
HANDELINGEN
NEDERLANDSE JURISTEN-VERENIGING

127e JAARGANG/1997-I

Beroep in herziening

*wenselijkheid en inrichting van (hoger) beroep
in bestuursrechtelijke geschillen*

Preadviezen van

*Mr R.W.L. Loeb
Mr H.F. van den Haak
Mr J.G. de Vries Robbé*

W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer

Lay-out en omslag Evelien de Vries Robbé

© 1997 R.W.L. Loeb, H.F. van den Haak, J.G. de Vries Robbé.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden veeleelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van uitgeverij W.F.J. Tjeenk Willink te Deventer.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 aug. 1985, Stb. 471, en art. 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 90 271 4665 9
NUGI 693

ALGEMENE INHOUD

Preadviezen over het onderwerp:

Beroep in herziening
wenselijkheid en inrichting
van (hoger) beroep in bestuursrechtelijke geschillen

PREADVIES MR R.W.L. LOEB

Appèl op maat, 1

PREADVIES MR H.F. VAN DEN HAAK

Appèl op integratie, 61

PREADVIES MR J.G. DE VRIES ROBBÉ

Bestuursrechtspraak op koers, 153

Deel I

APPÈL OP MAAT

Preadvies mr R.W.L. Loeb

INHOUD DEEL I

- I. DE HIERZIENING VAN DE RECHTERLIJKE ORGANISATIE 5
- II. INTEGRATIE ALS DOEL VAN DE REORGANISATIE 6
 - A. Integratie binnen de bestuursrechtspraak 7
 - B. Integratie bestuursrecht/privaatrecht 11
 - C. Integratie bestuursrecht/strafrecht 14
 - D. Integratie of specialisatie 15
 - E. De eigen aard van het bestuursrecht 18
- III. DE PRIJS VAN INTEGRATIE 21
 - A. Ervaringen met integratie op rechtbank-niveau 21
 - B. Mega-gerechten 23
 - C. De personele bezetting 25
 - D. Rechtseenheidsproblemen 26
 - E. Problemen van concentratie van rechtsmacht 28
 - F. Bestuursrechtspraak in twee feitelijke instanties 29
 - G. Bestuursrechtspraak en cassatie 32
- IV. TUSSENBALANS 34
- V. ALTERNATIEF: COLLEGE-GEWIJZE DERDE FASE 39
 - A. De Centrale Raad van Beroep 39
 - B. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven 44
 - C. De Afdeling bestuursrechtspraak 48
- VI. CONCLUSIE 58

Deel I

I. DE HERZIENING VAN DE RECHTERLIJKE
ORGANISATIE; DERDE FASE

Het bestuur van de vereniging verzocht in het voorjaar van 1996 om drie preadviezen van elk ongeveer 40 bladzijden ten behoeve van een discussie over de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie. Dat verzoek getuigde van moed en optimisme. Het werd gedaan op een moment, waarop weinig zicht bestond op het tempo, waarin de besluitvorming over de derde fase zich zou voltrekken. Er was hoogstens aanleiding om te veronderstellen dat het Procola-arrest dat proces in elk geval niet zou vertragen. Het ging voorts uit van de veronderstelling dat de discussie in het voorjaar van 1997 nog van belang zou kunnen zijn voor die besluitvorming.

Discussie en besluitvorming betreffen de derde fase van een reorganisatie die, na het werk van de werkgroep-Wiersma in de 70-er jaren en dat van de Staatscommissie herziening rechterlijke organisatie (Van Zeben) in de 80-er jaren, in 1992 een aanvang nam met het opnemen van de Raden van Beroep en de ambtenarengerechten in de rechtbanken en gericht was op de invoering in 1994 van algemene bestuursrechtelijke rechtsmacht van de rechtbanken en de invoering van een nieuw uniform bestuursprocesrecht.

In de derde fase van de reorganisatie gaat het om de plaats en omvang van de bestuursrechtspraak in eerste en enige instantie, de fiscale rechtspraak, de bestuursrechtelijke appel-rechtspraak en een eventuele rechtseenheidsvoorziening. Die fase is thans aan de orde, alhoewel de tweede fase – de integratie van de kantongerechten in de rechtbanken, herziening van het civiele- en

strafprocesrecht in eerste aanleg en de overdracht van appèl-rechtspraak op die gebieden van de rechtbanken naar de hoven – zijn beslag nog geenszins heeft gekregen en de doorvoering daarvan van meet af aan op grote weerstanden stuit.

Voor wat betreft de bestuursrechtspraak is een doel van de reorganisatie inpassing in de organisatie van de rechterlijke macht: de rechtbanken, de hoven en de Hoge Raad. Dat zou de organisatie van de rechtspraak overzichtelijk maken, de toegankelijkheid van de bestuursrechter bevorderen en het zou het voorkomen van competentiekwesties tussen bestuursrechter en de andere rechters vereenvoudigen.

De organisatorische integratie zou bovendien leiden tot grotere eenheid tussen de verschillende rechtsgebieden, doordat de rechters binnen de gerechten regelmatig van plaats zouden kunnen wisselen en hun kennis van en ervaring met andere rechtsgebieden inbrengen.

Ten slotte beoogt de reorganisatie ook op het gebied van het bestuursrecht, rechtspraak in twee feitelijke instanties als regel in te voeren, eventueel gevolgd door cassatierechtspraak door de Hoge Raad.

Ter discussie staat thans met name de vraag of de aan de reorganisatie ten grondslag liggende motieven voldoende reden vormen om over te gaan tot de opheffing van de bestaande drie hoogste bestuursrechters – afgezien van de belastingrechtspraak zijn dat de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State – en verdeling van hun rechtsmacht over de hoven.

II. INTEGRATIE ALS DOEL VAN DE REORGANISATIE

Bij de reorganisatie van de rechterlijke macht lijkt, sinds ervoor gekozen is om de eerstelijns bestuursrechtspraak onder te brengen bij de rechtbanken in plaats van bij administratieve gerechten van eerste aanleg, de integratiegedachte voorop te staan. Overigens wordt deze gedachte meestal niet betrokken op vor-

men van gespecialiseerde rechtspraak, als bijv. de ondernemingskamerrechtspraak, de pachtrechtspraak of de penitentiaire rechtspraak. Zij geldt kennelijk bij uitstek het bestuursrecht. De plannen voorzien voorts alleen in organisatorische integratie. Inhoudelijke integratie lijkt daar als vanzelf uit te moeten voortspuiten.

Samenvoegen van wat bij elkaar hoort kan nuttig zijn en is soms nodig. Integratie van wat niet bij elkaar hoort, is meestal schadelijk voor alle geïntegreerde elementen. Mijn indruk is dat de roep om integratie, zoals die nu klinkt in verband met de derde fase, veelal uitgaat van een onjuist beeld van het bestuursrecht en van hetgeen dat rechtsgebied met de andere rechtsgebieden gemeen zou (moeten) hebben en zelfs van een miskenning van de eigen aard van het bestuursrecht.

A. Integratie binnen de bestuursrechtspraak

Allereerst is er de vraag of het – niettegenstaande het uniformerende kader dat de Algemene wet bestuursrecht oplegt – aangewezen is dat binnen de bestuursrechtspraak geïntegreerd wordt. Binnen dat rechtsgebied bestaat tussen de deelgebieden een zeer uiteenlopende rechtspraktijk op kwesties als taakopvatting van de rechter, mate van formalisering van de procedure en rechterlijke onderzoekspraktijk. Deze verschillen worden niet primair veroorzaakt doordat de rechtspraak op die gebieden door verschillende (hoogste) rechters wordt uitgeoefend of door vroegere verschillen in het procesrecht. Veeleer worden zij bepaald door de materie zelf, met name de aard van het bestuur, waar het om gaat.

Zo zijn er, naast overeenkomsten, wezenlijke verschillen tussen het belastingrecht enerzijds en het sociaal-zekerheidsrecht anderzijds. Op beide rechtsgebieden gaat het in de uitvoeringspraktijk om zeer grote aantallen overwegend financiële besluiten, gewoonlijk genomen door politiek niet verantwoordelijke uitvoeringsorganen krachtens door de wet sterk gebonden bevoegdheden en waarbij de belangen van derden maar zelden een rol spelen. Hoewel zij in die aspecten in gelijke mate verschillen van het ordenend bestuursrecht, gaat het om te onderscheiden rechtsgebieden, die elk hun eigen uitvoeringspraktijk vergen en

hebben en die aanleiding hebben gegeven tot belangrijke verschillen in de manier waarop de bestuursrechters hun controlerende taak opvatten en uitvoeren.

Zo is de belastingrechter wat de feiten betreft zonder twijfel de lijdelijkste bestuursrechter. Er is een uitgewerkte doctrine over wie wat moet stellen en bewijzen. Het belastingrecht kent zelfs het compromis over de feiten die aan de rechter worden voorgelegd, iets wat geen andere bestuursrechter zich zou laten aanleunen.

De sociale-zekerheidsrechter is daarentegen wat betreft de feiten de actiefste van alle bestuursrechters, zo actief, dat hij zich soms de rol van een pseudo-uitvoeringsinstantie aanmeet – met een eigen onderzoekspraktijk. Dat is niet verwonderlijk, als in aanmerking wordt genomen dat hij vaak te maken heeft met potentieel de minst mondige en afhankelijkste justitiabellen.

Een ander voorbeeld is te vinden in de relatief soepele omgang met termijnen, die de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep in elk geval vóór de invoering van de Algemene wet bestuursrecht kenmerkte.

Het gaat hier om wezenlijke verschillen, ontstaan in vele jaren van ervaring met de materie en het is nog maar de vraag of het belang, dat met integratie kan zijn gediend, opweegt tegen het nadeel dat de in de materie gelegen verschillen dan niet meer in dezelfde mate tot hun recht komen. Natuurlijk kan voor de praktijk van groter belang zijn dat op bepaalde punten rechts-eenheid bestaat, dan dat aan het eigene van het desbetreffende rechtsgebied recht wordt gedaan. In die gevallen zijn incidentele oplossingen aangewezen, zoals die nu bestaan in de mogelijkheid van beperkt cassatieberoep ten aanzien van bepaalde aspecten van de uitspraken van de Centrale Raad van Beroep. Het moge voor de betrokken appellant soms frustrerend zijn om tegen de grenzen van die mogelijkheden aan te lopen, maar ik meen dat zij niettemin behouden en door de Hoge Raad gerespecteerd moeten worden, omdat ze het eigen karakter van het desbetreffende deelgebied van het bestuursrecht afschermen. Zij stellen de Centrale Raad van Beroep in staat zijn rechtspraak toe te snijden op de eisen die het sociaal-zekerheidsrecht stelt. Dat zijn andere eisen dan gesteld worden aan de bestuursrechter

die bestuursorganen controleert, wier taak het is betalingsverplichtingen op te leggen.

Grotere verschillen bestaan tussen deze beide vormen van bestuursrecht enerzijds en het ordenend bestuursrecht anderzijds. Dat bestuursrecht richt zich tot bestuursorganen met een eigen politiek mandaat en voorziet in een scala van met een grote mate van beoordelings- en/of beleidsvrijheid uit te oefenen bevoegdheden. Enerzijds gaat het dus zeker niet alleen om financiële overdrachten en anderzijds moeten bij de uitoefening van de bevoegdheden veelsoortige en veelal tegenstrijdige deelbelangen van het algemeen belang, groepsbelangen en individuele belangen tegen elkaar worden afgewogen.

Deze vorm van bestuur heeft daardoor steeds een politieke component, die vrijwel ontbreekt in het fiscale bestuursrecht en in het sociaal-zekerheidsrecht, omdat de politieke besluitvorming daar in de wetgeving is neergelegd en die geheel eigen eisen stelt en beperkingen oplegt aan de controlerende bestuursrechter, niet slechts om te verhoeden dat deze in de verantwoordelijkheden van het bestuur treedt, maar ook om te voorkomen dat hij het bestuur in zijn slagvaardigheid belemmert.

De bestuursrechters op dit terrein (College van Beroep voor het bedrijfsleven, Afdeling bestuursrechtspraak en in beperkte mate ook de ambtenarenrechter) hebben op bepaalde punten andere rechtspraak ontwikkeld dan de belastingrechter en de sociale-zekerheidsrechter, ook hier weer niet door toeval of uit onbekendheid met de jurisprudentie van die laatsten, maar omdat het rechtsgebied, waarop zij actief zijn, zijn eigen eisen stelt. Het gaat om een andersoortige toetsing van het bestuursbesluit. Zo zijn deze bestuursrechters in het algemeen wat de feiten aangaat minder actief dan de sociale-zekerheidsrechter, doch aanzienlijk actiever dan de belastingrechter. Zij zijn voorts terughoudender dan die beide rechters om in geval van vernietiging van het bestuursbesluit het bestuur voor te schrijven hoe het moet handelen of hun beslissing in de plaats te stellen van dat besluit. Veelvuldig wordt volstaan met een terugwijzende vernietiging, enerzijds om te voorkomen dat de rechter zich in de plaats van het bestuur stelt en tot uitvoerder van de wet wordt en anderzijds om blijk te geven van de erkenning dat de vaststelling dat een bepaald besluit de toets der kritiek niet kan doorstaan niet mee-

brengt dat het bestuur niet de keuze behoudt tussen eventuele opties om het probleem op te lossen.

Integratie binnen de bestuursrechtspraak zelf is op deze onderling zo verschillende gebieden maar tot op zekere hoogte wenselijk en mogelijk. Waarom zou een sociale-zekerheidsrechter zijn rechtspraak mede moeten laten bepalen door de beperkingen, die eigen moeten zijn aan de rechtspraak van de bestuursrechter die controle uitoefent over bestuursorganen, die geroepen zijn om een bepaald politiek program te realiseren door middel van het uitvoeren van daarvoor geschikte, nl. niet-gebonden bevoegdheden, waarbij velerlei belangen, ook die van derden, een rol spelen? Behalve op de betreffende soepele omgang met beroepstermijnen valt ter illustratie in dit verband ook te wijzen op het verschil in omgang met leerstukken als de contralegem toepassing van algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de formele rechtskracht en het ne bis in idem beginsel.

Bij het beoordelen van de mogelijkheden van integratie binnen de bestuursrechtspraak is van belang dat de bestuursrechter veel meer dan de burgerlijke rechter en de strafrechter, behalve van het algemeen deel van het rechtsgebied, kennis moet hebben van en ervaring moet hebben met de 'basiswet', de wettelijke regeling krachtens welke het bestreden besluit is genomen. Zulke basiswetten zijn zelfstandige juridische werelden, die in omvang en complicatie soms niet onderdoen voor het Wetboek van Strafrecht of één of meer van de boeken van het Burgerlijk Wetboek.

Het is een illusie te veronderstellen dat het voor de bestuursrechter mogelijk is om op de vele verschillende terreinen van het bestuursrecht actief te zijn, zonder dat dit ten koste van de kwaliteit van de rechtspraak gaat. Geen van de bestaande hoogste bestuursrechtelijke colleges heeft zich ooit voor een dergelijke opgave gesteld gezien. Elk van die colleges heeft de handen vol aan het eigen deelgebied van het bestuursrecht. Van de nieuwe bestuursrechter wordt echter kennelijk verwacht dat deze dat wel (aan)kan. En dan hebben we over de integratie van het belastingrecht nog niet eens gesproken.

Reeds om deze reden lijkt mij 'echte' integratie binnen het be-

stuursrecht voor de bestuursrechter een te riskante onderneming.

B. Integratie bestuursrecht – privaatrecht

En dan de integratie die men meestal op het oog heeft, wanneer men het tegenwoordig heeft over de reorganisatie van de rechterlijke macht, die tussen bestuursrechtspraak en civiele rechtspraak. Ik stel voorop dat met integratie van rechtspraak thans niet wordt bedoeld integratie van bevoegdheden en van het onderscheiden procesrecht; dat stellen zelfs de meest fervente voorstanders nog niet voor. Verder is het uiteraard zo dat, als de bestuurs-rechter aan een privaatrechtelijke kwestie raakt, hem niet meer te doen staat dan de wet en de door de rechtspraak van de civiele rechter geboden aanwijzingen gedwee te volgen. Het privaatrecht hoort zomin door de bestuursrechter in een bestuursrechtelijke context gevonden of gevormd te worden, als het bestuursrecht door de civiele rechter in een civiele context, bijvoorbeeld in geval van een actie uit onrechtmatige daad tegen de overheid. Het valt in dit verband op dat het samenzijn van belastingrechters en civiele rechters in de gerechtshoven zo vele jaren in de praktijk niet tot veel plaatsverwisselen heeft geleid. Met recht. Het is al moeilijk genoeg om een goede civiele rechter te zijn of een goede belastingrechter. Zou men eens in de paar jaar van rol moeten veranderen, dan zou dat voor velen amateurisme betekenen op het ene of het andere terrein en na enige tijd op beide.

Waren de gevolgen nog te overzien in een tijd waarin de overstapper steeds ingeklemd kwam te zitten tussen twee in het desbetreffende vakgebied ervaren collega's, tegenwoordig is enkelvoudige behandeling op het niveau van de eerste aanleg veelal (wettelijke) regel en meervoudige behandeling uitzondering.

Natuurlijk zijn er raakvlakken tussen bestuursrecht en civiel recht, maar de zaken, waarin die een rol spelen, komen bij de bestuursrechter niet zo veelvuldig voor, dat in verband daarmee naar integratie zou moeten worden gestreefd met als prijs verlies van specialistische kennis en ervaring.

Dat ligt soms anders voor de civiele rechter. Er zijn enkele rechterlijke colleges, waar thans civiele acties tegen overheidslicha-

men nog met zodanige frequentie voorkomen, dat voor de desbetreffende civiele rechters meer dan oppervlakkige kennis van het bestuursrecht geboden is. Dat probleem kan echter niet worden opgelost door organisatorische integratie. Daarvoor is veel eerder een inhoudelijke aanpak vereist: herbezinning op de rol als aanvullende bestuursrechter die de civiele rechter op zich nam, toen het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming nog in de kinderschoenen stond en waarvan hij thans maar moeilijk afstand lijkt te kunnen doen, hoewel daartoe alle aanleiding bestaat. Het is natuurlijk waar dat vroeger tegen besluiten van algemene strekking en thans tegen algemeen verbindende voorschriften meestal geen rechtstreeks beroep op de bestuursrechter open stond en staat, maar de bereidheid van de civiele rechter om terzake aanvullende rechtsbescherming te verlenen vloeit mijns inziens al te vaak voort uit gebrek aan inzicht in wat de bestuursrechter aan rechtsbescherming heeft te bieden, met name middels de incidentele toetsing van zulke besluiten. Voor het wegnemen van dat gebrek aan inzicht lijkt mij rechterlijke integratie echter een disproportioneel middel. Indien al deskundige inbreng in de raadkamer noodzakelijk is in bijzondere omstandigheden, kan daarin gemakkelijk voorzien worden door plaatsvervangers uit de bestuursrechtelijke colleges.

Zelfs als de aanvullende rol van de civiele rechter in het stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid bij de huidige stand van het recht en de rechtspraak nog niet gemist zou kunnen worden, zou toch beter gekozen kunnen worden voor het treffen van uitputtende en sluitende regelingen van de bevoegdheden van de verschillende bestuursrechters, waardoor die rol verder gereduceerd wordt, dan voor integratie, die de civiele rechter beter in staat moet stellen om te doen wat de bestuursrechter hoort te doen.

Het publieke schadevergoedingsrecht dient geheel in handen van de bestuursrechter te worden gelegd, met inbegrip van dat ter zake van schade ten gevolge van bestuurlijk feitelijk overheidshandelen. Het ODOI-ontwerp van De Monchy voorzag er al in en in de wet Arbo en in de Ambtenarenwet was het zo geregeld, dus revolutionair is die gedachte niet. In plaats van op reorganisatie en integratie, zou de wetgever zijn aandacht moeten richten op een uitdrukkelijke en exclusieve toekenning van rechtsmacht op dat stuk aan de bestuursrechter. De regeling in

de Algemene wet bestuursrecht is op dat punt halfslachtig. Zo'n toekenning zou de bestuursrechters de impuls geven om het recht rond de onrechtmatige overheidsdaad in samenhang met dat betreffende bestuurscompensatie tot verdere ontwikkeling te brengen in een specifieke publiekrechtelijke context, waarbij de aansprakelijkheid voor schade in een evenwichtiger verband kan worden gebracht met de beoordeling door de rechter van besluiten en handelingen, dan nu het geval is met gescheiden rechtsgangen. Voorts zou een algemene regeling van het publiekrechtelijke executierecht getroffen moeten worden.

Voor de civiele rechter is de formele rechtskracht van het bestuursbesluit dan uitgangspunt. Voor het maken van uitzonderingen bestaat in beginsel geen aanleiding meer. De bestuursrechtelijke beroepstermijnen moeten in verband daarmee niet geünificeerd zijn, maar afhankelijk van de noodzaak om tegemoet te komen aan eisen van rechtszekerheid. Die kunnen groter zijn, wanneer belangen van derden in het spel zijn. Het feit dat de bestuursrechter zeer toegankelijk is, terwijl rechtshulp – zo nodig – in beginsel ook beschikbaar is voor degene die deze zelf niet (geheel) kan bekostigen, moet de civiele rechter er onder die omstandigheden toe brengen zich op zijn rol als restrechter nader te bezinnen en het bestuursrecht in beginsel over te laten aan de bestuursrechter. Diens verdere organisatorische integratie in de rechterlijke macht levert op dit punt niets op.

Er blijft natuurlijk een gebied over, waar de civiele rechter op indirecte wijze met bestuursrecht te maken heeft: wanneer de ene burger de andere aanspreekt wegens schending van een publiekrechtelijke rechtsplicht, is de bestuursrechter niet competent. Het gaat hier echter meestal niet om een beoordeling van het handelen van de overheid en dus niet om een geschil, waarbij het algemeen belang als zodanig in geding is. Het vereist dan ook geen specifieke ervaring als bestuursrechter om zulke geschillen te beslechten. Wel is kennis van een of meer specifieke publiekrechtelijke regelingen en de jurisprudentie van de bestuursrechter ter zake van die regelingen vereist, maar het vergaren daarvan is de civiele rechter ook zonder integratie wel toevertrouwd.

C. Integratie bestuursrecht – strafrecht

Wat te denken van de verhouding tussen bestuursrechter en strafrechter? Ook hier geldt dat, nu rechtsbescherming door de bestuursrechter over het geheel genomen bevredigend is geregeld, de strafrechter de formele rechtskracht van het bestuursbesluit in beginsel zou dienen te respecteren. Het is hier vooral de wetgever die zijn aandacht, in plaats van aan reorganisatie van de rechterlijke macht, zou moeten besteden aan de zorg voor zodanige omschrijvingen van strafbare feiten, dat de tclasteleggingen zijn op te stellen en te beoordelen, zonder grondige kennis van en inzicht in de bijzonderheden van het bestuursrecht. Dat is geen eenvoudige opgave, maar wel een waarmee voor wat betreft de handhaving grote winst valt te boeken. Veelal is de bestuursrechtelijke wetgeving niet toegesneden op de strafbaarstelling van daarin geregelde gedragingen. Het milieurecht bijvoorbeeld is voor de strafrechtpraktijk vaak nog gecompliceerder dan voor de bestuursrechtelijke. Waar de bestuursrechter aan de wet een bepaalde betekenis heeft gegeven, zou de strafrechter van de juistheid daarvan moeten uitgaan.

Het is ook onwenselijk dat de bestuursrechter tot pseudo-strafrechter gemaakt wordt. Bestuurlijke boetes zijn thans populair bij de wetgever. Met recht wordt in de literatuur tot terughoudendheid gemaand. Bestuurlijke sancties van reparatoire aard, vormen van reële en parate executie, dwangsommen, andere dreig- en dwangmiddelen, ze horen alle in het bestuursrechtelijk arsenaal thuis. Met punitieve sancties ligt dat anders. De introductie daarvan in het bestuursrecht leidt noodzakelijkerwijs tot receptie van straf- en strafprocesrecht in het bestuursrecht. Dat wordt geïllustreerd door de jurisprudentie van de Hoge Raad op het gebied van de toepassing van de wet Mulder en de tuchtrechtspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Het is de vraag of dat wenselijk is. Strafrecht moet niet aan bestuursrechters worden opgedragen, ook niet onder het voorwendsel dat het om bestuursrecht gaat. Voor het toepassen van het strafrecht is de strafrechter beter toegerust dan de bestuursrechter ooit zal zijn. Het punitieve sanctierecht moet bij de strafrechter blijven, ook als het – om de uitvoering te vergemakkelijken en de kosten van de handhaving te beperken – in een be-

stuursrechtelijk jasje gestoken is. In Mulder-zaken is de inhoudelijke kant – het verkeersrecht – van meer belang dan het bestuursrechtelijke jasje. Daar is geen taak voor de bestuursrechter. Hoger beroep bij de strafkamer van één van de hoven met een beperkt cassatieberoep op de Hoge Raad om de verkeersrechtelijke rechtseenheid te verzekeren is verre te verkiezen boven een gang naar de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

Het strafrechtelijk houden van het punitieve sanctierecht vermindert ook de kans op problemen in verband met art. 6 EVRM.

D. Integratie of specialisatie

Integratie staat haaks op de noodzaak om door specialisatie de kwaliteit van de rechtspraak te verzekeren. De gespecialiseerde bestuursrechter is vertrouwd met zijn werkkerrein. Hij is daardoor in staat de belangen waarover hij beslist te overzien. Zijn jurisprudentie is in het algemeen consistent en biedt een hoge mate van voorspelbaarheid voor degenen die werkzaam zijn in het desbetreffende vakgebied en het belang daarvan kan nauwelijks overschat worden.

De bestuursrechter heeft, meer dan de strafrechter en naar het mij voorkomt ook meer dan de civiele rechter, behalve met een algemeen deel van het rechtsgebied, te maken met wat ik hiervoor de 'basiswet' noemde: specieuze en complexe regelgeving op deelgebieden van grote omvang. Een voor de hand liggend voorbeeld is het sociaal-zekerheidsstelsel, dat niet slechts omvangrijk, complex en specieus is, maar ook aan veelvuldige en elkaar snel opvolgende veranderingen onderhevig. Het belastingrecht lijkt in dat opzicht op het sociale-zekerheidsrecht, maar bijvoorbeeld ook het – veelal communautaire – landbouwwrecht. Met de onderwijswetgeving, de milieuregelgeving en de regelgeving op het gebied van de ruimtelijke ordening is het niet anders. Het vreemdelingenrecht is een ander voorbeeld van een deelgebied dat door regelgeving en jurisprudentie zo complex is (gemaakt) dat zelfs op het gebied ervaren rechters soms door de bomen het bos niet meer zien. Voor vele van zulke terreinen ontbreekt een met de Asser-serie vergelijkbaar handboek dat toegang tot de materie verschaft, zodat het voor de bestuursrechter niet eenvoudig is om op andere wijze dan door ervaring

met de zaken die hij behandelt kennis en inzicht op te doen. Het duurt vaak lang, voordat hij op die wijze overzicht over de materie verkrijgt. Het aantal zaken van een bepaalde soort dat in een bepaald tijdsbestek 'langs komt', hangt van allerlei factoren af, waarop de rechter weinig invloed heeft.

Maar zelfs als er wel goede algemene literatuur is, blijkt het vaak niet eenvoudig om overzicht over het desbetreffende rechtsgebied te verkrijgen. Dat overzicht is nodig om beslissingen te kunnen nemen die niet alleen theoretisch juist, maar vooral ook praktisch verstandig zijn.

De hier bedoelde problemen zouden niet tot al te grote ongelukken hoeven leiden, indien de nog niet zo ervaren rechters, zoals vroeger in de rechtbank gewoon was, eerst hun ervaring zouden opdoen in meervoudige kamers, gezeten tussen twee ervaren collega's die hun de kneepjes van het vak bijbrengen. Maar zo is de situatie niet. In de eerste plaats bestaat er in de rechterlijke macht nog geen traditie van algemene bestuursrechtspraak, waarin de nieuwe rechter terecht komt en waaraan hij zich alleen maar hoeft aan te passen om aanvangsongelukken te voorkomen. Zo'n traditie bestond voor wat betreft het sociaal-zekerheidsrecht en het ambtenarenrecht wel in de Raden van Beroep, maar daaraan hebben de bestuurssectoren van de rechtbanken niet zo veel bij het veel uitgebreidere takenpakket. Bovendien moet met het nieuwe bestuurs- en bestuursprocesrecht van de Algemene wet bestuursrecht gewerkt worden, waarmee de ervaring nog moet worden opgedaan.

Voorts is het uitgangspunt van de wetgeving dat de rechtspraak in eerste aanleg unusrechtspraak is. Zulke rechtspraak is uitsluitend verantwoord, indien zij wordt bedreven door in de materie ervaren rechters.

Die ervaring wordt echter onvoldoende opgedaan in een organisatie die niet op specialisatie gericht is.

De voorstanders van integratie lijken een *iudex universalis* op het oog te hebben, althans een rechter die in staat moet zijn werk op vele verschillende terreinen van het recht even goed te doen. De staatscommissie ging nog uit van hoogstens twee rechtsgebieden per rechter. Van de nieuwe bestuursrechters wordt kennelijk aangenomen dat zij thuis kunnen zijn op veel meer deelgebieden van alleen al het bestuursrecht, dan de traditionele bestuursrechters ooit zijn geweest. Daarbij wordt uit het oog verloren dat

de rechterlijke macht zich niet kan veroorloven om verkwistend om te gaan met specialistische kennis en ervaring in een tijd waarin de advocatuur zich noodgedwongen steeds verder specialiseert. Waarom zou moeten worden aangenomen dat, waar het maar zelden voorkomt dat een doorgewinterd strafrechtadvocaat ook een goed civilist is of een echte civilist ook een goed bestuursrechtadvocaat, de gemiddelde sociale-zekerheidsrechter wel ook een goed strafrechter is en de belastingrechter ook een goede ruimtelijke-orderingsrechter?

Nu al wordt in de rechterlijke macht veel kennis en ervaring verspild, omdat gewoekerd moet worden met de beschikbare middelen. Naar ik vrees, gebeurt dat in de veronderstelling dat de rechterlijke macht het zich kan veroorloven om zaken te laten behandelen door rechters wier expertise elders ligt. Anders dan de advocaat, hoeft de overheidsrechter immers (nog) niet bevreesd te zijn dat zijn functie wordt uitgehold of dat hij aansprakelijk wordt gesteld voor de gevolgen van onjuiste uitspraken. Hij is op het gebied van het bestuursrecht vrijwel monopolist en dat verklaart wellicht de laconieke houding, waar het de noodzaak tot specialisatie betreft.

Er wordt soms geklaagd over de kwaliteit van de rechterlijke macht en naar mijn indruk zijn die klachten niet steeds geheel zonder grond. Er is in elk geval een reëel gevaar dat de rechterlijke macht op den duur onvoldoende is opgewassen tegen de advocatuur. Advocaten beschikken over mogelijkheden en faciliteiten, waar men in de rechterlijke macht niet van durft te dromen. Dit levert het risico op dat de rechter de greep op de rechtsontwikkeling verliest en dat de rechtspraak onvoorspelbaar wordt. Dat is zorgelijk, maar zorgelijker is dat een beschikbare remedie, nl. gespecialiseerde rechterlijke appèl-colleges, geofferd dreigt te worden aan de mythe van integratie door reorganisatie van de rechterlijke macht.

De rechter heeft in het algemeen veel meer zaken op een bepaald rechtsgebied gezien dan de rechtshulpverlener die tegenover hem staat. Met de voorsprong die dat verschaft weet hij zich – meestal – tegenover de met betere hulpmiddelen en mogelijkheden uitgeruste advocaat te handhaven. Vooral in het bestuursrecht is van wezenlijk belang dat de rechter zich bij het nemen van zijn beslissing kan refereren aan vele andere casusposities,

zodat hij overzicht heeft van de gevolgen van zijn beslissing, niet alleen in het hem voorgelegde geval, maar ook in de gevallen waarvoor het een precedent is.

Dat voordeel, die voorsprong, mag niet uit handen worden gegeven door het nastreven van integratie met als consequentie het rouleren van rechters, waarbij de prioriteit niet bepaald wordt door de wenselijkheid van het optimaal benutten van specialistische ervaring en expertise.

Het onderbrengen van de bestuursrechtelijke appèl-rechtspraak bij de hoven sluit niet uit dat de betrokken individuele raadsheeren zich zouden specialiseren, maar de bestaande gerechten zijn er door hun organisatie en met name de wijze waarop in vacatures wordt voorzien veel meer en effectiever op gericht de kennis van, het inzicht in en de ervaring met het desbetreffende deelgebied van het bestuursrecht te cultiveren. Het gevaar bestaat dat de rechters in die colleges uitsluitend nog hun eigen vakgebied kennen en zich niet bekommeren om de grotere samenhang. Ik onderken dat gevaar, maar tot nu toe is daarvan niet gebleken en mede gelet op de mogelijkheden om dat te ondervangen, acht ik de kans dat het zich alsnog realiseert aanzienlijk geringer dan de kans dat de bestuursrechtspraak in de hoven ook (enkelvoudig) zou worden bedreven door goedwillende amateurs op dat terrein. Ik acht dat laatste bovendien bezwaarlijker dan het risico van doorgeschoten specialisatie.

Dit betoog strekt er niet toe dat geen rechter ooit van vakgebied zou mogen veranderen. Een dergelijke verandering kan echter het veiligst plaatsvinden als op appèl-niveau de gevestigde bestuursrechtelijke colleges blijven voortbestaan en de raadsheeren de gelegenheid krijgen in een college op een ander gebied als plaatsvervanger te functioneren met de mogelijkheid om 'over te stappen'.

E. De eigen aard van het bestuursrecht

Het bestuursrecht is een bijzonder vakgebied. Het betreft – nog steeds – de eenzijdig ter behartiging van het algemeen belang optredende overheid. Het verschilt in zoverre wezenlijk van het privaatrecht. Bestuursrechtspraak heeft in verband daarmee ook het karakter van rechtsbescherming, waarmee niet gezegd is dat

de belangen van de burger de bestuursrechter liever zijn dan het door het bestuur behartigde algemeen belang.

Indien civiele rechter, strafrechter en familierechter al uitwisselbaar zouden zijn, ben ik er nog niet van overtuigd dat de bestuursrechtspraak zich ook voor zulke uitwisseling leent.

In de bestuursrechtspraak is gebrek aan specialistische kennis en ervaring bij de rechter nog minder aanvaardbaar dan elders. Sterker dan andere rechtsgebieden wordt het bestuursrecht in verband met de werking van de wet van de grote getallen beheerst door precedentwerking en de kracht van het gelijkheidsbeginsel. In het bestuursrecht is in beginsel geen geval uniek. Elk geval moet veralgemeend worden tot 'gevallen als dit', om te trachten de implicaties van de te nemen beslissing te overzien. Die abstractie vereist ervaring met de materie. Alleen de bestuursrechter die veel zaken heeft gezien, is in staat het werkelijk bijzondere te ontwaren, als het zich voordoet. Voor de minder ervaren rechter is het gewone al snel bijzonder omdat het onbekend is, met alle gevaren voor het beleid van dien. Bestuursrechtspraak vereist een bepaald soort discipline. Als bestuursrechter is ongeschikt degene, die in elke zaak een uitdaging ziet om het unieke eraan te ontwaren. Het bestuursrecht vergt van de rechter dat hij onderkent dat datgene wat hem door de appellant als bijzonder wordt gepresenteerd om aan de regel te ontkomen – het betoog dat de regel niet of onjuist is toegepast komt in de praktijk veel minder voor –, dat veelal niet is. Dat vereist, behalve beheersing, bij uitstek ervaring met de materie. Miskent de rechter het gelijke in een zoektocht naar het unieke in elke zaak, dan maakt hij het voor het bestuur al spoedig onmogelijk om beleid te voeren en zijn bevoegdheden op stelselmatige wijze uit te oefenen. Niet alleen is dat in strijd met het gelijkheidsbeginsel en maakt het van de bestuursrechtspraak en de bestuursrechtelijke rechtsbescherming een loterij, het ondermijnt ook de positie van het verantwoordelijk bestuur tegenover de onafhankelijke rechter. Bestuursrechtelijke rechtsbescherming door de onafhankelijke rechter is in een democratisch bestel alleen mogelijk bij de gratie van de verplichting van het bestuur om zijn vrije bevoegdheden niet dan stelselmatig uit te oefenen en de verplichting van de rechter om zodanige uitoefening in beginsel te respecteren. Maakt de rechter stelselmatige bevoegdheidsuitoefening onmogelijk door onkunde en gebrek aan ervaring, dan

wordt zijn rechtsbeschermende functie onmogelijk. De meebesturende rechter kan in een democratie maar kort worden gediend.

Aan de andere kant kan alleen de ervaren bestuursrechter doorzien dat het verwerende bestuursorgaan in een bepaalde zaak meer met bureaucratie bezig is dan met behartiging van het algemeen belang. Hij alleen kan het bestuursorgaan confronteren met in het verleden in vergelijkbare of andere zaken ingenomen standpunten.

Specifiek voor met name het ordenend bestuursrecht is dat in de rechtspraak de staatsrechtelijke verhouding tussen bestuur en rechter steeds aan de orde is. Die verhouding is delicaat en het omgaan ermee vereist een vaste hand die niet dan door ervaring wordt verkregen. De rechter die zich door de omstandigheid dat hij het laatste woord heeft, laat verleiden om op de stoel van het bestuur te gaan zitten en aldus nalaat diens verantwoordelijkheid te respecteren, ondermijnt tenslotte zijn eigen positie. Geen democratisch gelegitimeerd bestuursorgaan kan op den duur aanvaarden dat zijn verantwoordelijkheden niet worden gerespecteerd. Rechterlijke uitspraken dienen uitgevoerd te worden, zeker door het openbaar bestuur. Maar die naleving is geen natuurwet en de verleiding om dat niet te doen wordt groter als de rechter het bestuur zijn eigen ruimte niet laat. Niet uit onwil of uit trots, maar omdat het bestuur het algemeen belang behartigt en (niet in de laatste plaats tegenover het electoraat) de verantwoordelijkheid draagt voor het bereiken van een gewenst resultaat.

De bestuursrechter heeft vooral ervaring nodig om te weten waar zijn grenzen liggen. De opdracht van de wetgever om alle betrokken belangen evenwichtig af te wegen is aan het bestuur gegeven en levert geen legitimatie voor de rechter op om zijn oordeel over de (redelijkheid van de) belangenafweging in de plaats te stellen van dat van het bestuur. En dan heb ik het alleen nog maar over situaties waarin de rechter alle betrokken belangen kent. Er zijn leerboeken over geschreven en er zijn formuleringen voor bedacht, maar tenslotte komt het neer op wat de rechter in casu doet. Ervaring met de materie is nodig om er voor te zorgen dat op dit wezenlijke punt geen fouten worden gemaakt, door het bestuur zijn ruimte niet te laten, waar dat

nodig is, dan wel door het bestuur ten koste van de in zijn belangen getroffen burger ruimte te gunnen, waar daartoe geen aanleiding bestaat.

De bestuursrechter leert zijn vak alleen in langdurige omgang met veel zaken, zeker de eerste jaren in meervoudige kamers met collega's die het vak kennen. Hij ervaart dan dat hij vrijwel iedere uitspraak die hij doet, op een later moment tegenkomt. De massaliteit van de zaken brengt mee dat alle varianten in de feiten zich voordoen en op enig moment aan de rechter worden voorgelegd. Vele van die varianten zijn moeilijk te voorzien. Iedere onvoorzichtige overweging wordt meedogenloos uitvergroot, eerst doordat het bestuur daaraan betekenis geeft en zijn uitvoeringspraktijk aanpast – slechts in uitzonderlijke gevallen komt het nu voor dat het bestuur weigert om aan een rechterlijke uitspraak betekenis toe te kennen buiten het besliste geval – en vervolgens doordat de samenleving zich naar de uitspraak richt.

III. DE PRIJS VAN INTEGRATIE

A. Ervaringen met integratie op rechtbankniveau

Het gevolg van het tot stand brengen van de eerste aanleg in zgn. Arob-zaken is geweest dat de rechtbanken in korte tijd zeer aanzienlijk moesten worden uitgebreid. Het was geen groei die kon worden opgevangen en begeleid in een bestaande en functionerende organisatie, maar veeleer een aanbouw aan de organisatie van nieuwe eenheden en het ontwikkelen van een op zichzelf staande infrastructuur voor de ondersteuning van de door die eenheden te ontplooiën activiteiten. Kort ervoor vond de aansluiting plaats van de Raden van Beroep en Ambtenarengerechten, die wel beschikten over een organisch gegroeide bezetting en infrastructuur van ondersteuning.

Voor bestuurlijke organisaties zijn zulke ontwikkelingen wellicht niet ongewoon, voor de rechtspraak werkte die gang van zaken sterk ontregelend. In zeer korte tijd moest een groot aantal nieuwe rechters worden aangetrokken om recht te spreken op een terrein, waarmee de rechtbanken, evenmin als de voormalige Raden van Beroep, enige ervaring hadden.

Deze reorganisatie viel samen met de invoering van een nieuw

algemeen bestuurs- en bestuursprocesrecht, dat zeker geen vereenvoudiging betekende. Een aantal van de pas in leven geroepen 'bestuurssectoren' – de afdelingen binnen de rechtbank, die zich met het bestuursrecht bezighouden – zag zich tegelijkertijd voor de taak gesteld om ook aanzienlijke bijdragen te leveren aan het werk van de nieuwe vreemdelingenkamer van de Haagse rechtbank. Die laatste had en heeft te kampen met een zeer grote werklast, uitzonderlijk gecompliceerd gemaakte regelgeving op een voor velen geheel onbekend terrein en het ontbreken van hoger beroep.

Zo bezien kan er wellicht slechts waardering zijn voor de wijze, waarop de eerstelijns bestuursrechters zich in de eerste jaren van hun taak gekweten hebben. Het gevolg is echter dat het nog wel even zal duren, voordat de bestuursrechtspraak zich zal hebben gestabiliseerd en – weer – zo evenwichtig en voorspelbaar zal zijn geworden, als de samenleving van haar eist.

De bestuurssectoren bij de rechtbanken zijn, zoals te verwachten viel, afzonderlijke eenheden geworden en ook grotendeels gebleven, met eigen personeel en eigen werkwijzen. De organisatorische integratie is veelal beperkt van aard. Hier en daar is weliswaar sprake van enige bescheiden uitwisseling van rechterlijk personeel tussen de bestuurssectoren en de andere onderdelen van de rechtbank en er is zelfs enige tijd sprake geweest van enkele zgn. combi-kamers, dat wil zeggen kamers waarin rechters uit de bestuurs- en civielrechtelijke sectoren van de rechtbank zitting hebben en die zaken met schadevergoedingsaspecten behandelen, maar van de organisatorische integratie, zoals die van oudsher bestaat tussen de civiele kamers, de familiekamers en de straffkamers, is het niet gekomen. Er is met name geen inhoudelijke meerwaarde bereikt, die zonder het onderbrengen van de bestuursrechtspraak bij de rechtbanken niet verkregen zou zijn door goede benutting van de mogelijkheden om over en weer rechters-plaatsvervanger te benoemen en in te zetten.

Die uitkomst is net zomin toeval of gevolg van onwil van de betrokkenen, als de omstandigheid dat vrijwel geen van de presidenten van de rechtbanken – vrijwel geen van hen is uit het bestuursrecht afkomstig – zich, anders dan in een civielrechtelijke context, met het bestuursrecht bezighoudt. Die presidenten onderkennen de

problemen die daaraan verbonden blijken, als de roze bril van de integratie-ideologie wordt afgezet. In de zogenoemde kort-gedingsectoren van de rechtbanken is de sector bestuursrecht meestal niet geïntegreerd. Waar voor de civiele korte gedingen slechts de meest ervaren vice-presidenten worden ingezet, moesten de verzoeken om voorlopige voorziening veelal behandeld worden door jonge rechters. Zij beschikken immers als vroegere medewerkers van de Afdeling (bestuurs)rechtspraak van de Raad van State meestal over meer kennis van en ervaring met de materie die daarbij aan de orde is, dan de oudgedienden van de rechtbank of de vroegere Raad van Beroep.

Het gaat hierbij om erkenning in de praktijk dat werkelijke integratie van de bestuurssectoren in de rechtbanken vooral ten koste zou gaan van de kwaliteit en professionaliteit van de bestuursrechtspraak en dat wordt terecht zoveel mogelijk vermeden.

B. Mega-gerechten

Zit de samenleving nu werkelijk te wachten op de mega-gerechten, die als gevolg van de reorganisatie ontstaan? Essentie van de rechterlijke arbeid is dat de ambtsdrager onafhankelijk is en dat elke zaak beoordeeld en beslist wordt door de ambtsdrager zelf. De vraag is of de grote gerechten die als gevolg van de reorganisatie ontstaan verwerkelijking van die uitgangspunten bevorderen. Het door de Staatscommissie voorgestelde onderzoek om te bezien hoe groot de gerechten maximaal kunnen worden, zonder hun doelmatigheid te verliezen, is er bij mijn weten nooit gekomen.

In grote organisaties zijn bureaucratische instrumenten nodig om ervoor te zorgen dat het niet te veel verschil maakt of de zaak door de ene, dan wel door de andere beslisser behandeld wordt. Dat geldt ook voor rechterlijke organisaties. Dat wordt goed geïllustreerd door de wijze waarop de Haagse vreemdelingenkamer – naar inmiddels is gebleken vaak tevergeefs – tracht eenheid van rechtspraak te bewerkstelligen door het rondsturen van een bulletin met informatie, het organiseren van studiegroepen over bepaalde onderwerpen, het laten schrijven door een bureau van nota's over te nemen beslissingen, het oproepen tot aanhouding van zaken in afwachting van beslissingen in andere zaken en het

aansporen tot volgzzaamheid. Allemaal onontbeerlijke maatregelen voor een omvangrijke rechterlijke organisatie, als de vreemdelingenkamer er een is. Hoe groter de organisatie, des te groter het belang van die instrumenten. Het kenmerk van bureaucratistische instrumenten is dat ze zich veelal onttrekken aan het zicht van de buitenstaander. In dat opzicht verschillen zij van de traditionele middelen om willekeurige verschillen in behandeling door de rechter te voorkomen: stare decisis en vernietiging in hoger beroep. Bij grote rechterlijke organisaties met een breed werkterrein zal noodzakelijkerwijs meer nadruk op de bureaucratische instrumenten vallen.

Het resultaat is dat met de reorganisatie naast bestuurlijke bureaucratieën, rechterlijke bureaucratieën in het leven worden geroepen met een eigen dynamiek.

Schaalvergroting van de gerechten leidt tot verambtelijking ervan. Het wordt moeilijker de werkzaamheden doelmatig te organiseren. De discussie over het bestuur en beheer van de gerechten, zoals die nu gevoerd wordt, biedt op dat punt ampele illustratie.

De rechtzoekende burger is met mega-gerechten evenmin geholpen, als de huisvestingzoekende burger dat destijds was met de Bijlmermeer. De plannen dateren uit dezelfde periode en komen voort uit hetzelfde inmiddels achterhaalde geloof in grootschalige oplossingen van problemen.

Op het niveau van de rechtbanken heeft de schaalvergroting zich inmiddels voltrokken. Er moest een eerste aanleg algemene bestuursrechtspraak in het leven worden geroepen en men heeft gekozen voor aansluiting bij de gewone rechterlijke macht. Het resultaat is dat de rechtbanken sterk van karakter zijn veranderd en veelal grote organisaties zijn geworden van veelal los van elkaar staande en werkende afdelingen. Het karakter van mega-organisatie zou nog verder worden versterkt als ook de kanton-gerechten in de rechtbanken zouden opgaan.

De vraag waar we nu voor staan, is of er iets voor valt te zeggen om de bestuursrechtspraak in hoger beroep weg te halen, waar zij nu zonder problemen wordt bedreven, de Centrale Raad van Beroep en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, om die instellingen, die hun verdiensten bewezen hebben, geheel of gedeeltelijk te ontbinden en hun taken te verdelen

over of uit te delen aan de hoven, die er – afgezien van de belastingrechtspraak die van heel andere aard is – nooit enige bemoeienis mee hebben gehad. Je zou denken dat zoiets in een rechtsstaat alleen overwogen zou worden als het gaat om een zuivering na een periode, waarin de betrokken gerechten jammerlijk faalden.

C. De personele bezetting

Een zodanige operatie zou in ieder geval opnieuw een aanzienlijke uitbreiding van de rechterlijke macht vergen, waarvoor onvoldoende geschikte kandidaten voorhanden zijn. Immers, bij verdeling van de rechtsmacht van de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de Afdeling bestuursrechtspraak over de vijf hoven kan niet volstaan worden met het verplaatsen van de in de bestuursrechtspraak ervaren raadsheren uit de Centrale Raad en het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Het onderbrengen van de eerstelijns rechtspraak in Arob-zaken bij de rechtbanken heeft zeker niet geleid tot een vermindering van het aantal rechters dat zich met die rechtspraak bezighoudt, integendeel. Er is geen aanleiding om te veronderstellen dat dat voor het hoger beroep anders zal zijn. De hoven moeten van personeel worden voorzien, in hoger beroep in beginsel drie raadsheren per kamer. En dat terwijl het al zo moeilijk is gebleken om voor de eerste aanleg voldoende rechters met kennis, inzicht en ervaring te benoemen en de eisen voor raadsheren natuurlijk hoger dienen te liggen. Zolang in de rechtbanken geen ruime ervaring met de nieuwe bestuursrechtspraak is opgedaan, zijn die raadsheren er vrijwel niet.

In elk geval leidt het onderbrengen van de *appèl*-rechtspraak in bestuursrechtelijke zaken bij de hoven tot verdere uitbreiding van de omvang van de rechterlijke macht. De vraag is of een dergelijke uitbreiding, gelet op het doel van de reorganisatie, wenselijk is, zelfs als het aantal ervaren bestuursrechters in Nederland zo groot zou zijn, dat het vervullen van de vacatures geen probleem zou zijn, wat mij geenszins het geval lijkt. Dat is een politieke keuze.

D. Rechtseenheidsproblemen

Door het ontnemen van de rechtsmacht aan de bestaande hoogste bestuursrechters op elk van de deelgebieden van het bestuursrecht wordt bovendien een thans goed te hanteren probleem acuut: dat van de rechtsverscheidenheid.

Aan een algemene rechtseenheidsvoorziening bestaat in het bestaande stelsel geen behoefte. Dat geldt niet alleen voor het bestuursrecht. Er zijn ook wel andere rechterlijke instanties die niet onder enige hiërarchisch hogere rechter vallen, zonder dat dit, naar althans lijkt, tot een onoverkomelijk gebrek aan rechtseenheid aanleiding heeft gegeven. In de Bondsrepubliek Duitsland is het aanvankelijk in de grondwet voorziene Oberste Bundesgericht er nooit gekomen en een door de betrokken hoogste gerechten te formeren Gemeinsamer Senat heeft evenmin gefunctioneerd. Uit vrees voor allerlei omslachtige procedures wordt – zoals in ons land – volstaan met onderling overleg om ongewenste rechtsverscheidenheid te voorkomen.

Op dit moment bewaakt elk der hoogste bestuursrechters op het eigen rechtsgebied met veel zorg de rechtseenheid. De onderlinge rechtseenheid wordt, waar nodig, bewaakt door stelselmatische kennisname van elkaars jurisprudentie en regelmatig overleg.

Als de integratiegedachte Leitmotiv van de reorganisatie zou blijven, zouden alle hoven, als de appèl-rechtspraak hun zou worden opgedragen, in beginsel alle bestuursrechtspraak gaan uitoefenen. Van rechtseenheid kan in dat geval geen sprake meer zijn. Maar zelfs als de integratiegedachte wordt losgelaten en sommige hoven bijzondere taken zouden krijgen, is niet goed voorstelbaar dat één van de bestaande hoven de hele taak zou overnemen van de Afdeling bestuursrechtspraak of de Centrale Raad van Beroep. Ook in die variant zou de rechtseenheid op het niveau van de appèl-rechtspraak dus niet gerealiseerd kunnen worden. Zonder inrichting van een afzonderlijk – zeer groot – hof van appèl in bestuursrechtelijke zaken, zou die taak moeten toevallen aan de Hoge Raad, die echter met de gewone bestuursrechtspraak geen ervaring heeft. Over de vraag of het algemene bestuursrecht zich leent voor het tot stand brengen van

rechtseenheid door cassatierechtspraak kom ik nog te spreken. Er is m.i. echter geen denken aan dat cassatieberoep na *appèl* in bestuursrechtelijke zaken op de Hoge Raad zou kunnen worden opengesteld zonder zeer ingrijpende maatregelen. Bestuursrechtspraak is een massaproduct en er zou ook massaal cassatieberoep worden ingesteld, zelfs indien tussenkomst van een (cassatie?)advocaat verplicht zou worden gesteld, wat niet voor de hand ligt. Dat zou tot een zeer veel grotere belasting van de Hoge Raad leiden dan nu al het geval is, zelfs als voor de Mulder-zaken, zoals thans terecht door de Hoge Raad wordt bepleit, een andere oplossing dan het huidige cassatieberoep gevonden zou worden en de rol van de cassatie-rechtspraak in strafzaken zou worden beperkt.

De Hoge Raad zou in dat geval moeten worden uitgebreid met een nieuwe kamer, speciaal voor het andere bestuursrecht dan het belastingrecht. Dat zou de Raad en het OM ook de kans bieden om de leden met voldoende ervaring op het gebied van de algemene bestuursrechtspraak aan te trekken, om die taak te kunnen vervullen. Maar dat vergroot het probleem van de eenheid tussen de rechtsgebieden van de verschillende kamers in zo sterke mate, dat de veronderstelde winst voor de rechtseenheid ten opzichte van de huidige situatie van elkaar observerende en overleg voerende hoogste bestuursrechters, naar ik meen een illusie zal blijken.

Een alternatief is dat het college niet wordt uitgebreid met een kamer, doch de instroom van zaken beperkt wordt door invoering van een verlofstelsel, zo niet voor alle kamers, dan toch in elk geval voor de Derde Kamer die onder die omstandigheden ook het andere bestuursrecht te behandelen zou krijgen. Ook in een verlofstelsel moet echter op alle verzoeken om verlof beslist worden en daartoe moeten de desbetreffende zaken ten minste bestudeerd worden. Dat zou een aanzienlijke uitbreiding van het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad vereisen en een grote belasting op de Raad leggen, nog afgezien van het probleem dat de Derde Kamer niet is samengesteld uit met het oog op ook die taak geselecteerde raadsheren.

Invoering van een verlofstelsel in belastingzaken is bovendien ondenkbaar zonder gelijktijdige invoering op dat terrein van rechtspraak in twee feitelijke instanties. Het zou betekenen dat aan de toch al zo grote rechtbanken – behalve de kantongerech-

ten – ook nog belastingkamers zouden moeten worden toegevoegd, waarbij bedacht moet worden dat belastingrechtspraak in de rechtbanken tot nu toe ontbreekt. Gelet op het feit dat de integratiepotentie van dat specialisme tot nu toe gering is gebleken, lijkt het geenszins eenvoudig om voldoende fiscalisten van het vereiste niveau aan te trekken op het salarisniveau van de rechtbank. Dat probleem was ooit tenminste één van de redenen, waarom die rechtspraak in eerste aanleg bij de hoven terecht kwam. Dat de arbeidsmarkt voor fiscalisten thans zo zou zijn veranderd, dat dit probleem zich niet meer zou voordoen, lijkt niet aannemelijk.

E. Problemen van concentratie van rechtsmacht

Er kleven echter behalve praktische ook bezwaren van principiële aard aan het hier beschreven stelsel. Het ligt in onze traditie van checks and balances om macht niet op één punt te concentreren. Er is mijns inziens geen reden om die traditie voor de rechterlijke macht of de rechtsmacht te doorbreken.

Ik zou mij bovendien kunnen voorstellen dat de toch al groeiende politieke belangstelling voor benoemingen in de Hoge Raad een extra impuls zou krijgen als de hoogste rechtsmacht in Nederland geheel daar geconcentreerd zou worden. Vooral geconcentreerde hoogste rechtsmacht in bestuursrechtelijke zaken kan de politiek niet onberoerd laten, zeker niet nu de rechter zich ook of met name in het bestuursrecht activistischer opstelt dan in het verleden gebruikelijk was en minder dan vroeger respect toont voor het arbeidsterrein van de politieke organen van de overheid: wetgever en bestuur. De politiek zou er ongetwijfeld op willen toezien dat in een college, waarin zoveel (rechts) macht bijeen wordt gebracht, geen onwelgevallig klimaat tot ontwikkeling komt. Zij zal daarmee rekening willen houden bij benoemingen, omdat andere vormen van beïnvloeding nauwelijks ten dienste staan. De vraag is, welke gevolgen dat voor de samenstelling van het college zou hebben, met name voor de kwaliteit van zijn bezetting en – belangrijker nog – voor de positie van de Hoge Raad en de rechterlijke macht als geheel.

Het komt mij voor dat niemand gebaat is bij een situatie, waarin de Hoge Raad de hoogste rechterlijke macht in Nederland alleen zou uitoefenen, de Hoge Raad wel het minst.

Het is tenslotte heel heilzaam dat de hoogste rechters in het bestaande systeem zich er steeds van bewust moeten zijn dat er andere hoogste rechters zijn, die op bepaalde vraagstukken vanuit hun speciale expertise en ervaring een andere kijk kunnen hebben, waarmee rekening moet worden gehouden om de rechtseenheid niet onnodig in gevaar te brengen. Het vergt van die rechters dat zij hun juridische belangstelling ruimer houden dan voor de rechtspraak van het eigen college en het bevordert gezonde twijfel aan de onfeilbaarheid van de eigen jurisprudentie en meer in het algemeen van het eigen standpunt. Dat lijkt mij een belangrijk voordeel van het huidige stelsel.

F. Bestuursrechtspraak in twee feitelijke instanties

Hoewel het dogma het thans anders wil, ben ik niet overtuigd van het inherente nut van het invoeren van twee feitelijke rechterlijke instanties in het bestuursrecht. Natuurlijk is hoger beroep onontbeerlijk om rechtseenheid te scheppen, waar verschillende gerechten zich met dezelfde soorten zaken bezighouden. Ook kan hoger beroep kwaliteitsverhogend werken, indien voldoende gekwalificeerde en ervaren rechters beschikbaar zijn om de tweede instantie te bezetten. Daarmee is echter nog geen sprake van inherent nut. In elk geval heeft appel in bestuursrechtspraak een andere betekenis dan in de civiele en de strafrechtspraak en moet naar mijn mening van geval tot geval worden bezien of het voordeel ervan opweegt tegen het nadeel van de daardoor veroorzaakte vertraging in de beslechting van het geschil.

De gerechtelijke procedure in het bestuursrecht verschilt wezenlijk van die in het civiele recht. Voorwerp van geschil is vrijwel steeds een bestuursbesluit. Van belang voor de beoordeling van de rechtmatigheid van dat besluit – en tot meer is de rechter niet geroepen – zijn in beginsel slechts de feiten en omstandigheden, zoals die bestonden ten tijde van het nemen van dat besluit, voor zover het bestuursorgaan dat het besluit nam die kende of behoorde te kennen. Het vaststellen van de relevante feiten gebeurt dan ook niet eerst door de rechter in de rechterlijke procedure, maar voordien door het bestuur bij het nemen van het primaire besluit en vervolgens bij de heroverweging in de bezwaarschriftenprocedure die tegenwoordig vrijwel steeds aan de

gerechtelijke vooraf gaat. De door het bestuursorgaan aan het besluit ten grondslag gelegde feitelijke overwegingen kunnen natuurlijk in rechte worden bestreden – niet alleen de feiten zelf, ook de wijze waarop het bestuur het feitenonderzoek heeft uitgevoerd – maar het beoordelen door de rechter van die overwegingen is een andere activiteit dan die van de civiele rechter, die de betwiste feitelijke stellingen van partijen te beoordelen heeft. Bewijsopdrachten aan partijen komen in de bestuursrechtspraak niet vaak voor. Het is niet de rechter die de publickrechtelijke regeling uitvoert, maar het bestuur. De rechter controleert slechts de uitvoering.

In een dergelijk stelsel zijn twee rondes voor de rechter slechts noodzakelijk ter verzekering van de rechtseenheid en nuttig ter bevordering van de kwaliteit van de rechtspleging. Het belang daarvan moet afgewogen worden tegen de nadelen die voor bestuur en samenleving zijn verbonden aan het invoeren van een of zelfs twee extra rechterlijke instanties.

Hangende een gerechtelijke procedure pleegt in een aantal zaken – vaak niet de onbelangrijkste – het bestuur tot stilstand te komen. Weliswaar is aan het instellen van beroep op de rechter in het algemeen geen schorsende werking verbonden en blijft het bestuursbesluit dus uitvoerbaar, doch de realiteit van risicoansprakelijkheid voor – uiteindelijk – door de rechter vernietigde besluiten, zoals de civiele rechter die voor de overheid in het leven heeft geroepen, brengt mee dat het in de praktijk veelal niet komt tot tenuitvoerlegging van besluiten, waarover (nog) geprocedeerd wordt. En dat effect doet afbreuk aan de slagvaardigheid van het bestuur. Het veroorzaakt bovendien op zijn beurt soms weer onnodige en de voortgang van andere zaken belemmerende procedures, die voornamelijk met het oog op dit effect gevoerd worden.

In de tweede plaats is er, zoals steeds in het bestuursrecht, het aspect van de precedentwerking. Het bestuur is, waar daartoe ruimte bestaat, rehtens verplicht beleid te voeren en een vaste uitvoeringspraktijk te volgen. Zodra dat beleid of die praktijk in rechte ter discussie wordt gesteld, moet het bestuur rekening houden met de gevolgen van een mogelijk negatief oordeel van de rechter. Het zal trachten risico's te vermijden door controversiële vergelijkbare besluiten uit te stellen, totdat de rechter dui-

delijkheid heeft verschaft. Waar het louter om geld gaat, mag dat overkomelijk zijn, waar het het ordenend bestuur betreft, gaat zulke bestuurlijke afwachtendheid ten koste van het algemeen belang en de belangen van derden. Voor de effectiviteit van dat bestuur is van groot belang dat de onzekerheid, die het gevolg is van het aanhangig zijn van een gerechtelijke procedure, zo snel mogelijk tot een einde wordt gebracht. Aangezien onze samenleving niet buiten effectief ordenend bestuur kan, is hiermee een essentieel maatschappelijk belang gemoeid.

Met de noodzaak van snelle bestuursrechtelijke procedures, valt niet te rijmen dat na de voorbereidingsprocedure van het primaire besluit, de bezwaarschriftenprocedure en de eerste rechterlijke aanleg, het hoger beroep – in het integratiemodel – verdeeld wordt over de vijf hoven, met als gevolg dat een extra procedure – de vijfde – nodig is om het daardoor veroorzaakte probleem van de rechtsverscheidenheid op te lossen.

Het zou kunnen zijn dat wetgever en (hoogste) bestuursrechter(s) in staat zijn de negatieve gevolgen van het procederen in twee instanties in het algemene bestuursrecht enigszins te beperken door aan de appel-rechtspraak het karakter van tweede-kans-rechtspraak zoveel mogelijk te ontnemen en door speciale procedures mogelijk te maken voor zaken die daarvoor in aanmerking komen, maar daarvoor is eerst veel meer ervaring nodig dan nu beschikbaar is, ervaring die vervolgens nog door de wetgever verwerkt moet worden in nieuw bestuursprocesrecht.

Vooralsnog leiden de geschetste bezwaren mij tot de conclusie dat bepaalde soorten zaken, waarin die bezwaren in het bijzonder gelden, onttrokken mochten worden aan de hoofdregel van twee rechterlijke instanties en beroep in eerste en enige aanleg opengesteld moet blijven of worden op de Afdeling bestuursrechtspraak, dan wel het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Dit behoeft geen reden te zijn om het voorbehoud ten aanzien van art. 14 IVBPR te handhaven of ook om de ratificatie van het Zevende Protocol bij het EVRM verder uit te stellen, mits tevens de hiervoor gedane suggestie wordt gevolgd het gewone bestuursrecht van punitieve sancties te vrijwaren.

Voorts is nodig dat een deskundige appel-rechter op strakke wijze leiding geeft aan de algemene bestuursrechtspraak in eerste aanleg. Dat vereist de ervaring, waarover de Afdeling bestuurs-

rechtspraak beschikt en een appèl-instantie die snel kan werken en dus niet kampt met grote achterstanden.

Het belang van bespoediging van de bestuursrechtelijke rechtspraak werd destijds gediend met de invoering van de eerste aanleg in Arob-zaken. De lange behandelingsduur bij de vroegere Afdeling rechtspraak van de Raad van State in vele van de aan-gebrachte zaken, veroorzaakt door het enorme aanbod, werd daardoor verwisseld voor een perspectief op snellere afdoening in veel zaken en – door de minder zware belasting van de Afdeling bestuursrechtspraak – ook een snellere afdoening van de zaken, waarin hoger beroep wordt ingesteld. Winst dus, indien de werkvoorraden of achterstanden bij de bestuurssectoren van de rechtbanken niet te hoog oplopen en de hoger-beroeprecht-spraak door de Afdeling bestuursrechtspraak vlot blijft verlopen. Verstrooiing van de rechtsmacht in hoger beroep over de hoven en invoering van cassatierechtspraak om de rechtseenheid te herstellen, zal de wetgever er naar mijn verwachting onvermijdelijk toe brengen om in de toekomst meer dan nu het geval is te voorzien in bestuursrechtspraak in een enkele instantie, ten-einde te ontkomen aan de gevolgen die de resulterende verlen-ging van de gerechtelijke procedure zal hebben. Als de wetgever die weg onder de huidige omstandigheden al weet te vinden, zal daarvoor temeer aanleiding bestaan, wanneer de gewone be-stuursrechterlijke procedure nog verder verlengd wordt.

De vraag is of dat wenselijk is. Er zou dan gemakkelijk een nieuwe situatie van overbelasting van de Afdeling bestuursrechtspraak kunnen ontstaan. Het beroep op die rechter in eerste en enige aanleg zou veeleer gereserveerd moeten blijven voor soorten za-ken die daarvoor bij uitstek in aanmerking komen. Ik kom daar-op later terug.

G. Bestuursrechtspraak en cassatie

In elk geval is cassatierechtspraak geen geschikt middel om op het gebied van het ordenend bestuursrecht rechtseenheid tot stand te brengen. En dan heb ik het niet over het evenzeer wezenlijke probleem dat een bestuursrechter die, zoals nu voor de Hoge Raad wel wordt voorgesteld, door middel van een verlofstelsel mag kie-zen, welke zaken hij wil berechten, nooit het inzicht kan ontwik-kelen in de gevolgen van zijn beslissingen, dat nodig is om op

verantwoorde wijze in hoogste instantie tot die beslissingen te kunnen komen. Het gaat mij thans om de beperkingen die nu eenmaal aan de cassatierechtspraak verbonden zijn, die haar voor het ordenend bestuursrecht ongeschikt maken om rechtseenheid tot stand te brengen, als het appèl naar de hoven zou gaan.

Het moge zo zijn dat de cassatierechtspraak in het algemeen bevredigend functioneert op het gebied van de toetsing van de uitoefening van gebonden bevoegdheden, zoals die in het belastingrecht en het sociale-zekerheidsrecht meestal aan de orde zijn. Dat het anders is, waar het de uitoefening betreft van bevoegdheden, waarbij aan het bestuur beoordelings- en beleidsvrijheid is verleend – en daar gaat het veelal om in het ordenend bestuursrecht – wordt mijns inziens overtuigend geïllustreerd door de wijze waarop de Hoge Raad thans aan de ketenen van art. 99 RO rammelt, teneinde op het gebied van het bestuursrecht niet aan de zijlijn te hoeven blijven staan.

De bestuursrechter heeft met betrekking tot de uitoefening van niet door de wetgever gebonden bevoegdheden het uitgangspunt ontwikkeld dat die door het bestuur, om willekeur te vermijden, slechts op stelselmatige wijze mogen worden uitgeoefend. Het bestuur heeft de rechtsplicht om beleid te ontwikkelen. Beleid is beleid omdat het gevoerd wordt, niet omdat het als regel op schrift is gesteld en gepubliceerd. Schriftelijke vastlegging kan natuurlijk leiden tot gebondenheid aan gewekte verwachtingen, maar het bestaan en de inhoud van de beleidsregel is er niet van afhankelijk. Van belang is het beleid dat gevoerd wordt, al is het maar eenmalig. Het gaat erom dat het bestuursorgaan het te beslissen geval abstraheert – van dit geval, gevallen als dit maakt – door duidelijk te maken, welke aspecten van het geval meebrengen dat de belangenafweging uitvalt, zoals zij doet, teneinde die aspecten in een volgend geval een zelfde rol te kunnen laten spelen.

Beoordeling van de uitoefening van niet-gebonden bevoegdheden door het bestuur vereist dat de bestuursrechter onder meer steeds opnieuw vaststelt, welk het ter zake gevoerde beleid is en of in overeenstemming met het gevoerde beleid is beslist. Dat is het domein van de feitenrechter. Om rechtseenheid te kunnen verzekeren, is nodig dat de ene (feiten-)rechter op dat punt niet tot andere (begrijpelijke) conclusies komt dan de andere. Art. 99 RO is dan wellicht met enig kunst- en vliegwerk nog wel zo op te rekken

dat een op schrift gestelde en gepubliceerde beleidsregel als recht in de zin van die bepaling is aan te merken. Als het niet gaat om de betekenis van een op schrift gestelde regel, maar om het gevoerde beleid, al dan niet in het kader van meer of minder uitvoerige en precieze op schrift gestelde regels of uitgangspunten – en daar gaat het veelvuldig over in het ordenend bestuursrecht – valt dat niet te doen en kan de cassatierechter geen rechtseenheid realiseren. In het ordenend bestuursrecht moet rechtseenheid van één hoogste feitenrechter komen. Het bestaande stelsel voorziet daarin voor elk van de rechtsgebieden. De wetgever zou wel heel goed moeten nadenken, voordat hij dat voordeel prijsgeeft.

IV. TUSSENBALANS

Is de te behalen prijs de te betalen prijs wel waard? Er zijn weinig met Nederland vergelijkbare landen, waar de grondtrekken van de rechterlijke organisatie met zo weinig aanleiding zo fundamenteel ter discussie zijn gesteld als hier. In de meeste landen om ons heen is de organisatie van de rechterlijke macht het resultaat van een organische historische ontwikkeling en is alleen in tijden van revolutie sprake geweest van schoksgewijze verandering. En zo was het tot voor kort ook in ons land. Belinfante heeft de ontwikkeling van de rechtsbescherming tegen het overheidsbestuur in Nederland beschreven als een 80-jarige oorlog, vooral gevoerd tussen voorstanders van administratief beroep en die van rechtsbescherming door de onafhankelijke (bestuurs)rechter. Het rendement van die lange strijd was een afgewogen systeem, waarin aan beide elementen een eigen rol was toebedeeld, totdat naar aanleiding van het Benthem-arrest een einde werd gemaakt aan het Kroonberoep en de burger in een groot aantal zaken aangewezen raakte op het afstandelijker oordeel van de onafhankelijke rechter, die bovendien niet beschikt over de bevoegdheden en de legitimatie om bestuurlijk in te grijpen.

Ik bekken dat ik mij geruster voel bij relatief kleine, vooral door de ervaring met de dagelijkse rechtspraktijk ingegeven, aanpassingen van de organisatie van de derde staatsmacht aan de eisen van de tijd dan bij een reorganisatie volgens een alomvattend model, geïnspireerd door een uit de 70-er jaren stammende en

inmiddels elders als achterhaald beschouwde pretentie dat de ontwikkeling gepland kan worden en de ideologie dat een organisatie beter functioneert, naarmate zij groter is, hiërarchisch gestructureerd en meer gericht op uniformiteit dan op kleinschaligheid, specialisatie, diversiteit en aanpassing aan de bijzondere eisen die haar worden gesteld.

Mij lijkt dat reorganisatie van de rechterlijke macht slechts gerechtvaardigd is, indien en voor zover zij nodig is om te verhelpen wat er in de praktijk aan schort en beheerst moet worden door het uitgangspunt dat wat bevredigend functioneert, met rust gelaten wordt. Geen grootscheepse reorganisatie dus om fraai ogende structuren of een integratie-ideologie te realiseren, maar aanpassingen aan de eisen van de tijd, zoals die blijken in de dagelijkse rechtspraktijk.

De betekenis van de rechterlijke macht voor de samenleving wordt in hoge mate bepaald door de zekerheid die zij haar biedt. Rechtspraak is in beginsel geen instrument van maatschappelijke verandering, althans behoort dat in een democratisch bestel niet te zijn. Daar zijn de politieke organen van de overheid voor. Rechtspraak moet in het algemeen zo voorspelbaar mogelijk zijn. Rechtszekerheid is naast rechtvaardigheid wat de samenleving in de allereerste plaats van haar verlangt. Dat geldt zeker voor de bestuursrechtspraak. Die rechtszekerheid is niet gediend met grootscheepse veranderingen van de organisatie van de rechterlijke macht.

De vraag is, voor welk probleem of welke problemen het onderbrengen van de bestuursrechtelijke appèl-rechtspraak bij de hoven een oplossing vormt. Gaat het erom rechterlijke carrièremogelijkheden te scheppen of gaat het om de controle van het ministerie van Justitie over alle rechtsprekende colleges? Om de studiestof voor juridische studenten te vergemakkelijken? Of gaat het om de esthetiek van het 'gebouw' van de rechterlijke organisatie?

Waar leidt een en ander mij toe? In de eerste plaats is er het uitgangspunt dat voor verandering van de organisatie van de bestuursrechtspraak in hoogste instantie een overwegende praktische reden moet bestaan: de bestaande organisatie functioneert niet goed meer en van de voorgestelde reorganisatie kan ver-

wacht worden dat zij de gerezen problemen oplost en geen nieuwe in het leven roept die bezwaarlijker zijn dan de opgeloste. Dat uitgangspunt laat weinig ruimte voor experimenteren of reorganiseren om een ideaal geachte organisatie voor de rechterlijke macht te realiseren. De prijs die voor elke reorganisatie betaald moet worden in termen van ontregeling van de rechtspraak en rechtsonzekerheid voor een langdurige periode is onverantwoord als het gunstige praktische effect niet overwegend en bij voorbaat verzekerd is. Het inpassen van de bestuursrechtspraak in de gewone rechterlijke macht – rechtbank, hof en cassatieberoep voor de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling – is als zodanig geen doel dat het waard is dat die prijs er door de samenleving voor betaald wordt. Daaraan doet niet af dat dat model wellicht ook voor de bestuursrechtspraak gekozen zou worden als die nu voor het eerst zou worden ingevoerd, iets waarvan ik overigens geenszins overtuigd ben.

Mijn betoog strekt ertoe dat, waar het de voor de samenleving zo belangrijke bestuursrechtspraak betreft, het mijns inziens eenvoudig niet aangaat om met rechtsmacht te experimenteren teneinde abstracte doelen na te jagen. Zo geeft de omstandigheid dat intussen met de hoognodige en politiek toegezegde regeling van het hoger beroep in vreemdelingenzaken wordt getalmd, omdat daarmee wellicht vooruit zou worden gelopen op de derde fase, blijk van groot gebrek aan inzicht in wat op het gebied van de rechterlijke organisatie voor de samenleving werkelijk van belang is.

De gevolgen van het realiseren van het model van de gewone rechterlijke macht voor de bestuursrechtspraak zijn niet doorzocht en dat is geen wonder, omdat ze vrijwel niet zijn te overzien. De risico's voor de samenleving van het gevaar dat die gevolgen niet gunstig zullen blijken, zijn te groot. Het terrein leent zich niet voor zulke avonturen.

Het is, zeker nu voor de eerste aanleg het uitgangspunt van specialisatie is verlaten, uit een oogpunt van zorg voor de kwaliteit van de bestuursrechtspraak onjuist om thans de gevestigde colleges, waarvan het gezag stoelt op vele decennia van rechtspraak en waarin met zorg is getracht de kennis, ervaring en wijsheid bijeen te brengen die nodig zijn om de kwaliteit daarvan te be-

waren en te verhogen, te ontbinden dan wel van een belangrijk deel van hun taken te ontdoen om die taken te kunnen overdragen aan gerechtshoven die met de materie vrijwel geen bekendheid hebben. Dat resulteert in de eerste plaats in het verlies van het goede dat in die colleges bijeen is gebracht en vervolgens in ten minste een lange periode van verwarring en onzekerheid over zoiets wezenlijks als de toepassing van het bestuursrecht en het bestuursprocesrecht. Dat zal zich ook voordoen, indien de hoven voor een deel in hun behoefte aan nieuw rechterlijk personeel zouden kunnen voorzien door de huidige leden van de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven over te nemen.

Er zal zonder twijfel een 'frisse wind' door de jurisprudentie gaan als de oude verbanden verbroken worden en nieuwe ontstaan, maar de vraag is of de samenleving daarop zit te wachten.

Dat sommige bestuurders zich op dit moment sterker dan in het verleden gebruikelijk was afzetten tegen de bestuursrechtspraak, heeft mijns inziens oorzaken die voor de discussie over de derde fase niet zonder belang zijn. De onrust zal mede veroorzaakt zijn door de eerstelijnsrechtspraak op het gebied van met name het ordenende bestuursrecht. Zij is in haar totaliteit, uitgeoefend als zij wordt door relatief onervaren rechters, zetelend in los van elkaar staande rechterlijke eenheden als de bestuurssectoren van de rechtbanken zijn, wispelturiger van aard dan onder het oude Arob-regime en getuigt in het algemeen van minder respect voor de eigen verantwoordelijkheden van het bestuur en dat irriteert.

Het gezag van de rechter tegenover het bestuur en de wetgever is tot nu toe in het algemeen geen probleem geweest in Nederland. Groeiende assertiviteit van de rechter zou daar wel eens verandering in kunnen brengen en het is de vraag of dat een gunstige ontwikkeling zou zijn, voor de rechterlijke macht en voor de samenleving. Dat het gezag van de rechtspraak op het gebied van het algemene ordenende bestuursrecht tot nu toe geen problemen heeft opgeleverd, komt onder meer doordat die (althans in hoogste instantie) afkomstig is van de Raad van State en aan zijn bestuursrechtelijke kwaliteiten in het algemeen niet getwijfeld wordt. De wetgever zou zich wel twee maal moeten bedenken voordat hij het voordeel daarvan prijsgeeft. Zulk na-

tuurlijk gezag heeft de gewone rechterlijke macht op dit terrein niet.

En dan nog een zeer praktisch argument. Bij de Raad van State worden met grote regelmaat zaken behandeld, waarvan de omvang en het aantal betrokken partijen een rechtbank of een gerechtshof bij de behandeling van het bodemgeschil en de eventueel eraan voorafgaande verzoeken om voorlopige voorziening voor aanzienlijke organisatorische problemen zouden stellen. Ik denk hierbij niet zozeer aan zulke zaken, als voortvloeiend uit de Deltawet grote rivieren of de wetgeving in het kader van de realisering van de Betuwelijn of de besluitvorming rond Schiphol, omdat het daarbij tot nu toe nog om uitzonderingen gaat, waarvoor nu eenmaal toch een bijzondere regeling getroffen zou moeten worden. Het gaat mij hier vooral om de procedures betreffende complexe besluiten in het kader van de ruimtelijke ordening en de milieuwetgeving. Alleen een organisatie als die van de Raad van State is met zijn bureau en geholpen door zijn Adviseur in staat zulke zaken in grote aantallen zonder al te grote problemen binnen afzienbare termijn te verwerken.

Vergeleken met de werkelijke problemen, waarvoor het ministerie van Justitie zich gesteld ziet: de rechtshandhaving, de strafrechtpleging en de feitelijke uitvoering van het toelatingsbeleid om maar enkele voorbeelden te noemen, richt de reorganisatie van de rechterlijke macht zich niet op een groot en acuut probleem, maar vertoont zij meer en meer het karakter van een stokpaardje van een vrij beperkte kring van bij de rechtspraak betrokkenen. Buiten die kring lijkt de belangstelling voor het onderwerp gering, wellicht vooral omdat niet wordt beseft, welke de mogelijk negatieve gevolgen van de voorgestelde veranderingen zijn. De suggestie dat het voor de burger van belang zou zijn dat alle appèl-rechtspraak en dus ook de bestuursrechtelijke bij de hoven zou worden bijeengebracht, omdat dat het eenvoudigst en het best te begrijpen zou zijn, kan toch moeilijk als een serieus argument beschouwd worden in een tijd waarin de wet erin voorziet dat de burger steeds de weg wordt gewezen in het toch niet zo heel gecompliceerde stelsel van publiekrechtelijke rechtsbescherming en dat elk verkeerd geadresseerd beroepschrift wordt doorgezonden naar het competente rechtscollege.

De praktijk leert dat er in elk geval geen zorg hoeft te bestaan dat te weinig geprocedeerd wordt, omdat de mensen de toegang tot de rechter niet zouden kunnen achterhalen.

Mijn standpunt is derhalve dat niet is aangetoond dat er voldoende grond is om de huidige organisatie van de bestuursrechtspraak in hoogste instantie fundamenteel te wijzigen. Die functioneert bevredigend en dat zij ook anders en wellicht zelfs overzichtelijker georganiseerd zou kunnen worden, is niet voldoende reden voor een daarop gerichte reorganisatie, gelet op de prijs die daarvoor door de samenleving betaald zou moeten worden. Over de kans dat die rechtspraak na een eventuele reorganisatie en na geruime tijd even goed of zelfs beter zou verlopen, valt vooralsnog slechts te speculeren. Ik heb dat hiervoor gedaan en ben niet optimistisch gestemd. Wat daarvan zij, speculatie levert onvoldoende basis om zo'n reorganisatie ook echt door te voeren. Iedere reorganisatie brengt allereerst onzekerheid gedurende een langere periode en dat kan de rechterlijke macht zich niet veroorloven, zeker niet waar het de hoogste bestuursrechtspraak betreft. Zulke onzekerheid gaat vooral ten koste van de justitiabelen en is voor hen veel bezwaarlijker dan de vermeende onoverzichtelijkheid van het bestaande stelsel.

V. ALTERNATIEF: COLLEGE-GEWIJZE DERDE FASE

A. De Centrale Raad van Beroep

De Centrale Raad van Beroep, de oudste bestuursrechtelijke appel-rechter, functioneert zonder dat van wezenlijke problemen blijkt. De raad is in de eerste plaats sociale-zekerheidsrechter, zeker nu de omvang van de ambtenarenrechtspraak als gevolg van beperkende maatregelen van de wetgever terugloopt. Het gaat daarbij om rechtspraak op een specifiek, goed van andere te onderscheiden gebied. Het betreft in het algemeen de uitoefening van gebonden bevoegdheden door uitvoeringsorganen, waarvan de meeste niet beschikken over eigen politiek mandaat. De complexe regelgeving is veelvuldig aan verandering onderhevig, hetgeen de rechter ten minste evenveel problemen bezorgt als de uitvoeringsorganen.

Het is van groot belang dat de appèl-rechtspraak op dit uitgebreide terrein in handen is van één rechter, die het goed overziet en inzicht heeft in de gevolgen van zijn beslissingen voor het stelsel van de sociale zekerheid als geheel. Daarvoor is de expertise en ervaring nodig die de Centrale Raad in de vele decennia van zijn bestaan bijeen heeft gebracht en opgebouwd en die zou worden prijsgegeven als hij zou worden opgeheven en zijn rechtsmacht verdeeld over de hoven. Daarmee zou ook het gezag dat het college in de loop der tijd heeft verworven verloren gaan. Zulk gezag zouden de hoven nooit verwerven, reeds omdat hun jurisprudentie noodzakelijkerwijs uiteen zal (kunnen) lopen en zij het over allerlei zaken oneens zouden zijn en voor de rechtseenheid afhankelijk van de (beperkte) cassatierecht-spraak van de Hoge Raad. Rechterlijk gezag is behalve kwetsbaar, een kostbaar goed. Het verzekert dat de lagere rechter en de uitvoeringsorganen zich snel neerleggen bij de in appèl tot stand gekomen jurisprudentie, waardoor onnodig procederen wordt voorkomen.

Er is mijns inziens ook weinig voor te zeggen om de rechtsmacht van de Centrale Raad – met die van de andere hoogste bestuursrechters – onder te brengen in één – in dat geval heel groot – bestuursrechtelijk gerechtshof, al is die optie minder bezwaarlijk dan die van verdeling over de vijf bestaande hoven. In elk geval is bij inrichting van een zesde – bestuursrechtelijk – gerechtshof het vooropgestelde doel van de reorganisatie, nl. integratie van het bestuursrecht met de andere rechtsgebieden, verlaten. Dat zou winst betekenen, maar de vraag is of het belang van samenbrengen van alle bestuursrechtelijke appèl-rechtspraak bij de gewone rechterlijke macht van voldoende gewicht is om dan in elk geval deze reorganisatie tot stand te brengen. Ik meen dat het antwoord op die vraag ook ontkennend mocht luiden. Het sociaal-zekerheidsrecht is zonder twijfel deel van het bestuursrecht, doch het verschilt zo wezenlijk van de andere hoofdrichtingen binnen dat rechtsgebied – belastingrecht en ordenend bestuursrecht – dat met de organisatorische integratie ervan weinig te winnen valt, maar veel te verliezen. Ter illustratie moge dienen dat er alle aanleiding is om te veronderstellen dat de zogenaamde contra-legem-jurisprudentie in het sociaal-zekerheidsrecht niet zou zijn ontstaan, indien er één appèl-rechter was geweest voor zowel dat

rechtsgebied als het rechtsgebied, waarover het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de Afdeling bestuursrechtspraak hoogste rechter zijn. Voor een universele bestuursrechtelijke appel-rechter zou die jurisprudentie moeilijk aanvaardbaar zijn, omdat die rekening zou moeten houden met de gevolgen ervan in zaken, waarin belangen van derden in het geding zijn en het om andere zaken gaat dan financiële verplichtingen. Hetzelfde geldt voor de – ruime – toetsing door de sociale-zekerheidsrechter van de weigering om ten voordele van de burger terug te komen op een besluit dat inmiddels formele rechtskracht heeft gekregen.

De zesde-hofoptie oefent mijns inziens dan ook vooral aantrekkingskracht uit op degenen, die afwillen van de Raad van State als bestuursrechter. Zonder diens taak is een zesde – bestuursrechtelijk – gerechtshof immers weinig meer dan de Centrale Raad met een andere naam. Dat de optie al in de plannen van het ministerie van Justitie voorkwam, voordat het Procola-arrest werd gewezen, bevestigt dat het weghalen van – in ieder geval een deel van – de bestuursrechtspraak bij de Raad van State al een doelstelling was, voordat de mogelijk uit dat arrest voortvloeiende problemen waren gesignaleerd.

Dat inhoudelijke bezwaren bestaan tegen een afzonderlijke hoogste bestuursrechter voor het sociaal-zekerheidsrecht en dat er met name grond is voor de vrees dat dat rechtsgebied zich daardoor in afzondering verder zal ontwikkelen, zonder dat voldoende rekening wordt gehouden met de ontwikkelingen op de andere onderdelen van het bestuursrecht, wordt voldoende geloochenstraft door de jurisprudentie van de Centrale Raad, ook die van voor de invoering van de Algemene wet bestuursrecht. Die wordt geenszins gekenmerkt door isolationisme of eigenzinnigheid, maar geeft blijk van de wens om aansluiting te houden bij die van de andere hoogste rechters met wie regelmatig coördinerend overleg wordt gevoerd, evenwel zonder tekort te doen aan de specifieke eisen die het rechtsgebied stelt en die de Centrale Raad kent als geen ander.

Zo valt niet uit te sluiten dat de Algemene wet bestuursrecht in de toepassing door de Centrale Raad hier en daar andere accenten krijgt dan in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak of van het College van Beroep voor het bedrijfsle-

ven. Maar datzelfde geldt voor de jurisprudentie van de Hoge Raad in zogenaamde Mulder-zaken, waarin met uitsluiting van vrijwel alle andere aspecten, waarmee bestuursrechters rekening plegen te houden, het sanctiekarakter voorop staat. De justitiabelen zijn erbij gebaat dat beperkingen die op het ene terrein door de materie aan de bestuursrechter worden opgelegd, op het andere terrein niet onnodig worden toegepast.

Het pleidooi om de Centrale Raad zijn huidige functie te laten behouden, staat er niet aan in de weg dat bepaalde soorten zaken, waarin thans andere hoogste rechters bevoegd zijn, aan de appèl-rechtsmacht van de Raad zouden kunnen worden toegevoegd. Voor aanpassingen in andere richting zie ik voornamelijk weinig aanleiding. Voor wat betreft de ambtenarenrechtspraak zie ik geen reden om deze bij de bestuursrechter weg te halen en bij de civiele arbeidsrechter neer te leggen, zolang de ambtenaar zijn arbeid niet krachtens overeenkomst doch krachtens publiekrechtelijke aanstelling verricht. Anderzijds zie ik voor het onderbrengen van de civiele arbeidsrechtspraak bij de sociale-zekerheidsrechter ook onvoldoende aanleiding en mogelijkheden. Daarvoor hoeven de kantongerechten niet opgeheven te worden.

Het zou bij toedeling van rechtsmacht moeten gaan om zaken die naar hun aard beter door de Centrale Raad dan door die andere hoogste rechter behandeld zouden kunnen worden. Geen grootscheepse reorganisatie van rechtsmacht dus, maar aanpassing van geval tot geval aan de hand van een analyse van de voor- en nadelen.

Het is overigens niet zo eenvoudig om het criterium 'naar hun aard' betekenis te geven. Het zou kunnen gaan om bevoegdheden van niet politiek verantwoordelijke uitvoeringsorganen, in beginsel gebonden van aard, waarbij geen belangen van concrete derden in geding zijn en waarbij het uitsluitend gaat over uitspraken of voorzieningen. Het zou ook kunnen betekenen: de sociale zekerheid betreffende. Ik zou voorrang willen geven aan de laatste betekenis, indien niet aan beide omschrijvingen wordt voldaan, en realiseer mij dat over de toepassing van dat criterium verschil van mening kan bestaan.

Zo zou ik mij, als het bij de reorganisatie gaat om het realiseren van bestuursrechtspraak in twee feitelijke instanties op een breed terrein, kunnen voorstellen dat van de uitspraken van het College van Beroep voor de studiefinanciering hoger beroep zou worden opengesteld op de Centrale Raad. Ik neem echter aan dat het de minister van Justitie, zeker gelet op diens houding in de eigen vreemdelingenrechtspraak, niet licht zal vallen om de ambtgenoot van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen ervan te overtuigen dat de rechtspraak in dit soort zaken er efficiënter en sneller op zou worden, laat staan dat het de moeite waard zou zijn de eigen 'onderwijs-rechter' op te geven, ook als dat niet verzekerd kan worden. Het lijkt mij dat dat ministerie op dit punt minder gemakkelijk van het nut van reorganisatie te overtuigen is dan dat van Binnenlandse Zaken, waar het de rechtspraak over 'zijn' openbaar bestuur betreft. Realistischer is wellicht te veronderstellen dat ook de uitvoering van de bodemvoorziening van het systeem van sociale zekerheid, de Algemene Bijstandswet, eindelijk geheel onder de rechterlijke controle van de Centrale Raad zou komen, na een eerste aanleg in alle gevallen bij de rechtbanken. Dat wil dus zeggen ook de intrekking van ten onrechte toegekende uitkeringen, de terugvordering daarvan en het verhaal van uitgekeerde bijstand op degenen, die daarvoor in aanmerking komen. Het is duidelijk dat er op het laatste punt coördinatie moet zijn tussen de bestuursrechter en de civiele rechter die over de onderhoudsverplichting oordeelt, maar dat probleem is niet zo groot, dat het aan toevoeging aan de rechtsmacht van de Centrale Raad in de weg hoeft te staan, desnoods met beperkt cassatieberoep op de Hoge Raad, waar het de onderhoudsplicht betreft.

Als logisch gevolg daarvan zou ook de Wet individuele huursubsidie en het verhaal krachtens de Wet op de bejaardenoorden binnen de appel-rechtsmacht van de Centrale Raad gebracht kunnen worden, in plaats van die van de Afdeling bestuursrechtspraak, waar deze nu zijn. Geschillen over de financiering van zulke oorden zouden dan ter competentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven kunnen worden gebracht, zoals dat nu het geval is voor de financiering van organen van gezondheidszorg.

Het is niet mijn bedoeling om hier een uitputtende lijst van regelingen te geven, waarvan de rechterlijke controle bij toepas-

sing van voormelde criteria wellicht beter in hoogste instantie aan de Centrale Raad zou kunnen worden opgedragen. Het nadenken over de reorganisatie van de bestuursrechtspraak heeft al een beweging in die richting in gang gezet en het pleidooi strekt er toe dat op de ingezette weg wordt voortgegaan, waarbij de mogelijkheden van geval tot geval worden beoordeeld op voor- en nadelen.

B. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven

Het gaat hier om de bestuursrechter op het gebied van het economisch ordeningsrecht, waarvan de taak zich aan de hand van de hiervoor door mij gehanteerde criteria inhoudelijk niet wel van die van de Afdeling bestuursrechtspraak laat onderscheiden. In mededingingszaken zal, naar het zich thans laat aanzien, het College bovendien ook appèl-rechter zijn. Daarnaast houdt het College zich als appèl-rechter bezig met publiekrechtelijk tucht-recht, zoals dat voorkomt ter verzekering van de kwaliteit van beroeps- en bedrijfsuitoefening en ter bewaking van de kwaliteit van de Nederlandse producten, met name in de sfeer van de landbouwgoederen.

Het College kan als gespecialiseerde bestuursrechter niet gemist worden. Het opheffen ervan zou schade teweegbrengen, die in geen enkele verhouding staat tot de vermeende voordelen. Het College functioneert goed. Het heeft geen achterstanden in de afdoening van zaken, zodat om die reden voorschuiven van een eerste aanleg, zoals in de Arob-zaken tenslotte noodzakelijk was, niet in de rede ligt. Eén college, één aanleg: een recept voor snelle en efficiënte rechtspraak en dat is wat de samenleving op het terrein van het economisch ordeningsrecht bij uitstek nodig heeft. Voor de samenleving is van groot belang dat met name die rechtspraak in handen is van rechters die het rechtsgebied goed kennen. Zij kunnen daardoor, afgezien van andere kwaliteiten, een hoge graad van consistentie en voorspelbaarheid in de jurisprudentie realiseren en de gevolgen van hun uitspraken goed overzien.

Het is bij uitstek specialistisch werk met een sterke Europees-rechtelijke component, waarvan eenvoudig niet valt aan te nemen dat de 'gewone' bestuursrechter het erbij gaat doen, zonder

dat dat ten koste zou gaan van de kwaliteit van de rechtspraak. Het zou voor de gewone bestuursrechter bovendien een volstrekt onevenredige belasting opleveren zich af en toe in de zeer complexe materie van bijvoorbeeld de in- en uitvoerrestituties te moeten inwerken. Het rechtsgebied is uitgebreid en complex genoeg om het College een volle dagtaak te bezorgen. Zou van de vestigingswetgeving of de vervoerswetgeving wellicht nog gezegd kunnen worden dat rechterlijk specialisme daarvoor niet onontbeerlijk is, voor de tarievenwetgeving in de gezondheidszorg, de douaneregelgeving en de uitgebreide communautaire regelgeving in de landbouwsector is dat stellig wel het geval. Het gaat voorts veelal om zaken met zeer grote financiële belangen, veel groter dan in andere bestuursrechtelijke kwesties gebruikelijk zijn, waarvan zich per soort bovendien niet zo veel voordoen, dat bij verstrooiing van de rechtsmacht over de rechtbanken en hoven ooit één rechter er de routine en ervaring mee zou opdoen, die nodig is om ze op een verantwoorde manier te kunnen behandelen. Het is ook ondenkbaar dat in zo'n situatie de verzoeken om voorlopige voorziening behandeld kunnen worden met de expertise, die nodig is om ongelukken te voorkomen.

Hier geldt bij uitstek dat invoering van een eerste aanleg en verdeling van de appel-rechtspraak over de hoven slechts schade teweeg zal brengen op een voor de samenleving belangrijk terrein. In het kader van de gemeenschappelijke markt is de concurrentiepositie van de Nederlandse deelnemers aan die markt in het geding. Als de zaken die de uitvoering van de communautaire regelgeving betreffen niet snel en goed worden behandeld en afgedaan, betekent dat achterstand voor Nederlandse ondernemers. De minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, de betrokken publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties en de minister van Economische Zaken zouden de minister van Justitie duidelijk moeten kunnen maken dat het verdelen of uitdelen van de rechtsmacht van het College niet aanvaard kan worden. Ook het betrokken bedrijfsleven zou zich met name dienen te verzetten tegen verlenging van de procedures door het verschuiven van een eerste aanleg en tegen het verspreiden van de rechtsmacht over de hoven, zodat die in handen komt van rechters die nooit met het bijtje gehakt hebben.

De wel gehoorde optie om het College tot een speciale kamer

bij één van de hoven te maken, is evenmin aantrekkelijk. In de eerste plaats heeft die optie niets te maken met het doel van integratie van rechtspraak. Maar voorts is er weinig voor en veel tegen het voorschuiwen van de bestuurssectoren van de rechtbanken, dat naar moet worden aangenomen aan die optie zou zijn verbonden. Het zou neerkomen op onnodige verlenging van procedures en het – verder – belasten van die sectoren, thans met zaken waarvan een aanzienlijk aantal te sporadisch voorkomt en te specialistisch van aard is, om te mogen veronderstellen dat ze door de rechtbanken ooit op een bevredigende wijze zouden kunnen worden behandeld.

Men zou dan kunnen denken aan het maken van nog een uitzondering op de uitgangspunten van de reorganisatie en de speciale kamer voor economische zaken van het hof aanwijzen als rechter in eerste en enige aanleg. De vraag of het 'onderbrengen' van het College in één der hoven in dat geval nog enig doel dient, moet mijns inziens ontkennend worden beantwoord. Tegen die oplossing pleit in elk geval dat er geen enkele aanleiding is om te veronderstellen dat het College in de organisatorische context van dat gerechtshof beter dan of ten minste even goed als thans het geval is, zou functioneren. Het College werkt goed, juist omdat het een kleine gespecialiseerde rechterlijke organisatie is, een geschikte illustratie van het pleidooi tegen grote organisatorische eenheden in de rechterlijke macht.

En wat zou de wetgever bij opheffing van het College aanmoeten met het publiekrechtelijk economisch tuchtrecht? Worden bij alle bestuurssectoren van de rechtbanken en de hoven ook tuchtkamers ingericht met een eigen procesrechtelijke regeling, zoals die nu voor die zaken bij het College geldt? Of wordt rechtstreeks hoger beroep van de onderscheiden tuchtgerechten op de hoven geopend? Ik vraag mij af wat bijvoorbeeld de accountants van zo'n regeling zouden vinden. Het gaat hier niet om zeer grote aantallen zaken, maar wel om zaken waarin voor de samenleving aanzienlijke belangen op het spel staan.

Er zou dus bij eventuele reorganisatie een oplossing voor gevonden moeten worden, maar tot nu toe is van enige belangstelling voor het probleem nog niet gebleken. Die oplossing is in elk geval niet onderbrenging bij de strafrechtsectoren van de recht-

banken en hoven. Het gaat niet om strafrecht en zelfs niet om economisch strafrecht, maar economisch orderingsrecht waarvoor met opzet geen strafrechtelijke benadering is gekozen. Het is tuchtrecht waarvan de uitvoering ondanks het publiekrechtelijk karakter ervan grotendeels in handen is van tuchtgerechten van eerste aanleg van het desbetreffende beroeps- of bedrijfsleven zelf, omdat die beter dan andere geacht worden in te zien welke belangen met het handhaven van de betrokken gedragsvoorschriften gemoeid zijn. Het rechterlijk toezicht daarop vereist een toegesneden aanpak, die gebaseerd is op een goed inzicht in de effecten van de uitspraken. Aan al die vereisten is thans voldaan.

Ook hier zijn echter wel enige veranderingen mogelijk en wenselijk, alleen al om te voorkomen dat willekeurige verschillen blijven tussen besluiten waarvoor de hoofdregel van een procedure in twee instanties geldt en andere, waarvoor het College rechter in eerste en enige aanleg is. Het zou mijns inziens in elk geval voor de hand liggen om het College met de Tariefcommissie in één organisatorisch verband samen te brengen. Zeker is de Tariefcommissie geen orderingsrechter, maar een belastingrechter, doch wel een bijzondere, zoals blijkt uit het feit dat de wetgever het niet nodig heeft geacht cassatieberoep van haar beslissingen open te stellen. Het werkterrein van de Tariefcommissie ligt erg dicht bij dat van het College, waar dat zich bezighoudt met landbouwheffingen en de toepassing van de In- en uitvoerwet. Soms zijn er zelfs concurrerende bevoegdheden. Door de twee colleges in één organisatie samen te voegen, kan een gespecialiseerde rechterlijke instantie in het leven worden geroepen, waarin veel kennis van en ervaring met met name de communautaire tariefregelgeving en de douanewetgeving is samengebracht, zodat die optimaal benut kan worden.

Het is voorts goed dat de subsidies van het ministerie van Economische Zaken voor het bedrijfsleven, die zonder twijfel tot het economisch orderingsrecht gerekend moeten worden, thans alle tot het werkterrein van het College behoren en niet langer tot dat van de algemene bestuursrechter. De vraag is of de overheveling van competenties op het terrein van het economisch orderingsrecht daarmee compleet is en of niet ook andere be-

sluiten van de minister van Economische zaken voor overheveling in aanmerking komen. In elk geval lijkt dat laatste het geval te zijn voor besluiten krachtens de verschillende landbouwregelingen, ter zake waarvan de competentie nog niet bij het College ligt, omdat zij niet of niet uitdrukkelijk op de Landbouwwet gebaseerd zijn.

C. De Afdeling bestuursrechtspraak

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is nog steeds de hoogste algemene bestuursrechter. Het sterkste argument om dat niet zo te laten, is naar het mij voorkomt dat de Raad van State voor maar weinig rechters uit de eerste aanleg een reëel carrièreperspectief biedt. Dat is een probleem, omdat het de affiniteit tussen de eerste aanleg en de hoger-beroepsrechter niet bevordert, maar het belang daarvan rechtvaardigt niet dat de Raad van zijn rechtsprekende taak wordt beroofd. De rechters uit de bestuurssectoren hebben overigens alle mogelijkheden om door te stromen naar de hoven en de Centrale Raad van Beroep, als zij zich in de rechtbank niet beperkt hebben tot de vroegere Arob-zaken, maar zich – integrerend – ook met andere soorten rechtspraak hebben beziggehouden.

De Afdeling is – in eerste en enige aanleg en in hoger beroep – belast met de algemene bestuursrechtelijke rechtspraak. Meer dan voor alle andere bestuursrechters geldt dat zij te maken heeft met het bestuur met een sterke politieke component: door politiek verantwoordelijke organen uitgeoefende, de samenleving ordenende bevoegdheden, waarbij het bestuur beleids- en beoordelingsvrijheid is verleend en waarbij veelal belangen van derden in het geding zijn. De Raad van State is op dat gebied van oudsher betrokken bij de rechtsbescherming van de burger. Zijn Afdeling bestuursrechtspraak beschikt door die achtergrond over de expertise, de ervaring en het apparaat dat nodig is om het toezicht op de bestuursrechtspraak op het gebied van het algemeen ordenend bestuursrecht uit te oefenen. Zij is ook gewend om te gaan met grote en complexe besluiten die alleen al daardoor een sterke politieke lading dragen. De wetgever heeft in een aantal gevallen, waarin het om zulke besluiten gaat, de eerste aanleg achterwege gelaten en het beroep dadelijk op de Afdeling gecomp. Dat lijkt een goede benadering: van geval

tot geval bezien of de hoofdregel van twee feitelijke instanties kan worden aangehouden, dan wel het beroep dadelijk op de Afdeling moet worden geopend.

Voor de rechtsbescherming in bijvoorbeeld de Deltawet grote rivieren zou niet kunnen zijn volstaan met het volgen van de gewone procedure. Die oplossing zou ertoe geleid hebben dat de betrokken rechtbanken voor maanden geheel ontregeld zouden zijn geweest, bezig met het verwerken van beroepen tegen complexe en grootschalige besluiten, waartegen tientallen, soms honderden appellanten te hoop liepen, elk tegen dat aspect van het besluit dat hen meer speciaal raakt. De behandeling van de andere zaken was tot stilstand gekomen en de dijken zouden, het hoger beroep meegerekend, niet zijn aangelegd voor het nieuwe seizoen van hoog water. Hetzelfde kan gezegd worden van de besluiten ter uitvoering van de Betuwelijn. Overigens laten zulke mega-zaken ook bij de Afdeling het overige werk niet onberoerd, maar haar omvangrijke goed ingewerkte ondersteuning is ingesteld op efficiënte verwerking.

Het lijkt erop dat de betrokken departementen – in dit geval dat van Verkeer en Waterstaat – beter dan het met veel minder bestuurstaken belaste ministerie van Justitie begrepen hebben dat, als het erop aan komt, de gang via de rechtbank te lang is en het beroep rechtstreeks op de Afdeling geopend moet worden.

En dat geldt niet alleen voor echte mega-besluiten. Ook plannen van enige omvang lenen zich niet goed voor een rechtsgang via de rechtbanken en de hoven. De Afdeling heeft inmiddels voor de behandeling van beroepen tegen bestemmingsplannen routines ontwikkeld die het mogelijk maken dat ze binnen afzienbare termijn een adequate behandeling krijgen. Zij beschikt daarvoor over een bureau, waarin veel ervaring is verzameld. Als er behalve recht gesproken, ook nog bestuurd moet worden, is een organisatie als die van de Afdeling bestuursrechtspraak voor dit soort zaken onontbeerlijk. De opvatting dat de rechtbanken en de hoven die rol zouden kunnen overnemen, getuigt ofwel van gebrek aan inzicht in de materie, dan wel van dezelfde overmoed, die tot de gedachte leidt dat de nieuwe bestuursrechters in de hoven alles zullen kunnen, wat elk van de bestaande hoogste bestuursrechters thans afzonderlijk doet, zonder dat dat tot

kwaliteitsverlies leidt en dan ook nog civiele rechter, strafrechter of familierechter kunnen zijn.

Mijn pleidooi strekt ertoe dat de bestuursrechtspraak zowel in eerste en enige aanleg als in hoger beroep door de Raad van State behouden blijft. Dat betekent niet dat ik geen aanleiding zie voor enige herschikking van de competenties van de Afdeling bestuursrechtspraak. Het gaat mij daarbij echter niet om groot-scheepse reorganisatie, maar opnieuw om maatwerk: een beschouwing van bijzondere wet tot bijzondere wet op de vraag of de rechtsbescherming in het kader van de desbetreffende regeling beter anders geregeld zou kunnen worden dan volgens het algemeen geldende stramien.

Op het gebied van het algemene ordenende bestuursrecht is thans geen vervanging voor de Afdeling bestuursrechtspraak beschikbaar. In de Afdeling, haar bureau en de secretaric is veel expertise en ervaring bijeengebracht, die verloren zou gaan als zij van haar taak als appèl-rechter zou worden ontdaan. De staatsraden zullen over het algemeen niet beschikbaar zijn voor de vervulling van rechtsprekende taken in de hoven. De medewerkers van het bureau komen op wellicht een heel enkele uitzondering na niet in aanmerking voor rechtstreekse benoeming als raadshere in een hof. Het bureau als zodanig leent zich niet voor opsplitsing. Van de huidige raadsheren en (vice-)presidenten hebben alleen de leden van het College van Beroep voor het bedrijfsleven voldoende ervaring met het ordenend bestuursrecht om in de eventuele bestuurssectoren van de hoven als appèl-rechter te kunnen functioneren, maar hun aantal is gering en hun expertise ligt niet primair op de terreinen die bij de vervanging van de Afdeling van belang zouden zijn.

Sedert de aanvang van de appèl-rechtspraak door de Afdeling is mijns inziens uit de jurisprudentie voldoende duidelijk geworden dat de ervaring en de expertise van de Afdeling niet gemist kunnen worden bij het toezicht op de algemene bestuursrechtspraak door de rechtbanken. Zij zijn nodig om de rechtbanken op een zo uitgebreid en gecompliceerd rechtsgebied als het ruimtelijke-ordeningsrecht in het goede spoor te houden, maar als voorbeeld valt ook de openbaarheid van bestuur of het mediarecht te noemen.

Indien besloten zou worden om ook in milieuzaken het uitgangspunt van rechtspraak in twee instanties door te voeren, zou de expertise van de Afdeling op dat zeer complexe terrein, die in de rechterlijke macht op dit moment vrijwel geheel ontbreekt, onontbeerlijk zijn om er in hoger beroep voor te kunnen zorgen dat geen ongelukken gebeuren.

De corrigerende invloed van de Afdeling is mijns inziens echter met name onontbeerlijk om de bestuursrechter ervan te weerhouden om op de stoel van het openbaar bestuur te gaan zitten en het aldus dat bestuur onmogelijk te maken zijn verantwoordelijkheid te dragen. De jurisprudentie laat vele voorbeelden zien van gevallen waarin de rechtbank of haar (fungerend) president onvoldoende oog had voor de terughoudendheid waarmee de rechter het bestuurlijk oordeel op bepaalde punten heeft te benaderen. Het blijkt een bij uitstek moeilijke materie te zijn. Alleen de Afdeling beschikt thans over de ervaring en de expertise die nodig zijn om van geval tot geval op dit punt de juiste lijn te trekken. Haar appèl-rechtspraak kan niet gemist worden.

Als meest urgente aanpassing van de competentie van de Afdeling komt naar mijn oordeel in aanmerking het schrappen van de uitsluiting van appèl uit de Vreemdelingenwet. Het hoger beroep kan dan gewoon worden behandeld door de Afdeling die daarvoor de vereiste kennis en ervaring in huis heeft en over het noodzakelijke ondersteunend apparaat beschikt. De Hoge Raad heeft aangegeven hoe dit appèl verantwoord zou kunnen worden beperkt om te verzekeren dat het goed kan functioneren. Zo nodig zou nog verdere beperking kunnen worden aangebracht, zoals de Adviescommissie voor vreemdelingenzaken heeft voorgesteld. Ik heb de indruk dat dit voor het vreemdelingenrecht onontbeerlijke appèl – de rechtseenheidskamer blijkt geen werkzame vervanging te zijn, omdat zij geen onjuiste uitspraken kan vernietigen en daardoor meer op het bereiken van overeenstemming dan op het komen tot beslissingen is gericht – er tot nu toe vooral niet is gekomen uit vrees voor een ongewilde prejudiciërende werking op de verdere besluitvorming over het appèl in de bestuursrechtspraak.

Als die indruk juist is, is die vrees misplaatst en zeker geen grond

om het appèl in vreemdelingenzaken langer op te houden. Het is slechts in verband met de gevreesde lange duur van de procedures en het ongewenste verblijf van niet-toegelaten vreemdelingen gedurende die procedures uitgesloten door een bijzondere bepaling in de – bijzondere – Vreemdelingenwet. Het schrappen daarvan heeft per definitie geen prejudiciërende werking, zeker niet als de wetgever dat in de toelichting zou benadrukken. Maar zelfs als dat anders was, zou het mijns inziens blijk geven van weinig inzicht in wat werkelijk van belang is, indien het invoeren van – beperkt – appèl op de Afdeling zou worden opgehouden door de discussies over de derde fase van de reorganisatie van de rechterlijke macht. De praktijk van het vreemdelingenrecht en de uitvoerbaarheid van het toelatingsbeleid, zoals dat in samenspraak met de Tweede Kamer tot stand is gekomen, verlangen dat het appèl er op zo kort mogelijke termijn komt. Daarmee zijn grote maatschappelijke belangen gemoeid.

Daarnaast zou van bijzondere wet tot bijzondere wet bezien moeten worden of in verband met het karakter van de desbetreffende regeling aan de algemene appèl-bevoegdheid van de Afdeling bestuursrechtspraak moet worden afgedaan. In de eerste plaats dient daarbij gedacht te worden aan verdergaande herschikking van bevoegdheden tussen de Centrale Raad, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de Afdeling bestuursrechtspraak. Ik heb daarover hiervoor gesproken. Zulke herschikkingen hebben zich in het verleden al voorgedaan en met succes. Als het gaat om overheveling van competentie naar het College van Beroep voor het bedrijfsleven speelt de kwestie dat daarmee in beginsel een uitzondering wordt gemaakt op de hoofdregel van bestuursrechtspraak in twee feitelijke instanties, alhoewel er geen reden is, waarom het College, behalve in tuchtzaken, niet ook in andere zaken met appèl-rechtspraak belast zou kunnen worden. De nieuwe Mededingingswet is daarvan een voorbeeld.

Aan de hand van de intussen met de rechtspraak in twee instanties opgedane ervaring zou voorts bezien moeten worden of de Afdeling de bestuursrechter in eerste en enige aanleg zou moeten blijven, dan wel weer zou moeten worden in een beperkt aantal zaken, waarin zij thans appèl-rechter is. Dat zou moeten gebeuren aan de hand van enkele elkaar deels overlappende criteria. Zo is daar in

de eerste plaats het element van de tijdsduur. Van sommige bestuursbesluiten is het zozeer van belang dat op korte termijn komt vast te staan dat ze al dan niet onherroepelijk zijn en zonder risico kunnen worden uitgevoerd, dat het doorlopen (na een voorbereidingsprocedure en een bezwaarprocedure) van twee rechterlijke instanties niet kan worden afgewacht. Het meest sprekende voorbeeld biedt thans de Kieswet, maar te denken valt ook aan besluiten krachtens de Huisvestingswet, de Deltawet grote rivieren of de Wet op de waterkering. Het gaat hier om hetzelfde criterium, als waaraan de wenselijkheid van het voortbestaan van bijvoorbeeld enkele bijzondere onderwijsrechters als besuursrechter in eerste en enige aanleg afgemeten moet worden. Voor studenten is het tijdselement van bijzonder belang.

In de tweede plaats zou het kunnen gaan om beroepsprocedures tegen besluiten waarvan het belang het lokale en het regionale niveau te boven gaat en waarbij meestal sprake is van grote aantallen belanghebbenden met verschillende en vaak tegengestelde belangen. Daardoor zijn die procedures voor een rechtbank, zeker zonder de hulp van een instelling die uitvoerig en gedetailleerd feitelijk onderzoek ter plaatse uitvoert, moeilijk zonder grote vertragingen, niet alleen voor de betrokken procedures, maar ook voor de andere bij die rechtbank aanhangige zaken, te behandelen. Te denken valt aan grote planbesluiten, vastgesteld krachtens de Wet op de Ruimtelijke ordening, planologische kernbeslissingen en besluiten krachtens de Tracéwet.

In de derde plaats zou het kunnen gaan om procedures, waarin uitsluitend overheidslichamen, dan wel hun (bestuurs)organen tegenover elkaar komen te staan, zoals in geval van schorsing of vernietiging van bestuursbesluiten. Dat betekent overigens niet dat anderen bij zulke procedures als belanghebbenden geen partij zouden kunnen zijn. Te denken valt ook aan procedures van lokale overheden tegen het rijk tot verhaal van kosten van in medebewind uitgevoerde regelingen.

Ten slotte zou de mogelijkheid moeten bestaan om ten aanzien van bepaalde regelingen in verband met het bijzonder karakter ervan te besluiten tot een uitzondering op de hoofdregel van beroep bij de rechtbank en hoger beroep bij de Afdeling. Ik denk daarbij aan zulke regelingen als de Wet openbaarheid van

bestuur, de Wet inlichtingen- en veiligheidsdiensten, de Archiefwet, de Mediawet, de Wet ziekenhuisvoorzieningen, de Comptabiliteitswet, de Bankwet en de Mijnwet continentaal plat, voor zover die laatste twee al niet geheel naar de competentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven zouden dienen te worden overgebracht, maar andere voorbeelden zijn denkbaar, zoals op het gebied van de onderwijswetgeving.

Opnieuw geldt dat niet is getracht een opsomming te geven, doch slechts is gepoogd aan te geven welke criteria bij een eventuele verdere herschikking van bevoegdheden een rol zouden kunnen spelen.

Intussen heeft het in het leven roepen en daarna doen voortduren van de onzekerheid over de toekomst van zijn rechtsprekende bevoegdheden de Raad van State en zijn Afdeling bestuursrechtspraak veel schade berokkend. Dat, om in de nieuw ingerichte bestuurssectoren van de rechtbanken op de vereiste termijn ook rechters te kunnen benoemen, die althans enige ervaring hadden met rechtspraak op het terrein van het algemene bestuursrecht, vooral geput is uit de stafafdeling van de Afdeling (bestuurs-)rechtspraak, lag voor de hand. Alleen op die wijze kon een eerste aanleg rechtspraak in het leven worden geroepen op een terrein waarop in de rechterlijke macht weinig of geen ervaring bestond. Daarbij valt wel op te merken dat het opbouwen van de bestuurssectoren niet gepaard ging met een gelijktijdige overheveling van de bij de Afdeling aanhangige zaken naar de rechtbanken. Dat zou ook niet goed mogelijk zijn geweest, maar betekende dat die zaken moesten worden afgedaan met veel nieuw aan te trekken en op te leiden medewerkers die in de plaats kwamen van degenen die rechter waren geworden. Geen eenvoudige opgave.

Daarbij is het echter niet gebleven. Er is tot nu toe van de kant van de overheid weinig begrip getoond voor de voorspelbare gevolgen van de voortdurende onzekerheid over de toekomst van de rechtspraak voor de Afdeling en met name het haar ondersteunend apparaat en daarmee doel ik niet slechts op de stafafdeling. Die voortdurende onzekerheid bedreigt het kwalitatieve en kwantitatieve niveau waarop de Afdeling bestuursrechtspraak haar taken op den duur kan vervullen. Dat betekent dat zij niet

onbeperkt zal mogen voortduren, bijvoorbeeld om eerst tot een goede evaluatie te komen van het functioneren van de eerste aanleg (algemeen) bestuursrechtspraak, al dan niet in samenhang met de nieuwe Algemene wet bestuursrecht en de gevolgen daarvan voor het openbaar bestuur, alhoewel anderzijds het afwachten van een dergelijke evaluatie naar ik meen onontbeerlijk is voor het nemen van verantwoorde beslissingen omtrent de derde fase. Het lijkt mij dat een dergelijke evaluatie betrekking moet hebben op een periode van ten minste vijf jaar, maar liever nog langer om de nieuwe bestuurssectoren recht te doen en zich mede moet uitstrekken naar de ervaringen van de justitiabelen, waaronder die van de betrokken bestuursorganen.

Eerst na een dergelijke periode zal zich een beeld van de jurisprudentie aftekenen en ontstaat inzicht in het functioneren van de eerste aanleg onder het toezicht van de bestaande appel-rechters. Eerst dan is bijvoorbeeld te beoordelen of het ontbreken van de mogelijkheid van hoger beroep tegen beslissingen op verzoek om (opheffing van) een voorlopige voorziening een verantwoorde keuze geweest is, dan wel heroverweging behoeft. Eerst dan zal blijken op welke termijn de rechtbanken op den duur de bodemgeschillen afdoen.

Zo lang echter kan de huidige onzekerheid voor de Raad van State niet voortduren. De schade die zij toebrengt aan zijn rechtsprekende afdeling is daarvoor te groot.

Daar staat tegenover dat een eventuele aankondiging van het definitieve einde van (het grootste deel van de) rechtsprekende taken van de Raad van State niet goed mogelijk is zonder vrijwel gelijktijdige overheveling van alle bij de Afdeling bestuursrechtspraak aanhangige zaken naar de in dat geval nieuw in te richten appel-instantie(s), recept voor een wel heel ongelukkige start van die instantie(s). Die aankondiging zou de Raad van State immers dadelijk een heel onaantrekkelijke werkgever maken voor al diegenen die de Raad wel nodig heeft om die taken nog enige jaren te kunnen blijven vervullen, teneinde de bestaande voorraden zaken af te doen. Zo'n aankondiging zou de geregelde afdoening van die zaken dan ook ernstig in gevaar brengen.

De enig verantwoorde gang van zaken lijkt mij te zijn dat een beslissing over de reorganisatie van het appel in de bestuurs-

rechtspraak thans voor langere tijd op ijs wordt gezet, om een reële mogelijkheid in het leven te roepen om ervaring op te doen met de nu ontstane constellatie en te bezien hoe die in de praktijk functioneert en met die wetenschap te beslissen of verdere integratie een nastrevenswaardige doelstelling is. Valt die beslissing in die zin uit, dan zal niet volstaan kunnen worden met het in organisatorische verbanden brengen van de gewone rechtspraak en de bestuursrechtspraak, maar dienen tevens processuele en materiële integratie van de betrokken rechtsgebieden op gang te worden gebracht, met alle gevolgen van dien. Het resultaat zou kunnen zijn dat de inzichten met betrekking tot de wenselijkheid en werkelijkheid van het integratiemodel en de bestuursrechtspraak in twee instanties in die tijd (verdere) verandering ondergaan, omdat het thans bereikte stelsel bevredigend functioneert. Die bevinding zou kunnen leiden tot het inzicht dat verdere grootscheepse reorganisatie beter achterwege kan blijven.

Onder zulk uitstel zou de Afdeling bestuursrechtspraak in elk geval de kans krijgen om haar stafafdeling weer tot bloei te brengen en te herstellen als de kweekvijver voor de bestuursrechtjuristen die de samenleving nodig heeft voor het openbaar bestuur, de rechterlijke macht, de advocatuur en het onderwijs.

Elke andere uitkomst – met uitzondering van de keuze om reeds thans een definitief einde te maken aan het tijdperk van grootscheepse reorganisatie van de bestuursrechtspraak – veroorzaakt grote praktische problemen op korte of langere termijn, vermijdbare en wellicht onherstelbare schade voor de samenleving, louter teneinde een ideaal van integratie te realiseren, waar naar mijn overtuiging, behalve wellicht een betrekkelijk kleine groep betrokkenen en belanghebbenden, niemand op zit te wachten en dat voor geen enkel bestaand probleem van enige importantie een verstandige oplossing biedt.

Maar noopt het Procola-arrest er dan niet toe dat de Afdeling bestuursrechtspraak binnen de Raad van State een zo afgescheiden positie krijgt, dat er geen reden meer is om haar als appèlrechter aan die Raad verbonden te houden? Het komt mij voor dat de aanvankelijke reacties op het arrest overtrokken zijn geweest. Dat zal wel veroorzaakt zijn doordat het arrest in ons land

viel in een al lopende discussie over de toekomst van de rechtspraak door de Raad van State. In andere Europese landen, met een vergelijkbare positie van de Raad van State waren de reacties, met uitzondering van het land waar het arrest betrekking op had, voor zover mij bekend, aanmerkelijk minder heftig.

Vlak na het bekend worden van het arrest heeft zich bij de Afdeling bestuursrechtspraak een aantal wrakingsacties voorgedaan, geïnspireerd door overwegingen uit het arrest. In de praktijk is het heel wel mogelijk gebleken om het arrest recht te doen en door middel van het opstellen van van Procola-'smetten' vrije staatsraden (i.b.d.) in de enkele gevallen die daarvoor in aanmerking kwamen moeilijkheden te vermijden.

Ik ben er dan ook vooralsnog niet van overtuigd dat het noodzakelijk is om wettelijke maatregelen te treffen om eventuele door het arrest opgeroepen problemen op te lossen en met name niet om een strikte personele scheiding tot stand te brengen tussen de adviserende afdeling van de Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak. Tot nog verder strekkende maatregelen noopt het arrest al helemaal niet. Alleen al het feit dat nog geen wettelijke regeling is getroffen en de rechtspraak zonder problemen doorgang vindt, maakt duidelijk dat zo'n maatregel niet onontbeerlijk is. De verbindendheid van wettelijke regelingen, ten aanzien waarvan de Raad heeft geadviseerd, is in de praktijk van de rechtspraak maar zelden aan de orde. Indien de situatie zich voordoet, kan daarvoor ad hoc een passende oplossing gevonden worden. De al heel uitzonderlijke situatie van het arrest zelf heeft zich bij mijn weten bij de Nederlandse Raad van State nooit voorgedaan.

Het lijkt mij verstandig om, alvorens uit het arrest thans allerlei conclusies te trekken voor het verloop van de derde fase, eerst eens aan de hand van de ontwikkeling van de Straatsburgse jurisprudentie te bezien wat het Hof nu wel en niet bedoeld heeft te zeggen en hoe het arrest in andere Europese landen wordt verstaan. Absolute doorvoering van de scheiding der machten is van andere orde dan het vermijden van de (schijn van) rechterlijke partijdigheid, alleen al omdat het eerste niet en het tweede wel in het verdrag geregeld is. Ik kan mij vooralsnog niet voorstellen dat het Hof alle vormen van samengaan van rechtspraak met bemoeienis met het proces van wetgeving, zoals die sinds mensenheugenis voorkomen in vele van de lidstaten van de Raad

van Europa en dus ook voorkwamen, toen het verdrag werd opgesteld, zal willen verbieden. In elk geval noopt het arrest er naar mijn overtuiging niet toe dat nu een einde wordt gemaakt aan de lange en respectabele traditie van bestuursrechtspraak door Raden van State in Europa. Naar uit het uitblijven van snelle wetgeving van die strekking na het arrest moet worden afgeleid, is ook de regering van die opvatting.

VI. CONCLUSIE

Het is uit een oogpunt van zorg voor de kwaliteit onwenselijk om, zeker nu voor de eerste aanleg het uitgangspunt van specialisatie is verlaten, de bestuursrechtelijke appèl-rechtspraak weg te halen bij de colleges waar deze thans is, om haar onder invoering van twee feitelijke instanties over de gehele linie te verdelen over of uit te delen aan de hoven. De hoogste bestuursrechtelijke rechtspraak functioneert thans zonder wezenlijke problemen. Er blijkt niet van een in de samenleving levende wens tot hervorming.

De te behalen prijs – integratie – wordt door organisatorische maaatregelen alleen niet bereikt. Daarvoor zou inhoudelijke integratie nodig zijn van bevoegdheden en procesrechten. Zulke integratie is op dit moment niet voorzien en zij is ook onwenselijk. Het bestuursrecht is een afzonderlijk rechtsgebied, met eigen kenmerken die de aard van de rechtspraak op dat gebied bepalen. Binnen het rechtsgebied bestaan grote deelgebieden die veelal een eigen ontwikkeling hebben doorgemaakt, bepaald door de specifieke kenmerken en vereisten van de desbetreffende bestuurspraktijk. Integratie van de rechterlijke organisatie leidt, als zij resulteert in bestuursrechtspraak in appèl door rechters die om de paar jaar van vakgebied wisselen, onvermijdelijk tot verlies aan specialisme en kwaliteit. Van zulke rechters wordt verlangd dat zij alleen al op het gebied van het bestuursrecht actief zijn op meer terreinen dan één van de rechters in de bestaande appèl-colleges. Zulk verlies kan de rechterlijke macht zich niet veroorloven.

Maar zelfs als dat anders zou zijn, is de te betalen prijs nog te hoog. De verspreiding van de appèl-rechtspraak over de hoven zou behalve tot weer grotere rechterlijke colleges, ook tot verde-

re uitbreiding leiden van de rechterlijke macht. Het probleem daarvan is in elk geval dat voor de vervulling van de alsdan ontstane vacatures geschikte kandidaten vooralsnog ontbreken. Het heeft al moeite genoeg gekost om geschikt rechterlijk personeel voor de bestuurssectoren van de rechtbanken te vinden.

Het zou voorts leiden tot verdere vertraging van bestuursrechtelijke procedures en dat in een tijd waarin ook de wetgever er blijk van geeft in te zien dat we met de duur van de procedures op een kritiek punt zijn gekomen. De samenleving heeft behoefte aan een versnelling van het bestuur, niet aan verdere vertraging daarvan.

Het zou bovendien leiden tot een uit oogpunt van checks and balances onwenselijke concentratie van hoogste rechtsmacht bij de Hoge Raad, die tot nu toe met het algemene bestuursrecht slechts heel weinig van doen heeft gehad en die als cassatierechter op dat rechtsgebied geen rechtseenheid tot stand zou kunnen brengen, zoals de verschillende hoogste bestuursrechters dat op hun terrein thans wel doen.

Indien het al zo zou zijn dat de ontwerper van een nieuw op te richten rechterlijke organisatie ertoe zou komen om alle rechtspraak onder te brengen in één piramidale structuur van rechtbanken, hoven en Hoge Raad – ik zou de wijsheid van een dergelijke keuze betwijfelen – dan nog is de samenleving in de huidige situatie niet gediend met het omver halen van de bestaande structuren op het gebied van het bestuursrecht met alle ontregelende gevolgen voor langere tijd daarvan, maar veeleer met voorzichtige op maat gesneden praktische aanpassingen van de bevoegdheden van de vier hoogste bestuursrechters. De door het afzien van verdere grootscheepse reorganisatie vrijkomende wetgevende energie kan dan besteed worden aan terreinen waar de aandacht van de wetgever werkelijk nodig is.

Deel II

APPÈL OP INTEGRATIE

Preadvies mr H.F. van den Haak

SAMENVATTING 65

1. HET VOLWASSEN WORDEN VAN EEN HERVORMINGSOPDRACHT 67
 - 1.1. Werkgroep-Wiersma/Staatscommissie HRO 67
 - 1.2. Kritiek op de rechterlijke macht 68
 - 1.3. Fundamentele analyse? 69
 - 1.4. Omslag 69
 - 1.5. Accent op organisatie 72
 - 1.6. Ook de Raad van State voorwerp van advies 73
2. INTERMEZZO: HET FUSIEVERSCHIJNSEL 77
 - 2.1. Een maatschappelijk gegeven 77
 - 2.2. De rechterlijke organisatie 79
 - 2.3. Het doel heiligt de redenen 79
 - 2.4. Ijapunten derde fase 81
3. ONDERWERP VAN HET PREADVIES; TWEE KERNTHEMA'S 81
4. APPÈLVOLUME – HET EERSTE KERNTHEMA 83
 - 4.1. Hoger beroep in bestuursgeschillen regel? 83
 - 4.2. Effecten op cassatievolume 87
 - 4.3. Slagvaardig bestuur en rechtspraaktempo redden tot uitsluiting of beperking van hoger beroep in bestuurszaken? 91
 - 4.4. Overspanning van rechtsbescherming? 93
5. TOEDELING VAN APPÈLRECHTSMACHT IN BESTUURSGESCHILLEN – HET TWEEDE KERNTHEMA 95

- 5.1. Integratiefilosofie 95
- 5.2. Integreert het recht in de werkelijkheid? 105
- 5.3. Logica en organisatie 130
- 6. BALANS 146

Deel II

'Die Zukunft hat schon begonnen.'
(Robert Jungk, futuroloog, 1913-1994)

SAMENVATTING

De grootscheeps geëntameerde herziening van de rechterlijke organisatie beoogt een voor rechtzoekenden – onder wie zich ook de handelende overheid in de gedaante van een overheidsorgaan bevindt – toegankelijke, snel werkende, deugdelijke en consistente rechtspraak op te leveren in een daarop geënte organisatie, ook op het terrein van rechtspraak in bestuursgeschillen.

Het daartoe in de jaren '70 door de minister van Justitie genomen initiatief kent in zijn uitwerking drie fasen:

- a. Integreren van civiele, straf- en bestuursrechtspraak in eerste instantie door fusie van rechtbanken en raden van beroep, tevens ambtenarengerechten. Op die basis is vervolgens binnen deze rechtbanken-nieuwe-stijl een eerste aanleg in bestuursgeschillen gebouwd. Deze operatie is geslaagd.
- b. Integreren van de twee organisatorisch gescheiden eerste instanties van rechtbanken en kantongerechten, daar zij beide zowel op het terrein van de civiele rechtspraak als op dat van de strafrechtspraak werkzaam zijn. Deze operatie verloopt tot dusverre minder vlot.
- c. Voortbouwend op de in fase a verkregen integratie in eerste aanleg, ook voor het overige (hoger) beroep in bestuurszaken organisatorisch herstructureren op de voet van de doelstellingen als hiervoor aangegeven, welke doelstellingen zijn terug te voeren op eisen van kwaliteit en doelmatigheid.

Het is de derde fase (c) van de herzieningsoperatie die onderwerp vormt van de preadviezen–NJV 1997.

Dit preadvies is als volgt opgebouwd. Hoofdstuk 1 bevat in vogelvucht de historische ontwikkeling van de opdracht tot herziening van de rechterlijke organisatie. Hoofdstuk 2 plaatst de herziening tegen de achtergrond van het zich allerwege manifesterend fusieverschijnsel. In hoofdstuk 3 worden de twee kernthema's van het preadvies omschreven. Hoofdstuk 4 behandelt het eerste kernthema: het appèlvolume. Daarbij gaat het om het belang van het rechtsmiddel van hoger beroep in verhouding tot de mate waarin het ter beschikking gesteld dient te worden. Het tweede kernthema is onderwerp van hoofdstuk 5. Daarin wordt het begrip integratie belicht en de vraag beantwoord of het recht zelf in de werkelijkheid integreert. Voorts geeft het aan hoe integratie organisatorisch gestalte dient te krijgen via toedeling van rechtsmacht in (hoger) beroep in bestuursrechtelijke geschillen aan met rechtspraak belaste organen. In hoofdstuk 6 wordt in het verband van afweging aandacht gevraagd voor bezwaren tegen of zwakke steen van het in het preadvies bepleite stelsel.

De rode draad die door dit preadvies is getrokken, berust op het inzicht dat het driestromenland van ons recht – bestuursrecht, burgerlijk recht en strafrecht –, gelet op de nauwe verwevenheid van de rechtsgebieden, een drie-eenheid vormt. In overeenstemming daarmee moet het gebouw van de rechterlijke organisatie opnieuw worden opgetrokken.

Rechtsinhoudelijke integratie met een reeds daarop aangepaste organisatie aan de voet dwingt – behoudens gemotiveerde uitzondering – logischerwijze tot het doortrekken van die lijn in organisatorisch opzicht via hoger beroep naar beroep in cassatie in een ongedeelde structuur.

Wat het in de derde fase (c) in te richten hoger beroep betreft in bestuursrechtelijke geschillen wordt daarom in dit preadvies voorgesteld om als hoofdregel het rechtsmiddel van hoger beroep ook in bestuurszaken (verder) mogelijk maken. Dit betekent dat appèlrechtsmacht in bestuurszaken dient te worden ge-

spreid over de gerechtshoven tenzij op overtuigende gronden, ontleend aan een hoge graad van specialisme en/of een beperkt geschilvolume van enige bestuursrechtelijke materie, uitzondering op de spreidingsregel moet worden gemaakt. Eventuele uitzonderingen op de hoofdregel kunnen met name op twee manieren gestalte krijgen. Ofwel opdracht van rechtspraak in hoger beroep aan één van de gerechtshoven (enkelvoudige concentratie) ofwel opdracht van rechtspraak in beroep aan één van de gerechtshoven als enige feitelijke instantie (dubbele concentratie). De positie van de Hoge Raad in de derde fase (c) is die van – enige – hoogste rechter, belast met de cassatierechtspraak, ook in bestuursgeschillen.

1. HET VOLWASSEN WORDEN VAN EEN HERVORMINGSOPDRACHT

1.1. Werkgroep-Wiersma/Staatscommissie HRO

De kiem van de onbloedige revolutie die, na circa 160 jaar van vrijwel serene rust en zo nu en dan onsamenvattend repareren, tot (ver)nieuwbouw van de organisatie van de rechterlijke macht moet leiden, ligt in de beschikking van de minister van Justitie mr A.A.M. van Agt van 23 december 1971.¹ Daarbij draagt de minister aan een kleine werkgroep onder voorzitterschap van prof. mr K. Wiersma op per 1 oktober 1972 of eerder te adviseren 'over de taakomschrijving van een Staatscommissie die voorstellen zal doen tot vernieuwing van wetgeving betreffende de organisatie van de rechterlijke macht'. De Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie, ingesteld bij Koninklijk Besluit van 1 april 1976, kreeg tot taak, voor zover voor dit preadvies van belang:

'... Met inachtneming van het door de Werkgroep Herziening Rechterlijke Organisatie – kortweg de werkgroep-Wiersma – verzamelde materiaal en het daarop door deze werkgroep geleverde commentaar

a. advies uit te brengen over de maatregelen die getroffen moeten worden om de organisatie van de rechtspraak in ruime zin,

1. Ned. Stcrt. 29 december 1971, nr. 253; NJB 5 februari 1972, p. 156 e.v.

de samenstelling van de rechterlijke macht daaronder begrepen, zodanig te vernieuwen, dat de rechtspleging aangepast zal zijn aan de maatschappelijke omstandigheden en inzichten, b. voorstellen te doen omtrent in verband daarmee te treffen wettelijke voorzieningen ...”²

1.2. Kritiek op de rechterlijke macht

De minister kwam tot zijn besluit onder invloed van de in de jaren '60 her en der schel opklinkende en in de jaren '70 nog doorresonerende, kritiek op het functioneren van de rechterlijke macht. Die kritiek richtte zich zowel op de persoon van de rechter als op de rechterlijke organisatie.³ De memorie van toelichting van Van Agt op de Justiebegroting 1972 opent bij wijze van omvattende karakteristiek met de gebeeldhouwde claus: 'Het recht is geen rustig bezit meer.' In zijn speech ter gelegenheid van het op 1 april 1993 gehouden raio-congres beschrijft een volgende minister van Justitie, mr E.M.H. Hirsch Ballin, terugblikkend, de in de jaren '60 en '70 oplopende problematiek en daaraan verbonden polemiek als volgt: '(Er) werd in Nederland een discussie gevoerd over de legitimiteit van de rechterlijke macht. Uit onderzoeken zou zijn gebleken dat de rechterlijke macht, als bij uitstek regenteske beroepsgroep, niet langer het benodigde vertrouwen genoot van de bevolking. Gesteld werd dat de leden van de rechterlijke macht sociologisch allerm minst een doorsnede vormden van de bevolking en zich daardoor schuldig zouden maken aan onbewuste vormen van klassejustitie. Door sommigen werd zelfs gesproken van een vertrouwenscrisis ten opzichte van de rechterlijke macht.'⁴ De sleutel waarin Hirsch Ballin deze door algemene kritiek op autoriteit(en) en macht(hebbers) bevangen, historische episode zet, voor zover die kritiek ook en hevig de rechterlijke macht raakt, is die van de omstrede geraakte positie van persoon en functie van het genus rechter.

2. Ned. Stcrt. 23 april 1976, nr. 79; voorzitter mr H.E. Ras, destijds vice-president – later president – van de Hoge Raad, per 1 januari 1979 als voorzitter opgevolgd door mr C.J. van Zeben, Staatsraad.

3. Eindrapport van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie – HRO –, deel 1, juni 1984, Staatsuitgeverij 's-Gravenhage, p. 1.

4. Trema 1993, p. 272 e.v.

1.3. Fundamentele analyse?

De Staatscommissie HRO – verder de Staatscommissie – merkt op, dat de reden voor Van Agt om een algehele herziening van de rechterlijke organisatie tot stand te brengen dus voor een deel lag in de uit de samenleving komende kritiek op de rechter. Daarin zou de Staatscommissie aanleiding hebben kunnen zien theoretisch diep stekende beschouwingen te wijden aan het fundament van rechtspraak of rechtspleging in verbinding met de samenleving en de democratische rechtsstaat. Dit type beschouwingen zou te voorzien zijn geweest van horizonverwijdende perspectieven ontleend aan vergelijking met buitenlandse systemen op het betrokken gebied. Daarvan is het niet gekomen op één met dit grondthema verwant, belangrijk aspect na. Dit is behandeld in één enkel, door zijn soberheid uitblinkend hoofdstuk van niet meer dan in totaal één bladzijde van het eindrapport van de Staatscommissie. Daarin zijn de persoonsgebonden voorwaarden voor een goede vervulling van het rechterlijk ambt, onder meer gerelateerd aan de samenlevingsgevoeligheid van de rechterlijke functie, kernachtig en bijna tijdloos bijeengeschreven.⁵

1.4. Omslag

1.4.1. Het mag op het eerste gezicht verwondering wekken dat de Staatscommissie het op de rechterlijke functie gerichte deel

5. Zie Eindrapport Staatscommissie, deel II, mei 1985, Staatsuitgeverij 's-Gravenhage, p. 1 en 2, waar sprake is van: juridische deskundigheid; juridische vraagstukken in hun maatschappelijke context kunnen zien; beschikken over de nodige wijsheid; het vermogen tot analytisch en logisch denken; inzicht in menselijke relaties en praktische kennis van ontwikkelingen in de samenleving; met het oog op het laatste liefst ook buiten het rechterlijk ambt actief aan het maatschappelijk leven deelnemen; over voldoende zelfstandigheid en karaktervastheid beschikken om onpartijdig te kunnen oordelen en bestand te zijn tegen druk van buiten; in staat zijn door zijn persoonlijkheid en taalgebruik tot wezenlijk contact met de individuele rechtzoekende en tot duidelijk overbrengen van de motivering van zijn beslissing. Hieraan ware nog toe te voegen een aspect waarop Royer op 30 september 1996 heeft gewezen in zijn afscheidsrede als president van de Hoge Raad: als rechter zich bewust zijn van zijn persoonlijke, levensbeschouwelijke, religieuze en politieke opvattingen en, desbewust, daarvan afstand nemen in de uitoefening van zijn professionele taak met name in politiek gevoelige kwesties. (De professionele habitus van de rechter; NJB 1996, p. 1577 l.k.)

van de diagnose waarop het besluit van de minister van 23 december 1971 geënt was, niet op de manier als hiervoor aangeduid in haar actieradius heeft betrokken. Bezinning op de functie van de rechtspleging, daarbij rekening houdend met het feit dat rechtspleging en alles wat daarmee samenhangt is ingebed in een veranderende maatschappelijke context, dwingt immers tot toekomstgericht doordénken van de positie van de rechter in een krachtenveld van concurrerende belangen.

Het aldus (her)ijken van de bestaansgrond van de rechterlijke functie en het (her)formuleren van de ethiek van het handelen van hen die de rechterlijke macht in de uitoefening van de rechterlijke functie representeren in verhouding tot (wat heet) 'de omgeving' had om deze reden in beginsel in de rede gelegen.

1.4.2. Maar de omslag is verklaarbaar. Toen de Staatscommissie, in 1976 in het leven geroepen met het doel de organisatie van de rechterlijke macht bij de tijd te brengen, met haar werk begon, hebben de leden van de Commissie zich aanvankelijk ook (en langdurig) beraden over wezenlijke vragen als voormeld. Het ligt voor de hand om eerst het wezen van een – i.c. staatsrechtelijk verankerde – functie te achterhalen en daarna en daarnaar de organisatie waarin de functie wordt verwerkelijkt vorm te geven. De levendige gedachtenwisselingen binnen de Commissie over de wezenlijke elementen van de rechterlijke functie hebben echter niet geleid tot een fundamentele functie-analyse. In haar eindrapport deel I heldert de Staatscommissie dit op door erop te wijzen dat de in de jaren '60 en (begin) '70 indringend hoorbare kritiek op de persoon en het functioneren van de rechter in de loop van de jaren '70 is verminderd. De aandacht ging zich veeleer richten op de organisatie van de rechtspraak, omdat deze in menig opzicht ondoelmatig werd gevonden. 'Parallel aan deze ontwikkeling stelde de Staatscommissie aanvankelijk de rol van de rechter in de samenleving centraal in haar discussie, maar verlegde zij haar aandacht later naar de meer structurele kanten van de rechtspraak.'⁶

1.4.3. De Staatscommissie had trouwens op het punt van een grondslagenonderzoek naar de functie van de rechter al eerder

6. Eindrapport Staatscommissie, deel I, p. 3.

– in haar Tussentijds Rapport van 31 oktober 1978⁷ – en breder gemotiveerd gereageerd op de door de werkgroep-Wiersma in haar op 20 november 1972 aan beide Kamers der Staten-Generaal aangeboden rapport ‘Gedachten over de toekomst van de rechtspleging’ geformuleerde prealabele vraag: ‘Moeten organisatorische veranderingen betreffende de rechtspleging gebaseerd worden op de uitkomst van een studie over de grondvragen van het rechtspreken?’⁸ Deze vraag sloot aan op het schriftelijk advies van de Coornhert-Liga, een van de 82 groeperingen, instanties en personen die hun opvattingen op uitnodiging van de werkgroep hebben kunnen kenbaar maken. Dat advies luidt: ‘Aanbeveling verdient dan ook ... dat de Staatscommissie tracht een theoretisch kader te ontwikkelen, waarbinnen zich de concrete problemen en voorstellen op den duur laten bespreken. In deze gedachtengang is het nodig dat de Staatscommissie zich eerst diepgaand bezint op de theoretische taak- en functie-analyse van de rechtspraak. Slechts het entameren van die discussie, gevoerd op wetenschappelijk niveau en op basis van langs wetenschappelijke weg verkregen empirisch materiaal, kan leiden tot voorstellen die een effectieve vernieuwing kunnen inluiden. Met andere woorden, de Staatscommissie zal zich eerst moeten bezinnen op de grondvragen van het rechtspreken. Op de uitkomst van deze bezinning moeten de organisatorische veranderingen worden gebaseerd.’⁹ De werkgroep-Wiersma zelf neemt het standpunt in dat beantwoording van de prealabele vraag moet geschieden voordat aan de Staatscommissie een opdracht wordt verstrekt.¹⁰ De werkgroep wijst er voorts op dat ‘het gevaar niet uit het oog verloren (mag) worden dat een bezinning op de functie en de rol van de rechter in de maatschappij gemakkelijk aanleiding kan geven tot langdurige theoretische discussies, waarvan niet noodzakelijk een concreet resultaat behoeft te worden verwacht. Deze zouden meer technische herzieningen van de rechterlijke organisatie waarover waarschijnlijk gemakkelijker overeenstemming te bereiken zou zijn, jarenlang kunnen vertragen.’¹¹ De visie van de werkgroep in deze was ook die van Van

7. 's-Gravenhage, SDU 1978.

8. Rapport Werkgroep-Wiersma, 's-Gravenhage, Staatsuitgeverij 1972, p. 7.

9. T.a.p. p. 119.

10. T.a.p. p. 7.

11. T.a.p. p. 7.

Agt. Hij hield op 26 februari 1975 in een met de vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer gepleegd mondeling overleg, gewijd aan de herziening van de rechterlijke organisatie, de kamerleden voor dat men, naarmate men afdaalt naar dieperliggende, meer abstracte vraagstellingen, in theoretische disputen verzeild pleegt te raken, waarbij de kans toeneemt, dat in een commissie waarin verschillende gedachtenstromingen verenigd zijn, uiteindelijk geen overeenstemming wordt gevonden.¹²

1.4.4. De Staatscommissie op haar beurt laat dan in genoemd Tussentijds Rapport weten dat zij de in het geding zijnde prealabele vraag zelf bij voorrang dient te beantwoorden, nu daarover, anders dan de werkgroep-Wiersma voorstond, niet vóór de instelling van de Staatscommissie (door de opdrachtgever) is beslist. Zij legt eerst uit wat met de prealabele vraag wordt bedoeld, te weten *niet* of bij voorstellen tot hervorming van de rechterlijke organisatie opvattingen over doel en functie van het rechtspreken een rol moeten spelen, maar *wel* of men in twee fasen te werk moet gaan: een eerste fase, waarin een volledige theorie over de grondslagen van het rechtspreken wordt ontwikkeld, en een tweede, waarin daarop geënte hervormingsvoorstellen worden ontworpen. Vervolgens geeft de Staatscommissie als antwoord op de aldus uitgelegde vraag, dat zij de grondvragen van het rechtspreken, met name de rol van de rechter in een snel veranderde en veranderende samenleving, voortdurend in haar beschouwingen moet betrekken om daaraan een aanknopingspunt voor eventuele hervormingsvoorstellen te ontleen. Zij is echter niet van oordeel dat zij met zulk een grondslagenonderzoek had moeten beginnen en pas na beëindiging ervan haar werk had mogen voortzetten. De Commissie acht het met andere woorden onjuist de herziening uitsluitend te baseren op vooraf gekozen theoretische uitgangspunten met miskennis van het feit, dat er reeds een wettelijk verankerd stelsel van rechtspraak bestaat.¹³

1.5. Accent op organisatie

1.5.1. Derhalve heeft de invulling door de Staatscommissie van

12. TK 1974-1975, 12 893, nr. 2, p. 3.

13. Tussentijds Rapport, p. 6 en 7 en Eindrapport deel I, p. 2 e.v.

de haar verstrekte, open geformuleerde opdracht van de minister geleid tot een genuanceerd-beperkende markering van haar werkterrein waarbij het accent is komen te liggen op de organisatie. Dit is wijs beleid geweest.

1.5.2. Enerzijds is niet voorbijgegaan aan de in de overzienbare toekomst te stellen eisen aan het kennen, kunnen en de persoon van de rechter in verhouding tot zijn functioneren in de samenleving. Anderzijds is de reorganisatie niet op voorhand de verdrinkingsdood gestorven in hooggestemde maar oeverloze debatten over rechtspraakfunctie-abstracties waarmee een vluchtweg uit de concrete vormgeving van de rechtspleging even snel als ongemerkt wordt geplaveid.

1.6. Ook de Raad van State voorwerp van advies

1.6.1. Evenwel is er tegelijkertijd overeenkomstig het op de organisatie gelegd accent ook sprake van een zekere uitbreiding op dat vlak van de taak van de Staatscommissie tegenover een door Van Agt in zijn opdracht aan de werkgroep-Wiersma nu juist uitdrukkelijk uitgesloten concreet onderwerp van advies. Het kan immers de werkgroep-Wiersma niet zijn ontgaan dat Van Agt in zijn besluit van 23 december 1971 tevens aan de werkgroep-Wiersma opdraagt 'de Raad van State buiten beschouwing te laten'. Dit nu geeft stof voor het door de werkgroep-Wiersma op 27 maart 1972 gehouden oriëntatiegesprek met mw mr H.S. Bok, raadadviseur Wetgeving publiekrecht van het Ministerie van Justitie (naar de destijds geldende zeden op het terrein van aanspreektitels in het verslag nog met mejuffrouw aangeduid). Mevrouw Bok verklaart, mede gelet op de term 'rechterlijke macht' die de minister in zijn opdracht aan de werkgroep-Wiersma tot tweemaal toe gebruikt, als volgt: 'Een belangrijk probleem is gelegen in de vraag welke rechterlijke organen onder het begrip rechterlijke macht moeten vallen. Een moeilijkheid op dit terrein doet zich met name voor bij de in te stellen afdeling Rechtspraak van de Raad van State. Van deze afdeling zullen immers administratieve rechters deel gaan uitmaken die tevens lid zijn van de Raad van State en die als zodanig dus zullen moeten meewerken aan de algemene adviserende taak van dit adviescollege. Dit zijn twee functies die

niet met elkaar zijn te combineren. Omdat de Wet B.A.B. waarschijnlijk zal worden vervangen door de Wet A.R.O.B., zal de werkgroep bij het denken over de vraag welke delen van de administratieve rechtspraak in de gewone rechtspraak kunnen worden geïncorporeerd, dan ook rekening moeten houden met het feit dat de huidige afdeling Contentieux van de Raad van State zal worden omgezet in een afdeling Rechtspraak. Volgens de huidige tekst van de Grondwet behoren de overige administratieve rechters tot de rechterlijke macht. Nu de Staatscommissie Cals-Donner echter van een andere mening heeft blijk gegeven, zal de werkgroep ook aan de voorstellen van deze Commissie aandacht moeten besteden.¹⁴

1.6.2. De stelling van mevrouw Bok dat de combinatie van adviseren en rechtspreken binnen de Raad van State niet toelaatbaar is, heeft inmiddels meer reliëf gekregen dan zij destijds kon vermoeden. Ruim twintig jaar later is door het Europees Hof het Procola-arrest¹⁵ geweest. Naar aanleiding van een klacht van de Luxemburgse zuivelcorporatie Procola onder meer over niet onafhankelijk en niet onpartijdig zijn van de Luxemburgse Raad van State als rechter inzake de toepassing van de door Procola aangevallen Luxemburgse verordening waarbij terugwerkende kracht aan het melkquotasysteem werd toegekend, oordeelde het Europees Hof in de kernoverweging van zijn arrest als volgt: 'The Court notes that four members of the *Conseil d'Etat* carried out both advisory and judicial functions in the same case. In the context of an institution such as Luxembourg's *Conseil d'Etat* the mere fact that certain persons successively performed these two types of function in respect of the same decisions is capable of casting doubt on the institution's structural impartiality. In the instant case, Procola had legitimate grounds for fearing that the members of the Judicial Committee had felt bound by the opinion previously given. That doubt in itself, however slight its justification, is sufficient to vitiate the impartiality of the tribunal in question, and this makes it unnecessary for the Court to look into the other aspects of the complaint.' Kortheidshalve zij hier

14. Rapport Werkgroep-Wiersma, p. 57.

15. EHRM 28 september 1995, NJ 1995, 667 met noot E.A. Alkema; AB 1995, 588 met noot I.C. van der Vlies; J.B. 1995, 251 met noot F.A.M. Stroink en A.W. Heringa.

voor commentaar op 'Procola' verwezen naar J.E.M. Polak¹⁶ en Brenninkmeijer/Van der Vlies.¹⁷ Zij bieden een panorama van het debat over de gevolgen van het arrest voor de positie van de Raad van State en met name van de Afdeling Bestuursrechtspraak. Dit debat was in de kiem al gegeven met het Benthem-arrest van het EHRM.¹⁸ Daarin had het Hof al de staf gebroken over het toenmalige Nederlandse Kroonberoep, meer in het bijzonder over de onafhankelijkheid van de Kroon en daarmee van de Afdeling Geschillen van Bestuur waar het gaat om het via het Kroonberoep vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen. Ook het Van de Hurk-arrest,¹⁹ waarbij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven onder de werking van art. 74 Wet Arbo (oud) niet als onafhankelijke rechter is aanvaard, had kort voor 'Procola' opnieuw de door het Hof gevolgde strenge uitleg van art. 6 EVRM gedemonstreerd.

Hier kort de aandacht vestigen op het Procola-arrest is gerechtvaardigd, nu de voorzitter van de Afdeling Bestuursrechtspraak, mr P.J. Boukema, de relevantie van het Procola-arrest voor de positie van de Raad van State als rechtsprekend orgaan in verband heeft gebracht met de derde fase HRO. In zijn beschouwingen in het Jaarverslag van de Raad van State over 1995²⁰ heeft hij onder verwijzing naar enkele op de Afdeling betrekking hebbende wrakingsverzoeken naar aanleiding van het Procola-arrest, aangedrongen op bespoediging van wetgeving die wijziging moet brengen in de organisatie van de Afdeling. Hoewel door de bespoediging van die nodige wetswijziging deze in tijd niet zou kunnen samenvallen met wetgeving inzake de derde fase, acht hij het wel gewenst bij gelegenheid van de Procola-wetswijziging 'zo precies mogelijk' aan te geven welke rechtsprekende taak in de derde fase aan de Afdeling zal worden toebedeeld. En daarmee houden de preadviseurs zich onder meer bezig.

16. Kroniek van het Algemeen Deel van het Bestuursrecht, NJB 1995, p. 353 e.v.

17. Kroniek van het bestuursrecht, NJB 1996, p. 1290 e.v.

18. AB 1986, nr. 1 met noot Hirsch Ballin; NJ 1986, 102 met noot E.A. Alkema.

19. NJ 1993, 462 met noot E.A. Alkema.

20. P. 54.

1.6.3. Ten minste zo belangrijk als de van een vooruitziende blik getuigende kanttekening van mevrouw Bok als evenvermeld is de reactie van Wiersma op het door mevrouw Bok aan de orde gesteld punt inzake het al dan niet tot de rechterlijke macht behoren of mogen behoren van deze of gene administratieve rechter. Dit deed terzake omdat Van Agt in zijn besluit van 23 december 1971 als voorwerp van de reorganisatie 'de rechterlijke macht' noemt. Mevrouw Bok rekent blijkens haar hiervoor geciteerde uiteenzetting de toen in voorbereiding zijnde Afdeling Rechtspraak met haar Arob-taak niet en de andere administratieve rechters wèl tot de rechterlijke macht. Wiersma geeft vervolgens de mogelijkheid aan dat behalve 'algemene' rechters ook gespecialiseerde rechters deel zouden uitmaken van gerechten in eerste aanleg en vraagt zich in dat verband af 'waarom ambtenarenrechtspraak en sociale-verzekeringsrechtspraak minder goed in een dergelijk college zouden kunnen worden ondergebracht dan bijvoorbeeld de rechtspraak in civilibus, zeker wanneer men zou uitgaan van de opzet dat de rechter in het kader van zijn positie binnen de rechterlijke macht alle gelegenheid krijgt zich te specialiseren.' Het gespreksverslag meldt onmiddellijk daarop het volgende: 'Voorts meent de heer Wiersma dat er uit een oogpunt van organisatie van de rechterlijke macht geen principieel bezwaar tegen zou zijn om ook de overige delen van de administratieve rechtspraak toe te vertrouwen aan een administratieve rechter die behoort tot de gewone rechterlijke macht en waarvan de rechtspraak in eerste aanleg zou berusten bij de gerechten van eerste aanleg.'²¹ Zo betreft Wiersma in de context van het gesprek de toen nog in te voeren Arob-rechtspraak op voorhand al in het plannen van een nieuwe opzet van de rechterlijke organisatie. Hij acht het in elk geval zeer wel voorstelbaar dat die rechtspraak aan gerechten van eerste aanleg wordt toevertrouwd in combinatie met rechtspraak op andere rechtsgebieden. Dit nu raakt wel degelijk de positie van de Raad van State die hij hier aldus, anders dan Van Agt hem had opgedragen, wèl betreft in de door de werkgroep-Wiersma aan te geven actieradius van de te formeren Staatscommissie.

1.6.4. Geheel in lijn hiermede sluit de opdracht aan de Staats-

²¹ 1. Rapport Werkgroep-Wiersma, p. 57.

commissie (zie hiervoor onder 1.1.) per saldo geen enkel met rechtspraak belast of te belasten orgaan uit van 'reorganisatie van rechtspraak in ruime zin' of van 'een volledige en wezenlijke aanpassing (van de rechterlijke organisatie) aan veranderende omstandigheden'.²² De Staatscommissie heeft dan ook overeenkomstig haar opdracht geen met rechtspraak belast orgaan buiten beschouwing gelaten, ook niet, zoals hierna onder 5.3.1. zal blijken, de – toen nog bestaande – Afdeling Rechtspraak van de Raad van State, tezamen met de Afdeling voor de Geschillen van Bestuur op 1 januari 1994 opgegaan in de Afdeling Bestuursrechtspraak.²³

1.6.5. Het is van belang dit op te merken in het licht van het actuele proces van besluitvorming inzake de zogeheten derde fase van de Herziening van de Rechterlijke Organisatie (HRO) die onder meer de herinrichting, ook op het gebied van toedeling van rechtsmacht, van de rechtspleging in (hoger) beroep en beroep in cassatie behelst. Daarbij zijn onder meer alle thans in enig soort van (hoger) beroep oordelende rechters betrokken, derhalve ook de Afdeling Bestuursrechtspraak. Deze is thans onder meer appèlrechter ten opzichte van de rechtbanken voor zover deze oordelen in een aantal categorieën van bestuursrechtelijke geschillen.

2. INTERMEZZO: HET FUSIEVERSCHIJNSEL

2.1. Een maatschappelijk gegeven

2.1.1. Fuseren is een zich sinds decennia breed-maatschappelijk, nationaal en internationaal voordoend fenomeen. Het valt waar te nemen zowel in de profitsector, het bedrijfsleven, als in de non-profitsector, bijvoorbeeld gezondheidszorg, welzijnszorg, onderwijs, vakbondswereld etc. In de profitsfeer wisselen succes en mislukking van fusie elkaar af. De aan het preadvies terecht

22. Brief van 5 april 1974 van Van Agt aan de Tweede Kamer, TK 1973-1974, 12 893, nr. 1, waarin hij de organisatie 'aan een totale herwaardering toe' oordeelt.

23. Wet van 16 december 1993, Stb. 1993, 650 in verbinding met de Wet van 23 december 1993, Stb. 1993, 690.

opgelegde beperking verhindert een analyse op basis van een diepgaand (literatuur)onderzoek op dit punt naar oorzaak en gevolg van fusie in het bedrijfsleven. Slechts zij aangestipt de kop van het achtste en laatste van een serie in de NRC medio 1995 verschenen artikelen over bedrijfsfusies. Dat artikel, geschreven door Menno Tamminga, vermeldt dat in de eerste zes maanden van 1995 met fusies wereldwijd 111 miljard dollar gemoeid is geweest. De kop van het artikel luidt: 'Balans van bedrijfsfusies: het blijft meestal kruis of munt.' Amerikaans onderzoek wijst uit, aldus Tamminga, dat 'mergers of equals' succesvol zijn. In de economie-bijlage van de Volkskrant van 12 oktober 1996 is een artikel verschenen van Frank Kalshoven en Peter de Waard onder de kop: 'Fusies zijn uit angst geboren.' Beide artikelen laten zich kritisch uit over 'de fusie- en overnamehype van dit moment'. De aanhef van het artikel in de Volkskrant mag hier niet onvermeld blijven: 'Zegt de kip tegen het varken: *'ham and eggs*, een wereldprodukt! Wat zou je denken van de fantastische mogelijkheden die een fusie tussen jou en mij zou hebben? In alle restaurants *'ham and eggs*'. Het varken kijkt nadenkend. 'Wacht eens even', zegt het dan. 'Jij blijft eieren leggen, maar ik ga eraan.' Zegt de kip: 'Dat is toch altijd zo bij fusies.'

2.1.2. Fusies in het bedrijfsleven zijn nog al eens gebaseerd op financieel-economische motieven, zoals versterking van de concurrentiepositie, gewenste groei – horizontaal in eenzelfde branche en/of verticaal in de bedrijfskolom –, versteviging van de financiering e.d.²⁴

Fusies in de non-profitsector kennen als grondslag veelal technologische ontwikkeling en verbreding annex verdieping van kwaliteit van de zorg of de dienstverlening, zoals bijv. het medische en onderwijskundige aanbod en de daarmee gepaard gaande verhoging van de kwaliteit van de organisatie, het personeel en het management. Fusies in deze sfeer worden overigens nogal eens gestimuleerd doordat de geldverschaffende overheid de financiering beperkt danwel aan verdere financiering bepaalde

²⁴ Zie o.m. drs W.J. Feringa, dr E. Piëst en mr drs H.A. Ritsema (red.): *Fusie en overname*, Wolters Noordhoff 1991; prof. dr H.W. de Jong, *Fusies en Overnames, het concentratieproces in de Westerse markteconomie van de twintigste eeuw*, Stichting Maatschappij en Onderneming, 's-Gravenhage 1988.

voorwaarden stelt, bijv. de in de gezondheidszorg verlangde reductie van het aantal ziekenhuisbedden per 1000 inwoners, of terugschroeven van de financiering met een bepaald percentage. Van andere dan startproblemen in de sfeer van het verevenen van cultuurverschillen tussen de fusiepartners en – overigens door flankerend sociaal beleid op te vangen – personeelsproblemen is doorgaans geen sprake in de non-profitsector.²⁵

Fusies in de (non-profit)overheidssector manifesteren zich sterk in de vorm van annexatie van gemeenten en waterschappen. Zo telde Nederland in de jaren '40 nog 2500 waterschappen. Thans zijn er nog 66 en rond 2000 zullen er nog 50 of minder zijn.²⁶

2.2. De rechterlijke organisatie

2.2.1. De geschiedenis van de rechterlijke organisatie sinds de Wet op de Zamenstelling der Rechterlijke Magt en het Beleid der Justitie van 18 april 1827²⁷ – toen onder meer civiele en criminele rechtbanken zijn gefuseerd – laat zien dat samenvoeging en overname door opheffing van gerechten, gepaard gaand met schaalvergroting, ook aan deze non-profitsector niet vreemd is. Zo werden bijv. de elf provinciale hoven bij wet van 4 november 1875 opgeheven en is het aantal gerechtshoven tot vijf teruggebracht.²⁸ De rechtbanken te Zierikzee en Heerenveen werden opgeheven bij wet van 22 juni 1923.²⁹ De rechtbanken te Tiel en Winschoten en 39 kantongerechten zijn bij wet van 17 maart 1933³⁰ 'ontbonden'. Combinatie en concentratie moesten leiden tot versterking van het niveau van de rechtspleging en verlaging van overheidsuitgaven.

2.3. Het doel heiligt de redenen

2.3.1. De herziening van de rechterlijke organisatie als geheel staat blijkens de discussienota in het teken van drie daarmee na

25. Zie o.m. O. van Heffen, P.J. Klok, M.S. de Vries (red.): *Culturele dynamiek en beleidsontwikkeling*, Van Gorcum, Assen 1996.

26. Zie Ned. Stert. 31 december 1996, p. 1.

27. Stb. 20.

28. Stb. 204.

29. Stb. 277.

30. Stb. 606.

te streven algemene, en met elkaar samenhangende doelstellingen:

- a. Het scheppen van voorwaarden voor het verbeteren onderscheidenlijk het in stand houden van de juridische kwaliteit en het gehalte van de rechtspraak;
- b. Het scheppen van voorwaarden voor het verbeteren van de cliëntgerichtheid van de rechtspleging;
- c. Het scheppen van evenwicht in de structuur van de rechterlijke organisatie.

Deze algemene doelstellingen zijn, evenals andere onderdelen van de discussienota, letterlijk overgenomen uit de memorie van toelichting op het wetsontwerp inzake de eerste fase herziening rechterlijke organisatie – fusie rechtbanken/raden van beroep/ambtenarengerechten.³¹ Deze doelstellingen worden nog eens herhaald in de memorie van antwoord inzake hetzelfde wetsontwerp.³² Dergelijke 'overnames' in ambtelijke nota's uit wetgevingsstukken zijn in de ambtelijke sfeer gebruikelijk. De auteur van beide soorten stukken, tevens his masters voice, is soms aan de stijl te herkennen.

2.3.2. De doelstellingen zijn synoniem aan de motieven voor de herziening. Het zijn geen vondsten. Ze zijn identiek aan de redenen waarom non-profitbedrijven en -instituten in het algemeen fusies nastreven. Het gaat bij de drie doelstellingen van de minister immers, naar de kern samengevat, om niet meer of anders dan om *kwaliteit en doelmatigheid*, dé generale fusiebeweegredenen in de non-profitsfeer. Beide, op consensus berustende en aan scherpe definitie telkens weer ontsnappende begrippen zijn in de discussienota nader ingevuld met op zichzelf juiste maar elastische noties als: *rechtseenheid* (*verticaal* en *horizontaal*), *rechtsbescherming*, *snelheid* en *proportionaliteit*.

31. TK 1990-1991, 21 967, nr. 3, p. 3.

32. TK 1990-1991, 21 967, nr. 5, p. 4.

2.4. Ijpunten derde fase

2.4.1. Kwaliteit en doelmatigheid zullen dan ook de ijpunten moeten zijn voor de inrichting van de derde fase naar inhoud en vorm. Na voltooiing van de eerste fase in twee etappes: per 1 juli 1992 opdracht van sociale-zekerheids- en ambtenarenrecht-spraak aan de rechtbanken.³³; per 1 januari 1994 invoering bij de rechtbanken van bestuursrechtspraak inzake besluiten van bestuursorganen³⁴, gaat het niet meer om de vraag of maar nog 'slechts' hoe het in verschillend opzicht gecompliceerde onderwerp van de derde fase gestalte zal krijgen met inachtneming van de genoemde twee kernijpunten. Het na effectuering van de eerste en tweede fase voor het overige handhaven van de status quo zou een zonderling gebroken eindresultaat opleveren. Hirsch Ballin gaat er dus terecht van uit dat 'duidelijk (zal) zijn dat het ongewijzigd continueren van de situatie na de eerste en de tweede fase, onwenselijk is.'³⁵

3. ONDERWERP VAN HET PREADVIES: TWEE KERNTHEMA'S

3.1. Voor de markering van het onderwerp van dit preadvies is richtinggevend de ministeriële discussienota – nader de discussienota – van Hirsch Ballin inzake de zogenoemde derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie. De discussienota is bij brieven van 29 april 1994 aan de voorzitters van de Eerste en Tweede Kamer der Staten-Generaal aangeboden.³⁶ Na de eerste fase: fusie van raden van beroep/ambtenarengerechten en rechtbanken, en na de tweede fase: fusie van kantongerechten en rechtbanken in enige vorm van intensiteit³⁷, resteert de derde en laatste fase. De discussienota is het tot dusverre eni-

33. Wet Voorintegratie van 1992, Stb. 278.

34. Wet voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie – Wet VEF van 1993, Stb. 650 en na in werking treden van de wetgeving inzake de tweede fase – het voorshands voorzien samengaan van kantongerechten en rechtbanken.

35. TK 1993/1994, 23 071, 2, p. 4.

36. TK 1993/1994, 23 071, 2.

37. Het verslag van de vaste commissie voor Justitie ter zake van het desbetreffende wetsontwerp, TK 1996-1997, 24 651, nr. 6, toont aan dat hierover en met name over de vormgeving ervan het laatste woord nog niet is gesproken.

ge ministeriële document dat op een openhartige manier helder uitgewerkte denk- en discussiestof aanbiedt over mogelijkheden en grenzen van de derde fase. Deze betreft blijkens de discussienota twee punten: (1) 'allereerst' de voltooiing van de herstructurering van bestuursrechtelijke rechtsbescherming en (2) de herijking van het stelsel van rechtsmiddelen in de civiele en de strafrechtspraak. Het accent van de discussienota ligt op het eerste punt. Dat is de topic. Van de 24 bladzijden die de nota telt, behelst slechts ruim één bladzijde opmerkingen over het tweede punt. Het bestuur van de NJV sluit met zijn keuze van het onderwerp van de preadviezen-1997 dan ook naadloos aan bij het hoofdonderwerp van de nota. Een wenselijke en werkbare regeling van (hoger) beroep in bestuursrechtelijke geschillen mag echter niet los worden gezien van het tweede punt van de nota zodat ook daaraan hierna onder 4 aandacht zal worden besteed.

3.2. Ontleding van het onderwerp van de discussienota laat zien dat het daarin en in dit preadvies gaat om *twee kernthema's*:

A. De mate waarin en de voorwaarden waaronder het rechtsmiddel van hoger beroep op alle rechtsgebieden beschikbaar dient te worden gesteld. Deze materie valt kortweg aan te duiden met het appèlvolume, of – anders –: wanneer appèl?

B. De toedeling van rechtsmacht in bestuursrechtelijk (hoger) beroep aan met rechtspraak belaste organen. Beter gezegd: aan welke rechter(s) dient het bestuursrechtelijk (hoger) beroep te worden toevertrouwd, of – korter –: op wie appèl?

4. APPÈLVOLUME – HET EERSTE KERNTHEMA

4.1. Hoger beroep in bestuursgeschillen regel?

De arts: 'I believe you are dead but
you are entitled to a second opinion.'
(Groucho Marx; 1890-1977)

4.1.1. In het voetspoor van de Staatscommissie³⁸ en overeenkomstig hetgeen bij de parlementaire behandeling van de eerste fase is vastgelegd³⁹ kent de discussienota als uitgangspunt behandeling van bestuursrechtelijke procedures in twee feitelijke instanties, derhalve inclusief hoger beroep. Dit stemt in algemene zin overeen met buitenlandse rechtsstelsels met name binnen de Westerse rechtspolitieke cultuur, maar niet alleen daar. In overeenstemming met het internationale beeld is ook in Nederland hoger beroep regel, tenzij het tegendeel uit de wet voortvloeit.⁴⁰ Dat zelfs wettelijke uitsluiting van het rechtsmiddel van hoger beroep onder omstandigheden kan worden doorbroken, geeft extra gewicht aan het belang van dat rechtsmiddel. Uitsluiting als opgenomen onder meer in art. 7A:163gw lid 11 BW, art. 216 lid 2 en 229 lid 2 Rv, art. 28 lid 3 Huurprijzenwet Woonruimte, art. 74 lid 5 Huisvestingswet of art. 28g lid 2 Huurwet wordt ter zijde gesteld als wettelijke bepalingen inzake respectievelijk ontbinding van een arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen, voorlopig getuigenverhoor, voorlopig deskundigenonderzoek, voorlopige plaatsopneming en bezichtiging, alsmede huurprijsvaststelling, gebruiksvergoeding of ontruimingstermijn ten onrechte zijn toegepast, met schending van fundamentele beginselen van behoorlijke rechtspleging, zoals hoor en wederhoor, zijn toegepast of ten onrechte buiten toepassing zijn

38. Eindrapport I, p. 6 en 36.

39. MvT wetsontwerp eerste fase, TK 1990-1991, 21 967, nr. 3, p. 3 en 4.

40. HR 13 april 1984, NJ 1984, 566; zie ook Snijders/Wendels; Civiel Appel, Tjeenk Willink, Zwolle 1992, p. 3, J.C.M. Leyten, Over rechtsmiddelen, in het bijzonder hoger beroep, in Rechtsmiddelen van de toekomst, Zwolle 1994, p. 155 e.v. opgenomen in: Het kan ook anders, Tjeenk Willink, Deventer 1996 en – in journalistieke vorm – B.J. Asscher, voormalig eerstelijns courtwatcher bij uitspraak, Hoger beroep, opgenomen in: Rechter vragen niet om eerbied, Meulenhoff 1996, p. 70.

gelaten.⁴¹ Naar analogie geldt hetzelfde voor het in art. 50bb lid 6 van de Wet op het Notarisambt uitgesloten beroep op het Gerechtshof te Amsterdam inzake een beslissing van een Kamer van Toezicht op de notarissen en kandidaat-notarissen waarbij het verzet tegen een beslissing van de voorzitter van de Kamer niet ontvankelijk of ongegrond is verklaard.⁴² In dit verband past ook het arrest van de Hoge Raad in een ruilverkavelingsprocedure. Een belanghebbende komt in cassatie op tegen de beslissing van de rechtbank op zijn bezwaar tegen de uitkomst van de zogenoemde eerste schatting van de waarde van zijn in de verkaveling begrepen grond. Tegen deze in art. 185 lid 3 van de Landinrichtingswet bedoelde beslissing staat ingevolge art. 186 van die wet uitdrukkelijk geen rechtsmiddel open behoudens cassatie in het belang der wet. De Hoge Raad overweegt dat (weliswaar) art. 6 EVRM geen onbeperkte mogelijkheid tot het aanwenden van een rechtsmiddel tegen een rechterlijke uitspraak waarborgt, maar dat niet is uitgesloten dat, indien erover wordt geklaagd dat de rechter bij een dergelijke beslissing een of meer artikelen van de Landinrichtingswet betreffende de eerste schatting ten onrechte buiten toepassing heeft gelaten of buiten het toepassingsgebied ervan is getreden danwel dat bij de totstandkoming van de uitspraak essentiële vormen zijn verzuimd, die klacht ertoe leidt dat een tegen zodanige uitspraak gerichte voorziening ontvankelijk is.⁴³ Overigens lijkt niets er zich tegen te verzetten om dezelfde redenen ook een doorbraak ten aanzien van uitsluiting van een hogere voorziening in het bestuursrecht mogelijk te achten. Tegen in art. 8:55 lid 5, 6 en 7 Awb bedoelde uitspraken op verzet tegen uitspraken als bedoeld in art. 8:5.4 Awb (rechtbank kennelijk onbevoegd, beroep kennelijk niet-ontvankelijk, kennelijk ongegrond of kennelijk gegrond) staat geen hoger beroep open.⁴⁴ De Hoge Raad heeft een bezwaar tegen een uitspraak ex art. 8:55 Awb in één zin niet-ontvankelijk verklaard 'reeds omdat tegen de onderhavige uitspraak, gegeven op grond

41. Zie onder meer HR 6 maart 1992, NJ 1993, 70, met noot H.J. Snijders; HR 22 september 1995, NJ 1996, 38; HR 20 november 1992, NJ 1993, 136; HR 26 november 1993, NJ 1994, 124; HR 18 februari 1994, NJ 1994, 742.

42. Hof Amsterdam 6 november 1986, NJ 1987, 734; sedertdien vaste jurisprudentie van het Hof.

43. HR 18 november 1992, NJ 1993, 174.

44. Art. 37 lid 3 Wet RvS en art. 18 lid 2 Beroepswet.

van art. 8:55 van de Algemene Wet bestuursrecht geen rechtsmiddel openstaat.⁴⁵ Evenwel de uitkomst zou onder omstandigheden een andere geweest kunnen zijn als een beroep was gedaan op een van de doorbraakcriteria van het evengenoemd ruilverkavelingsarrest. Van zulk een beroep blijkt niet.

4.1.2. De klassieke functies van het hoger beroep in de civiele en strafrechtspleging – herstel van fouten, bijdragen aan rechts-eenheid, kwaliteitsbevordering en ‘voorsluis’ ten opzichte van beroep in cassatie⁴⁶ – gelden onverkort ook voor het bestuursrechtelijk hoger beroep. De aard van bestuursrechtelijke geschillen, inclusief belastinggeschillen, en de daarbij aan de orde zijnde verhouding overheid-burger of overheid-overheid brengt mee dat hier hetzelfde heeft te gelden. Voorts zijn ook hier feiten doorgaans van beslissende betekenis voor de uitkomst van procedures. Op grote doelgroepen betrekking hebbende terreinen van het bestuursrecht, zoals sociale zekerheid, rechtspositie van ambtenaren, pensioenen en besluiten van een bestuursorgaan (ex-Arobzaken), bestaat ook hoger beroep. Dit bewijst reeds het rechtspolitieke belang ervan in verbinding met het maatschappelijk rendement.

Conclusie

4.1.3. Op grond van het voorgaande behoort een hogere voorziening in de vorm van hoger beroep ook in bestuursrechtelijke geschillen hoofdregel te zijn. Deze conclusie wordt hier nog eens vooropgesteld⁴⁷ daar de discussienota in riskant welgekozen be-woordingen wel degelijk beperkingen aan de aanwending van dit rechtsmiddel wil stellen, trouwens niet alleen op bestuursrechtelijk gebied maar ook op civielrechtelijk en strafrechtelijk terrein. De behoefte aan beperking vloeit volgens de nota voort uit het hiervoor onder 3.3. geciteerde doel (c) van de herzie-

45. HR 22 september 1995, NJ 1996, 54.

46. Snijders/Wendels t.a.p. p. 4 en Asser, Trema 1994, nr. 8, p. 315.

47. R.S.R. Schickele, Chief Legal Counsel – hoofd van de juridische dienst – van het US Supreme Court stelde op 19 november 1990 in de Vergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht te Amsterdam dat zowel op federaal niveau als op het niveau van de afzonderlijke staten in de V.S. het recht op twee feitelijke instanties als uitgangspunt geldt. ‘Every dog gets two bites.’ Zie het verslag van Ras, NJB 1991, afl. 4, p. 140 e.v.

ning: het scheppen van evenwicht in de structuur van de rechterlijke organisatie. Proportionaliteit zou dan de sleutel zijn tot dat evenwicht als resultaat van afweging van enerzijds inzet van mensen en middelen tegenover anderzijds aard, gewicht en belang van de individuele zaak. Zakelijk had de Staatscommissie dat ook al opgemerkt.⁴⁸ Bezwaarlijk is echter de objectief te definiëren, tot rechtsgelijkheid strekkende maatstaf aan te geven, aan de hand waarvan gewicht en belang van bijvoorbeeld in geschil zijnde besluiten tot verschaffen of weigeren van vergunningen, ontheffingen e.t.q. kunnen worden vastgesteld. Alleen een in geld uitgedrukt of te waarderen belang bij appèl zou zo'n maat kunnen zijn. Het verhogen van de geldelijke appèlgrens in civiele zaken van f 2500 naar f 5000, zoals voorgesteld in het met de tweede fase HRO samenhangend wetsontwerp tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering – art. 332 Rv.⁴⁹ – resulteert in verlaging van het aantal kantongerechtsappellen met een derde. Dat komt voor 1993 neer op ongeveer 400 appellen minder.⁵⁰

4.1.4. Verhoging van de appèlgrens kan wel leiden tot een toenemend beroep in cassatie van in eerste instantie genomen beslissingen. Maar de beperking daarvan als voorzien in art. 100 RO blijft bestaan. De werklast van de Hoge Raad en het Openbaar Ministerie bij de Hoge Raad zal daardoor niet noemenswaardig beïnvloed worden (zie echter 4.2.). Ook levert die beperking geen onaanvaardbare inkrimping van de rechtsbescherming op. Een dergelijke 'grensverleggende' wettelijke maatregel is evenwel nog niet normatief 'voor het hele bestuursrecht', zoals de discussienota⁵¹ in overweging geeft. Is het doorzetten van de nieuwe appèlgrens in het belastingrecht wèl denkbaar, anders ligt dit als het gaat om een uitkeringsgerechtigde voor wie ook een omstreden uitkeringsbedrag beneden de f 5000 van zodanig vitaal belang is dat een uitzondering op de hoofdregel van twee feitelijke instanties hier niet te verdedigen valt. Zo'n be-

48. Eindrapport deel I, p. 6 conform het Tussenrapport, p. 10.

49. TK 1995-1996, 24 651, nr. 1-2, p. 68.

50. Bron: Hoger beroep en de integratie; WODC-onderzoek door C. van der Werff m.m.v. B.J.W. Docter-Schamhardt; Gouda Quint 1995, p. 67.

51. TK 1993/1994, 23 071, 2, p. 9 bovenaan.

langhebbende aldus de pas naar de appèlrechter afsnijden, dient als niet 'proportioneel' te worden afgewezen.

4.2. Effecten op cassatievolume

4.2.1. Voor zover maatregelen worden getroffen die aanwending van het rechtsmiddel van hoger beroep uitsluiten, zullen deze, als ook het cassatieberoep niet wordt beperkt, het aantal cassatieberoepen doen toenemen. Hier doet zich als serieus punt van zorg het mechanisme van communicerende vaten voor. Op het terrein van de civiele rechtspraak blijkt daarvan bijv. uit een arrest van de Hoge Raad van 24 november 1989.⁵² Vermindering van een *bij de rechtbank* aanhangig gemaakte geldvordering tot een bedrag dat ligt beneden de op f 2500 bepaalde appellabiliteitsgrens die geldt voor beslissingen van *de kantonrechter* betekent, aldus de Hoge Raad, niet dat er geen hoger beroep op het gerechtshof meer mogelijk is. Als dat wel het geval zou zijn en partijen dus op het rechtsmiddel van beroep in cassatie aangewezen zouden zijn, dan zou de bedoeling van het afschaffen – in 1970 – van de appèlgrens voor rechtbankzaken⁵³ doorkruist worden. Die bedoeling was nu juist het tegengaan van 'een grotere geneigdheid tot het instellen van beroep in cassatie'.⁵⁴

4.2.2. Genoemd mechanisme valt ook te demonstreren aan het strafprocesrechtelijk systeem van rechtsmiddelen dat bij uitsluiting van hoger beroep wel beroep in cassatie kent. Daarvoor is het volgende tekenend. In de discussienota wordt nog voorgesteld hoger beroep uit te sluiten van (niet bij verstek gewezen) strafvonnissen van de kantonrechter ter zake van overtredingen waarvoor een geldboete van niet meer dan f 500 is opgelegd. Dit sluit aan op het systeem van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (Wet Mulder) dat als hoogste sanctie een geldboete van f 500 per 'gedraging' kent, vermoedelijk per 1 mei 1997 verhoogd tot f 750 (zie nota van wijziging van de Wet Mulder, TK 1995-1996, 23 689, nr. 6). Hoger beroep van beslissingen van de kantonrechter als Mulder-rechter is niet

52. NJ 1990, 383, met noot Heemskerk.

53. Wet van 30 september 1970, Stb. 435.

54. MvT TK 1967-1968, 9648, nr. 3, p. 4. I.k.

mogelijk, wèl beroep in cassatie. De bestaande appèlgrens van f 50 boete (art. 44 lid 2 Wet op de Rechterlijke Organisatie) zou op die manier drastisch worden verhoogd. Het wetsvoorstel inzake de tweede fase herziening rechterlijke organisatie gaat met een beroep op de vereiste rechtsbescherming uit van een appèlgrens van f 250.

4.2.3. In december 1996 heeft de Commissie werkbelasting strafkamer Hoge Raad – onder voorzitterschap van de vice-president mr W.E. Haak – haar rapport, getiteld *De toegang tot de cassatierechter in strafzaken*, aan de minister van Justitie aangeboden. Dit rapport geeft aan dat door de voorgestelde grensverlegging voor de Hoge Raad een extra instroom van 3800 strafzaken per jaar dreigt. Het is evident dat dit ontwrichtend zou werken. Het slag zaken waar het hier om gaat past ook niet bij de functie van de Hoge Raad. De Commissie adviseert de minister het systeem om te keren: wèl hoger beroep en geen cassatie, waar het deze lichte overtredingen betreft. De grens voor uitsluiting van cassatie inzake een veroordeling voor een overtreding legt de Commissie bij f 500. In de allerlichtste zaken/bagatelzaken – veroordelingen ter zake van overtredingen tot geldboete van niet meer dan f 100 – zou volgens de voorstellen van de Commissie ook hoger beroep moeten worden uitgesloten. Wèl zou in bagatelzaken en in overige overtredingszaken tot en met f 500 het rechtsmiddel van cassatie in het belang der wet moeten worden gehandhaafd teneinde de mogelijkheid te behouden dat de Hoge Raad in het belang van de rechtseenheid bepaalde rechtsvragen beantwoordt.

4.2.4. Een soortgelijk systeem stelt de Commissie-Haak voor ten aanzien van door de kantonrechter als bestuursrechter te behandelen 'strafzaken', de zogenoemde Mulder-zaken die kwantitatief een onevenredig zware last op de (strafkamer van de) Hoge Raad leggen – circa 850 zaken in 1996 – en in zeer veel gevallen feitelijk van aard zijn en niet geschikt voor het cassatie-instituut. De Commissie stelt dan ook wederom voor: geen cassatie, alléén hoger beroep en wel geconcentreerd bij het Gerechtshof te Leeuwarden – ter wille van het bevorderen van de verticale rechtseenheid en in verband met de vestiging van het Centraal Justitieel Incassobureau aldaar – en geen hoger beroep in geval van sancties tot en

met f 100. In het belang van de horizontale rechtseenheid tussen het Mulder-terrein enerzijds en het overige bestuursrecht en het strafrecht anderzijds creëert de Commissie een rechtseenheidsvoorziening soortgelijk aan – onder meer – de eerdere in het verband van de Wet voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie voorgestelde maar na kamerdebat ingetrokken rechtseenheidsvoorziening als vervat in art. 107a e.v. van de Wet op de rechterlijke organisatie.⁵⁵ De voorgestelde voorziening houdt in dat een bestuursrechter die zich bij de behandeling van een zaak in hoogste ressort genoopt ziet tot beantwoording van een rechtsvraag waarover uiteenlopende rechtspraak van verschillende rechters in hoogste instantie mogelijk is, als desbetreffende hoogste WAHV-rechter die vraag ter beantwoording aan de Hoge Raad kan voorleggen.

4.2.5. Een en ander toont tevens aan dat de Commissie zich heeft laten leiden door de gedachte dat de toegang tot de rechter enerzijds van belang is voor de rechtsbescherming en anderzijds, zoals de Commissie het uitdrukt, een schaars goed is, dat niet onbeperkt kan worden ingezet zonder in strijd te komen met andere verlangens van de sociale rechtsstaat. Hier is na afweging van belangen een uitgekiend evenwicht bereikt. Wel zou aanvullenderwijze nog op te merken zijn dat in lijn met hetgeen onder 4.1.1. is betoogd een hogere voorziening – beroep in cassatie – ook hier tot de mogelijkheden zal blijven behoren als in een eerdere instantie bij het tot stand komen van de beslissing een fundamenteel beginsel van behoorlijke rechtspleging is geschonden of een wettelijk voorschrift ten onrechte is toegepast dan wel ten onrechte buiten toepassing is gelaten. Overigens verdient het voorstel van de Commissie met name ten aanzien van de Mulder-zaken bij voorrang tot wetgeving te worden verheven. Dit is ook zeer goed mogelijk onafhankelijk van de inrichting van de derde fase HRO, waarop het immers, gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval, geen trendsettende invloed behoeft te hebben.

De voorstellen van de Commissie-Haak bieden ook overigens werkbare uitgangspunten voor herschikking van rechtsmiddelen. Voor zover het in het rapport bijv. gaat om een gemengd

55. TK 1991-1992, 22 495, nr. 2.

strafrechtelijk-bestuursrechtelijke materie als de rechtspleging op het terrein van het uitleveringsrecht, blijkt dat het aantal bij de Hoge Raad ingekomen cassatieberoepen in uitleveringszaken in de jaren 1994 en 1995 respectievelijk 89 en 86 heeft bedragen, waarvan er respectievelijk 5 en 9 zijn ingetrokken.⁵⁶ De in het rapport in deze aanbevolen stelselwijziging bestaat in behandeling van uitleveringszaken in eerste aanleg door slechts één rechtbank met vier nevenzittingsplaatsen in de overige ressorten met behoud van de mogelijkheid van beroep in cassatie. Als variant hierop maar analoog aan hetgeen de Commissie voorstelt met betrekking tot de zogenoemde Mulder-zaken, zou hoger beroep, gelet op de zeer beperkte caseload van dit kleine bijzondere rechtsgebied, aan één gerechtshof (uitleveringskamer) zijn toe te vertrouwen. Dan zou niet alleen de rechtseenheid worden bevorderd maar ook, voor zover nodig, een double check op de feiten mogelijk zijn. Cassatieberoep ware ook hier, zoals bij de Mulder-zaken, uit te sluiten behoudens indien en voor zover fundamentele beginselen van behoorlijke rechtspleging geschon- den zouden zijn. Waar de relatief meeste uitleveringszaken zich voordoen bij de rechtbanken Amsterdam en Haarlem (Schiphol-grens), ligt het voor de hand het Gerechtshof te Amsterdam aan te wijzen als instantie voor hoger beroep.

4.2.6. Op een ander bestuursrechtelijk terrein, dat van het vreemdelingenrecht, kan de sinds 1 maart 1994 krachtens wetgeving van 23 december 1993⁵⁷ geheel ontbrekende mogelijkheid van hoger beroep bezwaarlijk worden verdedigd met het argument van evenredigheid tot bij *alle* vreemdelingenzaken in het spel zijnde belangen. De ingevolge art. 33 g Vreemdelingenwet bij uitsluiting geopende mogelijkheid van cassatieberoep in het belang van de wet met betrekking tot een beperkt aantal artikelen, biedt geen reële compensatie. Het uitgewogen advies van de Hoge Raad van 14 maart 1995, gegeven op de voet van art. 22 RO, inzake een hogere voorziening in de Vreemdelingenwet,⁵⁸ waarin wordt aanbevolen voor een beperkt aantal categorieën van vreemdelingenzaken hoger beroep alsnog mogelijk te

56. Zie bijlage 3, tabel 6, van het rapport.

57. Stb. 707.

58. NJCM-Bulletin 20-5 (1995), p. 606 c.v.

maken, dient door de wetgever te worden gevolgd. Het daaraan gehecht en nog steeds te hechten belang springt in het oog te meer daar het verzoek om advies was aangekondigd in het in 1994 gesloten regeerakkoord.⁵⁹ De Hoge Raad adviseert, kort samengevat, hoger beroep open te stellen in alle zaken waarin belangrijke vragen van feitelijke of juridische aard aan de orde zijn. Als daartoe strekkende selectiemiddelen beveelt de Hoge Raad appèllabiliteit aan van alle uitspraken van de meervoudige kamer van de rechtbank en van diè uitspraken van de enkelvoudige kamer die niet in overeenstemming zijn met de strekking van het advies van de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken. Voorts acht de Hoge Raad het juist hoger beroep open te stellen in alle gevallen waarin dit zou voortvloeien uit internationale verplichtingen. Aan de Hoge Raad was niet gevraagd te adviseren over de keuze van het met de behandeling van het hoger beroep te belasten gerecht. Mede om die reden heeft hij het niet opportuun geacht om met een advies op dit punt vooruit te lopen op beslissingen over de inrichting van de derde fase. Het ligt evenwel, gelet op hetgeen hierna onder 5 naar voren wordt gebracht, in de rede dit appèl toe te vertrouwen aan één gerechtshof, zoals dat overigens ook vóór 1 maart 1994 in de kort-geding-rechtspraak in vreemdelingenzaken het geval was. Om de gedachten te bepalen zou dan in aanmerking komen het Gerechtshof te 's-Gravenhage, de zetel van de Staat, of het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch – het laatste in het belang van een evenwichtige spreiding van appèl in bijzondere procedures over de gerechtshoven.

4.3. Slagvaardig bestuur en rechtspraaktempo reden tot uitsluiting of beperking van hoger beroep in bestuurszaken?

4.3.1. Bestuurlijke slagvaardigheid wordt in de discussienota in verband gebracht met procestempo. Aan het gebrek aan tempo van de doorsneeprocedure wordt vervolgens een argument ontleend tot eventueel inperken van bestuursrechtelijk hoger beroep. Feit is dat lange duur van procedures – niet alleen in het civiele veld – een doorn in veler ogen is en terecht. Aanpassing van het procestempo zoveel mogelijk aan het tempo van besluit-

59. TK 1993-1994, 23 715, nr. 11, p. 35.

vorming in het maatschappelijk verkeer in de ruimste zin van het woord met alle rechtsgevolgen van dien is een gerechtvaardigde eis. Wat er zij van de overigens ook wel te constateren stroperigheid van bestuurlijke besluitvorming zelf, gewezen moet worden op het succes van het civielrechtelijk en bestuursrechtelijk kort geding dat wèl het vereiste tempo heeft en houdt en daarom het geding van de toekomst is.

4.3.2. Het befaamde kortsluitingsartikel 8:86 Awb biedt reeds in het huidige stelsel de mogelijkheid bestuursrechtelijke geschillen in het kader van de kort-gedingprocedure ten gronde af te doen. Dit proceseconomisch gouden instrument staat onder het huidige stelsel tevens ter beschikking van de appèlrechter of de eerste tevens eindrechter.⁶⁰ Dit systeem maakt een zodanig procesmanagement in elk van de twee feitelijke instanties mogelijk dat eens te meer recht wordt gedaan én aan het vereiste tempo van oordeelsvorming én aan soliditeit van beslissing.

4.3.3. Overigens stelt Blaauw⁶¹ met recht dat het aanbeveling verdient een dergelijke kortsluiting nu ook in het civiele kort geding toe te (leren) passen. Immers een belangrijke beslissingsfactor in kort geding betreft het antwoord op de vraag tot welk oordeel de bodemrechter, ware hij in de zaak gekend, naar alle waarschijnlijkheid zou besluiten. Anderzijds ware, óók gelet op het vereiste procestempo, na te gaan of het connexiteitsvereiste voor het bestuurlijk kort geding wel zou moeten worden gehandhaafd, althans of niet – zoals in de civiele sfeer – een zelfstandig hoger beroep van de in eerste aanleg in het bestuurlijk kort geding gegeven beslissing min of meer analoog mogelijk moet worden gemaakt.⁶² Ervaring met het civiele kort geding in hoger beroep leert dat met name de second opinion van de appèlrech-

60. Art. 36 lid 1 en art. 39 lid 1 Wet RvS, art. 17 lid 1 en 21 lid 1 Beroepswet, art. 19 Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie en art. 119 lid 1 Wet Studiefinanciering.

61. De rechterlijke habitus in burgerlijke en administratieve zaken, preadvies HNJV I 1991, hoofdstuk 8.

62. Vgl. mr drs A.M.M.M. Boots, *Op weg naar een zelfstandig bestuursrechtelijk kort geding?* Kluwer 1995, en mr M.B. de Witte-Van den Haak, *Civiel snelrecht, praktijk en toekomst in het licht van art. 8:81 Awb*, in *Civiel snelrecht: Praktijk en Toekomst*, red. drs K.G. Tjoen Tak Sen, Afd. Rechtssociologie, Juridische Faculteit Leiden, Kluwer 1997.

ter doorgaans het complete einde van de rechtsstrijd betekent. Die second opinion kan, wat die appèlrechter betreft, bovendien zeer snel verkregen worden. Daarvoor zij verwezen naar de voor alle gerechtshoven gelijkelijk geldende regeling van versnelde afdoening van het hoger beroep in korte gedingen.⁶³ Het is overigens aanbevelenswaardig verder te gaan en de versnelde afdoening, het zogenoemde spoed-appèl in kort geding (een semantische doublure) tot regel te verheffen.

Behalve op het bestuurlijk kort geding c.a. valt in dit verband ook nog te wijzen op de in afdeling 8.2.3. Awb geregelde versnelde behandeling, die ook in (hoger) beroep van toepassing is.

4.4. Overspanning van rechtsbescherming?

Appel in law: to put the dice into the box for another throw.
(Ambrose Pierce; 1842-1914; *The devil's dictionary* 1911)

4.4.1. Wie het op zichzelf denkbare patroon voor zich ziet van administratief bezwaar of beroep aan de voet enerzijds en een rechtseenhedsvoorziening aan de top anderzijds waartussen twee feitelijke rechterlijke instanties geklemd zijn, zou dit viervoud van beoordeling van een omstreden besluit als overspanning van rechtsbescherming kunnen beschouwen. Het is op het eerste gezicht zelfs spectaculair als daarna ook nog de tussenkomst van het Benelux Gerechtshof of het Europees Hof voor de Rechten van de mens te Straatsburg valt in te roepen. Daarop wees Staatsraad Boukema, voorzitter van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, ter gelegenheid van het op 7 november 1996 aan de Katholieke Universiteit Brabant gehouden symposium 'Openbaar bestuur in de knel door rechtspraak?'.⁶⁴ Dit beeld is evenwel in de praktijk voor het overgrote deel gezichtsbedrog. Bezwaar- en beroepsprocedures zijn niet anders dan een verlengd besluitvormingstracé, ook voor zover daaraan een adviescommissie ex art. 7.13 Awb te pas komt. Zij dienen wel te worden onderscheiden van procedures ten overstaan van de rechter. Daarbij komt, dat deugdelijk werkende be-

63. Als bijlage opgenomen in Schenk/Blazuw, *Het Kort geding*, A. Algemeen deel; 6e druk, Kluwer 1996.

64. Zie voor verslag Stcr. 8 november 1996.

zwaar- en beroepsprocedures al een rem op de toeloop naar de eerste rechter zetten. Voorts behoeft een toegespitste rechtseenheidsvoorziening geen andere functie te hebben dan uitsluitend één kerntaak, te weten – uiteindelijk – waarborgen van rechts-eenheid, en rechtsvorming. Kortom: de realiteit van het belang van rechtsbescherming en rechtshandhaving – twee zijden van dezelfde medaille –, gewaarborgd zowel ten behoeve van het procederende overheidsorgaan als van zijn wederpartij door een (basis)stelsel van twee feitelijke instanties, wint het van de schijn van beschermingshypertrofie. Juist dat stelsel verdient rechtsbescherming.

Conclusie

4.4.2. De conclusie luidt dan ook: vermindering althans vermindering van spanning tussen enerzijds de eis van slagvaardig bestuur en anderzijds een in redelijkheid te verlangen graad van rechtsbescherming dient vóór alles te worden verkregen door ruimte te maken voor een alert toe te passen – en fundamenteel te harmoniseren – procesrecht.⁶⁵ Anders gezegd: voordat – op wankelende gronden – appèl in bestuurszaken wordt afgesneden of ingeperkt, moet het resultaat van via nu al mogelijke rechterlijke praktijk én nieuwe wetgeving te verkrijgen versnelling van procedures worden gewaardeerd. Een voorbeeld van regelgeving ten behoeve van doelmatige civiele procedures is te vinden in het medio 1996 aan de minister van Justitie aangeboden eindrapport van het Projectteam Doelmatigheid Civiele Procedures onder leiding van mr G.A.T. Wind, oud-president van de Roermondse rechtbank.⁶⁶ Overigens is er ter verhoging van het proces tempo in civiele (bodem)zaken bij een aantal rechtbanken sedert 1 januari 1995 een door de NVvR en NOvA gezamenlijk geëntameerd experiment gaande onder de titel Versneld regime civiele zaken. Dit experiment is gebaseerd op een onder leiding van mr B.C. Punt, vice-president van de Haagse Rechtbank, tot stand gekomen rapport met concrete voorstellen om te komen

65. Zie Vranken in *Rechtsmiddelen van de toekomst*, Zwolle 1994, p. 51 e.v.

66. Uitgave Ministerie van Justitie; zie NJB 96/35/p.1476 en Hammerstein, *De rechter als procesbewaker*; Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 4e jrg., nr. 4, 1996.

tot meer efficiency in civiele procedures. Het rapport is het werk van een gemengde commissie van de NVvR en de NOvA.⁶⁷

4.4.3. In het algemeen, ook ten aanzien van de civiele en strafrechtspraak, geldt dat hoger beroep als regel tot de mogelijkheden moet blijven behoren. Redengevend daarvoor zijn een sterk verankerde rechtspolitieke cultuur op het terrein van het bestaande rechtsmiddel van appèl, de uit de huidige procespraktijk af te leiden, maatschappelijke appèlbehoefte en de reële mogelijkheden het tempo van procederen (ook) in hoger beroep aanzienlijk te verhogen en daarmee een definitieve beslissing te bespoedigen.

4.4.4. Voor het maken van organisatorische keuzes met het oog op uitzonderingsgewijze beperkende regulering van het appèlvolume zijn factoren als omvang en bijzonder gespecialiseerd karakter van een rechtsgebied en de daarmee verbonden caseload aan geschillen bepalend. Het verband met het hierna onder 5 te bespreken kernthema treedt hier aan het licht voor zover deze factoren ook een rol spelen bij afweging van belangen als instrument voor onderbrengen van appèlrechtspraak in bestuursgeschillen op basis van spreiding over meer colleges dan wel concentratie daarvan bij één college. Zie daarover met name 5.3.14.

5. TOEDELING VAN APPÈLRECHTSMACHT IN BESTUURSGESCHILLEN — HET TWEEDE KERNTHEMA

5.1. Integratiefilosofie

5.1.1. Het sleutelbegrip van de actuele herziening van de rechterlijke organisatie is integratie. De werkgroep-Wiersma hanteert de term reeds in zijn rapport (hoofdstuk V) en sindsdien is zij niet meer weg te denken uit de literatuur die vervolgens in

67. Zie NJB 95/27/p. 1020; Blaauw, Meer efficiency in civiele procedures, NJB 95/32/p. 1195 en Mollema, Een te kleine versnelling, NJB 95/32/p. 1203, alsmede Punt, Justitiekraant 22 november 1996, p. 2 en 3, waar tevens een procedure voor versneld procederen in octrooizaken bij de Haagse Rechtbank is vermeld.

overvloedige mate aan de herziening is gewijd. Het begrip integratie heeft 'drie dimensies': rechtsinhoudelijk, organisatorisch, personeel.

5.1.2. Het gaat bij integratie vóór alles om het opnemen in één organisatorisch geheel van wat naar de inhoud verwantschap of verband vertoont. Zonder daarmee alles op één hoop te gooien en aan specifieke aspecten van betrokken rechtsgebieden voorbij te zien moet worden vastgesteld dat er sinds jaar en dag een proces gaande is onder invloed waarvan *binnen en tussen* onderdelen van het recht, met name burgerlijk recht en bestuursrecht, en tussen bestuursrecht en strafrecht, samenhang is erkend en verder groeit. Zoals hieronder uiteengezet geeft zowel de wetenschap als de rechtspraak als de wetgeving daaraan ondubbelzinnig uitdrukking. In overeenstemming daarmee dient de rechtspleging dan in zijn spelregels (procesrecht), organisatie en personele bezetting ook in de derde fase de vorm te krijgen die bij dat inhoudelijke integratieproces past overeenkomstig de stelregels: 'Form follows function' en 'Structure follows policy'. Het is deze gedachtegang die ook wordt gevolgd in paragraaf 6 van het aan de derde fase gewijd advies van 1 december 1994 van de door Hirsch Ballin ingestelde Adviesraad herziening Rechterlijke Organisatie.⁶⁸

Achtereenvolgens passeren hierna rechtswetenschappelijke literatuur, wetgeving en rechtspraak de revue waarin de gemelde samenhang aan het licht treedt.

Literatuur

a. Privaatrecht – Bestuursrecht

5.1.3. Een greep uit de literatuur geeft de betekenis aan die aan rechtsintegratie valt te hechten voor de herziening van de rechterlijke organisatie, en daaraan wat de eerste fase betreft al is toegekend. Zij bevestigt het feit en daarmee het belang van de naar rechtseenheid tenderende verbanden tussen privaatrecht

68. Ministerieel instellingsbesluit van 1 juli 1991, 13 7075/891; Trema september 1991, p. 276 e.v.

en publiekrecht en wel meer in het bijzonder tussen burgerlijk recht en bestuursrecht: een proces van verweving of rechtsverstrengeling.

– Nadat Bloembergen in 1977 in een reeks artikelen⁶⁹ over 'de eenheid van privaatrecht en administratief recht' een theoretische beschouwing had gegeven, heeft hij in zijn Leids afscheidscollege 'De open wetenschap van het privaatrecht'⁷⁰ getuigd op het grote belang van het bestuursrecht voor de verdere ontwikkeling van het privaatrecht. Zijn 'Cassatie in administratieve zaken'⁷¹ en zijn college ter opening van het studiejaar 1990 van de Juridische Faculteit te Leiden,⁷² 'De eenheid van het recht' geven eveneens verbanden aan tussen privaatrecht en bestuursrecht.⁷³ Hij komt in dit openingscollege – in discussie met G.H.A. Schut⁷⁴ – op tegen vereenzelviging van specialisatie met compartimentering en fragmentarisering, tegen opdeling van het recht in meer of minder in zichzelf besloten deelgebieden. Onder meer wijst hij er in overeenstemming met de bijzonder hoogleraar bankrecht Schaafsma⁷⁵ op dat de functionele rechtsgebieden veelal niet meer zijn dan 'collages' van onderdelen van andere rechtsgebieden, met name het privaatrecht en het bestuursrecht. De eenheid binnen die gebieden wordt niet bedreigd door het samenplakken van die onderdelen.

– Mr A. Blom, eertijds voorzitter van de Centrale Raad van Beroep, bepleit in zijn inleiding, op 18 november 1976 gehouden voor de Vereniging voor Arbeidsrecht, op grond van het in elkaar grijpen van burgerlijk recht en bestuursrecht met name op het gebied van de arbeid, het onderbrengen van bestuursrechtspraak bij de gewone rechterlijke macht.⁷⁶

– Mr E. Droogleever Fortuijn, eertijds landsadvocaat, wijst op

69. WPNR 5372-5377.

70. 24 september 1979; Deventer 1979.

71. Geschrift nr. 6 in de Reeks Studiekkring Drion, Deventer 1984.

72. Op 4 september 1990.

73. Bloembergens werk, Deventer 1992, p. 557 e.v.

74. Rechtbeoefening in de Toekomst, RM Themis, januari 1990.

75. Geld speelt een rol, intreedere, Deventer 1989.

76. SMA 1977, blz. 238 e.v.

‘Congruentie van privaatrechtelijke en administratiefrechtelijke begrippen’.⁷⁷ De congruentie m.n. van redelijkheid en billijkheid aan beginselen van behoorlijk bestuur wordt ook onderschreven door Schoordijk.⁷⁸

-- Van der Hoeven relativeert het onderscheid privaatrecht-publiekrecht in aanmerkelijke mate waar hij in ‘De magische lijn. Verkenningen op het terrein van publiek- en privaatrecht’ stelt: ‘In een samenleving waarin overheidshandelen en particulier handelen vergaand zijn verweven, waar bovendien de bevoegdheidenspreiding met betrekking tot de behartiging van de publieke taak zover is voortgeschreden als bij ons het geval is, is de zin van de onderscheiding van het recht in twee grote gebieden, publiek recht en privaatrecht, kwestieus geworden. En wel onverschillig welk criterium aan dit onderscheid wordt ten grondslag gelegd, voor zover men met dit onderscheid meer bedoelt te geven dan een historisch gegroeide indeling van de concrete rechtsstof. Dat wil echter niet zeggen, dat handelen ter vervulling van een publieke taak niet soms om eigen rechtsfiguren vraagt. Dat zal in het algemeen het geval zijn, wanneer algemeen belang en andere belangen in afweging moeten komen. Dit is vaak het geval bij het handelen door overheidsorganen, maar ook daar lang niet altijd. Het doet zich ook voor, als anderen dan de overheid een publieke taak vervullen, en voor zover zij dat doen, hetzij ingevolge uitdrukkelijke – bijv. wettelijke – opdracht, hetzij ingevolge hun feitelijke positie in de samenleving.’⁷⁹

En in zijn ‘Publiek- en privaatrecht’ heet het: ‘De gedachte dat het privaatrecht iedere burger in feite een gelijke behandeling verzekert is even onjuist als de opvatting dat de essentie van het publiekrecht crop zou neerkomen de overheid de weg te openen om door middel van haar bevelsmacht zich te doen gehoorza-

77. G.J. Scholten-bundel *Non Sine Causa*, Zwolle 1979, p. 39 e.v.

78. Bestuursrecht en privaatrecht. Een interne rechtsvergelijking, rede 1984, Alphen a/d Rijn, p. 36 e.v.; Hoe vat(te) de Burgerlijke Kamer van de Hoge Raad zijn rechtvormende taak op?, in *De Hoge Raad der Nederlanden*, Zwolle 1988, p. 15-17.

79. Bundel 100 Jaar rechtsleven 1870-1970, feestbundel NJV, Zwolle 1970, p. 218 en 219.

men. Reeds de maatschappelijke context staat daaraan in beide gevallen in de weg. En die maatschappelijke context vindt haar weerslag in het positieve recht en in de begrippen en vormen die aan dat positieve recht ten grondslag liggen. De scheidslijn tussen privaatrecht en publiekrecht is daarom niet zo scherp als veelal wordt gedacht, voorzover al van een scheidslijn sprake is. Begrippen die worden gehanteerd in beide rechtsgebieden blijken verwantschap te vertonen, van elkaar verschillende termen blijken soms verwante begrippen te dekken.⁸⁰

In zijn aan de wording en ontwikkeling van het bestuursrecht in Nederland gewijde studie 'De drie dimensies van het bestuursrecht' geeft Van der Hoeven voorts te kennen: 'Een poging tot plaatsbepaling van het bestuursrecht als deel van het recht, het karakter en de betekenis van de daardoor en daarin aangegeven normering, zijn plaats en wording, richt zich, in de door ons gekozen opzet, op de juridische legitimatie, en bewerktuiging van het bestuur, alsmede op zijn juridische plaats als deel van het rechtsbestel in zijn geheel. En daarom op de samenhang van het bestuursrecht, enerzijds met staatsrecht en staatkunde anderzijds met privaatrecht en strafrecht.'⁸¹ En ook: 'De penetratie van enerzijds staatsrechtelijke, anderzijds van privaatrechtelijke concepties in het bestuursrecht bepaalt ... in feite in belangrijke mate mede zijn inhoud en karakter.'⁸²

— E.J. Dommering vraagt in zijn monografie *Algemene belangen in het burgerlijk recht*⁸³ aandacht voor de kruisbestuiving tussen beide rechtsgebieden. Sprekend over 'rechter en beleids-toetsing' en over de gelijkenis tussen de toetsingsystemen op beide terreinen legt hij een verband met de beginselen van behoorlijk bestuur.⁸⁴

— Hirsch Ballin stelt in zijn artikel 'Voorbij het onderscheid van publiekrecht en privaatrecht': 'Uit een oogpunt van het toe te

80. *Ars Aequi* 36; 1987, 5.

81. *Alphen a/d Rijn* 1989, p. 227.

82. *T.a.p.* p. 232.

83. *Monografieën Nieuw BW A-serie* 7, Deventer 1982; het hoofdstuk privaatrecht en publiekrecht onder nummer 16.

84. *T.a.p.* nr. 23.

passen materiële recht is het onderscheid vergaand obsoleet geworden, nu grondrechten, algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook in privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen tussen overheid en burger blijken te kunnen worden gehanteerd, en nu de aard van de rechterlijke beoordeling van conflicterende belangen ook overigens niet langs de grenslijn publiekrecht/privaatrecht kan worden afgebakend.⁸⁵

– Van Wijk-Konijnenbelt typeert de band tussen drie hoofdstromen van het recht aldus dat het materiële administratieve recht – synoniem voor bestuursrecht – tussen privaatrecht en strafrecht in ligt. Het vormt in zekere zin een brug tussen beide. Hij concludeert dat sommige administratiefrechtelijke normen eigenlijk deze functie hebben, dat zij de privaatrechtelijke norm van maatschappelijke betamelijkheid nader omlijnen. En daar waar op de overtreding van de administratiefrechtelijke normen straf gesteld is, is het administratieve recht voor dat deel tevens strafrecht.⁸⁶

– W. Snijders opent zijn artikel 'Wederzijdse beïnvloeding van privaatrecht en bestuursrecht (NBW en Awb)'⁸⁷ met de vaststelling: 'Dat privaatrecht en bestuursrecht elkaar in toenemende mate beïnvloeden is inmiddels een gemeenplaats geworden.'⁸⁸ Hij bouwt in dat artikel onder meer voort op hetgeen hij reeds schreef in de Juvatbundel Bestuursrecht en Nieuw BW onder de kop 'Art. 3.1.1.15 Nieuw BW en de schakelbepalingen nader bezien'⁸⁹ waarin hij als toelichting op de derde van zijn in dat artikel ingenomen elftal stellingen te kennen geeft: 'Wanneer men maatstaven als redelijkheid en billijkheid of betamelijkheid goed toepast, houdt men rekening met de aard van de rechtsverhouding waarom het gaat. Wanneer die aard mede wordt bepaald

85. Juvatbundel Bestuursrecht en Nieuw BW, Zwolle 1988, p. 15 e.v.

86. Hoofdstukken van administratief recht, Lemma, Utrecht 1993, p. 28 e.v.

87. WPNR 6074, 1992, p. 999 e.v.

88. WPNR 6074, 19-26 december 1992, themanummer inzake de overheid in het privaatrecht, opgedragen aan J.M. Polak (door Bloembergen in zijn eerder genoemde openingsrede – zie noot 73 – de personificatie van rechtseenheid genoemd), levert overigens in zijn totaliteit een uitstekende röntgenfoto van het in deze groeiende ene 'corpus iuris'.

89. T.a.p. p. 49 e.v.

door de omstandigheid dat een der partijen de overheid is, dan zal men aldus – als het goed is – tot hetzelfde resultaat komen als met in diezelfde situatie voor toepassing in aanmerking komende algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Daarbij doet er niet toe of men deze ziet als een verbijzondering van de algemene privaatrechtelijke maatstaf met het oog op overheids-handelen danwel als bijzondere publiekrechtelijke regels die als subnorm in de algemene privaatrechtelijke maatstaf moeten worden ingepast. En als men niet tot hetzelfde resultaat komt, dan moet men dat als een boodschap opvatten dat men de betreffende normen dichter bij elkaar moet zien te brengen. Het betekent immers dat de afweging van de betrokken belangen tot dan toe bij de toepassing van ten minste één van deze normen niet juist geweest is. Alles komt dus inderdaad aan op het praktische resultaat.'

– Löwensteyn heeft erop gewezen dat in de rechtsgebieden van het rechtspersonenrecht en het bestuursrecht naar de kern hetzelfde gebeurt, zij het met een onderling verschillende uitwerking: 'Deze overeenstemming tussen de normen, die worden gehanteerd zowel in het administratief recht en bij het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad als ten aanzien van de nietigheid of vernietigbaarheid van besluiten van organen van rechtspersonen, mag niet verwonderen. Het gaat in wezen om hetzelfde: zowel bij openbare lichamen als bij privaatrechtelijke rechtspersonen vindt men organen, aan wie om uiteenlopende redenen de vrijheid is gegeven binnen de grenzen van de hun verleende bevoegdheid naar eigen inzicht hun beleid te bepalen.'⁹⁰

– Te wijzen valt ook op mr P.W.A. Gerritzen-Roden en prof. mr I.C. van der Vlies: 'De grenzen tussen privaatrecht en bestuursrecht zijn thans minder scherp dan het geval was onder de gemene rechtsleer. Het privaatrecht en het bestuursrecht hebben elkaar wederzijds beïnvloed. Publiekrechtelijke elementen zijn het privaatrecht binnengedrongen, waardoor zich een zekere vermaatschappelijking van dit rechtsgebied heeft voltrokken.

90. Pitlo/Löwensteyn/Raaijmakers, *Rechtspersonenrecht*, Arnhem 1994, p. 86 en 87.

Doordat rekening wordt gehouden met de individuele omstandigheden en bijzondere posities van de rechtssubjecten staat het beginsel van de partij-autonomie minder op de voorgrond. Omgekeerd heeft door de tendens tot horizontalisering van het openbaar bestuur ... de verhouding tussen bestuur en burger aspecten van een privaatrechtelijke rechtsbetrekking. Beide rechtsgebieden groeien steeds verder naar elkaar toe. In de rechtspraak dient met betrekking tot de rechterlijke competentie weliswaar een strikt onderscheid te worden gehanteerd tussen de administratieve rechter en de burgerlijke rechter, de inhoudelijke beoordeling van het bestuurshandelen geschiedt door beide rechters volgens dezelfde normen.⁹¹

– Van Schendel acht op het terrein van vertegenwoordiging regels en beginselen uit het privaatrecht van toepassing op het bestuursrecht, gelet op de eenheid van vertegenwoordigingsverschijnselen op beide terreinen en met inachtneming van de schakelbepaling van art. 3.79 BW.⁹²

– Het eerste lustrum van de Boeken 3, 5, 6, 7 en 8 van het Burgerlijk Wetboek (1 januari 1991-1 januari 1996) heeft Hondius onder meer reden gegeven aandacht te vragen voor de nauwe relaties tussen privaatrecht en bestuursrecht, privaatrecht en staatsrecht en privaatrecht en strafrecht. Zijn vaststelling luidt onder meer, dat het privaatrecht en het bestuursrecht elkaar steeds meer overlappen, dat de banden tussen staatsrecht en privaatrecht inniger worden en dat privaatrecht en strafrecht ook meer met elkaar hebben dan alleen de wet-
Terwee.⁹³

– De wisselwerking privaatrecht/bestuursrecht is ten slotte ook overtuigend geschetst door Menu.⁹⁴ Hij wijst er onder meer

91. Beginselen van Bestuursrecht, Samsom/HD Tjeenk Willink, tweede druk 1994, p. 148.

92. W.A.M. van Schendel, *Vertegenwoordiging in Privaatrecht en Bestuursrecht*, diss. Leiden, Deventer 1982, p. 206 e.v., m.n. p. 219.

93. E.H. Hondius, *Vijf jaar nieuw vermogensrecht*, NTBR 1997/1, p. 12 e.v. met uitvoerige literatuurverwijzing.

94. J.M.M. Menu, *De toezegging in het privaatrecht, een intern rechtsvergelijkende analyse met de toezegging in het bestuursrecht*, Kluwer, Deventer 1994, p. 249-258.

op dat civielrechtelijke begrippen als schade, causaliteit, eigen schuld, voordeelstoerekening e.d. ook worden gebezigd bij vergoeding van schade op bestuursrechtelijk terrein.

b. Bestuursrecht – Strafrecht

5.1.4. De groeiende wederkerige beïnvloeding tussen strafrecht en bestuursrecht wordt hier slechts kort aangestipt. Bestuursrecht en strafrecht treffen elkaar waar het gaat om sanctierecht. Enerzijds is er de bestuurlijke boete met een zogenoemd punitief karakter, derhalve op te leggen met het oogmerk van leedtoevoeging, en anderzijds is er de strafrechtelijke boete waaraan per definitie het element vergelding kleeft. Het toepassen van zowel de ene als de andere sanctie is gelijkelijk omgeven met dezelfde waarborgen die art. 6 en 7 EVRM en art. 14 IVBPR kennen. Anders gezegd, de bestuursrechter en de strafrechter hebben onderscheidenlijk bij het beoordelen van een beroep tegen een opgelegde bestuurlijke boete en bij het opleggen van een strafrechtelijke boete in zoverre te maken met dezelfde normen en maatstaven. Kortom, in beide gevallen heeft degene die een boetesanctie kreeg opgelegd respectievelijk daarmee wordt bedreigd, recht op een eerlijke en openbare behandeling van de zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. Dit betekent voorts dat in de betrokken procedures ook beginselen als geen strafoplegging zonder voorafgaande strafbepaling, het onschuldvermoeden, geen straf zonder schuld, hoor en wederhoor, evenredigheid tussen het strafbare doen of laten en de sanctie etc. moeten worden gerespecteerd.⁹⁵

De betekenis – ook in kwantitatieve zin – van deze aan bestuursrecht en strafrecht gemeenschappelijke normatuur is nog genomen in het licht van de op zichzelf omvangrijke gebieden waarop de bestuurlijke boete nu reeds kan worden opgelegd. Tekenend voor de tendens het instrument van de bestuurlijke boete ruimer in te zetten is de door 't Hart gebruikte term 'ver-

95. Het sleutelarrest op dit terrein is het Öztürk-arrest van het EHRM, 21 februari 1988, NJ 1988, 937.

bestuursrechtelijking' van het strafrecht.⁹⁶ Te wijzen valt op de fiscale boete in de vorm van door de belastinginspecteur toe te passen verhoging van de navorderingsaanslag⁹⁷, de door politie-ambtenaren op te leggen bestuurlijke boete ter zake van verkeersovertredingen (Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften; Lex Mulder) en de zogenoemde 'strafkorting' – gehele of gedeeltelijke intrekking van een uitkering – in de sociale-zekerheidswetgeving. Overigens is het bedoeld gemeenschappelijk regiem eveneens van toepassing op andere dan bestuurlijke boetesancties, bijvoorbeeld het – punitief – intrekken van een begunstigende beschikking.

Mr M.S.E. Wulffraat-van Dijk⁹⁸ wijst op de overeenkomst tussen de functie van de bestuursrechter en de strafrechter in zoverre dat zij zich beiden zonodig actief bemoeien met het verloop van de procedure en op zoek gaan naar de materiële waarheid, zoals dat ook geldt voor de burgerlijke rechter in de verzoekschrift-procedure. En ook overigens voor de civiele rechter voor zover deze meer en meer in daartoe aanleiding gevende gevallen oog in oog met partijen actief naar de materiële waarheid zoekt en geen genoegen neemt met de formeel-processuele waarheid. De ten onrechte nog met een onverantwoord generalisme als 'lijdelijk' gekwalificeerde civiele rechter heeft ook in zoverre een culturele omslag doorgemaakt of is daarmee bezig. Met name de actieve president en appèlrechter in kort geding leveren het bewijs.

Wetgeving

5.1.5. Ook de wetgever legt desbewust verbanden tussen privaat-

96. Zie zijn noot onder HR 22 oktober 1991, NJ 1992, 282. Zie (vooral) ook G.J.M. Corstens, Een stille revolutie in het strafrecht, afscheidsrede, Gouda Quint, Arnhem 1995, besproken door H. de Doelder in *Delikt en Delinkwent* 27 (1997), afl. 1, p. 39 e.v.

97. Art. 18 Algemene wet inzake rijksbelastingen.

98. Feitenonderzoek door de bestuursrechter, Zwolle 1995, p. 21. Zie ook prof. mr C.P.M. Cleiren – per 1 februari 1997 directeur-generaal Wetgeving, rechtshandhaving en rechtspleging van het Ministerie van Justitie – *Kruisbestuiving: procesposities in strafrecht en privaatrecht*, in: *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, onder redactie van A.M. Hol en C.J.J.M. Stolker, Kluwer 1995, p. 79 e.v.

en publiekrecht. Het inscharen in elkaars rechtsgebieden komt tot uitdrukking in de bekende schakelbepalingen van art. 3:1 Awb en art. 3:15, 3:59, 3:79 en 3:326 BW, alsmede in art. 3:14 BW. Uit de memorie van toelichting op de invoeringswet betreffende laatstgenoemd artikel het volgende citaat: 'Enerzijds is het belang van publiekrechtelijke beperkingen van privaatrechtelijke bevoegdheden sedert het ontwerpen van de inleidende titel sterk toegenomen in verband met de toetsing door de burgerlijke rechter aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur in geval het de overheid is, die de (des)betreffende privaatrechtelijke bevoegdheid uitoefent. (...) Anderzijds (...) zijn er rechtsfiguren waarbij (...) er veeleer zowel een privaatrechtelijke als een publiekrechtelijke inslag is zonder dat men kan zeggen welke overheerst.'⁹⁹ Sleutelbegrippen als redelijkheid en billijkheid, goede trouw en maatschappelijke zorgvuldigheid waarvan het BW doordesemd is, zijn materieel te vereenzelvigen met hetgeen in afdeling 3.2. Awb is gecodificeerd. Met een enkel steekwoord is hier ook duidelijk te maken dat schadevergoedingsregelingen in het strafrecht civielrechtelijke elementen bevatten. Art. 89 en 90 Sv: civielrechtelijke schadevergoeding, strafrechtelijk geregeld. Art. 51a, 334 en 361 Sv: civielrechtelijke schadevergoeding, strafrechtelijk gevoegd. Art. 36f Sr: strafrechtelijke schadevergoeding, civielrechtelijk begrensd. Art. 36e Sr: strafrechtelijke ontneming van voordeel, civielrechtelijk gekleurd. Ten overvloede zij hier ten slotte (nog eens) gewezen op de in alle gebieden van het recht werkzame receptie van grondrechten, in constitutie en verdragen vastgelegd.

5.2. Integreert het recht in de werkelijkheid?

Rechtspraak

5.2.1. De werkelijkheid van het recht is tastbaar in de rechtspraak. Het ligt dan ook voor de hand juist daaraan te toetsen of realiter sprake is van integratie en aldus antwoord te geven op

99. Parl. Gesch. boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1053-1054. Voor de effecten van deze wetgeving zij korthedshalve verwezen onder meer naar A.A. van Rossum, *Awb en burgerlijk recht*, opgenomen in *Overheid en nieuw bestuursrecht* onder redactie van mr G.R.J. de Groot, uitgave Pels Rijken & Droogleeuwer Fortuijn, 's-Gravenhage 1993, p. 99 e.v.

de hiervoor onder 5.2. geformuleerde vraag waar het gaat om het in elkaar grijpen en onderling aanhaken van privaatrecht en bestuursrecht respectievelijk bestuursrecht en strafrecht.

5.2.2. Een aantal uit het leven gegrepen voorbeelden geeft dat antwoord in bevestigende zin.

Civielrechtelijk contract en algemene beginselen van behoorlijk bestuur

1. De gemeente Amsterdam verlangt in 1978 een rechterlijk verbod tot gebruik als kantoor van het perceel Bachstraat 15 en beroept zich daartoe voor de civiele rechter op schending van de met de gemeente gesloten erfpachtsovereenkomst – wanprestatie – door Ikon, de gebruiker van het pand. In die overeenkomst was opgenomen dat de bestemming van het pand als woning, overeenkomstig de Algemene Bepalingen van voortdurende erfpacht 1915, zonder voorafgaande vergunning van B & W niet mag worden gewijzigd. Ikon had het pand evenwel verbouwd en in gebruik genomen als kantoor zonder de vereiste vergunning. Maatstaf ter beoordeling van de uitoefening door de gemeente van haar privaatrechtelijke bevoegdheden vormen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, i.c. het gelijkheidsbeginsel, waaraan de rechter – hier de ‘gewone’ rechter – het opereren van de gemeente rechtstreeks toetst. In zijn noot onder het arrest wijst Scheltema erop dat toetsing van overheids-handelen zowel door de bestuursrechter als de burgerlijke rechter geschiedt. De scheidslijnen tussen beide soorten van rechters zijn meer door toevalligheden dan door bewuste keuzes bepaald. De rechtsmaatstaven – geschreven of ongeschreven – ook dat is vaak toeval – waarnaar overheidsoptreden beoordeeld wordt, behoren in vergelijkbare gevallen dezelfde te zijn.¹⁰⁰

Publiekrechtelijk contract en redelijkheid en billijkheid

2. De gemeente Nieuwegein sluit met het rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam Gasbedrijf Centraal-Nederland, GCN, een publiekrechtelijke overeenkomst op de voet van de Gemeenschap-

100. HR 27 maart 1987, NJ 1987 727 met noot van MS; AB 1987, 273 met noot van F.H. v.d. Burg (Amsterdam/Ikon I).

pelijke Regeling gasvoorziening Centraal Nederland, waartoe Nieuwegein is toegetreden. De regeling wijst GCN aan als orgaan dat, kort gezegd, de gasvoorziening in de gemeente verzorgt. Deze voorziening strekt ten behoeve van kookdoeleinden, ruimteverwarming (c.v.), industriële doeleinden en het kunnen verkrijgen van warm water via geisers. De gemeente gaat nadien in zee met een ander rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam als bedoeld in de Wet gemeenschappelijke regelingen, genaamd stadsverwarmingsbedrijf Midden-Nederland, Stamin. Dat bedrijf zal ten behoeve van een viertal wijken binnen de gemeente stadsverwarming door middel van water verzorgen. GCN vordert in 1979 voor de burgerlijke rechter schadevergoeding van de gemeente onder meer op basis van wanprestatie ten aanzien van de contractuele relatie gemeente-GCN. De wanprestatie bestaat, aldus GCN, daarin dat de gemeente heeft besloten de stadsverwarming in de vier wijken door Stamin te laten aanbrengen. Met betrekking tot de maatstaf die moet worden aangelegd om antwoord te kunnen geven op de vraag of hier sprake is van tot schadevergoeding verplichtende wanprestatie van de gemeente merkt de Hoge Raad op 'dat de verplichtingen van de gemeente uit hoofde van de publiekrechtelijke overeenkomst met GCN mede worden bepaald door de aard van deze overeenkomst en de eisen van de redelijkheid en billijkheid'.¹⁰¹

Publiekrechtelijk contract en onvoorziene omstandigheden

3. In een volgende procedure tussen GCN en Nieuwegein vordert GCN in 1984 op dezelfde gronden als in de eerdere procedure nakoming van de hiervoor genoemde publiekrechtelijke overeenkomst met betrekking tot andere wijken dan de vier die in de schade-actie aan de orde waren. GCN werpt in cassatie op dat het hof niet de juiste beoordelingsmaatstaf heeft gehanteerd. Naar aanleiding van dit middel leert de Hoge Raad: 'Niet uitgesloten is dat een zodanige vordering (tot nakoming) moet worden afgewezen, en de wederpartij genoegen moet nemen met schadevergoeding, op grond van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven

101. HR 10 april 1987, NJ 1988 148 met noot van Heemskerk (GCN/Nieuwegein I).

van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Dit zal in het bijzonder kunnen worden aangenomen, wanneer voor deze uitkomst in het licht van die omstandigheden – waaronder ook nieuwe, niet in de overeenkomst verdisconteerde inzichten die tot een beleidswijziging nopen, kunnen zijn begrepen – voldoende rechtvaardiging bestaat. Daarbij zou onder meer moeten worden getoetst op de aard van de overeenkomst, de aard van de overheidstaak op de uitoefening waarvan het overheidslichaam zich beroept, en, wanneer het om een beleidswijziging gaat, om de aard en het gewicht van de maatschappelijke belangen die met die beleidswijziging zijn gediend. Bij het antwoord op de vraag of dit geval zich voordoet, gaat het echter – anders dan het hof heeft geoordeeld – niet om hetgeen waarvan aannemelijk is dat het gerechtvaardigd *kan* zijn ter uitvoering van de taak waarop het overheidslichaam zich tegenover de vordering tot nakoming beroept, noch ook om de belangrijke redenen die er *kunnen* zijn voor met de overeenkomst niet te verenigen beleid. Evenmin kan in dit kader worden volstaan met het aanleggen van de door het hof gebezigde maatstaf of de gemeente “in redelijkheid niet tot” haar door het hof bedoelde beleid “heeft kunnen komen”. De publiekrechtelijke aard van de onderhavige overeenkomst brengt zulks niet mee, noch ook de omstandigheid dat het gaat om een aangelegenheid die tot de huishouding van de gemeente behoorde danwel deel uitmaakte van de uitvoering van haar publiekrechtelijke taak.¹⁰²

Hier geeft de Hoge Raad aan dat de in art. 6:258 BW vastgelegde toets van een beroep op onvoorziene omstandigheden teneinde wijziging of ontbinding van een privaatrechtelijke overeenkomst te bereiken analoog van toepassing is als het om publiekrechtelijke overeenkomsten gaat. Daarbij spelen dan – vanzelfsprekend – de aard van de overeenkomst, de betrokken overheidstaak en het gewicht van de in het geding zijnde maatschappelijke belangen, waar het om een beleidswijziging gaat, een rol. Deze methode van oordeelsvorming, te weten in het licht van algemene rechtsbeginselen, geschreven of ongeschreven, en

102. HR 23 juni 1989, NJ 1991, 673; GCN/Nieuwegein II met noot MS; zie ook de noot van Tak onder het arrest in AB klassiek nr. 22.

mede aan de hand van alle relevante omstandigheden van het geval en op basis van belangenafweging, is gemeengoed in geschillenbeslechting op het terrein van het privaatrecht en daarom voor de burgerlijke rechter ook vertrouwd als het gaat om door hem te beslissen geschillen met publiekrechtelijke aspecten. Marginale toetsing – liever: redelijkheidstoetsing – wijst de Hoge Raad in deze zaak af. De beslissende vraag was immers of de overheid in overeenstemming met het recht had gehandeld. Vrijheid van overheidsbeleid of doelmatigheid van overheidsop treden was geen onderwerp van beoordeling.¹⁰³

De aanhef ten slotte van de hiervoor aangehaalde overweging van de Hoge Raad: denkbaar is dat de gevorderde nakoming moet worden afgewezen en met schadevergoeding genoeg moet worden genomen, treft als pendant van art. 6:168 BW.

Toezegging en onvoorziene omstandigheden

4. GS van Noord-Holland zeggen aan de kerkvoogdij van de Grote of St. Bavokerk te Haarlem in 1969 toe de restauratie van de kerk met ingang van 1973 jaarlijks te subsidiëren met 10% tot een maximum van f 60 000 onder voorwaarde dat het Rijk en de gemeente voor respectievelijk 60% en 30% zullen bijdragen in de kosten. In 1978 besluiten GS de toezegging in te trekken met dien verstande dat zij voor 1977 nog f 10 000 willen voteren, voor 1978 ook nog een subsidie willen geven en daarna van jaar tot jaar zullen bezien of subsidie kan worden verstrekt. De reden voor dit besluit is gelegen in een gewijzigd subsidiebeleid. De St. Bavo was met ingang van 1 januari 1977 tot nationaal monument verheven. GS zag derhalve voor de provincie in deze geen taak meer weggelegd.

De Afdeling Rechtspraak van de Raad van State, door de kerkvoogdij geplaast voor een beroep op het vertrouwensbeginsel ten gunste van het voortzetten van de subsidiëring als vanouds, stelt de vrijheid van GS om zijn beleid te wijzigen voorop. Gewekte verwachtingen dat het beleid ongewijzigd zou blijven hebben

103. Vgl. ook HR 24 april 1992, NJ 1993, 232 met noot MS, hierna onder (13) weergegeven.

dan ook in het algemeen geen succes. Gaat het evenwel om een concrete toezegging onder de werking van het vroegere beleid, dan mag de belanghebbende er krachtens het rechtszekerheidsbeginsel in het bijzonder op rekenen dat een zodanige toezegging wordt gestand gedaan mits het betreft medewerking aan een lange-termijnproject en aan de toezegging niet de voorwaarde is verbonden dat het beleid ongewijzigd blijft. 'Slechts niet voorzienbare, zwaarwegende wijzigingen in de omstandigheden zouden dan voor terugkomen op de gedane toezegging een rechtvaardiging kunnen opleveren. De omstandigheid dat later besloten is tot het voeren van een ander beleid biedt op zichzelf daartoe niet voldoende grond.'¹⁰⁴ De Afdeling lijkt als inspiratiebron voor haar beslissing aansluiting te hebben gezocht bij art. 6:5.3.11. ontwerp NBW, thans art. 6:258 BW.

Publiekrechtelijke bevoegdheid (bijv. tot disciplinair ontslag) als onderwerp van contract

5. Een medisch maatschappelijk werker van het Academisch Ziekenhuis Groningen, AZG, maakt zich in de tweede helft van de jaren '80 schuldig aan plichtsverzuim. AZG maakt het voornemen kenbaar de man – ambtenaar – op staande voet disciplinair te ontslaan. Het resultaat van daarna gevolgde onderhandelingen tussen partijen is een overeenkomst met de volgende inhoud. Het ontslagvoornemen wordt niet uitgevoerd en AZG zal zich gedurende een bepaalde periode inspannen de maatschappelijk werker intern een andere functie te bezorgen. Gelukt dit niet binnen die periode, dan krijgt de betrokkene reorganisatie-ontslag vanwege overtolligheid (ter verzekering van een uitkering ingevolge het Rijkswachtgeldbesluit of een daaraan volgende vervangende regeling). De maatschappelijk werker verbindt zich gedurende bedoelde periode actief naar een functie buiten het Ziekenhuis te zoeken.

Het AZG doet niets om de maatschappelijk werker binnen het Ziekenhuis aan een andere functie te helpen en heeft ook van begin af aan niet de intentie dat te bereiken. Zelf heeft de man extern zonder succes gesolliciteerd. Het AZG neemt het besluit

104. ARRvS 23 oktober 1979, AB 1980, 198.

tot reorganisatie-ontslag. Het Ambtenarengerecht te Groningen verklaart dit besluit nietig bij gebrek aan reorganisatie dus bij gebrek aan bevoegdheid op die grond te ontslaan. Vervolgens besluit het AZG op 16 februari 1989 alsnog tot strafontslag over te gaan en komt daarmee in zoverre terug op de overeenkomst dat alsnog uitvoering wordt gegeven aan het in die overeenkomst juist prijsgegeven voornemen de man wegens plichtsverzuim te straffen met de maatregel van ongevraagd ontslag met onmiddellijke ingang.

De Centrale Raad van Beroep verklaart dit besluit nietig. De Raad overweegt: 'Aan gedaagde (i.e. AZG) kan niet de bevoegdheid worden ontzegd om een verbintenisscheppende overeenkomst te sluiten waarin mede rechtsverplichtingen nader worden genormeerd die kunnen interveniëren in de uitoefening van krachtens het publiekrecht gegeven bevoegdheden. Uit een dergelijke overeenkomst vloeien gehoudenheden voort die ook in bestuursrechtelijke zin van directe betekenis kunnen zijn. Een grens ontstaat echter bij elementen van het overeengekomene die in strijd komen met het toepasselijke publiekrecht. I.c. moet worden vastgesteld dat het afzien van disciplinair strafontslag in het kader van een zodanige overeenkomst verbonden kon worden met een wederzijdse inspanningsverplichting om intern danwel extern een ander dienstverband te vinden. (...) De Raad is van oordeel dat eiser (de ambtenaar) op grond van de inhoud van de overeenkomst en de opstelling van gedaagde aanspraak had op een serieuze poging zijdens gedaagde hem elders en in een andere functie die hem buiten contacten met patiënten houdt in gedaagdes arbeidsorganisatie in te passen. Nu gedaagde heeft nagelaten ook maar een enigszins reële poging daartoe te ondernemen, staat dit nalaten in de weg aan het in overeenstemming met de redelijkheid uitoefenen van de disciplinaire strafbevoegdheid in de vorm van een strafontslag.'¹⁰⁵ Hier doet art. 6:248 lid 2 BW – de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid – opgeld. Ook werkt hier art. 6:23 BW indirect door. AZG ging niet over tot de actie die het op zich genomen had waarmee zij het vervullen van de voorwaarde voor niet ontslaan heeft belet.

105. CRvB 24 december 1990, AB 1991/438.

Vertrouwensbeginsel bij onbevoegde vertegenwoordiging

6. De staatssecretaris van Justitie trekt in 1980 een verblijfsvergunning in die verleend is aan een vreemdeling van Turkse nationaliteit. Vervolgens verklaart de staatssecretaris van Justitie de vreemdeling in 1981 ongewenst. Bij de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State beroept de vreemdeling zich erop dat de overheid bij hem de verwachting heeft gewekt dat hij in Nederland kan blijven. Daartoe verwijst hij naar een schriftelijke verklaring van 25 november 1981 van een politie-ambtenaar van de Vreemdelingendienst te Rotterdam. De verklaring is afgegeven ten behoeve van de verlenging van de geldigheidsduur van zijn nationaal paspoort en luidt als volgt: 'Dezerzijds bestaat geen bezwaar tegen het verlengen van de geldigheidsduur van het paspoort, aangezien hij (de vreemdeling) vermoedelijk toch wel weer in het bezit (gesteld) zal worden van een vergunning tot verblijf.'

De Afdeling overweegt onder meer: 'Op zichzelf valt niet uit te sluiten dat een ambtenaar van de Rijks- of Gemeentepolitie belast met het toezicht op vreemdelingen, ofschoon hij niet terzake van de ongewenstverklaring en de beslissing op het verzoek om herziening inzake het voortgezet verblijf van de vreemdeling het beslissingsbevoegde orgaan is, bij de vreemdeling verwachtingen kan wekken die verweerder dient te honoreren. In dit opzicht is immers niet zo zeer de formele bevoegdheidsverdeling binnen het overheidsapparaat van belang als wel de uiterlijke schijn van bevoegdheid waarop de justitiabele in redelijkheid mocht afgaan.'¹⁰⁶ Frappante gelijkenis tussen de aldus in de publiekrechtelijke sfeer geformuleerde norm en de privaatrechtelijke beginselen inzake rechtsbescherming voor wie mocht vertrouwen op de bevoegdheid van een in werkelijkheid onbevoegde vertegenwoordiger, valt niet te ontkennen. De gedachte dringt zich op dat de Afdeling zich geheel heeft kunnen vinden in de reeds eerder in deze door Van Schendel verdedigde opvatting hiervoor onder 5.1.3. samengevat. Interessant is hier dat de principaal niet heeft bijgedragen tot de schijn van bevoegdheid, dat in afwijking van art. 3:61 lid 2 BW, terwijl de casus ook niet

106. AB 1986/378.

valt onder lid 3. Evenwel ook de Hoge Raad neemt onder bijzondere omstandigheden aansprakelijkheid aan voor onbevoegd overheidsoptreden buiten toedoen van de wél bevoegde gezagsdrager.¹⁰⁷

Instemming met ontslag

7. Aan een ambtenaar-secretaris van een wetenschappelijk instituut wordt bij besluit van het algemeen bestuur van de Nederlandse organisatie voor wetenschappelijk onderzoek in 1989 wegens ongeschiktheid eervol ontslag verleend uit zijn functie. De secretaris komt tegen dit besluit op bij het toenmalig Ambtenarengerecht. Aan het besluit is niet voorafgegaan het dwingend-rechtelijk voorgeschreven advies van een commissie. Het betrokken voorschrift strekt ertoe ten behoeve van de ambtenaar een weloverwogen besluitvorming ter zake van een eventueel ontslag te waarborgen. De Centrale Raad van Beroep verbindt aan overtreding van het voorschrift dan ook in beginsel het gevolg dat het bestreden ontslagbesluit wegens strijd met een algemeen verbindend voorschrift niet in stand zou kunnen blijven maar acht uitzonderingen op deze regel denkbaar ingeval bij een ontslag als het onderhavige sprake is van overeenstemming tussen de ambtenaar en het bestuursorgaan. Voor het aanvaarden van deze overeenstemming is, aldus de Raad, nodig de 'onmiskenbare en ondubbelzinnige wilsuiting aan de zijde van eiser terzake van het hem te verlenen ontslag op grond van ongeschiktheid of onbekwaamheid'.¹⁰⁸ Treffend is de parallellie tussen deze cruciale overweging en die welke de Hoge Raad al onderschreef in zijn arrest van 28 mei 1982, NJ 1983, 2. Dat arrest leert dat voor het door een werknemer zelf vrijwillig beëindigen van zijn arbeids-overeenkomst is vereist dat er een 'ondubbelzinnige' ofwel duidelijke wilsuiting is van zijn kant, gericht op definitieve beëindiging van het dienstverband. In beide gevallen gaat het gelijkelijk om bescherming van de werknemer in een belang dat de hoeksteen van zijn maatschappelijk/economisch functioneren uitmaakt of pleegt uit te maken.

107. Arrest Felix-Aruba, IIR 27 november 1992, NJ 1993, 287; zie over dit onderwerp Schoordijk, NJB 1997, p. 53-58.

108. AB 1993, 162.

Causaliteit

8. Een inwoner van Borne verlangt in 1988 vergoeding van planschade naar aanleiding van het bestemmingsplan Elhorst-Vloedbelt. Dat voorziet in een vuilstortplaats nabij zijn woning. Daardoor zou de woning in waarde zijn gedaald en zou de eigenaar huurinkomsten derven. De Afdeling voor de Geschillen van Bestuur verwerpt als onjuist de maatstaf dat voor het vereiste oorzakelijk verband tussen de betrokken planologische maatregel en de schade 'een onmiskenbaar rechtstreekse relatie moet worden aangetoond'. Dit causaliteitscriterium acht zij te stringent geformuleerd. De Afdeling overweegt dat de door de gemeente in deze aangehangen zienswijze 'niet aansluit bij de meer gebruikelijke, in brede kring aanvaarde praktijk waarbij de causaliteitsvraag onderdeel vormt van de vraag of de schade die men lijdt of zal lijden toerekenbaar is aan de schade veroorzakende maatregel.'¹⁰⁹ Aannemelijk is dat de Afdeling hier geïnspireerd is door het centrale begrip redelijkheid als bepalend voor toerekenbaarheid onder de gezichtshoek van het vaststellen van causaliteit, zoals dat ook geldt in het strafrecht. Sinds het longembolie-arrest¹¹⁰ hanteert ook de strafrechter deze privaatrechtelijke oorzakelijkheidsnorm.

Vertragingsrente

9. Op 29 augustus 1991 kent de gemeente Heerenveen bij besluit een planschadevergoeding toe ad f 20 000, vermeerderd met de wettelijke rente sedert 26 september 1986. Als maatstaf voor de omvang van een dergelijke vergoeding noemt art. 49 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening billijkheid. Appellant was van mening recht te hebben op samengestelde interessen. De Afdeling voor de Geschillen van Bestuur is evenwel van oordeel dat de gemeente ten aanzien van de berekening van de vertragingsrente 'toerecht aansluiting heeft gezocht bij het burgerlijk recht zoals dit ten tijde van de bestreden beschikking luidde.'¹¹¹

109. AGvB 31 oktober 1991, Gemeentestem 1991, nr. 6935, p. 18 e.v.

110. HR 12 september 1978, NJ 1979, 60, met noot Th.W. van Veen. Laatstelijk nog in dezelfde zin: HR 26 juni 1996, Ars Aequi januari 1997, p. 49 e.v.

111. AGvB, 24 augustus 1992, AB 1993/4.

De Afdeling verwijst derhalve naar art. 1286 lid 3 BW oud. Consistent rechterlijk beleid op het gebied van berekening van verdragingsrente maakt het voor de hand liggend dat de bestuursrechter thans aansluiting zoekt bij art. 6:119 BW tenzij art. 182 Overgangswet NBW in voorkomende gevallen art. 1286 en 1287 BW oud nog van toepassing doet zijn.

Onverschuldigde betaling

10. Aan een ambtenaar zijn ten onrechte voorschotten uitgekeerd op zijn pensioen. De Algemeen Burgerlijke Pensioenwet kent geen restitutierecht. De Centrale Raad van Beroep beslist niettemin dat terugvordering is toegestaan met een beroep op 'het aan artikel 1395 BW ontleende algemene rechtsbeginsel, dat hetgeen onverschuldigd is betaald, kan worden teruggevorderd'.¹¹²

11. De gemeente Groningen heeft aan mevrouw Cornelissen gedurende enkele maanden meer betaald dan haar krachtens de betrokken uitkeringsbeschikking toekwam. Zij maakt de gemeente hierop attent. De gemeente blijkt een administratieve vergissing te hebben begaan en vordert bij de burgerlijke rechter het te veel betaalde terug op grond van onverschuldigde betaling. Degene die zonder rechtsgrond heeft betaald heeft het recht ex art. 1395 oud BW en art. 6:203 BW het te veel betaalde terug te vorderen. Beide wettelijke bepalingen geven uitdrukking aan een beginsel dat voor het gehele recht geldt, dus ook van toepassing is op betalingen van publiekrechtelijke aard, voor zover uit de wet niet het tegendeel voortvloeit.¹¹³ Terugvordering is echter uitgesloten indien dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Nu het gaat om een vordering van een overheidslichaam moet in dit kader rekening worden gehouden met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het vertrouwensbeginsel.

112. 24 februari 1983, AB 1984, 507.

113. HR 25 oktober 1991, NJ 1992, 299, Cornelissen/Groningen.

Onrechtmatige overheidsdaad

12. Alleen al het vervolgverhaal over onrechtmatig doen en laten van de overheid in alle denkbare standen, voor zover gepubliceerd in vakliteratuur, levert tot dusverre legio beslissingen op die de stelling van Scheltema bevestigen dat de reikwijdte van de aan de onrechtmatige daad gewijde bepaling in het BW is verbreed van een privaatrechtelijke bepaling tot een bepaling die privaatrecht en publiekrecht beide omspannt. Hij verbindt daaraan o.a. de conclusie dat, nu rechterlijke toetsing naar dezelfde normen plaatsvindt, het bevoegdheidvraagstuk er vooral één is geworden van 'doelmatige rechterlijke organisatie' en vraagt aandacht voor de eenheid van het rechtssysteem.¹¹⁴ De veelheid van uitspraken in de sfeer van de onrechtmatige overheidsdaad die banden met het publiekrecht keer op keer aantonen, adequaat weer te geven, gaat het bestek van het preadvies te buiten. Met verwijzing naar Onrechtmatige Daad VII; bewerkt door Damen, moge worden volstaan. Slechts twee specimina volgen.

Onrechtmatige overheidsdaad en algemene beginselen van behoorlijk bestuur

13. Een Zeeuwse aannemer schrijft in op een door de provincie uitgegeven bestek waaraan – in een zeer laat stadium – alsnog de eis wordt toegevoegd dat alleen de aannemer wiens bedrijf is aangesloten bij de Bedrijfsvereniging voor Bouwnijverheid voor het werk in aanmerking komt. Gelet op een aantal omstandigheden, acht het hof de uitsluiting van de aannemer door de provincie, volledig – niet marginaal – en rechtstreeks – dat wil zeggen niet via de sluizen van redelijkheid en billijkheid – getoetst aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, onrechtmatig. De Hoge Raad onderschrijft de door het hof gehanteerde maatstaf onder verwijzing naar het Ikon-arrest en (nu ook) naar art. 3:14 BW. Trefzeker schrijft Scheltema in zijn noot: 'De conclusie kan zijn dat de rechter bij de beoordeling van ieder bestuurshandelen zonder meer moet toetsen aan de regels van het geschre-

114. Zie ook zijn noot onder het Ikon-arrest – hiervoor geval (1) – en De burgerlijke rechter lost het probleem van de administratieve rechter op, opgenomen in: NJ 1913-1988, annotatoren kijken terug, Zwolle 1988, p. 144.

ven en ongeschreven recht, inclusief alle beginselen van behoorlijk bestuur. Een andere benadering zou tot niet te rechtvaardigen inconsequenties in het rechtssysteem leiden: aangezien de administratieve rechter wel steeds aan de genoemde beginselen toetst, zou de – zeer grillige – afgrenzing van competenties tussen gewone en administratieve rechter bepalen aan welke maatstaven getoetst moet worden. Iedere rechter behoort op dezelfde wijze aan rechtsregels te toetsen: het recht is voor de ene rechter niet anders dan voor de andere.’¹¹⁵

Onrechtmatige overheidsdaad/schadevergoeding

14. Bolsius, als werkzoekende ingeschreven bij het GAB te Oosterhout, solliciteerde naar een functie in Haaksbergen. Het aanvragen van die functie was voor Bolsius afhankelijk van de vraag of hij een tegemoetkoming zou kunnen krijgen in de kosten van zijn verhuizing. Het GAB te Oosterhout, door hem om informatie hierover gevraagd, gaf hem positieve inlichtingen, hetgeen ertoe heeft geleid dat hij de functie in Haaksbergen heeft aangenomen. Het GAB te Enschede, dat over zijn aanvraag om een tegemoetkoming in de verhuiskosten moest beslissen, wees zijn aanvraag af. Het GAB te Oosterhout had, zonder eerst het GAB te Enschede te raadplegen, de achteraf onjuist gebleken inlichtingen gegeven. Bolsius stelde geen beroep in bij de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State; hij was er inmiddels van overtuigd dat de Enschedese beschikking juist was.

Wel vroeg hij bij de burgerlijke rechter schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad, bestaande in het onjuist en onvolledig inlichten door het GAB te Oosterhout over het verkrijgen van een tegemoetkoming in verhuiskosten op grond van de Bijdrageregeling Verplaatsingskosten (BRV) 1977. De beschikking van de directeur van het GAB te Enschede verkreeg formele rechtskracht. Dat nam niet weg dat het Bolsius vrijstond een schadevergoedingsactie bij de burgerlijke rechter te starten. De Hoge Raad erkende dat Bolsius de keuzevrijheid had ofwel ex art. 7 Arob vernietiging van de beschikking van de directeur GAB te Enschede te vorderen en een nieuwe beschikking van de

115. HR 24 april 1992, NJ 1993, 232 met noot MS; Zeeland/Hoondert.

overheid te vragen ofwel Arob-beroep te laten passeren en de civiele rechter om tusschenkomst te vragen teneinde schadevergoeding te verkrijgen op basis van de los van de bestuurlijke beschikking staande onrechtmatige overheidsdaad in de vorm van het verstrekken van onjuiste informatie. Immers, aldus de Hoge Raad, de Wet Arob dient ertoe de rechtsbescherming uit te breiden.¹¹⁶ In zijn noot bespreekt Scheltema uitvoerig de coördinatie van de rechtsbescherming die de burger wordt geboden door onderscheidenlijk de bestuursrechtelijke en de burgerrechtelijke rechter. Hij plaatst zijn analyse andermaal in de sleutel van een goede taakverdeling tussen de rechters.

Indien de overheid zich overigens op haar beurt tot de burgerlijke rechter wendt met een vordering uit onrechtmatige daad is de bevoegdheid van de rechter noch de ontvankelijkheid van de vordering afhankelijk ervan of het de overheid als eiseres om een privaatrechtelijk belang gaat; het kan wat bevoegdheid en ontvankelijkheid betreft ook om een publiekrechtelijk belang gaan bijv. bij het handhaven en dus doen naleven van een publiekrechtelijke regeling.¹¹⁷

Termijnen

15. De minister van Verkeer en Waterstaat neemt de aanvraag van een mosselkweker tot het verkrijgen van een in art. 2 van de Delta-schadewet bedoelde tegemoetkoming in door hem geleden schade als gevolg van de in 1985 gereed gekomen stormvloedkering in de Oosterschelde niet in behandeling omdat de aanvraag te laat zou zijn ingediend. Art. 24 lid 4 en 5 van de Delta-schadewet bepaalt dat een schadeclaim moet worden ingediend binnen een jaar nadat de schade zich voor het eerst heeft voorgedaan. Als de aanvraag niet binnen dat jaar is ingediend, wordt deze niet in behandeling genomen. Daarop bestaat een uitzondering ingeval de aanvrager aantoont dat hij de aanvraag heeft ingediend zo spoedig als dit redelijkerwijs verlangd kan worden.

116. HR 2 februari 1990, NJ 1993, nr. 635 met noot MS.

117. HR 18 februari 1994 NJ 1995, 718 en 7 oktober 1994, NJ 1995, 719, beide met noot MS.

Deze uitzondering geldt, aldus de Hoge Raad, ook het geval waarin eerst na het verstrijken van het jaar aan de mosselkweker duidelijk is geworden dat er oorzakelijk verband bestaat tussen de afsluitingswerken en de schade met dien verstande dat zo spoedig mogelijk na het verkrijgen van de duidelijkheid de aanvraag moet worden ingediend. De Hoge Raad, hier de taak vervullend van bestuursrechter, verwerpt het cassatieberoep tegen de beslissing van de rechtbank waarbij de beschikking van de minister werd vernietigd en werd verstaan dat de aanvraag alsnog in behandeling zou worden genomen.

In zijn noot onder het arrest stelt Scheltema dat 'een administratieve rechter', waarmee hij kennelijk bedoelt een rechter zoals de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State er een is, tot dezelfde beslissing zou zijn gekomen. Daartoe wijst hij erop dat formele beletselen voor het geldend maken van aanspraken niet meer worden aanvaard als door de betrokken belanghebbende een gedragslijn is gevolgd die hem redelijkerwijze niet kan worden verweten. Dat geldt 'zelfs' bij de korte termijnen voor bezwaar en beroep, waar de rechtszekerheid meer meespeelt.¹¹⁸

Onteigening

16. In het systeem van het onteigeningsrecht waarin privaateigendom onder omstandigheden moet wijken voor een door de bestuurlijke overheid te behartigen publiek belang, is het de burgerlijke rechter die de onteigening uitsprekt en de schadeloosstelling vaststelt. In dat verband toetst hij – sinds het Benthem-arrest (zie noot 18) – de rechtmatigheid van het onteigeningsbesluit van de overheid op zorgvuldigheid bij het tot stand komen ervan en op het inhoudelijk voldaan zijn aan vier maatstaven: (a) ruimtelijke orderingsbelang/huisvestingsbelang, (b) publiek belang, (c) noodzaak en (d) urgentie. In de jaren '80 gingen de gemeente Tilburg en de Kroon bij het nemen respectievelijk goedkeuren van een onteigeningsbesluit uit van een inhoudelijk ander uitwerkingsbesluit dan door GS goedgekeurd. De Hoge Raad acht volledige en inhoudelijke toetsing aan het

118. Art. 6:11 en 8:41 lid 2 AwB; HR 11 juni 1993, NJ 1996, 14, met noot MS.

zorgvuldigheidsbeginsel op zijn plaats. Dit geldt vanzelfsprekend ook voor toetsing aan de wet. Voor zover het tevens ging om de noodzaak tot onteigening volstaat de rechter, aldus de Hoge Raad, met redelijkheidstoetsing.¹¹⁹ Vermelding van dit een en ander strekt ertoe vast te stellen dat de 'gewone' rechter ook op het – ingrijpende – terrein van de onteigening al jarenlang bestuursrechtelijk opereert.

*Civiele rechtspraak en formele rechtskracht*¹²⁰

17. Vulhop had belasting betaald op basis van de achteraf onverbindend gebleken Amsterdamse verordening watertoeristenbelasting 1978. Hij vorderde het betaalde bedrag terug van de gemeente, primair op grond van onrechtmatig handelen – vaststellen (en handhaven) van een onverbindende verordening – subsidiair wegens onverschuldigde betaling. Alles zonder succes. Hij was immers niet in administratief beroep gekomen tegen de beschikking waarbij de belasting krachtens die verordening was opgelegd en het was door die beschikking dat de gestelde schade ontstond, niet door het vaststellen van de verordening. Ook maakte hij geen gebruik van de voor hem beschikbare deugdelijke rechtsgang om met een beroep op onverschuldigde betaling de betaalde belasting terug te krijgen. Derhalve had de beschikking, aldus de Hoge Raad, formele rechtskracht hoewel zij gebaseerd was op een onverbindende verordening, terwijl klemmende bezwaren om een uitzondering op het beginsel van de formele rechtskracht te maken in casu niet aanwezig waren.¹²¹

18. De gemeente Rosendaal en Nispen trekt in 1983 met terugwerkende kracht over een bepaalde periode een WWV-uitkering bij beschikking in omdat betrokkene niet had opgegeven werkzaamheden te hebben verricht die normaal tegen betaling ple-

119. HR 29 juni 1988, NJ 1989, 32 met noot MS; vgl. ook de conclusie van de advocaat-generaal Moltmaker voor HR 10 augustus 1994, NJ 1996, 35 met noot van Mörzer Bruyns.

120. Zie ook prof. mr M.R. Mok en prof. mr R.P.J.G. Tjittes, *Formele rechtskracht en overheidsaansprakelijkheid*, RM Themis, november 1995, p. 383 e.v.

121. HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 638 met noot MS; Vulhop/Amsterdam.

gen te geschieden. Het daartegen gericht beroep wordt, getoetst aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, door de Centrale Raad van Beroep verworpen. De vervolgens door de gemeente bij de burgerlijke rechter ingediende vordering tot terugbetaling – de bestuursrechter kon daartoe niet bevelen – wordt toegewezen. Ook hier geldt de formele rechtskracht van de door de Centrale Raad getoetste beschikking als een gegeven voor de burgerlijke rechter. Het terugvorderingsbesluit door de burgerlijke rechter mag weliswaar wederom worden bestreden met een beroep op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maar dit kan slechts geschieden aan de hand van omstandigheden die niet reeds in het kader van de toetsing van het intrekkingbesluit door de bestuursrechter tot het voor de betrokkene beoogde resultaat hadden kunnen leiden.¹²²

19. Vastgoed 's-Gravenhage BV en haar directeur zien zich na aanslagen vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting geconfronteerd met versnelde invordering van de betrokken bedragen op de voet van de Invorderingswet en met in dat verband gelegd beslag op auto's, onroerende zaken en bankrekeningen, later vervangen door een bankgarantie. Toepassing van deze executiemaatregel heeft niet tot gevolg dat de betalingsverplichting door bezwaar of beroep kan worden opgeschort. Verzet tegen de maatregel is wel mogelijk maar schort in beginsel de executie ook niet op en valt niet te richten tegen de wettigheid of de hoogte van het bedrag van aanslagen. Nadien komen Vastgoed en haar directeur enerzijds en de inspecteur anderzijds tot een compromis inhoudend dat aanzienlijk lagere bedragen aan belasting verschuldigd zijn dan waarvoor oorspronkelijk aanslagen waren opgelegd en ten behoeve van versnelde invordering beslagen waren gelegd en bankgaranties waren verstrekt. Het compromis stemt overeen met nieuwe, lagere aanslagen die in de plaats komen van de eerdere aanslagen. Ingediende bezwaren en beroepschriften worden ingetrokken. Vastgoed vordert in 1984 van de Staat schadevergoeding wegens onrechtmatige daad bestaande in hoofdzak in het leggen van beslagen ter verzekering van de invordering van de in eerste instantie opgelegde, maar later bij compromis verminderde aanslagen. Wettig-

122. HR 10 augustus 1992, NJ 1993, 636 met noot MS.

heid en juistheid van de hoogte van het bedrag van de aanslagen zelf toetst, aldus de Hoge Raad, de burgerlijke rechter niet. Dit strookt met het beginsel van de formele rechtskracht. De eigen opstelling c.a. van Vastgoed mede naar aanleiding waarvan de aanslagen zijn opgelegd en de executiemaatregelen zijn getroffen, konden deze als niet in strijd met beginselen van behoorlijk bestuur rechtvaardigen.¹²³

20. Van de Akker sluit in 1977 een overeenkomst met de gemeente Heesch waarbij hij zich in verband met het door hem verlangd verzwaren en gebruiken van een uitweg naar de openbare weg ten behoeve van een te bouwen schuur verplicht f 3216 aan de gemeente te betalen voordat met de bouw zou worden begonnen en waarbij de gemeente hem toestemming verleent tot het verzwaren en gebruiken van de uitweg ten behoeve van de bouw. De overeenkomst is uitgevoerd. Van de Akker vordert nadien bij de gewone rechter de voldane f 3216 terug op grond van onverschuldigde betaling omdat het bedingen van de vergoeding de overeenkomst nietig maakt wegens strijd met art. 14 Wegenwet. De Hoge Raad gaat bij zijn – bevestigende – beantwoording van de vraag of de rechtshandeling nietig is uit van vaste jurisprudentie van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State inzake uitwegvergunningsinstelsels omdat de vraag typisch behoort tot die vragen tot het beantwoorden waarvan de Afdeling geroepen is.¹²⁴ De Hoge Raad stelt vast dat de als privaatrechtelijke overeenkomst ingeklede/vermomde rechtshandeling (mede) een beschikking van de gemeente was. Daartegen had Van de Akker evenwel geen Arob-beroep ingesteld. In dit verband stelt de Hoge Raad, zakelijk samengevat, voorop dat een beschikking waartegen niet via een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang is opgekomen voor de burgerlijke rechter geldigheid bezit ook als het bestuursrechtelijk beroep, ware het ingesteld, tot vernietiging van de beschik-

¹²³. HR 22 juni 1990, NJ 1993, 637.

¹²⁴. Zie voor dit uitgangspunt ook HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 met noot CJHB, Van Gog/Nederweert; zie voor de taakverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter de conclusie van de advocaat-generaal Vranken sub 16 t/m 18 vóór HR 28 oktober 1994, NJ 1995, 139 met noot MS, naar welk onderdeel van de conclusie de Hoge Raad in zijn arrest instemmend verwijst.

king zou hebben geleid.¹²⁵ Uitgangspunt daarbij is – in het licht van de nu eenmaal bestaande rolverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter – dat bij de stand van zaken waarbij een beschikking (in art. 1:3 lid 2 Awb: besluit zonder algemene strekking inclusief afwijzing van een aanvraag om een beschikking) onaantastbaar is geworden, de burgerlijke rechter moet aannemen dat de beschikking zowel wat haar wijze van totstandkoming als wat haar inhoud betreft in overeenstemming is met de toepasselijke wetsvoorschriften en met de algemene rechtsbeginselen. De beschikking heeft formele rechtskracht verkregen.¹²⁶ Evenwel bijzondere omstandigheden van het geval kunnen de bezwaren van het leerstuk van de formele rechtskracht in concreto zo klemmend maken dat een uitzondering daarop mogelijk is. Zo wist Van de Akker in casu niet en behoefde hij ook niet te weten dat er mogelijk een ‘arobabele’ beschikking zou kunnen schuilgaan in de door de gemeente gehanteerde rechtsfiguur. Die figuur was ontleend aan de gemeentelijke verordening op het ontsluiten van particuliere bouwterreinen. Deze verordening spreekt van het sluiten van een privaatrechtelijke overeenkomst waarbij het verlenen van een uitwegvergunning naar een weg van de gemeente afhankelijk wordt gemaakt van het betalen van een vergoeding voor door de gemeente gemaakte of nog te maken kosten van bouwrijp maken van het terrein waarvoor de vergunning wordt gevraagd. Bovendien had de gemeente er alles aan gedaan om de rechtshandeling de gedaante van een privaatrechtelijke overeenkomst te geven. Eerst na afloop van de Arob-beroepstermijn binnen welke Van de Akker zulk een beroep zou hebben kunnen instellen met betrekking tot de rechtshandeling van de gemeente die hem noopte een vergoeding te betalen, werd door uitspraken van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State duidelijk dat het door de gemeente (schriftelijk) vorderen van zo’n vergoeding een beschikking is.¹²⁷

125. Idem HR 14 mei 1993, NJ 1993, 641 met noot MS, Aruba/Playa Liquor.

126. Zie ook HR 28 oktober 1995, RvdW 1995, 123 c, Aharchi/Bedrijfsvereniging en Van Gog/Nederweert, reeds genoemd in noot 124.

127. HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 met noot MS, Heesch/Van de Akker; zie voor de leer van de formele rechtskracht inclusief uitzondering daarop ook HR 11 november 1988, NJ 1990, 563, Ekro-Staat.

21. Behalve de uitzondering als in de zaak Heesch/Van de Akker aan de orde erkent de Hoge Raad ook een uitzondering ingeval het overheidsorgaan en de belanghebbende achteraf eenstemmig zijn in hun oordeel dat het besluit/de beschikking onrechtmatig was. Zo moest het echtpaar Van Aarle in 1986 ervaren dat B & W van de gemeente Oedenrode het echtpaar ten onrechte weigerde de bestemming van zijn pand te weten horecabedrijf te wijzigen in kantoor. B & W en het echtpaar zijn het er – achteraf – over eens geworden dat de weigeringsbeschikking die formele rechtskracht had gekregen onrechtmatig was. De Hoge Raad oordeelt dat voor zo'n overeenstemming voldoende is dat de burger zich op het standpunt stelt dat van onrechtmatigheid sprake is en hij uit de verklaringen en gedragingen van het overheidslichaam begrijpt en in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mag begrijpen dat het overheidslichaam die onrechtmatigheid erkent, zodat op dit punt geen geschil bestaat, dat voor beslissing door een administratieve rechter in aanmerking komt. De gevraagde verklaring voor recht dat de gemeente onrechtmatig had gehandeld door haar weigering was dan ook terecht gegeven.¹²⁸ Het valt op dat het door de Hoge Raad gehanteerde criterium is geënt op art. 3:33 en 3:35 BW.

22. De twee hiervoor vermelde zaken (20) en (21) betroffen gevallen waarin het besluit of de beschikking in het geheel niet is aangetast ten overstaan van de bestuursrechter, danwel ondanks aantasting stand hield. De Hoge Raad erkent evenwel daarnaast ook de mogelijkheid van uitzondering op de formele rechtskracht als het omstreden besluit of de omstreden beschikking door de bestuursrechter is vernietigd. In dat geval wordt van oneigenlijke formele rechtskracht gesproken.¹²⁹ Dit komt aan de orde in het reeds in noot 124 en 126 genoemde arrest Van Gog/Nederweert. Sedert 1974/1975 exploiteert Van Gog illegaal een autoreparatiebedrijf in een voormalige agrarische bedrijfsruimte. B & W van Nederweert schrijven hem in 1980 aan de exploitatie te staken op straffe van bestuursdwang. De

¹²⁸ HR 18 juni 1993, NJ 1993, 642 met noot MS; hetzelfde type uitzondering wordt in beginsel erkend in *Hot Air/Staat*, 28 februari 1988, NJ 1989, 528 met noot MS, zij het dat de uitzondering in die zaak in concreto geen toepassing kon vinden.

¹²⁹ Mok en Tjittes t.a.p. p. 389 r.k.

Afdeling Rechtspraak van de Raad van State vernietigt de aanschrijving wegens motiveringsgebrek. De Afdeling vernietigt vervolgens een tweede besluit van B & W met dezelfde strekking als het eerste daar B & W bij afweging van alle betrokken belangen niet in redelijkheid tot het bestreden besluit hadden kunnen komen. B & W verklaren daarna het bezwaar van Van Gog tegen de eerste aanschrijving gegrond en vernietigen deze. Van Gog vordert voor de burgerlijke rechter schadevergoeding op te maken bij staat ter zake van gederfde bedrijfswinst, alsmede een geldbedrag ter vergoeding van kosten van rechtsgeleerde bijstand. De Hoge Raad is van oordeel: 'Indien een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt door een beschikking te nemen en te handhaven die naderhand door de rechter wordt vernietigd wegens strijd met de wet of op enige andere in artikel 8:1 Wet Arob vermelde grond – danwel een overeenkomstige grond vermeld in enige andere administratieve wet –, is daarmee de schuld van het overheidslichaam in beginsel gegeven. Zelfs wanneer het overheidslichaam geen enkel verwijt treft, moet worden aangenomen dat deze onrechtmatige daad in beginsel – in de terminologie van art. 6:162 BW – voor rekening van het overheidslichaam komt. Niet uitgesloten is dat hierop onder bijzondere omstandigheden een uitzondering moet worden gemaakt, ook dan wanneer het niet gaat om een vernietiging wegens strijd met de wet.' De Hoge Raad bevestigt hier andermaal de formele rechtskracht van het oordeel van de Afdeling, onder aantekening dat niet is uitgesloten dat bijzondere omstandigheden in verband met de aard van het oordeel tot een andere beslissing omtrent de bindende kracht van het oordeel zouden nopen, hetgeen zich in het onderhavige geval overigens niet voordeed.

De voormelde jurisprudentie inzake de formele rechtskracht is illustratief voor het integratieproces.

In de eerste plaats laat de daarin op zichzelf reeds nodeloze terreinafbakening tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter blijkens de uitzonderingen op de regel van de formele rechtskracht open grenzen zien. Onder omstandigheden acht de burgerlijke rechter zich niet gehouden zich te refereren aan de via enig mechanisme onherroepelijk geworden besluiten van de overheid. De burgerlijke rechter betreedt dan het terrein van

de bestuursrechter. Dit kan zich, zoals is gebleken, voordoen zowel in geval de tussenkomst van de bestuursrechter met betrekking tot een omstreden besluit of beschikking niet is ingeroepen als in het geval waarin dat wel is gebeurd en de bestuursrechter het besluit of de beschikking wel heeft getoetst hetzij met een bevestigende hetzij met een vernietigende uitkomst. In deze gevallen vormt de burgerlijke rechter zich een oordeel over een materie die in beginsel aan de bestuursrechter ter beoordeling was voorbehouden. Er is, anders gezegd, grensoverschrijdend rechtर्सverkeer.

In de tweede plaats vertoont de formele rechtskracht van een al dan niet door de bestuursrechter getoetst bestuursrechtelijk besluit verwantschap met het gezag van gewijsde van civielrechtelijke beslissingen. Beide leerstukken hebben gemeen dat rechter en partijen gebonden zijn aan hetgeen naar aanleiding van een geschil eerder via rechterlijke tussenkomst als rechtspositie van partijen jegens elkaar onveranderlijk is vastgesteld. Dat het bereik van de formele rechtskracht, anders dan dat van het gezag van gewijsde, ruimer kan zijn dan de kring van partijen zelf, doet daaraan niet af. Evenmin doet daaraan af dat het gezag van gewijsde, anders dan de formele rechtskracht, niet ambtshalve door de rechter in zijn beslissing mag worden verdisconteerd. Overigens verdient daarbij aantekening, dat, waar derdenwerking van formele rechtskracht van overheidsbesluiten, gelet op de positie van derde-belanghebbenden, meer in de rede ligt, derdenwerking ook aan gezag van gewijsde verbonden kan zijn. Daarbij valt te denken aan procedures betreffende de staat van personen waarvan de uitkomst jegens een ieder geldt.

Strafrechtspraak en formele rechtskracht

23. Dat ook bestuursrechtspraak en strafrechtspraak elkaar nauw kunnen raken om niet te zeggen in de weg zitten, is onder meer pijnlijk duidelijk te demonstreren aan hetgeen de vennootschap overkwam die een autosloperij – ‘autowrakkeninrichting’ – exploiteerde te Soest. De vennootschap werd strafrechtelijk vervolgd wegens handelen in strijd met de voorschriften verbonden aan de vergunning door de provincie aan de vennootschap verleend op de voet van de Afvalstoffenwet. In 1994 werd de vennootschap in hoger beroep, evenals in eerste aanleg, tot straf

veroordeeld. In hetzelfde jaar, ongeveer 8 maanden later, honoreerde de Afdeling Bestuursrechtspraak het beroep van de vennootschap tegen de haar door de provincie aangezegde bestuursdwang wegens overtreding van dezelfde voorschriften. Kortom, het hof besluit: wél overtreding; de Afdeling besluit: geen overtreding. In de strafzaak werpt de vennootschap in cassatie op dat de bewezenverklaring niet naar de eis der wet met redenen is omkleed omdat het hof de in de bewezenverklaring bedoelde vergunningsvoorschriften ten onrechte op andere wijze had uitgelegd dan de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State in haar na de bestreden uitspraak van het hof gedane uitspraak. De Hoge Raad overweegt: 'Deze stelling kan in haar algemeenheid niet als juist worden aanvaard. De uitleg van de in het middel bedoelde vergunningsvoorschriften is van feitelijke aard en dient te geschieden naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting. Het stond het hof vrij om tot zijn uitleg van de meerbedoelde vergunningsvoorschriften te komen, ook al zou deze afwijken van een later door de Afdeling Bestuursrechtspraak gegeven uitleg.' In zijn conclusie voorafgaand aan het arrest legt de advocaat-generaal Van Dorst via een loepzuivere theoretische analyse uit dat er niet van onverenigbaarheid van uitspraken gesproken behoeft te worden. Zijn uitspraakzetting moge 'niet onbegrijpelijk' zijn en voor een meer dan modale jurist nog juist te volgen, voor de modale rechtzoekende heet het: gestraft wegens het opvolgen van voorschriften.¹³⁰

24. Gelukkige afstemming tussen de strafkamer en de civiele kamer van de Hoge Raad inzake verzetprocedures betreffende een bestuurlijke beschikking blijkt naar aanleiding van een Hollands parkeerdrama. Een automobilist, getroffen door autopech, weet zijn auto aan de kant van de weg te krijgen op een invalidenparkeerplaats (bord E6, bijlage 1 RVV 1990) om vervolgens hulp te gaan halen. Hij begeeft zich eerst terstond naar de dichtstbijzijnde politiepost en meldt daar dat zijn auto op de parkeerplaats staat met pech. Naar zijn zeggen heeft de dienstdoende adjudant van politie hem de verzekering gegeven dat zijn auto daar kon blijven staan. Teruggekeerd op de parkeerplaats blijkt de auto inmiddels reeds weggesleept en tegen betaling van f 262,75 te-

130. HR 23 mei 1995, NJ 1995, 693 met noot MS.

rug te verkrijgen. Dat bedrag is betaald maar later weer teruggestort. Een aantal weken nadien krijgt hij ter zake van overtreding van het parkeerverbod een bestuurlijke boete à raison van f 100. Hij voldoet de boete niet maar tekent te laat beroep aan bij de officier van justitie die hem niet-ontvankelijk verklaart. Hij gaat van die beslissing niet in beroep bij de kantonrechter en laat ook twee verhogingen van de boete voor wat ze zijn. Vervolgens ontvangt hij een dwangbevel tot betaling van f 100 c.a. Daartegen komt hij in verzet bij de kantonrechter en voert aan dat 'de bekeuring is vernietigd'.

De kantonrechter verklaart het verzet ongegrond omdat de man niet aannemelijk heeft gemaakt dat de politie hem heeft toegezegd dat de beschikking houdende het opleggen van de administratieve boete ad f 100 zou worden ingetrokken, zodat het dwangbevel terecht is uitgevaardigd.

De (strafkamer van de) Hoge Raad gaat uit van de formele rechtskracht van de beschikking waarbij de administratieve boete is opgelegd en neemt letterlijk de formulering van dat beginsel – inclusief de mogelijke uitzondering erop – over uit het arrest van zijn civiele kamer van 16 mei 1986, NJ 1986, 723, hiervoor onder (20) vermeld. Dit beginsel ligt ten grondslag aan de regel dat het verzet tegen tenuitvoerlegging van het dwangbevel niet tegen de sanctiebeschikking kan worden gericht (art. 26 lid 3 WAHV). Evenals in HR 18 juni 1993, NJ 1993, 642, hiervoor onder (21) vermeld is de Hoge Raad van oordeel dat er in casu aanleiding is om op het beginsel van de formele rechtskracht een uitzondering van toepassing te achten, daarin bestaande dat de overheid, zoals uit gedragingen en uitspraken van die zijde mocht worden afgeleid, een gemaakte vergissing met betrekking tot de opgelegde sanctie en derhalve de onrechtmatigheid ervan achteraf heeft erkend. Derhalve was het oordeel van de kantonrechter ontoereikend gemotiveerd.¹³¹

131. HR 6 juni 1995, NJ 1995, 696 met noot MS; zie voor het doorbreken van de formele rechtskracht ook HR 13 februari 1996, VR 1996, 228.

Strafvervolgning en beginselen van behoorlijk bestuur

25. Het OM geeft aan een belastingfraudeur kennis van niet verdere vervolging onder voorwaarde dat deze afziet van bezwaar en beroep tegen opgelegde belastingaanslagen inclusief verhoelingen en reeds gemaakt bezwaar en ingesteld beroep intrekt. de verdachte voldoet niet aan de voorwaarde. Het OM gaat over tot dagvaarding. Het hof acht de voorwaarde in strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur daar voldoen aan de voorwaarde verdachte zou beroven van het ieder toekomend recht in belastingzaken de rechtsgang te volgen die de wet hem toekent. Het OM wordt niet-ontvankelijk verklaard in zijn strafvervolgning wegens handelen in strijd met een goede procesorde.¹³²

Conclusie

5.2.4. De bij wijze van pars pro toto hiervoor gegeven voorbeelden uit de rechtspraakpraktijk bevestigen gaaf het proces van rechtsinhoudelijke integratie. Historisch worden rechters geacht hun ambacht uitsluitend te bedrijven binnen de grenzen van één van de hoofdterreinen van het recht, klassiek benoemd als burgerlijk recht, strafrecht en bestuursrecht. De praktijk maakt evenwel zichtbaar dat rechters bij het beslissen van geschillen inzake – soms veel omvattende – rechtsverhoudingen, in het leven geroepen onder meer door overeenkomst, onrechtmatige daad, besluit of beschikking, gebruik maken van instrumenten – begrippen, normen en beginselen – die in oorsprong gerekend werden tot het domein van een ander rechtsgebied dan dat waarop hun rechterlijke competentie betrekking heeft. Het bloedgroepensysteem, gebaseerd op betrekkelijk incidenteel bepaalde en in zoverre willekeurige toedeling van rechterlijke bevoegdheden, kreeg gestalte in organisatorische apartheid maar is overleefd door wederkerig beïnvloeden van rechtsgebieden op het beslissende niveau. Rechterlijk 'paars' avant la lettre. Daarvan kan onder meer als concreet voorbeeld gelden het fenomeen 'combikamer' van een rechtbank. Een dergelijke kamer die schadevergoedingsvraagstukken behandelt en waarin

132. Hof Den Bosch 18 december 1991, NJ 1993, 60.

de ontwikkeling van de eenzijdige tweeling, het bestuursrechtelijk en het civielrechtelijk schadevergoedingssysteem, zijn praktisch werkbare kansen krijgt, maakt de rechtsinhoudelijke integratie ook consequent zichtbaar in het personele vlak. Die twee-eenheid in hoger beroep weer ontbinden? Dat is bizar en wordt niet anders waar bijv. bestuursrechters inmiddels ruimte bieden aan de mogelijkheid tegen een zuiver schadebesluit een rechtsmiddel aan te wenden.

5.3. Logica en organisatie

5.3.1. Daar de geschetste vervlechting van de diverse rechtsgebieden niet ophoudt te bestaan op het niveau van de appèlrechtspraak, ligt het voor de hand de rechtsinhoudelijke integratie ook op dat niveau organisatorisch adequaat vorm te geven, zoals dat op het niveau van de eerste instantie al een feit is. Wat inhoudelijk bijeenhoort en dienovereenkomstig in eerste aanleg organisatorisch vorm heeft gekregen, zal de organisatie van de tweede aanleg niet scheiden. Nu al verenigen de gerechtshoven organisatorisch in zich de rechtspraak op het terrein van het burgerlijk recht, het strafrecht en een belangrijk onderdeel van het bestuursrecht, te weten het belastingrecht. Voor de procedure in belastinggeschillen, derhalve ten behoeve van de rechtsbescherming in fiscale zaken, is vanaf 1994 op verschillende punten reeds aangesloten bij de Awb. Het ligt in de bedoeling per 1 juli 1997 hoofdstuk 8 van de Awb grotendeels op fiscale procedures van toepassing te doen zijn.

5.3.2. Tegen deze achtergrond en in het belang van het verband zowel tussen de diverse onderdelen van het bestuursrecht als tussen de drie betrokken hoofdterreinen van het recht onderling, is het logischerwijze aangewezen als uitgangspunt in beginsel te kiezen voor toedeling van appèlrechtspraak in *alle* bestuursrechtelijke geschillen – ongesplitst naar soort – aan de vijf bestaande gerechtshoven. Dit uitgangspunt behoort slechts uitzondering te lijden als zich omstandigheden voordoen die evident dwingen tot toedeling van enig onderdeel van bestuursrechtspleging in hoger beroep aan één hof. De wetsontwerpen-Loeff uit 1905 inzake de organisatie van de bestuursrechtspraak strekten onder meer al tot inbouw van bestuursrechtelijk appèl

in de hoven. Met deze – in 1937 ingetrokken – wetsontwerpen was Loeff zijn tijd te ver vooruit. Bijna een eeuw later zijn zijn voorstellen naar de kern nog up to date: Loeff revisited. Ook de Staatscommissie HRO kiest ervoor alle rechtspraak in hoger beroep op te dragen aan de gerechtshoven.¹³³ Dezelfde keuze maakt de Commissie ter bestudering van de herziening van de belastingrechtspraak in haar rapport *Herziening belastingrechtspraak*.¹³⁴

5.3.3. Er is geen reden aan te nemen dat het algemeen of publiek belang dat in bestuursgeschillen meer of minder aan de orde is in zijn verhouding tot betrokken belangen van individuen, of groepen van individuen een zodanig sui generis karakter draagt dat om die reden de huidige, nog resterende organisatorische apartheid van de bestuursrechtspraak moet worden gecontinueerd.

5.3.4. Spreiding van appèlrechtspraak in bestuursgeschillen over alle gerechtshoven biedt bovendien voor rechtzoekenden het bijkomend voordeel van gunstige bereikbaarheid van de appèlrechter. Dit past in de tweede doelstelling van de HRO, het verbeteren van de cliëntgerichtheid van de rechtspleging (vgl. 3.3.1.)

Rechtseenheid en organisatorische integratie

5.3.5. De vraag kan worden gesteld¹³⁵ of – uitgaande van het handhaven respectievelijk scheppen van twee instanties als vuistregel – spreiding van appèl met betrekking tot *alle* soorten van bestuursgeschillen over *alle* gerechtshoven geen handicap vormt voor het bereiken van rechtseenheid. Minst genomen ligt het begin van een antwoord op die vraag besloten in de visie van de

133. Eindrapport deel I, p. 19 e.v.

134. Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, nr. 201, Deventer 1996; p. 13; leden van de Commissie waren mr H. Smit, voorzitter, mr J.W. van den Berge en mr A. Harman. Zie ook stenografisch verslag van de bespreking van het rapport in de algemene ledenvergadering van 13 juni 1996, Geschriften nr. 203, Deventer 1996.

135. Zie onder meer mr A.G. van Galen in *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 6 juni 1993, p. 201-205, en prof. mr A.Q.C. Tak, *Algemene wet bestuursrecht*, Zwolle 1995, p. 180.

minister van Justitie als ontvouwd in de memorie van toelichting op de wet inzake de eerste fase HRO, waar hij schrijft: 'De rechterlijke organisatie behoort de eenheid van recht en rechtspraak mogelijk te maken. Dat wil allereerst zeggen dat zowel de eenheid *binnen* de civiele rechtspraak, de strafrechtspraak en de administratieve rechtspraak als de eenheid *tussen* die rechtsgebieden, en daarmee de eenheid van het recht als geheel, moet worden gewaarborgd. Daaruit volgt, dat de civiele rechtspraak, de strafrechtspraak en de administratieve rechtspraak zoveel mogelijk binnen één geïntegreerde rechterlijke macht dienen plaats te vinden, waarbij moet worden voorzien in een zodanige structuur, dat in beginsel uiteindelijk één rechterlijke instantie kan oordelen over alle rechtsvragen waarbij de eenheid van het recht als geheel in het geding is. Het feit dat tussen bepaalde bestaande colleges, met name tussen colleges die in laatste instantie oordelen, informele samenwerkingsverbanden bestaan, illustreert de noodzaak van integratie: zij zijn immers veelal juist een gevolg van de bestaande, niet optimale situatie. Dergelijke samenwerkingsverbanden zijn nuttig en in de huidige omstandigheden noodzakelijk. Zij kunnen echter niet de nagestreefde eenheid over de hele linie van recht en rechtspraak verzekeren.'¹³⁶

5.3.6. Het begrip rechtseenheid valt te onderscheiden in eenheid in rechtsoordelen en eenheid inzake feitelijke onderdelen die de individuele zaak overstijgen. In beide aspecten behoort uniformiteit te bestaan tussen de onderscheiden rechtsgebieden.¹³⁷ Het college bij uitstek dat – afgezien van rechtsontwikkeling en waarborgen van procesfairness – primair rechtseenheid in zijn portefeuille heeft is de Hoge Raad als cassatierechter. Op het niveau van de Hoge Raad komen nu reeds draden van de drie hoofdstromen van ons recht samen. Het ligt dan ook in de rede als sluitsteen van de HRO de Hoge Raad aan te wijzen als cassatieforum dat finaal antwoord geeft op rechtsvragen, ook met betrekking tot dat deel van het bestuursrechtelijk terrein waarop nu de huidige appèlrechters in bestuurszaken danwel de enige rechters in dat type geschillen nog eindrechter

136. TK 1990/1991, 21 967, nr. 3, p. 3.

137. Zie het advies van de Hoge Raad van 14 maart 1995 inzake hogere voorziening in vreemdelingenzaken, noot 4.

zijn. Ook de discussienota noemt dit een voor de hand liggende figuur.¹³⁸ Scheltema, sprekend over de Hoge Raad en rechtseenheid, over de verhouding tussen de Hoge Raad en administratieve rechters, en over de verwevenheid van het bestuursrecht met door de Hoge Raad voor het overige bestreken rechtsgebieden, toont zich er sterk voor geporteerd de bewaking van de rechtseenheid aan de Hoge Raad als enige hoogste rechter toe te vertrouwen.¹³⁹ Zijn pleidooi heeft niets aan kracht verloren, integendeel, het is sterker geworden in het licht van de breder toe te passen Algemene wet bestuursrecht, ook door de burgerlijke rechter. Voor het alsdan door de Hoge Raad in de derde fase waarmaken van zijn (eind)verantwoordelijkheid voor rechtseenheid en rechtsontwikkeling, borg staan voor fundamentele beginselen van behoorlijke rechtspleging daaronder begrepen, is voorwaarde dat de omvang van die daartoe stringent te beperken kerntaak te beheersen is en blijft. Binnen het bestek van dit preadvies wordt hier volstaan met de stelling dat wijze beperking van het cassatievolume via enig al dan niet tot enig rechtsgebied beperkt verlostelsel of verruiming van het systeem van art. 101a RO danwel een combinatie van beide danwel enig ander cassatie-afremmend mechanisme onvermijdelijk is ter beheersing van de werklust van de Hoge Raad en het Openbaar Ministerie bij de Hoge Raad en ten behoeve van concentratie op de wezenlijke vraagstukken en de interne coördinatie binnen de Raad. Deze beperking van het cassatievolume geeft eens te meer reden ruimte te maken voor hoger beroep, ook in bestuurszaken, zoveel als maar in overeenstemming is met kwaliteit en doelmatigheid.

5.3.7. In het huidige stelsel spreken vijf colleges in hoogste feitelijke instantie op vrijwel alle daaraan telkens afzonderlijk toevertrouwde terreinen als eindrechter recht. Het betreft de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, het College van Beroep Studiefinanciering en de Tariefcommissie. Alleen uitspraken van de CRvB en het CBB en hun presidenten¹⁴⁰ zijn

138. T.a.p. sub 4.3.3., p. 18.

139. Zie De Verwachtingen voor de toekomst, in: De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel, Zwolle 1988, p. 335 e.v.

140. HR 24 januari 1996, Jurisprudentie Bestuursrecht, 43.

cassabel en slechts voor zover de uitleg van een beperkt aantal begrippen aan de orde is.¹⁴¹ In 1995 is blijkens het jaarverslag van de Centrale Raad van Beroep over 1995 26 keer gebruik gemaakt van het rechtsmiddel van beroep in cassatie. Een *compleet* overkoepelende rechtseenheidsbewaker ontbreekt. Een dergelijk stelsel voldoet niet als het gaat om het verzekeren van de rechtseenheid waarvoor nu juist het cassatie-instituut is ontwikkeld.

5.3.8. Uitgaande van een cassatie-instituut, een 'rechtshoelheidsvoorziening', is het niet alleen geen bezwaar maar, integendeel, juist een voordeel als er, anders dan thans, in de bestuursrechtsspraak niet langer telkens één college is naast andere parallelcolleges dat de rechtseenheid op de onderscheiden gebieden van het materiële bestuursrecht gescheiden heeft te dienen. De van ouds bestaande spreiding van het hoger beroep in civiele en strafzaken over de vijf gerechtshoven als hoofdregel is ook niet negatief gewaardeerd wegens een tekort aan rechtseenheid. Niet valt in te zien dat dit anders ligt, zodra het gaat om in de hoven nieuwe stijl ingebed bestuursrechtelijk hoger beroep. Daarmee is niet gezegd dat in de eenmaal verwezenlijkte derde fase HRO van de hoven nieuwe stijl geen bijdrage mag worden verwacht aan de behartiging van het rechtseenheidsbelang. Hoven hebben, zoals elke rechter, professioneel tot taak bij te dragen aan rechtseenheid, zij het dat die taak, zoals Vranken het uitdrukt, minder prominent is dan het in het belang van de rechtsbescherming bieden van een volwaardige tweede kans.¹⁴² Op het niveau van het aan de hoven toevertrouwd en nog toe te vertrouwen hoger beroep is wèl van groot belang de zorg voor eenheid van feitelijke oordelen die de individuele zaak overstijgen en bestaat voorts een streven naar eenheid in rechtsoordelen.

5.3.9. Aan het belang van door besturende overheidsorganen te voeren slagvaardig en samenhangend bestuurlijk beleid kunnen gerechtshoven ingevolge hun genoemde zorgplicht zeer wel tegemoet komen door coördinatie van praktisch gericht rechter-

141. Zie bijv. art. 18c Coördinatiewet Sociale Verzekering, art. 53 Algemene Ouderdomswet, art. 61 Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten, art. 39 Toeslagenwet, art. 31 Algemene Kinderbijslagwet.

142. Vgl. Asser-Vranken, Algemeen deel, Zwolle 1993, nr. 186.

lijk beleid in de vorm van uitwisseling van informatie en onderlinge afstemming van procedures en uitgangspunten. Dat gebeurt nu al intensief en met succes in de netwerken van de (voorzitters van de) sectoren van de hoven respectievelijk van verbanden tussen (voorzitters van) soortgelijke sectoren van colleges binnen een ressort. J.M. Polak constateert dan ook met recht dat de interne en externe beleidsafspraken die bestuursrechters maken, de rechtseenheid ten goede komen en daarom bevorderd dienen te worden.¹⁴³

Specialisatie en organisatorische integratie

5.3.10. Voor zover in de discussienota¹⁴⁴ als gevolg van spreiding van rechtsmacht in appèl over de bestaande hoven het verdwijnen van de thans bij de Afdeling Bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep bestaande concentratie van appèlrechtsmacht aan de orde is gesteld, wordt daaraan (ook) 'verlies van specialisatie' verbonden. In de context is niet geheel duidelijk op welke bijzondere delen van het bestuursrecht specialisatie door de rechter gewenst is of op welke als zodanig te (h)erkennen specialismen hier concreet wordt bedoeld. Het is ook niet eenvoudig daarover in algemene termen te spreken. Wat daarvan zij, de desbetreffende kanttekening verdient kritisch te worden bezien en te worden gerelativeerd. Ook blijft onverklaard waarom ten aanzien van de spreiding van appèlrechtsmacht in civiele en strafzaken niet voor specialisatie wordt gepleit met als consequentie concentratie van rechtsmacht op die terreinen bij telkens één college. Voorts valt bij specialisatie, voor zover bij uitsluiting georganiseerd in één op het betrokken specialistisch terrein bevoegd rechterlijk college, het gevaar te duchten van verstarring en disciplinair isolationisme. Betrekkelijk nieuw als zodanig ontwikkelde, specialistische rechtsgebieden zoals gezondheidsrecht, milieurecht, sociaal-economisch orderingsrecht, informatierecht, bouwrecht annex ruimtelijk-orderingsrecht e.t.q., geboren aan 'de randen' van privaatrecht, strafrecht en bestuursrecht, zouden, met de woorden van

¹⁴³. NJB/97/1/3 l.k.

¹⁴⁴. T.a.p. sub 4.2.2., p. 13 e.v.

Vranken, de navelstreng met hun 'moeders' niet doorgeknipt mogen zien.¹⁴⁵

Belangen en modellen

5.3.11. De keuze voor enig organisatorisch model ten behoeve van de inrichting van de derde fase HRO behoort te worden bepaald door maatschappelijk relevante rechtsplegingsbelangen. Die bestaan in: *integratie, rechtseenheid, rechtsbescherming, tempo, beheersbaarheid van werklust* en hierop geënte *transparantie van de organisatie*.

5.3.12. Denkbare – ook in de discussienota gepresenteerde¹⁴⁶ – modellen voor (hoger) beroep bewegen zich tussen twee polen:

I. Integrale spreiding van op elk bestuursrechtelijk terrein mogelijk te maken (hoger) beroep over de bestaande vijf gerechtshoven en

II. Concentratie van rechtsmacht in (hoger) beroep in alle bestuurlijke zaken binnen één daartoe in het leven te roepen college, een administratief gerechtshof.

Model II

5.3.13. Concentratie van appèlrechtsmacht en – voor zover als uitzondering op de hoofdregel met één feitelijke instantie wordt volstaan – van rechtsmacht in eerste en enige feitelijke instantie in bestuursrechtelijke geschillen bij één daartoe in het leven te roepen administratief gerechtshof – model II – moet worden afgewezen. Een dergelijk instituut is lijnrecht in strijd met de integratiefilosofie en -praktijk. Het zal als (optel)som van de nu vijf in hoogste feitelijke instantie rechtsprekende organen een afzonderlijke – omvangrijke – bestuursrechtelijke zuil in de rechterlijke organisatie vormen. Dit bergt het risico in zich de (ontwikkeling van) rechtseenheid tussen de drie hoofdstromen van

¹⁴⁵ Asser-Vranken, Algemeen Deel, Zwolle 1995, nr. 192; zie ook Scheltema, De verwachtingen voor de toekomst, in: De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel, Zwolle 1988, p. 335 e.v.

¹⁴⁶ T.a.p. sub 4.2.2., p. 13 e.v.

ons recht te blokkeren en daaraan schade te berokkenen. Organisatorische verzuiling in de vorm van een tweedeling die dan op dat gecentraliseerde niveau zou ontstaan werkt 'rechtstweeheid' in de hand. Mildere vormen van centralisatie in die zin dat niet alle vijf evenbedoelde organen maar wel enkele daarvan zouden samensmelten tot één instituut, leveren naar verhouding evenmin een positieve bijdrage aan integratie als hier verdedigd. Zulke formaties zullen, ook als zij worden aangemerkt als interimfiguren of voorlopige tussenstappen, naar alle waarschijnlijkheid een duurzaam leven gaan leiden.

Model I tenzij

5.3.14. Hetgeen in 5.1., 5.2. en 5.3. is betoogd, is redengevend voor de keuze van model I als grondpatroon inclusief de Hoge Raad als overall-cassatierechter en daarmee als (enige) hoogste rechter. Voor deze keuze zijn tevens bepalend de belangen genoemd in 5.3.11. Op het spreidingsmodel als grondpatroon zijn wèl uitzonderingen te maken. De waarheid ligt ook hier mede in de nuances. Verkort aangeduid luidt daarom *de keuze in dit preadvies: Model I tenzij*.

Het tout court doorvoeren van model I zou als gevolg van dan optredende organisatorische versnippering onder meer het belang van door rechtspleging te behartigen rechtseenheid binnen onmiskenbaar specialistische, kleine rechtsgebieden met een eveneens relatief kleine caseload, kunnen bedreigen. Jede Konsequenz führt zum Teufel. Hiermede is dan ook tevens het criterium gegeven dat bepalend is voor het antwoord op de vraag waar, op het kompas van de belangen als onder 5.3.11. aangeduid, de als regel door te voeren spreiding van het bestuursrechtelijk appèl eindigt en de op die regel te maken uitzonderingen beginnen. Dit criterium geldt gelijkelijk voor het antwoord op de vraag of, met dezelfde belangen als baken, uitzonderingen op de hoofdregel van rechtspraak in twee feitelijke instanties vallen te maken (vgl. 4.4.4.).

5.3.15. Ook de huidige organisatie van de 'gewone' rechterlijke macht kent op specifieke sub-terreinen van burgerlijk recht, strafrecht, tuchtrecht en bestuursrecht de figuur van concentra-

tie van appèlrechtspraak en geconcentreerde rechtspraak in eerste en enige feitelijke instantie. Als zodanig gelden de pachtkamer, de centrale grondkamer, de militaire kamer en de penitentiaire kamer van het Gerechtshof te Arnhem, de octrooikamer, de kwekerskamer en de kamer voor toetsing van algemene voorwaarden (art. 6:241 BW) van het Gerechtshof te 's-Gravenhage, alsmede de ondernemingskamer en de notariële tuchtkamer van het Gerechtshof te Amsterdam. Deze rechtsprekende organen bestaan veelal mede uit technisch-deskundige leden. Zij zijn overigens alle geïncorporeerd in de bestaande hoven en doorgaans maken ook generalisten er deel van uit. Zij hebben als bestaansgrond gemeenschappelijk dat het telkens gaat om een specialistisch rechtsgebied dat een kleine tot zeer kleine caseload oplevert. Ze beantwoorden dus aan het criterium dat uitzonderingen toelaat op respectievelijk het uitgangspunt van twee feitelijke instanties en de spreidingsregel. Er is geen reden daarin met het oog op de derde fase HRO wijziging te brengen.

Consequenties van het spreidingsmodel – tenzij voor de praktijk

Toepassing van het gekozen spreidingsmodel heeft de volgende consequenties.

5.3.16. De sedert 1 januari 1994 aan de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State opgedragen rechtspraak in hoger beroep krachtens de Algemene wet bestuursrecht wordt overgebracht naar de gerechtshoven. Over 1995 bedroeg het aantal zaken in hoger beroep – hoofdzaken en verzoeken om schorsing en/of voorlopige voorziening – 846.¹⁴⁷

De Afdeling heeft voorts over de jaren 1994 en 1995 gemiddeld rond 7800 beroepen krachtens speciale wetten ontvangen – hoofdzaken en verzoeken om schorsing en/of voorlopige voorzieningen – waarin zij in eerste en enige instantie oordeelt.¹⁴⁸ In 1996 ging het daarbij om naar schatting 9500 zaken.¹⁴⁹ Binnen

147. Jaarverslag Raad van State 1995, p. 68.

148. Jaarverslag Raad van State 1995, p. 64 en 65.

149. Volgens van Raad verkregen informatie bedroeg het aantal ingekomen zaken van deze categorie over de periode 1 januari 1996 tot 21 november 1996 9120.

deze categorie vormen bestemmingsplannen en – vooral – milieubeheer de grootste segmenten.

Bij overdracht van deze categorie zaken aan de gerechtshoven dringt zich andermaal de vraag op of ook hier rechtspraak in twee instanties moet worden ingevoerd. Het antwoord luidt – in overeenstemming met hetgeen onder 4. is betoogd – in beginsel bevestigend. Weliswaar is dit type 'enkelvoudige' beroepen, verstrooid over een ruim aantal wetten en regelingen, maar dat feit is op zichzelf nog niet indicatief voor organisatorische erkenning van even zovele specialismen met een overzienbaar klein aantal zaken. De betrokken wet- en regelgeving is grotendeels in enkele samenhangende clusters, gevormd op de voet van het betrokken publieke belang, onder één noemer te brengen. In zoverre heeft zij een generiek grondvlak, zij het met verbijzondering waar dit nodig is. Deze clusters kunnen, waar het op geschillenbeslechting aankomt, worden weerspiegeld in volgens dezelfde materiële samenhang te vormen rechtspraakpakketten. Dit beeld rijst ook op uit de verdeling van het soort zaken tussen de kamers van de Afdeling Bestuursrechtspraak. Alleen duidelijk niet aldus in te delen, op zichzelf staande, tot de hier besproken categorie behorende onderwerpen van geschil die doorgaans dan ook slechts een beperkt aantal geschillen opleveren, behoren voorwerp te zijn van beslissing in één feitelijke instantie, geconcentreerd bij één gerechtshof. Te denken valt hierbij aan door de Tweede Kamer van de Afdeling te behandelen geschillen: Dienstplichtwet, Kieswet, Leegstandswet, Verkeer- en Waterstaat, Gewetensbezwaren, Monumentenwet.¹⁵⁰ In aanmerking zouden kunnen komen het Gerechtshof te Arnhem (evenwichtige spreiding van bijzondere kamers over de hoven en, wat de Dienstplichtwet betreft, een relatie met de militaire kamer) of het Gerechtshof te 's-Gravenhage (zetel van de Staat).

5.3.17. De aan de Centrale Raad van Beroep opgedragen rechtspraak in hoger beroep op het terrein van sociale zekerheid, rechtspositie van ambtenaren en pensioenen c.a. wordt aan de vijf gerechtshoven toevertrouwd.

150. Jaarverslag Raad van State 1995, p. 60.

De totale caseload van de Centrale Raad bedraagt, gerekend over de jaren 1993, 1994 en 1995, gemiddeld rond 9800 zaken per jaar.¹⁵¹ In een relatief gering aantal daarvan deel uitmakende zaken doet de Raad in eerste en enige instantie recht. Dit betreft beroep tegen besluiten op grond van de Algemene pensioenwet politieke ambtsdragers, besluiten gebaseerd op de Wet uitkeringen vervolgingsslachtoffers 1940-1945 en de Wet uitkeringen burgerslachtoffers, besluiten of andere handelingen door een bestuursorgaan genomen tegen een rechterlijk ambtenaar als zodanig, alsmede – krachtens overgangsrecht voor de eerste en tweede tranche van de Algemene wet bestuursrecht – beroep tegen beslissingen van Gedeputeerde Staten ex art. 41 (oud) van de Algemene Bijstandswet en enkele andere wetten. Het gaat hier om een zodanig beperkt aantal zaken die doorgaans van zodanige bijzondere aard zijn dat de behandeling daarvan in één feitelijke instantie door één gerechtshof – dubbele concentratie – ware op te dragen. Uit een oogpunt van evenwichtige verdeling van bijzondere kamers over de gerechtshoven, valt hier te denken aan het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch.

5.3.18. De rechtspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven betreft beroepen tegen besluiten en handelingen van lichamen deel uitmakend van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie en besluiten op grond van een aantal wetten op het terrein van de sociaal-economische ordening. Het aantal te behandelen zaken per jaar bedraagt rond 1400, gerekend naar het gemiddelde over de jaren 1995 en 1996.¹⁵² Het College spreekt in enige instantie recht met een uiterst beperkte mogelijkheid van beroep in cassatie.

Overeenkomstig het in de discussienota ingenomen standpunt¹⁵³ is er geen reden voor het verwerken van de zaken niet aan te sluiten bij het algemeen gangbare stelsel van twee feitelijke instanties, zij het uit praktisch oogpunt met beperking van het aantal rechtbanken waarbij een eerste instantie gevestigd

151. Jaarverslag Centrale Raad van Beroep over 1995, p. 10.

152. Gegevens verkregen van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven.

153. T.a.p. p. 12.

wordt. Voor zover het om toepassing van Europees-communautair recht gaat, ware, gelet op de bijzondere aard van die zaken, te kiezen voor één gerechtshof als enige feitelijke instantie. Dat hof zou tevens moeten fungeren als appèlinstantie voor de overige zaken. Het Gerechtshof te Amsterdam, dat reeds de ondernemingskamer kent die op ondernemingsrechtelijk terrein opereert en derhalve eveneens in de sociaal-economische sfeer, lijkt daarvoor aangewezen. Dat klemmt temeer, gelet op de wenselijke positie van de Tariefcommissie in de derde fase.

5.3.19. De Tariefcommissie, bestaande uit een voorzitter, een ondervoorzitter, drie leden, drie plaatsvervangende leden en vier buitengewone leden, bestrijkt het terrein van de invoerrechten. Dat terrein wordt geheel of vrijwel geheel beheerst door Europees recht. Dit onder meer uit technisch-deskundige, buitengewone leden bestaande rechtscollege kent met enige fluctuatie jaarlijks, met name naar soort gerekend, slechts een zeer beperkt aantal zaken. Gerekend naar de jaren 1995 en 1996 ligt het gemiddeld aantal zaken per jaar op 300.¹⁵⁴ In 1996 zijn er van de 355 aangebrachte zaken 95 ingetrokken. Tegen de in eerste en enige instantie genomen beslissingen van de Tariefcommissie staat geen beroep in cassatie open, wel beroep op het EG-Hof. In het licht van de in deze af te wegen belangen en gelet op de verwantschap tussen aspecten van het werk van de Tariefcommissie en dat van de belastingrechtspraak ware de in Amsterdam gevestigde Tariefcommissie als douanekamer in te bedden in het Amsterdamse gerechtshof. Ter illustratie dicke nog, dat één douane-handeling onder omstandigheden behalve aspecten van douane-communautair recht, ook aspecten van Nederlands fiscaal recht en sociaal-economisch ordeningsrecht kan vertonen.

5.3.20. Het te Groningen gevestigd College van Beroep Studiefinanciering met een instroom over 1995 en 1996 van respectievelijk 3607 en 4132 zaken, waarvan er respectievelijk 1667 en 1112 zijn ingetrokken,¹⁵⁵ behandelt een geschilmaterie die naar haar aard verwant is aan kinderbijslagrecht/alimentatierecht.

¹⁵⁴. Gegevens verkregen van de Tariefcommissie.

¹⁵⁵. Gegevens verkregen van het College.

Met schommelingen in aantallen zaken valt te rekenen in verband met wijzigingen die zich (nogal eens) voordoen in het financieringssysteem. Intrekkingen leveren afhankelijk van het stadium van behandeling waarin zij zich voordoen overigens wel werk op, zoals trouwens ook het geval is bij andere met rechtspraak belaste organen. Het ligt voor de hand naar het voorbeeld van de organisatie van de rechtspleging in vreemdelingenzaken een eerste aanleg te creëren bij één rechtbank in de randstad met enkele nevenzittingsplaatsen daarbuiten, (alle) in of nabij enkele universiteitssteden gevestigd. Dit maakt de studiefinancieringsrechter toegankelijker. Het te verwachten relatief geringe aantal keren dat gebruik zal worden gemaakt van hoger beroep doet het aanvaardbaar zijn het hoger beroep bij één gerechtshof onder te brengen. De eerste instantie valt toe te vertrouwen aan een in de randstad gevestigde rechtbank, omdat er zes universiteiten in de Randstad gevestigd zijn. Als met de behandeling van de betrokken geschillen bijv. de Rotterdamse rechtbank zou worden belast, zou het gevolg zijn dat appèlrechtsmacht in deze aan het Gerechtshof te 's-Gravenhage wordt toebedeeld. Een alternatief is de Utrechtse rechtbank als 'moeder-rechtbank' in eerste aanleg (in Utrecht is nu reeds een filiaal van het College gevestigd) met gevolg dat appèlrechtsmacht aan het Gerechtshof te Amsterdam toevalt.

5.3.2.1. De gemiddelde jaarlijkse instroom van belastingzaken bij de gerechtshoven over 1992 t/m 1995 bedraagt rond 18 300. Daarvan zijn rond 2700 zaken toe te rekenen aan beroepen op het terrein van de motorrijtuigenbelasting. Deze beroepen dienen onder de werking van art. 26 lid 1 Algemene wet inzake rijksbelastingen alle bij het terzake exclusief competente Gerechtshof te Arnhem. Het aantal beroepen op de belastingrechter fluctueert enigermate door de jaren heen. Het is opvallend dat gemiddeld 45 tot 50% van de zaken worden ingetrokken.¹⁵⁶ Evenwel, gelet op de sterke ontwikkeling van het materiële belastingrecht en de toepasselijkheid sedert 1 januari 1994 van de

156. Zie Appèl op de Hoven, Signalement van de (appèl) rechtspraak bij de vijf gerechtshoven in de jaren 1994 en 1995, uitgave in eigen beheer, 's-Hertogenbosch, juni 1996, p. 37 en het in noot 134 bedoeld rapport, p. 58.

157. TK 1995-1996, 24 400 VI, nr. 36, p. 5.

hoofdstukken 1 t/m 4, alsmede 6 en 7 van de Awb in de belastingrechtspraak en, als tot dusverre per 1 juli 1997 voorzien, van hoofdstuk 8¹⁵⁷, is eerder een stijging dan een daling van het aantal beroepen op de belastingrechter te verwachten, inclusief verzoeken om een voorlopige voorziening. Een eerste aanleg bij de rechtbanken, althans bij een beperkt aantal ervan per ressort, met hoger beroep op de gerechtshoven, is noodzakelijk, zoals ook in hoofdstuk 5 van het in noot 134 bedoeld rapport wordt aangetoond.

Als reeds opgemerkt is het de implicatie van art. 26 lid 1 Algemene wet inzake rijksbelastingen dat het Gerechtshof te Arnhem alle motorrijtuigenbelastingzaken voor zijn rekening neemt. Uit een oogpunt van de aard van die zaken valt evenwel niet dadelijk in te zien dat hier een materie van zodanig in het oog springende specialistische aard aan de orde is dat als gevolg daarvan één eigen afzonderlijke instantie in eerste en/of tweede instantie zou moeten worden gecreëerd.

Terzijde zij hier nog opgemerkt dat evengenoemd voorschrift tot gevolg heeft dat de organisatie van de belastingdienst in regionaal ingedeelde vestigingen, ook in het algemeen de rechtsmacht van de diverse gerechtshoven in belastinggeschillen bepaalt. Immers een belastinggeschil wordt behandeld door het gerechtshof binnen welks ressort een vestiging van de belastingdienst aanwezig is die verantwoordelijk is voor aanslag en heffing van de bij het geschil betrokken belasting. Een vestigingswijziging kan dus doorwerken in een competentiewijziging. Bij de herinrichting van de organisatie van de belastingrechtspraak valt nog te bezien of en in hoeverre dit systeem handhaving verdient en ook andere belangen dan die van de organisatie van de belastingdienst een rol zouden moeten of mogen spelen. Daarmee zou de vraag kunnen worden beantwoord of tot een ander competentie-bepalend systeem zou moeten worden besloten. Deze vraag is ook behandeld door de algemene ledenvergadering van de Vereniging voor Belastingwetenschap, genoemd in noot 134. Daar is gewezen op de incongruentie van het competentie-bepalend systeem van de Algemene wet inzake rijksbelastingen ten opzichte van dat van art. 8:7 Awb. Behalve het maken van een uitzondering op de standplaatsaanknopning voor zover het om motorrijtuigenbelasting, successierechten en belastingen van

rechtsverkeer gaat, is in de vergadering ook voorgesteld het Besluit nevenzittingsplaatsen¹⁵⁸, krachtens welk besluit het hof ook buiten zijn vestigingsplaats zitting kan houden, zo te wijzigen dat zittingen ook buiten het eigen ressort kunnen plaatsvinden. Gecombineerd met het feit dat leden van een hof van rechtswege plaatsvervangers zijn in de andere hoven, zou dat een cliëntgericht effect hebben.

Aandacht verdient dat integratie bij de gerechtshoven in de praktijk reeds bestaat. Zoals ook in het in noot 156 genoemd Signalement tot uitdrukking komt, is als uitvloeisel van een SSR-symposium voor belastingrechters – aan welk symposium van de zijde van de Hoge Raad, de gerechtshoven en de Tariefcommissie is deelgenomen – de Contactgroep Awb Belastingrecht-spraak (Cabel) in het leven geroepen. Deze contactgroep heeft in de afgelopen jaren verscheidene aanbevelingen gedaan inzake de toepassing van de Awb op het belastingrecht. Cabel is permanent en dient de rechtseenheid. Voorts impliceert invoering van hoofdstuk 8 Awb dat voor belastingzaken ook het schadevergoedingsartikel, 8:73 Awb, geldt. Dat betekent dat onder meer art.6:95 e.v. BW van toepassing zijn. Verdere samenwerking tussen belastingrechters en burgerlijke rechters ligt dan ook voor de hand naar het model van combikamers als bij rechtbanken aanwezig. Zoals het meergenoemd signalement bovendien meldt, kent het Haagse Gerechtshof al enige tijd zo'n combikamer ter berechting van belastingzaken en van burgerlijke zaken, betrekking hebbend op het overheidsprivaatrecht en het fiscale invorderingsrecht. Ook zijn er al vormen van structurele samenwerking tussen belastingrechters en andere rechters van de hoven. Zo ontwikkelt het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch een civiele/fiscale kamer, bestaande uit 1 fiscalist en 2 civilisten, ter behandeling van onder meer invorderingszaken. In het Gerechtshof te Arnhem geven twee fiscalisten systematisch voor 25% van hun tijd ondersteuning aan de strafsector en werkt een fiscalist mee in de civiele kamer waar de zaken met een fiscaal aspect zijn geconcentreerd. In het Gerechtshof te Leeuwarden wordt de rekenkamer voorgezeten door een fiscalist en wordt een fiscalist betrokken in elke niet-belastingkamer waar een fis-

158. Besluit van 24 juni 1992, Stb. 331.

caal probleem aan de orde is. Het Amsterdamse Gerechtshof kent deelname van raadsheren uit de belastingsector aan de behandeling van fraudestrafzaken en civiele zaken waarin mede beslissingbepalende factoren van fiscale aard aan de orde zijn.

5.3.22. De onteigeningsrechtspraak, in eerste en enige feitelijke instantie aan de rechtbanken toevertrouwd, kent het klassieke nadeel dat aan afwezigheid van appèlmogelijkheid in het algemeen eigen is, te weten dat de wel aanwezige mogelijkheid van beroep in cassatie menigmaal geen doel kan treffen omdat alsdan aangevochten feitelijke oordelen, ook als zij onjuist zijn, in cassatie als gegeven uitgangspunten dienen. Dit kan uit een oogpunt van rechtsbescherming een zeer ongelukkig effect hebben, namelijk in die gevallen waarin de rechter in hoger beroep de in eerste aanleg gegeven beslissing wel zou hebben vernietigd in verband met enig onjuist bevonden oordeel over het feitelijk substraat dat (mede) bepalend was voor de beslissing. Indien de Hoge Raad in zulke gevallen soms via een doeltreffend aangedragen motiveringsgebrek de zaak kan terugverwijzen naar een gerechtshof, kan er nog het een en ander gerepareerd worden, maar via deze slechts incidenteel mogelijke omweg is er dan én tijd én geld verloren. Derhalve is hoger beroep gewenst. Het is, gelet op het beperkt aantal zaken, onder te brengen bij één gerechtshof. Dit zou het Gerechtshof te Arnhem kunnen zijn, in aanmerking genomen enige affiniteit van de materie die omgaat in onteigeningszaken met die welke aan de orde is in de zaken die de bij het Gerechtshof te Arnhem ingelijfde pachtkamer en centrale grondkamer behandelen. Uit een oogpunt van gelijkmatige verdeling van bijzondere kamers komt ook het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch of Leeuwarden in aanmerking.

5.3.23. In het voorgaande zijn de effecten zichtbaar gemaakt op de inrichting van de derde fase HRO op de voet van hetgeen, naar de kern samengevat, in dit preadvies als leidraad voor de organisatie wordt voorgesteld, te weten:

- Het rechtsmiddel van hoger beroep ook in bestuursgeschillen – verder – mogelijk maken.
- Appèlrechtsmacht in bestuursgeschillen spreiden over de gerechtshoven, tenzij op overtuigende gronden, ontleend aan

een hoge graad van specialisme en/of een beperkt geschilvolume van enige bestuursrechtelijke materie, uitzondering op de spreidingsregel moet worden gemaakt.

– Twee soorten uitzonderingen zijn dan op zijn plaats. Ofwel opdracht van appèlrechtsmacht aan één van de gerechtshoven, enkelvoudige concentratie te noemen, ofwel opdracht van rechtspraak in beroep aan één van de gerechtshoven als enige feitelijke instantie, dubbele concentratie te noemen.

– De Hoge Raad ware aan te wijzen als – enige – hoogste rechter, belast met cassatierechtspraak, derhalve ook in *alle* bestuursgeschillen, met dien verstande dat het cassatievolume in overeenstemming met de kerntaak van de Hoge Raad aan banden ware te leggen door middel van een cassatieberoep-afremmend stelsel.

Zakelijk in dezelfde zin als deze voorstellen luidt ook het met 20 februari 1995 gedateerd advies ex art. 22 RO van de Hoge Raad aan de minister van Justitie inzake de derde fase Herziening Rechterlijke Organisatie.

6. BALANS

6.1. De meest bondige formule van dit preadvies luidt: spreiden regel, concentratie uitzondering. Een meer uitgesproken op de praktijk gerichte, elastischer formulering luidt: spreiden waar mogelijk, concentratie waar nodig. Het verschil tussen beide formuleringen bestaat daarin dat de eerste wortelt in de notie van de heelheid van het recht en een daarop gebaseerde, logische opbouw van de rechterlijke organisatie. De tweede formule verliest die waarde en dat belang bepaald niet uit het oog maar laat zien dat bij het ontwikkelen van de inrichting van de derde fase ook factoren van een andere orde feitelijk een rol spelen. Het zou dan ook van gebrek aan werkelijkheidszin getuigen voorbij te gaan aan bezwaren die zijn in te brengen tegen in dit preadvies gedane voorstellen. Daarom wordt hier reeds aandacht besteed aan een aantal tegenwerpingen of waarschuwingen die er her en der ook al geweest zijn.

6.2. Gerechtshoven zouden onbestuurbaar grote colleges gaan worden waarvan de bestuursrechtelijke 'poot' mogelijk de groot-

ste zou zijn. Dat zou consequenties hebben voor de machtsvorming binnen de colleges.

De bestuurbaarheid van gerechten is niet afhankelijk van het type geschillen of een combinatie van typen tot beoordeling waarvan een gerecht bevoegd is. Tal van goed bestuurbaar blijvende non-profit-instellingen en -bedrijven met een assortiment aan dienstverlening zijn aanzienlijk groter dan het gerechtshof dat als gevolg van de hier voorgestane integratie het grootste zou worden. Bestuurbaarheid van een gerecht hangt vóór alles af van de kwaliteit van de leiding ervan en de functionele samenhang tussen allen die de betrokken werkgemeenschap vormen. Daarmede houdt het bestuurskundige en bedrijfskundige niveau van de organisatie direct verband. Het is nu juist de versterking van dit type hoedanigheden van gerechten waaraan in de rechterlijke macht krachtig wordt gewerkt. Wat er verder zij van de omvang van de nieuw te creëren bestuurssector van een gerechtshof, de alsdan overigens verkleinde belastingsector daaronder begrepen, enige van die bestuurssector uitgaande machtsvorming in de negatief op te vatten zin van dat begrip wordt nu juist verhinderd door integratie. De terecht wel gehekelde en, voor zover eerder aanwezig, verdwenen status-hegemonie van de civilist tegenover de strafrechtsjurist respectievelijk de bestuursjurist zal juist als gevolg van integratie niet worden vervangen door enig 'machtsoverwicht' van bestuursrechtelijk georiënteerde raadsheren. Hun activiteiten zijn immers grensoverschrijdend. Ook bij de rechtbanken, de grootste rechtbank ingesloten, valt na de verwezenlijking van de eerste herzieningsfase niets vast te stellen dat op machtsvorming door de bestuurssectoren zou wijzen.

6.3. De betekenis die de Raad van State ontleent aan de rechtspleging zoals deze – thans – wordt behartigd door de Afdeling Bestuursrechtspraak is eerder onder meer in diverse jaarverslagen door de per 1 juni 1997 aftredende vice-president mr W. Scholten aan de orde gesteld. Die betekenis is als argument gehanteerd voor het behoud van een rechtsprekende taak van de Raad. In zijn inleiding op het jaarverslag over 1995 spreekt hij over het behouden blijven van 'een qua omvang en inhoud betekenisvolle rechtsprekende taak, zowel in hoger beroep als in eerste en enige aanleg'. De Raad zou aan aantrekkingskracht

inboeten als hij rechtspraak als onderdeel van zijn functie zou moeten missen. Nu is het irreëel voorbij te gaan aan het onloochenbare feit dat het bestuursrecht met name sinds de invoering van de Wet Arob op 1 juli 1976 mede dankzij de betrokken Afdeling een belangrijke ontwikkeling heeft doorgemaakt. Maar de Raad is reeds gedurende meer dan 450 jaar onwrikbaar verankerd gebleven in ons staatsbestel. Dat was ook het geval vóór 1 juli 1976 toen de bestuursrechtelijke geschilmaterie die nu met 'ex-Arob' wordt aangeduid, aan de 'gewone' burgerlijke rechter was toevertrouwd. Tegen de achtergrond van de indrukwekkende historie van de Raad met zijn op het zo cruciale wetgevingsterrein liggende positie als niet te passeren, hoogste adviseur van de regering en van de Tweede Kamer der Staten-Generaal is het niet aannemelijk dat belang, gezag en daarmee samenhangend niveau van de Raad als gevolg van rechtspraak-functieverlies zouden verminderen. Indien evenwel politieke motieven, derhalve redenen van een andere orde dan die welke tot dit preadvies inspireren, in het kader van afweging van belangen van verschillend soortelijk gewicht doorslaggevend blijken om ertoe te besluiten de Raad met rechtspraak te blijven belasten, dan ware, ook historisch gezien, de Raad aan te wijzen als eerste en enige rechter voor behandeling en beslissing van geschillen van bestuur tussen overheidsorganen. Bovendien, voor het geval de kwaliteit van de advisering zou kunnen lijden onder gemis aan rechtspraakpraktijk – hetgeen overigens, gelet op de staat van dienst en ervaring van staatsraden met bestuurlijke toepassing van wetgeving, niet wel denkbaar is –, dan zou ook dat bezwaar zijn te ondervangen door aan de Raad rechtsmacht toe te kennen op evengenoemd terrein van geschillenbeslechting.

6.4. De aan rechtspleging, ook in bestuursgeschillen, op alle niveaus te stellen kwaliteitseisen impliceren een daaraan gelijk peil aan kennis, kunde en ervaring van degenen die met rechtspleging belast zijn. Het is overbodig te stellen dat daaraan, wat de derde fase HRO betreft, bij integratie van de organisatie in de hier verdedigde zin niet op stel en sprong kan worden voldaan. Dit is echter geen verhindering van integratie in de derde fase als zodanig maar een factor die van invloed moet zijn op de wijze van invoering ervan. Dat geldt ook bij andere ingrijpende reor-

ganisaties en gold ook bij het realiseren van de eerste fase HRO. Die omvangrijke operatie is wél geslaagd. De kwaliteit van de implementatie van de eerste fase is bij onderzoek positief beoordeeld. In zijn desbetreffend proefschrift¹⁵⁹ spreekt Albers van een 'win-win situatie'. De praktijk van de rechtspleging in de rechtbanken laat ook zien dat niet alleen combi-kamers goed werken maar ook roulatie van rechters plaatsvindt tussen de diverse sectoren. Een beleidsmatig goed geplande voorbereiding, een uitvoering in etappes binnen een ruime overgangsperiode en een zorgvuldig personeelsbeleid zijn in het licht van de reeds met de eerste fase opgedane ervaringen vervulbare voorwaarden voor het met succes invoeren van de derde integratiefase in de hier aan de orde gestelde vorm.

6.5. Er is met name in 1996 enkele malen publiekelijk kritiek geuit op bestuursrechtelijke beslissingen in eerste aanleg genomen. De kritiek kwam van de zijde van burgemeesters en andere bestuurders.¹⁶⁰ De kern daarvan betreft beweerdelijk door de rechter onbevoegd betreden van enig bestuurlijk vrij beleidsterrein. Is dat een reden om verdere ontwikkeling van bestuursrechtspraak met behulp van een vernieuwde organisatie van de rechterlijke macht tegen te houden? Allerminst. Het probleem is van alle tijden. Het heeft niets van doen met welke reorganisatie ook. Het manifesteert zich bij vlagen en wel naarmate rechter en bestuurder elkaar met meer frequentie en intensiteit ontmoeten op een kruispunt van wegen waar niet onmiddellijk duidelijk is wie voorrang heeft. Waar het wél om gaat is de vraag welk type rechter nodig is om telkens in concrete geschillen waarbij zich kruisende koersen van rechtsverwerkelijking en beleidsverwerkelijking voordoen, met behulp van door kennis, training en ervaring gerijpte rechterlijke interventie gemotiveerd en wel de onderlinge verhouding daartussen op het kruispunt te bepalen. Eén van de daarbij richtingwijzende vragen die

159. P. Albers, *Met Recht Herzien ...*, een onderzoek naar de beleidsvoorbereiding en implementatie van de eerste en tweede fase van de herziening van de rechterlijke organisatie, Tilburg University Press, 1996.

160. Zie onder meer J.B.J.M. ten Berge, *Spanningen tussen openbaar bestuur en rechter*, opgenomen in *Waar staat de ZM?*, onder redactie van prof. dr. A.W. Koers, dr. P.H.M. Langbroek, dr. J.A.N. Vennix en mr. J.M.M. Austen; uitgave Ministerie van Justitie, 1996.

de rechter in bestuursgeschillen zich heeft te stellen, luidt: Wat richt ik aan met mijn beslissing? Het bezit van de bekwaamheid om met inbegrip van het in deze vraag besloten liggend aspect van een geschil tot verantwoorde oordeelsvorming te komen, is nog als eis toe te voegen aan de catalogus van noot 5. Maar (ook) dit geldt niet exclusief voor de bestuursrechter. Ook de rechter die de rechtmatigheid van op bestuursbeleid gebaseerd doen of laten van een privaatrechtelijke rechtspersoon met inachtneming van zijn vrije beleidsruimte heeft te beoordelen, dient het antwoord op dezelfde vraag in zijn oordeel te verdisconteren. De bedoelde, al dan niet terecht zijnde kritische geluiden zijn niet van doorslaggevende betekenis voor het afwijzen van integratie in de derde fase. Zij dragen wel bij tot het funderen van een algemeen desideratum: Vooral moet worden geïnvesteerd in de kwaliteit van de eerste aanleg, de rechtbank. Daar ligt immers het zwaartepunt van de rechtspleging, ook en juist in samenlevingsgevoelige materies die in geschilvorm aan het rechterlijk oordeel worden onderworpen. Ook dat kost geld, maar is maatschappelijk rendabel. Bovendien kan zo het gebruik van het als reddingsboei beschikbaar te stellen rechtsmiddel van hoger beroep zoveel mogelijk in de kiem worden gesmoord. Dat nu levert dus besparing op van tijd en geld. Het beleid van de minister van Justitie en, zo nodig, de wetgever ware dus juist in het kader van de hier verdedigde vormgeving van de derde fase nog meer dan thans gebeurt te richten op het versterken van het niveau van de eerste aanleg. Eén van de op dit terrein bruikbare beleidsinstrumenten is het goed gedoseerd organiseren van bereidheid van leden van een hogere instantie om ook in de eerste aanleg gedurende een bepaalde periode werkzaam te zijn en, omgekeerd, eerstelijns rechters ruime ervaring te laten opdoen in een hoger echelon.

6.6. Rechtspraaktempo, slagvaardig bestuur, voorkomen van overspanning van rechtsbescherming, specialisatie en zoveel mogelijk op het laagste niveau te verkrijgen rechtseenheid zijn noties die reële belangen vertegenwoordigen welke behoorlijke rechtspleging in een daarop gerichte organisatie mede heeft te dienen. Zij zullen in een rechtspolitiek debat als achterkant van het gelijk van de hier verdedigde derde fase worden gehanteerd. Hier wordt volstaan met handhaving van hetgeen daarover eer-

der al is gesteld in 4.3., 4.4., 5.3.5. en 5.3.10. In dit hoofdstuk past het daaraan nog één kanttekening toe te voegen. Confrontatie met evengenoemde belangen, onder mogelijke aanwezigheid van het rechtspolitieke pistool op de borst, kan dwingen tot het te kennen geven van een volgorde van voorkeur met betrekking tot de twee uitzonderingen op het bepleite beginsel van spreiding van bestuursrechtelijk (hoger) beroep gelijkelijk over alle gerechtshoven. In dat geval moet de keuze voor het uitzonderingsgewijze inbreuk maken op het spreidingsbeginsel luiden als volgt. Hoger beroep in geschillen betreffende te onderscheiden, afzonderlijke bestuursrechtelijke materies telkens bij één van de hoven geniet dan de voorkeur boven beroep in zulke geschillen bij telkens één van de hoven als enige feitelijke instantie. Ofwel enkelvoudige concentratie gaat boven dubbele concentratie.

6.7. De derde fase zal geld gaan kosten. Is dat een nadeel? Het is onnozel te veronderstellen dat de derde fase budgettair neutraal kan worden verwezenlijkt. Voorzieningen in de personele sfeer, op het terrein van huisvesting, logistiek en infrastructuur in het algemeen zullen nodig zijn. Dit is niet uniek voor de herziening van de rechterlijke organisatie. Het geldt nagenoeg voor elke van betekenis zijnde organisatorische vernieuwing van een staatsinstelling.

Vanzelfsprekend moeten ook hier kosten en baten tegen elkaar worden afgezet en in zoverre belangen van verschillende orde onderling worden afgewogen. Zij zijn per saldo voorwerp van politieke besluitvorming en het daaraan inherente politieke krachtenveld.

Ten slotte zal het er om gaan of de voordelen van de geschetste derde fase die bestaan in de als zodanig te kwalificeren en zeer wel bereikbare doeleinden, waaronder het publieke belang van deugdelijke rechtsbescherming en -handhaving op bestuursrechtelijk terrein via rechterlijke tussenkomst, opwegen tegen wat het kost om de nu halverwege zijnde herziening van de rechterlijke organisatie te voltooien. In het oordeel daarover zijn enerzijds visie en anderzijds haalbaarheid en gevestigde posities elkaars tegenspelers. Elke bestuurder en/of politicus herkent hier een klassiek dilemma, dat zich ook voordoet als het gaat om thema's die vreemd zijn aan het zo noodzakelijk voorzien in een

bij de tijd zijnde organisatie van de derde staatsmacht. Wat daarvan zij, dat de derde fase geld kost is geen beslissend nadeel. Het gaat ook hier om de balans. Wat hebben wij in verhouding tot andere te behartigen publieke belangen per saldo over voor een op rechtsinhoudelijke samenhang berustende, kwalitatief hoogstaande, effectief en efficiënt werkende organisatie van de rechterlijke macht, geformeerd als hier voorgestaan?

De tekst van dit preadvies is afgesloten op 25 januari 1997. Het is zo ver kunnen komen mede dank zij mijn constructief-kritische meelezers, mr F.B. Bakels en mr W.A.M. van Schendel.

Deel III

BESTUURSRECHTSPRAAK OP KOERS

Preadvies van mr J. G. de Vries Robbé

INHOUD DEEL III

1. INLEIDING 157
2. TWEE FEITELIJKE INSTANTIES 160
3. RECHTBANK, HOF 176
4. CASSATIE, VERLOFSTELSEL 190
5. CIJFERS, ZIN EN TEGENZIN, ACTUALITEIT 197
6. CONCLUSIE 200

Deel III

Motto: if you don't know where you're going,
you'll never get there.

1. INLEIDING

De rechterlijke organisatie in de sfeer van het bestuursrecht is het resultaat van een historische ontwikkeling, zonder lijn. Het streven naar een betere rechtsbescherming van de burger tegen de overheid heeft geleid tot de instelling van telkens nieuwe rechterlijke colleges. Een vast kader heeft ontbroken. Een justitiële kernbeslissing (JKB) is nimmer vastgesteld. De minister-raad heeft geen plan gemaakt waarin de toekomstige ontwikkeling van de rechterlijke organisatie in hoofdlijnen werd aangegeven, laat staan dat het ontwerp voor een dergelijk plan aan georganiseerde inspraak en advisering is onderworpen en dat het vastgestelde plan aan de Tweede Kamer en vervolgens aan de Eerste Kamer is voorgelegd.

Ook in de jaren zestig en zeventig, toen planmatig bestuur heel gewoon was geworden, is de rechterlijke organisatie uitgebouwd zonder duidelijk patroon. En ook later nog.

In 1967, een willekeurig jaar, gaven de Hoge Raad, de Centrale Raad van Beroep en de Kroon (geadviseerd door de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State) leiding aan de jurisprudentie op het gebied van het administratief recht. In dat jaar werd verder ervaring opgedaan met de Wet beroep administratieve beschikkingen die in 1963 in werking was getreden. De Kroon besliste in dat kader op enige honderden beroepen tegen beschikkingen van de centrale overheid.

In datzelfde jaar rapporteerde de Commissie verhoogde rechtsbescherming met betrekking tot beschikkingen van organen van lagere overheidslichamen. Twee jaar eerder had minister Y. Scholten de commissie geïnstalleerd, zeggende dat er allicht behoefte bestond aan verhoogde rechtsbescherming als het com-

plement van het toenemende ingrijpen door de overheid op sociaal en economisch gebied. G.J. Wiarda had als voorzitter van de commissie in zijn antwoord geconstateerd dat de commissie de taak had voort te bouwen aan het in ons land wat barok uitgevallen bouwwerk van de klassieke rechtsbescherming. Wiarda en de zijnen rapporteerden dat het in algemene zin de voorkeur zou verdienen om zowel voor de beschikkingen van de centrale overheid als voor die van de lagere overheden niet de Kroon maar de Afdeling voor de geschillen van bestuur zelf met de beslissing van de beroepen te belasten. Het rapport was de bouwtekening voor de Afdeling rechtspraak van de Raad van State die in 1976 met haar werk zou beginnen. Op grond van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen.

Omstreeks tien jaar later zou de wetgever weer een nieuwe bestuursrechter in het leven roepen, te weten het College van beroep studiefinanciering.

In 1967 zat er dus wel enige beweging in de rechtsbescherming tegen de overheid. Er was echter geen sprake van een masterplan.

In 1971 heeft minister A.A.M. van Agt de aanzet gegeven voor de herziening van de rechterlijke organisatie die nu gaande is. Hij heeft een werkgroep ingesteld onder voorzitterschap van K. Wiersma die als bestuurder, wetenschapper en rechter het slagveld goed kon overzien.

In 1976 is de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie ingesteld, die eerst heeft gewerkt onder leiding van H.E. Ras en daarna onder leiding van C.J. van Zeben.

In 1984 en 1985 brengt de Staatscommissie haar eindrapport uit.

De lijn van de Staatscommissie vindt veel bijval en weinig bestrijding. Minister F. Korthals Altes en het kabinet Lubbers-II kunnen zich in 1989 in hoofdzaak met het rapport verenigen. Wel klinkt enige reserve door ten aanzien van het hoger beroep in bestuursrechtelijke zaken. Het debat in de Tweede Kamer blijft beperkt.

In 1992 volgt het wetsvoorstel voor de eerste fase van de herziening van de rechterlijke organisatie. Het streven is gericht op een integratie van de verschillende gerechten, te beginnen aan de basis.

In datzelfde jaar worden de raden van beroep en de ambtenarengerechten ondergebracht bij de rechtbanken, de zogenoemde voor-integratie.

In 1994 wordt de eerste fase realiteit en wordt een nieuwe eerste instantie voor de Arob-geschillen ingevoerd. De administratieve kamers van de rechtbanken worden uitgebreid.

Aldus is de eerste linie van de rechtsbescherming in civiele zaken, in strafzaken en in administratieve zaken eindelijk (grootendeels) onder één dak gebracht.

De tweede fase van de herziening van de rechterlijke organisatie blijft hier buiten beschouwing. De tweede fase betreft een herschikking van (kanton)rechters en griffies binnen de gewone rechterlijke macht. De herschikking geeft de rechtbanken een zekere extra ruimte, maar betekent een corresponderende extra belasting van de hoven. Het hoger beroep van de uitspraken van de kantonrechter schuift immers op naar de hoven.

Ook in 1994 wordt de discussie over de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie nieuw leven ingeblazen door minister E.M.H. Hirsch Ballin en het kabinet Lubbers-III. In een heldere nota worden de verschillende mogelijkheden ten aanzien van het hoger beroep en de cassatie in administratieve zaken uiteengezet en toegelicht, met het rapport van de Staatscommissie als uitgangspunt (Kamerstukken 23 701). Talrijke instellingen en organisaties wordt om advies gevraagd. Onwillekeurig ontstaat de gedachte dat het inderdaad tijd is voor een beslissing. Onverwacht wordt de discussie verder gevoed door het Hof in Straatsburg dat met de Procola-uitspraak dwingt tot nadenken over de positie van de Raad van State. Verder maakt de actualiteit van het hoger beroep in vreemdelingenzaken een beslissing extra wenselijk.

Na honderd jaar discussie over het vraagstuk van de administratieve rechtspraak is het hoog tijd om de organisatie van de rechtspraak in bestuursrechtelijke geschillen te herzien. Het is in elk geval de hoogste tijd om een koers uit te zetten!

2. TWEE FEITELIJKE INSTANTIES

De Staatscommissie acht de mogelijkheid om een gegeven rechterlijk oordeel in volle omvang in hoger beroep te laten toetsen wezenlijk voor het bevorderen van het gehalte van de rechtspraak en, mede daardoor, voor het versterken van het vertrouwen van het publiek in de rechtspleging.

Dat oordeel staat twaalf jaar later nog steeds sterk.

De mogelijkheid dat een geschil in twee feitelijke instanties wordt beoordeeld, komt de kwaliteit van de rechtspleging ten goede. En ook de efficiency.

Wat de kwaliteit betreft, leert de ervaring

- dat partijen vergissingen begaan en fouten maken, die zij in appèl kunnen herstellen;
- dat een rechter onjuiste beslissingen neemt, die in hoger beroep kunnen worden verbeterd;
- dat, nog belangrijker, een zaak in de eerste ronde vaak nog niet is uitgekristalliseerd.

Wat de efficiency betreft, ligt het voor de hand dat het merendeel van de zaken kan worden afgedaan in een eerste ronde, waar rechters veelal enkelvoudig zitten. En dat de relatief weinige zaken waarin hoger beroep wordt ingesteld, in tweede ronde meer tijd en aandacht kunnen krijgen, meestal van een meer-voudige kamer.

Er zijn dus goede redenen voor rechtspraak in meer instanties.

In het civiele recht is rechtspraak in twee feitelijke instanties inderdaad de regel. De schrijvers zien het hoger beroep als een van de hoofdkenmerken van het burgerlijk procesrecht.

De uitzonderingen op de regel zijn beperkt in aantal en soms omstreden. Er is ruimte voor debat, omdat de nationale wetgever hier de vrije hand heeft.

In het strafrecht staat in alle zaken van enig belang hoger beroep open. Dit uitgangspunt is ook in verdragen vastgelegd, te weten in

- art. 2 van het 7e Protocol bij het EVRM, dat Nederland overigens nog niet heeft geraadiceerd;
- art. 14 lid 5 IVBP.

In het bestuursrecht is de bestaande situatie minder eenduidig. Zoals gezegd is er geen sprake van een overzichtelijke organisatie van bestuursrechtelijke colleges. Aldus is er ook niet één duidelijke lijn ten aanzien van het hoger beroep. Internationale verdragen spelen praktisch geen rol. Niettemin: in de meeste gevallen is er de mogelijkheid van een tweede toetsing.

De wetgever heeft in de Beroepswet van 1902 voor de rechtspraak in sociale-zekerheidsgeschillen gekozen voor twee feitelijke instanties: de raden van beroep en de Centrale Raad van Beroep. De ambtenarenzaken zijn daar later op aangesloten, en vervolgens ook de procedures over ambtenarenpensioenen.

De wetgever heeft in 1914 de raden van beroep voor de directe belastingen ingesteld, met de mogelijkheid van cassatie. Die lijn is doorgetrokken toen in 1957 de belastingkamers van de hoven werden belast met de beslissing van fiscale geschillen, opnieuw: met de mogelijkheid van cassatie.

De wetgever had op andere terreinen van het openbaar bestuur moeite om tot een regeling van administratieve rechtspraak te komen. De Hoge Raad heeft die impasse doorbroken. De Hoge Raad heeft in de woorden van M. Scheltema – in NJ 1913-1988, annotatoren kijken terug (1993) – in de loop der jaren in feite besloten tot invoering van een volledig stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid. Dat stelsel is zodoende ingepast in de burgerlijke rechtsvordering en kent als zodanig over de hele lijn twee feitelijke instanties en de mogelijkheid van beroep in cassatie.

Als de wetgever vervolgens na de oorlog voor bepaalde sectoren alsnog bijzondere administratieve rechtsgangen instelt, gaat er in zoverre rechtsbescherming verloren dat de justitiabelen het in die sectoren dan vooralsnog met één enkele rechter moeten doen, zonder de mogelijkheid van een herkansing: het College van Beroep voor het bedrijfsleven, de Afdeling rechtspraak van de Raad van State en het College van beroep studiefinanciering. Later, als de Afdeling rechtspraak het (veel) te druk krijgt, komt voor de Arob-zaken een behandeling in twee instanties in beeld. Dan wordt op voet van art. 37 Wet op de Raad van State hoger beroep op de (nieuwe) Afdeling bestuursrechtspraak de hoofdregel.

Tegelijk zet de wetgever onder druk van uitspraken van het Hof in Straatsburg het aloude Kroonberoep om in administratieve

rechtspraak. Uit een oogpunt van continuïteit wordt ervoor gekozen ook deze rechterlijke taak toe te vertrouwen aan de Afdeling bestuursrechtspraak. Zo is te verklaren dat voor veel zaken in de sfeer van het onderwijs, het milieu en de ruimtelijke ordening slechts één rechter werkzaam is, en wel op het hoge niveau van een hoog college van staat.

De Staatscommissie gaat ook voor het bestuursrecht uit van de wenselijkheid van rechtspraak in twee feitelijke instanties. De commissie is van oordeel dat de aanwezigheid van een bezwaarschriftprocedure in beginsel geen grond is om van dit wenselijk model af te wijken. De commissie houdt echter de mogelijkheid open dat met één feitelijke instantie zou kunnen worden volstaan, waar de oorspronkelijke beschikking als regel reeds aan redelijke eisen van formulering en motivering voldoet (maatwerk) en de behandeling van bezwaarschriften aan een (min of meer) onafhankelijke instantie is opgedragen, waardoor deze behandeling judiciële trekken krijgt.

Ook dit uitgangspunt van de Staatscommissie is nog steeds actueel, met dien verstande dat de invloed van de zware adviescommissie van art. 7:13 Awb op de kwaliteit van de beslissing op bezwaar nog onvoldoende is onderzocht. J.B.J.M. ten Berge, B.W.N. de Waard en R.J.G.M. Widdershoven hebben blijkens hun Ervaringen met de Awb (1996) op dit punt nog weinig boven water kunnen brengen.

Een wettelijke bepaling dat een (derde) belanghebbende zich direct tot de appèlrechter moet wenden, als het bestreden besluit is genomen na advies van een commissie ex art. 7:13 Awb, spreekt mij niet aan.

Een extra reden voor rechtspraak in twee feitelijke instanties is gelegen in art. 8:73 Awb. Op grond van die bepaling kan een appellant aan de bestuursrechter vragen om schadevergoeding toe te kennen ter zake van een beroep dat gegrond wordt verklaard. Het is wenselijk dat de discussie over de relevante schade zo nodig ook in een tweede ronde kan worden gevoerd.

Andere argumenten waarom in het bestuursrecht één instantie onder omstandigheden wellicht voldoende zou zijn, wegen niet zwaar.

Zo hoort men wel zeggen dat in bestuursrechtelijke zaken de feiten in het algemeen duidelijker liggen dan in het civiel recht of in het strafrecht. De reden die wel wordt gegeven is dat de overheid zorgt voor een goed geordend dossier. Ik zie dat niet: soms zijn de stukken op orde, soms ook niet. Veel overheidsinstanties hebben te weinig menskracht om alle zaken met de vereiste zorg op te zetten. Het komt regelmatig voor dat de stukken die op een zaak betrekking hebben, zoals het verwerende overheidsorgaan die aan de rechter toestuurt, niet compleet zijn. Bovendien: een dossier dat op orde is, kan onvoldoende zijn voor de vaststelling van de relevante feiten.

Zo wordt wel geopperd dat sommige categorieën van zaken in de bezwaarschriftprocedure al zo op hun juridische merites zijn heroverwogen, dat appèl te veel van het goede zou zijn. Ook dat zie ik anders. De bezwaarfase is bepaald nuttig in zoverre dat de overheid de gelegenheid krijgt duidelijke fouten en vergissingen te herstellen, vooral waar het gaat om confectiebeschikkingen. De bezwarenprocedure leidt echter ook nog al eens tot een herhaling van zetten die weinig toevoegt. Dat is dan het geval bij besluiten die als maatwerk tot stand zijn gekomen.

Zo wordt ook wel aangevoerd dat de bestuursrechter, die zich actief opstelt, de zaak in het algemeen beter kan overzien dan de burgerlijke rechter die meer afhankelijk is van de inbreng van partijen. Ik stel daar tegenover dat een actieve rechter eerder in de verleiding komt nieuwe wegen in te slaan die partijen niet hebben voorzien. Dan is het juist gewenst dat partijen de zaak aan een volgende rechter kunnen voorleggen.

Zo wordt ook wel gezegd dat een juridische toetsing in één enkele instantie minder bezwaarlijk is, als het rechterlijk college in kwestie de zaak meervoudig behandelt. Op zichzelf is dat juist. Dat neemt echter niet weg dat de zaak zoals gezegd soms pas rijpt na een eerste ronde. Daarom kies ik met het pistool op de borst voor tweemaal een alleenzittende rechter, liever dan éénmaal een meervoudige kamer.

Zo is er nog het argument dat zaken, waarin een deskundigenbericht is uitgebracht, daarom beter in de diepte worden behandeld dan andere zaken. Dit argument legt inderdaad gewicht in de schaal, maar niet zoveel dat hoger beroep niet wenselijk zou zijn. In het bijzonder indien het gaat om juridisch ingewikkelde zaken, is de beschikbaarheid van een deskundigenbericht voor-

waarde voor een behoorlijke beslissing door de rechter, maar geen garantie dat de verschillende aspecten van de zaak voldoende en op de juiste wijze uit de verf komen. Ik kom hierop terug bij de bespreking van de rechtspraak inzake bestemmingsplannen en milieuvergunningen.

Een ander argument is nog dat in zaken, die in eerste en enige instantie worden behandeld, in de regel schorsing of een voorlopige voorziening wordt gevraagd als het omstreden besluit in kwestie van groot belang is. Aldus is er in zekere zin sprake van een dubbele behandeling, althans van de belangrijkste punten: eerst in het kader van het verzoek om een ordemaatregel en daarna in de bodemprocedure. Mijn reactie is dat het toch verschil maakt of meerdere rechters uit hetzelfde college een zaak behandelen of dat verschillende colleges om een oordeel kan worden gevraagd.

Vergelijk de door minister Korthals Altes opgelaten proefballon van het intern appèl, die intussen is doorgeprikt en leeggelopen.

Ten slotte is er het argument van de extra tijd die – voor een relatief beperkt aantal gevallen – met een tweede rechterlijke toetsing is gemoeid. De stelling is dan dat de maatschappelijke ontwikkelingen zo snel gaan, dat de samenleving zich geen langdurige besluitvorming kan permitteren, en ook geen tijdrovende procedure over de rechtmatigheid van de genomen beslissing.

Deze stelling wordt niet zozeer betrokken met het oog op de enkelvoudige situatie waarbij één justitiabele een geschil heeft met de overheid, zoals in het sociale-verzekeringsrecht en in het belastingrecht. Procedures in beide sectoren nemen onder omstandigheden veel tijd, maar met de klachten daarover valt het wel mee. De hoven werpen in hun gezamenlijk signalement over de jaren 1994 en 1995 zelfs de vraag op of in de fiscale praktijk wel behoefte bestaat aan een versnelling van de beroepsprocedure.

De stelling is eerder gericht op meervoudige situaties waar veel derden betrokken zijn en waar grote private en publieke belangen op het spel staan. Ook in die context gaat de stelling naar mijn overtuiging echter niet op.

Een besluit dat voor veel mensen van groot gewicht is en mogelijk daarom pas na moeizame compromissen tot stand is geko-

men, verdient juist een extra controle op rechtmatigheid. De werking van een dergelijk besluit hangende beroep en hoger beroep kan op maat worden gesneden via schorsing en/of voorlopige voorziening.

Zonodig kan de rechter een onregelmatig besluit geheel of gedeeltelijk gedekt verklaren met toepassing van art. 8:72 lid 3 Awb. Elke discussie over het terugdraaien van de gevolgen van het besluit in kwestie, wordt zo afgesneden.

Intussen behoort een vlottere behandeling van spoedeisende zaken zeker tot de mogelijkheden.

Ik stel voorop dat de bezwaarschriftprocedure in de praktijk veel te lang duurt. Dat blijkt uit de genoemde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht.

Voorts constateer ik dat beroepen die kennelijk zonder goede grond zijn, volgens het nieuwe bestuursprocesrecht vereenvoudigd kunnen worden afgedaan. De voorzitter van het (appèl)college kan de zaak dan beslissen, zonder zitting, op voet van art. 8:54 Awb.

De zinnige zaken die een mondelinge behandeling verdienen, kunnen in eerste en in tweede ronde versneld worden behandeld, als daar aanleiding toe is. Het gevolg is dat verschillende wettelijke termijnen kunnen worden bekort zoals art. 8:52 Awb aangeeft. Uitstellen zullen dan praktisch niet worden verleend. Dat is in het bijzonder van belang voor de inzending van het verweerschrift en van de stukken die op de zaak betrekking hebben, omdat de verwerende overheid op dat punt de wettelijke termijn van vier weken regelmatig overschrijdt. Een ander gevolg is dat de zitting bij voorrang zal worden vastgesteld. Uit de genoemde evaluatie blijkt dat de sectoren bestuursrecht van de rechtbanken vooralsnog niet spoedig tot versnelling besluiten.

Uit een oogpunt van proceseconomie kan mondeling uitspraak worden gedaan. Art. 8:67 Awb voorziet erin dat de uitspraak de gronden van de beslissing behelst, en in een procesverbaal wordt vastgelegd.

Een verdere versnelling is mogelijk via de regeling van de kortsluiting ex art. 8:86 Awb. De voorzitter kan in een schorsingsprocedure direct uitspraak doen in een aanhangige bodemzaak, als hij meent dat een verdere behandeling weinig of niets zou toevoegen. In de eerste instantie is daartoe de instemming van partijen niet vereist. Uit de genoemde evaluatie blijkt dat de voor-

zitters van de sectoren bestuursrecht van de rechtbanken zich nog voorzichtig opstellen.

Ten slotte kan de rechter partijen een nasleep besparen. Hij kan de schending van een vormvoorschrift passeren als de belanghebbenden daardoor niet zijn geschaad. Zie art. 6:22 Awb. En hij kan tegelijk met een vernietiging zelf in de zaak voorzien, als het bestuursorgaan in kwestie rehtens geen keus meer heeft. Zie art. 8:72 lid 4 Awb.

De hierboven genoemde bepalingen bieden de rechter de mogelijkheid om de behandeling van afzonderlijke zaken te bespoedigen.

Als men het wenselijk vindt dat een bepaalde categorie van zaken steeds bij voorrang wordt behandeld, kan de wetgever dat voorschrijven. Ik denk dan in het bijzonder aan de rechtspraak ter zake van bestemmingsplannen en milieuvergunningen.

De Raad van State meent dat de rechterlijke macht in beginsel de vrijheid moet hebben zelf te bepalen op welk tijdstip en op grond van welke criteria de besluitvorming over een zaak ter hand wordt genomen (jaarverslag 1995, p. 38). Dat standpunt spreekt een rechtzoekende volstrekt niet aan.

De conclusie blijft dat er ook in bestuursrechtelijke zaken alle reden is om de hoofdregel in ere te houden dat een geschil in twee feitelijke instanties aan de orde kan komen.

Akkoord dus met de algemene conclusie van de Staatscommissie. Akkoord ook met de wetgever, die voor de ruime categorie van de vroegere Arobzaken heeft gekozen voor het hoger beroep.

Voor de goede orde zal ik hieronder kort de belangrijkste groepen van zaken bespreken, ter zake waarvan nu nog geen appèl openstaat.

CBB

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven behandelt voornamelijk zaken in de sociaal-economische sector. De laatste jaren zijn om en nabij de 3000 beroepen aanhangig gemaakt. Vooral zaken in de sfeer van de landbouw komen veel voor. Dat zijn vaak ingewikkelde procedures met een Europeesrechtelijke component.

Het lijkt geen twijfel dat de mogelijkheid van hoger beroep hier in het algemeen op zijn plaats is.

Zie ook het wetsvoorstel voor de nieuwe Mededingingswet (TK 24 707) dat beroep openstelt op de rechtbank Rotterdam en appèl op het CBB.

Als men de verschillende wetten op grond waarvan beroep wordt opengesteld langs loopt, is hier en daar een uitzondering denkbaar als het gaat om besluiten en plannen die vooral beleidsmatig zijn bepaald. Bij wijze van voorbeeld noem ik de toetsing van de goedkeuring van de minister van Economische Zaken van het elektriciteitsplan op grond van de Elektriciteitswet 1989. Dat plan is in hoge mate politiek bepaald, en het parlement is daarbij zo betrokken, dat een eenmalige juridische toetsing wellicht voldoende is.

Als men uitgaat van een appèlpercentage tussen 10 en 20, gaat het in tweede ronde om 300 tot 600 nieuwe zaken.

De vraag hoe de rechtspraak in twee instanties het best kan worden georganiseerd, komt later aan de orde.

ABRvS

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State behandelt in het bijzonder de vroegere Kroonberoepen nog in eerste en enige instantie. Qua aantallen zaken zijn de belangrijkste categorieën

- de sector van het onderwijs, instroom in 1995 en 1996 tegen de 500 beroepen en verzoeken om voorlopige voorziening per jaar;
- de bestemmingsplannen, instroom in 1995 en 1996 tegen de 1000 beroepen en verzoeken per jaar;
- de milieuzaken, instroom in 1995 en 1996 ruim 3000 beroepen en verzoeken per jaar.

Dit alles op een totaal van tegen de 6000 beroepen en verzoeken per jaar.

Wat het onderwijs betreft, is in het bijzonder in de financiële sfeer hier en daar voorzien in rechtspraak in eerste en laatste instantie door de Afdeling bestuursrechtspraak. Dat rechtstreeks beroep is opengesteld ten aanzien van onder meer

- aanvang en beëindiging van bekostiging uit de openbare kas;
- belangrijke huisvestingsvoorzieningen;
- extra formatie en extra vergoedingen op grond van bijzondere omstandigheden.

Deze globale omschrijving dekt enkele verschillende soorten besluiten in het primair, secundair en tertiair onderwijs. Soms betreft het directe besluiten van de staatssecretaris of de minister waartegen (in beginsel) bezwaar kan worden aangetekend, soms betreft het besluiten tot goedkeuring, zodat de bezwaarfase (in elk geval) wordt overgeslagen.

In grote lijn zijn het besluiten die van zodanig gewicht zijn dat in het verleden daartegen Kroonberoep is opengesteld. Minder belangrijke beslissingen, waarvoor indertijd geen bijzondere voorzieningen zijn getroffen, profiteren sedert 1994 van het hoofdspoor van de Algemene wet bestuursrecht in combinatie met art. 37 Wet op de Raad van State: administratieve rechtspraak in twee instanties.

Het ligt in de rede ook de hierboven aangeduide zwaardere zaken op het hoofdspoor aan te sluiten. De emancipatie van het Kroonberoep tot volwaardige bestuursrechtspraak wordt daarmee voltooid.

Wat de bestemmingsplannen betreft, is de beleidscomponent groot. Dat zou ervoor kunnen pleiten dat de nadruk blijft liggen op de bestuurlijke besluitvorming door de gemeenteraad en de goedkeuring door Gedeputeerde Staten, en dat de toetsing door de rechter minder gewicht zou krijgen.

In 1967 zou een dergelijke benadering zeker verdedigbaar zijn geweest. De gemeente had in beginsel veel beslissingsruimte, terwijl het provinciaal bestuur in het streekplan de toekomstige ontwikkeling van het betrokken gebied slechts in hoofdlijnen aangaf. De aanwijzingsbevoegdheid van Gedeputeerde Staten en die van de minister waren alleen bedoeld voor uitzonderingsgevallen. Op landelijk niveau kon de Kroon plannen vaststellen voor bepaalde facetten van het nationale ruimtelijke beleid, maar dat was er nog niet van gekomen.

Tegenwoordig zijn de spelregels gecompliceerd en verder gejuridificeerd.

De verschillende planologische kernbeslissingen volgen elkaar

op. De PKB's behelzen vaak gedetailleerde aanduidingen over toekomstige bestemmingen.

De streekplannen zijn juridisch steeds belangrijker geworden, in die zin dat Gedeputeerde Staten zijn gebonden aan de hardere delen van het plan en alleen gemotiveerd kunnen afwijken van andere delen.

Voorts zijn er strikte voorschriften in welke gevallen een milieu-effectrapportage moet worden opgesteld. Die voorschriften zijn grotendeels vanuit Brussel gedictieerd.

Ten slotte is van belang dat de bestuursrechter toetst of Gedeputeerde Staten de tegen het bestemmingsplan ingediende bezwaren zorgvuldig behandelen. Onderzoek van A.R.J. Mulders in opdracht van de Evaluatiecommissie WRO/Bro (1992) wijst uit dat de colleges van Gedeputeerde Staten in de praktijk het nodige werk maken van de behandeling van de bezwaren terwijl zij vaak terughoudend zijn bij de ambtshalve beoordeling van een plan. Zo is er alle aanleiding om hoger beroep mogelijk te maken.

Een tegenargument vind ik niet dat de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak (met name de Adviseur ten behoeve van de Raad van State in zaken van ruimtelijke ordening) in de meeste zaken een deskundigenbericht uitbrengt. Deze adviseur ordent en bespreekt de bezwaren mede aan de hand van een bezichtiging ter plaatse. Partijen hebben de gelegenheid om schriftelijk te reageren. De mondelinge behandeling wint zo aan diepte. Eén en ander heeft echter niet tot gevolg dat alle bezwaren steeds uitputtend kunnen worden besproken.

Een bestemmingsplan behelst veel verschillende, al dan niet samenhangende beslissingen ten aanzien van talrijke belanghebbenden. Het is een efficiënte opzet van de wetgever dat al die beslissingen tegelijk aan de orde komen. Het is dan echter onvermijdelijk dat het regelmatig voorkomt dat bezwaren onderbelicht blijven.

De tijd die met de totstandkoming en toetsing van een bestemmingsplan is gemoeid, vormt geen onoverkomelijk bezwaar tegen toetsing in eerste en tweede aanleg.

Het meeste werk gaat zitten in de voorbereiding. Na de tervisielegging van het ontwerp gelden vaste termijnen voor het besluit van de gemeenteraad en voor de goedkeuring vanwege het provinciaal bestuur. Er is geen bezwaarschriftprocedure. De gerech-

telijke procedures kunnen aan tijd worden gebonden net zoals dat nu het geval is met de beslissing van de Afdeling bestuursrechtspraak. Zie art. 28 lid 7 Wet op de Ruimtelijke Ordening. De bestaande regeling dat het beroep geen schorsende werking heeft, dient gehandhaafd te blijven. De voorzitter van het gerecht dat het (hoger) beroep behandelt kan op verzoek een voorlopige voorziening treffen.

Het grote belang van het bestemmingsplan waarin het huidig en toekomstig gebruik van gronden bindend wordt vastgelegd na afweging van alle te respecteren belangen, geeft de doorslag om niet te bezuinigen op de toetsing van de rechtmatigheid.

Wel kan ik mij voorstellen dat ten aanzien van planologische kernbeslissingen, streekplannen, regionale en gemeentelijke structuurplannen een beperking zou blijven bestaan.

Die besluiten zijn meer beleidsmatig bepaald, en minder juridisch gebonden. P.J.J. van Buuren en H.J. de Vries spreken in hun preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht (1996) over de uitgebreide voorbereiding en het hoge politiek gehalte van deze strategische plannen.

Die besluiten worden inderdaad in belangrijke mate gedragen door het parlement, provinciale staten respectievelijk de gemeenteraad.

Wat de milieuvergunningen betreft, heeft zich een vergelijkbare ontwikkeling voorgedaan.

In 1967 moest het bevoegd gezag de vage normen van de Hinderwet zelfstandig invullen, met behulp van een beperkt aantal circulaires van de landelijke overheid.

Tegenwoordig zijn de vage normen van de Wet milieubeheer geconcretiseerd door middel van gedetailleerde uitvoeringsregelingen, die weer worden aangevuld door uitgewerkte circulaires, alles tegen de achtergrond van toenemende regelgeving van de Europese Unie.

Daarbij komt dat de meeste inrichtingen in het kader van de deregulering worden bestreken door standaardvoorschriften die bij algemene maatregel van bestuur zijn vastgesteld. De inrichtingen waarvoor nog wel een individuele milieuvergunning is vereist, zijn vaak van groot economisch belang en zijn vaak van aanmerkelijke invloed op het milieu. De vergunning is dan

omvangrijk en complex, en bestrijkt verschillende aspecten van het milieu zoals verontreiniging van lucht en bodem, geluid, geur/stank en veiligheid. Elk aspect kent zijn eigen kring van belanghebbenden.

Een extra argument voor een rechterlijke toetsing in twee instanties ligt in de coördinatie tussen de milieuvergunning en de bouwvergunning, zoals neergelegd in de Wet milieubeheer en in de Woningwet. Aan de vergunninghouder en aan de derdenbelanghebbenden is nog uit te leggen dat het traject voor de ene vergunning (langere voorbereiding, geen bezwaar) verschilt van het traject voor de andere (kortere voorbereiding, wel bezwaar). Het is echter onverklaarbaar waarom de ene vergunning slechts aan één rechter kan worden voorgelegd en de andere in twee instanties kan worden getoetst.

In milieuzaken pleegt de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak een deskundigenbericht te vragen, dat nuttig houvast geeft voor de behandeling ter zitting. Als ook in milieugeschillen hoger beroep wordt opengesteld, zal de rechter in eerste aanleg er goed aan doen advies te vragen aan genoemde Stichting Advisering Bestuursrechtspraak (de Adviseur Beroepen Milieubeheer).

De factor tijd is ook hier geen overwegend bezwaar. Veel studie en beraad is nodig in de fase van het vooroverleg en in de fase van de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure. De bezwaarschriftprocedure speelt niet. De gerechtelijke procedures kunnen aan tijd worden gebonden net zoals dat binnenkort het geval is met de beslissing van de Afdeling bestuursrechtspraak op beroepen ter zake van besluiten op grond van de Wet milieubeheer. Zie art. 20.1 lid 2 van die wet.

Hoe dan ook, beperking van de juridische toetsing van besluiten met betrekking tot aanvragen van (wijzigingen van) vergunningen of ambtshalve wijzigingen of intrekking van vergunningen, is naar mijn mening niet goed verdedigbaar.

Integendeel, men zou kunnen zeggen dat de omzetting van het Kroonberoep in administratieve rechtspraak niet is afgerond zolang niet is voorzien in een rechtspraak in twee instanties.

Bovenstaande conclusie geldt temeer voor de andere besluiten op grond van de Wet milieubeheer, bijvoorbeeld in het kader van de handhaving. Wat is de rechtvaardiging dat de vergunning-

houder, omwonenden en het bestuur kwesties inzake bestuursdwang en gedogen, dwangsom en andere sancties slechts in één rechterlijke instantie aan de orde kunnen stellen? Elders in het bestuursrecht kunnen besluiten inzake handhaving in eerste aanleg en in hoger beroep worden getoetst.

De veronderstelling lijkt gewettigd dat een nieuwe eerste instantie omstreeks hetzelfde aantal zaken te verwerken zal krijgen als de Afdeling bestuursrechtspraak in de huidige situatie, dat is omstreeks 6000 per jaar. De ervaring met de vroegere Arobzaken wijst in die richting. Als men in verband met de belangen van derden rekent met een relatief hoog appèlpercentage van 30 van de bodemzaken, gaat het in tweede instantie om tegen de 1500 nieuwe zaken.

Aan welke colleges die rechtspraak zou kunnen worden toevertrouwd, komt in het volgende hoofdstuk ter sprake.

Cvbs

Het College van beroep studiefinanciering behandelt beroepen in verband met de studiefinanciering. Op twee locaties komen jaarlijks in totaal omstreeks 2000 zaken aan de orde. De Informatie Beheer Groep (IB-Groep) die is belast met de uitvoering van de wet wordt bij de berekening van basisbeurs, tempobeurs en prestatiebeurs telkens voor nieuwe problemen gesteld. De spelregels worden immers regelmatig aangepast en gewijzigd via harmonisatie-, heroriëntatie- en reparatiewetgeving.

H.E. Bröring en H.B. Winter beschrijven in hun bijdrage aan de Damenbundel (1996) over massale beschikkingverlening en het bestuursrechtelijke trechtermodel onder meer de gang van zaken bij besluitvorming over studiefinanciering. Zij schilderen de IB-Groep als de manager van een beschikkingenfabriek. De mechanische verwerking van alle aanvragen impliceert dat eerst in de fase van de bezwaarschriftprocedures sprake is van weloverwogen besluitvorming. In verband daarmee heeft de student, en ook het bestuur, grote behoefte aan de mogelijkheid van hoger beroep.

Mij dunkt dat de redelijkheid van hoger beroep eigenlijk vanzelf spreekt, ook in de klassieke benadering vanuit de rechtsbescherming van de (studerende) burger. Evenals ter zake van bijstand,

sociale uitkeringen en individuele huursubsidies, is ook ter zake van studiebeurzen rechtspraak in twee instanties op zijn plaats.

Als men uitgaat van een bescheiden appèlpercentage van 10, gaat het in hoger beroep om 200 nieuwe zaken.

Fiscale rechtspraak

Ten slotte nog enige opmerkingen over de wenselijkheid van een nieuwe feitelijke instantie in belastingzaken.

Over dit onderdeel van het advies van de Staatscommissie is op papier nog maar weinig verschil van mening. Twee kabinetten hebben zich in beginsel positief uitgelaten. En de belastingwereld steunt deze vernieuwing. In de vergadering van de Vereniging voor Belastingwetenschap van juni 1996 stond niet zozeer de vraag centraal of er een extra feitelijke instantie zou moeten komen, maar hoe die nieuwe instantie zou moeten worden ingericht. Een recente studie van P.H. Debets en R.W. Mooij onder de titel *De belasting in evenwicht* (1996) bevestigt dit beeld.

Men is het erover eens dat de belastingkamers van de hoven het werk in de huidige situatie nauwelijks aankunnen, en dat de mogelijkheid van hoger beroep de kwaliteit van de rechtspraak ten goede zal komen. Daarnaast is ook de vermindering van de werklast van de Hoge Raad een argument. De vraag of voor de fiscale boete twee feitelijke instanties vereist zijn op grond van het al eerder genoemde art. 14 lid 5 IVBP, komt zo niet meer aan de orde.

Men kan aannemen dat in de toekomst in eerste instantie evenveel uitspraken zullen moeten worden gedaan als de belastingkamers van de hoven nu voor hun rekening nemen, stel 8000 per jaar (exclusief omstreeks 2000 beroepen ter zake van de motorrijtuigenbelasting). Als men uitgaat van een appèlpercentage tussen 10 en 25, komt er een extra belasting van 800 à 2000 zaken per jaar bij. Als men uitgaat van een cassatiepercentage van 10 tot 20, loopt de werkdruk van de belastingkamer van de Hoge Raad terug van omstreeks 800 uitspraken per jaar tot 80 à 400.

De Tariefcommissie moet hier ook worden genoemd. De com-

missie behandelt in eerste en enige instantie jaarlijks omstreeks de 200 douanezaken. Het betreft gespecialiseerde kwesties met een vaste Europeesrechtelijke inslag met betrekking tot bijvoorbeeld de indeling van goederen in verband met de verschillende tariefposten, de vaststelling van contingenten waarvoor een laag tarief geldt, de vrijstelling van invoerrechten en de bepaling van de douanewaarde waarover de rechten moeten worden berekend.

Als ook hier een tweede aanleg komt, is er sprake van stel enkele tientallen extra procedures.

Uitzonderingen

De hoofdregel zal niet steeds kunnen worden toegepast.

Het is min of meer vanzelfsprekend dat de mogelijkheid van hoger beroep alleen moet worden opengesteld voor zaken van enig substantieel belang. Als in een wettelijke regeling een duidelijk criterium kan worden ingepast welke zaken van minder belang zijn, zal dat moeten gebeuren. Vergelijk de hoogte van de boete als criterium in de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften, de Wet Mulder.

Er zijn ook zaken die te spoedeisend zijn. Een klassiek voorbeeld is het beroep op de rechter ter zake van geschillen op grond van de Kieswet.

Men kan ook denken aan zaken met een hoog politiek gehalte, die weinig juridisch bepaald zijn zoals de genoemde strategische besluiten in de ruimtelijke ordening.

De bijzondere aard van bepaalde geschillen kan ook een reden zijn om toch te kiezen voor één gedegen instantie met uitsluiting van de mogelijkheid van hoger beroep. Zo heeft de wetgever de berechting van de vaak trieste geschillen over uitkeringen aan oorlogsgetroffenen terecht opgedragen aan de Centrale Raad van Beroep als eerste en laatste rechter.

Een bijzonder vraagstuk is het hoger beroep in vreemdelingen-zaken. Het kabinet overweegt de (her)invoering van een stelsel van (selectief) hoger beroep.

Er zou dan geen herkansing mogelijk zijn ten aanzien van rechterlijke beslissingen over vrijheidsbeperkingen en tussentijdse uitzettingen, en ook niet ten aanzien van rechterlijke uitspraken

dat een verzoek om toelating als asielzoeker kennelijk niet-ontvankelijk of kennelijk ongegrond is.

Er zou alleen een voorziening kunnen worden gevraagd in de bodemprocedure inzake de toelating als vluchteling c.q. de vergunning tot verblijf. De appèlinstantie zou vervolgens een onderscheid kunnen maken tussen de zaken die een behandeling in hoger beroep waard zijn en de zaken die buiten zitting kunnen worden afgedaan omdat zij kansloos zijn. De minister van Justitie en de staatssecretaris wijzen erop dat deze opzet enige overeenkomst vertoont met een verlofstelsel. En dat deze figuur aansluit bij de vereenvoudigde afdoening per voorzittersbeslissing uit het administratief procesrecht. Nieuw is echter de uitsluiting van verzet. Het is de hoogste tijd dat het hoger beroep er nu werkelijk komt.

De appèlzaken zouden bij één college worden ondergebracht, zulks ter wille van de rechtseenheid op het gebied van het vreemdelingenrecht. De rechtseenheidskamer op rechtbankniveau heeft dan wellicht geen taak meer.

Welk college deze nieuwe taak zal gaan vervullen, is nog open: de minister wil niet vooruitlopen op de besluitvorming over de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie. De oplossing die het minst prejudicieert, is toedeling van deze zaken aan een hof.

Het kabinet is van mening dat een beperking van rechtsmiddelen in deze sector onvermijdelijk is. Hoger beroep over de hele linie zou leiden

- tot een onaanvaardbare verlenging van de procedure met de daaraan verbonden kosten voor opvang;
- tot een extra werkbelasting voor de Immigratie- en Naturalisatiedienst, die niet binnen afzienbare termijn zou kunnen worden opgevangen.

Zie over één en ander de brief van de minister en de staatssecretaris aan de Tweede Kamer van 19 december 1995 (24 424 nr. 2).

Er is bepaald géén reden voor een uitzondering op de hoofdregel van het hoger beroep met betrekking tot zaken waar grote private en publieke belangen mee gemoeid zijn en welke de overheid of een particuliere organisatie vanwege die grote belangen snel wil uitvoeren. In dit verband heb ik de bestemmingsplannen

en de milieuvergunningen genoemd. Met betrekking tot de rechterlijk toetsing van die besluiten kan desgewenst worden voorzien in een wettelijke voorrang.

Conclusie

In het bovenstaande is de hoofdregel van de rechtspraak in twee feitelijke instanties nog eens nader bezien met het oog op het bestuursrecht. De conclusie is een bevestiging van het voorstel dat de Staatscommissie in 1984 heeft gedaan. De conclusie is meer concreet dat een vernieuwde rechterlijke organisatie met betrekking tot het bestuursrecht dient te voorzien in een tweede feitelijke instantie, waar die nu nog ontbreekt.

3. RECHTBANK, HOF

De volgende vraag is welke rechters de verschillende soorten bestuursrechtelijke geschillen dienen te beslechten.

Eerste instantie

Deze vraag is gemakkelijk te beantwoorden voor de eerste instantie. De wetgever heeft bij de voorintegratie en bij de eerste fase van de herziening van de rechterlijke organisatie gekozen voor het instellen van een sector bestuursrecht bij elke rechtbank. Deze keus was niet of nauwelijks omstreden. De Staatscommissie had daartoe geadviseerd, overigens in afwijking van de subcommissie Arob onder voorzitterschap van W.F. de Gaay Fortman die afzonderlijke Arob-gerechten wilde instellen, maar in lijn met de subcommissie sociale-verzekeringsrechtspraak en arbeidsrechtspraak onder voorzitterschap van A.G. van Galen. De Staatscommissie constateert dat administratief recht en privaatrecht steeds meer vervlochten raken.

Sedert 1984 is de beïnvloeding over en weer van civiel recht, strafrecht en bestuursrecht verder toegenomen. Schakelbepalingen in het Burgerlijk Wetboek en in de Algemene wet bestuursrecht zijn indicaties van de verbanden die kunnen worden gelegd. Een leerstuk als de aansprakelijkheid van de overheid voor onjuiste beslissingen kan alleen nader worden ontwikkeld als de

verschillende invalshoeken daarbij worden betrokken. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor het gebied van de schadevergoeding wegens onrechtmatige overheidsdaad en wegens rechtmatige overheidsdaad. Een onderwerp als handhaving vraagt om een geïntegreerde benadering met inbreng vanuit alle drie sectoren. Voor een verschijnsel als gedogen is dat niet anders.

De interne rechtsvergelijking die vooral A.R. Bloembergen heeft gepropageerd, slaat aan. Andere voortrekkers zijn bijvoorbeeld M. Scheltema en B.C. Punt. Steeds meer juristen zijn actief op gebieden die privaatrecht en publiekrecht omvatten. Wetenschappers en praktijkmensen die zich toeleggen op één terrein, hebben in toenemende mate belangstelling voor andere specialiteiten.

Mij dunkt dat het redelijk succes van het geïntegreerde gerecht in eerste aanleg vooral daaraan te danken is.

Een en ander betekent niet dat een rechter in de familie-unit zijn werk niet kan doen als hij niet elke dag contact onderhoudt met collegae in andere civiele units en in de strafsectie en in de sector bestuursrecht. Integendeel, het overgrote deel van de zaken kan worden behandeld en beslist met de normale mix van gezond verstand en specialistische kennis, zonder enige oversteek naar andere rechtsgebieden.

Het betekent evenmin dat de nodige afstemming tussen verschillende sectoren alleen kan plaatsvinden als rechters zitting hebben in geïntegreerde colleges. De bestaande praktijk van informeel overleg tussen de verschillende hoogste administratieve gerechten en tussen de hoven, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven getuigt daarvan. Dergelijk overleg is enige tijd geleden in kaart gebracht door een special van het Nederlands Juristenblad (NJB 1989, p. 1611 e.v.).

Integratie is ook geen garantie voor soepele procedures. Daarvoor zijn eenvoudige en op elkaar afgestemde stelsels van procesrecht nodig. De individuele rechtzoekende is in het bijzonder gebaat bij een beperking van het risico van niet-ontvankelijkheid. Dus bij regels met betrekking tot doorzending van geschriften (vergelijk art. 6:15 Awb) en bij regels met betrekking tot doorverwijzing van zaken door de ene rechter naar de andere rechter (vergelijk art. 8:71 Awb en art. 96a Rechtsvordering).

Wel kan integratie ertoe bijdragen dat procedures beter op el-

kaar worden afgestemd, en dat ook materieel een zekere eenheid van recht wordt bevorderd, met behoud van de eigenaardigheden van de verschillende sectoren en subsectoren.

Ook zal integratie een stimulans kunnen zijn voor een betere regeling van praktische kwesties zoals openingstijden van griffies, wijze van in ontvangst nemen van schrifturen, afgifte van ontvangstbewijzen, betaling van griffiegelden, ruimte voor herstel van verzuimen, overleg over zittingsdagen, oproepen voor zittingen, toezending van uitspraken, bekendmaking van uitspraken en inzage van uitspraken door derden. Ik zeg niet dat al deze onderwerpen voor alle sectoren rigide eenvormig moeten zijn geregeld en dat een subsector geen eigen (royalere) spelregels zou kunnen hanteren. Ik zou het wel plezierig vinden als elke plaatselijke advocaat en gemachtigde per arrondissement één rekening-courant zou kunnen aanhouden, als er in elk paleis van justitie een centraal systeem van postboxen zou worden ingesteld en als er in elk paleis een centrale griffieplek zou zijn die tot middernacht stukken in ontvangst neemt.

De eerste ervaringen met het geïntegreerde gerecht in eerste aanleg zijn naar mijn idee gunstig.

P. Albers doet in zijn dissertatie (1996) onder meer verslag van de voorlopige resultaten van de eerste fase van het project herziening van de rechterlijke organisatie, vanuit het perspectief van de rechterlijke macht. Dat verslag klinkt bepaald positief. De rechtbanken-oude-stijl en de nieuwe bestuursrechters hebben er kennelijk veel aan gedaan om de eerste fase tot een succes te maken.

Een officieel onderzoek naar de ervaringen van de consument ontbreekt. Mijn indruk is echter dat de rechters en het ondersteunende personeel hard en klantgericht werken.

Aldus is er alle reden om de berechting van de nieuwe zaken toe te vertrouwen aan de rechtbanken. De sectoren bestuursrecht bestrijken dan praktisch het gehele administratief recht. Verkokering krijgt geen kans. De samenhang tussen de verschillende onderdelen van het bestuursrecht wordt juist versterkt. En het eenvormig bestuursprocesrecht draagt daartoe bij.

De toegankelijkheid en overzichtelijkheid van de rechtspraak worden gediend.

Vervolgens moet dan nog wel de vraag worden beantwoord naar de spreiding van zaken over de gerechten van eerste aanleg en naar de gewenste omvang van die gerechten.

Men dient rekening te houden met een instroom van zaken die nu nog elders worden behandeld, te weten omstreeks

- 3000 beroepen in de sfeer van de economische ordening;
- 6000 beroepen en verzoeken die tot dusverre bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State binnenkomen;
- 2000 beroepen ter zake van studiefinanciering, na aftrek van intrekkingen en doorzendingen;
- 10 000 beroepen in de fiscale sfeer, inclusief motorrijtuigenbelasting en douanezaken, exclusief de intrekkingen.

Een spreiding van zaken over alle rechtbanken is aangewezen uit een oogpunt van evenwichtige structuur. De justitiabele kan dan voor geschillen over fiscale kwesties, over studiefinanciering, over bestemmingsplannen en over milieuvergunningen in beginsel in zijn eigen arrondissement terecht.

Het moet mogelijk zijn voldoende belastingjuristen aan te trekken althans voor de rechtbanken in de arrondissementen waar inspecties zijn gevestigd. In hun eerder genoemde studie komen Debets en Mooij tot de conclusie dat externe werving van belastingrechters weinig problematisch lijkt en dat veel raadsheren uit de belastingkamers van de hoven bereid zijn een bijdrage te leveren aan de opzet van fiscale rechtspraak in eerste aanleg. Debets en Mooij bevelen spreiding aan.

Aarzeling heb ik over de procedures die het College van Beroep voor het bedrijfsleven behandelt. Veel zaken zijn zo specialistisch dat toedeling aan één bijzondere rechtbank wellicht een betere oplossing is.

Weinig ruimte voor twijfel bestaat ten aanzien van de beroepen inzake invoerrechten en accijnzen. Die procedures zijn enerzijds specialistisch en anderzijds klein in aantal. Spreiding is dan geen serieuze optie.

De geschikte omvang van de gerechten in eerste aanleg, en van rechterlijke colleges in het algemeen, is vooral een organisatorisch probleem. Er zullen grenzen zijn aan de groei van de organisatie, willen de rechters en de ondersteunende stafleden van het ene rechtsgebied nog min of meer vanzelfsprekende contacten kun-

nen onderhouden met collega's in een andere sector. Zo kan ik mij voorstellen dat op termijn wordt besloten de drie grootste rechtbanken op te splitsen in bijvoorbeeld Rotterdam-oost en Rotterdam-west, en in Den Haag/Delft en Den Haag/Leiden, en in Amsterdam-zuid en Amsterdam-noord.

Tweede instantie

De vraag ligt op papier ook gemakkelijk voor de tweede instantie. De Staatscommissie heeft ook hier een duidelijk voorstel gedaan. De opzet is dat alle rechtspraak in hoger beroep wordt opgedragen aan de gerechtshoven en dat de belastingkamers worden uitgebreid tot kamers die in hoogste feitelijke instantie beslissen over in beginsel alle bestuursrechtelijke geschillen.

Het voorstel sluit aan op de organisatie van de eerste lijn.

Het past ook bij de rechtseenheidvoorziening, die naar menselijke berekening door de Hoge Raad zal moeten worden verzorgd.

Er valt inderdaad veel te zeggen voor integratie van de bestuursrechtspraak in de klassieke rechterlijke organisatie. Het administratief recht is mede dankzij gespecialiseerde beroepsinstanties en rechterlijke colleges uitgegroeid tot een zelfstandig rechtsgebied met een eigen traditie, eigen leerstukken en eigen jurisprudentie.

De wetgever heeft die ontwikkeling bevestigd met een codificatie in de vorm van de Algemene wet bestuursrecht, die tranche voor tranche wordt uitgebouwd.

Het is wenselijk dat het civiel recht, het strafrecht en het bestuursrecht elkaar verder beïnvloeden. De praktijk vraagt meer afstemming van het materieel recht, van de toegang tot de gerechten, van de regels van procesrecht en van meer praktische kwesties, zoals eerder kort aangeduid. Hoe minder onnodige verschillen, hoe beter voor de rechtshelpers, en dus: hoe beter voor de rechtzoekende. Integratie van gerechten stelt dit alles niet zeker, maar brengt het wel meer binnen bereik.

Het soort integratie dat ik op het oog heb, is die welke in praktijk wordt gebracht in de belastingkamer van de Hoge Raad: fiscale specialisten spreken recht samen met juristen die in andere disciplines hun sporen hebben verdiend. Zodoende krijgt het ver-

band tussen het belastingrecht en de andere rechtsgebieden de nodige aandacht. Een ander voorbeeld is de overstap naar de Raad van State die J.H. Beekhuis indertijd heeft gemaakt. Het kan niet anders dan dat hij met zijn grote kennis van het burgerlijk recht een belangrijke extra inbreng heeft gehad in de rechtspraak van de Raad.

In twee opzichten verdient de beslissing over het appèl in bestuursrechtelijke zaken nadere overweging.

Ten eerste speelt de vraag naar de eenheid van rechtspraak in tweede feitelijke instantie.

Ten tweede zijn de taken in het geding van eerbiedwaardige colleges met een uitstekende staat van dienst.

Een mogelijk bezwaar tegen spreiding van de bestuursrechtelijke appèllen over de hoven, is het risico dat de verschillende bestuurskamers onderling afwijkende uitspraken doen. Rechtseenheid per subsector en ook binnen het administratief recht als geheel is dan niet verzekerd. Van tijd tot tijd zal een beroep moeten worden gedaan op de Hoge Raad. Van Galen wijst hierop in zijn appèl op de wetgever in het Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht (NTB 1993, p. 201 e.v.). Hij pleit voor de vorming van één hoger-beroepscollege dat alle administratiefrechtelijke zaken in tweede aanleg behandelt, een zesde Hof zonder civiele kamer en zonder strafkamer. Hij noemt het belang van de overheid c.q. uitvoeringsorganisatie en ook het belang van de rechtzoekende bij een snelle beslissing. De Centrale Raad van Beroep geeft in zijn jaarverslag over 1995 een voorbeeld van de praktische voordelen van concentratie: de afdoening van duizenden zo genoemde maluszaken door de arrondissementsrechtbanken kon snel en doelmatig (vereenvoudigd) geschieden, nadat de Centrale Raad als appèlrechter aan die problematiek één zitting had gewijd en daarna uitspraak had gedaan. Mij dunkt dat een dergelijk snelle rechtsgang ook haalbaar is, als men in het bestuursprocesrecht prorogatie en sprongcassatie mogelijk zou maken. Partijen kunnen dan gezamenlijk besluiten een instantie over te slaan, in elk geval in zaken waar geen andere belanghebbenden zijn die als partij in het geding zouden kunnen worden toegelaten.

De Centrale Raad ziet in verband met het voorgaande nog een

voordeel in een centraal administratief Hof, namelijk beperking van de werklast van de Hoge Raad. Dit voordeel weegt echter minder zwaar, als de toegang tot de hoogste rechter wordt beperkt via een verlofstelsel.

Een mogelijk ander bezwaar tegen de toedeling van een bestuursrechtelijk appèl aan de hoven, is het verlies van veel van de organisatie en van de specialistische kennis van het College van het Beroep voor het bedrijfsleven, het College van beroep studiefinanciering en de Centrale Raad van Beroep, en ook van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

CBB, Cvbs en CRvB

Het is aannemelijk dat de rechters in deze colleges, en ook de stafleden, in de praktijk de min of meer vanzelfsprekende aansluiting met collega's in andere (sub)sectoren missen.

Het lijkt geen twijfel dat deze rechters en stafleden meer dan welkom zijn bij de hoven om te helpen bij het opzetten van de nieuwe bestuurskamers. In feite is hun hulp onmisbaar. Een min of meer vergelijkbare situatie doet zich voor ten aanzien van de belastingraadsheren op wie een beroep zal worden gedaan om de fiscale rechtspraak in eerste instantie een goede start te geven. Hier ligt voor de betrokkenen een mooie taak, ter keuze als zendeling, missionaris of ontwikkelingswerker.

De kwalificatie kapitaalvernietiging is onjuist. Beter zou men kunnen spreken over wederbelegging van geïnvesteerd vermogen.

ABRvS

De positie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is een heel bijzondere.

De oude traditie van het Kroonberoep is afgebroken door jurisprudentie van het Hof in Straatsburg. Achteraf gezien, denk ik dat ook nationale ontwikkelingen op den duur zouden hebben geleid tot een omzetting van het Kroonberoep in administratieve rechtspraak.

De jonge traditie van de rechtspraak door een afdeling van de Raad van State ligt nu onder vuur vanuit hetzelfde Hof. Er is alle

aanleiding om niet alleen het arrest in kwestie (EHRM 28 september 1995, NJ 667, AB 588) te wegen, maar ook en vooral te kijken naar de meest wenselijke structuur van de rechtspraak op de lange termijn.

Wat zijn de bijzondere voor- en nadelen van de combinatie van de advisering over wetgeving enerzijds en rechtspraak anderzijds?

Een voordeel is zeker dat iemand die regelmatig adviseert over de maatschappelijke wenselijkheid, de juridische houdbaarheid en praktische uitvoerbaarheid van wetsvoorstellen, allicht alert zal zijn als hij moet beslissen over de juiste uitleg van wettelijke bepalingen en over de rechtmatigheid van de toepassing van die bepalingen. En omgekeerd is een voordeel dat een rechter als hij adviseert over wetgeving allicht een scherp oog zal hebben voor de kwaliteit van regelgeving, in elk geval voor het aspect van rechtsbescherming, niet zozeer voor de instrumentele functie van een wet. Op dezelfde wijze is het nuttig dat mensen uit de praktijk van de uitvoering en handhaving van regelgeving, een inbreng hebben bij het opstellen van de regels. En dat mensen die zich bezighouden met wetgeving, op de hoogte zijn van de realiteit nadat de inkt van de kamerstukken en van het Staatsblad al lang is opgedroogd. Daarbij doet het er denk ik weinig toe of iemand die verschillende werkzaamheden tegelijkertijd of achtereenvolgens verricht.

Aldus is het een pluspunt als een bestuursrechter ervaring heeft opgedaan met wetgeving, net zoals het een pluspunt is als hij actief is geweest in het openbaar bestuur of elders in de rechtspleging.

Een nadeel kan zijn dat iemand die mede verantwoordelijk is voor het wetsvoorstel of die daarover heeft geadviseerd, zich wellicht niet helemaal los kan maken van de bedoelingen van het betrokken departement respectievelijk van zijn eerdere advies. Dat nadeel zal men in incidentele gevallen op de koop toe nemen. Dat nadeel kan zwaarder wegen als sprake is van een structurele situatie. Zo spreekt het bepaald niet vanzelf dat een rechter in functie tevens regeringscommissaris is voor een stuk wetgeving. Ik zou overwegende bezwaren zien, als het gaat om wetgeving waarbij de overheid als het ware partij is. Een voorbeeld is de Wet bodembescherming met de regeling van het sanerings-

bevel en het kostenverhaal. Dit is het soort bezwaar dat het Hof in Straatsburg heeft bewogen tot het Procola-arrest.

Dit bezwaar kan men niet bezweren met de gemeenschappelijke conclusie van de Raden van State van Frankrijk, België, Nederland en Luxemburg dat binnen het instituut Raad van State de beide functies van advisering en rechtspraak gehandhaafd kunnen en ook moeten worden (zie de Inleiding van de Vice-President in het jaarverslag van de Raad van State van 1995, p. 9 en 10).

Er zijn ten minste wijzigingen nodig die moeten waarborgen dat rechtzoekenden niet behoeven te vrezen voor gebrek aan rechterlijke onpartijdigheid als gevolg van betrokkenheid van rechters bij de advisering over wettelijke voorschriften waarvan de rechtmatigheid in hun geding ter discussie staat (zie hetzelfde jaarverslag, Beschouwingen van de Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak, p. 54).

Een geschikte oplossing lijkt mij niet het creëren van een afzonderlijke procedure voor geschillen waarin een partij de rechtmatigheid van een algemene maatregel van bestuur of een wet in formele zin bestrijdt.

Een oplossing zie ik ook niet in een huisregel dat staatsraden alleen kunnen zitten op geschillen met betrekking tot wettelijke regelingen waarover zij niet hebben geadviseerd. In de praktijk zouden dan alleen de jongste staatsraden en de staatsraden in buitengewone dienst algemeen inzetbaar zijn.

Een oplossing op korte termijn is wellicht dat een afzonderlijke afdeling rechtspraak zou worden gevormd uit staatsraden die niet eerder bij advisering zijn betrokken. Als de leden in de nieuwe afdeling rechtspraak worden benoemd in het bijzonder met het oog op hun rechterlijke kwaliteiten, rijst de vraag waarom dat mede onder verantwoordelijkheid van de minister van Binnenlandse Zaken zou gebeuren, zonder aansluiting op het benoemingsbeleid dat voor andere rechters geldt.

Ik beweer niet dat Procola eraan in de weg staat dat de Raad van State een rechtsprekende taak behoudt. Gezaghebbende geleerden, onder wie E.A. Alkema in zijn noot in de NJ, I.C. van der Vlies in haar noot in de AB, en C.A.J.M. Kortmann (onder meer in NJB 1995, p.1365) zeggen dat ook niet. Al zijn er ook stemmen in andere zin. Radicaal is A.F.M. Brenninkmeijer in eerste

reactie (NJB 1995, p. 1364). Zorgvuldig uitgewerkt commentaar levert N.S.J. Koeman (NTB 1996, p. 97). J.H. Blaauw reageert met kritiek op de uitspraak van het Hof (NTB 1996, p. 222 e.v.). Ik stel wel dat de combinatie van functies ook negatieve kanten heeft.

De voor- en nadelen van bedoelde combinatie van functies heeft ook een institutioneel aspect, dat in het Procola-arrest niet aan de orde is. Een justitiabele die bij de Afdeling bestuursrechtspraak aanvoert dat een algemene maatregel van bestuur of een wet onrechtmatig is, kan twifelen of zijn stelling alle kans krijgt, als de Raad van State eerder impliciet of expliciet heeft geadviseerd dat van strijd met een hogere regeling geen sprake is. Ook staatsraden die niet bij de advisering over die regeling betrokken zijn geweest, zouden zich uit collegialiteit enigszins geremd kunnen voelen. Deze twijfel kan niet worden weggenomen door een selectieve toedeling van zaken aan individuele staatsraden of door een scheiding tussen advisering en rechtspraak. Een dergelijke scheiding helpt alleen als die ver wordt doorgevoerd en als de eenheid van het college als zodanig wezenlijk wordt gereactiveerd.

Een bijkomend voordeel van de combinatie van functies lijkt mij dat het werk van de staatsraad in volle dienst dankzij de combinatie van advisering en rechtspraak extra interessant en afwisselend is. Dat vergemakkelijkt de recrutering van nieuwe staatsraden en komt de bezetting dus ten goede. Als de rechterlijke taak wegvalt, zal de Raad van State onder druk komen te staan om zijn leden meer ruimte te geven voor nevenfuncties bijvoorbeeld als hoogleraar of als raadsheer plaatsvervanger in een hof of als raadsheer in buitengewone dienst in de Hoge Raad.

In het voorgaande zijn enige voor- en nadelen geschetst. Mogelijke aanpassingen in de werkwijze en organisatie van de Raad van State hebben een mikado-effect: wie hier wat wijzigt, roept daar ongewenste bewegingen op.

Met het oog op de lange termijn dient men nu te kiezen voor een structurele scheiding tussen de advisering aan de regering over nieuwe wetgeving enerzijds en de bestuursrechtspraak die in het teken staat van rechtsbescherming van de overheid ander-

zijds. Dit klemmt temeer in een tijd waarin beide functies vergeleken met vroeger aan betekenis hebben gewonnen.

De rechtshelpers en de rechtzoekenden zullen het betreuren als de Afdeling bestuursrechtspraak ophoudt te bestaan. Er is echter enige troost.

De bijdrage van de Raad van State aan de ontwikkeling van het administratief recht in het algemeen en aan de administratieve rechtspraak in het bijzonder loopt niet dood.

De kritische instelling jegens de overheid van de Afdeling rechtspraak onder leiding van achtereenvolgens J. van der Hoeven, M. Troostwijk, P.J.G. Kapteyn en P.J. Boukema heeft de burgerlijke rechter geactiveerd.

De erfgenamen van de Afdeling bestuursrechtspraak zijn de bestuursrechters in de gerechten van eerste aanleg die door de Afdeling rechtspraak zijn opgeleid.

De werkwijze waarbij hoog gekwalificeerde rechters veel overlappen aan een goed geschoolde staf, is een voorbeeld dat meer en meer navolging vindt.

Het actieve optreden van de staatsraden en de directe benadering van partijen ter gelegenheid van de mondelinge behandeling, is de norm bij berechting van administratiefrechtelijke zaken.

De inbreng van de staatsraden in buitengewone dienst gaat niet zonder meer verloren. Men mag verwachten dat veel van de juristen die in de huidige situatie worden gevraagd staatsraad i.b.d. te worden, straks hun weg zullen vinden naar de bestuurskamers van de hoven en naar de bestuurskamer van de Hoge Raad.

Het is ook geen breuk met een lange historie als de Raad van State zich weer meer zou concentreren op de advisering, en als het aantal leden zou verminderen. In 1967, mijn referentiejaar, waren er achttien staatsraden en slechts enkele staatsraden in buitengewone dienst.

De adviestaak van de Raad van State is uitermate belangrijk, en kan niet door een ander college worden overgenomen.

Ook de overheid in haar verschillende gedaanten zal de Afdeling bestuursrechtspraak met haar politieke, bestuurlijke en juridische ervaring missen. Alleen de advisering over bestuursgeschillen in eerste en enige instantie blijft natuurlijk bij de Raad van State.

In de discussienota van 1994 wordt hier onderscheid gemaakt tussen verticale bestuursgeschillen die voortkomen uit de institutionele relatie tussen overheidsorganen enerzijds en horizontale bestuursgeschillen waarbij publieke lichamen op voet van gelijkheid tegenover elkaar staan anderzijds.

In de eerste categorie van gevallen heeft de wetgever ter zake van specifieke besluiten beroep op de Kroon (lees: Afdeling bestuursrechtspraak) opengesteld. In de tweede categorie kan de meest gerede partij aan de Kroon (de Afdeling) verzoeken enig geschil te beslechten. Deze vorm van publiekrechtelijke arbitrage zou ook kunnen worden opengesteld voor overheidsstichtingen en voor vennootschappen die geheel in handen zijn van de overheid. Ik kan mij voorstellen dat de Raad van State in deze tijd van alternatieve geschillenbeslechting zou uitgroeien tot een centrum van bemiddeling in publieke kwesties. Mij dunkt dat zulks voorziet in een behoefte. Ik vind het altijd een treurige vertoning als overheden elkaar voor het oog van de wereld in drie instanties bestrijden.

Na het voorgaande kan ik kort zijn over de modellen uit de discussienota. De nota noemt er vijf.

Model A: de rechtsmacht in hoger beroep wordt integraal geografisch gespreid over de hoven, waaronder mogelijk een nieuwe hof in Utrecht.

Model B: de rechtsmacht in hoger beroep wordt geconcentreerd bij één centraal college dat zich uitsluitend met bestuursrechtspraak bezighoudt.

Model C is een tussenvorm waarin de rechtsmacht in hoger beroep telkens per categorie zaken wordt geconcentreerd bij één van de hoven.

Model D is een andere tussenvorm waarbij bepaalde categorieën van zaken telkens bij één hof worden ondergebracht, terwijl de andere zaken worden gespreid.

Model E: handhaving van het stelsel zoals dat nu is ontstaan, in zoverre dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Centrale Raad van Beroep als nevenschikte appelrechters fungeren.

Ik kies voor D, zulks op het spoor van de Staatscommissie.

Het zou zonde zijn de reorganisatie te laten uitkomen op een afgescheiden bestuursrechtspraak volgens B of E.

Het model B van het ene appèlcollege dat alle bestuursrechtelijke zaken behandelt, lijkt opgebracht vanuit de kring van de Centrale Raad van Beroep. De Raad zou niet onaanzienlijk moeten worden uitgebreid om de hoger beroepen van de Afdeling bestuursrechtspraak te kunnen overnemen, tegelijk met de appèllen in de sfeer van het College van Beroep voor het bedrijfsleven en het College van beroep studiefinanciering, en met de fiscale rechtspraak. Daarbij zou nog komen de vreemdelingenrechtspraak in tweede aanleg.

Het model E is evenmin wenselijk. Het veronderstelt een toedeling van zaken enerzijds aan de Afdeling bestuursrechtspraak en anderzijds aan de Centrale Raad.

Wellicht is de achterliggende gedachte dat de Afdeling dan zou gaan over geschillen waarbij vaak ook andere partijen zijn betrokken dan alleen de overheid en degene tot wie het oorspronkelijke besluit was gericht.

Mogelijk is dan de bedoeling dat de Centrale Raad in het bijzonder zou rechtspreken in procedures die voortkomen uit eenvoudige relaties tussen burger en overheid.

Ik veronderstel dat de CBB-hoger beroepen dan deels zouden worden toegevoegd aan het takenpakket van de Afdeling en deels aan dat van de Centrale Raad. De Cvbs-appèllen zouden naar de Centrale Raad gaan.

De discussienota zegt dat dit model uit een oogpunt van implementatie uiteraard aantrekkelijk is, lees: weinig ingrijpende veranderingen vergt.

Het grote bezwaar tegen de modellen B en E springt direct in het oog: er ontstaat dan een driedeling in het bestuursrecht, terwijl bindingen met de andere sectoren ontbreken. Als men de fiscale appèllen zou overbrengen naar de Centrale Raad, blijft toch een tweedeling binnen het bestuursrecht over, en komt er een volledige scheiding tussen het bestuursrecht enerzijds en het burgerlijk recht en het strafrecht anderzijds.

Kort samengevat, ligt het in de rede de berechting van de appèllen in de sector van het administratief recht op te dragen aan bestuurskamers van de hoven. Alleen dan is er uitzicht op een impuls tot verdere onderlinge beïnvloeding van civiel recht,

strafrecht en bestuursrecht. In het stadium van het hoger beroep is de integratie nog belangrijker dan in de eerste instantie, waar veel routinebeslissingen moeten worden genomen.

Ten slotte rijst ook hier de vraag naar de spreiding van zaken over de verschillende hoven en naar de gewenste omvang van die colleges. Naar verwachting is sprake van de navolgende aantallen (onderling overigens niet goed vergelijkbare) zaken, te weten

- (1) 300 tot 600 hoger beroepen in de sfeer van de economische ordening;
- (2) 1000 hoger beroepen ter zake van de Algemene wet bestuursrecht en 1500 hoger beroepen ter zake van vooral onderwijs, ruimtelijke ordening en milieu;
- (3) 200 hoger beroepen in verband met studiefinanciering;
- (4) 800 à 2000 fiscale hoger beroepen;
- (5) 10 000 beroepen van de Centrale Raad van Beroep;
- (6) een aanmerkelijk aantal appèllen in vreemdelingenzaken als de wetgever de mogelijkheid van selectief hoger beroep openstelt;
- (7) enige honderden hoger beroepen ingevolge de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (Wet Mulder), als de wetgever het advies van de Commissie Werkbelasting Strafkamer Hoge Raad (Commissie Haak) (1996) volgt.

De verdeling van zaken over de hoven kan plaatsvinden onder het motto: spreiden waar mogelijk, concentratie waar nodig. Wegens de bijzondere aard van die procedures en de daarvoor benodigde expertise, en wegens het relatief beperkte aanbod hoger beroepen in die subsectoren, is te overwegen de groepen van zaken bedoeld onder (1), (3), (4), (6) en (7) telkens door één hof te laten berechten. Dat geldt zeker ook voor de bestemmingsplanzaken en milieuberoepen uit groep (2). Als deze laatste categorie wordt overgebracht naar de bestuurskamer van het Haagse Hof, kan een belangrijk deel van de staf van de Raad van State eenvoudig overstappen. Mogelijk komen ook de ambtenaren- en pensioenkwesties uit groep (5) voor concentratie in aanmerking.

De geschikte omvang van de appèlcolleges dient vooral te wor-

den bepaald door organisatorische overwegingen. De discussienota houdt al rekening met een zesde hof. Een belangrijke factor zijn ook de extra hoger beroepen die een gevolg zullen zijn van de integratie van de kantonrechters in de gerechten in eerste aanleg – als daartoe inderdaad wordt besloten.

Conclusie

De conclusie is dat de rechtspraak in bestuursrechtelijke zaken in eerste instantie het beste kan worden toevertrouwd aan de sectoren bestuursrecht van de rechtbanken. En dat de rechtspraak in tweede aanleg dient te worden ondergebracht bij de hoven. De huidige belastingkamers kunnen dan worden uitgebreid tot bestuurskamers. Dit is een bevestiging van het voorstel dat de Staatscommissie in 1984 heeft gedaan. Het sluit aan op de eerste fase van de herziening van de rechterlijke organisatie.

4. CASSATIE, VERLOFSTELSEL

De Staatscommissie acht het noodzakelijk dat één hoogste rechter als cassatierechter zal optreden om tot eenheid van rechtstoepassing te komen. De commissie bedoelt daarmee dat de hoogste rechter moet zorgen voor de eenheid van het recht en ook voor de kwaliteit van de rechtspraak.

De wenselijkheid van een rechtseenheidsvoorziening wordt algemeen onderschreven. Op het spel staan de eenheid en daarmee de voorspelbaarheid van de beslissingen binnen één rechtsgebied, voor zover die niet al is verzekerd door een centrale appèlinstantie. Op het spel staat verder de afstemming tussen de verschillende sectoren civiel recht, strafrecht en bestuursrecht. In de discussienota werkt Th.G.M. Simons in naam van minister Hirsch Ballin overtuigend uit dat er nog al wat rechtsvragen zijn die niet alleen in bestuursrechtelijke procedures, maar ook in civielrechtelijke en/of strafrechtelijke procedures aan de orde komen. Bijvoorbeeld de uitleg van verdragen en van de Grondwet, de toetsing van regelgeving en de invulling van het schadevergoedingsrecht. Verder zijn er rechtsregels die afkomstig zijn uit het ene rechtsgebied en mede toepassing vinden in het an-

dere. De nota noemt het terecht van belang dat dergelijke rechtsvragen uiteindelijk eensluidend en binnen één conceptueel kader worden beantwoord.

De wenselijkheid van een waarborg voor de kwaliteit van de rechtspraak heeft minder aandacht gekregen. Gezien vanuit het standpunt van de rechtzoekende is dit aspect van wezenlijke betekenis. Het ziet ernaar uit dat de gerechten van eerste en tweede aanleg in toenemende mate onder druk komen te staan om veel uitspraken te produceren. Het is wenselijk dat in het stadium van de cassatie signalen kunnen worden afgegeven dat het produkt ook goed moet zijn.

In de discussienota van 1994 wordt gesuggereerd dat dit element van de toetsing in cassatie zou kunnen vervallen om te voorkomen dat procedures te veel tijd kosten en dat de Hoge Raad te zwaar wordt belast en spankracht verliest.

Deze argumenten vervliegen echter grotendeels als de wetgever kiest voor een verlofstelsel. Het aantal zaken dat tot in hoogste instantie kan worden doorgezet, is dan beperkt.

De Staatscommissie adviseert dat de Hoge Raad wordt aangewezen als cassatierechter voor alle civiele zaken, strafzaken en administratieve zaken. Een logisch sluitstuk op de integratie in de arrondissementen en de hofressorten.

Bloembergen had al eerder de vraag: Cassatie in administratieve zaken? bevestigend beantwoord. Zie Geschrift nr. 6 van de Studiekring Drion (1984).

Een alternatief zou zijn dat een gemeenschappelijke kamer wordt gevormd voor grensoverschrijdende zaken. In die kamer zouden hoogste rechters uit de verschillende sectoren zitting nemen. J.J.R. Bakker heeft daarvoor gepleit in *Rechtsmiddelen van de toekomst* (1994). Veel voorstanders van deze constructie hebben zich niet laten horen. De constructie past ook alleen in een rechterlijke organisatie die in afzonderlijke kolommen is georganiseerd. Overigens zou geformaliseerd incidenteel contact tussen toprechters wel een verbetering zijn vergeleken met de bestaande situatie. Een incidenteel werkende combi-kamer zal echter niet toekomen aan een systematische zorg voor de rechtseenheid en voor de kwaliteit van de rechtspraak.

J.M. Polak heeft zich bij verschillende gelegenheden kritisch uit-

gelaten over de integratie zoals de Staatscommissie die voorstaat. Hij vindt het vanzelfsprekend dat vrijwillige samenwerking tussen rechters (zelfregulering) de voorkeur verdient boven een reorganisatie door de wetgever. Zie bijvoorbeeld zijn opstel in de bundel voor J.C.M. Leijten (1991). Intussen staat de rechtzoekende dan wel buiten spel. Als het echt meezit wordt in de vakpers gepubliceerd tot welke conclusies deze volontaire consultaties hebben geleid. Eventuele bezwaren kan de rechtzoekende alleen achteraf kwijt voor één van de gerechten die bij het informeel overleg waren betrokken.

De conclusie blijft dat de Hoge Raad ook in bestuurszaken dient te fungeren als cassatierechter.

Men zou nog kunnen aarzelen als de Hoge Raad mager werk zou afleveren. Het tegendeel is echter het geval. Ik voeg hieraan toe dat de Hoge Raad bij uitstek geschikt is om moeilijke rechtsvragen in de vereiste ruime context te beantwoorden. De samenstelling van het college is natuurlijk heel belangrijk. De organisatie en de cultuur zijn echter ook gewichtige factoren. Een relatief beperkt aantal dossiers krijgt systematisch alle aandacht van het Openbaar Ministerie en van de betrokken kamer. Waar nodig vindt structureel overleg plaats tussen verschillende kamers. Er is al sprake van een integrale benadering van civiel recht, strafrecht en een deel van het bestuursrecht (fiscaal recht en onteigeningsrecht).

Wel zal naar wegen moeten worden gezocht om de toestroom van procedures te beperken. De Staatscommissie spreekt voorzichtig over de mogelijkheid zaken op eenvoudige wijze af te doen. De discussienota noemt als eventuele oplossing de introductie van een verlofstelsel, waarbij de Hoge Raad zelf bepaalt welke beroepen hij in behandeling neemt.

J.L.W. Sillevius Smitt en G.J. Wiarda hadden in 1978 grote reserves over een beperking van de toegang tot de civiele cassatie via een verlofstelsel. Zie hun preadviezen voor de Nederlandse Juristen-Vereniging. In bestuursrechtelijke zaken gaat het echter niet om een limitering van een bestaand rechtsmiddel, maar om een extra cassatieberoep dat best selectief mag zijn.

Mij dunkt dat beroep in cassatie in beginsel zou moeten openstaan tegen alle einduitspraken van de bestuursrechter in tweede instantie. Daaronder vallen ook eindbeslissingen in hoofdzaken

van kortsluitende presidenten op hofniveau. En uitspraken tot niet-ontvankelijkverklaring of ongegrondverklaring van het verzet tegen een vereenvoudigde afdoening zonder zitting. Dat is op dit moment het stramien in de subsector fiscaal recht. Zie art. 19 Wet administratieve rechtspraak belastingzaken.

Een eerste beperking zou kunnen worden aangebracht voor geschillen die direct op geld waardeerbaar zijn en waarvan het belang minder is dan stel f 1000. Ik signaleer dat de Commissie Haak voorstelt om in strafzaken een 500-gulden grens in te voeren, zodat een aantal lichte overtredingen van cassatie wordt uitgesloten.

Een verdere beperking van de cassatie in bestuursrechtelijke zaken is echter onvermijdelijk, wil de Hoge Raad deze nieuwe taak aankunnen. Een aanmerkelijke uitbreiding van de Hoge Raad is niet gewenst. De lijnen tussen de verschillende kamers moeten kort blijven, zulks terwille van de eenheid van rechtspraak. Een verlofstelsel is de aangewezen oplossing.

Verlofstelsel

Het ligt in de lijn dat de wetgever de Hoge Raad niet bindt aan gedetailleerde criteria. Het ligt eerder voor de hand dat de wetgever zich beperkt tot ruime aanduidingen zoals het belang van de rechtseenheid en van de rechtsontwikkeling, en ook het belang van de kwaliteit van de rechtspraak. Aan de hand van dat laatste criterium kan de Hoge Raad ingrijpen als sprake is van ernstige misslagen in de procesgang of van sprekende motiveeringsgebreken.

De eerste selectie van de dossiers die voor verlof in aanmerking komen, kan worden verricht door het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad, onder verantwoordelijkheid van wisselende raadsheren van de bestuurskamer. Per verzoek om verlof is in dit stadium niet veel tijd nodig. Een praktijkjurist die enigszins in het betrokken rechtsgebied thuis is, kan binnen het uur zien of sprake is van een principiële kwestie of van een uitspraak die mogelijk ver beneden de maat is. Zeker als wordt voorgeschreven dat de redenen van het verzoek om verlof, de bezwaren tegen de bestreden uitspraak en het belang van de zaak duidelijk moeten

worden aangegeven, en op één bladzijde nog eens moeten worden samengevat.

Aldus kan een groslijst worden opgesteld, waaraan individuele raadsheren nog zaken kunnen toevoegen. Ik denk aan een groslijst van stel 500 zaken.

De tweede selectie tot stel 300 zaken kan worden gemaakt via schriftelijke besluitvorming of mondeling in raadkamer.

De Hoge Raad moet in zes weken een keus kunnen maken. Dat wil zeggen dat na verloop van twaalf weken vanaf de bestreden uitspraak duidelijk is of de Hoge Raad de aangebrachte zaak inderdaad aanneemt: zes weken voor de termijn van beroep en zes weken voor de termijn van beraad.

Alleen het relatief beperkte aantal procedures dat de verlostreep haalt, heeft een substantieel langere doorlooptijd.

A.M.I. van der Does beschrijft in haar *De toegang tot de hoogste rechter* (1990) het verlostelsel bij de Supreme Court in de Verenigde Staten. Ook A.W. Heringa geeft in *Het Amerikaanse Hooggerechtshof* (1996) een overzicht van de procedure die wordt gevolgd en van de criteria die worden aangehouden. Aan hen ontleen ik het navolgende. Eerst laat de president een lijst circuleren van zaken die naar zijn mening voor nader beraad in aanmerking komen. Andere rechters kunnen de lijst aanvullen. Vervolgens worden die zaken in raadkamer besproken. Volgens de *Rule of Four* beslist de kleinste mogelijke minderheid of verlost zal worden verleend.

Als de federale overheid in de persoon van de Solicitor-General verlost vraagt, wordt dat in de meeste gevallen gehonoreerd.

Op grond van onderzoek is vastgesteld welke factoren bepalen of verlost wordt verleend. Eén daarvan is de noodzaak van 'percolation' (doorfiltering), inhoudende dat een rechtsvraag voldoende onderwerp is geweest van debat, en dat verschillende lagere rechters zich daarover hebben uitgesproken.

In ieder geval zal de Supreme Court nagaan of is voldaan aan de algemene eisen voor ontvankelijkheid. Ik vraag in het bijzonder aandacht voor de criteria 'mootness' en 'ripeness'.

Als het eigenlijke geschil tussen partijen wegvalt, wordt een zaak 'moot' verklaard en beëindigd zonder inhoudelijke uitspraak. De Supreme Court beantwoordt geen rechtsvragen los van een concrete casus met een concreet belang.

Als een geschil te vroeg wordt voorgelegd, is sprake van een onnodige belasting van de hoogste rechter. Ook dit illustreert dat sprake moet zijn van een rechtsvraag die speelt in een werkelijk geschil tussen partijen van vlees en bloed.

Voor de Nederlandse verhoudingen lijkt mij een les dat niet alleen het abstracte belang van de rechtsvraag maar ook de opportuniteit relevant is.

Een andere les is dat van de justitiabele mag worden verlangd dat hij een verzoek ordelijk en overzichtelijk presenteert. Het is ongewenst dat een rechtzoekende zonder deskundige hulp om verlof kan vragen en zodoende onnodig beslag legt op de werkracht van de Hoge Raad. De regering heeft in het wetsvoorstel Herziening fiscaal procesrecht voorshands geen bijzondere maatregelen voorgesteld ter zake van verplichte rechtsbijstand. Dat wil zeggen dat de belastingplichtige zelf een beroepsschrift kan indienen. Pleiten is echter voorbehouden aan advocaten. Er wordt ook geen middelenstelsel voorgesteld. Minister W. Sorgdrager heeft met name over de rechtsbijstand in fiscale cassaties advies gevraagd aan de Commissie herijking verplichte procesvertegenwoordiging (Commissie Van Delden).

De Commissie Haak heeft al geadviseerd tot invoering van verplichte rechtsbijstand in cassatie in strafzaken.

In het kader van de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie, als bestuursrechtspraak in twee feitelijke instanties wordt ingevoerd, is er wellicht reden om de toegang tot de Hoge Raad te beperken tot rechtzoekenden die zich hebben voorzien van gekwalificeerde rechtsbijstand.

Procedure

Het spreekt wel vanzelf dat de wetgever zich zal oriënteren op de cassatieprocedure in belastingzaken. Het fiscale recht is immers het onderdeel van het administratieve recht dat van oudsher beroep op de Hoge Raad kent.

Zie de regeling zoals die nu verspreid is over hoofdstuk 6 van de Algemene wet bestuursrecht, de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken en hoofdstuk V van de Algemene wet inzake rijksbelastingen. Zie ook het in december 1996 onder nummer 25 175 ingediende wetsvoorstel tot aanpassing van het fis-

cale procesrecht aan de Algemene wet bestuursrecht enzovoorts. Dat voorstel brengt specifieke processuele bepalingen onder in de AWR, inclusief een verwijzing naar grote stukken van hoofdstuk 8 van de Awb. De WARB wordt ingetrokken.

Voor de algemene bestuursrechtelijke cassatie dient de regeling te worden aangepast om ruimte te maken voor derden-belanghebbenden die in de vorige instantie als partij aan het geding hebben deelgenomen. Ook een verlostelsel moet worden ingepast.

Het geding verloopt dan als volgt.

Het beroep wordt ingesteld door indiening van een beroepschrift bij het betreffende gerechtshof. De indiener van het beroepschrift moet niet alleen aangeven welke bezwaren hij heeft tegen de bestreden uitspraak (zie art. 6:5 Awb), maar ook waarom hij meent dat de Hoge Raad verlop zou moeten verlenen. Het is denkbaar dat de verzoeker daarbij steun zoekt bij verenigingen of instellingen, zoals dat in de Verenigde Staten vaak gebeurt.

De griffie stuurt vervolgens het beroepschrift, de aangevallen uitspraak en het dossier aan de Hoge Raad.

De verzoeker is griffierecht verschuldigd.

De wederpartij en eventuele derden-belanghebbenden kunnen een verweerschrift indienen en bezwaar maken tegen inwilliging van het verzoek om verlop. Misschien is het goed om tegelijkertijd ruimte te geven voor een incidenteel beroep in cassatie.

De president van de betrokken kamer beslist op het verzoek om verlop na consultatie van de leden van de kamer. De beslissing wordt niet gemotiveerd.

Als het verlop is verleend, kunnen verzoeker tot cassatie, verweerder en eventuele derden-belanghebbenden de zaak mondeling bepleiten of een schriftelijk pleidooi overleggen.

De conclusie van het Openbaar Ministerie is niet facultatief.

Art. 101a en art. 102 Wet op de Rechterlijke Organisatie zijn van toepassing. De Hoge Raad kan dus een verkorte uitspraak doen als hij van oordeel is dat een aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling. De Hoge Raad kan in het voorkomende geval dus ook bestuursrechtelijke zaken met drie raadsheren afdoen.

Conclusie

De conclusie is dat het wenselijk is dat ook in bestuursrechtelijke zaken de mogelijkheid van beroep in cassatie bij de Hoge Raad wordt ingevoerd. De huidige belastingkamer kan worden uitgebouwd tot bestuurskamer. De Hoge Raad dient zelf de instroom van procedures te regelen via een verlostelsel. De criteria op grond waarvan verlof wordt verleend, dienen alleen in algemene termen te worden aangegeven: rechtseenheid, rechtsontwikkeling en kwaliteit van de rechtspraak.

Ook deze conclusie spoort met het advies van de Staatscommissie van 1984.

5. CIJFERS, ZIN EN TEGENZIN, ACTUALITEIT

De invoering van een nieuwe eerste instantie in bestuursrechtelijke zaken, waar die nu nog ontbreekt, is in belangrijke mate een kwestie van verplaatsing van werkzaamheden. Een verplaatsing van verschillende hogere en naast gelegen niveau's naar het geïntegreerde gerecht van eerste aanleg. De orde van grootte van de aantallen zaken zijn hierboven aangegeven:

- 3000 zaken van het CBB
- 6000 zaken van de ABRvS
- 2000 zaken van het Cvbs
- 10 000 zaken van de belastingkamers van de hoven en de Tariefcommissie.

Er is sprake van nieuw werk op het appèlniveau. Bij benadering gaat het om de navolgende aantallen hoger beroepen:

- 300 tot 600 zaken van het CBB
- 1500 zaken van de ABRvS
- 200 zaken van het Cvbs
- 800 tot 2000 fiscale zaken.

De belastingkamers van de hoven hebben ruimte, omdat de stroom van beroepen in eerste instantie is verlegd naar de rechtbanken.

Ten slotte zijn er de nodige verzoeken om verlof tot cassatie die de bestuurskamer van de Hoge Raad zal moeten bezien en de

daaruit voortvloeiende beroepen die de bestuurskamer volledig zal behandelen.

De belastingkamer van de Hoge Raad heeft enige ruimte omdat het aantal cassatieberoepen zal teruglopen zodra de fiscale rechtspraak in twee feitelijke instanties draait.

De schatting van de aantallen zaken is gebaseerd op cijfers over 1994, 1995 en 1996, die niet steeds vergelijkbaar zijn.

De preadviseurs streven ernaar dat in het voorjaar van 1997 in het Nederlands Juristenblad een publicatie verschijnt met de laatste cijfers over instroom en afdoening van zaken bij de verschillende bestuursrechters.

Het is belangrijk dat er enig zicht is op de omvang van de operatie van de derde fase.

Er zijn geluiden dat er te veel rechtsbescherming zou zijn en dat het wel een onsje minder kan. Benoemde en gekozen bestuurders klagen dat het land, de provincie, de gemeente onbestuurbaar wordt, omdat bezwaard en in toenemende mate een beroep op de rechter doen. No nonsense betekent blijkbaar ook: no legal nonsense.

Om met het laatste te beginnen, durf ik bij wijze van borrelpraat inderdaad te zeggen dat de mensen minder het compromis zoeken en meer op hun rechten staan dan vroeger, mogelijk als gevolg van Engelse en Amerikaanse invloeden. Niettemin is mijn indruk dat de meeste particulieren en rechtspersonen goede redenen hebben als zij bezwaar maken tegen overheidsbesluiten en als zij een beroep op de bestuursrechter doen. De politiek heeft moeite om tot beslissingen te komen die voldoende draagvlak hebben en die betaalbaar zijn. De billijkheid ten aanzien van alle betrokkenen en daarmee de rechtmatigheid van het besluit in kwestie raakt wel eens op de achtergrond. Het is dan niet zo verwonderlijk dat de rechter om een oordeel wordt gevraagd. Intussen zijn de zaken regelmatig zo ingewikkeld dat een toets in twee instanties geen onnodige luxe is, maar een redelijk verlangen.

In deze benadering is de juridificering van de samenleving geen kwaad dat op eenvoudige wijze kan worden bestreden, maar meer een logisch gevolg van het feit dat de maatschappij steeds ingewikkelder wordt en dat de justitiabele steeds mondiger

blijkt. Zie bijvoorbeeld G.S.A. Dijkstra in zijn preadvies voor de Raad voor het binnenlands bestuur (1996). Laat staan dat deze ontwikkelingen zouden kunnen worden gekeerd door een korting op de rechtspraak. Zie onder meer het aardige antwoord van D. Allewijn aan burgemeester W.J. Deetman op het symposium 'Openbaar bestuur in de knel door rechtspraak?' (NTB 1997, p.17 e.v.).

In dit verband kan worden gezegd dat de samenleving platter wordt: de overheid en de burger komen dichterbij elkaar, zoals publiek recht en privaatrecht meer en meer raakpunten vertonen.

In deze context is van belang dat het met de toenemende proceslust wel meevalt. Zie bijvoorbeeld Bloembergen in zijn monografie *Ubi iudicia deficiunt incipit bellum* (1995).

Voor mij geeft de doorslag dat de tijd rijp lijkt voor een herziening van de rechterlijke organisatie ter wille van een grotere samenhang tussen de verschillende sectoren en subsectoren van het recht zowel ten aanzien van het materiële recht als ten aanzien van het procesrecht.

Het klimaat op de universiteiten, in de wereld van de rechterlijke macht en in de wereld van advocaten en andere rechtshulpverleners is opgewarmd. Zie onder meer de adviezen van de Hoge Raad, van de Adviesraad herziening Rechterlijke Organisatie en van de Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten (met verwijzing naar het advies van een commissie onder voorzitterschap van J. Schepel).

Een verdere herziening is ook actueel. Het is geen redelijk alternatief alles voorlopig bij het oude te laten. Integratie van de gerechten van eerste aanleg wekt verwachtingen. De invoering van twee feitelijke instanties moet leiden tot een aanmerkelijke verbetering van de kwaliteit van de rechtsbescherming. De invoering van de cassatie met een verlostelsel opent perspectieven met betrekking tot de rechtseenheid.

Bovendien moet de wetgever op een aantal deelterreinen toch knopen doorhakken. Ik noem bij wijze van voorbeeld de herinvoering van een (beperkt) hoger beroep in vreemdelingenzaken en de nieuwe rechtspraak in mededingingszaken. Er zijn meer voorbeelden. Zo heeft invoering van een eerste instantie in fiscale zaken tot gevolg dat het werk van de belastingkamers van

de hoven grotendeels wegvalt. Als men de hoven dan geen andere bestuursrechtelijke zaken toevertrouwt, is er weinig fundament voor de nieuwe bestuurskamers.

Dus: de tijd is rijp voor een verdere herziening van de rechterlijke organisatie langs de lijnen die de Staatscommissie heeft aangegeven.

6. CONCLUSIE

In de sector van het bestuursrecht dient over de hele linie te worden voorzien in twee feitelijke instanties. Dat is in het belang van de rechtzoekende, dat wil zeggen van de direct belanghebbende tot wie het betrokken besluit is gericht, en ook van de derde-belanghebbende wiens belang rechtstreeks bij het besluit is betrokken.

De eerste ronde kan het beste worden verzorgd door het geïntegreerde gerecht van eerste aanleg.

De tweede ronde dient te worden toevertrouwd aan bestuurskamers bij de hoven.

Uit een oogpunt van efficiency en rechtseenheid is het wenselijk bepaalde zaken te concentreren bij één of enkele rechtbanken respectievelijk bij één hof. Voorbeelden: veel van de zaken die nu worden behandeld door het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de Tariefcommissie. Mogelijk ook de overige fiscale geschillen. En bij voorkeur de hoger beroepen ter zake van bestemmingsplannen en milieuvergunningen.

Het is wenselijk dat ook in bestuursrechtelijke zaken de mogelijkheid van beroep in cassatie bij de Hoge Raad wordt geopend, maar dan wel via een verlofstelsel. De Hoge Raad kan heel selectief zijn. Als criteria beveel ik aan het belang van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling, en ook het belang van de kwaliteit van de rechtspraak in individuele gevallen.

Na honderd jaar discussie over het vraagstuk van de administratieve rechtspraak is het hoog tijd de organisatie van de rechtspraak beter te structureren. En zeker is het de hoogste tijd om ten minste een koers uit te zetten!