4.

aanstuurt en daaraan een meerwaarde verleent door ze collectief te verbinden.² Is de constructie van het organisatielichaam eenmaal ontstaan, dan houdt het zichzelf in stand. Collectieve acties zijn het produkt van het organisatielichaam omdat gebeurtenissen hieraan geattribueerd worden, terwijl het organisatielichaam niets anders is als het produkt van de collectieve acties.³

Bovenstaande definities van de zelforganisatie van een formele arbeidsorganisatie, namelijk het functioneren van een netwerk aan systeemacties volgens een eigen systeemidentiteit, blijven een abstract karakter houden. Om empirisch onderzoek te kunnen doen naar de arbeidsorganisatie vanuit systeemtheoretisch perspectief is het noodzakelijk om de voorwaarden voor een zelforganiserend systeem praktischer uit te werken.

2.2 De structuur en cultuur van een arbeidsorganisatie

Een arbeidsrelatie tussen werkgever en werknemer kan binnen een economische betekeniscontext opgevat worden als de ruil van arbeid voor geld en andere behoeftebevrediging (status, zekerheid, contacten et cetera). De arbeidsovereenkomst tussen werkgever en werknemer laat de precieze arbeidstaken op zich ongedefinieerd. Wat men ruilt, is de bereidheid zich te schikken in een zakelijke gezagsverhouding teneinde de daarbinnen gestelde werkopdrachten te vervullen. De werkgever geeft derhalve werkopdrachten, of anders gezegd, stelt verwachtingen over het werk dat verricht moet worden. Deze verwachtingen worden ingegeven door het belang van de onderneming. Op collectief niveau bezien kent de onderneming derhalve specifieke organisatieverwachtingen voor individueel handelen met het oog op het ondernemingsbelang. Het collectief handelen op basis van deze specifieke organisatieverwachtingen vormt hierdoor niet langer alleen een vorm van alledaags sociaal handelen maar kan tevens begrepen worden als specifiek organisatiehandelen gericht op het voortbestaan van de organisatie.

In een klein bedrijf kunnen werkverwachtingen ontstaan en worden overgebracht in 'face-to-face'-contacten tussen chef en medewerker(s). Wanneer echter het aantal arbeidsrelaties aanzienlijk toeneemt in een organisatie en er verschillende lagen ontstaan in de gezagsverhouding tussen medewerker en chef, worden de verhoudingen te onoverzichtelijk om werkverwachtingen uit spontane individuele interacties te laten ontstaan. Bij een toenemende complexiteit van het bedrijf is meestal dan ook sprake van een standaardisering van geproduceerde werkverwachtingen. Het

2 Teubner 1987, pp. 12-13.

3 Teubner 1987, p. 14.

Hoofdstuk 12

netwerk van deze standaardisatieprocessen van werkverwachtingen vormt de structuur van een arbeidsorganisatie. Een structuur is in de systeemtheorie immers het netwerk aan produktieprocessen van systeemverwachtingen.

Een onderneming organiseert door zijn structuur de aanwending van materiële, financiële en personele middelen. De institutionalisering van de produktie van werkverwachtingen geschiedt door formalisering van het produktieproces en differentiatie in specifieke functies en onderdelen. Er vormen zich daarin ook speciale functies die zuiver als werkverwachting krijgen de werkverwachtingen te organiseren (management). Verder ontstaan er divisies en afdelingen die een specifiek onderdeel van het produktieproces toegekend krijgen. De complexe arbeidsorganisatie ontwikkelt aldus spontaan een organisatie-opbouw (differentiatie van verwachtingen) en organisatiebeleid (formalisering van verwachtingen).

Wanneer individuele verwachtingen van gedrag geïnstitutionaliseerd worden, ontstaat in de definitie van Luhmann een maatschappelijk of sociaal systeem. Daarmee is een complexe arbeidsorganisatie ook als een sociaal systeem te begrijpen. De elementen van een sociaal systeem vormen institutionele communicaties waaruit gegeneraliseerde verwachtingen voor gedrag blijken.

Een complex sociaal systeem werkt zelfreferentieel. De systeemcommunicaties produceren zich in referentie aan de voorafgaande systeemcommunicaties. Dit gebeurt doordat uit de communicaties een structuur wordt opgetrokken voor de produktie van communicaties. Een arbeidsorganisatie is derhalve een zelfreferentieel systeem wanneer uit het organisatiehandelen een organisatiestructuur wordt opgetrokken die bepalend is voor het organisatiehandelen. Deze structuur is af te lezen, zoals boven gesteld, wanneer uit organisatiehandelen een organisatieopbouw, organisatiebeleid en een management-structuur ontstaat, die het organisatiehandelen bepalen.

Niet elk zelfreferentieel sociaal systeem is echter per definitie een zelforganiserend systeem. Een systeem wordt zelforganiserend wanneer zijn operaties sluitend worden. Het is gesloten in operatie wanneer voorafgaande systeemcommunicaties of -handelingen, onder invloed van storing, volgens een specifieke rationaliteit steeds opnieuw bewerkt worden tot opvolgende systeemcommunicaties of -handelingen. Dat vergt niet alleen een systeemstructuur, maar tevens een systeemcultuur. De structuur produceert verwachtingen over *wat* de werknemers praktisch te doen staat. De cultuur produceert verwachtingen over *hoe* dit begrepen en gedaan moet worden. Een organisatiecultuur brengt derhalve de vaste parameters of ratio voor organisatiehandelen tot uitdrukking.⁴ Het gaat dan bijvoorbeeld om een specifieke zienswijze

4 Vgl. gangbare definities van organisatiecultuur zoals 'collectieve programmering' (Hofstede 1986) of 'collectief referentiekader' (Haasnoot 1989).

Juridische ruis op de arbeidsmarkt: het motivatieprobleem

of filosofie op wat de organisatie wezenlijk is, hoe de organisatie ten opzichte van zijn omgeving staat, hoe een individu zich verhoudt tot de organisatie, wat het doel is van de organisatie, op welke manier dat bereikt moet worden, et cetera. Het ontstaan van specifieke parameters waarbinnen het organisatiehandelen plaatsvindt oftewel een eigen organisatiefilosofie of zo men wil ideologie, verleent het organisatiesysteem een specifieke identiteit binnen het economisch systeem.

Niet elke grote arbeidsorganisatie is een zelforganiserend systeem. Hoewel in de meeste grotere organisaties wel spontaan een structuur ontstaat ter standaardisering van productieprocessen, gaat dit niet in elke organisatie volgens een vaste ideologie. Hierna wordt getracht te analyseren wanneer precies gesproken kan en mag worden van een organisatiecultuur en waarin deze zich onderscheidt van een sociale cultuur.

Een arbeidsorganisatie is in een primaire vorm te beschouwen als een sociale groep van individuen. Individuele interacties in deze sociale groep functioneren primair volgens de individuele (psychische) identiteiten. Hierin zal men zich richten naar alledaagse verwachtingen in de leefwereld ('common sense') en de specifieke verwachtingen die eigen zijn aan de economische context waarin op dat moment gehandeld wordt. In de meeste gevallen treedt men echter toe tot een bestaande organisatie. Dat betekent dat er zich in het verleden al bepaalde specifieke sociale verwachtingen gevormd hebben op bijvoorbeeld de betreffende afdeling. Deze bestaande sociale cultuur stelt de grenzen en de mogelijkheden voor individuele manieren van werken. Wil men zich in een bepaalde specifieke context 'verstaanbaar' kunnen maken en handhaven, dan zal men zich binnen de eigen 'psychische' mogelijkheden moeten aanpassen. In het bepalen van de wijze van uitvoering van werk laat het individu zich bij binnenkomst in veel gevallen leiden door wat zo al gebruikelijk blijkt te zijn. Men tast bewust of onbewust af of de werkopdrachten nauwgezet uitgevoerd moeten worden, of eigen initiatief welkom is, of een 'vrije slag' ook kan, wat men zoal moet overleggen met de chef of wat men zelf kan doen, hoe lang men doorwerkt om de zaken af te krijgen of dat iedereen om half vijf vertrokken is, hoe belangrijk de economische prestatie is op de afdeling of dat het belangrijker is om zich primair sociaal te profileren, et cetera. Na verloop van tijd zijn de aangereikte parameters voor individueel handelen veelal vanzelfsprekendheden geworden die nog nauwelijks discursief te maken zijn. Er heeft, anders gezegd, een socialisatieproces plaatsgevonden. Men handelt op grond van ongearticuleerde vooronderstellingen.

Een bestaande afdeling of dienst kent derhalve veelal al een sociale cultuur. Hoewel dit een cultuur *in* een organisatie is, is het daarmee niet de cultuur *van* de organisatie. Een organisatie verwerft zich een eigen cultuur wanneer niet alleen de structurele verwachtingen over 'wat te doen', maar ook de culturele verwachtingen

Hoofdstuk 12

over 'hoe het te doen' zich ontwikkelen van alledaagse verwachtingen tot geïnstitutionaliseerde *organisatieverwachtingen* (vgl. hfdst. 4 § 4.2). Die institutionalisering vindt plaats als de culturele verwachtingen een deel worden van het netwerk van productieprocessen van organisatieverwachtingen oftewel de organisatiestructuur. Teubner spreekt hier van een cyclische verbinding tussen de identiteit en de acties van het organisatiesysteem (zie boven § 2.1). Dat houdt in dat het organisatiehandelen (acties) de organisatiefilosofie (identiteit) moet bepalen op grond waarvan een organisatiestructuur wordt geschapen die weer het organisatiehandelen (acties) bepaalt. De institutionalisering van filosofie die hiervan het gevolg is, vormt een cultuur op organisatieniveau: een cultuur *van* de organisatie. Door het onbewuste gebruik van dit organisatiespecifiek paradigma wordt het individuele handelen van de participanten omgevormd tot een collectief handelen. Deze uniformering van conceptualisering van informatie impliceert echter ook dat de organisatieomgeving in toenemende mate wordt waargenomen alleen en voorzover dit als element van het eigen specifieke betekenisstelsel te duiden is. Het organisatiesysteem sluit zich en wordt eenkennig.

Uit het bovenstaande blijken een aantal verschilpunten tussen een organisatiecultuur en een sociale cultuur in de leefwereld. Ten eerste verspreidt een organisatiecultuur zich door zijn verbinding aan de structuur over de gehele organisatie, zelfs over vestigingen in binnen- en buitenland. Een sociale cultuur daarentegen is veel meer van face-to-face-contacten afhankelijk en kan per afdeling of dienst verschillen. Ten tweede leidt de verbinding van de organisatiecultuur met de organisatiestructuur er toe dat de ratio van cognitie voortkomt uit (collectief) organisatiehandelen in plaats van individueel handelen. Omdat het organisatiehandelen wordt ingegeven door het eigen (economisch) voortbestaan van de organisatie, wordt de organisatiecultuur als produkt van organisatiehandelen dat ook. Een organisatiecultuur kent derhalve per definitie een economische ratio. Een alledaagse sociale cultuur hoeft dit niet te hebben. De primaire functie van een sociale cultuur is niet het voortbestaan van de organisatie, maar een reductie van de complexiteit van dagelijks sociaal handelen. Wanneer de cultuur niet door het collectief organisatiehandelen wordt gegenereerd, zal de ratio van bijvoorbeeld een afdelingcultuur bepaald worden door de interactiegeschiedenissen op het individuele niveau. Binnen de economische context van het handelen kan deze ook economisch geïnteriseerd zijn, maar niet per definitie.

3 Vragen en methode van onderzoek⁵

Na bovenstaande operationalisering van de theorie kan worden aangegeven wat precies onderzocht zal moeten worden om inzicht te verwerven in de wijze waarop een arbeidsorganisatie binnen de mogelijkheden die zijn structuur toelaat, rechtsverwachtingen zal representeren en verwerken.

De juridische gelijke-behandelingsnormen beslaan de arbeidseconomische processen waarbij personeel wordt geselecteerd, beloond en behandeld. Het gaat dus om de specifieke organisatiewijze van de personele middelen in een bedrijf of organisatie. Omdat deze organisatiewijze in een grotere organisatie gestandaardiseerd is, is de eerste onderzoeksvraag hoe deze structuur van personeelsbeleid er uit ziet. De tweede onderzoeksvraag is, bestaat er een organisatiespecifieke ratio voor het begrip en de verwerking van dit beleid en zo ja, waaruit bestaat dit? De derde en belangrijkste vraag vormt ten slotte de wijze waarop het beleid in praktijk geoperationaliseerd wordt en in hoeverre dit co-varieert met juridische gelijke-behandelingsverplichtingen. Het gedrag van complexe sociale systemen, zo ook bepaalde arbeidsorganisaties, kan onderscheiden worden naar het cognitief en operationeel handelen (hfdst. 4 § 3.2). Door middel van cognitieve handelingen is het systeem in staat zichzelf steeds opnieuw waar te nemen en te beschrijven wat het doet. De operationele handelingen zijn de acties die het systeem daadwerkelijk uitvoert. Operatie en cognitie zijn gescheiden domeinen die bij adequaat functioneren van het systeem evenwel parallel gekoppeld zijn. De cognitieve en operationele handelingen van de arbeidsorganisatie zullen onderzocht en besproken worden, zoals ook is gedaan voor het politieke systeem en het rechtssysteem in deel II.

De cognitieve handelingen zijn de zelfbeschrijvingen van het organisatiehandelen. In dit geval de tekstuele of mondelinge beschrijvingen op personeelsgebied. Om de inhoud hiervan te kunnen bestuderen, moeten relevante geschreven en mondelinge organisatiebronnen onderzocht worden. Geschreven bronnen kunnen zijn: handboeken, personeelsgidsen, dienstorders, richtlijnen, circulaires, interne en externe presentaties en overige organisatiedocumenten. In de beide organisaties zijn deze uitgebreid geraadpleegd en geanalyseerd. Mondelinge bronnen zijn 'sleutelpersonen' die tot specifieke werktaak hebben het personeelsbeleid te schrijven en beschrijven. Het zijn veelal de beleidsfunctionarissen van de afdeling personeelszaken. Met deze actoren zijn gesprekken gevoerd (zie bijlage VI). De eerste en tweede onderzoeksvraag staan bij dit onderzoek naar het formele organisatiebeleid centraal.

5 De gegevens uit het hierna te presenteren onderzoek, zijn eerder gebruikt en gepubliceerd in Veldman en Wittink 1990.

Hoofdstuk 12

Operationele handelingen van de organisatie vormen de uitvoeringspraktijk van beleid, in dit geval het personeelsbeleid. Om de derde onderzoeksvraag te beantwoorden moet deze praktijk onderzocht worden. De personeelspraktijk zou men kunnen uitsplitsen naar zijn resultaten en de wegen waarlangs dit bereikt wordt. De resultaten voorzover het om de interne verdeling van functies en loon over mannen en vrouwen gaat, zijn in het vorige hoofdstuk behandeld. In dit hoofdstuk staat de wijze centraal waarop de formele organisatie zijn personeelsbeleid uitvoert en of dit co-varieert met de rechtsverwachtingen op dit terrein. Om een betrouwbaar beeld te krijgen is langere tijd 'meegelopen' in de organisaties.⁶ De observaties die hierdoor mogelijk waren, zijn van nut geweest voor een goed begrip van het reilen en zeilen van de betreffende organisaties.

Voor verder onderzoek naar de uitvoering van het personeelsbeleid zijn vervolgens in totaliteit zestig interviews gehouden verspreid over beide organisaties.⁷ De interviews zijn uitgebreide vraaggesprekken die op band zijn opgenomen. Dit leverde meer dan 120 uur bandmateriaal op dat letterlijk is uitgetypt. Alle interviews vonden plaats aan de hand van een vragenlijst met per vraag aandachtsvelden om door te vragen. De vragen hebben geen gesloten antwoordcategorieën. De vragenlijst is opgenomen in bijlage VII. De onderzoekspopulatie bestaat uit managers uit beide organisaties die verantwoordelijk zijn voor de uitvoering van het personeelsbeleid. Dat wil zeggen dat het mede hun werkopdracht is om selectie, promotie, ontslagen en beloningsbeslissingen te nemen. In concreto gaat het om managers, afdelingshoofden, diensthoofden of directeuren. Om tevens te kunnen bezien of de sekse van de manager een rol speelt, is de helft van de geïnterviewden per organisatie vrouw en de helft man. Gepoogd is de vrouwelijke en mannelijke populatie onderling vergelijkbaar te houden en tegelijkertijd als geheel een redelijke afspiegeling te laten zijn van de verschillende typen van managers in de organisatie. Daarvoor zijn met behulp van de geautomatiseerd personeelsbestanden dertig mannen gematched aan dertig vrouwen. Gematched is op gelijk opleidingsniveau en vergelijkbare diensttijd en leeftijd per paar.⁸ Als 'over all'-resultaat blijkt bij Protech de opleiding van de vergelijkbare paren onderling uiteen te lopen van lagere school tot universiteit. De diensttijd van de paren ligt tussen 9 en 32 jaar. De leeftijd tussen 30 en 55 jaar. De geselecteerde managers zijn over verschillende kantoren in het land verspreid.

6 Over verschillende periodes tussen 1987 en 1991.

7 De interviews hebben plaats gehad in 1989–1990. Ze zijn gehouden door een tijdelijk aangetrokken interviewster: drs. M. van Gool. Het interviewproject is medegefinancierd door de Stimuleringsgroep Emancipatieonderzoek, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

8 Uitgegaan is van de vrouwen, omdat een onderzoekspopulatie van vijftien vrouwelijke managers per organisatie reeds een meerderheid van de totale bezetting vrouwelijke managers besloeg. Aan elke vrouw is een man gematched met eenzelfde opleidingsniveau, een diensttijd van maximaal anderhalf jaar verschil en een leeftijd van maximaal vijf jaar verschil.

Juridische ruis op de arbeidsmarkt: het motivatieprobleem

Bij Beza blijkt de opleiding van een paar tussen middelbaar beroepsonderwijs en universiteit te liggen, de diensttijd tussen 2 en 36 jaar en de leeftijd tussen 33 en 58 jaar. Ook hier blijken de managers op verschillende kantoren te werken.

De onderzochte organisaties worden apart besproken. De drie volgende paragrafen bespreken de theorie en praktijk van personeelsmanagement bij Protech (§ 4, 5 en 6). Volgens dezelfde opzet wordt daarna de situatie bij het Ministerie van BeZa besproken (§ 7, 8 en 9). De laatste paragraaf bevat de conclusies over de implementatie van gelijke-behandelingnormen in organisaties op de arbeidsmarkt. Op basis daarvan wordt bezien of en hoe het rechtssysteem de markt zou kunnen motiveren tot rechtsconform handelen (§ 10).

4 Concepties van personeelsbeleid bij Protech

Het gaat in deze paragraaf om de wijze waarop de onderneming zijn organisatie-structuur en eventuele organisatiecultuur conceptualiseert. Derhalve worden de beschrijvingen die de onderneming zelf geeft van structuur en cultuur, onderzocht. Het onderstaande heeft daarmee betrekking op de formele zienswijze op personeelsmanagement zoals deze blijkt uit organisatiedocumenten en is bevestigd en toegelicht door sleutelpersonen (zie boven § 3).

4.1 Beschrijving van de structuur van personeelsmanagement

4.1.1 Functiestructuur

Kenmerkend aan de arbeidsovereenkomst is het uitvoeren van werkopdrachten binnen een gezagsverhouding. Omdat een medewerker onder gezag van een andere medewerker staat die zelf weer onder gezag van een andere medewerker staat en zo voort, leidt een institutionalisering van deze interactieketen tot een hiërarchische structuur. Deze structuur formaliseert de besluitvorming door aan te duiden *welke* organisatiebeslissingen *waar* genomen dienen te worden in de totale hiërarchische lijn.

Protech kent zes divisies met daarboven een hoofddirectie. De functies die over de divisies gespreid zijn, kennen een tweedeling naar leidinggevende/zelfstandige functies en uitvoerende functies. Voor beide soorten functies bestaan aparte functie-waarderings- en salarissystemen. De verdeling van mannen en vrouwen over de functies is te vinden in tabel 11. Een derde van de 12% vrouwen die werkzaam is bij het bedrijf, werkt minder dan 32 uur. Onder de 88% mannen die werkzaam zijn, komt parttime werken nagenoeg niet voor. Het mannelijk en vrouwelijk management werkt fulltime. Er zijn totaal ongeveer 700 managers.

Hoofdstuk 12

Tabel 11 De procentuele bezetting van mannen en vrouwen naar functie

	uitvoerend	zelfstandig	management	totaal
mannen	28	55	17	100
vrouwen	45	50	5	100

Het management heeft de organisatie van het werk tot taak. Indien tevens personele beslissingen worden genomen, is men in het bedrijf een 'peoplemanager'. De lijn van besluitvorming is als volgt georganiseerd. Van onderaf de organisatie staan ongeveer elke tien medewerkers onder een eigen manager. Met een bezetting van ruim vijfduizend medewerkers levert dat ongeveer 500 managers op die tot de zogenoemde eerste lijn behoren. Vervolgens staan de groepen van eerste-lijnsmanagers weer onder ongeveer 50 tweede-lijnsmanagers die weer weer onder een derde-lijnsmanager staan. Deze structuur loopt over de landsgrenzen door tot de top van de multinational. Binnen deze wereldwijde structuur staat de Nederlandse vestiging onder de Europese vestiging die onder het moederbedrijf staat.

4.1.2 Structuur van algemeen personeelsbeleid

De organisatiestructuur organiseert de plaats waar beslissingen genomen worden (functiestructuur) en de inhoud daarvan (organisatiebeleid). Wat de medewerker van personeelsbeleid kan verwachten, is vastgelegd in een personeelsgids die onderdeel uitmaakt van het individueel arbeidscontract. Hierover wordt overleg gevoerd met de centrale ondernemingsraad. Een klein deel van het personeel valt onder een algemeen verbindende cao, maar de ondernemingsvoorwaarden komen hier op nagenoeg elk terrein boven uit. Welke taken en beslissingen van het management worden verwacht, liggen vast in een managershandboek en aanvullende dienstorders. Het personeelsbeleid komt in aanzet 'van boven' uit het moederbedrijf en is daarmee in qua structuur uniform van opzet binnen de dochterbedrijven.

Uitgangspunt van beleid is dat de prestatie van een medewerker beloond wordt met de zekerheid van werk bij het bedrijf. Deze werkgarantie leidt tot een stringent selectiebeleid dat twee volle dagen van de sollicitant in beslag neemt. Na indienst-treding wordt een intern opleidingsprogramma gevolgd. Vacatures zijn in principe fulltime. Parttime functies ontstaan op eigen verzoek. Als een functie vacant komt, wordt intern geworven om door herplaatsingen de werkgarantie voor een ieder overeind te houden. Op grond van kostenbeheersing moet voor elke uitbreiding van het aantal zittende personeelsleden (een externe werving) toestemming van het Europese hoofdkantoor worden verkregen. Omdat alleen fulltime-werknemers

Juridische ruis op de arbeidsmarkt: het motivatieprobleem

worden geteld, betekent dit dat parttime medewerkers niet intern kunnen solliciteren op de fulltime-functies. Dat zou een uitbreiding van het aantal fulltimers inhouden waarvoor toestemming moet worden verkregen. Pas bij externe werving kan (mee) gesolliciteerd worden.

De selectie van managers geschiedt volgens beleid uitsluitend van binnenuit. Men moet minimaal ongeveer zeven jaar interne ervaring hebben. Voor managers wordt niet geworven. Er bestaat een management-identificatieplan. Op grond van dit plan kan de manager een geschikte medewerker nomineren voor potentieel managementschap. Om dit te bepalen geeft het plan 47 persoonlijke eigenschappen aan die de organisatie van een manager verwacht. Een nominatie dient schriftelijk te worden vastgelegd, inclusief een persoonlijk ontwikkelingsplan voor de genomineerde. Deze ontwikkeling kan bestaan uit speciale werkprojecten en/of job-rotation. Voor de hogere managersfuncties wordt het vervullen van een buitenlandopdracht van één of meerdere jaren bij het Europees hoofdkantoor verwacht. Verschillende (vrouwelijke) sleutelpersonen geven aan dat dit voor vrouwen een hindernis oplevert vanwege hun gezinsomstandigheden. Mannelijke partners verhuizen niet of minder snel mee als vrouwelijke partners. Bij een vacante managerspost wordt door het seniormanagement uit de lijst van genomineerden geselecteerd. Een groep van personeelsmanagers van de divisies controleert daarbij eerst of geen herplaatsingen mogelijk zijn. Na benoeming als manager wordt een verplichte managersopleiding gevolgd.

Ook voor het overige personeel bestaat een loopbaanbeleid. Daartoe zijn de meeste functies in een loopbaanpad opgenomen met drie of meer treden. In het midden bevindt zich de 'standaardfunctie'. Tot de standaardfunctie promoveert de eigen manager zijn medewerkers zelfstandig. Daarboven is goedkeuring van de personeelsgroep voor herplaatsing nodig. In een jaarlijks functioneringsgesprek dat elke manager met zijn medewerker dient te houden, worden de jaarlijkse werkdoelstellingen voor de medewerker opgesteld en de plannen voor de toekomst. Dit gesprek kent tevens een beoordelingsgedeelte waarin de manager een prestatiecijfer toekent aan de medewerker over het afgelopen jaar. Hiervoor moet worden getoetst aan de in het vorige gesprek opgestelde werkdoelstellingen. Het prestatiecijfer is vervolgens van invloed op de hoogte en het tempo van salarisverhogingen op een voor de medewerker onvoorzienbare wijze. Voor een uitgebreide beschrijving van het beloningsbeleid verwijs ik naar hoofdstuk 11 § 5.1. Om de prestatie van de medewerker verder te prikkelen bestaan naast het salaris andere formele beloningsaspecten (geldprijzen, oorkondes, vakantie-reizen, etentje van de zaak, et cetera.)

Samengevat is de organisatiestructuur in het bedrijf verregaand uitgebouwd. De algemene structuur institutionaliseert het productieproces van werkverwachtingen door een formalisering van beleid en bevoegdheidsverdeling over functies. De

Hoofdstuk 12

personeelsstructuur institutionaliseert het voortdurend (re)allocatieproces van concrete personen over deze functies. Men oefent eenzelfde functie veelal niet langer dan twee jaar uit. Dit alles brengt een aanzienlijke mate van bureaucrativering met zich mee. Alle vormen van organisatiehandelen zijn tot in de kleinste details onderworpen aan standaardprocedures; hoe men zijn brieven moet schrijven, welke bureaustempels op slot moeten en wie dit controleert of welk cadeau hoort bij welk soort jubileum. De hiërarchische lijn is nauwgezet doorgevoerd en loopt over functies in plaats van onderdelen. Voor alle (personeels)beslissingen is een medewerker primair afhankelijk van de eigen manager en die weer van zijn of haar manager, et cetera.

4.1.3 Beleidsstructuur voor de verwerking van juridische verplichtingen

Het bedrijf kent een afdeling Juridische zaken. Deze afdeling houdt zich merendeels bezig met de controle op de opstelling van contracten en juridisch procedures waar de onderneming bij betrokken is. De juridische afdeling informeert zichzelf, aldus zeggen, via de Staatscourant en stukken van de Vereniging van Nederlandse Ondernemers. Voor de doorvoering van relevante arbeidswetgeving van Juridische Zaken naar Personeelszaken bestaat geen formeel kanaal, overleg of procedure. Men overlegt wel een enkele keer informeel, maar de gedachte is dat Personeelszaken zelf op de hoogte is. Het management dat zich in de uitvoering van het organisatiebeleid aan de wet moet houden, wordt dan ook geacht geïnformeerd te worden door Personeelszaken. De sleutelpersonen op Personeelszaken geven aan dat wetgeving niet systematisch wordt bijgehouden. Men gaat ervan uit dat het interne organisatiebeleid boven de wettelijke norm ligt en dat anders Juridische zaken zal ingrijpen. Bij de invoering en wijziging van de gelijke-behandelingswetgeving herinnert de bedrijfsjurist voor arbeidszaken dat men hiernaar gekeken heeft, maar dat het organisatiebeleid al ruim voldeed aan de normen. Er is derhalve geen verdere bekendheid aan gegeven.

De ondernemingsraad heeft volgens artikel 28 van de Wet op de Ondernemingsraden de taak te waken tegen discriminatie en de gelijke behandeling van mannen en vrouwen te bevorderen. Ten tijde van het onderzoek bestaat de COR uit 24 (mannelijke) leden. De twee geïnterviewde COR-leden blijken onbekend met de wettelijke gelijke-behandelingstaak. Men ziet het meer als verantwoordelijkheid van de bedrijfsleiding. De COR kent geen commissie voor emancipatie en emancipatie is ook geen agendapunt. Voor wat betreft de conformiteit van het personeelsbeleid aan de wettelijke gelijke-behandelingsnormen, zijn de beide COR-leden ervan overtuigd dat de organisatie hieraan voldoet aangezien het bieden van gelijke kansen algemeen grondslag van organisatiebeleid is (zie ook § 4.4).

4.1.4 *Beleidsstructuur voor emancipatie*

Onderdeel van het personeelsbeleid is een 'gelijke-kansenprogramma' voor vrouwen. Ook de aanzet tot dit beleid komt vanuit het moederbedrijf. In 1975 is opdracht aan de dochterondernemingen gegeven het vrouwelijk aandeel in het personeel te stimuleren en op plaatsen te krijgen waar tot dan toe geen vrouwen zitten. Er wordt in alle vestigingen een 'gelijke-kansenfunctionaris' benoemd, die onder een deeltijd gelijke-kansenfunctionaris op het Europees hoofdkantoor komt te ressorteren. In 1983 volgt een nieuwe internationale instructie die een en ander aanscherpt:

“Het is de morele, sociale en, in sommige gevallen, juridische verantwoordelijkheid van de onderneming om positieve actie te ondernemen om gelijke kansen te verzekeren in alle organisatie-activiteiten, ongeacht sekse. (...) Positieve actie moet door alle landen worden ondernomen om alle discriminatoire programma's en praktijken uit te bannen en om zorg te dragen voor een volledige implementatie en naleving van het gelijke kansenbeleid van de onderneming.”⁹

Op basis van deze instructie geeft het Europees hoofdkantoor streefcijfers voor de werving van vrouwen en de bezetting door vrouwen van zelfstandige en managersfuncties per land. Bij de onderzochte onderneming in Nederland wordt in 1975 een gelijke-kansenfunctionaris aangesteld, die eind 1986 door een opvolger vervangen wordt. De voormalige functionaris heeft volgens eigen zeggen de streefcijfers van het hoofdkantoor nooit intern doorgegeven. De huidige functionaris is onbekend met enige streefcijfers van het hoofdkantoor. Wel is door de eerste gelijke-kansenfunctionaris een eigen Nederlands gelijke-kansenprogramma voor vrouwen ontwikkeld. Het programma als zodanig is niet geformaliseerd en wordt niet genoemd in de personeelsgids, het managershandboek of andere schriftelijke instructies. Schriftelijke verslagen van het programma zijn beperkt tot externe presentaties van het programma op seminars en in artikelen in bedrijfs- en vrouwenbladen.

Het gelijke-kansenprogramma kent als doelstellingen het stimuleren van de instroom van vrouwen in niet-traditionele beroepen en het stimuleren van doorstroom van vrouwen naar zelfstandige en leidinggevende functies. Het feit dat het beleid niet in geformaliseerde procedures is opgenomen, verklaart de gelijke-kansenfunctionaris met dat men hiervan een averechts effect verwacht: “Als je het op papier zet, jaag je mensen tegen je in het harnas.” Volgens de functionaris functioneert het echter wel in praktijk. Bij een groot reallocatieproces is speciaal op vrouwen gelet, terwijl voor de ongeveer 1500 verkoopfuncties voor vrouwen andere opleidingen dan de verplichte technische en economische afstudeerrichtingen worden toegestaan. Het gelijke-kansenprogramma is daarenboven, aldus de gelijke-kansen-

9 Instructie nr. pers/8304, d.d. 13 juni 1983.

Hoofdstuk 12

functionaris, behandeld in de verplichte managersopleiding. Wegens slechte evaluatie door de managers is het er na twee jaar echter weer uitgehaald. Verder is tweemaal een speciale cursus georganiseerd voor vrouwen van het bedrijf door een extern bureau.

In 1986 wordt ter uitvoering van het programma een formulier ingevoerd zoals in het management-identificatieplan wordt gebruikt. Hierop moet de manager vrouwen nomineren die potentieel geschikt zijn voor een zelfstandige of leidinggevende functie. De formulieren zullen centraal door personeelszaken beheerd worden. Het formulier is eenmalig met instructies door de gelijke-kansenfunctionaris rondgestuurd. Het levert 30 formulieren op. De formulieren zijn hierna echter niet meer uitgewerkt of geactualiseerd. De huidige functionaris geeft toe er feitelijk geen tijd aan te kunnen besteden tenzij 'er iets op haar afkomt'. Het werk van gelijke-kansenfunctionaris komt bovenop een andere fulltime functie. In 1987 wordt de gelijke-kansenfunctionaris op het Europees hoofdkantoor opgeheven.

Op initiatief van de Nederlandse gelijke-kansenfunctionaris, welke functie blijft behouden, zijn in 1987 de arbeidsvoorwaarden voor vrouwen boven de wettelijke norm uitgetild. Het wettelijk verplichte zwangerschapsverlof is met drie weken uitgebreid. De voormalige functionaris stelt dat met opzet voor een week langer is gekozen dan het toenmalig wetsvoorstel voor uitbreiding van het zwangerschapsverlof aangaf. Hiermee wil men volgens zeggen duidelijk maken dat het hier oorspronkelijk ondernemingsbeleid betreft en dat niet slechts op de wet vooruit wordt gelopen. Verder is er een mogelijkheid geschapen voor alleen vrouwen om het eerste jaar na de bevalling parttime te gaan werken of onbetaald verlof te nemen. Ook zijn er kinderopvangplaatsen gerealiseerd.

4.2 Beschrijving van de cultuur van personeelsmanagement

De organisatiestructuur bepaalt wie er wat te doen staat. Hóe dit alles gezien en gedaan moet worden, wordt beïnvloed door de cultuur. Van een organisatiecultuur is sprake wanneer de sociale cultuur door het organisatiesysteem zelf gegenereerd wordt. Teubner spreekt van een cyclische verbinding tussen de filosofie van het organisatiehandelen en het organisatiehandelen zelf, waarvan de organisatie zich bewust is. Wanneer een organisatie zijn eigen filosofie discursief kan maken, lijkt het aannemelijk dat organisatieverwachtingen over hoe de dingen te zien en te interpreteren, sterk aanwezig zijn. Bij Protech blijkt inderdaad sprake van een discursieve organisatiecultuur. Zowel in de personeelsgids, het managershandboek, de interne opleidingsprogramma's als de interne en externe presentaties van het bedrijf, wordt de organisatiefilosofie telkens weer omschreven en uitgedragen. Voor familie van personeelsleden geldt een voorrangbeleid bij selectie op grond van de gedachte dat deze kandidaten op voorhand vertrouwd met de filosofie zullen zijn.

Juridische ruis op de arbeidsmarkt: het motivatieprobleem

De organisatiefilosofie van Protech berust op de idee dat een onderneming flexibel moet zijn en bereid zich voortdurend opnieuw te organiseren, maar dat dit niet mogelijk is zonder grondbeginselen die ongewijzigd blijven en diep verankerd zijn in de organisatie. Vier van de zeven beginselen zijn mede van belang voor het te voeren personeelsbeleid. Deze grondbeginselen zijn in de personeelsgids en het managershandboek omschreven als:

- respect voor het individu;
- streven naar uitmuntendheid;
- doeltreffend leiderschap;
- goed burgerschap.

De ratio van het eerste principe is, dat door de erkenning en de ontwikkeling van de persoonlijke capaciteiten van medewerkers en begrip voor individueel gedrag en ambitie, een hoog moreel kan worden gerealiseerd.¹⁰ Het principe is uitgewerkt naar standaardprocedures voor beloning en promotie naar prestatie, gelijke kansen voor een ieder, open communicatie door het hele bedrijf, scholingsmogelijkheden en goede arbeidsvoorwaarden. Het tweede principe houdt in dat bij alle taken in de organisatie voortdurend moet worden gestreefd naar perfectie. Dit is uitgewerkt voor de personeelstaken in onder meer standaardprocedures om betere arbeidsvoorwaarden te realiseren dan vergelijkbare bedrijven. Om de organisatie naar uitmuntendheid in personeelsbeleid te laten streven, moet volgens internationale procedure tweemaaljaarlijks de tevredenheid van medewerkers gemeten en gerapporteerd worden aan het Europees hoofdkantoor. Het derde principe wordt uitgewerkt in 'basisverantwoordelijkheden van management'. De manager moet zijn team motiveren, informeren, persoonlijk doen groeien en gelijk behandelen. Voor wat betreft zijn persoonlijkheid vereist het management-identificatieplan onder meer een loyaliteit aan het bedrijf, geen negen-tot-vijf-type, durf, zelfvertrouwen, besluitvaardigheid en bestand tegen ongewone druk. Het vierde principe houdt in, dat de organisatie zijn verantwoordelijkheid neemt als 'burger' in de samenleving. Dit wordt uitgewerkt naar de verplichtingen als een goed burger de wetten na te leven, de kwaliteit van de samenleving te verbeteren en positieve maatregelen te nemen om gelijke kansen voor allen te verzekeren.¹¹

10 Personeelsgids editie 1987, p. 1.

11 Managershandboek augustus 1986, procedure 101.3

5 Operaties van personeelsbeleid bij Protech

5.1 Inleiding

Hieronder wordt ingegaan op de wijze waarop het management het formele personeelsbeleid met inbegrip van het gelijke-kansenprogramma in de praktijk uitvoert. Van belang is de vraag of deze dagelijkse praktijk zodanig is dat van een implementatie van juridische gelijke-behandelingsverplichtingen gesproken kan worden.

De institutionalisering van de werkverwachtingen binnen de organisatie heeft tot gevolg dat deze door geformaliseerde procedures worden gereguleerd. Wanneer door middel van geschreven communicaties organisatieverwachtingen worden gereguleerd, vereisen deze communicaties weer opnieuw een cognitieve en operationele verwerkingwijze op het individueel niveau. De bedrijfscommunicaties moeten de individuele manager *informer*en wat er precies verwacht wordt en vervolgens *motiver*en tot verwachtingsconform gedrag. De ‘informatie-kracht’ van communicaties lijkt met name afhankelijk van synchrone registratie en vertaling door het management. Dit wordt beïnvloed door de mate van samenloop van het organisatiereferentiekader en het individuele referentiekader. De ‘motivatiekracht’ van bedrijfscommunicatie wordt beïnvloed door de mate van overeenstemming tussen de gewenste organisatiemodus van handelen en de individueel opgevatte modus van handelen. De individuele cognitieve verwerkingwijze van organisatiebeleid door de geïnterviewde managers zal in § 5.2 worden besproken en de individuele operationele verwerking in § 5.3.

5.2 De cognitieve verwerking van bedrijfsbeleid

Willen schriftelijke communicaties informeren, dan moet er een reële overdracht van kennis plaatsvinden. Dat vergt ten eerste dat signalen worden geregistreerd en, ten tweede, dat de signalen worden gereconstrueerd. Hieronder wordt allereerst de registratie besproken van respectievelijk het intern personeelsbeleid, het intern gelijke-kansenprogramma en de externe wettelijke gelijke-behandelingsregels. Registratie veronderstelt de herkenning door een manager van het bestaan van een regel en de erkenning dat men de bedoelde adressaat is. Hierna komt het reconstructieproces aan de orde oftewel de interpretatie van de verschillende regels door managers.

5.2.1 Registratie van beleid en wetgeving

Voor wat betreft het *intern personeelsbeleid*, wordt de vraag of men op de hoogte is van het personeelsbeleid van het bedrijf door alle respondenten (30) met een

Juridische ruis op de arbeidsmarkt: het motivatieprobleem

volmondig 'ja' beantwoord. Van de grondbeginselen van het organisatiebeleid konden vrijwel alle respondenten één of meerdere beginselen noemen. Het meest genoemd wordt 'respect voor het individu'. De meerderheid kan dit uitwerken naar 'gelijke kansen' en 'beloning en promotie naar prestatie'.

Om een indruk te krijgen van de daadwerkelijke bekendheid met de concrete bedrijfsregels is de dertig respondenten een korte schriftelijke enquête voorgelegd. Het betrof dertig inhoudelijke personeelsregels waarop moest worden geantwoord of deze tot bedrijfsbeleid behoren of niet. Van de dertig regels zijn er tien fictief, maar wel in de 'bedrijfstaal' geformuleerd.¹² De enquête is door negentwintig managers ingevuld. Gemiddeld herkent tweederde van de respondenten het overgrote deel van de bedrijfsregels. Mannen en vrouwen zijn in ongeveer gelijke mate op de hoogte van de regels. Iets meer dan de helft van de respondenten (18) rekenen bepaalde fictieve personeelsregels eveneens tot het bedrijfsbeleid. Fictieve personeelsregels die inhoudelijk verder verwijderd liggen van wat binnen de bedrijfscultuur voorstelbaar is, worden eerder 'doorgeprikt'. Voorzichtig zou men kunnen veronderstellen dat het management in vrij grote mate vertrouwd is met de 'bedrijfs-ethiek' en daardoor eerder gevoelsmatig inschat wat beleid is, dan op grond van discursieve kennis.

De kennis die men heeft van het personeelsbeleid, komt uit uiteenlopende kanalen. Opvallend is dat mondelinge bronnen, zoals het vragen aan chef, collega of personeelsconsulent, ruimschoots prevaleren boven de schriftelijke bronnen zoals de personeelsgids, handboeken en instructiebrieven. Voor tweeëntwintig van de respondenten vormt 'vragen' de belangrijkste bron van informatie. Dit is van belang voor de wijze waarop informatieoverdracht binnen het bedrijf plaatsheeft. Bij mondelinge overdracht bestaat de mogelijkheid van interactie waardoor gelijktijdig 'uitleg' kan worden meegegeven. Door informeel commentaar kan bijvoorbeeld worden aangegeven hoe de betreffende regel te interpreteren en te waarderen (zie verder § 5.3).

"Bij het formele heb je vrijwel altijd nog een informeel commentaar nodig, hè. Dat is zo. Ook bij personeelsbeleid" (paar 8, hij).

De frequentie van het gebruik van handboeken door het management bevestigt het boven weergegeven beeld van het belang van mondelinge bronnen in het communicatieproces: zes mensen gebruiken het managershandboek één of meer keer per week, elf mensen gebruiken het één of twee keer per maand, de overigen dertien, bijna de helft, gebruikt het één keer per jaar of nooit.

12 Vanwege het vertrouwelijk karakter van het exacte personeelsbeleid kunnen de enquêteformulieren niet gepubliceerd worden.

Hoofdstuk 12

De bekendheid met het *intern gelijke-kansenprogramma* verschilt van de bekendheid met het algemeen personeelsbeleid. Bij de algemeen geformuleerde vraag of men op de hoogte is van het gelijke-kansenprogramma antwoordt tweederde 'ja'. Vervolgens kan echter minder dan een kwart (7) een doelstelling van het programma noemen of weet van het bestaan van speciale identificatie-formulieren voor vrouwen (zie § 4.1.4). Als men de vrouwen met de mannen vergelijkt, zeggen net iets meer mannen dan vrouwen op de hoogte te zijn, maar kunnen vier vrouwen een concrete maatregel noemen tegenover drie mannen (zie tabel 12).

Tabel 12 Kennis van algemeen personeelsbeleid en gelijke-kansenprogramma onder managers naar sekse

	algemeen beleid		gelijke-kansenbeleid	
	mannen	vrouwen	mannen	vrouwen
zegt op de hoogte te zijn	15	15	12	10
kan één maatregel noemen	15	15	3	4

Desgevraagd geven de meeste managers volmondig toe niet over concrete informatie over het gelijke-kansenprogramma te beschikken. Enkelen voegen daaraan toe ook geen behoefte aan informatie te hebben. Sommigen, met name vrouwen, benadrukken de onbekendheid die er met name over de identificatieformulieren voor potentiële vrouwelijke promotiekandidaten bestaat. Dit komt overeen met de beschrijving door Personeelszaken waaruit blijkt dat de formulieren snel in het slop zijn geraakt (zie § 4.1.4).

“Ik vind dit duidelijk een klacht naar degene die de formulieren moet distribueren, en ik weet nog niet eens wie dat doet. Ik heb van een ander moeten horen over het gelijke-kansenprogramma, en toen had ik nog vier meiden aan me rapporteren. Ik zeg nou, ik vind het de bloody limit dat ik niet eens weet dat zoiets bestaat. Toen vroeg ik het mijn pz-man, en die zei, gut, vergeten” (paar 8, zij).

Het niet-gedocumenteerde beleid om minder stringente eisen te stellen aan de opleidingsrichting van vrouwen voor de verkoopfuncties (zie § 4.1.4) lijkt geen realiteit onder het management te zijn. Achtentwintig respondenten hebben hier niet eerder van gehoord of menen zelfs dat dat geen bedrijfsbeleid kan zijn. De verwarring over de inhoud van het gelijke-kansenbeleid stoort een meerderheid van de respondenten niet. Indien men iets wil weten, kan naar Personeelszaken gebeld worden. Desgevraagd heeft vrijwel niemand dit werkelijk wel eens gedaan. De meeste respondenten stellen dat het beleid feitelijk wel voor zichzelf spreekt: men

Juridische ruis op de arbeidsmarkt: het motivatieprobleem

mag geen onderscheid maken. Dit betekent dat het programma dat positieve maatregelen voor vrouwen moet waarborgen, beperkt wordt uitgelegd. Men behandelt mannen en vrouwen identiek. Vrouwen hebben niet minder rechten maar ook niet méér rechten. Speciale aandacht voor vrouwen is dan ook niet algemeen geaccepteerd.

“Waarom zou een vrouw niet gewoon in het algemeen loopbaanprogramma meelopen, waarom apart? We hebben wel aparte toiletten daar kan ik wel mee leven maar aparte formulieren vind ik een beetje flauwekul” (paar 7, hij).

Bij gedachten over ‘identiek’ behandelen is bij de meeste respondenten de status quo het vertrekpunt. Vrouwen moeten zich aanpassen aan de geldende organisatieverwachtingen die bijvoorbeeld een fulltime inzet vragen:

“(...) een vrouwtje blijft de kindjes krijgen, daar kan ik ook niks aan doen. Je kan niet zeggen gelijke kansen dan moet alles maar kunnen, want dat kan niet. En die vrouwen kunnen ook niet van twee walletjes mee eten. Als je kiest voor kindjes, kijk, dan moeten ze niet gaan zeuren, van wat vind je er van als iemand parttime werkt dat ie toch carrière wil maken” (paar 1, hij).

De uitleg naar formele gelijkheid betekent voor sommige respondenten dat specifieke aandacht voor vrouwen discriminatie vormt. Dit gaat dan, paradoxaal genoeg, ook op voor het gelijke-kansenprogramma zelf.

“Ik laat me er (het gelijke-kansenprogramma, AV) niet specifiek door leiden, want ik maak geen onderscheid tussen man en vrouw” (paar 2, hij).

Tweederde van de ondervraagde managers zegt op de hoogte te zijn van relevante wetgeving voor managementbeslissingen over selectie, promotie, beloning en ontslag. Mannen en vrouwen zijn hierin gelijk verdeeld. Van de twintig managers die zeggen op de hoogte te zijn, kunnen desgevraagd ongeveer tien managers een willekeurige arbeidsrechtelijke regeling noemen. Van de *externe wettelijke gelijke-behandelingsregels* is de kennis zeer beperkt. Tweederde van de respondenten zegt hiervan niet of nauwelijks op de hoogte zijn. Hier is wel een verschil tussen mannen en vrouwen. Van de twintig managers die zeggen niet tot nauwelijks op de hoogte zijn, zijn er dertien man (zie onderstaande tabel).

Hoofdstuk 12

Tabel 13 Passieve bekendheid met wetgeving gelijke behandeling onder managers naar sekse

	mannen	vrouwen	totaal
goed bekend	0	3	3
globaal bekend	2	5	7
niet of nauwelijks bekend	13	7	20

Om een indruk te krijgen van de reële wetskennis zijn een aantal vragen voorgelegd die betrekking hebben op een terrein waarin de manager beslissingsbevoegd is (zie tabel 14). De eerste vraag luidt of de wetgeving het verbiedt om een zwangere vrouw af te wijzen bij selectie op grond van het feit van zwangerschap. Zeven managers zijn niet op de hoogte of menen dat dit wettelijk wel is toegestaan. Een meerderheid is echter op de hoogte hoewel sommigen toevoegen dat de sollicitante wel moet melden zwanger te zijn.

“Dat mag denk ik niet, of het moet bij de aannname niet verteld zijn, want dan is het een verkeerde aannname geweest. Dan heb je geen eerlijk eh...als ze zegt dat ze al drie maanden zwanger is” (paar 10, hij).

De tweede vraag is of de wet het verbiedt om werknemers wegens zwangerschap te ontslaan. Een meerderheid is hiervan op de hoogte. Zeven managers meenden dat het wel is toegestaan.

“Even denken. Want vorig jaar is daar een rel over geweest. Een vrouw die gesolliciteerd had was aangenomen, maar bleek in de proeftijd zwanger te zijn. Toen is ze ontslagen...en er is een rechtszaak van gekomen. Ze is niet aangenomen maar kreeg wel een schadevergoeding. Dus hoe de wet is weet ik nu eigenlijk nog niet” (paar 9, zij).

De derde vraag betreft het geoorloofd meewegen van (voormalig) parttime dienstverband voor promotiekansen. Negentien van de dertig managers menen dat selecteren op grond van parttime werken altijd is toegestaan of weten het niet. Doorslaggevend onder deze negentien respondenten is, dat men zich niet goed kan voorstellen dat wetgeving zou kunnen ingrijpen in het promotieproces dat tot de autonomie van de organisatie wordt gerekend.

“Ik denk dat de wet niets kan zeggen over promotiebeslissingen, überhaupt niet, nee dus” (paar 10, hij).

Juridische ruis op de arbeidsmarkt: het motivatieprobleem

De vierde vraag is of het zonder meer rekening houden met kostwinnerschap in de ontslagvolgorde is toegestaan. Dertien managers denken van niet, terwijl zeventien menen dat het is toegestaan of het niet weten. De laatste vraag betreft het wettelijk toestaan van voorkeursbehandeling van vrouwen. Twintig respondenten zijn op de hoogte en twee menen dat het verplicht is. Acht managers denken dat de wet het verbiedt om vrouwen voorkeur te geven.

Tabel 14 Actieve bekendheid met wetgeving gelijke behandeling onder managers naar sekse

	niet toegestaan			wel toegestaan			weet het niet		
	m	v	tot	m	v	tot	m	v	tot
afwijzen op zwangerschap	10	13	23	3	1	4	2	1	3
ontslaan op zwangerschap	13	10	23	1	3	4	1	2	3
onderscheid parttime	5	6	11	3	9	12	7	-	7
onderscheid kostwinner	7	6	13	4	4	8	4	5	9
voorkeursbehandeling	4	4	8	11	11	22	-	-	-

Kennis van wetgeving wordt niet door de organisatie gedistribueerd. De juridische stellingen worden beantwoord op grond van gevoelsmatige inschatting, wat het eigen rechtsgevoel ingeeft of op basis van mediaberichten of toevallige voorbeelden uit de omgeving. De Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen of de (voormalige) Wet gelijk loon doen geen bel rinkelen. Het commentaar ter zake van een vrouwelijk manager:

“(…) onbewust merk je nu al dat je een heleboel dingen, bijvoorbeeld van de wet, dat je denkt bestaat dat ook allemaal..., maar nu vind ik wel dat nu je er op geattendeerd wordt, dat ik denk jee, dat het bestaat en dan denk ik, heb ik daar wel eens mee te maken?” (paar 3, zij).

Eveneens blijkt uit de antwoorden dat de wettelijke normen welke aan de arbeidsorganisatie zijn opgelegd ver van de belevingswereld van de leidinggevenden in het bedrijf afstaan. Het rechtssysteem is een andere wereld waar men als organisatie op zich mee te maken kan krijgen maar wat niet relevant is voor de interne manier van opereren. Desgevraagd is bijna tweederde van mening dat wetgeving gelijke

Hoofdstuk 12

behandeling zich niet individueel tot hen in de functie van manager richt. Desalniettemin blijft de overtuiging bestaan dat de organisatie zich aan de wet houdt omdat het een fundamenteel organisatiebeginsel vormt.

“Dat zal formeel wel niet mogen, maar in de praktijk doe je het natuurlijk wel. (...) Natuurlijk gebeurt het. Als het de wet is, kijk, ons bedrijf houdt zich natuurlijk wel aan de wet, dat is geen punt. Dus het bedrijf zal best wel incidenteel een parttimer promotie laten maken, alleen al daarom” (paar 1, hij).

De meeste managers leiden uit het organisatieprincipe om wetsconformiteit na te streven, af dat wetgeving reeds verdisconteerd is in de bestaande organisatieprocedures. Derhalve is het onnodig op de hoogte te zijn van wetgeving of andere regels van buitenaf.

“De wet is wel tot mij gericht, maar ik weet gewoon dat de regels die wij als bedrijf zullen hebben daar zeker mee in lijn zullen zijn omdat wij ons zeker houden aan de regels die gelden in een land. Dus het is voldoende om me aan de regels van het bedrijf te houden” (paar 3, hij).

Gesteld mag worden dat de ondervraagde personen over het algemeen goed op de hoogte zijn van de bedrijfsregelgeving, met uitzondering van het gelijke-kansenprogramma. Over de hele linie is er weinig verschil tussen mannen en vrouwen. Het gelijke-kansenprogramma lijkt vooral een symbolische werking te hebben. De feitelijke inhoud is weinigen bekend, doordat het niet intern gereguleerd is en de enige concrete actie (identificatieformulieren voor vrouwen) niet overtuigd geïmplementeerd is. Omdat ‘gelijke kansen’ evenwel een geïntegreerd onderdeel is van de organisatiecultuur en hiermee iedereen wel bekend is, bestaat de overtuiging dat de organisatiepraktijk wel degelijk op gelijke kansen is geënt.

De interne organisatieregels hebben beduidend meer betekenis en legitimiteit dan externe wetgeving met name de gelijke-behandelingswetgeving. Bepaalde personeelsbeslissingen rekent men tot ‘autonoom organisatiegebied’. Naar buiten toe is de organisatie ‘gedekt’ door zijn fundamenteel geloof de wet na te leven. Dit is echter niet nader gereguleerd in interne standaardprocedures. Het management vertrouwt er op dat het organisatiebeleid wetsconform is, zo niet dan grijpt Personeelszaken in. Personeelszaken vertrouwt op de eigen kennis van de manager, zo niet, dan grijpt Juridische zaken in. Juridische zaken oriënteert zich merendeels op externe betrekkingen en vertrouwt er op dat Personeelszaken zelf op de hoogte is (zie ook § 4.1.3).

5.2.2 Interpretatie van bedrijfsbeleid

De marge tussen organisatieverwachtingen van gedrag en gedrag is onder meer afhankelijk van de ‘vertaalslag’ door het management van schriftelijke communicaties. Grosso modo kan bij een dergelijke uitleg van schriftelijke regels acht worden geslagen op wat de precieze procedure voor handelen is, dan wel op wat de bedoeling of het resultaat van het handelen moet zijn. Dit verschil komt overeen met wat in de rechtspraak een legistische dan wel een teleologische benadering zou heten. In de uitgebreide literatuur over regeltoepassing door ambtenaren wordt van verschillende ‘stijlen van regeltoepassing’ gesproken (zie hierover in hfdst. 3 § 4). De stijlen die in deze literatuur onderscheiden worden, blijken eveneens te liggen op een continuüm tussen een oriëntatie op de precieze tekst en een oriëntatie op de veronderstelde bedoelingen van regels.¹³

Allereerst is voorgelegd of (schriftelijke) bedrijfscommunicaties relevant zijn voor het dagelijkse ‘peoplemanagement’. Ondanks dat men klaagt over de ‘ondernemingsbureaucratie’ acht men de bedrijfsbeginselen en standaardprocedures voor (personeels)beleid inhoudelijk zeker van belang. Dit geldt ook het gelijke-kansenprogramma ondanks dat men hierbij eerder een persoonlijke kanttekening plaatst. Er is geen verschil tussen de mannen en vrouwen.

Voor wat betreft de ‘stijl’ van interpretatie, kan van een tweedeling gesproken worden onder de populatie. De ene helft van de respondenten is zeer uitgesproken over het volgen van de bedrijfsprocedures in beslissingen.

“Ik laat me zoveel mogelijk door de regels leiden, ik zie het als een rode draad, door alles heen” (paar 6, zij).

De wijze van toepassing onder deze zestien respondenten vormt een vrij letterlijke uitleg van procedures met uitzondering van de ‘hard cases’. In dat geval tracht men een compromis te bewerkstelligen tussen bedoeling en tekst. Wanneer de procedure geen uitweg biedt om de ratio ervan te realiseren, veroorlooft men zich ‘creativiteit’.

“Een compromis van regels en doeleinden. Kijk, als je zegt de doelstelling is loon naar prestatie maar iemand zit op het eind van de schaal, dan kun je ’m eigenlijk geen salarisverhoging meer geven. Dan zijn regels beperkend en dan komt er creativiteit aan te pas” (paar 12, hij).

De ander helft van de respondenten refereert meer aan individuele opvattingen over beleid. Hierin is sprake van een sekseverschil. Tweederde van de vrouwen behoort

13 Kagan 1978 en het hierop gebaseerde Nederlandse onderzoek aangehaald in hfdst. 3 § 4.

Hoofdstuk 12

tot de eerste groep die sterker refereren aan formele procedures. Tweederde van de mannen behoort tot de tweede groep die hun persoonlijke opvatting sterker naar voren schuiven.

“Je hebt voor jezelf waarden en normen om om te gaan met mensen en die hanteer je gewoon. (...) Daar handel je naar, zo ben je, dat doe je onbewust, en of daar nou 'n regel of een procedure aan ten grondslag ligt, nou, dat zal wel...” (paar 5, hij).

De suggestie wordt evenwel gewekt dat het verschil tussen de groepen deels een verschil van presentatie is en uiteindelijk niet tot een wezenlijk verschil in interpretatie leidt. Hoewel de tweede groep zegt ‘naar gezond verstand’ te handelen, constateert men desgevraagd dat dit het formele organisatiebeleid op zich niet ontloopt.

“Onze beliefs die zijn met de paplepel ingegoten, het zijn allemaal dingen die voor mij toch gefundenes fressen zijn, dat zit erin” (paar 4, hij).

Het feit dat over het geheel genomen de ‘persoonlijke’ visie van deze tweede groep managers tamelijk homogeen blijkt te zijn en afgestemd blijft op de organisatieverwachtingen, doet een socialiserende werking van de organisatiecultuur vermoeden. Voor zichzelf presenteert men een zekere authenticiteit van opvattingen maar tegelijkertijd heeft men geen moeite te onderkennen dat de stringent doorgevoerde bedrijfscultuur het handelen sterk vormt.

“Ik denk dat het (organisatiefilosofie, AV) een tweede natuur wordt. Want als je gewend bent in een bepaald keurslijf te functioneren, dan doe je niet anders” (paar 1, zij).

“De managementeducatie is geënt op een stuk bedrijfs geloof, daar wordt je wel door beïnvloed. Je moet wel waken dat je niet te veel geïndoctrineerd wordt (...), maar je bent er zelf bij” (paar 2, hij).

De socialiserende werking leidt tot een mate van internalisering van het ‘organisatiedenken’. Men maakt de organisatieverwachtingen onbewust eigen aan het individueel gedachtegoed. Dat kan resulteren in de opvatting dat men de organisatievisie hanteert omdat het de authentieke persoonlijke visie is:

“De grondslagen zijn mijn eerste uitgangspunt, maar niet omdat het de organisatiefilosofie is maar omdat het overeenkomt met wat ik zelf vind” (paar 15, zij).

Met name op het managementniveau is een zekere conformiteit aan het organisatiedenken te verwachten. Om door te dringen tot de leidinggevende functies is een zekere vereenzelviging met de organisatieverwachtingen noodzakelijk. Het manage-

Juridische ruis op de arbeidsmarkt: het motivatieprobleem

ment-identificatieplan selecteert naar een ideaaltypisch ‘persoonlijkheidsprofiel’ dat rechtstreeks uit de heersende cultuur voortvloeit. Voor de manager, zo mag men zeggen, moet het overbruggingsproces van individuele standaardverwachtingen naar organisatieverwachtingen succesvol zijn geweest.

“Je moet je aan de bedrijfscultuur conformeren, en als je dat niet kunt, moet je de consequenties nemen. Binnen een jaar draai je mee, of ga je weg” (paar 2, zij).

“Ze zeggen wel eens waar je mee omgaat, daar wordt je mee besmet. Ik voel me hier lekker, en dan ga je meedoen. Je gaat vanzelf mee in de trein” (paar 8, zij).

Boven is gewezen op het overschot aan vrouwen in de groep die een beredeneerde en tamelijk formele uitleg aan de bedrijfsprocedures geeft, en het overschot aan mannen in de groep die een meer persoonlijke en gevoelsmatige uitleg hanteert. Omdat beide ‘stijlen’ uiteindelijk convergeren met de bestaande organisatieverwachtingen, kan dit erop wijzen dat de mannen zich in meerdere mate dan de vrouwen zodanig (kunnen) vereenzelvigen met de organisatieverwachtingen, dat eenvoudiger op ‘persoonlijk’ gevoel is te varen. Als mede in aanmerking wordt genomen dat de gemiddelde bedrijfservaring van de vrouwelijke en mannelijke respondenten gelijk is, is het voor mannen wellicht eenvoudiger om zich aan te passen aan de heersende cultuur. Een en ander zou kunnen voortvloeien uit de ‘masculiene’ oriëntering van de cultuur. Dit uit zich bijvoorbeeld in een meer dan fulltime beschikbaarheid die voor vrouwen moeilijker is op te brengen. Maar ook op psychologisch niveau is bijvoorbeeld de verkoper van het bedrijf op de eerste plaats een man:

“Een vrouw in een mannenwereld, daar gaat het om, dat is bijna ondoenlijk, en dan praat ik over het echte werk, de grote beslissingen. Vrouwen tegenover klanten van topniveau zetten (...) die slaan helemaal op tilt” (paar 8, hij).

“(Je moet) maar de durf hebben om een dame te nemen. Brandt die af dan krijg je dus te horen: Ja, zie je wel” (paar 11, hij).

De conclusie mag zijn dat de dertig managers de organisatieprocedures tamelijk conform interpreteren aan de organisatievisie. Dat kan door een vrij formele toepassing van de bedrijfsregels, zowel als door een wat ‘lossere’ stijl op basis van verregaande vertrouwdheid met de organisatieverwachtingen.

Als specifiek wordt gevraagd naar de interpretatiewijze van de verschillende onderdelen van beleid, blijkt wel dat de ene procedure de andere niet is. Conform de organisatieverwachtingen geeft men verschillende gewichten aan procedures

Hoofdstuk 12

afhankelijk of ze tot de ‘core business’ behoren. Met name het gelijke-kansenprogramma valt hier buiten boord. In tegenstelling tot het reguliere beleid kan over het gelijke-kansenprogramma zo nu en dan schamper gesproken worden.

“Ik had een keer een vrouw die beriep zich op het gelijke-kansenprogramma. Nou, die heb ik onmiddellijk d'r hok ingestuurd. En dan had ze zich misschien kunnen beroepen op de regels (...) maar dan had ik haar overgeplaatst” (paar 1, hij).

De lage prioriteit van het gelijke-kansenprogramma is een ieder min of meer duidelijk, of men het daar persoonlijk mee eens is of niet. Men mist de overtuiging in het beleid en kan deze er zelf ook moeilijker inleggen omdat geen directe lijn wordt gezien met het bedrijfsresultaat.

“Er zit niet echt hart in, de mensen die het gelijke-kansenprogramma schrijven staan er zelf ook niet echt achter. Het wordt ook niet gedragen door de lijn. Het is echt zo'n ding erbij, zo van we doen het toch allang goed” (paar 15, zij).

“Je ziet van een gelijke-kansenprogramma niet direct de vruchten (...) alles dat met geld te maken heeft, dat zijn zware regels” (paar 3, zij).

5.3 De operationele verwerking van bedrijfsbeleid

Hieronder komt tot slot aan de orde in hoeverre de manager gemotiveerd wordt door de organisatiestructuur om zijn zienswijze op het organisatiebeleid ook in daadwerkelijk handelen om te zetten. Er ligt uiteraard geen waterdicht schot tussen cognitieve zienswijzen en operationele werkwijzen. De uitleg van het belang van beleid speelt door in de mate van motivatie. In § 5.1 is verondersteld dat te verwachten is dat motivatie afhangt van de samenloop van individueel gepercipieerde werkwijzen en de organisatieverwachtingen daarover. Binnen een hiërarchische arbeidsstructuur kan men verwachtingen over de modus van werken op verschillende niveaus voorstellen. Op primair niveau kunnen organisatieverwachtingen bestaan over de uitvoeringswijze van een specifiek opgedragen taak. Op secundair niveau bestaat in een organisatie echter ook een algemenere verwachting dat alle opgedragen taken in beginsel uitgevoerd zullen worden. Het laatste vloeit voort uit de gezagsverhoudingen. De individuele handelingsmotivatie zou zowel beïnvloed kunnen worden door de mate waarin men gemakkelijk voldoet aan een specifieke verwachting over de uitvoering van bepaald werk, dan wel door de mate waarin men algemene organisatieverwachtingen over de gezagsverhoudingen, tot uitgangspunt van handelen maakt. Het eerste zou een motivatie uit consensus genoemd kunnen worden en het tweede een motivatie uit gezag. Beide worden apart onderzocht.

5.3.1 *Operationalisatie op basis van consensus*

Aan de respondenten is gevraagd of men zich in de handelingspraktijk in de voorgeschreven werkwijzen op personeelsterrein kan vinden. Negenentwintig hebben deze vraag beantwoord. Vierentwintig respondenten menen dat hun persoonlijke werkwijze overeenkomt met de werkwijze zoals de reguliere personeelsprocedures dat voorschrijven. Er is geen verschil tussen mannen en vrouwen. De consensus over het gewenste optreden op basis van het gelijke-kansenprogramma is veel minder uitgesproken. De meningen liggen verdeeld. De helft van de vrouwen en nog geen kwart van de mannen zijn het er mee eens (zie onderstaande tabel).

Tabel 15 Consensus met de verwachtingen over de uitvoeringswijze van regulier personeelsbeleid en van gelijke-kansenbeleid (N = 29)

	regulier personeelsbeleid			gelijke-kansenbeleid		
	eens	neutraal	oneens	eens	neutraal	oneens
mannen	12	1	1	4	3	7
vrouwen	12	2	1	8	3	4
totaal	24	3	2	12	6	11

Wanneer de vraag naar de verschillende maatregelen voor gelijke behandeling wordt uitgesplitst, blijken drie van de veertien mannen zich persoonlijk te kunnen vinden in een werkwijze gericht op het vergroten van de populatie vrouwelijke werknemers. Voor de vrouwelijke managers is dit bijna de helft. Eveneens slechts drie van de veertien mannen kunnen zich vinden in de uitvoering van beleid dat vrouwen moet laten doorstromen naar zelfstandige en leidinggevende functies. Van de vrouwen is tweederde het met deze managementtaak eens. Vooral de mannen menen dat de uitvoering van een gelijke-kansenbeleid voor vrouwen zich moet beperken tot arbeidsvoorzieningen maar niet doorgevoerd kan worden in het allocatiebeleid van personen over functies.

“Die vrouwencursussen daar heb ik geen moeite mee, want het is natuurlijk voor een vrouw best wel moeilijk...de drang om meer te presteren, om op te vallen. Nou, ik heb daar geen moeite mee” (paar 9, hij).

“Kinderopvang dat vind ik schitterend. We bouwen toch ook een fietsenstalling?” (paar 1, hij).

Hoofdstuk 12

Vervolgens zijn de respondenten een aantal hypothetische werkwijzen voorgelegd, zou het zo zijn dat de onderneming vrijwillig of verplicht emancipatoir beleid moet doorvoeren in het allocatiebeleid. De volgende uitvoeringswijzen zijn voorgelegd: (1) voorkeur voor vrouwen bij gelijke geschiktheid, (2) voorkeur voor vrouwen bij voldoende geschiktheid, (3) de manager doelstellingen opleggen voor het aantal vrouwen op de afdeling op basis van het kwalitatief aanbod op de arbeidsmarkt. De resultaten staan opgenomen in de onderstaande tabel.

Tabel 16 Consensus over hypothetische werkwijzen van gelijke-kansenbeleid

	werkwijze 1 ^{a)}		werkwijze 2 ^{b)}		werkwijze 3 ^{c)}	
	eens	oneens	eens	oneens	eens	oneens
mannen	4	11	5	10	8	7
vrouwen	11	4	3	12	11	4
totaal	15	15	8	22	19	11

a) voorkeur bij gelijke geschiktheid b) bij voldoende geschiktheid c) streefcijfers

Het belangrijkste ingebrachte bezwaar tegen de uitvoering van voorkeursbeleid per allocatiebeslissing was de gedachte dat dit zou dwingen vrouwen met onvoldoende capaciteiten te selecteren. Bij selectie op ‘voldoende’ geschiktheid heerste deze opvatting nog sterker bij de vrouwen dan bij de mannen.

“Ik hoop dat het op mij nooit van toepassing zal zijn. Ik zou het afschuwelijk vinden als ik hier als manager zou zitten omdat ik een vrouw ben en niet omdat ik de capaciteiten heb” (paar 14, zij).

Opvallend is dat de meerderheid zich uitsluitend kan vinden in het werken met streefcijfers. Hoewel voorkeursbeleid op grond van gelijke of voldoende geschiktheid minder ‘hard’ is en moeilijk valt te controleren, lijkt het werken met kwantitatieve doelstellingen beter aan te sluiten bij de algemene werkwijze in de organisatie. In het reguliere beleid wordt voornamelijk op grond van persoonlijke werkdoelstellingen gewerkt waarop men jaarlijks in een beoordelingsgesprek ‘wordt afgerekend’ (zie ook § 5.3.2).

Tot slot is gevraagd, in hoeverre men zich in de dagelijkse managementpraktijk kan vinden in wettelijke verplichtingen die aan de uitvoeringswijze van personeelsbeleid worden gesteld. Alle respondenten menen dat hun handelingen berusten op seksneutrale uitvoering van personeelsbeleid. Als specifiek wordt gevraagd of dat ook geldt wanneer vrouwen zwanger zijn, blijven vierentwintig van de dertig

Juridische ruis op de arbeidsmarkt: het motivatieprobleem

bij hun mening (12 vrouwen, 12 mannen). Als echter gevraagd wordt naar het verbod van indirect sekseonderscheid, stuit dit op aanzienlijk onbegrip. Men vindt het geen logische constructie ook niet na nadere uitleg en illustrering. Het verbod op sekseonderscheid betekent voor de meerderheid van respondenten een identieke behandeling waarbij omstandigheden en gevolgen juist geen rol mogen spelen. Dat men oog zou moeten hebben voor de verschillende feitelijke posities van mannen en vrouwen lijkt daarmee niet te rijmen.

“Kijk dat vind ik nou tegenstrijdig, aan de ene kant roep je, ben je het eens met dat niet-discriminatioestandje wat we hebben in onze Nederlandse wet, dan zeg ik ja, en dan ga je vragen of ik er voor ben om dat om te draaien, nou daar ben ik het dus niet mee eens” (paar 1, hij).

5.3.2 Operationalisatie op basis van gezag

Hoewel boven blijkt dat een meerderheid zich in de praktijk niet kan vinden in de uitvoeringsmodus van het gelijke-kansenbeleid, zijn dezelfde managers even daarvoor wel de mening toegedaan dat (ook) het gelijke-kansenprogramma inhoudelijk relevant is voor de dagelijkse managementpraktijk (zie § 5.2.2). Dit wijst op andere handelingsmotivaties die het individueel referentiekader beïnvloeden. Binnen een gezagsstructuur zoals de organisatie die kent, bestaat de gegeneraliseerde verwachting dat men in beginsel werkopdrachten uitvoert zoals bedoeld.

Het gewicht van deze algemene verwachting binnen de onderneming wordt getoetst door een situatie voor te spiegelen waarin men volstrekt tegen de individuele opvatting in moet handelen. Gevraagd wordt of men een voorschrift dat rechtstreeks van de directie komt, zou toepassen indien men de inhoud volstrekt niet kan verenigen met de eigen taakopvatting. Hoewel het feitelijk gedrag niet onderzocht kan worden, stellen zeventien van de dertig managers reeds op voorhand dat ze het voorschrift in praktijk zouden volgen. Hierna is de vraag herhaald met dit verschil dat het een voorschrift van de eigen manager zou zijn. In dit geval antwoorden tweeëntwintig van de dertig managers op voorhand dat ze aan het voorschrift gevolg zouden geven. De respondenten die verschillend op de vragen hebben gereageerd motiveren dit door de organisatiestructuur die een nauwe band legt tussen de manager en zijn medewerkers. De beoordeling door de eigen manager is bepalend voor de beloning en promotie van zijn of haar medewerkers.

“Kijk, je beoordeling is één van de belangrijkste breekpunten. Want daar hangt je salaris vanaf, je carrière, dingen in materiële zin. Ik denk dat je bijna geen beter stuurmiddel kunt bedenken” (paar 5, hij).

Hoofdstuk 12

De gezagsverhoudingen vormen een belangrijke motivatie voor gedrag. Achtentwintig van de dertig managers verwachten dat de manager de voorschriften van de bedrijfsleiding uitvoert.

“Natuurlijk, anders wordt het een rotzootje. Je moet luisteren naar je meerdere, wel in het redelijke natuurlijk” (paar 7, hij).

“Perfectly obvious, yes. Ze zijn boven me gesteld, dus aan die regels heb je je te houden (...) ik heb altijd het volste vertrouwen gesteld in de directie” (paar 6, zij).

Het gezag van de organisatieleiding is een vanzelfsprekende zaak. De verwachting dat men de organisatieregels in praktijk toepast, is gemeengoed onder de voorwaarde dat in de omgang respect bestaat voor persoonlijke identiteit. Autoritair bewind wordt afgewezen maar hegemoniaal gezag is aanvaard. Dat vergt dat dienstorders in een sfeer van redelijkheid en overleg worden overgebracht. ‘De zaken moeten bespreekbaar zijn’. Het resultaat is echter niet doorslaggevend.

“Het geeft niet dat het niet altijd direct wat uithaalt. (...) Men moet wel heel veel karakter hebben, wil men een in public genomen beslissing terugnemen, dus dat moet je wel incalculeren” (paar 12, hij).

De motiverende werking die van organisatieverwachtingen uitgaat op het dagelijks handelen, wordt grotendeels gedragen door de wederzijdse afhankelijkheid van organisatie en individu. De organisatie is afhankelijk van de som van zijn participanten, de individuele participant is afhankelijk van de organisatie. Door een netwerk van organisatieverwachtingen, die materieel vorm krijgen in opgedragen werkdoelstellingen per individu, persoonlijke beoordeling, gesloten selectieprocessen en prestatiebeloning, ontstaat een programmering van gedrag.

“Doe ik het volgens het boek, dan is het zo getekend, en doe ik het buiten het boek, nou, god, dan haal ik me problemen op de hals” (paar 8, zij).

Wederom blijkt echter ook hier dat niet elke procedure dezelfde motivatie vraagt van de manager. De organisatiecultuur maakt het informeel belang van de verschillende procedures duidelijk. Dit bleek hierboven al waar het gelijke-kansenprogramma niet tot de kern van organisatiebeleid wordt gerekend (zie § 5.2.2). In de praktische operationalisering van beleid zet zich dit door.

“Zo’n gelijke-kansenprogramma, dat is meer vrijblijvend” (paar 4, zij).

Juridische ruis op de arbeidsmarkt: het motivatieprobleem

De organisatieregels die onverwijld en zonder discussie uitgevoerd dienen te worden, bestempelt men in het bedrijfsjargon als de ‘marsorders’. Gezien de onmiddellijke relatie met het winststreven van de onderneming is het belang van de ‘marsorder’ een ieder zonder meer duidelijk.

“(…) maar als er een marsopdracht komt, dan voer je het uit hè, zoals Oliver North al zei, dan is het neus die kant uit en de berg bestormen” (paar 9, zij).

6 Bevindingen bij Protech

De onderneming is een goed voorbeeld van een zelforganiserend complex systeem. Dat wil zeggen, dat de organisatie gesloten opereert. Het centraal sturingsmechanisme van de organisatie is haar structuur. De structuur bestaat uit een fijngeveven netwerk van functies en gestandaardiseerde procedures die plaats, tijd en inhoud van het organisatiehandelen bepalen. De organisatiecultuur vormt een gesloten cirkel met deze structuur. Het door de structuur gereguleerd organisatiehandelen produceert een specifieke organisatie-identiteit die weer de grondslag vormt van de structuur. Het doel van de organisatiecultuur is de cognitieve waarneming van de organisatie, zijn doelen en beleid te uniformeren. De cultuur of identiteit van een organisatie drukt de parameters voor het organisatiehandelen uit.

De individuele actoren hebben, ondanks hun individuele verschillen, een gemeenschappelijke opvatting over het bedrijf. Een manager spreekt van ‘een grote familie’. Men vereenzelvigd zich met de organisatie-identiteit, kent deze door en door en ontleent hieraan een trots. Deze cultuur, zo wordt erkend, selecteert een bepaald type werknemer. ‘Men conformeert zich of verlaat de organisatie weer’.

Inhoudelijk gesproken, vervult de cultuur feitelijk een dubbelfunctie. Enerzijds is er een praktische functie. De ongeschreven regels vullen de geschreven regels aan, stellen de prioriteiten duidelijk en verhelderen de bedoelingen van procedures. Anderzijds is er ook een ideologische of symboolfunctie. De cultuur doet ‘geloof’ vatten in een persoonlijke benadering die aan elk individu stuk voor stuk recht doet ondanks het feit dat de grootte en complexiteit van de organisatie dat feitelijk niet (meer) toelaat. De ‘massaliteit’ is niet meer zonder standaardisering handelbaar te maken. De cultuur drukt dit gegeven echter weg uit het cognitief bewustzijn. Wat overblijft, is de visie dat de organisatie in zichzelf open ligt en geen restricties kent. Derhalve zijn de kansen die men heeft louter en alleen door individuele prestatie verklaarbaar, wat de motivatie optimaliseert. Dit wordt versterkt doordat de organisatie zijn standaardisering van handelen verborgen houdt. Het belonings- en promotiesysteem is zodanig ingericht dat de onvoorzienbare en onregelmatige

Hoofdstuk 12

salarisverhoging of managementpromotie een unieke reactie lijkt op de voorafgaande prestatie.

In feite zijn individuele kansen op selectie onderhevig aan de grenzen die gestandaardiseerde systemen daarin aanbrengen. Men moet de informele wegen kennen en bewandelen om daadwerkelijke aandacht op zichzelf te vestigen. Maar belangrijker, de organisatiesystemen zijn in zichzelf ook niet zonder restricties. Ze zijn bewust geënt op een selectief medewerkersprofiel waar op voorhand niet ieder individu of elke sekse ongeacht capaciteiten in gelijke mate in blijkt te passen. Doorbreking van het huidige masculiene medewerkersprofiel lijkt alleen mogelijk doordat vrouwen getalsmatig toenemen en structurele posities bezetten die in eerste instantie strijden met het profiel. De gelijke-kansenmaatregelen zijn echter in de kiem gesmoord juist omdat de cultuur beelden produceert van een open organisatie waarin een ieder reeds recht wordt gedaan. Dat verlaagt de prioriteit van een gelijke-kansenprogramma en maakt het in feite al achterhaald.

Het bovenstaande is te beschouwen als een schets van de specifieke organisatiecontext waarin de juridische normen vallen. Het intern opereren van de organisatie voltrekt zich autonoom. Men ziet niet in met welk recht de maatschappelijke omgeving kan of wil interfereren met de wijze waarop een bedrijf zijn medewerkers belooft of promoveert vanuit de eigen economische visie. Juridische eisen aan intern handelen worden dan ook niet structureel doorgegeven en vertaald naar de interne niveaus. De relaties met haar omgeving ziet de organisatie zuiver in haar extern optreden als institutionele actor. Men streeft hierin naar een positief maatschappelijk imago van de organisatie op zich. In haar extern optreden staat de organisatie dan ook goed te boek. Er is meer over het gelijke-kansenprogramma voor vrouwen gepubliceerd in de media buiten het bedrijf dan in de media binnen het bedrijf.

De tweedeling naar intern en extern optreden maakt dat wetsconformiteit de organisatie als institutionele actor aangaat maar niet de intern participerende individuele actoren. De meerderheid van respondenten benoemt het ook als zodanig. Sommige van deze individuele actoren hebben wel een zekere psychische kennis van wetgeving, maar er bestaat geen gegeneerde 'sociale' informatie op algemeen organisatieniveau.¹⁴ De louter psychische informatie blijkt niet doorslaggevend voor het handelen in functie binnen een specifieke organisatiecontext.

Op arbeidsvoorwaardenterrein leidt de autonomie van het intern organisatiehandelen over het algemeen niet tot botsingen met zijn juridische en maatschappelijke omgeving. Gezien het ontbreken van institutioneel bewerkte informatie over recht zou dat te verwachten zijn. De organisatie is echter van binnenuit gemotiveerd

¹⁴ Hierover Teubner 1989a, pp. 94-95.

Juridische ruis op de arbeidsmarkt: het motivatieprobleem

tot goede arbeidsvoorwaarden die de juridische voorwaarden over het algemeen te boven gaan. Voor wat betreft gelijke-behandelingswetgeving, wordt de organisatie in zijn externe betrekkingen niet gemotiveerd specifieke organisatiekennis van deze wetgeving te verwerven. Intern veronderstelt de organisatie op basis van zijn gelijke-kansenfilosofie ruim boven de norm te zitten, terwijl extern de organisatie als actor op de markt geen signalen bereiken die het tegendeel suggereren.

De verbondenheid van structuur en cultuur in de onderneming maakt dat de managementpraktijk, hoewel die zich hiervan nauwelijks meer bewust is, strak de eigen bedrijfsprocedures volgt. De richtinggevende functie van de cultuur hierin is van belang. Hoewel individuele verschillen uiteraard blijven bestaan, is de homogeniteit van begrip zowel als uitvoering van interne bedrijfsregels opmerkelijk voor een 'kolos' van meer dan vijfduizend medewerkers en boekwerken vol organisatieprocedures.

Deze 'infrastructuur' veronderstelt dat ook een gelijke-kansenprogramma, mits het zijn oorsprong in de organisatie zelf vindt, goede kans van slagen heeft. Hier blijkt evenwel dat de interne cultuur dit te niet doet. Het masculien georiënteerd medewerkersprofiel dat in het bedrijf de norm vertegenwoordigt, veroorzaakt al jarenlange stabiele deelnamepercentages van 12% vrouwen in totaal en ongeveer 4 a 5% vrouwen in het management. Deze stabilisering reproduceert weer de norm. Hoewel de cijfers strijden met de gelijke-kansenfilosofie in de onderneming, wordt dit niet als zodanig beleefd. De gelijke-kansenfilosofie werkt als 'self-fulfilling prophecy'. Men observeert de organisatie volgens de voorgeschreven zienswijze waardoor deze zonder restricties is. De feitelijke bezettingscijfers naar sekse kunnen daaraan niet afdoen. Deze observatie maakt verdere praktische organisatiemaatregelen overbodig. Het bestaande programma functioneert voornamelijk extern. De wettelijke verwachtingen spelen binnen de organisatie door de geslotenheid van intern opereren geen rol van betekenis.

7 Concepties van personeelsbeleid bij BeZa

Een (arbeids)organisatie kan toenemende complexiteit beheersen door zijn interne interactieprocessen te structureren. Door differentiatie en formalisatie van verwachtingen van gedrag vindt een institutionalisering van interacties in een organisatie plaats (zie § 2.2). Dit institutionaliseringsproces wordt gedragen door de organisatiestructuur. In zijn cognitieve processen is een complexe organisatie in staat zijn eigen structuur te conceptualiseren terwijl het in zijn operationele processen in staat is daarnaar te handelen. Vinden beide processen plaats op grondslag van een organisatie-specifieke identiteit die weer de structuur bepaalt, dan is sprake van een gesloten

Hoofdstuk 12

zelforganisatie. In deze paragraaf wordt eerst ingegaan op het door het departement geconceptualiseerde personeelsmanagement. Het gaat hieronder derhalve om de conceptualisering van de organisatiestructuur en mogelijkserwijs de organisatiecultuur. Het uitvoerend personeelsmanagement volgt in § 8.

7.1 Beschrijving van de structuur van personeelsmanagement

7.1.1 Functiestructuur

Het departement kent twee directoraten en vier diensten die gelijkwaardig aan elkaar zijn. Verder zal voor het gemak gesproken worden van diensten. Een dienst is onderverdeeld in directies, hoofdafdelingen en afdelingen. Er zijn vijf uitvoerende diensten en één overkoepelende centrale dienst waaronder de centrale directie personeelszaken ressorteert. Boven alle diensten staat de secretaris-generaal (SG). Deze is inhoudelijk verantwoordelijk voor het gehele opereren van het departement. Eindverantwoordelijke is de minister. Door de dubbelrol van de minister in zowel het politieke als arbeidseconomische domein kan deze eventueel als scharnier fungeren tussen de twee betekenissystemen. Het parlement kan de Minister op de economische organisatie van de rijksdienst politiek aanspreken.

Het departement heeft als vele departementen in de tijd verschuivingen en samenvoegingen ondergaan als gevolg van herverdeling van overheidstaken. In de jaren zeventig is een uitvoerende dienst toegevoegd, evenals in 1983. De zes diensten zijn ten tijde van het onderzoek verspreid over verschillende kantoren. Er zijn totaal ongeveer achtduizend mensen werkzaam. De grootste dienst heeft drieduizend medewerkers, terwijl de kleinste dienst driehonderd medewerkers heeft. Het totale personeelsbestand bestaat voor 24% uit vrouwen. Op het niveau van de diensten is sprake van een tweedeling. Vier diensten waarin ongeveer de helft van de achtduizend ambtenaren werkt, hebben ieder een bezettingsgraad van ongeveer 30% vrouwen. Twee diensten waarin de andere helft van het personeel werkzaam is, hebben ieder een bezettingsgraad van ongeveer 13% vrouwen. Op functieniveau bezien, zijn mannen en vrouwen met name over de lage en hoge schalen onevenredig verdeeld. De functiestructuur kent achttien schalen. In de lage schalen werkt 40% van de vrouwen en 15% van de mannen, terwijl in de hoge schalen 21% mannen werkzaam zijn en 7% vrouwen. In de middenschalen werkt 53% van de vrouwen en 64% van de mannen (zie tabel 17).

Tabel 17 Procentuele personeelsbezetting naar sekse en functieniveau

functieniveau	mannen	vrouwen
schalen 1 - 4	15	40
schalen 5 - 10	64	53
schalen 11 -18	21	7

Het management van het departement bestaat uit ongeveer 4% vrouwen. Het management wordt gevormd door de SG, hoofden van diensten, hoofden van directies en chefs van hoofdafdelingen en afdelingen. In het 'middle management' zijn onder de 533 leidinggevenden 23 vrouwen. In het hoger management vanaf schaal 15 zijn onder de 130 functies 5 vrouwen aanwezig.

De bevoegdheidsverdeling verloopt over de 'lijn'. Deze loopt van de SG namens de Minister naar de hoofden van dienst. Binnen elke dienst loopt de lijn vanaf het hoofd van dienst naar de directeuren en vanaf daar naar hoofden van hoofdafdelingen en afdelingen. De verantwoording voor personeelsbeslissingen ligt in deze lijn. Het intern departementsbeleid wordt vastgesteld op centraal niveau. Dit niveau bestaat uit een 'directieraad': de SG en de hoofden van dienst. De centrale directie personeelszaken doet de beleidsvoorbereiding. Concrete personeelsbeslissingen kunnen door de directeur van de centrale personeelsafdeling namens de SG genomen worden. Binnen elke dienst wordt het management ondersteund door een decentrale personeelsafdeling. De hoofden van deze personeelsafdelingen hebben een eigen centraal overleg met de centrale directie personeelszaken.

In het departement is midden jaren tachtig een intern decentralisatiebeleid gestart. Ten tijde van het onderzoek werken inmiddels twee van de vijf uitvoerende diensten op basis van een zogeheten managementconvenant. Personele en financiële bevoegdheden zijn onder zekere voorwaarden vanuit het centraal niveau gemandateerd aan de hoofden van deze diensten. Op personeelsgebied houdt de centrale dienst zich echter de formatie van het hoger management voor en de beslissingen over onvrijwillig ontslag, beroepszaken en disciplinaire straffen. Binnen de gestelde kaders van de centrale dienst kunnen de diensten hun personeelsbeleid aanvullen.

7.1.2 Structuur van algemeen personeelsbeleid

Het kader voor de arbeidsvoorwaarden van rijksambtenaren is neergelegd in het Algemeen rijksambtenarenreglement (ARAR) en het Bezoldigingsbesluit Burgerlijke rijksambtenaren (BBRA). Het gaat met name om aanstellingsgronden, ontslaggronden, bezoldiging, vakantiedagen, bijzonder verlof, dienstcommissies (onder-

Hoofdstuk 12

nemingsraden bij de overheid) en bevoegdheidsverdeling. De voorwaarden zijn onderwerp van overleg tussen het Ministerie van Binnenlandse zaken en de centrale vakorganisaties van ambtenaren. Dit overleg delegeert bepaalde onderwerpen naar de departementen zelf die hierin overleg voeren met de zogeheten bijzondere commissies van vakorganisaties. Binnen deze kaders geeft het nog een aanzienlijke beleidsruimte voor met name de organisatie van het personeelsmanagement dat wil zeggen de plaats en wijze waarop de formatie-, allocatie- en beloningsbeslissingen genomen worden. Dit beleid wordt departementaal vastgesteld. De Minister van Binnenlandse Zaken heeft hierin een algemene coördinatiebevoegdheid.

Het inhoudelijk personeelsmanagement bij BeZa is vastgelegd in departementale regelgeving voor de personeelsvoorziening.¹⁵ Deze regelgeving stelt bevoegdheden, gedragsregels en richtlijnen vast voor de voorziening in en selectie van personeel. Deze regelgeving is verwerkt in een handboek personele zaken tezamen met uitvoeringsregels omtrent arbeidsvoorwaarden, circulaires van Binnenlandse Zaken in het kader van de coördinatietaak en circulaires met aanvullingen en wijzigingen van de SG en/of Directeur Personeelszaken. De arbeidsvoorwaarden voor de medewerker zijn opgenomen in een handboek rechten en verplichtingen. Eén dienst waarmee een managementconvenant is opgesteld, heeft een eigen werkboek personeelsmanagement dat echter nagenoeg overeenstemt met het departementaal handboek.

Selectie van personeel vindt plaats door de chef van de afdeling tezamen met de personeelsafdeling van de dienst. Het departement is daarbij gebonden aan de jaarlijkse bezettingslimieten die Binnenlandse Zaken in het kader van de afslankingsoperaties bij de rijksdienst vaststelt. Het hoofd van dienst is eindverantwoordelijk voor selectiebeslissingen. Kandidaten worden eerst intern geworven. De vacature moet intern bekend worden gemaakt, tenzij een aangewezen medewerker reeds is voorbereid op de (toekomstige) vervulling. Dit laatste moet in overleg met de personeelsafdeling gebeuren. De interne vacature moet gemeld worden bij Binnenlandse Zaken die eventuele herplaatsers binnen de rijksdienst als kandidaat kan voordragen. Levert dit onvoldoende kandidaten op dan kan extern geworven worden waarbij interne kandidaten voorrang hebben. In 1983 is een circulaire uitgegaan waarin als uitgangspunt staat vermeld dat functies in beginsel deeltijd verricht kunnen worden. Dit beleid is niet in het handboek personeelszaken opgenomen.

Voor de hogere managementfuncties geldt een speciaal beleid. Hiervoor bestaat een management-developmentbestand (MD-bestand). In het bestand zijn potentiële kandidaten opgenomen. De selectie hiervan is niet geformaliseerd. Er is geen

¹⁵ Circulaire Secretaris-Generaal M 79-46, 1980.

Juridische ruis op de arbeidsmarkt: het motivatieprobleem

management-identificatieprocedure op grond waarvan elke manager medewerkers kan voordragen voor het bestand. Bij een vacature in een hogere managementfunctie volgt een gesloten selectie op basis van het bestand en eventuele kandidaten die Binnenlandse Zaken uit de mobiliteitsbank van de rijksdienst naar voren schuift. Het hoofd van dienst draagt de kandidaat voor. De beslissing ligt bij de directeur van de centrale dienst personeelszaken die gefiatteerd moet worden door de SG. Levert het bestand geen geschikte kandidaat op, dan wordt extern geworven. De bijzondere commissie van de vakbonden heeft tegen gesloten selectie opgeworpen dat dit de promotie van niet in het MD-bestand opgenomen personen belemmert.¹⁶ De departementsleiding meent evenwel dat van openstelling te veel verwachtingen uitgaan omdat MD-kandidaten voorrang hebben.

Voor een lijst van hogere managementfuncties geldt een inspraakprocedure voor personeel. Dit heeft de vorm van een verplichte benoemingsadviescommissie waarin personeel van de betrokken afdeling of dienst plaatsneemt en een lid van de dienstcommissie. De commissie adviseert de selectiecommissie. Het hoofd van dienst kan in zijn voordracht hiervan gemotiveerd afwijken. In een brief aan de bijzondere commissie van de vakbonden onderschrijft de directeur personeelszaken dat de gesloten selectie uit het MD-bestand de inspraakprocedure een pro-forma karakter kan geven omdat benoemingen al min of meer vastliggen.¹⁷ Er zal gezocht worden naar oplossingen waarbij het uitgangspunt is dat inspraak het MD-beleid niet mag hinderen.

Buiten de hogere managementfuncties die minder dan 2% van de functies beslaan, kent het departement geen structureel loopbaanbeleid. De functies zijn niet ingedeeld in loopbaanpaden. Wel worden functioneringsgesprekken gehouden. Promotie naar een hogere of andere functie verloopt langs algemene selectieprocedures. Men moet solliciteren op intern gepubliceerde vacatures. Verder kan men 'op de stoel' bevorderd worden naar een hogere salarisschaal. Hieraan gaat een beoordelingsgesprek vooraf zoals bij elke rechtspositionele beslissing. Er is een formele bezwaarprocedure ten behoeve van beoordelingsbeslissingen.

Het beloningsbeleid is gestoeld op achttien schalen die zijn onderverdeeld in periodieken. Op grond van de aard en het niveau van de functie wordt deze op grond van een functiewaarderingssysteem gewaardeerd en ingedeeld in een organieke schaal. Het functiewaarderingssysteem is openbaar en kent een formele bezwaarprocedure. Bij indiensttreding wordt men doorgaans één schaal lager ingedeeld in de zogeheten aanloopschaal. Wanneer men het werk- en denkniveau van de functie

¹⁶ BC 86/80, verslag overleg met de bijzondere commissie 1986.

¹⁷ BC 85/158, brief van de directeur personeelszaken aan de voorzitter van de bijzondere commissie, 1985.

Hoofdstuk 12

bereikt heeft, wordt men bevorderd naar de organieke schaal. Jaarlijks ontvangt men één periodiek er bij in de schaal indien men zijn functie naar behoren vervult. Daarnaast bestaan extra beloningselementen. Bij uitstekend functioneren kunnen extra periodieken worden gegeven. Heeft men zijn schaalmaximum al bereikt dan is een toelage voor een jaar mogelijk. Incidentele goede prestaties kunnen met een gratificatie worden beloond. De genoemde beloningselementen kunnen ook uit managementmotieven worden toegekend bijvoorbeeld vanwege tekorten op de arbeidsmarkt. Een beloningsbeslissing wordt genomen door het hoofd van dienst op voordracht van de directe chef. Voor deze beslissingen bestaat een formele heroverwegingsprocedure. De flexibele beloningsbeslissingen zijn aan een beperkt budget gebonden.¹⁸

7.1.3 Beleidsstructuur voor de verwerking van juridische verplichtingen

De centrale directie personeelszaken houdt zich op de hoogte van juridische verplichtingen in personeelsbeleid. De ‘gewaarwording’ van wetgeving is groot. Ten eerste zijn de kaders van personeelsbeleid die in de rijksdienst gelden in specifieke wetgeving ondergebracht, ten tweede worden wijzigingen in de relevante wetgeving medegedeeld door middel van circulaires van Binnenlandse Zaken. De gangbare ‘ambtelijke’ stijl leidt er toe dat elke regeling in het handboek personeelszaken refereert aan de artikelen uit het ARAR of BBRA dan wel aan de kenmerken van circulaires van Binnenlandse Zaken of van de SG. Bij de invoering van de Wet gelijke behandeling voor overheidspersoneel wordt een circulaire verstuurd door de Minister van Binnenlandse Zaken. De inhoud van de verplichtingen staan hierin samengevat en het verzoek wordt gedaan ‘de circulaire bekend te maken onder het personeel’.¹⁹ Binnen het departement stuurt de directeur personeelszaken een circulaire rond waarin de circulaire van Binnenlandse Zaken is vervat. Het verzoek aan de hoofden van dienst luidt de circulaire onder het personeel bekend te maken.²⁰ De circulaire van Binnenlandse Zaken van 1980 die uitvoering geeft aan de parlementaire motie om een emancipatiebeleid en voorkeursbeleid voor vrouwen bij gelijke geschiktheid door te voeren in de rijksdienst,²¹ is destijds niet naar een departementale circulaire of ander beleid omgezet. Over de latere wijziging van het ARAR waarbij een voorrangsregeling voor vrouwen bij herplaatsing wordt ingevoerd, is wel een brief uitgegaan aan de personeelsafdelingen.²² De wijziging is

18 Besluit van de Minister MPZ1308012 van 1 februari 1989 op basis van het BBRA 1984 (‘Besluit bewust belonen’).

19 Circulaire Minister van Binnenlandse Zaken van juni 1981, AB81/U1085.

20 Circulaire directeur personeelszaken van augustus 1981, M 81-19.

21 Circulaire Minister van Binnenlandse Zaken van november 1980, AT80/U2027.

22 Nota directeur personeelszaken van oktober 1987, zonder kenmerk, aan hoofden personeelsafdelingen.

Juridische ruis op de arbeidsmarkt: het motivatieprobleem

verwerkt in de beschikking van de Minister van BeZa over afvloeiing. Het rondschrijven over gelijke-behandelingsverplichtingen en voorrang bij herplaatsing is niet in het handboek personeelszaken overgenomen. De dienstcommissies binnen het departement hebben aan de wettelijke taak te waken voor discriminatie en in het bijzonder de gelijke behandeling van onder meer mannen en vrouwen te bevorderen,²³ geen concrete voorstellen verbonden.

7.1.4 *Beleidsstructuur van emancipatie*

Het departement kent tot 1990 geen formeel emancipatieplan al was daarover een circulaire van de Minister van Binnenlandse Zaken rondgestuurd in 1980. Wel noemt de departementale regelgeving voor personeelsvoorziening de mogelijkheid bij selectie 'bepaalde voorkeur aan kwetsbare groepen te geven'. In het handboek personeelszaken is dit niet overgenomen. Binnen het departement functioneert wel een interne stuurgroep voor (extern) emancipatiebeleid als facet van de bestuurlijke departementstaken. Het departement kent binnen zijn arbeidsvoorwaardenbeleid kinderopvangplaatsen en een klachtenregeling voor ongewenste intimiteiten.

In 1984 wordt door een aangestelde emancipatiefunctionaris een discussienota geschreven over intern emancipatoir personeelsbeleid. Reacties op deze nota zijn geïnventariseerd maar leiden niet tot een formeel beleidsstandpunt. Emancipatoir personeelsbeleid blijft uit tot aan het einde van 1987 nieuwe regelgeving van Binnenlandse Zaken volgt. Na verschillende interdepartementale werkgroepen ten behoeve van emancipatiebeleid in de rijksdienst stelt Binnenlandse Zaken in 1986 een brede stuurgroep positieve actie in. Dit naar aanleiding van het kabinetsbesluit in 1986 om "de evenredige vertegenwoordiging van vrouwen op alle niveaus na te streven in de rijksdienst".²⁴ Begin 1987 adviseert de stuurgroep om positieve actie in te voeren in alle departementen en een servicepunt in te richten bij Binnenlandse Zaken.²⁵ Naar aanleiding hiervan volgt de kabinetsnota 'Positieve actie voor vrouwen bij de rijksoverheid' van 23 oktober 1987. Met ingang van 1988, zo stelt deze nota, moet tenminste één onderdeel van elk departement werken met een positief-actieprogramma. In 1990 moet positieve actie binnen alle dienstonderdelen van de rijksoverheid operabel zijn. De departementen hebben hun eigen verantwoordelijkheid voor de invulling van het programma. De randvoorwaarden zijn dat met streefcijfers gewerkt wordt en evenredige vertegenwoordiging op alle niveaus het doel is. Door eigen cijfermatige analyses moeten de departementen bepalen op welke niveaus of onderdelen van selectiebeleid maatregelen nodig zijn. Het in te stellen

²³ Artikel 128, tweede lid, ARAR.

²⁴ Tweede Kamer 1986–1987, 19 700, hfdst. VII, nr. 2

²⁵ Aanbevelingen aan de Minister van Binnenlandse Zaken en de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, nr. AT87/U104, 19 januari 1987.

Hoofdstuk 12

servicepunt kan behulpzaam zijn bij het opstellen van de streefcijfers. De algemene ondergrens is dat de in het verleden gerealiseerde gemiddelde groei van 0,5% vrouwen bij de rijksdienst per jaar gehandhaafd blijft. Hierop volgt een circulaire van Binnenlandse Zaken met het verzoek aan de departementen uitvoering aan de kabinetsnota te geven.²⁶

Vooralsnog volgt geen departementaal positief-actieprogramma. In plaats daarvan legt de departementsleiding op basis van de bezettingslimieten vier diensten de taakstelling op om in 1990 een toename van 0,5% vrouwen per jaar te realiseren over de periode 1987–1990. Voor de twee diensten die een achterstand hebben in de man/vrouw-bezetting, wordt een extra 1,5% groei per jaar opgelegd. In overleg met de directeur personeelszaken wordt vervolgens één gedecentraliseerde dienst bereid gevonden zelf een actieprogramma op te stellen. In oktober 1988 presenteert deze dienst zijn programma. Hieruit blijkt dat de dienst in 1987 31% vrouwen telt en over de afgelopen jaren een gemiddelde groei van 0,7% per jaar realiseerde onder de vrouwen. Gesteld wordt dat op grond hiervan niet 'de door het kabinet en departementsleiding opgelegde 0,5% groei zal worden nagestreefd maar 1% groei per jaar'. Knelpunt blijkt vooral de verdeling over de niveaus binnen de dienst te zijn. In schaal 1-8 werkt 67% van de vrouwen bij de dienst. In de schalen 9-12 werkt 16% en in de schalen 13 en hoger werkt 4%. De dienst streeft er naar meer vrouwen vanaf schaal 9 in dienst te nemen. Hiertoe zullen in de advertentieteksten de functie-eisen ruimer omschreven worden. Selectiecommissies moeten minimaal één vrouw tellen en in het selectiebeleid krijgen vrouwen bij gelijke geschiktheid de voorkeur. Voor selectie en doorstroming naar functies vanaf schaal 9 gelden geen streefcijfers. Voor de uitvoering van het programma wordt het management in de dienst verantwoordelijk gesteld. De decentrale personeelsafdeling rapporteert de voortgang.

In 1989 sluit de departementleiding een managementconvenant met twee decentrale diensten. Het convenant dat met de dienst gesloten wordt waar in 1988 een positief-actieprogramma is opgesteld, bepaalt dat de dienst eind 1989 tenminste 0,5% meer vrouwen per jaar in dienst heeft. In het convenant dat met de andere dienst gesloten wordt, is bepaald dat deze dienst eind 1989 tenminste 0,5% meer vrouwen in dienst heeft dan eind 1987. Het laatste impliceert derhalve een groei van 0,25% in plaats van 0,5% per jaar over 1987–1989. In hetzelfde jaar start de centrale directie personeelszaken de voorbereiding van een beleidsnota te behoeve van prioritaire groepen, waaronder vrouwen, etnische minderheden, langdurig werklozen en gehandicapten worden verstaan. De directeur personeelszaken bericht

²⁶ Circulaire van de Minister van Binnenlandse Zaken 27 november 1987, nr. AT87/U1559.

Juridische ruis op de arbeidsmarkt: het motivatieprobleem

de decentrale personeelsafdelingen dat per 1 april 1989 de personeelsadvertenties voor de duur van een jaar worden gewijzigd. Vermeld zal worden dat 'vrouwen, leden van etnische minderheidsgroepen en gehandicapten de voorkeur genieten indien zij voldoen aan de gestelde functie-eisen of -profiel'. Over de uitvoering van dit selectiebeleid volgt geen circulaire. Uit de documenten is niet af te leiden hoe de advertentietekst zich verhoudt tot het positief-actiebeleid van de decentrale dienst waarin een voorkeursbeleid geldt bij gelijke geschiktheid.

Begin 1990 blijkt dat drie van de zes diensten de opgelegde taakstelling gehaald hebben. Dit betekent derhalve dat men de gemiddelde groei van 0,5% vrouwen per jaar bij de rijksdienst heeft weten te handhaven. De dienst die in 1988 een positief-actieprogramma heeft opgesteld haalt de taakstelling van 0,5% begin 1990 niet. Overigens streeft deze dienst volgens zijn actieprogramma een groei van 1% in plaats van 0,5% na. In de overige diensten is in 1990 nog geen positief-actieprogramma voor vrouwen opgesteld. Uit onderzoek in opdracht van het departement blijkt dat eind 1989 86% van de leidinggevenden (N = 208) aangeeft geen maatregelen te hebben genomen om de instroom van prioritaire groepen te verhogen.²⁷ De personeelsadvertenties vermelden vanaf april van dat jaar wel deze maatregelen.

In april 1990 brengt de centrale directie personeelszaken de beleidsnota prioritaire groepen uit. Hierin worden de taakstellingen voor vrouwen herhaald en aangevuld met taakstellingen voor etnische minderheden en gehandicapten voor 1990. De beleidsnota stimuleert het management tot verhoogde activiteit. De nota geeft daarvoor een analyse waaruit blijkt dat de taakstellingen binnen de vacatureruimte van het departement en het bestaande arbeidsmarktaanbod realiseerbaar zijn. In het kader van het zelfbeheer van de diensten worden deze verantwoordelijk gesteld voor de invulling, uitvoering en evaluatie van het prioritaair beleid. Als instrument geeft de nota het positief-actieplan in overweging of een 'pragmatische aanpak'. Voor financiering wordt gewezen op een drietal subsidieregelingen van de rijksoverheid ten behoeve van de opleiding en inschakeling van langdurig werklozen, jongeren en etnische minderheden. Opgemerkt kan worden dat derhalve voor prioritaair beleid ten behoeve van specifiek vrouwen geen financiering mogelijk is. De diensten wordt positieve-actieplannen aanbevolen, maar niet opgelegd zoals het kabinetsbesluit van 1987 over positieve actie in de rijksdienst wil. De departementsnota specificiert het beleid ten behoeve van vrouwen alleen naar een totale taakstelling per dienst en niet naar functieniveaus. Het knelpunt in de arbeidsparticipatie van vrouwen bij vier

27 Research voor beleid, Evaluatieonderzoek bewust belonen, november 1989. Aan deze schriftelijke enquête zijn op verzoek van het Ministerie enkele vragen over het prioritaair beleid toegevoegd.

Hoofdstuk 12

van de zes diensten vormt echter niet de totale bezetting maar vooral de sterke seksesegregatie onder deze bezetting (vergelijk § 7.1.1).

7.2 Beschrijving van de cultuur van personeelsmanagement

Hoewel het departement voor de personeelsvoorziening op de arbeidsmarkt participeert, is het marktmechanisme in de zin van winstgerichtheid geen deel van de cultuur van de rijksoverheid. Dit geldt uiteraard voor de gehele non-profit sector. Desondanks staat het personeelsmanagement wel in de sleutel van een economische rationaliteit en wel door middel van het budgetmechanisme. Het departement streeft naar een zo hoog mogelijk niveau van dienstverlening tegen zo laag mogelijke kosten. In het kader van de 'afslankingsoperaties' binnen de rijksdienst is het departement gebonden aan afnemende bezettingslimieten zoals bijvoorbeeld ook Protech aan een personeelslimiet gebonden wordt door het moederbedrijf. Het personeelsmanagement is marktgericht te noemen in die zin dat het personeelsmanagement zich vooral op marktontwikkelingen oriënteert door middel van bijvoorbeeld de doorvoering van management-development, flexibele beloning en projectmanagement.

De grondbeginselen van personeelsmanagement zijn door de rijksoverheid geformaliseerd in de zogeheten 'doeleinden, uitgangspunten en middelen' van personeelsbeleid (de zogeheten DUM). Deze zijn:

- “(1) Voldoende personeel van voldoende kwaliteit om taken zo goed en doelmatig mogelijk te verrichten;
- (2) een zo goed en zo groot mogelijke bijdrage van personeel aan de voorbereiding, uitvoering en vernieuwing van regeringsbeleid en bestuur;
- (3) het welbevinden van het personeel en het scheppen van ontwikkelings- en ontplooiingsmogelijkheden.”

Met name in de tweede doelstelling die een democratiseringsgedachte en inspraak van personeel tot uitdrukking brengt, komt een interferentie met een politieke rationaliteit naar voren. Deze organisatiestijl drukt zich in concreto uit in bijvoorbeeld inspraakprocedures bij benoeming van hoge functionarissen en vele ambtelijke bezwaarprocedures voor onder meer functiewaardering, flexibele beloning en beoordeling.

Over het geheel genomen kan echter niet gesproken worden van een specifieke organisatiefilosofie in de zin van Teubner (boven § 2.1 en 2.2). De grondbeginselen van management zijn wel beschreven door de organisatie maar keren niet structureel terug in de uitvoerende procedures, staan niet opgenomen in de handboeken en

Juridische ruis op de arbeidsmarkt: het motivatieprobleem

vormen geen onderdeel van opleidingen. Er heeft geen institutionalisering van de cultuur plaats gehad waardoor een organisatiespecifieke identiteit kan worden gevormd. Omdat een cyclische verbinding van identiteit en acties in de organisatie ontbreekt, is geen sprake van een gesloten zelforganiserend systeem. Er treedt wel een zelfreferentie op in die zin dat organisatiehandelingen bepaald worden door de interne structuur die door organisatiehandelingen wordt opgebouwd. Dit houdt in concreto bijvoorbeeld in dat alle externe informatie, ook van andere ambtelijke organisaties zoals het ministerie van Binnenlandse Zaken, niet opgemerkt en verwerkt wordt zonder voorafgaande omzetting naar intern opgestelde informatie.

De sleutelpersonen benadrukken wel de eigen cultuur van de diensten die een specifieke ontwikkelingsgeschiedenis kennen. Vooral het verschil in aard en niveau van de specifieke diensttaken trekt verschillende typen personeel. Vier diensten hebben een meer 'open' cultuur. Ze lopen meer voorop in de ontwikkelingen en kennen een redelijke doorstroom. Deze diensten verrichten het complete pakket aan bestuurstaken van beleidsontwikkeling, bestuur en voorbereiding van wetgeving tot controle en inspectie. Twee diensten hebben een meer gesloten karakter. Het werk is specialistischer en er is minder doorstroom. Het takenpakket is nauwelijks onderhevig is aan politieke dynamiek en bestaat voor een groot deel uit uitvoerend technisch-administratief werk. Deze diensten worden binnen het departement als 'mannenwereld' aangeduid. Er is dan ook een relatief lage bezetting van vrouwen ($\pm 13\%$). Alle 'dienstculturen' berusten echter niet op een specifieke economische ratio die het voortbestaan van de organisatie dient, maar zijn voornamelijk door de eigen sociale interactiegeschiedenissen over de jaren heen bepaald.

8 Operaties van personeelsbeleid bij BeZa

8.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt ingegaan op de wijze waarop het management het formele departementsbeleid met inbegrip van het positief-actieprogramma of taakstellingen, in praktijk uitlegt en uitvoert. Van belang is uiteraard de vraag of deze praktijk mede een uitvoering van de juridische gelijke-behandelingsverplichtingen betekent. De institutionalisering van de werkverwachtingen binnen de organisatie heeft tot gevolg dat deze door geformaliseerde procedures worden gereguleerd. Dit zijn in bijna alle gevallen circulaire van de SG of directeur personeelszaken waarvan de meeste in het departementaal handboek personeelszaken zijn overgenomen. Deze geschreven communicaties vereisen opnieuw een cognitieve verwerkingswijze door het uitvoerend management, waarna een operationalisering in de vorm van organisatiebeslissingen plaatsvindt. De cognitieve handelingen betreft de registratie en interpretatie

Hoofdstuk 12

van informatie. De operationele handeling is de toepassingshandeling in de vorm van een concreet genomen beslissing. De organisatieverwachtingen moeten de individuele manager hierbij informeren over wat er precies verwacht wordt en vervolgens motiveren tot verwachtingsconform gedrag. De interpretatie van organisatiebeleid wordt in § 8.2 besproken en de operationele handelingen in § 8.3.

8.2 De cognitieve verwerking van departementaal beleid

Willen schriftelijke communicaties reguleren dan moet op de eerste plaats een reële overdracht van informatie plaatsvinden. Dat vergt dat de informatie wordt geregistreerd en vertaald binnen het individuele betekenisveld. Hieronder wordt allereerst de registratie besproken van respectievelijk het intern personeelsbeleid, het intern emancipatiebeleid en de externe wettelijke gelijke-behandelingsregels.

8.2.1 Registratie van beleid en wetgeving

Nagenoeg alle respondenten geven aan redelijk op de hoogte te zijn van *interne regels van personeelsbeleid*. Gevraagd naar de filosofie van het personeelsmanagement (DUM), antwoordt viervijfde van de respondenten hiervan niet eerder gehoord te hebben. Hetzelfde geldt voor de departementale regelgeving voor personeelsvoorziening. Slechts een voormalig manager bij de centrale directie personeelszaken merkt op:

“Ieder ander zal aan u vragen wat de DUM is, maar ik weet wel wat dat is. Ik geloof dat er nog zo'n jaren '60-definitie in staat van dat het gaat om kwalitatief goed bezette functies en tegelijkertijd het welzijn van de medewerker bevorderen of zo; die tweeledigheid zit er nog in geloof ik” (paar 8, hij).

Als concrete personeelsmaatregel wordt het meest de regeling voor flexibele beloning genoemd. Als bron van informatie wijzen de dertig hoofden van diensten en afdelingen op circulaire, het personeelshandboek en berichten van de decentrale personeelsafdeling. De meeste informatie verkrijgt men van de personeelsfunctionaris, zo stelt ruim tweederde van de respondenten. Een mondelinge bron prevaleert boven een schriftelijke evenals bij Protech. Het handboek personeelszaken wordt door de helft van de hoofden en directeuren nooit gebruikt. De andere helft stelt het hoogstens één a twee keer per maand in te zien. Bovendien zeggen negentien respondenten de wijzigingen in het handboek personeelszaken niet in te voegen. De personeelsfunctionaris, zo meent men, levert sneller informatie. De personeelsfunctionaris heeft een bepalende invloed op het beschikbaar zijn en de vertaling van beleid. De leidinggevendenden hechten hieraan minder prioriteit.

Juridische ruis op de arbeidsmarkt: het motivatieprobleem

“Ja wij doen gewoon ons werk, al die dingen van regelgeving en zo, die kennen we eigenlijk niet” (paar 6, hij).

De soort van informatie moet reeds toegespitst zijn op het concrete geval.

“Ik denk dat je een splitsing moet maken tussen het formele verhaal en de eisen die je op een bepaald moment stelt ten aanzien van de mensen die je aantrekt. Ik lees die personeelsboeken regelmatig, dat komt dan langs, het staat er allemaal prachtig, kijk, het zijn dingen die dus niet geschikt zijn voor een concrete situatie” (paar 13, hij).

Hoewel de personeelsverantwoordelijkheid officieel in de lijn ligt, komt uit de repons naar voren dat men hieraan weinig prioriteit hecht. Men laat de verantwoording in praktijk vaak aan de personeelsafdeling.

Vierentwintig respondenten zeggen redelijk op de hoogte te zijn van de *interne regels van emancipatiebeleid*.²⁸ Men heeft ‘er over gehoord’ maar de ruime meerderheid geeft aan zich niet actief met de uitvoering bezig te houden. Dit stemt overeen met de bevinding van het departement zelf dat 86% van de leidinggevenden geen maatregelen in dit kader neemt (vgl. § 7.1.4). Gevraagd naar de formele doelstelling van het emancipatiebeleid van de rijksoverheid (‘evenredige vertegenwoordiging op alle niveaus’) noemen drieëntwintig respondenten ‘het gelijk behandelen van mannen en vrouwen’ of ‘meer vrouwen in dienst nemen’. Evenredige vertegenwoordiging wordt niet genoemd. De departementaal ontwikkelde middelen voor emancipatiebeleid schat men ter plaatse in: ‘scholing’, ‘iets als crèches’, ‘belemmeringen wegnemen’. Taakstellingen en het opstellen van positieve-actieprogramma’s noemt precies één manager. Vijf van de dertig managers die verantwoordelijk zijn voor de selectiebeslissingen op hun afdeling of dienst, noemen uit zichzelf voorkeursbeleid. Daarbij is men niet zeker of dit bij gelijke of voldoende geschiktheid geldt. De uitleg van het voorkeursbeleid blijkt verschillende opvattingen toe te laten:

“Kijk als er een vrouw bij is dan zou je die in principe op voorrang aan kunnen nemen. Maar als ik moet kiezen uit een man of een vrouw, dan kijk ik niet of het een man of een vrouw is, maar wie van beide beter is” (paar 5, hij).

28 Opgemerkt dient te worden dat op moment van de interviews het departement formeel gebonden is aan een positief-actiebeleid voor vrouwen. Hoewel er met uitzondering van één dienst geen programma’s zijn, zijn wel taakstellingen opgelegd. Eveneens wordt een voorkeursbeleid bij voldoende geschiktheid gevoerd, aldus de advertentieteksten van het betreffend Ministerie. De beleidsnota prioritaire groepen is evenwel nog niet uitgebracht.

Hoofdstuk 12

“Ja, je zoekt de beste eruit, en als het een vrouw is, mag het een vrouw worden. Je moet het natuurlijk wel evenwichtig houden, dat je niet alleen maar vrouwen aanneemt” (paar 5, zij).

Er zijn echter ook uitzonderingen.

“Ik ga zo ver dat als er honderd sollicitatiebrieven zijn, dat ik dan zeg ‘zoek er maar tien vrouwen uit en je maakt mij niet wijs dat daar geen goede bij zitten’. En dat doen we dan” (paar 13, zij).

De managers is gevraagd toe te lichten wat een positief-actieprogramma is, daar zij geacht worden hiermee te werken sinds 1990. De meerderheid blijkt niet bekend met de term. Sinds 1988 heeft één dienst een dergelijke programma geschreven.

“Het zegt me niks hoor, ook die term ‘positief-actieprogramma’ niet. Als dat er al zou zijn, en ik ken het niet binnen ons Ministerie, dan wordt daar binnen onze directie geen invulling aan gegeven, nee” (paar 7, hij).

Viervijfde van de hoofden en directeuren is niet bekend met het feit of binnen hun dienst wel of geen maatregelen in het kader van emancipatie zijn genomen. Van de vijf respondenten die werkzaam zijn in de dienst waar in 1988 een positief-actieprogramma is opgesteld, zijn drie managers van mening dat hun dienst een formeel beleid voert in het kader van emancipatie, twee menen van niet. Twee van de dertig respondenten zijn desgevraagd op de hoogte van het bestaan van een ‘servicepunt positieve actie’ bij Binnenlandse Zaken dat ten dienste staat van het management van de overheid. Deze twee managers zijn voormalig bij de centrale directie personeelszaken werkzaam geweest.

Vijfentwintig managers zeggen op de hoogte te zijn van algemene wettelijke verplichtingen inzake de arbeidsvoorwaarden van ambtenaren. Over het algemeen wordt verwezen naar de personeelsafdeling.

“Je kunt het op elk moment opzoeken, dus dat hoeft je niet precies te weten, dat is gewoon ballast” (paar 13, zij).

Tweederde van de managers stellen niet of nauwelijks op de hoogte te zijn van *externe wettelijke gelijke-behandelingsregels*. De mate van bekendheid met de wetgeving gelijke behandeling is weergegeven in onderstaande tabel.

Tabel 18 Passieve bekendheid met wetgeving gelijke behandeling

	goed of globaal bekend	niet of nauwelijks bekend
mannen	4	11
vrouwen	7	8
totaal	11	19

Om actieve kennis te toetsen is de dertig respondenten een aantal vragen voorgelegd (zie tabel 19). De eerste vraag is of de wet het toestaat om zwangere sollicitanten op grond van zwangerschap af te wijzen. De meerderheid is met het verbod bekend. Er wordt door sommige wel gewezen op een verschil in theorie en praktijk.

“Ik geloof dat je die inderdaad aan moet nemen, zo iets is me bijgebleven. Maar de meeste mensen doen dat niet, want als je iemand aanneemt die werk moet verzetten, dan neem je niet iemand aan die eerst een half jaar weg is. Als chef zeg ik, nou liever niet” (paar 3, hij).

De tweede vraag is naar het ontslaan op grond van zwangerschap. De ruime meerderheid is van het verbod op de hoogte. Een derde vraag betreft de mogelijkheid om in elk geval bij promotie rekening te mogen houden met het feit dat de kandidaat in deeltijd werkt of gewerkt heeft. Ongeveer eenderde meent dat het criterium van parttime-werken een selectiecriterium mag zijn. Enkelen die wel met het wettelijk verbod bekend zijn, wijzen op het verschil in theorie en praktijk.

“De wet staat dat niet toe, maar in praktijk gebeurt het wel. Laatst speelde het nog rond iemand die plaatsvervangend hoofd zou worden van een nogal drukke beleidsafdeling, die werkte drie dagen, dat hebben wij nogal krachtig teruggewezen, dat moet niet kunnen” (paar 13, hij).

De vierde vraag is of het zonder meer rekening houden met kostwinnerschap in de ontslagvolgorde is toegestaan. Tweederde meent van niet. De laatste vraag is of selectie op een bèta-opleidingsrichting die niet noodzakelijk is voor de uitoefening van de functie, maar gehanteerd wordt als indicator voor een ‘analytische denkwijze’ verboden is. De helft van de respondenten meent dat het is toegestaan. Het stellen van niet strikt noodzakelijke functie-eisen wordt ook door de departementale regelgeving voor de personeelsvoorziening verboden. Het laatste is eenentwintig respondenten niet bekend of wordt door hen bestreden.

Hoofdstuk 12

Tabel 19 Actieve bekendheid met wetgeving gelijke behandeling

	niet toegestaan			wel toegestaan			weet het niet		
	m	v	tot	m	v	tot	m	v	tot
afwijzen op zwangerschap	14	12	26	-	1	1	1	2	3
ontslaan op zwangerschap	14	13	27	-	1	1	1	1	2
onderscheid parttimer	9	11	20	6	3	9	-	1	1
onderscheid kostwinner	10	10	20	2	5	7	3	-	3
niet noodzakelijke bèta-eis	5	9	14	8	6	14	2	-	2

Het blijkt dat de juridische constructie van indirecte discriminatie relatief het meest onbekend is, met name als het indirect criterium niet ook in andere maatschappelijke contexten in discussie is. Deze bevinding sluit aan op de situatie bij Protech. Over het algemeen is de wetskennis wel iets groter dan bij deze onderneming al moet gezegd worden dat bij BeZa éénderde van de respondenten een juridische academische opleiding heeft. Daaraan doet niet af dat nagenoeg alle managers de wettelijke vereisten gevoelsmatig inschatten.

“Dat mag denk ik niet, dat vind ik dan hoor, maar het zal ook wel in de wet staan hoor” (paar 9, hij).

“Daar word ik altijd zeer boos over. Ik vind dat dat niet mag en volgens de wet mag dat dan volgens mij ook niet” (paar 13, zij).

Behalve bovenstaande stellingen is de managers gevraagd of zij van mening zijn dat de rijksoverheid een voorbeeldfunctie wil vervullen met emancipatoir personeelsbeleid. Minder dan de helft van de dertig respondenten meent dat dit zo is. Tot slot is de bekendheid gevraagd met het wettelijk voorgeschreven voorkeursbeleid voor vrouwen bij herplaatsing (artikel 96, tweede lid, ARAR). Vijfentwintig respondenten stellen hiervan niet op de hoogte te zijn.

Wanneer wordt voorgelegd of men zich als leidinggevende door de geldende personeelsprocedures aangesproken voelt, antwoorden drieëntwintig negatief. Tweeëntwintig managers voelen zich als leidinggevende niet aangesproken door wettelijke regels. Dit beeld wijkt aanzienlijk af van dat bij Protech. De verantwoordelijkheid voor interne procedures was daar groot, die voor wetgeving aanzienlijk kleiner. Bij het departement is men in het algemeen minder aangesproken door

personele voorschriften zonder veel verschil tussen interne en externe wettelijke regels.

8.2.2 Interpretatie van departementaal beleid

De marge tussen bekendheid met verwachtingen van handelen en het handelen dat daaruit voortvloeit, is onder meer afhankelijk van de wijze waarop men regels en procedures individueel interpreteert. Grosso modo kan bij een dergelijke uitleg van schriftelijke regels acht worden geslagen op wat de precieze procedure voor handelen is, dan wel op wat de bedoeling of het resultaat van het handelen moet zijn (zie hierover § 5.2.2). Dit interpretatieproces, hoewel individueel bepaald, is niet voor iedere actor volkomen willekeurig. Door het dagelijks functioneren in een gemeenschap zal een socialisatieproces optreden waarbij men 'vanzelfsprekendheden' leert in de omgang met het werk. Het medium van deze processen is de cultuur. Is deze cultuur bewust geïnstitutionaliseerd door de organisatie dan is sprake van een organisatiecultuur. Dat lijkt bij het departement niet het geval te zijn (zie § 7.2). Aan de organisatiestructuur ligt geen consequent doorgevoerde organisatiefilosofie ten grondslag. Wel kent het departement verschillende culturen *in* de organisatie die over de tijd tot stand komen. Deze culturen vinden hun primaire functie in de reductie van de complexiteit van het sociaal interactief handelen. Hieronder wordt mede bestudeerd hoe cultuur al dan niet richting geeft aan de perceptie van beleidsprocedures.

Voordat men aan de perceptie van formele regels in de managementpraktijk toekomt, moet men de mening zijn toegedaan dat het formele personeelsbeleid relevant is voor management. Alle dertig managers onderschrijven in algemene zin het belang van personeelsbeleid, de procedures waarin dat is vastgelegd en het positieve actiebeleid.

Uit een combinatie van antwoorden die gegeven worden op verschillende vragen en situaties die de respondenten zijn voorgelegd, komt onder driekwart van de managers een beeld naar voren waaruit een soort 'redelijke' uitleg van personeelsprocedures spreekt. Men blijft binnen de aangegeven kaders, al is er wel enige speelruimte om de bedoelingen van het beleid te realiseren.

"Ik probeer zeker wel er op mijn manier mee om te gaan. Maar je blijft in principe wel binnen het kader van de regels" (paar 13, zij).

De minderheid in deze groep neigt daarbij meer naar een striktere toepassing. Dit blijken allen mannen te zijn.

Hoofdstuk 12

“Ik laat me volledig door de regels leiden. Je hoeft geen ding te doen dat er buiten staat want dan zit je fout. Dan heb je daarmee te leven” (paar 1, hij).

Het overige kwart van de leidinggevendenden heeft een volstrekt andere houding ten aanzien van de toepassing en uitleg van departementale procedures en beleid. Men neemt zijn eigen personeelsbeslissingen waarbij men het op het eerste gezicht met departementale regels niet zo nauw neemt.

“Ik kan me niet voorstellen dat er één chef is die beslissingen neemt met die regelgeving in z'n achterhoofd. Er wordt besloten en kan het niet, dan wordt het op een of andere manier ingepast zodat het toch kan” (paar 8, hij).

Hoewel men stelt vanuit het persoonlijk kader te werk te gaan, blijkt het persoonlijk gedachtengoed feitelijk niet ver af te liggen van het organisatiedenken. Hierin ligt een overeenkomst met Protech. Men percipieert het eigen handelen als individueel bepaald. Evenwel lijken de organisatieverwachtingen hiervan vanzelfsprekend onderdeel te zijn geworden.

“De regels daar maak ik me helemaal geen zorgen over. Ze liggen over het algemeen ook in het verlengde met wat ik er zelf van vind” (paar 15, hij).

“Ik bedenken wat ik wil (...). Ik doe mijn eigen ideeën, maar toevallig strookt dat heel aardig” (paar 15, zij).

Het kwart van de respondenten dat bovenstaande interpretatie van beleid en regels naar voren schuift, blijkt tot het hoger management te horen (directeuren en diensthoofden). De indruk bestaat dat men zich vertrouwd voelt met waar de organisatie heen wil en men zich daarom een zelfstandige opstelling kan veroorloven. De visie zoals bij Protech waar in alle geledingen een gevoel bestaat dat de organisatiefilosofie ‘gefundenes fressen’ is, lijkt bij BeZa een in omvang beperkte cultuur van hoger management te zijn. Een tweede aspect waaruit een verschil blijkt in de managementstijl in de onderneming en bij het departement, betreft de sekse van de manager. Bij Protech sloten met name de mannen uit zowel lager en hoger management zich gemakkelijk aan bij de bestaande cultuur. De vrouwen deden dit minder gemakkelijk. De relatief grotere onzekerheid vertaalde zich onder vrouwelijke managers in het sterker vasthouden aan de letter van de organisatie wetten. Bij BeZa sluit het hoger management, en daarin zowel de mannen als vrouwen, zich soepel aan bij de eigen gevormde (sub)cultuur. Het overige management voegt zich in een toepassing van regels naar redelijkheid binnen de gestelde kaders. Dit zijn zowel mannelijke als vrouwelijke leidinggevendenden waarvan een minderheid van meer ‘strikte toepassers’ met name mannen zijn.

Juridische ruis op de arbeidsmarkt: het motivatieprobleem

Wordt onderscheiden naar de inhoud van de verschillende personeelsprocedures, dan geven de leidinggevenden uit het lager en hoger managementechelon een prioriteitsverschil aan als het om emancipatoire regels handelt.

“In de praktijk ben je niet zo geïnteresseerd in het emancipatoir gebeuren, omdat je er niet dagelijks mee geconfronteerd wordt” (paar 7, hij).

8.3 De operationele verwerking van departementaal beleid

Voor het daadwerkelijk organisatiegedrag is niet alleen de informatie onder het management van belang, maar ook de motivatie om te handelen overeenkomstig de gestelde verwachtingen. De individuele uitleg van het belang van beleid is een eerste stap in het motivatieproces. Eerder is al aan de orde geweest dat te verwachten is dat organisatieverwachtingen eerder operationalisering ondergaan indien deze inhoudelijk overeenkomen met de individueel gepercipieerde verwachtingen (zie § 5.1). Daarin is een onderscheid te maken. Motivatie kan bestaan uit de vereniging van een specifieke organisatieverwachting over de modus van handelen en de individueel gepercipieerde verwachting ter zake. Gesproken kan worden van motivatie uit consensus. Motivatie kan daarnaast ook bestaan uit een vereniging van de algemene verwachting dat men gestelde specifieke verwachtingen in beginsel naleeft, en de individueel gepercipieerde verwachting op dit punt. Het laatste betreft de verwachtingen over wat legitiem gezag is (vgl. § 5.3).

8.3.1 Operationalisatie op basis van consensus

Aan de respondenten is gevraagd of men zich gemiddeld genomen in de aangegeven interne werkwijzen op personeelsterrein kan vinden. Dertig managers menen dat hun persoonlijke werkwijze overeenkomt met de werkwijze zoals dat volgens de reguliere personeelsprocedures verwacht wordt. Er is geen wezenlijk verschil tussen mannen en vrouwen.

“Het is op het personele vlak over het algemeen vrij redelijk, vrij gunstig, men probeert toch wel het belang van het personeel in het oog te houden” (paar 5, hij).

Bij personeelsprocedures wordt blijkens de antwoorden wel voornamelijk gedacht aan het te voeren arbeidsvoorwaardenbeleid. Het personeelsmanagement in de zin van adequate allocatie van personen over de functies staat beduidend verder weg van wat men als managementtaak ziet. Kwalitatief loopbaanbeleid is binnen de rijksoverheid nauwelijks geïnstitutionaliseerd in de structuur en bepaalt derhalve niet het handelen.

Hoofdstuk 12

“(…) maar ga nou eens kijken inderdaad naar bevordering en mogelijkheden om verder te komen, dan denk ik dat het nogal een beetje luchtfietsserij is, en dan zie je ook dat zo’n beleid niet echt van de grond komt” (paar 4, hij).

Vervolgens is gevraagd in hoeverre men zich individueel kan vinden in het verwachte interne beleid ten aanzien van vrouwen. Alle dertig respondenten menen hiermee uit de voeten te kunnen. Negenentwintig van de hoofden en directeurs kunnen zich vinden in een voorkeursbeleid voor vrouwen bij gelijke geschiktheid. Met het sinds 1989 ingevoerde beleid om de voorkeur te geven bij voldoende geschiktheid, kan de helft van de respondenten zich niet of minder verenigen. Een allocatiebeleid met behulp van taakstellingen naar sekse ondervindt met name een afwachtende houding.

“Ik ben het wel eens met het resultaat, alleen niet met de wijze waarop men dan meent dat tot stand te moeten brengen. Ik weet niet precies wat ik me daarbij voor moet stellen” (paar 1, hij).

“Als je zegt het is een streefcijfer, en gegeven een aantal condities, en die houd je ook echt in het oog, dus niet coûte que coûte, dan ja vind ik het wel op zich als uitgangspunt aanvaardbaar” (paar 2, hij).

De aansluiting van *rechts*verwachtingen over gelijke behandeling op de individueel gepercipieerde verwachtingen van organisatiegedrag lijkt op het eerste gezicht groot. Alle respondenten gaan uit van de veronderstelling dat hierin geen wezenlijk verschil ligt. Wanneer daarop echter wordt ingegaan op de betekenis van het juridische verbod van *indirect* sekseonderscheid aan de hand van het voorbeeld van parttime werken, blijkt de kloof groter te worden.

“Als je zegt, ja dat werkt in het nadeel van vrouwen want veel meer vrouwen werken part-time dan mannen, dan zeg ik ja hoor eens hier, dat is een heel ander probleem. Ik vind dat ook allemaal eh...dingen raar met elkaar verstrengelen” (paar 1, hij).

“Kijk geen onderscheid maken dat is evident, maar (..) het dan weer doortrekken van er zijn nu eenmaal veel vrouwen die parttime werken, dat vind ik weer een doorschieten van de regels” (paar 11, hij).

Alle respondenten blijken voor het eerst geconfronteerd te worden met de juridische betekenis van het *indirect* sekseonderscheid. Indien men zich in deze andere betekeniscontext verplaatst, kunnen sommige dit type logica onderschrijven.

Juridische ruis op de arbeidsmarkt: het motivatieprobleem

“Ja, nou ja, ik ben het er eigenlijk wel mee eens, nu ik het zo hoor, ja, dat werkt inderdaad voor de ene groep altijd negatief uit. Ja, dat is raar natuurlijk, dat is wel zo. Dan ben ik het er toch wel mee eens ja” (paar 1, zij).

De wettelijke voorkeursregel voor vrouwelijke ambtenaren bij herplaatsing blijkt geen aansluiting te vinden op de gangbare manier van werken. De meeste kunnen deze regel niet binnen de organisatiecontext plaatsten. Veel respondenten merken op dat een situatie van gelijke geschiktheid bij herplaatsing vrijwel nooit voorkomt. Het gaat in veel gevallen om lager administratief personeel en dat zijn vaak alleen vrouwen. Daarnaast is meestal sprake van maar één herplaatsingskandidaat. ‘Voorkeur’ acht men daarbij eigenlijk niet aan de orde omdat men herplaatsters voornamelijk plaatst als het niet anders kan.

“Is dat het beleid? Daar geloof ik niks van. Hmm, nou ik merk het niet” (paar 3, zij).

“Ik heb hier net een reorganisatie achter de rug waarin ook herplaatsingen zaten. Er is toen op geen enkele manier op aangedrongen of besproken van ‘kijk die vrouwen zullen eerst een plaatsje moeten krijgen’. Dat zou denk ik ook hier intern, en bij de dienstcommissie, op grote bezwaren gestuit hebben” (paar 1, hij).

De conclusie mag zijn dat de motivatie voor de operationalisering van het arbeidsvoorwaardenbeleid aanzienlijk is. Adequate personeelsvoorziening daarentegen speelt op individueel managementniveau geen grote rol bij een gebrek aan organisatiecommunicaties. Emancipatiebeleid in het kader van arbeidsvoorwaarden (kinderopvang, regeling ongewenste intimiteiten et cetera) wordt onder het arbeidsvoorwaardenbeleid begrepen en in praktijk gesteund. Over een emancipatoire personeelsvoorziening bestaan echter feitelijk nauwelijks verwachtingen over de wijze van uitvoering. Viervijfde van de respondenten kan voorkeursbeleid niet als organisatie-instrument noemen en weet ook niet of en wat voor maatregelen zijn dienst neemt (zie § 8.2.2). Ook over de uitvoering van positieve actie bestaan geen gegeneraliseerde verwachtingen van gedrag die de handelingspraktijk motiveert.

De rechtsverwachtingen over gelijke behandeling worden in de handelingspraktijk uitgelegd als het in letterlijke zin niet onderscheiden naar sekse. Het verbod van indirecte discriminatie wijst men niet zonder meer af, maar lijkt te weinig aansluiting te hebben op de ratio van het dagelijks handelen binnen een organisatiecontext om motiverend voor de praktijk te kunnen werken.

8.3.2 Operationalisatie op basis van gezag

Wanneer men als handelingsbekwame actor deel vormt van een geïnstitutionaliseerd systeem, zijn er meerdere handelingsmotieven dan een consensus tussen specifieke organisatieverwachtingen en individuele opvattingen terzake. De perceptie van het

Hoofdstuk 12

handelen en de gevolgen daarvan, worden uitgelegd binnen een specifieke context. Binnen een arbeidsorganisatie is deze context hiërarchisch geordend. Daaruit vloeit de dominante verwachting voort, dat men alle gestelde verwachtingen aan gedrag in beginsel waarmaakt. Wanneer de organisatieverwachting dat men het bevoegd gezag volgt, overeenstemt met de individueel gepercipieerde verwachtingen op dit punt, mag gesteld worden dat het in concreto een handelingsmotief zal vormen.

Binnen het departement is de gezagsverhouding in de arbeid zonder meer een verwachting die algemeen gedeeld wordt.

“Voorschriften zijn voorschriften waar je je zonder meer aan te houden hebt. Eén moet uiteindelijk de regels stellen” (paar 12, hij).

Evenals bij Protech is de functie van gezag vanzelfsprekend onderdeel van de context waarbinnen men als werknemer handelt. Het komt daarbij niet aan op dwang tot handelen. De omgang verloopt in een sfeer van redelijkheid waarbij men echter op voorhand in de eigen handelingspraktijk op min of meer vanzelfsprekende wijze openlijke autoriteitsconflicten voorkomt.

“Het gaat er dan om dat je in de gaten gehouden wordt als lastig, en dat wil je natuurlijk niet hebben. Je gaat niet als een idioot je kop in de lucht steken” (paar 9, hij).

“In de regel is het zo dat er vooroverleg is met de directeur. Maar je laat het niet zover komen dat eh... Zo werkt dat” (paar 1, hij).

De ondervraagde leidinggeevenden erkennen desgevraagd dat het organisatiesysteem het handelen van zijn participanten structureert. De institutionele macht die hier vanuit gaat wordt door de participant aanvaardbaar gemaakt, doordat men zijn intrede en uittrede als een individuele vrije keuze opvat.

“Zou het niet bevallen dan zou ik gewoon zeggen: dan stap ik op. Dan leg ik m'n functie neer, dan bekijken ze het maar” (paar 5, hij).

De meerderheid van respondenten erkent dat deze ‘keuze’ aan restricties onderhevig is. Zou men de gestelde organisatieverwachtingen niet willen realiseren in gedrag, dan is evenwel de beslissing te blijven uiteindelijk ook een keuze: “Er zijn er maar weinig principieel in deze wereld” (paar 2, zij). De motivatie tot handelen conform de organisatieverwachtingen, zo kan men zeggen, volgt derhalve dwingend uit de organisatiestructuur. Vereniging met de individuele identiteit vloeit voort uit aanpassing of vertrek. Hieruit volgt logischerwijs dat ook de omvang van de motivatie om bepaalde verwachtingen stringenter te volgen dan andere, primair bepaald wordt door de structuur en niet door de persoonlijke interactiegeschiedenis

Juridische ruis op de arbeidsmarkt: het motivatieprobleem

met een hoger geplaatste. Hetzelfde kwam naar voren als het de interpretatie van verwachtingen betreft. De prioriteit van beleid valt samen met de motivatiekracht die op institutioneel niveau gegenereerd wordt. Het gaat er om wat 'ze' van belang vinden.

“Een positief-actieprogramma opstellen is ongetwijfeld een officiële verplichting, maar dat beschouwen ze als een minder belangrijke verplichting als bijvoorbeeld de afslanking halen, hè. Het wordt meer gezien als een aanvullende regel of iets dergelijks” (paar 6, hij).

Een door het systeem gegenereerde prioriteitsstelling werkt veelal ongearticuleerd door op de individuele handelingsmotivatie. Opnieuw blijkt dan dat het emancipatiebeleid in vergelijking met bepaald regulier beleid geen serieuze systeemverwachting uitdrukt.

“Het is niet zozeer dat je zoiets (emancipatiebeleid, AV) dan niet naleeft, maar wel dat je het zo ontzettend druk hebt met andere dingen hè” (paar 15, zij).

9 Bevindingen bij BeZa

Het departement is op te vatten als een zelfreferentieel maar geen zelforganiserend systeem. Het is zelfreferentieel omdat externe communicaties alleen doordringen, voorzover zij van binnenuit actief bewerkt worden. Daarmee wordt intern uitvoerend handelen bepaald door het voorafgaand intern conceptualiserend handelen dat uit het voorafgaand intern uitvoerend handelen volgt, et cetera. Het systeem opereert op institutioneel niveau echter niet volledig gesloten omdat het geen collectieve identiteit kent op basis waarvan het handelt. Dit blijft derhalve bepaald door de sociale interactiegeschiedenissen op het eerste niveau. Anders gezegd, de organisatie kenmerkt zich niet door een geïnternaliseerd attributieproces waarbij het handelen *in* het organisatiesysteem voortdurend wordt geconstrueerd als het handelen *van* het systeem. Een dominerende positie van een dergelijk constructieproces zou andersom nieuwe acties beïnvloeden. Hierdoor zou de constructie op den duur realiteitswaarde verkrijgen omdat het een meerwaarde verleent aan het handelen door het collectief te verbinden (zie boven § 2.1). Het verschil tussen de overheidsorganisatie en de onderneming op dit punt illustreert zichzelf op subtiële wijze wanneer de individuele participant bij BeZa de geldende organisatieverwachtingen over het algemeen uitdrukt met 'ze vinden' en bij Protech met 'we vinden'.

Hoofdstuk 12

Verwachtingen over emancipatie die de politiek en het recht produceren, worden niet als zodanig geregistreerd door het organisatiesysteem van BeZa. Ook al functioneert een bestuursorganisatie in een politieke betekeniscontext, het blijkt in vergelijking met de private onderneming niet eenvoudiger een koppeling aan te gaan met politieke verwachtingen over gelijke behandeling (vgl. § 1.2). Van de voorbeeldfunctie die het politieke systeem zich in zijn operationele onderdelen heeft voorgenomen, is BeZa zich niet bewust. Vermoedelijk vloeit dit voort uit het feit dat de ambtelijke rijksdienst in zichzelf wel een gesloten systeem representeert. Het departement functioneert dan ook primair binnen deze context. Dit wordt bevestigd door de selectieve afstemming die het departement in zijn allocatie van personele middelen zoekt op andere ambtelijke kanalen: in casu de Minister van Binnenlandse Zaken. Omdat dit coördinerende departement echter vervolgens politiek aangesproken kan worden op het economisch functioneren van de gehele ambtelijke dienst, ligt hier het scharnier tussen politieke verwachtingen en organisatieverwachtingen. Indirect werkt dit door naar het Ministerie van BeZa omdat Binnenlandse Zaken de politieke en rechtsverwachtingen bewerkt tot interne organisatieverwachtingen.

Door het zelfreferentieel opereren van BeZa bestaat echter een zekere eenkennigheid ten aanzien van welke ambtelijke verwachtingen van Binnenlandse Zaken een nieuwe departementale bewerking ondergaan. Het komt voor dat de communicatieketen blokkeert omdat de informatie niet nader geduid wordt als een element van de eigen betekenisstructuur. Dat bleek begin jaren tachtig het geval toen emancipatiebeleid en voorkeursbeleid bij gelijke geschiktheid is ingevoerd in de rijksdienst. Een andere mogelijkheid blijkt te bestaan uit een integrale overname van teksten zonder dat deze informatie intern gereconstrueerd wordt, wat het geval was bij de invoering van de wetgeving gelijke behandeling. Deze onbewerkte communicatie leidt vanwege het gebrek aan vertaling tot snelle desintegratie binnen de organisatie. De laatste mogelijkheid vormt wel een expliciete duiding van de informatie als element van de eigen structuur. Alleen onder deze voorwaarde blijkt de communicatie zijn weg te vinden naar het handboek personeelszaken, interne beleidsnota's of managementconvenanten met de diensten. Dit geldt voor bijvoorbeeld de taakstellingen in het kader van positieve actie vanaf 1988.

De intern uitgewerkte concepties van personeelsmanagement worden in de hiërarchische lijn uitgezet, maar bereiken het aangesproken management merendeels niet langs deze weg. De organisatieverwachtingen in dit vlak worden het management voornamelijk mondeling en langs horizontale weg overgebracht, namelijk via de decentrale personeelsafdelingen. Dit heeft een ad hoc-karakter. In het concrete geval vraagt de besluitvormer aan de personeelsconsulent 'of het kan', of deelt de personeelsconsulent mede 'hoe de procedure is'. Als gevolg van deze werkwijze kan een ruime meerderheid van de onderzoekspopulatie managers niet zeggen of

Juridische ruis op de arbeidsmarkt: het motivatieprobleem

er emancipatoire beleidsmaatregelen genomen worden door de dienst. Voor bepaald beleid, zoals de voorkeur bij herplaatsing en positieve-actieprogramma's, geldt zelfs een bepaald ongeloof omdat men hiermee niet eerder in aanraking is gekomen. Alleen over urgente of financiële beleidsonderdelen zoals bijvoorbeeld de afslanking van de rijksdienst bestaat institutioneel gegenereerde informatie.

De casuïstische uitvoering van personeelsbeleid maakt het moeilijk om programatisch personeelsbeleid door te voeren. Voor reductie van het personeelsbestand voldoet een personeelsstop en meldingsplicht bij extern werven, maar een dessegratie van sekse over de functies vergt een generiek allocatiebeleid. Daarvoor zijn algemene organisatiestructuren noodzakelijk. Te denken is hier aan functiepaden, personeelsbeoordeling en management-development. Door middel van jaarlijkse beoordeling van personeel kan planning, voorbereiding en voorselectie volgen voor functieverhuivingen. Zo is persoonlijke groei te stimuleren maar ook te registreren, waardoor steeds opnieuw de juiste persoon op de juiste plaats kan vallen. De huidige situatie waar beoordeling volgt nadat een verhuiving al is voorgenomen, lijkt het paard achter de wagen spannen. Wanneer management-development daarnaast van toepassing is op alle managementfuncties, kan het doorstromingscircuit uitgebreid worden met de net onder dit niveau gelegen functies. Indien daarbij elke manager veelbelovende medewerkers mag signaleren, vergroot dit de kans op registratie van al het intern potentieel waar dat nu op ad hoc basis gebeurt voor een beperkte toplaag. Positieve actie is alleen uitvoerbaar als het geïntegreerd is binnen dergelijke algemene allocatiemechanismen. Zonder de evolutie van een algemene allocatiestructuur ontbreekt in feite een betekeniscontext waarbinnen het gebruik van eventuele irrelevante selectiegronden überhaupt te percipiëren, laat staan te corrigeren is.

Het departement legt momenteel de diensten taakstellingen in de man/vrouw-bezetting op. Maar zonder structuren voor identificatie van potentieel en interne herallocatie ontbreken de middelen om gericht invloed uit te oefenen op de personeelsbezetting. De enige manipuleerbare mogelijkheid is de instroom van buiten die echter gezien het algemeen reductiebeleid beperkt is. Dat desalniettemin de taakstellingen deels realiseerbaar blijken, lijkt meer het gevolg van het feit dat deze zijn vastgesteld op de reguliere groei die in het verleden zonder enkel beleid gerealiseerd werd. Men heeft de in de kabinetsnota aangegeven ondergrens in de aanwas van vrouwen zonder dralen tot de departementale norm gemaakt. De totale instroom is een knelpunt in tweede diensten. In de overige vier diensten ligt het knelpunt eerder in de specifieke instroom en doorstroom per niveau. Bij een gemiddelde bezetting van 24% vrouwen bij het departement wijst een vertegenwoordiging van ongeveer achtentwintig vrouwen in het management op interne belemmeringen. Protech bijvoorbeeld realiseert ongeveer vijfentwintig vrouwen in het

Hoofdstuk 12

management bij een totale bezetting van ongeveer de helft van dit aantal vrouwen (12%). Ondanks deze verschillen tussen de diensten legt het departement alle diensten volumecijfers op voor de totale instroom.

Het positief-actieprogramma heeft in feite geen 'body' gekregen binnen het departement. Doordat het systeem geen informatie genereert, kan ook geen motivatie in de handelingspraktijk ontstaan ('ze vinden het niet belangrijk'). De oorsprong hiervan ligt al bij Binnenlandse Zaken. Van hieruit is slechts de kabinetsnota rondgestuurd zonder uitvoeringsschema. Ter vergelijking is op het afslankingsbeleid te wijzen. Ook dit is de eigen taak en verantwoordelijkheid van het departement en ook dit wordt gedecentraliseerd naar de diensten. De doelcijfers worden echter al door Binnenlandse Zaken gedifferentieerd, vastgelegd en jaarlijks geactualiseerd. Het departement zet een zelfde beleid door naar de diensten. Al liggen de verantwoordelijkheden niet anders, het reductiebeleid vormt een door de organisatiestructuur gegenereerde verwachting en bestrijkt daarmee de hele handelingspraktijk. De politieke druk op afslanking is dan ook aanzienlijk groter gezien de financiële consequenties. Het vormt echter wel korte termijn-beleid om een efficiëntere overheid uitsluitend aan zijn volume af te meten en niet op hetzelfde moment te koppelen aan efficiëntere allocatie van personen over functies. Het lijkt aanbeveling te verdienen om de verschillende politieke beleidsdoelen op dit niveau onderling te integreren.

Tegenover elkaar gezet, lijkt de conclusie dat Protech de generieke structuren heeft voor een handelingspraktijk gebaseerd op gelijke kansen, maar het cultuurprofiel van de organisatie uitvoering tegengaat. BeZa heeft meerdere cultuurprofielen die op twee diensten na niet seksespecifiek zijn, maar ontbeert de instrumenten voor uitvoering. Er is geen departementaal actieprogramma dat het scheppen van benodigde structuren activeert. Daarenboven is de perceptie van personeelsbeleid lager onder het management dan bij de onderneming. Daarin speelt mee dat de lijnstructuur bij BeZa minder vergaand uitgekristalliseerd is. De verspreiding van informatie en motivatie binnen dit systeem is, afgezien van urgente beleidsdoelen, afhankelijk van de interacties op individueel niveau. De onderzochte onderneming daarentegen is als systeem in staat structureel kennis op het systeemniveau te genereren, wat bevorderd wordt door en leidt tot een collectieve programmering van het handelen. Als complex systeem functioneert het daarin op een zelfde niveau als een politiek systeem of een rechtssysteem. De gemeenschappelijke noemer is dat de typische cultuur van elk van deze systemen veroorzaakt dat zijn participanten gebeurtenissen duiden op eenvormige wijze en voorzover het een element kan zijn van de eigen systeemstructuur. Maar zoals uit het onderzoek naar Protech blijkt, kan deze gesloten operatie ook juist het knelpunt zijn van de uitvoering van beleid. De gesloten verbinding van cultuur en gebeurtenissen leidt tot de perceptie dat de

Juridische ruis op de arbeidsmarkt: het motivatieprobleem

personele acties gelijke kansen bieden omdat de organisatiecultuur het zodanig representeert. Oftewel, de systeemidentiteit houdt zijn eigen acties 'gevangen'. Wanneer dit een algemeen symptoom van de organisatiecultuur wordt, zal het de dynamiek in opvolgende systeemtoestanden die een organisatie normalerwijze doormaakt, kunnen afremmen. Volgens de wetten van zelforganisatie kan dit gevaar ontstaan op het moment dat het systeem onvoldoende storing uit zijn milieu ervaart. Binnen een gesloten manier van opereren is dit voor een complex systeem de enige ingang voor evolutie en het voorkomen van vervreemding van zijn milieu.

10 Conclusies

Het sociaal-economisch beleidsrecht stuit in de realisering van zijn doelstellingen op het probleem dat de markt niet zo maar doordringbaar is voor recht. Het is geen vacuüm waarin het recht onbelemmerd uitwerkt. De markt functioneert binnen de mogelijkheden die de eigen specifieke structuur aanreikt op grondslag van een wezenlijk andere rationaliteit dan de politieke of juridische. Het rechtssysteem kan daarbinnen zijn juridische verwachtingen niet bevestigd zien door louter afschrikking. De grote formele organisaties die zich als 'corporate' actoren op de markt bewegen, kunnen als complex systeem niet anders dan juridische verwachtingen reconstrueren op grondslag van de eigen rationaliteit. Andersom is ook het rechtssysteem slechts in staat gebeurtenissen te duiden, voorzover deze element kunnen zijn van de eigen cognitieve rechtsstructuur. Alleen al door de semantische kloof is niet mogelijk om het recht zelfs met onbeperkte middelen door repressie te handhaven. Het sturende recht is derhalve voor rechtsconformiteit in belangrijke mate aangewezen op anticipatie in zijn normstructuur op de aanwezige structuur in het te reguleren veld. Het recht moet het te ordenen systeem *motiveren* om zelf afstemming op het rechtssysteem te zoeken. Daarvoor moet het de werking van maatschappelijke systemen onderzoeken en trachten in te spelen op bestaande mechanismen.

De noodzaak tot juridische motivatie is tevens het probleem van juridische motivatie. De gewenste integratie van juridische en economische mechanismen kan niet volledig verwezenlijkt worden *omdat* het rechtssysteem daarin aan de grenzen van zijn eigen structuur en rationaliteit gebonden is en het te reguleren systeem dat ook is. Elk systeem modelleert een input naar en voorzover dat past in zijn eigen structuur. Dat laat slechts een koppeling van beide systemen over. De systemen kunnen geen 'scheikundige reactie' aangaan die elkaars innerlijke structuur wijzigt, maar moeten als het ware resoneren in elkaars handelen met behoud van eigenheid. Dit streven kan het rechtssysteem in zichzelf inbouwen door zijn normen zodanig te ordenen dat aantasting van andere rationaliteiten van handelen wordt voorkomen,

Hoofdstuk 12

maar zijn verstoring het andere systeem wel activeert hetzelfde streven in te bouwen. Daarvoor moet een complex systeem geconfronteerd worden met oplopende ruis uit zijn juridische omgeving die evenwel door interne evolutie aldaar reduceerbaar moet zijn, dat wil zeggen zonder dat daardoor de eigen systeemidentiteit op het spel komt te staan. Het reguleringstrilemma vergt daarenboven dat het rechtssysteem in het streven naar koppeling even zo goed binnen de grenzen van het eigen rechtsdomein blijft opereren, wil het rechtssysteem niet zelf aan gevaar van 'economiseren' bloot staan (vgl. hfdst. 4 § 5.3.1).

10.1 De eenkennigheid van recht en markt

Dit hoofdstuk is een empirisch onderzoek dat poogt inzicht te geven in de singuliere wijze waarop bepaalde formele organisaties op de markt bepaalde juridische ruis opvangen, vertalen en operationaliseren. Zoals elke waarneming hebben ook wetenschappelijke waarnemingen hun beperkingen in de structuur van het betekenis-systeem dat aan de orde is. De selectiviteit van de empirische waarnemingen vloeit voort uit de gehanteerde wetenschappelijke theorie en methode. Door herhaling van waarnemingen en toetsing aan voorafgaande waarnemingen is echter wel verfijning te bereiken. Door een rechtswetenschappelijke verfijning van waarnemingen kan een rechtssysteem trachten het waarborgaspect binnen zijn normstructuur te realiseren door beter rekenschap te geven van de identiteit van in dit geval de arbeidsorganisatie en zijn individuele participanten op de markt. De verfijnde rechtswetenschappelijke waarneming dient het rechtssysteem echter even zo goed om uit zijn structuur een effectievere toestand te kunnen selecteren. Dat wil zeggen, een rechtstoestand die een ruis veroorzaakt die de markt noodzaakt eveneens een zodanige systeemtoestand te selecteren, zodat per saldo een wederzijdse reductie van potentiële verwachtingsconflicten optreedt.

10.1.1 *Distorsie van het beeld van het recht*

Op basis van het onderzoek blijkt de erkenning van andere rationaliteiten met name in het geding te zijn als het om het juridische normencomplex van indirecte discriminatie en voorkeursbehandeling gaat. Indirecte discriminatie houdt volgens de juridische redeneerwijze in, dat van een juridisch sekseonderscheid sprake is, wanneer de marktverdeling of markttoepassing van rechten of plichten leidt tot een ongelijke kans op de uitoefening of het ondergaan daarvan door mannen en vrouwen. Deze ongelijke kans resulteert uit het toepassen van een uniforme regel op bestaande feitelijke sekseongelijkheden binnen de context van de markt. Bijvoorbeeld een promotierecht verbinden aan de omvang van het dienstverband, sorteert op voorhand een ongelijke kans op promotie ten nadele van vrouwen. Voorkeursbehandeling vormt een juridische uitzonderingsgrond, die veroorlooft dat in het individuele geval

Juridische ruis op de arbeidsmarkt: het motivatieprobleem

sekseonderscheid wordt gemaakt met het oog op het wegnemen van bestaande feitelijke sekseongelijkheden binnen de context van de markt. Uit beide case studies volgt dat deze juridische constructies geen aansluiting vinden op de ervaringswereld van het organisatiehandelen. De normen zijn letterlijk onbegrijpelijk binnen de organisatiecontext.

Indirecte discriminatie is 'dingen raar met elkaar verstrengelen', 'tegenstrijdig' en suggereert dat men geen arbeidseconomische beslissing zelf meer kan nemen. De juridische norm is niet op organisatieniveau uit te leggen omdat voor het begrip daarvan de actor zich naar de juridische betekeniscontext moet kunnen of willen verplaatsen. Dat lukt beter, zo volgt uit het onderzoek, wanneer bijvoorbeeld een indirect criterium ook buiten het rechtssysteem in discussie is zoals parttime werken dan wanneer 'nieuwe' indirecte criteria gepresenteerd worden. Ook voorkeursbehandeling ondervindt begripsmatige verwarring door de andere betekeniscontext waarin het wordt geduid. Binnen het denkraam van de organisatie worden personele middelen aangewend vanuit een sociaal-economische ratio. Omdat men grotendeels ervaart dat sekse hieraan contra-productief is, met uitzondering van de zwangere sollicitante,²⁹ is het verbod van sekseonderscheid op basis van organisatieverwachtingen vanzelfsprekend. Het in bepaalde gevallen *toch* sekseonderscheid maken, is vanuit hetzelfde oogpunt evenwel onlogisch.

Een toepassing van deze juridische normen volgens hun juridische duiding maar binnen een arbeidseconomische context, zou feitelijk een juridische verdringing of overname vergen van het bestaande betekenisraam. Zo ver komt het echter niet. Dit vloeit voort uit het feit dat het onderhavige rechtscomplex niet minder idiosyncratisch is als de formele organisatie op de arbeidsmarkt. De feitelijke allocatiebeslissingen van een organisatie zijn grotendeels 'onbevattelijk' voor het rechtssysteem (zie hfdst. 11). Hierdoor komt het rationaliteitsconflict niet naar boven. De systemen zijn beide 'te eenkennig'. Het gevolg is dat de onderzochte organisaties uit zowel de profit en non-profit sector geen verstoring ervaren. Is toch sprake van bijvoorbeeld voorkeursbehandeling, dan stamt dit van binnenuit (Protech) of van buitenaf door politieke storing (BeZa). *Juridische* voorkeursbehandeling is het evenwel niet, omdat de organisaties elke vrouw die wordt aangenomen als resultaat tellen, al berust selectie op dezelfde sekseneutrale organisatienorm als voorheen.³⁰ BeZa loopt hier al op vooruit door de taakstelling te zetten op de reguliere aanwas uit het verleden wat in feite het prioritaire karakter aan het beleid ontnemt. Bij

²⁹ Zie § 5.2.1 en § 8.3.1.

³⁰ Zie § 8.2.1. In de praktijk van de CGB komt het zelfs voor dat niet dezelfde organisatienorm, maar een *zwaardere* organisatienorm gehanteerd wordt voor vrouwen in het kader van een positieve-actieprogramma (CGB 8 augustus 1991, OB 1991, 246).

Hoofdstuk 12

Protech zijn voorkeursbehandeling en een gelijke-kansenfilosofie binnen het organisatieraamwerk onverenigbaar.

10.1.2 Distorsie van de uitvoering van het recht

Voor wat betreft een produktieve verstoring van de arbeidsorganisatie door het recht, blijkt elke juridische storing van de beide organisaties non-existent. Dit volgt al deels uit het vorige hoofdstuk waar de normstructuur van het huidige gelijke-behandelingsrecht onvoldoende vat blijkt te hebben op de arbeidseconomische werkelijkheid. De geïndividualiseerde juridische discriminatieconstructie vindt geen aangrijpingspunt op de ondoorzichtige personeelsbeslissing van welke aard dan ook. Via juridische analyse is in verreweg de meeste situaties niet feitelijk vast te stellen of één bepaalde selectiebeslissing op sekse berust, of het nu in het voordeel of nadeel van vrouwen is. Het is deze gebrekkige rechtsanalyse die verklaart dat beide organisaties in ieder geval de afgelopen vijftien jaar geen signalen van het rechtssysteem hebben ontvangen. Aanleiding was daar wel voor. Op collectief niveau is aan te tonen dat zowel de promotiebeslissingen bij Beza als de beloningsbeslissingen bij Protech niet aan de wettelijke voorwaarden voldoen. Maar zelfs op een wel juridisch analyseerbaar niveau, namelijk het formele organisatiebeleid, blijkt het gelijke-behandelingsrecht verwachtingsconflicten niet naar boven te brengen. Het sollicitatieverbod bijvoorbeeld voor parttimers op fulltime interne functies bij Protech geeft een juridisch voldoende prima facie bewijs van indirect onderscheid. Maar ook bijvoorbeeld het naar buiten gebrachte voorkeursbeleid bij voldoende geschiktheid bij BeZa voldoet niet aan de wettelijke uitleg. Voorkeursbeleid wordt door de CGB alleen als uitzondering op het discriminatieverbod geaccepteerd indien een achterstandsituatie concreet is aangetoond aan de hand van een analyse per functie-soort en -niveau in vergelijking met het aanbod op de arbeidsmarkt.³¹ Het voorkeursbeleid voor vrouwen dat BeZa in formele zin ook voert in de voorziening van bijvoorbeeld secretaressefuncties, is in strijd met de wet.

Het huidige complex aan gelijke-behandelingsnormen stimuleert de organisatie ook niet om rechtsconflicten te voorkomen door op voorhand reeds het organisatiehandelen af te stemmen op het recht. De wijze waarop de gestelde juridische verwachtingen geduid worden, waarvan boven al voorbeelden zijn gegeven, maakt dat de organisatie geen noodzaak ziet de rechtsnormen intern te verwerken in structuren of acties. De organisatie gaat ervan uit boven de wettelijke norm te zitten en ontvangt geen externe signalen die hiermee conflicteren. Bij de onderneming is de wetgeving op moment van invoering nooit verder dan de juridisch medewerker geraakt, bij de overheid is eenmalig een circulaire met de integrale tekst

31 CGB 9 juli 1990, OB 1989/1990, 147.

Juridische ruis op de arbeidsmarkt: het motivatieprobleem

rondgestuurd. Het juridisch normencomplex heeft de organisatiestructuren niet kunnen storen en daarmee ook niet het handelen. Het organisatiehandelen is immers gebonden aan de mogelijkheden die de structuur geeft. Deze structuren staan in algemene zin wel ingesteld op rechtsverwachtingen. De overheidsorganisatie door middel van de schakel van Binnenlandse Zaken en Protech door middel van het zelfgevoerde beleid van 'wetsgetrouw burger'. Maar zonder feitelijke storing gebeurt er niets. De organisatiesystemen weten niet beter of het organisatiehandelen co-varieert met juridische verwachtingen over gelijke behandeling. In het individueel opereren leidt dat niet meer tot afwijkende waarnemingen. Omdat de organisatie zich als organisatie aan de wet houdt, is het hierdoor gestructureerd feitelijk handelen ook niet in strijd met de wet. Dat ontslaat de participerende actor dan ook grotendeels van eigen verantwoordelijkheid. Het merendeel van de managers bij BeZa en Protech voelen zich volgens eigen zeggen niet als manager aangesproken door externe juridische voorwaarden.

De conclusie die hieruit getrokken kan worden, is dat de gelijke-behandelingsnormen in materiële zin op een verkeerd niveau aanspreken namelijk dat van de individuele actor in plaats van de corporate actor. Het merendeel van het voor het gelijke-behandelingsrecht potentieel feitenbestand beslaat het feitelijk moment van selectie door een participerend actor in werving, promotie, ontslag, beloning, opleiding et cetera. Op dat moment mag de beslissing niet direct of indirect berusten op de sekse van de kandidaat. Hiermee bestrijkt de juridische verwachting van gedrag in wezen een bepaalde psychische attitude bij deze actoren. Op het beslismoment is de rechtsverwachting dat bewuste en zelfs onbewuste seksevoorkeuren of seksestereotypen terzijde worden gelaten. Aan het resultaat van deze ene selectiebeslissing is dat echter niet af te lezen, niet door het recht, niet door de organisatie en meestal ook niet door de individuele actor(en) zelf. Het relevante rechtsfeit zit als het ware in de psyche van de actor verborgen. Het rechtssysteem verwacht dan ook in wezen een juridisch nagenoeg oncontroleerbare *houding* van actoren die participeren in een bepaalde institutionele omgeving. Dat lijkt de grenzen van wat het regulerend recht kan uitrichten binnen andere institutionele maatschappijssystemen te buiten te gaan.

Het intern functioneren van complexe systemen wordt geprogrammeerd door de eigen structuur. Voor een coördinatie van gegeneraliseerde verwachtingen van gedrag die verschillende maatschappijssystemen produceren, moet het regulerend recht tenminste de structuur zelf aanspreken. In formele zin doet het recht dat ook in de vorm van 'de werkgever', maar materieel vergen de rechtsnormen een psychische attitude die de corporate actor niet bezit. De participerende menselijke actoren worden niet bereikt zolang de juridische verwachtingen niet doordringen in de institutionele context waarbinnen deze actoren een rol of functie vervullen. Weliswaar kan op individueel niveau een persoonlijke kennis van wetgeving bestaan,

Hoofdstuk 12

maar deze blijkt merendeels niet doorslaggevend voor het handelen in functie binnen een specifieke institutionele context.

10.2 Reflexieve rechtsvormen

In de conclusies bij hoofdstuk elf zijn alternatieve rechtsinstrumenten aangeduid om het juridisch informatieprobleem te overwinnen. Hier wordt de lijn daarvan doorgetrokken en wordt ook het motivatieprobleem daarin betrokken. In de theorie van chaos en zelforganisatie gaat het om het zoeken naar storing die de arbeidsorganisatie verschillende van zijn mogelijke systeemtoestanden doet doorzoeken teneinde omgevingsruis te reduceren.

De ondergrens in elke reguleringspoging is het voorkomen van rechtsprikkels die een averechts effect sorteren. Op basis van de gegevens die hier zijn verzameld, lijkt dat op de eerste plaats te wijzen op de wenselijkheid van terugdringing van juridische voorkeursbehandeling. Hoewel dat binnen een juridisch denkkader vreemd mag klinken voor de bevordering van gelijke kansen, is het buiten het recht gerealiseerd effect mijns inziens omgekeerd aan het binnen het recht beoogd effect. Binnen de rationaliteit van de markt lijkt het concept dat het management gesteld tussen twee keuzen werkelijk op sekse selecteert oftewel de (vermeend) beste kandidaat afwijst, geen realiteitszin te hebben.³² De economische motivering die in dit veld dominant is, blijkt niet wezenlijk door maatschappelijke, politieke of juridische motivering terzijde gezet te kunnen worden. Het feitelijk gevolg is dat bij een voorkeursbeleid bewust of onbewust een ongewijzigde norm wordt gehanteerd, maar het resultaat daarvan dat ook zonder voorkeursbeleid was gerealiseerd, wel wordt toegeschreven aan het beleid. Dit vormt geen situatie van 'baat het niet, dan schaadt het niet'. De perceptie van succesvol emancipatiebeleid leidt binnen de onderzochte organisaties althans tot een verzadigingspunt. De gedachte is dat men het al lang goed doet, het einddoel wel in zicht is en het beleid gaat doorslaan. Dit ontnemt het draagvlak aan werkelijk operationeel beleid.

Juridische voorkeursbehandeling gaat uit van een beslissing op basis van sekse in het individuele geval. Dit is een verwringing van het raster van organisatiebeslissingen. Dit omdat het verlangt dat de economische ratio terzijde wordt gezet en omdat het geen rekenschap geeft van de institutionele omgeving die actief de conceptie en uitvoering van individuele selectiebeslissingen bewerkt. Feitelijk wordt

³² Recent onderzoek ondersteunt deze bevinding: bij 1541 vacatures over de eerste helft van 1992, waarvan de advertentie een voorkeursbeleid voor etnische minderheden en/of vrouwen vermeldt, blijkt in praktijk geen of minimaal verband te bestaan met het feitelijk uitnodigen en selecteren van kandidaten uit deze groepen, Yenal 1995.

Juridische ruis op de arbeidsmarkt: het motivatieprobleem

dan ook geen expliciete keuze gemaakt tussen twee individuen op grond van sekse, maar wordt het juridische begrip van voorkeursbehandeling 'geëconomiseerd' tot het sec aannemen van een vrouw. Het recht blijkt zich, indien controleerbare normen worden nagestreefd, beter te kunnen richten tot de organisatie als corporate actor. Daarin is niet een psychische houding voor te schrijven doch alleen een normering van waarneembare gevolgen van het organisatiehandelen als geheel. Op de uitwerking hiervan kom ik terug. Het recht zou in dat geval geen juridische rationaliteit opdringen maar de organisatie motiveren zelf naar compatibiliteit te zoeken wanneer het geconfronteerd wordt met de resultaten van de eigen beslissingen. Wanneer het recht inderdaad zou kunnen motiveren om het vermijden of bevorderen van bepaalde zichtbare resultaten in te sluiten in het organisatiebeleid, bestaat een grotere kans op doorwerking op het individuele niveau. Voorkeursbeleid zal dan geen geïsoleerde beslissing vergen tussen twee kandidaten op grond van sekse, maar veeleer een totaalpakket aan organisatieverwachtingen die de conceptie van de besluitvormer aanstuurt hoe 'kwaliteit' in het belang van de organisatie te interpreteren. De institutionele omgeving motiveert in dat geval de individuele manager van binnenuit en op onzichtbare wijze om sekse als positief gewicht mee te tellen in de kwaliteit van selectie als de zichtbare resultaten daarom vragen.

Uiteraard is hiermee geen succes gegarandeerd. Maar wanneer de juridische norm op kan gaan in het eigen organisatiebeleid, slaat succes of falen terug op het intern functioneren van de organisatie. Dit is een positieve spiraal waar de expliciete voorkeursbeslissing per individueel geval in een negatieve spiraal zit. Door het oncontroleerbaar karakter of een kandidaat daadwerkelijk op sekse geselecteerd is, heeft het een mystificerend effect. De resultaten zijn onduidelijk maar het als zodanig beleefde succes maakt verder beleid overbodig. Deze negatieve werking werkt ook door naar de buitenwereld. Wanneer een organisatie formeel een voorkeursbeleid voert maar de juridische constructie daarvan laat geen controle toe of dat werkelijk zo is, dan leidt papieren beleid ook maatschappelijk gezien tot een *self-fulfilling prophecy*.

Van de indirecte discriminatienorm kan geen averechts effect geconstateerd worden maar wel een nagenoeg nul-effect. Reactief toegepast door het rechtssysteem vormt het een handelbare constructie als het gaat om geformaliseerd indirect onderscheidend organisatiebeleid. De frequentie waarmee het rechtssysteem zaken voorgelegd krijgt, bedraagt in de bestaansgeschiedenis van de wetgeving echter ongeveer drie gevallen per jaar.³³ De motiveringskracht van de indirecte verbodsnorm zou in dat geval vooral in zijn preventieve uitwerking moeten liggen. Vooraf doorziet de

33 Blom 1994, p. 27, nt. 38.

Hoofdstuk 12

arbeidsorganisatie in haar beleidsvorming echter niet of nauwelijks de praktische consequenties van de juridische norm van indirect onderscheid. Daarvoor is de juridische rationaliteit ervan binnen de arbeidseconomische context te onbevattelijk.

Dit is geen pleidooi de juridische indirecte discriminatienorm te laten vallen. Het is binnen de mogelijkheden van het recht één van de weinig mogelijke constructies voor juridische representatie van discriminatie. Om de feilen van de huidige toepassing te repareren, verdient het overigens wel aanbeveling de indirecte discriminatienorm ondergeschikt te maken aan de categorie van (on)doorzichtige discriminatie, zoals in de conclusies van hoofdstuk 11 is beargumenteerd. Het rechtssysteem kan evenwel met het onderscheiden van deze discriminatiecategorie alleen, niet verwachten dat een arbeidsorganisatie in zijn handelen op de consequenties van deze juridische constructie kan anticiperen. Het recht moet concrete uitvoeringsnormen bieden.

De genoemde uitvoeringsregels moeten daarvoor *waarneembare* gevolgen van het organisatiehandelen als geheel normeren. Wanneer het recht bovendien in staat is arbeidsorganisaties te motiveren deze gevolgen in het eigen organisatiebeleid in te sluiten of uit te sluiten, bestaat de kans dat van binnenuit de mechanismen worden blootgelegd die grotendeels overlappen met wat het rechtssysteem reconstrueert als juridisch ondoorzichtige discriminatie. De vraag is echter hoe zou het recht ‘waarneembare gevolgen van het organisatiehandelen als geheel’ moeten normeren en waarom zou de organisatie gemotiveerd zijn deze normen in haar beleid te integreren?

Om met de eerste vraag te beginnen, de toepassing van onrechtmatige gronden voor arbeidsverdeling is uitsluitend als waarneembaar gevolg te representeren als frictie tussen de seksesamenstelling van het kwalitatief geschikt aanbod en de seksesamenstelling van de ‘afgenomen vraag’, dat wil zeggen het aantal aangestelde werknemers. Komt de grote van de marge tussen beide bij voldoende aantallen onder een zekere statistische waarschijnlijkheidsgrens, dan mag verondersteld worden dat het allocatiebeleid of de toepassing daarvan onzuiver is geweest.

Hoewel dit misschien voor het ‘taalkundig’ rechtssysteem onvertrouwde argumentatie vormt, is het een gangbare reconstructie van werkelijkheid om de aanvaardbare grenzen van maatschappelijke risico’s te bepalen. Dezelfde statistische logica bepaalt wanneer politiek geïnvesteerd wordt in dijkverzwaring, welke premie het pensioenfonds oplegt, welke medicijnen toelaatbaar zijn, wanneer belasting van het milieu schadelijk wordt, et cetera. Waar het economisch recht deze zaken reguleert, gaat het af op de wettelijke basis van deze zodanig bepaalde risicogrenzen, of staat slechts een procedurele controle van de totstandkoming van de getrokken grens open voor discussie. Het maatschappelijk discriminatierisico van de arbeidsmarkt is op vergelijkbare wijze wettelijk te reguleren. Het waarneembaar gevolg

Juridische ruis op de arbeidsmarkt: het motivatieprobleem

van organisatiehandelen is de gerealiseerde allocatie. Afgezet tegen het waarneembaar aanbod is rechtens te bepalen of een organisatie de grens overschrijdt waar het discriminatierisico onaanvaardbaar hoog is. De uitvoeringsnormen voor gelijke behandeling zijn hieruit omgekeerd af te leiden. Voor een organisatie met een bepaalde minimale omvang kan bijvoorbeeld jaarlijks volgens een vastgestelde grens de uiterste afwijking worden berekend die de frictie tussen de samenstelling van het reëel aanbod en de samenstelling van de afgenomen vraag mag vertonen. Dit is eenvoudig rechtens te controleren. Wanneer bedrijven vervolgens in de (her)verdeling van de arbeidsvraag onder het aangegeven juridisch discriminatierisico blijven, mag gesteld worden dat elke nieuwe allocatiehandeling zonder discriminatie is. Wanneer nieuwe cohorten de oude langzamerhand vervangen, zal de actieve arbeidsmarkt als zodanig geleidelijk aan opgebouwde discriminatie verliezen.

Het bovenstaand principe van onaanvaardbaar discriminatierisico is nog op velerlei manieren juridisch vorm te geven. Met de keuze daartussen kom ik aan de tweede vraag, namelijk van welke instrumentering van de norm is ook motivering van de organisatie te verwachten? Zo is een instrumentering denkbaar die overeenstemt met de huidige inrichting van de wetgeving. Een benadeelde moet in dat geval een vermeende overschrijding van de grens van ontoelaatbaar discriminatierisico zelf ter attentie van het rechtssysteem brengen. Dit zou nu al theoretisch mogelijk zijn. Het probleem hiervan is echter het gebrek aan gegevens. De enige manier om dit te verhelpen is een informatieplicht voor bedrijven. Deze plicht gaat ook op voor tal van andere economische gegevens die grotere organisaties moeten publiceren in hun jaarrekening. Deze plicht staat ten dienste aan een goede marktwerking. Maar dat geldt ook voor discriminatie. Discriminatie vormt in wezen een verstoring van een efficiënte marktwerking in personeelsvoorziening met negatieve economische effecten (onderbenutting van potentieel) en negatieve maatschappelijke effecten (onevenredige werkloosheid, stigmatisering en uitstoot van bepaalde groepen).

Zou een informatieplicht bestaan, dan is het nog steeds mogelijk te opteren voor een lijdelijke inrichting van wetgeving. Individueel benadeelden moeten zelf eventuele overschrijdingen van het discriminatierisico aan de rechter voorleggen. Dit vergt echter aanzienlijke expertise. Bovendien is regulering van de marktwerking feitelijk een collectief belang van de overheid op wie de schadelijke neveneffecten worden afgewenteld, de arbeidsorganisatie die gebaat is bij efficiënte allocatie en de beroepsbevolking die anders gelijke kansen ontzegd wordt. Dit zou pleiten voor een actieve controle op het discriminatierisico. Dit zou kunnen door een publiekrechtelijk orgaan zoals bijvoorbeeld de minister van SZW, die ook nu al belast is met een toezichthoudende taak, al wordt daar in concreto op dit moment geen invulling gegeven.

Hoofdstuk 12

Een dergelijk stelsel van informatieplichten en publiekrechtelijke controle lijkt de organisaties op de markt echter niet per definitie in grote mate te motiveren zelf potentiële rechtsconflicten te voorkomen. Weliswaar mag verwacht worden dat de motivatie al groter is dan wat van het huidige normcomplex uitgaat, omdat de processen die aan de rechtsnormen onderhevig zijn nu ook zelf door de organisatie zijn vast te stellen. Om de organisatie echter aan te zetten zich te voegen naar de rechtsverwachtingen vraagt een van binnenuit opgestart proces. Reflexief recht moet daarom primair zelfregulering stimuleren en coördineren. In dat geval zou het de voorkeur verdienen de organisaties zelf de gevolgen van haar huidige personeelsstructuur en het personeelsbeleid te laten onderzoeken. Dit vereist een soort van ‘sociale jaarrekening’ waarin de organisatie zelf berekent hoe haar gerealiseerde allocatie zich het afgelopen jaar heeft verhouden tot het aanbod en of men daarin onder het toelaatbaar discriminatierisico is gebleven.

Om een bereidheid tot een dergelijke rapportage te activeren is een effectieve rechtshandhaving noodzakelijk. Omdat de juridische uitvoeringsnormen voor gelijke behandeling nu onomstotelijk de organisatie als institutie aanspreken en niet de individuele participant, is de kans al groter dat de signalen een verwerking op institutioneel niveau ondergaan. Reflexieve rechtshandhaving houdt geen directe dwang in, maar een indirect mechanisme dat de goede werking van het recht tot een belang van de arbeidsorganisatie kan maken. Een belang van arbeidsorganisaties dat naar voren kwam in het onderzoek, vormt het imago op de arbeidsmarkt. Bij de onderneming vormt dit zelfs een cultuuraspect. Maar voor het departement geldt eenzelfde wedijver al blijft dit tot een kleinere kring beperkt. In ieder geval in vergelijking met de zuster-departementen wil men niet als laatste uit de bus komen. Een juridische procedure zou hierop kunnen anticiperen. Hierbij is te denken aan het op enigerlei wijze openbaar maken van de door de organisaties op te stellen rapportages of jaarrekeningen. Dat kan in een openbaar register en door verplichte mededeling aan bijvoorbeeld ondernemingsraden, werkgevers- en werknemersverenigingen, vakbonden, Commissie gelijke behandeling, bureaus voor de arbeidsvoorziening et cetera. Ook is te denken aan een vorm van certificering. Alleen organisaties die onder het juridisch discriminatierisico blijven, krijgen het recht naar buiten te treden op de arbeidsmarkt met een bepaald predikaat, bijvoorbeeld dat van ‘gelijke-kansenwerkgever’. Als randvoorwaarde kan de bevoegdheid van de Minister tot toezicht op de naleving van de gelijke-behandelingswetgeving worden ingevuld met steekproefsgewijze controle van de rapportages. De huidige wettelijke regulering van het individueel gelijkheidsbeginsel kan gebruikt worden voor schadevergoeding aan individuen, indien sprake is van doorzichtige juridische discriminatie.

Op den duur zou de wettelijk genormeerde lijst van organisaties die een hoog discriminatierisico kennen, tot structurele koppeling van de arbeidsmarkt en het

Juridische ruis op de arbeidsmarkt: het motivatieprobleem

rechtssysteem kunnen leiden. De systemen kunnen wederzijds voorwaardelijk afhankelijk worden. Het rechtssysteem is voor de bestrijding van de discriminatieproblematiek afhankelijk van de verzamelde gegevens door organisaties. De arbeidsorganisaties zijn van de gevormde rechtsstructuren afhankelijk om hun maatschappelijke beeldvorming veilig te stellen of om via deze weg te concurreren met andere bedrijven. Daarbij blijft het organisatiehandelen dat gevegd wordt, uitvoerbaar op grondslag van een economische ratio. De 'sociale jaarrekeningen' kunnen resulteren in het samengaan van een verantwoord bedrijfsimago en interne wijzigingen waarbij de organisatie op middellange termijn gebaat is. Wil men overschrijding van een te hoog discriminatierisico voorkomen, dan kan dit niet anders dan door aanpassing van het generieke personeelsmanagement. Het tegengaan van niet-relevante voorkeuren of het over het hoofd zien van kwaliteiten vanwege vooroordelen vraagt om institutionalisering van bijvoorbeeld identificatie van aanwezig potentieel, een 'monitoring' van ontwikkeling in dit potentieel en aanpassing van culturele profielen van afdelingen en functies. De administratie van de omvang en fluctuaties in 'human capital' binnen de organisatie dient niet alleen de maatschappij maar is goed bruikbaar als 'tool of management'. Het stelt de organisatie in staat om meer efficiënte en objectieve selectiekeuzen te maken dan voorheen. Het is immers bevreemdend dat veel geld wordt besteed aan marketing- of produktonderzoek, maar dat de dure kostenpost van personeel op basis van gevoelsmatige inschatting wordt ingezet.

Nabeschoouwing

De chaostheorie heeft een wetenschappelijke omwenteling teweeg gebracht in de bèta- en gammawetenschappen. De chaoswetten verklaren het gedrag van dynamische systemen die aan zeer veel soorten van invloeden tegelijk blootstaan en hun voortbestaan danken aan een, in de tijd onomkeerbare, aanpassing aan de omgeving. Hoewel de ontwikkeling van een samenleving geen enkele verwantschap kent met de Newtoniaanse fysica en er terecht altijd sceptisch is gekeken naar verbanden tussen de natuur- en maatschappijwetenschappen, geeft de chaostheorie aanleiding deze scheiding niet als een dogma op te vatten, maar opnieuw kritisch te bezien. De gevormde sociale systemen van economie, recht of politiek vertonen opmerkelijke overeenkomsten met het dynamische systeem dat onder veelvuldige storingen voortdurend van structuur kan wijzigen en daardoor steeds naar een nieuwe toestand overgaat, zonder dat dit proces zich ook achterstevoren kan afspelen. Dezelfde analogie gaat op voor de hieraan verbonden kenmerken van zelforganisatie, zelfreferentie en onvoorspelbaarheid, die ook bij het typisch sociale handelen van politiek, economie of recht, lijken te horen. Een voorbeeld van deze zelfreferentialiteit vormt bij uitstek misschien wel de rechtspraktijk, die in wezen gevormd wordt door een afwisselend afleiden van rechtshandelingen uit rechtsnormen en rechtsnormen uit rechtshandelingen, mits informatie van buiten wordt ingebracht ('storing').

Het onderhavige onderzoek naar de samenhang van de juridische en sociale werking van (supra)nationaal recht, vormde een poging de bovenstaande invalshoek op een vruchtbare wijze aan te wenden voor het doorgronden van de knelpunten van moderne sociaal-economische regulering in de verzorgingsstaat. Eén van de redenen om juist deze, voor de bestudering van het recht wellicht 'vreemde', theorie niet op voorhand als ver gegrepen af te doen, maar een kans van slagen te geven, was vooral de potentie die de theorie lijkt te hebben om een kader te bieden voor het met elkaar in verband brengen van normatief-juridische en sociaalwetenschappelijk visies op het recht. Deze verbinding is vaak het struikelblok om een 'vol beeld', zo ver als dat mogelijk is althans, te krijgen van de mogelijkheden en beperkingen van regulering door middel van sociaal-economische wetgeving. Met 'vol' bedoel ik een beeld dat rekenschap geeft van de waarde van de verschillende inzichten die de disciplines naar voren brengen. Dit laatste blijkt geen gemakkelijke opgave, omdat de disciplines zich kenmerken door verschillende 'rationaliteiten' die functioneel zijn voor een grondige en verantwoorde uitwerking van het eigen type vraagstelling. Elke discipline hanteert daarmee als het ware een andere interpretatiecode, die vaak weer uiteenvalt in verschillende varianten. De keerzijde

Hoofdstuk 13

van dit alles is, dat het nagenoeg onmogelijk wordt de verschillende ratio's te verbinden zonder dat de ene ratio boven die van de ander wordt geplaatst of dat de hele exercitie om ze te verbinden naar de wetenschappelijke maatstaven van één of meerdere disciplines onverantwoord is. De uitdaging van de chaostheorie, zoals Niklas Luhmann deze heeft vertaald naar maatschappelijke subsystemen waaronder de wetenschap, lijkt mij de gedachte om de essentiële verschillen tussen disciplines en de specifieke waarde die elk van deze disciplines daarmee heeft, niet te ontkennen, maar tot uitgangspunt te maken van een paradigma voor onderzoek. Dit uit zich met name in een manier van onderzoek waarbij niet wordt getracht lineaire oorzaak-en-gevolgrelaties te leggen tussen bijvoorbeeld politiek, juridisch of economisch handelen, noch tussen de wetenschappelijke visies op elk van deze maatschappelijke handelwijzen, maar waarbij meer geprobeerd wordt om te bekijken of de concrete beelden van het recht die binnen verschillende contexten gevormd worden, compatibel zijn of alsnog zouden kunnen worden.

Wil men het praktische nut van de toepassing van de chaostheorie op het moderne recht aangeven, dan meen ik op grond van het voorafgaande onderzoek dat dat vooral een 'structurering' van denken en analyseren is die eraan kan bijdragen om inzichten te verkrijgen, die, eenmaal aan het licht gebracht, wel een zekere mate van vanzelfsprekendheid hebben, maar anderszins toch moeilijker zijn op te merken. In de toepassing op de materiële betekenis van het gelijkheidsbeginsel, één van de pijlers van de sociale rechtsorde, blijkt dat de 'twist' in analyse toch weer andere knelpunten blootlegt van de rechtshandhaving van de (supra)nationale seksegelijkheidswetgeving, dan voorheen zijn gevonden. Samengevat, bevinden deze knelpunten zich steeds op de breukvlakken van de 'politiek geproduceerde' beelden over hoe met behulp van het recht een bepaalde problematiek gereguleerd kan worden, de 'juridisch geproduceerde' beelden over de werking van het recht binnen zijn systematiek en de 'economisch geproduceerde' beelden over wat de betekenis van het recht is voor het economisch handelen.

Het eerste knelpunt in de nationale rechtshandhaving van het supra-nationale gelijke-behandelingsrecht ligt op het eerste breukvlak, namelijk dat tussen de beleid en recht. Indien rechtsinstrumenten worden gebruikt teneinde een bijdrage te leveren aan de realisatie van politieke doelen, moeten de onderliggende contextgebonden verwachtingen binnen het politieke systeem en het rechtssysteem over wat met de gevormde rechtsnormen beoogd wordt, compatibel zijn. De bestaande rechtsvorming over het gelijkheidsbeginsel beoogt op de eerste plaats rechtsbescherming tegen willekeurig overheidsoptreden. Het is een klassiek grondrecht. De toepassing ervan is er primair op gericht om te verzekeren dat een overheidsbesluit de één niet meer formele keuzevrijheid ontnemt of geeft dan de ander, tenzij de situaties waarin zij beide verkeren ongelijk zijn te noemen in het licht van het legitieme doel van het

Nabeschuwing

besluit. In voorzichtige mate wordt het klassieke beginsel onder invloed van internationale non-discriminatie-normen geëxtensiveerd naar de private sfeer van de samenleving. In deze maatschappelijke sfeer gaat het echter niet om de toetsing van zorgvuldig bestuur, maar om de bestrijding van de specifieke problematiek van maatschappelijke discriminatie van groepen. Deze processen van onderschikking en uitsluiting van bepaalde sociale groepen, vormen een andere problematiek. Het gaat dan om feitelijke belemmeringen voor maatschappelijke participatie die individuen ondervinden op grond van het feit dat ze tot de groep behoren. Gelijkheid als klassiek grondrecht ziet echter meer op zorgvuldigheids*controle* op de door de overheid, in het kader van bestuur, getrokken grenzen tussen individuen in de toekenning van formele rechten. Non-discriminatie als sociaal grondrecht zou juist een *compensatie* door het recht vergen voor de feitelijk ongelijke situaties waarin individuen in de dagelijkse leefwereld verkeren, wanneer dit leidt tot een op voorhand ongelijke kans om de toegekende formeel gelijke rechten te praktiseren.

Wanneer het politieke systeem zich in de instrumentering van anti-discriminatie-recht grotendeels verlaat op het, om historische redenen, klassiek ingevulde grondrecht van juridische gelijkheid, wordt de kiem gelegd voor ruis tussen het geformuleerde beleid en het daarvoor ontworpen beleidsrecht. Omdat beide systemen ook hierna in de tijd blijven interageren, ontstaat wel een druk tot wederzijdse aanpassing. Maar door de in aanleg bestaande dissonantie, ontstaat door de alsnog gelegde koppelingen geen positieve spiraal. In de politieke praktijk blijkt dat uit een neiging tot herformulering van de beleidsdoelen op uitvoeringsniveau. Er wordt op dit niveau een dubbele doelstelling gehanteerd van materiële keuzevrijheid en gelijktijdige bescherming van formele keuzevrijheid. Het resultaat is een min of meer zwalkend overheidsbeleid vanwege de spanning die er bestaat in het beschermen van de keuzevrijheden die voorhanden zijn binnen de bestaande maatschappelijke condities en het tegelijkertijd streven naar gelijke kansen in de uitoefening van die vrijheden die, aldus de overheidsanalyse, eerst verandering van de bestaande condities behoeven vanwege het daarin geïnstitutionaliseerde verschil in individuele machtsposities.

In de rechtspraktijk heeft het gebrek aan voldoende beleidsinstrumentering tot gevolg gehad, dat het gelijke-behandelingsrecht voornamelijk zichzelf heeft moeten schrijven. Om het conflict tussen recht en beleid te reduceren, worden binnen de supranationale rechtsorde materiële gelijkheidsconcepten tot ontwikkeling gebracht. Het meest pregnante voorbeeld is het indirect-discriminatiebegrip. De spanning tussen de communautaire materiële gelijkheidsleer en de erfenis van de nationale klassieke praktijk bestaande uit merendeels formele toetsing, leidt er echter toe dat de communautair voorgeschreven rechtstoepassing van indirecte discriminatie op het nationale niveau niet altijd volledig tot zijn recht komt (hoofdstuk 8 § 6.3.2 en § 7.1).

Hoofdstuk 13

Hoewel dit probleem binnen het rechtssysteem zelf te verhelpen zou zijn, kan het rechtssysteem niet zelfstandig alle ruis tussen het gelijke-behandelingsrecht en het onderliggende politieke beleid wegwerken. Het blijft een feit dat ook de juridische toepassing van materiële gelijkheid slechts in een bepaalde mate ongelijke kansen in arbeidsparticipatie kan redresseren. Immers, de effectieve bestrijding van materiële discriminatie die ontstaat door het ten onrechte achterwege laten van differentiatie, vergt in veel gevallen politieke keuzen. De functie van het recht kan niet verder gaan dan compensatie verlenen voor het bestaan van ongelijke maatschappelijke uitgangssituaties. Met behulp van het gelijkheidsbeginsel is de (nood)zakelijkheid te toetsen van het middel van een arbeidsmarktbesluit gezien het beoogde doel, indien dit besluit ongelijke effecten sorteert binnen de bestaande condities voor arbeid. Met behulp van het rechtssysteem kan het besluit worden aangetast, maar is het niet goed mogelijk om zo maar een wijziging van de arbeidscondities af te dwingen, die de feitelijke oorzaak kunnen zijn van de ongelijke effecten. Ook de rechterlijke beoordeling waaruit deze wijzigingen zouden moeten bestaan, impliceert immers vaak weer beleidskeuzen. Indien het zwaartepunt van discriminatie zou liggen bij de ongelijke arbeidscondities waarin individuen verkeren en niet bij het besluit dat wordt genomen, bestaat er bovendien de kans dat de rechter vaker gerechtvaardigde gronden aanwezig acht voor de handhaving van een besluit dat ongelijke effecten sorteert. Sommige arbeidsmarktbesluiten zullen als (nood)zakelijk worden beoordeeld voor de praktijk van de arbeidsorganisatie. Dit weegt dan zwaarder dan het indirect discriminerend effect, dat niet door de onredelijkheid van het besluit veroorzaakt wordt, maar vooral door de maatschappelijke organisatie van werk die een ongelijke uitgangspositie voor vrouwen kan impliceren. In dergelijke gevallen kan het recht materiële discriminatie niet zonder nadere politieke uitvoeringsregels bestrijden (hoofdstuk 9 § 4).

Het tweede knelpunt in de nationale rechtshandhaving van het supra-nationale gelijke-behandelingsrecht ligt op het tweede breukvlak, namelijk tussen de rechtsontwikkeling op basis van de huidige wetgeving en de economische praktijken op de arbeidsmarkt. In de communautaire rechtspraktijk is getracht de toepassing van de bestaande rechtsnormen dichter bij de economische praktijk te brengen. Er blijkt een oprekking van de normen noodzakelijk, om rechterlijke controle op volstrekt ondoorzichtig organisatiebeleid te kunnen uitoefenen. In dit geval mag voor het prima-faciebewijs het verband worden losgelaten tussen de eis van aantoonbaar statistisch relevant sekse-onderscheid en de eis om het criterium van organisatiebeleid aan te wijzen dat dit veroorzaakt. In beginsel is deze juridische constructie geschikt om de belangrijkste vorm waarin onderscheid zich voordoet, namelijk op verborgen wijze, op een compatibele manier juridisch weer te geven. De juridische uitvoering hiervan, door middel van het vergelijken van de percentages vrouwelijke

Nabeschuwing

en mannelijke benadeelden, kan echter in bepaalde gevallen tot een vertekend beeld leiden (hoofdstuk 11 § 4.2.2). Dit zou te verhelpen zijn met meer op deze gevallen toegespitste statistische methoden (hoofdstuk 11 § 4.2.3). Dat ligt problematischer voor de rechtsnorm voor gelijk loon, ingeval sekse-onderscheid bewezen mag worden door middel van ‘paarsgewijze vergelijking’. Deze methode lijkt incompatibel met de wijze waarop loonbeslissingen op de arbeidsmarkt tot stand komen. Het gevolg hiervan is, dat de rechtsnormen de mogelijkheid onverlet laten om juridische seksediscriminatie vast te stellen wanneer discriminatie niet het geval hoeft te zijn en juridische seksediscriminatie af te wijzen wanneer discriminatie wel het geval kan zijn (hoofdstuk 11 § 5.3.2).

Hoewel de overige rechtsnormen voor ondoorzichtige discriminatie, mits de toepassing daarvan correct is, wel aansluiten op de praktijk van de arbeidsorganisatie, blijken zij daar toch moeilijk uitvoerbaar. De rechtsconstructies zijn te complex om er binnen een economisch handelingskader op voorhand de gewenste gevolgen aan te verbinden bij de allocatie van arbeid. De modus operandi van het economische systeem wijkt aanzienlijk af van de voorgeschreven juridische gevolgen die aan gebeurtenissen verbonden moeten worden (hoofdstuk 12 § 10). Door middel van toepassing van recht blijkt dit ook slecht af te dwingen te zijn.

Dit wordt in de eerste plaats belemmerd doordat het op basis van de huidige wetgeving in veel gevallen niet mogelijk is om wetsovertredingen daadwerkelijk op te sporen. In de historie van tenminste vijftien jaar gelijke-behandelingswetgeving hebben noch de Commissie gelijke behandeling, noch de daartoe aangewezen Minister, onderzoek uit eigen beweging gedaan naar de naleving van de wetgeving. Hoewel daarin ook politieke overwegingen kunnen meespelen, is er een gebrek aan cijfermatige gegevens over de uitkomsten van concrete allocatieprocessen die het enige houvast zijn om dergelijk onderzoek uit te lokken. Voor een individuele benadeelde is het, ondanks een omkering van de bewijslast, niet eenvoudiger. De eerste stap, namelijk het prima-faciebewijs, ketst reeds af op het probleem dat een belangrijk deel van discriminatie ontstaat uit ondoorzichtige personeelsstelsels. Behalve dat men het onderscheid daarom veelal niet bewust is, beschikt men ook niet over de noodzakelijke cijfers om deze vorm van discriminatie alsnog juridisch analyseerbaar te maken. Dit nog afgezien van het feit dat een individuele benadeelde hiervoor veelal de statistische expertise zal missen en het een grote stap blijft om een rechtsprocedure tegen de eigen werkgever aan te spannen.

De handhaving van de gelijke-behandelingswetgeving wordt in de tweede plaats belemmerd doordat de huidige normstellingen het de rechter niet toelaten om doeltreffend te sanctioneren, wanneer het gelukt is om volgens de juridische voorschriften ongerechtvaardigd onderscheid aan te tonen als gevolg van ondoorzichtig organisatiebeleid. Onrechtmatig selectieprocessen zijn niet meer terug te draaien. Bovendien geeft statistisch relevant onderscheid als gevolg van ondoorzichtig beleid,

Hoofdstuk 13

niet aan waar de fout zit. Het gehele beleid dient opgeschoond te worden. Dit kan meestal niet zonder nader overleg van de sociale partners. De wet voorziet niet in uitvoeringsmaatregelen voor deze problemen. Tot slot, biedt ook een schadevergoeding ter compensatie van discriminatie in dit geval geen soelaas. Belangengroeperingen kunnen naar nationaal recht geen schadevergoeding eisen en de schade van individuele benadeelden is bij een statistisch onderzocht personeelsstelsel of personeelsbeleid moeilijk te individualiseren.

Overziet men de concrete knelpunten in de effectuering en de handhaving van de gelijke-behandelingswetgeving, dan zou wellicht getwijfeld kunnen worden aan de hiervoor geponeerde stelling dat dit onderzoek duidelijk maakt dat het chaosperspectief inzichten biedt, die moeilijker anderszins gevonden hadden kunnen worden. Wellicht is het zo dat naar mate het onderzoek vorderde, meer en meer de indruk ontstond dat dezelfde uitkomsten evenzogoed op basis van bestaande perspectieven tot stand hadden kunnen komen. Voor bepaalde onderdelen van het onderzoek is dat goed mogelijk. De maatschappelijke chaostheorie hangt ook niet in het luchtledige, maar sluit aan op een veelheid van bestaande inzichten. In dit verband is bijvoorbeeld in het onderzoek al gewezen op de overeenkomst tussen de zelfreferentialiteit van het recht en de rechtstheorie van Hart (1961). Hart leidt de rechtsgeldigheid van een primaire regel af uit het feit dat deze berust op een secundaire regel die de primaire regel als rechtsgeldig herkent. Met andere woorden, recht is recht omdat het recht zegt dat het recht is (hoofdstuk 4). De verklaring die de chaostheorie biedt voor het informatieprobleem, namelijk de mis-communicatie als gevolg van de singuliere interpretatiecodes van de gedifferentieerde hedendaagse sociale betekenisssystemen, sluit aan op linguïstische onderzoeksbenaderingen (hoofdstuk 3). Voor het motivatieprobleem van recht in de chaostheorie is te denken aan het verband met de antropologische theorie van Falk Moore (1973) over de afweer van semi-autonome velden (hoofdstuk 3).

Wat echter mijns inziens de chaostheorie haar theoretische meerwaarde verleent ten opzichte van deze bestaande inzichten, is niet zozeer een ander inzicht maar meer de onderlinge verbinding van 'losse' inzichten, die op het eerste gezicht weinig met elkaar te maken lijken te hebben, tot één consistent theoretisch model. Vanuit praktisch oogpunt bestaat de meerwaarde er derhalve uit dat, ook al zouden bepaalde onderdelen ook anderszins vaststelbaar zijn geweest, juist het gehanteerde perspectief maakt dat het als geheel zo naar voren is gekomen als het is. De theorie geeft het noodzakelijke kader om al de verschillende aspecten te overzien en vooral met elkaar te verbinden.

De belangrijkste inhoudelijke reden hiervan lijkt mij, zoals boven al is aangeroerd, de nadruk die de theorie legt op het zich maatschappelijk voordoen van gedifferen-

Nabeschouwing

tieerde interpretatiecodes en de uitwerking van dit inzicht in een ‘onderzoekprogramma’ dat hiermee rekening houdt. Het laatste is een belangrijke toevoeging omdat het genoemde inzicht op zichzelf niet zo vernieuwend is, maar een *operationalisering* daarvan wel. Dit lijkt weer een gevolg van het feit dat de zelfreferentialiteit van de bestaande gedifferentieerde betekenissystemen een concrete toepassing over het algemeen tegenwerken. Men heeft een sociaal betekenissysteem als context nodig voor de produktie van zinvolle communicatie. De barrière hiervan is echter, dat een dergelijk betekenissysteem slechts begrippen en duidingen (h)erkent die verenigbaar zijn met het eigen systeem. De logica van het systeem bevestigt daardoor ongemerkt zichzelf en daaruit kan de neiging ontstaan de systeemlogica voor de enige mogelijke of een meer waardevolle logica dan de andere, te gaan houden. Waar een dergelijke wat eenzijdige blik toe kan leiden, is te illustreren aan de hand van, nogmaals, de juridische normstelling voor gelijk loon. Op grond van een juridische ratio is het uiterst consistent om gelijke beloning naar sekse te reguleren door middel van een rechtsaanspraak op loon dat naar gelijke maatstaven is berekend als het loon dat een collega van het andere geslacht voor gelijkwaardige arbeid verdient. Pas door het om en om afwisselen van de rationaliteiten van verschillende disciplines, is aan te tonen dat de juridische gevolgtrekkingen incompatibel kunnen zijn met de beloningspraktijk. In deze praktijk blijkt het tamelijk gewoon dat de formele beloningsmaatstaven bij de berekening van lonen niet volgens een juridische consistentie worden toegepast, of kunnen worden toegepast vanwege de multi-interpretabele betekenis van de maatstaven. Met het doordrukken van de toepassing van juridische gelijke beloningsmaatstaven voor een enkel paar, bestrijdt men in dat geval geen seksediscriminatie (hoofdstuk 11 § 5.3.2). Het recht kan zelfs discriminatie introduceren door het loon van een enkele vrouw of een enkele man op grond van sekse aan de formele beloningsmaatstaven te binden, waar dat voor de overige lonen in het bedrijf niet het geval is. Het is slechts de op voorhand juridisch doorzichtige loondiscriminatie, zoals bijvoorbeeld door de toepassing van bepaalde deeltijd-criteria, die op grond van een paarsgewijze vergelijking adequaat bestreden kan worden. Voor het laatste volstaat echter een onderzoek van de formele beloningsregeling en is feitelijk noch een vergelijking van de lonen, noch een vergelijking van de gelijkwaardigheid van arbeid nodig.

Ondanks de geboekte praktische resultaten, is daarmee wellicht de indruk niet geheel weg te nemen dat de chaostheorie in toepassing op het recht, de dingen complexer lijkt te maken dan nodig. Dit vloeit echter mede voort uit het feit dat de theorie door haar generalistische, en daarmee noodgedwongen abstracte karakter, meer aspecten van het sociale werkingsproces van recht en ander institutioneel gebonden maatschappelijke handelen omvat, dan in dit specifieke praktijkonderzoek aan bod hoefde te komen. Tot slot wil ik kort enkele van deze andere aspecten noemen, met het

Hoofdstuk 13

oog en de hoop op verder onderzoek in de verschillende disciplines van de rechtswetenschap.

Het paradigma van onvoorspelbaarheid, aanpassing en ontwikkeling door zelforganisatie, kan voor maatschappij-wetenschappers nuttig zijn om het functioneren van het individu binnen sociale structuren anders te belichten. De chaostheorie reduceert het individu niet tot 'cultural dope', oftewel de mens die slechts wordt voortgedreven door de maatschappelijke structuur. Het individu is als 'psychisch' complex systeem gelijkwaardig aan andere complexe 'psychische' of sociale systemen (hfdst. 4 § 3.2). De theorie breekt derhalve met het schisma tussen 'structure-centered' en 'actor-centered' theorieën. Hoewel Luhmann de neiging heeft het individu uit het centrum te plaatsen door het te beschrijven als 'semantic artefact', wat vanuit het oogpunt van de systemen in de omgeving juist is, benadrukt hij veel minder dat het uit het oogpunt van het individueel-psychische systeem zelf, dat eveneens slechts representaties van zijn omgeving maakt binnen het eigen cognitief bereik, voor de ontologische waarde van de sociale systemen niet anders is. Ook dit zijn voor de individuele waarnemer slechts semantische artefacten. Het is derhalve goed mogelijk om, wanneer het individu participeert binnen sociale systemen zoals een rechtsproces, politiek proces of organisatieproces, zijn beleving daarvan en het individuele handelen dat daaraan verbonden wordt, te verklaren volgens de mechanismen van isolatie, usurpatie en koppeling. Deze mechanismen zou men op dit niveau mogen vertalen met respectievelijk vervreemding, indoctrinatie en socialisatie.

Voor de studie van rechtshandhaving zou men kunnen zeggen, dat de koppeling tussen vooral de institutionele systemen, zoals politiek, recht en sociale economie, als focus van onderzoek geschikt is voor bijvoorbeeld het economisch privaat- en publiekrecht en bepaalde publiekrechtelijke delen van het sociaal recht, zoals minimumloonwetgeving, collectief arbeidsovereenkomstenrecht, arbeidsbeschermingsrecht et cetera. De koppeling tussen institutionele en individuele systemen is als focus geschikt voor bijvoorbeeld de handhaving en gevolgen van het individueel arbeidsovereenkomstenrecht, het commune strafrecht of het personen- en familierecht.¹

Met het oog op de feministische rechtsanalyse zou gewezen kunnen worden op de vragen die het chaosparadigma oproept voor het benoemen van de verschillende oorzaken van institutionele macht binnen het rechtssysteem. Het chaosparadigma onderscheidt naar, enerzijds, sociale verwachtingsconflicten als gevolg van maatschappelijk-functionele differentiatie van de sociale systemen en, anderzijds, sociale verwachtingsconflicten als gevolg van dominante attractoren binnen elk van deze

¹ Zie voor een studie over het jeugdrecht die dit perspectief toepast, King en Piper 1990.

Nabeschouwing

sociale betekenissystemen. Het voorafgaande onderzoek wil aantonen dat bepaalde onderdelen van het recht niet functioneren, niet zozeer vanwege een seksspecifieke beeldvorming, maar simpelweg omdat het recht de, in dit geval, politieke of economische vorm van de problematiek niet kan 'inlezen'. Indien men van deze bevindingen overtuigd zou raken, kan dit tot consequentie hebben dat de zuivere 'gender'-benadering in sommige gevallen niet alle relevante aspecten van de machtswerking van het recht in relatie tot vrouwen afdekt. In deze gevallen zou de 'chaos'-benadering wat kunnen toevoegen. Voor een dergelijke verbinding bestaan mijns inziens meer mogelijkheden dan in het algemeen wordt aangenomen (hoofdstuk 5 § 3.3). Het concept van dominante attractoren binnen de verschillende maatschappelijke vertogen bijvoorbeeld, zoals dit naar voren kwam in de analyse van het emancipatiebeleid (hoofdstuk 7) en het gelijkheidsrecht (hoofdstuk 8), kan goed aansluiten bij 'gender'-analyse. Binnen de chaostheorie zou dit wijzen op een verdere differentiëring, naar in dit geval sekse, van institutionele sociale verwachtingen binnen elk van de maatschappelijke subsystemen (hoofdstuk 5 § 3.3). Het attractor-concept zou hieraan mogelijkheden kunnen toevoegen om te bestuderen waarom bepaalde sociale verwachtingen dominant zijn, waarom zich tegelijkertijd ook 'afwijkende' verwachtingen kunnen voordoen en vooral ook hoe de attractoren zich binnen de verschillende maatschappelijke disciplines tot elkaar verhouden.

Het laatste aspect dat ik wil noemen en waar het paradigma van chaos en zelforganisatie zich bij uitstek voor leent, is behalve het handhavingsvraagstuk ook het terrein van het politieke reguleringsvraagstuk in relatie tot wetgevingsleer. Het reguleringsvraagstuk impliceert een afstemming tussen verschillende, invloedrijke maatschappelijke betekenissystemen, die ieder volgens de eigen spelregels functioneren. Regulering door middel van wetgeving is slechts te bevorderen, door zoveel mogelijk te anticiperen op de waarschijnlijkheid van een koppeling van het politieke proces, het rechtsproces en het te reguleren sociale proces. Het gaat er dan om dat het geprojecteerde politieke handelen, rechtshandelen en sociaal handelen in zoverre parallel loopt, dat elk proces reflexief kan reageren op de invloed van de ander, zonder dat dit vereist dat daarvoor de eigen rationaliteit geweld wordt aangedaan of dat de handelingsmogelijkheden die, respectievelijk, de onderliggende politieke, rechts- of sociale structuur toelaat, moeten worden overschreden. Dit klinkt ingewikkelder dan het is. Bedacht moet worden dat het hier deels een vanzelfsprekend denken betreft, dat echter niet altijd discursief wordt gemaakt. Het specialistische werk van de wetgevingsjurist bijvoorbeeld, berust bij uitstek op het op 'parallele' wijze koppelen van de politieke aan de juridische discipline. Intuïtief is de voorstelling van het ontwerpen van wetsvoorstellen reeds niet serieel-causaal. Men zal bijvoorbeeld over het algemeen erkennen dat het omzetten van beleidsdoelen naar wetsvoorstellen niet door een computerprogramma uitvoerbaar is.

Hoofdstuk 13

Toch wil dit niet zeggen dat men reeds hierom het serieel-causale denken volledig achter zich laat in de benadering van reguleringsvraagstukken. De verleiding blijft groot om binnen de rechtsstaat in beginsel aan te nemen dat het recht het aan de rechtsnormen onderhevige maatschappelijke handelen bepaalt. Teleurstelling van deze verwachting in de praktijk leidt volgens het paradigma van lineaire causaliteit tot het zwaarder aanzetten van oorzaken. Ingeval van rechtsregulering wil dat zeggen meer regels en meer handhaving om alsnog het maatschappelijke gevolg rechtstreeks af te dwingen. Hoe meer men echter de rationaliteit van politiek of recht totaliseert, hoe kleiner de kans wordt dat daaraan gevolgen worden verbonden binnen de instituties die volgens een andere ratio werken. Non-lineaire wettelijke regulering vereist daarom juist het anticiperen op andere rationaliteiten van maatschappelijk handelen.

Hierom is het ook ontoereikend om (concept-)wetsvoorstellen slechts aan de eigen politieke spelregels te toetsen. In de justitiële nota 'Zicht op wetgeving' wordt een belangrijke stap gezet met het onderkennen van het belang van de toetsing van wetsvoorstellen aan de spelregels van het recht en aan de spelregels van het sociale veld waarin men de regels wil implementeren. Tot nu toe echter, lijkt in de praktijk de politieke zelfreferentialiteit ('het primaat van de politiek') sterker dan deze poging tot 'externalisering van beeldvorming'.

Aan de toetsing van ontwerpen van wet aan de spelregels van het sociale veld dat men wil reguleren, is men politiek nog nauwelijks toegekomen. Het vormt een slechte lezing van de theorie van zelforganisatie, wanneer men dit politiek vertaalt naar radicale overheveling van overheidstaken naar het maatschappelijk middenveld en met name de economische markt door middel van deregulering en privatisering. De pluriformiteit van functioneel-gedifferentieerde rationaliteiten en handelwijzen binnen de moderne samenleving, kan onder druk komen te staan wanneer men overheidstaken privatiseert die van dien aard zijn, dat zij bijvoorbeeld uitsluitend door een politieke handelingsmodus binnen een politieke betekeniscontext uitvoerbaar zijn. Privatisering betekent het verheffen van de economische ratio tot 'totalitair' systeem, wanneer het zo is dat de onderliggende processen niet geschikt zijn voor een uitvoering volgens economische standaardverwachtingen. Bovendien kan deze uitvoering tot heel andere resultaten leiden dan men er politiek van had verwacht. Privatisering zou dan ook voorafgegaan dienen te worden door een grondige analyse van de aard van het onderhavige proces en een duidelijke explicitering van het type maatschappelijke standaardverwachtingen die men feitelijk aan de uitvoering van dit proces wenst te stellen.

Niet alleen de voorgenomen beleidstoets aan de spelregels van het te reguleren systeem, ook de toetsing van voorgenomen wetsvoorstellen aan de spelregels van het recht leiden in de praktijk onder sterke politieke zelfreferentialiteit. De rechtstatelijke toets verwordt politiek min of meer tot een extra ambtelijk zinnetje onder aan

Nabeschuwing

het wetsvoorstel en er klinken geluiden om de adviesronde van de Raad van State in sommige gevallen maar over te slaan. De laatste suggestie maakt deel uit van een meer algemene politieke tendens om adviesraden terug te dringen. Indien men politieke consequenties trekt uit de theorie van zelforganisatie van de samenleving, dan betreft het ook hier een slechte lezing wanneer de theorie wordt uitgelegd als een pleidooi voor zelforganisatie in de zin van terugdringing van bemoeienis van de maatschappij met de overheid en andersom. Zelforganisatie is een kenmerk van dynamische systemen die aan veel storingen blootstaan en die standhouden dankzij het principe dat deze storingen, door middel van transformatie, gebruikt worden voor de opbouw van een interne orde. Hieruit vloeit de paradoxale conclusie voort dat een complex dynamisch systeem eerder destabiliseert door te weinig dan door te veel storing.

De genoemde toetsing van voorgenomen regulerende wetgeving aan de spelregels van het recht, zal uiteraard vooral de belangstelling van de rechtswetenschap hebben. Vanuit het chaosparadigma zou dit echter verder moeten gaan dan een juridisch-dogmatische toets. Er moet ook rekening worden gehouden met de grenzen en mogelijkheden van het rechtssysteem als eigensoortig gedifferentieerd sociaal systeem. Deze grenzen en mogelijkheden vloeien voort uit het feit dat de functie van het recht om maatschappelijke complexiteit te reduceren door zekerheid te verhogen, afhankelijk is van een specifieke modus. De modus van een juridisch betekenisstelsel heeft, net als die van de andere sociale systemen, een conditioneel karakter. Dat wil zeggen dat aan gebeurtenissen, die hiervoor eerst op een specifieke manier worden uitgelegd, steeds volgende gebeurtenissen verbonden worden op een specifieke manier.

Met name wanneer het recht wordt aangewend als instrument van een politiek doelprogramma, moet in verhoogde mate met de specifieke modus van recht rekening worden gehouden. Dit houdt onder meer verband met het volgende. Hoe complexer de causaliteit van het te reguleren proces is, des te meer zal er slechts controle zijn over enkele causale factoren (de instrumenten) en gebrek aan controle over andere causale factoren. Wanneer het onbekend is of de gecontroleerde factoren van meer of minder belang zijn dan de ongecontroleerde, kan de toepassing van een conditioneel programma als recht tot willekeur leiden.² De enige weg om niet tot nihilisme te hoeven vervallen bij toenemende complexiteit van sociale processen, lijkt de indirecte rechtsregulering. Dit houdt in dat het conditionele rechtsprogramma niet rechtstreeks geconfronteerd wordt met het complexe sociale proces, maar slechts met de randvoorwaarden en de uitkomsten van zelfregulering van dit sociale proces.

2 Luhmann 1986b, pp. 123-124.

Hoofdstuk 13

In wezen wordt het feitelijke rechtsproces voorafgegaan door een herbewerkingsproces binnen de te reguleren institutie zelf. Bijvoorbeeld bij het gelijke-behandelingsrecht blijkt dat de sociale processen van discriminatie op voorhand te complex in causaliteit zijn om deze rechtstreeks onder het recht te kunnen brengen. Hoewel causale factoren als gedocumenteerde formele besluiten controleerbaar zijn, zijn omvangrijke causale factoren zoals ongeschreven normen en waarden binnen de instituties waarbinnen besluiten worden genomen, juridisch oncontroleerbaar. Wil men deze institutionele discriminatie juridisch bestrijden, en dat geldt voor elke vorm van institutionele discriminatie, dan dwingt dit min of meer tot een indirecte rechtsaanpak. In veel gevallen zal slechts met het ontwerpen van zelfreguleringsprocedures, waarin bijvoorbeeld de betreffende institutie zelf de statistisch controleerbare uitkomsten dient te geven van het verdelingsvraagstuk waarover zij het monopolie heeft, de complexiteit van het sociale proces zodanig worden teruggebracht, dat het recht in staat is hieraan op adequate wijze gevolgen te verbinden.

Wordt tot slot, zoals het een theorie van zelfreferentialiteit betaamt, overzien tot wat voor beschouwingen de praktische toepassing van de chaostheorie op het recht aanleiding heeft gegeven, dan blijkt dat de theorie van Teubner geen panacee is voor maatschappelijke wetgevingsproblematiek, maar wel een vruchtbaar paradigma om deze problematiek te benaderen. De kracht van de theorie is, lijkt mij, dat het de paradox doorbreekt dat het besef dat elke wetenschap van 'unbearable lightness' is, niet samen kan gaan met een praktisch te vertalen visie op bijvoorbeeld de effectuering van sociaal-economisch recht.

BIJLAGEN

Bijlage I

Tabel I.A Promotie-aantallen en promotiepercentages: de dienst als geheel^{a)}

Jaar	Aantal promoties	Aanwezig aantal personeelsleden	Percentage
1985	136,4	695,5	19,6
1986	180,1	726,5	24,8
1987	117,5	768,2	15,3
1988	79,2	730,1	10,8

^{a)} aantallen in arbeidsjaren

Tabel I.B Promotie-aantallen en promotiepercentages naar geslacht: de dienst als geheel^{a)}

Jaar	Geslacht	Aantal promoties	Aanwezig aantal personeelsleden	Percentage
1985	m	105,8	484,0	21,9
	v	30,6	211,5	14,5
1986	m	129,0	493,8	26,1
	v	51,2	232,7	22,0
1987	m	83,1	531,5	15,6
	v	34,4	236,7	14,5
1988	m	55,1	513,3	10,7
	v	24,1	216,8	11,1

^{a)} aantallen in arbeidsjaren

Bijlage I

Tabel I.C Promotie-aantallen en promotiepercentages naar geslacht: de schalen 1 tot en met 4^{a)}

Jaar	Geslacht	Aantal promoties	Aanwezig aantal personeelsleden	Percentage
1985	m	5,0	12,7	39,4
	v	17,6	98,5	17,9
	m + v	22,6	111,2	20,3
1986	m	10,0	9,7	103,1
	v	24,9	101,2	24,6
	m + v	34,9	110,9	31,5
1987	m	5,9	33,3	17,7
	v	14,5	104,9	13,8
	m + v	20,4	138,2	14,7
1988	m	9,8	29,6	33,1
	v	10,8	90,2	12,0
	m + v	20,6	119,8	17,2

^{a)} aantallen in arbeidsjaren

Tabel I.D Promotie-aantallen en promotiepercentages naar geslacht: de schalen 5 tot en met 10^{a)}

Jaar	Geslacht	Aantal promoties	Aanwezig aantal personeelsleden	Percentage
1985	m	74,8	214,4	34,9
	v	12,0	92,0	13,0
	m + v	86,8	306,4	28,3
1986	m	76,3	206,8	36,9
	v	25,5	107,5	23,7
	m + v	101,8	314,3	32,4
1987	m	54,2	206,6	26,2
	v	18,1	104,9	17,3
	m + v	72,3	311,5	23,2
1988	m	27,3	189,4	14,4
	v	8,8	98,2	9,0
	m + v	36,1	287,6	12,6

^{a)} aantallen in arbeidsjaren

Bijlage I

Tabel I.E Promotie-aantallen en promotiepercentages naar geslacht: de schalen 11 tot en met 18^{a)}

Jaar	Geslacht	Aantal promoties	Aanwezig aantal personeelsleden	Percentage
1985	m	26,0	256,9	10,1
	v	1,0	21,0	4,8
	m + v	27,0	277,9	9,7
1986	m	42,7	277,3	15,4
	v	0,8	24,0	3,3
	m + v	43,5	301,3	14,4
1987	m	23,0	291,6	7,9
	v	1,8	26,9	6,7
	m + v	24,8	318,5	7,8
1988	m	18,0	294,3	6,1
	v	4,4	28,4	15,8
	m + v	22,5	322,7	7,0

^{a)} aantallen in arbeidsjaren

Tabel II.A Promotie-aantallen en promotiepercentages in de periode 1985–1988 voor mannen^{a)}

Schaal	1985			1986			1987			1988		
	A	B	C	A	B	C	A	B	C	A	B	C
1	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
2	0,0	2,0	0,0	6,0	2,0	300,0	1,0	6,0	16,7	1,0	3,0	33,3
3	2,0	5,7	35,1	1,0	2,7	37,0	3,9	17,3	22,5	3,8	13,7	27,7
4	3,0	5,0	60,0	3,0	5,0	60,0	1,0	10,0	10,0	5,0	12,9	38,8
5	5,0	17,0	29,4	5,0	17,0	29,4	2,0	12,0	16,7	1,0	9,0	11,1
6	5,0	11,0	45,5	8,0	13,0	61,5	5,0	12,8	39,1	1,0	10,8	9,3
7	13,8	31,4	44,0	7,8	26,7	29,2	11,0	33,7	32,6	5,0	28,5	17,5
8	22,0	38,0	57,9	17,0	31,0	54,8	12,0	26,0	46,1	4,5	24,0	18,7
9	6,0	29,0	20,7	15,7	41,2	38,1	13,7	43,6	31,4	8,0	41,8	19,1
10	23,0	88,0	26,1	22,8	77,9	29,2	10,5	78,5	13,4	7,8	75,3	10,4
11	9,0	66,0	13,6	14,8	85,2	17,4	10,0	92,4	10,8	6,0	87,1	6,9
12	9,0	67,3	13,4	12,9	68,4	18,9	3,0	64,3	4,7	5,0	71,3	7,0
13	0,0	3,0	0,0	3,0	7,0	42,9	5,0	16,8	29,8	4,0	21,0	18,9
14	7,0	81,3	8,6	6,0	73,4	8,2	3,0	69,8	4,3	3,0	64,8	4,6
15	1,0	28,0	3,6	5,0	31,0	16,1	1,0	30,0	3,3	0,0	31,0	0,0
16	0,0	9,0	0,0	0,0	10,0	0,0	1,0	16,0	6,2	0,0	17,0	0,0
17	0,0	1,2	0,0	1,0	1,2	83,3	0,0	0,2	0,0	0,0	0,0	0,0
18	-	1,1	-	-	1,1	-	-	2,1	-	-	2,1	-
Totaal	105,8	484,0	21,9	129,0	493,8	26,1	83,1	531,5	15,6	55,1	513,3	10,7

A: aantal promoties; B: aanwezig aantal personeelsleden; C: promotiepercentage.

^{a)} aantallen in arbeidsjaren

Tabel II.B Promotie-aantallen en promotiepercentages in de periode 1985-1988 voor vrouwen^{a)}

Schaal	1985			1986			1987			1988		
	A	B	C	A	B	C	A	B	C	A	B	C
1	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
2	0,0	0,0	0,0	1,0	0,0	0,0	0,8	0,8	100,0	0,0	0,0	0,0
3	6,8	49,3	13,8	17,1	57,9	29,5	6,6	48,5	13,6	6,8	37,4	18,2
4	10,8	49,2	22,0	6,8	43,3	15,7	7,1	55,6	12,7	4,0	52,8	7,6
5	1,8	44,2	4,1	9,5	53,7	17,7	1,7	52,0	3,3	2,0	50,8	3,9
6	2,0	14,8	13,8	1,0	13,8	7,3	4,0	17,3	23,1	2,8	15,4	18,2
7	1,8	12,2	14,8	2,0	12,2	16,4	1,9	11,8	16,1	0,0	8,7	0,0
8	3,4	8,3	41,0	7,6	9,6	79,2	1,0	3,0	33,3	0,0	4,5	0,0
9	1,0	2,5	40,0	0,0	5,9	0,0	7,7	14,0	55,0	2,0	6,3	31,8
10	2,0	10,3	19,4	5,4	12,3	43,9	1,8	6,8	26,5	2,0	12,5	16,0
11	1,0	13,4	7,5	0,8	14,9	5,4	1,8	17,8	10,1	3,7	14,9	24,8
12	0,0	3,6	0,0	0,0	4,5	0,0	0,0	5,5	0,0	0,8	10,0	8,0
13	0,0	1,0	0,0	0,0	1,0	0,0	0,0	1,0	0,0	0,0	1,0	0,0
14	0,0	3,0	0,0	0,0	2,6	0,0	0,0	1,6	0,0	0,0	1,5	0,0
15	0,0	0,0	0,0	0,0	1,0	0,0	0,0	1,0	0,0	0,0	1,0	0,0
16	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
17	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
18	-	0,0	-	-	0,0	-	-	0,0	-	-	0,0	-
Totaal	30,6	211,5	14,5	51,2	232,7	22,0	34,4	236,7	14,5	24,1	216,8	11,1

A: aantal promoties; B: aanwezig aantal personeelsleden; C: promotiepercentage

^{a)} aantallen in arbeidsjaren

Tabel II.C Verschillen in promotiepercentages tussen mannen en vrouwen per schaal in 1985 tot en met 1988^{a)}

schaal	1985	1986	1987	1988	schaal	1985	1986	1987	1988
1	-	-	-	-	10	6,7	-14,7	-13,1	-5,6
2	-	-	-	-	11	6,1	12,0	0,7	-17,9
3	21,3	7,5	8,9	9,5	12	13,4	18,9	4,7	-1,0
4	38,0	44,3	-2,7	31,2	13	20,0	42,9	29,8	19,1
5	25,3	11,7	13,4	7,2	14	8,6	8,2	4,3	4,6
6	31,7	54,2	16,0	-8,9	15	3,6	16,1	3,3	0,0
7	29,2	12,8	16,5	17,5	16	0,0	0,0	6,2	0,0
8	16,9	-24,4	12,8	18,7	17	0,0	83,3	0,0	0,0
9	-19,3	38,1	-23,6	-12,7	18	-	-	-	-

a) zie tabel II.A en II.B. Het promotiepercentage van de mannen per schaal is verminderd met het percentage van de vrouwen.

Tabel III Mantel-Haenszelprocedure per jaar over de periode 1985–1988^{a)}

Schaal	1985					1986				
	A	B	C	D	E	A	B	C	D	E
1	0,0	0,0	0,0	0,0	-	0,0	0,0	0,0	0,0	-
2	0,0	0,0	0,0	0,0	-	1,0	0,0	1,0	0,0	0,0
3	6,8	7,9	-1,1	0,7	-0,7	17,1	17,3	-0,2	0,6	0,4
4	10,8	12,5	-1,7	0,9	-1,3	6,8	8,8	-2,0	0,7	-1,7
5	1,8	4,9	-3,1	1,2	-2,4*	9,5	11,0	-1,5	2,1	-0,7
6	2,0	4,0	-2,0	1,3	-1,3	1,0	4,6	-3,6	1,6	-2,5*
7	1,8	4,4	-2,6	2,1	-1,4	2,0	3,1	-1,1	1,6	-0,5
8	3,4	4,6	-1,2	1,7	-0,5	7,6	5,8	1,8	1,8	1,0
9	1,0	0,6	0,4	0,4	-0,2	0,0	2,0	-2,0	1,2	-1,4
10	2,0	2,6	-0,6	1,8	-0,1	5,4	3,9	1,5	2,3	0,7
11	1,0	1,7	-0,7	1,2	-0,2	0,8	2,3	1,5	1,7	-0,8
12	0,0	0,5	-0,5	0,4	0,0	0,0	0,8	-0,8	0,6	-0,4
13	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,4	-0,4	0,2	0,3
14	0,0	0,3	-0,3	0,2	0,4	0,0	0,2	-0,2	0,2	0,7
15	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,2	-0,2	0,1	1,0
16	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
17	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
18	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
1-4	17,6	20,4	-2,8	1,6	-1,8	24,9	26,1	-1,2	1,3	-0,6
5-10	12,0	21,0	-9,0	8,5	-2,9**	25,5	30,4	-4,9	10,6	-1,3
11-18	1,0	2,4	-1,4	1,9	-0,7	0,8	3,9	-3,1	2,9	-1,5
1-18	30,6	43,8	-13,2	11,9	-3,7***	51,1	60,2	-9,1	14,7	-2,2*

A: het werkelijke aantal promoties; B: verwachte aantal promoties; C: het werkelijke min het aantal verwachte aantal promoties; D: variantie; E: Mantel-Haenszelcoëfficiënt

^{a)} aantallen in arbeidsjaren

* statistisch significant op het 5%-niveau

** statistisch significant op het 1%-niveau

*** statistisch significant op het 0,1%-niveau

Tabel III (vervolg) Mantel-Haenszelprocedure per jaar over de periode 1985-1988^{a)}

Schaal	1987					1988				
	A	B	C	D	E	A	B	C	D	E
1	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
2	0,8	0,2	0,6	0,2	0,2	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
3	6,6	7,7	-1,1	1,7	-0,5	6,8	7,8	-1,0	1,7	-0,4
4	7,1	6,9	0,2	0,9	-0,3	4,0	7,2	-3,2	1,2	-2,5*
5	1,7	3,0	-1,3	0,5	-1,1	2,0	2,6	-0,6	0,4	-0,1
6	4,0	5,2	-1,2	1,6	-0,5	2,8	2,2	0,6	0,8	0,1
7	1,9	3,4	-1,5	1,8	-0,7	0,0	1,2	-1,2	0,8	-0,8
8	1,0	1,3	-0,3	0,7	0,2	0,0	0,7	-0,7	0,5	-0,3
9	7,7	5,2	2,5	2,5	1,3	2,0	1,3	0,7	0,9	0,2
10	1,8	1,0	0,8	0,8	0,3	2,0	1,4	0,6	1,1	0,1
11	1,8	1,9	-0,1	1,4	0,3	3,7	1,4	2,3	1,1	1,7
12	0,0	0,2	-0,2	0,2	0,6	0,8	0,7	0,1	0,6	-0,5
13	0,0	0,3	-0,3	0,2	0,5	0,0	0,2	-0,2	0,2	0,8
14	0,0	0,1	-0,1	0,1	1,7	0,0	0,1	-0,1	0,1	1,3
15	0,0	0,1	-0,1	0,1	1,3	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
16	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
17	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
18	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
1-4	14,5	14,8	-0,3	2,8	0,1	10,8	15,0	-4,2	2,9	-2,2*
5-10	18,1	19,1	-1,0	7,9	-1,0	8,8	9,4	-0,6	4,5	-0,0
11-18	1,8	2,5	-0,7	2,0	-0,7	4,5	2,4	2,1	1,9	1,2
1-18	34,4	36,4	-2,0	12,7	-0,4	24,1	26,7	-2,6	9,3	-0,7

A: het werkelijke aantal promoties; B: verwachte aantal promoties; C: het werkelijke min het verwachte aantal promoties; D: variantie; E: Mantel-Haenszelcoëfficiënt

^{a)} aantallen in arbeidsjaren

* statistisch significant op het 5%-niveau

** statistisch significant op het 1%-niveau

*** statistisch significant op het 0,1%-niveau

Tabel IV Mantel-Haenszelprocedure per jaar over de gehele periode 1985–1988^{a)}

Schaal	A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K
1	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
2	0,0	1,0	0,6	0,0	1,6	0,0	0,0	0,2	0,2	0,0	-
3	-1,1	-0,2	-1,1	-1,0	-3,4	0,7	0,6	1,7	1,7	4,7	-1,3
4	-1,7	-2,0	0,2	-3,2	-6,7	0,9	0,7	0,9	1,2	3,7	-3,3***
5	-3,1	-1,5	-1,3	-0,6	-6,5	1,2	2,1	0,5	0,4	4,2	-2,9**
6	-2,0	-3,6	-1,2	0,6	-6,2	1,3	1,6	1,6	0,8	5,3	-2,5*
7	-2,6	-1,1	-1,5	-1,2	-6,4	2,1	1,6	1,8	0,8	6,3	-2,3*
8	-1,2	1,8	-0,3	-0,7	-0,4	1,7	1,8	0,7	0,5	4,7	0,0
9	0,4	-2,0	2,5	0,7	1,6	0,4	1,2	2,5	0,9	5,0	0,5
10	-0,6	1,5	0,8	0,6	2,3	1,8	2,3	0,8	1,1	6,0	0,7
11	-0,7	-1,5	-0,1	2,3	0,0	1,2	1,7	1,4	1,1	5,4	0,2
12	-0,5	-0,8	-0,2	0,1	-1,4	0,4	0,6	0,2	0,6	1,8	-0,7
13	0,0	-0,4	-0,3	-0,2	-0,9	0,0	0,2	0,2	0,2	0,6	-0,5
14	-0,3	-0,2	-0,1	-0,1	-0,7	0,2	0,2	0,1	0,1	0,6	-0,3
15	0,0	-0,2	-0,1	-0,3	-0,2	0,0	0,1	0,1	0,2	0,2	0,4
16	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
17	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
18	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
1-4	-2,8	-1,2	-0,3	-4,2	-8,5	1,6	1,3	2,8	2,9	8,6	-2,7**
5-10	-9,0	-4,9	-1,0	-0,6	-14,5	8,5	10,6	7,9	4,5	31,5	-2,5*
11-18	-1,4	-3,1	-0,7	2,1	-3,1	1,7	2,9	2,0	1,9	8,7	-0,9
1-18	-13,2	-9,1	-2,0	2,6	-26,9	11,9	14,7	12,7	9,3	48,6	-3,8***

A: het aantal werkelijke promoties min het aantal verwachte promoties van vrouwen in 1985
 B: het aantal werkelijke promoties min het aantal verwachte promoties van vrouwen in 1986
 C: het aantal werkelijke promoties min het aantal verwachte promoties van vrouwen in 1987
 D: het aantal werkelijke promoties min het aantal verwachte promoties van vrouwen in 1988
 E: het aantal werkelijke promoties min het aantal verwachte promoties van vrouwen over de periode 1985–1988
 F: variantie in 1985
 G: variantie in 1986
 H: variantie in 1987
 I: variantie in 1988
 J: variantie over de periode 1985–1988
 K: Mantel-Haenszelcoëfficiënt
 a) aantal in arbeidsjaren
 * statistisch significant op het 5%-niveau
 ** statistisch significant op het 1%-niveau
 *** statistisch significant op het 0,1%-niveau

Tabel V.A Gemiddelde prestatie^{a)} van mannen en vrouwen per jaar over de periode 1982–1987^{b)}

jaar	1987		1986		1985		1984		1983		1982	
sekse	m	v	m	v	m	v	m	v	m	v	m	v
prestatie	2,28	2,22	2,29	2,25	2,29	2,27	2,31	2,20	2,32	2,26	2,30	2,25
aantal	3783	496	3992	464	3914	453	3894	425	3822	422	3810	444

a) op een schaal van 5-4-3-2-1 waarbij 1 het hoogste is

b) werknemers met prestatie 0 (=onbekend) zijn bij berekening buiten beschouwing gelaten

Tabel V.B De gemiddelde prestatiecijfers over 1987 van mannen en vrouwen per schaal^{a)}

schaal	vrouw	man	(v-m)	schaal	vrouw	man	(v-m)
2	2,45	2,28	+ 0,17	9	2,09	2,16	- 0,07
3	1,94	2,12	- 0,18	21	2,52	2,38	+ 0,14
4	2,38	2,29	+ 0,07	22	2,38	2,44	- 0,06
5	2,47	2,01	+ 0,46	23	2,51	2,41	+ 0,10
6	1,94	2,25	- 0,31	24	2,47	2,29	+ 0,18
7	2,41	2,25	+ 0,16	25	2,23	2,26	- 0,03
8	1,85	2,35	- 0,5				

a) werknemers met prestatie 0 (= onbekend) zijn buiten beschouwing gelaten; de schalen met minder dan tien vrouwen of mannen zijn buiten beschouwing gelaten

Tabel V.C Het gemiddeld bruto maandloon in guldens voor mannen en vrouwen (januari 1988)

schalen	vrouwen aantal	loon	mannen aantal	loon	verschil v-m
1	7	3121,80	11	3056,97	+ 64,83
2	12	3048,94	49	3128,42	- 79,48
3	43	3299,06	217	3324,14	- 25,08
4	42	3249,50	67	3559,83	- 310,33
5	39	3483,39	207	3770,78	- 287,39
6	99	3817,13	112	3792,56	+ 24,57
7	51	3922,42	198	4088,96	- 166,54
8	29	4396,25	175	4303,98	+ 92,27
9	14	4377,39	174	4552,27	- 174,88
10	1	4785,89	134	4841,21	- 55,32
21	33	4230,86	146	4419,69	- 188,83
22	75	4921,58	362	5082,71	- 161,13
23	61	5449,03	286	5718,37	- 269,34
24	42	5715,04	652	6637,67	- 922,63
25	19	6859,12	496	7629,79	- 770,67
26	9	8362,70	390	8578,19	- 215,49
27	4	9225,85	272	9971,06	- 745,21
28	4	11734,53	156	11467,40	+ 267,13
totaal	584	4477,26	4104	6197,63	

Bijlage VI

Lijst VI.A Protech

hoofd stafafdeling personeelsoperaties
divisiemanager personeelsoperaties
manager management development
manager managementsystemen
hoofd bedrijfsopleiding
manager intern personeelsonderzoek
coördinator intern klachtenprogramma
hoofd functiewaardering
gelijke-kansenfunctionaris 1986–
voormalig gelijke-kansenfunctionaris 1975–1986
voorzitter van de commissie sociaal beleid van de centrale ondernemingsraad
voormalig lid van het dagelijks bestuur van de centrale ondernemingsraad
bedrijfsjurist arbeidszaken

Lijst VI.B Ministerie van BeZa

hoofd dienst personeelszaken (centrale directie personele zaken)
emancipatiefunctionaris (centrale directie personeelszaken)
beleidsfunctionaris personeel en organisatie
medewerker formatiezaken (centrale directie personele zaken)
hoofd personeelsafdeling dienst 1
functionaris personeelsafdeling dienst 2
functionaris personeelsafdeling dienst 3
functionaris personeelsafdeling dienst 4
functionaris personeelsafdeling dienst 5

Bijlage VII

Lijst VII.A Protech

1.
 - a. Bent u op de hoogte van het personeelsbeleid inzake aanstelling, promotie, beloning, beoordeling, ontslag etc.?
 - b. Kunt u een of enkele belangrijke grondslagen/doelstellingen van het personeelsbeleid noemen?
 - c. Bent u op de hoogte van het gelijke-kansenbeleid van de onderneming?
 - d. Kunt u een doel of een maatregel van het gelijke-kansenprogramma noemen?
2. Hoe komt u aan informatie over (a) personeelsbeleid (b) het gelijke-kansenprogramma?
ook vragen naar informele kanalen indien niet genoemd
3. Wat is voor u het meest gebruikte kanaal?
4. Hoe vaak raadpleegt u gemiddeld het managershandboek? Houdt u de wijzigingen bij?
5.
 - a. Heeft u ook wel eens te maken met ‘losse’ procedures, nota’s of dienstorders van personeelsbeleid die niet zijn opgenomen in het handboek of gids?
briefvorm, memo’s (via e-mail)
 - b. Leest u deze?
eenmaal, vaker, bewaart u ze
6.
 - a. Bent u op de hoogte van wettelijke procedures, regelingen of randvoorwaarden die gelden voor bepaalde personeelsbeslissingen? Hoe goed?
precies of goed, een globaal idee, niet of nauwelijks
 - b. Kunt u er één of meer noemen?
7.
 - a. Heeft u wel eens gehoord van wettelijke regels voor de gelijke behandeling van mannen en vrouwen?
 - b. (zo ja) weet u hoe de wet ongeveer heet?
 - c. Weet u ongeveer wat deze regels inhouden?
 - d. Weet u of de wet gelijke behandeling m/v die we in Nederland hebben iets zegt over of men een vrouw die zwanger is hierom mag afwijzen bij sollicitatie?
 - e. Meent u dat de wet het toestaat om een zwangere vrouw te ontslaan omdat ze zwanger is?
 - f. Meent u dat de wet het toestaat om in alle gevallen bij een promotiebeslissing het feit dat een medewerker parttime werkt of heeft gewerkt een rol te laten spelen?
 - g. Meent u dat de wet het toestaat om bijvoorbeeld in de vaststelling van een ontslagvolgorde zonder meer rekening te houden met het kostwinnerschap van de medewerkers?
 - h. Sommige bedrijven hanteren de regel om vrouwen bij gelijke geschiktheid voorrang te geven. Denkt u dat de wetgeving over gelijke behandeling iets dergelijks toestaat?
8. Waar haalt u uw kennis vandaan over wettelijke regelingen die van belang zijn voor personeelsbeslissingen in zijn algemeenheid?
formeel via pz, formeel via juridische zaken, informeel pz, vraagt u het zelf, heeft u dit wel eens gedaan
9. Hebt u het idee dat de bedrijfregels over promotie, beloning, beoordeling, ontslag zich tot u als manager richten?
bij twijfel: of zijn ze bijvoorbeeld bedoeld voor personeelszaken
10. Hebt u het idee dat wettelijke regels over de rechtspositie en behandeling van werknemers

Bijlage VII

zich tot u als manager, waarbij u het bedrijf vertegenwoordigt, richten?
bij twijfel, of meer tot juridische zaken, pz, anders?

11. Meent u dat het personeelsbeleid in zijn algemeenheid van belang is in uw handelingspraktijk als 'peoplemanager'?
12. Kunt u zich in uw gewone manier van handelen persoonlijk vinden in de geldende bedrijfsregels en procedures voor personeelsbeleid?
staat u er bij stil, of let u er niet zo op
13. Ik noem u apart de verschillende doelstellingen van het gelijke-kansenprogramma (...). Zoals u omgaat met personeelsbeslissingen in uw team, bent u het daar mee eens?

Bijlage VII

14. Als u nu in de dagelijkse praktijk een beslissing van personeelsbeleid neemt, bijvoorbeeld een salarisverhoging of voordracht voor promotie uitvoert, in hoeverre staat u dan wel eens stil bij het gevoerde personeelsbeleid?
wat schat u voor u zelf als de reële waarde daarvan in in de praktijk?
15. Als u nu in de dagelijkse praktijk een beslissing van personeelsbeleid moet nemen, bijvoorbeeld een salarisverhoging of voordracht voor promotie, in hoeverre staat u dan wel eens stil bij de doelstellingen van het gelijke kansenprogramma?
wat schat u voor u zelf als de reële waarde daarvan in in de praktijk?
- 16
- a. Als u nu in de dagelijkse praktijk een beslissing neemt van personeelsbeleid zoals eerder genoemd, in hoeverre staan u dan bewust of misschien onbewust de voorgeschreven procedures die hierop van toepassing zijn voor ogen?
in hoeverre laat u zich in uw dagelijks handelen erdoor leiden, in hoeverre houdt u wel of niet vast aan procedures, waar gaat u voor uw gevoel op af
- b. In hoeverre ervaart u de procedures als bindend?
- c. Kan het van de regeling afhangen in hoeverre u uw handelen erop afstemt?
het onderwerp, duidelijkheid, zinvolheid, andere reden
- d. (zo ja) Sommige bedrijfsregels zijn niet anders geformuleerd dan andere, maar toch werkt de één goed en de ander slecht, of is de één belangrijk en de ander minder. Hoe zou u binnen de onderneming dit verschijnsel verklaren?
- e. Wat vindt u van de kwaliteit en de kwantiteit van de bedrijfsregels en procedures in zijn algemeenheid?
hebben ze effect of nut, zijn sommige overbodig, welke
- 17
- a. Als u een beslissing van personeelsbeleid neemt, waar let u zoal op? Vindt u het van belang de procedure aan te houden, of houdt u zich bijvoorbeeld meer bezig met de doelstelling van het beleid, of spelen dat soort zaken geen rol?
indien compromis hoe dan precies, indien geen rol waar gaat u dan op af
- b. Als u het idee heeft dat de directie groot belang hecht aan een bepaalde procedure, houdt u dan wat nauwer vast aan de regel of maakt dat niets uit?
- c. Zou u van u zelf zeggen dat hoe u dagelijks uw werk doet en beslissingen neemt, dat de organisatie daar als kader of cultuur een tamelijke grote invloed op uitoefent, of bepaalt u het meer vanuit u zelf?

Bijlage VII

- 18
- a. Vindt u het ondernemen van positieve maatregelen bij de selectie of promotie van personeel in het belang van vrouwen aanvaardbaar?
- b. Onderneemt u zelf wel eens positieve actie om gelijke kansen voor vrouwen te realiseren? *in welke zin?*
19. Heeft u wel eens een speciaal formulier voor de identificatie van vrouwelijk potentieel ingevuld?
zo ja, deed u dat uit u zelf of werd er om gevraagd, zo nee waarom niet
20. Hebt u weleens de situatie meegemaakt dat de doelstellingen van de onderneming en de toepasselijke regels op personeelsgebied naar uw idee met elkaar strijdig waren?
zo ja, wat heeft u toen gedaan?
21. Ik wil graag uw mening vragen over bepaalde aspecten die mij de afgelopen maanden opvielen: Volgens het formele beleid mag u als peoplemanager de salarisschaal van medewerkers niet bekend maken, mag iemand de waardering van zijn functie niet controleren, moet u een beoordelingscijfer geven zonder wederhoor en kan iemand die een interne klachtprocedure begint zijn eigen dossier niet inzien. Komt dit op u over als strijdig met de bedrijfsfilosofie van open communicatie?
hoe ziet u dat voor de gelijke-kansenfilosofie en het feit dat er toch maar zo'n 12% vrouwen werken?
22. In hoeverre kunt u zich in de dagelijkse managementpraktijk waarin u allerlei personeelsbeslissingen neemt, vinden in de verschillende wettelijke verplichtingen?
- a. verbod op sekseonderscheid
na het antwoord uitleg van het indirecte seksediscrimatieverbod en vraag herhalen
- b. als een vrouw zwanger blijkt wanneer u haar wilt aannemen of ontslaan, kunt u zich vinden in de wettelijk verbod van sekseonderscheid?
- 23
- a. Is het binnen de onderneming gewoon denkt u om de gegeven directieopdrachten aan het management zonder morren uit te voeren? Geldt dat ook voor u?
is er verschil tussen theorie en praktijk?
- b. Vindt u dat het feit dat u uw opdrachten krijgt en verwacht wordt dat u ze ook zo uitvoert, legitiem?
- c. Leeft u een opgelegd voorschrift van de directie na, als u de inhoud volstrekt niet kan verenigen met uw taakopvatting en protesteren niets opleverd?
stipt, halfslachtig, niet
- d. Zou u een opgelegd voorschrift van uw eigen manager naleven als u de inhoud volstrekt niet met uw taakopvatting kan verenigen en protesteren niet helpt?
24. Stel de directie gaat bijvoorbeeld over tot het voeren van het volgende beleid. Kunt u zich in uw eigen managementpraktijk in de voorgestelde werkwijze vinden, denkt u?
- a. werkwijze 1 = voorkeur voor vrouwen bij gelijke geschiktheid
- b. werkwijze 2 = voorkeur voor vrouwen bij voldoende geschiktheid
- c. werkwijze 3 = het halen van streefcijfers die gebaseerd zijn op het reëel arbeidsmarktaanbod aan vrouwen

Lijst VII.B Ministerie van BeZa

- 1
- a. Bent u op de hoogte van het personeelsbeleid inzake aanstelling, promotie, beloning, beoordeling, ontslag etc.?

Bijlage VII

- b. Kunt u een enkele regeling van personeelsbeleid noemen?
en de departementale regelgeving voor de personeelsvoorziening?
- c. Bent u bekend met de DUM (doeleinden, uitgangspunten en middelen van personeelsbeleid)?
- 2
- a. Bent u op de hoogte van het emancipatiebeleid voor vrouwen van de rijksoverheid?
- b. Kunt u de doelstelling van dit beleid noemen?
- c. Weet u een maatregel die departementen geacht worden te nemen in dit kader?
- d. Weet u of er in uw dienst nog nadere invulling/uitwerking is gegeven aan emancipatiebeleid?
- e. Zo ja, waar bestaat dit uit?
- f. Zo nee, waarom niet?
confronteren, moesten de diensten niet een start maken met positieve actie vanaf 1988?
- g. Voert uw dienst bij uw weten een voorrangbeleid bij selectie? Zo ja, bij gelijke of voldoende geschiktheid?
3. Hoe komt u aan informatie over (a) personeelsbeleid (b) emancipatiebeleid?
ook vragen naar informele kanalen indien niet genoemd
4. Wat is voor u het meest gebruikte kanaal?
5. Hoe vaak raadpleegt u gemiddeld het handboek personeelszaken? Houdt u de wijzigingen bij?
6. Kijkt u wel eens 'losse' circulaire's of memo's aan de hoofden van diensten en afdelingen in, om het beleid te achterhalen?
- 7
- a. Bent u op de hoogte van wettelijke procedures, regelingen of randvoorwaarden die gelden voor bepaalde personeelsbeslissingen? Hoe goed?
precies of goed, een globaal idee, niet of nauwelijks
- b. Kunt u er één of meer noemen?
- 8
- a. Heeft u wel eens gehoord van wettelijke regels voor de gelijke behandeling van mannen en vrouwen?
- b. Zo ja, weet u hoe de wet ongeveer heet?
- c. Weet u ongeveer wat deze regels inhouden?
- d. Weet u of de wet gelijke behandeling m/v die we in Nederland hebben iets zegt over of men een vrouw die zwanger is hierom mag afwijzen bij sollicitatie?
- e. Meent u dat het is toegestaan om te ontslaan wegens zwangerschap?
- f. Meent u dat de wet toestaat om in alle gevallen bij een promotiebeslissing het feit dat een medewerker parttime werkt of heeft gewerkt een rol te laten spelen?
- g. Meent u dat de wet het toestaat om bijvoorbeeld in de vaststelling van een ontslagvolgorde zonder meer rekening te houden met het kostwinnerschap van de medewerkers?
- h. Meent u dat de wet het toestaat om te selecteren op een opleidingsrichting zoals bijvoorbeeld wiskunde of informatica die niet noodzakelijk is voor de functie, maar als indicator dient voor een 'analytisch' inzicht?
- i. Verbiedt naar uw mening de regelgeving voor de personeelsvoorziening het gebruik van niet noodzakelijke functie-eisen?
9. Waar haalt u kennis vandaan over wettelijke regelingen die van belang zijn voor personeelsbeslissingen in zijn algemeenheid?
formeel via pz, formeel via juridische zaken, informeel pz, vraagt u het zelf, heeft u dit wel eens gedaan
10. Hebt u het idee dat de departementregels over promotie, beloning, beoordeling, ontslag zich tot u als leidinggevende richten?

Bijlage VII

bij twijfel: of zijn ze bijvoorbeeld bedoeld voor personeelszaken

11. Hebt u het idee dat wettelijke regels over de rechtspositie en behandeling van ambtenaren zich tot u als leidinggevende, waarbij u het departement vertegenwoordigt, richten?
bij twijfel, of meer tot juridische zaken, pz, anders
12. Meent u dat het personeelsbeleid in zijn algemeenheid van belang is in uw handelingspraktijk als leidinggevende?
13. Kunt u zich in uw gewone manier van handelen persoonlijk vinden in de geldende departementale regels en procedures voor personeelsbeleid?
staat u er bij stil, of let u er niet zo op
14. Ik noem u de formele doelstellingen en maatregelen van het emancipatiebeleid bij de rijksoverheid. (...). Zoals u omgaat met personeelsbeslissingen in uw team, bent u het daar mee eens?
15. Als u nu in de dagelijkse praktijk een beslissing van personeelsbeleid neemt, bijvoorbeeld een salarisverhoging of voordracht voor promotie uitvoert, in hoeverre staat u dan wel eens stil bij het gevoerde personeelsbeleid?
wat schat u voor u zelf als de reële waarde daarvan in in de praktijk?
16. Als u nu in de dagelijkse praktijk een beslissing van personeelsbeleid moet nemen, bijvoorbeeld een salarisverhoging of voordracht voor promotie, in hoeverre staat u dan wel eens stil bij de doelstellingen van het emancipatiebeleid?
wat schat u voor u zelf als de reële waarde daarvan in in de praktijk?
17.
 - a. Als u nu in de dagelijkse praktijk een beslissing neemt van personeelsbeleid zoals eerder genoemd, in hoeverre staan u dan bewust of misschien onbewust de voorgeschreven procedures die hierop van toepassing zijn voor ogen?
in hoeverre laat u zich in uw dagelijks handelen erdoor leiden, in hoeverre houdt u wel of niet vast aan procedures, waar gaat u voor uw gevoel op af
 - b. In hoeverre ervaart u de procedures als bindend?
 - c. Kan het van de regeling afhangen in hoeverre u uw handelen erop afstemt?
het onderwerp, duidelijkheid, zinvolheid, andere reden
 - d. Zo ja, sommige departementale procedures zijn niet anders geformuleerd dan andere, maar toch werkt de één goed en de ander slecht, of is de één belangrijk en de ander minder. Hoe zou u binnen het departement dit verschijnsel verklaren?
 - e. Wat vindt u van de kwaliteit en de kwantiteit van de departementale procedures in zijn algemeenheid?
hebben ze effect of nut, zijn sommige overbodig, welke?
18.
 - a. Als u een beslissing van personeelsbeleid neemt waar let u zo al op? Vindt u het van belang de procedure aan te houden, of houdt u zich bijvoorbeeld meer bezig met de doelstelling van het beleid, of spelen dat soort zaken geen rol?
indien compromis hoe gaat dat dan precies, indien geen rol waar gaat u dan op af
 - b. Als u het idee heeft dat de ambtelijke top groot belang hecht aan een bepaalde procedure, houdt u dan wat nauwer vast aan de regel of maakt dat niets uit?
 - c. Zou u van u zelf zeggen dat hoe u dagelijks uw werk doet en beslissingen neemt, dat het departement daar als structuur een tamelijke grote invloed op uitoefent, of bepaalt u het meer vanuit u zelf?
of is het meer de dienst waar u werkt die dit beïnvloedt?
19.
 - a. Vindt u het beleid van de rijksoverheid om bij gelijke geschiktheid de voorkeur te geven aan

Bijlage VII

- vrouwen, aanvaardbaar? En bij voldoende geschiktheid?
- b. Vindt u het beleid van de rijksoverheid bij herplaatsing de voorkeur aan vrouwen te geven, aanvaardbaar?
- c. Vindt u het beleid van de rijksoverheid om positieve actieprogramma's in te stellen per departement, aanvaardbaar?
wat houdt een positief-actieprogramma volgens u in?
- d. Onderneemt u zelf wel eens positieve actie om gelijke kansen voor vrouwen te realiseren?
in welke zin?
20. Heeft u persoonlijk wel eens de voorkeur aan een vrouw gegeven bij gelijke of voldoende geschiktheid bij aanname of promotie? En voorrang bij herplaatsing?
zo nee, waarom niet?
21. Voelt u zich ook persoonlijk medeverantwoordelijk voor het realiseren van de streefcijfers voor vrouwen, zoals het departement die aan uw dienst heeft opgelegd?
22. In hoeverre kunt u zich in de dagelijkse managementpraktijk waarin u allerlei personeelsbeslissingen neemt, vinden in de verschillende wettelijke verplichtingen?
- a. verbod op sekseonderscheid
na het antwoord korte uitleg van het indirecte seksediscriminatieverbod en vraag herhalen
- b. als een vrouw zwanger blijkt wanneer u haar wilt aannemen of ontslaan, kunt u zich vinden in de wettelijk verbod van sekseonderscheid?
- 23
- a. Is het binnen de organisatie gewoon denkt u om de circulaires van de SG aan het management zonder morren uit te voeren? Geldt dat ook voor u?
is er verschil tussen theorie en praktijk?
- b. Vindt u dat het feit dat u uw opdrachten krijgt en verwacht wordt dat u ze ook zo uitvoert, legitiem?
- c. Leeft u een opgelegd voorschrift van de SG na, ook als u de inhoud volstrekt niet kan verenigen met uw taakopvatting en protesteren niets opleverd?
stipt, halfslachtig, niet
- d. (indien van toepassing) Zou u een opgelegd voorschrift van uw eigen diensthoofd naleven als u de inhoud volstrekt niet kan verenigen met uw taakopvatting en protesteren niet helpt?

Summary

The Effectiveness of Social Economic Law According to the Chaos Theory;
Policies and Enforcement of (Supra)National Equality Law

The subject of this research touches upon the dilemmas of social economic law in the welfare state. This regulatory law is of a different character than 'classic' law. It serves, after all, policy goals. Especially this aspect gives rise to the question whether the legal angle on social economic law is not too narrow. The effectiveness of such legislation depends, after all, on the effect it has on society. One could of course study this issue by means of a social sciences method, but the next question is whether the outcome of such an exercise would be applicable in normative legal studies. This integration is essential. It would be rather pointless if regulatory legislation met the 'constitutional requirements' but fails to have the any regulatory effects on society. The same holds true for the situation where the intended regulatory effects have been achieved, but at the expense of these constitutional requirements. No matter how noble the policy goals are, society as whole does not benefit if administrative interference exceeds constitutional limits.

There is a logical tendency to divide the legal and the social studies of law between the discipline of law and the discipline of social sciences. These disciplines are characterized by different rationalities and methods, tuned to serve their specific research issues. That, however, is at the same time the drawback of such compartmentalization. On the basis of Niklas Luhmann's theory modern society is characterized by functionally differentiated social systems, such as politics, economics, law, religion etc. These social systems based on meaning processing which people avail themselves of in order to be able to communicate in a sensible way, each use equal but at the same time entirely different interpretation codes. Thus the worlds of for instance politics, law, economics and also science have incomparable logics, languages and methods. Because these social systems of meaning only recognize concepts and notions that fit their system, the logic of a system confirms itself by exclusion of other logics. The consequence is that the production of meaning within a certain social system is, necessarily, idiosyncratic in nature. This encumbers the proces of interaction, not only between politics, law and society, but also between the legal and social studies of this, regulatory, proces.

Summary

The first part of this book discusses this issue by means of a comparative analysis of the presumptions underlying political legal views, sociological views and economic views on the regulatory law process. Due to the different rationalities it is hard to connect the various views with one another (chapters 2 and 3). As a result this study attempts to approach the problem from a different angle. The chaos theory presented a possible source. This theory has caused a scientific change in several exact sciences and cybernetics. The laws of chaos explain the behaviours of complex, dynamic systems which are open to very many influences at any time and which owe their existence to an in time irreversible adaptation to the environment. Although connections between physics and social sciences have always quite rightly been viewed with scepticism, chaos theory indicates that this division should not be considered a dogma. The existing social systems of economy, law or politics show, as will be proven, remarkable similarities with the dynamic system which may continuously change its structure due to multiple disruptions and which may thus adopt ever new states. The same holds true for the inherent characteristics of complex, dynamic systems, *viz.* selforganization, selfreference and unpredictability, which also seem to belong to the typical social actions of politics, economics and law (chapter 4).

If social subsystems due to selforganization regulate themselves, the social chaos theory entails that linear cause and effect relations are virtually impossible between political social economic choices, social economic law and social economic behaviour. Political, legal and economic actions are differentiated types of social action. Each type has meaning only within the own system and may therefore only be understood and adapted within the own system. According to Gunther Teubner's theory social economic regulation can therefore only consist of 'parallel synchronization' of these essentially closed social operations. In order to achieve such 'linking' the aim should be a reduction of difference between the differentiated social expectations produced by each of the social subsystems, while upholding each of their specific rationalities.

The second and third part of the book are a practical application of chaos theory to the effectuation of (supra)national gender equality legislation in social economics (chapter 5). The practical research consists of an analysis of Dutch emancipatory policies (chapter 7), of (inter)national legal developments as regards the principle of equality (chapter 8) and of empirical organization processes in the labour market (chapters 11 and 12). Obstacles always seem to occur along the borderlines between politically produced images of the law as an instrument of politics, the legally produced images of the law within its system and the economically produced images of the law and its related consequences within the economy.

Summary

The first obstacle is along the first borderline, namely between policy and law. This is the subject for the second part of the book. The principle of equality aims primarily at legal protection against arbitrary actions of the State. Application aims to ensure that administrative decisions will not deprive one person of a formal freedom of choice to a larger extent than it will another. International non-discrimination standards extend this classic principle to cover further areas besides administration. In these fields, however, the issue is not to review proper administration, but to combat the specific problem of social discrimination of groups. However, this does not lead to a different legal operationalization of the equality principle. Yet, social discrimination processes are a completely different issue. They are social processes of repression and exclusion. Equality as a classic constitutional right sees to *supervision* of the appropriateness of the administrative distinction between individuals in granting formal rights. Non-discrimination as a social constitutional right demands legal *compensation* for the factual unequal social positions of individuals in case this inequality entails an unequal chance of exercising formally equal rights.

If the political system in instrumentalizing anti-discrimination law primarily focusses on the for historical reasons mostly classical understanding of the constitutional right of legal equality, this may sow the seeds of ineffective regulatory law on the elimination of social discrimination. In legal practice the default policy instrumentalization has resulted in the situation where equal treatment legislation primarily had to prescribe itself. In order to minimize the conflict between legal instruments and social goals the supranational legal order aims to develop substantive equality concepts. However, these concepts are insufficient for the legal system to independently overcome all 'noise' between equal treatment legislation and political policy aims of anti-discrimination. Based on a philosophical analysis of the political concept of freedom of choice and the legal concept of equality it will be shown that both the formal equality in law and, due to the legal limitations to enforce it, the substantive equality in law do not match the formulated political expectations of the law (chapter 9).

The second obstacle to enforcement of supranational equal treatment legislation lies along the second borderline, namely between the law and the economic practices of the labour organization. That is the subject of the third part of the book. Especially within the Community legal order an attempt has been made to bring the application of existing legal standards closer to economic practice. A stretching of standards proved necessary to enable judicial supervision of a completely opaque organization policy. This juridical construction in principle allows for a compatible legal reconstruction of the most important form of discrimination, namely hidden discrimination. The methods of comparison in case of statistically

Summary

relevant gender discrimination, however, prove to be applied incorrectly in legal practice. The (inter)national legal standard for equal pay in case the gender discrimination is proven by means of 'individual comparison', is in itself incompatible with payment practice. As a result the legal standards provide for the possibility to diagnose gender discrimination when that need not be the case and to disclaim gender discrimination when it may be the case (chapter 11).

Besides the issue of inadequate juridical representation of gender discrimination, the legal consequences of current juridical constructions hardly appeal to the economic perception. The legal standards are too idiosyncratic to be easily recognized within an economic framework. The *modus operandi* of the economic system differs substantially from the prescribed legal consequences that should result from economic events (chapter 12). Nor can the legal system exact this in practice.

This is hampered primarily by the incompatibility of legal and economic perception. It proves mostly impossible to actually trace breaches of law on the basis of national legislation. Interest groups and public bodies do not have the necessary data on the outcomes of economic allocation processes, which should provoke such research. It is virtually impossible for individual victims of opaque personnel systems to prove discrimination. Even *prima facie* proof may fail due to the fact that one is unaware of the distinction, or because the data necessary to render hidden discrimination juridically analysable are not available. Enforcement of equal treatment legislation is furthermore hampered by lack of synchronism of legal and economic operations. Present standardization does not allow for the court to sanction adequately, once illegal discrimination due to opaque personnel policies has been proven successfully in accordance with juridical rules. Unlawful selection processes cannot be reversed. Furthermore, the statistic proof of discrimination due to opaque personnel policies does not indicate where things go wrong. The personnel policies will have to be improved on a structural basis. That usually involves further consultation of the social partners. Current legislation does not provide for this. Finally, compensation of damages does not bring any relief either in these situations. Damages cannot be individualized in case of statistically reviewed opaque personnel policies.

The reflexive legal programme of social economic law at first sight seems abstract and farfetched. And yet this shift in perspective appears to be the motor behind the abovementioned realizations. What is a clear and consistent method for the determination of discrimination in the labour proces according to the juridical point of view, only after switching and switching again of the rationales of the various disciplines indicates the incompatibility of the legal with the economic reality.

Summary

The research in hand concludes with an evaluation of the theory. Despite the achieved practical results the impression may linger that application of the chaos theory to law may complicate things unnecessarily. However, the theoretical surplus value of the chaos theory to my opinion is that it connects 'loose' realizations, which at first sight seem completely unconnected, to one coherent theoretical model. This theory forms the necessary framework to obtain an overview of hugely different aspects and, primarily, to connect those. Because of this generalistic, and per force abstract, character the theory is useful not only as regards the issue of equal treatment, but as regards other legal issues as well.

In chapter 13 an initial impetus is given to application of the theory to for instance sociological and criminological studies of law, to regulation issues and legislation doctrine and to feminist studies of law. The theory furthermore provides general epistemological indications for legal scientific research. Within legal systematization of social economic law increasing importance must be given to the limitations and possibilities of the legal system as a functionally differentiated social system. These limitations and possibilities follow from the fact that the law's function to reduce social complexity by setting normative generalized social expectations, depends on the specific way in which the law connects certain consequences to a specific event. This is especially important in case of political instrumentalization of law. The complexer the causality of the regulated social process, the more there can be only control over a few causes (the instruments) and a lack of control as regards other causal factors. If the importance of each of these different factors is unknown, application of a conditional programme such as law will easily lead to arbitrariness. The only solution in case of increasing complexity of social processes seems to be indirect regulation by law. This entails that the conditional legal programme is not directly confronted with the complex social process, but only with the preconditions and results of *selfregulation* of this social process. The actual legal process is now preceded by reprocessing of data within the system itself. Thus the complexity of the social process may be reduced to such extent as to enable the law to adequately connect consequences to it. As regards combatting gender discrimination one might consider selfregulatory processes, where the labour organization itself has to supply the statistically verifiable outcomes of the distribution issue in which it holds a monopoly. The legal design of these procedures and the legal possibilities to motivate organizations to actually apply these, have been discussed in further detail in chapters 11 and 12.

Literatuurlijst

- Abel, R. (1973), Law books and books about law, *Stanford Law Review*, 26, pp. 175-228.
- Abel, R. (1980), Delegalization. A critical review of its ideology, manifestations and social consequences, in: Blankenburg E. en H. Rottleuthner (Hg.), *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht*. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 27 e.v.
- Andriessen, J.H.T.H., J.M.J. Baaijens, E.M.H. Hirsch Ballin en I.Th.M. Snellen (red.) (1987), *Wetsevaluatie tussen wetenschap en beleid*, Zwolle: Tjeenk Willink.
- Arvey, R.D. (1986), Sex bias in job evaluation procedures, *Personnel Psychology*, 39.
- Asscher-Vonk, I.P. en K. Wentholt (1994), *Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen*, praktijkserie sociaal recht nr. 1, Deventer: Kluwer.
- Aubert, W. (1971), Enkele sociale functies van wetgeving, in: B. Peper en C. Schuyt (red. en vert.), *Proeven van rechtssociologie uit het werk van Vilhelm Aubert*, Rotterdam: Universitaire Pers Rotterdam, pp. 46-74.
- Backhaus, J.G. (1991), Een economische analyse van het constitutionele recht, in: E.H. Hondius, J.J. Schippers en J.J. Siegers, *Rechtseconomie en recht. Kennismaking met een vakgebied in opkomst*, Zwolle: Tjeenk Willink, pp. 107-148.
- Bajema, C. (1988), *Onvolledigheid van functiebeschrijvingen van vrouwenfuncties bij een grote gemeente*, Groningen: Projectgroep Vrouw en Arbeid RUG.
- Baldus and Cole (1980), *Statistical proof of employment discrimination*, New York: McGraw-Hill.
- Becker, H.A. (1987), Ex ante-evaluatie: consequentieanalyses, in: Percy B. Lehning en J.B.D. Simonis, *Handboek beleidswetenschap*, Meppel/Amsterdam: Boom, pp. 116-130.
- Benton, T. (1982), Realisme, power and objective interests, in: Graham (ed.), *Contemporary political philosophy, radical studies*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Bergh, R. van den (1991), Wat is rechtseconomie?, in: E.H. Hondius, J.J. Schippers en J.J. Siegers, *Rechtseconomie en recht. Kennismaking met een vakgebied in opkomst*, Zwolle: Tjeenk Willink, pp. 9-49.
- Berlin, I. (1984), Two concepts of liberty (oorspr. 1958), in: *Four essays on liberty*, Oxford: Oxford University Press.
- Berman, H. (1983), *Law and revolution: the formation of the Western-legal tradition*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Bethlem, G. (1991), Een vierde type van rechtsvinding, *NJB*, 34, pp. 1363-1371.
- Blankenburg, E. en H. Rottleuthner (Hg.) (1980), *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht*. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Blankenburg, E. (1984), The poverty of evolutionism: a critique of Teubner's case for 'reflexive law', *Law and Society Review*, 18/2, pp. 273-289.
- Blankenburg, E. (1994), Diskurs oder Autopoiesis: Lassen sich Rechtstheorien operationalisieren?, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 15, heft 2, pp. 115-125.
- Blokland, H.T. (1991) *Vrijheid, autonomie en emancipatie. Een politiekfilosofische en cultuurpolitieke beschouwing*, Eburon: Delft.

Literatuurlijst

- Blom, J. (1994), *Effectiviteit van de WGB*, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.
- Blommestein, H.J., J.Th.A. Bressers en A. Hoogerwerf (1984), *Handboek beleidsevaluatie*, Alphen a/d/ Rijn: Samsom.
- Blumrosen, R.G. (1979), Wage discrimination, job segregation and Title VII of the Civil Rights Act, *Michigan Law Review*, 12, pp. 397-402.
- Boelens, L. en A.G. Veldman (1993), *Gelijkwaardige arbeid, gelijk gewaardeerd, juridische middelen ter bestrijding van beloningsverschillen tussen vrouwenwerk en mannenwerk in Nederland, de EG en Canada*, Utrecht: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.
- Bohannon, P. (1968), *Justice and judgement among the Tiv*, heruitgave, Oxford: University Press.
- Broekman, J.M. (1985), Legal subjectivity as a precondition for the intertwinement of law and the welfare state, in: G. Teubner (ed.), *Dilemmas of law in the welfare state*, Berlin/New York: De Gruyter, pp. 76-110.
- Bruinsma, F. (1983), Balans van de rechtssociologie over de jaren zeventig, in: H.Th.J.F. van Maarseveen (et al.), *Recente rechtsontwikkelingen (1970-1980)*, boekenreeks NJB nr. 8, Zwolle, Tjeenk Willink, pp. 143-155.
- Bruinsma, F. (1988), *Cassatierechtspraak in civiele zaken*, Zwolle: Tjeenk Willink.
- Bruinsma, F. (1993), *Rechtssociologie in Nederland, kroniek over de jaren 1982-1992*, NJB, 16, pp. 590 e.v.
- Bruyn, J. de (1988), *Functiewaardering en sekse*, *Tijdschrift voor Arbeidsvraagstukken*, jrg. 4.
- Bruyn, J. de (1991), *Functiewaardering en de beloning van vrouwenwerk*, *Tijdschrift voor Vrouwenstudies XII*.
- Bruijn, J.A. de en E.F. ten Heuvelhof (1991), *Sturingsinstrumenten voor de overheid, over complexe netwerken en tweede generatie sturingsinstrumenten*, Leiden: Stenfert Kroese.
- Burkens, M.C. (1982), *Gelijke behandeling*, in: A. Koekoek, W. Konijnenbelt en F. Crijns (red.), *Grondrechten: commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene grondwet ('Jeukensbundel')*, Nijmegen, pp. 49-65.
- Burkens, M.C. en H.R.B.M. Kummeling (1991), *Het bewijs van discriminatie*, *NJCM-Bulletin* 16-1, pp. 3-27.
- Burkens, M.C. (1993), *Juridische vrouwenstudies en staatsrecht*, in: E. Alkema en A. Jaspers (red.), *Lof der verscheidenheid*, Zwolle: Tjeenk Willink.
- Connolly, W.E. (1974), *Theoretical self-consciousness*, in: W.E. Connolly and G. Gordon (eds.), *Social structure and political theory*, Lexington (Mass.): Heath.
- Dagevos, J.C. (1994), *Naar een sociaal interactiemodel: over de dynamiek van wetenschap, macht en afhankelijkheid*, Bilthoven.
- Derksen, W. (1989), *De werkelijkheid van de terugtred*, in: W. Derksen, Th. Drupsteen en W.J. Witteveen (red.), *De terugtred van regelgevers: meer regels minder sturing?*, Zwolle: Tjeenk Willink.
- Derrida, J. (1979), *De la grammatologie*, heruitgave, Paris: Les editions de minuit.
- Dierx, J.R. en J.J. Siegers (1990), *Indirecte discriminatie van deeltijdwerkers*, NJB, nr. 15, pp. 554-560.

Literatuurlijst

- Donner, A.M. (1982), Inleiding, in: W.F. de Gaay Fortman (red.), *Problemen van wetgeving*, Deventer: Kluwer, pp. 1-16.
- Doorn, J.A.A. van (1980), *Overvraging van beleid, Beleid en Maatschappij*.
- Dorsman, W. (1994), *Naleving door partijen*, in: T. van Vleuten (red.) *In concreto, bijdragen over rechtsvorming gelijke behandeling*, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.
- Dworkin, R. (1977), *Taking rights seriously*, London: Duckworth.
- Dijk, P. van (1989), *Het recht der internationale organisaties in de jaren negentig: een programma voor effectiviteitsonderzoek*, in: G.J.H. van Hoof (red.), *Op zoek naar juridisch onderzoek in de jaren negentig*, Utrecht: Nederlands Instituut voor Sociaal en Economisch recht, pp. 65-71.
- Dijkstra, T. en J. Swiebel (1982), *De overheid en het vrouwenvraagstuk; emancipatiebeleid als mode en taboe*, in: S. Sevenhuijsen, J. Outshoorn, et al. (red.), *Socialisties-Feministische Teksten 7*, Amsterdam, pp. 42-64.
- Elizur, D. (1980), *Job evaluation: a systematic approach*, London: Gower.
- Ellis, E. (1994), *Recent case law of the Court of Justice on the equal treatment of men and women*, *Common Market Law Review*, jrg. 31, 1, pp. 43-75.
- Engbersen, G. (1990), *Publieke bijstandsgeheimen. Het ontstaan van een onderklasse in Nederland*, Leiden: Stenfert Kroese.
- England, P. and D. Dunn (1988), *Evaluating work and comparable worth*, *Annual Review of Sociology XIV*, pp. 227-248.
- Etzioni, A. (1967), *Mixed scanning: A 'third' approach to decision-making*, *Public Administration Review*, 27, pp. 385-392.
- Evan, W.M. (1965), *Law as an instrument of social change*, in: A.W. Gouldner en S.M. Miller, *Applied sociology: opportunities and problems*, New York: Collier-Macmillan.
- Evenhuis, C. (1991), *Referentiekaders: meer dan alleen een kwestie van rekenen*, in: J. Goldschmidt (red.), *De zijkant van het gelijk*, Zwolle: Tjeenk Willink.
- Evenhuis, C. (1994), *In essentie*, in: T. van Vleuten (red.), *In concreto, bijdragen over rechtsvorming gelijke behandeling*, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.
- Farber, D.A. en P.P. Frickey (1991), *Law and Public Choice. A critical introduction*, Chicago: The University of Chicago Press.
- Ferweda, M., J.E. Goldschmidt en J. Tigchelaar (1991), *The gendered concepts of property and contract*, *Law and Society Conference paper*, Amsterdam.
- Fitzpatrick, P. (1991), *Terminal legality. Administration and the complicity of law*, in: R. de Lange en K. Raes (eds.), *Plural Legalities. Critical Legal Studies in Europe*, themanr. *Recht en Kritiek*, 17, nr. 2, pp. 23-42.
- Galanter, M. (1974), *Why the 'haves' come out ahead: speculations on the limits of legal change*, *Law and Society Review*, 9, pp. 95-160.
- Galanter, M. (1980), *Legality and its discontents: A preliminary assessment of current theories of legalization and dejuridification*, in: E. Blankenburg, E. Klausen en H. Rottleuthner (Hg.), *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht*. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Galanter, M. (1981), *Justice in many rooms*, *Journal of Legal Pluralism*, 19, pp. 1-47.

Literatuurlijst

- Galenkamp, M. (1994), Afbeelding of artefact? Over de rol van juridische begrippen, preadvies voor de Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht, verschenen in *Rechtstheorie & Rechtsfilosofie*, 23e jrg., nr. 1, pp. 11-37.
- Gastwirth, J.L. (1984), Statistical methods for analyzing claims of employment discrimination, *Industrial and Labor Relations Review*, vol. 38, no. 1, pp. 75-86.
- Geelhoed, L.A. (1983), *De interveniërende staat*, Den Haag.
- Gerbranda, T. en M. Kroes (1991), *Grondrechten evaluatieonderzoek*, documentatierapport (1), Leiden: NJCM.
- Gleick, J. (1991), *Chaos. De derde wetenschappelijke revolutie* (vertaling van *Chaos: Making a new science*, 1987), 4e druk, Amsterdam: Contact.
- Goldschmidt, J.E. (1989), *Staats- en bestuursrechtelijke aspecten van positieve actie*, preadvies voor de Nederlandse juristenvereniging, Zwolle: Tjeenk Willink.
- Goldschmidt, J.E. (1993), *We need different stories*, bundeling van de oraties 'Een ander verhaal van recht' en 'Verhalen van verschil', Zwolle: Tjeenk Willink.
- Goldschmidt, J.E. (1994), Een autonome ontwikkeling, tien jaar Nemesis, *Nemesis*, 6, pp. 167-176.
- Goodrich, P. (1984), Rhetorics as jurisprudence, *Oxford Journal of Legal Studies*, 4, pp. 88 e.v.
- Grams, R. and D.P. Schwab (1985), An investigation of systematic gender-related error in job evaluation, *Academy of Management Journal*, 28, pp. 279-290.
- Griffiths, J. (1979), Enkele onderscheidingen die aan zinvolle vraagstellingen ten aanzien van recht vooraf gaan, *Ars Aequi*, 28/11, pp. 839-851.
- Griffiths, J. (1990), De sociale werking van rechtsregels en het emancipatoire potentieel van wetgeving, in: T. Havinga en B. Sloot, *Recht en emancipatie: bondgenoot of barrière*, Den Haag: Vuga, pp. 27-46.
- Grundmann, R. (1990), *Luhmann conservative, Luhmann progressive*, EUI working paper Law/90/7, Florence: European University Institute.
- Grünwald-Schindl, C.A. en A. Kraan-Jetten (1987), Ex post-evaluatieonderzoek, in: Percy B. Lehning en J.B.D. Simonis, *Handboek beleidswetenschap*, Meppel/Amsterdam: Boom, pp. 131-153.
- Gunning, M. (1985a), Art. 1 Gw en de vrouwelijke moraal. Liever gemarmerd, in: R. de Lange, G. van Maanen en T. de Roos (red.), *De dubbelzinnigheid van het recht. Kritische rechtstheorie en rechtspolitiek in de jaren tachtig*, special van *Recht en kritiek*, 10, Nijmegen: *Ars Aequi Libri*, pp. 12 e.v.
- Gunning, M. (1985b), Het verschil en de gelijkheid, *Recht en Kritiek*, pp. 389 e.v.
- Haan, P. de, Th.G. Drupsteen en R. Fernhout (1978), *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Instrument en waarborg* (1e druk), Deventer: Kluwer.
- Haan, P. de, Th. G. Drupsteen en R. Fernhout (1986), *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Deel I*, (3e druk) Deventer: Kluwer.
- Haasnoot, J.H. (1989), Cultuur, de drie dimensies van het verschijnsel organisatie, *M & O, Tijdschrift voor organisatiekunde en sociaal beleid*, 2, pp. 20-34.
- Habermas, J. (1973), *Legitimationsproblemen im Spät-kapitalismus*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Literatuurlijst

- Habermas, J. (1981), *Theorie des Kommunikativen Handelns*, (2 dln.), Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Haersolte, R.A.V. van (1992), *Themis op zoek. Heuristiek en justificatie*, in: *Als een goed huisvader, opstellen aangeboden aan J.H. Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer.
- Hart, A.C. 't (1991), *Recht als schild van Perseus, voordrachten over strafrechtstheorie*, Arnhem/Antwerpen: Gouda Quint/Kluwer.
- Hart, H.L.A. (1961), *The concept of law*, London: Clarendon Press.
- Havinga, T. (1989), *Arbeidsbureau en collectief ontslag, een empirisch onderzoek naar het functioneren van de ontslagprocedure*, Groningen: Wolter Noordhoff.
- Heringa, A.W. (1990), *Het onzijdige gelijkheidsbeginsel. Enkele constitutionele en internationaalrechtelijke opmerkingen*, in: Goldschmidt et al. (red.), *De zijkant van het gelijk*, Zwolle: Tjeenk Willink, pp. 47-64.
- Heringa, A.W. (1991), *Rechter en gelijkheid*, NJCM-Bulletin 16-7. pp. 648-656.
- Herik, C. van den (1991), *Funcitiewaardering in de gezinsverzorging*, Utrecht: Stichting netwerk gezinsverzorging.
- Herik, C. van den en U. Janssen (1991), *Funcitiewaardering en sekseonderscheid in de gezondheidszorg*, Amsterdam/Zoetermeer: AbvaKabo.
- Herwijer, M. (1981), *De dynamiek van doelstellend gedrag: een struikelblok voor evaluatieonderzoek*, Bestuurswetenschappen, 35, pp. 348-366.
- Hirsch Ballin, E.M.H. (1988), *Artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm*, in: C.W. Maris (red.), *Gelijkheid en recht*, Deventer/Zwolle, pp. 127-156.
- Hoekema, A.J. (1979), *Recht in de rechtssociologie*, *Ars Aequi*, 28/11, pp. 852-870.
- Hofstede, G.H. (1986), *Werken aan de organisatiecultuur*, *Bedrijfskunde*, 58, pp. 102-106.
- Holtmaat, R. (1988), *Naar een ander recht I en II*, *Nemesis*, pp. 3-13 en pp. 60-66.
- Holtmaat, R. (1990), *Sociale verzekeringen en bijstand: een deconstructie van het verschil*, *Utrecht papers on International, Social and Economic Law*, nr. 12, Utrecht: Vakgroep Internationaal, Sociaal en Economisch Publiekrecht.
- Hoof, G.J. H. van (1987), *Normvervaging en rechtsbeginsel*, Zwolle: Tjeenk Willink.
- Hoogerwerf, A. (1984a), *Het ontwerpen van overheidsbeleid: Een handleiding en toelichting*, *Bestuurswetenschappen*, 38, pp. 4-28.
- Hoogerwerf, A. (1984b), *Beleid berust op veronderstellingen: De beleidstheorie*, *Acta Politica*, 19, pp. 493-527.
- Huisman, J. (1988), *Een wereld van verschil: tien jaar overheidsemancipatiebeleid in Nederland*, paper voor de Vlaams-Nederlandse Studiedagen voor Sociologie en Politicologie, 7-8 april.
- Huisman, J. (1991), *De 'emancipatie-resistentie' van het overheidsbeleid. Vijftien jaar overheidsemancipatiebeleid in Nederland*, *Tijdschrift voor Vrouwenstudies*, 12/1, pp. 7-18.
- Huls, N.J.H. en H.D. Stout (1992), *Reflecties op reflexief recht*, in: N.J.H. Huls en H.D. Stout (red.), *Reflecties op reflexief recht*, Zwolle: Tjeenk Willink, pp. 1-16.
- Huls, N.J.H. (1992), *Reflexieve en autopoietische tendensen in de wetgevingspraktijk*, in: N.J.H. Huls en H.D. Stout (red.), *Reflecties op reflexief recht*, Zwolle: Tjeenk Willink, pp. 43-55.
- Humblet, P. (1991), *Bewijs(last) en geslachtsdiscriminatie*, *Rechtskundig Weekblad*, nr. 15, pp. 485-488.

Literatuurlijst

- Hupe, P.L. (1987), De mythe van de beleidsrelevantie, in: Percy B. Lehning en J.B.D. Simonis, Handboek beleidswetenschap, Meppel/Amsterdam: Boom, pp. 206-225.
- Ietswaart, H. (1988), Een kennismaking met de rechtssociologie en de rechtsantropologie, boekbespreking, *Recht en Kritiek*, 14, pp. 404-407.
- Jackson, B. (1985), *Semiotics and legal theory*, London: Routledge.
- Jacobs, A.T.J.M. (1992), Over discriminatie in het arbeidsbestel, in: Jacobs (red.), *Arbeid en discriminatie*, Deventer: Kluwer, pp. 1-22.
- Jacobson, A.J. (1989), Autopoietic law: The new science of Niklas Luhmann, *Michigan Law Review*, 87, pp. 1647-1689.
- Jaspers, A.Ph.C.M. en M.T.C. van Kleinwee (1985), *Gelijke behandeling: uw goed recht*, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.
- Jaspers, A.Ph.C.M. en G.J.H. van Hoof (1986), Over gelijkheid: enige aspecten van rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, in: J. ten Berge et al. (red.), *Recht als norm en aspiratie*, Nijmegen: Ars Aequi, pp. 136-162.
- Jaspers, A.Ph.C.M. en F. van Norel (1989), Het werkloosheidsbegrip ontleed, een wetssystematische analyse van het werkloosheidsbegrip, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.
- Jaspers, A.Ph.C.M. (1994), Sanctionering een vergeten terrein, in: T. van Vleuten (red.), *In concreto*, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.
- Jong, A.M. de (1984), Anti-discriminatiewetgeving en positieve actie in de VS, *Sociaal Maandblad Arbeid*, pp. 90-100.
- Kagan, R. (1978), *Regulatory justice, implementing a wage price freeze*, New York.
- Kalma, P. (1982), *De illusie van de 'democratische staat'*, Deventer: Kluwer.
- Kapteyn en Verloren van Themaat (1989), ed. by Gormley, *Introduction to the law of the EC*, 2e edition, Deventer/Boston.
- Keuzenkamp, S. en A. Teunissen (1990), *Emancipatie ten halve geregeld, continuïteit en inenging in het emancipatiebeleid*, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.
- King, M. en C. Piper (1990), *How the law thinks about children*, Aldershot: Gower.
- Knegt, R. (1986), *Regels en redelijkheid in de bijstandsverlening*, Groningen: Wolters Noordhoff.
- Knegt, R. et al. (1989), *Toetsing van ontslag, de werkwijze van arbeidsbureau, kantonrechter en bedrijfsvereniging*, Groningen: Wolters Noordhoff.
- Konijn, Y. (1987), ADV-maatregel in het onderwijs niet discriminatoir?, *Nemesis*, pp. 391-392.
- Koopmans, T. (1970), De rol van de wetgever, in: *Honderd jaar rechtsleven, Nederlandse Juristen Vereniging*, Zwolle: Tjeenk Willink, pp. 221-235.
- Koopmans, T. (1975), *Constitutional protection of equality*, Leiden.
- Koopmans, T. (1991), Het gelijkheidsbeginsel, norm en werkelijkheid, in: J.E. Goldschmidt (red.), *De zij-kant van het gelijkheidsbeginsel*, Zwolle: Tjeenk Willink, pp. 19-28.
- Korsten, A.F.A. (1987), Wetsevaluatie als onderneming, in: J.H.T.H. Andriessen, J.M.J. Baaijens, E.M.H. Hirsch Ballin en I.Th.M. Snellen (red.), *Wetsevaluatie tussen wetenschap en beleid*, Zwolle: Tjeenk Willink, pp. 11-27.

Literatuurlijst

- Kortmann, C.A.J.M. (1981), *Elefantiasis, beschouwingen over een zieke staat*, Deventer: Kluwer.
- Kortmann, C.A.J.M. (1990), *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer.
- Kroft, H., G. Engbersen, C.J.M. Schuyt en B.F. van Waarden (1989), *Een tijd zonder werk. Een onderzoek naar de levenswereld van langdurig werklozen*, Leiden/Antwerpen: Stenfert Kroese.
- Krohn, W., G. Küppers en H. Nowotny (eds.) (1990), *Selforganization. Portrait of a scientific revolution*, Yearbook of the Sociology of the Sciences, vol. XIV, Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers.
- Ladeur, K. (1988), Perspectives on a post-modern theory of law: A critique of Niklas Luhmann, in: G. Teubner (ed.), *Autopoietic law: A new approach to law and society*, Berlin: De Gruyter, pp. 242-282.
- Lauwaars, R. en C. Timmermans (1991), *Europees gemeenschapsrecht in kort bestek*, (tweede druk), Groningen: Wolters Noordhoff.
- Leeuw, de (1991), *Indirecte discriminatie van vrouwen in het sociaal-zekerheidsstelsel*, SMA 1991, pp. 88 e.v.
- Lehning, P.B. en J.B.D. Simonis (1987), *Handboek beleidswetenschap*, Meppel: Boom.
- Lindblom, Ch.E. (1959), The science of muddeling-through, *Public Administration Review*, 19, pp. 79-88.
- Lindblom, Ch.E. (1968), *The policy-making process*, Englewood Cliffs: Prentice Hall.
- Lindley, R. (1986), *Autonomy*, London: MacMillan.
- Loenen, M.L.P. (1992), *Verschil in gelijkheid. De conceptualisering van het juridische gelijkheidsbeginsel met betrekking tot mannen en vrouwen in Nederland en de Verenigde Staten*, Zwolle: Tjeenk Willink.
- Luhmann, N. (1969), *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied am Rein: Luchterhand.
- Luhmann, N. (1984), *Soziale Systeme, Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Luhmann, N. (1985), *A sociological theory of law* (vertaling van: *Rechtssoziologie*, Reinbek: Rowohlt, 1972), London: Routledge.
- Luhmann, N. (1986a), *Closure and openness: On reality in the world of law*, EUI working paper 86/234, ook verschenen in: G. Teubner (ed.), *Autopoietic law: A new approach to law and society*, 1988, Berlin: De Gruyter, pp. 335 e.v.
- Luhmann, N. (1986b), *The self-reproduction of law and its limits*, in: G. Teubner (ed.), *Dilemmas of law in the welfare state*, Berlin: De Gruyter, pp. 111-127.
- Luhmann, N. (1988), *The unity of the legal system*, in: G. Teubner (ed.), *Autopoietic law: A new approach to law and society*, Berlin: De Gruyter, pp. 12-35.
- Lukes, S. (1982), *Panoptikon. Macht und Herrschaft bei Weber, Marx und Foucault*, in: K.M. Michel und T. Spengler, *Kursbuch 70*, Berlin: Rotbuch Verlag.
- Lijnzaad, L. (1991), *Het kussen van een kikker*, *Nemesis*, nr. 2, pp. 5-17.
- Maarseveen, H. van (1990), *Discriminatie, opmerkingen inzake juridische theorie en praktijk in Nederland*, Coornhert publicaties nr. 6, Alphen aan de Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink.
- Mackaay, E. (1991), *Verschuivingen in de rechtseconomie. Kroniek over de jaren 1988-1990*, *Nederland Juristenblad*, 66, pp. 1505-1521.

Literatuurlijst

- McCrudden, C. (1993), The effectiveness of European Equality Law, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, no. 3 pp. 320-367.
- Mackinnon, C.A. (1988), *Feminism unmodified*, Cambridge (Mass.).
- Mantel, N. and W. Haenszel (1959), Statistical aspects of the analysis of data from retrospective studies of disease, *Journal of the National Cancer Institute*, vol. 22, no. 4, pp. 719-748.
- Maris, C.W. (1988a), Inleiding: recht tussen macht en emancipatie, in: C.W. Maris (red.), *Gelijkheid en recht*, Deventer/Zwolle, pp. 9-31.
- Maris, C.W. (1988b), *Gelijkheid en recht filosofisch beschouwd*, in: C.W. Maris (red.), *Gelijkheid en recht*, Deventer/Zwolle.
- Maturana, H.R. (1982), *Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit, Ausgewählte Arbeiten zur biologischen Epistemologie*, Braunschweig/Wiesbaden: Vieweg.
- Mensink, W. (1993), Bevoorechting van vrouwen: de bepaling van 'feitelijke ongelijkheid' in de zin van de WGB, *SMA*, 3, pp. 126-139.
- Ministerie van Cultuur, Recreatie en Maatschappelijk werk (1976), *Beleidsplan Emancipatie 'Emancipatie: proces van verandering en groei'*, TK 1976-1977 14 496 nrs. 1-2.
- Ministerie van Justitie (1990), *Gelijkheid in de praktijk, rapport van de interdepartementale werkgroep gelijkheidsbeginsel*, Den Haag.
- Ministerie van Justitie (1991), *Zicht op wetgeving, een beleidsplan voor de verdere ontwikkeling en uitvoering van een algemeen wetgevingsbeleid, gericht op de verbetering van de rechtsstatelijke en bestuurlijke kwaliteit van het overheidsbeleid*, TK 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2.
- Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (1985), *Beleidsplan emancipatie*, TK 1984-1985 19 052, nrs 1-2.
- Ministerie van Sociale zaken en Werkgelegenheid (1992), *Beleidsprogramma emancipatie 'Met het oog op 1995'*, TK 1992-1993, 22 913, nrs. 1-2.
- Minow, M. (1987), *The Supreme Court 1986-term – foreword: Justice engendered*, *Harvard Law Review* 1987, vol. 101, pp. 10-95.
- Minow, M. (1990), *Making all the difference. Inclusion, exclusion and American law*, Ithaca/London.
- Montfort, A.J.G.M. van (1991), *De regels van het huis, ambtelijke regeltoepassing bij de gemeentelijke woonruimteverdeling*, Groningen: Wolters Noordhoff.
- Moore, S. Falk (1973), Law en social change: the semi-autonomous social field as an appropriate object of study, *Law and Society Review*, 7, pp. 719-746.
- Nederlands Instituut voor Arbeidsomstandigheden (1992), *Evaluatie stimuleringsregeling positieve actie voor vrouwen, interimrapportage in opdracht van het Ministerie van Sociale zaken*, Den Haag.
- Nederlands Instituut voor Arbeidsomstandigheden (1994), *Positieve actie, er moet aan gewerkt worden*, Den Haag: VUGA.
- Nelken, D. (1988), Changing paradigms in the sociology of law, in: G. Teubner (ed.), *Autopoietic law: A new approach to law and society*, Berlin: De Gruyter, pp. 191-216.
- Nelken, D. (1991), The loneliness of law's meta-theory, in: R. de Lange en K. Raes (eds.), *Plural Legalities. Critical Legal Studies in Europe*, themanummer *Recht en Kritiek*, 17, pp. 172-194.

Literatuurlijst

- Neut, van der (1986), *Discriminatie en strafrecht*, Arnhem.
- Nonet, P. en P. Selznick (1978), *Law and society in transition: towards responsive law*, New York: Harper & Row.
- Oord, J.W.J. van den (1991), *Sexuele differenties in en door het recht*, *Nemesis*, 7/6, pp. 5-23.
- Oord, J.W.J. van den (1994), *Verdaagde rechten, een visie op rechtsgelijkheid van vrouwen en mannen vanuit Derrida's filosofie van sexuele differenties*, Arnhem: Gouda Quint.
- Oosting, M. (1987), *De veelzijdigheid van wetsevaluatie*, in: J.H.T.H. Andriessen, J.M.J. Baaijens, E.M.H. Hirsch Ballin en I.Th.M. Snellen (red.), *Wetsevaluatie tussen wetenschap en beleid*, Zwolle: Tjeenk Willink, pp. 29-47.
- Opp, K. (1973), *Soziologie im Recht*, Reinbek: Rowohlt.
- Ott, C. (1972), *Die soziale Effektivität des Rechts bei der politischen Kontrolle der Wirtschaft*, *Jahrbuch für Rechtssoziologie en Rechtstheorie* 3, pp. 345-408.
- Outshoorn, J.V. (1988), *De verwording van een politieke eis: positieve actie en het 'vrouwen-vraagstuk'*, *Beleid en Maatschappij*, 4, pp. 216-225.
- Peper, B. (1987), *Bij stukjes en beetjes? Over het zogenaamde realisme van het incrementele beleidsmodel*, in: Percy B. Lehning en J.B.D. Simonis, *Handboek beleidswetenschap*, Meppel/Amsterdam: Boom, pp. 253-265.
- Perron, E. du (1990), *De rechtseconomische analyse van het verbintenissenrecht*, *Ars Aequi*, 39 (special over rechtseconomie), pp. 750-758.
- Pessers, D. (1987), *A lesser life*, *NJB* pp. 784 e.v..
- Pessers, D. (1988), *Double bind*, *Nemesis*, pp. 14 e.v.
- Peters, A.A.G. (1979), *Recht als project*, *Ars Aequi*, 28, nr. 11, pp. 881-893.
- Podgorecki, A. (1967), *Dreistufen-Hypothese über die Wirksamkeit des Rechts (Drei Variablen für die Wirkung von Rechtsnormen)*, in: E. Hirsch en M. Reh binder, *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*, Köln: Westdeutscher Verlag, pp. 271-283.
- Pot, van der en Donner (1989), *Handboek van het Nederlands staatsrecht (bewerkt door L. Prakke)*, Zwolle.
- Praag, Ph. van (1985), *Tien jaar emancipatiebeleid*, in: *Beleid en Maatschappij*, 12, nr. 1/2, pp. 3-12.
- Prechal, S. (1993), *Combatting indirect discrimination in a community law context*, *Legal issues of European integration*, 1, pp. 81-97.
- Prins, M.C.J. (1989), *Emancipatie van vrouwen in beweging. Emancipatie als (be)sturingsvraagstuk (1974-1989)*, Groningen: PP&Styx publications.
- Raes, K. (1990), *Negaties van het recht. Morele deugdzaamheid en het gemeenschapsideaal als alternatieven voor juridische orde*, *Tijdschrift voor sociale wetenschappen*, 35, nr. 4, pp. 337-372.
- Raes, K. (1991), *Legality and the mirror of language*, in: R. de Lange en K. Raes (eds.), *Plural Legalities. Critical Legal Studies in Europe*, themanr. *Recht en Kritiek*, 17, nr. 2.
- Rawls, J. (1972), *A Theory of justice*, (2e edition) Cambridge: Harvard University Press.
- Remery, C. (1990), *Waardering van vrouwen- en mannenfuncties, het functiewaarderings-systeem bij de PTT*, Utrecht: Universiteit Utrecht.

Literatuurlijst

- Rottleuthner, H. (1988), Biological metaphors in legal thought, in: G. Teubner (ed.), *Autopoietic law: A new approach to law and society*, Berlin: De Gruyter, pp. 97-127.
- Ru, H.J. de (1989), De wijziging van sturingsinstrumenten, in: W. Derksen, Th. Drupsteen en W.J. Witteveen (red.), *De terugtred van regelgevers: meer regels minder sturing?*, Zwolle: Tjeenk Willink.
- Ruiter, D.W.P. (1985), *Gelijkheid in het administratieve recht*, preadvies voor de Vereniging voor Administratief Recht, Alphen aan de Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink.
- Sanderse, M.M. (1984), *Vrouw en arbeidsvoorziening, een overzicht van quoteringsregelingen die in de Verenigde staten en Zweden worden gehanteerd met betrekking tot arbeidsvoorzieningsactiviteiten*, Den Haag.
- Scales, A. (1986), Emergence of feminist jurisprudence, *Yale Law Journal* 1986, nr. 95, pp. 1373-1403.
- Schachter, O. (1971), Towards a theory of international obligation, in: S.M. Schwebel (ed.), *The effectiveness of international decisions*, Leiden: Sijthoff, pp. 9-31.
- Schippers, J.J. (1987), *Beloningsverschillen tussen mannen en vrouwen*, Groningen: Wolters Noordhoff.
- Schoordijk, H.C.F. (1990), *De bewijslastverdeling onder het nieuwe bewijsrecht*, WPNR 5973, pp. 680 e.v.
- Schuyt, C.J.M. (1971), *Rechtssociologie, een terreinverkenning*, Rotterdam: Universitaire Pers Rotterdam.
- Schuyt, C.J.M. en K. Groenendijk (1976), *De weg naar het recht, een rechtssociologisch onderzoek naar de samenhangen tussen maatschappelijke ongelijkheid en juridische hulpverlening*, Deventer: Kluwer.
- Schuyt, C.J.M. (1983), Paradigmatische vernieuwingen in de rechtwetenschap: de jurist en de sociale werkelijkheid (herdruk van *Ars Aequi* 1979, pp. 871 e.v.), in: C. Schuyt, *Tussen macht en moraal*, Alphen aan de Rijn: Samsom, pp. 116-130.
- Schuyt, C.J.M. (1985), *Sturing en recht*, in: M.A.P. Bovens en W.J. Witteveen, *Het schip van staat, beschouwingen over recht, staat en sturing*, Zwolle: Tjeenk Willink, 113-124.
- Schuyt, C.J.M. (1991), *De veranderende plaats van de Hoge raad in de samenleving*. Herdruk in: C. Schuyt, *Op zoek naar het hart van de verzorgingsstaat Antwerpen/Leiden*: Stenfert Kroese, pp. 259-289.
- Scott, J. (1986), Gender: A useful category of historical analysis, *American Historical Review*, 91/5.
- Scriven, M. (1972), Pros and cons about goal-free-evaluation, *Journal of Educational Evaluation*, 3, pp. 1-7.
- Selznick, P. (1969), *Law, society and industrial justice*, New York: Russell Sage.
- Seters, P. van (1981), *Ander recht*, Zwolle: Tjeenk Willink.
- Seters, P. van (1992), *Dilemma's van modern beleidsrecht*, in: N.J.H. Huls en H.D. Stout (red.), *Reflecties op reflexief recht*, Zwolle: Tjeenk Willink, pp. 29-41.
- Shoben, E. (1978), Differential pass-fail rates in employment testing: Statistical proof under Title VII, *Harvard Law Review*, vol. 91, no. 4, pp. 793-813.
- Siegers, J.J., C. Timmerman en R. Wittink (1987), *Analyse van personeelsbestanden ten behoeve van positieve actie*, Den Haag: Ministerie Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Literatuurlijst

- Silvis, M. (1990), *Feminisme en het liberalisme van John Rawls*, *Recht en Kritiek*, 16/1, pp. 61-81.
- Sjerps, C. (1985), *Tellen en tellen is twee*, SMA, pp. 362 e.v.
- Sloot, B.P. (1986), *Positieve discriminatie, maatschappelijke ongelijkheid en rechtsontwikkeling in de Verenigde Staten en in Nederland*, Zwolle: Tjeenk Willink.
- Smit-Voskuyl, O.F. (1987), *Funcitiewaardering als maatstaf bij de Wet gelijk Loon*, SMA, no. 5.
- Snellen, I.Th.M. (1987a), *Wetsevaluatie tussen recht, beleid en politiek*, in: J.H.T.H. Andriessen, J.M.J. Baaijens, E.H.M. Hirsch ballin en I.Th.M. Snellen (red.), *Wetsevaluatie tussen wetenschap en beleid*, Zwolle: Tjeenk Willink, pp. 49-62.
- Snellen, I.Th.M. (1987b), *Boeiend en Geboeid. Ambivalenties en ambities in de bestuurskunde*, Alphen aan de Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink.
- Steenbeek, J.G. (1979), *De Haan et al., Bestuursrecht in de sociale rechtstaat 1978*, boekrecensie, *RM Themis* nr. 4, pp. 409-412.
- Stout, H. en J. Stoop (1991), *Autopoiese aan de Maas: ofwel instrumentele wetgeving reddeloos verdronken, vraaggesprek met Gunther Teubner*, *Regelmaat*, 1, pp. 5-9.
- Swiebel, J. (1986), *Het emancipatiebeleid onder het kabinet Lubbers: prelude tot grote verdwijntruc?*, *Bijdrage voor de workshop Vrouwen en Politiek*, 5 en 6 juni 1986, Amersfoort.
- Swiebel, J. (1988), *The gender of bureaucracy: reflections on policy-making for women*, *Politics*, VIII, 1, pp. 14-19.
- Taylor, Ch. (1979), *What's wrong with negative liberty*, in: A. Ryan (ed.), *The idea of freedom*, *Essays in honour of I. Berlin*, Oxford: Oxford University Press.
- Tetteroo, K. (1981), *Evaluatie van wetgeving: aantekeningen over problemen*, *Nederlands Juristenblad*, 31, pp. 1001-1010.
- Teubner, G. (1984a), *Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege*, in: F. Kübler (Hg.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität. Vergleichende Analysen*, Baden: Nomos, pp. 289-344.
- Teubner, G. (1984b), *Substantive and reflexive elements in modern law*, *Law and Society Review*, 17/2, pp. 239-285.
- Teubner, G. (1986a), *Gesellschaftsordnung durch Gesetzgebungslärm? Autopoietische Geschlossenheit als Problem der Rechtssetzung*, EUI working paper no. 86/207, Florence: European University Institute. Ook verschenen onder dezelfde titel in: D. Grimm en W. Maihofer (Hg.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik* (1988), Opladen: Westdeutscher Verlag, en als *Social order from legislative noise?, autopoietic closure as a problem for legal regulation*, in: G. Teubner (ed.), *State, law, economy as autopoietic systems* (1989), Berlin: de Gruyter.
- Teubner, G. (1986b), *After legal instrumentalism?*, in: G. Teubner (ed.), *Dilemmas of law in the welfare state*, Berlin: De Gruyter, pp. 299-325.

Literatuurlijst

- Teubner, G. (1987) Enterprise corporatism, EUI working paper 87/294, Florence. Ook verschenen onder dezelfde titel in: *American Law Journal of Comparative Law*, 36 (1988), pp. 129-155 en onder de titel 'Unternehmenscorporatismus' in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 61 (1987), nr. 2.
- Teubner, G. (1989a), *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main: Suhr-kamp.
- Teubner, G. (1989b), How the law thinks: Toward a constructivist epistemology of law, *Law and Society Review*, 23/5, pp. 727-757.
- Teubner, G. (1991), Regulatory law: Chronicle of a death foretold, working paper International Conference of Law and Society, joint meetings of the Law and Society Association, Research Committee on the Sociology of Law and the International Sociological Association, 26-29 June 1991, Amsterdam.
- Teubner, G. (1992), Reflexief recht: de kracht van niet-statelijk recht, in: N.J.H. Huls en H.D. Stout (red.), *Reflecties op reflexief recht*, Zwolle: Tjeenk Willink, pp. 71-84.
- Timmermans, C.W.A. (1982), Verboden discriminatie of (geboden) differentiatie, *SEW*, pp. 426-460.
- Treimann, D.J. and H. Hartmann (1981), *Women, work and wages*, Washington DC: National Academy of Sciences.
- Trubek, D.M. (1972), Towards a social theory of law: An essay on the study of law and development, *Yale Law Journal* 82, pp. 1-50.
- Unger, R.M. (1976), *Law in modern society*, New York: The Free Press.
- Varela, F. en H. Maturana (1988), Weten hoe we weten, herdruk in: T. Maas (red.), *Dwarsgebakken wetenschap*, Amsterdam: Contact, pp. 89 e.v.
- Vasterling, V. (1983), De dubbele strategie van de deconstructie, *Tijdschrift voor filosofie*, pp. 90 e.v.
- Veen, R.J. van der (1990), *De sociale grenzen van beleid. Een onderzoek naar de uitvoering en effecten van het stelsel van sociale zekerheid*, Leiden: Stenfert Kroese.
- Veld, R.J. in 't (1982), *Verandering en bestuur*, Nijmegen.
- Veldman, A.G. (1988), Arbeid van gelijke waarde: de betekenis van functiewaardering in relatie tot beloningsdiscriminatie, *Gedrag en Organisatie, Tijdschrift voor sociale arbeids- en organisatiepsychologie*, 1e jrg., nr. 6, pp. 20-36.
- Veldman, A.G. (1991), Functiewaardering, vrouwenarbeid en het recht, *Tijdschrift voor Arbeidsvraagstukken*, jrg. 7, 2, pp. 32-43.
- Veldman, A.G. (1994), Het gelijk in gelijkheid?, *Opmerkingen over de betekenis van het gelijkheidsbeginsel, Nemesis* jrg. 10, nr. 4.
- Veldman, A.G. en R. Wittink (1990), *De kans van slagen, invloeden van culturen en regels op het loopbaanverloop van vrouwen*, Leiden: Stenfert Kroese.
- Veldman A.G. en R. Wittink (1991), De ideale sollicitant is een vrouw: onderzoek naar sekseverschillen in het (personeels)selectieproces, *Mens en Maatschappij*, 66e jrg., 2, pp. 141-160.
- Vervaele, J.A.E., D. Ruimschotel en R.J.G.M. Widdershoven (1990), *Rechtshandhaving bij visquotering. Een evaluatieve studie naar rechtshandhaving van nationale en Europese regelgeving*, Utrecht: Nederlands Instituut voor Sociaal en Economisch Recht.
- Vianen, A.E.M. van (1987), *Het selectie-interview. Over de rol van seksestereotypen*, Leiden.
- Vierdag, E.W. (1973), *The concept of discrimination in international law*, Den Haag.

Literatuurlijst

- Vleuten, C.E. van (1989), *Contract compliance in de Verenigde Staten*, Amsterdam.
- Vlies, I.C. van der (1987), *Verhouding rechtsstaat en sturing*, in: M.A.P. Bovens, W. Derksen en W.J. Witteveen (red.) *Rechtsstaat en sturing*, Zwolle: Tjeenk Willink, pp. 121-140.
- Vries, L. de (1994), *Kanttekeningen bij het rapport van de Algemene Rekenkamer*, NJB, 32, pp. 1098-1100.
- Vught, F.A. van (1987), *Verklaringsmodellen bij beleidsevaluatie: de keuze tussen de rationalistische en de hermeneutische evaluatiemethodologie*, in: P.B. Lehning en J.B.D. Simonis, *Handboek beleidswetenschap*, Meppel/Amsterdam: Boom, pp. 154-176.
- Wentholt, K. (1990), *Arbeid en zorg, een verkenning vanuit het gelijkheidsbeginsel van de rechtspositie van werknemers met zorgverantwoordelijkheid*, proefschrift Amsterdam.
- Wetenschappelijk raad voor het regeringsbeleid (1988), *Rechtshandhaving*, rapport nr. 35, Den Haag: Staatsuitgeverij.
- Wetenschappelijke raad voor het regeringsbeleid (1989), *Allochtonenbeleid*, Den Haag: SDU.
- Wiggers, J.H. (1991), *Recht doen aan gelijkheid, een beschouwing over voorkeursbehandeling en de betekenis van het gelijkheidsbeginsel in het grensgebied van recht en sociaal-politieke ethiek*, Nijmegen.
- Wildavsky, A. (1979), *Strategic retreat on objectives. Learning from failure in American public policy*, in: A. Wildavsky (ed.), *Speaking truth to power. The art and craft of policy-analysis*, Boston, pp. 41-61.
- Winter, H.B., M. Scheltema en M. Herweijer (1990), *Evaluatie van wetgeving: terugblik en perspectief*, Deventer: Kluwer.
- Witteveen, W.J., P. van Seters en G. Van Roermund (1991), *Wat maakt de wet symbolisch?*, Zwolle: Tjeenk Willink.
- Witteveen, W.J. (1992), *Schrijft de wet zichzelf?*, in: N.J.H. Huls en H.D. Stout (red.), *Reflecties op reflexief recht*, Zwolle: Tjeenk Willink, pp. 57-70.
- Wittink, R. (1989a), *Personeelsbestandsanalyse ten behoeve van positieve actie bij een ministerie*, Utrecht: Nederlands Instituut voor Sociaal en Economisch Recht.
- Wittink, R. (1989b), *Achterstellen en achterstand in arbeidsorganisaties*, SMA december, pp. 724-734.
- Wolgast, E. (1980), *Equality and the rights of women*, London.
- Wolters, M. (1991), *Autopoiese: Ouderwetse nieuwlichterij?*, *Regelmaat*, 2, pp. 61-62.
- Yenal, A. (1995), *Voorkeursbeleid: slogan of effectief beleid?*, Utrecht: Landelijk Bureau Racismebestrijding.
- Ziegert, K. (1975), *Zur Effektivität der Rechtssoziologie. Die Rekonstruktion der Gesellschaft durch Recht*, Stuttgart: Enke.

Jurisprudentieregister

Hof van Justitie van de Europese gemeenschappen

- 125/73 Sotgiu JUR 1974, 164 162
- 43/75 Defrenne II v Sabena JUR 1976, 455 245, 247, 248, 284
- 129/79 Macarthy's Ltd v Smith JUR 1980, 1275 247, 248
- 96/80 Jenkins v Kingsgate JUR 1981, 911 162, 181, 185
- 61/81 Commissie EG v Verenigd Koninkrijk JUR 1982, 2601 252
- 163/82 Commissie EG v Italië JUR 1983, 3273 181
- 170/84 Bilka-Kaufhaus v Weber von Hartz JUR 1986, 1607 185, 186, 233, 243
- 30/85 Teuling-Worms v Bedrijfsvereniging chemische industrie JUR 1987, 2497 185
- 237/85 Rummler v Dato-Druck GmbH JUR 1986, 2110 185, 253, 285, 287
- 384/85 Borrie Clark v Chief Adjudication Officer JUR 1987, 2865 191
- 318/86 Commissie EG v Frankrijk JUR 1988, 3559 185, 235
- 80/87 Dik e.a. v B&W Arnhem JUR 1988, 1601 191
- 102/88 Ruzius-Wilbrink v Bestuur bedrijfsvereniging overheidsdiensten JUR 1989, 4311 185, 189
- 109/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening (optredend voor) Danfoss JUR 1989, 3199 185, 235, 240, 243, 247, 250
- 171/88 Rinner-Kühn v FWW Spezial Gebäudereinigung GmbH JUR 1989, 2743 185, 186, 189
- 262/88 Barber v Guardian Royal Exchange Assurance Group JUR 1990, I-1889 247
- 177/88 Dekker v St. Vormingscentrum voor Jong Volwassenen JUR 1990, I-3941 181, 232
- 33/89 Kowalska v Freie und Hansestadt Hamburg JUR 1990, I-2591 185, 284
- 184/89 Nimz v Freie und Hansestadt Hamburg JUR 1991, I-297 185
- 229/89 Commissie EG v. België JUR 1991, I-2265 185
- 127/92 Enderby v Frenchay Health Authority JUR 1993, I-5535 251, 262, 266, 267, 271, 284
- 132/92 Birds Eye Walls Limited v Roberts JUR 1993 I-5579 182
- 32/93 Webb v EMO Air Cargo d.d. 14 juli 1994, n.n.g. 183

Europese Hof voor de Rechten van de Mens

- 23 juli 1968 Belgische taalzaak, Series A, vol. 6. 174
- 28 mei 1985 Abdulaziz, Cabalis en Balkandali, Series A, vol. 94, p. 38 e.v. 175

Jurisprudentieregister

Permanent Hof voor Internationale Justitie

6 april 1935 Series A/B, 64 176

Hooggerechtshof van de Verenigde Staten

Casteneda v Partida, 430 US 482 (1977) 261

Hazelwood School District v United States 97 US 2736 (1977) 261

McDonnell-Douglas v Green, 41 US 792 (1983) 266

Hoge Raad der Nederlanden

10 december 1982	NJ 1983, 687	236
12 augustus 1984	NJ 1985, 230	177
23 september 1988	NJ 1989, 740	177
27 september 1989	NJ 1990, 449	177
24 april 1992	RN 1992, 255	249, 250
30 september 1992	NJCM-Bulletin 18-5 (1993), 550	178
21 oktober 1992	RN 1993, 334	177
4 november 1992	NJCM-Bulletin 18-2 (1993), 157	189
1 december 1993	NJ 1993, 243	192

Raad van State

Afdeling Rechtspraak

(Vz) 19 maart 1985	AB 1986, 496	179
14 juni 1985	AB 1985, 90	172
7 oktober 1986	AB 1987, 114	173
10 oktober 1988	RO 2.87.0133	173
5 juli 1989	AB 1989, 414	175

Afdeling Geschillen van Bestuur

20 juni 1990	PS 1990, 668	188
25 augustus 1992	AB 1993, 303	172, 179, 188
6 oktober 1992	RN 1993, 341	188

College van Beroep voor de Studiefinanciering

3 maart 1989	AB 1990, 182	176
--------------	--------------	-----

Jurisprudentieregister

Centrale Raad van Beroep

19 mei 1987	AB 1988, 566	173
29 december 1987	RVR 1992, 91	282
5 januari 1988	RSV 1988, 198	173
23 mei 1991	RSV 1991, 255	243
6 juni 1991	AB 1991, 504	189
25 juli 1991	AB 1991, 614	179
23 juni 1992	RSV 1992, 317	190
30 maart 1993	RSV 1994, 35	179, 190, 191
26 november 1993	RSV 1994, 126	191, 192

Gerechtshoven

Den Haag 17 juni 1982	NJ 1983, 345	176
Den Bosch 17 april 1984	NJ 1985, 202	239
Den Haag 9 juli 1987	KG 1987, 335	240
Den Haag 6 mei 1991	NJCM-Bulletin 17-8 (1992), 874	179, 188

Rechtbanken

Amsterdam 26 maart 1979, RGB I, 111	278
Den Bosch 2 maart 1984, RGB I, 120	290
Den Haag (President) 12 juni 1986, RGB I, nr. 29	239, 240
Amsterdam (President) 5 januari 1989, TAR 1989, 63 en RVR 1992, 72	259
Arnhem (sector bestuursrecht) 17 december 1992, nr. ZFW 91/2806	179
Utrecht 3 maart 1993, JAR 1993, 91	243
Breda 5 oktober 1993, RN 1994, 399	149
Roermond 18 april 1994, nr. 93/1108 AOW R WIT	192

Ambtenarenrechter

Haarlem 28 mei 1990	TAR 1990, 176	264
---------------------	---------------	-----

Kantongerechten

Zaandam 19 juli 1984 (tussenvonnis), RVR 79	243, 281
Zaandam 15 februari 1990, RN 1990, 123	281
Amsterdam 15 augustus 1991, RN 1992, 223	238
Utrecht 17 oktober 1991 en 3 maart 1993, JAR 1993, 91	250

Jurisprudentieregister

Commissie gelijke behandeling

18 oktober 1989, oordeel 3083-89-03/e.v., OB 1989/1990, 13 282
10 april 1990 oordeel 3085-90-12, OB 1989/90, 72 249, 250, 281
9 juli 1990, oordeel 56-90-33, OB 1989/90, 147 259, 366
30 juli 1990 oordeel 338-91-48, OB 1991, 240 249
19 juni 1991 voorlopig oordeel 406/409-91-83 t/m 86, OB 1991, 363 240, 268
8 augustus 1991, oordeel 334a-91-49 t/m 334r-91-66, OB 1991, 246 365
5 december 1991, oordeel 371-91-80, OB 1991, 339 284
31 december 1991 oordeel 406/409-91-83/86, OB 1991, 357 268
2 december 1992, oordeel 348-92-61/e.v., OB 1992, 274 245
14 januari 1993, oordeel 342-93-03, OB 1993, 38 249, 250, 277, 280, 281, 284
26 januari 1993, oordeel 429-93-06, OB 1993, 59 245, 278
20 april 1993, oordeel 551-93-16, OB 1993, 117 268
1 juni 1993, oordeel 437-93-20, OB 1993, 145 253, 280, 283
9 juli 1993, oordeel 381-93-27, OB 1993, 194 en RN 1994, 368 253, 280, 282
29 april 1994, oordeel 532-94-27 250, 253, 277, 281

Trefwoordenregister

- AAW 173;189;190
- Actieprogramma emancipatie 1987-1990
121
- Algemene wet gelijke behandeling
120;183;233;298;299
- 'Anders-geregeld-operatie' 111;113;122
- AOW 190;191
- arbeidsinspectie 230-231
- (arbeids)organisatie 97
- cultuur 308-310;318;335-336;346;362
 - complexe 97;306-307
 - structuur 308;335
- artikel 1 Gw
146;151;154;172;175;179;194
- artikel 14 EVRM 172;174;175;194
- artikel 26 BUPO 147;172;175;179;191-192;194
- artikel 119 EEG-Verdrag
6;141;147;245;247-248;252
- atomistisch mensbeeld 30-31;201;202
- attractor 50;51;91
- autopeoiese 46;53;68
- beleid 104
- Beleidsplan emancipatie 1985 114
- Beleidsprogramma emancipatie 1992
130;133-134;137
- voortgangsnotitie 134
- beleidswetenschap 32;40
- bewijslast 235;249-250;251;296-297
- bijstand 172;188
- calculerende burger 14;15
- causaliteit 69;385
- cyclische 5;54;55
 - lineaire 5;48;54
 - non-lineaire 48;56;62
 - parallelle 57;300
 - seriële 57;300
- Commissie gelijke behandeling 123;228-228;230
- compatibiliteit 80;104;376
- contract compliance 118;126-127;128
- co-variatie 74-76;87;104;198
- dejuridisering 11;12
- deregulering 12;13;19;384
- differentiatiegebod 150;157;159;163;168
- Directie coördinatie emancipatiebeleid
110;115
- discriminatie
- effectrapportage 301
 - risico 371
- discriminatie(verbod) 153;154;168
- absoluut 181;183
 - doorwerking van 191-192
 - formeel 160;162;163
 - indirect 159;161;162;163;364-365
 - institutioneel 301
 - materieel 158-159;161;163;177;213-214
 - overig materieel 161;162
 - semi-materiële uitleg van 184;185;194
 - statistisch 156
 - verkapt 247-248;264
- doel-middeltoets
152;156;161;168;169;190
- economische zelfstandigheid 115;116
- EEG-richtlijnen gelijke behandeling
6;111;118;119;135
- richtlijn 75/117 141;147;227 228;247;251;252
 - richtlijn 76/207 141;147;180;227;232
 - richtlijn 79/9 188;192

Trefwoordenregister

- effective remedies 178
- emancipatie 108
- emancipatiebeleid 107
- doelen van 109;114;131
 - evaluatie van 130
 - speerpunten van 131
- emancipatiedilemma 200
- eerste 201;207
 - tweede 203
- Emancipatiecommissie 108
- Emancipatienota 1976 108-109
- Emancipatieraad 120;126;129;132;133;137
- equality in fact 176
- externaliseren van zelfbeschrijving 80
- feministische rechtsstudie 39;163-170;382
- fluctuatie 49;91
- fractal 50;51
- functiewaardering 252;284;290;298
- bandbreedte bij 289-290
 - deugdelijk stelsel 252-253;283
 - gezichtspunt van 284-285
- gekwalificeerd aanbod 259
- gelijke-behandelingsrecht 3;85;86;122;123;142;145
- instrumentering van 141
- gelijke-kansenprogramma 317;337
- gelijkheid(sbeginsel)
- materiële 158;176-179;204;206;211;378
 - formele 158;171-175;204;205
 - als klassiek grondrecht 195;210;377
 - als sociaal grondrecht 195-196;210;213;377
 - verwerping van 164
- gelijkheidsgebod 150;151;153;154
- gelijkwaardige
- arbeid 246;252;28-284;290
 - maatstaven 249;381
- gemiddelden
- sommatie van 260
- weging van 241-242;257-258
 - vergelijking van 256-259;260
- gender 38;130;383
- geslachtsneutraal criterium
- volkomen/niet-volkomen 242-246
- hypercyclus 65
- informatieprobleem 78-79;82;98;219-221;223-224
- instrumenteel beleidsrecht 4;9;69;95
- instrumentele functie 18;21;22
- interferentie 76-78;92
- interpenetratie 78
- isolatie 75;92
- keuzevrijheid 116;199
- formele 132;138;139;212;377
 - materiële 138;212;377
- Koch-kromme 51
- koppeling 54;55
- structurele 57;72;206
- linguïstische benadering 37-39
- Loontechnische dienst 229-230;253;278;283
- loopbaanbeleid 315;341
- maatman 253;278;282
- machtswerking 91-94;382
- management-development 315;340-341
- mannenarbeid 251;273;287;
- Mantel/Haenszel-test 262
- meertalige formele organisaties 81;110;136
- modus operandi 54
- motivatieprobleem 78-79;82;98;219-221;363
- naamrecht 171-172
- nadeel
- absoluut/relatief 238-239
 - procentueel 265

Trefwoordenregister

- negatieve vrijheid 200-202;205
'1990-maatregel' 116;138
- objectieve rechtvaardigingsgronden 267
OESO-rapport 1991 132-133;139
onderscheid
 - direct 180-184;232
 - doorzichtig 298
 - indirect 179;184-186;211;232;242;265
 - ondoorzichtig 185;235;248;265;266;271;281;297;298;379(on)voorspelbaarheid 5;68-69
operationele of normatieve geslotenheid 53;65-66;67
'order from noise' 52;54
- paternalisme 204
Pay Equity Act 302
positieve actie 118;124;135;139;343-344;361
 - kabinetsnota 121;343
 - stimuleringsregeling 124-125;134positieve plichten 177-178;202;209
positieve vrijheid 200;202-203;205
prestatiebeloning 269;277
prima facie bewijs 237;261;296
promotiekansen 255-264
proportionaliteitsgebod 152;153;169;174;175
- 'Rapportage positie vrouwen in de arbeid' (1994) 135
receptoren 224-225
rechtseconomie 29-32
rechtshandhaving 18
rechtskwaliteit van wetgeving 20;22
rechtsoperaties 65
rechtssociologie 3;28;35-37;40-42
rechtvaardiging van direct onderscheid 181-184
rechtvaardigingstoets 160
- recursieve toepassing 49;51
referentiegroepen 239-241;267-268
reflexief rechtsprogramma 70;71;86
regulerend recht 1;71;167
reguleringstrilemma 82;83;87
- sanctionering 282-283
sociaal-economisch recht 1-2;4;9;10;22;24;25
Sociaal-Economische Raad 125;132;133
(sociaal) systeem
 - betekenis- 46
 - complex 45;49;
 - element van 63-64
 - functioneel gedifferentieerd 59-60
 - semi-autonoom 41;66-67
 - structuur van 64sociale communicatie 61;62;63;64
sociale kwaliteit van wetgeving 20;22
sociale standaardverwachting
 - normatieve 60
 - van de eerste orde 60;76
 - van de tweede orde 60;77speciale rechten 165
statistische
 - gegevens 235;236-239
 - kansberekening en tellen 265
 - significantie 237;251;298
 - waarschijnlijkheidsrekening 236-237;261Stichting van de Arbeid 125;127;134
strafrechtelijk discriminatieverbod 119;122
- trial-and-error methode 76
- usurpatie 75;92
utilitarisme 28;29
- verbod van dominerende behandeling 167
vergelijkbaarheidstoets 160
vergelijkingsmethoden 233-235
 - cross-industrial 248-249

Trefwoordenregister

- empirisch of absoluut 242-246
- verschilreductie 72;219;364
- vertoog 105
- voorkeursbeleid 345;356-357;364-365;368-369
- vrouwenarbeid 251;273;287

- waarborgfunctie 17;21
- waarnemingsparadox 56;57
- werkgroep theoretisch kader 111
- Wet bevordering arbeidskansen
 - allochtonen 127;128;301
- Wet gelijke behandeling
 - 124;142;225;299;341
- Wet op de ondernemingsraden 316
- wetgevingsproces 14-22;23;384-385
 - Algemene Rekenkamer, rapport over 23
- wetsevaluatie 34
- willekeurverbod 152;153;159;172
- WRR-rapport 'Rechtshandhaving' 14-18

- zelfbepaling 200;203;207
- zelforganisatie 46;52
- zelfreferentialiteit 51;54;58-59
- 'Zicht op wetgeving' 13;18-22;384

Curriculum vitae

Albertine Veldman werd geboren op 13 februari 1963 te Den Haag. In 1981 behaalde zij het diploma atheneum-beta aan het Huygens Lyceum Voorburg. Hierna studeerde zij van 1981 tot 1986 Nederlands recht aan de Universiteit Utrecht. In 1983 was zij één van de oprichtsters van de Stichting Rechtenvrouw en tot 1987 bestuurslid hiervan. Na in 1986 aangesteld te zijn als assistent-onderzoeker en daarna als toegevoegd onderzoeker bij het Nederlands Instituut voor Sociaal en Economisch recht van de Universiteit Utrecht, werkt zij vanaf 1991 als universitair docent voor het Centrum voor Rechtshandhaving en Europese Integratie. Hiernaast is zij redacteur van het tijdschrift Nemesis, lid van de universitaire bestuurscommissie emancipatie en bestuurslid van het Clara Wichmann Instituut voor vrouwen en recht.