

Harmonisatie van procesrecht
bij integratie
van rechtspraak

Preadviezen van

mr. A.F.M. Brenninkmeijer

mr. P.C.E. van Wijnen

mr. J.H. Blaauw

ISBN 90 271 3327 1

Lay-out en omslag Evelien de Vries Robbé

CIP-GEGEVENS KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK, DEN HAAG

Brenninkmeijer, A. F. M.

Harmonisatie van procesrecht bij integratie van rechtspraak / preadvies van A. F. M. Brenninkmeijer, P. C. E. van Wijmen, J. H. Blaauw. — Zwolle : W. E. J. Tjeenk Willink. — (Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereeniging; jrg. 121, dl. 1991-I)

ISBN 90-271-3327-1

NUGI 691

Trefw. : procesrecht.

ALGEMENE INHOUD

Preadviczen over het onderwerp: *Verdient het in het kader van de integratie van rechtspraak aanbeveling om tot harmonisatie van verschillende stelsels van procesrecht te komen?*

VOORWOORD, V

I. PREADVIES MR. A.F.M. BRENNINKMEIJER

Het procesrecht als proces, 1

II. PREADVIES MR. P.C.E. VAN WIJMEN

Harmonisatie van procesrecht bij integratie van rechtspraak, 107

III. PREADVIES MR. J.H. BLAAUW

De rechterlijke habitus in burgerlijke en administratieve zaken, 177

AFKORTINGEN, 225

Het schrijven van preadviezen als de hier voorliggende is een werk van lange adem. De eerste contacten stammen uit medio 1989. In de voorbereidende samenspraak met Mr. W.H. Schipper die namens de NJV deze onderneming harmonieus begeleidde, werd ons toen de volgende vraag voorgelegd: 'Verdient het in het kader van de integratie van rechtspraak aanbeveling om tot harmonisatie van verschillende stelsels van procesrecht te komen?' Wat ons bij het schrijven van deze preadviezen steeds verbonden heeft, is onze voorliefde om het specialisme van burgerlijk recht of bestuursrecht, en van het bijbehorende procesrecht te overstijgen.

De vraagstelling draagt het karakter van een 'mer à boire'. Beoogd was dat wij ons zouden concentreren op de harmonisatie van burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht. Beide rechtsgebieden zijn – mede als vrucht van traditionele disharmonie – van een aanzienlijke omvang. Voor beide deelgebieden van onze rechtsorde bestaat er nu nog geen uniform procesrecht. Het is dan redelijk prematuur die volledige harmonisatie thans ter hand te nemen. Aan de ander kant moet worden vastgesteld dat ondanks de verschillen tussen 'burgerlijk procesrecht' en 'bestuursprocesrecht', degene die in de praktijk te maken heeft met procesrecht vaak beseft dat de bestaande verschillen van ondergeschikte betekenis kunnen zijn. De traditie heeft zo haar sporen getrokken en met de actualiteit van de reorganisatie van de rechterlijke macht rijst de vraag welke waarde aan die traditie gehecht moet worden. De rechtbankrechters zullen na de reorganisatie van de rechterlijke macht wisselen tussen de verschillende kamers en zo toepassing gaan geven aan bestuursprocesrecht naast burgerlijk procesrecht, zoals nu reeds de overgang naar strafprocesrecht vrij normaal is. Zullen deze rechters zich zoveel gelegen willen laten liggen aan de verschillen tussen burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht, zeker wanneer deze verschillen het werk van de rechter

frustreren, wanneer rechtzoekenden tussen wal en schip dreigen te geraken?

Kortom, er zijn genoeg redenen om aan dit 'mer à boire' te beginnen, maar wij zijn ons bewust van de beperkingen. Aanvankelijk is gedacht aan een werkverdeling waarbij de een het bestuursrecht als vertrekpunt zou kiezen en de ander het burgerlijk recht, terwijl de derde tot een synthese zou komen. Uiteindelijk bleek een andere benadering wenselijk: alle drie het geheel, waarbij de differentiatie ontstaat door onze verschillende invalshoeken. Het werk is aangevangen met de afspraak dat Brenninkmeijer meer theoretisch zou verkennen wat in het proces de functie van de rechter is, Van Wijmen zou zich meer concentreren op de 'beginselen', of zoals hij in zijn preadvies dat noemt de 'essentialia' van het procesrecht. Blaauw stond van meet af aan een directe en op de praktijk gerichte benadering voor: let niet primair op de verschillen, doch op de overeenkomsten. Met deze benadering heeft Blaauw ook het voortouw genomen en vervulde zo voor beide andere preadviseurs een waardevolle voortrekkersrol.

Van Wijmen spreekt in zijn preadvies ergens over het laten omvallen van een boekenkast. Dit beeld past ons alledrie: wij hebben ons bij de voorbereiding verzadigd met de overvloed aan literatuur – in boeken, tijdschriften en losbladige banden – en natuurlijk ook met een stroom van jurisprudentie. Ons beeld van het besproken onderwerp is ontstaan mede door de ogen van de vele geraadpleegde auteurs. Van de zijde van de NJV is ons echter op het hart gedrukt onze bijdragen in omvang te beperken. De toegevoegde noten mocht ons werk niet het karakter van een handboek of uitputtende verhandeling geven. Voor de discussie ter vergadering van de NJV hebben wij gezichtspunten en ideeën bijeen willen brengen, die de lezer uitnodigen om mee te denken en mee te discussiëren. Wij zijn ons bewust van het feit dat wij met de meer beperkte opzet van onze preadviezen onvermijdelijk onrecht doen aan al die auteurs die wij raadpleegden, doch uiteindelijk niet vermeldden. Op verschillende plaatsen is erop gewezen dat er zeker in de afgelopen tien jaar een snel wassende stroom rechtswetenschappelijke literatuur tot stand is gekomen. Is dat nog allemaal bij te houden, zeker wanneer het gaat om zulke ruime onderwerpen als hier aan de orde? Ook die pretentie van volledigheid kunnen wij niet waarmaken: het zij zo.

De plannen voor de reorganisatie van de rechterlijke macht zijn – voor zover al volledig – kersvers. Het uniform bestuursprocesrecht heeft ons in de vorm van een voorontwerp dat ter advisering is

doorgezonden aan verschillende rechterlijke colleges en adviesinstanties bij wijze van mosterd na de maaltijd bereikt. De plannen voor de aanpak van het burgerlijk procesrecht bij de integratie van de kantongerechten zijn ons nog volledig onbekend. Tegen de tijd dat deze preadviezen in druk verschijnen zal wellicht meer bekend zijn over de verdere ontwikkeling van het procesrecht. Erkend moet worden dat ook voor de preadviseurs in aanvang de uitkomst van hun speurtocht wellicht vaag schemerde, doch niet zo expliciet vaststond. Achteraf kan worden vastgesteld dat een genuanceerd beeld ontstaat: er kan veel geharmoniseerd worden. De vraag of er uiteindelijk verschillen tussen burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht blijven bestaan, beantwoorden wij niet gelijk. Deze verschillen vormen een goed uitgangspunt voor de discussie. Ten behoeve van de lezer is achter dit voorwoord een overzicht opgenomen van belangrijke onderwerpen, met verwijzing naar de vindplaats bij de drie preadviseurs.

Wij danken het bestuur van de NJV voor de uitnodiging om voor 1991 deze preadviezen te schrijven. Onze dank gaat ook uit naar mevrouw Mr. Th. Oosterholt-Eekhout, die haar secretariële taak op voortreffelijke wijze vervuld heeft en de heer F. van Hartingsveldt van de bureauredactie van de uitgever, die de uitgave met zorg realiseerde.

Geïnspireerd door de vraagstelling hebben wij gedrieën in nauwe samenwerking met Mr. W.H. Schipper ons denk- en schrijfwerk met veel plezier ter hand genomen. In december 1990 hebben wij onze manuscripten afgesloten. Graag bieden wij u het resultaat van onze samenwerking ter lezing aan.

J.H. Blaauw
A.F.M. Brenninkmeijer
P.C.E. van Wijmen

OVERZICHT

Voor enkele belangrijke onderwerpen die in de preadviezen aan de orde komen, vindt in dit overzicht een verwijzing plaats naar de (begin-)pagina's waar die onderwerpen bij de preadviseurs aan de orde komen.

	Brenninkmeijer	Van Wijmen	Blaauw
aanvulling van rechts-			
gronden	—	147, 166	206
belang	14	119	187, 198
bewijs	69	143	206, 210
competentie	17	116	182
dagvaarding	73	127, 170, 175	—
equality of arms	75	131, 164	—
erga omnes	97	152	—
kort geding	71	—	218
lijdelijkheid rechter	52	134, 164	216
ontvankelijkheid	79	130, 164	189, 198
openbaarheid	86	141, 148	—
partij-autonomie	32	137, 164	212
proceskosten	83	153, 167	—
procesvertegenwoordi-			
ging	83	127, 132, 162	—
rechtsingang	73, 77	127, 162	—
reformatio in peius	—	150, 167	205
uitspraak	95	120, 147, 152	—
verzoekschrift	73	127, 169	—
zelf in de zaak voorzien	48, 95	148	207

I. HET PROCESRECHT ALS PROCES

Preadvies mr. A. F. M. Brenninkmeijer

I. INLEIDING, 5

- 1.1. De vraagstelling, 5
- 1.2. Beperkingen, 7
- 1.3. Het proces, 8
- 1.4. De beleidsvorming over procesrecht, 9
- 1.5. Indeling, 11

II. TERREINVERKENNING, 12

- 2.1. Artikel 6 EVRM, 12
- 2.2. De toegang tot de rechter, 13
- 2.3. Democratische rechtsstaat, 15
- 2.4. Competentie, 17
- 2.5. Verschillend procesrecht, 20
- 2.6. Het proces als rechtsstrijd, 22
- 2.7. Het begrip rechtsbetrekking, 23
- 2.8. Objectief en subjectief, 26
- 2.9. De relativering van het geschreven recht, 28
- 2.10. Burgerlijk recht en bestuursrecht, 29
- 2.11. De staatsvrije sfeer, 32
- 2.12. De regulering van het procesrecht, 33
- 2.13. Marginale toetsing van de uitoefening van discretionaire bevoegdheden, 34
- 2.14. De aard van de bevoegdheid: de legaliteit, 37
- 2.15. Nadere uitwerking van het legaliteitsbeginsel, 40
- 2.16. De rechterlijke toetsing, 42
- 2.17. Analyse van de taak van de rechter, 44
- 2.18. Oneigenlijke rechtspraak, voluntaire jurisdictie, vrijwillige rechtspraak, 45
- 2.19. De rechter en de inhoud van de rechtsbetrekking, 47
- 2.20. De kerntaak van de rechter in het bestuursrecht, 48

- 2.21. De processuele rechtsbetrekking, 50
- 2.22. De lijdelijkheid van de rechter, 52
- 2.23. De beperkingen van de bevoegdheden van de rechter, 55

III. VERGELIJKING, 57

- 3.1. Vrouwe Justitia, 57
- 3.2. Een wereld van verschil, 61
- 3.3. Is er werkelijk verschil?, 63
- 3.4. Verschil in de taak van de rechter?, 65
- 3.5. Tussenbalans, 68
- 3.6. De basisvorm van het proces, 69
- 3.7. Het kort geding, 71
- 3.8. De dagvaardingsprocedure, 73
- 3.9. De vordering, 77
- 3.10. Het ontvankelijkheidsoordeel, 79
- 3.11. De kern van het proces, 82
- 3.12. Advocaten en proceskosten, 83
- 3.13. De rol, 85
- 3.14. Openbare behandeling, 86
- 3.15. Het voorwerp van geschil en de vordering, 89
- 3.16. Het procederen zelf, 92
- 3.17. Het compromis, 93
- 3.18. De uitspraak, 95
- 3.19. De executie, 98

IV. AFRONDING, 99

- 4.1. De ontwikkeling van het procesrecht, 99
- 4.2. 'Einzelfallgerechtigheit', 100
- 4.3. Uniform procesrecht, 101
- 4.4. Positief recht, 104

Het procesrecht als proces ()*

I. INLEIDING

1.1. De vraagstelling

‘Verdient het in het kader van de integratie van rechtspraak aanbeveling om tot harmonisatie van verschillende stelsels van procesrecht te komen?’ De aanleiding voor deze vraagstelling vormt de herziening van de rechterlijke organisatie. De integratie van de rechtsprekende functies bij één rechterlijk college roept de vraag op of voor het burgerlijk recht en het bestuursrecht meer uniform procesrecht moet worden nagestreefd. De vraagstelling heeft daarmee een kenbaar pragmatische achtergrond. Waarom zouden rechters in de rechtbank zich moeten vermoeien met traditioneel bepaalde, doch overigens weinig rationele verschillen tussen burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht, en waarom zou degene die een geding aanhangig maakt zich verzekerd moeten weten van grote deskundigheid teneinde niet in de vele voetangels en klemmen te stappen die de verdeling van de rechtsmacht en de inrichting van de verschillende procesgangen kenmerken?

Achter deze pragmatische vraagstelling schuilen echter ook meer principiële vragen. De grens tussen burgerlijk recht en bestuursrecht begint te vervagen. Mede vanwege de hortende ontwikkeling van de bestuursrechtspraak is de situatie ontstaan dat onder de noemer van de onrechtmatige daad in beginsel de toepassing van het bestuursrecht mede door de burgerlijke rechter (1) geschiedt. De toepassing

(*) Bij de voorbereiding en voltooiing van dit preadvies heeft mr. R.H.M. Jansen een waardevolle bijdrage geleverd. Mr. H.J.M. Beekman heeft het concept van een gedeegen commentaar voorzien. Beiden ben ik dankbaar.

(1) In dit preadvies wordt dit begrip gekozen voor de gewone rechter in burgerlijke zaken.

van publiekrecht door bestuursorganen bij de uitoefening van publieke taken kan in de Nederlandse conceptie in beginsel volledig onder de werking van het burgerlijk recht gebracht worden. Wanneer de rechter op basis van art. 140: BW beoordeelt of de overheid onrechtmatig gehandeld heeft, dan wordt bijvoorbeeld schending van algemene beginselen van behoorlijk bestuur – sinds kort – ten volle en in beginsel op gelijke wijze als een rechter in het bestuursrecht zou doen, verdisconteerd in het begrip onrechtmatige daad. Het verschil tussen de rechtsgang voor de burgerlijke rechter en de bijzondere administratieve rechter bestaat hoofdzakelijk in het verschil tussen burgerlijk procesrecht en het bijzondere administratieve procesrecht. Is er nog een rechtvaardiging te vinden voor dit verschil wanneer de ‘gewone rechter’ en de afzonderlijke administratiefrechtelijke colleges fuseren?

Van nog meer principieel gewicht is de vraag of er nog wel een rechtens relevant verschil is tussen burgerlijk recht en bestuursrecht. De verschillen tussen burgerlijk recht en bestuursrecht lijken wellicht eerder te bestaan in onwetendheid van de toepassers en bestudeerders ter zake van het door hen niet toegepaste of bestudeerde rechtsgebied. De vraag naar het verschil tussen burgerlijk recht en bestuursrecht lijkt aan betekenis te verliezen nu beide rechtsgebieden naar elkaar toegroeien. Als deze waarneming juist is, dan is daarin mede een reden gelegen voor een herbezinning op verschillen tussen burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht.

Aan de andere kant wordt traditioneel voor het burgerlijk procesrecht als kenmerk genoemd dat de rechter lijdelijk behoort te zijn, opdat de rechter respect toont voor de autonomie van rechtssubjecten in het burgerlijk recht. De bestuursrechter zou niet-lijdelijk behoren te zijn, omdat het bestuursrecht hoofdzakelijk berust op eenzijdige machtsuitoefening door de overheid en de rechter moet bijdragen tot ongelijkheidscompensatie in het bestuursproces. De belangrijkste verschillen tussen het burgerlijk procesrecht en het bestuursprocesrecht zouden voortvloeien uit dit verschil in uitgangspunten.

In dit preadvies zal de vraag of er gronden en mogelijkheden zijn voor de harmonisatie van het procesrecht, benaderd worden vanuit een analyse van de functie van rechtspraak in onze rechtsorde. Met het aanhangig maken van een geding beoogt een rechtssubject iets te bereiken. Abstract omschreven kan dat ‘iets’ inhouden de vaststelling, vorming of executie van een rechtsbetrekking met een ander rechtssubject, of de verlening of wijziging van een status. Uitgaande

van een analyse van de functie van de rechter en de functie van het proces voor de vaststelling, vorming of executie van een rechtsbetrekking en statusverlening of -wijziging, kan aangegeven worden aan welke eisen het procesrecht moet voldoen. In deze beschrijving van het onderzoeksonderwerp wordt geen afzonderlijke vermelding gemaakt van burgerlijk procesrecht of bestuursprocesrecht. In de loop van het onderzoek zal moeten blijken in hoeverre verschillen tussen burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht van wezenlijke betekenis zijn. Daarbij geldt als vooronderstelling dat het procesrecht dient ter realisering van het materiële recht en dat verschillen tussen vormen van procesrecht samenhangen met verschillen in het materiële recht.

1.2. *Beperkingen*

De benaderingswijze is rechtsvergelijkend: rechtsvergelijking tussen burgerlijk procesrecht en administratief procesrecht en tussen burgerlijk recht en bestuursrecht. In de literatuur is geen sprake van systematische rechtsvergelijking op deze gebieden. Voor sommige onderdelen, bijvoorbeeld vage normen (2) en in het bijzonder het grensgebied tussen burgerlijk recht en bestuursrecht, is enige literatuur beschikbaar. (3) Daarnaast vormen studies over beginselen van procesrecht een goed uitgangspunt voor vergelijking. (4) In mijn dissertatie (5) heb ik voor het ontwikkelen van een theorie over de toegang tot de rechter gebruik gemaakt van interne rechtsvergelijking; enkele daar gevonden inzichten zal ik in dit preadvies verder uitwerken.

Dit preadvies bestrijkt een zodanig breed terrein van onderzoek dat

(2) G.J. Wiarda, Drie typen van rechtsvinding, Zwolle 1988, W. van Gerwen, Aan de samenvloeiing van privaatrecht en publiekrecht: gelede normstelling en beginselen van behoorlijk handelen, in: In orde, Deventer 1982, p. 99 e.v.

(3) J. van der Hoeven, o.a. De drie dimensies van het bestuursrecht, Alphen a/d Rijn 1989 en A.R. Bloembergen en D.A. Lubach, Burgerlijk recht en administratief recht: twee gelijkwaardige rechtsgebieden, open verbonden in één rechtsorde, WPNR 5885, p. 446 e.v.

(4) A.G. van Galen en H.Th.J.F. van Maarseveen, Beginselen van administratief procesrecht, preadvies VAR 1979, geschriften VAR 83, M. Scheltema, Beginselen van administratieve rechtspraak, RM Themis 1978, p. 259 e.v., het rapport van de werkgroep Polak inzake harmonisatie van administratief procesrecht, Trema-special 1983, p. 1 e.v. en B. de Waard, Beginselen van behoorlijke rechtspleging, Zwolle 1987.

(5) De toegang tot de rechter, Zwolle 1987.

slechts enkele procesrechtelijke aspecten rechtsvergelijkend aan de orde zullen komen. Rechtsvergelijking vormt geen doel op zich: de rechtsvergelijking vindt plaats met het oog op een bepaalde vraagstelling. De descriptie heb ik daarom veelal weggelaten, mede omdat die te veel ruimte vergt; bovendien zijn op de vier genoemde rechtsgebieden literatuurbronnen in overvloed aanwezig.

Een tweetal beperkingen van mijn onderzoek wil ik nog expliciet aangeven. Internationale rechtsvergelijking zou interessante gezichtspunten kunnen opleveren. Op zich vormt het een opmerkelijk gegeven dat de scheiding tussen bestuursprocesrecht en burgerlijk procesrecht in de continentale rechtsorden algemeen is aanvaard. Voorts komen in dit preadvies onderwerpen aan de orde die eventueel in verbinding met rechtstheoretische, rechtsfilosofische en rechtssociologische benaderingen zouden kunnen worden gebracht. Een nadere confrontatie van mijn gezichtspunten met deze andere disciplines en verwijzing naar literatuur op deze gebieden zou waardevol kunnen zijn. Met dit al zou ik echter veel te veel hooi op mijn vork genomen hebben.

1.3. Het proces

Het procesrecht als proces is als titel voor dit preadvies gekozen. Anno 1990 valt met weinig zekerheid te schrijven over 'het burgerlijk procesrecht' en met nog minder zekerheid over 'het bestuursprocesrecht'. Ten tijde van het schrijven van dit preadvies volgt het ene concept voor nieuw uniform bestuursprocesrecht het andere op. Tegen de tijd dat de vergadering van de NJV zich buigt over deze preadviezen zal het eerste ontwerp meer definitieve vormen hebben aangenomen. Op dit gebied van het procesrecht is nogal wat gaande. Hetzelfde kan voor het burgerlijk procesrecht worden gesteld. In verband met de herziening van de rechterlijke organisatie wordt een inventarisatie gemaakt van de noodzakelijke aanpassingen van het burgerlijk procesrecht die begin 1991 gereed moet zijn; ook de integratie van de kantongerechten en de rechtbanken vraagt om aanpassing van het procesrecht. Daarnaast zijn er op het terrein van het burgerlijk procesrecht belangrijke wetgevingsoperaties afgerond of in procedure gebracht. Het bewijsrecht en de comparitie na antwoord zijn ingevoerd, doch het nieuwe scheidingsprocesrecht en de wijziging van de civiele kantongerechtsprocedure zijn nog in volle gang. Bovendien wordt nagedacht over de verhouding tussen de verzoek-

schriftprocedure en de procedure die met een dagvaarding aanvangt. Zo bezien vormt het procesrecht geen rustig bezit. Het procesrecht is kennelijk in ontwikkeling. Valt er over deze ontwikkelingen iets algemeen te zeggen? Voor het burgerlijk procesrecht is wel betoogd dat er sprake zou zijn van deformatisering en voorts wordt geconstateerd dat de rol van de rechter steeds minder lijdelijk wordt. Het bestuursprocesrecht staat aan het begin van een nieuwe ontwikkeling, waarbij een belangrijke uitbreiding aan de taak van de rechter zal worden gegeven, voor zover het gaat om toetsing van 'besluiten', welk begrip meeromvattend is dan het begrip 'beschikking' zoals dat in de Wet Arob voorkomt. Voorts zou de bestuursrechter een ruimere bevoegdheid krijgen om schadevergoeding toe te kennen en zou de bestuursrechter eventueel zelf in de zaak moeten kunnen voorzien.

Kortom, het procesrecht is in ontwikkeling en de richting van die ontwikkeling hangt samen met de wijziging van de functie van het procesrecht: het procesrecht als proces.

1.4. De beleidsvorming over procesrecht

Wanneer het procesrecht als proces benaderd wordt, dan ligt het voor de hand de vraag te stellen wie op welke wijze bepaalt wat het verloop van dat proces zal zijn. Bij sommige beschrijvingen van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht en ook van overige delen van ons recht bekruipt mij wel eens het idee dat er sprake zou zijn van een min of meer *autonoom* ontwikkelingsproces, waarbij geen actor aan te wijzen valt. Eerder heb ik geconstateerd dat in het burgerlijk proces de deformatisering als tendens kan worden aangegeven. Kan worden volstaan met de constatering dat die tendens zich voordoet, of moet ook de vraag aan de orde komen waarom het burgerlijk procesrecht gedeformatiseerd wordt en wie dat doet?

Er bestaat in Nederland consensus over de noodzaak dat het bestuursprocesrecht drastisch gewijzigd moet worden, in die zin dat de lang verwachte herziening van de rechterlijke organisatie gepaard zal dienen te gaan met uniformering van het administratief procesrecht. In het kader van de totstandkoming van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: AWB) wordt aan dit onderwerp gewerkt. Het Ministerie van Justitie heeft te zamen met het Ministerie van Binnenlandse zaken hierbij het voortouw genomen. Er is sprake van een soort projectstructuur voor dit onderwerp, waarbij de rechtspraktijk ingeschakeld is. Voorts zullen adviesinstanties en ook de NVvR geraadpleegd

worden. Voor ontwikkelingen in het burgerlijk procesrecht geldt dat het Ministerie van Justitie een centrale plaats inneemt. De inventarisatie van wetgevende maatregelen in verband met de herziening van de rechterlijke organisatie zal laten zien welke uitgangspunten zullen gelden. Bij de aanvang van de departementale activiteiten in verband met de herziening van de rechterlijke organisatie is overleg gepleegd tussen 'privaatrecht' en 'publiekrecht', waarbij afgesproken is dat vooralsnog de integratie van burgerlijk procesrecht en bestuursrecht niet aan de orde zal zijn. Dit is waarschijnlijk een verstandige beslissing, omdat de wetgevingsactiviteiten op beide terreinen van procesrecht op zich reeds gecompliceerd genoeg zijn. Tegelijk moet worden vastgesteld dat hiermee op ambtelijk niveau een keuze is gedaan die van groot belang is voor de ontwikkeling van ons procesrecht.

Voorts kan worden vastgesteld dat de wetgevingsactiviteiten op het terrein van het burgerlijk procesrecht en het bestuursprocesrecht een overwegend pragmatische inslag hebben. Hoewel bijvoorbeeld aan de Algemene wet bestuursrecht een bepaalde benadering van de verhouding tussen de overheid en de burger ten grondslag ligt, valt uit de voorliggende plannen inzake het procesrecht af te leiden dat primair gestreefd wordt naar een bruikbare samenvoeging van bestaande procesregelingen en naar een uitbreiding van de taak van de bestuursrechter, zodat wellicht de burgerlijke rechter weinig aanvullende rechtsbescherming zal behoeven te geven. De leidinggevende principes worden echter niet geëxpliciteerd, waarschijnlijk omdat die tot een het wetgevingsproces verlammeende discussie aanleiding kunnen geven.

Voor de verschillende wetgevingsprojecten gelden enkele randvoorwaarden die naar mijn indruk van grote invloed zijn op de mogelijkheid om tot veranderingen te komen. De Raad van State heeft binnen de overheidsorganisatie een zodanig sterke positie, dat vooraf in besloten overleg belangrijke keuzes worden gemaakt, die waarschijnlijk niet ter discussie staan. De Raad van State neemt geen genoegen met een snelle afbouw van zijn rechtsprekende taken. Hierdoor zal op middellange termijn een harmonische en uniforme structuur van het procesrecht in het bestuursrecht uitblijven. Ook de optie dat de Hoge Raad uitspraken van de Raad van State zou kunnen casseren, wordt afgewezen, zodat de rechtsvorming op de terreinen waar de Raad van State een taak blijft behouden wellicht niet uniform zal verlopen. Deze negatieve invloed van de Raad van State vind ik niet juist.

In het burgerlijk procesrecht lijkt een aantal ontwikkelingen niet mogelijk, omdat de lobby van advocatuur en deurwaarders te sterk is. Als voorbeeld kan worden genoemd de wetgeving inzake de wijziging van de civiele kantongerechtsprocedure, waarbij de bedreigde positie van de deurwaarders kennelijk voldoende grond vormde om deze vereenvoudigende wetgeving te ontsieren met een onnodig gecompliceerd systeem van een facultatieve (soms toch weer verplichte) dagvaarding, dan wel indiening van een schriftelijke eis ter griffie. (6) De lobby van de advocatuur bleek succesvol genoeg om bij de herziening van het scheidingsprocesrecht de centrale positie van de advocaat te handhaven.

De invloed van de rechtspraak op het procesrecht is verschillend geweest. In het burgerlijk procesrecht valt op dat de rechtsvormende taak van de rechter groot is. De ontwikkeling van de jurisprudentie inzake het kort geding, inzake de onrechtmatige overheidsdaad en bijvoorbeeld de rechtspraak, waarbij een comparitie na antwoord is geïntroduceerd, tonen dat de rechter belangrijke ontwikkelingen in het procesrecht kan entameren. Ook de invloed die de benadering van de 'rolrechter' op de inrichting van het proces kan hebben, is niet licht te onderschatten. (7)

In het bestuursprocesrecht zoals dat tot nu toe geldt, valt op dat de rechter vrij legistisch de beperkingen gevolgd heeft die de wetgever stelde aan de taak van de rechter. Zo is bijvoorbeeld de beperking in de Beroepswet van de beroepsmogelijkheid tot de voor beroep vatbare beslissing (niet zijnde een fictieve weigering) in de rechtspraak zeer onbevredigend gebleken. De Centrale Raad van Beroep heeft net als de Hoge Raad in fiscale zaken nimmer de moed gehad deze wettelijke grensbepaling te doorbreken. De Arob-rechter heeft in de beginperiode wel jurisprudentie gevormd die ten aanzien van de beroepsmogelijkheden een uitbreidende werking heeft gehad, doch overigens zit de Afdeling rechtspraak – mede vanwege de grote werklast – gevangen in de knellende kaders van het Arob-procesrecht.

1.5. *Indeling*

De inhoudsopgave van dit preadvies is vrij gedetailleerd, zodat de le-

(6) Kamerstukken II, 1986 – 1987, 19 976.

(7) G.J. Boon en F.S.P. van der Wal, De rol (van de) rechter, Deventer 1990, en H.G. van der Werf en A.W. Jongbloed, De civiele rechter in de praktijk, Arnhem 1990.

zer daar ook een overzicht kan krijgen van hetgeen aan de orde komt. Na deze inleiding volgt in hoofdstuk II een terreinverkenning, waarbij uiteenlopende onderwerpen van materieel recht en procesrecht mede in onderlinge samenhang aan de orde zullen komen. In dit hoofdstuk zal geanalyseerd worden welke functie de rechter in het proces vervult. Op basis van de in hoofdstuk II verworven inzichten zal in hoofdstuk III een vergelijking beproefd worden tussen burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht. Enkele hoofdpunten van procesrecht zullen aan de orde komen en voor die hoofdpunten zal per paragraaf blijken hoe de verhouding tussen burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht in mijn visie gezien kan worden. De aldaar geformuleerde conclusies worden in hoofdstuk IV afgerond met enkele nabeschouwingen.

II. TERREINVERKENNING

2.1. *Artikel 6 EVRM*

Art. 6 van het Europees Verdrag inzake de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) schept voor de verdragsluitende staten de verplichting om aan de beslechting van geschillen over 'civil rights and obligations' een aantal minimumwaarborgen ten grondslag te leggen: onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de rechter, redelijke termijn, openbaarheid en eerlijkheid van het proces, waaronder 'equality of arms', en rechterlijk gehoor. De betekenis van de termen 'civil rights and obligations' is allerm minst duidelijk. Onder andere de Benthem-zaak heeft ons getoond dat een belangrijk deel van de rechten die bij het bestuursrecht betrokken zijn wellicht in Europees perspectief onder die termen zouden moeten vallen. Vooralsnog houd ik het ervoor dat de beperking die gelegen is in de aanduiding 'civil rights and obligations' verdragshistorisch verklaarbaar is, doch uitgaande van de rechtsstaatsgedachte (zaak-Golder) geringe argumentatieve waarde heeft: alle geschillen waarbij rechten van burgers in het geding zijn, behoren volgens de minimumstandaard van art. 6 EVRM behandeld te worden. Art. 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) geeft wellicht reden voor een ruimere interpretatie, omdat daar het begrip 'suit at law' wijst in de richting van een veel ruimer werkings-

gebied van die bepaling. (8) Voorgaande interpretatie van art. 6 EVRM is niet strikt gebaseerd op de jurisprudentie van het Europees Hof voor de rechten van de mens. Het is naar mijn indruk slechts de vraag in welk tempo en hoe ver het Europese Hof gaat bij de extensieve uitleg van art. 6 EVRM. Uit theoretisch oogpunt kan de stelling verdedigd worden dat ongeacht het privaatrechtelijke dan wel publiekrechtelijke karakter van het geschil of de in het geschil betrokken rechten de minimumeisen die hiervoor genoemd zijn, behoren te gelden.

Ook de jurisprudentie van de Hoge Raad laat zien dat de benadering van de toegang tot de rechter en de daaraan verbonden eisen van behoorlijke rechtspraak niet al te enghartig dient plaats te vinden. In die zin kan gewezen worden op een parallel tussen de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake de bevoegdheid van de burgerlijke rechter op basis van het begrip 'schuldvorderingen en burgerlijke rechten' ingevolge art. 2 Wet RO jo. art. 112 Grondwet en die van het Europees Hof inzake de met het begrip 'civil rights and obligations' geregeleerde bevoegdheid. Zo min de Hoge Raad reden heeft gezien de toegang tot de rechter te beperken door een restrictieve uitleg van art. 2 Wet RO, zo min ziet het Europese Hof kennelijk grond voor een restrictieve uitleg van art. 6 EVRM. (9)

In het licht van art. 6 EVRM en art. 14 IVBPR zou ik als uitgangspunt willen kiezen dat het burgerlijk procesrecht en het bestuursprocesrecht aan dezelfde minimumvoorwaarden behoren te voldoen.

2.2. De toegang tot de rechter

Het burgerlijk procesrecht vormt een ingewikkeld bouwwerk van procedures die deels als algemeen gekenschetst kunnen worden, zoals de dagvaardingsprocedure en sinds recenter datum de algemene verzoekschriftprocedure. De verhouding tussen beide procesvormen is echter niet steeds duidelijk. Dit blijkt bijvoorbeeld in het personen- en familierecht, waar een warwinkel van procedures, die aanvangen met een dagvaarding dan wel een verzoekschrift, tot stand is gebracht. Voorts heeft de wetgever ervoor gekozen om in afwijking van

(8) E.M.H. Hirsch Ballin, *Handelingen NJV 1983*, deel 1, tweede stuk, en de Toegang tot de rechter, a.w.

(9) Behoudens kwesties als verkiezingsafspraken, zie hierover medepreadviser J.H. Blaauw.

de algemene procesregeling, voor bijzondere onderwerpen bijzonder procesrecht vast te stellen of is de algemene regeling nog niet van toepassing verklaard. Ook op het terrein van het bestuursrecht is sprake van een veelheid aan procesregelingen. Voor vele bijzondere rechtsgebieden is afzonderlijk procesrecht van kracht (sociale verzekeringen, ambtenarenrecht, bedrijfsorganisaties, fiscaal recht, kroongeschillen en talloze andere administratieve rechtsgangen). Voorts is er een meer algemene rechtsgang inzake beschikkingen in de vorm van het Arob-beroep tot stand gebracht. De grondslagen en inrichtingsprincipes van alle verschillende vormen van procesrecht zijn nauwelijks tot klaarheid te brengen. Veel verschillen zijn slechts historisch verklaarbaar, terwijl vage en impliciet herkenbare principes of uitgangspunten als verhindering gelden om tot veranderingen te komen.

In ons samenstel van uiteenlopende vormen van procesrecht geldt als uitgangspunt dat de risico's die verbonden zijn aan het kiezen van de rechtsingang en het verzuimen van formaliteiten, waaronder beroepstermijnen, voor risico van de insteller van de rechtsvordering komen. Enige matigende werking kan uitgaan van art. 13 van de Wet Nationale ombudsman, omdat op grond van die bepaling veiligstelling van de beroepstermijn voor administratiefrechtelijke geschillen onder omstandigheden mogelijk is. Problematische grensbepalingen blijven die tussen burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht en die tussen verzoekschrift en dagvaarding. Zou het na de herziening van de rechterlijke organisatie mogelijk zijn dat een beroepsschrift ingevolge het bestuursprocesrecht ingediend, dat een verzoekschrift naar burgerlijk procesrecht had behoren te zijn, via overheveling van de ene kamer naar de andere kamer getransformeerd wordt in een verzoekschrift, of zou zelfs een overgang naar een dagvaardingsprocedure te construeren zijn?

Waar het hier om gaat is de vraag wie de risico's te dragen heeft van de problemen die voortvloeien uit competentieafbakeningen. Vakdeskundigen kunnen wel proberen staande te houden dat principiële en essentiële verschillen verhinderen dat meer uniforme regelingen tot stand worden gebracht. Ik meen echter dat het probleem omgekeerd moet worden. Als uitgangspunt geldt in een democratische rechtsstaat dat een ieder effectief toegang tot de rechter behoort te hebben, wanneer betrokkene in redelijkheid kan menen in zijn of haar rechten geschonden te zijn. De organisatie van de rechtspleging en de inrichting van het procesrecht behoren in het teken te staan van

het realiseren van dit voor onze rechtsorde fundamentele uitgangspunt. Op dit moment voldoet onze rechtsorde slechts in beperkte mate aan deze rechtsstatelijke eis.

Bij een waardering van procesrecht moet onderscheid worden gemaakt tussen:

- a. De uitsluiting van de toegang tot de rechter;
- b. De regulering van de toegang tot de rechter;
- c. De verhindering van de toegang tot de rechter door inefficiënt procesrecht.

De eerste twee vormen van beperking van toegang tot de rechter kunnen legitiem zijn. (10) De derde vorm van beperking van toegang tot de rechter komt veel voor en is niet legitiem, omdat de beperkende werking die uitgaat van inefficiënte regels en praktijken een willekeurig karakter draagt. De uitsluiting en beperking van de toegang tot de rechter zoals die in het procesrecht plaatsvindt, dient steeds te berusten op een *evenwichtige belangenafweging*.

Hiermee raken we een essentieel kenmerk van het procesrecht: de vormgeving van het proces houdt een verzoening in van vele uiteenlopende belangen; daarbij dient er sprake te zijn van een evenwicht. Dit evenwicht draagt echter geen statisch karakter, doch is onderworpen aan de dynamiek van onze rechtsorde: het procesrecht als proces. De inrichting van het procesrecht dient een voor de democratische rechtsstaat fundamenteel belang: de waarborg van de toegang tot de rechter.

2.3. Democratische rechtsstaat

De retorische werking van de samenvoeging 'democratische rechtsstaat' kan discussie voorkomen, maar toch stel ik de vraag: waarom behoort het rechtssubject in een democratische rechtsstaat toegang tot de rechter te hebben?

In de eerste plaats valt op dat dit uitgangspunt niet kan gelden als een absoluut dogma: arbitrage is bijvoorbeeld mogelijk en eventueel kan iedere vorm van geschillenbeslechting worden uitgesloten (waarmee de rechtsbetrekking tot een 'gentlemen's agreement' wordt). Ook in een goede procesregeling kan voor sommige geschillen de toegang tot de rechter afgesloten zijn. (11)

(10) De toegang tot de rechter, a.w.

(11) Zie de vorige noot.

In de tweede plaats heeft de verwijzing naar de begrippen 'democratische rechtsstaat' primair betekenis voor het bestuursrecht. In een democratische rechtsstaat heeft immers de onafhankelijke rechterlijke controle op het bestuur belangrijke betekenis voor het stelsel van 'checks and balances'. Wat is echter de verbinding tussen de begrippen democratische rechtsstaat en het burgerlijk recht?

Het burgerlijk recht is ook overheidsrecht en vormt zo een belangrijke deelrechtsorde binnen de democratische rechtsstaat. (12) De rechtspleging door de overheidsrechter in het burgerlijk recht – voor zover niet gekozen wordt voor arbitrage – heeft mede betekenis voor de rechtsvorming in dit rechtsgebied. De jurisprudentie van de Hoge Raad draagt ertoe bij dat de burgerrechtelijke rechtsorde goed functioneert. Dit is een zelfstandig belang van de democratische rechtsstaat.

Hieraan kan nog worden toegevoegd dat de wetgever ervoor gekozen heeft om aan belangrijke delen van ons burgerlijk recht niet vorm te geven door slechts te codificeren van wat onder burgers 'als vanzelf' zou gelden, doch om bepaalde politieke desiderata in de wet vast te leggen. Het arbeidsrecht en het huurrecht vormen hiervan voorbeelden. Meer algemeen kan worden gezegd dat het burgerlijk recht – later zal ik hierop uitvoeriger terugkomen – steeds meer een materieel normerende inhoud heeft gekregen. Deze materiële normering van rechtsbetrekkingen in het burgerlijk recht draagt bij tot de vormgeving van de samenleving naar de snit die de politieke elite wenselijk acht. Het burgerlijk recht is in die zin in de loop van deze eeuw 'gepolitiseerd'. De rechtspraak van de rechter betekent dat dit burgerlijke recht 'gehandhaafd' wordt. In de regel is het 'gepolitiseerde' burgerlijke recht dwingend van aard en daarmee is de keuze voor arbitrage uitgesloten. De grens tussen dwingend recht en regelend recht is voorwerp van politieke keuzebepaling en is daarom niet principieel van karakter.

Ook wanneer de wetgever niet regelend is opgetreden, kan de rechtsvormende taak van de rechter van directe betekenis zijn voor de democratische rechtsstaat. Hierbij denk ik bijvoorbeeld aan het stakingsrecht. De jurisprudentie inzake het stakingsrecht heeft geleid tot maatschappelijke pacificatie van dit 'strijdmiddel'. Deze pacifica-

(12) E.M.H. Hirsch Ballin, Voorbij het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht, in: Bestuursrecht en Nieuw BW, Zwolle 1988, p. 15 e.v. Vgl. ook Bloembergen en Lubach a.w.

tie door rechtspraak – die op velerlei terrein plaatsvindt – draagt bij tot de handhaving van de openbare orde; ook dit vormt een direct belang van de democratische rechtsstaat. Bij deze functie van rechtspraak sluit nauw aan het idee dat de overheid het geweldsmonopolie heeft en eigenrichting in beginsel uitgesloten is. Deze regulering van geweldgebruik draagt bij tot de existentie van de democratische rechtsstaat.

De betekenis van rechtspraak voor een rechtsorde kan worden samengevat met de regel: zonder rechtspraak geen *recht* en geen *orde*.

2.4. Competentie

De vormgeving van de bevoegdheid van de gewone rechter op basis van art. 2 Wet RO heeft belangrijke gevolgen voor de bestudering van verschillen en overeenkomsten tussen burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht. De uitleg die de Hoge Raad heeft gegeven aan de zinsnede: 'alle geschillen over eigendom of daaruit voortvloeiende rechten, over schuldvorderingen of burgerlijke rechten, en de toepassing van alle soort van wettig bepaalde straffen', impliceert dat in beginsel alle geschillen die onder de ruime noemer van onrechtmatige daad in de zin van art. 1401 BW gebracht kunnen worden, voorgelegd kunnen worden aan de burgerlijke rechter en beslecht kunnen worden onder toepassing van het burgerlijk procesrecht. Op deze regel geldt slechts één uitzondering, namelijk de geschillen tussen de ambtenaar en de overheid, omdat de Hoge Raad ten aanzien van de Ambtenarenwet 1929 aanneemt dat deze uitputtende procesregeling ertoe leidt dat de burgerlijke rechter *onbevoegd* is kennis te nemen van geschillen die voortvloeien uit de ambtenaarsverhouding. (13) In alle andere gevallen vindt zoals bekend de afgrenzing van de rechtsmacht van de burgerlijke rechter ten opzichte van de verschillende administratieve rechtsgangen plaats via het begrip niet-ontvankelijkheid. Dat wil zeggen – als de insteller van een vordering waarvan kennisneming is opgedragen aan een administratieve rechter voor de burgerlijke rechter poneert dat er sprake is van een onrechtmatige daad, dan is de burgerlijke rechter weliswaar *bevoegd*, doch leidt een niet-ontvankelijkverklaring tot de gewenste afgrenzing van de rechtsmacht. Op grond van deze jurisprudentie fungeert de burgerlijke rechter ook als 'restrechter', zodat voor ons recht als uitgangspunt

(13) HR 4 december 1987, AB 1988, 189, m.nt. F.H. van der Burg.

geldt dat ondanks de tot op heden haperende ontwikkeling van bestuursrechtspraak er in beginsel steeds toegang tot de rechter is.

De ruime opvatting van de Hoge Raad ten aanzien van de toegang tot de rechter heeft niet alleen betekenis voor het bestuursrecht. Ook in strafrechtelijke kwesties kan de burgerlijke rechter zo nodig op basis van het burgerlijk recht in een civiele procedure aanvullende rechtsbescherming geven. Hetzelfde kan gezegd worden voor zover in het burgerlijk procesrecht bijzondere procedures zijn gegeven, bijvoorbeeld inzake huurrecht voor de kantonrechter, of voor zover de gewone rechter als bijzondere administratieve rechter is aangewezen, bijvoorbeeld inzake onteigening en fiscaal recht. Niet is uitgesloten dat de rechtbank op grond van een dagvaarding kennis neemt van een actie – bijvoorbeeld in kort geding – van een huurder jegens de huisbaas die geacht wordt onrechtmatig jegens de huurder te handelen, of een dagvaarding van de Staat der Nederlanden inzake handelingen van de inspecteur in een fiscaal geschil.

De ruime bevoegdheid van de burgerlijke rechter op basis van art. 2 Wet RO, in samenhang met art. 1401 BW en art. 289 Rv is in de praktijk ontstaan. In het perspectief van art. 6 van het EVRM kan worden geconstateerd dat deze jurisprudentie voor onze rechtsorde de aanspraak op toegang tot de rechter effectief maakt. De toegang tot de rechter valt ook slechts effectief te realiseren op basis van een algemeen geformuleerde bevoegdheid van de rechter. Iedere uitzondering op de bevoegdheid van de rechter die ertoe leidt dat een rechtssubject een geschil over of in verband met de vaststelling of uitoefening van burgerlijke rechten en plichten – in de zin van art. 6 van het EVRM – niet zou kunnen voorleggen aan een onafhankelijke rechter zou een schending van deze verdragsbepaling betekenen.

Tevens moet worden vastgesteld dat deze ruime uitleg door de Hoge Raad van de bevoegdheid van de rechter op grond van art. 2 Wet RO, in samenhang met art. 1401 BW en art. 289 Rv, structuurbepalend is voor de plaats van de burgerlijke rechter in onze rechtsorde. In beginsel geldt dat de burgerlijke rechter onder toepassing van het burgerlijk recht en het burgerlijk procesrecht een algemene bevoegdheid heeft die de bevoegdheden van andere rechters, die ander materieel recht en ander procesrecht toepassen, mede omvat. In beginsel geeft de burgerlijke rechter aanvullende rechtsbescherming, mits de insteller van de vordering geen ambtenaar is en stelt dat er sprake is van een onrechtmatige daad. Dit impliceert dat wat de wetgever ook regelt aan bijzondere rechtsgangen en bijzonder procesrecht, de wet-

gever naar de huidige stand van de jurisprudentie niet kan tornen aan de algemene bevoegdheid van de burgerlijke rechter bij de toepassing van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht. Dit komt anders te liggen wanneer de Hoge Raad ter zake van het komend bestuursprocesrecht zou beslissen dat dit – net als de Ambtenarenwet 1929 thans – derogeert aan art. 2 Wet RO.

Bij de invoering van de administratieve kamers bij de rechtbanken dreigt voor art. 2 Wet RO echter onverwacht onheil. De schrijvers van het voorontwerp hebben het voornemen deze bepaling te schrappen, zodat de bevoegdheid van de burgerlijke rechter direct op de Grondwet zal komen te berusten. De motivering die hierbij is gegeven, is staatsrechtelijk gezien onjuist: wat de Grondwet regelt behoeft de wet niet te regelen. De Grondwet stelt echter vast datgene wat de wetgever behoort te doen. De wetgever kan vervolgens niet stellen dat de grondwetgever die wetgevende taak reeds heeft vervuld. (14) Het spreekt voor zich dat indien na schrapping van art. 2 Wet RO, art. 112 Grondwet direct de basis voor de bevoegdheid van de burgerlijke rechter gaat vormen, jurisprudentie van de Hoge Raad waarbij het komend bestuursprocesrecht zou derogeren aan de bevoegdheid van de burgerlijke rechter uitgesloten is. Het nieuwe procesrecht kan immers niet derogeren aan de Grondwet!

Verwacht kan worden dat in de Algemene wet bestuursrecht de 'rechtbank' de bevoegdheid krijgt kennis te nemen van beroepen van belanghebbenden tegen besluiten. De begrippen belanghebbende en besluit zijn reeds in de Algemene wet bestuursrecht gedefinieerd. Alle geschillen die niet tot kennisneming van de rechtbank behoren, omdat deze geen besluit betreffen, zullen behoren tot de geschillen waarvan de rechtbank als 'restrechter' kennis kan nemen. Met andere woorden: voor zover in de nieuwe procesregeling inzake bestuursrecht beperkingen van de toegang tot de rechter zijn opgenomen, is de 'rechtbank' wel bevoegd om in een civiel geding kennis te nemen van het door de wetgever uitgesloten geschil. Op de behandeling van dat geschil is burgerlijk procesrecht van toepassing.

Uit het voorgaande blijkt dat de in Nederland op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad ontstane competentieverhouding van rechters van directe betekenis is voor de afgrenzing van het toepassingsgebied van het burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht. In beginsel is behandeling van ieder geschil – ook een be-

(14) Zie hierover ook medeprecadviseur J. H. Blaauw.

stuursrechtelijk geschil – op basis van burgerlijk procesrecht mogelijk.

2.5. Verschillend procesrecht

De mogelijkheid dat bestuursrechtelijke geschillen door de burgerlijke rechter worden behandeld, duidt erop dat het burgerlijk recht en het burgerlijk procesrecht in de Nederlandse rechtsorde een universeel karakter hebben gekregen. Ik volsta hier met deze vrij globale kenschets, omdat dit niet de plaats is de historie van de gemene rechtsleer op te halen. (15) De toepassing van bestuursrecht valt te brengen onder toepassing van het burgerlijk recht, in die zin dat onder meer de onrechtmatige daad in art. 1401 BW mede kan omvatten de handeling in strijd met het geschreven of ongeschreven bestuursrecht. Het burgerlijk procesrecht bevat geen belemmeringen voor effectieve rechtsbescherming door de burgerlijke rechter. Sterker nog, op één punt kende het burgerlijk procesrecht een meer krachtig rechtsmiddel, namelijk het kort geding – dat pas sinds de invoering van de Wet Arob ook binnen het bestuursprocesrecht van betekenis werd. Het kort geding voor de ambtenarenrechter en voor de voorzitter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft daarvoor geen hoge vlucht genomen.

Twee elementen van het burgerlijk procesrecht, namelijk verplichte procesvertegenwoordiging en de lijdelijkheid van de rechter – wat daaronder ook verstaan moet worden – werken kennelijk niet als een belemmering voor de toepassing van burgerlijk procesrecht op geschillen met de overheid. Het omgekeerde kan echter moeilijker staande worden gehouden. De rechtsmacht van de administratieve rechter omvat in de Nederlandse benadering niet de contracten met de overheid en de onrechtmatige daad. Dit is primair een kwestie van bevoegdheid. Toch kan worden aangenomen dat ten aanzien van contracten met de overheid de benaderingswijze van de burgerlijke rechter als kenmerk van de procesorde voor die geschillen nog steeds aanhang vindt.

Naar aanleiding van deze observatie kan de vraag worden gesteld waarom – behoudens historie en traditie – voor het bestuursrecht gestreefd is en wordt naar de vorming van afzonderlijk procesrecht: het bestuursrecht kan immers ook door de 'burgerlijke rechter' be-

(15) J. van der Hoeven, a.w.

oordeeld en toegepast worden. Een antwoord op de gestelde vraag heeft Van der Hoeven gegeven: de angst voor onafhankelijke rechterlijke controle door de burgerlijke rechter op bestuurshandelingen. (16) Deze angst heeft echter in historisch perspectief mede een staats-theoretische grond: de scheiding van de machten brengt mee dat de onafhankelijke rechter niet mag oordelen over het 'freies Ermessen' dat bestuursorganen bij het uitoefenen van de uitvoerende macht hebben. In Frankrijk vormt dit een nog steeds geldend leidinggevend principe bij de inrichting van de rechtspleging over bestuurshandelingen: afzonderlijke administratieve rechters die in ieder geval affiniteit moeten hebben met het bestuur en daartoe stages bij de openbare dienst moeten volgen. In deze tijd zou een dergelijk conformerend model in Nederland niet aanvaard worden. (17) Het lijkt erop dat in Nederland de gedachte van onafhankelijke rechtspraak van groeiende betekenis is, hoewel ook kritiek te horen valt. (18) Ik zou echter willen vaststellen dat bij de beoordeling van de vormgeving van het bestuursprocesrecht dit punt aandacht vraagt, met name omdat de angst voor onafhankelijke rechtspraak vaak impliciet doorwerkt: de vormgeving van de vreemdelingenrechtspraak vormt hiervan een voorbeeld. (19)

Een ander aspect van de verschillen tussen burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht vraagt hier eveneens de aandacht. Er bestaan tussen de verschillende vormen van bestuursrechtspraak grote cultuurverschillen. De belastingrechtspraak vormt bijvoorbeeld een bastion van eigengereidheid. Voor het belastingrecht wordt de gelding van de Algemene wet bestuursrecht betwist (20) en de inpassing in uniform procesrecht zal ongetwijfeld bezwaren op gaan leveren. Het cultuurverschil tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrecht-

(16) J. van der Hoeven, a.w. Hieraan doet overigens niet af dat inzake onteigening en belastinggeschillen de gewone rechter als administratieve rechter is aangewezen: de ontwikkeling van de bestuursrechtelijke rechtspleging is langs kronkelwegen verlopen.

(17) Als rechter in het bestuursrecht ben ik soms verbaasd over de bestuursvriendelijke benadering die soms voorkomt.

(18) R. F. Lubbers over de verfloddering van de trias in zijn rede te Nijmegen 1990, zie NJB 1990, p. 1261 en L.C. Brinkman, 'Genoeg van de staat', in: Verantwoordelijkheid: Retoriek en Realiteit, Zwolle 1989, p. 121.

(19) Zie mijn bijdrage Een vreemde oplossing voor de vreemdelingenrechtspraak, Trema'' 1987, p. 267 c.v.

(20) De betekenis van de Algemene wet bestuursrecht voor het belastingrecht, 1 en 2, Geschriften van de Vereniging voor belastingrecht, nr. 179, Deventer 1989, met name de reactie van J.M. Polak, in het verslag op pp. 7 - 8.

ter is in bepaalde opzichten nog groter. Veelal wordt dit kort samengevat met de tegenstelling lijdelijk/niet-lijdelijk. Een ander aspect van dit cultuurverschil komt eerst aan de orde: het proces als rechtsstrijd dan wel als proces van belangenafweging.

2.6. *Het proces als rechtsstrijd*

In onze rechtstaal is het (klassieke) proces omgeven met een jargon dat het proces kenmerkt als een strijd. 'Procederen is oorlog': partijen brengen geschut in stelling en de rechter stelt vast hoe de strijd beslist is. Met de dagvaarding wordt het doel bepaald en vervolgens worden de pijlen op de tegenstander gericht, die terugschiet en de aanval tracht te pareren. Met het vonnis eindigt de strijd, die 'op punten' gewonnen kan worden. Het maatschappelijke conflict is gesublimeerd tot het papieren strijdmodel, waarbij eigenrichting is uitgesloten en afstand tussen de partijen is geschapen. Zij procederen door tussenkomst van hun advocaten binnen het streng gereguleerde rollenspel van het proces.

Dit strijdmodel geldt traditioneel niet voor het administratieve procesrecht: hier voltrekt zich de 'rechtsbescherming tegen de overheid'; een terminologie die een wollige connotatie heeft. De rechter is niet lijdelijk, omdat de rechter de burger, die in een – zoals vaak wordt opgemerkt – zwakkere positie staat tegenover de overheid, in die ongelijkheid moet compenseren. De strijd wordt ook niet gewonnen, omdat de burger genoeg pijlen op zijn boog had (dan zou de rechter ook mee moeten schieten!), maar omdat het bestuursrecht de (eventueel 'winnende') rechtspositie van de burger determineert: juiste toepassing van het objectieve bestuursrecht. Van Galen en Van Maarseveen hebben hun rechtsvergelijking van burgerlijk procesrecht en administratief procesrecht destijds in belangrijke mate naar dit procesmodel ingericht. (21) Het bestuursproces is niet ingericht naar het strijdmodel, eerder ging het om een verificatiemodel, waarbij de burger een klachtrecht had. Dit verificatiemodel is in de loop van deze eeuw echter van karakter veranderd. Vanwege de terugtred van de wetgever viel er vaak minder te verifiëren: de toetsing van de uitoefening van discretionaire bevoegdheden met de daarbij behorende belangenafweging ging een belangrijke rol spelen.

(21) a.w. Zie p. 21 e.v. waar zij naast de 'rechtsbeschermingsoptiek', de 'social service optiek' en de 'controle optiek' noemen.

Ook het burgerlijk proces is echter van karakter veranderd en deze verandering hangt nauw samen met de verandering van het burgerlijk recht als zodanig. Hirsch Ballin heeft dit thema aangeroerd door te spreken van een verschuiving van toepassingsjurisprudentie naar belangenjurisprudentie. (22) Kernbegrip lijkt te zijn *belangenafweging*.

Bij het strijdmodel staan partijen tegenover elkaar: niets bindt hen, behalve de strijd over de zaak. Komt de belangenafweging meer op de voorgrond te staan in het proces, dan wordt echter een andere betrekking tussen partijen van belang.

2.7. Het begrip rechtsbetrekking

Het begrip rechtsbetrekking gebruik ik als een gemeenschappelijke noemer voor vele voor het recht relevante fenomenen. In het bestuursrecht is het begrip rechtsbetrekking als wettelijk begrip geïntroduceerd in de Grondwet in 1983 (23); ook in de memorie van toelichting bij de Algemene wet bestuursrecht speelt dit begrip een belangrijke rol. (24) Onder een rechtsbetrekking kan worden verstaan een door rechtsnormen gevormde betrekking tussen twee of meer subjecten. (25) In de memorie van toelichting bij de Algemene wet bestuursrecht wordt het begrip rechtsbetrekking als zodanig niet gedefinieerd, doch de strekking van het begrip wordt in verband gebracht met de veranderde verhouding tussen overheid en onderdaan tot een meer wederkerige relatie, mede onder invloed van het ongeschreven recht, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur:

(22) E.M.H. Hirsch Ballin, Onafhankelijke rechtsvorming, in: De Hoge Raad der Nederlanden, De veranderende rol van de Hoge Raad als rechtsvormer, Zwolle 1988, p. 211 e.v.

(23) Art. 112, tweede lid: De wet kan de berechting van geschillen die niet uit burgerlijke rechtsbetrekking zijn ontstaan, opdragen hetzij aan de rechter... Dit begrip rechtsbetrekking moet uitgelegd worden in verband met het eerste lid van art. 112 Grondwet: Aan de rechterlijke macht is opgedragen de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen.

(24) Eerder is dit begrip ook wel gebruikt door Vegting, maar niet in de betekenis die thans de gangbare is geworden. Zie ook L.G. van Reijen, De overgang van rechten en verplichtingen uit administratieve rechtsbetrekkingen, Preadvies VAR 1958, VAR-reeks 38.

(25) E.M.H. Hirsch Ballin, preadvies NJV 1983, a.w., naar aanleiding van N. Achterberg, Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung, Berlijn 1982. Zie ook P.H. Banda, Administratief procesrecht in vergelijkend perspectief, Zwolle 1989.

‘Dat evenwicht (in de ontwikkeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, *AFMB*) wordt in het ontwerp nagestreefd door de betrekking tussen bestuur en burger te beschouwen als een rechtsbetrekking tussen weliswaar naar hun aard verschillende partijen – omdat het bestuur het algemene belang vertegenwoordigt en daarbij dienstbaar is aan de uitvoering van democratisch genomen besluiten, terwijl de wederpartij een individueel belang naar eigen inzicht mag behartigen – , maar toch een rechtsbetrekking waarin beide partijen in een wederkerige relatie staan, zodat zij rekening moeten houden met de positie en de belangen van de andere partij’. (26)

Hieraan wordt nog toegevoegd dat deze benadering van de verhouding tussen overheid en burger, die haar basis vindt in de huidige jurisprudentie en in moderne wetgeving, een leidraad heeft gevormd bij de opstelling van het ontwerp van de Algemene wet bestuursrecht.

De betekenis van het begrip rechtsbetrekking kan blijken wanneer bijvoorbeeld bij de afgifte van een vergunning onder voorwaarden op een daartoe strekkend verzoek niet slechts rechtens relevant wordt geacht hetgeen op schrift blijkt: meestal de beschikking. Welke betekenis heeft het gedurende jaren bewust gedogen van het niet nakomen van bepaalde voorschriften, welke betekenis heeft de toezegging van de vertegenwoordiger van het bevoegde orgaan dat de belastende voorwaarden gedurende een periode van 5 jaar niet nader zullen worden verzwaaard? In het bestuursrecht is een ontwikkeling op gang gekomen waarbij op basis van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur alle (rechts)feiten en (rechtens relevante) omstandigheden in hun onderlinge samenhang beoordeeld worden.

Een concept als een uit het burgerlijk recht voortvloeiende rechtsbetrekking tussen twee rechtssubjecten heeft bij de opstellers van het NBW zeker niet voorgestaan. De verschijningsvorm van de overeenkomst is nog betrekkelijk formeel en leerstukken als dwang, dwaling en bedrog en bijvoorbeeld de ongeoorloofde oorzaak zijn als randvoorwaarden van het overeenkomstenrecht gecodificeerd. Centraal staat echter de overeenkomst als zodanig. Een overeenkomst zou als een rechtsbetrekking kunnen worden opgevat, doch de voorkeur kan worden gegeven aan een benadering waarbij aan de hand van het geldende recht wordt vastgesteld welke elementen van de betrekking tussen rechtssubjecten als rechtens relevant kunnen worden aange-

(26) Par. II van de MvT, Kamerstukken II, 1988 – 1989, 21.221, nr. 3, p. II.

merkt, zodat daarmee de inhoud van de rechtsbetrekking bepaald wordt. (27) De betekenis van het ongeschreven recht – bijvoorbeeld volgens de geldende doctrine de precontractuele goede trouw – is in die benadering meer relatief. Uit het ongeschreven recht kunnen in het kader van de rechtsbetrekking rechtsaanspraken voortvloeien, die niet hun oorsprong vinden in het op wilsovereenstemming berustende contract. Ook bijvoorbeeld in de post-contractuele sfeer kunnen nog rechten en plichten ontstaan. Tussen wanprestatie en onrechtmatige daad is geen scherpe scheiding meer aanwezig. De traditionele besommeringen in het privaatrecht die men heeft met het beantwoorden van de vraag *of er een overeenkomst tot stand is gekomen* ten spijt, kan geconstateerd worden dat het bestaan van de overeenkomst van minder belang is geworden voor het beantwoorden van de vraag of de ene partij jegens de andere partij iets heeft te vorderen. Deze constatering zal voor de te ontwikkelen visie op het proces van doorslaggevende betekenis zijn.

Insgelijks zou voor het bestuursrecht gezegd kunnen worden dat de beschikking de rechtsbetrekking tussen de burger en de overheid bepaalt, doch juister is het om te stellen dat de beschikking *mede* die rechtsbetrekking bepaalt. Feitelijke omstandigheden kunnen bijvoorbeeld onder inwerking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur mede bepalend zijn voor de inhoud van de rechtsbetrekking. Zou bijvoorbeeld de AWB bepalen dat een beschikking slechts tot stand komt door een op rechtsgevolg gericht besluit van het daartoe bevoegd orgaan – een wijze van normeren die vergelijkbaar is met art. 217 Boek 6 NBW in de context van deze nieuwe wetgeving – dan zou het probleem ontstaan dat onder invloed van het ongeschreven recht een *rechtsplicht* van de overheid kan ontstaan zonder dat er een besluit van een bevoegd orgaan is dat op rechtsgevolg gericht is. Kernvraag is dus niet of op grond van het positieve recht een besluit aangenomen kan worden, doch de vraag of de overheid jegens een rechtssubject in rechte tot iets gehouden kan zijn.

Het begrip rechtsbetrekking is van een andere orde dan de begrippen beschikking of overeenkomst. Ook de vraag of op grond van een rechtsbetrekking het ene rechtssubject tegenover het andere rechts-

(27) J.H.M. van Erp, *Contract als rechtsbetrekking*, Zwolle 1990, en J. Eggens, zoals aangehaald bij E.M.H. Hirsch Ballin, *Zelf in de zaak voorzien*, in: *Blinde vlekken in het sociaal recht*, Deventer 1986, p. 191 e.v. De benadering van het contractenrecht met het begrip rechtsbetrekking behoeft er overigens niet toe te leiden dat het begrip contract betekenis zou verliezen (Vgl. Jac. Hijma, *Kwartaalbericht NBW*, 1990, p. 118).

subject tot iets gehouden is, is van een andere orde dan de vraag of de beschikking een rechtsplicht schept of dat de overeenkomst een verbintenis schept.

2.8. Objectief en subjectief

De opkomst van het begrip rechtsbetrekking in het bestuursrecht houdt verband met een veranderde visie op de verhouding tussen 'overheid en onderdaan'. In het kader van de AWB betekent de benadering vanuit het begrip rechtsbetrekking, dat meer wordt uitgegaan van een wederkerige relatie tussen overheidsorganen en burgers. Hiermee hangt samen een gewijzigde visie op de werking van het bestuursrecht. Traditioneel was de visie deze dat het bestuursrecht gold als het objectieve recht. (28) Uit het objectieve recht vloeiden direct rechten en plichten voor de burger voort. De taak van de rechter bestond hierin dat deze waarborgde dat het objectieve recht juist werd toegepast. Voor zover de burger daarbij voordeel had, kon de burger baat hebben bij een beroep op de rechter of op een hoger bestuursorgaan. In het begin van de ontwikkeling van het bestuursprocesrecht heeft wel de gedachte geleefd dat nadat de burger de klacht over schending van het objectieve recht had gedeponereerd bij de rechter, de burger geen partij meer hoeft te zijn in het geding. (Terzijde zij opgemerkt dat de procedure voor het Europees Hof voor de rechten van de mens formeel aan deze structuur beantwoordt.) Op dit uitgangspunt volgde een ontwikkeling waarin meer nadruk komt te liggen op de 'rechtsbescherming tegen de overheid', waarbij de burger tegen de overheid op mag komen voor zijn uit het objectieve recht voortvloeiende rechten. De burger is dan al minder 'onderworpen' aan het bestuursrecht.

De opkomst van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur vormt het symptoom van een verdergaande ontwikkeling. De overheid moet behoorlijk met de burger omgaan – eveneens uitgangspunt van de Wet Nationale ombudsman – en in het woord 'omgaan' komt de wederkerigheid van de relatie tussen de overheid en de burger tot uitdrukking. Deze wederkerigheid betekent dat een redelijk handelend burger een redelijk handelen van de overheid mag verwachten. Naast de controle van de wetmatigheid van het overheids-

(28) Vgl. J.R. Stellinga, *Bevoegdheden en verplichtingen, subjectieve rechten en schulden van de overheid en van de onderdanen*, R.M Themis 1949, p. 445 e.v.

handelen – dat vanzelfsprekend op de eerste plaats komt – krijgt de rechter de taak mede te beoordelen of de overheid ook behoorlijk gehandeld heeft.

In het privaatrecht zou de taak van de rechter gezien kunnen worden als die waarbij de rechter aan de hand van de door partijen aan hem voorgelegde feiten en omstandigheden concludeert dat er sprake is van een verbintenisscheppende overeenkomst strekkende tot een bepaalde prestatie, terwijl gedaagde die prestatie niet geleverd heeft, zodat er een rechtsgrond is voor toewijzing van de vordering wegens wanprestatie. Alle elementen die in deze oordeelsvorming besloten liggen, zijn gedetermineerd door het Burgerlijk Wetboek. De ontstaansvereisten voor een overeenkomst zijn daarbij traditioneel van groot belang, met name omdat wanneer aangenomen wordt dat er een overeenkomst is, *de rechter gehouden is te oordelen volgens de strikte inhoud van het overeengekomene*. In deze benadering schuilt een parallel met de benadering in het bestuursrecht uitgaande van de gelding van het objectieve recht. De wet determineert precies onder welke voorwaarden een burger rechtsaanspraken heeft tegenover de overheid, terwijl de rechter aan de hand van de wet die rechtsaanspraken kan vaststellen. Insgelijks determineert de wet precies de wijze waarop een overeenkomst tot stand komt. De rechter moet op vordering van een rechtssubject het bestaan van een overeenkomst vaststellen en vervolgens de vorderingsrechten die daaruit voortvloeien, bevestigen en voorzien van een executoriale titel. Het burgerlijk proces is dan gericht op nakoming van de overeenkomst. De rechter is in deze benadering immanent lijdelijk, en aan hetgeen partijen in een geding aan de rechter voorleggen, heeft deze *niets* toe te voegen.

In de loop van deze eeuw is de toepassing van het privaatrecht wat subtieler geworden. De rechter is niet meer zo absoluut gehouden aan hetgeen partijen zijn overeengekomen. Een boetebeding kan leiden tot rechterlijke matiging, conversie kan een rol spelen, nietigheden kunnen in hun absolute werking gematigd worden, en de rechter kan volgens komend recht wegens onvoorziene omstandigheden de inhoud van de overeenkomst wijzigen, en de redelijkheid en billijkheid kunnen derogerende werking hebben. De discussies in het privaatrecht over dit laatste onderwerp tonen aan hoe hardnekkig de benadering vanuit de objectieve gelding van de overeenkomst als 'rechtsinstituut' is. Immers, de derogerende werking van de goede trouw zou een inbreuk inhouden op het traditionele model.

De discussie in het privaatrecht over de derogerende werking van de

goede trouw is equivalent aan de benadering van de werking 'contra-legem' van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het bestuursrecht. Dit onderwerp krijgt in het bestuursrecht nog slechts beperkte aandacht, (29) mede omdat die 'contra-legem'-toepassing als iets uitzonderlijks wordt beschouwd. Dit neemt niet weg dat de invloed die de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook bij 'gebonden' beslissingen kunnen hebben steeds belangrijker wordt. Ook naast en boven en eventueel tegen de wettelijke regeling in, kan de overheid onder invloed van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur tot iets gehouden zijn. Dat deze – derogerende – werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet benaderd moet worden vanuit de termen preter-, extra- of contra-legem, doch berust op een relativering van de absolute werking van het wetsbegrip onder invloed van de aan de wet meer *nevengeschikte* algemene beginselen van behoorlijk bestuur, vormt nog geen algemeen aanvaarde benadering.

2.9. *De relativering van het geschreven recht*

In het algemeen kan de tendens waargenomen worden dat het geschreven recht een meer relatieve betekenis krijgt. Het woord 'relatief' dient in dit verband tweeledig te worden opgevat. In de eerste plaats dient het recht ter regulering en vastlegging van rechtsbetrekkingen tussen mensen; met andere woorden: het recht heeft een dienende functie ten aanzien van zingevende verbanden tussen mensen. In de tweede plaats blijkt dat het geschreven recht daarbij een betrekkelijke betekenis krijgt, in die zin dat de wet, de beschikking, de overeenkomst en eigendom hun absolute betekenis verliezen. De wet is onschendbaar, de niet gebonden beschikking is niet onderworpen aan rechterlijke controle (maar aan administratief beroep), de overeenkomst strekt partijen tot wet en de eigendom is 'inviolable et sacré'. De onschendbaarheid van het recht, de absolute – en autoritaire – betekenis van 'instituten' als de wet, de beschikking, de overeenkomst en de eigendom wordt echter aangetast. Het antwoord op de vraag waarom het recht een meer relatieve betekenis krijgt ligt besloten in de eerste betekenis die hier aan de relativiteit van het recht wordt gehecht. Het recht heeft geen betekenis zonder de (rechts)be-

(29) Vgl. P. Nicolai, *Beginnelsen van behoorlijk bestuur*, Deventer 1990, die dit onderwerp slechts terzijde bespreekt.

trekking tussen rechtsgenoten die ermee gestalte krijgt. Een contract is geen 'ding', maar heeft betekenis voor de rechtsbetrekking tussen rechtssubjecten. Leijten heeft dit eens als volgt onder woorden gebracht:

'Veeleer is daarbij kenmerkend of de rechtsproblematiek, het conflict vanuit de relatie tussen mensen en zaken wordt benaderd. In de benadering ad personam ontleent de omstreden zaak zijn status aan de relatie tussen mensen, in die ad rem wordt de status van de conflicterenden afhankelijk gesteld van de relatie van elk hunner tot de zaak. Die zaaksgerichte denkrant verandert wezenlijk als de zaak – de aubade – afhankelijk wordt van een trio persoonlijke relaties... Aankomend juristen moeten zich die optiek in ieder geval óók meester maken. Want zij zal zelfs het vermogensrecht gaan doordringen. Wie alleen ad rem blijft denken, zal spoedig niet meer bij de tijd zijn.' (30)

De benadering ad personam begint het gehele recht te doordringen. In de AWB wordt jurisprudentierecht gecodificeerd met als uitgangspunt dat overheid en burger in een rechtsbetrekking tot elkaar staan. *Neuengeschicht* aan de wet, de regeling, de beschikking of het besluit, geven de algemene beginselen van behoorlijk bestuur aan waartoe overheid en burger over en weer kunnen worden gehouden. In het privaatrecht gelden redelijkheid en billijkheid steeds vaker als maatstaf voor een nadere toetsing van hetgeen partijen van elkaar vorderen. Opmerkelijk is daarbij, dat bijvoorbeeld vertrouwen, inlichtingenverplichtingen, onderzoeksverplichtingen en de maatschappelijke zorgvuldigheid een rol spelen die bij nadere beschouwing dicht in de buurt van die van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur komen. (31)

2.10. *Burgerlijk recht en bestuursrecht*

Zowel het burgerlijk recht als het bestuursrecht hebben in de loop van deze eeuw belangrijke ontwikkelingen ondergaan. Deze ontwikkelingen kunnen in het bestek van dit preadvies niet volledig en evenwichtig beschreven worden. Hier wil ik volstaan met het aangeven van enkele tendensen.

(30) J. Leijten, De didactische waarde van het vermogensrecht, NJB 1988, p. 1378.

(31) A. Hammerstein, procederen te goeder trouw, Tijdschrift voor privaatrecht 1989 p. 1595 e.v.

Kenmerkend voor het burgerlijk recht in de 'klassieke vorm' is het formele karakter ervan. De wet regelt de ontstaanswijze en gevolgen van de overeenkomst en bepaalt (afgezien van benoemde contracten) in beginsel niets over de inhoud van de overeenkomst, behoudens randvoorwaarden als ongeoorloofde oorzaak e.d. Ook het eigendomsrecht is in beginsel in het burgerlijk recht niet nader inhoudelijk geregeld. Het burgerlijk recht regelt wie eigenaar is van een zaak en welke – in beginsel onbeperkte – bevoegdheden aan de eigenaar toekomen. In de loop van deze eeuw blijkt echter het burgerlijk recht steeds sterker een materiële betekenis te krijgen. Voor bijzondere contracten, zoals ter zake van huur en arbeid bepaalt het burgerlijk recht voor een belangrijk deel dwingend welke materiële inhoud de overeenkomst heeft. Voor het contractenrecht in het algemeen geldt dat mede onder inwerking van het ongeschreven recht – redelijkheid en billijkheid – eisen gesteld worden aan de inhoud van het overeengekomene en de wijze waarop het overeengekomene uitgevoerd wordt. Bovendien worden aan de rechter steeds meer bevoegdheden toegekend die ingrijpen in de materiële rechtsbetrekking tussen partijen. Ook in het zakenrecht is de positie van de eigenaar meer materieel gedetermineerd, bijvoorbeeld vanwege misbruik van eigendomsrecht en hinder. Ook bijzondere delen van het burgerlijk recht houden een relativisering van de almacht van de eigenaar in, bijvoorbeeld in de sfeer van het ondernemingsrecht. Het personen- en familierecht is steeds sterker materieel bepalend voor de inhoud van de familierechtelijke betrekking en de rechtsgevolgen die daaruit voortvloeien. Ook hier krijgt de rechter steeds ruimere bevoegdheden om de rechtsbetrekking ten materiële te bepalen.

De historie van het bestuursrecht laat in beginsel een volledig tegen-gestelde ontwikkeling zien. In de klassieke benadering van het bestuursrecht vormt het bestuur een kleurloze uitvoerder van de materiële normen van bestuursrecht. De democratiegedachte brengt ook mee dat in beginsel het bestuur gebonden is aan de wettelijke norm die volledig bepaalt, op welke wijze de administratie van de toegekende bevoegdheden gebruik maakt. Dit is de grondvorm van het fiscale recht en het sociale verzekeringsrecht. In de loop van deze eeuw is de bestuurszaak uitgebreid en daarbij springt in het oog dat het bestuursrecht als zodanig een meer formeel karakter heeft gekregen. Ruime discretionaire bevoegdheden worden aan bestuursorganen toegekend, die zowel impliceren dat nadere normstelling door bestuursorganen zelf plaatsvindt in de vorm van regelgeving, dan wel

bij wege van beleidsvastlegging. Koopmans (32) heeft in navolging van Struycken dit beschreven als de terugtred van de wetgever. In beginsel dient de rechter niet te treden in de beoordeling van de juistheid van lagere regelgeving (behoudens strijd met hoger recht) en dient de rechter zich verre te houden van beleidstoetsing. Sacraal is het cliché dat de rechter niet op de stoel van het bestuur mag gaan zitten. De rechter is in de loop der tijd het bestuurshandelen gaan beoordelen aan de hand van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, mede omdat toetsing van de wetmatigheid van onvoldoende betekenis was geworden.

Aan de hand van deze benadering zou ik willen vaststellen dat wellicht het kenmerkende verschil tussen burgerlijk recht en bestuursrecht in beginsel bestaat in de wijze van normering. In beginsel is het burgerlijk recht formeel van karakter, terwijl het bestuursrecht materieel van karakter is. Dit verschil is in verband te brengen met de 'staatsvrije sfeer' die met de vormgeving van het burgerlijk recht gerealiseerd wordt, terwijl het bestuursrecht de materiële normering en daarmee begrenzing van de staatsinterventie inhoudt. Het formele karakter van het burgerlijk recht draagt bij tot het staatsvrij zijn van de burgerlijke rechtssfeer, terwijl juist de materiële normering van het bestuursrecht hetzelfde doel dient: door de materiële normering van het bestuursrecht is de staatsmacht begrensd, zodat de private sfeer slechts onder gecontroleerde condities ingeperkt wordt.

Anders dan recent door verschillende schrijvers (33) in het bestuursrecht is verdedigd, hecht ik geen overwegend belang aan het fenomeen dat het bestuursrechtelijk handelen een eenzijdig karakter draagt, in die zin dat de overheid vanuit de statelijke machtspositie eenzijdig de rechtsbetrekking tussen overheid en burger determineert. Uit de vorige alinea's vloeit voort dat de machtspositie van de overheid in het 'klassieke' bestuursrecht primair beperkt werd door de materiële normering van het bestuursrecht als zodanig. De eenzijdigheid van de vaststelling van de rechtsbetrekking speelt dan geen rol voor de machtsverhouding tussen partijen. Naar mate echter de normering van het bestuursrecht in de loop van deze eeuw een meer

(32) T. Koopmans, De rol van de wetgever, in: *Honderd jaar rechtsleven*, Deventer 1970.

(33) Zie bijvoorbeeld R. J. G. M. Widdershoven, *Gespecialiseerde rechtsgangen in het administratieve recht*, Zwolle 1989, en R. M. van Male, *De administratieve rechter: geheel of gedeeltelijk bevoegd?*, in: *Reorganisatie van de rechterlijke macht*, Lelystad 1990.

formeel karakter gaat dragen, rijst de vraag op welke wijze de staatsvrije sfeer bescherming vindt. Het antwoord ligt hier voor de hand: de algemene beginselen van behoorlijk bestuur houden een beperking in van de macht van de overheid, voor zover de wettelijke normering globaal en vaag is en geen beperking van de macht van de overheid inhoudt. Toch moet gemarkeerd worden dat veelal de toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur gezien wordt als de concretisering van de marginale toetsing van discretionaire bevoegdheden van het bestuur. Deze benadering – bescherming van de discretionaire bevoegdheid van het bestuur – is tegengesteld aan de hiervoor verwoorde benadering: de wet behoort de staatsvrije sfeer te bepalen. Deze laatste benadering biedt voor een vergelijking van burgerlijk recht en bestuursrecht interessante aanknopingspunten. Het betoog over de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als ongeschreven rechtsnormen die de gebruikmaking van discretionaire bevoegdheden door het bestuur beperken, wordt opgeschort. Eerst vraagt de andere kant van de zaak aandacht: de staatsvrije sfeer van de burger.

2.11. De staatsvrije sfeer

De kern van het klassieke burgerlijke recht wordt gevormd door de autonomie van de rechtssubjecten in het privaatrecht. De overheid mag niet interveniëren in die autonomie: het eigendomsrecht is in het burgerlijk recht geconstitueerd, de eigenaar is – als houder van dit ‘meest omvattende’ recht – in beginsel vrij om over de zaak te beschikken. Ook de overeenkomst als zodanig is in het burgerlijk recht geconstitueerd en de autonomie van contractspartijen dient gerespecteerd te worden. Het bestuursrecht vormt in de loop van deze eeuw in toenemende mate een nadere begrenzing van de staatsvrije sfeer. Belasting en premies worden geheven (loonheffing thans) en steeds meer maatschappelijke activiteiten worden aan staatstoezicht en controle onderworpen.

Het realiseren van de staatsvrije sfeer verloopt – als gezegd – in het burgerlijk recht en het bestuursrecht tegengesteld: formele normering in het burgerlijk recht en materiële normering in het bestuursrecht. De rechtsontwikkeling in de loop van deze eeuw laat op zich een aan beide uitgangspunten tegengestelde richting zien: in het geschreven burgerlijke recht neemt de materiële normering toe, terwijl in het geschreven bestuursrecht de formele normering in opmars

lijkt. Dit eenvoudige schema heeft echter aanvulling. Voor bijzondere delen van het burgerlijk recht is de materiële normering in de wet vastgelegd. Te denken valt aan arbeidsrecht, huurrecht, consumentenrecht, ondernemingsrecht, echtscheidingsrecht. Wiarda heeft in het algemeen geconstateerd dat er tevens sprake is van een vlucht van de wetgever in vage normen. (34) Kennelijk heeft de wetgever het ongewenst geacht om de materiële normering van het burgerlijk recht volledig in de wettelijke regeling vast te leggen, of was hij daartoe niet in staat. Een gevolg van deze ontwikkeling is dat de rechter in de jurisprudentie uiteindelijk bepaalt wat de precieze inhoud van de materiële normering voor de rechtsbetrekking in geschil is. Zelfs wanneer de wetgever buiten machte is adequaat regelend op te treden, zien we dat de rechter in zijn jurisprudentie veelal gebruikmakend van vage normen komt tot de vaststelling van de rechtsaanspraken. Het stakingsrecht vormt hiervan een voorbeeld.

In het bestuursrecht heeft de materiële normering van het maatschappelijk leven in de loop van deze eeuw een hoge vlucht genomen. Daarbij zijn echter aan het bestuur ruime regelgevende bevoegdheden en beslissingsbevoegdheden toegekend. Niet zozeer een vlucht in vage normen als wel het overlaten van de nadere normering aan bestuursorganen. Met in delegatie gegeven regels, dan wel met de formulering van beleidsregels vindt uiteindelijk de materiële normering plaats. De taak van de rechter bij de beoordeling van rechtsvragen die bij de uitoefening van discretionaire overheidsbevoegdheden een rol spelen, wordt traditioneel als een beperkte gezien. De rechter mag slechts marginaal toetsen. Komt hier verandering in?

2.12. De regulering van het procesrecht

In de vorige paragraaf is de wijze van normering van het burgerlijk recht en het bestuursrecht gezien. Geconstateerd is dat in het burgerlijke recht formele normering de rechtssubjecten vrijheid geeft, terwijl materiële normering van bestuursrecht een waarborg voor vrijheid van rechtssubjecten inhoudt. Opmerkelijk is in dit verband dat het burgerlijk procesrecht traditioneel gekenmerkt wordt door sterkere normering, terwijl juist het bestuursprocesrecht minder formeel is. Dit hangt samen met de overheidsinvloed die uitgaat van de tussenkomst van de rechter zelf: de rechter mag geen eigen normerende

(34) Drie typen van rechtsvinding, a.w.

kracht zijn in het burgerlijk proces. Recente ontwikkelingen in het procesrecht, bijvoorbeeld inzake het bewijsrecht, tonen dat de materiële normering van het burgerlijk procesrecht teruggedrongen wordt en meer ruimte wordt gegeven voor rechterlijke waardering. De comparitie na antwoord opent voor de rechter ruime mogelijkheden om in een vroegtijdig stadium in te grijpen in de processuele verhouding tussen partijen of hun processuele houding bij te sturen, bijvoorbeeld door 'op de man af' vragen omtrent feiten te stellen, die niet door deze partij of de tegenpartij in het geding gebracht waren. In het kort geding geldt voor de rechter geen beperkende materiële normering. De hoge vlucht die het kort geding genomen heeft, werpt een bijzonder licht op de geringe normering van dit deel van het procesrecht. Deze ontwikkeling hangt ook samen met de veel gedane constatering dat de burgerlijke rechter minder lijdelijk wordt. Deze lijdelijkheid vormt traditioneel een belangrijk uitgangspunt voor het burgerlijk procesrecht, dat een formele afstandelijke benadering van de rechter moet waarborgen.

Hoewel het administratief procesrecht in beginsel gering genormeerd is en de rechter grote vrijheden geeft, is het administratief procesrecht sterk normerend ten aanzien van de absolute bevoegdheid van de rechter (alleen de beschikking, of de voor beroep vatbare beschikking) en ten aanzien van de uitkomst van het geschil (veelal slechts vernietiging van de aangevallen overheids-handeling). Deze sterkere regulering hangt samen met de wens de macht van de rechter tegenover het bestuur te beperken en te waarborgen dat de rechter niet zelf gaat besturen. Over de wijze van normering in het bestuursprocesrecht valt veel te zeggen, vooral omdat inmiddels een voorstel voor komend procesrecht ter tafel ligt. De mate van normering vormt een interessant toetsingspunt. De ontwerper van het komend uniform procesrecht heeft bijvoorbeeld gemeend – anders dan in het burgerlijk procesrecht – alle mogelijke dicta aan de rechter bindend voor te moeten schrijven.

2.13. Marginale toetsing van de uitoefening van discretionaire bevoegdheden

De in een van de vorige paragrafen gemaakte vergelijking tussen burgerlijk recht en bestuursrecht raakt een discussie die voor de inrichting van de toegang tot de rechter in het bestuursrecht beslissend is geweest. Hier hoeft niet een overzicht gegeven te worden van de discussie administratie of rechter, zoals die in de wetenschap, in advies-

commissies en in het kader van wetgevingsprojecten gevoerd is. Slechts enkele hoofdpunten zijn hier van belang. In de eerste plaats werd de tussenkomst van de rechter in geschillen met de overheid gezien als een inbreuk op de onafhankelijke positie van de administratie. In Frankrijk is deze doctrine tot volle wasdom gekomen, doordat daar als uitgangspunt geldt dat de '*séparation des pouvoirs*' meebrengt dat de gewone rechter geen kennis mag nemen van bestuursrechtelijke geschillen. Zelfs het vernietigen van een bestuurshandeling is een bestuursdaad, die de burgerlijke rechter niet mag verrichten. In Frankrijk zou de vraagstelling zoals aan de preadviseurs voorgelegd waarschijnlijk vreemd overkomen. De Nederlandse versie van deze doctrine heeft slechts bijgedragen tot het verdeeld houden van de meningen over de vormgeving van de toegang tot de rechter. Zeker is, dat voor zover de burgerlijke rechter aanvullende rechtsbescherming gaf in bestuursgeschillen, de materieelrechtelijke bevoegdheden van de rechter niet mochten interveniëren met de bestuursbevoegdheden. De bijzondere positie van de overheid in het bestuursrecht wordt gekenmerkt door de benaderingswijze van discretionaire bevoegdheden.

Marginale toetsing komt zowel voor in het burgerlijk recht als in het bestuursrecht. Toetst de burgerlijke rechter handelingen van rechtssubjecten marginaal, dan betekent dit dat de rechter afstand neemt van de subjectieve keuzes die rechtssubjecten kunnen maken en op een hoger abstractieniveau de vraag onder ogen ziet of een door een rechtssubject gemaakte keuze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid gemaakt kon worden. De marginale toetsing door de burgerlijke rechter wijst op rechterlijke terughoudendheid ten voordele van de vrijheid van rechtssubjecten. (35)

In het bestuursrecht zou hetzelfde gezegd kunnen worden, in die zin dat de marginale toetsing in beginsel éénzijdig gericht is op het overheidshandelen dat voorwerp van geschil vormt. De rechter behoort niet een eigen belangenafweging te maken, doch behoort zich te beperken tot de vraag of de overheid bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot deze beslissing heeft kunnen komen. Deze benadering van marginale toetsing leidt ertoe, dat de macht van de rechter tegenover het bestuur beperkt wordt. Het accent bij de vor-

(35) Vgl. Wiarda, a. w. en G.E. Langemeijer, De gerechtigheid in ons burgerlijke vermogensrecht, Zwolle 1983.

ming van de rechtsbetrekking ligt bij het bestuur en niet bij de toetsende rechter.

In deze benadering van de marginale toetsing ligt besloten dat de uitwerking ervan in het burgerlijk recht en in het bestuursrecht precies omgekeerd is: toetst de burgerlijke rechter privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen meer marginaal, dan neemt de 'staatsvrije sfeer' toe. Toetst de bestuursrechter overheidsbesluiten meer marginaal, dan neemt de 'staatsvrije sfeer' in intensiteit af. In de omgekeerde situatie, n.l. bij een verdergaande toetsing dan een marginale, geldt voor het burgerlijk recht een toename van de overheidsinvloed, omdat de rechter meer invloed uitoefent op de inhoud van de rechtsbetrekking in geschil, terwijl in het bestuursrecht een verschuiving plaatsvindt van invloed van het bestuur naar invloed van de rechter. De invloed van de rechter zal in de regel leiden tot een versterking van de positie van de 'burger'.

Deze generalisering is echter niet volledig. De marginale toetsing door de rechter hangt ten nauwste samen met de concretisering van veelal ongeschreven rechtswetten die vaak een vage inhoud hebben. In het bestuursrecht zijn dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en in het privaatrecht onder meer de redelijkheid en de billijkheid en de goede trouw. Deze vage normen hebben als kenmerk dat zij een sterke materieel normerende werking van de rechtsbetrekking tussen rechtssubjecten te zien geven. Wellicht kan worden gesteld dat mede omdat het hier gaat om vage normen, zij een sterk normerend karakter dragen. De keuzevrijheid die in beginsel aan rechtssubjecten toekomt wordt beperkt. Voor de overheid geldt dat steeds de vraag gesteld moet worden of bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid een bepaald besluit genomen had kunnen worden. Een soortgelijke afweging kan worden gemaakt in het bestek van de maatschappelijke zorgvuldigheid of bij de vraag of de opstelling van een rechtssubject in een privaatrechtelijke rechtsbetrekking nog wel redelijk en billijk is.

Hirsch Ballin heeft betoogd dat op dit punt er een verschil zou bestaan tussen publiek- en privaatrecht. (36) In het publiekrecht mag nimmer willekeurig gehandeld worden, terwijl het rechtssubject in het privaatrecht meer keuzevrijheid heeft. Met andere woorden, de

(36) E.M.H. Hirsch Ballin, bespreking van Beginselen van behoorlijk handelen, Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie 1982, p. 179 en idem, Voorbij de grenzen tussen publiekrecht en privaatrecht, a.w.

overheid is bij de gebruikmaking van discretionaire bevoegdheid sterk gebonden aan het publieke belang, terwijl overige rechtssubjecten in beginsel hun eigen – particulier – belang mogen laten prevaleren. Is dit een principieel verschil of een gradueel verschil? Ik meen het laatste. Waar het om gaat is een analyse van de juridische betekenis van het discretionaire karakter van bevoegdheden die aan rechtssubjecten toekomen. Voor de beantwoording van deze vraag is van belang de wijze waarop de keuzevrijheid van het bevoegde rechtssubject gedetermineerd is.

2.14. De aard van de bevoegdheid: de legaliteit

Ook in het burgerlijk recht geldt dat de uitoefening van rechten afhankelijk is van de bevoegdheden die in het burgerlijk recht aan de rechthebbende zijn gegeven. Voor overheidshandelen ligt deze beperking direct voor de hand. Het legaliteitsbeginsel neemt in het staats- en bestuursrecht een belangrijke plaats in. Tegelijkertijd moet worden vastgesteld dat aard en betekenis van het legaliteitsbeginsel niet steeds duidelijk is. De terugtred van de wetgever heeft deze materie er ook niet duidelijker op gemaakt. Daargelaten het gegeven dat de wijze van normering van overheidsbevoegdheden in de loop der tijd gewijzigd is, moet worden vastgesteld dat niet alle overheidsbevoegdheden op gelijke wijze genormeerd zijn. In navolging van de Franse bestuursrechtjurist Eisenmann zou ik onderscheid willen maken tussen een drietal modaliteiten van legaliteit. Deze modaliteiten duiden op een afnemende intensiteit van de normering.

1. de overeenstemming naar procedure en inhoud met de wettelijke regels;
2. het gebaseerd zijn op een wettelijke bevoegdheid, en
3. het niet in strijd zijn met wettelijke regels. (37)

De eerste modaliteit van het legaliteitsbeginsel sluit keuzevrijheid vrijwel uit. In het strafvorderingsrecht vindt deze strikte normering bij uitstek plaats, maar er zijn overigens in het publiekrecht talloze voorbeelden te vinden van gevallen waarvoor dwingend is voorgeschreven volgens welke procedure een bepaalde rechtshandeling met

(37) Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, deel II, Parijs 1983, p. 450: 1. Le principe de la conformité à des règles législatives; 2. Le principe de l'habilitation législative aux actes administratifs, et 3. Le principe de la non-contrarité des actes administratifs aux règles législatives.

een in de wet vastgelegde inhoud wordt verricht. Onderscheid kan nog worden gemaakt tussen de situatie dat het bevoegde orgaan verplicht is gebruik te maken van de bevoegdheid, dan wel facultatief ervan gebruik kan maken, doch waarbij procedure en inhoud van de bevoegdheidsuitoefening vaststaat. Met andere woorden: is het een verplichting of een facultatieve bevoegdheid.

De tweede modaliteit van het legaliteitsbeginsel betreft de bevoegdheidsverlening als zodanig. Het overheidsorgaan heeft slechts die bevoegdheden die expliciet zijn toegekend en geen andere. De wijze waarop van de toegekende bevoegdheid gebruik kan worden gemaakt, zou echter niet vast liggen.

De derde modaliteit van het legaliteitsbeginsel heeft slechts negatieve betekenis: bevoegdheden mogen uitgeoefend worden voor zover daarbij niet in strijd met wettelijke regels gehandeld wordt.

Aan deze modaliteiten van het legaliteitsbeginsel zou ik geen exclusieve betekenis willen toekennen, omdat ten aanzien van één en dezelfde materie meerdere modaliteiten van het legaliteitsbeginsel van betekenis kunnen zijn. De uitoefening van een wettelijke bevoegdheid (modaliteit 2) mag niet plaats vinden in strijd met wettelijke regels, bijvoorbeeld grondrechten (modaliteit 3).

Hoewel dat niet gebruikelijk is, valt ook het burgerlijk recht te benaderen vanuit het legaliteitsbeginsel. Het huwelijk vormt een voorbeeld waarbij de eerste modaliteit van het legaliteitsbeginsel speelt. Procedure en inhoud van het huwelijk zijn in de wet geregeld. De bevoegdheid om te huwen is een facultatieve, die als zodanig een grondrechtelijke basis heeft. De bevoegdheid van de eigenaar en handelsbekwaamheid van een rechtssubject kunnen als bevoegdheid in de tweede modaliteit van het legaliteitsbeginsel beschouwd worden. Bij de uitoefening van het eigendomsrecht en het deelnemen aan het privaatrechtelijke rechtsverkeer is voor de bevoegdheid van het rechtssubject de derde modaliteit van het legaliteitsbeginsel van betekenis: niet in strijd mag worden gehandeld met het geschreven en ongeschreven recht.

In aanvulling op de voorgaande analyse van de rechtspositie van rechtssubjecten zou ik nog het volgende willen opmerken. Het staats- en bestuursrecht is ingericht naar het legaliteitsbeginsel: overheidsverbanden en overheidsorganen worden geconstitueerd en aan deze 'rechtsfiguren' worden bevoegdheden toegekend. Deze 'rechtsfiguren' vormen ambten en zijn geen mensen. De rechtsstaatsgedachte brengt mee dat *iedere* bevoegdheidsuitoefening een wettelijke grond-

slag moet hebben. Dit betekent veelal dat in het staats- en bestuursrecht de bevoegdheden omschreven zijn. In het burgerlijk recht wordt veelal een andere benadering gekozen, die een wat romantische inslag heeft. Het rechtssubject in het privaatrecht is de autonome mens, of een groep mensen (die eventueel gebruik maakt van de rechtspersoon). De bevoegdheden van de autonome mens worden in beginsel onbegrensd geacht. Dit betekent dat in het burgerlijk recht het constitueren van de mens en het toekennen van bevoegdheden niet als basisstructuur wordt gemarkeerd. Voor het burgerlijk recht zou daarom niet de norm gelden dat het rechtssubject slechts die bevoegdheden heeft die de wet hem toekent (modaliteit 2), doch in beginsel is het rechtssubject autonoom, vrij, behoudens de grenzen die de wet stelt (modaliteit 3).

Art. 1 BW luidt: Allen die zich in Nederland bevinden, zijn vrij en bevoegd tot het genot van de burgerlijke rechten. Strikt genomen is dit de constitutie van de mens als de in het burgerlijk recht bevoegde, waaruit voortvloeit dat ook voor de mens als rechtssubject geldt dat deze slechts die bevoegdheden heeft die de wet toekent. Het rechtssubject kan slechts bij de gratie van het burgerlijk recht eigenaar zijn, en aan haar of hem komen slechts die rechten en bevoegdheden toe die de wet toekent. Volledig generaliserend kan worden gezegd dat rechtssubjecten slechts bestaan voor zover het recht hen als rechtssubjecten constitueert, en zij beschikken slechts over die bevoegdheden die de wet aan rechtssubjecten toekent. Deze generalisering geldt voor de overheid, voor overheidsorganen, voor rechtspersonen en voor de mens.

De toekenning van bevoegdheden als zodanig zegt niets over de wijze van normering van de bevoegdheidsuitoefening. De drie modaliteiten van het legaliteitsbeginsel houden een abstracte analyse van die wijze van normering in. Modaliteit 2 en 3 van het legaliteitsbeginsel kunnen beide toepassing hebben op overheid en burger, zowel in het staats- en bestuursrecht als in het burgerlijk recht. Ten aanzien van bepaalde bevoegdheden vindt ook in deze rechtsgebieden normering naar modaliteit 1 plaats. De eigendomsoverdracht van een onroerend goed is naar procedure en inhoud in de wet gedetermineerd, hetzelfde geldt voor de verlening van een hinderwetvergunning. Bij de eigendomsovergang hebben de rechtssubjecten keuzevrijheid ten aanzien van koopprijs, termijn van levering en regeling van de risico's rondom de eigendomsoverdracht. Bij de verlening van een hinderwetvergunning heeft het bevoegde overheidsorgaan keuzevrij-

heid ten aanzien van de voorwaarden van vergunningverlening, voor zover het voorkomen van gevaar en hinder op verschillende wijze kan plaatsvinden en ter zake een eigen beleid kan worden geformuleerd. Uit deze voorbeelden blijkt dat bij voldoende analyse en abstractie de overeenkomsten tussen burgerlijk recht en bestuursrecht – die veelal niet aanwezig worden geacht – aantoonbaar zijn.

Afhankelijk van het juridische kader waarbinnen rechtsbevoegdheden zijn toegekend, hebben rechtssubjecten keuzevrijheid ten aanzien van de vraag of en op welke wijze van die bevoegdheid gebruik mag of moet worden gemaakt. In z'n algemeenheid kan niet worden gezegd dat voor de overheid andere normen gelden dan de normen die voortvloeien uit onze rechtsorde. De publiekrechtelijke bevoegdheidsuitoefening is gebonden aan de wettelijke taakomschrijving en de overheid dient behoorlijk met de belangen van burgers om te gaan. Daarnaast geniet de overheid ook contractsvrijheid en mag zij ook vrij beschikken over eigendommen (bijvoorbeeld bij de verkoop van een werk van Mondriaan om met de opbrengst een algemeen belang te dienen). De kennelijk door Hirsch Ballin gestelde algemene norm, dat de overheid het publieke belang moet dienen, geldt vanwege de onbepaaldheid van dat publieke belang slechts in negatieve zin: de overheid mag geen andere belangen dienen dan het algemene belang en bovendien mag de overheid niet in strijd handelen met haar rechtsplicht. In de negatieve formulering van deze grens komt tot uitdrukking dat in beginsel de bepaling van datgene wat het algemeen belang is – discretionair – toekomt aan de overheid. Dit vormt geen principiële grensbepaling, omdat deze grensbepaling uit niets anders voortvloeit dan het fenomeen overheid zelf. De overheid mag geen ander belang dienen dan het algemene belang en een ambtenaar die handelend namens de overheid direct of indirect slechts zichzelf of de zijnen privé verrijkt, laat het publieke belang samenvloeien met het eigenbelang: dat vormt meestal strafwaardig plichtsverzuim. Is het lot van een bestuurder van een rechtspersoon die met misbruik van voorwetenschap zichzelf verrijkt een ander?

2.15. Nadere uitwerking van het legaliteitsbeginsel

Het legaliteitsbeginsel geldt ook voor de wetgever en de rechter. Deze op het eerste gezicht evidente stelling bergt een van de essentiële spanningsvelden binnen onze rechtsorde in zich.

De bevoegdheid tot algemene normstelling is in de Grondwet en in

organieke wetgeving voor bijvoorbeeld gedecentraliseerde overheidsverbanden geregeld. Veelal is voor wetgeving de procedure precies voorgeschreven (modaliteit 1). Voorts geldt voor wetgeving dat deze niet in strijd mag komen met 'hoger recht' (modaliteit 3). Beide grensbepalingen sluiten juist niet uit dat de bevoegdheid tot wetgeven – bij uitstek – een discretionaire bevoegdheid is. Het tot wetgeving bevoegde orgaan heeft keuzevrijheid ten aanzien van de onderwerpen die in de wetgeving geregeld worden en de wijze waarop. 'Hoger recht' en eventueel beginselen van behoorlijke wetgeving (38) vormen grenzen van de discretionaire bevoegdheid van de wetgever. Vanwege de toenemende betekenis van het Europese recht en verdragsrecht is in de afgelopen jaren de discretionaire ruimte van de wetgever sterker beperkt.

De wetgever vervult ten aanzien van het legaliteitsbeginsel een dubbelrol, omdat ter zake van de legaliteit van wetgeving de wetgever regelend kan optreden. De (grond)wetgever stelt de procedures vast, of geeft opdracht aan de gewone wetgever om een bepaald onderwerp te regelen. De wetgever kan regelgevende bevoegdheid attribueren of delegeren aan andere overheidsorganen. Daarbij kunnen taken gesteld worden die de discretionaire regelgevende bevoegdheid nader beperken.

Ook de rechter vervult ten aanzien van het legaliteitsbeginsel een dubbelrol. Enerzijds ontleent de rechter zijn rechtsprekende bevoegdheid aan de wet. Bovendien spreekt de rechter recht binnen de grenzen door de rechtsorde getrokken op basis van de door die rechtsorde vastgestelde regelgeving. Anderzijds is de rechter echter bewaker van het legaliteitsbeginsel. De rechter laat niet op juiste wijze tot stand gekomen wetgeving en regelgeving, of die de grenzen van de bevoegdheden van het regelgevende orgaan overschrijden, buiten toepassing. Voorts dient de rechter in elk aan hem voorgelegd geschil uitspraak te doen; ook wanneer de wetgever heeft nagelaten om wetgeving te produceren, of heeft nagelaten om wijzigingen aan te brengen in bestaande wetgeving die op grond van 'hoger recht' vereist zijn. Als bekend aanvaardt het Hof van Justitie rechterlijke terughoudendheid van de nationale rechter bij nalatigheid van de nationale wetgever niet. Met andere woorden de rechter is als bewaker van de legaliteit van de wetgeving als zodanig geroepen om bij 'taakver-

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

waarlozing' door de wetgever uiteindelijk die keuzes te maken die de wetgever had behoren te maken en zo inhoud te geven aan de discretionaire bevoegdheid die primair aan het wetgevende orgaan toegekend is.

De subtiliteit van onze rechtsorde brengt mee dat de rechtsprekende taak van de rechter niet louter inhoudt rechtstoepassing maar mede omvat *rechtsvorming*. Deze rechtsvorming geschiedt door de toetsing en uitleg van geldende wetgeving, door het bij wege van jurisprudentie voorzien in lacunes en door het redresseren van maatschappelijk zeer ongewenste gevolgen van wetgeving.

2.16. De rechterlijke toetsing

Afhankelijk van de aard van de bevoegdheden in geschil zal de rechter in meerdere of mindere mate inhoudelijk toetsen. De aard van de bevoegdheid wordt gedetermineerd door het toepasselijke recht. De rechter kan aan de hand van het toepasselijke recht bepalen in welke mate aan het rechtssubject keuzevrijheid toekomt. Voor zover de rechter keuzevrijheid van het rechtssubject niet erkent, bestaat die ook niet. Een voorbeeld hiervan vormt de matiging van schadevergoeding bij wanprestatie. Hoewel contractueel en geheel binnen de autonome contractuele sfeer vast kan staan dat een bepaalde schadevergoeding verschuldigd is, kan de rechter op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad ter zake matigen. De discretionaire bevoegdheid van contractspartijen om naar eigen goeddunken bij contract een schadevergoeding te regelen en daaraan uitvoering te geven vindt haar grens in de redelijkheid en billijkheid zoals de rechter die concretiseert in de rechtsbetrekking in geschil. Hier moet echter ook gewezen worden op het veelal facultatieve karakter van de toepassing van het privaatrecht. Ook een kennelijk onredelijk boetebeding kan ertoe leiden dat het slachtoffer van deze contractuele willekeur presteert zonder de rechter te benaderen. Twee partners kunnen hun relatie inrichten naar onderhorigheid of slavernij, ondanks het feit dat Boek 1 BW in die machtsverhoudingen niet voorziet.

Wellicht is het reëel ook voor het publiekrecht te onderkennen dat dit ondanks het vaak dwingende en bindende karakter maatschappelijk gezien facultatief kan worden toegepast. Dit geldt voor regels van strafrecht die niet te handhaven zijn of die niet gehandhaafd worden. Ook de invocering van de Hinderwet vraagt een tijdspanne van decennia. Gedurende jaren wordt oogluikend of door overmacht in

strijd met het dwingendrechtelijke karakter van deze wetgeving gehandeld. Ook bijvoorbeeld het bouwrecht kan in facultatieve zin worden opgevat: in veel gevallen is slechts voor zover bureauproblemen veroorzaken een bouwvergunning nodig, of worden bouwvoorwaarden slechts nageleefd voor zover bureauproblemen daarop aandringen. (39) Het facultatieve karakter van de toepassing van wet- en regelgeving komt tot uitdrukking voor zover de rechter er niet aan te pas komt: de werkelijkheid van onze jurisprudentie dekt (gelukkig) slechts een deel van de maatschappelijke werkelijkheid.

Na deze relativering volgt nog een nadere uitwerking van de rechterlijke toetsing. Naast de 'legaliteitstoetsing' in het bestuursrecht en het privaatrecht zien we dat de rechter toepassing geeft aan vage rechtsnormen zoals die besloten kunnen liggen in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de redelijkheid en billijkheid en de goede trouw. Voor deze rechtsnormen geldt dat het niet zo zeer relevant is of zij als geschreven dan wel als ongeschreven recht worden beschouwd. Bijvoorbeeld de algemene beginselen van behoorlijk bestuur worden ten dele gecodificeerd in de AWB, maar ten dele ook niet. Het (N)BW verwijst soms expliciet naar de redelijkheid en billijkheid en de goede trouw. Kenmerkend voor deze vage normen is echter niet of zij als geschreven dan wel ongeschreven rechtsnormen gelden, doch dat zij als *onzelfstandige rechtsnormen* doorwerken in rechtsbetrekkingen. (40) Voor zover rechtssubjecten bevoegdheden en keuzevrijheden hebben, wordt deze keuzevrijheid en de wijze van bevoegdheidsuitoefening nader genormeerd door vage normen. Het is de taak van de rechter om in een concreet geval te bepalen waartoe die vage normen verplichten. Naar redelijkheid en billijkheid of te goeder trouw handelen kan niet in algemene zin genormeerd worden. Toen de Hoge Raad in een onbewaakt ogenblik (41) overwoog dat een bepaalde rechtsplicht voortvloeide uit 'regels van de goede trouw', werd dit rechtscollege op de vingers getikt door Scholten: goede trouw is concreet. Handelen in overeenstemming met de rede-

(39) Vgl. de toelichting bij het ontwerp van de art. 8.1.1.1 tot en met 8.1.1.4 (Beperking tot punt van geschil) van het komend procesrecht.

(40) Vgl. in dit verband C.H.J. Brunner, Burgerlijk recht, geschreven en ongeschreven, WPNR 5885, pp. 465 en 458, die in het verlengde van hetgeen Lokin daarover stelt, betoogt dat 'ongeschreven recht' geen recht buiten het geschreven recht is, doch recht dat krachtens de wet als rechtsnorm geldt.

(41) Baris/Riezenkamp en Booy/Wisman, zie hierover C.J.H. Brunner, WPNR 5885, p. 458.

lijkheid en billijkheid is handelen in overeenstemming met de vage notie die in deze begrippen besloten ligt en die slechts per geval geconcretiseerd kan worden. Hetzelfde kan gezegd worden over de betekenis van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor de inhoud van een bepaalde rechtsbetrekking. (42)

Eerder is geconstateerd dat onder toepassing van vage normen zoals redelijkheid en billijkheid en algemene beginselen van behoorlijk bestuur de materieel normerende werking van rechtspraak groter is geworden: zowel in het bestuursrecht als in het privaatrecht. Het bijzondere karakter van onzelfstandige rechtsnormen maakt deze sterke materieel normerende werking mogelijk.

2.17. Analyse van de taak van de rechter

Wat valt te verstaan onder 'de taak van de rechter'? Het antwoord kan zijn de grondwettelijke taakstelling van dit overheidsorgaan, de in het procesrecht aan de rechter opgedragen taak, of de optelsom van al datgene wat de rechter in werkelijkheid doet. Dit is niet de plaats voor een dieptestudie. Volstaan wordt met een – nader aan te vullen en uit te werken – globale schets, waarbij uitgegaan wordt van hetgeen hiervoor over het legaliteitsbeginsel is gezegd.

Als uitgangspunt wordt gekozen de staatsrechtelijke positie van de rechter: een van de staatsmachten (twee?, drie?) die exclusief bevoegd is – globaal gesteld – onafhankelijk geschillen te beslechten. (43) Bij het beslechten van geschillen oefent de rechter staatsmacht uit. In het burgerlijk recht kan een rechterlijke uitspraak een executoriale titel vormen: met staatsmacht kan de uitspraak ten uitvoer worden gelegd. Bij de ontruiming van een kraakpand door de Mobiele Eenheid of bij de uithuisplaatsing van een kind, de inbewaringstelling van een mens die een gevaar vormt voor zichzelf of de samenleving, de gijzeling van een onwillige getuige, het leggen van conservatoir beslag dan wel de detentie van een schender van het strafrecht kan deze staatsmacht direct zichtbaar worden. *De rechter kan toestemming geven voor toepassing van het statelijke geweldsmonopolie.*

De rechter vormt in staatsrechtelijk perspectief een van de deelhebbers in het stelsel van 'checks and balances': tegenkracht van het de-

(42) Vgl. E.M.H. Hirsch Ballin, Rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur, a.w., p. 105 e.v.

(43) De toegang tot de rechter, a.w. p. 7 e.v.

mocratische bestuur (wetgevende en uitvoerende macht samen). De rechter is als bewaker van de legaliteit van de wetgeving en regelgeving (in toenemende mate) bevoegd overheidshandelingen te toetsen en hij controleert de grenzen van de machtsuitoefening door het democratische bestuur. Deze grenzen worden niet alleen gevormd door het wettelijk stelsel op basis van de nationale constitutie, maar ook door het europeesrechtelijk verband en de internationaalrechtelijke verbanden waarin onze rechtsorde geplaatst is. In dat kader kan de rechter gehouden zijn de interpretatie van europeesrechtelijke verplichtingen door het Hof van Justitie – eventueel prejudicieel gevraagd – te volgen, of om toepassing te geven aan door het Europese Hof voor de rechten van de mens nader uitgelegd verdragsrecht. De nationale Nederlandse rechter is als orgaan van de nationale deelrechtsorde belast met de handhaving van het internationale recht voor zover dat een ieder verbindend is.

De rechter heeft het monopolie van de rechtsvorming door jurisprudentie, voor zover niet een internationaalrechtelijk college als 'hoger' rechtscollege geldt.

De rechter is overigens ook belast met bestuurlijke taken: de zogenaamde oneigenlijke rechtspraak. Het is de moeite waard deze rechterlijke taak nader te onderzoeken.

2.18. Oneigenlijke rechtspraak, voluntaire jurisdictie, vrijwillige rechtspraak

In het burgerlijk procesrecht wordt traditioneel onderscheid gemaakt tussen eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak. Bij de laatste vorm van rechtspraak zou het gaan om de 'voluntaire jurisdictie', waarbij geen sprake zou zijn van een contentieuze procedure. De voluntaire jurisdictie wordt ook in verbinding gebracht met de verzoekschriftprocedure, terwijl de dagvaardingsprocedure in beginsel het procesrecht voor de contentieuze procedure vormt. (44) Zowel nationaal als internationaal vormt het onderscheid tussen eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak een dankbaar onderwerp voor spraakverwarring.

Kenmerkend voor voluntaire jurisdictie is dat de tussenkomst van de rechter tweërlei betekenis heeft. In de eerste plaats is aan de rechter een bevoegdheid (exclusief) toegekend om een rechtsbetrekking te vormen, te wijzigen of vast te stellen, dan wel een status te verlenen of

(44) P.A.M. Meijknecht, Heeft de verzoekschriftprocedure (de) toekomst?, Zwolle 1987.

te ontnemen. In de regel is er een publiek belang gemoeid met de materie waarin de rechter een taak heeft. In beginsel zou deze taak van de rechter ook aan een ander overheidsorgaan gegeven kunnen worden. De benoeming van een voogd zou bijvoorbeeld door een ambtenaar van de burgerlijke stand kunnen geschieden. Waarom krijgt de rechter deze bestuurlijke taken opgedragen? Het antwoord op deze vraag betreft de tweede betekenis van de tussenkomst van de rechter bij volontaire jurisdictie. Het feit dat de rechter een bepaalde taak vervult, houdt een verhoogde waarborg voor rechtmatigheid in; a priori wordt ieder geschil uitgesloten, omdat de rechter de taak vervult. Zou bijvoorbeeld de ambtenaar van de burgerlijke stand bevoegd worden om een voogd te benoemen, dan zou er nog een afzonderlijke rechtsgang bij geschillen over voogdijbenoemingen in het leven moeten worden geroepen. Door de samenval van de uitoefening van de bestuursbevoegdheid en de tussenkomst van de rechter kan een dergelijke rechtsgang achterwege blijven: de beschikking waarbij de rechter de voogd benoemt kan rechtens onaantastbaar zijn. In de echtscheiding vindt deze benadering een goede illustratie: de discussie over de deformalisering van het echtscheidingsproces heeft ook de optie van een echtscheiding voltrokken door een ambtenaar van de burgerlijke stand te zien gegeven. Gelet op de aard van de materie is er echter bij de herziening van het scheidingsprocesrecht voor gekozen de verplichte tussenkomst van de rechter te handhaven. De echtscheiding als zodanig behoort in deze benadering tot het terrein van de volontaire jurisdictie, die door de wetgever aan de rechtsgenoten is opgelegd.

Het is van belang bij volontaire jurisdictie niet alleen de nadruk te leggen op de bestuurlijke taak van de rechter, omdat wanneer die bestuurlijke taak aan een ander overheidsorgaan zou worden opgedragen er onvermijdelijk een – contentieuze – rechtsgang zou moeten zijn voor de geschillen die voortvloeien uit de uitoefening van die bestuurstaak. In die zin zou ik de stelling willen verdedigen dat ook volontaire jurisdictie elementen van de contentieuze procedure in zich bergt. (45) Kenmerkend voor volontaire jurisdictie is dat de rechter een (bestuurs)bevoegdheid opgedragen heeft gekregen, die eventueel een ander staatsorgaan als deel van de uitvoerende macht ook had kunnen krijgen.

Een meer staatsrechtelijke benadering van de taak van de rechter dan

(45) Vgl. De toegang tot de rechter, a.w.

in het burgerlijk procesrecht gebruikelijk is, biedt nog een ander interessant gezichtspunt: de rechter als beheerder van het statelijke geweldsmonopolie (vgl. par. 2.17.). De verlening van een executoriale titel is ook een bestuursdaad. Dat betekent dat de grensbepaling die in het burgerlijk procesrecht veelal plaatsvindt door de nadruk te leggen op het al dan niet geschillenbeslechtende karakter van de tussenkomst van de rechter (de contentieuze procedure tegenover de non-contentieuze) duidt op een blinde vlek in de waarneming. Wat is de taak van de rechter bij de executie die voorgeschreven is bij verdragsrecht van een vonnis van een vreemde rechter of bij de executie van de uitspraak van arbiters? Het contentieuze element is hier losgekoppeld van de taak van de rechter als medebeheerder van het statelijke geweldsmonopolie. De rechter verschaft de titel voor uitoefening van staatsmacht.

Op deze wijze beschouwd is het terrein van de eigenlijke (in de zin van pure) rechtspraak beperkt tot dat van het declaratoire vonnis, omdat daaraan geen executoriale titel verbonden kan worden. Met andere woorden het constitutieve en condemnatoire vonnis kunnen evenzeer een samenvatting van twee te onderscheiden taken van de rechter inhouden: het beslechten van het geschil en het verlenen van toestemming voor de uitoefening van staatsmacht, eventueel versterkt door de inzet van geweld, ten einde de nakoming van het vonnis te realiseren.

Het rechtsstatelijke element dat ook in burgerlijke rechtspleging tot uitdrukking komt, is dat de uitoefening van staatsmacht en staatsgeweld steeds rechtmatig moet zijn. Deze controle op de rechtmatigheid van de uitoefening van staatsmacht berust bij de rechter.

Op dit uitgangspunt gelden wel uitzonderingen, in die zin dat de controlerende taak van de rechter soms formeler van aard is. De tenuitvoerlegging van authentieke akten en bijvoorbeeld buitenlandse vonnissen biedt slechts de bevoegdheid aan de rechter formeel te toetsen of aan de voorwaarden voor verlening van de executoriale titel is voldaan.

2.19. De rechter en de inhoud van de rechtsbetrekking

De uitspraak dat de rechter in het contentieuze geding belast is met de beslechting van geschillen is te globaal om zicht te krijgen op wat nu precies de taak van de rechter is. Eerder is gebleken dat in het 'klassieke' civiele geding onderscheid gemaakt moet worden tussen

de geschillenbeslechting als zodanig en het verlenen van toestemming voor de uitoefening van staatsmacht. De geschillenbeslechtende taak van de rechter omvat echter meerdere taken. De rechter beslecht een geschil niet alleen door 'objectief' vast te stellen waartoe een partij verplicht is. Afhankelijk van de inhoud van het materiële recht heeft de rechter in meerdere of mindere mate een taak bij het *wijzigen* van de rechtsbetrekking tussen partijen. De benadering van wanprestatie door de wetgever vormt hiervan een voorbeeld: een partij kan *ontbinding van de overeenkomst vorderen*. Spreekt de rechter deze ontbinding uit, dan wijzigt de rechter op grond van de wettelijke bevoegdheid daartoe de inhoud van de rechtsbetrekking tussen partijen. Hetzelfde vindt plaats bij de matiging van contractueel geregelde schadevergoeding en bij de wijziging van de overeenkomst wegens onvoorziene omstandigheden. De matigingsbevoegdheid is jurisprudentierecht, terwijl de wijzigingsbevoegdheid bij onvoorziene omstandigheden komend wettelijk recht is. (46) Naast deze voorbeelden kent het kleurrijke privaatrecht heel veel modaliteiten van de bevoegdheid van de rechter om wijziging aan te brengen in de rechtsbetrekking tussen partijen.

Vaak gaat 'het beslechten van een geschil' gepaard met het wijzigen van de rechtsbetrekking tussen partijen. De door de rechter gewijzigde rechtsbetrekking kan – mede vanwege die wijziging – de rechtsgrond vormen voor de toekenning van het gevorderde en het verlenen van een executorialle titel ter effectuering van het vonnis. Ter illustratie: het arbeidsgeschil kan worden beslecht door ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de rechter en de toekenning van een bepaalde wettelijk geregelde, doch door de rechter gematigde schadevergoeding.

2.20. *De kernaak van de rechter in het bestuursrecht*

In het civiele geding is het aanvaard dat de rechter wijziging kan brengen in de rechtsbetrekking tussen partijen. Voor zover echter de overheid als zodanig partij is in het civiele geding, valt een verschil op: de burgerlijke rechter acht zich niet bevoegd de publiekrechtelijke rechtsbetrekking te wijzigen. Met andere woorden, de vernietiging van een bestuurshandeling is in het civiele geding niet mogelijk. Hierin schuilt het verschil met de inzet van het klassieke bestuurs-

(46) Jac. Hijma, Het constitutionele wijzigingsvonnis, Deventer 1989.

rechtelijke geschil: de bestuursrechter is bevoegd het bestreden besluit te vernietigen. Het zou een voor Nederland opmerkelijke rechtsontwikkeling zijn geweest wanneer de Hoge Raad in de jaren vijftig of zestig het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad had verbreed door voor de burgerlijke rechter de bevoegdheid toe te eigenen dat het dictum van de uitspraak in het civiele geding mede de vernietiging van de onrechtmatige overheidshandeling zou mogen inhouden. De uiterste grens van de bevoegdheid van de burgerlijke rechter is in kort geding gevonden: enerzijds het *verbod* voor de overheid om te handelen, anderzijds de voorziening dat gehandeld wordt alsof een bepaalde rechtsbetrekking zou gelden, bijvoorbeeld een vergunning ware verleend. Het bevel gericht aan de overheid is altijd een moeilijke kwestie geweest.

In het bestuursprocesrecht is als gezegd hoofdvorm de bevoegdheid van de rechter om de beschikking te vernietigen en in sommige procesregelingen om schadevergoeding toe te kennen. Bij uitzondering komt aan de bestuursrechter de bevoegdheid toe om 'zelf in de zaak te voorzien'; datgene te doen wat het bevoegde bestuursorgaan had behoren te doen.

Het zelf in de zaak voorzien is een bevoegdheid die nadere analyse vraagt: voor zover de rechter constateert dat uit de toepasselijke regelgeving dwingend voortvloeit dat een bepaalde bestuurshandeling verricht moet worden (bijvoorbeeld de toekenning van een AOW-uitkering met een wettelijk bepaalde hoogte) is er niets aan de hand. Hoe staat het echter met het zelf in de zaak voorzien bij de gebruikmaking van een discretionaire bevoegdheid? De Centrale Raad van Beroep die op grond van de Beroepswet bevoegd is om zelf in de zaak te voorzien, trekt juist daar de grens: van deze bevoegdheid mag door de rechter géén gebruik worden gemaakt wanneer het bestuur keuzevrijheid heeft.

Hirsch Ballin heeft betoogd dat de bestuursrechter de bevoegdheid moet krijgen om zelf in de zaak te voorzien, waarbij de rechter de administratiefrechtelijke rechtsbetrekking kan vaststellen, *tenzij* er (nog) ruimte is voor een nadere autonome beslissing door het bestuursorgaan. (47) Deze uitzondering is niet zo vast omlijnd. In ander verband spreekt Hirsch Ballin zich uit over de vraag hoever de rechterlijke beoordelingsruimte reikt:

(47) E.M.H. Hirsch Ballin, *Zelf in de zaak voorzien*, a.w., p. 192.

'Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat de gehele administratiefrechtelijke rechtsbetrekking tussen administratief orgaan en burger *waarbin-*
nen vage normen geconcretiseerd en discretionaire bevoegdheden uitgeoefend moeten worden, zich leent voor volledige rechterlijke beoordeling. De rechter kan dus ook – en doet dit waar zijn bevoegdheid hem dit mogelijk maakt – een omstreken administratiefrechtelijke rechtsbetrekking vaststellen, eventueel met inbegrip van het gebruik dat van discretionaire bevoegdheden moet worden gemaakt.' (48)

Uitgaande van deze benadering moet worden aangenomen dat Hirsch Ballin het toepassingsgebied van het zelf in de zaak voorzien niet louter beperkt ziet tot de gebonden beslissing. De voortgaande rechtsontwikkeling lijkt hem daarin geen ongelijk te geven. Aangezien het in de bedoeling ligt om in komend bestuursprocesrecht de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien op te nemen, vormt dit een interessante kwestie. Deze kwestie leent zich voor een korte rechtsvergelijking tussen burgerlijk recht en bestuursrecht. Bij deze vergelijking gaat het om de opstelling van de rechter tegenover sancties: in het burgerlijk recht het boetebeding en in het bestuursrecht bijvoorbeeld de intrekking van een vergunning, de inhouding op de uitkering of de disciplinaire straf in het ambtenarenrecht. In het burgerlijk recht is aanvaard dat de rechter boetes kan matigen, ondanks het gegeven dat in het contract stellig een bepaalde sanctie is vastgelegd. Uit theoretisch en ook praktisch oogpunt is deze matigingsbevoegdheid van de rechter een vergaande: de rechter wijkt af van datgene wat bij wilsovereenstemming in het contract is vastgelegd. De inhoud van de redelijkheid en billijkheid die hierbij nader geconcretiseerd wordt, benadert die van de notie evenredigheid zoals die in het bestuursrecht een rol speelt bij sancties.

2.21. De processuele rechtsbetrekking

In de voorgaande paragrafen is een inventarisatie gemaakt van de taken van de rechter. Deze taken worden door de rechter mede op basis van het procesrecht vervuld. Het procesrecht bepaalt op welke wijze de processuele rechtsbetrekking vorm krijgt. Voordat partijen naar de rechter stappen staan zij – mede op basis van het toepasselijke materiële recht – tot elkaar in een rechtsbetrekking. De stagnatie in

(48) Vgl. Preadvies NJV 1983, a.w., p. 53 – 64, m.n. p. 63.

de doorwerking van de rechtsbetrekking in de werkelijkheid wordt opgeheven door een beroep te doen op de rechter. De tussenkomst van de rechter in het proces leidt ertoe dat partijen tot de rechter en tot elkaar in een nieuwe rechtsbetrekking komen te staan die van een eigen aard is: de processuele rechtsbetrekking. Krachtens die door het procesrecht gedetermineerde rechtsbetrekking hebben partijen rechten en plichten tegenover de rechter en tegenover elkaar. Twee procederende partijen worden in het proces in een driehoeksverhouding met de rechter geplaatst. De rechter oefent op grond van het procesrecht bevoegdheden uit. Deze bevoegdheden stellen de rechter in staat het proces een geordend verloop te laten hebben. De processuele bevoegdheden van de rechter dienen strikt onderscheiden te worden van de materieelrechtelijke bevoegdheden van de rechter. De toepassing van deze bevoegdheden van de rechter kan ingrijpen in de materieelrechtelijke rechtsbetrekking tussen partijen, bijvoorbeeld de ontbinding van een overeenkomst, dan wel de vernietiging van een beschikking, de vaststelling van een schadevergoeding of de oplegging van een dwangsom. De processuele bevoegdheden van de rechter hebben slechts betekenis voor de procesvoering als zodanig. Als voorbeeld kunnen worden genoemd de ambtshalve peremptoirstelling, de gelasting van een voorbereidend of een deskundigenonderzoek, (49) de plaatsopneming of een tussenvonnis waarbij een bewijsopdracht wordt gegeven of een comparitie van partijen wordt gelast.

Traditioneel is de processuele rechtsbetrekking in het administratieve proces zwak genormeerd, in die zin dat aan de rechter ruime discretionaire bevoegdheden toekomen. In het burgerlijk proces geldt traditioneel een strakke normering van de processuele rechtsbetrekking, waarbij de rechter in mindere mate beschikt over discretionaire bevoegdheden. De rechter wordt dan als vanzelf in een lijdelijke rol geplaatst. De opmars van de verzoekschriftprocedure, het kort geding en recente ontwikkelingen in de wetgeving, zoals het nieuwe bewijsrecht en de introductie van de comparitie na antwoord, tonen dat de rechter meer discretionaire bevoegdheden krijgt waardoor de lijdelijkheid van de rechter afneemt, althans kan afnemen. De mate van lijdelijkheid van de rechter vormt in het procesrecht een

(49) De bestuursrechtelijke middelen om feiten op te sporen, vgl. art. 103 e.v. en art. 102 e.v. Beroepswet. en art. 222 e.v. Rv.

belangrijk thema, reden waarom dit onderwerp hier nader gezien wordt.

2.22. *De lijdelijkheid van de rechter*

In de Egyptische cultuur is er een hiëroglief 'Ma'at' dat staat voor de godin, maar ook het abstracte begrip waarheid en gerechtigheid. (50) Gerechtigheid en onwaarheid verdragen elkaar niet. Justitia draagt (soms) een blinddoek omdat zij ieder het zijne moet geven zonder aanzien des persoons, doch Justitia draagt geen blinddoek, omdat zij geen oog zou mogen hebben voor de waarheid. In deze tijd scoort onderzoek hoog, waaruit blijkt dat de standaardjurisprudentie van de Hoge Raad op de keper beschouwd 'ver bezijden de waarheid' zat. In zijn voorwoord bij het betreffende onderzoeksverslag wierp Verburg de vraag op of de lijdelijkheid van de rechter nog wel houdbaar is. (51)

Over de betekenis van het begrip 'lijdelijkheid van de rechter' bestaan misverstanden. (52) Eenvoudige omschrijvingen, bijvoorbeeld de niet-lijdelijke rechter als actieve rechter hebben geringe onderscheidende waarde, omdat a contrario zeker niet gezegd kan worden dat een lijdelijk rechter niet actief zou zijn. De lijdelijkheid van de rechter staat traditioneel voor een complex van regels dat Chorus voor de dagvaardingsprocedure voor de rechtbank als volgt omschrijft:

'Niet de rechter neemt het initiatief tot het geding – dat doet de eiser, en de gedaagde bepaalt of hij zich zal verweren. Is het proces begonnen, uitsluitend de partijen hebben te zeggen of zij het voortijdig beëindigen. Alleen zij maken uit waarover zij strijden – de rechter spreekt zich niet uit over zaken die niet, of niet langer, worden geëist, wijst niets toe wat niet is gevorderd. De eiser en de gedaagde voeren de feiten aan waarop zij hun rechtsbeweringen gebaseerd willen hebben – de rechter heeft daar geen feiten aan toe te voegen. En alleen van feiten die, door één partij gesteld, door de andere worden betwist, kan de rechter bewijs verlangen; feiten die tussen partijen niet omstreden zijn, moet de rechter aanvaarden.' (53)

(50) Vgl. O.R. Kissel, *Die Justitia*, München 1984, p. 19 e.v.

(51) F. Bruinsma, R. Welbergen, *De Hoge Raad van onderen*, Zwolle 1988, p. v.

(52) Dit onderwerp heb ik eerder uitgewerkt in mijn bijdrage aan het RAIO-congres 1989: H. de Doelder e.a., *Met recht naar 2000*, Lelystad 1990, p. 27 e.v.

(53) J.M.J. Chorus, *De lijdelijkheid van de rechter: historie van een begrip*, Deventer 1987, p. 3.

Van deze inventarisatie valt op dat veel elementen tevens gelden in het bestuursproces, zeker wanneer men bedenkt dat de door Chorus genoemde uitgangspunten geen absoluut geldende eisen zijn. In de regel is de beschikking voorwerp van geschil, waarbij slechts de rechtstreeks in zijn belang getroffene het geding aanhangig kan maken en het beroep kan intrekken. In beginsel moet het bestuur de beschikking onderbouwen, doch de rechter verlangt op grond van zijn vragenrecht aan partijen dat ieder – voor zover hij dat nodig acht – nader bewijs levert. Soms komt het ook voor dat de bestuursrechter niet bestreden feiten zonder nader bewijs voor waar aanvaardt.

De voorgaande relativering wordt nog versterkt wanneer we zien welke elementen van de actieve rol van de rechter Chorus noemt:

‘De rechter beïnvloedt de snelheid waarmee het proces verloopt doordat hij beslist over de termijn voor het nemen van conclusies. Zelfs in het bewijsrecht, grotendeels domein van de partijen, heeft de rechter voornamen bevoegdheden die hij onafhankelijk van de partijen aanwendt: hij kan tal van bewijsverrichtingen ambtshalve bevelen; bij een getuigenverhoor vraagt hij eigener beweging wat hij maar nodig vindt. De rechter kan ook ambtshalve partijen inlichtingen vragen en ze daartoe in elk stadium van het geding voor zich laten verschijnen.’ (54)

Veel – doch niet alle – elementen van de lijdelijkheid van de rechter in het civiele proces zijn te herleiden tot het beginsel van hoor en wederhoor, of anders genoemd het ‘verdedigingsbeginsel’ (55) zoals dat ook geldt in het bestuursprocesrecht. De rechter mag het geschil slechts beslechten op grond van ook aan partijen bekende feiten, over de juistheid waarvan zij zich hebben kunnen uitlaten.

Stein komt met een meer formele definitie van de lijdelijkheid van de rechter:

‘Onder lijdelijkheid van de rechter verstaat men een inrichting van de civiele procedure, waarbij de rechter niet zelfstandig in het proces ingrijpt dan in die gevallen, waarin hij krachtens wettelijke opdracht een geschilpunt beslist. Hij laat het voeren van het proces over aan partijen, resp. hun raadslieden.’ (56)

(54) Idem; zie noot 53.

(55) B.W.N. de Waard, *Beginnelsen van behoorlijke rechtspleging*, Zwolle 1987, p. 245 – 329.

(56) P.A. Stein, *Het nieuwe bewijsrecht voor de civiele procedure*, NJB 1988, p. 387.

Ook bij Stein blijkt echter de belangrijkste grens van de handelingsvrijheid van de rechter wellicht te gemakkelijk onder de lijdelijkheid van de rechter te worden gebracht. Deze grens zou hierin bestaan dat de rechter niet bevoegd is geheel zelfstandig informatie in te winnen bij derden en gegevens te verzamelen en vervolgens deze informatie en gegevens buiten partijen om te gebruiken of om zelfstandig informatie te verzamelen en na voorlegging aan partijen in de procedure te gebruiken. (57) Ook hier blijkt eerder het beginsel van hoor en wederhoor in het geding te zijn. Bovendien is het inherent aan de autonomie van partijen en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van partijen in een civiel geding dat de rechter niet zomaar 'in het wilde weg' feiten kan garen. (58) Ook in het bestuursprocesrecht komen beperkingen voor die inherent zijn aan de aard van de materie: slechts met instemming van betrokkenen mag bijvoorbeeld de rechter informatie inwinnen bij medici. Hoewel in de praktijk daar wel verschillend over wordt gedacht, geldt ook voor het bestuursproces dat de rechter niet zonder voorkennis van partijen en buiten hun aanwezigheid of zonder hen de gelegenheid te geven aanwezig te zijn, gebruik mag maken van onderzoeksbevoegdheden. In deze benadering maakt het weinig verschil of de burgerlijke rechter een bewijsopdracht geeft of een deskundigenbericht verlangt, of dat de rechter op grond van het bestuursprocesrecht – zorgvuldig – gebruik maakt van onderzoeksbevoegdheden. Het is zeker niet zo dat in het bestuursproces de rechter alles uitzoekt wat kan samenhangen met het geschil. Vaak hangt het ervan af of een partij een stelling al dan niet voldoende onderbouwt, zodat de rechter eventueel nader onderzoek nodig zal vinden. Omgekeerd komt het in de praktijk niet vaak voor dat de rechter zonder dat een partij daartoe enig aanknopingspunt heeft gegeven op onderzoek uitgaat. In het bestuursproces kan het van doorslaggevend belang zijn of een feitelijke stelling voldoende onderbouwd is. De bestuursrechter zal vaak pas van zijn eigen onderzoeksbevoegdheden gebruik maken wanneer hij gerede vermoedens heeft dat een partij met het aangevoerde (on)gelijk heeft. Dat wil zeggen dat de rechter in het bestuursproces zijn onderzoeksbevoegdheden aanvullend laat werken. In een vergelijkbare situatie zal de burgerlijke rechter in een dagvaardingsprocedure een deskun-

(57) Stein a.w., p. 388 en noot 5.

(58) Zo heb ik mijn bedenkingen tegen de – goed bedoelde – inquisitie van D. van Emden, *De nieuwe bewijsregels: soms wat stroef*, NJB 1988, p. 385 e.v.

digenbericht kunnen vorderen, nadere feitelijke informatie kunnen vorderen in het kader van een comparitie, of een gerichte bewijsopdracht geven die leidt tot een enquête, waarbij de rechter de vraagstelling ter hand neemt en zo boven tafel krijgt hetgeen hij van belang oordeelt. De bestuursrechter kan ambtshalve getuigen oproepen, terwijl de burgerlijke rechter met de formulering van een bewijsopdracht in dezelfde richting komt.

De voorgaande beschrijving zou de indruk kunnen wekken dat de rechter onbeperkt gebruik zou moeten of mogen maken van de hem toekomende processuele bevoegdheden. Traditioneel vormt echter de lijdelijkheid van de rechter in het burgerlijk proces een impliciet uitgangspunt dat ertoe moet bijdragen dat de rechter niet zal interveniëren in de discretionaire sfeer van de procederende partijen. De werkelijkheid toont dat op de lijdelijkheid van de rechter steeds meer uitzonderingen worden toegestaan. Waar ligt dan de grens?

2.23. De beperkingen van de bevoegdheden van de rechter

Voor het civiele geding dat aanvangt met een dagvaarding zou heel globaal gesteld kunnen worden dat de rol van de rechter in die procedure soms meer lijdelijk is dan de rol van de rechter in de verzoekschriftprocedure of in het bestuursrechtelijke geding. Het verdient echter aanbeveling het begrip 'de lijdelijkheid van de rechter' met grote voorzichtigheid te gebruiken. Meer precisie kan worden verkregen door de vraag te stellen welke bevoegdheden de rechter heeft en welke beperkingen gelden ten aanzien van de uitoefening van die bevoegdheden. Deze vraag kan zowel gesteld worden ten aanzien van de uitoefening van bevoegdheden in de processuele rechtsbetrekking als ten aanzien van de uitoefening van bevoegdheden die de materieelrechtelijke rechtsbetrekking in geschil betreffen. De verhouding tussen beide elementen van de grenzen van de bevoegdheden van de rechter kan als volgt gezien worden. Het proces heeft slechts ten doel de stagnatie in de ontwikkeling van de materiële rechtsbetrekking op te heffen. De toepassing van procesrechtelijke bevoegdheden door de rechter mag echter niet zover gaan dat daardoor ten onrechte een inbreuk wordt gemaakt op de materieelrechtelijke bevoegdheden van rechtssubjecten. De beperking van de bevoegdheid van de rechter kan nader geanalyseerd worden door te bezien welke modaliteit van het legaliteitsbeginsel van toepassing is.

Voor de procesrechtelijke bevoegdheden van de burgerlijke rechter is

er sprake van een ontwikkeling naar toekenning van steeds ruimere discretionaire bevoegdheden aan de rechter. Deze ontwikkeling berust deels op nadere wetgeving, deels op jurisprudentierecht. Het toepassingsgebied van de verzoekschriftprocedure is uitgebreid; recent is voorgesteld voor het scheidingsprocesrecht te kiezen voor die procesvorm. Algemeen wordt onderkend dat de rechter in de verzoekschriftprocedure een actieve rol heeft. Voor die procedure geldt dat de rechter over ruime discretionaire bevoegdheden beschikt, waarvoor slechts deze beperking geldt dat niet gehandeld mag worden in strijd met de rechten van procespartijen (modaliteit 3).

Het oude bewijsrecht vertoonde trekken van de vrij strikte werking van het legaliteitsbeginsel die besloten ligt in een wettelijke determinering van procedure en inhoud van de bevoegdheidsuitoefening (modaliteit 1). Het nieuwe bewijsrecht geeft de rechter in ruimere mate discretionaire bevoegdheden (modaliteit 2), zodat de grensbepaling besloten ligt in het uitgangspunt dat de rechter niet mag handelen in strijd met de rechten van procespartijen en van eventuele derden (modaliteit 3). Dit impliceert onder meer dat de rechter zorg moet dragen voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Nadat in de rechtspraktijk de comparitie na antwoord als een waardevol element in de civiele procedure was onderkend, heeft de wetgever deze opgenomen in het procesrecht. De comparitie geeft ruimte voor een doorbreking van de passieve houding van de rechter gedurende de loop van het geding. In dezelfde lijn ligt de veranderde benadering van de betekenis van de rolzitting. Hoewel per arrondissement verschillen gelden, valt op dat in de rechtspraktijk gekozen is voor een meer actieve rol van de rechter gedurende de procedure. (59) Over het geheel genomen kan worden vastgesteld dat voor het burgerlijk procesrecht een verschuiving van modaliteit 1 naar modaliteit 3 van het legaliteitsbeginsel aanwezig is.

Bij het van toepassing zijn van modaliteit 3 van het legaliteitsbeginsel rijst de vraag welke rechten van procespartijen bescherming verlangen. In de eerste plaats kan daarbij gedacht worden aan grondrechten, zoals de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Bovendien moet de rechter bij de uitoefening van processuele bevoegdheden niet treden in de materieelrechtelijke (eventueel discretionaire) bevoegdheden van de procespartijen.

Ook de materieelrechtelijke bevoegdheden van de burgerlijke rechter

(59) G.J. Boon, F.S.P. van der Wal a.w.

worden steeds verder uitgebreid. Het scheidingsrecht vormt hiervan een voorbeeld. Anders dan bij het simpelweg uitspreken van de scheiding als zodanig, is aan de rechter het volgende opgedragen: de vaststelling van alimentatie, de regeling van het gezag over de kinderen, de boedelscheiding, het gebruik van de voormalige echtelijke woning en het huurrecht als zodanig. In het Nieuw BW wordt de rechter onder meer de bevoegdheid gegeven bij onvoorziene omstandigheden wijziging aan te brengen in hetgeen partijen zijn overeengekomen. Deze ontwikkeling sluit aan bij de bevoegdheid van de rechter om bij de toepassing van vage normen als redelijkheid en billijkheid nader te bepalen waartoe partijen over en weer gehouden kunnen worden geacht. De grenzen die de rechter hierbij in acht heeft te nemen zijn niet op eenvoudige wijze te expliciteren. Zou de rechter onbegrensd treden in de materieelrechtelijke bevoegdheden van partijen, dan blijft er weinig over van de autonomie van het rechtssubject in het burgerlijke recht. Aan de andere kant moet worden vastgesteld dat de rechter in toenemende mate inhoudelijk ingrijpt in de materieelrechtelijke rechtsbetrekking tussen partijen.

Ter afronding kan erop gewezen worden dat in de traditionele benadering van het burgerlijke procesrecht de beperkingen van de procesuele bevoegdheden van de rechter, die voortvloeiden uit het 'begin-sel' van de lijdelijkheid van de rechter, opgevat kunnen worden als een waarborg voor handhaving van de materieelrechtelijke keuzevrijheid van rechtssubjecten. Zo werd in de traditionele benadering de materieelrechtelijke autonomie van partijen getransformeerd in processuele autonomie van partijen.

III. VERGELIJKING

3.1. *Vrouw Justitia*

In het voorgaande is stilgestaan bij de taak van de rechter. Daarbij is gepoogd een analyserende beschrijving te geven van de rechtsvormende taak van de rechter. De rechter past niet alleen recht toe, in de zin van subsumptie, maar vormt mede de toegepaste rechtsnormen en vormt mede de inhoud van de rechtsbetrekking tussen procespartijen. Daarbij geeft de rechter voor de rechtsbetrekking in geschil inhoud aan het ongeschreven recht. Met het vervullen van deze taken dient de rechter een niet vaak geëxpliciteerd doel: het bevorderen van

de gerechtigheid. Gerechtigheid is geen rechtsbegrip en het vormt een riskante stap om in een verhandeling met een meer rechtswetenschappelijke invalshoek de gerechtigheid naar voren te brengen als maxime van onze rechtsorde. Niet dat iemand de gelding van deze maxime zou willen bestrijden, doch het is misschien meer conform de mores om over deze diepere grond van onze rechtsorde te zwijgen. Gerechtigheid als abstract tijdloos begrip vinden we terug in de personificatie van Justitia: de cover girl van het NJB, of Themis als naamgeefster van het prestigieuze juridische tijdschrift *RM Themis*. Gerechtigheid is wellicht een vrouwenzaak. (60) In de mythologie bestaat een neiging om de zedelijke waarden te hullen in een vrouwelijke gestalte. (61) De beeltenis van Justitia is die van een vrouw, eventueel met hoorn des overvloeds, veelal met duidelijk zichtbare borsten. Zoals de moeder zogend en verzorgend ieder het zijne geeft, (62) geeft Justitia als behoedster van de gerechtigheid ook ieder het zijne. Soms wordt de man in de rol van Justitia geplaatst, maar dan verbeeldt hij eerder de 'kwade rechter'. (63)

In de Joodse traditie en later met de opkomst van het Christelijke geloof werd de godsfiguur in onze cultuur exclusief masculien en werden de godinnen verdrongen. Desondanks bleef Justitia als vrouw het symbool voor aardse gerechtigheid. Voor zover de koning recht spreekt – als door God daartoe geroepen – staat Justitia in zijn 'rechtszwaard' gegrift (64) en op veel gerechtsgebouwen – waar in naam der Koning(in (65)) recht wordt gesproken – staat Justitia afgebeeld. Justitia als belichaming van de gerechtigheid vormt ook in deze tijd een levend beeldmerk. Het beleidsplan van Justitie 1990 'Recht in beweging' is ermee versierd en bij journaalbeelden over rechtspraak verschijnt Justitia met de weegschaal als herkenningspunt in beeld. Ook het logo van het Hof van Justitie is getooid

(60) Wellicht is het aan de orde stellen van deze kwestie geen mannenzaak: S. Rüttner-Gova, *De Matriarch*, Utrecht/Antwerpen 1988.

(61) U. von Lübtow, *De iustitia et iure*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, band 66, 1948, p. 458 – 565 (554).

(62) In deze gedaante wordt Nemesis ook wel gezien: vgl. J.H. Nieuwenhuis, Zij die geboren worden groeten u, *RM Themis* 1988, p. 359 e.v.

(63) Bijvoorbeeld: O.R. Kissel, *Die Justitia*, a.w. p. 115, De arme man en de rijke koopman voor de onrechtvaardige rechter, een houtsnede daterend uit 1521.

(64) Idem, p. 72, Het zwaard van Koning Friedrich I van Zweden (1720 – 1751).

(65) 'In naam des Konings', bepaalde het inmiddels vervallen art. 163 van de Grondwet vóór 1983.

met de attributen van Justitia: weegschaal, zwaard en wetboek. Dat Justitia een vrouw is, is zo vanzelfsprekend dat we nimmer de vraag aan de orde stellen waarom Justitia een vrouw is. Waarschijnlijk is deze vraag ook niet afdoende te beantwoorden, omdat de beeldkeuze van eeuwen her is. (66) Opmerkelijker is de vraag waarom Justitia nog steeds een vrouw is en als vrouw-beeld stand heeft gehouden, ondanks het feit dat in onze high-tech cultuur zo'n beeld op het eerste gezicht niet meer zo passend lijkt. Justitia is wellicht een vrouw omdat de gerechtigheid fundamenteel verbonden is met het vrouwelijke.

Heeft deze verbintenis tussen gerechtigheid en het vrouwelijke betekenis voor deze verkenning van de taak van de rechter? Eerder is erop gewezen dat het proces in zijn klassieke vorm met een ander beeld in verband kan worden gebracht: het proces als strijd (par. 2.6.). De rechtsstrijd als substituuut voor het op de vuist uitknokken van het onderliggende maatschappelijke conflict en als substituuut voor eigenrichting. Dit strijdbeeld is wellicht meer verbonden met het mannelijke in onze cultuur. Op het scherp van de snede wordt met vlijmscherpe argumenten de zege in de rechtsstrijd bevochten: geen compromis, geen inschikkelijkheid, want het recht moet en zal zegeviereren. Het lijkt wel of bij deze laatste beschrijving van het proces de gerechtigheid ver te zoeken is. Geslepen advocaten overdonderen zo mogelijk de tegenpartij en het enige wat telt is *winnen*, ongeacht of die zege rechtvaardig genoemd kan worden.

Gerechtigheid duikt zo nu en dan wel op in de rechtsliteratuur. Vaak is de taal die dan gebezigd wordt meer beeldend. Na een worsteling met de tegenstelling tussen gerechtigheid en recht komt Leijten met de volgende zinnen:

'Welke mystieke macht is het, die het goede oordeel toch liet doorbreken? Wie ontstak tussen de regels door der dorre juristentaal – de sprankelende vonk der gerechtigheid?

In het gerechtsgebouw fladderen geen schichtige roofvogels meer rond. Ridders zijn het, ridders der gerechtigheid in een droompaleis. En waar rechtvaardigheid heerst, bloeit vrede.' (67)

(66) Strijdbare vrouwen kozen een wrakende godin anno 1984 als hun beeld: D. Meij-sing, *Nemesis* en de zwaan, *Nemesis* 1984, p. 3.

(67) J. Leijten, *Sluip- en dwaalwegen naar de gerechtigheid*, *Tijdschrift voor privaatrecht* 1989, p. 445 – 454 (454).

Ook bij Paul Scholten zijn vrede en gerechtigheid met elkaar verbonden. Ter gelegenheid van 100 jaar BW schreef hij de volgende woorden:

‘En naast en boven de vrede: het zoeken der gerechtigheid, daardoor de voortdurende strijd, de nooit eindigende poging om te grijpen, wat we tegelijk grijpen moeten en niet grijpen kunnen, nog minder vasthouden.’ (68)

Maar bij het 150-jarig jubileum van het BW laat Brunner géén bevloegen woorden horen: ‘Recht zonder regels is geen recht.’ Schrijvend over de betekenis van ongeschreven recht naast geschreven recht, waarin een relativisering van rechtsregels gezien kan worden, stelt hij een kil opportunisme voorop:

‘Eerder lijkt sprake van een begrijpelijke neiging om regels te relativiseren waar zij voor de betrokkene ongunstig uitwerken, maar om dat niet te doen waar de regel voordelig schijnt.’ (69)

De relativiserende betekenis die de toepassing van ongeschreven recht kan hebben, wordt door de schrijver als een bedreiging van de rechtszekerheid gezien en wordt niet in verbinding met een notie als de gerechtigheid gebracht.

Dubbink verkiest – ter nagedachtenis van G.E. Langemeijer – een precieze analyse van de redelijkheid en de billijkheid, doch met een duidelijk doel: ‘de gerechtigheid wordt gediend door objectivering van het billijkheidsoordeel’. (70)

Deze objectivering zou door Langemeijer waarschijnlijk niet bestreden zijn. De doorwerking van de gerechtigheid in het vermogensrecht wordt door hem – hardop nadenkend – als volgt benaderd:

‘Een soortgelijke optiek (onze gevoelsreactie als leidraad naar het nuttige voor individu en gemeenschap), geeft, zou ik menen ook het beste reken-schap van de indruk – naar ik vermoed een juiste indruk – als zou in veel van de gevallen die we hiervóór als evolutie van het burgerlijke ver-

(68) Ons burgerlijk wetboek honderd jaar, in: Verzamelde geschriften, deel III, p. 47.

(69) C.J.H. Brunner, Burgerlijk recht, geschreven en ongeschreven, WPNR 150 jaar BW 5885, 1989 p. 460.

(70) De redelijkheid en billijkheid volgens art. 3:12 NBW I en II, WPNR 5963, 5964 (p. 378).

mogensrecht tegenkwamen, een infiltratie plaatsvinden van de zedelijkheid (het gerechtighedsbesef AFMB) in het recht'. (71)

Wat zeggen deze losse fragmenten – meer zijn het niet (72) – over gerechtigheid? Er is een spanning tussen rechtszekerheid en gerechtigheid. De relativisering van het geschreven recht, de relativisering van hetgeen partijen op schrift hebben gesteld, vormt een onmisbaar element van rechtspraak. Het gevaar dreigt echter dat de rechter het altijd beter weet dan de partijen en hen afhoudt van hetgeen zij naar maatschappelijke noodzakelijkheid wensen te bereiken: rechtszekerheid. (73)

Hebben wij voor het vervullen van die subtiële afwegingstaak de Ridders van Leijten nodig, of Justitia? Deze tegenstelling doet onvoldoende recht aan de benadering van Leijten. Geen schichtige roefvogels hebben we nodig, maar moedige rechters, rechters met lef, zoals Ras het uitdrukte. (74) Lef is nodig om het geschrevene los te kunnen laten en een verantwoorde afweging te maken van de belangen van partijen in het geding en de maatschappelijke betekenis van hun gedragingen. De handhaving van het beeld van Justitia in de dagelijkse rechtspraktijk drukt wellicht impliciet uit dat wij erop vertrouwen dat zij dit lef heeft. Zeus beschouwde immers ook de juridische adviezen van Themis als bindend. (75)

3.2. Een wereld van verschil

Kernvraag van dit preadvies is of gelet op de functie van het proces en de taak van de rechter in het bestuursproces en het burgerlijk proces er gronden zijn voor verschillen tussen beide procesvormen.

Het huidige recht leert dat er niet alleen grote verschillen zijn tussen beide procesvormen, maar tevens dat binnen het bestuursprocesrecht en het burgerlijk procesrecht grote verschillen bestaan. Het procesrecht en de procespraktijk in het fiscale recht wijken bijvoor-

(71) G.F. Langemeijer, De gerechtigheid in ons burgerlijke vermogensrecht, Zwolle 1989, p. 127 – 128. De toevoeging berust op een substitutie op p. 131 a.w.

(72) Zie ook bijvoorbeeld H.C.F. Schoordijk, Iets over de ontwikkeling van het burgerlijk recht in wetenschap en praktijk in deze eeuw tot ongeveer 1960, WPNR 5885.

(73) Vgl. Brunner, a.w.

(74) H.E. Ras, Kenmerkende eigenschappen van een rechter, Trema'' 1988, p. 331 en idem, De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, NJB 1989, p. 1242.

(75) Von Lübtow, a.w. en J. Gaudemet, Institutions de l'antique, Parijs 1967, p. 186.

beeld op een aantal punten sterk af van overige vormen van administratief procesrecht. De dagvaardingsprocedure en de verzoekschriftprocedure dragen elk een eigen karakter. Uit de rechtspraktijk valt de globale conclusie te trekken dat bijzonder procesrecht toegepast door een afzonderlijk rechtscollege, of een onderdeel daarvan leidt tot een eigen procesorde. Zolang verschillende colleges en onderdelen daarvan verschillend procesrecht toepassen, valt ook niet te verwachten dat die verschillende vormen van procesrecht naar elkaar toe zullen groeien. Eerder geldt het tegendeel. Zelfs per rechterlijk college en per rechter kan een verschillende inhoud gegeven worden aan de toepassing van de discretionaire bevoegdheden die de rechter heeft. Menig rechter in de raad van beroep stelt zich zeer actief op, doch dat doen zij niet allemaal. De Afdeling rechtspraak van de Raad van State stelt zich – mede vanwege de grote werkdruk – vaak terughoudend op. Het College van beroep voor de studiefinanciering stelt zich zeer actief op, waarbij de rechter via de fictieve weigering vaak de omvang van het geding uitbreidt tot al die elementen van het geschil die nodig zijn voor een bevredigende afloop ervan. De invulling van het fiscale procesrecht draagt op een aantal punten civielrechtelijke trekken, bijvoorbeeld in ter zake van de stelplicht en bewijslast.

Het spreekt voor zich dat het geldende procesrecht een belangrijke invloed heeft op het proces. Verzoekschrift en dagvaarding vormen grondpatronen waar de rechter niets aan kan veranderen, evenmin het gegeven dat de bestuursrechter in de regel tot niet meer bevoegd is dan het vernietigen van de overheidsbeschikking in geschil. Doch afgezien van deze verschillen is het niet onwaarschijnlijk dat de verschillen in procesrecht mede van betekenis blijven en in stand worden gehouden, doordat zowel in de wetenschap als in de rechtspraktijk de verschillende procesvormen door verschillende personen bestudeerd en toegepast worden. Eerder is melding gemaakt van het overleg tussen de afdelingen wetgeving publiekrecht en wetgeving privaatrecht van het ministerie van justitie, waarbij besloten is integratie van bestuursprocesrecht en burgerlijk procesrecht niet op de agenda te plaatsen. Een besluit tot integratie valt ook moeilijk van twee groepen specialisten te verwachten. Ook in de rechtspraktijk en de wetenschap vormt het verschil tussen burgerlijk recht en bestuursrecht vaak een wereld van verschil.

Niet verwacht mag worden dat deze verschillen snel zullen worden opgeheven. Ook al zal binnen de rechtbank integratie – hoofdzake-

lijk als organisatorische integratie – plaatsvinden, dan nog zullen bestaande grenzen niet gemakkelijk vervagen. De instandhouding van de grenzen wordt vooralsnog ook bevorderd door een gesplitste rechtsgang in hoger beroep en cassatie (voor zover al mogelijk). De vorming van uniform bestuursprocesrecht zal er wellicht toe leiden dat binnen dit deel van het recht meer eenheid zal ontstaan. Ook de thans nog onbekende 'rechtsseenheidsvoorziening' zou van betekenis kunnen zijn.

Voor de beantwoording van de vraag die in dit preadvies aan de orde is, hebben bovenstaande omstandigheden echter geen betekenis. Het spreekt voor zich dat historie en traditie grote invloed hebben en dat een min of meer theoretische stellingname over mogelijkheden voor uniformering van procesrecht niet direct zal leiden tot aanpassingen in de rechtspraktijk. Bovendien valt te verwachten dat de herziening van de rechterlijke organisatie, de invoering van de Algemene wet bestuursrecht en van het Nieuw BW reeds zoveel energie en aandacht zullen vergen dat weinig animo overblijft om de verschillen tussen – dan nieuw – bestuursprocesrecht en burgerlijk procesrecht aan de orde te stellen.

3.3. Is er werkelijk verschil?

Ondanks de hiervoor gegeven relativering wordt hier de hamvraag gesteld: is er een verschil tussen burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht? Uit het voorgaande blijkt dat de beantwoording van deze vraag primair afhankelijk wordt gesteld van de vraag of er zodanige verschillen zijn tussen burgerlijk recht en bestuursrecht dat daaruit noodzakelijkerwijs verschillen in het procesrecht voortvloeien. Het antwoord op deze vraag kan hier niet uitputtend gegeven worden, omdat beide rechtsgebieden zo omvangrijk en gevarieerd zijn. Eerder is voor de vergelijking van beide rechtsgebieden het begrip rechtsbetrekking gekozen. De hier relevante vraag luidt dan ook of de wijze waarop de rechtsbetrekkingen in het burgerlijk recht en in het bestuursrecht genormeerd zijn, verschilt en met name of de invloed van de rechter op die normering verschilt.

Veel uitspraken over verschillen tussen burgerlijk recht en bestuursrecht dragen het karakter van 'de grootste gemene deler'. Bijvoorbeeld de volgende benadering: De autonomie van partijen in het privaatrechtelijke rechtsverkeer brengt mee dat de rechter in het burgerlijke proces een lijdelijke rol behoort te vervullen, terwijl in het be-

stuursrecht de inhoud van de rechtsbetrekking eenzijdig door de overheid wordt bepaald en deze eenzijdigheid vormt de reden om in het bestuursprocesrecht de rechter niet lijdelijk te laten zijn. Deze uitspraken zijn zonder relativering niet meer geheel juist. In de eerste plaats worden *in de praktijk* vele rechtsbetrekkingen in het burgerlijk recht ook eenzijdig door een van de partijen genormeerd (probeer maar eens een paar sokken op eigen condities bij een warenhuis te kopen, of een wijziging in polisvoorwaarden van een verzekering te verkrijgen). In het kader van het 'consumentenrecht' worden aan deze ontwikkeling ook gevolgen verbonden, doordat de wetgever aangeeft welke grenzen, opgenomen in zwarte en grijze lijsten, gelden voor deze eenzijdige normering. In de tweede plaats mag de invloed van de tegenspelers van de overheid in het bestuursrecht ook niet onderschat worden. In het bestuursrecht geldt op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel dat de betrokkenen gehoord moeten worden en dat met hun belangen rekening moet worden gehouden, in die zin dat er sprake moet zijn van een redelijke en evenwichtige belangenafweging. Vaak leidt dit ertoe dat al overleggend een voor een ieder redelijk bevredigende oplossing wordt gevonden. De teneur van het bestuursrecht is steeds meer gericht op horizontale verhoudingen. Het ambtenarenrecht dat gebaseerd is op de éénzijdige aanstelling heeft zijn langste tijd gehad: vrijwel niemand twijfelt er aan dat de dienstbetrekking tussen de overheid en de werknemers van de overheid bij (collectieve) arbeidsovereenkomsten geregeld kan worden. Waarin schuilt dan het principiele verschil? Ook de overeenkomst wordt in de praktijk van het bestuursrecht steeds belangrijker en zal in de AWB gecodificeerd worden. Aan de andere kant wordt in het burgerlijk recht soms nog weinig aan de autonomie van rechtssubjecten overgelaten. Voor vele delen van het burgerlijk recht geldt dat het overheidsrecht steeds meer voorschrijft wat de inhoud van de rechtsbetrekking is. Bovendien geldt dat de doorwerking van publiekrecht in het privaatrecht steeds sterker wordt, dat wil zeggen dat de inhoud van de rechtsbetrekkingen in het privaatrecht in steeds sterkere mate beïnvloed wordt door publiekrecht, bijvoorbeeld bij de uitoefening van het eigendomsrecht en het daardoor veroorzaken van hinder. Bovendien wordt de inwerking van Europees recht steeds groter. Het vrij verkeer van goederen en personen bijvoorbeeld kan in burgerlijkrechtelijke rechtsbetrekkingen leiden tot een verdere beperking van de autonomie van de partijen.

In het algemeen kan worden gezegd dat de verschillen in de wijze van

normering van rechtsbetrekkingen in het burgerlijk recht enerzijds en in het bestuursrecht anderzijds even sterk aanwezig zijn als binnen die rechtsgebieden zelf. Welke modaliteit van het legaliteitsbeginsel van toepassing is, hangt veelal af van de aard van de materie en de aard van de belangen die aan de orde zijn. Ook hierin valt geen principiële grens tussen burgerlijk recht en bestuursrecht aan te wijzen.

3.4. Verschil in de taak van de rechter?

Voor de rechtsvormende taak van de rechter in het bestuursrecht en in het privaatrecht bij de doorwerking van de rechtsbetrekkingen in de werkelijkheid, is bepalend de aard van de rechtsbetrekking in geschil. Gaat het om een eenvoudige civiele vordering gebaseerd op contractuele wanprestatie, of om een procedure tegen een te hoge belastingaanslag, dan is er op de keper beschouwd geen verschil in de taak van de rechter. De wet determineert de hoogte van de aanslag en het contract dat partijen tot wet strekt bepaalt welke tegenprestatie gevorderd kan worden. Gaat het om de vraag of in redelijkheid en billijkheid een boetebeding ten uitvoer kan worden gelegd, of om de vraag of een belastinginspecteur bepaalde verwachtingen heeft gewekt, dan wordt van de rechter verlangd dat deze nadere inhoud geeft aan onzelfstandige rechtsnormen in het concrete aan hem voorgelegde geval. Voor een boetebeding geldt dat er een zekere mate van evenredigheid moet zijn tussen de ernst van de wanprestatie en het onheil dat iemand bij het plegen van wanprestatie over zich afroept. Daarbij maakt het verschil of het om een contract tussen twee ondernemingen gaat, of om een afbetalingsregeling van een postorderbedrijf dat desnoods tegen beter weten in de kredietwaardigheid van een consument overschat. Insgelijks kan bij de toepassing van het vertrouwensbeginsel in het belastingrecht een rol spelen of betrokkene had moeten begrijpen dat de inspecteur zich vergiste bij het doen van de toezegging. De deskundigheid van de belastingplichtige kan dan mede een rol spelen.

Ik meen dat ondanks de cultuurverschillen tussen burgerlijk recht en bestuursrecht en tussen de verschillende procesvormen, uiteindelijk de taak van de rechter – waarvan de inhoud afhankelijk is van de aard van de rechtsbetrekking in geschil – abstraherend niet verschillend is. Zowel voor het bestuursrecht als voor het burgerlijke recht geldt dat voor zover rechtssubjecten keuzevrijheid hebben, de rechter door de wijze van toetsen die keuzevrijheid dient te respecteren.

Afhankelijk van de vraag in hoeverre ten aanzien van de kwestie in geschil materiële normering van de rechtsbetrekking aangenomen kan worden, komt de rechter tot een nadere afgrenzing van de keuzevrijheid van rechtssubjecten. Een te ruime exoneration wordt in het privaatrecht, zeker wanneer het om consumentenrecht gaat, niet aanvaard evenals vermijdbare slordigheid door een overheidsorgaan bij voorlichting over een bepaalde bestuursrechtelijke kwestie. In beide gevallen wordt de keuzevrijheid van rechtssubjecten beperkt door nadere materiële normering die gebaseerd is op toepassing van vage normen als redelijkheid en billijkheid en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In beide gevallen is de invloed van de rechter op de vorming van de rechtsbetrekking door concretisering van vage normen groter dan bijvoorbeeld bij subsumptie.

Eerder is bij de verkenning van de staatsvrije sfeer in onze rechtsorde geconstateerd dat de uitwerking van materiële normering in het privaatrecht en in het bestuursrecht verschillend zou werken. Materiële normering van de rechtsbetrekking leidt in het privaatrecht tot beperking van de keuzevrijheid van de deelnemers aan het privaatrechtelijke rechtsverkeer. In het bestuursrecht leidt de concretisering van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor de rechtsbetrekking in geschil tot beperking van de keuzevrijheid van het bevoegde overheidsorgaan. In beide gevallen echter geldt dat de rechter een belangrijker taak krijgt bij de materiële normering van rechtsbetrekkingen. Zowel in het bestuursrecht als in het burgerlijke recht geldt dat de materiële normering van de rechtsbetrekkingen door toepassing van vage rechtsnormen toeneemt. Aan deze ontwikkeling is veelal inherent dat de tussenkomst van de rechter vaker vereist is.

Deze ontwikkeling hangt samen met een veranderde betekenis van het recht in onze rechtsorde. Eerder is gesproken over een verschuiving in het privaatrecht van een benadering *ad rem* naar een benadering *ad personam* (par. 2.9.), waarbij – mede voor het bestuursrecht – het begrip rechtsbetrekking in een relativerende betekenis wordt gehanteerd. De juridische ‘instituten’ zoals beschikking, overeenkomst en eigendom zijn niet alléén van belang voor het waarderen van de rechtens relevante relatie tussen mensen. Mede is van belang de context waarin deze instituten in het concrete geval geplaatst moet worden. Steeds minder geldt dat de overeenkomst botweg verplicht tot datgene wat partijen overeengekomen zijn, dat de eigenaar zijn ‘meest volledige’ recht naar eigen goeddunken kan uitoefenen, of dat de overheid op grond van blote publiekrechtelijke bevoegdheidsver-

lening eenzijdig kan beschikken over het juridische lot van burgers. Een ieder die maatschappelijk gezien macht uitoefent over een ander dient daarbij mede rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van die ander. De bescherming van de belangen van de andere partij is niet steeds in abstracto in rechtsregels te vatten (ook al houdt het bijzonder privaatrecht en het bijzonder bestuursrecht op steeds ruimere schaal daartoe een poging in) doch moet nader geconcretiseerd worden door toepassing van vage rechtsnormen. De rechtstoepassing wordt daarmee meer op de persoon en op de zingeving van de relatie tussen personen betrokken en daarbij komt meer betekenis toe aan de nadere normering door vage rechtsnormen. Eerder is deze ontwikkeling een relativerende genoemd.

Voor het procesrecht heeft deze ontwikkeling belangrijke gevolgen. De rechter dient bij het vaststellen van de gevolgen van de rechtsbetrekking te beschikken over een reëel beeld van de zaak. Redelijkheid en billijkheid in abstracto hebben geen inhoud. (76) Hieruit vloeit voort dat de rechter voor de beoordeling van de feiten niet meer volledig afhankelijk kan zijn van hetgeen partijen naar voren brengen. Vanwege de noodzaak te komen tot nadere concretisering van vage rechtsnormen in het bestuursrecht en in het privaatrecht, moet de rechter wanneer de aard van de zaak dat meebrengt eventueel actief onderzoek kunnen instellen naar feiten en omstandigheden die contextueel van belang zijn voor de beoordeling van het geschil. In het privaatrecht heeft deze noodzaak ertoe geleid dat voor die delen van bijzonder privaatrecht (huurrecht, arbeidsrecht, echtscheidingsrecht) waar de materiële normering vergaand is, door de wetgever meestal gekozen is voor de verzoekschriftprocedure. De rechter kiest in deze zaken veelal zelf een actieve opstelling. De dagvaardingsprocedure is uitgebreid met bijvoorbeeld de comparitie na antwoord en een veruiming van het bewijsrecht zodat de rechter meer mogelijkheden voor een actieve processuele opstelling heeft. Dit is eveneens het geval bij de kort-gedingprocedure. Voorts kan in navolging van Hammerstein worden gesteld dat procederen te goeder trouw in het privaatrecht meebrengt dat procespartijen de waarheidsvinding door de rechter niet mogen belemmeren, althans dusdoende het risico lopen,

(76) Vgl. J.J. Nicuwenhuis, De nieuwe sluiers van Themis, RM Themis 1990, p. 241, n.a.v. art. 3:12 NBW, 'Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met ... de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.'

afbreuk te doen aan hun processuele situatie. (77) Het bestuursprocesrecht heeft de rechter van meet af aan de bevoegdheid gegeven die informatie in te winnen die noodzakelijk is voor een verantwoorde beoordeling van de zaak.

3.5. Tussenbalans

De mate van materiële normering van rechtsbetrekkingen aan de hand van vage normen neemt toe, evenals de waardigheid van ieder rechtssubject dat deelneemt aan een rechtsbetrekking. De invloed van de rechter op de inhoud van rechtsbetrekkingen neemt toe evenals de behoefte van de rechter aan juiste informatie over de voor de rechtsbetrekking van belang zijnde feiten en omstandigheden. Deze ontwikkelingen gelden voor het bestuursrecht en het privaatrecht. Afhankelijk van de aard van datgene wat onderworpen is aan juridische normering zal de invloed van deze ontwikkelingen sterker dan wel zwakker zijn. Voorts bepalen het maatschappelijk normen- en waardenpatroon en de dynamiek daarin in hoeverre deze ontwikkelingen voor bepaalde onderwerpen een grotere actualiteit krijgen. Lange tijd kon een werkgever een werknemer die zijn arbeidsovereenkomst 'opzegde' buiten de deur zetten, totdat aan de hand van vage rechtsnormen vastgesteld werd dat niet iedere opzegging ook verbreking van de arbeidsovereenkomst meebrengt en er daarom op de werkgever een onderzoeksverplichting kan rusten, zodat duidelijk wordt of de werknemer dit wel zo heeft kunnen menen. (78) Met deze concretisering van vage rechtsnormen calculeert de rechter in dat een werknemer die onverhoeds handelt niet slechts om die reden – gelet op de werkloosheidsproblematiek – zich in de nesten mag werken. Gelet op de aard van de rechtsbetrekking vindt hier een op maat gesneden ongelijkheidscompensatie plaats.

De vraag of de rechter in het burgerlijk proces en in het bestuursproces over meer of minder onderzoeksbevoegdheden dient te beschikken, valt in algemene zin niet te beantwoorden. Afhankelijk van de aard van de rechtsbetrekking in geschil, zal de rechter zich al dan niet actiever moeten opstellen om tot een verantwoorde beslissing te komen. Tussen de rechtsbetrekkingen in het privaatrecht en in het bestuursrecht als zodanig valt geen relevant verschil aan te geven.

(77) Hammerstein a.w.

(78) HR 12 september 1986, vgl. hierover Schoordijk, a.w. p. 509.

Wanneer een belastinginspecteur bij fraude door een werkgever komt tot een fiscaal compromis, dan ligt het in beginsel niet op de weg van de rechter om – omdat het fiscale recht dwingend recht zou zijn – zijn neus te steken in alle onderliggende feiten en omstandigheden, wanneer partijen dáárover geen geschil hebben. Insgelijks laat de rechter de achtergronden van een verbintenisscheppende overeenkomst onaangeroerd, tenzij een van de partijen de rechter erop wijst dat die achtergronden een rol spelen voor de waardering van de zaak.

Bij wijze van tussenbalans kunnen de volgende uitgangspunten geformuleerd worden.

- a. Voor het vervullen van de rechtsprekende functie in het privaatrecht en het bestuursrecht dient de rechter te beschikken over onderzoeksbevoegdheden die de rechter in staat stellen om zich zo nodig een reëel beeld van de zaak te verschaffen.
- b. Partijen in een geding hebben de rechtsplicht om de rechter juist voor te lichten, althans zij mogen de rechter niet onjuist voorlichten over de voor de beoordeling van het geschil relevante feiten.
- c. De gebruikmaking van de processuele bevoegdheden door de rechter dient afgestemd te worden op de aard van de rechtsbetrekking in geschil.
- d. De rechter dient overigens de rechten van procederende partijen – onder meer de hun toekomende materieelrechtelijke keuzevrijheid alsmede de bescherming van de persoonlijke levenssfeer – te respecteren.

Aan de hand van deze uitgangspunten kan beoordeeld worden op welke wijze procesrecht ingericht dient te worden en of daarbij eventueel voor het privaatrecht en het bestuursrecht voor een verschillende benadering gekozen moet worden.

3.6. De basisvorm van het proces

Het is niet eenvoudig om aan de hand van de vele verschillende procesrechtregelingen al generaliserend de hoofdelementen van het procesrecht te bepalen. Een van de problemen vormt daarbij het jargon dat haast voor iedere procesregeling weer anders is. Daarom is hier gekozen voor een meer algemene terminologie die niet voor ieder afzonderlijke procesregeling direct correspondeert met de aldaar gebruikelijke terminologie en geldende procesorde. Deze beschrijving kan echter wel zinvol zijn voor een meer algemene benadering van

het fenomeen procesrecht. Het gaat hier niet om een blauwdruk voor een nieuwe procesregeling, doch slechts om het benoemen van het materiaal waarnaar in dit preadvies nader rechtsvergelijkend gekeken wordt. Het bestuursprocesrecht zal daarbij voor zoveel mogelijk als één geheel gedacht worden (zonder dat nog in detail op het komend bestuursprocesrecht kan worden ingegaan, omdat dat nog niet in een enigszins definitieve vorm beschikbaar is). Verschillen tussen de kantongerechtsprocedure en de rechtbankprocedure worden ook voor zoveel mogelijk weggedacht, omdat in het kader van de integratie uiteindelijk deze verschillen zullen komen te vervallen. De verschillen zoals die nu bestaan lijken over het geheel genomen niet principieel van aard.

In de basisvorm van het proces zou ik de volgende elementen willen aanwijzen:

- a. de vordering;
- b. de partijstelling;
- c. het ontvankelijkheidsoordeel;
- d. de standpuntbepaling van partijen ten aanzien van het recht en de feiten;
- e. de instructie;
- f. de comparitie;
- g. het bewijs;
- h. het onderzoek;
- i. de openbare behandeling;
- j. het vonnis en
- k. de executie.

Deze opsomming is slechts ten dele chronologisch, omdat de onderdelen d tot en met i in wisselende volgorde en eventueel bij herhaling kunnen voorkomen. Sommige onderdelen zijn zeer complex. Bij partijstelling moet bijvoorbeeld niet alleen gedacht worden aan eiser (verzoeker, klager) en gedaagde (verweerder), maar ook aan bijvoorbeeld oproeping in vrijwaring, voeging en tussenkomst van partijen, voor zover nodig in een geding.

In deze beschrijving is niet afzonderlijk het kort geding vermeld, omdat het kort geding op zich weer elementen van de hier aangebrachte ordening in zich bergt. Het civiele kort geding vangt aan met een dagvaarding en 'pleidooien' vinden ook plaats. Aan het kort geding zal in de volgende paragraaf afzonderlijk aandacht worden geschonken.

Het ligt niet in de bedoeling om hier een descriptie van alle verschillende procesvormen te geven. Ten behoeve van de vergelijking wordt slechts gezien in hoeverre verschillen tussen de huidige procesregelingen op hoofdpunten principieel van aard zijn. De rechtsvergelijking die hier wordt uitgevoerd is er daarom een met weglating van details. Beeldend uitgedrukt wordt in de nu volgende paragrafen nog sterker dan in de voorafgaande de rechtsorde met een blik vanuit een helikopter verkend. Aan deze benadering zijn echter nadelen verbonden. In de eerste plaats zal bij discussie over het hier beschrevene de specialist uit het burgerlijk procesrecht dan wel bestuursprocesrecht zich kunnen storen aan de soms simplificerende beschrijvingen, doordat zeer uiteenlopende rechtsverschijnselen onder één noemer worden gebracht. Rechtsvergelijking op deze schaal vereist echter deze veralgemening. Als gezegd zal daarbij het jargon van de verschillende procesorden zo nodig verlaten worden, ook dat kan echter storend werken. In de tweede plaats zullen bij de door mij getrokken algemene lijnen details kunnen worden aangewezen die op het zo aangegeven patroon een uitzondering vormen. Niet relevant is echter dat er uitzonderingen zijn – dat wordt door mij ook wel onderkend –, doch de vraag of deze uitzonderingen principieel van aard zijn, alsmede de vraag of deze uitzonderingen niet toch ingepast kunnen worden in de aangebrachte ordening. In de derde plaats ligt het niet een ieder om onze rechtsorde van zo grote hoogte en afstand te beschouwen en ik geef toe dat het ook mij wel eens ging duizelen. Kritiek op mijn benaderingswijze die erop neer komt dat ik geen beschrijving met helikopterblik zou mogen geven, wijs ik echter op voorhand af: dan moet de lezer hier maar uitstappen.

3.7. Het kort geding

De betekenis van het kort geding voor de rechtspraak is sterk toegenomen. Het kort geding voor de president van de rechtbank neemt daarbij een bijzondere plaats in, omdat vele geschillen met de overheid juist – bij gebrek aan vergelijkbare bestuursrechtelijke rechtsmiddelen – langs die weg aanhangig zijn gemaakt. Het lijkt waarschijnlijk dat ook nadat in het komend bestuursprocesrecht een kort geding is ingevoerd, geschillen met de overheid op basis van art. 289 Rv aanhangig zullen worden gemaakt, omdat de toegang tot de rechter daar soms wat al te benepen is uitgewerkt. Materieel gezien zijn de verschillen tussen het civiele kort geding en het bestuursrecht-

telijk kort geding gering, omdat de voorzieningen die mogelijk zijn in beide gevallen genoeg ruimte geven om in te spelen op de behoefte in de rechtspraktijk. Hoewel in het bestuursprocesrecht het proces – zoals hierna nader zal worden uitgewerkt – gericht is op eventueel de vernietiging van het bestreden besluit, leidt een voorlopige voorziening tegen een fictieve weigering tot veel ruimere procesmogelijkheden.

Formeel schuilt het verschil in de connexiteit van het kort geding. Volgens vaste praktijk is het bestuursrechtelijke kort geding connex aan het bodemgeschil, terwijl het civiele kort geding zelfstandig gevoerd kan worden. In het burgerlijk procesrecht wordt de werking van het vonnis in kort geding beperkt door de regel van art. 292 Rv dat de beslissing bij voorraad geen nadeel toebrengt aan de zaak ten principale. De strekking van de schorsing en voorlopige voorziening in het bestuursrecht is afhankelijk van de rechtsgevolgen die daaraan in het dictum gegeven zijn. In de regel wordt daarbij een link gelegd met de uitkomst van het bodemgeschil.

In de praktijk heeft het civiele kort geding niet alleen zelfstandige betekenis, omdat het kort geding niet connex is, doch ook omdat materieel het effect van een kort-gedingvonnis vaak toereikend is om de doorwerking van de rechtsbetrekking in de werkelijkheid te realiseren. Een crediteur kan bijvoorbeeld nadat met een kort geding een substantieel deel van een vordering binnen is gehaald, afzien van verdere actie. Dit neemt natuurlijk niet weg dat ook in het privaatrecht casusposities voorkomen die voltooiing van het bodemgeschil noodzakelijk maken. Waar het om gaat is dat in het burgerlijk procesrecht vanwege de ontbrekende connexiteit – afhankelijk van de behoefte in de rechtspraktijk – afgezien kan worden van een bodemprocedure.

In het bestuursrecht staat veelal de rechtskracht van de bestreden beslissing meer op de voorgrond. Een schorsing of voorlopige voorziening *ad infinitum* is in die dogmatiek moeilijk in te passen. (79) Toch zijn er situaties denkbaar dat ook in het bestuursrecht de praktische betekenis van het bodemgeschil gering of nihil is. In die gevallen zou het de voorkeur verdienen wanneer de rechter – wellicht op verzoek van een van de partijen – zou uitspreken dat het kort geding niet connex is, dat wil zeggen dat het rechtsgevolg van de voorziening

(79) Zie over dit probleem H. Bolt, *Het administratieve kort geding; heden en toekomst*, in: *Met recht naar 2000*, RAI-congresboek 1990, Lelystad 1990, p. 13 e.v.

in stand blijft ondanks het feit dat geen bodemgeschil volgt. Vergelijkbaar is de bevoegdheid van de rechter om naar aanleiding van de behandeling van het kort geding reeds een einduitspraak in het bodemgeschil te doen. Deze uit het Arob-recht afkomstige modaliteit zou blijken de voorstellen voor het komend bestuursrecht algemeen gaan gelden. Op zich staat er niets aan in de weg wanneer in een civiel kort geding de president na toestemming van partijen een definitief oordeel geeft, wanneer de zaak zich daarvoor leent.

Hier wordt volstaan met de conclusie dat de connexiteit van het kort geding niet al te dogmatisch benaderd moet worden. De uitspraak is niet juist dat een principieel verschil tussen burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht hierin bestaat dat anders dan in het burgerlijk proces het bestuursrechtelijk kort geding connex behoort te zijn. Voor beide vormen van procesrecht kan in nauwe aansluiting bij de behoefte in de rechtspraktijk bepaald worden dat de rechter in kort geding tevens een oordeel geeft over de connexiteit. In het civiele kort geding kan deze connexiteit voortvloeien uit de aard van de zaak.

3.8. De dagvaardingsprocedure

De dagvaardingsprocedure staat niet alleen voor de procedure die aanvangt met de dagvaarding, maar ook voor de procedure waarin traditioneel de lijdelijkheid van de rechter gestalte zou krijgen. De dagvaarding als zodanig vormt een anachronisme dat vanwege de kennelijk sterke lobby van onder andere de deurwaarders nog steeds stand weet te houden. De functie van de dagvaarding is tweeledig, partijstelling (A dagvaardt B) en vaststelling van hetgeen gevorderd wordt. In de verzoekschriftprocedure wordt de vordering in het verzoekschrift terug gevonden, terwijl de partijstelling via de rechter verloopt. Doorzending van het verzoekschrift aan de verwerende partij leidt ertoe dat die partij in het geding betrokken wordt. In het bestuursprocesrecht verloopt de rechtsingang ongeveer vergelijkbaar met die van de verzoekschriftprocedure, omdat ook daar de rechter (griffier) de andere partij benadert.

Het verschil tussen de dagvaarding als rechtsingang en de overige stukken die daarvoor kunnen dienen is niet principieel. Een contentieuze procedure over willekeurig welk onderwerp van privaatrecht dan ook zou zeer wel kunnen aanvangen met een 'verzoekschrift'. In deze zin is ook in de literatuur het verschil tussen de dagvaardings- en

verzoekschriftprocedure beschreven. (80) Voorts kan worden vastgesteld dat het onderscheid tussen dagvaarding en verzoekschrift voor het verschil tussen de contentieuze procedure en voluntaire jurisdictie geen betekenis meer heeft. In het huidige burgerlijke procesrecht geldt de verzoekschriftprocedure als een minder formele procedure waarbij de afstand tussen de rechter en de partijen minder groot is. Voor procedures die minder formeel moesten lopen is aanvankelijk de procesorde van de verzoekschriftprocedure gekozen, die zich in de loop der tijd tot een zelfstandige procesorde ontwikkeld heeft. Meijknecht rondt zijn onderzoek naar de verschillen tussen de dagvaardings- en verzoekschriftprocedure af met de conclusie dat de verschillen tussen beide procedures niet principieel zijn. Voor een goede procesorde in het burgerlijk recht zouden twee procesvormen gecreëerd moeten worden. Differentiatiepunt vormt daarbij de mate waarin partijen dan wel de rechter invloed uitoefenen op de procesvoering. De wetgever zou vervolgens voor de verschillende onderwerpen van burgerlijk recht kunnen kiezen uit één van beide procesvormen. Bij deze benadering van Meijknecht zijn wel vragen te stellen, met name deze, of in het algemeen ten aanzien van bepaalde soorten geschillen gezegd zou kunnen worden of partijen op grond van de hun materieelrechtelijk toekomende bevoegdheden meer invloed op de procesvoering zouden moeten worden toegekend. Voor contentieuze geschillen in het contractenrecht valt niet een zo algemene uitspraak te doen. Ondanks de lichte argwaan die Meijknecht tegen keuzevrijheid van de rechter ter zake laat horen, meen ik dat het primair de rechter is die behoort te waken over de goede procesorde. Daarbij past niet het toekennen van discretionaire (procesuele) bevoegdheden aan partijen. Dit sluit echter niet uit dat de rechter in een concreet geschil afhankelijk van de belangen die door partijen zijn gesteld meer ruimte geeft voor partij-invloed op de procesloop. Wanneer partijen bijvoorbeeld tijd willen hebben voor nader onderzoek ter voorbereiding van een schikking, dan zal de rechter in beginsel deze keuze van partijen dienen te respecteren. De invloed van partijen op de loop van een geding is echter afhankelijk van de medewerking van beide of alle betrokken partijen. In een niet verwaarloosbaar aantal gevallen heeft één van die partijen in het minst

(80) Meijknecht a.w. en E.M. Wesseling-Van Gendt, Het civiele geding in de toekomst, Arnhem 1987.

belang bij een vlotte procesvoering. Waarom dan in algemene zin aan 'partijen' meer invloed toegekend?

Een ander punt speelt hier echter ook mee. Gelet op de toename van het aantal zaken dat aan de rechter wordt voorgelegd en de kosten die daarmee gepaard gaan, moet worden vastgesteld dat een professionele rechterlijke organisatie een eigen beheer van de procesorde door de rechter vergt (in samenspraak met de DGO). Het gaat niet aan dat dossiers jarenlang op de rol blijven rondslingeren omdat partijen – dan wel hun advocaten – dat wenselijk vinden. Ook in het rechterlijke bedrijf zal er sprake moeten zijn van voorraadbewaking en voortgangscntrole. Hoewel dit een puur pragmatisch argument betreft, kleeft er ook een principieel juridisch aspect aan. Art. 6 EVRM vereist berechting van een zaak binnen redelijke termijn. Dit is een rechtsplicht van de staat, die niet alleen door het democratische bestuur, maar ook door de rechter geëffectueerd moet worden. Het Europees Hof voor de rechten van de mens hanteert de redelijke termijn nog niet streng – en zou daarbij de hand in eigen boezem moeten steken –, doch de verdragsbepaling maakt duidelijk dat een ieder die in een proces betrokken wordt, aanspraak heeft op een rechterlijk oordeel op redelijke termijn. Wie zou deze aanspraak willen ontkennen? In het algemeen kan worden gezegd dat voor zover de beoordeling van een zaak ter vrije beschikking van partijen staat, partijen voor arbitrage mogen kiezen, en daarmee meer vrijheid hebben hun eigen procesorde vast te stellen. Maken partijen echter deze keuze niet, of betreft het geschil een rechtsbetrekking waarvan de inhoud niet ter vrije beschikking van partijen staat, (8r) dan geldt de eis van berechting binnen redelijke termijn en van efficiënte procesvoering.

Naast de eis van redelijke termijn gelden ook de meer algemene eisen van een eerlijk proces en van gelijkheid van procespartijen ('equality of arms'). Beide fundamentele eisen gelden evenzeer als vage normen, die weliswaar kunnen leiden tot een verantwoorde inrichting van het procesrecht, doch overigens aan de rechter opdragen om in een concreet geschil de eerlijkheid en gelijkwaardigheid van het proces te realiseren. Dit kan de rechter slechts wanneer deze beschikt over discretionaire bevoegdheden in de processuele rechtsbetrekking tot partijen.

Uit het voorgaande vloeit voort dat de gedachte geen navolging ver-

(8r) Zie voor dit criterium Meijknecht, a.w.

dient dat ten aanzien van bepaalde soorten geschillen partijen meer de vrijheid moeten hebben om invloed uit te oefenen op de procesorde en op de loop van de procedure. Aan de andere kant moet worden vastgesteld dat het toekennen van discretionaire bevoegdheden aan de rechter niet betekent dat de rechter – of beter; iedere rechter (gerechtssecretaris) afzonderlijk, of iedere kamer afzonderlijk, of iedere rechtbank afzonderlijk – naar eigen goeddunken (dus willekeurig) gebruik zou mogen maken van die processuele bevoegdheden. Vereist mag worden dat de rechter beleidsmatig handelt en dat het beleid ook kenbaar is bij degene die het aangaat, zodat voldoende rechtszekerheid bestaat over de procesorde. De rechter is bevoegd om in bijzondere gevallen af te wijken van deze meer algemene uitgangspunten, doch heeft dan de plicht terzake een duidelijke motivering te geven.

De huidige procesorde in de dagvaardingsprocedure vertoont chaotische trekken. Ondanks het feit dat die procesorde geënt is op de lijdelijkheid van de rechter, komen in de praktijk aan de rechter ruime discretionaire processuele bevoegdheden toe. Eerder is melding gemaakt van de comparitie na antwoord: wat mag de rechter daar vragen en wat niet, en wat kunnen partijen van de rechter bij die comparitie verwachten? De ene rechter is de andere niet, zodat grote verschillen voor kunnen komen. Zo kan bijvoorbeeld de comparitie ook benaderd worden als een informeel kort geding, waarbij de rechter voorlopig een oordeel over de geschilpunten geeft – zonder daaraan gebonden te zijn – en partijen zo in de positie brengt dat onderhandelingen over een compromis vruchtbaar zouden kunnen zijn. In het kader van een enquête kan een rechter door het overnemen van de vraagstelling spitsvondig doordringen tot de kern van de zaak, maar de rechter kan zich ook heel passief opstellen. In welke mate maakt de rechter gebruik van de bevoegdheid ter plaatse te gaan kijken, of om een deskundigenbericht in te winnen? Welke regels gelden voor de verdeling van de bewijslast, nu de rechter ter zake grote vrijheid heeft? In hoeverre maakt de rechter gebruik van zijn bevoegdheid om in elk stadium van het geding – bijvoorbeeld na afloop van een enquête of een pleidooi – een comparitie van partijen te gelasten ten einde zelfstandig alsnog inlichtingen in te winnen, dan wel een schikking te beproeven? Al deze kwesties en vragen staan voor variabelen in een vergelijking waarvan de uitkomst volledig onvoorspelbaar is geworden. Een actief en alert rechter kan een proces geheel naar eigen inzicht aanpakken en sturen, terwijl de klassieke lijdelijke rech-

ter het allemaal maar laat gebeuren en ten slotte van achter de stoffige brilleglazen turvend nagaat wat gesteld is en niet weersproken enzovoort. De onvoorspelbaarheid van de inhoud van het dagvaardingsproces vormt de belangrijkste reden om tot een nadere bezinning te komen op de taak van de rechter. Hiervoor en elders (82) heb ik daartoe een aanzet gegeven.

3.9. *De vordering*

De insteller van de rechtsvordering moet kenbaar maken welke rechtsvaststelling (in de zin van vorming, wijziging of executie van een rechtsbetrekking, dan wel verlening of wijziging van een status) gevraagd wordt. De tegenpartij(en) en eventueel derde-belanghebbenden moeten hun eigen vordering kenbaar kunnen maken.

De rechter is bij het beoordelen van het geding gebonden aan de vorderingen van partijen en het is niet toegestaan *ultra-petita* uitspraak te doen. Het proces is gericht op het opheffen van de stagnatie in de doorwerking van een rechtsbetrekking tussen rechtssubjecten. Partijen zijn bevoegd om voor dat doel aan de rechter een vordering voor te leggen. De rechter zou buiten zijn taakstelling treden wanneer deze een oordeel zou geven buiten het gevorderde om. Bovendien komt zowel de eerlijkheid van het proces als de rechtszekerheid in het gevaar. Wanneer partijen pas uit de rechterlijke uitspraak kunnen aflezen wat nu de precieze omvang van hun rechtsstrijd was, is er wel iets fundamenteel mis.

In deze is er geen relevant verschil tussen burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht, ondanks het feit dat in de literatuur voor het bestuursprocesrecht het *ultra-petita* gaan als optie open wordt gehouden. (83) Deze benaderingswijze miskent de betekenis van de rechtsbetrekking in het bestuursrecht. Wanneer wordt uitgegaan van de – rechtlijnige – gelding van het geschreven bestuursrecht als het enige objectieve recht is een uitspraak *ultra-petita* verdedigbaar. Eerder is aangevoerd dat deze benadering niet meer voor juist gehouden kan worden. In het bijzonder de toepassing van de algemene be-

(82) NJB-special, Samenwerking tussen rechters, NJB 1989, p. 1621 – 1634.

(83) J.B.J.M. ten Berge en A.Q.C. Tak, Nederlands administratief procesrecht, deel I, Zwolle 1983, p. 271 e.v. en H8 van de Algemene wet bestuursrecht. Van Galen en Van Maarseveen, a.w. spreken zich uit tegen het *ultra-petita* gaan, terwijl in komend bestuursprocesrecht *ultra-petita* niet uitgesloten wordt.

ginselen van behoorlijk bestuur (ad personam) verzet zich tegen een rechterlijk oordeel over de rechtsbetrekking tussen partijen voor zover die niet aan de rechter is voorgelegd. In de praktijk van het bestuursrecht bestaat ook allerm minst behoefte aan een ultra-petita. Voor zover behoefte bestaat aan een uitbreiding van het geschil over elementen van de rechtsbetrekking die niet in het geding zijn gebracht, zou eerder kunnen worden gedacht aan het formaliseren van een uitbreiding van de vordering hangende het geding. Eventueel zou de rechter een partij kunnen uitnodigen daartoe over te gaan. Langs die weg is een behoorlijk proces mogelijk.

In het bestuursrecht treedt een overheidsorgaan steeds op als verweerende partij. Het is de vraag of in het licht van de volgende punten dit verschil met het burgerlijk procesrecht gehandhaafd moet worden. In de eerste plaats zijn er geschillen waarbij de overheid als eisende partij optreedt, die bestuursrechtelijk van aard zijn, doch die voorgelegd worden aan de burgerlijke rechter. Als voorbeeld kan worden genoemd het bijstandsverhaal dat zich voor de kantonrechter voltrekt. In de tweede plaats zien we in het bestuursproces situaties voorkomen die beter ingepast zouden kunnen worden in een reconventionele vordering, bijvoorbeeld de wijziging van de beslissing hangende beroep of de verandering van rechtsgrond van de beslissing door substantiële wijziging van de motivering ervan. In het komend bestuursprocesrecht zou voorzien zijn in de mogelijkheid dat bij wijziging van het besluit hangende beroep, het beroep zich mede uitstrekt over dat nieuwe besluit. Deze benadering sluit hierbij aan. In de derde plaats moet worden vastgesteld dat zich in het bestuursrecht situaties voordoen waarbij de rechtsvaststelling – vanwege het vereiste van verhoogde rechtmatigheid – slechts door de rechter zou moeten plaatsvinden. Hierbij kan gedacht worden aan het sanctierecht. De intrekking van een vergunning, het ontslag van een ambtenaar of de verlaging of het onthouden van een uitkering en eventueel de terugvordering van uitkeringen vormen zaken die beter op vordering van het overheidsorgaan door de rechter kunnen worden gerealiseerd.

In de vierde plaats past het bij de vorming van wederkerig bestuursrecht zoals in de AWB beoogd, dat de overheid ter veiligstelling van publieke belangen de burger in rechte moet kunnen aanspreken, bijvoorbeeld ten einde een verbod te verkrijgen. In de huidige benadering van de Hoge Raad is het primair de vraag of het door de overheid ter bescherming ingeroepen belang valt onder de belangen die

tot het werkingsgebied van art. 1401 BW gerekend kunnen worden. Wellicht is er ook buiten dit door het burgerlijk recht bepaalde terrein ruimte voor acties van de overheid tegen de burger.

3.10. Het ontvankelijkheidsoordeel

In het bestuursprocesrecht neemt de ontvankelijkheidsbeoordeling een belangrijkere plaats in dan in het burgerlijk procesrecht. De ontvankelijkheid betreft twee kwesties: de afgrenzing van de rechtsmacht enerzijds en de handhaving van vormvoorschriften anderzijds. De afgrenzing van de rechtsmacht van de verschillende rechterlijke colleges vormt in het licht van het hier besprokene een achterhaalde kwestie. Ik meen dat deze functie van het ontvankelijkheidsoordeel – die eerder een inbreuk inhoudt op het beginsel van toegang tot de rechter – kan komen te vervallen: in plaats van niet-ontvankelijkheid zou zo veel mogelijk verwijzing moeten volgen. Ook bij relatieve onbevoegdheid ligt verwijzing voor de hand.

In de tweede plaats kan schending van vormvoorschriften en veronachtzaming van bijkomende voorwaarden met name in het bestuursprocesrecht leiden tot niet-ontvankelijkheid. Zo wordt het niet voldoen van griffierechten, het veronachtzamen van beroepstermijnen en het weigeren van medewerking aan medisch onderzoek gesanctioneerd met niet-ontvankelijkheid. De handhaving van vormvoorschriften vormt op zich een legitiem doel. Nadere aandacht vragen echter de beroepstermijnen. Voor overheidshandelingen voor zover die voorwerp van geschil voor een bestuursrechter kunnen vormen, geldt een beperkte beroepstermijn van thans globaal een maand, onder de AWB zes weken. In het burgerlijke recht vormen de naar verhouding veel langere verjaringstermijnen de grens voor het met vrucht kunnen procederen. Voor de overheid gelden daarbij bijzondere kortere termijnen. Deze uitgangspunten vragen echter nadere analyse.

De beperkte beroepstermijn in het bestuursrecht is ten dele verbonden met de eisen van het rechtsverkeer. Bijvoorbeeld de ontvanger van een vergunning moet rechtszekerheid kunnen verkrijgen over de rechtmatigheid van de vergunning, zodat een in de tijd onbeperkte beroepsmogelijkheid van derden tegen de vergunningverlening minder gewenst is. Toch is het de vraag of met dit belang een strikte beperking van de beroepstermijn voldoende is gerechtvaardigd. Betreft het bijvoorbeeld een hinderwetvergunning of een lozingsvergunning?

ning, dan is zeer wel denkbaar dat bij gebruikmaking van de vergunning pas blijkt in welke mate hinder of onvoorziene milieulasten ontstaan. Rest de derde-belanghebbende dan slechts de bevoegdheid om zich tot de overheid te wenden met een verzoek de vergunning bij te stellen? Vreemd genoeg geldt juist in deze situaties dat de vergunning de rechthebbende niet vrijwaart van acties van derden voor de burgerlijke rechter, die een beroep doen op door art. 1401 BW beschermde belangen. Een rechtstreeks beroep tegen (de voorschriften bij) de vergunning op een later tijdstip vormt echter een meer adequate weg om deze kwestie aan de orde te stellen. Uit het oogpunt van de rechtszekerheid schuilt het knelpunt niet zozeer in de bevoegdheid van derden om de vergunning alsnog in rechte aan te vechten, doch eerder in de schorsende werking van het beroep. Als uitgangspunt zou kunnen gelden – zoals nu – dat wanneer na ommekomst van een bepaalde termijn alsnog beroep wordt ingesteld, dat beroep geen schorsende werking heeft, tenzij bij voorlopige voorziening anders wordt bepaald. De stelling dat bij milieuvergunningen de rechtszekerheid van de verkrijger zo ver zou moeten reiken, dat na ommekomst van de beroepstermijn niet voorziene hinder en milieulasten geen grond kunnen vormen voor aantasting van de gelding van de vergunning, is niet meer verdedigbaar: Justitia denkt daar anders over. (84)

De beperking van de beroepstermijn voor zover slechts de adreassaar van de overheidshandeling een beroepsrecht heeft omdat deze de enige rechtstreeks belanghebbende is, kan moeilijk onderbouwd worden. Hier geldt dat de beperking van de beroepstermijn een onevenredige beklemtoning van de rechtszekerheid voor het bestuursorgaan meebrengt en de burger in een te nadelige positie brengt. In het bestuursrecht is in de regel een herhaald verzoek mogelijk, zij het dat bijvoorbeeld bij duuraanspraken die aanspraak dan eventueel pas op een later tijdstip ingaat. Deze bevoegdheid van rechtssubjecten houdt een relativisering van de beperkte beroepstermijn in.

Voorts werkt als matiging van de beperking van de beroepstermijn thans de bevoegdheid van de direct (niet derde-)belanghebbende om het overheidsorgaan te verzoeken terug te komen van de eerdere beslissing. Wanneer dit verzoek bij ontdekking van een onjuistheid in het overheidshandelen op een redelijke termijn wordt gedaan, kan

(84) Vgl. J.H. Nieuwenhuis, *Zij die geboren worden groeten u*, RM Themis 1988, p. 359 e.v.

moeilijk ingezien worden welke grond een overheidsorgaan zou kunnen hebben om niet aan dit verzoek te voldoen. De beperking van de beroepstermijn geldt thans ook niet absoluut voor zover de rechter een beroep tegen de weigering om terug te komen van een eerdere beslissing in rechte ontvangt (dit is inmiddels praktijk). Het verschil schuilt waarschijnlijk in de verzwaring van de bewijslast van degene die het verzoek doet om terug te komen van een rechsens 'onaantastbaar' besluit. Gaat het om een evident onjuist overheidsbesluit dan valt niet in te zien waarom dat overheidsbesluit zou moeten blijven gelden. (Hier wordt van 'evident' gesproken, omdat vaak doorslaggevend is of het gaat om toepassing van een discretionaire bevoegdheid, zodat marginale toetsing in de rede ligt. Het voert te ver dit hier nader uit te werken.) Ook hier zou het rechtszekerheidsbelang van het bestuursorgaan toereikend beschermd kunnen worden met de bepaling dat na ommekomst van een bepaalde termijn het beroep geen schorsende werking heeft. In het leerstuk van het in rechte onaantastbaar worden van overheidsbesluiten schuilt overigens een element van eenzijdigheid en onevenwichtigheid. Het overheidsorgaan wordt veelal steeds bevoegd geacht terug te komen van een eerder onjuist vastgesteld besluit.

Enerzijds geldt dat de beperking van de beroepstermijn in het bestuursrecht betrekkelijk is, anderzijds hebben de lange verjaringstermijnen in het burgerlijke recht ook geen absolute betekenis. Voor het burgerlijk recht geldt dat het uitstel van een procedure kan leiden tot verval van procesmogelijkheden. Iemand die volgens contract een levering op de stoep krijgt en het geleverde zonder een voorbehoud te maken in ontvangst neemt, kan daarna nog slechts in beperkte mate wegens wanprestatie een vordering instellen. Voor zover het BW niet bijzondere korte termijnen kent (dwang, dwaling, bedrog en verborgen gebreken) geldt meer vrijheid nadat bijvoorbeeld met een ingebrekestelling de intentie tot het instellen van een vordering kenbaar is gemaakt. Deze vrijheid zal (materieel) begrensd worden voor zover de rechter met het verstrijken van de tijd de eisende partij die procederen onnodig heeft uitgesteld een zwaardere bewijslast toebedeelt. Rechtsverwerking en misbruik van procesrecht zijn slechts aan de orde wanneer zeer ruime termijnen verstreken zijn alvorens een procedure aangevangen wordt. Het is echter niet ondenkbaar – en ook niet ongewenst – dat in de loop der tijd de eisen die in verband met het aanvangen van een procedure worden gesteld, aangescherpt worden. Kernvraag is welke rechtvaardiging gevonden kan worden voor

een uit maatschappelijk oogpunt eventueel bezwaarlijk uitstel van een rechtsvordering. Behoorlijk handelen brengt mee dat procederen niet onnodig en ten koste van de de gerechtvaardigde belangen van de andere partij wordt uitgesteld.

Daargelaten of deze laatste stelling aanhang krijgt, kan in dit preadvies worden volstaan met de conclusie dat het verschil tussen bestuursprocesrecht met korte termijnen en burgerlijk procesrecht met minder en langere termijnen slechts betrekkelijk is.

Er valt overigens in dit verband nog een aardige overeenkomst tussen burgerlijk recht en bestuursrecht te melden. In het bestuursrecht zal na invoering van de AWB de bezwarenprocedure gemeengoed worden. Dat wil zeggen dat voordat een rechtssubject zich tot de rechter wendt eerst het bestuursorgaan nogmaals naar de houdbaarheid van de gewraakte overheidshandeling kijkt, althans dat behoort te doen. In het privaatrecht kennen we de figuur van de ingebrekestelling. Ik meen dat het bezwaarschrift en de ingebrekestelling maatschappelijk gezien dezelfde betekenis hebben. De (al dan niet fictieve) weigering tegemoet te komen aan hetgeen in bezwaar is gebracht, is vergelijkbaar met de weigering gehoor te geven aan de ingebrekestelling. Hoewel de ingebrekestelling in het privaatrecht niet steeds als formeel vereiste geldt, kan voor veel situaties vastgesteld worden dat alvorens een partij kan gaan procederen eerst van de andere partij nakoming gevorderd moet worden. Overigens kan het rauwelijks dagvaarden processueel problematisch zijn. Hiermee wordt een ander verschil tussen burgerlijk recht en bestuursrecht gerelativeerd, ware het alleen al de gedachte dat de bezwarenprocedure in het bestuursrecht behandeling in twee feiteninstanties overbodig zou maken.

3.11. De kern van het proces

De kern van het proces bestaat uit meerdere elementen die in par. 3.6. onderscheiden zijn: d. de standpuntbepaling van partijen ten aanzien van het recht en de feiten; e. de instructie; f. de comparitie; g. het bewijs en h. het onderzoek. De volgorde van deze elementen is niet chronologisch en herhaling van zetten is mogelijk. Eerder is ook de stelling verdedigd dat tussen burgerlijk recht en bestuursrecht niet zodanige verschillen zijn aan te wijzen dat deze van invloed zouden moeten zijn op dit deel van het procesrecht. Binnen beide rechtsgebieden dient de rechter afhankelijk van de aard van de rechtsbetrekking in geschil een benadering te kiezen die recht doet aan de uit-

gangspunten: eerlijk proces en gelijkwaardigheid van procespartijen. Aan partijen komt de bevoegdheid toe spontaan feiten en bewijs daarvan aan te dragen en de rechter te verzoeken gebruik te maken van zijn onderzoeksbevoegdheden. De rechter mag ook ambtshalve gebruik maken van zijn onderzoeksbevoegdheden. Hier gelden echter drie belangrijke voorwaarden.

1. De rechter dient bij de uitoefening van zijn discretionaire proces-suele bevoegdheden beleidsmatig te handelen.
2. De rechter dient de persoonlijke levenssfeer van de rechtssubjecten die in rechte betrokken zijn te respecteren.
3. De rechter dient de aan rechtssubjecten toekomende keuzevrijheid ten aanzien van de inhoud van hun rechtsbetrekking en de wijze waarop zij deze laten doorwerken in de werkelijkheid te respecteren.

Deze laatste voorwaarde betekent echter niet dat de rechter de autonomie van contractspartijen in het privaatrecht als absoluut moet aanvaarden. De keuzevrijheid van rechtssubjecten die hier bedoeld wordt, is de keuzevrijheid die gematigd is door concretisering van ongeschreven normen als redelijkheid en billijkheid en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Op partijen in het geding drukt anderzijds de verplichting om de rechter niet bewust onjuist voor te lichten. In deze zin bestaat er niet legitiem iets als de 'processuele waarheid'. Er is maar één waarheid. Deze verplichting van partijen laat onverlet dat de lezing die partijen van de waarheid geven, kan verschillen. Daarom is de norm wellicht beter om te keren: partijen mogen geen *onwaarheid* presenteren. Voorts blijven partijen vrij om met de inkleding van hun vordering hun rechtsgeschil slechts ten dele voor te leggen aan de rechter. De rechter mag niet zonder meer autonoom uitzoeken wat partijen zoal verdeeld houdt en welke waardevolle bijdrage hij zou kunnen leveren aan het 'tot elkander brengen' van partijen. Deze paternalistische benadering van de rechtsprekende functie toont onvoldoende respect voor de rechtssubjecten die zich tot de rechter wenden.

3.12. *Advocaten en proceskosten*

Tussen het burgerlijk procesrecht en het bestuursproces gaapt een onoverbrugbare kloof: de *verplichte procesvertegenwoordiging*. Aan de verplichte procesvertegenwoordiging valt echter geen enkel principieel element te onderkennen. Kern van de zaak is dat wanneer

slechts door tussenkomst van een advocaat geprocedeerd kan worden, hetzij omdat het recht zo ingewikkeld is, hetzij omdat de wet dat nu eenmaal voorschrijft, degene die een advocaat niet kan betalen op kosten van de overheid rechtsbijstand moet kunnen krijgen. (85)

De tussenkomst van advocaten in het proces kan heilzaam zijn en kan funest zijn. Funest is de tussenkomst van de advocaat die ertoe bijdraagt dat het proces onpersoonlijk en vervreemdend wordt: Dikke dossiers, lange wachttijden en schier eindeloos uitstel. Advocaten die eventueel buiten proces, overleggend en bemiddelend voorkomen dat de rechter de rechtsstrijd moet beslechten en advocaten die een zaak goed voorbereiden, zodat de rechter efficiënt kan werken, leveren een belangrijke bijdrage aan de goede werking van onze rechtsorde. Voorgaande beschrijving toont geen grens tussen burgerlijk recht en bestuursrecht: die is er ook niet. De grens is ontstaan enerzijds door de angst voor onafhankelijke rechtspraak over bestuurs-handelingen: bijzondere rechterlijke colleges of beroepsorganen moesten die rechtsbescherming geven. Tussenkomst van advocaten zou daarbij alleen maar verstorend werken. Deze benadering, die ook wel uitging van de gedachte dat de burger zelf zou moeten kunnen procederen, is onbewust paternaliserend. Bovendien stamt deze benadering uit de tijd dat er nog geen gedegen systeem van overheidsfinanciering van rechtsbijstand gold (Inmiddels moet weer aan die degelijkheid getwijfeld worden).

Daar rechtssubjecten in het bestuursrecht vaak zonder tussenkomst procederen moet de rechter vaak van a tot z actief het proces voeren, doch is daardoor steeds minder rechter: de rechter verwordt tot een verlengstuk van de uitvoeringsorganisatie. In het sociaal verzekeringsrecht is uiteindelijk de beoordeling van de arbeidsongeschiktheid verschoven naar de rechter, waarbij deze uitvoerig gebruik maakt van de bevoegdheid nader geneeskundig onderzoek te laten instellen. Daarmee wordt echter de taak van de rechter vertroebeld. (86) Ook het College van beroep voor de studiefinanciering neigt – noodgedwongen – tot een zodanig actieve opstelling, dat het college dreigt te worden tot een super Informatiseringsbank.

Voor het bestuursrecht geldt evenals voor het burgerlijk recht dat rechtsbijstand van een advocaat gewenst is wanneer de zaak niet een-

(85) EHRM Arrest Airey, 9 oktober 1979, Publ. C.E.D.H., Série A, vol 32.

(86) D. Allewijn en A.F.M. Brenninkmeijer, Een bezwaarprocedure voor medische geschillen, NTB 1988, p. III e.v.

voudig is. Is echter bijvoorbeeld een grote onderneming met een goed geëquipeerde juridische staf partij in een civiel geding, dan rijst de vraag of de verplichte procesvertegenwoordiging nodig is. Vele professionele partijen in het civiele geding zouden heel goed zonder tussenkomst van een advocaat kunnen procederen. Voor kleine vorderingen is verplichte tussenkomst van een advocaat niet gewenst. Het probleem is dat over de procesvertegenwoordiging niet generaliserend gesproken kan worden. De huidige grens is: voor de dagvaardingsprocedure verplichte procesvertegenwoordiging, voor verzoekschriftprocedures soms en voor bestuursrechtelijke geschillen geen verplichte procesvertegenwoordiging. Deze grensbepalingen zijn in geen enkel opzicht principieel van aard. Het 'beginsel van verplichte procesvertegenwoordiging' is grote onzin. Het is hier niet de plaats een nieuw stelsel te presenteren, doch het lijkt mij gewenst de rechter de bevoegdheid te geven ambtshalve een advocaat toe te voegen.

De financiering van de rechtshulp vormt een schandvlek die snel weggewerkt zou moeten worden.

Naar mijn mening had met de laatste postkoets ook de procureur het veld moeten ruimen.

De *proceskosten* vormen tussen burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht nog een verschil. Ingevolge komend bestuursprocesrecht zal een proceskostenveroordeling in bestuursrechtelijke geschillen echter mogelijk zijn. Op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad (87) geldt thans reeds dat de overheid in beginsel de proceskosten van de burger die in een administratiefrechtelijk geding in het gelijk is gesteld, zal moeten dragen. Op dit ogenblik lijken administratieve rechters nog niet genegen deze jurisprudentie op loyale wijze over te nemen. Dat valt te betreuren. Ook op dit punt behoort er geen principieel verschil te bestaan tussen burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht.

3.13. *De rol*

Het bestuursprocesrecht is geen rolproces, zoals de dagvaardingsprocedure dat wél is. De organisatie van de kantongerechten en rechtbanken is traditioneel geënt op de fenomenen rol, rolzitting en rolrechter. De wijze waarop de procesvoering traditioneel via de rol wordt gerealiseerd impliceert dat de rechter weinig of geen bemoeie-

(87) HR 17 november 1989, AB 1990, 81, (Velsen/De Waard).

nis heeft met de loop van de zaak zelf. Mijn eerdere stellingname impliceert dat de rechter actief moet zijn en eventueel ambtshalve termijnen moet stellen. In de praktijk blijkt dat de betrokkenheid van de rechter bij een bepaalde zaak begint toe te nemen. Bij verschillende rechtbanken wordt op dit terrein geëxperimenteerd. (88)

De rol in traditionele zin vormt een anachronisme. In de huidige tijd past registratie van zaken met behulp van geautomatiseerde systemen. Bovendien vereisen eerlijke procesvoering en bedrijfsmatige aanpak van de rechterlijke organisatie dat de rechter toeziet op voortvarend procederen. Er geldt ten aanzien van dit punt geen verschil tussen burgerlijk recht en bestuursrecht. In het bestuursrecht komen ook verschillende vormen voor. In sociale verzekeringszaken en ambtenarenzaken wordt na secretariële voorbereiding de zaak in handen gegeven van de rechter, die zijn eigen zaken heeft en toeziet op voltooiing van het onderzoek en de instructie. In Arob-zaken berust de voorbereiding van zaken vrijwel geheel in handen van de stafafdeling die in nog sterkere mate ondersteuning geeft aan de rechter. Na invoering van uniform procesrecht en van de administratieve kamer bij de rechtbank zullen deze verschillen waarschijnlijk verdwijnen.

Voor wat betreft de procedure voor de burgerlijke rechter sluit ik mij graag aan bij de conclusies van Boon en van Der Wal in hun boek over de Rol (van de) rechter.

3.14. Openbare behandeling

De openbaarheid van rechtspraak kan moeilijk benaderd worden vanuit het oerbeeld van rechtspraak: behandeling van de zaak in het openbaar ten overstaan van de rechter, waar partijen hun zaak bepleiten en de rechter in het openbaar uitspraak doet. In de praktijk ziet het rechtsbedrijf er anders uit. Partijen worden vertegenwoordigd door raadslieden, er vindt vaak geen echte zitting plaats en de uitspraak is veelal een schriftelijk stuk, dat administratief verwerkt wordt. Het wekt dan ook geen verwondering dat het Europese Hof voor de rechten van de mens openbare uitspraak door inschrijving in een openbaar register in het licht van art. 6 EVRM toereikend oordeelde.

Bij de openbaarheid van de rechtspleging moet nader bezien worden

(88) G.J. Boon en F.S.P. van der Wal, De rol (van de) rechter, a.w.

welke elementen een rol spelen. De rechtsstaatsgedachte brengt mee dat rechtspraak openbaar moet zijn, omdat controle op de rechtspleging mogelijk moet zijn. Hierbij speelt ook de openbaarheid van de rechtsontwikkeling een rol: een ieder moet kunnen weten hoe de stand van de rechtsontwikkeling in de jurisprudentie is. Deze openbaarheid raakt de wijze waarop uitspraak wordt gedaan en eventueel de bekendmaking van uitspraken door publikatie ervan. Dat de procedure eventueel louter schriftelijk is gevoerd doet hieraan niet af: mits partijen maar de bevoegdheid hebben om 'pleidooi te vragen'. Deze vorm van openbare behandeling, namelijk de behandeling ter terechtzitting waar partijen ten overstaan van de rechter hun zaak kunnen bepleiten dient echter een ander doel: een ieder die een zaak voorlegt aan de rechter heeft recht op gehoor bij de rechter. Dit recht geldt echter niet zonder meer de partij in persoon. Verplichte procesvertegenwoordiging in het burgerlijk proces brengt immers mee dat de partij in persoon geacht wordt te zwijgen, tenzij deze bij comparitie of bij verhoor als partij-getuige een meer actieve rol kan krijgen. In het bestuursproces geldt geen verplichte procesvertegenwoordiging en partijen kunnen voor de rechter de zaak bepleiten. Het bestuursprocesrecht wordt mede gekenmerkt door een nadruk op de behandeling ter terechtzitting.

Het belang van de schriftelijke procedure is in de praktijk echter groot. Veel gedingen kunnen gelet op de aard van de zaak in beginsel volledig schriftelijk worden gevoerd. Ook hier geldt geen wezenlijk verschil tussen burgerlijk recht en bestuursrecht. Voor bepaalde onderwerpen – met name wanneer de betekenis van de persoonlijke kant van een zaak meer van belang is voor een juiste oordeelsvorming –, is mondelinge behandeling belangrijk. Te denken valt aan personen en familierecht, ambtenaren- en arbeidsgeschillen, conflicten tussen burens (inclusief ruimtelijke ordening) en sommige sociale verzekeringskwesties, bijvoorbeeld werkloosheidsgeschillen. Opmerkelijk is dat in het burgerlijke procesrecht steeds meer aandacht voor een mondelinge behandeling bestaat. In een kort geding en bij een comparitie kan de persoonlijke verschijning van partijen een belangrijke invloed hebben op de loop van de procedure. In het bestuursprocesrecht wordt in beginsel de zaak (wanneer die niet bij beschikking buiten zitting, met mogelijkheid van verzet, wordt afgedaan) op de zitting behandeld. Het komende bestuursprocesrecht geeft ruimere bevoegdheden aan de rechter om de zitting achterwege te laten. Voor zover zaken zich daarvoor lenen kan van die bevoegd-

heid gebruik gemaakt worden, zonder afbreuk te doen aan de waarde van de rechtspleging.

Over het algemeen moet echter opgemerkt worden dat met name wanneer een partij in het geding een mens van vlees en bloed is, de betekenis van de behandeling van het geschil ter terechtzitting niet onderschat mag worden. De persoonlijke benadering van een partij door een redelijk sociaal vaardige rechter (89) heeft maatschappelijk gezien grote betekenis. Uit mijn eerdere stellingname blijkt voorts dat wanneer de rechter inhoud moet geven aan vage normen als redelijkheid en billijkheid en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder wanneer het recht gericht is op het realiseren van materiële rechtvaardigheid (bijvoorbeeld arbeidsrecht) de rechter geroepen is 'ad personam' recht te spreken. Het spreekt voor zich dat dan een persoonlijke confrontatie van partijen met de rechter een vereiste kan zijn.

Maatschappelijk gezien heeft de mondelinge mededeling van de uitspraak aan partijen ook betekenis. In onze rechtscultuur onttrekken veel rechters zich echter liever aan deze confrontatie. Rechtspraak eindigt met toezending van de (eventueel mondelinge uitspraak) op schrift. (90) Deze praktijk valt te betreuren. In de kort-gedingspraktijk zien we dat de mondelinge uitspraak maatschappelijk aan betekenis gaat winnen (in sommige zaken extra, omdat de TV eraan te pas komt.) Ook overigens zou ik ervoor willen pleiten dat rechters zoveel mogelijk persoonlijk ten overstaan van partijen uitspraak doen. Voor de rechter vormt de reactie van partijen op een uitspraak onder omstandigheden ook een relevant gegeven.

Hoewel traditioneel verschillen bestaan tussen openbare behandeling in het burgerlijk procesrecht en in het bestuursprocesrecht, zou ik willen verdedigen dat de persoonlijke betrokkenheid van partijen bij behandeling van rechtsgeschillen zo groot mogelijk moet zijn. Ik zie niet in waarom een partij in een civiel geding waar verplichte procesvertegenwoordiging geldt, verplicht moet zwijgen. De wijze

(89) Deze toevoeging rechtvaardigt een afwijking van de bevindingen van het empirisch onderzoek van Schuyt en de zijnen. Dit onderzoek wordt veelal aangehaald om aan te tonen dat de satisfactie van een partij in het geding primair verbonden is met het resultaat van de procedure. C.J.M. Schuyt e.s. Een beroep op de rechter, Deventer 1978.

(90) In het komende bestuursprocesrecht wordt dit regel, omdat een schriftelijke uitspraak slechts op verzoek en tegen betaling plaats zal vinden.

waarop uitspraak wordt gedaan betreft een algemeen belang van onze rechtsorde en dient voor beide procesvormen uniform te zijn.

3.15. Het voorwerp van geschil en de vordering

Het bestuursprocesrecht is geconcentreerd op een voorwerp van geschil. De definitie van de overheidshandeling die voorwerp van geschil kan vormen vervult een rol bij het afgrenzen van de rechtsmacht: in de Wet-Arob de beschikking, in de Beroepswet de voor beroep vatbare beslissing, in de Arbo-wet besluiten en handelingen, en in de Ambtenarenwet het besluit, de handeling, of de weigering om te besluiten of te handelen. Ingevolge het komende bestuursprocesrecht zou beroep open staan tegen besluiten.

In het burgerlijk proces wordt de inzet van het geding niet gevormd door een bepaalde handeling. Een contradictoire procedure waarbij de nakoming van een koopovereenkomst betwist is, heeft niet als voorwerp van geschil de koopovereenkomst als zodanig. De insteller van de rechtsvordering in het burgerlijk procesrecht verlangt iets van de tegenpartij en vraagt de rechter daarover een oordeel uit te spreken. De koopovereenkomst in dit voorbeeld vervult een argumentatieve functie in het proces: 'Ik kan dit vorderen omdat die vordering berust op het overeengekomene'. De rechtsgrond voor de vordering kan – mede – bepaald zijn door de onderliggende overeenkomst, maar ook de redelijkheid en billijkheid. Met andere woorden, het civiele geding houdt inzake het contractenrecht geen executiegeschil in ten aanzien van de overeenkomst als zodanig. Hetzelfde kan worden gezegd voor een derdenberoep als de pauliana. Er bestaat in ons burgerlijk recht geen 'actio-pauliana' in romeinsrechtelijke zin, doch een derde kan de tenietdoening van een overeenkomst vorderen, op de grond dat die overeenkomst paulianeus is.

Voor het civiele geding kan niet gesproken worden van een uniform 'voorwerp van geschil' zoals dat in bestuursprocesrecht voorkomt. De rechter beoordeelt de vraag of de insteller van de rechtsvordering op goede gronden van de andere partij iets vordert. Het gevorderde kan uiteenlopen van het alsnog verrichten van een dienst, tot het overdragen in eigendom, afgifte van een zaak, de ongedaanmaking van een rechtshandeling, het betalen van schadevergoeding, het nalaten van een gedraging enz. Hetgeen gevorderd kan worden is volledig onbepaald en kan daarmee naadloos aansluiten bij de maatschap-

pelijke realiteit ('Alstublieft edelachtbare een straatverbod voor de pitbullterriër van mijn buurvrouw graag').

Het verschil in benadering tussen bestuursprocesrecht en burgerlijk procesrecht wordt minder scherp wanneer in aanmerking wordt genomen dat in het bestuursprocesrecht ook de weigering om te besluiten en de fictieve weigering voorwerp van geschil kunnen vormen. Met name de fictieve weigering mist de bepaaldheid om reëel benaderd te kunnen spreken van een 'voorwerp van geschil', hoewel de fictieve weigering strikt formeel gezien de fictie van een weigering is. Een lease-maatschappij waarbij ik meen een auto geleased te hebben, kan ik in het burgerlijke proces aanspreken opdat de lease-auto ter beschikking zal worden gesteld, ondanks het feit dat de lease-maatschappij zich op het standpunt stelt dat er geen lease-contract tot stand is gekomen. In het bestuursprocesrecht kan de inzet van het geding een bruikleenauto voor een arbeidsongeschikte zijn. Voorwerp van geschil vormt dan het besluit waarin de weigering om een auto in bruikleen te verstrekken is opgenomen en eventueel (naar komend recht) de fictieve weigering, dat wil zeggen het ontbreken van een bestuursbeslissing ter zake (die bij wijze van fictie gelijkgesteld wordt met een weigering). Het is niet gebruikelijk, doch bij dit geschil kan als de inzet van het geding worden beschouwd de afgifte van een bruikleenauto, op grond van de rechtsplicht die voortvloeit uit de AAW. In het bestuursrecht struikelen de juristen over de bureaucratistische papierwinkel: er moet een besluit zijn, en als er geen besluit is, dan wordt bij wijze van fictie een besluit aangenomen. Met deze pre-occupatie ten aanzien van papier en fictief papier wordt de concrete handeling of de doorzetting van de rechtsaanspraak als zodanig wellicht te gemakkelijk uit het oog verloren.

Dit ligt misschien anders bij een vergunning. Er geldt een wettelijk verbod en de vergunning vormt een abstracte handeling waarbij het wettelijke verbod ontkracht wordt. De vergunning moet dan een bestuursbesluit zijn en de (fictieve) weigering om een vergunning te verlenen kan naast de vergunningverlening (eventueel voor de derde-belanghebbende) voorwerp van geschil vormen. Ook deze constellatie kan echter anders benaderd worden. In de praktijk blijkt bijvoorbeeld het gedogen van verboden handelen, dat eventueel wel vergund kan worden, een niet verwaarloosbare betekenis te hebben. Stel de situatie dat een rechtssubject een bedrijfsactiviteit gaat verrichten die vergunningplichtig is, doch vaak wordt gedoogd. Mocht over deze maatschappelijke activiteit een conflict ontstaan, dan is de

processuele verwerking daarvan op meerdere manieren mogelijk. Er komt bijvoorbeeld een aanzegging van de overheid dat de bedrijfsactiviteit gestaakt zal moeten worden, met als sanctie politiedwang. De belanghebbende kan dan een schorsing van deze aanzegging vragen. Ook kan een derde-belanghebbende betrokkene direct aanspreken vanwege veroorzaakte hinder. In kort geding kan een verbod gevraagd worden. De derde-belanghebbende kan ook van de overheid vorderen dat tegen de wetsovertreder opgetreden wordt. Al de hier genoemde processituaties – er zijn er meer te bedenken – kunnen worden herleid tot de vraag wat een rechtssubject voor de rechter vordert. Het bevoegde overheidsorgaan moet zich onthouden van actie, of moet juist actie ondernemen, een belanghebbend rechtssubject moet bepaalde activiteiten staken enzovoort. Is het van belang voor al deze vorderingen te determineren wat in bestuursrechtelijke zin het voorwerp van geschil is? In welke modaliteit van papier of non-papier het overheids*besluit* zich aan ons voordoet? Ik meen van niet.

Het volgende kan nog hier worden toegevoegd. In de eerste plaats is onderkend dat voor zover in het bestuursrecht de derde-belanghebbende inzake hinder, bebouwing en gebruik van grond ageert, vaak maatschappelijk gezien het conflict tussen de burens e.d. speelt. Wanneer de derde-belanghebbende zich verzet tegen de verlening van een vergunning dan beoogt de burger in veel gevallen zijn eigen belangen veilig te stellen tegenover de buur, de bedrijfsgenoot e.d.

In de tweede plaats moet worden vastgesteld dat de beoogde beperking van de toegang tot de administratieve kamer van de rechtbank tot beroepen gericht tegen besluiten in de zin van de AWB, impliceert dat alle beroepen die niet geacht kunnen worden gericht te zijn tegen een besluit, na de integratie omgeleid zullen kunnen worden naar de civiele kamer van de rechtbank. Met andere woorden, de bestuursrechtelijke preoccupatie met het al dan niet papieren besluit kan niet verhouden dat uiteindelijk de rechter een oordeel uitspreekt over (het verbod van) laakbaar handelen. Ik ben niet de eerste die constateert dat in maatschappelijke conflictsituaties als hier bedoeld geïntegreerde rechtspleging de voorkeur verdient. Uit het voorgaande blijkt dat deze constatering niet alleen een pragmatische grondslag heeft, maar ook van betekenis is voor de begripsvorming in het bestuursrecht. Omgekeerd moet worden vastgesteld dat in het burgerlijk recht een schriftelijk 'besluit' van een rechtssubject ook vaak het aanknopingspunt vormt voor het proces. Een ingebrekestel-

ling, die beantwoord wordt met: 'U doet maar!' (zijnde een al dan niet schriftelijke en al dan niet fictieve weigering), vormt het beginpunt van de civiele procedure.

Het voorgaande kan eenvoudig worden samengevat: Uitgaande van de functie van het proces bij het uit de weg ruimen van stagnaties bij de doorwerking van rechtsbetrekkingen in de werkelijkheid, dient het uitgangspunt van het procesrecht niet een 'voorwerp van geschil' te zijn en zeker niet een 'voorwerp van geschil' dat beslissend zou moeten zijn voor het antwoord op de vraag welke rechter bevoegd is kennis te nemen van een geschil. Van doorslaggevend belang is de vraag of het ene rechtssubject op goede gronden iets van een ander rechtssubject vordert.

Het complement van dit uitgangspunt is voor het procesrecht niet van minder belang: de rechter mag slechts oordelen over het gevorderde alleen: dat wil zeggen partijen zijn bevoegd om te bepalen in welke omvang zij hun geschil voorleggen aan de rechter. Het spreekt voor zich dat in een dwingendrechtelijke constellatie de verknochtheid van de verschillende elementen van de rechtsbetrekking zo groot kan zijn dat de rechter ook zicht moet krijgen op die andere elementen. Dit neemt echter niet weg dat partijen behoren te bepalen welke vordering zij voorleggen aan de rechter. De gevorderde nakoming van een contract mag niet zonder instemming van een partij geconverteerd worden in schadevergoeding, zo min als de vordering een vergunning te verlenen zonder instemming van de belanghebbende geconverteerd mag worden in een schadevergoeding onder instandhouding van de weigering.

3.16. Het procederen zelf

Hoewel het procederen als zodanig de kern van het proces vormt kan ik over dit onderwerp hier kort zijn. In de procedure die aanvangt met een dagvaarding procederen partijen ten overstaan van de rechter. In de verzoekschriftprocedure is de rechter degene die procedeert en in bestuursrechtelijke geschillen zou de rechter 'dominus litis' zijn. Uit de voorgaande paragrafen vloeit voort dat deze verschillen veelal door de praktijk zijn achterhaald, terwijl ook de verschillen in houding van de rechter niet te herleiden zijn tot onwrikbare principiële uitgangspunten. Afhankelijk van de aard van de rechtsbetrekking in geschil, dient de rechter in meerdere of mindere mate gebruik te maken van de hem op grond van het procesrecht toekomende on-

derzoeksbevoegdheden. Ook in de procedure die aanvangt met een dagvaarding kan de rechter zeer actief optreden. Op dit moment is het reëel vast te stellen dat zich in de rechtspraak grote verschillen voordoen, doch dat deze verschillen niet voortvloeien uit verschillen in procesrecht, doch uit verschillende benaderingswijzen van (kanton)rechters, kamers, rechtbanken en andere gerechten. De Arob-rechter stelt zich bijvoorbeeld veelal zeer 'lijdelijk' op, terwijl menig kantonrechter in een huurgeschil (dat past binnen het dagvaardingsmodel) zeer actief is.

Het zou voor de rechtspraak een grote winst zijn wanneer meer uniformiteit ontstaat en meer duidelijkheid ontstaat over de vraag op welke wijze de rechter beslist over gebruikmaking van zijn processuele bevoegdheden. Dit vormt nog onontgonnen terrein.

3.17. Het compromis

Hoewel de rechter gehouden is wanneer partijen dat vorderen een uitspraak te doen over datgene wat men beoogt op basis van de rechtsbetrekking in geschil, heeft het compromis in het procesrecht een niet onbelangrijke betekenis.

Over het compromis wordt niet eenduidig positief geoordeeld.

Leijten heeft een overzicht gegeven van de standpunten terzake. Mag een rechter partijen voor zich roepen en constateren dat voor de stelling van beide partijen wel iets te zeggen valt en hen de gang opsturen met de uitnodiging er samen uit te komen? (91) Ook in het burgerlijk recht figureren traditioneel vrij starre opvattingen over rechtmatig en onrechtmatig. In de loop van deze eeuw is er echter van een kentering sprake. Ondanks het feit dat A op B mogelijk een bewijsbare, vast omljnde en opeisbare vordering heeft, kan de context van de rechtsbetrekking tussen A en B meebrengen dat A genoegen neemt met minder, hetzij omdat B misschien failliet gaat en er dan helemaal niets te halen valt, hetzij omdat anders lang geprocedeerd moet worden met alle kosten van dien, hetzij omdat enzovoort. Wanneer de rechter in de processuele setting kans ziet voor een eenvoudige uitweg uit het conflict zonder dat er een uitspraak hoeft te worden gedaan, dan kan dat een goede oplossing vormen.

In het bestuursrecht is deze benadering om uiteenlopende redenen weinig gepraktiseerd. In de eerste plaats overheerst in het bestuurs-

(91) J.C.M. Leijten, *Sluip en dwaalwegen*, a.w.

recht vaak nog de benadering vanuit het objectieve recht, waardoor een compromis onrechtmatig wordt geacht. In de tweede plaats is aan ambtelijk handelen vaak inherent de kortzichtigheid van het eigen gelijk. De overheid beschikt en heeft gelijk, wanneer de belanghebbende of de derde daar anders over denkt, dan moet de rechter het maar uitmaken. De proceshouding van de overheidsorganen is zelden ingesteld op het vinden van een compromis. In de derde plaats kan een compromis leiden tot een onrechtmatige inbreuk op rechten en aanspraken van een derde-belanghebbende. In de vierde plaats wordt veelal aangevoerd dat (ook al is er geen derde aan te wijzen) een compromis precedentwerking kan hebben, in die zin dat anderen in een vergelijkbare situatie op grond van het gelijkheidsbeginsel dezelfde rechten zullen kunnen claimen. (92)

Het compromis vormt zowel voor het bestuursrecht als voor het burgerlijk recht de uitdrukking van de *relativiteit van het geschreven recht*. De stagnatie in de doorwerking van de rechtsbetrekking in de werkelijkheid kan opgelost worden met inschikkelijkheid van partijen, een inschikkelijkheid die wellicht pas tot stand kon komen nadat de dreiging met een beroep op de rechter serieuze vormen ging aannemen. Eventueel kunnen advocaten in een eerder stadium een schikking beproefd hebben. Het compromis mag niet beschouwd worden als een weliswaar soms praktische oplossing, die echter een inbreuk zou vormen op de gelding van onze rechtsorde. Het ongeschreven recht vormt als complex van onzelfstandige rechtsnormen het relativerende element van onze rechtsorde en die relativering kan ook tot uitdrukking komen in het compromis.

Zowel voor bestuursrecht als voor privaatrecht geldt dat afhankelijk van de aard van de rechtsbetrekking in geschil er al dan niet ruimte is voor een compromis. Het gezag over kinderen vereist – gelet op het belang van de kinderen – soms een vrij rechtlijnige benadering, doch op de keper beschouwd vormt de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake gedeelde ouderlijke macht na scheiding een compromis: niet zwart-wit één van beide ouders, doch beiden voor de helft. Inzake bouwvergunningen kan op het scherp van de snede geprocedeerd worden over de verenigbaarheid van een bouwplan met het bestemmingsplan en de bouwverordening, doch het verplaatsen van een geplande muur over een paar meter, of het gebruik van een an-

(92) Zie ook mijn bijdrage *Conflicten van rechtswege*, in: *Giele-bundel*, Deventer 1990, p. 123 e.v.

dere kleur stenen, of het weglaten van een venster, dan wel het schenken van een strook aanliggende grond kan de angel uit de burenruzie halen. Of de vernietiging van de bouwvergunning maatschappelijk gezien in die situaties een gelukkige zaak is, valt te betwijfelen.

3.18. De uitspraak

In het burgerlijk proces is de uitspraak van de rechter ten aanzien van het leeuwedeel van de rechtsbetrekkingen onbepaald. De inhoud van de uitspraak van de rechter is afhankelijk van de vordering. In geschillen met de overheid vormt echter een belangrijke grens de vernietiging van overheidshandelingen en wellicht nog steeds een bevel gericht tot de overheid.

Steeds meer tracht de burgerlijke rechter met creativiteit de gevolgen van de uitspraak zodanig in te kleden dat degene die in het gelijk is gesteld reëel datgene bereikt wat hem rechtens toekomt. Een voorbeeld hiervan vormt de overschrijving van een vonnis in de registers bij onrechtmatige weigering mee te werken aan de totstandkoming van het transport van onroerend goed. (93) Het onderwerp reële executie is in ontwikkeling en het laat zich aanzien dat steeds vaker aangestuurd wordt op het bereiken van het materieel gewenste resultaat. Dit betekent dat minder vaak de gevolgen van onrechtmatig handelen – in ruime zin opgevat – vertaald worden naar een schadevergoeding. Deze ontwikkeling houdt verband met die waarbij de materiële rechtelijke bevoegdheden van de rechter uitgebreid worden.

In het bestuursprocesrecht is de uitspraak strikt beperkt tot vernietiging van de overheidshandeling in geschil, eventueel te zamen met de toekenning van schadevergoeding. Voorts is de rechter soms bevoegd zelf in de zaak te voorzien en onder komend bestuursprocesrecht zou die bevoegdheid uitgebreid worden. In het verlengde van hetgeen hiervoor gesteld is over reële executie, kan worden vastgesteld dat de opkomst van 'het zelf in de zaak voorzien' parallel loopt aan die ontwikkeling. De vraag blijft hetgeen eerder besproken is over de grens van het zelf in de zaak voorzien: mag de rechter onder omstandigheden zelf in de zaak voorzien wanneer dit impliceert dat gebruik wordt gemaakt van discretionaire bevoegdheden van het bestuur? Met name wanneer algemene beginselen van behoorlijk bestuur daartoe voldoende basis geven – en in het bijzonder wan-

(93) HR 3 april 1987, NJ 1988, 276, m.nt. WMK.

neer het geformuleerde bestuursbeleid het kader voor besluitvorming bepaalt – bestaat er voldoende grond voor de rechter om zelf in de zaak te voorzien. Praktisch lijkt ook de oplossing dat de rechter bij tussenbeschikking aangeeft tot vernietiging over te zullen gaan en het overheidsorgaan uitnodigt tot overleg te komen, dan wel suggesties te doen voor andere oplossingen.

In het bestuursprocesrecht is anders dan in het burgerlijk procesrecht de inhoud van het dictum in de wet voorgeschreven. Zelfs nu in het kader van de AWB aan de rechter ruimere bevoegdheden worden toegekend, wordt in de wet vastgelegd wat de rechter mag uitspreken. Het is de vraag of dat noodzakelijk is. Kan hier niet beter de weg van het burgerlijk procesrecht gevolgd worden, waar in beginsel niet is vastgelegd wat de rechter wel dan niet mag uitspreken?

Overigens past hier nog een kanttekening. Eerder is onderscheid gemaakt tussen de procesrechtelijke en de materieelrechtelijke bevoegdheden van de rechter. Bij de uitoefening van materieelrechtelijke bevoegdheden heeft de uitspraak van de rechter rechtsgevolg voor de inhoud van de tussen partijen geldende rechtsbetrekking. In het burgerlijk recht wordt soms materieel bepaald dat de rechter een wijziging mag brengen in de rechtsbetrekking. Wanprestatie vormt een voorbeeld: de rechter mag de overeenkomst ontbinden. In het Nieuw BW is de wijziging van de overeenkomst wegens onvoorziene omstandigheden opgekomen. Naar mate het materiële recht méér bevoegdheden aan de rechter geeft, kan de inhoud van de uitspraak ook een méér materieelrechtelijke werking hebben. In deze benaderingswijze is het niet alleen van belang of de inhoud van de uitspraak in het burgerlijk procesrecht onbepaald is, doch ook of de rechter materieelrechtelijke bevoegdheden heeft. De bepaling in het bestuursprocesrecht dat de rechter zelf in de zaak mag voorzien, vormt in deze benadering een open materieelrechtelijke norm.

Een belangrijk verschil tussen de uitspraken van de gewone rechter in burgerlijke zaken en de bestuursrechter vormt ook de vraag of de uitspraak erga omnes werkt. (94) Hoewel bij een zorgvuldige analyse hieraan getwijfeld kan worden, zou dit in het bestuursrecht het geval zijn, terwijl in het burgerlijk recht de uitspraak van de rechter slechts tussen partijen werkt. Ik meen dat ook hier – als er al sprake is van een verschil – er geen sprake is van een principieel verschil. Verlaat men in het bestuursrecht de benadering vanuit de gelding van het ob-

(94) Zie hiervoor ook medepreadviseur P.C.E. van Wijmen.

jectieve recht en hecht men meer waarde aan de rechtsbetrekkingen in het bestuursrecht, dan zal vaker de werking van de rechterlijke uitspraak slechts gelden voor de rechtsbetrekking in geschil. Er kunnen ook bezwaren kleven aan een rechterlijke uitspraak die zonder meer doorwerking zou hebben in een rechtsbetrekking waarin een niet bij het proces betrokken rechtssubject als partij figureert. Aan de andere kant moet echter ook in aanmerking genomen worden dat een aantal rechtsbetrekkingen in het burgerlijke recht, wanneer de rechter daarin wijziging brengt erga omnes gewijzigd is. Wanneer bijvoorbeeld als ontbindende voorwaarde in een contract een bepaald effect in een rechtsbetrekking tot een derde is genoemd, dan heeft de rechtsvaststelling in die rechtsbetrekking tot de derde mede betekenis voor de rechtsbetrekking waarin de ontbindende voorwaarde was opgenomen. (95) Een bij echtscheiding ontbonden huwelijk, de ontbinding van een vennootschap vormen evidente voorbeelden. Buiten deze voorbeelden zijn er echter vele gevallen denkbaar waarbij de uitspraak in een burgerlijk geding ook werking krijgt jegens niet bij het proces betrokkenen. Puur theoretisch zou staande kunnen worden gehouden dat een vonnis op grond waarvan de eigendom van een onroerend goed van een rechtssubject jegens een ander rechtssubject wordt erkend geen werking zou hebben jegens derden, doch reëel is, gelet op het publiekrechtelijke karakter van de eigendomsregistratie van onroerende goederen, deze benadering niet.

Het verdient aanbeveling ook bij de benadering van de vraag of rechterlijke uitspraken jegens derden werken of zelfs erga omnes werken de nadruk te leggen op de betekenis van het proces: een rechtssubject vordert voor de rechter iets jegens een ander rechtssubject. In beginsel werkt de uitspraak van de rechter daarmee niet erga omnes. Dit geldt zowel voor het burgerlijk recht als voor het bestuursrecht. Wanneer een derde met succes een vergunningverlening aanvecht, dan heeft degene die de vernietigde vergunning ontvangen had geen vergunning en kan zich jegens niemand beroepen op de vergunning. Hetzelfde kan echter gezegd worden van degene die een revindicatieprocedure verloren heeft en de betreffende zaak overgedragen heeft

(95) A verkoopt zijn huis aan B met ontbindende voorwaarde dat B zijn huis vóór datum x verkocht moet hebben. Een uitspraak in een geschil tussen B en C, waarbij de rechter vaststelt dat het huis van B aan C verkocht is, heeft mede betekenis voor de rechtsbetrekking tussen A en B, in die zin dat A op basis van het vonnis tussen B en C gewezen zou kunnen bewijzen dat de ontbindende voorwaarde niet is ingetreden.

aan de rechthebbende. In dat geval kan hij zich jegens niemand be-roepen op bijvoorbeeld bezit van de zaak. Met andere woorden, af-hankelijk van de aard van de rechtsbetrekking heeft een uitspraak in-zake de doorwerking van die rechtsbetrekking in de werkelijkheid al dan niet betekenis voor niet bij het proces betrokken rechtssubjecten over een vordering in het kader van die rechtsbetrekking.

3.19. De executie

Over de executie van rechterlijke uitspraken kan ik kort zijn. Het probleem doet zich voor dat in beginsel uitspraken van administra-tieve rechters voor zover de overheid tot het betalen van een geldsom wordt veroordeeld, geen executoriale titel opleveren. Dat zou na-tuurlijk wel zo moeten zijn, omdat nu de omweg via de burgerlijke rechter voor executie moet worden gemaakt. Voorts moet tegen de overheid in administratiefrechtelijke geschillen direct ook een dwangsom opgelegd kunnen worden. Het vertrouwen dat decennia lang is gesteld in het fatsoen van de overheid bij het gevolg geven aan uitspraken van de rechter blijkt een slag in de lucht te zijn geweest. Net als ieder ander rechtssubject moet de overheid gedwongen kun-nen worden gevolg te geven aan een rechterlijke uitspraak.

Het gestelde in de vorige alinea klinkt wel aannemelijk, doch er schuilen principiële kanten aan deze kwestie. Traditioneel figureer-den twee varianten in het bestuursprocesrecht. In de eerste plaats kan worden genoemd de bevoegdheid van het overheidsorgaan om de uitspraak van de rechter te negeren en eventueel de gevolgen van de uitspraak om te zetten in schadevergoeding (art. 74 Arbo-wet). Deze variant staat op gespannen voet met art. 6 EVRM. Sommigen zien in de bevoegdheid van de ambtenarenrechter om een schadever-goeding vast te stellen wanneer geen gevolg wordt gegeven aan de uitspraak (art. 104 AW 1929) een soortgelijke variant. Ik meen dat dat niet juist is: rechterlijke uitspraken moeten nagekomen worden.

Anders ligt het met de bevoegdheid van de rechter om de nietigheid van een besluit gedeekt te verklaren, welke bevoegdheid in navolging van de Ambtenarenwet 1929 waarschijnlijk in komend bestuurspro-cesrecht opgenomen zal worden. Het kan zijn dat voor de praktische gevolgen van de rechterlijke uitspraak partijen beter af zijn met het in stand laten van de gevolgen van een onrechtmatig besluit, onder toc-kenning van schadevergoeding.

IV. AFRONDING

4.1. De ontwikkeling van het procesrecht

De paragrafen in het vorige hoofdstuk houden voor de daar besproken hoofdbestanddelen van het procesrecht reeds algemene beschouwingen in, die hier niet herhaald zullen worden. Hier volgen enkele afrondende beschouwingen.

De functie van de rechter bij de oplossing van stagnaties in de doorwerking van rechtsbetrekkingen in de werkelijkheid is voor het bestuursrecht en het burgerlijk recht niet principieel verschillend. De algemene en abstracte autonomie van partijen in het burgerlijk recht kan onder toepassing van het legaliteitsbeginsel worden vertaald in een meer precieze definitie van de discretionaire bevoegdheden die aan rechtssubjecten op grond van het burgerlijk recht toekomen. De wijze waarop deze discretionaire bevoegdheden in de rechtspraak worden benaderd, verschilt niet fundamenteel van de wijze waarop discretionaire bevoegdheden van de overheid benaderd worden. De rechter past bij de vorming van een rechtsoordeel over het handelen van een rechtssubject (al dan niet de overheid) ongeschreven rechtsnormen toe, die als onzelfstandige rechtsnormen kunnen leiden tot een nadere concretisering van de rechtsplichten van rechtssubjecten in het aan de rechter voorgelegde geval. Deze rechtsvormende arbeid is voor de burgerlijke rechter en de bestuursrechter identiek. Het spreekt voor zich dat de aard van de rechtsbetrekking in geschil invloed heeft op de mate waarin discretionaire bevoegdheden erkend kunnen worden, evenals op de betekenis die onzelfstandige vage rechtsnormen, zoals de redelijkheid en billijkheid, de goede trouw en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur hebben.

Voor het burgerlijk recht en voor het bestuursrecht kan worden gesteld dat de rechtsbetrekking tussen rechtssubjecten grote betekenis heeft. In aanvulling op de dogmatiek rond bijvoorbeeld het vermogensrecht en de dogmatiek over de rechtskracht van beschikkingen, die voor de verschillende rechtsgebieden een rol speelt, kan de betekenis van het proces voor de rechtsvorming binnen onze rechtsorde effectief beschreven worden met het begrip rechtsbetrekking. Het proces is niet geconcentreerd op de beschikking of de verbintenisscheppende overeenkomst als zodanig. De rechter spreekt een oordeel uit over de vraag welke vorderingen gebaseerd kunnen worden op bijvoorbeeld een verbintenisscheppende overeenkomst in de

context van de rechtsbetrekking tussen partijen. In die context kan – desnoods precontractueel, of post-contractueel – mede aandacht geschonken worden aan de materieel normerende betekenis van ongeschreven recht.

4.2. 'Einzelfallgerechtigkeit'

Bij de doorwerking van ongeschreven recht in onze rechtsorde wordt bij herhaling de noodvlag gehesen die de lading van de 'Einzelfallgerechtigkeit' dekt. Redelijkheid en billijkheid houden abstracte onzelfstandige rechtsnormen in en in verband met een concrete rechtsbetrekking moet nader bepaald worden welke eisen voortvloeien uit deze vage normen. Deze normerende betekenis is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. Dit neemt niet weg dat bij het waarden van de omstandigheden van een geval objectivering plaats vindt. Niet alleen is relevant hoe dom de wederpartij in concreto was, doch mede is relevant de vraag of de wederpartij in redelijkheid kon vermoeden dat de domme tegenpartij er niets van begreep en welke veiligstellende handelingen (bijvoorbeeld in de vorm van het geven van informatie) in redelijkheid konden worden verwacht. De uitkomst van deze objectiverende waardering van de feiten van een concreet geval kan zijn dat de handtekening van de domme maar onvoldoende ingelichte partij niet impliceert dat alle in de overeenkomst voorgeschreven rechtsgevolgen onverkort kunnen leiden tot een toewijzing van de vordering. Met deze benadering van rechtsbetrekkingen wordt een bijdrage geleverd aan de 'gerechtigheid', waarvan de waarde echter uitstijgt boven het concrete geval. Voor het bestuursrecht kan hetzelfde gezegd worden. Ook de betekenis van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur moet in de context van de voorliggende rechtsbetrekking nader worden bepaald.

De toepassing van ongeschreven rechtsnormen, die een nadere materiële normering geven van de rechtsbetrekking, leidt ertoe dat meer recht wordt gedaan aan de relatie tussen rechtssubjecten. Het recht in onze rechtsorde is geen 'objectrecht' maar 'subjectrecht'. De zaak en de in het zakenrecht genormeerde rechten van de zakelijk gerechtigde hebben slechts betrekkelijke betekenis voor de rechtsbetrekking tussen de zakelijk gerechtigde en degene met wie die zakelijk gerechtigde maatschappelijk verkeert. Deze betrekkelijke betekenis kan impliceren dat in een bepaald geval de zakelijk gerechtigde niet ten volle

kan genieten van de in het burgerlijk recht vastgelegde rechten. Soms is deze betrekkelijkheid van het recht reeds nader gecodificeerd in wettelijke beperkingen, bijvoorbeeld inzake misbruik van eigendomsrecht of hinder. Deze overgang van nadere concretisering van ongeschreven rechtsnormen naar geschreven recht markeert dat de toepassing van het ongeschreven recht in de rechtsontwikkeling vooraf kan gaan aan de vorming van geschreven rechtsnormen. De formulering van de AWB, waarin een aantal van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is uitgewerkt, vormt een duidelijk voorbeeld van de wijze waarop de rechtsorde zich ontwikkelt. Overigens kan worden voorspeld dat de codificatie in de AWB voor de jurisprudentievorming ook slechts van relatieve betekenis zal zijn: de vage noties die de algemene beginselen van behoorlijk bestuur vormen, zullen ondanks de codificatie zelfstandig blijven doorwerken in de jurisprudentie.

De toepassing van het ongeschreven recht door de rechter verleent – naast de ontwikkeling van wetgeving – onze rechtsorde dynamiek. De veranderingen van maatschappelijke zekerheden die met deze dynamiek gepaard gaan, kunnen soms drastisch ingrijpen in tot nog toe geldende rechten en aanspraken van rechtssubjecten. Een levende rechtsorde is zo rechtszeker niet als menigeen zou wensen. Toch moet worden vastgesteld dat rechtszekerheid slechts één van de constituerende elementen van de gerechtigheid vormt. De beperking van de rechtszekerheid in een concreet geval impliceert echter nog niet dat slechts in dat ene geval recht wordt gedaan. Vaak zal echter pas na opeenvolging van vele verschillende casus blijken welke gewijzigde norm nieuwe rechtszekerheid geeft. In de laatste decennia begint zich echter ook een meer algemene zekerheid af te tekenen, namelijk deze dat rechtssubjecten naar redelijkheid en billijkheid behoren te handelen of anders gezegd, dat maatschappelijk handelen behoorlijk behoort te zijn.

4.3. Uniform procesrecht

Rechtsvergelijkend lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat tussen burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht geen principiële scheidslijn behoeft te worden getrokken. Deze conclusie hangt ten nauwste samen met het feit dat ook het materiële burgerlijk recht en het materiële bestuursrecht in ieder geval wat betreft de wijze waarop zij rechtsbetrekkingen normeren naar elkaar toe groeien.

In de rechtspraak blijkt er echter een niet vervagende grenslijn te lopen tussen de beoefenaren van het civiele recht en het bestuursrecht. Verdergaande specialisatie vormt een kenmerk van onze rechtsorde. De voortschrijdende schaalvergroting van advocatenkantoren en rechterlijke colleges zal deze specialisatie niet doen afnemen. In die zin kan worden gesteld dat de integratie van de bestuursrechtspraak in de gewone rechtspraak (schaalvergroting) tot specialisatie uitnodigt. Het is weliswaar niet de bedoeling dat rechters zich monomaan zullen storten op één rechtsgebied of een deel ervan, doch wanneer ik een blik werp op de 'unit-organisatie' van de rechtbank nieuwe stijl zie ik de specialisaties opbloeien. Generalisten dreigen uit te sterven, omdat hun noodzakelijkerwijs meer globale benadering op verzet stuit van de altijd weer hyperdeskundige specialisten. Het betoog dat vele bestaande verschillen en nuanceringen in het burgerlijk recht en in het bestuursrecht geen doorslaggevende betekenis behoeven te hebben, wordt niet met aandacht aanhoord door de specialist die gebogen over zijn juridische microscoop een nog krachtiger oculair kiest.

Ook het wetgevingsproces inzake procesrecht is volledig tweesporig en ondanks de integratie van de rechterlijke macht blijft de wetgeving inzake procesrecht langs die twee sporen verlopen. Vooralsnog zal ook de rechtsvorming inzake materieel recht en procesrecht niet uitmonden bij één hoogste rechtscollege dat kan toezien op de eenheid van de rechtsvorming. Voor het bestuursrecht lijkt vanwege de onwrikbare positie van de Raad van State irrationele veelsporigheid in het verschieft te liggen.

Het is thans niet zo reëel een vurig pleidooi te houden voor de vorming van uniform procesrecht, omdat de herziening van de rechterlijke organisatie op zich reeds veel inspanning zal vergen. Het is echter wel reëel te stellen dat bij verdere ontwikkelingen in beide procesvormen meer aandacht moet worden besteed aan de harmonisatie van beide procesvormen. Als uitgangspunt kan daarbij gelden dat beide procesvormen historisch gezien een verschillende wortel hebben, doch gelet op ontwikkelingen in het materiële recht hetzelfde doel dienen. De eigen aard van het burgerlijk recht, noch de eigen aard van het bestuursrecht brengt mee dat het procesrecht anders zou moeten zijn ingericht.

Dit pleidooi is echter ook gericht tot advocaten en rechters, die in de dagelijkse rechtspraak te maken hebben met de toepassing van procesrecht. De wetgever lijkt thans meer en meer in de ban van kos-

tenbeheersing, hyperregulering en blinde specialisatie. De hyperregulering – die mij bij een eerste blik op het komend bestuursprocesrecht in het oog sprong – en de neiging tot specialisatie vormen een drempel voor de ontwikkeling van meer open bestuursprocesrecht dat in de praktijk toe kan groeien naar het nog te vormen uniform burgerlijk procesrecht.

Rechters en advocaten staat echter weinig in de weg om de praktische toepassing van burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht zoveel mogelijk op elkaar af te stemmen. De rechtsvormende betekenis van de jurisprudentie voor het procesrecht mag niet onderschat worden. Het kort geding heeft zich vrijwel geheel buiten de wetgeving om ontwikkeld tot een procesvorm die voor de praktijk van groot belang is. Klachten over gebrek aan rechtszekerheid of over ontbrekend geschreven procesrecht worden niet zo zeer gehoord. Inventieve advocaten en rechters hebben in nauwe aansluiting bij de rechtspraktijk de mogelijkheden van het kort geding verkend en uitgebuit. Ook overigens kan langs die weg het procesrecht verder ontwikkeld worden en daarbij kan in het achterhoofd gehouden worden dat ondanks formele verschillen, uiteindelijk het burgerlijk procesrecht en het bestuursprocesrecht dezelfde functie van de rechter reguleren: het verlenen van effectieve toegang tot de rechter, opdat de rechter een uitspraak doet over de vordering van een partij die recht doet aan en aansluit bij de maatschappelijke werkelijkheid.

Het zou getuigen van wijsheid van de wetgever wanneer ingespeeld zou worden op deze ontwikkelingen door zowel in het burgerlijk procesrecht als in het bestuursprocesrecht 'schakelbepalingen' op te nemen met een uniforme inhoud: De rechter is bevoegd van het geldende procesrecht af te wijken, wanneer de toepassing van dat procesrecht tot een onredelijk resultaat leidt. Met deze aanbeveling lijk ik echter niet meer te doen dan een ezel aan de staart te trekken, daarom voeg ik er nog een speldeprik aan toe: De rechter is wijs wanneer deze recht spreekt als ware een bepaling als deze opgenomen in het procesrecht.

Op de rechter rust de verplichting om degene die toegang tot de rechter zoekt optimaal rechtszekerheid te bieden, door zoveel mogelijk beleidsmatig en kenbaar gebruik te maken van de processuele bevoegdheden die aan de rechter toekomen.

4.4. *Positief recht*

Zowel het bestuursrecht als het burgerlijk recht krijgen steeds meer een materieel normerende betekenis voor rechtsbetrekkingen. Deze normerende betekenis komt niet alleen tot uitdrukking in de vorming van gedetailleerd geschreven materieel recht, maar ook in de steeds ruimere toepassing van ongeschreven rechtsnormen. Waar het geschreven recht eventueel ontoereikend materieel normerende werking heeft, wordt bij de rechtstoepassing nadere materiële normering bereikt door concretisering van ongeschreven vage rechtsnormen zoals de redelijkheid en billijkheid, de goede trouw en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze rechtsontwikkeling staat niet op zich. De wetgever trekt zich steeds meer materiële belangen van rechtssubjecten aan en treedt terzake regelend op. Daarbij wordt de blote machtsuitoefening van rechtssubjecten ten opzichte van elkaar 'gerelativeerd'. Het recht krijgt daarmee meer zin en betekenis voor onze samenleving. Deze ontwikkeling impliceert tevens dat bij de rechtstoepassing het doel van de toe te passen regelgeving belangrijker wordt, alsmede de maatschappelijke betekenis van het toe te passen recht. Het botweg uitoefenen van bevoegdheden wordt steeds meer ingeperkt door materiële normering: dat kan beschaving genoemd worden.

Deze ontwikkelingen impliceren tevens dat de positiefrechtelijke benadering van ons recht van minder gewicht wordt. Veel vaker vormt de geactualiseerde betekenis van (eventueel vage) rechtsnormen het doorslaggevende argument in juridische redeneringen. Zin en doel van rechtsnormen wordt daarbij meer van belang. Ter illustratie kan de betekenis van art. 6 van het EVRM genoemd worden. Voor de Nederlandse rechtsorde is het vanzelfsprekend van belang precies te verkennen welke rechtsgevolgen het Europese Hof voor de rechten van de mens aan die bepaling heeft verbonden. Met deze verkenning zijn we er echter nog niet. De jurisprudentie op art. 6 EVRM ontwikkelt zich niet conservatief binnen dit positiefrechtelijke kader. Het verleden heeft getoond dat Nederland verschillende malen internationaal ter verantwoording is geroepen vanwege gebreken in de toegang tot de rechter. Ter voorkoming van dergelijke pijnlijke verrassingen is het van belang te ontdekken welke zin en betekenis art. 6 EVRM voor onze rechtsorde heeft. Het is niet alleen van belang of terzake van een bepaald geschil toegang tot een onafhankelijk rechter moet worden gegeven, maar ook de vraag waarom dat zo is. Het ant-

woord dat het zo is omdat het Europese Hof voor de rechten van de mens het zo vindt, overtuigt steeds minder.

Positiefrechtelijke benaderingen bieden weliswaar zekerheid, omdat binnen de kaders der rechtswetenschap en de daar aanvaardbare discipline 'bewijsbaar' is dat bepaalde conclusies 'waar' zijn. Deze zekerheid heeft echter minder betekenis voor de rechtswerkelijkheid, omdat steeds vaker de vraag rijst waarom bepaalde rechtsgevolgen aangenomen moeten worden. Onredelijke en maatschappelijk gezien moeilijk aanvaardbare rechtsgevolgen zullen steeds minder in de rechtspraktijk doorwerken. In het bestuursrecht is deze ontwikkeling in de loop van deze eeuw op gang gekomen doordat de uitoefening van ongeclausuleerde publiekrechtelijke bevoegdheden door de toepassing van ongeschreven recht gerelativeerd is. Ook in het burgerlijk recht treedt deze relativering – langs de weg der geleidelijkheid – op. Het spreekt voor zich dat de eigendom van een zaak ruime bevoegdheden voor de rechthebbende schept. Steeds minder geldt echter dat deze bevoegdheden onbeperkt zijn. De rechtstoepassing door de rechter houdt een nadere ontwikkeling van deze beperkingen in. Voor deze rechtsvorming heeft een beroep op de status quo geringe betekenis.

Het procesrecht vormt een afgeleide van het materiële recht. De hiervoor beschreven ontwikkeling in het materiële recht heeft doorwerking in het procesrecht. De traditie laat grote verschillen zien tussen het burgerlijk procesrecht en het bestuursprocesrecht, doch deze verschillen hebben op zich geen betekenis. Kernvraag is steeds hoe de toegang tot de rechter gereguleerd moet worden, opdat rechtssubjecten in een concreet geval met een beroep op de rechter de waarborg van gelding en doorzetting van onze rechtsorde in de maatschappelijke werkelijkheid kunnen realiseren. Gelet op de gelijksporige ontwikkelingen in het burgerlijk recht en het bestuursrecht in onze rechtsorde zouden beide deelrechtsorden ook procesrechtelijk gezien meer op een gelijk spoor gebracht moeten worden. De thans bestaande verschillen in het pluriforme procesrecht hebben weliswaar positiefrechtelijke betekenis, doch hebben op zich genomen geen argumentatieve waarde voor de beantwoording van de vraag hoe aan procesrecht, gelet op de betekenis van de toegang tot de rechter voor onze rechtsorde, doelgericht vorm gegeven moet worden.

II. HARMONISATIE VAN PROCESRECHT BIJ INTEGRATIE VAN RECHTSPRAAK

Preadvies mr. P. C. E. van Wijnen

INLEIDING, *III*

ESSENTIALIA VAN HET (ADMINISTRATIEFRECHTELIJK EN HET BURGER-
RECHTELIJK) PROCES, *II4*

KARAKTERISTIEKEN VAN HET ADMINISTRATIEFRECHTERLIJK EN HET BUR-
GERRECHTELIJK PROCES, *126*

KARAKTERISTIEKEN VERBONDEN AAN DE RECHTSINGANG, *127*

KARAKTERISTIEKEN VERBONDEN AAN DE RECHTSGANG, *133*

KARAKTERISTIEKEN DE RECHTER BETREFFEND, *134*

KARAKTERISTIEKEN DE (POSITIE VAN) PARTIJEN BETREFFEND, *136*

KARAKTERISTIEKEN DE PROCEDURE BETREFFEND, *139*

KARAKTERISTIEKEN VERBONDEN AAN DE RECHTSUITKOMST, *145*

KARAKTERISTIEKEN DE TOETSINGSRUIMTE BETREFFEND, *146*

KARAKTERISTIEKEN ROND DE AAN DE UITSpraak TE STELLEN EISEN, *147*

KARAKTERISTIEKEN DE BESLISSINGSRUIMTE BETREFFEND, *148*

KARAKTERISTIEKEN DE UITSpraak ZELF BETREFFEND, *152*

HET TWEE INSTANTIE-BEGINSEL EN DE CASSATIE, *155*

FORMALITEITEN, 158

HARMONISATIE, EEN EERSTE PROEVE, 160

HET KONIJN UIT DE HOED, 169

EEN ONVERWACHTE PROEF OP DE SOM, 171

SLOTCONCLUSIE, 174

Harmonisatie van procesrecht bij integratie van rechtspraak

INLEIDING

1. In deze preadviezen worden twee onderwerpen met elkaar in verband gebracht van weliswaar verwante aard, doch van geheel verschillende orde. Als ik de vraagstelling van de NJV samenvat, zoals ik die versta, dan komt zij als volgt te luiden: is harmonisatie van de procesrechtstelsels uit het administratief recht en uit het privaatrecht mogelijk en zo ja is zulk een harmonisatie noodzakelijk nu het erop lijkt, dat integratie van de rechtspraak in de beide rechtssferen in zicht komt? Men kan zich bovendien afvragen of de bedoelde integratie de harmonisatie begunstigt of bevordert, een vraag die de mogelijkheid impliceert om een tijdsvolgorde te veronderstellen: als men nu eens begint met de integratie, zou dat dan positieve en/of bespoedigende uitwerking hebben op de harmonisatiemogelijkheden? De omgekeerde vraag valt overigens ook te stellen.

2. Er is de laatste decennia een dermate grote vloed van literatuur over deze onderwerpen – harmonisatie van het een, integratie van de andere dus – verschenen, dat ik mij er wel voor hoed deze boekenkast hier te laten omvallen. Dat zou, dunkt mij, trouwens ook in strijd zijn met het karakter van een preadvies, dat immers bedoeld is als een poging het rechtsdenken vooruit te brengen en niet als een beschrijving van de huidige situatie. Men zal dus dikwijls allerlei verwijzingen of bewijspplaatsen moeten ontberen. Aan de andere kant beseffe men, dat het juridische wiel juist op gebieden als procesrecht en rechtspraak reeds lang geleden werd uitgevonden. Men verwachtte van mij dus niet allerlei nieuwe vondsten of ideeën en store zich er niet aan als veel van het volgende bekend voorkomt.

Het gaat er mij meer om sommige basisposities en -uitgangspunten eens opnieuw door te denken en met elkaar in verband te brengen.

Als werkhypothese hanteer ik daarbij, dat de integratie van civiele en administratieve rechtspraak eerlang, hoezeer ook met horten en stoten, een feit wordt en dat deze veronderstelling de vraag oproept naar de (on)mogelijkheid dan wel (on)wenselijkheid van harmonisatie van de respectieve procesrechtstelsels (het woord 'procesrechten' wens ik te vermijden).

3. Zojuist viel weer de term 'harmonisatie'. Meteen al wil ik daar een ander begrip naast stellen, namelijk 'uniformering'. Het bevorderen van eenvormigheid kan namelijk voeren tot harmonisatie. Eenvormigheid gebruik ik hier als een formeel en exogeen begrip: het eenvormig maken van bepaalde externe procescondities, formaliteiten en dergelijke. Harmonisatie ziet in deze gedachtengang meer op overeenkomstigheid van de constituerende elementen van de respectieve procesrechtstelsels. Harmonisatie houdt zich aldus bezig met de interne aspecten, de karakteristieken, ja zelfs de essentialia van de beide stelsels. Zo bezien zal uniformering makkelijker zijn en dus ook eerder haalbaar dan harmonisatie. Het is zelfs denkbaar, dat de eerste wel, de tweede niet of maar in beperkte mate valt te verwezenlijken. Ik wijs er in dit verband nog op, dat ik het begrip 'harmonisatie' hier in andere zin gebruik dan de werkgroep Harmonisatie administratief procesrecht: (1) in feite concentreerde men zich toen juist op uniformering van procesregels. De werkgroep geeft zelf trouwens aan, dat volledige harmonisatie in de door mij bedoelde zin niet nodig is, ja zelfs 'ongewenst kan zijn'. En we hebben het dan nog maar over het administratief procesrecht op zichzelf. (2) De doorsteek naar de burgerlijke rechtsvordering zal wellicht leiden tot de slotsom dat harmonisatie zich al helemaal niet over de beide rechtssferen kan uitstrekken.

4. Het zal duidelijk zijn, dat met het vorenstaande zowel een indeling van de stof, als de noodzaak van nader onderzoek, vooral natuurlijk naar die essentialia en karakteristieken, gegeven is. Dat onderzoek zal zich dan vergelijkenderwijs voltrekken en gericht zijn op

(1) Trema-special, '83-1.

(2) Daartoe beperkt zich ook H. Bolt in zijn lezenswaardige beschouwing over Harmonisatie van het administratief procesrecht in Bestuurswetenschappen, 1988, p. 367 e.v. (Themaummer Ontwikkelingen in de rechtsbescherming). Bolt is overigens een verklaard voorstander van harmonisatie.

het administratiefrechtelijke en op het burgerrechtelijk proces. Daarmede is tevens aangeduid, dat de strafrechtelijke en de fiscale procedures buiten beschouwing blijven. In dit verband kan ik voorts melden, dat ik mij ook verre houd van het administratief beroep, de gang dus van een justitiabele naar een ander of hoger bestuursorgaan. Ik heb dergelijk beroep nimmer als rechtspraak beschouwd, al vertoont het er soms enkele trekken van. Inzoverre trouwens kan het hieronder eventueel bevondene – op het stuk van uniformering bijvoorbeeld – dienen als suggestie tot verbetering. Zelfs het Kroonberoep is niet als rechtspraak *sensu stricto* aan te merken – gezaghebbende juristen zoals G. J. Wiarda hadden gewaarschuwd, (3) doch de hardheid van ons juro-politieke gemoed heeft ons slechts via Straatsburg tot de vereiste aanpassingen kunnen brengen en nóg is de wind niet geheel gaan liggen. (4)

5. Moge aan de hand van de essentialia, de karakteristieken en de 'formaliteiten' van de beide procesrechtstelsels een onderverdeling van de stof te maken zijn, er zijn nog andere indelingen mogelijk en één daarvan zal ik ook hanteren. Die namelijk in drie fasen, te weten 1. de rechtsingang, 2. de procedure voor de rechter en 3. de situatie nadat een beslissing is gevallen. Voor de 'close-reader' wijs ik er nu reeds op, dat ik er bij de omschrijving van fase drie *niet* van uitga, dat die beslissing ook (reeds) gezag van gewijsde heeft verkregen.

6. De eerste indeling moet een analyse mogelijk maken van de verschillen tussen het administratieve en het civiele proces op verschillende niveaus: op het oppervlakkige van de formaliteiten, op het beschrijvende van de karakteristieken en op het structurerende van de essentialia. Aan de hand van deze analyse, waarin dus de beide rechtssferen vergeleken worden, moet het mogelijk zijn de vraag te beantwoorden of een in elkaar schuiven van de respectieve stelsels op zich doenlijk is, dan wel of zich daartegen juist bepaalde beginselen verzetten. De conclusie zou dan kunnen zijn, dat men 'aan de buitenkant' wel kan uniformeren, doch in de kern niet tot (volledige) harmonisatie dient over te gaan, ja dat zulks zelfs geheel of ten dele onmogelijk is.

(3) Zie zijn opstel over art. 6 EVRM in *Non Sine Causa* (Zwolle, 1979), p. 457 – 474.

(4) Men denke aan het Kroonberoep inzake bestemmingsplannen. Zie in dit verband overigens de uitspraak van het Europese Hof d.d. 25 oktober 1989 (Jacobsson/Zweden), BR 1990, p. 518, m.nt. D.W. Bruij, AB 1990, 334, m.nt. R.M. van Male.

In de tweede indeling zullen we een aantal van de formele, karakteristieke of essentiële aspecten zien terugkeren, maar dan concreter en meer uitgewerkt aan de hand van de diverse procesfasen, des dat deze aspecten worden getoetst op hun vatbaarheid voor uniformering of zelfs harmonisatie.

Essentialia van het (administratiefrechtelijk en het burgerrechtelijk) proces

7. Vooropgesteld wordt, dat het antwoord op de vraag of iets essentieel is dan wel 'slechts' karakteristiek, natuurlijk altijd arbitrair blijft. Als essentieel beschouw ik kenmerken, zonder welke van een proces geen sprake meer zou zijn. Snijdt men het criterium toe op het administratief proces of het burgerlijk proces – gemakshalve kort ik deze beide verder af tot a.p. en b.p. –, dan zal blijken of zich verschillen aandienen. Het spreekt voor zich, dat de echte essentialia aan beide kanten optreden: zo niet, dan valt van een proces immers niet te spreken.

Moet aan dit alles dan geen definitie van het begrip proces – uiteraard hier altijd gebruikt in de zin van geding, niet van procedé of verloop – voorafgaan? Naar mijn idee niet. Nog daargelaten dat ik mij in het huidig stadium van dit project tot het geven van een begripsomschrijving niet in staat acht, valt het ook op, dat de *civilrechtelijke* handboeken of inleidingen op het procesrecht op één uitzondering na geen definitie bevatten. (5) De uitzondering verdient vermelding. In Hugenholtz – Heemskerk vindt men de volgende omschrijving van een proces: 'het voortschrijden (procedere) van een onzekere of betwiste tot een zekere en onbetwistbare rechtstoestand door een aan regels onderworpen rechtsstrijd of geding, gevoerd voor een orgaan dat tot beslissing in dit geding bevoegd is'. (6) Des te sterker springt in het oog, dat het moderne *administratiefrechtelijke* standaardwerk

(5) Van Rossem – Cleveringa, Verklaring van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, Zwolle, 1972 (4e druk); Star Busmann – Rutton, Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering, Haarlem 1972 (3e druk); Zonderland c.s., Grondtrekken van het Nederlands Burgerlijk Procesrecht ('Coops'), Zwolle, 1980 (9e druk); P.A. Stein, Compendium van het burgerlijk procesrecht, Deventer, 1987 (7e druk).

(6) Hoofddlijnen van het Nederlands Burgerlijk Procesrecht, 's-Gravenhage, 1986, (14e druk), p. 1.

van Ten Berge en Tak (7) op dit stuk met de deur in huis valt: reeds op p. 1 treft men een definitie aan, die alleszins betrouwbaar aandoet: 'Een rechtens genormeerd, althans toegestaan verloop van handelingen, gericht op het binnen redelijke tijd verkrijgen van een uitspraak van een onafhankelijke, althans onpartijdige derde inzake een geschil over subjectieve rechten, rechtsbeslissingen of gedragingen, aan welke uitspraak zo nodig met behulp van overheidsmacht gevolg kan worden gegeven.' Ik vermijd hier overigens een exegese van deze definitie, al was het maar met het oog op de lengte van mijn bijdrage. Bovendien sta ik een andere aanpak voor: wellicht kan ik uit de behandeling van de essentialia een eigen definitie distilleren. In elk geval zullen wij licht moeten werpen op de vraag of er wezenlijke verschillen bestaan tussen a.p. en b.p.

8. Als eerste essentialia voor het proces zie ik het bestaan van een *geschil*. Ik ben mij er wel van bewust, dat ik daarmee de zogenaamde voluntaire jurisdictie die we kennen in het b.p. buitensluit, doch het zal in de loop van deze beschouwing veel meer voorkomen, dat zich uitzonderingen of afwijkingen van hoofdbeginsel of hoofdregel voordoen. De slimme jongens in de klas plegen daarop steevast te wijzen, zeker als het niet wordt aangeduid. Als werkmethode stel ik mij voor te trachten resultaatverstorende attenderingen op voorbeelden van onze collectieve beroepsdeformatie te vermijden. Op het onderhavige punt – het geschil dus – bestaat tussen a.p. en b.p. geen verschil.

9. Uit dit eerste doemt onmiddellijk een tweede essentialia op: geen geschil is denkbaar zonder *twistende partijen*, dragers van rechten, belangen en/of bevoegdheden – het is hier dat een wezenlijk verschil tussen a.p. en b.p. naar voren komt; in het a.p. is tenminste één van die partijen immers uit haar aard een overheidsorgaan, een vaststelling die door twee andere wordt gevolgd. In het a.p. is de verweerder *altijd* een overheidsorgaan en zulks dan als drager van bevoegdheden, of 'behartiger' van belangen, in welk verband men natuurlijk denkt aan art. 4 Wet Arob. Is het orgaan (ook) drager van rechten, althans in pretentie, dan zal het ofwel optreden als partij in het b.p. – en dan als eiseres of gedaagde –, ofwel in het a.p. de positie van aanlegger innemen. Twee uitzonderingen of afwijkingen treden hier weer op en

(7) A.Q.C. Tak en J.B.J.M. ten Berge, Nederlands administratief procesrecht, Zwolle, 1983.

ze blijven beide verder buiten beschouwing: in het onteigeningsproces, dat ik als een b.p. beschouw, (8) is de overheid altijd eiseres en de burgerlijke partij altijd verweerder; hier staan partijen tegenover elkaar als drager van bevoegdheden aan de eisende en drager van rechten aan de verwerende kant. In het a.p. is deze positie altijd omgekeerd. De tweede uitzondering betreft de 'klassieke' bestuursgeschillen die – overigens ook niet altijd, zie art. 136 Grondwet – door de Kroon worden beslist. (9) Het uit de hoedanigheid van de twistende partijen voortvloeiend onderscheid is m.i. zo essentieel, dat het verder de hele administratiefrechtelijke en burgerrechtelijke procesrechtstelsels doordeesemd heeft, ook trouwens als dat volstrekt niet nodig was. Het verschil heeft geleid tot het Grondwetartikel 112, dat overigens vóór 1983, inhoudelijk gezien, zelfs ontbrak; eerst toen werd uitdrukkelijk gekozen voor een opdracht aan de wetgever om tenminste het a.p. met daarmee corresponderende 'gerechten' te regelen, als tenminste bij wet de berechting van geschillen over iets anders dan 'burgerlijke rechtsbetrekkingen' aan 'gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren' is opgedragen. Het moet wel opvallen hoe aarzelend en negatief hier wordt geformuleerd. Men speelt als het ware 'over de band'. Dit is, naar mijn overtuiging een hopelijk laatste relict van wat ik altijd pleeg te karakteriseren als een soort endemische huiver van het bestuur – dat in dit geval de wetgever voor de kar wist te spannen – voor de rechter. En het is juist die angst waardoor vooral de wetgever zulke enorme gaten heeft laten vallen, dat de rechter wel gedwongen werd om op de zetels van beide andere machten post te vatten. (10) Niet 'plaats te nemen', maar juist als voorpost te fungeren: de samenleving vroeg en vraagt om normstelling en met een variatie op Hugo de Groot: ubi deficiunt leges, incipit bellum; de rechtsstrijd tussen vooral burger en overheid, ontstaan als gevolg van wetgeverlijke ontstentenis, moet door de rechter worden beslecht.

(8) Anderen zien het als een a.p., al was het maar omdat het niet 'voortspruit' uit art. 2 Wet RO; zie bijv. Ten Berge/Tak, o.c. p. 7.

(9) Sinds R. Crinice le Roy in 1963 zijn beschouwing 'Geschillen van bestuur' (Bestuurswetenschappen p. 78 – 99) het licht deed zien, is daarover niet meer systematisch geschreven, totdat onlangs Drupsteen en Kraan aan de VAR preadvicerden over 'De beslechting van bestuursgeschillen' (VAR-reeks 104, Alphen aan den Rijn, 1990). Zie ook Ten Berge c.s., Bestuursgeschillen: Kroon of rechter? (Zwolle, 1989).

(10) Een fraai overzicht van de verwikkelingen op dit punt geeft J. van der Hoeven in zijn 'De drie dimensies van het bestuursrecht' (VAR-reeks 100, Alphen aan den Rijn, 1989, p. 68 e.v.).

10. Het hier nog steeds aan de orde zijnde verschil – dat dus tussen de aard van de respectieve partijen – voert, zoals al blijkt uit de tekst van art. 112 Grondwet, naar een derde essentiale, namelijk *het objectum litis*. In het b.p. is sprake van een burgerrechtelijke rechtsbetrekking, gekoppeld aan een open actie; wie schending van zijn rechten of belangen pretendeert, komt rechtsvordering toe; de verjaringstermijn belooft – nu nog – dertig jaar. (11) In het a.p. ligt zulks geheel anders. Daar toch is voor rechtsingang nodig een op een wettelijke regeling berustende overheidshandeling, althans een publiekrechtelijke titel, waaruit een administratiefrechtelijke rechtsbetrekking voortvloeit. De wettelijke regeling is er een van algemeen-aanvullende aard (Arob), of neergelegd in een *lex specialis*. In dit verband is een wet als de TwK slechts aan te merken als een procesrechtelijke wet in de beperkte zin des woords. Een dergelijke wet voorziet zelf niet in het recht om in beroep te komen, doch regelt alleen de procedurele gang van zaken.

Wat daarvan zij, het *objectum litis* is in het b.p. een onder art. 2 Wet RO begrepen recht, terwijl het dat in het a.p. juist niet mag zijn. (12) Positiever gezegd moet in het a.p. sprake zijn van bepaald overheids-handelen, gemakshalve hier gevat in het woord ‘besluit’, en het is daaraan dat de actie gekoppeld is. Er is hier dus sprake van een gesloten stelsel, aan de uiterst korte termijn van doorgaans 30 dagen gebonden!. Dat onder ‘besluit’ feitelijk handelen niet begrepen wordt, is overigens te billijken; juist de formele gedaante die een besluit nu eenmaal moet aannemen, vormt de grondslag voor de rechtsingang. (13) Dat besluiten van algemene strekking slachtoffer werden van de uitzonderingsneiging – weer die endemische huiver? –, roept al veel meer twijfels op. Hoe het zij, met kritiek op rechtshandelingen naar burgerlijk recht, op feitelijk handelen of op besluiten van algemene strekking moet men zich nog steeds vervoegen bij de gewone rechter, in de twee laatste gevallen bovendien altijd via de weg van art. 1401 BW. Zo ziet men hoe, vanuit het *objectum litis* bezien, toch

(11) Men denke overigens aan de bijzondere vervaltermijnen uit de art. 2004 – 2008 BW. Zie ook de wet van 31 oktober 1924, Stb. 482.

(12) In 1981 werd voor onze Vereniging juist over dit punt gepreadviseerd door Borman en Punt.

(13) De Ambtenarenwet onderwerpt in art. 3 overigens uitdrukkelijk ook *bestuurshandelen* aan het rechterlijk oordeel, evenals, zij het geclausuleerd, art. 4 lid 2 sub b Arbowet.

tegen allerlei overheidshandelen slechts rechtsbescherming kan worden verkregen via het b.p.

ii. Wij zagen tot dusverre, dat er sprake moet zijn van een geschil tussen partijen, burgers onderling of burgers tegen overheidsorganen, over burgerlijke rechtsbetrekkingen dan wel betrekkelijk (de uitoefening van) overheidsbevoegdheden. Drie andere essentiële kenmerken van het proces bleven daarmee nog in het duister. Het vierde betreft de hoedanigheid en positie van degene die het geschil krijgt te beslechten. Essentieel kenmerk van zowel a.p. als b.p. vormt hier de omstandigheid dat de rechtsingang altijd voere naar *een onafhankelijke en onpartijdige instantie*. Die aanvoegende wijs blijft nodig, want nog steeds is hiervan niet op alle fronten sprake. Ik bespaar de lezer uitweidingen over het Kroonberoep, maar iedereen weet, dat dit eerst relatief kort geleden op supranationaal-rechtelijke instigatie – de zogenaamde self-executingness van (o.a.) verdragen uit art. 93 Grondwet speelde hier zijn rol – als ‘on’rechtspraak⁽¹⁴⁾ aan de kaak werd gesteld; ik wees er eerder al even op. Waarom komt dit aspect dan terug? Omdat het, systematisch bezien, van zulk een grote betekenis is, juist als men op zoek is naar de essentiële kenmerken van het proces, of dat nu administratief- of burgerrechtelijk is. Men moet een onafhankelijke rechter kunnen benaderen wier of wiens onpartijdigheid boven elke verdenking staat. Deze constatering includeert m.i. dat de organieke regeling van de rechterlijke macht en de regeling van de wijze waarop geschillen worden berecht – hier stuiten we op de twee scharnieren in de vraagstelling voor deze preadviezen – een zaak van staatszorg behoort te zijn.

Zojuist gebruikte ik de adjectiva ‘onafhankelijk’ en ‘onpartijdig’ nevenschikkend. Ze zijn echter geenszins synoniem. De eis van onafhankelijkheid is gebaseerd op de triasleer, ⁽¹⁵⁾ die helemaal niet zo verouderd is, als soms wel wordt voorgegeven, zij het dat ze wellicht aanvulling verdient. ⁽¹⁶⁾ Het systeem van checks and balances in de

(14) Dit woord ontleen ik aan de merkwaardige publikatie die A.R. Vliegenthart in 1980 in het licht gaf. ‘De onrechtspraak van de Hoge Raad’ (Deventer, 1980). Vliegenthart behandelt overigens een geheel ander probleem dan dat van het Kroonberoep.

(15) Uiterst boeiend is het bronnenonderzoek dat K.M. Schönfeld deed in het kader van zijn dissertatie, Montesquieu en ‘La bouche de la loi’, Leiden, 1979.

(16) In dit verband verwijs ik naar de openbare les van R. Crinice le Roy, later bewerkt en uitgebreid, getiteld ‘De vierde macht. De ambtelijke bureaucratie als machtsfactor in de staat’, Baarn, 1971, 1976.

Verenigde Staten vormt een ander referentiekader voor het rechterlijk onafhankelijkheidspostulaat. Met onafhankelijk bedoelen wij kort samengevat: losstaand van de andere staatsmachten, met name van wetgever en bestuur alsmede van de ambtelijke dienst en ook van de media of de publieke opinie, welke voorlaatste eerder als een vijfde colonne dan als een vijfde macht zijn aan te duiden. De benoeming voor het leven, die in art. 117 Grondwet is verankerd, (17) waarborgt deze status, terwijl ook kan worden gewezen op de sterk geclausuleerde afzetbaarheid. (18) Wie zich verder wil oriënteren over de rechterlijke onafhankelijkheid – zij het dat de rechter wel degelijk gebonden is aan recht en wet! – kan uitstekend terecht in de dissertatie van Brenninkmeijer. (19)

De onpartijdigheid is even essentieel. De strikte afwijzing door de wetgever van vooringenomenheid, van betrokkenheid, van persoonlijk belang bij (de afloop van) de zaak spreekt voor zich. We zullen haar later nog tegenkomen bij de wraking. Men zie in dit verband trouwens art. 29 Wet RO – de ambtseed –, waar de wetgever het begrip ‘onzijdigheid’ hanteert. In een bepaling als art. 63 lid 2 Beropswet waakt de wetgever ook over de onpartijdigheid.

12. Een vijfde kenmerk, dat ik essentieel acht voor het procesrecht, zullen anderen wellicht eerder als een karakteristiek willen beschouwen. Het vereiste namelijk, dat men – wie ook, m.i. zelfs een overheidsorgaan in een bestuursgeheel! – *een redelijk belang* moet hebben en zulks zowel bij de rechtsingang als bij het mogelijke resultaat daarvan. Men dient als het ware te vertrekken vanuit, te kunnen ‘staan op’ een in enig belang te vertalen uitgangspositie, maar dit gegeven zijnde, dient men met zijn actie evengoed een redelijk (bereikbaar) doel na te streven. Belang *bij* de vordering en belang *met* de vordering, zowel het *geschonden* belang als het *beoogde* belang spelen beide hun essentiële rol. Dat belangvereiste kijkt twee kanten uit, naar de plaats van vertrek en naar die van aankomst, de eerste een zekerheid – toetsing vindt dan ook in het begin van de procedure plaats –, de tweede een mogelijkheid – onzinnige vorderingen behoeft geen rechter te ontvangen, eveneens een toetsing ab ovo dus. Ook over dit aspect valt veel meer te zeggen – ik verwijs slechts naar de dissertatie

(17) Zie in dit verband bijvoorbeeld ook art. 65 lid 2 jo. art. 64 lid 2 Wet RvS.

(18) Zie art. 11 Wet RO.

(19) A.F.M. Brenninkmeijer, De toegang tot de rechter, Zwolle 1987, p. 7 – 47.

van John van Baars, 'Point d'intérêt, point d'action', (20) naar het fraaie onderscheid, dat Heemskerk al in de titel maakt in 'Vorderingsrecht en rechtsvordering' (21) – Rutten onderscheidt zelfs een driedeling: het materiële recht, het jus agendi en het processuele middel daartoe (22) –, naar Van Buurens 'Kringen van belanghebbenden', (23) naar Groenendijks 'Bundeling van belangen bij de burgerlijke rechter' (24) en naar Charles van Mierlo, 'Acties van belangenorganisaties in het civiele geding'. (25) Deze ontwikkelingen in de doctrine leidden uiteindelijk tot een arrest als dat inzake de Nieuwe Meer. (26) Men leze in dit verband tenslotte de prachtige beschouwingen van J.H. Nieuwenhuis 'Aansprakelijkheid jegens toekomstige generaties?' (27)

13. Het zesde en laatste essentiale voor een proces bestaat m.i. in het *oordeel, de beslissing* door de rechter. Partijen moeten er tevoren van uit kunnen gaan, dat hun rechtsstrijd een einde neemt en uitmondt in een standpunt van de rechter aan wiens oordeel zij hun geschil hebben onderworpen. Bovendien is het gewenst, dat dit oordeel – uiteindelijk: de mogelijkheid van twee of zelfs meer instanties komt onder de karakteristieken aan bod – *afdwingbaar* is, zodat het niet alleen beide partijen bindt, doch ook door de ene aan de (eventueel onwillige) andere kan worden opgelegd. Het moet mogelijk zijn dat partijen elkaar aan de uitspraak houden. Dit kenmerk onderstreept andermaal – we kwamen dit aspect ook al tegen bij het postulaat der rechterlijke onafhankelijkheid – het publieke karakter van de geschillenbeslechting en de daaruit voortvloeiende noodzaak van regeling en inrichting op het centrale niveau van de Staat. Niet dat er geen 'private' beslechtingssystemen zouden bestaan – men denke aan de arbitrage –, doch deze behoeven juist op het stuk van de noodzaak van afdwingbaarheid weer de paraplu van het (proces)recht.

(20) Amsterdam, 1971.

(21) Deventer, 1974.

(22) Zie zijn bewerking van Star Busmanns Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering (Haarlem, 1972), p. II e.v.

(23) Deventer, 1978.

(24) Zwolle, 1981.

(25) *Ars Aequi* 1985, p. 183 – 189.

(26) HR 27 juni 1986, NJ 1987, 743, m.nt. WHH.

(27) RM Themis 1988, p. 359 – 367.

14. Hernemen we nu het aan essentiële elementen verzamelde, dan ontstaat de volgende opsomming van kenmerken die voorhanden moeten zijn, willen wij kunnen spreken van een proces: een conflict; twistende partijen; een onderwerp van geschil; een onafhankelijke, onpartijdige rechter; een (proces)belang; een afdwingbaar oordeel. Men ziet hoe de elementen in elkaar grijpen. De rechter geeft zijn oordeel over de strijdvraag die de partijen aan hem voorlegden en dat oordeel bindt partijen.

Twee dingen moeten nu vervolgens mogelijk worden geacht: het geven van een omschrijving van het begrip proces en het vaststellen van essentiële verschillen tussen a.p. en b.p. De omschrijving zou kunnen luiden als volgt: *een proces is een (door de Staat bij wet geregeld) systeem, waarin partijen die een geschil hebben het onderwerp van dat geschil aan een onafhankelijke en onpartijdige rechter voorleggen ter fine van het verkrijgen van een hen bindend en afdwingbaar oordeel, dit alles mits de aanleggende partij een redelijk belang heeft bij het voeren van dit proces.* Het valt natuurlijk op dat ik enkele woorden tussen haken toevoegde. Dit gebeurde, omdat ik de daarin vervatte notie – het procederen hoort een onderwerp van staatszorg te zijn en dient bij de wet te worden geregeld – wel degelijk essentieel acht, maar geen kenmerk van het proces zelf. We bevinden ons op een niveau van andere orde: m.i. is het voor een rechtsstaat essentieel, dat deze een behoorlijk stelsel van (óók administratiefrechtelijk) procesrecht kent. Het is o.a. om deze reden dat ik ons land – zeker tot voor kort, toen de TwK nog ontbrak – als een juridisch onderontwikkelde natie beschouwde. (28) Kijk ik naar de absurde gecompliceerdheid en ontoegankelijkheid voor de burger zelf van ons procesrechtelijk systeem – dit laatste woord is dus in feite onjuist –, dan valt die kwalificatie nog ruimschoots staande te houden, al lijkt er eerder sprake van hyper- dan van atrofie!

Nog op één punt moet wellicht verduidelijking worden geboden. Zijn het element 'geschil' en het element 'objectum litis' in wezen niet twee broodjes van hetzelfde deeg? Neen. Hoe verwant ook, zij onderscheiden zich voldoende om naast elkaar in een definitie hun plaats te krijgen en wel omdat het bestaan van een conflict als zodanig nog niet

(28) Een andere is bijvoorbeeld de te onzent nog altijd ontbrekende mogelijkheid van toetsing door de rechter van wetten aan de Grondwet. (Aldus ook de eerste stelling bij mijn proefschrift in 1981; ik ontdekte pas onlangs, dat het ook de laatste was bij de dissertatie van mijn grootvader, P.C.E. van Wijmen, *Executoir-arrest op een onroerend goed dat verkocht maar nog niet geleverd is*, Amsterdam, 1895.)

de opstap vormt voor een proces. Zowel tussen burgers onderling als tussen burger en overheid doet zich regelmatig de situatie voor dat er wel een geschil bestaat, doch dat dit (nog) niet (of niet meer) zijn neerslag vindt in een concreet twistpunt. Bij velen bestaat onvrede met de in hun ogen te hoge belastingdruk, doch zij kunnen pas gebruik maken van een rechtsmiddel, indien bijvoorbeeld een aanslag wordt opgelegd, maar dan zonder kans op succes als alleen die onvrede hun argument vormt... Een burenruzie kan jaren latent smeu- len, totdat zij haar bedding zoekt via een kort geding over zijn auto voor mijn uitrit... Aldus beredeneerd grijpen trouwens ook de aspec- ten *objectum litis* en redelijk belang in elkaar, zonder daardoor over- bodig te worden voor de omschrijving: hoe hoog het conflict ook kan oplopen, een verbodsactie gericht op een door de aanlegger onge- wenste kleur van die auto zal geen onthaal vinden, omdat het vereiste redelijk belang ontbreekt. De procesbrocard 'de minimis non curat praetor' bevindt zich in dezelfde sfeer.

15. Waar liggen nu in het essentiële vlak de *verschillen* tussen a.p. en b.p.? In de partijen en in het *objectum litis* en het interessante is nu dat het eerstgenoemde verschil misschien een heel andere uitwerking kan hebben op de harmonisatievraag dan het tweede, juist ook in ver- band met de integratie.

Partijen verschillen, zoals reeds vermeld, zo essentieel, dat de om- schrijving van het begrip proces niet past op hetzij het a.p., hetzij het b.p. Daartoe zou immers in het eerste geval als kenmerk moeten wor- den toegevoegd, dat in het proces in alle geval een overheidsorgaan als verweerder optreedt, in het tweede, dat het proces zich kan afspe- len tussen burgers onderling, tussen burger en overheid of omge- keerd, ja zelfs (in het a.p. ligt dit trouwens net zo) tussen twee overhe- den. Ter verheldering van deze brij komt het tweede verschilpunt van pas, gelegen in het *objectum litis*, dat, zoals eveneens gemeld, in het a.p. altijd een overheidsbesluit is en in het b.p. immer een bur- gerlijk recht. Uit dit onderscheid vloeit, zoals we eerder zagen, on- middellijk een tweede voort: kent het b.p. een open actie-stelsel met een straks twintigjarige verjaringstermijn, het a.p. is gebaseerd op een gesloten stelsel van acties, gekoppeld aan doorgaans heel korte (beroeps)termijnen.

Het eerste verschil nu, dat tussen de respectieve posities van partijen dus, kan niet worden opgeheven of ongedaan gemaakt – of het zou moeten gebeuren, dat men de overheid afschafte, maar dan kwam zij

op hetzelfde moment in andere gedaante weer binnen, naar de historie uitwijst. De overheid is er bovendien uitsluitend voor en namens de samenleving en het komt onmogelijk voor deze laatste af te schaffen. Het tweede verschil is echter wel manipuleerbaar, des dat het mogelijk zou zijn te bepalen, dat alle vorderingen, wat ook betreffend, bij één (bijvoorbeeld de gewone) rechter aanhangig gemaakt moeten worden.

Deze vaststellingen zijn van betekenis voor de vragen rond harmonisatie en integratie. De omstandigheid, dat in het a.p. altijd een overheidsorgaan in het geding betrokken is en zulks in ieder geval als verweerder, heeft m.i. dusdanige consequenties, dat zich nu reeds, aarzeland nog misschien, de conclusie aftekent, dat (totale) *harmonisatie* van a.p. en b.p. (wellicht) niet (geheel) mogelijk is. Het bezien van een aantal karakteristieken in het volgende hoofdstuk zal hopelijk voor duidelijker contouren zorgen. De omstandigheid anderzijds, dat het verschil in *objectum litis* op zich niet bepalend is voor de vraag welke rechter erover beslissen moet, staat wellicht *integratie* niet in de weg. Vereist is dan wel, dat de aard van het onderwerp-ingeschil zich er niet tegen verzet, dat de gewone rechter belast wordt met administratiefrechtelijke geschillen. Met name de echte bestuursgeschillen, zo daarvan nog kan worden gesproken, (29) kunnen wellicht beter door de Kroon worden afgedaan. Het omgekeerde – de administratieve rechter bevoegd maken in geschillen tussen burgers over burgerlijke rechten – acht ik zo absurd, dat ik deze mogelijkheid ‘instinctmatig’ terzijde laat. Ook rond de integratievraag via het *objectum litis* als onderscheidend kenmerk tussen a.p. en b.p. kan onderzoek van karakteristieken misschien helderheid geven. Alvorens daartoe over te gaan, dien ik echter nog één ander punt aan te raken.

16. Toen ik aan het begin meedeelde de grote hoeveelheid bestaande literatuur te zullen laten voor wat zij is, wilde ik deze geenszins buiten spel zetten. Het is nu de gelegenheid de lezer over mijn schouder te laten meekijken, zodat zij of hij mijn benadering-tot-dusverre enigszins kan toetsen. Ik markeer in dit verband mijn uitgangspunt: hoe andere auteurs het betreffende aspect ook kwalificeren, voor mij is een aspect slechts als essentieel voor het a.p. of b.p. te beschouwen,

(29) Zie vooral het al genoemde preadvies van Drupsteen (VAR-reeks 104, 1990, p. 69 e.v.).

als het uit de definitie niet valt weg te denken zonder dat verlies aan 'begripsgehalte' optreedt. Bij anderen treft men vaak het woord 'beginselen' aan als het gaat over (vooral) het a.p. Maar alvorens daar iets over te zeggen, dien ik Van Boneval Faure te vermelden, die, in 1893 zijn standaardwerk over het Nederlands burgerlijk procesrecht schrijvend, zeven beginselen noemt, waar we het eigenlijk voor het b.p. nog goeddeels mee kunnen doen: openbaarheid, lijdelijkheid van de rechter, beide partijen horen, onderzoek in twee instanties, cassatie, verplichte vertegenwoordiging, niet-kosteloosheid. Voor wat het a.p. betreft, verwijs ik natuurlijk naar het preadvies van Van Galen en Van Maarseveen uit 1978, (30) alsmede naar commentaar en verslag die dat uitlokte. (31) Uit dezelfde tijd stamt het Themisartikel van M. Scheltema dat ook al de titel draagt 'Beginselen van administratieve rechtspraak'. (32) Een sprong in de tijd makend, wijs ik op de dissertatie van B.W.N. de Waard 'Beginselen van behoorlijke rechtspleging' (33) en op de catalogus van zulke beginselen (al is daar sprake van 'rechtspraak') in het thema-nummer van Bestuurswetenschappen uit 1988. (34) In de twee moderne standaardwerken over het administratief procesrecht treft men begrijpelijkerwijs ook het een en ander aan over de beginselen. Ten Berge en Tak (35) geven een uitvoerige en gespecificeerde opsomming van allerlei aspecten, die ik onderscheid in essentialia en karakteristieken. Men treft er het essentiële van de rechterlijke onafhankelijkheid aan, evengoed als karakteristieken, bijvoorbeeld de ambtshalve beoordeling (36) of de openbaarheid. In 'Administratieve rechtsgangen' (37) volgt Scheltema een route die dicht bij de mijne ligt: hij hanteert 'Normatieve uitgangspunten bij de inrichting van het administratief procesrecht' en daaronder treffen we o.a. aan de onpartijdigheid van de beslissende instantie en de effectiviteit van de beslissing. In hetzelfde werk noemt Van Buuren (37) nog enkele algemene karakteristieken van het admi-

(30) VAR-geschrift LXXXII, Alphen aan den Rijn, 1978.

(31) J.M. Polak in NJB 1978, p. 941 - 944; P.J. Stolk in Gemeentestem 6540 (12 januari 1979).

(32) RM Themis 1978, p. 259 - 275.

(33) Zwolle, 1987.

(34) 'Ontwikkelingen in de rechtsbescherming', p. 454.

(35) o.c., Deel 1, nrs. 187 e.v. (p. 90).

(36) Niet te verwarren met de zgn. ambtshalve toetsing die de Kroon vroeger placht te doen inzake bestemmingsplannen.

(37) Kluwer, losbladige, algemeen deel, 1.3 en 1.4 (Van Buuren).

nistratief procesrecht, waaronder voor mij van betekenis zijn het informele karakter, de actieve rol van de rechter en de kosteloosheid van de procedure. Essentialia zijn het echter niet. Het spreekt tenslotte wel voor zich, dat de NJV-adviseurs Hirsch Ballin en Dommering in 1983 (38) met name de onafhankelijkheid van de rechter hoog in hun vaandel voeren: art. 6 EVRM nodigt daartoe ook verbatim uit, hetgeen trouwens geldt voor menig ander beginsel van behoorlijke rechtspleging.

Tot dusver ging ik bijna uitsluitend te rade bij administratiefrechtelijk getinte schrijvers en ik kreeg niet al te veel resonans. Dit is m.i. te wijten of te danken aan een niveau- of definitieverschil. Ging ik uit van essentialia om aldus te komen tot een omschrijving van 'proces', de meeste schrijvers houden zich bezig met de eisen die men aan een behoorlijk procesrechtstelsel mag stellen of met talloze aspecten van het proces die ik als karakteristieken zal aanmerken. Bij de civielrechtelijke auteurs valt op het stuk van essentialia nog minder te vinden. Alleen bij Star Busmann – Rutten treft men een indeling op hoofdkenmerken aan, waarin de partijen, de rechter en het vonnis corresponderen met enkele van 'mijn' essentialia. Van Rossem – Cleveringa volgt de indeling van Rechtsvordering en in Coops' leest men ook niet veel over beginselen. Anders ligt het weer bij Hugenholtz – Heemskerk en Stein. De eerstgenoemde (39) volgt in grote lijn de beginselen die Van Boneval Faure honderd jaar geleden al opsomde, zij het dat Heemskerk eraan toevoegt de onpartijdigheid van de rechter en het motiveringsbeginsel, terwijl hij niet rept over de niet-kosteloosheid. Alleen de onpartijdigheid van de rechter vormt een van mijn essentialia. Stein (40) bespreekt vijf 'hoofdbeginselen van het burgerlijk procesrecht': de openbaarheid, het audi et alteram partem, de verplichte procesvertegenwoordiging, de niet-kosteloosheid der procedure en de lijdelijkheid van de rechter. Geen van de essentialia dus, maar wel alle karakteristieken van grote betekenis voor mijn huidig onderwerp. Het zal immers hierna gaan blijken, dat de laatste drie van deze vijf 'hoofdbeginselen' van het b.p. nu juist alle precies tegengesteld zijn – met excuus voor de simplificatie – aan

(38) Tot welke wijzigingen in het Nederlandse recht dienen de beginselen van behoorlijke rechtspraak, neergelegd in art. 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, aanleiding te geven? Handelingen NJV, 1983, deel 1, tweede stuk.

(39) Hoofdpijnen van het Nederlands Burgerlijk Procesrecht, 14e druk, 1986, p. 9.

(40) Compendium van het burgerlijk procesrecht, 1987 (7e druk), p. 16 e.v.

de vergelijkbare aspecten in het a.p. En tot welke consequenties voert dit dan op het stuk van harmonisatie of integratie?

17. Deze vraag leidt ons vanzelf naar het volgende hoofdstuk, maar alvorens daaraan toe te komen, dien ik de reeds gevonden essentialia nog hun plaats toe te kennen, voor zover mogelijk, in het tijdraster, dat ik, zoals aangekondigd, over de aspecten van het proces heen wil leggen. Ik onderscheid drie fasen die ik woordspelig als volgt aanduid: die der *rechtsingang*, die der *rechtsgang* en die der *rechtsuitkomst*. (41) Welnu: het belang laat zich duidelijk situeren in de fase van de rechtsingang, waar ook het objectum litis zijn plaats vindt: in de inleidende schriftuur, met welke vorm die ook is bekleed, zal de aanlegger beide moeten aangeven. De onafhankelijke rechter treedt op in fase twee – de rechtsgang voltrekt zich te zijnen overstaan. Dat de beslissing in fase drie het centrale moment vormt, zal duidelijk zijn. En waar blijven dan het geschil als zodanig en de partijen? Die zijn er al voordat de gang naar de rechter wordt gemaakt en dus het proces van mogelijkheid in werkelijkheid verkeert. Deze voorwaarden voor een proces blijven vanzelfsprekend latent in alle fasen aanwezig. Het is hier ook, dat *de minnelijke schikking* – het fraaiste dat onze ars aequi et boni te bieden heeft, als van een conflict eenmaal sprake was – even de kop opsteekt. Iets totaal anders dan een proces zijnde, kan zij dat in elke fase een einde doen nemen. De dreiging – de aanlegger toont zijn procesbereidheid in een inleidende schriftuur – is soms al voldoende. Vanzelfsprekend geldt dit een en ander beide vormen van proces, die hier worden bekeken. (42) (43)

KARAKTERISTIEKEN VAN HET ADMINISTRATIEFRECHTERLIJK EN HET BURGERRECHTELIJK PROCES

18. Alleen al de hoeveelheid karakteristieken noodzaakt tot opvoeren van het tempo. Zou mijn beschouwing bespiegeld van aard blijven

(41) Men komt er uit en er komt iets uit – partijen en beslissing.

(42) Voor het strafproces bijvoorbeeld liggen sommige aspecten totaal anders!

(43) In het a.p. komt een minnelijke schikking veel minder voor dan in het b.p., een vaststelling die samenhangt met definitie en karakter; het objectum litis is in het a.p. veel minder 'vatbaar' voor een bijlegging van het geschil in der minne.

– op het niveau der essentialia of structurerende principes is dat toegestaan – dan groeide mijn preadvies de kافت uit. Bezwaar van tempo-verhoging is wel, dat het geheel een veel opsommender karakter gaat aannemen. Een kunstgreep kan dit misschien enigszins voorkomen en ik leg dus meteen het tijdraster over de karakteristieken heen, terwijl ik voorts, telkens waar nodig, ga aangeven, of en waar m.i. verschillen bestaan tussen a.p. en b.p. Voor de goede orde zij vermeld, dat ik geen uitputtendheid nastreef en dat mijn keuzen uit hun aard subjectief zijn. Ook moet ik korthedshalve een voortdurend verwijzen naar literatuur achterwege laten, al hoop ik nu en dan auteurs te noemen die een aspect uitvoeriger behandelen.

KARAKTERISTIEKEN VERBONDEN AAN DE RECHTSINGANG

19. *De toegankelijkheid van de rechter.* ‘Onbeperkt’ is hier natuurlijk het uitgangspunt. De rechter schermt zich zelf wel af tegen querulanten, bijvoorbeeld via het belangvereiste, dat trouwens in het a.p. in de wet zelf is geformuleerd. Toch schuilen er rond de toegankelijkheid enkele addertjes onder het gras, die, wat de eerste betreft, ook meteen een verschil tussen b.p. en a.p. opleveren: op het stuk van het griffierecht met name, dat in het b.p. voor zover dit naar de arrondissementsrechtbanken voert, thans een voor sommigen prohibitief hoog niveau kan aannemen; in het a.p. kan het griffierecht (van f150, – in Arob-zaken) voor niemand een werkelijke belemmering vormen. De tweede adder schuilt in de procesvertegenwoordiging.

20. *Verplichte rechtsbijstand of niet?* Een in het oog lopend verschil tussen het b.p. – met uitzondering van de kantongerechtsprocedure, maar wat zal er gebeuren als de kantongerechten en de rechtbanken worden geïntegreerd, een van de op iets langere termijn te realiseren (slechtere!) beleidsvoornemens? – en het a.p. Moge de verplichte procesvertegenwoordiging overigens in civilibus een belemmering vormen, zij heeft daar natuurlijk ook een zeeffunctie, die het a.p. nu en dan best zou kunnen gebruiken. Vooral indien het daar komt tot rechtspraak in twee instanties, verdient het m.i. aanbeveling om verplichte rechtsbijstand voor het hoger beroep (44) in overweging te ne-

(44) Inclusief dus de sociale verzekerings- en ambtenarenzaken!

men, een situatie die zich thans ook al voordoet bij appel van een vonnis van de Kantonrechter.

Hoe dan ook, zowel op het stuk van de griffierechten als op dat van de verplichte rechtsbijstand doen zich tussen het b.p. en het a.p. verschillen voor, in beide gevallen voor het a.p. gunstiger uitvallend, als men voor de justitiabele een zo onbelemmerd mogelijke toegankelijkheid van de rechter voorstaat. Bij harmonisatie van procesrechtstelsels ligt hier dus een van de aandachtspunten. De oplossingen en keuzen lijken overigens niet al te moeilijk. (45)

21. *Non-cumulatie of niet?* Hier stuiten we op een m.i. veel diepgaander verschil in karakter tussen het b.p. en het a.p. In het eerstgenoemde is cumulatie de gewoonste zaak van de wereld, hetgeen duidelijker wordt, als men zich te binnen brengt wat er zoal onder wordt gerekend. Om te beginnen een hoofdonderscheiding in zakelijke en personele cumulatie, doorgaans als objectieve en subjectieve aangeduid. Men kan meer vorderingen tegen één gedaagde instellen, meer eisers kunnen samen optreden tegen meer gedaagden – de varianten kan men zich zelf wel voorstellen. Maar er is méér te doen in het b.p.: vorderingen in reconventie, het oproepen van derden in vrijwaring of, indien een derde zelf het initiatief wil nemen, de voeging en de tussenkomst, ook wel interventie genaamd. (46) Het verschil met het a.p. is vooral groot op het stuk van de echte procesrechtelijke figuren zoals reconventie en vrijwaring, die daar immers totaal ontbreken. (47) De reden daarvoor ligt overigens voor de hand: er bestaat eenvoudigweg geen behoefte aan zulke mogelijkheden en de aard van de procesrelatie in het a.p. – burger-appellant versus overheidsorgaan-verweerder – verzet zich ertegen. Zo heeft dat orgaan bestuursrechtelijk gezien in wezen niets van of tegen de burger te vorderen, al zou men daarover soms – Gem. Limmen/Houtkoop, Benckiser! (48) – wel anders kunnen of willen denken. Een eis in reconventie is dus

(45) Zie over de griffierechten Ten Berge en De Waard in 'Tussen eenheid en verscheidenheid. Opstellen over harmonisatie in staats- en bestuursrecht', Zwolle, 1988, p. 162 – 163.

(46) In het onteigeningsprocesrecht is de positie van de interveniënt begrijpelijkerwijs grondig geregeld; men zie de art. 3, 18, 22, 24, 27 – 29, 34 – 36, 37 en 50 onteigeningswet.

(47) Interventie komt in het a.p. soms voor: zie art. 54 lid 2 Arbo-wet.

(48) HR 9 november 1973, NJ 1974, 91, m.nt. W.F.P. en HR 14 april 1989, BR 1989, p. 623.

overbodig. Geldt hetzelfde de mogelijkheid iemand – een ander bestuursorgaan, een justitiabele? – in vrijwaring te roepen? Ik kan mij best gevallen indenken, waarin een aangevallen overheidsorgaan of -lichaam er behoefte aan heeft zulks te kunnen doen. Ook het instellen van méér vorderingen in één procedure komt in het a.p. niet voor. Subjectieve cumulatie overigens wel; Van Galen en Van Maarseveen vermelden diverse voorbeelden (49) van het optreden van méér aanleggers. Dat méér verweerders optreden is in het Arob-procesrecht ook bekend. (50)

22. Introduceren we het tamelijk administratiefrechtelijk ingekleurde begrip 'derde-belanghebbende', dan lijkt het verschil tussen b.p. en a.p. eerder kleiner te worden, des, dat de regelingen in het b.p. (vrijwaring, voeging, interventie) formeel en strak zijn, terwijl men in het a.p. op informele wijze zijn weg zoekt, zij het gesteund door de wetgever, bijvoorbeeld in bepalingen als 34 of 76 Wet RvS; zelfs met mogelijke 'onbekende belanghebbenden' wordt daar rekening gehouden. Het is hier trouwens de plaats om juist aan de hand van de respectieve posities van partijen een nader verschil in karakter tussen het a.p. en het b.p. te voorschijn te doen treden. Het a.p. kent weliswaar twee 'formele' procespartijen, de aanlegger – bijna altijd een justitiabele – en de verweerder – zoals al gemeld bij definitie altijd een overheidsorgaan. Doch deze eenvoud is in vele gevallen schijn. Veel overheidsbesluiten, gemakshalve hier tot beschikkingen te vernauwen, richten zich tot één burger, doch raken ook de positie van een of meer anderen. Is zo'n beschikking begunstigend voor de geadresseerde, voor derden kan zij belastend zijn. Nu komen juist de laatsten vaak in het geweer. Formeel-procedureel zijn zij dan de appellant, de belanghebbende, maar materieel waren en blijven zij derde. De eigenlijke 'materiële' belanghebbende is procedureel gezien als derde te beschouwen. Het verwerend overheidsorgaan fungeert soms als Kop van Jut, als Januskop ook: volgde het de wensen van de aanvrager, dan krijgt het de derde (benadeelde) op zijn nek; hangt het de huik in diens wind door een weigering (indien al mogelijk, vaak is er sprake van een gebonden beschikking), dan haalt het

(49) Preadvies VAR 1978, p. 40 – 41.

(50) Bijvoorbeeld in een procedure tegen B en W en GS inzake anticipatie en vrijstelling (art. 50 lid 8 Woningwet jo. art. 19 WRO) al moet men daar tegenwoordig formeel alleen de bouwvergunning aanvallen: art. 50 lid 9 Woningwet, laatste zin.

zich het procedureel ongenoegen van de oorspronkelijke aanvrager op de hals... Men zal beseffen, dat een strak en formeel geregeld stelsel van procesrechtelijke regels in een dergelijke drieslag al gauw als beknellend ervaren zou worden. Duidelijker nog wordt dit, als men zich realiseert, dat er soms behalve derde (de aangevallen vergunninghouder bijvoorbeeld) ook nog sprake is van 'vierde' en 'vijfde' belanghebbenden (bouwers, toekomstige exploitanten, dito gebruikers, werknemers, ideële groeperingen etc.), al zullen soms niet allen, als rechtstreeks in een belang getroffen, worden ontvangen: ook hier kan men de causaliteitsketen te lang maken.

Resumerend durf ik te stellen, dat het met die non-cumulatie in het a.p. nogal meevalt. Wat in het oog springt is eerder het overheersen van het formele aspect in het b.p. in vergelijking tot het a.p., een observatie, die wel kenmerkend lijkt voor het verschil tussen beide procesrechtstelsels.

23. *Ontvankelijkheid*. Hebben partijen het strijdperk eenmaal betreden, dan doet zich een interessant verschilpunt voor tussen het b.p. en het a.p. op het stuk van de ontvankelijkheid. In het b.p. volgt niet-ontvankelijkverklaring van de eiser, indien de in de dagvaarding gestelde feiten, getoetst aan de wet, de vordering niet kunnen dragen (51) en ook indien een andere rechtsgang openstaat of ongebruikt bleef. (52) De term '(niet-)ontvankelijkverklaring' komt overigens in het Wctboek van Burgerlijke Rechtsvordering nauwelijks voor. (53) Toch staat zij 'vanouds' zoals Rutten zegt, tegenover 'ontzegging' en zijn toelichting is verhelderend voor de vergelijking tussen b.p. en a.p. Ontvankelijkheid 'doelt op een afwijzing *in limine litis*', zo merkt Rutten op, 'om redenen buiten de zaak zelf gelegen' (54) en het is juist dit aspect dat in het a.p., hier vernauwd tot het procesrecht bij de Raad van State, zo fraai naar voren komt. De Wet RvS hanteert wel degelijk de term 'niet-ontvankelijk' (art. 32b en 74), ja introdu-

(51) HR 23 januari 1930, NJ 1930, 717. De term niet-ontvankelijkheid is overigens niet duidelijk. Velen stellen niet-ontvankelijkverklaring in feite gelijk met ontzegging van de eis. Zie voor een fraai voorbeeld van de ontvankelijkheidspendel tussen a.p. en b.p. HR 26 juni 1964, NJ 1965, 2.

(52) Zie bijvoorbeeld HR 4 februari 1983 (Gem. Hei en Boeicop/Bogerd), NJ 1985, 21, m.nt. MS.

(53) Bij mijn weten alleen in de art. 295 lid 3 en 334 Rv. beide bepalingen die zien op de ontvankelijkheid in hoger beroep.

(54) Star Busmann - Rutten, Haarlem, 1972, p. 207.

ceert zelfs de kennelijke niet-ontvankelijkheid (art. 60 en 105). Uit de jurisprudentie van de voorzitters der beide Afdelingen blijken tal van voorbeelden, zoals het ontbreken van een voor beroep vatbaar besluit. Ook de Beroepswet (art. 52, 94), de Arbo-wet (art. 33 en 38) en de Ambtenarenwet (art. 58 leden 5 en 6) kennen de niet-ontvankelijkverklaring. Wij treffen hier dus de situatie aan dat een karakteristiek het a.p. tot in de wet toe onderscheidt van het b.p., met als gevolg, op dit punt althans, een grotere helderheid in het a.p.

24. *Equality of arms, ongelijkheidscompensatie.* Omdat partijen in hun procespositie gelijkberechtigd en globaal gezien aan elkaar evenwaardig moeten zijn en omdat daarvan in het a.p. geen sprake was, is, of zou zijn, bevat het stelsel van administratief procesrecht elementen gericht op relatieve versterking van de zwakke(re) positie die de justitiabele-aanlegger nu eenmaal heeft, althans wordt geacht te hebben in zaken tegen de overheid. Van Galen en Van Maarseveen omschrijven die elementen heel laconiek als een 'minimaliseren van de formele partijverplichtingen' tegenover een 'maximaliseren van de rechterlijke vrijheid'. (55) Aldus beredeneerd, levert de ongelijkheidscompensatie geen zelfstandige karakteristiek op: het minder formele karakter van het a.p. tegenover het b.p. vormt een eigenstandig kenmerk – het kwam al even om de hoek kijken in het kader van de non-cumulatie –, terwijl de rechterlijke vrijheid in een volgend onderdeel aan de orde zal komen, alwaar zij zal blijken te vallen onder de karakteristiek van de niet-lijdelijkheid van de rechter in het a.p. Veel verder zijn we dus niet met die ongelijkheidscompensatie en ik geloof er ook niet veel van. De overheid heeft als zodanig een langere adem dan de particulier, zij beschikt vaak over meer (algemene!) middelen en de democratische controle op (verloren) procedures is uitermate gering – soms moet de overheid als een echte badlooser zelfs naar een machtsmiddel grijpen: reparatiewetgeving, bijvoorbeeld in fiscalibus. Voorts staat de overheid 'van nature' dichter bij recht en wet dan de justitiabele. Bovendien is er nog het zogenoemde 'vermoeden van rechtmatigheid' dat een beschikking aankleeft; Van Galen en Van Maarseveen maken er een afzonderlijk beginsel van; (56) ik ben eerder geneigd dit vermoeden, zo het nog werkt, te beschouwen als een karakteristiek van het objectum litis in

(55) VAR-preadvies 1978, p. 33.

(56) VAR-preadvies, p. 42 – 44.

het a.p. Wat van dit alles zij, de conclusie komt mij gerechtvaardigd voor, dat van compensatie der ongelijkheid tussen burger en overheid in het a.p. niet veel terecht komt, met uitzondering wellicht van de rechtspraak in sociale verzekeringszaken. Het minder formele karakter van het administratiefrechtelijke geding komt overigens beide partijen ten goede en het actiever optreden van de rechter evenzo.

25. Nu wij de karakteristieken die bepalend zijn voor de rechtsingang zowel in het b.p. als in het a.p. onder de loep hadden, kunnen wij tussentijds de stand opmaken. Wat de *toegankelijkheid* aangaat verschillen de beide stelsels slechts op het stuk van het griffierecht. Het a.p. scoort dan veel beter en dat is ook juist. Het zou dwaas zijn de pas sedert 15 jaar echt van de grond gekomen *algemene* (57) rechtsbescherming tegen overheidsbesluiten weer diezelfde grond in te boren via een 'systeem' van hoge griffierechten of dergelijke. Als ergens het beginsel van kosteloosheid opgeld behoort te doen, dan hier. De overheid die in het algemeen belang voor ons allen fungeert, dient als eerste bereid te zijn haar optreden onder onafhankelijke kritiek te doen stellen.

Verplichte rechtsbijstand zou ik daarbij hoogstens in hoger beroep willen aanbevelen. Ook deze karakteristiek pakt dus, n'en déplaie de kantongerechtsprocedure, uit in het voordeel van het a.p. Niet de procesvertegenwoordiger moet de zeef vormen tegen eventuele overbelasting van het rechtsprekend apparaat, doch de kwaliteit van de overheidsgestiek, die toch al de praesumptio justae causae aankleeft...

De *non-cumulatie*-karakteristiek biedt een tamelijk kaleidoscopische aanblik. Er zijn verschillen tussen het b.p. en het a.p. op sommige onderdelen – geen objectieve cumulatie, geen procesfiguren als reconventie, voeging en interventie in het a.p. –, maar subjectieve cumulatie vertoont zich ook enigszins in het a.p., terwijl de positie van de (derde) belanghebbende er goed is geregeld. Een figuur als de classaction uit het procesrecht in de Verenigde Staten (58) zou wellicht een brug kunnen vormen tussen de beide procesrechtstelsels. Dat de overheid als bestuursorgaan in het a.p. een speciale positie inneemt, is een onontkoombaar gegeven.

De *ontvankelijkheid* is in het a.p. geregeld en wel duidelijk. Vooral dit

(57) De Raden van Beroep dateren al van 1903!

(58) Zie daarover C.A. Groenendijk, *Bundeling van belangen bij de burgerlijke rechter*, Zwolle 1981, p. 311 – 328.

aspect, dat de rechter de kans geeft om in een vroeg stadium van het geding rekening te houden met omstandigheden die de zaak zelf nog niet of nauwelijks betreffen, kan als een zeeffunctie van betekenis fungeren. De enige parallel in het b.p. is in feite de exceptie van onbevoegdheid (art. 154 Rv) maar die komt niet zo veel voor; is er sprake van niet-ontvankelijkheid, dan moet in het b.p. in principe de zaak geheel worden uitgeprocedeerd, alvorens het daartoe strekkend vonnis partijen bereikt.

De *ongelijkheidscompensatie* vormt inderdaad een verschil tussen het a.p. en het b.p., als men het minder formele karakter van het a.p. en de actievare rol van de administratieve rechter inderdaad als compensatie-mechanismen wil aanvaarden en als men niet toch blijft vermoeden, dat de burger in het administratief geding bij definitie zwakker staat dan de overheid. Vroeger kon die, vrijwel ongestoord door de rechter, haar gang gaan. Dat zulks nu anders is komen te liggen, betekent nog niet dat partijen over gelijke wapens beschikken. In sommig opzicht trouwens is zelfs de overheid de zwakkere partij, in die zin bijvoorbeeld, dat bepaalde beschikkingen steevast kritiek ondervinden: begunstigt de beschikking de één, dan komt een derde crtegen op; weigert de overheid, dan is de derde tevreden, doch komt de directe belanghebbende in het geweer...

Summa summarum lijkt een voorlopige tussenconclusie gerechtvaardigd: vergeleken met het b.p. komt het a.p. er in de fase van de rechtsingang nog niet zo slecht af wat de onderzochte karakteristieken betreft. Dit zou de gedachten kunnen voeren in de richting van sterkere aanpassing van het burgerlijk procesrecht in de richting van het administratieve, dan omgekeerd.

KARAKTERISTIEKEN VERBONDEN AAN DE RECHTSGANG

26. Om te vermijden dat de opsomming van karakteristieken in deze fase, die van het geding zelf dus, op een willekeurig gekozen geheel gaat lijken, bracht ik enige indeling aan: sommige karakteristieken betreffende de *rechter*, enkele raken de *partijen* en andere kunnen rond de *procedure* worden gegroepeerd.

27. *Collegiale rechtspraak.* Moge in het verleden het beginsel van rechtspraak in meervoudige kamers in het b.p. voorop hebben gestaan – uitzonderingen zoals de kantonrechter, de kinderrechter en natuurlijk de president in kort geding kent iedereen –, er zijn thans tendensen te bespeuren in de richting van rechtspleging door één rechter, of die nu als rolrechter, als comparitierechter, of als enkelvoudige kamer (59) optreedt. Er bestaat dan de mogelijkheid van verwijzing naar een meervoudige kamer, als de zaak (te) gecompliceerd blijkt. Ook de zg. brief *delai-procedure* (60) zal vaak door een *unus iudex* worden behandeld.

In het a.p. verschilt de situatie per rechtsgebied, al is het, bijvoorbeeld in de Wet RvS, allemaal wat helderder geregeld. In beginsel ziet men hier rechtspraak door meervoudige kamers, met soms de mogelijkheid van berechting van het geschil door een *unus* in 'eenvoudige zaken', zoals in lid 6 van art. 28 en 60 Wet RvS en in lid 2 van art. 28 Arbo-wet *verbatim* staat te lezen. Art. 16 lid 1 en art. 23 Ambtenarenwet daarentegen verplichten tot collegiale rechtspraak, hetgeen krachtens de art. 21 en 39 van de Beroepswet ook de Raden van Beroep en de Centrale Raad geldt. Vanzelfsprekend kennen we in het a.p. ook her en der de bevoegdheid van de voorzitter van het gerecht in kwestie in schorsingszaken of ter fine van het geven ener voorlopige voorziening, een duidelijke pendant van het kort geding in het b.p.

Al bij al lijken de verschillen hier niet in de weg te staan aan uniformering.

28. *Lijdelijkheid van de rechter.* Als ik van de aldus omschreven karakteristiek uitga, bevind ik mij duidelijk aan de b.p. zijde. Vanuit het a.p. bezien zou ik met Van Galen en Van Maarseveen (61) begonnen zijn met 'het inquisitoire beginsel', een beginsel waar mijn mede-preadviseur Blaauw weinig van moet hebben; met deze opvatting stem ik geheel in.

Over de rechterlijke lijdelijkheid in het b.p. is veel geschreven, ook in relativerende zin en dat te relateren is onmogelijk, gelet op de mij toe-

(59) Sedert 1988 uitdrukkelijk in de wet voorzien; art. 288a Rv.

(60) Zie o.a. de art. 7, 135, 145, 291, 352 en 610 Rv.

(61) VAR-preadvies, p. 26 – 29.

gemeten ruimte. Op het gevaar af van versimpeling dus slechts hoofdpunten. (62) De lijdelijkheid van de rechter in het b.p. culmineert m.i. in zijn houding tegenover de feiten die partijen aandragen: het staat hem niet vrij feiten toe te voegen en door de eiser gestelde en door de gedaagde niet betwiste (laat staan erkende) feiten heeft de rechter te respecteren. Voor het overige vertaalt het lijdelijkheidsprincipe zich veel duidelijker in dat der partij-autonomie, waarover dus hieronder meer, als het gaat over de karakteristieken rond de positie van partijen in het proces. Het valt trouwens met 's rechters passiviteit in civilibus nogal mee. Vooral op het stuk van de vergaring en waardering van het bewijs beschikt hij over veel vrijheid, in welk verband ook gezien kan worden zijn bevoegdheid tot het ambtshalve bevelen van een schikkings- of inlichtingencomparitie (art. 19 en 19a Rv), van een getuigenverhoor (art. 192 lid 1 in fine Rv) of descente (art. 226 Rv), van een deskundigenbericht (art. 221 Rv) of openlegging van boeken (art. 8 K). Last but not least dient de rechter ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen (art. 48 Rv) en zich ambtshalve onbevoegd te verklaren, als hij dat is 'uit hoofde van het onderwerp des geschils' (art. 156 Rv).

Vergelijkt men nu dit een en ander met de positie van de rechter in het a.p., dan valt om te beginnen het grote verschil op ten aanzien van het bijbrengen van de feiten; de rechter vervult daarin een zelfstandige en actieve rol.

Omdat ik meen het niet korter te kunnen zeggen, citeer ik hier wat Van Galen en Van Maarseveen zeggen over de rechter in het a.p.: hij 'bepaalt wie hij als tegenpartij van de klager aanwijst.' – Is dit wel staande te houden? – 'Hij is belast met de dossiervorming en het dossierbeheer.' – Inderdaad: het zg. fourneren van stukken en het vragen van vonnis door partijen ontbreekt. – 'Hij bepaalt de zittingen, roept uit eigen beweging de getuigen op die hij nodig vindt,' – in Arob-zaken is dit een grote zeldzaamheid –, 'geeft eigener beweging onderzoeksopdrachten aan deskundigen' – in zaken voor de Afdeling geschillen en in sociale verzekeringszaken komt dat regelmatig voor – 'en verzamelt het bewijs. Hij instrueert het proces, bevaakt de procesgang en brengt het geding in staat van wijzen'. (63) Mij dunkt dat hier het b.p. en het a.p. nogal divergeren. In het b.p.

(62) Wie meer bijzonderheden wil, kan m.i. het beste terecht bij Stein, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, 7e druk, 1987, p. 26 – 32.

(63) VAR-pleadives, p. 28.

staat de positie van partijen veel meer centraal, en is de rechter wat vooral de feiten betreft op hen aangewezen. In het a.p. is de rechter niet alleen niet-lijdelijk, maar zelfs actief. Eenmaal geadieerd zijnde – en in dit opzicht is hij, die rechter dus, uiteraard in beide stelsels totaal afhankelijk van één partij, de eiser of appellant immers – bepaalt daar de rechter het proces. Corresponderende karakteristieken versterken, naar nog blijken zal, dit beeld. In het b.p. is de partij-autonomie veel groter, in het a.p. speelt de behandeling ter zitting een veel belangrijker rol voor het verloop van de procedure, ik zou bijna zeggen voor de afloop. Alle zaken – behalve de kennelijke niet-ontvankelijkheden of dergelijke – kennen in het a.p. als het ware een comparitie, maar ik loop vooruit...

29. Er bestaan enkele procesinstrumenten, gericht op de persoon en de positie van de rechter. Ik doel op *wraking en verschoning*. Het lijkt ver gezocht om deze figuren als karakteristieken op te voeren, doch dat is het geenszins: er bestaat een directe samenhang met het essentiële van onafhankelijkheid c.q. onpartijdigheid. Er bestaat begrijpelijkerwijs dan ook geen verschil tussen b.p. en a.p. op dit punt. Men zie de art. 30 en 31 Rv, 70 Wet RvS, 30 Arbo-wet, 61 en 62 Beroepswet en 37 en 38 Ambtenarenwet. (64) De art. 31 Rv en 37 Ambtenarenwet vertonen nagenoeg hetzelfde patroon, des, dat de gronden voor de wraking er uitvoerig in worden besproken; o.a. persoonlijk belang, verwantschap aan partijen, een hoge graad van vijandschap tussen rechter en partij.

KARAKTERISTIEKEN DE (POSITIE VAN) PARTIJEN BETREFFEND

30. *Audi et alteram partem*. Door alle auteurs wordt deze karakteristiek als een fundamenteel beginsel aangemerkt. De burgerrechtelijke schrijvers zijn er het meest expliciet over, hetgeen zich laat verstaan, want aanvankelijk was er van administratiefrechtelijk procesrecht maar nauwelijks sprake. Heemskerk (65) en Rutten (66) formuleren m.i. het duidelijkst waarop het principe van hoor en wederhoor

(64) Heel merkwaardig is hier en in de Beroepswet de regeling van de wraking of verschoning: er wordt over beslist door de overige leden van het college en staken de stemmen dan is het verzoek afgewezen! In de Wet RvS en de Arbo-wet is dat omgekeerd.

(65) Hoofdlijnen van het Nederlands Burgerlijk Procesrecht, p. 8 – 9.

(66) Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering, p. 215 – 216, p. 251.

eigenlijk valt terug te voeren, namelijk op het gelijkheidsbeginsel, het recht van partijen op gelijke behandeling. Zowel Heemskerk als ook Stein (67) verwijzen in dit verband nog naar het 'fair trial'-vereiste uit art. 6 EVRM. De wet bevat trouwens zelf een directe formulering van het principe en wel in art. 45 Rv. 'Indien partijen verschijnen, worden zij over en weer in hunne belangen gehoord ...'. Bepalingen over de conclusiewisseling en de pleidooien (art. 140, 141, 144 Rv) houden partijen verder in evenwicht, hetgeen trouwens al evenzeer de regeling van allerlei incidenten doet, zoals bijvoorbeeld art. 134 Rv met betrekking tot de wijziging van de eis. Kortom: in het b.p. is het principe van hoor en wederhoor onmiddellijk in de wet gewaarborgd. Men voelt zelfs de neiging om het tot een essentiale te verheffen, een neiging die illustreert dat ook hier een keuze altijd subjectief blijft. Als ik er niet toe overging, werd dat gevoed door de methode van de economie der middelen, die vergt dat op een omschrijving het redundantieprincipe wordt toegepast: er dient maar datgene in te staan, dat nodig is om het te omschrijven begrip kenbaar te maken. Ook het audi et alteram partem blijve dus een karakteristiek, doch wel (een van) de belangrijkste!

Merkwaardigerwijs is de wetgever in het a.p. minder expliciet in de formulering van het hoor- en wederhoorbeginsel. In de Wet RvS wordt het beginsel overigens wel gepraktiseerd. Zo kunnen 'belanghebbenden' 'memoriën en bewijsstukken' indienen (art. 34 en 76), afschriften vragen (art. 36 en 77) en hun standpunt ter 'openbare vergadering' van de Afdeling toelichten (art. 38 en 78). De Arbo-wet is al iets explicieter. Daar bestaat de (facultatieve) mogelijkheid om te re-en dupliceren (art. 40) en heeft 'ieder der partijen het recht het woord te voeren' ter zitting (art. 52). In de Ambtenarenwet (art. 97) leest men dezelfde bepaling, terwijl ook art. 94 het gelijkheidsbeginsel duidelijk gestalte geeft: 'Aan ieder der partijen wordt op haar verzoek door den voorzitter het woord verleend, voor het uitoefenen der haar toegekende bevoegdheden'.

Van een verschil tussen b.p. en a.p. kan hier m.i. niets worden bespeurd, al ware het wenselijk, dat in de proceswetgeving van het a.p., zeker nu harmonisatie daarvan via de AWB binnen bereik komt, dit basisbeginsel met evenzoveel woorden wordt neergelegd.

31. *Partij-autonomie*. Ik vermoed, dat wij hier op een nogal principiëel

(67) Compendium van het burgerlijk procesrecht, p. 19.

verschil stuiten tussen het b.p. en het a.p., een verschil dat is terug te voeren op de daaronder liggende rechtsgebieden van het burgerlijk recht en het administratieve. In het burgerlijk recht is de vrijheid van personen om rechtsbetrekkingen aan te gaan een centraal gegeven. Het is hier dat de partij-autonomie in feite zetelt. Het is ook om deze reden, dat het b.p. een open actiënstelsel kent, in tegenstelling tot het a.p., zoals we eerder reeds zagen. Die geslotenheid heeft op haar beurt een onderliggende oorzaak, te weten de gebondenheid van het bestuur aan, in elk geval, altijd, het algemeen belang, een gebondenheid die wordt uitgewerkt in een systeem van op wettelijke leest geschoeide bevoegdheden. Kent de burger een vrijheid *van* rechtshandelen, de vrijheid van de overheid strekt uitsluitend *tot* bevoegdheidsuitoefening in het algemeen belang. (68)

Die vrijheden vindt men terug in de situatie waarin partijen ten processe verkeren en ook dit kwam al even ter sprake. Het civiele geding is een partijproces ten overstaan van de rechter. Die is daarin gebonden aan (de grenzen van) het geschil, hem door partijen voorgelegd. Ambtshalve toepassing van bepaalde rechtsfiguren, bijvoorbeeld verjaring van rechtsvorderingen, (69) of het gezag van gewijsde, (70) is de rechter eenvoudigweg ontzegd. Art. 48 Rv gebiedt de rechter ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen, maar de door partijen aangevoerde feiten en gestelde rechtsfeiten heeft hij te respecteren. In het a.p. is van partij-autonomie in de zin van proces-vrijheid veel minder sprake. Zo kan de appellant nieuwe feiten aandragen zoveel hij wil, de Arob-rechter zal de aangevallen beschikking, uitzonderingen daargelaten, *ex tunc* beoordelen. Indien betwiste feiten via getuigenbewijs tot een beslissing kunnen leiden, moet de burgerlijke rechter een getuigenverhoor bevelen als een van partijen daarom verzoekt. (71) De Arob-rechter is bevoegd getuigen (en deskundigen) te doen oproepen, maar kan aan een daartoe strekkend verzoek van een 'belanghebbende' ook voorbijgaan: art. 41 en 82 Wet RvS. (72) Met

(68) Dit onderscheid ('vrijheid van ... , vrijheid tot') ontleen ik aan Van der Hoevens bekende opstel: 'De magische lijn. Verkenningen op de gruns van publiek- en privaatrecht' in: *Honderd jaar rechtsleven*, Zwolle, 1970, p. 217.

(69) Zie art. 1987 BW en het, behalve de woordvolgorde identieke, art. 3:322 NBW.

(70) Zie art. 67 lid 3 Rv.

(71) Hij kan het ook ambtshalve gelasten: art. 192 Rv.

(72) Belanghebbenden kunnen overigens hier het heft in handen nemen door zelf getuigen mede te brengen of bij deurwaardersexploit op te roepen; zie de genoemde wetsartikelen. Zie ook art. 45 Arbo-wet.

name in de feitenvergaring is de administratieve rechter veel vrijer dan zijn burgerlijke collega en partijen hebben zich daaraan te conformeren. Als het beroep eenmaal is ingesteld, neemt de rechter in het a.p. het voortouw en gaan aangevallen beschikking of besluit als het ware een eigen leven leiden. De procedure verloopt buiten invloed van partijen onder leiding van de rechter. De behandeling ter zitting in het a.p. heeft vaak tevens, behalve pleitzitting, het karakter van een inlichtingencomparitie. Ook treft men dan dikwijls een meer speciaal met instructie belaste rechter aan – de ‘rapporteur’ – uit de art. 45 en 86 Wet RvS in zaken bij een van de Afdelingen.

32. Wellicht kan men de positie van partijen in het burgerlijk (proces)recht en het administratief (proces)recht enigszins benaderen als volgt: in het b.p. gaan partijen een relatief nogal formeel en gesloten ingerichte procedure in, maar zulks via een open actie, waarvan de eiser zelf de inhoud bepaalt; in het a.p. komen partijen een tamelijk informeel en open georganiseerde procedure binnen door middel van een gesloten actie, waarvan de wet en de wijze van bevoegdheidsuitoefening door de overheid de inhoud bepalen. Aldus zouden openheid en geslotenheid elkaar telkens in balans houden. De vrijheid van handelen van de burger mondt dan uit in een beteelde processituatie, terwijl de vrijheid tot juiste bevoegdheidsuitoefening haar weging vindt in een ongebonden procedure. Dat dergelijke verschillen prohibitief zijn om de respectieve processtelsels in elkaar te schuiven, zou ik overigens niet willen stellen.

KARAKTERISTIEKEN DE PROCEDURE BETREFFEND

33. *Schriftelijk of mondeling?* Al moeten de procedures zowel in het b.p. als in het a.p. schriftelijk worden ingelcid, nadien ontstaat er een duidelijk verschil. In beide stelsels geeft de wederpartij – gedaagde of verweerder – nog wel een schriftelijke reactie, maar dan treedt divergentie op: het b.p. wordt verder schriftelijk voortgezet, zeker als het andere dan kantongerechtsprocedures betreft, en in verreweg het merendeel van de gevallen blijft het daar ook bij; ik ken geen cijfers maar vermoed dat niet eens in 10% van de rechtbankprocedures (na dagvaarding, op tegenspraak) wordt gepleit. De Hoge Raad kent nu zelfs de contradictio in terminis van het zogenaamde schriftelijke pleidooi... Ik vermoed overigens dat er op dit punt verschuivingen

zijn opgetreden, in die zin dat het pleidooi vroeger meer voorkwam. Ook in België lag de nadruk in het civiele geding, zeker tot voor kort, meer op de mondelinge behandeling. Een andere verschuiving is die in de richting van de comparitie van partijen (art. 19 en 19a Rv), die in vele gevallen al direct na de conclusie van antwoord wordt bevolen. Die comparitie (al heet zij niet zo) vormt in het a.p. het *pièce de résistance*: in elke administratieve procedure, waarin geen kennelijke niet-ontvankelijkheid of kennelijke ongegrondheid tot vereenvoudigde behandeling voert (art. 60 en 105 Wet RvS) of tot afwijzing van het beroep (art. 68 en 101a Ambtenarenwet, art. 94 en 128 Beroepswet, art. 37 Arbo-wet), vindt een mondelinge behandeling plaats. Er liggen dan doorgaans twee processtukken, gesteld dat er niet meer partijen zijn, te weten het klaag- of beroepschrift en het verweerschrift of contra-memorie, zoals het heet in Ambtenaren- en Beroepswet. (73) Alleen de Arbo-wet (art. 40) staat, zoals al opgemerkt, 'op grond van bijzondere omstandigheden' re- en dupliek toe. Hoe dan ook, de mondelinge behandeling ter zitting is alleszins kenmerkend voor het a.p. en hier is wel degelijk sprake van een belangrijk, zij het niet principieel verschil met het b.p. De rechter ziet partijen in persoon voor zich; de fact-finding, om het modewoord eens te gebruiken, kan als het nodig is ter zitting worden voortgezet of gecompliceerd. De interventies van de staatsraad-rapporteur in TwK- en Arobzaken geven soms een beslissende wending aan de zaak.

Hoogstens in de kort-geding- en schorsingsvarianten naderen het b.p. en het a.p. elkaar: ook hier immers een schriftelijke rechtsingang, soms een verweerschrift, maar bijna altijd een mondelinge behandeling, die in beide procesrechtstelsels een zelfde informatief en informeel karakter heeft, zij het dat de kort-gedingrechter er door de bank genomen dikwijls op uit lijkt om de zaak te schikken, dit in tegenstelling tot zijn administratieve collega's.

34. *Het zogenaamde uniteitsbeginsel.* Het verschil tussen a.p. en b.p. is, gezien naar deze karakteristiek, weer manifest. Alleen via het a.p. is zij te benaderen: het eenheidsprincipe staat hier voor de enkelvoudigheid waarmee zich de administratieve procedure voltrekt, aus einem Guss zouden onze oosterburen zeggen. Vanaf de aanleg, doorgaans via een beroepschrift, tot aan de beslissing voltrekt zich het

(73) De beroepsrechter en de ambtenarenrechter laten overigens in ruime mate schriftelijke discussie vóór de mondelinge behandeling toe.

a.p. als een eenheid. Geen incidenten – we zagen het al op het stuk van vrijwaring, subjectieve cumulatie en tussenkomst –, geen tussenvonnissen, geen deelprocedures binnen de hoofdprocedure – valsheidsincidenten, art. 134 Rv. Door de confrontatie met het b.p. te verwoorden, ziet men waarom deze karakteristiek, door b.p.-ogen gezien, als bijvoorbeeld het *pluraliteitsbeginsel* geformuleerd zou moeten worden.

Karakteristieken als deze staan natuurlijk niet op zichzelf; zij hangen samen met andere, in casu onder meer met dat van de partij-autonomie in het burgerlijke en dat van het rechterlijk primaat in het administratieve proces. Voor partijen is daarin nu eenmaal geen dominante rol meer weggelegd, nadat zij de gedingfase eenmaal zijn ingegaan. Eén ding dient in die fase te blijken: of het aangevallen bestuursoptreden zich wel of niet verdraagt met de eisen van het recht, of die nu algemeen (art. 8 Wet Arob, art. 2 TwK, art. 58 lid 1 Ambtenarenwet, art. 5 Arbo-wet) dan wel meer toegespitst (art. 58 lid 3 Ambtenarenwet) in de betreffende wet zijn neergelegd. Hoe dat ook zij, het eenheidsbeginsel in het a.p. is ook als een gevolg te beschouwen van de omstandigheid, dat de aanlegger in principe een burger is die zich altijd keert tegen een overheidsorgaan en meer speciaal tegen een bepaald soort uiting van zulk een orgaan, geen handeling naar burgerlijk recht zijnde, op een bepaalde doorgaans in de wet omschreven beroepsgrond en dat binnen meestal heel korte tijd vanaf het moment dat het overheidsbesluit in kwestie tot stand kwam. (74) Kortom, het gesloten karakter van het a.p. roept als het ware het uniteitsbeginsel op, evengoed als, omgekeerd, het open actiekarakter van het b.p. vraagt om een pluriform ingerichte procesgang. Het is maar de vraag hoever connexe verschillen als de nu beschrevene harmonisatie van de respectieve procesrechtstelsels zullen toelaten.

35. *Openbaarheid.* Een basisvereiste zowel ten aanzien van de procedure als van de uitspraak: art. 121 Grondwet en art. 6 EVRM, beide verbatim. Uitzonderingen zijn alleen toegestaan, als de wet in formele zin daartoe de mogelijkheid schept – zulks in tegenstelling tot het regime onder art. 175 Grondwet oud, dat het de rechter nog toestond om de deuren te sluiten in het belang van de openbare orde of de goede zeden.

(74) Zie in dit verband Van Galen en Van Maarseveen in hun VAR-preadvies, p. 36 – 37, waar zij spreken van 'Eenheid in de tijd'.

Tussen het b.p. en het a.p. is op dit punt – dat der openbaarheid van zittingen en uitspraken dus – m.i. geen verschil te bespeuren. Men zie voor het b.p. art. 20 Wet RO, dat het overigens, behalve in gevallen bij de wet bepaald, de rechter ook veroorlooft ‘om gewichtige, bij het proces-verbaal der zitting te vermelden redenen’ een zitting met gesloten deuren te houden, een uitzondering die in het a.p. ook voorkomt: men zie bijvoorbeeld de art. 49 en 90 (75) Wet RvS. Ook de Arbo-wet (art. 29 lid 2) en de Ambtenarenwet (art. 40 lid 2) kennen, zij het wat verschillend uitgewerkt, deze uitzondering. De conclusie dat b.p. en a.p. hier naadloos op elkaar aansluiten lijkt gewettigd. In het a.p. vindt men nog bepalingen over de geheimhouding van stukken, doch ik vermeld dat slechts volledigheidshalve. De processtukken in het b.p. zijn uit hun aard niet openbaar (76), evenmin trouwens als in het a.p.

36. *Termijnen.* Niet het belangrijkste punt, zo is men geneigd te denken; toch kennen we het recht op behandeling ‘binnen een redelijke termijn’ zoals art. 6 EVRM voorschrijft en dat is maar goed ook: we gaan hier soms al aardig de Italiaanse kant uit! Dit aspect geldt m.i. het b.p. en het a.p. gelijkelijk, al is het vooral een kwestie van organisatie in die zin dat de vraagzijde – de behoefte aan rechtsbescherming tegen de overheid c.q. de neiging tot het aangaan van civiele procedures – en de aanbodkant – de rechterlijke mogelijkheid om op redelijke termijn een beslissing te geven – redelijk op elkaar worden afgestemd. In dit verband ligt de zaak misschien formeel iets gunstiger in het a.p. dan in het b.p., geheel afgezien dan juist van de capaciteitsproblemen. In het a.p. toch is het de rechter die de procesorde bepaalt en de termijnen stelt, zowel voor het indienen van het verweerschrift als voor eventuele nadere schrifturen of memoriën, terwijl hij ook de datum van de behandeling aan partijen ‘voorschrijft’; dit woord is echt niet ijdel gebruikt, voor wie weet hoe buitengewoon moeilijk het is uitstel te krijgen, bijvoorbeeld bij een van de Afdelingen.

In het b.p. is het met de termijnen iets anders gesteld: art. 143 Rv lid 1 zegt, dat de rechter de termijnen voor de conclusiewisseling bepaalt,

(75) Een zeldzaam voorbeeld vindt men in Vz. Afd. rechtspraak 5 augustus 1981 (Uniscr), AB 1981, 513, m.nt. JRSt.

(76) Bij veel rechtbanken bestaat de gewoonte dat de griffie kort-gedingdagvaardingen aan de pers ter inzage geeft.

maar lid 2 geeft weer voet aan de partij-autonomie op dit punt, behalve indien 'onredelijke vertraging van het geding' het gevolg zou zijn. Veel rechtbanken kennen overigens een of andere regeling.

De uitspraken zijn in het b.p. niet termijn-gebonden. Ik ken een recent voorbeeld van een zaak voor een gerechtshof, waarin twee en een half jaar verliepen tussen pleidooien en arrest! Daarop bestaat weliswaar een 'sanctie', te weten die uit art. 47 Rv: als niet uiterlijk drie maanden na de pleidooien de uitspraak volgt, kan andermaal worden gepleit. Daarmee hebben partijen echter het meest zichzelf. In het a.p. ziet men de rechter soms aan een termijn gebonden voor zijn uitspraak; art. 98 lid 4 Ambtenarenwet en art. 73 Beroepswet geven hem hiervoor een periode van drie weken.

37. *Het bewijs.* Ten aanzien van deze karakteristiek zijn er zowel verschillen als overeenkomsten te onderkennen, als men a.p. en b.p. vergelijkt. De beide stelsels lijken op elkaar, in zoverre de rechter vrij is in zijn waardering van het bewijs. De stelsels lopen uiteen, waar het de bewijsmiddelen betreft. In het b.p. zijn die nauwkeurig omschreven en is hun aanwending met allerlei regels omgeven. Het a.p. spreekt her en der over 'getuigen en deskundigen' – vide de telkens weer aan de orde komende administratieve proceswetten –, maar nergens treft men uitvoerige regelingen aan zoals die in de art. 189 c.v. of 221 c.v. Rv, laat staan dat regels bestaan ten aanzien van voorlopig getuigenverhoor (art. 214 e.v. Rv) of van deskundigenonderzoek of descente – 'plaatsopneming en bezichtiging' – (art. 227 e.v. Rv; vergelijk de wel zeer summiere regeling in bijvoorbeeld de art. 52 en 93 Wet RvS). Partij-eden, zo beslissende als aanvullende, kent het a.p. evenmin. Ook bepalingen ten aanzien van het gezag van gerechtelijk gewijsde ontbreken in het a.p.; in het b.p. komen ze wel voor, momenteel (77) in de art. 67 en 188 Rv.

38. Het is weer tijd voor een tussenstand, nu wij de karakteristieken verbonden aan de rechtsgang hebben bekeken. Eerst *die de rechter betreffende*. In het b.p. en in het a.p. treffen we zowel *unus-rechtspraak* als *collegiale geschillenbeslechting* aan. Van een wezenlijk verschil kan zeker niet worden gesproken. Heel anders ligt zulks ten aanzien van de *lij-*

(77) Art. 67 lid 3 codificeert hetgeen de rechtspraak al leerde met betrekking tot het vroegere art. 1954 BW; zie Star Busmann – Rutten, Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering, p. 171.

delijkheid van de rechter. In het b.p. is daarvan in vergaande mate sprake, terwijl in het a.p. het tegendeel het geval lijkt: daar is de rechter niet alleen niet-lijdelijk, maar zelfs actief. Hij leidt in wezen de procedure en niet partijen zijn domini, doch de rechter is dominus litis. Op het stuk van *wraking en verschoning* lopen b.p. en a.p. weer heel weinig uiteen.

Vervolgens de *kenmerken die partijen betreffen.*

Het beginsel van *hoor en wederhoor* is zo fundamenteel, dat sommigen het misschien wel tot essentiële zouden willen verheffen. Ik gaf reeds aan, waarom ik dit niet deed, doch wel is met deze vaststelling gegeven, dat er wat dit beginsel aangaat eigenlijk geen verschil mag bestaan tussen b.p. en a.p. en het is er dan ook niet, al zou het beginsel in de administratiefrechtelijke proceswetgeving wat explicieter mogen worden neergelegd. De *partij-autonomie* biedt in b.p. en a.p. weer een heel verschillende aanblik. Spiegelbeeldig aan 's rechters positie in de beide stelsels is die van partijen. In het b.p. stuit een lijdelijke rechter op vergaande partij-autonomie; in het a.p. daarentegen stuiten tamelijk lijdelijke partijen op een vrijwel autonome rechter.

Tenslotte de *kenmerken met betrekking tot de procedure.* Wordt die *schriftelijk of mondeling* gevoerd, althans waar ligt het accent? In het b.p. op de schriftelijke, in het a.p., althans bij de Raad van State, op de mondelinge fase en alleen in de kort-geding-, schorsings- en voorlopige voorziening-varianten kennen we in beide processtelsels een op de inleidende schriftuur na in hoofdzaak mondelinge behandeling. Het *uniteitsbeginsel* vervolgens is karakteristiek voor het a.p., maar niet voor het b.p. dat veeleer een pluraal karakter heeft. In de *openbaarheidseis* vallen de beide procesrechtstelsels elkaar weer in de armen. We zijn hier andermaal bij zo'n karakteristiek die dicht tegen de essentiële kanten van het proces aanleunt. De regelingen ten aanzien van de *termijnen* zijn eerder gradueel dan principieel verschillend: in het a.p. ligt het iets gunstiger wat de mogelijkheid van termijnstelling en datumbepaling betreft, omdat de rechter daar partijen niet, zoals in het b.p., behoeft te volgen. De *bewijsregels en -middelen* zijn in het b.p. veel gedetailleerder uitgewerkt dan in het a.p. Hier een gradueel verschil dus, dat echter weer verdwijnt als men de positie van de rechter beziet. In beide stelsels is die in feite vrij in zijn waardering van het bewijs(materiaal).

Ook hier weer een samenvattende eindindruk. De verschillen tussen b.p. en a.p. in de fase van de procedure zelf lijken, waar ze bestaan, wat groter dan in de fase van de rechtsingang, maar ook hier zijn ze

waarschijnlijk overbrugbaar. Zo lijkt er al een tendens aanwezig in het b.p. naar een opschuiven van de rechter in de richting van een meer actieve rol in de procedure.

KARAKTERISTIEKEN VERBONDEN AAN DE RECHTSUITKOMST

39. We bevinden ons nu in de fase dat de procedure is uitgemond in een rechterlijke beslissing. Zoals in de inleiding al aangeduid, ga ik er hierbij van uit dat die beslissing niet onaantastbaar is geworden, zodat ik ook de vraag kan behandelen of er beroep tegen openstaat of niet, danwel of zulks het geval zou behoren te zijn.

De rechterlijke beslissing dus, of die nu uitspraak danwel beslissing (a.p.), of vonnis danwel arrest (b.p.) wordt genoemd. Ook hier is weer enige nadere groepering van karakteristieken vereist, omdat er zich nogal wat aftekenen. Eerst trouwens dien ik nog even stil te staan bij de *rechtsweigering* die tot gevolg zou hebben, dat helemaal geen beslissing gegeven wordt. Maar die komt gelukkig niet voor en, eenmaal een uitspraak voorhanden, stuiten we op vier categorieën van karakteristieken: die rond de rechterlijke *toetsingsruimte*, die betrekkelijk de vereisten die aan de beslissing gesteld worden, die aan gaande de *beslissingsruimte*, welke de rechter toekomt en die welke de uitspraak zelf betreffen. En zoals de *rechtsweigering* als het ware de beslissing vóórblijft en dus buiten deze vierslag valt, zo volgt hoger beroep (eventueel) op de uitspraak, aldus ook buiten het schema vallend.

40. Het *verbod van rechtsweigering*. Hiervoor moeten we terecht bij het enigszins indirect geformuleerde art. 13 Wet AB: de rechter die weigert recht te spreken, kan uit hoofde van *rechtsweigering* worden vervolgd; art. 13 vermeldt ook een motief voor de *rechtsweigering*, namelijk 'onder voorwendsel van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid der wet' en ik vermoed, dat de wetgever in 1829 in de verste verte niet heeft kunnen bevroeden, dat de hele passus thans eerder als een eufemisme, ja zelfs als een litotes (78) aandoet. Het spreekt voor zich dat het gebod om een beslissing te geven zowel de burgerlijke als de administratieve rechter geldt, al zal zulks in 1829

(78) Stijlfiguur waarmee men iets, door het te verkleinen of te ontkennen juist in het tegendeel wil doen verkeren.

nauwelijks bedoeld zijn wat de tweede betreft. Van een verschil tussen b.p. en a.p. is hier hoe dan ook geen sprake.

Art. 13 Wet AB kan m.i. als een soort sluitsteen in het machtsysteem worden beschouwd, in die zin dat het de rechter, juist als de genoemde gebreken de wetgeving werkelijk aankleven, wel dwingt op de stoel van de wetgever plaats te nemen, hoezeer dezelfde rechter zich ook verre dient te houden van het verbod dat het vóórgaand artikel der Wet AB hem oplegt: geen uitspraak doen 'bij wege van algemeene verordening, dispositie of reglement'. De twee artikelen vullen elkaar trouwens eerder aan, dan dat ze elkander zouden beconcurreren of zelfs uitsluiten, zij het dat de rechter, wanneer de wetgever werkelijk verstek laat gaan, wel eens tussen de Scylla van art. 13 en de Charybdis van art. 12 zal moeten laveren. Hier past andermaal de bovengegeven parafrase op het adagium, dat thans in uiterst moeilijk zichtbare letters de hal van 's Hogen Raads hoofd- en tevens achteringang probeert te sieren...

KARAKTERISTIEKEN DE TOETSINGSRUIMTE BETREFFEND

41. *Toetsing ex nunc of ex tunc.* Dit onderscheid is typisch voor het a.p. en levert daar interne verschillen op tussen diverse oordelende instanties. Vooral de Kroon placht ex nunc te toetsen, zulks in tegenstelling tot de Afdeling rechtspraak die de zaak duidelijk ex tunc beoordeelt. (79) Omdat aan de functie van de Kroon als rechtsprekend orgaan sedert de Tijdelijke wet Kroongeschillen terecht een einde is gemaakt, lijkt de Afdeling geschillen, sedertdien met de beslissing in de meeste Kroongeschillen belast, enigszins te zijn opgeschoven in de richting van toetsing ex nunc in vergelijking met haar rechtspraakzuster. In het b.p. komt het onderscheid in feite nauwelijks voor. Indien er zich een tussentijdse wetswijziging voordoet, toetst de Hoge Raad aan de nieuwe regel, tenzij overgangsrecht anders voorschrijft, maar dat is bij de Afdeling rechtspraak niet anders. Met nieuwe *feiten* daarentegen behoeft men na verwijzing door de Hoge Raad bij de lagere rechter doorgaans (80) niet meer aan te komen (81)

(79) Zie Tak en Ten Berge, Nederlands administratief procesrecht, Deel 1, nr. 586.

(80) Een voorbeeld van toetsing ex nunc vindt men in HR 25 mei 1988 (Gem. Hardinxveld-Giessendam/Van de Bree), NJ 1988, 927. Zie in dit verband ook HR 7 november 1990 (Mr Van Oven q.q./Gem. Leidschendam), RvdW 1990, 196. Zie tenslotte HR 27 april 1990 (Gielen/Gem. Grathem II), NJ 1990, 528.

(81) Hugenholtz-Heemskerk, Hoofdpijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht, p. 223.

42. Een onderscheid van dezelfde aard is dat in *rechtmatigheids- of doelmatigheidstoetsing*: in het a.p., zeker tot voor kort, een brandende kwestie, in het b.p. onbekend, behalve als men voor de rechterlijke oordeelsvrijheid ten aanzien van bestuurshandelen de kwalificatie 'marginale toetsing' bezigt: dan was het al evenzeer een hot item. Verleden tijd, want momenteel toetst de gewone rechter allerlei vormen van bestuursoptreden rechtstreeks aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (82) en het willekeursbeginsel includeert mijns inziens doelmatigheidsbeoordeling. Tien jaar geleden vroeg ik mij reeds af of het onderscheid tussen recht- en doelmatigheidstoetsing gerelateerd aan 's rechters oordeel eigenlijk wel te maken viel. (83) In mijn negatieve mening sta ik overigens geenszins alleen. (84)

43. Eerder is al aan de orde geweest, het zogenaamde *ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden* door de rechter, een figuur die in het b.p. normaal is en door de wet voorzien en wel in het al diverse malen genoemde art. 48 Rv. In het a.p. komt zij niet voor. Een heel vage analogie vertoont wellicht het wel regelmatig te signaleren voorschrift, dat de administratieve rechter in zijn uitspraak moet aangeven welk algemeen beginsel van behoorlijk bestuur is geschonden. (85)

KARAKTERISTIEKEN ROND DE AAN DE UITSPRAAK TE STELLEN EISEN

44. *Motivering*. Mogen sommige van de voorgaande aspecten weliswaar niet als formali-, maar dan toch wel enigszins als futiliteiten zijn aan te merken, plotseling duikt er dan weer een karakteristiek op die licht in de buurt van een essentiale lijkt te komen: de motiveringsplicht, een plicht die overigens ook de eis, in de vorm van dagvaarding of beroepsschrift geldt, doch zulks hier terzijde. In het vereiste van een deugdelijke motivering maakt de rechter zijn beslissing controleerbaar, niet alleen voor partijen, maar ook voor de rechtswereld

(82) HR 27 maart 1987 (IKON), NJ 1987, 727, m.nt. MS.

(83) Zie Recht, belang en rechtsbescherming, 's-Gravenhage 1981, p. 475-541.

(84) Zie in dit verband J. van der Hoeven, De drie dimensies van het bestuursrecht, Alphen aan den Rijn, 1989, p. 206 en p. 227-228.

(85) Zie de art. 63 lid 1 sub b Arbo-wet, 58 lid 2 Ambtenarenwet, art. 8 lid 2 Wet Arob en art. 2 lid 2 TwK (de formulering is verschillend).

en de samenleving en niet voor niets legt art. 121 Grondwet dit vereiste vast. (86) Een andere controle op het rechterlijk optreden bestaat er in wezen niet. De motiveringseis geldt natuurlijk voor beide procesrechtstelsels en is rechtstreeks in de respectieve wetten neergelegd; voor het b.p. in art. 59 lid 3 Rv, voor het a.p. in art. 98 lid 1 Wet RvS voor de Arob-rechter, in art. 4 lid 1 TwK jo. hetzelfde art. 98 Wet RvS voor de Afdeling geschillen; ook in de Arbo-wet (art. 63 lid 1 sub b), de Beroepswet (art. 72 lid 1 sub c) en de Ambtenarenwet (art. 50) ligt de motiveringseis telkens vervat. Van enig verschil, behalve dat in woordkeus der wetsartikelen, valt niet te spreken.

Er is over de motiveringsplicht van uitspraken natuurlijk veel geschreven; m.i. geven Tak en Ten Berge nog de beste opsomming van wat zij aanduiden als de 'vele doeleinden' van de motiveringseis. (87)

45. *Openbaarheid.* Het vereiste dat de uitspraak in het openbaar wordt gedaan is gebaseerd op art. 6 EVRM en (wederom) op art. 121 Grondwet. De situatie ligt hier andermaal gelijk voor a.p. en b.p.. (88) Toch is er iets meer over te zeggen en ter adstructie daarvan verwijs ik gaarne naar Van Galen en Van Maarseveen, die in hun VAR-preadvies (89) de openbaarheid enigszins relativeren: van mondelinge uitspraak ter openbare zitting kan echt geen sprake zijn. Het gaat ook meer om 'gerichte openbaarheid ten aanzien van de belanghebbenden', zo meent Heemskerk. (90) Van Galen en Van Maarseveen geven m.i. ook de functies van openbaarheid goed weer: de publieke verantwoording, de mogelijkheid van controle van bevoegdheidsuitoefening en de rechtsvormingsfunctie. (91)

KARAKTERISTIEKEN DE BESLISSINGSRUIMTE BETREFFEND

46. Het zogenaamde *zelf in de zaak voorzien*. Hier treffen we weer een sterk onderscheid tussen b.p. en a.p. aan. In het eerstgenoemde komt het – de voluntaire jurisdictie daargelaten – niet voor dat de rechter

(86) Merkwaardig genoeg – men liet art. 175 Grondwet (oud) wat dit betreft in 1983 ongemoeid – geldt art. 121 Grondwet niet voor rechterlijke *beschikkingen* in het b.p. De motiveringseis daarvoor is neergelegd in art. 429k Rv.

(87) Nederlands Administratief procesrecht, Deel 2, nr. 187.

(88) Art. 121 Grondwet geldt ook hier *niet* voor beschikkingen.

(89) p. 62-63.

(90) Hoofddlijnen van het Nederlands Burgerlijk Procesrecht, p. 138.

(91) p. 60-61.

'zelf voorziet in de zaak', dat wil zeggen in zijn beslissing de rechtsbetrekking tussen partijen inhoudelijk vaststelt en gestalte geeft. In het a.p. is zulks heel gewoon, zij het dat er interne verschillen bestaan. Zo kan de Afdeling geschillen in zijn nieuwe TwK-hoedanigheid wel 'desgeraden zelf in de zaak voorzien' (art. 5 lid 1 TwK) (92) en dit gebeurt ook regelmatig, bijvoorbeeld in Hinderwet- of planschadezaken, terwijl deze bevoegdheid de Afdeling rechtspraak (nog) niet toe komt (art. 99 lid 1 Wet RvS). Het CBB neemt een soort tussenpositie in: naar luid van art. 58 lid 1 Arbo-wet kan het College bepalen dat 'het lichaam overeenkomstig de uitspraak een besluit zal nemen, in-trekken of wijzigen ...'. De Beroepswet bepaalt in art. 70 met evenzo-veel woorden, dat een uitspraak kan worden gegeven die in de plaats treedt van de bestreden beslissing, al kan ook worden bepaald dat het orgaan dat die beslissing nam, nader dient te beslissen 'met inachtneming van de uitspraak en hier is de cirkel weer rond, want art. 99 lid 1 Wet RvS bepaalt zulks in het algemeen ten aanzien van overheidsorganen die een beschikking door de Arobrechter vernietigd zien; hetzelfde geldt art. 5 lid 2 TwK.

Al bij al bestaat hier dus, zoals ook al opgemerkt, wel degelijk verschil tussen b.p. en a.p., een verschil overigens dat weer voortvloeit uit de aard van de door de beide stelsels bestreken situaties. In het a.p. gaat het om de eenduidige vraag of een overheidslichaam bevoegd was en of het op de juiste wijze gebruik heeft gemaakt van een bepaalde bevoegdheid. Blijkt zulks in de ogen van de rechter niet het geval en betreft het een gebonden beschikking, dan ligt substitutie eigenlijk voor de hand. Zelfs ingeval er sprake is van een niet-gebonden beschikking komt een rechterlijk oordeel in het a.p. soms dicht in de buurt van zelf in de zaak voorzien, dan namelijk, wanneer de rechter een weigering aanmerkt als een besluit dat in redelijkheid niet genomen kon worden, de zogenaamde 'c-grond' uit de art. 8 lid 1 Wet Arob of 2 lid 1 TwK. In zulk geval toch moet het overheidsorgaan een nieuw besluit nemen 'met inachtneming van die uitspraak' en dit betekent dan: verlenen, vrijstellen, bestuursdwang toepassen om enkele voorbeelden te noemen. Het is ook hier dat het duidelijkst aan de dag treedt, hoe kunstmatig het onderscheid is tussen rechtmatigheids-toetsing en doelmatigheidscontrole.

(92) Zie voor de 'oude' situatie, die trouwens nog geldt voor de overgebleven 'echte' Kroonberoepen, art. 58b Wet RvS.

47. *De reformatio in peius*. Dit verschijnsel komt in het b.p. niet voor, terwijl het in het a.p. heel gewoon is. (93) Het komt erop neer, dat een appellant, zich kerend tegen een beschikking die hem wel iets, maar niet genoeg 'geeft', uiteindelijk een rechterlijke uitspraak krijgt, waarin hij zich nog minder ziet toebedeeld. Het behoeft niet alleen om geld te gaan, doch kan bijvoorbeeld ook de voorwaarden betreffen, verbonden aan een vergunning. Zowel de Beroepswet als de Ambtenarenwet voorzien uitdrukkelijk in een reformatio in peius. Art. 69 lid 2 van de eerstgenoemde wet zegt onverbloemd: 'Bij de uitspraak kan de bestreden beslissing gewijzigd worden, ook ten nadele van degene, die daartegen in beroep gekomen is' en art. 46 Ambtenarenwet is op de spelling na gelijklopend. Of de andere administratieve gerechten tot deze verslechtering eigenlijk wel kunnen overgaan is onduidelijk, althans niet in de betreffende wetten voorzien. Maar dat het gebeurt, bijvoorbeeld door de Afdeling geschillen, is bekend en m.i. ook gegeven met de aard van het administratief (proces)recht. Twee aspecten zijn daarbij van betekenis: ten eerste is er, we zagen het al eerder, altijd sprake van een duidelijke uitgangssituatie in de vorm van een *overheidsuiting*. Die op al haar aspecten te toetsen langs de lijnen welke artikelen als 2 lid 1 TwK uitzetten, is de taak van de rechter. Valt iemand de (in zijn ogen te zware) voorwaarden van een vergunning aan en blijkt in rechte, dat die vergunning zelf in strijd met de wet werd verleend, dan zal de TwK-rechter zo'n vergunning vernietigen. Het tweede aspect is gelegen in de positie van derdebelanghebbenden, die in het a.p. doorgaans een zelfstandig beroepsrecht hebben met als drempel de eis dat zij rechtstreeks in hun belang worden geraakt door het aangevallen besluit. Deze beroepsmogelijkheid includeert de reformatio in peius voor de direct belanghebbende. Komen beiden in beroep – men ziet zulks vaak bij een hinderwetvergunning: de aanvrager acht de voorwaarden te zwaar, de buurman te licht – dan kan de verslechtering zich in beide richtingen voordoen en dat zelfs 'tegelijk'!

In de literatuur treft men tegen deze figuur nogal wat bezwaren aan. Zo wordt de reformatio bijvoorbeeld krachtig bestreden door Punt (94) en ook Van Galen en Van Maarseveen denken er negatief over,

(93) Hoewel bijvoorbeeld de CRvB er niet veel meer van wil weten: zie bijvoorbeeld de uitspraak van 11 september 1984, RSV 1985, 133, m.nt. mr H.D. Vleesch Dubois en, recenter, CRvB 9 maart 1988, AB 1989, II.

(94) Ontvankelijkheid en omvang van het beroep tegen administratieve beschikkingen. 's-Gravenhage, 1975, p. 300.

(95) gelijk trouwens over het ultra petita-gaan, een karakteristiek waarop ik aanstonds terugkom. Er is vervolgens nog veel over de verslechtering te doen geweest in de vergadering van de VAR in 1979 naar aanleiding van het preadvies van Van Galen en Van Maarseveen. (96) Het voert hier te ver om dieper op de materie in te gaan. Mijn conclusie is tweërlei: het verschil tussen b.p. en a.p. is hier manifest en ik denk dat de mogelijkheid van reformatio in peius gegeven is met de aard van het a.p., waarin zich nu eenmaal vaak twee 'civiele' partijen in juxtapositie bevinden tegenover een bestuursorgaan. (97)

48. *Het zogenaamde ultra petita-gaan.* Wat bedoeld wordt, zal duidelijk zijn: de rechter begeeft zich buiten hetgeen partijen en dan meer in het bijzonder de eiser hem als object van geschil voorlegden. Het woord 'eiser' ziet op de civielrechtelijke zijde van ons vraagstuk en het is in het b.p. inderdaad de rechter niet toegestaan om iets meer of iets anders toe te wijzen dan werd gevorderd. In het a.p. ligt het anders. De tweede zin (pas in 1955 in de wet gekomen om onduidelijkheid op dit punt op te heffen) van lid 1 van art. 69 Beroepswet, dat handelt over de uitspraak van het college zegt: 'Zij (die uitspraak dus, *PvW*) kan zich beperken tot het punt van geschil' en art. 45 Ambtenarenwet eindigt precies hetzelfde. Enigszins a contrario redenerend, kan men in deze tekst een fingerwijzing voor de rechter lezen, dat hij zulks in zijn uitspraak niet hoeft te doen: zich beperken tot het punt van geschil dus. Komt iemand in beroep tegen een of meer voorwaarden, dan kan de rechter ambtshalve ook andere voorwaarden opleggen of zelfs het hele besluit toetsen. Toch lijkt de conclusie gerechtvaardigd, dat de rechter in het a.p. terughoudend omgaat met de mogelijkheid – of die nu op de wet berust of niet – om ultra petita te gaan. In de literatuur vindt men nogal wat tegenstan-

(95) VAR-preadvies, p. 29. Zij achten haar in strijd met de rechtszekerheid en met het vertrouwensbeginsel, een opvatting die tegenwoordig, zoals hiervoor al even aangeduid, ook door de CRvB wordt gehuldigd.

(96) VAR-geschrift LXXXIII, Alphen aan den Rijn, 1981, p. 117-127.

(97) In een recent artikel in de *Gemeentestem* (6910, 23 november 1990) stelt T. Knoop, dat de reformatio in peius (door hem hardnekkig met de voor de roomsen onder ons eschatologisch aandoende afkorting 'r.i.p.' aangeduid) ook mogelijk is in de bezwaarschriftenprocedure, een opvatting, die ik deel: in deze fase is van rechtsbescherming m.i. nog nauwelijks sprake en het is het bestuursorgaan, dat zijn eerdere beslissing herneemt met alle consequenties van dien.

ders, vooral weer Punt. (98) Zijn contra-argumenten worden besproken door Tak en Ten Berge, (99) die zich genuanceerd opstellen. Zij merken o.a. op dat het verzet tegen het ultra petita-gaan 'voortkomt uit een proces-attitude, die zich spiegelt aan de civielrechtelijke'. Ik denk dat het nog anders ligt. Verschijnselen als de ambtshalve toetsing op zichzelf, het buiten de door partijen voorgelegde geschilpunten gaan en de reformatio in peius kwamen alle rijkelijk voor bij het administratief beroep: de geschillenbeslechting niet door een rechter maar door een ander, hoger bestuursorgaan, en eerder controle dan rechtsbescherming opleverend. Dat administratief beroep heeft gaandeweg veel terrein verloren aan de administratieve rechtspraak en ik meen dat dáár de grens in feite ligt; zodra er een onafhankelijke rechter aan de zaak te pas komt, bevindt men zich onder de hoede van een andere macht binnen de trias, dan toen men nog bij een bestuur(der) te biecht moest. De rechter blijft meer op afstand. Zelf inhoudelijk beslissen, zijn beslissing in de plaats stellen van bestuur of van civiele partij(en) is hem vreemd en ook niet toegestaan. Bepalingen als de genoemde op het stuk van zelf in de zaak voorzien zijn een rechter al evenmin op het lijf geschreven en ze zijn te beschouwen als relicten van het oude stelsel van administratief beroep van waaruit ze toch weer weten op te rukken – van Kroon naar TwK-rechter bijvoorbeeld en van die uit weer richting Arob-rechter. Nu versta men mij wel: de hardheid van het bestuurlijk gemoed is dikwijls zo groot, dat de praktijk met de hier besproken rechterlijke zelfwerkzaamheid vaak graag zal instemmen...

Figuren als de reformatio in peius en het ultra petita-gaan horen in het b.p. niet thuis; in het a.p. zijn ze niet geheel te weren, vooral, zoals betoogd, de eerstgenoemde niet.

KARAKTERISTIEKEN DE UITSpraak ZELF BETREFFEND

49. *Erga omnes-werking*. Weer een kenmerk, dat exclusief is voor het a.p.: daar toch werkt een uitspraak niet alleen jegens partijen, maar jegens eenieder, hetgeen een gevolg is van de aard van de vordering en samenhangt met het objectum litis; in geschil is (de rechtmatig-

(98) Ontvankelijkheid en omvang van het beroep tegen administratieve beschikkingen, 's-Gravenhage, 1975, p. 279-306.

(99) Nederlands administratief procesrecht, Deel 1, nr. 625.

heid van) een overheidsbesluit en de vordering strekt doorgaans tot (gedeeltelijke) vernietiging. De uitspraak van de administratieve rechter bindt niet zozeer partijen – en hen alleen, zoals in het b.p. –, doch stelt vast of er nog en zo ja welke rechtsgevolgen aan het aangevallen besluit verbonden blijven en inzoverre richt zich de uitspraak tegen elke belanghebbende, indirect ook tegen iedereen die met die gevolgen iets te maken heeft. Het méér-partijen karakter dat het administratief geding in vele gevallen heeft, includeert dat de rechterlijke beslissing een breder effect heeft dan alleen tussen aanlegger en overheidsorgaan. Maar pas het publiekrechtelijk karakter van het objectum litis zelf voert tot wat ik wil aanduiden als de ‘publieke werking’ van die beslissing.

De pendant in het b.p. is te vinden in het gezag van gewijsde, dat een vonnis (waartegen de appeltermijn ongebruikt verliep) aankleeft en dit gezag dan verstaan in positieve en in negatieve zin. Het prachtige adagium *res iudicata pro veritate habetur* slaat op de positieve zijde; het bindend gezag van het vonnis kan tussen dezelfde partijen ook later worden ingeroepen. Op dezelfde wijze fungeert dat gewijsde als afscherming tegen een nieuwe vordering tussen dezelfde partijen met betrekking tot hetzelfde geschil – de *ne bis in idem*-regel, nog zo’n karakteristiek met een essentieel sausje.

50. *Kosten*. In dit aspect divergeren de beide procesrechtstelsels weer fundamenteel. Eerder wees ik er al even op dat in het b.p. de griffierechten in de gewone rechtbankprocedure, die dus welke met een dagvaarding aanvangt, al aardig kunnen oplopen, maar het b.p. en het a.p. liggen in zoverre op één lijn, dat de rechtsbedeling als facilité gezien nog steeds in wezen gratis en dus uit de algemene middelen bekostigd aan de justitiabelen ter beschikking wordt gesteld, (100) hetgeen ook zo behoort te zijn, zoals ik later nog hoop aan te tonen. Anders ligt het ten aanzien van de kosten verbonden aan de rechtsbijstand in de procedure. Gekoppeld aan de verplichting in de rechtbankprocedure een procureur in te schakelen, bestaat er in civilibus het fenomeen van de proceskostenveroordeling, dat in het a.p. onbekend is. Weliswaar vertoont de jurisprudentie op dit punt een ontwikkeling, in die zin dat de Hoge Raad de kosten verbonden aan het voeren van een ‘succesvolle’ administratieve procedure heeft aange-

(100) Over de daaraan verbonden kosten vindt men meer in een artikel van Drs G.J.S. Uhl, getiteld *Kosten van het recht*, Bestuurswetenschappen 1988, p. 377 e.v.

merkt als schade in de zin van art. 1401 BW, (101) doch deze omweg is heel wat bezwaarlijker dan toepassing van art. 56 Rv door de burgerlijke rechter. Van Galen en Van Maarseveen noemen in hun preadvies (102) ook het beginsel van de kosteloosheid als kenmerk van het a.p., doch verstaan het dan wel in gans andere zin dan ik het hier doe; niet in het ontbreken van het verschijnsel dat de verliezende partij in de proceskosten van de winnaar wordt veroordeeld, ligt voor hen de kosteloosheid van het a.p. besloten, doch in het vrijwel ontbreken van griffierechten en in de opzet ook overigens de kosten laag te houden.

Hoe dan ook: wie de verschijnselen van verplichte rechtsbijstand in het merendeel van het b.p. en dat der kostenveroordeling in hun samenhang beziet, zal met mij van mening zijn, dat het verschil met het a.p. te dezen levensgroot is, al besef ik dat het kleiner wordt, indien men zich in het a.p. ook van rechtsbijstand voorziet. Opgeheven wordt het dan echter niet, want de kostenveroordeling ontbreekt daar helaas. (103) Het kostenaspect heeft in het a.p. overigens ook nog raakpunten met de equality of arms en de ongelijkheidscompensatie: de overheid heeft een in beginsel onuitputtelijk uithoudingsvermogen, soms ook wat betreft de neiging om dóór te procederen, hetzij zelf, hetzij begeleid door rechtsbijstandverleners. Dit verschijnsel treft men trouwens ook in het b.p. aan. De rechtsbijstandverlener, doorgaans een advocaat, zal soms wel een zeeffunctie vervullen, maar ook het tegendeel komt voor. Democratische controle tenslotte op het overheidsgedrag in processen wordt – ik wees er al eerder op – nauwelijks uitgeoefend, n'en déplaise bepalingen als 177 lid 1 Gemeentewet.

51. Nu wij ook voor de fase van de rechtsuitkomst de karakteristieken de revue lieten passeren, maken wij weer een tussenbalans op. Eerst de *karakteristieken die de toetsingsruimte betreffen*. De *toetsing ex nunc* of *ex*

(101) HR 17 november 1989 (Gem. Velsen/De Waard BV), BR 1990, p. 283. Zie in dit verband ook het artikel van O.M. te Rijdt, Vergoeding van deskundigenkosten in het administratieve recht, NJB 1990, p. 1155-1158.

(102) VAR-preadvies, p. 56-59.

(103) Zie voor wat betreft het (voorschands negatieve) regeringsstandpunt over een kostenveroordeling in het a.p. – het dateert van vóór Gem. Velsen/De Waard – de brief aan de Tweede Kamer d.d. 4 mei 1988 (20 550). Zie over beide: C. Lamphen, Proceskostenveroordeling in het administratief procesrecht: kiezen of delen?, Trema, 1990, p. 319 e.v.

tunc is uniek voor het a.p.; in het b.p. komt het hele onderscheid niet voor, al zijn ook hier uitzonderingen denkbaar, zoals aangeduid. Hetzelfde geldt in feite de *rechtmatigheidstoetsing* en de *doelmatigheidscontrole*: ontbrekend in het b.p., was het een intern verschil tussen procedures in het a.p. Het *ambtshalve aanvullen der rechtsgronden* daarentegen is als een specialiteit van het b.p. te beschouwen.

Karakteristieken rond de eisen die aan de beslissing gesteld worden: de *motivatieplicht* is weer tamelijk essentieel en zij geldt de beide procesrechtstelsels onverkort, hetgeen ook geldt voor het vereiste dat *de uitspraak in het openbaar* geschiedt, al moet de naleving daarvan in de praktijk met een begrijpelijke korrel zout worden genomen. Die naleving zou vele 'menschjaren' extra vergen!

Vervolgens de *karakteristieken die het rechterlijke beslissingskader afpalen*: in het a.p. mag de rechter (soms) *zelf in de zaak voorzien*, een mogelijkheid die in het b.p. niet voorkomt – er bestaat daar ook geen behoefte aan. De *reformatio in peius* en het *ultra petita-gaan* zijn beide kenmerkend voor het a.p. en bestaan niet in het b.p. Ook hier dus het maximale verschil.

Tenslotte dan nog *de karakteristieken de uitspraak zelve betreffende*: de uitspraken in het a.p. kennen de zogenaamde *erga omnes-werking*, een hoedanigheid die volgt uit de aard van het administratief (proces)recht en die, ik durf te zeggen, dus mankeert in het b.p. Dàt op zijn beurt kent het *gezag van gewijsde* van rechterlijke beslissingen in positieve en negatieve zin, uitmondend in de belangrijke *ne bis in idem* regel. Aanmerkelijke verschillen dus, die ik niet zou willen of kunnen verdonkeremen of opheffen. Wat tenslotte *de kosten* betreft, kan niet worden ontkend, dat het a.p. een heel wat milder klimaat heeft dan het b.p. Alles bijeen genomen zien we ook hier toch geen voor harmonisatie prohibitief grote verschillen. Beter wellicht kan overigens de vraag worden gesteld, of het voor harmonisatie wel absoluut nodig is om elk verschil tussen de beide stelsels te effaceren...

HET TWEE-INSTANTIEBEGINSEL EN DE CASSATIE

52. Ik acht dit beginsel zo belangrijk, dat ik het een afzonderlijke plaats toeken, buiten de karakteristieken dus. Voor een behoorlijk stelsel van rechtsbescherming is het twee-instantiebeginsel m.i. zelfs essentieel te achten en het vond geen plaats temidden van de 'procedurele' essentialia, omdat het zich nu eenmaal niet in laat passen in

de omschrijving van proces als zodanig. Het twee-instantiebeginsel 'werkt' een stadium later, nadat het proces in eerste aanleg zijn beslag heeft gekregen en omdat de uitslag een van of beide partijen niet bevalt. Het twee-instantiebeginsel voert dan tot een nieuw proces, tussen dezelfde partijen voor een *hogere* rechter. Hier kan ik meteen kwijt dat ik een uitgesproken tegenstander ben van het zogenaamde intern appel. (104)

Het b.p. kent in principe wel het twee-instantiebeginsel, het a.p. daarentegen vaak niet. Wel in ambtenaren- en sociale verzekeringszaken, maar niet, althans nog niet, in Arob- en TwK-geschillen. Het CBB fungeert als eerste en enige instantie in de aan de bevoegdheid van dat college onderworpen geschillen. Het beginsel van rechtspraak in twee instanties is weer een van die toetsstenen voor de vraag of van een, juridisch gezien, beschaafde natie sprake is.

53. Enige motivering van mijn onverkort pleidooi voor zo universeel mogelijke invoering van het twee-instantie-principe ben ik de lezer wel verschuldigd. Als eerste belangrijk argument pro zie ik de mogelijkheid van goede feiteninventarisatie en -duiding. Wat in de eerste aanleg nog duister bleef, soms onbedoeld, kan in het hoger beroep worden belicht. Een tweede motief wordt gevormd door de mogelijkheid vergissingen en misslagen te herstellen, verweren aan te vullen of te verbeteren, stellingen te verduidelijken en dergelijke. Ten derde kan de zaak soms in een juridisch beter kader worden geplaatst. Ten vierde wordt de rechtseenheid bevorderd, met name indien de tweede instantie een centrale instantie is.

54. In dit verband zij ook opgemerkt, dat ik een bezwaarschriftprocedure niet wil zien afgeruild tegen een instantie, des, dat er slechts één (feiten)rechter de zaak nog kan beoordelen, indien een aan zekere eisen beantwoordende bezwaarschriftprocedure is voorgeschakeld. Zodanige procedure is een vorm van bestuursuitoefening en

(104) Op de 'toetsingsconferentie' over de herziening van de rechterlijke organisatie, die op 22 juni 1990 in Nijmegen werd gehouden bleek, dat de meeste deelnemers tegen dit juridisch monster zijn. Ook de Nederlandse Orde van Advocaten keerde zich er tegen; zie het advies van de commissie herziening rechterlijke organisatie aan de Algemeene Raad (maart 1990), p. 20-22. In zijn preadvies voor de Staatsrechtconferentie 1989 (p. 14-16) had C.J. van Zeben zich trouwens al duidelijk uitgesproken tegen het intern appel. Het verslag van de toetsingsconferentie is inmiddels verschenen onder de titel: Herziening Rechterlijke Organisatie, Zwolle, 1990.

niet van rechtspraak. Deze vorm van bestuursuitoefening heeft als voornaamste kenmerk de heroverweging. Elementen van (nadere) beleidsbepaling blijven de overhand houden. Beleidsbeoordeling geschiedt per definitie niet door een geheel ander(e) bestuurder of bestuursorgaan dan het 'oorspronkelijke' of zelfs door dat oorspronkelijke zelf, doch slechts door een onafhankelijke rechter. Die beoordeling vindt plaats aan de hand van kwaliteitscriteria, die het recht formuleert in de vorm van beroeps- of toetsingsgronden: kan het besluit door de beugel van wet of algemeen verbindend voorschrift? Werd het bevoegdelijk genomen, vond geen euvel gebruik van bevoegdheid plaats? Is het niet willekeurig, onredelijk? Werden alle in aanmerking komende belangen behoorlijk afgewogen? Voldoet het aan de beginselen van behoorlijk bestuur? Is het conform de algemene rechtsbeginselen? Is het niet in strijd met het algemeen belang?

Het op bezwaren reagerend bestuursorgaan, hoger of van gelijk niveau als het 'oorspronkelijke', dient het aangevallen besluit volledig op al zijn merites te bezien en te (her)overwegen of alle in aanmerking komende belangen ook werkelijk zijn geïnventariseerd en afgewogen. Met rechtspraak heeft dit niets van doen, ook niet als dat orgaan tevens (de) rechtmatigheidsaspecten bekijkt. Op de verhouding tussen de bezwaarschrift- en de beroepsprocedure werpt een bepaling als art. 36a lid 2 van de Arbo-wet een goed licht. Het artikellid luidt als volgt: 'De voorzitter kan toepassing van het eerste lid achterwege laten wanneer naar zijn oordeel een heroverweging op grond van het bezwaarschrift kennelijk niet tot een herziening van het besluit of de handeling zal leiden'. Het stellen van 'daden van rechtspraak', bijvoorbeeld het toetsen van de beschikking waartegen bezwaar (óók) op haar rechtmatigheid, maakt de 'dader' nog niet tot rechter.

55. *Cassatie*. Tot op heden wijdde ik nog geen aandacht aan de cassatie. In het b.p. is zij volkomen aanvaard, in het a.p. afwezig, op enkele uitzonderingen in het sociaal verzekeringsrecht na. (105) Al was het maar omwille van de rechtseenheid, cassatie in het a.p. zou m.i. alleszins aanbeveling verdienen, (106) al zijn er objecties te over te

(105) Zie Tak en Ten Berge, Nederlands administratief procesrecht, Deel 2, nrs. 1491 en 1499.

(106) Zie in deze zin vooral A.R. Bloembergen in zijn opstel in *Quid uris* (Door tijd en vlijt), Deventer, 1977, p. 69 e.v. en in zijn artikel *Cassatie in administratieve zaken*, geschriften studiekering Orion, nr. 6, Deventer, 1984.

verwachten. Zo zullen velen de opeenstapeling van rechtsmiddelen te veel van het goede achten; moge ik de bezwaarschriftfase dan niet als rechtsmiddel aanmerken, doch als verlengd bestuur, zij bestaat toch in alle geval en haar toepassing zal alleen maar algemener worden. Ingeval dan twee feitelijke instanties volgen, vormt de cassatie de derde rechterlijke toetsing, hoezeer ook beperkt tot rechtsvragen. Toch hebben we dit systeem in *civilibus* sedert jaar en dag aanvaard en praten we hoogstens in de marge ervan over instrumenten met zeeferwerking, omdat de Hoge Raad overbelast is althans zou zijn, en men dat college niet kan laten meegroeien. Een ander probleem voor cassatie in administratieve zaken levert de positie van de Raad van State op, die geen andere rechter boven zich veelt. Ter wille van de rechtseenheid ben ik er, ondanks mogelijke bezwaren, voorstander van dat uiteindelijk één cassatierechter bevoegd zal zijn voor zowel burgerlijke als administratieve zaken (evengoed trouwens als voor strafrechtelijke en fiscale zaken).

FORMALITEITEN

56. Procesrecht is bij uitstek formeel recht en wie over formaliteiten wil schrijven, kan zijn hart ophalen. Men komt echter bedrogen uit, als men denkt, dat ik mij hier uitvoerig met die formaliteiten ga bezighouden en dan daarbij nog het a.p. met het b.p. ga vergelijken. Vergden de karakteristieken al drie maal meer ruimte dan de essentialia, de formaliteiten zouden mijn deel van het preadvies onaanvaardbaar lang maken. Saai zou het overigens geenszins behoeven te zijn. Niet alleen verlustigen gedeformeerden als wij, juristen nu eenmaal vaak zijn, zich juist in formaliteiten, zeker als die een of ander doel kunnen dienen: er een beroep op doen om vertraging te bevorderen kan een dubieuze debiteur zeer welkom zijn en meer in het algemeen gezegd gaat het er ten processe vaak om wie de langste adem heeft en de trucendoos het dichtst bij de hand. (107) Maar ook zou beschrijving van zekere vormvereisten de humor in het recht de kans eens geven. Roept de 'dienstbrief' uit een moderne bepaling als 81 Wet RvS nog slechts een glimlach op, de verplichting uit art. 91 lid 2 van dezelfde wet is al veel eigenaardiger geformuleerd: 'Het proces-

(107) In de zaak *Gem. Ouderkerk/Shell/Staat der Nederlanden* kwalificeerde het Haagse gerechtshof (arrest van 10 januari 1991) de wijze van procederen door partijen als 'heilloos'!

verbaal behelst de namen der leden, die vergaderd zijn ...', waartoe vraagt men zich af met de Staten-vertaling in het hoofd en wat moet dat 'behelst', terwijl onze taal daar vandaag toch 'bevat' voor gebruikt? Zijn we dan toch bezig de bestuursduivel uit te drijven met een rechterlijke Beëlzebub? Een bepaling als 'kosten voor benodigdheden, vereist tot een onderzoek als bedoeld in art. 105, tweede lid, onder *b*, *c* of *d*, worden in rekening geleden, hetzij aan deskundigen, hetzij aan de leveranciers ...' doet de lezer twifelen aan zijn geestvermogens en zelfs Tak en Ten Berge reppen in hun uiterst volledig aandoende standaardwerk Nederlands administratief procesrecht met geen woord over deze bepaling...

Verwijzing naar dit handboek, dat uit twee dikke delen bestaat, verklaart meteen waarom ik de formaliteiten in het a.p. moet laten voor wat zij zijn. Er bestaan er veel te veel om ze hier te beschrijven. Maar ook het b.p. is er niet van gespeend en daarvoor geldt hetzelfde: onbeschrijfelijk door hun aantal en soms hoogst merkwaardig. Een bepaling als 253 lid 1 Rv móet wel tot jurisprudentie aanleiding geven; (108) art. 322 Rv is volstrekt gefossiliseerd. Regelingen rond de ver- en ontzegeling (art. 658 e.v. Rv; art. 669 e.v. Rv) komen als bijna folkloristisch over en dat een 'gebrekkige koper' 'bij lijfswang' aansprakelijk is voor een bepaald verschil (zie art. 532 Rv), kan zijn gebrek slechts doen toenemen en is bovendien in strijd met een van de grondrechten. Toch stáát het er allemaal nog anno 1991... En over formaliteiten zelf gesproken: wanneer in een zeker geval op bevel van de rechtbank 'eene verzuimde formaliteit zal hersteld worden, zullen alle formaliteiten, welke daarna hebben plaats gehad, opnieuw moeten vervuld worden ...' (art. 534 Rv). Over (beroeps)termijnen in het b.p. vermeld ik slechts dat het er méér zijn dan U denkt. In het a.p. zocht ik het vroeger eens uit en alleen al ten aanzien van de op zich toch duidelijke en normale termijn van 30 dagen wist de wetgever het sterke staaltje van vijf verschillende formuleringen ten beste te geven: 'vier weken' (art. 50 Drank- en Horecawet), '30 dagen' (passim), '30 vrije dagen' (art. 3 Lager-onderwijswet), 'voor de een en dertigste dag' (art. 10 Wet op de bejaardenoorden) en 'een maand' (art. 43 ABW)! (109) Hier vergaat de praktijkjurist het lachen. Het zal daarbij duidelijk zijn dat de verschillen tussen a.p. en b.p. zo talrijk zijn als er formaliteiten bestaan. Het ligt even goed voor de hand te stel-

(108) Zie bijvoorbeeld HR 22 april 1988, NJ 1989, 50.

(109) Zie Recht, belang en rechtsbescherming, p. 42-43.

len, dat, zo ergens, hier met harmonisatie en uniformering een begin gemaakt kan worden, eerst binnen de respectieve procesrechtstelsels en tevens, voor zover mogelijk tussen hen onderling. Het zou aanbeveling verdienen, als ter fine van een dergelijke harmonisatie – van formaliteiten in het a.p. en het b.p. dus – tevoren directieven gegeven zouden worden, in de geest van de 'Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek' die de minister-president niet zo lang geleden nog eens heeft vernieuwd. (110)

HARMONISATIE, EEN EERSTE PROEVE

57. Hoewel het uur der waarheid – harmonisatie mogelijk of niet? – nog niet echt heeft geslagen, valt toch na te gaan of op basis van het tot nu toe verzamelde materiaal conclusies, hoe voorlopig ook, getrokken kunnen worden. Ik ga deze keer uit van het concrete niveau, dat der formaliteiten dus, om via de karakteristieken te eindigen bij de abstracte kern van de procedure, die der essentialia.

58. Harmonisatie van *formaliteiten* binnen het a.p. is alleszins doenlijk en ook al geruime tijd gaande, zowel in studeerkamers en in de vergaderruimtes van de verschillende commissies, als ook en vooral, want ten dele uitkristalliserend, in de vorm van het wetsvoorstel voor een AWB. Typische voorbeelden van bepalingen van formele aard zijn – de keuze is naar mijn idee niet eens zó subjectief – onder meer (111) de art. 6.2.0a (o.a. dag- en ondertekening bezwaar- of beroepschrift, (112) overlegging afschrift besluit waartegen ...), 6.2.1 (beroepstermijn zes weken), 6.2.3 (beroepschrift nog tijdig ingediend, indien voor einde termijn ter post bezorgd), 6.2.7 (schriftelijke ontvangstbevestiging van het beroepschrift), 6.2.8 (doorzendplicht van bij onbevoegd orgaan ingediend beroepschrift), 6.2.8b (toezending stukken aan gemachtigde), 6.2.12b (schriftelijke en mondelinge intrekking beroep), 6.2.15 (bekendmaking beroepsmogelijkheid in

(110) Circulaire van 14 februari 1984, Stcrt. 52, Kluwer, Staats- en administratiefrechtelijke wetten, I, nr. 3a.

(111) Ik gebruik de tekst zoals de regering die op 17 juli 1989 aan de Tweede Kamer deed toekomen (21 221, nr. 2). De artikelnummers moeten we dus straks weer afleren. Vergelijk bepalingen als 6.3.1.5b NBW waar we nu juist aan gewend waren...

(112) Gemakshalve spreek ik hierna alleen over 'beroep', daarbij ook bezwaar includerend.

beslissing op bezwaar of beroep + vermelding gerechtigde(n), termijn en instantie). Ik kan zo nog geruime tijd doorgaan, doch laat zulks om begrijpelijke redenen na. Belangstellenden kunnen zich zelf verder bedienen via de afdelingen 7.1 ('Bijzondere bepalingen over bezwaar') en 7.2 ('Bijzondere bepalingen over administratief beroep') (113) van het Wetsvoorstel AWB.

Even eerder schreef ik dat de harmonisatie van formaliteiten in het administratieve procesrecht slechts ten dele is uitgekristalliseerd in de AWB. Men houde voor ogen dat het administratief procesrecht in engere zin – dat dus, de gerechtelijke procedures regelend en niet slechts het administratief beroep of de bezwaarschriftprocedure – over tal van wetten is verspreid, wetten die ik hier niet behoef op te sommen, doch die voor harmonisatiebelusten een mer à boire vormen, zelfs, neen juist, wanneer zij zich tot procesformaliteiten willen beperken. Het ligt overigens in de lijn der verwachtingen, dat de AWB, 'aanbouwwet' (114) als deze immers is, binnen afzienbare tijd te dezen aanzien veel nieuws zal gaan brengen. Daarover hier en nu te gaan speculeren is naar mijn mening tamelijk zinloos: de formaliteiten zijn het gemakkelijkst harmoniseerbaar en het resultaat van deze activiteit zal doorgaans weinig rumor in casa veroorzaken, omdat immers niet wordt gewerkt aan de grondslagen van ons rechtsbeschermingsstelsel, zoals bijvoorbeeld aan de rechterlijke competentie, de rechtsingang, de scheiding (of juist de opheffing daarvan) tussen de stelsels van a.p. en b.p. en dergelijke.

59. Moge het harmoniseren van formaliteiten *binnen het a.p.* op verhoudingsgewijs geringe problemen stuiten, anders komt het misschien te liggen op het stuk van harmonisatie van formaliteiten *tussen het a.p. en het b.p.* Al spoedig blijkt bijvoorbeeld, dat er soms helemaal niets te harmoniseren valt, omdat bepaalde vormvereisten in het b.p. wèl, in het a.p. daarentegen in het geheel niet voorkomen en omgekeerd. Eenvoudigweg afschaffen van bepaalde formaliteiten aan de ene zijde zou ook een vorm van harmonisatie betekenen, maar al gauw zou dan blijken, dat men de formaliteit in kwestie niet kan missen.

Bij verdergaande analyse treden verschillen tussen het a.p. en het

(113) Men houde voor ogen, dat administratief beroep in de AWB uitdrukkelijk wordt onderscheiden van administratieve rechtspraak: art. 6.2.o.

(114) De taal is gans 'n volk.

b.p. aan de dag, die ons van nature in de richting voeren van de *karakteristieken*. Ik was daarmee uitvoerig in de weer en kan hier daarom volstaan met het bezien van de verschillen per fase, terwijl ik tevens zal aangeven welke van de twee 'oplossingen' – die van het a.p. of die van het b.p. – mijns inziens de voorkeur verdient en waarom.

60. In de fase van de *rechtsingang* zagen we dat het *griffierecht* in het a.p. laag is en in het b.p. tot hoog kan oplopen. Naar mijn overtuiging dient het griffierecht laag te liggen, omdat het geen beletsel mag vormen voor de toegang tot de rechter. Hoe hoog men het ook ziet opgevoerd in het b.p., de opbrengst ervan staat niet in verhouding tot de kosten van de rechtsbedeling. Zou men die willen dekken, dan worden de griffierechten onbetaalbaar. Bovendien meen ik, dat het eigen is aan een moderne rechtsstaat, dat de ingezetenen een adequate en toegankelijke rechtsbescherming – waarvoor vanzelfsprekend de noodzakelijke structuur aanwezig hoort te zijn – ter beschikking staat, gefinancierd uit de algemene middelen. Men vergelijk het met andere basisvoorzieningen als onderwijs of politiek. Dit includeert overigens niet, dat de ingezetenen niets voor de rechtsbedeling zouden betalen; zij bekostigen haar geheel, alleen wordt daarbij de methode gevolgd van belastingheffing en bekostiging van de rechtsbedeling uit de algemene middelen via de Rijksbegroting. Het hanteren van een stelsel van hoge griffierechten is voorts in strijd met het gelijkheidsbeginsel, dat ook zijn werking behoort te hebben ten aanzien van de toegankelijkheid van de rechter. Geen hoge griffierechten dus; als men wil harmoniseren, volg men het a.p.-model.

De verplichte rechtsbijstand is heel kenmerkend voor het b.p., behalve in de kantongerechtsprocedure, terwijl zij in het a.p. geheel ontbreekt. Inhoudelijk bezien acht ik haar slechts nodig, indien de aard en de moeilijkheidsgraad van het rechtsgeschil het nodig maken, dat een rechtskundige als intermediair tussen partij(en) en rechter optreedt. Nu kan een kantongerechtszaak uiterst gecompliceerd zijn wat zijn juridische achtergronden betreft en een rechtbankvordering wat dit aangaat heel eenvoudig. Ook in het a.p. komen naar het juridisch gehalte bemeten rijpe en groene zaken naast elkaar voor. Dergelijke dilemma's zijn heel gewoon en men pleegt ze enigszins arbitrair op te lossen. Zo zou men kunnen voorschrijven, dat alle appelzaken door

tussenkoms van een rechtskundige (115) gevoerd moeten worden, in de te verwachten nieuwe situatie (kantongerechten in de rechtbanken geïntegreerd (?) en Arob + Twk-procedures in twee instanties, met als tweede en hoogste de Raad van State, Afdeling bestuursrecht-spraak). Het gaat dan dus om de procedures bij de gerechtshoven, bij de nieuwe Afdeling van de Raad van State en trouwens ook bij de Centrale Raad van Beroep, die, zoals hierna nog te vermelden, wellicht ook tot louter appelinstantie wordt omgevormd. (116) Al met al los ik het op het punt van de verplichte rechtsbijstand duidelijke verschil tussen a.p. en b.p. op in een tussenstandpunt. Moeilijkheidsgraad wordt gemakshalve vertaald naar hoger beroep. Bij cassatie springt de noodzaak van verplichte rechtsbijstand nog duidelijker naar voren; zij vloeit daar direct voort uit de aard van het betreffende – louter juridische – geschil.

De *cumulatie*-kwestie leent zich waarschijnlijk niet voor volledige harmonisatie. Aan incidenten of procesfiguren die in het b.p. heel gewoon èn nodig (kunnen) zijn – vrijwaring, reconventie, voeging wegens connexiteit – zal in het a.p. weinig of geen behoefte bestaan, hetgeen soms domweg met het karakter van het geschil samenhangt: de aangevallen beschikkinggever, bijvoorbeeld een gemeentelijk orgaan, kan moeilijk de gemeente zelf in vrijwaring roepen, (117) al zou aan een dergelijke procesfiguur soms wel eens behoefte kunnen bestaan richting hoger bestuursorgaan; ook een reconventionele vordering is moeilijk denkbaar. Toch is ook het a.p. vaak een méér-partijengeding, een observatie die in het oog springt, als ik naar de

(115) Omdat ik hier geen *oratio pro domo* wil houden, gebruik ik het neutrale woord rechtskundige. Met het achterste van mijn tong sprekend, ben ik er voorstander van dat advocaten hier exclusief optreden. Zij alleen zijn voldoende onafhankelijk èn adequaat geschoold èn kennen het absoluut noodzakelijke beroepsgeheim.

(116) Wat de balie 'verliest' bij de rechtbankprocedures, krijgt zij in mijn redenering terug bij de administratieve rechtspraak in twee instanties. Ik vermoed overigens, dat 'de markt' de advocaat als procesvoerder-bij-uitstek ook in civiele zaken zal (blijven) inschakelen en ook in eerste aanleg, omdat de justitiabele zelf veelal niet in staat is een rechtsgeding te voeren. Het is aan de balie om zich door kwaliteitsaanbod en fatsoen 'onvermijdelijk' te maken. In dit verband til ik zwaar aan goede tuchtrechtspraak.

(117) Men zie bij wege van analogie de (afwijzende) beslissing van de Afdeling rechtspraak d.d. 6 november 1978 (Ten Berge en Stroink, jurisprudentie, beroepsrecht, p. 71) met betrekking tot een beroep van B en W van de toenmalige gemeente Hemelumer Oldeferd tegen een uitspraak van de gemeentelijke bezwaarschriftencommissie. Het komt ook voor dat het ene orgaan tegen het andere in het krijt treedt; zo bijvoorbeeld een beroep van B en W tegen een raadsbesluit tot bouwvergunningverlening ex art. 51 lid 3 Woningwet.

derde-belanghebbende verwijs. De omstandigheid, dat de erga-omnes-werking van de uitspraak in het a.p. duidelijker aanwezig is, maakt ook de behoefte aan cumulatie kleiner dan in het b.p.

De *ontvankelijkheid* ligt principieel gezien in beide processtelsels wel gelijk: men kent de trits – rechter onbevoegd, partijen niet ontvankelijk, vordering of beroep ongegrond –, een trits overigens die een fraai licht werpt op de essentialia van het proces. Het a.p. heeft op het stuk van de ontvankelijkheid wellicht een geringe voorsprong op het b.p., omdat de wettelijke regeling beter is.

Tenslotte, in deze ingangsfase, de *equality of arms*. Zoals we zagen kleurt die in de twee stelsels wat anders in, maar dat hangt samen met de positie van partijen – autonoom in het b.p. – en op dit veel aanmerkelijker verschil kom ik aanstonds terug.

61. De fase van de *rechtsgang* kent een aanzienlijk grotere differentiatie dan het stadium dat daaraan voorafgaat, al zijn er juist hier ook grote overeenkomsten. Zo bijvoorbeeld op toch geenszins onbelangrijke punten als de *hoor en wederhoor* en de *openbaarheid*, terwijl ook *wraking* en *verschoning* gelijk liggen en *enkelvoudige en meervoudige rechtspraak* in a.p. en b.p. beide opgeld doen. Maar de sterkste verschillen doemen toch juist in de fase van de rechtsgang op en wel ten aanzien van de respectieve posities van de rechter en van partijen. Bovendien zijn de verschillen zowel complementair als spiegelbeeldig. In het a.p. een actieve(re) rechter, maar – ook als gevolg daarvan! – minder *partij-autonomie*; in het b.p. een relatief sterke autonomie van partijen, doch – ook als gevolg daarvan? – een tamelijk *lijdelijke rechter*, al bestaat er op juist dit laatste vlak de (rechterlijke) neiging het heft wat meer in handen te nemen, bijvoorbeeld via de bevoegdheden uit de art. 19 en 19a Rv.

Tussen het b.p.-model en het a.p.-model zal, wil harmonisatie van de karakteristieken rechterlijke lijdelijkheid en partij-autonomie van de grond komen, een echte keuze gemaakt moeten worden in het besef, dat de respectieve procesposities van partijen en van de rechter hen als communicerende vaten doen fungeren; maakt men de rechter actiever dan verliezen partijen aan autonomie. Toch tender ik in deze richting en wel omdat ik het a.p.-model beter acht. Daarvoor bestaan diverse redenen. Het procesverloop is duidelijker, omdat de rechter de leiding heeft en partijen er niet met de bal vandoor kunnen gaan. Een actief optredende rechter geeft partijen minder kans om het geschil te laten escaleren. Als partijen niet tegenover elkaar staan

ten overstaan van de rechter, doch samen hun geschil aan de rechter ter beslechting in handen geven, zal polarisatie minder kans krijgen. De 'fact-finding' zal door een actieve rechter beter geschieden dan door een lijdelijke. De procedure zal korter kunnen duren. Zij is eerder oplossingsgericht dan conflictregulerend van karakter. De uitspraak van een participerende rechter kan in de ogen van partijen geloofwaardiger zijn.

Men dient overigens deze pendel tussen rechter en partijen ook te bezien in het licht van enige andere karakteristieken die ten dele al aan de orde kwamen. Het non-cumulatieve karakter van het a.p. – dat trouwens samenhangt met het *uniteitsaspect* dat ook juist daar zijn rol speelt – heeft ook een duidelijker procesgang tot gevolg. Maar zelfs al kunnen we een aantal procedurele figuren zoals de vrijwaring en de reconventie niet missen – hierboven concludeerde ik dan ook dat deze zich niet voor harmonisatie lenen, waarmee ik bedoel dat we ze niet kunnen schrappen uit de wet – , toch valt te vermoeden, dat ook dergelijke incidenten en instrumenten een beter en efficiënter gebruik door partijen zullen kennen naarmate de rechter actiever kan optreden. Men vergeet niet dat het a.p. heel dikwijls ook méér partijen kent, ik wees al op de derde-belanghebbende. Opvallend is dan dat al deze betrokkenen ter zitting in elkaars aanwezigheid door de rechter worden gehoord en *ondervraagd*. De zitting in het a.p. heeft dan ook veel minder het karakter van een pleitzitting doch eerder dat van een comparitie of van instructie.

Een andere karakteristiek, die ook een discrepantie tussen de beide processtelsels laat zien, heeft eveneens te maken met de posities van de rechter en van partijen, en ook hier weer pakt de waardering uit ten voordele van het a.p.: ik doel op de vraag of de procedure in hoofdzaak *schriftelijk* of óók *mondeling* verloopt. Het b.p. en het a.p. vangen beide schriftelijk aan, maar blijft het in het b.p. vaak bij schriftelijke voorzetting, het a.p. kent nagenoeg altijd de mondelinge behandeling. Ik vermoed, dat dit verschijnsel op zich al een actievere rol van de rechter impliceert. Ook de *termijnstellingen* zijn in het a.p. doorgaans strakker, want in handen van de rechter en niet aan partijen overgelaten, al valt ook hier in het b.p. een tendens richting rechter te bespeuren.

Het vorengaande bijeen nemend, durf ik te stellen, dat het a.p.-model voor de fase van de rechtsgang – het eigenlijke proces toch? – de voorkeur mag genieten. Telkens als er significante verschillen in de karakteristiek bestaan, komt mij de a.p.-variant de beste voor.

Men houde bovendien voor ogen, dat het b.p. in feite stilzwijgend al tendeert in de richting van minder rechterlijke lijdelijkheid – het al genoemde comparitie-model na enkelvoudige stukkenwisseling lijkt eenvoudiger op dat van het a.p. Minder partij-autonomie dus, actief optreden van de rechter ook bij incidenten, mondelinge behandeling ter zitting, dat zou voor mij een set van karakteristieke vormen, waardoor het b.p. en het a.p. meer op één lijn zouden komen te liggen.

62. De fase van de *rechtsuitkomst* tenslotte toont nog enkele aardige mogelijkheden. Allereerst bezien we de *toetsingsruimte voor de rechter*. Het onderscheid *rechtmatigheid/doelmatigheid* is in feite achterhaald, des, dat het kennelijk ondoelmatige ook niet door de rechtmatigheidsbeugel zal kunnen. Met name de zogenaamde derde toetsingsgrond in artikelen als 8 Wet Arob of 2 TwK is in wezen niets anders dan een negatief geformuleerde verwoording van het beginsel, dat alle in redelijkheid bij een besluit betrokken belangen (tevorens!) behoorlijk dienen te worden mede (af)gewogen, een beginsel dat m.i. voor het bestuursrecht echt des Pudels Kern uitmaakt en dat zich dan ook niet voor niets al een halve eeuw of langer aftekende – ‘marginale toetsing’, willekeur, kennelijke onredelijkheid – , alvorens tot rust te komen in de positief geformuleerde codificatie van art. 3.2.3 van het wetsvoorstel Algemene wet bestuursrecht. (118) Moge het beginsel dan aldus uitgekristalliseerd worden, de werkzaamheid ervan kan in het bestuursrecht en dus in het a.p. alleen maar toenemen. De omstandigheid dat het achterhaalde kunstmatige onderscheid tussen recht- en doelmatigheid in het b.p. geen rol speelt, kan natuurlijk nimmer een argument contra harmonisatie opleveren.

Naar mijn mening geldt zulks ook voor de segmentatie die sommigen in de toetsingsruimte trachten aan te brengen via de kwalificatie *ex tunc/ex nunc*. Wat dáárvan zij, – ik beschouw ook dit onderscheid minstens als ‘in staat van achterhaling’ – voor harmonisatie vormt het geen beletsel. Het zou overigens veel te ver voeren hier bespiegelingen te houden over de vraag of het onderscheid iets en zo ja wat dan zou kunnen betekenen in het b.p. Wel vermeld ik, dat daar het gedrag van partijen ten processe (de afloop van) het geschil terdege kan beïnvloeden...

Resteert in dit verband nog de *ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden*.

(118) Tweede Kamer, 1988-1989, 21 221, nr. 2. Zie hierover vooral de MvA (21 221, nr. 5), p. 55 – 60.

Stellig geen stok tussen de spaken van het harmonisatiewiel. Is het niet zo, dat de administratieve rechter zelf vaak zoekt naar andere dan de aangevoerde vernietigingsgrond(en) en zulks ook in zijn beslissing aangeeft? Hij vindt ze overigens zelden. En komt dit niet in de richting van art. 48 Rv? Het gaat erom of de gestelde feiten de vordering kunnen dragen. Welke kwalificatie de aanlegger aan die feiten gaf, doet er in geen van beide processtelsels toe.

De aan de uitspraak te stellen eisen — *gemotiveerd en openbaar* — vertonen in b.p. en a.p. hetzelfde (goede) beeld en harmonisatie is hier dus niet nodig, want harmonie aanwezig.

Maar ten aanzien van *de beslissingsruimte* stoten we op verschillen, die, eigen aan de respectieve stelsels, niet verdonkeremaand zullen kunnen worden. Dit betreft dan vooral het *zelf-voorzien-in-de-zaak* door de rechter, dat in het a.p. normaal is, doch in het b.p. onbekend, al is dat laatste wellicht niet vol te houden als men de analogie aanvaardt van rechterlijke vonnissen die in de plaats kunnen komen van bijvoorbeeld een notariële akte of als men denkt aan beslissingen van de rechter in voluntaire jurisdictie gegeven (adoptie, naamswijziging e.d.) — ik wees hierop al eerder. Men zal overigens instemmen met de opvatting, dat niet op elk punt harmonie behoeft te bestaan tussen het a.p. en het b.p. om te komen tot integratie van de rechtspraak in de beide sferen. De rechter zal heel wel in staat zijn enig onderscheid ten aanzien van zijn beslissingsbevoegdheid te hanteren. Het gaat bij harmonisatie van procesrecht en integratie van rechtspraak veel meer om de belangen van de arme justitiabele, verstrikt als die al is in competentievragen nog voordat hij in het oerwoud van de rechtsbescherming elk spoor volledig bijster raakt, tenzij voorzien van hoogwaardige en kostbare rechtsbijstand, doch dit alles hier bij wege van voorschot op de slotconclusies.

De *reformatio in peius* en het *ultra petita* gaan komen alleen voor in het a.p. We zagen reeds dat er tegenstand bestaat tegen deze figuren en wellicht kunnen ze geheel verdwijnen. In dèze aspecten toont het a.p. nu eens geen fraaiere aanblik dan het b.p.

De karakteristieken tenslotte die *de uitspraak zelf* betreffen liggen in de *erga-omnes-werking* van de uitspraak (wel in het a.p., niet in het b.p.) en in de *kostenveroordeling* (omgekeerd). Het eerste kenmerk zullen we niet kunnen ontgaan, doch het doet aan harmonisatie van het proces(recht) niet toe of af, dat de uitspraak voor meederen gevolg heeft dan voor partijen alleen. De kostenveroordeling acht ik bepaald een pluspunt in het b.p. Wie tevergeefs geprocedeerd blijkt te hebben,

moet voor de kosten van de wederpartij opdraaien en dat trouwens nog niet eens volledig. In het a.p. zou dat mechanisme zonder meer moeten worden overgenomen en niet via de omweg van een Hoge Raad-arrest. Ik laat hier in het midden of zo'n kostenveroordeling dan beperkt zou moeten worden tot die gevallen, waarin de aanlegger zijn beroep gegrond ziet verklaard.

63. Mijn kreeftengang eindigt bij de *essentialia* en zoals in het begin van deze beschouwingen bleek, acht ik op een tweetal punten een essentieel verschil tussen het a.p. en het b.p. aanwezig: ten aanzien van *partijen* en ten aanzien van *het objectum litis*. Ik stelde vast dat het eerste verschil niet ongedaan gemaakt kan worden; in het a.p. is nu eenmaal per definitie de overheid de aangevallen (proces)partij. Het verschil in partij werkt zelfs door tot in de omschrijving van a.p. respectievelijk b.p. In het eerste immers is een overheidsovergaan *altijd* verweerder, in het tweede kan elke justitiabele, zowel natuurlijke als rechtspersoon en elk overheidslichaam – sommigen stellen zelfs ook elk overheidsorgaan – optreden als eiser zowel als verweerder. Hoezeer men ook wil harmoniseren, dit verschil zal blijven. Een volledige gelijkheid, des, dat alle juridische entiteiten, zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke – in welk laatste verband alléén *rechtspersonen* bestaan – in willekeurig welk geschil – dat dus over een privaatrechtelijke rechtsbetrekking en dat over een publiekrechtelijke (overheids)uiting – in rechte kunnen optreden zowel eisende als verweerende, acht ik onbestaanbaar. Maar zou deze vaststelling ook tot de slotsom dienen te voeren, dat de *procesvoering* in civilibus niet op een lijn te brengen zou zijn met die in administratieve zaken?

Het verschillend objectum litis in de beide rechtssferen verhindert in alle geval niet dat dezelfde rechter er een oordeel over velt, in die zin minstens dat het objectum litis niet bepalend behoort te zijn voor de vraag of er een rechter aan de zaak te pas komt. Men versta mij wel: vroeger was dat vaak geenszins het geval, omdat toen namelijk geschillen over publiekrechtelijke kwesties, als ze al aan enigerlei instantie voorgelegd konden worden, door een (hoger) bestuursorgaan in administratief beroep werden afgedaan. De rechtsbescherming tegen de overheid moest wet voor wet op het bestuur worden veroverd – men denke aan de Ongevallenwet, de rechtspraak in ambtenarenzaken en in fiscalibus, waar gedeputeerde staten nog merkwaardig lang een rol bleven spelen. En nog zijn de relictten de wereld niet uit: waarom moet een burger eerst nog bij de gemeenteraad aanbellen ter

zake van een weigering van een bouwvergunning (beroep ex art. 51 Woningwet) om de deur naar de Afdeling rechtspraak geopend te krijgen?

Twee evidente verschillen dus in de essentialia van het proces: dat in partijen is onontkoombaar, doch verhindert niet dat de procesvoering in essentie gelijk wordt getrokken waar mogelijk, uiteraard met behoud van onderscheid in de karakteristieken waar nodig. Dat de rechter over onderscheiden objecta litis heeft te oordelen, verhindert al evenmin harmonisatie van de respectieve procesrechtstelsels in a.p. en b.p.

Toch zullen velen met mij instemmen, als ik het tot nu toe betoogde afdoe als te vaag en te algemeen. De vraag rijst dan ook of er op het stuk van harmonisatie niet méér valt te zeggen. De analyse tot op heden bracht verschillen in formaliteiten, karakteristieken en essentialia aan het licht, evengoed trouwens als overeenkomsten. De laatste behoeven geen harmonisering, doch slechts gelijkschakeling in formulering. De verschillen kunnen soms niet worden weggewerkt, eigen als ze zijn aan de aard van het administratief of burgerlijk proces — we zagen juist het belangrijkste voorbeeld bij de essentialia. Vooral bij de karakteristieken treffen we een derde mogelijkheid aan, namelijk die van een keuze tussen de beide stelsels, in dier voege dat we het andere modelleren volgens het ene.

De probleemstelling laat zich op dit moment vernauwen tot de vraag of er voor het doen van die keuze geen structurerend principe gevonden kan worden, liefst reeds aanwezig in ons procesrechtstelsel. Ik meen dat zulk een principe inderdaad voor handen is.

HET KONIJN UIT DE HOED

64. Wie nu verwacht dat de goocheltruc mislukt, komt bedrogen uit: zelden zal een konijn op zo vanzelfsprekende wijze uit een hoed tevoorschijn zijn gekomen. De kritische lezer — en is dat niet elke jurist? — heeft tot op heden ook maar de geringste verwijzing naar *de verzoekschriftprocedure* (art. 429a — 429t *Rv*) gemist. En het is naar mijn mening juist deze procedure die de brug kan vormen tussen het burgerlijke, met een dagvaarding ingeleide geding en het administratief-rechtelijke geschil dat met een beroepschrift aanvangt. De rekestprocedure heeft een belangrijke karakteristiek gemeen met het a.p. en wel deze: de verzoeker of appellant wendt zich met zijn inleidende

schriftuur onmiddellijk *tot de rechter en niet*, via tussenkomst van een deurwaarder, *tot de tegenpartij*, gelijk dat met de dagvaarding het geval is. Dit optisch ogenschijnlijk geringe verschil beïnvloedt, zoals in het voorgaande ook aangetoond, op zijn minst de posities die rechter en partijen in de procedure innemen. In de procedure op tegenspraak richt de ene partij zich tot de andere en stellen zij zich vervolgens diametraal tegenover elkaar op ten overstaan van de rechter, die zich eigenlijk niet mengt in het verloop van het geschil, tenzij partijen hem dat tussentijds vragen – incidenten. In de procedure op verzoek wendt één van partijen zich tot de rechter en deze is het die vervolgens, het initiatief overnemend, de belanghebbenden – dit begrip duikt telkens op in de administratiefrechtelijke proceswetten, maar ook in de artikelen uit rechtsvordering die de verzoekschriftprocedure regelen – in de gelegenheid stelt een verweerschrift bij hem, de rechter dus, in te dienen. De rechter bepaalt vervolgens een dag voor de mondelinge behandeling. Wij constateerden reeds, dat de lijdelijkheid van de rechter in het a.p. afneemt met de autonomie van partijen. Is dit in de verzoekschriftprocedure niet eveneens het geval?

Kortom, ook het b.p. kent juist in de procedure op rekest een stelsel dat in zijn grondtrekken veel overeenkomst vertoont met het a.p. Met deze observatie wil ik overigens in het geheel niet voorbijzien aan de talloze verschillen tussen de procedure ex de art. 429a Rv e.v. en het a.p., vooral op het stuk van de formaliteiten, die er in de rekestprocedure eigenlijk niet eens zoveel zijn.

Het komt mij voor dat met de aldus gevonden overeenkomst tussen een bepaalde vorm van het b.p. en het a.p. het structurerend principe voor een vergaande harmonisatie gegeven kan zijn. Dit zou betekenen, dat men – het jumping-to-conclusions zij mij vergeven, voortvloeien als dit doet uit de beperking die nu eenmaal aan de lengte van de tekst is gesteld – de dagvaardingsprocedure uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering verwijdert en de rekestprocedure uitbouwt. Tal van bepalingen uit de titels, voorafgaand aan de twaalfde, kunnen overigens gehandhaafd blijven. (119)

De comparitie-methode (art. 19 en 19a Rv) die de laatste jaren sterk terrein heeft gewonnen, maakt de overstap naar het rekest/a.p.-model eenvoudiger. De neiging van de rechter om zich minder lijde-

(119) Ik abstraher hier met opzet van de 'broodroef' die ik de deurwaarder toebreng; een adequate overgangs- en compensatieregeling dient natuurlijk van de hele operatie deel uit te maken.

lijk op te stellen is ook niet van vandaag of gisteren en ik vermoed dat juist het toenemende toepassen van de art. 19 en 19a (mede) daaruit is voortgekomen.

Wanneer de procesvoering methodisch gezien in het b.p. en het a.p. zoveel als mogelijk is wordt gelijkgeschakeld, zal de onderlinge uitwisselbaarheid van rechters-nieuwe-stijl binnen korte tijd mogelijk blijken. Het carrièreverloop krijgt meer perspectief, de functie van rechter wordt veelzijdiger en interessanter, zijn gezag neemt eer toe dan af, specialisatie – wat daarvan ook zij! – wordt begunstigd ... De zojuist genoemde voordelen gelden de (positie van de) rechter. Nog veel belangrijker is natuurlijk de situatie waarin de justitiabelen zouden komen te verkeren, indien een zo ver mogelijk doorgevoerde harmonisatie tussen b.p. en a.p. een feit zou zijn. De grootste winst voor de justitiabelen zou liggen in de grote eenvoud die een eenvormig procesrechtstelsel zou kenmerken. In materieelrechtelijk opzicht is onze samenleving zowel privaat- als publiekrechtelijk gezien in onaanvaardbaar ver voortgeschreden mate gejuridiseerd. Als tegenover de nog steeds groeiende dichtheid en complexiteit van materiële regelgeving een vereenvoudiging op het formeel/procedurele terrein bereikt kan worden zou de winst, ook in de directe zin van het woord, zelfs wel eens veel groter kunnen zijn dan ooit verwacht. Zoals de Wet Arob als onmeetbaar neveneffect een kwaliteitsverhoging van het bestuurshandelen (voor zover zich dat in Arob-gevoelige beschikkingen uit) tot gevolg heeft gehad, zo zou ook een duidelijke rechtsingang, gevolgd door een snelle en relatief goedkope procedure onder leiding van de rechter, de oorzaak kunnen worden van algemene kwaliteitsverbetering van de samenleving op het stuk van haar juridisch functioneren. Ik vermoed hoe dan ook, dat de voordelen van een in elkaar schuiven van de respectieve procedurestelsels groot zullen zijn.

EEN ONVERWACHTE PROEF OP DE SOM

65. Toeval of onvermijdelijkheid? Ik weet het niet, maar prijs me wel gelukkig, dat ik nog tijdig een voorontwerp onder ogen kreeg van een wetsvoorstel, o.a. behelzend een achtste hoofdstuk van de momenteel bij de Tweede Kamer aanhangige Algemene wet bestuursrecht.

(120) Dit achtste hoofdstuk draagt als titel 'Bijzondere bepalingen over beroep op de rechtbank'. In hetzelfde wetsvoorstel is een nieuw art. 55b van de Wet RO voorzien dat als volgt luidt: 'De arrondissementsrechtbanken nemen in eerste aanleg kennis van de bestuursrechtelijke zaken waarvan de kennisneming niet aan een ander gerecht is opgedragen.' Bij de rechtbanken moet men dan in eerste aanleg terecht voor de (meeste) 'TwK'- en Arob-zaken – de gelijknamige wet wordt ingetrokken, de TwK kent een ingebouwd einde – , alsmede voor het grootste deel van de sociale verzekeringszaken en de ambtenarenzaken. 'In eerste aanleg' schreef ik zojuist: het hoger beroep van de twee laatstgenoemde categorieën blijft in handen van de Centrale Raad van Beroep, terwijl men voor TwK- en Arob-geschillen terecht kan bij de nieuw te vormen Afdeling 'Bestuursrechtspraak' van de Raad van State. Het neologisme dook eerder in de tekst van mijn preadvies al even op (de Afdelingen rechtspraak en geschillen verdwijnen dan uiteraard). Het zal duidelijk zijn, dat niet alleen de AWB verder uitgebouwd wordt, maar dat ook in tal van andere wetten wijzigingen noodzakelijk zijn, vooral in de Wet op de Raad van State, die een heel stuk korter wordt.

Ik weerhoud me ervan om hier allerlei bespiegelingen ten beste te geven over deze voornemens en volsta met de constatering, dat we – uiteindelijk dankzij het exogeen vermaan vanuit Straatsburg – plotseling een heel eind verder komen met de ordening van ons tot nu toe totaal chaotisch ontwikkelde rechtsbeschermingsstelsel. Wij kunnen ons, als al deze voorstellen wet worden en ook ingevoerd, uiteindelijk gaan rekenen tot de juridisch beschaafde naties.

66. Terugkerend tot het voorgestelde achtste hoofdstuk AWB – dit bevat de nieuwe rechtbankprocedure – , neem ik dan echt de proef op de som: heeft men nu de kans gegrepen om aan te knopen bij de verzoekschriftprocedure uit de art. 429a e.v. Rv? Naar mijn mening niet, althans niet duidelijk. Teneinde misverstand te vermijden, wijs ik er eerst nog op, dat het natuurlijk niet mogelijk is om door middel van een simpele verwijsbepaling Titel 12 van Boek 1 Rv gewoon van toepassing te verklaren. Bij het concipiëren van deze titel had de wetgever niet het oog op het geschil tussen burger en overheid en dit geschil bevat nu eenmaal een aantal karakteristieke en zelfs enkele essentiële eigenheden in vergelijking met de procedure tussen burgers

onderling, hetgeen een domweg in elkaar schuiven van de respectieve procesrechtstelsels verhindert. Geen volledige harmonisatie dus daarvan, ofschoon de integratie van burgerlijke en administratieve rechtspraak in het voorgestelde – nog in een informeel stadium verkerende! Er kan dus van alles misgaan; er zou zelfs iets ten goede kunnen keren... – ontwerp zich wel degelijk gaat aftekenen, zij het voorshands alleen in de eerste aanleg. Er is voor algehele integratie meer vereist, bijvoorbeeld één appelrechter. Daarbij komt natuurlijk de positie van de Raad van State in het geding, hetgeen ook blijkt uit de verkenningen – van iets anders is nog geen sprake – door de regering voor de derde fase van het integratieproces. (121) Voor ons is nu de eerste van belang: zij moet (TwK!) op 1 januari 1993 ingaan en de wetgever staat derhalve peremptoir.

67. Gelet op de hoe dan ook aanwezige verschillen tussen burgerlijke en administratieve rechtsvordering, kan men de burgerlijke verzoekschriftprocedure niet zonder meer overplanten naar het administratiefrechtelijke veld. Daarom gebruikte ik hierboven ook de term 'aanknopen bij', want dat is m.i. wel mogelijk en niet, althans onvolgende, gebeurd of geprobeerd. Waarschijnlijk heeft men zelfs bij de mogelijkheid om uit te gaan van het verzoekschriftproceduremodel niet eens stilgestaan. Men heeft beoogd 'uniform' bestuursprocesrecht tot stand te brengen 'voor administratieve procedures bij de administratieve kamers van de rechtbanken', zoals de toelichting bij het wetsvoorstel het weergeeft. Nergens blijkt, of men zich heeft afgevraagd welke aanknopingspunten het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering biedt. Zo is niets te vinden over de rechtsingang – dagvaarding of verzoekschrift – , laat staan dat er sprake is van enige analyse van het verschijnsel 'proces'. Voorshands – de toelichting laat ruimte voor 'andere keuzes in een later stadium' – heeft men ermee volstaan de procesrechtelijke regels uit de Wet Arob, de TwK, de Beroepswet en de Ambtenarenwet 1929 te laten opgaan in de nieuwe AWB-procedure, die bij de rechtbank dus. De 'kernbe-

(121) Zie daarover het regeringsstandpunt 'Naar een nieuwe structuur van de rechterlijke organisatie' n.a.v. het Eindrapport van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie (deel 1) welk regeringsstandpunt op 29 juni 1989 aan de Tweede Kamer is aangeboden (21 206, nr. 2); zie voorts het standpunt van de regering over de invoering van Arob-rechtspraak in twee instanties (Tweede Kamer, 1988-1989, 21 048, nr. 2) en tenslotte de brief d.d. 22 juni 1990 van de regering aan de Tweede Kamer (21 048 en 21 206, nr. 3).

grippen' zijn a) *besluit* (een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling; zie art. 1.3 sub a AWB), b) *bestuursorgaan* (een persoon, of een college, met enig openbaar gezag bekleed; zie art. 1.1, lid 1 AWB) en c) *belanghebbende* (degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken; zie art. 1.2, lid 1 AWB), waarmee de systematiek van de AWB in alle geval wordt gehandhaafd. De procesregeling is, volgens de Toelichting, 'globaal en niet gedetailleerd. Formaliteiten zijn vermeden, voor zover zulks verantwoord is ...'

Men zal het mij hopelijk niet euvel duiden, dat ik het hierbij laat wat de nieuwe administratiefrechtelijke rechtbankprocedure betreft; haar uitvoerig en rechtsvergelijkend te beschrijven zou – er kan bovendien nog veel veranderen –, de reikwijdte van dit preadvies verre te buiten gaan. Wel wil ik mij wagen aan een eindconclusie, al besef ik dat die niet geheel te controleren valt, omdat het 'materiaal' – de tekst van hoofdstuk 8 AWB dus –, nog niet algemeen voorhanden is. Wellicht is dat medio 1991 anders.

SLOTCONCLUSIE

68. *Van harmonisatie over de grenzen van de beide onderzochte procesrechtstelsels, het b.p. en het a.p., is over de grenzen van de respectieve stelsels heen werkelijk niets te bespeuren.* Van harmonisatie binnen het a.p. daarentegen bepaald veel: de eerste aanleg wordt geuniformeerd via één procedure bij één (eerste) instantie, die weer wel aanknoopt bij de sedert de invoering van ons b.p. gegroeide 'geografische' opzet. Tot mijn innig genoegen, zijn hybriditeiten als het instellen van 'Arobkamers' bij slechts 9 of 10 van de 19 rechtbanken dan wel bij de (vijf) gerechtshoven vermeden. Alsof het er principieel bezien iets toe zou doen, dat in Groningen, Friesland en Drente samen evenveel Arobprocedures worden gevoerd als in Noord-Brabant... Wij kunnen overigens toch weer niet vermijden het systeem op te zadelen met vicia originis, juist omdat we niet bereid zijn principiële keuzen te maken, althans die ook bij de uitwerking gestand te doen. Zo wil men bijvoorbeeld een aantal beroepszaken – bijvoorbeeld die uit hoofde van de Ontgrondingenwet en de WRO voor zover het bestemmingsplannen betreft – in eerste (en dus enige) aanleg concentreren bij de nieuwe Afdeling Bestuursrechtspraak. Er zullen allicht redenen voor bestaan, doch systematisch is het niet. Het ontbreekt er nog maar aan

dat men tegen besluiten van algemene strekking geen beroep bij een onafhankelijke rechter had willen openstellen... (122) In het b.p. staan ons wellicht – ik wees er al op – monstrositeiten als het ‘intern appel’ te wachten...

69. Geen harmonisatie dus tussen het a.p. en b.p. Wel binnen het a.p. en wellicht óók, in een wat verdere toekomst, binnen het b.p. Ik kan mij namelijk heel goed voorstellen, dat daar de dagvaardingsprocedure uiteindelijk verdwijnt. Misschien is dat een wat verder in de toekomst verwijderd liggend effect van de integratie van rechtspraak, die aldus toch nog van invloed is op de harmonisatie van het procesrecht. Als namelijk de tendensen doorzetten naar minder partijautonomie – waar is die goed voor? –, naar meer efficiëntie en snellere afwikkeling van procedures, naar een minder lijdelijke opstelling van de rechter, dan zal in de praktijk de polariserende, antithetische en conflict-verhogende – daarbij doel ik op het procedurele conflict, het conflict binnen het materiële geschil – dagvaardingsprocedure hoe langer hoe meer als obsoleet worden ervaren. De burgerlijke procespraktijk wijkt nu reeds in betekenisvolle mate uit naar de arbitrage, een procesvorm die óók minder aan de dagvaardings-, dan aan de verzoekschriftenprocedure doet denken. Welnu, deze tendensen krijgen misschien de overhand, omdat het a.p. binnen de rechtbanken op den duur een eigen, die tendensen versterkende invloed zal gaan uitoefenen. Wij moeten dan niet denken in termijnen van jaren, doch van decennia, iets waaraan we in juridisch Nederland gewend zijn: hoe lang hebben we niet moeten wachten op de Wet Arob? Dat het thans zo snel gaat met de ontwikkelingen hebben we in hoofdzaak – ik wees er al op – te danken aan de inwerking op onze rechtssfeer van het Europese verdragsrecht.

70. Stapsgewijs zou de ontwikkeling zich dan als volgt aftekenen: ‘nu’, dit decennium, – of zou de kar weer in commissoriale modder blijven steken als na 1 januari 1993 de TwK-stoom van de ketel is? – integratie van rechtspraak en ‘interne’ harmonisatie van het a.p. Vervolgens, wellicht ten dele gelijklopend op een ander spoor, ‘interne’ harmonisatie van het b.p. Tenslotte, en dan zijn we de milleniumgrens ver gepasseerd, een zo ver mogelijke externe harmonisatie van

(122) Zie het hiervoor onder nr. 4 genoemde arrest Jacobsson/Zweden; maar gelukkig, dat dit arrest gewezen is, voordat te onzent de keuze gemaakt is.

a.p. en b.p. met één (derde) cassatie-instantie – vanzelfsprekend de Hoge Raad. Waarom ‘zo ver mogelijk’? Omdat hier enkele essentialia en verschillende karakteristieken enig onderscheid tussen de beide procesrechtstelsels noodzakelijk zullen blijven maken. De unieke positie van de overheid in het a.p. is daar debet aan en wellicht komen we nog eens in een stadium – nu is het alles rechtsbescherming van de burger tegen de overheid wat de klok slaat – dat we er maar wát blij mee zullen zijn, dat de overheid procedureel gezien haar eigenstandigheid kan bewaren. Een zo sterke congruentie dat alle verschil tussen burgerlijk (proces)recht en bestuurs(proces)recht geheel zou verdwijnen, valt nimmer te bereiken.

III. DE RECHTERLIJKE HABITUS IN BURGERLIJKE EN ADMINISTRATIEVE ZAKEN

Preadoies mr. J.H. Blaauw

1. INLEIDING, 179
2. DE ABSOLUTE COMPETENTIE, 182
3. PARTIJEN IN HET PROCES, 194
4. HET BELANG VAN PARTIJEN, 198
5. AANVULLING EN SUBSTITUTIE VAN RECHTSGRONDEN, 203
6. EX TUNC EN ZELF IN DE ZAAK VOORZIEN, 207
7. HET BEWIJS, 210
8. HET KORT GEDING, 218
9. SLOTBESCHOUWING, 222

De rechterlijke habitus in burgerlijke en administratieve zaken

1. INLEIDING (*)

In de begroting van het Ministerie van Justitie voor het jaar 1990 is in het hoofdstuk Wetgeving een paragraaf opgenomen over Arob-rechtspraak in twee instanties als verwoord in het kabinetsstandpunt daaromtrent (21 048 d.d. 2 maart). Daarbij is vooruitgelopen op het kabinetsstandpunt omtrent de herziening van de Rechterlijke Organisatie (21 206 d.d. 29 juni 1989), voor zover rechtspraak in Arob-zaken, vreemdelingenzaken, ambtenarenzaken en zaken met betrekking tot sociale zekerheid in eerste instantie zal worden opgedragen aan de administratieve sector van daartoe aangewezen Rechtbanken. Blijkens dit hoofdstuk is een voorstel van wet dienaangaande in voorbereiding, waarin tevens zal worden voorzien in een uniforme regeling van het door de administratieve sector van de Rechtbanken in eerste aanleg toe te passen procesrecht. Daarmee wordt reeds ingespeeld op de tot stand te brengen AWB, waarin na de voltooiing van de herziening van de rechterlijke organisatie een uniforme regeling voor het gehele bestuursprocesrecht zal worden opgenomen. Ook in de Regeringsverklaring, welke op 27 november 1989 in de Tweede Kamer is uitgesproken, is meegedeeld dat in het voorjaar van 1990 een wetsvoorstel aan de Raad van State zal worden gezonden, dat voorziet in de opnemng van een eenvormig bestuursprocesrecht in de AWB. De

(*) Veel dank ben ik verschuldigd aan Mr. J.M. Kan, Oud-Voorzitter van de Afdeling geschillen van bestuur van de Raad van State, die de tweede versie van dit preadvies van kritisch-constructieve opmerkingen en aanwijzingen heeft voorzien en met mij doorgesproken; het inzicht en de wijsheid van geronten als deze zijn onschatbaar! Eveneens ben ik veel dank verschuldigd aan Mw. mr. C.W. Rang, onder-voorzitter van de Raad van Beroep te Amsterdam, die de derde versie van dit preadvies kritisch heeft bestudeerd, op de haar eigen wijze van aantekeningen heeft voorzien en met mij daarover heeft gediscussieerd; het merendeel daarvan heb ik graag overgenomen.

begroting van het Ministerie van Justitie voor het jaar 1991 wijst op de verdere ontwikkelingen in dit kader. Op 17 juli 1989 is de eerste tranche van het wetsontwerp de Algemene wet bestuursrecht ingediend (Kamerstukken II, 1988 – 1989, 21 221). De tweede tranche betreft het uniforme procesrecht, dat in hoofdstuk 8 van de AWB zal worden opgenomen. Tevens wordt er melding van gemaakt dat deze tweede tranche deel uitmaakt van een meer omvattend wetsvoorstel, dat betrekking heeft op de voltooiing van de eerste fase van de herziening van de rechterlijke organisatie. Dat voorstel behelst de integratie per 1 januari 1992 van de Raden van Beroep en de Ambtenarengerichten met de Rechtbanken, alsmede de invoering per 1 januari 1993 van een uniform bestuursprocesrecht. Inmiddels heeft de Raad van State over eerstbedoeld voorstel advies uitgebracht, en bij die gelegenheid ook de algemene aspecten ten aanzien van de voorgenomen reorganisatie van de rechterlijke macht aan een beschouwing onderworpen. In dit verband verdient nog vermelding – zoals de begroting weergeeft – dat ter voltooiing van de voormelde eerste fase per 1 januari 1993 zal worden voorzien in de invoering van Arob-rechtspraak in twee instanties en het treffen van definitieve voorzieningen in Kroongeschillen. De voormalige Arob-zaken en een belangrijk deel van de voormalige TwK- en Kroongeschillen zullen in eerste aanleg worden berecht door de administratieve Kamers van de Rechtbanken. De Afdeling rechtspraak en de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State zullen worden opgeheven en er zal een nieuwe Afdeling bestuursrechtspraak tot stand komen. Het uniforme bestuursprocesrecht zal dan door deze rechterlijke instanties en door de Centrale Raad van Beroep worden toegepast in administratieve zaken. Zal het College van Beroep voor het Bedrijfsleven voorshands buiten schot blijven, vraag ik mij af; een goede reden lijkt mij nauwelijks denkbaar, gelet op de betrekkelijk geringe omvang van zijn zakenbestand. Overigens dient men wel voor ogen te houden, dat tot op heden nog steeds en nog slechts sprake is van voornemens van het Kabinet (zie ook de brief van de Minister van Justitie d.d. 22 juni 1990 aan de Tweede Kamer, 21 048/21 206, nr. 3). De Volksvertegenwoordiging heeft zich in dit stadium nog op geen enkele wijze in het openbaar over een en ander uitgesproken.

Twee belangrijke voornemens springen in het oog, welke van belang zijn voor ons onderwerp: in de eerste plaats is er sprake van een uniform procesrecht, en vervolgens gaat het over een afzonderlijke rege-

ling daarvan. Men kan uiteraard over deze uitgangspunten van mening verschillen – en het is ook goed dat andere inzichten daarover onder woorden worden gebracht –, doch om tot praktische en doeltreffende resultaten te komen bouwt dit preadvies voort op deze voornemens. Dat komt ook voort uit het feit, dat ik het bestuursrecht zie als één van de drie deelgebieden, waarin het recht in Nederland is ondergebracht: het strafrecht, het burgerlijk recht en het administratief of bestuursrecht.

Dat acht ik in overeenstemming met de rechtsverhoudingen, waarin in een democratisch bestel burgers onderling en burgers en overheden elkaar ontmoeten. Daarbij steun ik mede en bouw voort op de beschouwingen van Bloembergen en Lubach in '150 jaar B.W.', verschenen in WPNR 5885 (1988), getiteld 'Burgerlijk recht en administratief recht: twee gelijkwaardige rechtsgebieden, open verbonden in één rechtsorde.' Bij analyse van een en ander komen de drie vorenbedoelde rechtsgebieden als vanzelf te voorschijn. Van der Hoeven bezigt in dit verband de term homogene rechtshantering; zie zijn 'De drie dimensies van het bestuursrecht', VAR-reeks 100, p. 226. Eerlijk gezegd kan ik mij daarin op zich genomen wel vinden. Het lijkt me echter dat homogeniteit verder gaat dan harmonie in de hier voorgestane zin. Laten we maar beginnen met harmonie in de rechterlijke habitus op de hier te beschrijven terreinen, waarna de groei naar homogeniteit wel zal volgen, zonder dat dit uitloopt op uniformiteit. Is het dan ook niet voor de hand liggend, dat elk rechtsgebied een eigen procesrecht bezit? De keuze voor een afzonderlijk en eigen administratief of bestuursprocesrecht volgt vanzelf uit de erkenning van het materiële en formele administratief recht als een van gelijk niveau als de beide andere en ook vanouds bestaande rechtsgebieden. De geschiedenis en de ontwikkeling daarvan heeft Van der Hoeven in zijn zojuist vermeld werk overtuigend weergegeven; zie zijn hoofdstukken VIII en X, in het bijzonder p. 218. Daarmee is dan ook verworpen de gedachte, die her en der leeft, om het administratief procesrecht in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering onder te brengen; derhalve een terechte keuze. De wens van uniformiteit in het administratief procesrecht is een begrijpelijke. Reeds de verscheidenheid welke thans bestaat zonder dat daarvoor bestaansredenen – wel ontstaansredenen – zijn aan te geven doet die wens rijzen. Dat neemt niet weg, zoals Van Galen en Van Maarseveen in hun preadvies voor de VAR 1979 constateren, dat er hier zoveel gemeenschappelijks is, dat er onder erkenning van de bestaande verschillen bij de

diverse rechterlijke colleges toch van een algemeen administratief procesrecht kan worden gesproken, en in elk geval als onderzoekshypothese (1). Vereenvoudiging en doorzichtigheid van het systeem en de gemakkelijke toegankelijkheid voor de zich verongelijkt voelende burger stellen als het ware de eis van uniformiteit. Van Wijmen heeft in zijn preadvies daarvoor omstandig gepleit, en Brenninkmeijer in het zijne, evenals in zijn proefschrift 'De toegang tot de rechter', heeft het waarom duidelijk gemaakt.

Wat is uniformiteit in dit verband? En is zij iets anders dan harmonisatie? Uniformiteit of eenvormigheid duidt op één samenhangend systeem van regels, die de procedure in de hier aan de orde zijnde administratieve zaken beheersen, of het nu om Arob-zaken gaat dan wel om zaken met betrekking tot sociale zekerheid, ambtenarenzaken of vreemdelingenzaken. Het betreft dan zowel de gewone loop van de procedure als de incidenten. Harmonisatie echter laat op zichzelf genomen de aard van het procesrecht, met name in burgerlijke en in administratieve zaken, in stand en laat die 'tot zijn recht' komen. Wel echter stelt zij dezelfde eisen aan de kwaliteit van elk procesrechtelijk stelsel; zij legt als het ware dwarsverbanden in beide systemen aan. Zij veronderstelt, dat partijen in het proces daarin dezelfde waarden ontmoeten, dezelfde maatschappelijke verworvenheden, dezelfde waarborgen voor een juiste en rechtvaardige beslissing van het geschil. Brenninkmeijer en Van Wijmen zijn in hun preadviezen daarop uitvoerig ingegaan. Men zou kunnen stellen dat dit een en ander ook vanzelfsprekend is, als verankerd in de aard van een democratische samenleving. Toch laat de praktijk in het oog springende verschillen zien, overigens naast het vele dat reeds in harmonie met elkaar is, laten we dat niet vergeten. Het gaat in dit preadvies om het zover mogelijk wegwerken van die verschillen, zodat verdergaande harmonie ontstaat. In de voorgaande preadviezen zijn de meer dogmatische en de meer praktische achtergronden daarvan beschreven, die tot de nu volgende resultaten kunnen leiden.

2. DE ABSOLUTE COMPETENTIE

In het kader van harmonisatie van procesrecht, en dus ook van geïn-

(1) Mr. A. G. van Galen en Prof. mr. H. Th. J. F. van Maarseveen, 'Beginselen van administratief procesrecht', VAR-geschriften LXXXIII (1979), p. 20.

tegreerde rechtspraak, is toedeling van rechtsmacht een important vraagstuk. In procedures van welke aard ook werpen partijen dikwijls de vraag op, of de geadieerde rechter in absolute zin bevoegd is van de vordering, de eis of het verzoek kennis te nemen en daarover te beslissen. Algemeen aanvaard is dat de rechter zelf zijn bevoegdheid vaststelt. Uiteraard kan daarin een bron van conflicten liggen tussen de burgerlijke en de administratieve rechter, om dit vraagstuk terstond op ons onderwerp toe te spitsen. Duidelijk is ook dat dit meer in het bijzonder het geval is, wanneer de overheid partij is. Ik behoef hier niet uiteen te zetten hoe in de loop van deze eeuw de Hoge Raad de bevoegdheid van de burgerlijke rechter extensief heeft geïnterpreteerd en in zekere mate nog steeds doende is te interpreteren. Ik spreek van interpretatie omdat die bevoegdheid haar oorsprong vindt in twee bronnen: geschillen over burgerlijke rechten en geschillen over schuldvorderingen, zoals art. 112 lid 1 Grondwet de berechting daarvan aan de rechterlijke macht opdraagt. Het zal niet langer voor betwisting vatbaar zijn dat art. 2 Wet RO daarmee in overeenstemming is. Ik laat daarbij buiten beschouwing, dat ingevolge art. 112 lid 2 Grondwet de wet de berechting van geschillen, die niet uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan, aan de burgerlijke rechter kan opdragen; een derde bron van absolute bevoegdheid (2). Het lijkt nuttig deze bronnen nog eens met name te noemen, omdat de burgerlijke rechter vaak als 'restrechter' wordt aangeduid, als een rechter die bevoegd is telkens wanneer geen andere rechter is aangewezen een concreet geschil te beslissen, dan wel ten aanzien daarvan niet een rechtsgang in administratief beroep met voldoende waarborgen omkleed is opengesteld (zie art. 115 Grondwet). Dat ook de Hoge Raad ervan uitgaat dat de burgerlijke rechter in bepaalde geschillen niet bevoegd is, blijkt uit het 'Elsloo-arrest', 26 maart 1971, NJ 1971, 434, AB 1971, 135 (DJV), AA 1972, p. 149 (Jeukens): geschil over de naleving van een verkiezingsafspraken in afwijking van bepalingen van de Kieswet, hoewel partijen jegens elkaar 'wanprestatie' pleegden, is

(2) Naast de vele geschriften over dit onderwerp vermeld ik slechts:

Donner, 'Nederlands Bestuursrecht', Algemeen Deel; Van der Hoeven, 'De drie dimensies van het bestuursrecht', VAR-reeks 100, p. 219 e.v., die een nogal kritische kijk op de hier bedoelde ontwikkeling heeft; Brenninkmeijer, 'De toegang tot de rechter', 1987. Versteeg, 'De bevoegdheidsverdeling tussen de burgerlijke rechter en administratieve rechter' in Praktijkboek Administratief Recht (PAR), hoofdstuk XV. Zie ook mijn opstel 'De burgerlijke rechter en de Afdeling rechtspraak van de Raad van State', in 'Ervaringen met tien jaar Arob'.

niet een geschil over eigendom, schuldvorderingen of burgerlijke rechten als bedoeld in art. 2 Wet RO, zodat de burgerlijke rechter niet bevoegd is daarvan kennis te nemen. Die uitspraak zal wel met enige teleurstelling in de boezem van het college zijn gedaan, hoewel dat geenszins naar buiten blijkt. Ik leid dat af uit de houding van de Hoge Raad, om daar waar een rechtsgang met voldoende waarborgen ontbreekt art. 2 Wet RO extensief te interpreteren ter wille van de rechtsbescherming van de burger tegenover de overheid, een houding waarmee ik op zich genomen van harte instem.

Onlangs heeft de Hoge Raad zich over een andere verkiezingsafspraken uitgelaten: HR 18 november 1988, NJ 1990, 564; AB 1989, 185 (FHvdB). Daarbij ging het om een overeenkomst tussen een politieke partij en haar kandidaten voor verkiezingen voor de Eilandsraad van Aruba, thans de Staten van Aruba, inhoudende dat zetel in de Staten geldt als partijzetel, en dus gebonden is aan het lidmaatschap van de partij. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba had deze overeenkomst nietig verklaard, wegens strijd met enerzijds het in de Staatsregeling neergelegde beginsel van vrij mandaat, welk beginsel de publieke orde betreft, en anderzijds met de van publieke orde zijnde bepalingen van het indertijd geldende Kiesreglement. Beide oordelen worden door de Hoge Raad als juist aangemerkt, zodat het beroep werd verworpen. Men kan zich met de A.G. Biegmán-Hartogh in haar zeer lezenswaardige conclusie, die de gehele problematiek in deze bloot legt, afvragen of de rechter, ook hier in kort geding, zich niet onbevoegd had moeten verklaren om van het geschil kennis te nemen in het voetspoor van voormeld arrest Elsoo. Maar wat daarvan ook zij, vervolgt zij, er was dienaangaande geen middel opgeworpen, en het staat de Hoge Raad niet vrij ambtshalve buiten de cassatiemiddelen om te casseren, zelfs niet als het gaat om een vraag van openbare orde; zie art. 419, lid 1 Rv.

Men zou de rechtsgeschiedenis van de twintigste eeuw kunnen kenmerken onder meer als die van de ontwikkeling van de rechtsbescherming van de machteloze burger tegen de oppermachtige overheid, en naar het zich laat aanzien bevinden we ons nu in een eindfase daarvan. Ik moet daaraan eerlijkheidshalve toevoegen, dat men soms ook moet spreken van een machteloze overheid, die naast de hantering van de strafwetten en het privaatrecht bestuurlijke instrumenten in handen moet hebben, om het algemeen belang te beschermen tegen

allerlei vormen van eigenrichting en burgerlijke ongehoorzaamheid; zie bijv. de visserijfraudes en kraakacties. Een crisis of slechts wat gerommel in de verte in de relatie burger – overheid? In datzelfde arrest 'Elsloo' is tevens uitgemaakt, dat die absolute onbevoegdheid ook geldt voor de president in kort geding, n'en déplaise art. 289 Rv. Vele partijen, advocaten en presidenten – en niet de minsten onder hen – hebben de neiging dat te vergeten (3).

Een nieuw voorbeeld van extensieve interpretatie van burgerlijke rechten in de hier bedoelde zin vormt het 'Benckiser-arrest', HR 14 april 1989, NJ 1990, 712 (CJHB en JCS), BR 1989, p. 623 en 747, AB 1989, 486, (Mr. I. Kleijs-Wijn Nobel). Bekend is dat het College meermalen heeft uitgesproken, dat bepaalde concreet omschreven belangen vallen onder de bescherming van art. 1401 BW, dat een burgerlijk recht is en daarmee komt onder het bereik van art. 2 Wet RO. De vraag is steeds aan wat voor belangen denkt de Hoge Raad dan? Dat hangt af van de bijzondere omstandigheden van het geval, aldus maakt het college een wat omtrekkende beweging, zoals de vos sluipt rond zijn prooi. In ieder geval, en daartoe beperk ik mij nu (zie ook hierna par. 4), valt daaronder niet het door de gemeente gestelde algemeen belang, gediend met de nakoming door de burger van de door de overheid uitgevaardigde publiekrechtelijke regeling, op zich zelf genomen: aldus het befaamde arrest Limmen/Houtkoop, HR 9 november 1972, NJ 1974, 91 (WFP), AB 1974, 10.

Het zou inderdaad een contradictio in terminis zijn, om schending van het algemeen belang, als *objectum litis*, te zien als een inbreuk op een burgerlijk recht. Eigenlijk lag dat in het Benckiser-arrest niet anders, er was duidelijk sprake van schending van een algemeen milieu-belang. Maar dan worden de bijzondere omstandigheden in stelling gebracht, welke als het ware een concreet omschreven algemeen belang converteren in een ook hier onder de bescherming van art. 1401 BW vallend belang, en dus tot een burgerlijk recht. Wanneer men de betreffende overwegingen leest en analyseert maakt de Hoge Raad verscheidene omtrekkende bewegingen alvorens toe te slaan: op verschillende plaatsen was de bodem ernstig vervuild door cyanidehou-

(3) Zie bijv. Schenk c.s., 'Het kort geding', 4e druk, p. 25. Zie ook de bijlage bij AA 1986 over een openbaar debat over hetzelfde onderwerp. Ik vermeld nog Dr. F. Bruinsma, 'Het kort geding in Amsterdam', NJB 1990, p. 337 e.v.; mijn geachte opponent in voormeld debat volhardt in de boosheid!

dend afvalgips, daardoor ontstond gevaar voor schade aan het milieu en de volksgezondheid, er was in dat kader een spoedeisend belang bij beëindiging daarvan en ook om mogelijk omvangrijke kosten voor de Staat te voorkomen, én er was nog niet een publiekrechtelijke weg voorhanden, waarmee de Staat een met de gevorderde voorziening vergelijkbaar resultaat had kunnen bereiken. Hoe men het ook wendt of keert, in wezen is hier natuurlijk sprake van een algemeen belang, door de overheid te behartigen, waarvoor noch art. 140¹ BW noch art. 2 Wet RO geschreven zijn, maar ter wille van de rechtsbescherming, waarvoor een administratiefrechtelijke rechtsgang ontbrak, althans waarvoor de burgerlijke rechter nog niet was aangewezen (art. 112 lid 2 Grondwet), is dit belang in een burgerlijk jasje gestoken en pretendeerde het burgerlijke rechten. Niet dat ik dit afkeur: de Hoge Raad heeft hier in dit kleed de wet aangevuld, waar die er had behoren te zijn, en daarmee zet hij de hiervoren bedoelde traditie voort (4) (5). Het burgerlijk treintje van Zonderland rijdt nog steeds (zie laatstelijk Van der Hoeven in zijn aangehaald werk, p. 220, noot 33).

In dit kader zij de aandacht nog gevestigd op HR 9 februari 1990, RvdW 1990, 51, de Staat/Van Amersfoort, (met een nogal ingewikkelde doch overigens heldere redenering à la Bloembergen), met betrekking tot het verhaalsrecht van de Staat op grond van art. 21 Interimwet bodemsanering. In de beslissing van de Hoge Raad heeft het Hof terecht geoordeeld dat voor de beoordeling van de vraag, of en zo ja van welk tijdstip af het veroorzaken van een tot sanering op grond van de Interimwet nopende bodemverontreiniging tegenover de overheid onrechtmatig is, met name van belang zijn de ontwikkelingen en de maatschappelijke opvattingen omtrent de ernst van bodemverontreiniging die ertoe hebben geleid dat de overheid zich de zorg voor het milieu ook op dat punt is gaan aantrekken, en evenzeer met juistheid heeft geoordeeld dat ernstige bodemverontreinigingen reeds onrechtmatig tegenover de overheid konden zijn op het moment, waarop het aan de veroorzaker voldoende duidelijk was of had

(4) De consequenties van dit arrest zijn voortreffelijk beschreven door J.E.M. Polak in het Praktijkboek Administratief Recht (PAR), Hoofdstuk XIX. Zie ook Prof. mr. J.M. van Dunné hierover in AA 1990, p. 469 e.v.

(5) Nog een goed voorbeeld van extensieve interpretatie is HR 23 juni 1989, RvdW 1989, 176, Gasbedrijf/Nieuwegein: de nakoming van een verbintenis uit een publiekrechtelijke overeenkomst levert een schuldvordering op in de zin van art. 2 Wet RO en 112 Grondwet, hetgeen reeds besloten lag in HR 10 april 1987, NJ 1988, 148.

behoren te zijn, dat de overheid zich de zorg voor de bodem in dat opzicht zou gaan aantrekken. Het arrest noemt dat met zoveel woorden de relativiteitsvraag. Het zij zo. Maar in wezen, en dat blijkt ook uit het arrest, gaat het hier om een belang dat valt onder de bescherming van art. 1401 BW, en dat is uiteraard pas aanwezig wanneer het antwoord op de voormelde vraag positief uitvalt. Men zou ook simpelweg kunnen zeggen dat het hier bedoelde belang krachtens de Interimwet bodemsanering tot de burgerlijke rechten van de overheid is gaan behoren. Men leze ook het commentaar van Kortmann in AA 1990, p. 871 e.v.

Hoe uitgestrekt de bevoegdheid van de burgerlijke rechter uit hoofde van art. 1401 BW en dus ex art. 2 Wet RO is leert Koeman in zijn preadvies voor de VAR 1989: 'De mogelijkheden van de burgerlijke rechter om het bestuur uit onrechtmatige daad te veroordelen', VAR-reeks 102. Hij onderscheidt terecht de burgerlijke rechter naast de administratieve rechter en de burgerlijke rechter na de administratieve rechter. In het eerste geval heeft de burgerlijke rechter een zelfstandige taak naast de administratieve rechter, waarbij te denken valt aan het terrein van: besluiten van algemene strekking, beschikkingen waartegen bij de administratieve rechter niet kan worden opgekomen, besluiten waartegen geen beroep op een onafhankelijke administratieve rechter open staat of open gestaan heeft, rechtshandelingen naar burgerlijk recht en feitelijk handelen van de overheid. Het optreden van de burgerlijke rechter na de administratieve rechter is bekend sinds het arrest St. Oedenrode, HR 24 februari 1984, NJ 1984, 669, AB 1984, 399 (6). Het zijn vooral de arresten in laatstbedoelde categorie, welke reden geven ervan uit te gaan, dat ten onzent geldt dat niet én de burgerlijke rechter én een administratieve rechter geroepen zijn geschillen van dezelfde aard te berechten. Dit uitgangspunt heeft geleid tot de leer van de formele rechtskracht. Bijzondere aandacht verdient in deze reeks het arrest Hot Air BV/de Staat, HR 26 februari 1988, NJ 1989, 528 (MS), AB 1989, 80 (Van Brakelen) en BR 1988, 674. Hangende de administratieve procedure, te weten een bezwaarschrift tegen de weigering van het administratief orgaan (de Rijksluchtvaartdienst) om toestemming te verlenen tot verlaging van luchtvaarttarieven, wordt de toestemming alsnog gegeven op grond van een uitspraak van de president in kort geding, die

(6) Koeman in zijn aangehaald werk geeft een beknopte beschrijving van de voornaamste arresten op dit terrein, p. 196 e.v.

de beschikking voorshands onrechtmatig had geoordeeld. In de waan dat zij aldus alsnog verkreeg wat zij had verzocht trok Hot Air haar bezwaarschrift in, doch die vlieger kon niet het luchtruim kiezen. Hier gold immers de formele rechtskracht van de oorspronkelijke weigering, zowel voor wat betreft haar wijze van totstandkomen als voor wat betreft haar inhoud; het oordeel daarover komt bij uitstek toe aan de administratieve rechter, aldus de Hoge Raad. En hij voegt daaraan toe dat uit het feit dat de Staat de door Hot Air gewenste tarieven alsnog heeft goedgekeurd en zich in zoverre bij het vonnis in kort geding heeft neergelegd, niet mag worden afgeleid dat de Staat het aan dat vonnis ten grondslag liggende oordeel van de president onderschreef. Hier doet zich dus niet het geval voor, zo vervolgt het college, dat de burger en het overheidslichaam het erover eens zijn, dat de door het lichaam genomen beschikking onrechtmatig is. Kort gezegd: het vonnis in kort geding stelt geen rechtsverhouding tussen partijen vast, tenzij zij overeenkomen de uitspraak te aanvaarden als vaststellende en afbakenende hun rechtsverhouding (7).

Niet alleen van de zijde van de Hoge Raad, doch ook van die van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State en, naar ik meen te weten van de andere administratiefrechtelijke colleges, bestaat de behoefte om iedere rechter op zijn terrein bij uitsluiting bevoegd te achten. En in zoverre is er dus reeds sprake van een reëel streven naar harmonisatie. Deze houding vindt men ook terug in bijvoorbeeld Afdeling rechtspraak, 2 februari 1989, Gemeentestem 1989, 4: vanwege de uitspraak van de Hoge Raad van 15 december 1987, NJ 1988, 708 (B), heeft de Afdeling haar tot dan constante jurisprudentie gewijzigd en is daarop teruggekomen in die zin, dat verordeningen, dan wel bepalingen van verordeningen als bedoeld in art. 168 van de gemeentewet, waarin de uitvoerende bevoegdheden ten aanzien van het toezicht op inrichtingen als bedoeld in art. 221 van de gemeentewet is toebedeeld aan burgemeester en wethouders, ongeacht de motieven die daaraan ten grondslag zijn gelegd, verbindende kracht missen. Beide colleges zijn nu van oordeel dat in die gevallen de burgemeester bevoegd is. De Afdeling heeft daarbij met zoveel woorden uitgesproken, dat zij dat doet in het belang van de eenheid van rechtspraak ten aanzien van gelijkkluidende rechtsvragen. De Hoge Raad gaf reeds

(7) In dit verband is het goed nog eens te lezen de noot van Heemskerk onder HR 22 december 1989, NJ 1990, 434, Kemkes/Samson, in het bijzonder over het karakter van het vonnis in kort geding. Aanbevolen!

eerder blijk van eenzelfde houding: 16 mei 1986, NJ 1986, 723, Heesch/Van den Akker, vanwege de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak. Ook onlangs wees de Hoge Raad op de rechtspraak van de Afdeling rechtspraak en haar Voorzitter, 'een overeenstemming die met het oog op de rechtszekerheid in hoge mate wenselijk is': HR 9 juli 1990, RvdW 1990, 143, de Pina/Helmond; zie daarvoor onder meer Drupsteen in AA 1990, p. 840 e.v.: 'het einde van de twee-wegenleer'.

Van tijd tot tijd moet de Hoge Raad uitmaken, dat een eiser ten onrechte de burgerlijke rechter bevoegd acht om een geschil te beslechten, of dat hij in zijn vordering of verzoek niet-ontvankelijk is. Duidelijk is dan in het eerste geval, dat noch uit art. 2 Wet RO noch uit een bijzondere wet competentie toekomt aan de burgerlijke rechter.

Een duidelijk voorbeeld is – maar de jurisprudentie is al veel eerder gevestigd – HR 4 december 1987, TAR 1988, 65. Eiser vorderde in kort geding dat de Gemeente zou worden veroordeeld om over te gaan tot zijn tewerkstelling in de regulier door hem beklede functie. De President verklaarde eiser niet-ontvankelijk en het Hof bekrachtigde dit vonnis. De Hoge Raad overwoog als volgt:

'De President heeft vastgesteld dat de Gemeente bij besluit van 23 januari 1986 P., die als ambtenaar bij de Gemeente in dienst was, als zodanig heeft geschorst en dat de gevraagde voorziening 'zich (...) in feite tegen dit schorsingsbesluit keert'. In deze laatste vaststelling ligt besloten dat P. klaagt over een besluit dat ten aanzien van de ambtenaar als zodanig is genomen. Klaarblijkelijk is ook het Hof van een en ander uitgegaan. Over een dergelijk besluit wordt ingevolge art. 3 van de Ambtenarenwet 1929 bij uitsluiting geoordeeld door de Ambtenarengerechten en in hoger beroep door de Centrale Raad van Beroep. Ingevolge art. 102 van de wet in verbinding met art. 3 is, indien in zo'n geval een onverwijldde voorziening wenselijk is, bij uitsluiting de voorzitter van die gerechten bevoegd. Zulks brengt mede dat de burgerlijke rechter en ook de president in kort geding te dezen niet bevoegd zijn de te dezen door P. gevorderde voorziening te geven. Hieraan doet niet af dat er bij de voorbereiding van het 'schorsingsbesluit' zo veel onoirbare zaken zouden zijn 'voorgevallen' (Hof rechtsoverweging 4.4), aangezien onrechtmatige handelingen van de Gemeente bij de voorbereiding van dit besluit – waarop hier klaarblijkelijk wordt gedoeld – ook bij deze gerechten aan de orde kunnen worden gesteld. Uit het vorenstaande vloeit voort dat P. geen belang heeft bij zijn middelen.'

Een even duidelijk voorbeeld is HR 12 januari 1990, NJ 1990, 574 (MS). Eiser vorderde in kort geding de Staat te verbieden hem op te roepen voor de militaire dienst, in ieder geval de Staat te verbieden over te gaan tot oproeping van hem voor de militaire dienst, vóórdát in de bodemprocedure een rechtens onaantastbare uitspraak met betrekking tot het tussen partijen gerezen geschil is gedaan. De President wees de vordering af en het Hof bekrachtigde dit vonnis. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep met onder meer de volgende overwegingen:

‘3.3 De onderdelen A en B van middel II komen op tegen ’s hofs oordelen, dat het in de Wet gewetensbezwaren militaire dienst voorziene beroep op de Kroon bij afwijzing van een verzoek ex art. 2 en 3 moet worden aangemerkt’ als een naar (intern) Nederlands recht met voldoende waarborgen omklede administratieve rechtsgang’ waarnaast geen plaats is voor een vordering bij de burgerlijke rechter, ook niet in kort geding, en dat art. 6 EVRM hieraan niet in de weg staat nu het gaat om een verplichting met een publiekrechtelijk karakter. In aanmerking genomen dat ten tijde van ’s hofs in cassatie bestreden uitspraak de Tijdelijke wet Kroongeschillen in werking is getreden, op grond waarvan in plaats van de Kroon de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State belast is met de beslissing van geschillen als de onderhavige, is de beslissing van het hof dat er te dezen geen plaats is voor een vordering bij de burgerlijke rechter juist, ongeacht de door het hof gebezigde motivering. De klachten van de onderdelen A en B falen derhalve bij gebrek aan belang.’

Strikt genomen hadden de President en het Hof – in de visie van de burgerlijke rechter – een niet-ontvankelijkverklaring moeten uitspreken, doch kennelijk ziet de Hoge Raad dat als eveneens zonder belang door de vingers.

Een eerdere uitspraak is gelegen in HR 3 april 1987, NJ 1987, 744 (WHH) Gedetineerdenvereniging *Justa Causa*/de Staat: voor individuele gedetineerden is een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang gelegen in art. 51 e.v. Beginselenwet Gevangeniswezen, waarin ook over het regiem zelf kan worden geklaagd; een verklaring voor recht kan hij niet vragen, zodat de Vereniging optredend ter behartiging van de belangen van haar leden dat ook niet kan: dus is zij niet-ontvankelijk.

De vraag blijft echter of de bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke en administratieve rechter niet eenvoudiger en voor de burger (doch ook voor de overheid) meer inzichtelijk kan worden, te baseren op de

eigen identiteit. Bovendien lijkt een extensieve interpretatie van de begrippen burgerlijke rechten en schuldvorderingen overbodig, voor zover dit gebeurt wegens het ontbreken van geschikte rechtsgangen. Zulks temeer nu in de eerste instantie integratie van rechtspraak gaat plaatsvinden voor wat betreft de eerder genoemde administratieve rechtsgebieden in de gewone rechterlijke macht.

Een minder extensieve interpretatie betekent in wezen meer absolute competentie voor de administratieve rechters. Ook de administratieve sector van de rechtbank (of het gerecht van eerste aanleg; wie bedenkt toch zo'n naam?) is administratieve rechter, en wellicht naar aan te nemen valt binnen afzienbare tijd de administratieve rechter. Alvorens de opgeworpen vraag te beantwoorden moet ik hier nog een aanvullende opmerking maken. Het is sinds het arrest Noordwijkerhout/Guldemonde, HR 31 december 1915, NJ 1916, 407, vaste jurisprudentie dat de bevoegdheid van de burgerlijke rechter wordt bepaald door het objectum litis, het recht waarin de aanlegger wil beschermd worden, en niet door de werkelijke rechtsbetrekking van partijen, het vinculum juris of het fundamentum petendi, (zie bijv. ook HR 18 augustus 1944, NJ 1944/45, 598, Alkmaar/Noord-Holland; zie hierover nader Donner, Nederlands bestuursrecht, algemeen deel, p. 346 e.v.). Nu het bestuursrecht en het bestuursprocesrecht tot wasdom zijn gekomen meen ik, dat die extensieve interpretatie van art. 2 Wet RO overbodig is geworden (8). Grondslag van de bevoegdheid van zowel de burgerlijke als de administratieve rechter zal mijns inziens moeten zijn de rechtsbetrekking tussen partijen, welke de eisende of verzoekende partij verklaard, vastgesteld en gehandhaafd wil zien. En dat zou naar mijn inzicht er ook toe moeten leiden dat, in geval aan de burgerlijke of administratieve rechter blijkt dat een procedure voor de ander open staat, de eerder geadieerde rechter zich onbevoegd verklaart. Aldus geldt thans ook voor de rechter in geval van een overeenkomst tot arbitrage: art. 1022 lid 1 Rv. Voor de goede orde wijs ik nog op hetgeen mijn mede-leadadviseur Brenninkmeijer dienaangaande heeft opgemerkt, hoewel hij daaraan andere gevolgtrekkingen verbindt.

Overigens schijnt een op handen zijnd voorstel van wet tot onder meer wijziging van de Wet RO art. 2 te laten vervallen! Dat lijkt mij

(8) Zie ook hetgeen Van der Hoeven in zijn aangehaald werk vermeldt over de suggesties tot wijziging van art. 2 Wet RO bij het tot stand brengen van administratieve rechtspraak: p. 143.

een ongehoorde zaak, alleen al omdat dit artikel drager is van meer dan 150 jaren traditie en van hedendaags recht krachtens interpretatie en jurisprudentie. Ik roep dus op tot protest: art. 2 Wet RO moet blijven!

Ik denk dat het voor de hand liggend is het antwoord in ieder geval op drieërlei wijze te geven en te bundelen.

In de eerste plaats is in het administratieve recht het begrip beschikking een erkend instituut geworden: een eenzijdig besluit van een overheidsorgaan gericht op rechtsgevolg en gegeven krachtens een bestuursrechtelijke titel. Zie bijvoorbeeld Van Wijk/Konijnenbelt, 'Hoofdstukken van administratief recht', zesde druk, 1988, p. 208 e.v. De geschiedenis ervan is beschreven door Michiels in zijn proefschrift 'De Arob-beschikking', p. 23 e.v. Zie echter vooral ook Donner in 'Nederlands bestuursrecht, algemeen deel', 1987, p. 210 e.v., met een uitgebreide opgave van literatuur.

Strikt genomen is de bestuursrechtelijke titel begrepen in het begrip beschikking, en ook het gericht zijn op rechtsgevolg. We zouden derhalve een wettelijke definitie kunnen missen, en zonder meer het begrip beschikking kunnen hanteren. Naar analogie van en in harmonie met art. 112 lid 1 Grondwet zou de eerste bepaling van de wet houdende het administratieve procesrecht kunnen luiden: aan de administratieve rechter is opgedragen de berechting van geschillen over beschikkingen. Vanwege de uitbreidende rechtsbescherming welke daardoor wordt veilig gesteld ware dan een bepaling overeenkomende met art. 3 Wet Arob te handhaven: met een beschikking wordt een weigering om een beschikking te geven gelijk gesteld.

In de tweede plaats is het geleidelijk aan wel communis opinio geworden, dat de bepaling dat een besluit van algemene strekking geen beschikking is moet verdwijnen. Het valt buiten het bestek van dit preadvies hier onderscheid te maken tussen besluiten van algemene strekking en algemeen verbindende voorschriften, zoals onder meer Van Male doet in 'Rechter en bestuurswetgeving' (1988), p. 212 e.v.; zie ook zijn conclusie op p. 230. Zo'n onderscheid tussen beschikking en besluit van algemene strekking blijkt in de praktijk vaak ernstig verschil van mening op te leveren en is oorzaak van veel onnuttige jurisprudentie. Het leidt ook tot een nogal gekunstelde verdeling van rechtsmacht: omdat de administratieve rechter over het algemeen niet bevoegd is, wanneer het gaat om een besluit van algemene strek-

king, acht de burgerlijke rechter zich wel bevoegd op basis van art. 1401 BW. Bovendien worden ten aanzien van beide soorten geschillen dezelfde toetsingscriteria aangelegd, met name die welke omschreven zijn in art. 8 Wet Arob, art. 2 TwK, art. 58, vijfde lid Ambtenarenwet 1929, en art. 5 Arbo-wet. In wezen gaat het om administratief-rechtelijke geschillen, dat zal toch niemand in twijfel willen trekken, en dus is qua aard de administratieve rechter aangewezen die taak te verrichten. Zie aldus recent ook Drupsteen in 'de beslechting van bestuursgeschillen', preadvies voor de VAR 1990, VAR-reeks 104, p. 70. Men is wel eens bevreesd, vooral in kringen van wetgeving en bestuur, dat de toetsing door de administratieve rechter te ver zal gaan. Niets duidt daarop, integendeel, met name de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak is zeer terughoudend op dit punt. Het lijkt me alleszins aannemelijk – en zelfs voor de hand liggend –, getuget ook op informele contacten tussen leden van de Afdeling rechtspraak en van de Hoge Raad en tussen de voorzitters van de onderscheidene hoogste administratieve gerechten, dat een toetsing van de wet in overeenstemming zal zijn met de jurisprudentie van de Hoge Raad, en de leer van het Harmonisatiewet-arrest, HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 (MS), AB 1989, 207 (FHvdB) en AA 1989, p. 578 (Hirsch Ballin) zal volgen, wanneer het meer specifiek gaat om de wet in formele zin. Er is dus alle reden om bij de toedeling van rechtsmacht op dit punt het hier besproken onderscheid te laten vallen. Van Wijmen bepleitte dat onlangs nog eens in zijn noot onder Voorzitter Afdeling rechtspraak 1 februari 1990, BR 1990, p. 533 c.v. (zie de laatste alinea). Uiteraard vermeld ik gaarne dat ook de vergadering van de NJV in 1987 zich in dezelfde zin heeft uitgesproken aan de hand van de preadviezen van Van Buuren en J.E.M. Polak.

In de derde plaats is het bij de huidige opvattingen omtrent het begrip beschikking bijna een contradictio om te stellen dat geen beschikking is een rechtshandeling naar burgerlijk recht (art. 2 lid 2 sub b Wet Arob). In ieder geval is een zodanige bepaling volstrekt overbodig. De beschikking sluit uit de aard der zaak een rechtshandeling naar burgerlijk recht uit; zij is immers een rechtshandeling naar publiek recht. De beide instituten, geschillen over burgerlijke rechten en die over beschikkingen, hebben onderscheidend vermogen, zijn exclu-

sief en sluiten naadloos op elkaar aan. Het spook van Struijken, 'Administratie of rechter' van 1910, is tot rust gekomen. (9) (10)

3. PARTIJEN IN HET PROCES

In dit kader dienen we twee vragen wel te onderscheiden: wie kunnen in het algemeen en op zich zelf genomen als partij in een rechtsgeding optreden, en wie zijn in de bijzondere situatie van een concreet proces daartoe bevoegd?

Laten we beginnen bij de eerste vraag, en meer toegespitst op ons onderwerp bij die, of in het burgerlijk en in het administratief proces daarover op dezelfde manier wordt gedacht. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geeft in dit opzicht niet expliciet geschreven regels, maar veronderstelt kennelijk dat iedere handelingsbevoegde natuurlijk persoon en rechtspersoon tevens procesbevoegdheid bezitten – *legitima persona standi in iudicio* – , en dus zijn of haar rechten en belangen ten overstaan van de rechter mag stellen en waar maken. In HR 25 november 1983, NJ 1984, 297 (WHH) komt dit tot uitdrukking: de bevoegdheid om als partij in een burgerlijk geding op te treden komt in beginsel alleen toe aan natuurlijke personen en aan rechtspersonen; dit uitgangspunt laat ruimte voor uitzonderingen, bijvoorbeeld wanneer een wettelijke regeling procesbevoegdheid geeft; in het berechte geval komt die bevoegdheid niet toe aan de minister van Onderwijs en Wetenschappen als zodanig. Een bekend voorbeeld van zo'n wettelijke uitzondering vormt art. 26 lid 1 van de Wet op de ondernemingsraden: de ondernemingsraad kan bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam beroep instellen tegen een besluit van de ondernemer als bedoeld in art. 25 vijfde

(9) Zie Van der Hoeven in zijn aangehaald werk, Hoofdstuk VII, alsmede de bespreking van dit werk door Prof. mr. P. de Haan in NJB 1990, p. 344 e.v. ('de vermaledijde brochure', p. 347).

(10) Waardevol in dit verband is ook Van der Hoeven's volgende uitspraak (p. 225 l.c.): 'Als men voorts bedenkt, hoeveel aandacht en energie administratieve en burgerlijke rechters en partijen moeten spenderen om de uitermate grillige grens tussen bevoegdheden van de administratieve en de burgerlijke rechtspraak te onderscheiden, een grens die in verreweg de meeste gevallen niet verloopt op grond van enigerlei weloverwogen voorkeur bij de wetgever, maar als resultaat van een (mislukte) poging, zoveel mogelijk *iedere* rechter buiten de bestuurlijke deur te houden, dan is er alle aanleiding, ook voor de theorie van het bestuursrecht, zich expliciet met dit probleem bezig te houden.'

lid; zie voor eenzelfde bevoegdheid voor wat betreft vorderingen tot naleving van de wet art. 36 van de WOR. Wel moet men voor ogen houden dat het hier gaat om procesbevoegdheid op een beperkt omschreven terrein, anders volgt een niet-ontvankelijkverklaring.

In het administratief procesrecht ligt het in wezen niet anders. De wet kent uitdrukkelijke regelingen: art. 7 eerste en tweede lid Wet Arob bijvoorbeeld kent procesbevoegdheid toe aan de natuurlijke en rechtspersoon. De Arbo-wet en de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken gaan daarvan stilzwijgend uit.

Art. 27 Ambtenarenwet 1929 bevat een uitdrukkelijke regeling: natuurlijke personen, onbekwaam om in rechte te staan, worden vertegenwoordigd door hunne vertegenwoordigers naar burgerlijk recht. Verschil van mening openbaart zich ten aanzien van minderjarigen. In het burgerlijk procesrecht moeten zij vertegenwoordigd zijn door hun wettelijke vertegenwoordiger, ouder of voogd. In de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken geldt hetzelfde: art. 2 lid 3. De Wet Arob en de Arbo-wet doen er het zwijgen toe. Nu deze laatste wetten het optreden van een minderjarige niet uitsluiten, nemen de betrokken rechterlijke colleges aan, dat zij zelf in het geding kunnen optreden wanneer zij zelfstandig rechten en verplichtingen hebben, bijvoorbeeld over eigen woonruimte beschikken; zie Voorzitter Afdeling rechtspraak 12 oktober 1982, de Gemeentestem 6756, 10 (JMK). Deze ruime opvatting omtrent procesbevoegdheid van minderjarigen lijkt in overeenstemming te zijn met hun maatschappelijke positie van vandaag. Telkens wanneer een minderjarige in feite zelfstandig deelneemt aan het maatschappelijk verkeer, bijvoorbeeld wanneer het gaat om een baan, een woning (kraker!), het ontvangen van uitkeringen, een verblijfstitel, staat er, naar de ervaring leert, niets aan in de weg om hen bevoegd te achten met betrekking daartoe in rechte op te treden en 'hun eigen boontjes te doppen'. Dit betekent onder meer dat de art. 1:234 en 1:637 g en h BW wijziging zouden moeten ondergaan. Eerstgenoemde bepaling gaat in lid 3 reeds in die richting: de minderjarige is bekwaam om over gelden die zijn wettelijke vertegenwoordiger voor levensonderhoud of studie te zijner beschikking heeft gesteld overeenkomstig deze bestemming te beschikken. De Hoge Raad vat deze bepaling betrekkelijk ruim op, zoals bijvoorbeeld bleek in HR 23 januari 1987, NJ 1987, 913 (EaAL): wanneer een minderjarige zelfstandig woont en als werkloze jongere een RWW-uitkering geniet, zonder dat is gesteld of gebleken dat haar

wettelijke vertegenwoordiger zich tegen dat laatste verzet, moet in zodanig geval een uitkering als deze voor toepassing van art. 1:234 lid 3 BW worden aangemerkt als 'gelden die zijn wettelijke vertegenwoordiger voor levensonderhoud (...) te zijner beschikking heeft gesteld' in de zin van die bepaling. Mij dunkt dat dezelfde redenering moet gelden voor soortgelijke uitkeringen als bijvoorbeeld in het kader van de Wet op de studiefinanciering, hoewel op zich genomen ingevolge art. 59 lid 1 van die wet de wettelijke vertegenwoordiger aanspraak op de studiefinanciering heeft voor een studerend kind dat jonger is dan 18 jaar. Intussen blijkt mij dat de Tweede-Kamer fracties van de PvdA, VVD en D66 vinden, dat minderjarigen in principe gerechtigd moeten zijn zelfstandig een zaak aan de rechter voor te leggen. Voor wat dit betreft vinden zij mij aan hun zijde. Zij schijnen echter bereid te zijn een nota van de zijde van de Regering hierover af te wachten, die in de zomer van 1992 zal verschijnen; nog even geduld dus.

Een belangrijk verschil van optreden openbaart zich wanneer het gaat om dat van de overheid als procespartij. In het burgerlijk procesrecht komt dan de rechtspersoon in beeld en niet het bestuursorgaan, zoals onder meer het hiervoren besproken arrest van de Hoge Raad leert; Heemskerk in zijn noot onder deze uitspraak schrijft daarover behartigenswaardige dingen. In het administratief procesrecht is als verweerder steeds aan bod het bestuursorgaan, dat de beschikking gaf of die weigerde. Optredende als verzoekende of appellerende partij geldt onder meer art. 4 Wet Arob: vanwege de hun als zodanig toevertrouwde belangen kunnen zij ook als zodanig optreden. Art. 1.2. onder 2 van het ontwerp Algemene wet bestuursrecht zegt het fraai: ten aanzien van bestuursorganen worden de hun toevertrouwde belangen als hun belangen beschouwd. En daaraan verbindt de Afdeling rechtspraak voor deze organen in dat opzicht procesbevoegdheid; zie bijvoorbeeld Afdeling rechtspraak 24 januari 1984, AB 1984, 239 (CLR), de Gemeentestem 6772, 10 (JMK). De Ambtenarenwet 1929 bepaalt in dit opzicht in art. 24 lid 3, dat in het twistgeding verweerder is het administratief orgaan, tegen welks besluit, handeling of weigering het beroep is ingesteld. Zie in dit verband ook art. 26 leden 2 en 3. De Hoge Raad in zijn voormeld arrest wijst erop, dat het uitgangspunt van het burgerlijk proces, waarvoor een aanknopng is te vinden in art. 5 eerste lid 1. en 2. Rv, zijn rechtvaardiging dáárin vindt dat bij een ander uitgangspunt – in het bijzonder als zou worden aangenomen dat een ambtelijk orgaan als zodanig in een burger-

lijk geding kan optreden – problemen kunnen rijzen van procesrechtelijke aard. Zo zou onzeker kunnen zijn, voegt het college eraan toe, wie op grond van het aan een uitspraak toekomende gezag van gewijsde door die uitspraak zijn gebonden en jegens wie een uitspraak, bijvoorbeeld op het punt van de kostenveroordeling, zou kunnen worden geëxecuteerd.

Zijn die problemen van procesrechtelijke aard er eigenlijk wel, vraag ik mij in gemoede af. De ervaringen met uitspraken in het bestuurlijk procesrecht, en in het bijzonder met veroordelingen van het bestuursorgaan, geven geen reden dat te veronderstellen, integendeel. De financiële consequenties van het optreden van het bestuursorgaan zijn uiteraard voor rekening van de rechtspersoon, niemand toch die daarover anders zal denken? Zie bijvoorbeeld de bevestigende noot van Heemskerk onder Hof's-Gravenhage, 20 februari 1982, NJ 1984, 66 (noot onder 67,3). In een enkel geval zegt de wet dat ook met zoveel woorden; art. 107 lid 9 Wet op de Raad van State: de voorzitter van de Afdeling rechtspraak kan bij gehele of gedeeltelijke inwilliging van het verzoek bij zijn uitspraak gelasten, dat aan de indiener daarvan het door hem gestorte recht wordt vergoed ten laste van het bij de beslissing aangewezen lichaam (zie ook aldus art. 73 lid 6 Wet op de Raad van State).

Gelet op deze inzichten en ervaringen staat niets er aan in de weg om ook in burgerlijke gedingen tegen de overheid het betrokken bestuursorgaan eisende of verwerende in rechte te laten optreden, wanneer daartoe redenen zijn. Wanneer het gaat om betaling van gelden zoals schadevergoeding of proceskosten en dergelijke zal uiteraard de rechtspersoon kunnen optreden, maar in andere gevallen is niet in te zien waarom men niet burgemeester en wethouders of gedeputeerde staten of de minister die het aangaat als verantwoordelijk bestuursorgaan zou mogen dagvaarden, en waarom die niet als eisende partij het geding zou mogen entameren. Was het niet in het onteigeningsproces zo, dat de burgemeester qualitate qua voor de gemeente optrad? Wil men meer zekerheid – en de preciezen onder ons willen dat natuurlijk – dan kan de wetgever uiteraard de financiële verantwoordelijkheid voor het optreden van het orgaan in de regeling van het procesrecht vastleggen. Ook Van der Hoeven in zijn 'De drie dimensies van het bestuursrecht' (p. 242) gaat van dezelfde gedachte uit; wat dat betreft weet ik mij dus in goed gezelschap.

Conclusie uit een en ander; laat ook in dit opzicht het burgerlijk procesrecht harmoniëren met het bestuurlijk procesrecht (11).

4. HET BELANG VAN PARTIJEN

Wil een natuurlijk persoon, een rechtspersoon of een bestuursorgaan als verzoekende, eisende of appellerende partij in een concreet geschil kunnen optreden, of zoals Borman het in zijn 'Procesrecht in Arob-zaken' (2e druk, p. 31) terecht uitdrukt, toegang tot de procedure hebben, dan moet in het algemeen hij of zij daarbij belang hebben. Zo zegt het ook een oude procesrechtelijke wijsheid: point d'intérêt point d'action. Processueel belang is aldus een ontvankelijkheidsvereiste.

Wat is echter belang in dit kader? Men kan daarover heel geleerd doen en theorieën aanhangen omtrent de relativiteitsleer of Schutz-normtheorie of omtrent waarborg- en instructienormen, met felle voor- en tegenstanders (12), maar men kan ook letten op de vraag hoe in de voorbije jaren tot op heden de praktijk zich heeft ontwikkeld. We komen dan terecht bij onder meer HR 28 juni 1985, NJ 1986, 356 (MS), BR 1086, p. 121 (Koeman) 'Claes c.s./Van Tongeren'. Het ging om een geschil voor de burgerlijke rechter met betrekking tot het gebruik van een perceel in strijd met de bestemming ingevolge het Uitbreidingsplan in hoofdzaak en met art. 352 van de Modelbouwverordening. Wat de eisers vorderden was dat Van Tongeren als buurman zijn perceel niet langer in strijd met voormelde regelingen zou gebruiken. De belangen die de eisers daarbij hadden werden door de Rechtbank als volgt vastgesteld:

- a. zij hebben er in het algemeen belang bij dat geen andere dan agrarische activiteiten bij hun woningen plaats vinden gezien het karakter van de woonomgeving;

(11) De aandacht zij nog gevestigd op de art. 47 lid 3, 48 en 104 lid 3 Ambtenarenwet 1929 met de eigenaardige wisseling van 'orgaan' en 'lichaam'; harmonisatie is hier zeker op haar plaats!

(12) Men zal wel willen begrijpen, dat ik in dit opzicht één schrijver wil noemen: P.C.E. van Wijmen, '(Waarborg) norm en instructie (norm)' in de bundel Crincc Le Roy, 1986, p. 309 e.v. Ik herinner daarbij aan zijn uitspraak (p. 326): 'Ieder die er belang bij heeft, komt dan ook een aanspraak toe, uiteraard corresponderende met de overtrede norm, de relativiteitsleer dus.' Overigens moge ik voor een analyse van de relatie recht, belang en rechtsbescherming verwijzen naar dezelfde auteur in zijn ac. pr. onder de titel 'recht, belang en rechtsbescherming', 1981, p. 115 e.v.

- b. er is aantasting in de vorm van geluidsoverlast, verkeershinder en ontsiering, al hetgeen leidt tot waardevermindering van hun eigendommen;
- c. niet-naleving van voorschriften gebeurt in het algemeen door lieden die er een andere mentaliteit op na houden dan eisers, welke lieden het met het naleven van ook andere, mede in het belang van ook eisers gegeven, wettelijke voorschriften niet zo nauw nemen;
- d. zij hebben er ook belang bij dat beroep op de Kroon, gedaan door de gemeente Westerhoven en eiser Adams inzake het bestemmingsplan Dorp, niet bij voorbaat illusoir wordt gemaakt.

Typisch dus stellingnamen in een administratief proces, gebaseerd op bestuursrechtelijke regelingen.

Wat zegt nu de Hoge Raad?

‘Voorop moet worden gesteld dat art. 352 bouwverordening gemeente Westerhoven – welke bepaling overeenkomt met art. 352 Modelbouwverordening – mede strekt tot bescherming van de belangen van belanghebbenden als Claes c.s., in het bijzonder belangen als de Rechtbank onder a – d heeft opgesomd.’

Uit de verdere overwegingen van het college volgt, dat deze belangen behoren tot die tot bescherming waarvan ook art. 1401 BW strekt.

Dat is de formule welke de Hoge Raad thans bezigt: behoren gestelde en gelaedeerde belangen tot de soort, die valt onder de bescherming, die art. 1401 BW bedoelt te bieden. En daartoe behoren ook de belangen waarin burgers administratiefrechtelijk worden beschermd. Zie bijvoorbeeld ook HR 27 juni 1986, NJ 1987, 743 (WHH), AA 1986, p. 638 e.v. (Nieuwenhuis), ‘De Nieuwe Meer’. Aldus doende sluit de toepassing van art. 1401 BW naadloos aan – zoals Scheltema het in zijn noot onder eerstvermeld arrest uitdrukt – bij het bestuursrecht voor zover dat de verhouding van burgers onderling mede regelt. Een terechte staal van harmonisatie van rechtspraak.

Een ander voorbeeld is het zojuist genoemde arrest De Nieuwe Meer, waarin de Hoge Raad overwoog, dat de hier gebundelde belangen behoren tot de soort als voormeld omschreven, te weten een verbod tot het storten van bagger afkomstig uit de Amsterdamse grachten in de Nieuwe Meer, zolang de vereiste vergunningen krachtens de Wet verontreiniging oppervlaktewateren niet zijn afgegeven, opdat het milieu niet of niet verder wordt aangetast. In dit bijzondere geval

leenden die belangen zich voor bundeling, zodat zij als één collectief belang aan de rechter konden worden voorgelegd, zoals Heemskerk in zijn noot terecht opmerkt. Onder omstandigheden kan ook zelfs de Staat een vordering op art. 1401 BW baseren, en in kort geding de nodige voorzieningen eisen, zoals het reeds genoemde Benckiser-arrest leert: HR 14 april 1989, NJ 1990, 712 (CJHB en JCS), AB 1989, 486 (Mr. I. Kleijs-Wijn Nobel), BR 1989, p. 623 en 647.

Wat is nu de leidinggevende gedachte achter dit instituut? Wat betekent eigenlijk de uitdrukking 'de bescherming die art. 1401 BW bedoelt te bieden' of 'vallende onder de bescherming van art. 1401 BW'? Duidelijk is dat de Hoge Raad het zo ziet, dat art. 1401 BW een conglomeraat van belangen, zowel van burgers als onder omstandigheden van de overheid, beschermt tegen onrechtmatige daden. Duidelijk is ook dat die belangen niet limitatief zijn opgesomd of op te sommen zijn, maar afhankelijk zijn van tijd, plaats en omstandigheden. Dat geeft in ieder geval de mogelijkheid van een rechtsbescherming 'bij de tijd', hic et nunc, en op de praktijk gericht. Eenmaal aldus gebracht onder de hoede van art. 1401 BW, vallen de betrokken belangen onder de werking van art. 2 Wet RO, en zijn ze derhalve daarmee burgerlijke rechten in de zin van die bepaling alsmede van art. 112 lid 1 Grondwet. Het moet wel zo zijn dat de Hoge Raad zich te dezen ook laat leiden door de zojuist genoemde artikelen, want de beschermde belangen moeten toch ook de kwalificatie burgerlijke rechten verdienen; waarmee de absolute competentie van de burgerlijke rechter is gegeven. Doorredenerend zou men kunnen formuleren, dat belangen van burgers, en onder omstandigheden van overheden, welk hic et nunc als burgerlijke rechten kunnen worden gekwalificeerd, beschermd worden tegen onrechtmatige daden. Door de jurisprudentie, welke zich heeft ontwikkeld sinds het arrest Lindenbaum/Cohen, HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161, en die thans een (voorlopig?) eindpunt heeft gevonden in het Ikon-arrest, HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727, (MS), AB 1987, 273 (FHvdB), is de formulering van eerstgenoemd arrest hoewel niet wezenlijk wél verbaal veranderd; duidelijk is dat een gedraging onrechtmatig is wanneer zij in strijd is met de wet, détournement de pouvoir oplevert, willekeur betekent of anderszins in strijd is met behoorlijke maatschappelijkheid of met algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De Hoge Raad maakt daarbij geen onderscheid tussen de onrechtmatige daad en de onrechtmatige overheidsdaad.

Wanneer we dit alles nu bezien in het kader van het bestuursrecht, dan valt op, dat de zojuist geformuleerde idee van onrechtmatigheid bijvoorbeeld past in art. 8 Wet Arob, art. 2 TwK, art. 58 Ambtenarenwet 1929, en art. 5 Arbo-wet. Dat leidt tot de gedachte dat een beschikking onrechtmatig is op dezelfde gronden als in het burgerlijk recht. Tot eenzelfde conclusie kwam reeds Droogleever Fortuijn in zijn opstel 'Congruentie van privaatrechtelijke en administratiefrechtelijke begrippen' in de Scholten-bundel 'Non sine causa' 1979, p. 46. Is het dan te stoutmoedig om te veronderstellen, dat er in het recht een genus-begrip onrechtmatige daad bestaat, dat twee species heeft, namelijk die in de zin van art. 1401 BW én de onrechtmatige beschikking in het bestuursrecht? Wanneer men die gedachte aanvaardt – en ik doe dat –, ligt het dan niet voor de hand om ter wille van een bij-de-tijdse jurisprudentie én ter wille van de hier bepleite harmonie te spreken van 'belangen vallende onder de bescherming van...' de voormelde artikelen? En daaronder zal men dan moeten verstaan die belangen welke bescherming verdienen tegen onrechtmatige beschikkingen. Verstandig lijkt het uit een oogpunt van harmonisatie, om eenzelfde vraagstelling te bezigen als de Hoge Raad voor wat betreft art. 1401 BW, dus bijvoorbeeld: 'behoren de gestelde en gelaedeerde belangen tot de soort, die valt onder de bescherming die art. 8 Wet Arob (art. 2 TwK, art. 58 Ambtenarenwet 1929, en art. 5 Arbo-wet) bedoelt te bieden?' Ook Van Galen en Van Maarseeven gaan daarvan uit in hun preadvies voor de VAR 1979: 'In elk geval vordert men bescherming door het recht van een belang, dat door een overheidsorgaan is geschaad' (p. 18).

Duidelijk wordt uit het voorgaande dat de aangevallen beschikking onrechtmatig moet zijn, evenals in het burgerlijk recht de daad of het nalaten die kwalificatie moeten verkrijgen. Dat wil niet altijd zeggen, dat die onrechtmatigheid ook eerst moet worden vastgesteld. Wanneer immers komt vast te staan dat, verondersteld dat de beschikking onrechtmatig is, de betrokken belangen daartegen geen bescherming verdienen, dan ligt een niet-ontvankelijkverklaring voor de hand.

Dit een en ander vraagt een andere houding van de administratieve rechters. Zij hebben blijkens de jurisprudentie en blijkens de ervaring de gewoonte om eerst na te gaan, of een rechtstreeks belanghebbende partij als zodanig voorhanden is, en zo ja, om dan de vraag te beantwoorden, of de bestreden beschikking – indien een beschikking aanwezig is – al dan niet in strijd is met de toetsingscriteria; zo ja, dan volgt vernietiging. Mij dunkt dat bij de beoordeling van de

ontvankelijkheid ook onder ogen zal moeten worden gezien, of de gestelde en gelaedeerde belangen de hier omschreven bescherming verdienen. En natuurlijk zullen de administratieve rechters dat zodanig moeten opvatten, dat de rechtsbescherming tegen de overheid daarmee is gediend. Maar het mag niet zo zijn, dat de enkele stelling dat een belang geschonden is aanleiding is – en niet meer dan dat – om een beschikking te vernietigen. Dat lijkt eerder een soort bestuurlijke heroverweging dan rechtspraak. Ook de overheid heeft er recht op te weten of het gelaedeerde belang behoort tot het areaal dat bescherming verdient tegen onrechtmatige beschikkingen.

Ter afsluiting van dit onderdeel zou ik nog een enkele opmerking willen maken. Men zou eraan kunnen twijfelen of een niet-ontvankelijk verklaring moet volgen, indien het gestelde en beschadigde belang geen bescherming verdient, en dus niet relevant is. Mijn inzicht is, dat hier sprake is van een ontvankelijkheidsvraag: alleen dan heeft betrokkene toegang tot de procedure wanneer hij, hoewel in potentie procespartij, ook actueel een in rechte beschermenswaardig belang heeft. Men zie bijvoorbeeld HR 3 april 1987, NJ 1987, 703 (G): Nomij handelde niet onrechtmatig door het plaatsen en gedurende de bouw handhaven van de schutting rond haar bouwterrein, en het daardoor afbreuk doen aan de zichtbaarheid van Van den Heuvels naast het bouwterrein gelegen winkel voor het publiek, en haar weigering om de eventueel daardoor veroorzaakte omzetschade aan Van den Heuvel te vergoeden. Er zijn situaties denkbaar dat zo'n casus wel leidt tot onrechtmatigheid, zoals de Hoge Raad nog uitdrukkelijk overweegt, bijvoorbeeld doordat particuliere bouwactiviteiten plaatsvinden op zodanige wijze of leiden tot een zodanige omzetschade voor naburige winkelbedrijven, dat zij een onrechtmatige daad opleveren die tot vergoeding van die schade verplicht. Toegegeven moet worden dat in het berechte geval dit rechterlijk oordeel heeft geleid tot een ontzegging van de vordering. Daarover nadenkend meen ik mijn opvatting aldus te moeten nuanceren, dat, wanneer klaarblijkelijk sprake is van een rechtens niet beschermd belang de betrokkene niet-ontvankelijk is, doch wanneer die situatie zich niet voordoet en in redelijkheid getwist kan worden over de vraag, of het gestelde en benadeelde belang in rechte bescherming verdient, zodat na debat van partijen de rechter daarover uitspraak heeft te doen, de betrokkene terecht toegang had tot de procedure maar hem zijn vordering dient te worden ontzegd dan wel zijn beroep moet worden verworpen.

5. AANVULLING EN SUBSTITUTIE VAN RECHTSGRONDEN

In wezen heeft de administratieve rechter drieërlei taak; hij kan een beroep tegen een overheidsbesluit niet-ontvankelijk verklaren, een beroep daartegen verwerpen dan wel het bestreden besluit geheel of gedeeltelijk vernietigen, met eventueel bijkomende voorzieningen, zoals de bepaling dat de gevolgen van het vernietigde besluit geheel of gedeeltelijk in stand blijven, art. 99 lid 2 Wet op de Raad van State (13). In het laatste geval voorziet het betrokken orgaan voor zover nodig opnieuw in de zaak met inachtneming van de uitspraak; zie bijv. art. 99, lid 1, Wet op de Raad van State. Dit is ook typisch hetgeen een appel-college of de Hoge Raad in de burgerlijke rechtspraak doet. Doch wat deze laatsten vóór hebben is dat zij krachtens art. 48 Rv 'van ambtswege' de rechtsgronden hebben aan te vullen, en dat zij daarvan krachtens jurisprudentie een zodanig gebruik maken dat de rechtszekerheid en de praktijk van alle dag er mee gediend zijn. Voor ons onderwerp is de jurisprudentie van de Hoge Raad in dit opzicht instructief. Deze komt er op neer, dat ook al zijn de tegen de uitspraak gerichte klachten terecht, de Hoge Raad niettemin het beroep kan verwerpen op grond, dat op andere ambtshalve aangevoerde rechtsgronden de bestreden beslissing toch juist is; de klager heeft dan geen belang bij zijn beroep.

Enkele kort weer te geven uitspraken mogen deze wijzen van afdoen van zaken illustreren.

HR 25 juni 1982, NJ 1983, 194 (WHH): het college komt niet toe aan de twee materiële geschilpunten, omdat in casu sprake was van een voorhanden zijnde administratieve procedure ex art. 51 – 58 Beginselenwet gevangeniswezen, zodat de rechters in kort geding zich ambtshalve materieel onbevoegd hadden moeten verklaren; het beroep wordt niettemin verworpen omdat de eiser tot cassatie geen belang heeft bij vervanging van de ontzegging door een niet-ontvankelijk verklaring.

HR 14 oktober 1983, NJ 1984, 106, AA 1984, p. 9 (G): de beslissing van de Rechtbank is juist, wat er zij van de daarvoor gebezigde gronden. Het merkwaardige in deze zaak is, dat de Hoge Raad niet uitgaat van de door de Rechtbank vastgestelde feiten, maar van die welke volgen uit de niet bestreden stellingen van partijen en dus vaststaan. De

(13) Zie bijv. Borman, 'Procesrecht in Arobzaken', 2e druk 1987, p. 84.

Hoge Raad is daartoe bevoegd krachtens art. 419 lid 2, Rv. Bij bespreking van de hier bedoelde klachten heeft de eiser dus geen belang, voegt het college er laconiek aan toe.

HR 6 maart 1987, NJ 1988, 3 (PAS): ook hier heeft de eiser tot cassatie geen belang bij zijn beroep, ondanks het feit dat de Rechtbank blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, omdat na vernietiging en eventuele verwijzing geen andere uitspraak zou kunnen worden gedaan dan afwijzing van het inleidend verzoek, zoals hier derhalve terecht is geschied.

Samenvattend moet men dus zeggen, dat, wanneer de door de lagere rechter vastgestelde feiten – dan wel die welke uit de door partijen erkende of niet weersprokene volgen en vaststaan – meebrengen dat de beslissing van die rechter op zich zelf genomen juist is, de Hoge Raad ambtshalve de door de lagere rechter gebezigde motivering substitueert door een andere, en aldus die beslissing handhaaft.

Zo gebeurt dat ook in Frankrijk ex art. 620 Nouveau Code de procédure civile, waar de Cour de Cassation 'peut rejeter le pourvoi en substituant un motif de pur droit à un motif erroné' (14).

Deze wijze van optreden zou naar mijn inzicht de administratieve rechter moeten overnemen, zoals de Centrale Raad van Beroep al pleegt te doen. Deze rechter heeft daarbij het grote voordeel, zowel in eerste instantie als in hoger beroep, dat hij ter zitting op actieve wijze de relevante feiten kan vaststellen, voor zover derhalve voor de berechting van het geschil van belang. Natuurlijk zal iedere rechter, ook de administratieve, voor ogen moeten houden, dat in het algemeen ieder geschil in wezen een zaak is van partijen, en niet van de rechter. Hij is gebonden aan de feiten, welke komen vast te staan in het geding; daartoe behoren de feiten welke partijen bijbrengen en uiteraard ook die welke door bewijsmiddelen deel zijn gaan uitmaken van het geding, bijvoorbeeld als gevolg van een al dan niet ambtshalve opgedragen deskundigenbericht, een comparitie van partijen of tijdens pleidooien meegedeeld, eventueel na ondervraging door een rapporteur of een ander lid van de betrokken kamer. Maar andere feiten mogen daaraan niet ambtshalve worden toegevoegd; zie HR 24 november 1978, NJ 1980, 88 (WHH), alsmede Cleveringa over

(14) Zie Veegens c.s., 'Cassatie in burgerlijke zaken', 3e druk 1989, p. 104 e.v. en 284 e.v. Zie overigens voor een bespreking van dit werk mr. H.E. Ras in NJB 1990, p. 1484 e.v.

'Belang' en 'belang' in RM Themis 1964, p. 223. Het onderzoek door de rechter mag daartegenover ook niet zover gaan, dat de besluitvorming door de overheid als het ware stap voor stap opnieuw wordt gedaan, en telkens wanneer hij stuit op een verzuim het besluit deswege wordt vernietigd (of in kort geding geschorst). Naar mijn ervaring hebben sommige administratieve rechters die neiging, en fungeren zij dan als een hogere bestuursinstantie. Het gaat dan meer om vernietiging dan om verwerping wegens gemis aan belang, en die houding is nu juist in strijd met de hier verdedigde harmonisatiedachte.

Van Galen en Van Maarseveen in hun preadvies voor de VAR 1979 bestrijden in de kern en tot op zekere hoogte deze zienswijze: zij zien in het administratieve proces een onderzoeksproces (p. 35), en zij leggen daarbij de nadruk op het inquisitoire karakter daarvan.

Zij gaan zelfs zover dat zij stellen, dat de drie processuele functies, nl. procesleiding, procesinstructie en procesbeslissing in één hand zijn; het is een rechtersproces, niet een partijengeding; de rechter procedeert, partijen participeren in de procedure, maar zij 'voeren' het proces niet (p. 38).

Zij erkennen onmiddellijk daarop wel, dat het inquisitoire beginsel zijn uitzonderingen en beperkingen kent: partijen kunnen tot op bepaalde hoogte over het proces beschikken, de rechter kan niet zelfstandig tot een onderzoek overgaan, omdat hij gebonden is aan een proces-initiatief, en partijen blijven ook in het geding bepaalde bevoegdheden uitoefenen. Ook gaan de schrijvers ervan uit dat de rechter niet ultra petita mag gaan als en in zoverre dit ten nadele van de klager zou strekken, en achten zij op dezelfde grond de reformatio in peius niet aanvaardbaar.

Mijn zienswijze echter is anders.

Wanneer een geschil aan de rechter is voorgelegd heeft hij, na de vragen omtrent zijn bevoegdheid en de ontvankelijkheid beantwoord te hebben, tot taak vast te stellen wat de aard van het geschil tussen partijen is, wat haar verdeeld houdt. Daarmee erkent hij dat tussen partijen een rechtsbetrekking bestaat en dat bepaalde rechtens relevante belangen binnen die rechtsbetrekking al dan niet geschonden zijn, en stelt hij in geval van schending de gevolgen daarvan vast, welke het recht daaraan verbindt. Dusdoende doet de administratieve rechter niet anders dan de burgerlijke rechter. Het gaat dus om rechtsbescherming binnen een publiekrechtelijke, bestuursrechtelijke rechtsverhouding, de burger tegenover de overheid. Van diezelfde ge-

dachte gaat uit hoofdstuk II van de Memorie van Toelichting bij het voorstel van Wet Algemene wet bestuursrecht (21 221, 3) handelend over de algemene benadering van de rechtsbetrekking bestuur – burger. Ook strafrechtelijk zal men van een rechtsbetrekking moeten uitgaan; zie bijv. T.M. Schalken, ‘Strafbaarstelling en de garantie-functie van het strafrecht’, in de bundel ‘Kracht van wet’, aangeboden aan mr. W.J. van Eijkern, p. 172. Hij voegt daaraan toe: ‘Normering van die rechtsverhouding en het toezicht daarop zijn daarom van belang, omdat overheid en burger op ongelijke wijze daarin participeren.’

Dat hier en daar nog inquisitoire elementen voorkomen (zie bijv. art. 69, leden 1 en 2 Beroepswet) doet daaraan niet af.

Voorop staat de processuele gelijkwaardigheid van partijen, die in beginsel in het geding in een horizontale relatie tot elkaar staan, met over en weer de verplichting de relevante feiten en omstandigheden te stellen, te adstrueren en te bewijzen. Daarbij zal de rechter soms de helpende hand moeten bieden door bijvoorbeeld een voorbereidend onderzoek te gelasten; zie de art. 103 Beroepswet en 77 Ambtenarenwet. Over en weer nemen zij van alle aangevoerde feiten en omstandigheden kennis, en zij zijn gerechtigd die over en weer ten overstaan van de rechter te bestrijden. Het blijft een proces van partijen, het zij nogmaals gezegd. De meerdere of mindere mate van lijdelijkheid van de rechter doet daaraan niet af. Ook in geval van een grotere en indringender activiteit van de rechter (bijv. door middel van een rapporteur; maar doet de rechter-commissaris in het civiele proces anders?) moet hij toch steeds het beginsel respecteren dat partijen ‘domini litis’ zijn. Zie hierover nader onderdeel 7.

Wil men denken aan een meer inquisitoir proces, dan is een klacht-procedure, zoals bij de Nationale Ombudsman of bij de Registratiekamer, daarvan een voorbeeld: daar overheerst het ambtelijk onderzoek en het ambtelijk resultaat. De klager heeft min of meer zijn zaak uit handen gegeven, en de Nationale Ombudsman of de Registratiekamer hebben die overgenomen.

De administratieve rechter aarzelt dus niet om, eventueel ‘van ambtswege’, zijn motivering in de plaats te stellen van die van het bestreden besluit, en om op die gronden het bestreden besluit te handhaven. In de beslissing zal de rechter dit uitdrukkelijk en duidelijk moeten vermelden, en vooral de gesubstitueerde motivering zorgvuldig moeten verwoorden. Naar mijn inzicht zijn de rechtszekerheid en de processuele praktijk daarmee gediend.

Ik ben mij ervan bewust dat voorzichtigheid en prudentie geboden zijn.

In twee groepen van gevallen zal er minder aarzeling opkomen: wanneer de appelrechter een beslissing van de eerste rechter op zich zelf genomen zou moeten vernietigen vanwege een onjuist rechtsoordeel, doch die beslissing juist is mits een ambtshalve aan te voeren rechtsoordeel als motivering wordt gegeven, dan is de rechtsbescherming daarmee alleszins gediend. En evenmin heeft een vernietiging van een beslissing van het administratief orgaan reële zin, indien in dat geval tot geen ander besluit kan worden gekomen, hetgeen veelal het geval is in de situatie van een gebonden beschikking. Slechts wanneer sprake is van een discretionaire bevoegdheid is in het algemeen vernietiging op haar plaats. Dan worden partijen op het eerdere spoor gezet, zodat de overheid de situatie opnieuw en met inachtneming van het oordeel van de rechter kan bezien. Maar ook dan geldt dat de rechter zelf in de zaak zou kunnen voorzien; daarover echter gaat het volgende onderdeel.

6. EX TUNC EN ZELF IN DE ZAAK VOORZIEN

Als een van de lastigste verschillen tussen het administratief en het burgerlijk procesrecht wordt gezien het feit, dat de rechter in het eerste stelsel *ex tunc* pleegt te beslissen en in het laatste *ex nunc*. Vooral de Afdeling rechtspraak van de Raad van State is daarin streng van opvatting; zie bijv. Afdeling rechtspraak 26 februari 1982, AB 1983, 211 (vdV) 'Rozenhof': de Afdeling kan bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de bestreden besluiten geen rekening houden met hetgeen appellant eerst ter zitting naar voren heeft gebracht. Men moet daarbij wel bedenken, dat pas dan dit standpunt een rol speelt, wanneer in beroep het geschil aan de Afdeling is voorgelegd. In de fase van de heroverweging op grond van een bezwaarschrift krachtens de Wet Arob zal de overheid bij hernieuwde besluitvorming met de dan bekende en relevante feiten en omstandigheden rekening hebben te houden; aldus bijv. met zoveel woorden Afdeling rechtspraak 24 april 1980, AB 1980, 559 (vdV) 'kwekerij Duiveland'. Dogmatisch gezien lijkt mij dit standpunt beslist juist, het gaat om de toetsing van het besluit zowel voor wat betreft de wijze van totstandkoming als voor wat betreft zijn inhoud. Nu wordt die toetsing niet

strikt formeel uitgevoerd. De Afdeling houdt ook zonder uitdrukkelijke wettelijke opdracht rekening met de voorschriften van openbare orde, en zal ook ambtshalve de rechtsgronden aanvullen. Wanneer daarbij tevens substitutie van rechtsgronden zal plaatsvinden, zoals in het vorige onderdeel bepleit, zal het praktische nadeel van de hier besproken opvatting beperkt zijn.

Toch rijst de vraag of de nadelen ervan voor de praktijk, vooral met het oog op de efficiëntie en snelheid van beslissen, en dus ter wille van het sneller verkrijgen van rechtszekerheid, niet nog beter te onderwerpen zijn. Daarvoor kunnen we te rade gaan zowel bij de burgerlijke rechter als bij de Kroon en de Afdeling geschillen van bestuur van de Raad van State in haar hoedanigheid van TwK-rechter.

In burgerlijke zaken moet de appelrechter bij zijn uitspraak ook rekening houden met de feiten die zich hebben voorgedaan ná de beslissing in eerste aanleg; zie bijv. HR 30 mei 1941, NJ 1942, 221 en de constante jurisprudentie in dat opzicht. Dat leidt dan onder omstandigheden tot het oordeel, dat de eerste beslissing weliswaar op zich genomen juist is, maar toch vernietigd moet worden wegens nadien gebleken feiten en omstandigheden. Partijen moeten zich dan wel in de hogere instantie daarop hebben beroepen en de feiten moeten uiteraard relevant zijn. De Kroon als hoogste bestuurlijke instantie heeft met zodanige houding volstrekt geen moeite; zie bijv. KB 27 april 1983, AB 1983, 334: hoewel Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland destijds op grond van de toen heersende omstandigheden terecht tot de bestreden beslissing zijn gekomen, kan dat besluit thans vanwege een toetsing *ex nunc* niet meer worden gehandhaafd, waarna de Kroon doet volgen een gegrondverklaring van het beroep, vernietiging van het bestreden besluit en een door de Kroon gegeven voorziening in de plaats van dat besluit. Men kan met recht volhouden dat deze wijze van handelen past en als juist wordt ervaren in de bestuurspraktijk. Maar ook in de jongste ontwikkeling van de administratieve rechtspraak is aan de administratieve rechter die bevoegdheid toebedeeld. Art. 5 lid 1 TwK bepaalt dat, indien de uitspraak van de Afdeling strekt tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van een besluit, de Afdeling desgewenst zelf in de zaak kan voorzien. Duidelijk is dat deze bevoegdheid uit de praktijk van de Kroonjurisprudentie is overgenomen, en aldus tot een rechterlijke bevoegdheid is gemaakt: de overheid is krachtens rechterlijke beslissing aan de daarmee in hoogste instantie gegeven uitspraak gebonden. Aldus ook HR 28 maart 1990, RvdW 1990, 77 in een belastingzaak:

'Gelijk de Hoge Raad heeft geoordeeld, bij zijn arrest van 23 november 1988, BNB 1989/29, vervult de rechter die, zoals in het onderhavige geval, na gegrondverklaring van het tegen een kwijtscheldingsbesluit van de inspecteur ingestelde beroep, zelfstandig bepaalt in welke mate de opgelegde verhoging voor kwijtschelding in aanmerking komt, niet een – door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur beheerste – bestuurstaak, maar een rechterlijke taak, op de uitoefening waarvan niet deze beginselen van toepassing zijn.'

Nu kan men wel met Stroink, Tak en Teunissen bij 'Een analyse van één jaar TwK-jurisprudentie', NJB 1989, p. 253 c.v., daarop kritiek hebben en van oordeel zijn, dat de rechter op deze wijze op de stoel van het bestuur gaat zitten, maar die kritiek miskent het karakter van een rechterlijke uitspraak in een geschil van partijen. Door een rechterlijke uitspraak ten principale wordt de rechtspositie van partijen vastgesteld na beoordeling van haar geschil op basis van feiten en omstandigheden, ook de latere in vorenbedoelde zin. Wanneer dat in hoogste instantie gebeurt is die vaststelling voor haar in dat kader onherroepelijk.

Ik ben van mening dat op deze wijze er harmonie is tussen burgerlijke en administratieve rechtspraak: nova voor zover relevant en voor zover daarop beroep is gedaan spelen in het procesrecht aan weerszijden dezelfde rol. In het administratief procesrecht kan dat geschieden door in iedere regeling op te nemen de clause, dat, indien de uitspraak strekt tot geheel of gedeeltelijke vernietiging van een besluit, de rechter desgeraden zelf in de zaak kan voorzien; in de toelichting daarop ware dan te vermelden, dat deze regeling van belang is onder meer wanneer zich na het bestreden besluit of de bestreden uitspraak nova hebben voorgedaan, waarop partijen zich hebben beroepen (15).

Hoor ook de verzuchting van Scheltema in Bestuursrecht 1990, p. 146, die zou wensen dat rechters in dit opzicht wat meer lef ten toon spreiden.

Opgemerkt zij tenslotte nog, dat in art. 70 van de Beroepswet de bevoegdheid om in de zaak te voorzien voorkomt, zodat de rechter in zaken van sociale verzekering reeds lang gewend is om aldus te beslissen.

(15) Daarmee is in overeenstemming hetgeen Van der Veen in zijn noot onder Afdeling rechtspraak 21 november 1978, AB 1979, 475 (vuilstortplaats Terneuzen) heeft betoogd.

sen. De Ambtenarenwet 1929 is beperkter en strakker geredigeerd: art. 47 lid 1 bepaalt dat het gerecht enkel de aangevallen besluiten, handelingen en weigeringen nietig kan verklaren en, voor zoveel nodig, bepalen dat het orgaan zal doen of besluiten, hetgeen het ingevolge wet of algemeen verbindend voorschrift doen of besluiten moet; een duidelijk staaltje van koudwatervrees. Alleen in geval het te nemen besluit betreft een geldelijke aanspraak, kan het gerecht het besluit zelf in zijn uitspraak vaststellen; lid 2.

Duidelijk zal zijn dat deze verschillen in de onderscheidene typen van administratief procesrecht dienen te verdwijnen in de hier bepleite zin.

7. HET BEWIJS

Bekend is het gegeven dat het bestuursprocesrecht geen geschreven bewijsrecht kent, in tegenstelling tot het burgerlijk recht waar het van oudsher is geregeld. Het geheel van burgerrechtelijke bewijsregels is als gevolg van de Wet van 3 december 1987 (Stb. 590) thans ondergebracht in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, in de art. 176 – 233, in werking getreden op 1 april 1988; het is duidelijk een substantieel onderdeel van het burgerlijk procesrecht. Op zich zelf genomen geldt dit bewijsrecht enkel voor zaken, welke aanvangen met een dagvaarding, terwijl in verzoekschriftprocedures een aantal artikelen van overeenkomstige toepassing is (art. 182 lid 1 Rv), tenzij uit de wet iets anders voortvloeit. Algemeen aanvaard is dat dit bewijsrecht in kort geding niet van toepassing is, en evenmin in arbitrage tenzij partijen dit voor het arbitraal geding van toepassing hebben verklaard (art. 1039 lid 5 Rv).

De reden dat in het bestuursprocesrecht een regeling van het bewijsrecht ontbreekt zou daarin gelegen zijn, dat de administratieve rechter in het proces geheel vrij moet zijn om te oordelen en te beslissen. De diepere oorzaak daarvan zou men moeten zoeken in het inquisitoire karakter van het administratieve proces. Van Galen en Van Maarseveen in hun meergemeld preadvies zijn daarin heel duidelijk. Zij zeggen onder meer (p. 63 e.v.), dat de rechter vrij is in het bepalen van de bewijsomvang; hij bepaalt of er bewijs zal moeten worden gevonden voor bepaalde feiten of beweringen; voor hem geldt niet dat de onbetwiste feiten voor waar gehouden moeten worden, noch dat over betwiste feiten een bewijslevering uitsluitel zal moeten geven;

hij is in deze niet gebonden aan wat partijen naar voren brengen; hij is ook vrij inzake de bewijsverdeling alsmede in de bewijswaardering. Zij voegen daaraan toe, dat men misschien de bewijswaardering zou moeten koppelen aan iets als 'de gemoedelijke overtuiging' van de rechter, dat wil zeggen dat de vraag die de rechter aan zich zelf heeft te stellen is of hij in gemoede overtuigd is dat een feit zich zus of zo heeft voorgedaan. Zij komen tot de conclusie dat het inquisitoire beginsel een verklaring kan bieden voor het vrij-bewijsbeginsel, in zoverre de rechter die een klacht in onderzoek neemt de al dan niet gegrondheid op het spoor wil komen, en in zijn onderzoek naar de 'materieële' waarheid niet geremd moet worden door bewijsrechtelijke complicaties. Zij eindigen dan met te stellen: het beste bewijsrecht is geen bewijsrecht (p. 68).

Is deze kijk op het bestuursprocesrecht nu eigenlijk wel juist? De moeilijkheid is dunkt mij gelegen in het feit, dat Van Galen en Van Maarseveen het bestuursproces als van inquisitoire aard beschouwen. Zij gaan er duidelijk van uit dat een burger een klacht indient, waarna de aangewezen beroepsinstantie of administratieve rechter in actie komt. Weliswaar heeft de klager dan nog wel bepaalde rechten (en verplichtingen), maar de aangelegenheid is dan een zaak van de rechter geworden. Deze stelt, meestal na het horen van de klager en het overheidsorgaan als verweerder — niet wanneer de klacht kennelijk niet-ontvankelijk of ongegrond dan wel gegrond is, zie bijv. art. 105 Wet op de Raad van State — in supreme onafhankelijkheid en vrijheid vast of de klacht gegrond dan wel ongegrond is. Eenzelfde gedachte ontmoette ik in een alleszins lezenswaardige beschouwing van J.M. Kan, 'Bewijzen in het administratief recht' (RM Themis 1966, p. 519 e.v.), waarin hij een stelling van M.A.C. van den Blink aanhaalt: zodra een geschil bij de administratieve rechter aanhangig is, gaat het als het ware een zelfstandig bestaan leiden, onafhankelijk van de wil van partijen. Is dit niet een tenminste achterhaalde werkelijkheid? Is er niet duidelijk een ontwikkeling geweest, en eventueel nog gaande, van klachtrecht naar contradictoir recht, van, als men wil, verticale naar horizontale verhoudingen? Te denken valt daarbij aan het klachtrecht in het notariaat, in consumentenzaken, en dergelijke. Het lijkt mij dat deze ontwikkeling het gevolg is van grotere mondigheid van de burger, en dus van zijn emancipatie. Daarmee is het inquisitoire beginsel in onze samenleving niet overboord gezet, zoals eerder betoogd, hoewel de vraag kan rijzen of dit stand kan blijven houden.

Maar ook onafhankelijk van de vraag of het administratieve proces al of niet een inquisitoir karakter heeft, zal men er toch van moeten uitgaan, dat, wil de administratieve rechter tot een uitspraak komen daartoe relevante feiten moeten vaststaan. Duidelijk is dat per saldo de rechter die feiten vaststelt. Maar hoe? Zou men niet moeten zeggen dat aan dit vaststellen voorafgaat het bijeenbrengen van die feiten en omstandigheden, welke zich voor vaststelling lenen? En moeten die niet bewezen worden? Wat is dan bewijzen? Is dat niet het aantonen van feiten en omstandigheden tussen partijen in een geding ten overstaan van de rechter (c.q. arbiter) in overeenstemming met de waarheid? Filosofisch gezien rijzen hier heel wat vragen, bijv. wat zijn feiten, wat is waarheid? Zie bijv. Cornelis Verhoeven, 'Mensen in een grot. Beschouwingen over een allegorie van Plato', Ambo Baarn, 1983. Hoewel filosofen ons in deze behulpzaam kunnen zijn, gaat het toch om wat tussen in de praktijk werkzame juristen gemeenlijk wordt aanvaard als waar in de samenleving. Derhalve, voordat de rechter de feiten vaststelt, of verklaart dat relevante feiten vaststaan, zullen die eerst moeten worden bewezen. Daarbij speelt de rechter een actieve rol, maar hij niet alleen: er zal wisselwerking en in zekere zin ook samenwerking met partijen en hun gemachtigden of raadslieden moeten bestaan.

Nu kan men onderscheid maken tussen gebonden en vrij bewijs. Eigenlijk zou men moeten zeggen gebonden of vrije waardering van het bewijs, want in het eerste geval is de rechter krachtens de wet verplicht de bewijskracht van bepaalde bewijsmiddelen te erkennen, welke de wet aan bepaalde gegevens verbindt. Zie art. 178 Rv:

'Dwingend bewijs houdt in dat de rechter verplicht is de inhoud van bepaalde bewijsmiddelen als waar aan te nemen ofwel verplicht is de bewijskracht te erkennen, welke de wet aan bepaalde gegevens verbindt.'

Dit geldt in het burgerlijk procesrecht ook voor feiten of rechten die door de ene partij zijn gesteld en door de wederpartij niet of niet voldoende zijn betwist: de rechter moet die als vaststaand beschouwen, behoudens zijn bevoegdheid bewijs te verlangen, zo vaak aanvaarding van de stellingen zou leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat, aldus art. 176 lid 1 Rv. Doch overigens zal men ervan uit moeten gaan dat als hoofdbeginsel ook in civiele zaken geldt dat de rechter vrij is in de waardering van het bewijs: art. 179 lid

2 Rv. Ook de Afdeling rechtspraak gaat daarvan uit: AR 23 september 1983, AB 1984, 467 (JHvdV).

Uit een en ander volgt al dat in ons huidige wettelijk stelsel nog nauwelijks verschil bestaat tussen gebonden en vrij bewijs. Want ook in de administratieve rechtspraktijk zal de rechter de feiten, waarover partijen niet van mening verschillen of welke niet voldoende zijn betwist als waar in het proces aanvaarden, behoudens die feiten waarover, om het met andere woorden te zeggen, partijen geen zeggenschap hebben, bijv. omdat ze van openbare orde zijn of in de wet voorgeschreven zijn zoals de verzekeringsplicht. Zo staat in een vreemdelingenzaak de geboortedatum van de appellant of een van de zijnen niet zonder meer vast, ook al zou de Staat daartegen geen verweer voeren; het gegoochel en gesjoemel hier en daar met dat soort data maakt de rechter terecht achterdochtig. Men moet daarbij tevens voor ogen houden, dat in beide stelsels geldt, dat feiten en omstandigheden van algemene bekendheid alsmede algemene ervaringsregels door de rechter aan zijn beslissing ten grondslag mogen worden gelegd – ongeacht of zij zijn gesteld of niet – , en geen bewijs behoeven (art. 176 lid 2 Rv).

Dat ook de burgerlijke rechter zich vrijer opstelt, bijv. ten aanzien van de bewijslastverdeling, moge onder meer blijken uit twee betrekkelijk recente arresten van de Hoge Raad.

In HR 9 maart 1990, NJ 1990, 561 (PAS) ging het om ontslag uit een arbeidsovereenkomst tijdens zwangerschap. In beginsel, aldus het college, berust op de werkneemster de bewijslast dat zij op het tijdstip van de opzegging zwanger was, en wel krachtens het uitgangspunt neergelegd in art. 177 Rv. Maar de strekking van art. 1639h lid 4 BW brengt mee, zo vervolgt het college, dat – bij wijze van ongeschreven bijzondere regel in de zin van art. 177, slotzinsnede – een afwijking van voormelde hoofdregel moet worden aanvaard, wanneer vaststaat dat de werkneemster in elk geval kort na de opzegging zwanger was, en de bewijslast nog uitsluitend de vraag betreft of deze zwangerschap reeds tijdens de opzegging bestond: het zou met de bescherming die art. 1639h lid 4 aan de werkneemster beoogt te bieden niet stroken het daaruit voortvloeiende bewijsrisico geheel voor haar rekening te laten. Dit brengt mee dat de bewijslast op de werkgever moet worden gelegd, wanneer er een reële mogelijkheid bestaat dat de zwangerschap, die zich heeft geopenbaard, op het tijdstip van de opzegging reeds bestond.

Een tweede geval betreft HR 6 april 1990, NJ 1990, 573 (PAS). Het

ging om de aansprakelijkheid van de werkgever ex art. 1638x BW voor de gevolgen van asbestose van de werknemer. 'De door de rechtbank vooropgestelde algemene regel omtrent stelplicht en bewijslast is weliswaar als uitgangspunt juist, doch in de voormelde overwegingen wordt miskend, dat de zware bewijslast die dit uitgangspunt in beginsel op de werknemer legt, gevolgen heeft voor de eisen waaraan de motivering door de werkgever van diens betwistingen van de stellingen van de werknemer – die zich wegens de aard van de materie noodgedwongen tot hoofdlijnen zal moeten beperken – dient te voldoen. Met name zal de werkgever in het kader van die motivering in het algemeen de omstandigheden dienen aan te geven, die meer in zijn sfeer dan in die van de werknemer liggen.' En verderop heet het dat ter zake van de vraag welke veiligheidsnormen de werkgever in acht behoorde te nemen voor de rechter de vrijheid zal bestaan een deskundigenbericht in te winnen; daarbij wordt verwezen naar HR 2 februari 1990, RvdW 1990, 44.

Is het dan in dat licht gezien zo'n dwaas idee om de algemene en bijzondere bepalingen van het bewijsrecht in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering op overeenkomstige wijze toe te passen in het bestuursprocesrecht? Uiteraard behoudens de afwijkingen, welke de aard van het concrete proces noodzakelijk maakt? In een hoofdstuk van bestuurlijk procesrecht, op te nemen in de AWB zou een dergelijke bepaling niet misstaan, zo nodig met weglating van de bepalingen omtrent de dwingende bewijskracht, hoewel ik zelf daarvan niet het nut zie. Ik wijs bijvoorbeeld op art. 177 Rv: de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. Wel, in de praktijk van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State wordt deze algemene regeling ook zonder uitdrukkelijk voorschrift zonder meer toegepast. Een goed voorbeeld is ook art. 188 Rv: een in kracht van gewijsde gegaan op tegenspraak gewezen vonnis waarbij de Nederlandse strafrechter bewezen heeft verklaard dat iemand een feit heeft begaan, levert dwingend bewijs op van dat feit. Uiteraard, voeg ik daaraan toe, behoudens bewijs van het tegendeel. Het gaat dus niet om de soort uitspraak, die de strafrechter doet, maar om de vraag of hij een bepaald feit bewezen heeft verklaard. In het burgerlijk proces moet dan dat feit als tussen partijen vaststaande worden aangenomen, behoudens

als gezegd de mogelijkheid van tegenbewijs (16). De ratio in deze is duidelijk: een rechter heeft dat feit op tegenspraak vastgesteld, dus behoeft dat in een proces voor de burgerlijke rechter niet opnieuw te worden bewezen. Deze ratio geldt uit de aard van de zaak ook voor het administratieve proces. In de praktijk komt deze situatie herhaaldelijk voor, bijvoorbeeld bij milieudelicten, in geval van handelen in strijd met de Algemene Politieverordening, en bij allerlei economische delicten; zie bijv. Afdeling rechtspraak RO3.87.6154 (Van Vlastuin e.a./G.S. van Utrecht) in het kader van art. 31 Afvalstoffenwet. De Centrale Raad van Beroep lijkt hierover wat meer genuanceerd te denken, althans niet zonder meer dit standpunt te aanvaarden; zie bijv. GRB 15 januari 1963, AB 1964, 183, welk voorbeeld ik ontleen aan het eerder genoemd artikel van Kan. Overigens kan ik niet nalaten te vermelden, dat Kan als conclusie van zijn beschouwingen zich afvraagt (voorzichtig als hij is), of er nog veel reden is voor een karakter-onderscheid op het gebied van het bewijs tussen burgerlijke en administratiefrechtelijke gedingen; hij geeft geen direct antwoord maar zijn suggestie is duidelijk.

Ik kom nog even terug op de nogal uitdagende stelling van voornoemde preadviseurs: het beste bewijsrecht is geen bewijsrecht. Zij zullen er niet mee bedoelen, dat de administratieve rechter zuiver en alleen mag afgaan op zijn innerlijke overtuiging; diè feiten zijn waar en staan voor hem vast waarvan de rechter in gemoede overtuigd is dat ze waar zijn. Dat zou ertoe kunnen leiden dat de rechter beslissingen neemt enkel en alleen vanuit zijn ervaring, zijn kennis van de dagelijkse werkelijkheid en zijn vermogen om te observeren en te objectiveren. In een patriarchale samenleving is dat wellicht het geval: de dorpsoudste! In een geëmancipeerde samenleving als de onze is ook de administratieve rechter aan het geschreven of ongeschreven bewijsrecht gebonden, en hebben partijen er recht op dat een zorgvuldige redengeving omtrent bewijs en beslissing in de uitspraak tot uitdrukking wordt gebracht. Daarmee worden dan ook de bedenkingen tegen de vrij-bewijsleer, zoals onder meer Ten Berge en Tak die hebben beschreven, weggenomen. In hun 'Nederlands Administratief Procesrecht' (nr. 860) laten zij duidelijk uitkomen, als voorbeeld, dat

(16) Aldus ook mr. drs. W.J. van der Nat-Verhage, 'Handleiding nieuw bewijsrecht', 1988, p. 41. Zie trouwens over deze materie ook A. Hammerstein, 'Te goeder trouw procederen' in Tijdschrift voor privaatrecht 1989, p. 1595 e.v.

een instantie die niet wordt gestuurd en gecorrigeerd door regels zich onbewust een autoritaire houding kan aanmeten, als van iemand die het allemaal al wel weet; een subjectieve overtuiging kan de plaats innemen van een overtuiging, die objectief gezien aanvaardbaar kan worden geacht; een ander negatief gevolg van deze leer is, dat onvoldoende wordt tegemoetgekomen aan de eisen van het rechtsverkeer: partijen moeten voordat ze een proces voeren, ja zelfs reeds bij het verrichten van een (rechts)handeling of het nemen van een besluit kunnen weten of en op welke wijze later iets als 'bewezen' zal gelden. In een noot wijzen zij er terecht op, dat de rechter bedacht moet zijn op bijvoorbeeld het verschoningsrecht van getuigen, op de handhaving van wettelijke voorschriften inzake de privacy, en meer in het algemeen op de handhaving van de grondrechten, teneinde te vermijden dat met onrechtmatig verkregen bewijs gewerkt wordt.

Met het voorgaande is in wezen ook de lijdelijkheid van de rechter gegeven, immers, die lijdelijkheid bestaat naar mijn inzicht hierin, dat de rechter de rechtsbetrekking tussen partijen voor zover in geschil bindend verklaart en vaststelt, zodat de een de ander daaraan mag houden en zo nodig de daaruit voortvloeiende rechten mag afdwingen. En het maakt dan ook geen verschil of sprake is van een rechtsbetrekking in het kader van het burgerlijk recht dan wel van het bestuursrecht. In die optiek is zowel de burgerlijke als de administratieve rechter lijdelijk. Een daarvan te onderscheiden vraag is in hoeverre binnen de grenzen van de lijdelijkheid de rechter bedrijvig is, actief, om tot vaststelling van de rechtsbetrekking te komen. Vrij algemeen wordt aanvaard dat de administratieve rechter daarbij een indringender activiteit ontwikkelt dan de burgerlijke; zie bijvoorbeeld hetgeen Ten Berge en Tak in hun vorenbedoeld werk te berde brengen omtrent de bewijsvoering (nr. 862 e.v.), de bewijslastverdeling (nr. 867 e.v.), de bewijsmiddelen (nr. 887 e.v.) en de bewijswaardering (nr. 899 e.v.). Dit gebeurt voornamelijk, naar ik heb begrepen, in het kader van een ongelijkheidscompensatie, dus uiteindelijk ook weer ten dienste van de gelijkwaardigheid van de procespartijen (17). Wellicht had in vroegere jaren de burgerlijke rechter daarmee nogal wat moeite vanwege een anders gekleurde interpretatie van het begrip lijdelijkheid. Doch geleidelijk aan is die houding wel verdwe-

(17) Zie daarover meer in het bijzonder Van Galen en Van Maarseveen in hun eerder ter sprake gebracht preadvies, p. 40 e.v. Zie ook mr. W.M.G. Eckhof-de Vries, 'Hoe actief is de administratieve rechter?' in Tijdschrift voor Ambtenarenrecht, november 1990, speciaal nummer ter ere van mr. W.H. Schipper.

nen, ik behoef slechts te verwijzen naar het gebruik van de comparitie van partijen na conclusie van antwoord: de gegevens die daaruit zijn verkregen zijn voor de rechter mede bepalend voor het vaststellen van wat rechtens tussen partijen is. Hetzelfde geldt naar vaste jurisprudentie met betrekking tot de feiten bij gelegenheid van de pleidooien door de rechter uit ondervraging van partijen verkregen. Reeds in een betrekkelijk vroeg stadium heeft trouwens de Hoge Raad op meer activiteit van de rechter aangedrongen: HR 24 mei 1957, NJ 1959, 10 (DJV): wanneer er sprake is van vaagheid, duisterheid of onvolledigheid van de als grondslag van de eis gestelde feiten kan de rechter, in plaats van te besluiten tot nietigheid van de dagvaarding of tot niet-ontvankelijkverklaring, ambtshalve de eiser door een comparitie van partijen of door een bewijsopdracht de gelegenheid geven zijn stellingen nader te preciseren, hetgeen overigens aan zijn beleid wordt overgelaten. Veegens in zijn noot juicht het arrest ten eerste toe, met de nadruk op de verantwoordelijkheid van de rechter voor de concrete beslissing. En duidt ook art. 134 Rv niet op eenzelfde uitgangspunt; de eiser is bevoegd tot de afloop van het geding zijn eis bij conclusie of bij acte ter rolle te verminderen, te veranderen of te vermeerderen, overigens zonder afbreuk te doen aan de belangen van de gedaagde. Vanuit mijn praktijk in civiele en in administratieve geschillen zie ik geen wezenlijk verschil in houding en praktische activiteiten van de rechter: in beide situaties tracht hij de feiten boven tafel te krijgen met het oog op wat werkelijk rechtens tussen partijen is. Het is en blijft hun zaak, zij zijn de 'domini litis', en vanuit het respect daarvoor en in zoverre is de rechter lijdelijk.

Dat hier sprake is van een andere kijk op wat lijdelijkheid is wil ik wel erkennen. Ten Berge en Tak in hun voormeld werk zien lijdelijk als het niet-actief zijn van de rechter ten opzichte van de voor het vaststellen van de rechtsbetrekking relevante feiten, of, met andere woorden, de administratieve rechter zou niet beperkt zijn tot de feiten die partijen aanvoeren (zie bijv. nr. 864). Maar hoe komt de administratieve rechter aan die nadere feiten? Dat zal toch zeker gebeuren aan de hand van de ondervraging van partijen ter zitting of door ambtsberichten, die weer onderwerp van debat tussen partijen kunnen vormen (18). Derhalve, niet zonder medewerking of medeweten van par-

(18) Zie daarover nader B.C. Punt, 'Ontvankelijkheid en omvang van het beroep tegen administratieve beschikkingen', p. 370 e.v. Zie in dit verband ook art. 123 lid 1 Beroepswet en art. 98 lid 1 Ambtenarenwet 1929.

tijen. En wat maakt dan het verschil met de burgerlijke rechter? Niets, in wezen is er geen verschil. Wat voor zin heeft het dan om van lijdelijkheid van de rechter te spreken? Mijns inziens slechts als van een wezenlijk element of, om met Van Wijmen te spreken, van een karakteristiek van de beide proces-vormen: de terughoudendheid van de rechter uit hoofde van eerbiediging van de rechtsbetrekking tussen partijen.

8. HET KORT GEDING

Het zal niet verwonderen dat ik in dit kader ook het kort geding betrek. En dat temeer nu uit een beschouwing van Keijser en Tjoen-Tak-Sen in NJB 1989, p. 1446 e.v. naar voren komt, dat na een enkele jaren durende stagnatie het civiele snelrecht sinds 1984 weer een bloeiperiode beleeft, ook bij de kleinere rechtbanken, en dat de schrijvers gesterkt zijn in het vermoeden dat er over de gehele lijn een proces gaande is van substitutie van bodemprocedures door het kort geding. Dat dit voor Amsterdam reeds het geval is blijkt uit een beschouwing van Dr. F. Bruinsma, 'Het kort geding in Amsterdam', NJB 1990, p. 337 e.v. Ook voor het administratieve procesrecht zouden dergelijke tendensen te bespeuren zijn.

Wat kan hier een goed uitgangspunt zijn? Ik zou de benadering willen kiezen vanuit de gedachte van het gemeenschappelijk begrip, of het gemeenschappelijk instituut. Als voorbeeld kan dienen het begrip of het instituut dwangsom. Niet voor betwisting vatbaar zal zijn, dat dit instituut van oorsprong civiel-procesrechtelijk is, ingevoerd bij de Wet van 29 december 1932 (Stb. 676). Sinds enige jaren echter komt de dwangsom ook voor in het administratief procesrecht, en speelt zij een rol in bijvoorbeeld de Arob-procedure (o.a. art. III Wet op de Raad van State), de TwK-procedure (art. 4 lid 1 jo o.a. art. III Wet op de Raad van State) en de Arbo-procedure (art. 65 lid 3 Arbo-wet). In deze gevallen is de dwangsom een instrument in handen van de rechter. Zij is echter ook bezig een instrument te worden van het bestuur: zie bijvoorbeeld art. 28a Hinderwet, art. 76 Wet bodemsanering, en art. 17 lid 8 Wet op de Ruimtelijke Ordening, alsmede de op stapel staande nieuwe Gemeentewet, Provinciewet en Waterschapswet; eveneens ook in de Wet algemene bepalingen Milieuhygiëne. Zijn hier nu drie onderscheiden instituten aanwezig? Men zou het wel-

licht zo kunnen stellen (19). Maar is het vanuit het streven naar harmonisatie niet verstandiger te trachten dit instituut te zien en te definiëren als een genus-begrip, zodat een generieke gedachte de rechter en het bestuur kan inspireren bij hun oordelen en besluiten? Vanuit die wensen gezien kan men het genus-begrip dwangsom formuleren als een indirect dwangmiddel, inhoudende het verbeuren van een geldsom indien of zolang een verplichting uit het recht niet wordt nagekomen, in handen van de rechter of het bestuur. Zo gezien kent de dwangsom de drie hiervoren weergegeven species, met wellicht eigen doch accessoire kenmerken.

Op deze wijze kan men ook het kort geding benaderen. Aldus beschouwd is een kort geding als genus-instituut een wijze van procederen in geval in een spoedeisende situatie na afweging van de relevante belangen van partijen een voorlopige voorziening (schorsing daaronder begrepen) gerechtvaardigd is in het kader van een bodemgeschil. Men kan dan verscheidene species onderscheiden; in het burgerlijk procesrecht het kort geding ex art. 289 Rv, het arbitraal kort geding ex art. 1051 Rv, terwijl de procedures ex art. 100 Rv voor de Kantonrechter en ex art. 26 lid 8 Wet op de ondernemingsraden voor de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam een soortgelijke functie hebben; in het administratief procesrecht onder meer art. 102 Ambtenarenwet 1929, art. 65 Arbo-wet, art. 107 Wet op de Raad van State zowel voor de Voorzitter van de Afdeling geschillen van bestuur als voor die van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State, en art. 60a Wet op de Raad van State voor eerstgenoemde Voorzitter. Deze genus-gedachte is ook niet zo verwonderlijk, gelet bijvoorbeeld op de uitspraak van Meijers in 'Het kort geding' (tweede druk, 1967, nr. 1), dat deze rechtspraak haar ontstaan dankt aan de behoefte van alle tijden om in spoedeisende gevallen onmiddellijke hulp van de rechter te kunnen krijgen. Het al dan niet aanhangig zijn van een bodemgeschil is niet wezenlijk. In het civiele procesrecht heeft zich de praktijk ontwikkeld dat het bodemgeschil niet aanhangig behoeft te zijn of te worden gemaakt, tenzij de rechter in kort geding in bijzondere gevallen daartoe opdracht geeft. Maar duidelijk is wel dat de President in kort geding slechts bevoegd is, wanneer een bodemgeschil tenminste potentieel aanwezig is; dat volgt uit het in het begin al genoemde arrest 'Elsloo', HR 26 maart 1971, NJ

(19) Zo deed dat Roelvink in zijn preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht 1989.

1971, 434, AB 1971, 135 (DJV); zie ook HR 25 juni 1982, NJ 1983, 194 (WHH): een kort geding is niet meer mogelijk wanneer het bodemgeschil uitgestreden is. Voor wat het administratief procesrecht betreft zijn er stemmen opgegaan het kort geding te verzelfstandigen: zie bijvoorbeeld H. Bolt, 'De voorlopige voorzieningsprocedure' (Kluwer 1986), doch, zoals P.J. Boukema in RM Themis (1987, p. 339) terecht heeft opgemerkt, heeft Bolt zijns inziens onvoldoende rekening gehouden met het feit, dat in het administratief procesrecht termijnen gelden, waarbinnen beroep moet worden ingesteld; is de voorgestelde ontkoppeling daarmee eigenlijk wel te combineren? Wellicht zouden problemen kunnen worden voorkomen als de termijnen worden verlengd, maar Boukema is daarvan geen voorstander – evenmin als ik –, 'omdat daardoor de rechtszekerheid te zeer wordt aangetast.'

Er zit trouwens in verzelfstandiging van het kort geding een ander gevaar, dat bijvoorbeeld tot uiting komt in het arrest Hot Air/De Staat, HR 26 februari 1988, NJ 1989, 528 (MS), AB 1989, 80 (Van Bakelen), BR 1988, p. 674 (Koeman). In onderdeel 2 gaf ik reeds een korte samenvatting van dit arrest. Door de intrekking van het bezwaarschrift verkreeg de weigering om de luchtvaarttarieven te verhogen formele rechtskracht, waaraan de burgerlijke rechter gebonden is.

Kortom, voegt de Hoge Raad er voor alie duidelijkheid aan toe, ik herhaal dat nog eens, doet zich hier dus niet het geval voor dat de burger en het overheidslichaam het erover eens zijn, dat de door het lichaam genomen beschikking onrechtmatig is. Het is dus in het kader van de rechtsverhouding tussen partijen oppassen geblazen wanneer aan het vonnis in kort geding wordt voldaan; de rechter in het bodemgeschil is er niet aan gebonden, omdat partijen er niet aan gebonden zijn. Doch die rechter is wel gebonden aan de formele rechtskracht van een onaantastbare beschikking in het administratief recht.

Het lijkt me dienstig om op deze plaats te herinneren aan de zaak Oerlemans/Nederland voor de Europese Commissie voor de rechten van de mens (requête nr. 12 565/86), waarin op 10 juli 1989 de Commissie de klacht 'concernant l'accès à un tribunal indépendant et impartial' ontvankelijk verklaart, na onder meer te hebben overwogen, dat het arrest van de Hoge Raad van 22 december 1986, NJ 1987, 381, Dekker/Barneveld, waarop Nederland zich had beroepen 'ne porte pas en substance sur la question qui se pose en l'espèce. Il s'agit d'un

arrêt de rejet concernant une procédure en référé et donc la portée est incertaine'; waarvan acte.

Het is dus zaak om vanuit het generieke van het instituut kort geding te denken, wil men beide stelsels van procesrecht met elkaar in harmonie brengen. Daarbij ware nog een wenselijkheid voor ogen te houden. Het lijkt mij geen goede zaak wanneer de onderscheidene kort-gedingrechters verschillende dicta en verschillende overwegingen aan hun beslissingen ten grondslag leggen. Met het oog daarop kunnen de administratieve rechters te rade gaan bij hun civiele collegae, die immers in een langdurige staat van dienst een uitgebreide en afgewogen ervaring hebben opgebouwd. Om een voorbeeld te geven, zie Voorzitter College van Beroep voor het Bedrijfsleven van 18 september 1989, KG 1989, 373 (De Kievit/Productschap voor Zuivel), waarbij werd gevorderd uitstel van betaling van een aanzienlijke geldvordering, op grond dat het bedrag op onjuiste wijze was vastgesteld alsmede vanwege ernstige aantasting van de liquiditeitspositie. De Voorzitter overwoog onder meer, dat voor het treffen van een voorlopige voorziening in een zaak als de onderhavige slechts plaats kan zijn, indien ook zonder een diepgaand onderzoek met betrekking tot de relevante feiten en/of met betrekking tot het recht ernstig betwijfeld moet worden of de heffing geheel of gedeeltelijk verschuldigd is, en bovendien de verzoekster feiten en omstandigheden aanwijst, die meebrengen dat haar belang de gevraagde schorsing bij wege van voorlopige voorziening vordert. Tja, op deze wijze komt er in feite niemand doorheen (en wellicht was dat ook de opzet?), doch dat kan de bedoeling van het kort geding niet zijn. De civiele collegae van de Voorzitter zijn heel wat soepeler en passen zich meer aan de realiteit van het dagelijks verkeer aan.

Er zou in het kader van het kort geding nog wel het een en ander te zeggen zijn, maar wezenlijk blijft toch de functie van het kort geding als hier beschreven, als een instrument in handen van de rechter. De aandacht van de praktijk moge worden gericht op art. 106 van de Wet op de Raad van State, een regeling welke hierop neerkomt, dat hangende de zaak ten principale bij de Afdeling rechtspraak (en dus niet in de fase van de behandeling van het bezwaarschrift) de Voorzitter, naar aanleiding van hetgeen partijen ter zitting in administratief kort geding naar voren hebben gebracht, met toestemming van partijen tevens de hoofdzaak kan beslissen, met als gevolg dat het geschil 'de wereld uit' is. Hetzelfde geldt voor de Voorzitter van de Afdeling geschillen, optredend als TwK-rechter. In toenemende mate maken

beide Voorzitters daarvan gebruik, en dikwijls dringen partijen, vooral verweerders, daarop aan, naar de praktijk leert.

Zouden wellicht de rechters in een burgerlijk kort geding hun alleszins vindingrijke geest daarover eens willen laten gaan, ter wille van de rechtszekerheid tussen partijen ter zake van hun geschil? Dat vraagt misschien wat meer aandacht voor het achterliggende conflict, doch een goede voorlopige voorziening of weigering daarvan is niet denkbaar, zonder dat de rechter in kort geding zich daarin heeft verdiept. De wet laat bovendien ruimte voor een dergelijke benadering. Immers, krachtens art 291 Rv kan de president als gevolg van de behandeling ter terechtzitting partijen naar de bodemrechter verwijzen. Dat doet hij zelden, en eigenlijk ook niet graag, maar hij zou toch als het ware naar zich zelf kunnen verwijzen als enkelvoudige kamer (dat is toch ook het nieuwe uitgangspunt voor de rechtbank?) en, met instemming van partijen, tevens het geschil ten principale afdoen? Vindt hij bovendien in art. 43 Wet RO niet mede daarin een goede leidraad? Ook in burgerlijke zaken weten partijen dan waaraan ze toe zijn, behoudens hun mogelijkheid van hoger beroep en beroep in cassatie. Mijn ervaring is dat dit een kwestie is van er op inspelen en partijen er aan laten gewennen, waarbij zij uiteraard alle vrijheid moeten behouden om nee te zeggen; zij zijn immers domini litis, of niet?

9. SLOTBESCHOUWING

De preadviezen van de beide collegae overziende alsmede datgene dat ikzelf heb geschreven constateer ik twee dingen: waar zij een zo volledig mogelijke benadering gaven van hun onderwerpen, beschouw ik slechts een deel van het mij toebedeelde terrein, de rechterlijke habitus bij de berechting van een geschil, en bovendien daarvan niet alle aspecten. De materie is dermate uitgebreid, dat mij een beperkte uitwerking als hier omschreven in het kader van een eendagsvergadering van de Nederlandse Juristen-Vereeniging verantwoord leek. Ik moet daarbij wel toegeven dat de keuze van de onderscheidene onderdelen subjectief is, ingegeven door de eigen rechterlijke ervaringen, in de loop van vele jaren opgedaan. Maar objectiverend heb ik wel getracht zodanige beschouwingen te geven, dat de burgerlijke en administratieve rechters – want, hoewel straks opgaand in één rechtbank, blijven zij toch die hoedanigheden behouden – van

uit een gemeenschappelijke habitus hun overwegingen aan hun beslissingen ten grondslag leggen, met het oog op de eenheid van toepassing van het recht. Ik erken dat ik de Raad van Beroep, het Ambtenarengerecht en de Centrale Raad van Beroep te weinig in mijn beschouwingen heb betrokken, maar deze administratieve rechters zullen ongetwijfeld het gebodene creatief verwerken.

Onderwerpen welke ik niet behandelde zijn bijvoorbeeld de al dan niet verschuldigdheid van griffierechten en de vaststelling van de hoogte daarvan, de kwestie van de procesvertegenwoordiging in administratieve zaken, de mogelijkheid van kostenveroordeling en vergoeding van rente, de regeling van de vergoeding wegens rechtmatige overheidsdaad, de behoefte aan deformalisering (zie bijv. de mogelijkheid van herstelexploiten in HR RvdW 1990, 145 en 146), de heikele aangelegenheid van een tweede en laatste instantie, de groeps- en algemeen belang acties, de toetsingsgronden en de erga omnes werking. Ongetwijfeld zal over een en ander thans en in de nabije toekomst gediscussieerd worden, en evenzeer zullen uit die discussies oplossingen te voorschijn komen in positiefrechtelijke regelingen. Maar de wijze waarop de rechter het recht interpreteert en toepast leek mij in de huidige situatie het belangrijkste, vandaar deze vanuit ervaring en beschouwing opgebouwde zienswijzen.

AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
ABW	Algemene bijstandswet
a.p.	administratief proces
art.	artikel
a.w.	aangehaald werk
AWB	Algemene wet bestuursrecht
b.p.	burgerlijk proces
BR	Bouwrecht
BW	Burgerlijk Wetboek
CBB	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CRvB	Centrale Raad van Beroep
DGO	Directeur gerechtelijke ondersteuning
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
Grondwet	Grondwet van het Koninkrijk der Nederlanden
HR	Hoge Raad der Nederlanden
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en poli- tieke rechten
KB	koninklijk besluit
MvT	memorie van toelichting
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
NVvR	Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak
Publ. C.E.D.H.	Publications Cour Européenne des Droits de l'Homme
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvS	Raad van State
RvdW	Rechtspraak van de Week
RWW	Rijksgroepsregeling werkeloze werknemers
TAR	Tijdschrift voor Ambtenarenrecht
TwK	Tijdelijke wet Kroongeschillen

VAR	Vereniging voor Administratief Recht
WOR	Wet op de ondernemingsraden
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Wet RO	Wet op de rechterlijke organisatie
Wet RvS	Wet op de Raad van State
WRO	Wet op de Ruimtelijke Ordening