

Interbestuurlijke verhoudingen in de Omgevingswet: ordeloos of een thorbeckiaans evenwicht?

L.J. van Karnenbeek, F.A.G. Groothuijse & H.F.M.W. van Rijswijk

1. Inleiding

Het is dit jaar precies 150 jaar geleden dat Johan Rudolf Thorbecke, een van de belangrijkste staatsmannen van Nederland, stierf. Toch is de staatsrechtelijke invloed van Thorbecke op het organisatorische verband van de Nederlandse Staat nog altijd duidelijk waarneembaar.¹ Als initiator van de grondwetsherziening van 1848,² de Provinciewet van 1850 en de Gemeentewet van 1851 heeft Thorbecke veel invloed uitgeoefend op de formalisatie van de staatskundige inrichting en de verhoudingen daarbinnen. De staatsrechtelijke verhoudingen zijn enerzijds gebaseerd op een zekere uniformiteit binnen het binnenlands bestuur en anderzijds op een bepaalde zelfstandigheid voor provincies en gemeenten.³ Al sinds het bestaan van de organieke wetgeving hebben er geen fundamentele veranderingen aan de inrichting van de gedecentraliseerde eenheidsstaat plaatsgevonden.⁴ Het geheel van verhoudingen – met Rijk, provincies en gemeenten als territoriale bestuurslagen – kent derhalve een hoge mate van duurzaamheid.⁵ Met het ontbreken van wezenlijke structuurwijzigingen is Thorbeckes staatsinrichting nog altijd stevig verankerd.⁶ Dat het fundament min of meer onvergankelijk lijkt, betekent niet dat interbestuurlijke verhoudingen onveranderbaar zijn. De kiem voor verandering is gelegd door Thorbecke zelf, die met zijn wetgeving ruimte liet voor eigentijdse invullingen van de verhoudingen.⁷

Ook de Omgevingswet, die naar verwachting op 1 januari 2023 in werking treedt en de grootste (en misschien zelfs ingrijpendste) wetgevingsoperatie van de eeuw betreft, lijkt geen breuk met de historisch gegroeide staatsrechtelijke orde. De re-

- 1 Dit onderzoek is mede mogelijk gemaakt door het Fonds Staatsman Thorbecke van de KNAW.
- 2 Hoewel Thorbeckes invloed op de wijzigingen van de Grondwet in 1848 niet onderschat moet worden, is het succes van 1848 niet alleen aan Thorbecke te danken. De grondwetscommissie bestond naast Thorbecke ook uit D. Donker Curtius, J. De Kempnaer, L. Luzac en L. Storm. Zie R. Aerts, *Thorbecke wil het. Een biografie van een staatsman*, Amsterdam: Prometheus 2018, p. 359.
- 3 Aerts 2018, p. 447.
- 4 L. Raijmakers, 'Motieven voor decentralisatie. Schipperen tussen normativiteit en pragmatiek', *Justitiële verkenningen* (41) 2015, afl. 2, p. 9-23.
- 5 De waterschappen, die ook bij de Nederlandse staatskundige indeling behoren, worden in deze bijdrage buiten beschouwing gelaten vanwege hun bijzondere functionele karakter.
- 6 F. van Ommeren, 'Thorbecke als eerste hoogleraar bestuursrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2021/281, p. 1-11.
- 7 W. Verkade, *Overzicht der staatskundige denkbeelden van Johan Rudolph Thorbecke*, Arnhem: Van Lochem Slaterus' Uitgeversmaatschappij 1935, p. 7.

gering zegt voort te bouwen op de inrichting die in Nederland na 1848 is ontstaan, en zo veel mogelijk aan te sluiten bij de reeds bestaande verdeling van taken en bevoegdheden tussen de bestuurslagen.⁸ Wel beoogt de regering de positie van de decentrale overheden binnen de verhoudingen te versterken, in het bijzonder door deze meer beleidsruimte te geven.⁹ Deze voorgestelde accentverschuiving in de Omgevingswet lijkt geen fundamentele verandering in de interbestuurlijke verhoudingen teweeg te brengen. Toch klinkt in de literatuur een ander geluid. Meerdere auteurs attenderen op fundamentele(re) staatsrechtelijke veranderingen die de Omgevingswet tot gevolg heeft,¹⁰ waarbij de verschuiving van autonomie naar medebewind het vaakst wordt genoemd.¹¹ Dit roept de vraag op hoe de bestuurslagen zich onder de Omgevingswet verhouden, en in het verlengde daarvan, of zich er een ontwikkeling voordoet waarbij wordt weggedreven van het staatsrechtelijke fundament dat het Nederlandse staatsbestel sinds 1848 kent.

Om te achterhalen of de Omgevingswet fundamentele(re) veranderingen tussen de bestuurslagen tot gevolg heeft, doordenken wij de interbestuurlijke verhoudingen vanuit een staatsrechtelijk perspectief. Daarvoor gaan wij terug naar de basis: de staatsleer van Thorbecke die ten grondslag heeft gelegen aan de inrichting van de gedecentraliseerde eenheidsstaat.¹² Wij hebben vier staatsrechtelijke uitgangspunten gedestilleerd die Thorbecke ons inziens juridisch heeft verankerd, en die tot op de dag van vandaag doorwerken in de Grondwet en organieke wetgeving. De uitgangspunten zijn *eenheid*, *verscheidenheid*, *wederkerigheid* en *adaptatie* en vormen het analytische kader om op de interbestuurlijke verhoudingen in de Omgevingswet te reflecteren. De onderzoeksvraag in deze bijdrage is: *Hoe verhouden Rijk, provincies en gemeenten zich in de Omgevingswet tot elkaar in het licht van de thorbeckiaanse uitgangspunten?* De bijdrage start met een korte uiteenzetting van Thorbeckes gedachtegoed, de uitgangspunten inbegrepen (par. 2). In paragraaf 3 volgt de methodiek. Daarna wordt ingegaan op de verhoudingen tussen Rijk, provincies en gemeenten in de Omgevingswet (par. 4 en 5), die vervolgens vanuit de thorbeckiaanse uitgangspunten worden geanalyseerd (par. 6). De bijdrage eindigt met een thorbeckiaanse reflectie op de interbestuurlijke verhoudingen onder de Omgevingswet (par. 7).

8 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 73.

9 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 43 en 73.

10 F. Groothuijse, K. Landman, & R. Nehmelman, 'Constitutionele aardverschuivingen in het omgevingsrecht?', *Nederlands Juristenblad* 2018/637, p. 848-855.

11 K. de Graaf, 'De Omgevingswet: subsidiariteit verankerd en gemeentelijke autonomie gehandhaafd?', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2015, afl. 1, p. 68-76; F. Tonnaer, 'Een hersteltermijn voor de Omgevingswet', *Praktijk Omgevingsrecht* 2020, afl. 4, p. 4-8; M. de Jong & J. Broeksteeg, 'De Omgevingswet als olifant in de porseleinkast: over haar verhouding tot gemeentelijke autonome regelgeving', *Gemeentestem* 2020/144; J. Teunissen, 'De Omgevingswet: (bijna-)afschaffing van de autonome verordeningbevoegdheid en andere redenen om deze wet niet in te voeren', *Gemeentestem* 2020/145. Een soortgelijke zorg werd bij de Wet op de ruimtelijke ordening ook uitgesproken, zie J. Teunissen, 'Nieuw omgevingsrecht: lokale autonomie in geding', *Gemeentestem*, 2007/138.

12 J. Drentje, *Thorbecke: een filosoof in de politiek*, Amsterdam: Boom 2004, p. 194.

2. Thorbeckes staatsleer

2.1 Een organisch-filosofische visie

Voorafgaand aan de toelichting op de uitgangspunten is enige verdieping van Thorbeckes organisch-filosofische visie noodzakelijk. Vanwege de omvang en complexiteit ligt het niet in onze bedoeling om Thorbeckes visie volledig te beschrijven.¹³ Wij staan slechts bij één aspect stil, dat volgens ons de kern van zijn visie weergeeft: de verhouding tussen het geheel en de delen.¹⁴ Thorbeckes filosofische gedachten ontwikkelen zich tijdens zijn intellectuele reis door Duitsland (1820-1824), als hij doorlopend op zoek is naar de vereniging van het geheel en de delen,¹⁵ maar zonder ze identiek of als tegenstelling te beschouwen.¹⁶ Thorbecke vindt de oplossing bij het panentheïsme,¹⁷ een gangbare manier van denken door idealistische filosofen in het negentiende-eeuwse Duitsland.¹⁸ Afgeleid van het panentheïsme redeneert Thorbecke dat het geheel gekenmerkt wordt door een overstijgend en samenhangend karakter. Het geheel bestaat uit meerdere delen, maar is tegelijkertijd meer (en hoger) dan de som daarvan: het geheel heeft iets unieks, dat de omvattende delen niet typeert. Niet alleen het geheel, maar ook de delen worden gekenmerkt door iets eigens. Elk deel staat ondanks de eigenheid wel in verband met het geheel.¹⁹ Thorbecke erkent de wederkerige werking tussen ‘het geheel en zijn delen, tussen de delen onderling en de verenigde delen en het geheel’, waarbij de werking van het geheel op de delen differentieert van de werking van de delen op het geheel.²⁰ Thorbecke plaatst de geheel-deel-constructie ook in de tijd: in een historiserende opvatting beargumenteert Thorbecke dat het geheel en de omvattende delen niet statisch zijn, maar zich geleidelijk ontwikkelen volgens de noden

- 13 Voor een uitvoerige beschrijving van zijn Duitse reis verwijzen wij naar de biografieën over Thorbecke: Drentje 2004; Aerts 2018.
- 14 E. Poortinga, *De scheiding tussen publiek- en privaatrecht bij Johan Rudolf Thorbecke (1798-1872). Theorie en toepassing* (diss. Utrecht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1987, p. 42-44.
- 15 Ter bevordering van de leesbaarheid hebben wij Thorbeckes visie geabstraheerd. In filosofische zin zocht Thorbecke naar de verhouding tussen de absolute (goddelijke) eeuwigheid en tijdelijkheid. Zie Drentje 2004, p. 57-126, voor een uitvoerige beschrijving hiervan.
- 16 Drentje 2004, p. 118-119.
- 17 Aanhangers van het panentheïsme gaan uit van het idee dat alles (*pan*) in de wereld weliswaar een relatie heeft met een transcendente God (*theos*), maar dat diezelfde God niet samenvalt met die wereld. L. van den Berge, “Die Zeit in Gedanken erfaßt”. Hegel en Thorbecke over het recht, de staat en de geschiedenis’, *Ars Aequi* 2014, afl. 7, p. 525-533.
- 18 Drentje 2004, p. 109.
- 19 Poortinga 1987, p. 42-44.
- 20 Poortinga 1987, p. 44.

van de tijd.²¹ Thorbecke combineert zijn filosofische denkbeelden met het besef van een organisch geschiedbegrip.²²

2.2 Een organisch-liberale staatsleer

Een jaar na zijn reis wordt Thorbecke benoemd tot hoogleraar.²³ Tijdens het hooglerarschap te Gent en Leiden (1825-1836) projecteert Thorbecke zijn organisch-filosofische visie op gedachten die hij over de staat heeft.²⁴ Thorbeckes staatsopvatting wordt niet alleen gevoed door de opgedane Duitse invloeden, maar wordt ook sterk geïnspireerd door het gedachtegoed van Franse liberale doctrinairers, die in de Zuidelijke Nederlanden veel aanzien hebben opgebouwd.²⁵ Thorbecke ontleent aan die doctrinairers, aan François Guizot in het bijzonder, het rechtsstaatidee en het belang van een evenwichtige staatsinrichting.²⁶ Vanuit zijn organisch-filosofische bril beschouwt Thorbecke de liberale doctrinaire denkbeelden, hetgeen resulteert in een organisch-liberale staatsleer.²⁷ Hierna bespreken wij deze staatsleer, toegepast op de inrichting van het binnenlands bestuur.

Voor Thorbecke dient het gehele staatswezen te worden vertaald in een rechtssysteem, met een staatsrechtelijke orde als resultaat. De wetgever bepaalt ieders positie en maakt de onderlinge verhoudingen tot rechtsbetrekkingen.²⁸ De herziening van de Grondwet in 1848 en de totstandkoming van de Provinciewet van 1850 en de Gemeentewet van 1851 vormen de thorbeckiaanse uitwerking van het rechtssysteem.²⁹ Uit deze uitwerking is de geheel-deel-constructie te herleiden, uitgedrukt als de vereniging van het algemene (geheel) en het bijzondere (deel).³⁰ In Thorbeckes opvatting wordt het geheel vertegenwoordigd door ambten die primair

- 21 Thorbecke verdiept zich in het historicisme: een stroming, sterk beïnvloed door de historicus Leopold von Ranke, waarin veel Duitse intellectuelen geïnteresseerd zijn. In het historicisme heeft ieder tijdvak een eigen betekenis. E. Kossmann, *Politieke theorie en geschiedenis. Verspreide opstellen en voordrachten*, Amsterdam: Bakker 1987, p. 306-347. Drentje 2004, p. 130-134.
- 22 Thorbecke zet in zijn verhandeling 'Ueber das Wesen und den organischen Charakter der Geschichte' de relatie tussen geheel en deel in de geschiedenis uiteen. J. Thorbecke, *Über das Wesen und den organischen Charakter der Geschichte. Ein Schreiben an Herrn Hofrath K.F. Eichhorn in Göttingen*, Göttingen: Vandenhöck und Ruprecht 1824. Voor uitleg over deze bijdrage zie Drentje 2004, p. 147-163.
- 23 Van Ommeren 2021.
- 24 Zijn bekendste bijdrage hierover: J. Thorbecke, *Bedenkingen aangaande het Regt en Den Staat*, Amsterdam: Uitgeverij P. Meijer Warnars 1825. Voor uitleg over deze bijdrage zie Poortinga 1987, p. 58-66; Drentje 2004, p. 188-195.
- 25 J. Drentje, 'Thorbecke Revisited. De rol van het doctrinaire liberalisme in de Nederlandse politiek', *BMGN – Low Countries Historical Review* (126) 2011, afl. 4, p. 3-28, p. 5.
- 26 Drentje 2004, p. 228-230; Aerts 2018, p. 318-320.
- 27 F. van Holthoorn, 'De genese van Thorbeckes organische staatsleer', *BMGN – Low Countries Historical Review* (101) 1986, p. 177-201; Drentje 2004, p. 194 en 411; P. Tetteroo, 'Organische staatsleer Thorbecke actueel en vaak verkeerd begrepen', *Christen Democratische Verkenningen* 2007, afl. 2, p. 28-36.
- 28 Verkade 1935, p. 57.
- 29 Aerts 2018, p. 446-447.
- 30 Verkade 1935, p. 136 en 140.

handelen in het algemeen belang, zoals regering en parlement; de delen verwijzen naar provincies en gemeenten, die de bijzondere belangen representeren.³¹

De werkingssfeer van het geheel en van de delen is anders van aard en van elkaar te onderscheiden, zoals blijkt uit een citaat van Thorbeckes 'Aanteekening op de Grondwet': '[Z]ij [de Grondwet; LvK, FG & MvR] wil, dat de algemeene regeering onverdeeld behoore aan het geheel; dat niet zij handele voor provinciale of plaatselijke gemeente, waar deze handelen kan voor zichzelf.'³²

Het belang van een sterk geheel waaraan eenieder wordt onderworpen, is voor Thorbecke belangrijk en noodzakelijk om het algemeen belang te dienen. Het algemeen belang vindt zijn vertaling in voorwaarden en regels die de algemene richting bepalen en waarbinnen de delen zich binnen gelijke ruimten ontwikkelen.³³ Een bekend citaat uit Thorbeckes onuitgegeven parlementaire redevoeringen reflecteert deze opvatting: '[D]e natuur vestigt eerst de regels, waaraan de leden van het geheel, allen gelijkelijk, worden onderworpen en de bijzondere formatie van ieder bijzonder lid brengt vervolgens, in de tweede plaats, andere wetten, andere regels mede.'³⁴ Redenerend vanuit deze natuurrechtelijke opvatting wijst Thorbecke de staatsrechtelijke posities van de delen toe, zoals duidelijk blijkt uit een ander citaat uit diezelfde redevoering: '[D]e gemeente is *in de eerste plaats* onderdeel van den Staat, *vervolgens* (...) een zelfstandig lichaam in den Staat.'³⁵ De delen zijn altijd ondergeschikt aan het geheel, maar zonder de ontplooiing van de delen te dwarsbomen.³⁶

Thorbecke hecht veel waarde aan een krachtige zelfstandigheid van de delen.³⁷ Zij zijn – in tegenstelling tot het geheel – in staat om de bijzondere belangen te overzien, en de regionale en lokale verscheidenheid te laten floreren. Provincies en gemeenten beschikken derhalve over een eigen werkingssfeer die de bijzondere behoeften en werkzaamheden raakt, en waarbinnen zij zelfstandig kunnen functioneren.³⁸ Deze zelfstandigheid van de delen ligt steevast besloten in het geheel en is daarom relatief. Toch sluit het relatieve karakter de vrijheden van provin-

31 In de literatuur wordt de geheel-deel-constructie op een enge en ruime manier uitgelegd. In de enge definitie bestaan de delen uit provincies en gemeenten (Verkade 1935; Poortinga 1987; Tetteroo 2007; Drentje 2004). In een ruimere opvatting is het geheel het staatswezen en zijn de delen uiteenlopend, waaronder Staten-Generaal, Kroon, regering, rechterlijke macht, provincies en gemeenten (T. Toonen, *Denken over binnenlands bestuur: theorieën van de gedecentraliseerde eenheidsstaat bestuurskundig beschouwd*, Den Haag: VUGA 1987). Wij houden de enge definitie aan omdat dat volgens ons beter past bij de verticale verhoudingen en zorgt voor een beter begrip van de aangehaalde thorbeckiaanse citaten.

32 J. Thorbecke, *Aanteekening op de Grondwet, tweede deel*, Amsterdam: J. Müller 1841, p. 77-78.

33 Verkade 1935, p. 141; L. Raijmakers, *Leidende motieven bij decentralisatie. Discours, doelstelling en daad in het Huis van Thorbecke*, Deventer: Kluwer 2014, p. 62-64; Aerts 2018, p. 455.

34 J. Thorbecke, *Onuitgegeven parlementaire redevoeringen deel I, 1850-1851* (red. G.G. van der Hoeven), Groningen 1900, p. 140-141.

35 Thorbecke 1900, p. 136.

36 J. Thorbecke, *Parlementaire redevoeringen VI. Ministerie: van september 1865-februari 1866*, Deventer 1870, p. xiii.

37 Thorbecke 1870, p. viii.

38 Drentje 2004, p. 242. Raijmakers 2014, p. 62-64.

cies en gemeenten niet uit. In een thorbeckiaanse opvatting is vrijheid absoluut noch ongebonden.³⁹ De vrijheid wordt verwezenlijkt door het initiatief dat provincies en gemeenten kunnen nemen binnen de algemene regels en de territoriale grenzen.⁴⁰ Het is Thorbeckes inziens noodzakelijk dat voorwaarden worden geschapen waaronder dit initiatief kan worden bevorderd.⁴¹ Het geheel kan ook uitvoering ter behartiging van het algemeen belang van de delen verlangen.⁴²

Kenmerkend voor Thorbeckes staatsleer is de vereniging van eenheden die ogenschijnlijk onverenigbaar lijken: het algemene en het bijzondere. Thorbecke erkent wel degelijk de spanningsverhouding, maar zoekt daarbinnen naar harmonie ter bevordering van een organisch verband. De wisselwerking tussen het geheel en de delen, waarin zij als tegenkrachten op elkaar inwerken, is daarin allesbepalend.⁴³ In een van zijn onuitgegeven parlementaire redevoeringen stelt Thorbecke: '[M]ijns inziens is eenheid zonder zelfstandigheid van de leden of deelen despotisme, en is zelfstandigheid der deelen zonder eenheid regeringloosheid.'⁴⁴ Het ontbreken van het geheel maakt van zelfstandigheid volstrekte onafhankelijkheid, met willekeurig handelen als mogelijk gevolg. Het waarborgen van relatieve zelfstandigheid tempert centrale staatsmacht en voorkomt dat het algemeen belang gelijkstaat aan het enige belang.⁴⁵ Ter behoud van het algemeen belang is er 'toezicht van een hooger gezag'.⁴⁶ Toezicht is geen 'dwingelandij'⁴⁷ of ongeoorloofde bemoeienis: het voorkomt een geschonden algemeen belang of herstelt het belang als gevolg van nalatigheid of onkunde van de delen. Toezicht is begrensd en mag de relatieve zelfstandigheid nimmer ontnemen.⁴⁸ Binnen de ordening is er ruimte waarin het geheel en de delen met elkaar (kunnen) samenwerken.⁴⁹

Thorbecke geeft ook een staatsrechtelijke invulling aan zijn historiserende denkbeelden. Volgens Thorbecke is de staatsinrichting een weerspiegeling van de tijd. Binnen fundamentele staatsrechtelijke uitgangspunten stellen eigentijdse omstandigheden andere eisen, waardoor het staatsbestel zich stapsgewijs moet kunnen ontwikkelen met oog voor de noden van de tijd. Vanuit een thorbeckiaans perspectief bestaat er geen beste staatsvorm, slechts de 'beste staatsvorm in de tijd'.⁵⁰ Thorbecke is geen voorstander van onverwachte en radicale hervormingen, ook niet van de staatsinrichting. Juist een gestage ontwikkeling heeft zijn voorkeur.⁵¹ In het verlengde daarvan betoogt Thorbecke dat de wetgever over een scheppend

39 Verkade 1935, p. 136.

40 Thorbecke 1900, p. 132-133; Verkade 1935, p. 142.

41 Thorbecke 1900, p. 137.

42 Raijmakers 2014, p. 68.

43 Tetteroo 2007, p. 33.

44 J. Thorbecke, *Onuitgegeven parlementaire redevoeringen deel IV, 1854-1857* (red. G.G. van der Hoeven), Groningen 1905, p. 271.

45 Verkade 1935, p. 136 en 140; Tetteroo 2007, p. 33.

46 Thorbecke 1900, p. 137.

47 Thorbecke 1870, p. viii.

48 Verkade 1935, p. 144.

49 Thorbecke 1870, p. xv.

50 Drentje 2004, p. 242.

51 Aerts 2018, p. 148-149.

L.J. van Karnenbeek, F.A.G. Groothuijse & H.F.M.W. van Rijswick

vermogen dient te beschikken om wetgeving aan te kunnen passen. Het gevaar van onveranderbare wetgeving is volgens Thorbecke: '[W]anneer eene wet niet meer past, neemt men zijn toevlugt tot verdraaijende uitleg, om anders te lezen dan er staat, en anders te doen dan geboden is.'⁵²

2.3 Een analytisch kader

Thorbecke leefde in een andere tijd en werkelijkheid dan de onze. Maar ondanks enkele wijzigingen in de grondwettelijke en organieke wetgeving is het fundament van de Nederlandse staatsinrichting nog steeds afkomstig van zijn staatsleer. De staatsrechtelijke orde berust nog steeds op de vereniging van het algemene en het bijzondere, dan wel het geheel en de delen. Dat blijkt onder meer uit een aantal belangrijke vigerende rechtsregels. Men zou wel degelijk kunnen beargumenteren dat Thorbeckes ideeën waarneembaar zijn in de Grondwet, waaronder artikel 81⁵³ en 124⁵⁴, en de organieke wetgeving, waaronder de interbestuurlijke toezichtbepalingen⁵⁵ en artikel 115, eerste lid, van de Provinciewet (Provw)⁵⁶ en artikel 117, eerste lid, van de Gemeentewet (Gemw).⁵⁷ Na een uitvoerige bestudering van de literatuur over het werk van Thorbecke hebben wij vier samenhangende uitgangspunten gedestilleerd, die ons inziens karakteristieken van zijn normatieve staatsleer weerspiegelen. De uitgangspunten zijn: *eenheid*, *verscheidenheid*, *wederkerigheid* en *adaptatie*.⁵⁸ Deze uitgangspunten zijn niet expliciet en eenduidig door Thorbecke zelf gebruikt, al beschrijft hij zijn staatsopvatting zo nu en dan aan de hand van deze begrippen. Uiteraard hebben wij getracht zo dicht mogelijk bij de thorbeckiaanse bedoeling te blijven, en tegelijkertijd een toepassing in het heden en in het omgevingsrecht mogelijk te maken. De betekenis van de thorbeckiaanse uitgangspunten, door ons afgeleid, is te vinden in tabel 1.

52 J. Thorbecke, *Parlementaire redevoering deel I, 1840-1 november 1849*, Deventer 1856, p. 84-85.

53 Art. 81 van de Grondwet (Gw): 'De vaststelling van wetten geschiedt door de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk.'

54 Art. 124 Gw: '1. Voor provincies en gemeenten wordt de bevoegdheid tot regeling en bestuur inzake hun huishouding aan hun besturen overgelaten; 2. Regeling en bestuur kunnen van de besturen van provincies en gemeenten worden gevorderd bij of krachtens de wet.'

55 Hoofdstuk VIII en XVIII Provw en hoofdstuk VIII en XVII Gemw.

56 Art. 115, eerste lid, Provw: 'Onze Minister bevordert de decentralisatie ten behoeve van de provincies.'

57 Art. 117, eerste lid, Gemw: 'Onze Minister bevordert de decentralisatie ten behoeve van de gemeenten.'

58 Het zoeken naar uitgangspunten vanuit staatsrechtelijke redeneringen is allesbehalve nieuw. Verschillende auteurs destilleren verschillende uitgangspunten; zie C. Kortmann, 'Centraal bestuur verworpen tot Kafka-achtige bureaucratie', *Staatscourant* 1994/117, p. 7; G. Boogaard, 'De Grondwet waarborgt de "gemengde democratie"', *RMThemis* 2018, afl. 6, p. 240-249.

Tabel 1 De thorbeckiaanse uitgangspunten geoperationaliseerd

Uitgangspunten	Operationalisering
Eenheid	<i>Eenheid</i> wordt geschapen door het opstellen van wet- en regelgeving met algemene gelding. Deze algemene regels worden opgesteld door de formele wetgever, of door het Rijk, bijvoorbeeld in algemene maatregelen van bestuur.
Verscheidenheid	Provincies en gemeenten geven binnen de eigen werkingssfeer vorm aan <i>verscheidenheid</i> , respectievelijk hun regionale en lokale behoeften. Provincies en gemeenten beschikken over relatieve zelfstandigheid: zij kunnen binnen de begrenzing van het geheel met eigen initiatief invulling geven aan hun werkingssfeer.
Wederkerigheid	Eenheid en verscheidenheid werken als <i>wederkerige</i> krachten op elkaar in. 'Hogere' overheden beschikken daartoe over begrensd toezicht op 'lagere' overheden ter behoud van eenheid. 'Hogere' overheden dienen zich te onthouden van onnodige inmenging in de relatieve zelfstandigheid van provincies en gemeenten, dat wil zeggen dat het initiatief van 'lagere' overheden niet onderdrukt mag worden.
Adaptatie	De verhoudingen tussen Rijk, provincies en gemeenten zijn weerspiegelingen van de tijd. Zij ontwikkelen zich <i>adaptief</i> aan de hand van veranderende omstandigheden en behoeften.

Hoewel het thorbeckiaanse fundament nog sterk overeenkomt, is bij een-op-een toepassing van begrippen voorzichtigheid geboden. Sinds Thorbeckes tijd hebben begrippen een andere betekenis gekregen en zijn er begrippen aan de terminologie toegevoegd.⁵⁹ Daarom expliciteren wij enkele begrippen die in dit artikel worden gebruikt, dan wel achterwege worden gelaten. Thorbecke gebruikt dikwijls het begrip 'Staat', verwijzend naar het geheel. Wij laten dat begrip achterwege en gebruiken in plaats daarvan 'wetgever', verwijzend naar regering en Staten-Generaal, en 'Rijk', verwijzend naar de regering. Ook een opmerking over autonomie en medebewind is op zijn plaats. In Thorbeckes tijd werd niet expliciet over autonomie en medebewind gesproken. De begrippen mogen nu weliswaar tot de vaste terminologie van het staatsrecht behoren, eenduidigheid over de betekenis ervan bestaat (nog) niet.⁶⁰ Om verwarring te voorkomen worden de woorden autonomie en medebewind daarom zo veel mogelijk vermeden. Alleen al het feit dat er van volstrekke vrijheid bij Thorbecke nooit sprake was, maakt het woord 'autonomie' onwerkbaar. Bovendien kunnen in Thorbeckes leer aanknopingspunten worden gevonden voor de opvatting dat het gemeentebestuur de eigen huishouding blijft besturen, ook als een rijkswet medewerking vordert.⁶¹ De huishouding is dan strikt genomen niet volkomen vrij, maar er is vrijheid tot het nemen van initiatief.⁶² Deze opvatting is niet te vatten in de klassieke uitleg van autonomie en medebewind. De uit-

59 Zie ook Raijmakers 2014, p. 10.

60 Raijmakers 2014.

61 Verkade 1935, p. 141.

62 Zie bijv. art. 141 Gemw 1851, luidende: '[D]e gemeenteraad maakt, in overeenstemming met algemene of provinciale voorschriften, de noodige verordeningen over de verdeling van gemeenten in wijken en tot opmaking van volledige straten der bevolking en hare huizing.'

L.J. van Karnenbeek, F.A.G. Groothuijse & H.F.M.W. van Rijswick

gangspunten zijn daarom leidend, en kunnen niet een-op-een met autonomie of medebewind in verband worden gebracht.

3. Methode

Naast het literatuuronderzoek over Thorbecke, berusten de onderzoeksresultaten in dit artikel op een kwalitatieve analyse van formele rechtsbronnen, de (Invoeringswet) Omgevingswet in het bijzonder. Tijdens het lezen van de (Invoeringswet) Omgevingswet is gebleken dat hoofdstuk 1 tot en met 4 het relevantst zijn voor dit onderzoek, omdat aldaar de zorg voor de fysieke leefomgeving en ook de toedeling van de meeste taken en bevoegdheden worden geregeld. Andere hoofdstukken komen aan bod indien deze relevant zijn. De wetsanalyse van de vier hoofdstukken bestond uit een aantal stappen. In de eerste plaats zijn de relevante artikelen, oftewel de artikelen die iets zeggen over de verticale verhoudingen tussen de bestuurslagen, gearceerd. Elk gearceerd artikel is vervolgens gecodeerd op de begrippen *eenheid*, *verscheidenheid*, *wederkerigheid* en *adaptatie*. Ter aanvulling van de wetsanalyse zijn jurisprudentie, de organieke wetgeving, de memorie van toelichting bij de (Invoeringswet) Omgevingswet, het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State over de (Invoeringswet) Omgevingswet en de bij de Omgevingswet horende algemene maatregelen van bestuur geraadpleegd. De teksten van deze rechtsbronnen zijn op eenzelfde wijze gecodeerd. Nadat de wetsartikelen en tekst per uitgangspunt zijn gecodeerd, hebben wij de bevindingen binnen de codering per onderwerp samengevoegd, alvorens ze te analyseren.

4. De Omgevingswet op hoofdlijnen

De Omgevingswet stelt een volledige stelselherziening van het huidige omgevingsrecht voor. De wet bundelt de omvangrijke regelgeving over ruimtelijke ordening, natuur, erfgoed, milieu, water, bouwen en monumenten. Met deze wetsintegratie poogt de regering beter aan te sluiten op behoeften uit de maatschappij, onder meer door opgaven in de fysieke leefomgeving integraal aan te pakken, en tegelijkertijd een duurzame transitie te realiseren, maatwerk te bieden aan lokale en regionale verschillen en initiatieven uit de samenleving te stimuleren.⁶³ Daarnaast tracht de regering met de Omgevingswet knelpunten in het huidige omgevingsrecht aan te pakken, zoals complexe en versnipperde regelgeving, slepende besluitvormingsprocessen, hoge onderzoekslasten en te gedetailleerde plannen.⁶⁴ De ambities mogen indrukwekkend worden genoemd: beoogd wordt niet alleen het omgevingsrecht te integreren, maar dit ook te vereenvoudigen én te verbeteren.

4.1 De zorg voor de fysieke leefomgeving

De Omgevingswet gaat primair over de zorg voor de fysieke leefomgeving. De boodschap van de wetgever is duidelijk: iedereen draagt verantwoordelijkheid in de

⁶³ *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 11-14.

⁶⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 14 en 18.

zorg voor de fysieke leefomgeving.⁶⁵ Immers, eenieder die kan weten, of redelijkerwijs kan vermoeden, dat activiteiten nadelige gevolgen hebben voor de fysieke leefomgeving is verplicht maatregelen te nemen.⁶⁶ De zorg voor de fysieke leefomgeving kent een inhoudelijke invulling in de vorm van een maatschappelijke doelstelling, die richting geeft aan de toepassing en uitvoering van de wet:

‘met het oog op duurzame ontwikkeling, de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu, gericht op het in onderlinge samenhang: (a) bereiken en in stand houden van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving en een goede omgevingskwaliteit, ook vanwege de intrinsieke waarde van de natuur; en (b) doelmatig beheren, gebruiken en ontwikkelen van de fysieke leefomgeving ter vervulling van maatschappelijke behoeften’.⁶⁷

4.2 De uitoefening van taken en bevoegdheden

De overheidszorg voor de fysieke leefomgeving wordt geëxpliciteerd in de toekenning van taken en bevoegdheden binnen de kaders van de maatschappelijke doelstelling. De doelbinding past bij het specialiteitsbeginsel, dat eist dat de wetgever een doel verbindt aan de toekenning van taken en bevoegdheden en zo willekeurig overheidshandelen voorkomt of beperkt. Overeenkomstig het uitgangspunt van integrale zorg oefenen alle bestuursorganen van de bestuurslagen taken en bevoegdheden uit.⁶⁸ Die integraliteit laat echter onverlet dat ieder bestuursorgaan eigen taken en bevoegdheden heeft.⁶⁹ Bij de uitoefening van taken en bevoegdheden dient ieder bestuursorgaan rekening te houden met de samenhang tussen de relevante onderdelen en aspecten van de fysieke leefomgeving en de betrokken belangen.⁷⁰ De wetgever stelt ook onderlinge afstemming en samenwerking verplicht,⁷¹ die de bestuursorganen naar eigen inzicht vorm kunnen geven.⁷² Voor het naar behoren functioneren van het bestuurlijk bestel is het Rijk verantwoordelijk gesteld.⁷³

Het subsidiariteitsvereiste

De taken en bevoegdheden worden in de Omgevingswet verdeeld op basis van het subsidiariteitsvereiste.⁷⁴ Het subsidiariteitsvereiste, gecodificeerd in artikel 2.3 van de Omgevingswet (Ow), houdt in dat de uitoefening van de taken en bevoegdheden in beginsel bij de gemeente ligt, tenzij daarover andere regels zijn gesteld.⁷⁵

65 Art. 1.6 Ow. Deze zorg vloeit voort uit art. 21 Gw.

66 Art. 1.7 Ow.

67 Art. 1.3 Ow.

68 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 73.

69 Art. 2.1 Ow.

70 Art. 2.1, tweede lid, Ow.

71 Art. 2.2 Ow.

72 Naar aanleiding van kritiek van de Afdeling advisering van de Raad van State op de vrijblijvendheid van deze bepaling heeft de regering in het Omgevingsbesluit (Ob) adviesverplichtingen en een aantal overlegverplichtingen opgenomen. *Kamerstukken II* 2017/18, 34986, nr. 4, p. 60.

73 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 79.

74 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 49.

75 Art. 2.3, eerste lid, Ow.

L.J. van Karnenbeek, F.A.G. Groothuijse & H.F.M.W. van Rijswick

Het optreden van bestuursorganen van provincies en Rijk wordt op basis van het vereiste afgebakend op twee alternatieve gronden. De eerste grond (a-grond) houdt in dat een taak of bevoegdheid van een bestuursorgaan van provincie of Rijk, als dat bij regeling daarvan bepaald is, alleen wordt uitgeoefend als dat nodig is met het oog op een provinciaal respectievelijk nationaal belang dat niet op een doelmatige en doeltreffende wijze door een gemeentebestuur (of provinciebestuur in het geval van het Rijk) kan worden behartigd. De tweede grond (b-grond) stelt dat een provinciaal of nationaal bestuursorgaan een taak of bevoegdheid mag uitoefenen als dat bij regeling daarvan bepaald is, ten behoeve van een doelmatige en doeltreffende uitoefening van taken en bevoegdheden op grond van deze wet of de uitvoering van een internationaalrechtelijke verplichting. De begrippen ‘nationaal belang’, ‘provinciaal belang’, ‘doelmatigheid’ en ‘doeltreffendheid’ zijn door de wetgever niet nader ingevuld, maar betreffen politiek-bestuurlijke afwegingen. Noemenswaardig is dat de a-grond en b-grond door middel van een *of*-bepaling worden gescheiden, hetgeen een alternatieve opsomming impliceert. Voor beide gronden geldt dat bestuursorganen van Rijk en provincie bij de uitoefening van hun taken en bevoegdheden gebonden zijn aan het motiveringsvereiste.⁷⁶ Ook gelden algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het gelijkheids- en evenredigheidsbeginsel.

4.3 De toedeling van taken

Bij de toedeling van taken wordt een onderscheid gemaakt tussen algemene en specifieke taken. Afdeling 2.4 Ow deelt specifieke taken toe aan de bestuurslagen.⁷⁷ Een aantal voorbeelden hiervan is de rijkstaak voor het voorkomen of tegengaan van landwaartse verplaatsing van de kustlijn en de provinciale taak voor het voorkomen of beperken van geluid in stiltegebieden. Boven op de specifieke provinciale taken krijgt het provinciebestuur een exclusieve rol toebedeeld als gebiedsregisseur.⁷⁸ Als gebiedsregisseur heeft het een verbindende en regisserende verantwoordelijkheid voor de fysieke leefomgeving op bovengemeentelijk niveau.⁷⁹ Afgezien van de specifieke taken⁸⁰ is de regering van oordeel dat het onmogelijk en onwenselijk is om de algemene taken exclusief aan bestuursorganen toe te delen.⁸¹ De regering spreekt in zoverre van een ‘complementaire taakbehartiging’. Bij de algemene (complementaire) taakuitoefening ligt het in de rede het subsidiariteitsbeginsel toe te passen, waarbij de politiek-bestuurlijke context de doorslaggevende toedeling van taken en bevoegdheden bepaalt.⁸²

76 Art. 3.46 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Met uitzondering van de vaststelling van algemeen verbindende voorschriften (art. 3.1, eerste lid, sub b jo. afd. 3.7 Awb).

77 Art. 2.16, 2.18 en 2.19 Ow.

78 Art. 2.18, eerste lid, sub a, Ow.

79 *Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 78.*

80 De subsidiariteitstoets is voor de specifieke taken al door de wetgever toegepast.

81 *Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 83.*

82 *Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 77-78.*

4.4 De toedeling van bevoegdheden

De Omgevingswet kent diverse bevoegdheden. Hierna richten wij ons primair op de belangrijkste bevoegdheid: de regelgevende bevoegdheid van de bij de fysieke leefomgeving betrokken overheden, waarmee zij activiteiten die gevolgen hebben of kunnen hebben voor de fysieke leefomgeving kunnen reguleren. Het gaat om de verdeling van regelgevende bevoegdheden over de bestuurslagen om activiteiten *in algemene zin* te reguleren, alsmede de sturings- en toezichtsbevoegdheden van ‘hogere’ overheden die van invloed (kunnen) zijn op de regelgevende bevoegdheden van ‘lagere’ overheden. De bestuurslagen hebben ook bevoegdheden om *in concrete gevallen* activiteiten te reguleren, bijvoorbeeld door vergunningverlening⁸³ of het projectbesluit.⁸⁴ Deze concrete gevallen blijven in deze bijdrage onbesproken. Kort benoemen wij wel de beleidsmatige bevoegdheden, omdat deze voor ‘hogere’ overheden de basis kunnen vormen voor de inzet van sturings- en toezichtsbevoegdheden.

Beleidsmatige bevoegdheden

De vaststelling van omgevingsvisies, omgevingswaarden en programma's zijn de belangrijkste beleidsmatige bevoegdheden waarmee de bestuurslagen te kennen geven op welke wijze zij invulling geven aan de overheidszorg voor de fysieke leefomgeving binnen de kaders van de maatschappelijke doelstelling. De omgevingsvisie, verplicht voor alle bestuurslagen, bevat de langetermijnvisie voor het desbetreffende grondgebied met een omschrijving van gewenste en noodzakelijke toekomstige ontwikkelingen voor de fysieke leefomgeving.⁸⁵ Omgevingswaarden zijn tot de overheid gerichte maatstaven in meetbare of berekenbare eenheden,⁸⁶ die de gewenste staat of kwaliteit van de fysieke leefomgeving, de toelaatbare belasting van activiteiten of de toelaatbare concentratie of depositie van stoffen kwalificeren.⁸⁷ De bestuursorganen kunnen of moeten omgevingswaarden vaststellen. Eenmaal vastgesteld moeten de omgevingswaarden worden gemonitord.⁸⁸ Het programma is het uitvoeringsbeleid van een of meer onderdelen van de fysieke leefomgeving, en bevat maatregelen om aan omgevingswaarden of andere doelstellin-

- 83 Een vergunningplicht kan haar grondslag hebben in hogere regelgeving die een ‘hogere’ overheid op grond van haar regelgevende bevoegdheid in het leven heeft geroepen en waarvoor die overheid ook beoordelingsregels heeft vastgesteld die de ‘lagere’ overheid moet toepassen en handhaven. Daarbij kan de ‘lagere’ overheid in meer en mindere mate beleidsruimte worden gelaten om in individuele gevallen binnen de beoordelingsregels een activiteit te reguleren. Hoewel ook bij het in het leven roepen van vergunningplichten door een ‘hogere’ overheid die door de ‘lagere’ overheid in individuele gevallen moeten worden uitgevoerd en gehandhaafd sprake is van een ‘verticale verdeling’ van taken en bevoegdheden, blijven deze verhoudingen in deze bijdrage onbesproken.
- 84 Weliswaar wijzigt het projectbesluit het omgevingsplan voor zover dat nodig is voor de uitvoering en instandhouding van een concreet project, en is in zoverre sprake van de uitoefening van een regelgevende bevoegdheid, maar ook deze bevoegdheid wordt uitgeoefend ten behoeve van een concreet project, zodat wij daarop in deze bijdrage niet verder zullen ingaan.
- 85 Zie voor de inhoud van een omgevingsvisie art. 3.2 Ow.
- 86 Of anderszins objectieve termen. Art. 2.9, derde lid, Ow.
- 87 Art. 2.9, tweede lid, Ow. Zie voor de verplichte omgevingswaarden art. 2.13 en 2.15 Ow.
- 88 Art. 20.1 Ow.

gen voor de fysieke leefomgeving te voldoen.⁸⁹ Voor enkele programma's geldt een plicht deze vast te stellen en uit te voeren,⁹⁰ bijvoorbeeld omdat dat voortvloeit uit Europese wetgeving, of omdat er een dreigende overschrijding is van een of meer omgevingswaarden.⁹¹ Indien van een programmaplicht geen sprake is, beschikt een bestuurslaag over keuzevrijheid om strategische doeleinden al dan niet te vertalen naar een programmatische uitwerking.

Regelgevende bevoegdheden

De regels over activiteiten in de fysieke leefomgeving kunnen of moeten worden gesteld in het omgevingsplan,⁹² de omgevingsverordening⁹³ of in algemene maatregelen van bestuur.⁹⁴ Voor zover deze activiteiten niet uitputtend door 'hogere' regelgeving zijn geregeld, bestaat er een regelgevende bevoegdheid voor de 'lagere' overheden.⁹⁵ Bij het stellen van algemene rijksregels en provinciale regels moet het subsidiariteitsvereiste in acht worden genomen.⁹⁶ In lijn hiermee worden regels over activiteiten in beginsel in het omgevingsplan neergelegd.⁹⁷ Vanwege de aan het Rijk toebedeelde beheertaken, zoals ten aanzien van rijkswaterstaatswerken, internationale verplichtingen of om een gelijk speelveld of beschermingsniveau te borgen, acht de regering het noodzakelijk en wenselijk dat een limitatieve groep van activiteiten gereguleerd wordt via algemene rijksregels.⁹⁸ Het Besluit activiteiten leefomgeving (Bal) bevat voor eenieder de hoofdlijnen voor activiteiten die gevolgen hebben voor de fysieke leefomgeving, de specifieke zorgplichten voor milieubelastende activiteiten inbegrepen.⁹⁹ In het Besluit bouwwerken leefomgeving (Bbl) staan voor eenieder de regels over de veiligheid, gezondheid, duurzaamheid en bruikbaarheid van bouwwerken.

De omgevingsverordening bevat uitsluitend een toedeling van functies aan locaties en met het oog daarop gestelde regels als de zorg niet doelmatig of doeltreffend met een provinciale instructieregel of instructie kan worden behartigd.¹⁰⁰ Daarmee geldt voor provinciebesturen een dubbele motiveringseis voor het stellen van algemene regels die nodig zijn met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Het reguleren van activiteiten in de omgevingsverordening met dat oogmerk zal om die reden eerder uitzondering zijn dan regel. Zoals reeds uit het voorgaande volgt, is het uitgangspunt van de Omgevingswet dat activiteiten die nadelige gevolgen hebben of kunnen hebben voor de fysieke leefomgeving zo veel

89 Art. 3.5 Ow.

90 Afd. 3.2.2 Ow.

91 De Omgevingswet kent ook een bijzonder programma (de programmatische aanpak), bedoeld voor gebieden waar (een) omgevingswaarde(n) onder druk staan. Art. 3.15 t/m 3.19 Ow.

92 Art. 2.4 Ow.

93 Art. 2.6 Ow.

94 Art. 4.3 Ow.

95 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 150.

96 Art. 4.3, vijfde lid, Ow.

97 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 135.

98 *Zie Stb.* 2018, 293, p. 500-503.

99 Art. 2.11 Bal.

100 Art. 4.2, tweede lid, Ow.

mogelijk in het omgevingsplan worden gereguleerd. De gemeenteraad stelt één gemeentelijk omgevingsplan voor zijn grondgebied vast, met verplichte regels over een evenwichtige toedeling van functies aan locaties¹⁰¹ en wijzigingen in de fysieke leefomgeving.¹⁰² De raad kan ook andere regels over de fysieke leefomgeving in het omgevingsplan opnemen, maar is daartoe niet verplicht.

Provincies en gemeenten kunnen maatwerk leveren ten aanzien van algemene rijksregels en, in het geval van gemeenten, provinciale regels. Met maatwerkregels kunnen decentrale overheden een nadere invulling geven aan algemene rijksregels of provinciale regels, of van dergelijke regels afwijken. Maatwerkvoorschriften geven de decentrale overheden de bevoegdheid om in een concreet geval van rijksregels of provinciale regels af te wijken. Het stellen van maatwerkregels en maatwerkvoorschriften is niet onbeperkt: het mag alleen indien en voor zover die bevoegdheid door de 'hogere' overheden is gegeven.¹⁰³

Sturende bevoegdheden

'Hogere' overheden kunnen invloed uitoefenen op de regelgevende bevoegdheid van bestuursorganen van 'lagere' overheden via instructieregels en instructies. Met deze instrumenten kunnen 'hogere' overheden de doorwerking van hun beleid verzekeren. Met instructieregels kunnen regering (in het Besluit kwaliteit leefomgeving; Bkl)¹⁰⁴ en provinciale staten (in de omgevingsverordening)¹⁰⁵ met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel juridisch bindende regels stellen over de uitoefening van taken en bevoegdheden van 'lagere' overheden. De taken en bevoegdheden waarover instructieregels kunnen worden gesteld, zijn limitatief in de wet opgesomd.¹⁰⁶ De belangrijkste bevoegdheden waar – in het kader van dit artikel – instructieregels betrekking op kunnen hebben, zijn de inhoud en motivering van (delen van) omgevingsplannen en omgevingsverordeningen. Instructieregels kunnen ook de eigen, of aan 'lagere' overheden, specifiek toegedeelde taken verder specificeren of concretiseren. Instructieregels beperken in meer of mindere mate de beleidsruimte die bestuursorganen hebben bij de uitoefening van hun taak of de bevoegdheid waarop de instructieregels zien.¹⁰⁷

Naast de instructieregels kunnen 'hogere' overheden, wederom met inachtneming van het subsidiariteitsvereiste, ook instructies geven ten aanzien van de uitoefening van bepaalde taken en bevoegdheden van 'lagere' overheden.¹⁰⁸ Evenals de instructieregelbevoegdheid is de inhoudelijke reikwijdte van de instructiebevoegdheid wettelijk begrensd. In de wet worden de taken en bevoegdheden ten aanzien

101 Art. 4.2, eerste lid, Ow.

102 Art. 2.1 Ob.

103 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 136.

104 Art. 2.24 Ow.

105 Art. 2.22 Ow.

106 Art. 2.23 en 2.25 Ow bevatten de inhoudelijke reikwijdte van instructieregels.

107 Een ontheffing van (onderdelen van) een instructieregel is onder strikte voorwaarden mogelijk, slechts bedoeld voor onvoorziene situaties. Art. 2.32 Ow; *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 107.

108 Art. 2.34 onderscheidenlijk art. 2.33 Ow.

L.J. van Karnenbeek, F.A.G. Groothuijse & H.F.M.W. van Rijswick

waarvan een instructie kan worden gegeven limitatief omschreven,¹⁰⁹ waarvan – in het kader van dit artikel – de omgevingsplanbevoegdheid het belangrijkste is.¹¹⁰ Instructies zijn bedoeld voor sturing in concrete gevallen en gericht tot een concreet bestuursorgaan, terwijl instructieregels bedoeld zijn voor een onbepaald aantal gevallen en een onbepaalde groep bestuursorganen. Instructies kunnen dan ook niet worden gegeven als deze bedoeld zijn voor herhaalde uitvoering door verschillende bestuursorganen.¹¹¹ Evenals instructieregels kunnen instructies in meer of mindere mate de beleidsruimte beperken van het bestuursorgaan waartoe ze zijn gericht.

Toezichthoudende bevoegdheden

De bovengemeentelijke overheden beschikken over toezichtsbevoegdheden ten aanzien van gemeenten (en provincies in het geval van het Rijk). De wetgever kent provincies in de Omgevingswet een specifieke toezichtsbevoegdheid toe: het reactieve interventiebesluit.¹¹² Met dit besluit kunnen gedeputeerde staten besluiten dat onderdelen van het omgevingsplan daarvan niet langer deel uitmaken, indien deze onderdelen in strijd zijn met een provinciaal belang dat niet doelmatig en doeltreffend door het gemeentebestuur kan worden behartigd. Bovendien moet dit provinciale belang zijn aangegeven in een door de provincie openbaar gemaakt document. De provinciale reactieve interventie is inhoudelijk begrensd, doordat deze noodzakelijk moet zijn met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Naast deze specifieke omgevingsrechtelijke toezichtsbevoegdheid gelden ook de generieke toezichtsbevoegdheden, zoals de indeplaatsstelling bij taakverwaarlozing (hoofdstuk VIII Provw en hoofdstuk VIII Gemw) en het schorsings- en vernietigingsrecht (hoofdstuk XVIII Provw en hoofdstuk XVII Gemw).

5. Interbestuurlijke verhoudingen onder de Omgevingswet

5.1 Complementariteit

Nu de hoofdlijnen van de Omgevingswet ten aanzien van de taak- en bevoegdheids-toedeling zijn geschetst, staan wij uitvoeriger stil bij de interbestuurlijke verhoudingen. De uitgangspositie in de nieuwe wet is de integrale overheidszorg voor de fysieke leefomgeving. Deze zorg wordt door de regering gezien als een collectieve taak die bij alle bestuurslagen berust. De nadere uitwerking van de overheidszorg in de maatschappelijke doelstelling maakt dat de bestuurslagen samen verantwoordelijk zijn voor een doelmatige en doeltreffende bescherming en ontwikkeling van de fysieke leefomgeving. Kenmerkend voor de fysieke leefomgeving zijn complexe en nauw verweven opgaven (zoals de energietransitie, woningbouwcrisis en landbouwtransitie), die verder reiken dan territoriale en administratieve grenzen.

109 Art. 2.33 Ow (provincie) en art. 2.34 Ow (Rijk).

110 Een rijksinstructie aan het provinciebestuur kan bovendien betrekking hebben op het opnemen van regels in de omgevingsverordening die nodig zijn met het oog op een evenwichtige toedeling van locaties en het opnemen van instructieregels daarin.

111 Art. 2.35 Ow.

112 Art. 16.21 Ow.

Het gevolg is dat de gedachte dat de bestuurslagen complementair zijn aan elkaar door de regering sterk wordt beklemtoond. De bestuurslagen zijn niet identiek, maar vullen elkaar aan en zijn op elkaar aangewezen. De regering predikt in dat verband het begrip ‘coactorschap’. Het idee dat het onmogelijk is om de verantwoordelijkheid van de meeste opgaven in de fysieke leefomgeving exclusief aan één bestuurslaag toe te wijzen, heerst overigens al langer in het omgevingsrecht, in de ruimtelijke ordening in het bijzonder.¹¹³ Het complementaire karakter van de Omgevingswet correspondeert volgens de regering ook met de staatsrechtelijke inrichting, die de gelijkwaardigheid van, en het ontbreken van hiërarchie tussen, de bestuurslagen benadrukt.¹¹⁴

Als de regering denkt in termen van complementariteit, dan is het geen verrassing dat zij samenwerking en afstemming tussen de bestuurslagen sterk accentueert. Meer dan thans het geval in het omgevingsrecht wordt de horizontalisering van bestuur zichtbaarder.¹¹⁵ De regering acht overheden zelf in staat om belangen (tegen elkaar) af te wegen, en benadrukt de *vanzelfsprekende* samenwerking en afstemming van de bestuurslagen bij de uitoefening van taken en bevoegdheden.¹¹⁶ De wetgever laat om die reden de werkingssferen van de bestuurslagen bijna volledig open, zonder een strikte scheiding van taken en bevoegdheden aan te brengen.¹¹⁷ Dit geldt uiteraard niet voor de specifieke taken die de wetgever exclusief aan bestuursorganen heeft toegedeeld.¹¹⁸ Naar eigen inzicht, en op volledig vertrouwen van de juistheid van dit inzicht, wordt afstemming van taken en bevoegdheden tussen de bestuurslagen keer op keer vormgegeven, afhankelijk van tijdstip en aard van het vraagstuk. De regering acht een flexibele uitoefening van taken en bevoegdheden noodzakelijk om adequaat op een snel veranderende maatschappij in te kunnen spelen. Hoewel afstemmen en samenwerken door de wetgever verplicht zijn gesteld,¹¹⁹ valt het te bezien hoe hard de verplichting tot afstemmen en samenwerken in juridische zin is, en wat de rechtsgevolgen zijn als bestuurslagen niet (harmonieus) afstemmen en samenwerken. In geval van onenigheid tussen gemeenten lijkt de uitdrukkelijk toegekende coördinerende rol aan de provincie een voor de hand liggende troef voor conflictbeslechting.¹²⁰

5.2 Subsidiariteit

Dat de bestuurslagen complementair zijn aan elkaar sluit een gewenste verdeling van taken en bevoegdheden tussen de bestuurslagen allesbehalve uit. Het subsidi-

113 *Kamerstukken I* 2005/06, 28916, C, p. 4; ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452, onder 17.5-17.6.

114 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 73-74.

115 Raad voor het Openbaar Bestuur, *Vertrouwen op democratie*, Den Haag 2010.

116 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 47 en 73-74.

117 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 83.

118 Afd. 2.4 Ow. Deze exclusieve toedeling van taken is dikwijls het gevolg van een historisch gegroeide praktijk, waaruit is gebleken dat een onderwerp van zorg op een doelmatige of doeltreffende wijze door een van de bestuursorganen kan worden behartigd. *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 84.

119 Art. 2.2 Ow.

120 Art. 2.18, eerste lid, sub a, Ow.

L.J. van Karnenbeek, F.A.G. Groothuijse & H.F.M.W. van Rijswick

ariteitsbeginsel is richtinggevend voor de onderlinge verhoudingen. In dit verband betekent subsidiariteit dat taken en bevoegdheden in beginsel (maar niet exclusief) door de gemeenten worden uitgeoefend.¹²¹ De gemeente is tot bestuurlijke hoofdrolspeler gekroond: zij staat aan de lat voor de zorg van de fysieke leefomgeving. De nabijheid van de burger en de potentie om de lokale situatie in te schatten en te beoordelen zijn doorslaggevend voor deze gemeentelijke voorkeurspositie.¹²² Binnen de algemene gelding van de Omgevingswet is de beleidsruimte die gemeenten genieten bij de uitoefening van taken en bevoegdheden in principe dan ook vrij ruim toebedeeld. De Omgevingswet gaat uit van het zogenoemde '(zeer) vrij medebewind', verwijzend naar de gevorderde medewerking van decentrale niveaus aan het centrale niveau, maar waarbij het accent wordt gelegd op beleidsruimte voor decentrale overheden.¹²³ Om de gemeente haar bestuurlijke hoofdrol te kunnen laten spelen, wordt een terughoudende toepassing van bovengemeentelijk optreden verondersteld. Daarom geldt voor de inzet van centrale en provinciale instrumenten het subsidiariteitsvereiste. Wij betwijfelen echter of de wijze waarop dit vereiste in de wet is verankerd een voldoende juridische waarborg vormt voor terughoudend bovengemeentelijk optreden.¹²⁴

De uitwerking van het subsidiariteitsvereiste in het tweede en derde lid van artikel 2.3 Ow ligt aan deze twijfel ten grondslag. De alternatieve formulering (*of-bepaling*)¹²⁵ geeft provincies en Rijk keuzevrijheid om hun uitoefening van taken en bevoegdheden op een van beide gronden te baseren. Met name de b-grond lijkt een *carte blanche*: bestuursorganen van Rijk en provincies kunnen de werkingsfeer van gemeenten (en van provincies in geval van het Rijk) inperken of inkaderen, nadat zij zelf een politiek-bestuurlijk oordeel hebben geveld over de mate van doelmatigheid en doeltreffendheid van de uitoefening van taken en bevoegdheid op grond van de Omgevingswet. In tegenstelling tot wat de regering stelt,¹²⁶ wijkt deze clausulering ook af van de clausulering die in organieke wetgeving wordt gebezigd. In de organieke wetgeving (art. 117, tweede lid, Gemw en art. 115, tweede lid, Provw) worden voorstellen van maatregelen waarbij bepaalde aangelegenheden tot provinciaal en rijksbeleid worden gerekend, slechts gedaan indien het onderwerp van zorg *niet op doelmatige en doeltreffende wijze* door gemeentebesturen (of behoudens art. 117 Gemw, provinciebesturen) kan worden behartigd. Dat wil zeggen dat Rijk en provincies moeten bewijzen dat het gemeentebestuur niet (meer) doelmatig of doeltreffend handelt of kan handelen. De b-grond van het subsidiariteitsvereiste veronderstelt dat Rijk of provincies moeten aantonen dat *zij* doelmatig of doeltref-

121 De exclusieve taken vanzelfsprekend uitgezonderd.

122 *Kamerstukken II 2013/14*, 33962, nr. 3, p. 139.

123 *Kamerstukken II 2013/14*, 33962, nr. 3, p. 44.

124 Zie ook D. Korsse, 'Het subsidiariteitsvereiste in de Omgevingswet', *Gemeentestem* 2016/62.

125 De Afdeling advisering van de Raad van State heeft de wetgever op deze of-bepaling gewezen in het advies op het wetsvoorstel. De Afdeling adviseerde de alternatieve opsomming te vervangen door een cumulatieve opsomming. De wetgever heeft dit advies niet ter harte genomen. *Kamerstukken II 2013/14*, 33962, nr. 4, p. 126.

126 *Kamerstukken II 2013/14*, 33962, nr. 3, p. 401.

fenf een taak of bevoegdheid kunnen uitoefenen, en niet dat het gemeentebestuur dat niet doelmatig of doeltreffend kan of zou kunnen.

Naast de alternatieve formulering is het subsidiariteitsvereiste zeer ruim geformuleerd.¹²⁷ De begrippen ‘nationaal belang’,¹²⁸ ‘provinciaal belang’, ‘doelmatigheid’ en ‘doeltreffendheid’ zijn door de wetgever niet geëxpliciteerd. De wetgever acht de vraag of iets in een nationaal of provinciaal belang is afhankelijk van de bestuurlijke context op een bepaald moment in tijd en plaats. Ook de beantwoording van de vraag of de bevoegdheidsuitoefening door Rijk of provincies nodig is met het oog op een doelmatige en doeltreffende uitoefening van taken en bevoegdheden, is een bestuurlijke afweging waarbij de bovengemeentelijke overheden veel beoordelingsruimte hebben. Het handelen van Rijk of provincies wordt aldus veelal door de politieke realiteit bepaald. Het subsidiariteitsvereiste is daarmee een ‘bestuurlijk-politiek appel’¹²⁹ aan bovengemeentelijke overheden om de gemeentelijke beleidsruimte (zo veel mogelijk) te respecteren. In het verlengde hiervan rijst de vraag hoe de bestuursrechter aan het subsidiariteitsvereiste toetst. De bestuursrechter zal toetsen of een betreffend bestuursorgaan een deugdelijke motivering heeft gegeven over de aanwezigheid van het nationaal of provinciaal belang en (a-grond)/of (b-grond) de doelmatigheid en doeltreffendheid, alsmede de noodzaak om in verband daarmee op provinciaal onderscheidenlijk nationaal niveau bevoegdheden aan te wenden die de gemeentelijke beleidsruimte beperken. In de Wet ruimtelijke ordening (Wro) worden de criteria ‘nationaal belang’ en ‘provinciaal belang’ met het oog op en noodzakelijk voor een ‘goede ruimtelijke ordening’ ook gebruikt als clausulering van bovengemeentelijke instrumenten die de beleidsruimte van gemeentebesturen beperken. Op basis van de huidige jurisprudentie onder deze clausuleringen is te verwachten dat de rechter ook aan het subsidiariteitsvereiste terughoudend zal toetsen.¹³⁰

5.3 Gemeentelijke beleidsruimte

Op het eerste gezicht laat de nieuwe Omgevingswet veel beleidsruimte aan gemeenten ten aanzien van de regelgevende bevoegdheid. Maar voor die daadwerkelijke beleidsruimte zijn gemeenten sterk afhankelijk van de bovengemeentelijke overheden. Binnen de ruime grenzen van de wet kunnen regering en provincies de gemeentelijke beleidsruimte immers naar eigen inzicht vergroten of beperken. De mogelijkheden tot maatwerk en de inzet van bovengemeentelijke sturingsbevoegdheden zijn daarvoor het relevantst. De bovengemeentelijke overheden bepalen de mate van beleidsruimte door al dan niet maatwerkmogelijkheden bij de regeling

127 De b-grond is nog ruimer geformuleerd dan de a-grond. In de a-grond gaat het immers over de verhouding tot gemeenten (en provincies in geval van het Rijk), terwijl de b-grond ook ziet op waterschappen.

128 Wel is het provinciale belang verder afgebakend in sommige bestuursakkoorden en -documenten, onder meer in de *Handreiking omgevingsverordening* van het Interprovinciaal Overleg.

129 Korsse 2016.

130 Korsse 2016.

van rechtstreeks burgerbindende regels toe te staan.¹³¹ Alleen als bovengemeentelijke regelgeving het uitdrukkelijk toelaat, kunnen gemeenten in het omgevingsplan afwijken van of een nadere invulling geven aan de bovengemeentelijke regels. Deze mogelijkheden tot maatwerk kunnen per onderwerp verschillend zijn. In vergelijking met het Bal zijn de algemene rijksregels in het Bbl bijvoorbeeld veelal uitputtend geformuleerd, waardoor maatwerk slechts beperkt mogelijk is.

Waar de maatwerkregelbevoegdheden tot doel hebben de beleidsruimte voor gemeenten ten aanzien van een bepaald aspect te vergroten, bijvoorbeeld om een locatiespecifieke afweging mogelijk te maken, beperken instructieregels en instructies de gemeentelijke beleidsruimte. Hoe sterk de beleidsruimte door bovengemeentelijke overheden wordt beperkt, is afhankelijk van de inzet van sturingsinstrumenten, en de wijze waarop regering en provincies die instrumenten inzetten. Het gebruik van de werkwoorden ‘betrekken bij’, ‘rekening houden met’ of ‘in acht nemen’ in instructieregels beperkt bijvoorbeeld in verschillende mate de gemeentelijke beleidsruimte. Los van de beleidsruimte die instructieregels aan gemeentebesturen laten, is het ook van belang dat instructieregels – met inachtneming van de daarvoor geldende wettelijke clausuleringen – kunnen worden gewijzigd. De Minister voor Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening heeft bijvoorbeeld recent aangekondigd dat de aanscherping en aanvulling van de instructieregels uit het Bkl nodig zijn om de nationale regie te kunnen herpakken.¹³² Het moge duidelijk zijn dat de gemeentelijke beleidsruimte een variabele is, waar regering en provincies, onder meer vanwege de beperkte juridische betekenis van het subsidiariteitsver-eiste, veel grip op (kunnen) hebben.

De bevoegdheid tot het stellen van instructieregels en het geven van instructies is ruim. Wel geldt dat deze bovengemeentelijke sturingsinstrumenten niet op de *volledige* regelgevende bevoegdheid van gemeenten van toepassing zijn. Dat kan worden geïllustreerd aan de hand van de typen regels in het omgevingsplan. In het omgevingsplan kunnen en moeten gemeenten met het oog op de doelen van de wet regels stellen over activiteiten die gevolgen hebben of kunnen hebben voor de fysieke leefomgeving.¹³³ Gemeenten moeten in ieder geval regels opnemen die nodig zijn met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties.¹³⁴ Regering en provincies kunnen over die regels instructieregels stellen en instructies geven. Gemeenten kunnen in het omgevingsplan daarnaast ook regels stellen over activiteiten die gevolgen hebben of kunnen hebben voor de fysieke leefomgeving, die *niet* nodig zijn met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Van hogerhand mogen dan *geen* instructieregels worden gesteld of instruc-

131 Vanwege de dubbele motiveringseis ligt het niet in de lijn der verwachting dat provincies rechtstreeks burgerbindende regels formuleren over een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Zie par. 4.4.

132 Brief van de Minister voor Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening van 17 mei 2022, 2022-0000268154, www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2022/05/17/kamerbrief-over-nationale-regie-in-de-ruimtelijke-ordening.

133 Die bevoegdheid bestaat niet voor zover Rijk of provincies die activiteiten met hetzelfde motief al uitputtend hebben gereguleerd in de omgevingsverordening of algemene maatregel van bestuur.

134 Art. 4.2, eerste lid, Ow.

ties worden gegeven.¹³⁵ De beleidsruimte bij deze regels is derhalve veel ruimer. Deze regels schuren tegen ‘autonomie’ aan, alhoewel ze wel in het bij wet gevorderde omgevingsplan staan.¹³⁶

Het neergelegde subsidiariteitsvereiste in de Omgevingswet biedt juridisch een relatief geringe bescherming tegen een ruim en veelvuldig gebruik van de sturingsinstrumenten. Het is dan ook de vraag wat er van de beoogde ruime gemeentelijke beleidsruimte in de praktijk terecht gaat komen. De regering heeft in ieder geval een rotsvast vertrouwen in een terughoudende toepassing van sturende instrumenten, ervan uitgaande dat de centrale en provinciale besturen het subsidiaire karakter van de Omgevingswet waarderen en respecteren.¹³⁷ Wederzijds vertrouwen is volgens de regering een belangrijk en toereikend uitgangspunt voor de onderlinge verhoudingen tussen de bestuurslagen. Of de regering (te) goed van vertrouwen is, zal moeten blijken. Er kan onenigheid ontstaan over de vraag of bovengemeentelijke beperking van de gemeentelijke beleidsruimte wel of niet voldoet aan de gestelde voorwaarden van het subsidiariteitsvereiste in het tweede en derde lid van artikel 2.3 Ow. Die vraag kan bij de rechter komen te liggen (al dan niet bij wijze van exceptieve toetsing). De rechter zal de lijn van de huidige jurisprudentie ten aanzien van de verticale verhoudingen onder de Wro vanwege de grote beleidsruimte bij de toepassing van het subsidiariteitsvereiste (a- en b-grond) naar onze verwachting continueren.¹³⁸ Als die verwachting juist blijkt, dan hoeft het gemeentebestuur – wat de bescherming van de gemeentelijke beleidsruimte betreft – weinig heil van de bestuursrechter te verwachten.

6. Thorbeckes uitgangspunten verankerd in de Omgevingswet?

Er zijn vele uitgangspunten waarop een staatsinrichting gebaseerd kan zijn. In dit artikel staan de samenhangende uitgangspunten *eenheid*, *verscheidenheid*, *wederkerigheid* en *adaptatie* centraal (tabel 1). Uitgangspunten die volgens Thorbecke ten grondslag moeten liggen aan een staatsinrichting, wil de inrichting in een organisch verband evenwichtig en eigentijds zijn en blijven.

6.1 Eenheid

Met de inwerkingtreding van de Omgevingswet staat eenheid in het omgevingsrecht centraal. Hoewel het eenheidskarakter in het omgevingsrecht ook nu al bestaat, geeft de wetgever een duidelijke eenheidsfunctie aan de algemeen geldende Omgevingswet. De Omgevingswet is een overstijgend en gebundeld raamwerk

135 Art. 2.23, derde lid, sub c, 2.25, derde lid, sub c, 2.33, tweede lid, sub a, en 2.34, tweede lid, sub d, Ow.

136 F. Groothuijse, ‘Reactie op het artikel “De Omgevingswet als olifant in de porseleinkast: over haar verhouding tot gemeentelijke autonome regelgeving”’, *Gemeentestem* 2021/107. Anders: De Jong & Broeksteeg 2020; M. de Jong & J. Broeksteeg, ‘Autonomie als de olifant in de kamer van de omgevingswet (reactie op reactie Groothuijse)’, *Gemeentestem* 2021/108.

137 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 102.

138 De regering deelt de verwachting dat de rechter aan het subsidiariteitsvereiste terughoudend zal toetsen. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 103.

L.J. van Karnenbeek, F.A.G. Groothuijse & H.F.M.W. van Rijswick

voor de zorg voor de fysieke leefomgeving, dat de bestuurslagen samenbindt. De integrale overheidszorg, de alomvattende doelstelling en de algemene regels in het wetsvoorstel kunnen worden beschouwd als nadere uitwerkingen van de eenheids-gedachte. De uitwerking van de eenheidsgedachte is niet alleen voorbehouden aan de wetgever. Uit het oogpunt van eenheid heeft de regering de Omgevingswet verder uitgewerkt in algemene maatregelen van bestuur. Met het Bal en het Bbl biedt de regering een uniforme regulering van bepaalde activiteiten in de fysieke leefomgeving. Dat de regering, al dan niet samen met de Staten-Generaal, eenheid schept via wetten en regels met algemene gelding klinkt als Thorbecke. Zij zijn immers vertegenwoordigers van het geheel en hoeders van het algemeen belang.

6.2 *Verscheidenheid*

Binnen de algemene gelding van wetten en regels is het de bedoeling om de regionale en lokale verscheidenheid tot uitdrukking te brengen. De regering spreekt een sterke voorkeur uit voor de gemeentelijke verscheidenheid vanwege de nabijheid van de burger en het vermogen om gebiedseigen relevante feiten en omstandigheden in te schatten.¹³⁹ Op het eerste gezicht raakt de Omgevingswet daar aan Thorbeckes opvatting: de regionale en lokale verscheidenheden worden toegelaten binnen de marges van de algemene wet en de bijbehorende regels. Door de wet en regels in algemene termen te vatten (en in sommige gevallen concretisering of afwijking van regels mogelijk te maken) beschikken gemeenten in beginsel over een grote mate van beleidsruimte ten aanzien van de regelgevende bevoegdheid waarbinnen zij de eigen verscheidenheid kunnen laten floreren.¹⁴⁰ Dit drukt ons inziens de relatieve zelfstandigheid van gemeenten uit. Relatieve zelfstandigheid is Thorbecke allesbehalve vreemd. In zijn opvatting is vrijheid immers nooit absoluut. Vrij medebewind als een van de belangrijkste pijlers van de Omgevingswet lijkt daarmee niet in tegenspraak, en misschien zelfs wel in overeenstemming met Thorbeckes denkbeelden. Een voorwaarde is wel dat de beleidsruimte van de decentrale overheden niet te sterk wordt beperkt, zodat zij binnen het geheel initiatief kunnen (blijven) nemen. De filosofie achter de Omgevingswet voldoet aan die voorwaarde, en vanuit die hoedanigheid staan de interbestuurlijke verhoudingen niet direct op gespannen voet met de thorbeckiaanse uitgangspunten van eenheid en verscheidenheid.¹⁴¹

6.3 *Wederkerigheid*

Vanuit een thorbeckiaans perspectief is het beschermen van eenheid en verscheidenheid noodzakelijk om ze als tegenkrachten op elkaar in te laten werken en tot een organisch verband te komen. De 'hogere' overheden beschikken over begrensde toezichtsbevoegdheden ten aanzien van 'lagere' overheden. De eenheid van het omgevingsrecht kan op die manier worden beschermd. Dat zou Thorbecke hoogstwaarschijnlijk positief hebben gestemd. Maar waar bij Thorbecke vermoedelijk

139 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 139.

140 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 90.

141 G. Boogaard, 'De thorbeckiaanse omwenteling in de Omgevingswet', *Recht der Werkelijkheid* (40) 2019, afl. 2, p. 17-21.

geen steun voor gevonden zou kunnen worden, is de manier waarop het subsidiariteitsvereiste wettelijk is verankerd. Door de gebrekkige normerende werking van het vereiste is het bovengemeentelijk optreden juridisch gezien minimaal begrensd. Het gevolg hiervan is dat regering en provincies zich relatief gemakkelijk kunnen bemoeien met de gemeentelijke werkingssfeer.¹⁴² Zij kunnen met instructieregels en instructies inbreuk maken op de in beginsel ruime gemeentelijke beleidsruimte. Deze instrumenten kunnen dan wel niet onbeperkt of onbegrensd worden ingezet – zij zijn immers wettelijk geclausuleerd en er geldt een motiveeringsplicht –, toch voorkomt het verregaande en mogelijk onevenredige inmenging in de relatieve zelfstandigheid niet. Als er veelvuldig en ruim gebruik van deze sturingsinstrumenten wordt gemaakt, en aan het gemeentebestuur daarbij slechts beperkte mate van beleidsruimte wordt gelaten, is er een mogelijkheid dat ‘hogere’ overheden een stevige greep krijgen op gemeenten. Dat klinkt allesbehalve als Thorbecke, die veel waarde hecht aan de relatieve zelfstandigheid en de daaraan verbonden mogelijkheid tot initiatief. Thorbecke zou hoogstwaarschijnlijk verlangen naar een sterkere juridische begrenzing van bovengemeentelijk optreden, om zo de verscheidenheid van de delen te kunnen waarborgen.

6.4 Adaptatie

De terugtred van de wetgever en de toenemende macht van het bestuur zijn zichtbaar onder de Omgevingswet.¹⁴³ Het subsidiariteitsvereiste als ‘bestuurlijk-politiek appel’ illustreert dat treffend.¹⁴⁴ Afhankelijk van het bestuurlijk-politieke klimaat kan de toepassing van het subsidiariteitsvereiste dan ook zeer uiteenlopende uitwerkingen hebben. De Omgevingswet scoort daarmee goed op het thorbeckiaanse uitgangspunt van adaptatie: het bestuur de onderlinge verhoudingen laten bepalen, laat immers vrij gemakkelijk eigentijdse invullingen toe.

7. Slotbeschouwing

In deze bijdrage hebben wij de aandacht gevestigd op de interbestuurlijke verhoudingen onder de Omgevingswet. De uitgangspunten van Thorbecke hebben geholpen om deze verhoudingen staatkundig te doordenken. Het antwoord op de onderzoeksvraag – *Hoe verhouden Rijk, provincies en gemeenten zich in de Omgevingswet tot elkaar in het licht van de thorbeckiaanse uitgangspunten?* – is als volgt: de interbestuurlijke verhoudingen kunnen zich aanpassen aan eigentijdse omstandigheden, maar zijn vanuit een thorbeckiaans perspectief onvoldoende evenwichtig. Het ontbreken van evenwichtige verhoudingen is voornamelijk het gevolg van de beperkte normerende werking van het neergelegde subsidiariteitsvereiste. De begrenzing van bovengemeentelijk optreden, en de bescherming van de relatieve zelfstandig-

142 De regering kan met instructieregels en instructies ook invloed uitoefenen op de provinciale werkingssfeer.

143 B. Schueller, ‘De bestuursrechter en de afwegingsruimte in het nieuwe omgevingsrecht’, in: P. Huisman e.a. (red.), *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap*, Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2019, p. 527-536.

144 Korsse 2016.

L.J. van Karnenbeek, F.A.G. Groothuijse & H.F.M.W. van Rijswick

heid van gemeenten in het verlengde daarvan, is juridisch ondermaats geborgd. Het thorbeckiaanse uitgangspunt *wederkerigheid* komt in de Omgevingswet ons inziens dan ook onvoldoende tot uitdrukking. Het risico bestaat dat bovengemeentelijke overheden de relatieve zelfstandigheid van gemeenten te veel gaan inperken, met als gevolg dat de interbestuurlijke verhoudingen vatbaarder worden voor centralistisch(er) en willekeurig(er) handelen van Rijk en provincies. Het zijn precies deze praktijken die Thorbecke met zijn organieke wetgeving heeft willen voorkomen en doorbreken.

Dat de Omgevingswet ontvankelijker is voor onevenwichtiger verhoudingen tussen de bestuurslagen, wil overigens niet zeggen dat de interbestuurlijke betrekkingen automatisch onevenwichtig zullen zijn of dat de positie van gemeenten binnen de gedecentraliseerde eenheidsstaat in het geding is. Dat hangt zoals gezegd af van politiek-bestuurlijke keuzes van Rijk en provincies. De huidige aankondiging van de regering om de regie te herpakken in de fysieke leefomgeving is in dit verband in ieder geval noemenswaardig. We moeten er maar op vertrouwen dat bovengemeentelijke overheden de staatsrechtelijke uitgangspunten die sinds 1848 aan ons staatsbestel ten grondslag liggen, respecteren. Maar – om deze bijdrage met een thorbeckiaanse gedachte af te sluiten – vertrouwen in en tussen bestuurslagen is goed, het juridisch adequaat regelen van de verhoudingen is beter. Juist de kracht van het recht is om bepaalde normatieve waarborgen te verankeren en zo een evenwichtig staatsbestel zo goed als mogelijk te verzekeren. Thorbecke heeft dat met de herziening van de Grondwet en de totstandkoming van de organieke wetgeving als geen ander begrepen.

Indien men het thorbeckiaanse evenwicht in de Omgevingswet zou willen versterken, zijn een striktere begrenzing van bovengemeentelijk optreden en een betere bescherming van de relatieve zelfstandigheid noodzakelijk. Een sterkere begrenzing van bovengemeentelijk optreden kan worden bereikt door het subsidiariteitsvereiste aan te scherpen. De alternatieve opsomming van het subsidiariteitsvereiste zou kunnen worden vervangen door een cumulatieve opsomming (*en*-bepaling in plaats van *of*-bepaling). Net zoals in de organieke wetgeving zou de bewijslast voor nationaal en provinciaal handelen bij de b-grond moeten uitwijzen dat gemeenten niet doelmatig of doeltreffend kunnen handelen (in plaats van dat regering en provincies moeten bewijzen dat zij wel doelmatig of doeltreffend kunnen handelen). De relatieve zelfstandigheid zou bijvoorbeeld beter tot uitdrukking kunnen komen als de dubbele motiveringseis die voor het provinciebestuur geldt bij het stellen van regels met oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties in de omgevingsverordening, ook wettelijk verankerd zou worden voor de regering. Met algemene rijksregels kan de regering de relatieve zelfstandigheid van gemeenten in theorie ontnemen, terwijl met instructieregels die zelfstandigheid wordt beperkt, omdat niet de gehele gemeentelijke beleidsruimte wordt ontnomen. Uiteraard moeten de rijksinstructieregels de gemeentelijke beleidsruimte dan niet méér beperken dan nodig voor de behartiging van het aan de orde zijnde rijksbelang. De zojuist besproken aanpassing aan het subsidiariteitsvereiste zou die extra waarborg kunnen bieden.