

DE TOEGANG TOT DE RECHTER

DE TOEGANG TOT DE RECHTER

*Een onderzoek naar de betekenis van onafhankelijke rechtspraak in een
democratische rechtsstaat*

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor aan de Katholieke Universiteit Brabant,
op gezag van de rector magnificus, prof dr R A de Moor,
in het openbaar te verdedigen ten overstaan van een door het college van decanen
aangewezen commissie in de aula van de Universiteit op vrijdag 5 juni 1987 om 16 15 uur

door

ALEX FRANCISCUS MARIA BRENNINKMEIJER

geboren te Amsterdam

Promotor. prof. mr E.M.H. Hirsch Ballin

Van dit proefschrift is ook een handelseditie verschenen bij uitgeverij W.E.J. Tjeenk
Willink b.v. te Zwolle onder ISBN 90 271 27085

KORTE INHOUDSOPGAVE

1.	Inleiding	1
2.	De onafhankelijkheid van de rechter	7
3.	De toegang tot de rechter in het positieve recht	48
4.	Het beginsel van de toegang tot de rechter	108
5.	De beperking van de toegang tot de rechter	163
6.	Het recht op toegang tot de rechter als grondrecht	213
7.	De toepassing van het recht op toegang tot de rechter	245
8.	Samenvatting en conclusies	268
	Summary and conclusions	271
	Register	274
	Lijst van geraadpleegde literatuur	277

INHOUDSOPGAVE

1	INLEIDING	
1.1.	De toegang tot de rechter als actueel probleem	1
1.1.2.	Vraagstelling	3
1.1.3.	Overzicht	4
1.1.4.	Opzet van het onderzoek	5
2	DE ONAFHANKELIJKHEID VAN DE RECHTER	
2.1.	Inleiding	7
2.1.1.	Onafhankelijkheid	8
2.1.2.	Machtenscheiding	9
2.1.3.	Rechtsstaat	10
2.2.	De onafhankelijkheid van de rechter in de onderscheiden rechtsgebieden	12
2.2.1.	De onafhankelijke rechter in het strafproces	12
2.2.2.	De onafhankelijke rechter in het burgerlijke proces	14
2.2.3.	De onafhankelijke rechter in het administratieve proces	14
2.2.4.	De onafhankelijkheid van de constitutionele rechter	15
2.2.5.	De onafhankelijkheid van de rechter bij de toepassing van internationaal recht	16
2.2.6.	Veelzijdige onafhankelijkheid	17
2.3.	Waarborgen voor rechterlijke onafhankelijkheid	18
2.3.1.	De waarborgen voor de persoonlijke onafhankelijkheid van de rechter	18
2.3.2.	Benoeming en ontslag	19
2.3.3.	Benoeming bevordering en selectie	19
2.3.4.	Ontslag	21
2.3.5.	Incompatibiliteiten	22
2.3.6.	Verboden activiteiten	24
2.3.7.	Wraking en verschoning	25
2.3.8.	Budgettering	25
2.3.9.	De rechtspositie van leken	26
2.3.10.	Arbiters	27
2.3.11.	Het verbod van omkoping	29
2.3.12.	De eed of de belofte	29
2.3.13.	Toezicht op rechterlijk handelen	29
2.3.14.	De interne organisatie van gerechten	30
2.3.15.	Noodrecht	32
2.4.	De waarborgen voor de zakelijke onafhankelijkheid van de rechter	33
2.4.1.	De rechter als onafhankelijk overheidsorgaan	33
2.4.2.	De bevoegdheid van de rechter	35
2.4.3.	De binding van de rechter aan het recht	36
2.4.4.	De binding van de rechter aan bestuursbeleid	38
2.4.5.	De binding van de rechter aan uitspraken van rechters	39
2.5.	De onafhankelijkheid van de rechter in het Europees Verdrag	41
2.5.1.	De Piersack-zaak	41
2.5.2.	Hoofddijnen van de jurisprudentie	42
2.5.3.	De onafhankelijke rechter in het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten	43
2.5.4.	De onafhankelijkheid van internationale rechters	44
2.6.	Wat is een onafhankelijke rechter?	45
2.6.1.	Enige kanttekeningen op het Nederlandse recht	46

3	DE TOEGANG TOT DE RECHTER IN HET POSITIEVE RECHT	
3.1.	Inleiding	48
3.1.1.	Verkenning van het begrip toegang tot de rechter	49
3.2.	De toegang tot de rechter in internationaal perspectief	51
3.2.1.	De Universele verklaring van de rechten van de mens	52
3.2.2.	Het Internationaal Verdrag	53
3.2.3.	De erkenning als persoon	53
3.2.4.	De rechten in verband met vrijheidsberoving	53
3.2.5.	De aanspraak op een eerlijk proces	54
3.2.6.	De toegang tot de rechter en de schending van grondrechten	57
3.2.7.	Het Europese Verdrag	58
3.2.8.	De rechten in verband met vrijheidsberoving	58
3.2.9.	De aanspraak op een eerlijk proces	60
3.2.10.	Het toepassingsgebied van artikel 6	61
3.2.11.	De aanspraak op effectieve rechtsbescherming en de schending van grondrechten	63
3.3.	De toegang tot de rechter in de Grondwet	64
3.3.1.	Historisch perspectief	64
3.3.2.	De bevoegdheid van de rechterlijke macht	65
3.3.3.	De uitleg van artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie	66
3.3.4.	Rechtspraak in de Grondwet 1983	68
3.3.5.	Straf- en tuchtrechtspraak	68
3.3.6.	Administratieve sancties	69
3.3.7.	Geschillen over burgerlijke rechten en schuldvorderingen	69
3.3.8.	Het ius de non evocando	71
3.3.9.	Het voldongen feit	72
3.3.10.	Knelpunten in kort geding	75
3.3.11.	Het recht op rechtsbijstand	77
3.4.	De toegang tot de rechter in de gewone wetgeving	77
3.4.1.	Advocatuur en rechtshulp	78
3.4.2.	De grote betekenis van een onafhankelijke advocatuur	79
3.4.3.	Het wettelijke statuut van de advocatuur	80
3.4.4.	De regeling van de rechtsbijstand	82
3.4.5.	Bezetting van rechterlijke colleges	83
3.5.	De toegang tot de rechter in het administratieve recht	83
3.5.1.	Het begrip rechtsbetrekking	84
3.5.2.	De betekenis van de toegang tot de rechter in het administratieve recht	86
3.5.3.	De hoofdlijnen van de administratiefrechtelijke rechtsbescherming	87
3.6.	De toegang tot de rechter in het burgerlijke proces	89
3.6.1.	De betekenis van de toegang tot de rechter in het burgerlijke recht	90
3.6.2.	Oneigenlijke rechtspraak	92
3.6.3.	De actieve en de passieve rol van de rechter	93
3.6.4.	De rechtsbeschermende functie van de rechter	94
3.6.5.	Andere taken van de gewone rechter in het burgerlijke recht	95
3.6.6.	De grenzen van arbitrage	95
3.6.7.	De lijdelijkheid van de rechter	96
3.6.8.	Hoofdlijnen van de bevoegdheid van de gewone rechter in burgerlijke gedingen	96
3.6.9.	De ontvankelijkheidsvraag	98
3.6.10.	Een schets van het burgerlijke procesrecht	98

3.7.	De toegang tot de rechter in het strafrecht	99
3.7.1.	De betekenis van de toegang tot de rechter in het strafrecht	100
3.7.2.	Bevoegdheid en ontvankelijkheid in het strafrecht	101
3.7.3.	Andere taken van de strafrechter	103
3.7.4.	Rechtspleging inzake vrijheidsberoving buiten het strafproces	105
3.8.	Conclusie	106
4	HET BEGINSSEL VAN DE TOEGANG TOT DE RECHTER	
4.1.	Inleidng	108
4.1.1.	Het beginsel van de toegang tot de rechter	109
4.1.2.	De fundering van het beginsel	110
4.2.	De benadering vanuit het positieve recht	111
4.2.1.	De toegang tot de rechter in het nationale recht	111
4.2.2.	De toegang tot de rechter als beleidsuitgangspunt	113
4.2.3.	De toegang tot de rechter in de rechtspraak	115
4.2.4.	De toegang tot de rechter in het internationale recht	119
4.2.5.	De interpretatie van artikel 6 van het Europese Verdrag	120
4.2.6.	De interpretatiemethode van het Hof voor de Rechten van de mens	122
4.2.7.	Het resultaat van de benadering vanuit het positieve recht	124
4.3.	De benadering vanuit een aantal theoretische concepten	125
4.3.1.	De theorie van de machtenscheiding	125
4.3.2.	De politieke en de juridische dimensie van de theorie van de machtenscheiding	127
4.3.3.	La bouche de la loi	128
4.3.4.	Montesquieu als "legalist"	130
4.3.5.	De theorie van de machtenscheiding als politieke theorie	131
4.3.6.	De grenzen van de wetgevende macht	133
4.3.7.	Individu en gemeenschap	134
4.3.8.	Democratie	135
4.3.9.	Vrijheid en recht	136
4.3.10.	Vrijheid en democratie	137
4.3.11.	De rechtsstaatsgedachte	138
4.3.12.	Het legaliteitsbeginsel	138
4.3.13.	De grondrechten	140
4.3.14.	Machtenscheiding	141
4.3.15.	Controle door een onafhankelijke rechter	142
4.3.16.	De vorming van het democratisch bestuur	142
4.3.17.	De rechtsvindingstaak van de rechter	144
4.3.18.	Rechter en politiek	146
4.3.19.	Concurrente besluitvorming	148
4.3.20.	De legitimerende werking van de democratische rechtsstaat	149
4.3.21.	Checks and balances	150
4.3.22.	Het resultaat van de benadering vanuit een aantal theoretische concepten	151
4.4.	De toegang tot de rechter in historisch perspectief	152
4.4.1.	Positief ontwikkelingsproces	153
4.4.2.	De perfectionering van de toegang tot de rechter	153
4.4.3.	De groei van het beroep op de rechter	155
4.4.4.	Een aantal historische uitgangspunten	156
4.4.5.	Administratiefrechtelijke rechtsbescherming	156
4.4.6.	Struycken	158
4.4.7.	Verbrokkelde rechtsbescherming	160
4.5.	Conclusie	160

5	DE BEPERKING VAN DE TOEGANG TOT DE RECHTER	
5.1.	Inleiding	162
5.1.1.	De wijze waarop de toegang tot de rechter beperkt kan worden	163
5.2.	De uitsluiting van de toegang tot de rechter	164
5.2.1.	Het vereiste van belang	165
5.2.2.	De uitsluiting van de toegang tot de rechter bij de wet	168
5.2.3.	De uitsluiting van bepaalde rechtssubjecten	168
5.2.4.	De bij de rechtsbetrekking betrokken rechtssubjecten	169
5.2.5.	De derde	170
5.2.6.	De bundeling van belangen	172
5.2.7.	De overheid als procespartij	173
5.2.8.	Handelingsonbekwaamheid	174
5.2.9.	De verplichte procesvertegenwoordiging	176
5.2.10.	De uitsluiting van bepaalde handelingen van beroep	176
5.2.11.	Handelingen van rechters	177
5.2.12.	Onrechtmatige rechtspraak	179
5.2.13.	Wetgevingshandelingen	181
5.2.14.	Bestuurshandelingen	181
5.2.15.	Handelingen van andere rechtssubjecten	183
5.2.16.	De uitsluiting van bepaalde procedures of proceduremogelijkheden	184
5.2.17.	De inrichting van het proces	185
5.2.18.	Ne bis in idem	189
5.2.19.	De uitsluiting van de toegang tot de rechter in de jurisprudentie	189
5.2.20.	De uitsluiting van de toegang tot de rechter bij overeenkomst	191
5.2.21.	De uitsluiting van de toegang tot de rechter door feitelijk handelen	192
5.3.	De regulering van de toegang tot de rechter	194
5.3.1.	Rechters voor bijzondere rechtsgebieden	194
5.3.2.	Bijzonder procesrecht	196
5.3.3.	Bijzonder materieel recht	198
5.3.4.	Formele eisen	198
5.4.	De aantasting van de gevolgen van de uitspraak	200
5.5.	De herleiding tot een aantal belangen	201
5.5.1.	Het volkenrechtelijk belang	201
5.5.2.	De machtenscheiding	203
5.5.3.	Democratie	204
5.5.4.	Staatsveiligheid	206
5.5.5.	Noodsituaties	207
5.5.6.	Het bestuursbelang	207
5.5.7.	Het belang van een goede procesorde	210
5.5.8.	Partijautonomie	210
5.5.9.	Het verkeersbelang	211
5.5.10.	Het economische belang	211
5.6.	Knelpunten	212
6	HET RECHT OP TOEGANG TOT DE RECHTER ALS GRONDRECHT	
6.1.	Inleiding	213
6.2.	Algemene aspecten van grondrechten	215
6.2.1.	Fundamenteel recht	216
6.2.2.	Het recht op toegang tot de rechter als open rechtsnorm	216
6.2.3.	Het recht op toegang tot de rechter als politiek probleem	217
6.2.4.	Juridische vormgeving	217
6.2.5.	Codificatie	218
6.2.6.	Klassieke en sociale grondrechten	218
6.2.7.	Algemene en bijzondere beperkingen van grondrechten	220
6.2.8.	De clausulering van de beperking van grondrechten	221

6.2.9.	De benaderingswijze van het Hof voor de rechten van de mens	223
6.2.10.	Grondrechten als individuele rechten	224
6.2.11.	De eigen aard van het recht op toegang tot de rechter	225
6.3.	Probleemstelling	226
6.3.1.	Rechtsvorming door de wetgever en de rechter	228
6.3.2.	De concurrente besluitvorming in de praktijk	229
6.3.3.	Recht en politiek	230
6.3.4.	De ontwikkeling van het recht op toegang tot de rechter	232
6.3.5.	De Bondsrepubliek Duitsland en Frankrijk	233
6.3.6.	De codificatie van het recht op toegang tot de rechter	235
6.3.7.	Codificatie in verdragsrecht	235
6.3.8.	Codificatie in de Grondwet	237
6.3.9.	De codificatie in de gewone wetgeving	240
6.3.10.	De betekenis van het ongeschreven recht	241
7	DE TOEPASSING VAN HET RECHT OP TOEGANG TOT DE RECHTER	
7.1.	Inleiding	243
7.2.	Democratische besluitvorming	244
7.2.1.	De legitimatie van het rechterlijke oordeel	245
7.2.2.	De afwijzing van het toetsingsrecht	247
7.2.3.	Bezwaren in verband met het toetsingsrecht	248
7.2.4.	De rechtstreekse toetsing van algemene rechtsnormen	250
7.3.	Het bestuursbelang	251
7.3.1.	De veilige positie van het bestuur	251
7.3.2.	Herziening rechterlijke organisatie	253
7.3.3.	Actuele ontwikkelingen in de administratiefrechtelijke rechtsbescherming	255
7.4.	Financiële belangen	257
7.4.1.	De vereenvoudigde afdoening van verkeersvoorschriften	258
7.4.2.	De afdoening van administratieve sancties	259
7.4.3.	Grensbepaling	261
7.4.4.	<i>Zuinig met recht</i>	262
7.4.5.	Het prijskaartje van de rechtsbescherming	265
8	SAMENVATTING EN CONCLUSIES	267
	SUMMARY AND CONCLUSIONS	271
	Register	274
	Lijst van geraadpleegde literatuur	277

Lijst van gebruikte afkortingen:

a.w.	aangehaald werk
AB	Nederlandse Jurisprudentie, Administratiefrechtelijke Beslissingen
AR	Afdeling Rechtspraak
BW	Burgerlijk Wetboek
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CRvB	Centrale Raad van Beroep
CvBB	College van Beroep voor het Bedrijfsleven
Europees Verdrag	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden
HR	Hoge Raad der Nederlanden
Internationaal Verdrag	Internationaal Verdrag inzake de Burgerrechten en de Politieke Rechten
NJ	Nederlandse Jurisprudentie, uitspraken in burgerlijke en strafzaken
NJB	Nederlands Juristenblad
NJV	Nederlandse Juristenvereniging
Pres.	President
Rb.	Rechtbank
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
RSV	Rechtspraak Sociale Verzekeringen
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
RvS	Raad van State
SMA	Sociaal Maandblad Arbeid
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden
Stcrt.	Nederlandse Staatscourant
Sv	Wetboek van Strafvordering
VAR	Vereniging voor Administratief Recht
Vz.	Voorzitter
W	Weekblad van het Recht
Wet Arbo	Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie
Wet Arob	Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen
Wet Bab	Wet beroep administratieve beschikkingen

1 INLEIDING

1.1. De toegang tot de rechter als actueel probleem

Het begrip "de toegang tot de rechter" is pas recentelijk in de belangstelling komen te staan. Dat wil niet zeggen dat het fenomeen dat ermee wordt aangeduid, tot voor kort buiten de belangstelling heeft gestaan. Het procesrecht en de vormgeving van de rechtsbescherming hebben juristen steeds bezig gehouden. Opmerkelijk is echter dat de benaderingswijze van het fenomeen met de nieuwe naamgeving een andere is geworden. De aanleiding hiertoe wordt gevormd door de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de mens op artikel 6 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Hoewel bij het sluiten van dit verdrag zeker van Nederlandse zijde niet verwacht werd dat de Nederlandse rechtsorde op het punt van de toegang tot de rechter niet zou voldoen aan de internationale maatstaven, is gebleken dat op niet onbelangrijke punten het Nederlandse recht niet voldoet aan de eisen van artikel 6. Het militaire tuchtrecht, de krankzinnigenwetgeving, het kroonberoep en de vastedeskundigeprocedure bleken te moeten worden aangepast. Niet is uitgesloten dat ook op andere terreinen het Europese Verdrag hogere eisen stelt aan de rechtsbescherming, dan waaraan ons recht voldoet.

In de jurisprudentie van het Hof komt het begrip "access to justice" voor. Hoewel de tekst van artikel 6 zou doen vermoeden dat slechts het burgerlijke en het strafproces onder deze bepaling vallen, blijkt ook de administratiefrechtelijke rechtsbescherming -in een omvang die thans nog niet volledig te bepalen is- onder deze bepaling te vallen. In deze bepaling is dus voor al deze drie rechtsgebieden een rechtsnorm vervat, terwijl in het nationale recht in de regel de toegang tot de rechter voor deze rechtsgebieden gescheiden bestudeerd wordt. In 1983 werd in het kader van de Nederlandse Juristenvereniging de vraag opgeworpen op welke punten de rechtsbescherming in deze rechtsgebieden verbetering behoefde¹. De vraagstelling was wellicht wat eng geformuleerd, omdat direct verbinding werd gezocht met artikel 6. Naar Nederlandse maatstaven gemeten lag dit misschien ook

1. Handelingen 1983, N.J.V., deel 1, eerste en tweede stuk, Tot welke wijzigingen in het Nederlandse recht dienen de beginselen van behoorlijke rechtspraak, neergelegd in artikel 6 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden te geven?

wel voor de hand. Een verdragsbepaling met rechtstreekse werking geeft voldoende basis voor een meer positiefrechtelijke verkenning van het probleem. In Nederland lijkt de jurist niet gemakkelijk te vinden voor een meer theoretische benadering van het probleem². Deze positiefrechtelijke benaderingswijze heeft echter belangrijke nadelen. Lijdelijk wordt afgewacht op welke plaatsen een bres in onze nationale wetgeving wordt geslagen en vervolgens worden de ontstane gaten gedicht, terwijl toch de systematiek van de rechtsbescherming in het administratieve recht en die van de rechterlijke organisatie als geheel in Nederland niet erg gedegen genoemd kunnen worden. Het telkens weer zoeken van ad hoc-oplossingen brengt het gevaar mee, dat deze systematiek nog verder zal worden aangetast.

Hier staat tegenover dat de Staatscommissie herziening rechterlijke organisatie inmiddels adviezen heeft uitgebracht die zouden kunnen leiden tot een zeer systematische opzet van onze rechterlijke organisatie en de verbrokkelde rechtsbescherming in het administratieve recht meer coherent zou kunnen maken. Hoewel een formeel regeringsstandpunt thans nog ontbreekt, laat het zich aanzien dat uit kostenoverwegingen een dergelijke ingrijpende reorganisatie weinig kans van slagen heeft.

Tot nu toe is echter alleen over de formele structuur van het probleem gesproken. Meer inhoudelijk bezien valt op, dat de betekenis van de rechtspraak in onze rechtsorde steeds belangrijker wordt. De rechter komt door geschillen die aan hem worden voorgelegd steeds vaker in de publiciteit. Actuele kwesties als euthanasie, stakingen, kraakacties en de plaatsing van kruisraketten worden voor de rechter gebracht. In een niet onbelangrijk aantal gevallen blijkt dat de rechter in een zeer bijzondere verhouding tot de wetgever wordt geplaatst. Op het moment dat in het parlement stemmen opgaan om te komen tot euthanasiewetgeving, blijkt dat de rechter in zijn jurisprudentie reeds tot een zekere mate van juridische inkadering van het probleem is gekomen. Door sommige juristen wordt zelfs een dringende oproep gedaan aan de wetgever deze zaak in de handen van de rechter te laten door af te zien van wetgeving op dit terrein³. Hetzelfde beeld is ook ontstaan bij het stakingsrecht en geschillen over kraakacties. Stakingswetgeving lijkt overbodig, nu de rechter dit maatschappelijke probleem kennelijk op een bevredigende wijze heeft opgelost. De invoering van de Leegstandwet kon worden opgeschort mede omdat de rechtspraak ook zonder deze wet uit de voeten kon.

Opmerkelijk is dat door de jurisprudentie van het Europese Hof op de artikelen 5 en 6 van het Europese Verdrag de toegang tot de rechter in ons nationale recht in het middelpunt van de belangstelling is komen te staan. Dit is te meer opmerkelijk nu deze aandacht niet direct voortvloeide uit maatschappelijke belangstelling voor dit onderwerp, doch uit de interpretatie door het Hof van deze verdragsbepalingen. Deze interpretatie leidt ertoe dat op een aantal punten een vraagteken ge-

2. Aangetekend zij dat Hirsch Ballin in zijn preadvies wél voor een ruimere benaderingswijze heeft gekozen. Preadvies N.J.V., a.w. (noot 1), tweede stuk, Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse administratieve recht, p. 11 e.v.

3. Ch.J. Enschedé, Kanttekeningen bij het advies van de staatscommissie euthanasie, NJB 1986, p. 37 e.v.

plaatst moet worden bij keuzes die onze nationale wetgever terzake van rechtsbescherming heeft gedaan. In een aantal gevallen is immers door de Nederlandse wetgever aan rechtssubjecten geen toegang tot de rechter verleend.

Hiermee zijn we gekomen tot een schets van het probleem dat aanleiding heeft geven tot deze studie*. De vraagstelling betreft niet alleen -zoals bij de Nederlandse Juristenvereniging in 1983- de kwestie tot welke aanpassingen artikel 6 van het Europese Verdrag noopt. Gezocht wordt naar een theorie voor de beantwoording van de vraag, in welke gevallen rechtssubjecten toegang tot de rechter behoren te hebben.

1.2. Vraagstelling

Hoe behoort de toegang tot de rechter in de Nederlandse rechtsorde geregeld te zijn? Deze vraagstelling omvat een moeilijk grijpbaar probleem. In de eerste plaats kan niet volstaan worden met een verkenning van het positieve recht. Het positieve recht vertoont op een aantal punten tekortkomingen. Het gaat er juist om deze tekortkomingen op te sporen. Ook de norm van artikel 6 van het Europese Verdrag geeft onvoldoende houvast. Deze bepaling is destijds in internationaal overleg tot stand gekomen. De verschillen tussen de nationale rechtssystemen waren zo groot, dat slechts in -zoals in elk geval achteraf duidelijk is gebleken- vrij vage bewoordingen het recht op toegang tot de rechter omschreven kon worden. Bovendien vormde in zekere zin de administratiefrechtelijke rechtsbescherming een "blinde vlek" in deze bepaling, zodat niet direct duidelijk was welke betekenis deze bepaling had voor de administratiefrechtelijke rechtsbescherming.

In de tweede plaats moet worden vastgesteld dat een theoretisch kader voor de benadering van het recht op toegang tot de rechter in Nederland ontbreekt. De Nederlandse rechtswetenschap is meer georiënteerd op een pragmatische benadering van problemen⁴. De verbrokkelde rechtsbescherming in het administratieve recht vormt daarvan een duidelijk aanwijsbare neerslag.

In de derde plaats -en dat zal in de loop van deze studie duidelijk worden- blijkt het probleem zich bij het vinden van een oplossing eerder te verschuiven, dan dat het zich laat inkaderen. Eenvoudig zou het zijn wanneer voor de wetgever een aantal richtsnoeren gegeven zouden kunnen worden voor de inrichting van de toegang tot de rechter. Te bezien staat echter of het alleen de wetgever is die deze richtsnoeren toepast en uitlegt. Kijken we naar artikel 6 van het Europese Verdrag, dan ontstaat een ander beeld. De verdragsluitende partijen hebben destijds een norm vastgelegd, waaraan de rechter -met name het Europese Hof voor de Rechten van de mens- belangrijke gevolgen heeft verbonden voor het recht op toegang tot de rechter. Het is kennelijk niet alleen de wetgever die de omvang van de toegang tot de rechter bepaalt, maar ook de rechter. In de Nederlandse rechtsor-

* Het onderzoek voor deze studie is medio 1986 afgesloten. Recente ontwikkelingen zijn slechts in beperkte mate verwerkt.

4. Vgl. bijvoorbeeld het uitgangspunt voor het advies van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie, Eindrapport van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie, deel I, 's Gravenhage 1984, p. 2 e.v.

de wordt niet gemakkelijk aan de rechter een zo belangrijke taak gegeven.

Dit brengt mee dat in deze studie ook de verhouding tussen rechter en wetgever aan de orde moet worden gesteld. De uitkomst zal zijn dat een volstrekt primaat van de democratie wordt afgewezen en de rechter in een gelijkwaardiger positie ten opzichte van het democratische bestuur wordt geplaatst. Aan het recht op toegang tot de rechter wordt vorm gegeven in een complexe samenwerking tussen rechter en wetgever. Dit is inherent aan de aard van het recht op toegang tot de rechter als grondrecht.

1.3. Overzicht

In het tweede hoofdstuk zal eerst de onafhankelijkheid van de rechter onderzocht worden. Het kenmerkende van rechtspraak is immers niet zozeer de geschillenbeslechting op zichzelf, als wel het feit dat deze geschillenbeslechting is opgedragen aan een onafhankelijke instantie. De onafhankelijkheid van de rechter zal in beeld gebracht worden tegen de achtergrond van de plaats van de rechter in de onderscheiden rechtsgebieden.

In het derde hoofdstuk wordt geïnventariseerd hoe het recht op toegang tot de rechter in het Nederlandse positieve recht is geregeld. Aan de orde zullen komen het verdragsrecht, de Grondwet en de lagere wetgeving. Steeds zal worden nagegaan wat de taak is van de rechter bij de vaststelling van de rechtsbetrekking in geschil.

In het vierde hoofdstuk wordt de theoretische basis gelegd voor de beantwoording van de vraag in welke gevallen rechtssubjecten toegang tot de rechter behoren te hebben. Als uitgangspunt zal worden gekozen het beginsel van de toegang tot de rechter. Dit beginsel zal langs inductieve en deductieve weg verkend worden. Bovendien zal nagegaan worden hoe het beginsel in historisch perspectief zich ontwikkeld heeft. Op basis van de hierbij verkregen inzichten zal de toegang tot de rechter in de theorie van de machtscheiding van Montesquieu bezien worden. Uiteengezet zal worden dat ook de macht van de wetgever –en in onze huidige constitutionele ordening meer in het algemeen die van het democratisch bestuur– inhoudelijk beperkt wordt door onder andere de grondrechten. De verdere uitwerking van dit inzicht geeft aanleiding tot een verkenning van de begrippen democratie en rechtsstaat. De uitkomst hiervan zal zijn, dat onderkend wordt dat de rechter en de wetgever in zekere zin in een concurrente verhouding tegenover elkaar geplaatst zijn. De bijzondere waarde van de democratische rechtsstaat ligt daarin dat noch de wetgever, noch de rechter uiteindelijk de volledige macht heeft.

In het vijfde hoofdstuk zullen de belangen die een beperking van de toegang tot de rechter kunnen rechtvaardigen verkend worden. Eerst zullen de bestaande beperkingen geïnventariseerd worden. Vervolgens zullen deze beperkingen herleid worden tot een aantal algemene beperkingsgronden. Ten slotte zal een aantal knelpunten gesignaleerd worden. Deze betreffen de democratie, het bestuursbelang en financiële belangen.

In het zesde hoofdstuk zal het recht op toegang tot de rechter als grondrecht verkend worden. Daarbij zal naar voren komen dat niet alleen aan de wetgever

een taak toekomt bij het bepalen van de omvang van de toegang tot de rechter. Op grond van dit uitgangspunt zal bezien worden wat een codificatie van het recht op toegang tot de rechter zal moeten inhouden.

In het zevende hoofdstuk zal aan de hand van de bespreking van eerder gesignaleerde knelpunten betreffende het recht op toegang tot de rechter uiteengezet worden wat de praktische betekenis is van de in deze studie ontwikkelde inzichten. Daarbij zullen constitutioneel toetsingsrecht, administratiefrechtelijke rechtsbescherming, de herziening van de rechterlijke organisatie en de vereenvoudigde afdoening van verkeersovertreden aan de orde komen.

1.4. Opzet van het onderzoek

Uit het vorenstaande blijkt dat een complex vraagstuk aan de orde is gesteld. Niet is volstaan met de beschrijving van het positieve recht. Getracht is een theorie voor de benadering van het probleem van de toegang tot de rechter te schetsen. Voor een jurist is dit een hachelijke onderneming. Waarop kan kritiek op het geldende recht gebaseerd worden zonder te vervallen in een argumentatie die haar grondslag vindt in politieke opportuniteit?

Bij het overzien van het resultaat van het onderzoek kan geconstateerd worden dat niet één methode is toegepast, maar meer methodes naast elkaar. Het tweede en derde hoofdstuk houden bij voorbeeld enerzijds een verkenning van het positieve recht in. Anderzijds wordt op het positieve recht ook een analyse toegepast. Nadat een beschrijving is gegeven van het positieve recht terzake van bij voorbeeld de onafhankelijkheid van de rechter en deels tegelijkertijd daarmee, wordt de vraag aan de orde gesteld wat in onze rechtsorde een onafhankelijke rechter is. Deze analyse houdt hoofdzakelijk in dat bezien wordt of -nu in beginsel de onafhankelijkheid van de rechter in onze constitutionele rechtsorde aanvaard wordt- de onafhankelijkheid van de rechter ook consequent is doorgevoerd. Met andere woorden de vraag wordt gesteld of ons rechtssysteem wel consistent is. Voor zover een inconsistentie wordt vastgesteld, wordt aandacht geschonken aan de vraag of er goede gronden zijn aan te voeren voor deze inconsistentie. Zo daarvoor geen gronden zijn, is de conclusie gerechtvaardigd dat de geconstateerde inconsistentie opgeheven behoort te worden. Langs deze weg is kritiek op het positieve recht mogelijk, zonder politieke opportuniteit als uitgangspunt te nemen. De conclusie bij voorbeeld dat de onafhankelijkheid van de rechter in Nederland beter gewaarborgd kan worden door invoering van een Raad voor de Magistratuur, vloeit voort uit de constatering dat het bestuur op een niet onbelangrijk aantal punten invloed uitoefent op de rechter.

Deze onderzoeksstructuur wordt herhaald ten aanzien van het uiteindelijke onderzoeksonderwerp de toegang tot de rechter. Aan de hand van de beschrijving van het positieve recht wordt uiteindelijk geconcludeerd dat het beginsel van de toegang tot de rechter ten grondslag ligt aan onze constitutionele rechtsorde. Door niet de vraag te stellen "wanneer behoren rechtssubjecten toegang tot de rechter te hebben?", maar de vraag "welke belangen kunnen een beperking van de toegang

tot de rechter rechtvaardigen?", kunnen mogelijke inconsistenties opgespoord worden.

Uiteindelijk komt het er in dit onderzoek op aan dat gezien wordt in welke mate het Nederlandse recht trouw is aan de meest fundamentele kwalificatie van onze rechtsorde, namelijk die van een democratische rechtsstaat.

2 DE ONAFHANKELIJKHEID VAN DE RECHTER

2.1. Inleiding

De rechter is per definitie onafhankelijk. Een overheidsorgaan dat niet in onafhankelijkheid geschillen kan beslechten is geen rechter. Aan de hand van de aard van de functie van de rechter in onze rechtsorde valt het begrip rechter niet exclusief te definiëren. Ook andere overheidsorganen kunnen zijn belast -en zijn ook belast- met het beslechten van rechtsgeschillen. Naar zijn functie onderscheidt de rechter zich dus niet van andere overheidsorganen; wel echter naar zijn positie in onze constitutionele rechtsorde als onafhankelijk overheidsorgaan. De rechter is een onafhankelijk overheidsorgaan dat belast is met de beslechting van rechtsgeschillen. Wordt de onafhankelijkheid van de rechter aangetast, dan wordt de bijzondere betekenis van zijn functieervulling, de rechtspleging, aangetast.

Op deze wijze bezien vormt de onafhankelijkheid van de rechter een haast evident gegeven. Toch vormt de onafhankelijkheid van de rechter een probleem. Het gaat er immers niet om dat de rechter in volstrekte autonomie als een macht binnen de staat gaat opereren. Het is in de westerse democratische staat ondenkbaar dat de rechter in elk opzicht volstrekt onafhankelijk zou zijn. De rechter vormt een orgaan van onze rechtsorde. Binnen deze rechtsorde heeft de rechter een zelfstandige positie. In het Grundgesetz van de Bondsrepubliek Duitsland wordt dit in artikel 97, eerste lid, als volgt tot uitdrukking gebracht:

"Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen."

De rechter is onafhankelijk, maar gebonden aan de wet. Wet moet dan wel ruim worden opgevat, in de betekenis van recht. Betrekken we de rechtsvormende taak van de rechter hierbij, dan wordt deze omschrijving echter minder duidelijk. De rechter is gebonden aan het recht dat hij mede zelf vormt. Nog moeilijker wordt de positie van de rechter te bevatten wanneer we mede in aanmerking nemen dat de rechter eventueel rechtsnormen mag toetsen aan -vaak vage, nader te interpreteren- rechtsnormen en deze buiten toepassing kan laten.

In dit hoofdstuk wordt de aandacht gericht op de onafhankelijkheid van de rechter. Onderscheid kan worden gemaakt tussen de persoonlijke en zakelijke onaf-

hankelijkheid van de rechter¹. De persoonlijke onafhankelijkheid omvat de formele waarborgen -benoeming en ontslag- voor het vrij van bepaalde invloeden functioneren van de rechter. De zakelijke onafhankelijkheid omvat als uitvloeisel van de persoonlijke onafhankelijkheid² de waarborgen voor de zelfstandige uitoefening door de rechter van zijn functie. In deze tweedeling ligt besloten dat aan de onafhankelijkheid van de rechter verschillende elementen onderscheiden kunnen worden. Een globale analyse van de onafhankelijkheid van de rechter kan leiden tot een meer uitgewerkte onderverdeling. De rechter is een orgaan belast met een functie. De onafhankelijkheid van de rechter heeft allereerst betrekking op het staatsorgaan, waarbij de afgrenzing ten opzichte van andere staatsorganen van belang is. Voorts dient de functie van de rechter afgegrensd te worden van de overige staatsfuncties. Ten slotte moet in aanmerking worden genomen dat het ambt van rechter wordt bekleed door mensen van vlees en bloed zodat hun onafhankelijkheid ook bepaald dient te worden naar hun persoon.

In het vervolg van dit hoofdstuk zal eerst het belangrijkste element van de onafhankelijkheid van de rechter aan de orde komen, namelijk het eerder omschreven probleem van de verhouding tussen de rechter en het recht. Daarna zullen de belangrijkste elementen van de persoonlijke en zakelijke onafhankelijkheid van de rechter aan de orde komen. Deze inventarisatie wordt gevolgd door een verkenning van de betekenis van het internationale recht voor de onafhankelijkheid van de rechter. Met name artikel 6, eerste lid, van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden zal daarbij aandacht krijgen.

Aan het slot van dit hoofdstuk zal een synthese van de verschillende aspecten van de onafhankelijkheid van de rechter beproefd worden. Dit leidt tot de volgende omschrijving van de rechterlijke onafhankelijkheid:

De onafhankelijkheid van de rechter houdt in dat deze als een zelfstandig overheidsorgaan geconstitueerd is waaraan een exclusieve rechtsprekende bevoegdheid is toegekend. Gewaarborgd dient te zijn dat de rechter tot een zelfstandige oordeelsvorming kan komen en gewaarborgd dient te zijn dat de rechter dit met voldoende onpartijdigheid doet. De rechter is gebonden aan het recht, doch heeft een eigen rechtsvormende taak.

In de slotparagraaf wordt een aantal kanttekeningen geplaatst bij de normen van het Nederlandse recht die betrekking hebben op de onafhankelijkheid van de rechter.

2.1.1. Onafhankelijkheid

In de Nederlandse wetgeving komt de onafhankelijkheid van de rechter als zodanig niet ter sprake. Hooguit wordt gesproken over onpartijdigheid van de rech-

1. F.J.F.M. Duynstee, Rechterlijke onafhankelijkheid, in: Rechtspleging, Deventer 1974, K. Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960, B. Schmidt-Bleibtreu en F. Klein, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bonn, Neuwied 1980, p. 966.

2. Eichenberger a.w., (noot 1), p. 53.

ter³. Het begrip onafhankelijkheid is vaag en heeft geen precieze juridische betekenis. Daar de onafhankelijkheid in artikel 6, eerste lid, van het Europese Verdrag in de uitdrukking "onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie" voorkomt, zal in deze context en met name in de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de mens het begrip in de loop der tijd een meer juridische inhoud kunnen krijgen.

Eerder werd al gesteld dat de onafhankelijkheid van de rechter binding aan het kader van de rechtsorde veronderstelt. Teneinde dit kader te verkennen zal hier eerst de onafhankelijkheid benaderd worden vanuit de theorie van de machtenscheiding en de rechtsstaatsgedachte. Voorts zal nagegaan worden wat de plaats is van de rechter in de onderscheiden rechtsgebieden, omdat de onafhankelijkheid van de rechter per rechtsgebied gedeeltelijk een eigen betekenis heeft.

2.1.2. Machtenscheiding

De theorie van de machtenscheiding zal verderop in deze studie nader besproken worden⁴. Op deze plaats zal slechts aandacht geschonken worden aan de vraag wat onder rechterlijke onafhankelijkheid in de trias politica verstaan kan worden.

Het grondschema van de machtenscheiding is eenvoudig: Er zijn drie onderscheiden functies -wetgeving, bestuur en rechtspraak- die aan drie onafhankelijke orgaancomplexen zijn opgedragen. Maar niet alleen de scheiding van de machten is belangrijk. Er moet een systeem van onderlinge beïnvloeding zijn: "checks and balances"⁵. Dit element van de theorie van de machtenscheiding is bij Montesquieu reeds duidelijk aanwezig⁶. Voorts moet in aanmerking genomen worden dat het niet gaat om drie van elkaar gescheiden machten die in een systeem van "checks and balances" functioneren, maar dat het geheel tot actie moet komen. In de woorden van Montesquieu:

"Ces trois puissances devraient former un repos ou une inaction. Mais comme, par le mouvement nécessaire des choses, elles sont contraintes d'aller, elles sont forcées d'aller de concert"⁷.

Montesquieu stond geen dogmatische toepassing van de machtenscheiding voor, doch zocht als practicus, als beoefenaar van de "science politique", naar een werkbare modus⁸. De machtenscheiding valt dan ook niet los te denken van de toedeling van bevoegdheden aan bepaalde overheids machten. Montesquieu hecht aan de toedeling van de wetgevende macht aan een uit twee -elkaar ook weer beperkende- kamers bestaand parlement. De uitvoerende en de wetgevende macht vormen in Montesquieu's visie de twee politieke machten. De opstellers van de constitutie van de

3. Zie bij voorbeeld art. 512 Sv.

4. Zie hoofdstuk 4.

5. A.M. Donner, Handboek van het Nederlandse staatsrecht, Zwolle 1983, p. 421 e.v.

6. J. Cadart, Institutions politiques et droit constitutionnel, Deel I, Parijs 1975, p. 281 e.v.; Montesquieu, De l'esprit des lois, (l'intégrale, Parijs 1964), geeft in boek XI, hoofdstuk VI (p.588 e.v.) een aantal verbanden aan, zie hieronder par. 4.3.1. e.v.

7. De l'esprit des lois, a.w. (noot 6), p. 589.

8. Cadart, a.w. (noot 6), p. 282.

Verenigde Staten hebben dit zo overgenomen: Congres en president⁹. In dit perspectief komt de rechterlijke macht als niet-politieke en neutrale¹⁰ macht naar voren, die onafhankelijk kan zijn van de andere twee machten. Noodzakerlijkerwijze zijn de wetgevende en de uitvoerende macht in hoge mate op elkaar aangewezen en functioneren zij in onderlinge verbondenheid¹¹. De rechter die gebonden is aan de wet, die het resultaat is van politieke besluitvorming, is "la bouche de la loi". De machtscheiding geeft bij een zuivere, dogmatische uitwerking waarschijnlijk een onwerkbaar overheidsorganisatie. Met name de zeer vergaande verwevenheid van de wetgevende en de uitvoerende macht, zoals die in de democratieën op het Europese continent en in Groot-Brittannië te zien is, brengt mee dat deze dogmatische benadering ook niet gevolgd is. Op één punt blijkt de machtscheiding echter min of meer onaantastbaar te zijn: de onafhankelijkheid van de rechter.

In de trias politica betekent de onafhankelijkheid van de rechter onafhankelijkheid ten opzichte van de wetgevende en de uitvoerende macht. Dit wil zeggen dat de functie van het rechtspreken, het beslechten van een geschil in een burgerlijk proces of strafgeding¹², bij uitsluiting door de rechterlijke macht wordt uitgeoefend, zonder dat de andere staatsmachten kunnen interveniëren. De machtscheiding wordt met name wat de rechterlijke macht betreft gekenmerkt door de toekenning van bepaalde bevoegdheden aan zelfstandige overheidsorganen en het ontbreken van de bevoegdheid van de andere machten om de uitoefening van een bevoegdheid te bepalen. Concreet betekent dit, dat aan de rechterlijke macht bij uitsluiting de rechtsprekende functie is opgedragen en dat de wetgevende en de uitvoerende macht niet de bevoegdheid hebben om de uitspraak van de rechter in een geschil te beïnvloeden. Zou de rechter niet de exclusieve bevoegdheid tot rechtspreken hebben, dan zou zijn onafhankelijkheid niet gewaarborgd zijn. En vanuit een ander overheidsorgaan benaderd, namelijk de wetgever, kan worden gesteld dat door algemene normstelling de besluitvorming door de rechter bepaald wordt¹³. In de beslechting van het geschil is de rechter binnen de overheidsorganisatie waarin hij functioneert -en die door de wetgever wordt geconstitueerd- onafhankelijk.

2.1.3. Rechtsstaat

De theorie van de machtscheiding vormt een onderdeel van de rechtsstaatsgedachte¹⁴. Dit impliceert dat de onafhankelijkheid van de rechter deel uitmaakt van de rechtsstaatsgedachte. Toch krijgt de onafhankelijkheid van de rechter een

9. T. Koopmans, Vergelijkend publiekrecht, Deventer 1978, p. 137 e.v.

10. Vgl. "pouvoir neutre" bij Montesquieu (Boek XI, hoofdstuk VI). Onder het Ancien régime onttaarde de taak van de "Parlements" bij de geschillenbeslechting. Montesquieu heeft zich hiertegen afgezet. H.J. Schill, Die Stellung des Richters in Frankreich, Rechtsvergleichende Untersuchungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft, neue Folge, Heft 26, Bonn 1961, p. 73.

11. Vgl. de varianten door Koopmans genoemd: a.w. (noot 9), p. 137 e.v.

12. Montesquieu, a.w. (noot 6), p. 586.

13. Later zal blijken dat de rechter niet alleen aan algemene normstelling gebonden is (par. 2.4.3. e.v.). Zie hierover ook F.R. Böhtlingk en J.H.A. Logemann, Het wetsbegrip in Nederland, Alphen a/d Rijn 1966, p. 49 e.v.

14. Donner, a.w. (noot 5), p. 142 e.v.

bijzonder accent in de rechtsstaatsgedachte. De rechterlijke macht vormt in de theorie van de machtscheiding de derde, buiten de politiek geplaatste, haast "onzichtbare" macht. In de rechtsstaatsgedachte is de positie van de rechter veel geprononceerder. Het vereiste van de wetmatigheid (en de rechtmatigheid bij de verdere ontwikkeling van de rechtsstaatsgedachte) van het bestuur, een van de hoekstenen van de rechtsstaat, wordt gewaarborgd door de mogelijkheid van het beroep op de rechter. Vormt de rechtsprekende functie in de theorie van de machtscheiding dat deel van de overheidsmacht dat uit het oogpunt van verdeling van de macht aan een onafhankelijk orgaan wordt toebedeeld, in de rechtsstaatsgedachte wordt de rechter geplaatst tegenover het bestuur. Anders gezegd, bij het ontwerp van de theorie van de machtscheiding kwam het zwaartepunt te liggen bij de verdeling van de (politieke) staatsmacht en vormde de rechterlijke macht de derde -neutrale- macht. In de rechtsstaatsgedachte moet de rechter mede in het spanningsveld burger-bestuur rechtsbescherming geven.

De uitwerking van de rechtsstaatsgedachte heeft in de Bondsrepubliek Duitsland, Frankrijk en Nederland op verschillende wijzen vorm gekregen¹⁵. In de Bondsrepubliek is men uiteindelijk uitgegaan van algemene administratieve rechtspraak. In Frankrijk heeft men juist aanvankelijk algemene administratieve rechtspraak afgewezen. In plaats daarvan werd aan het bestuur zelf de geschillenbeslechting opgedragen, in die zin dat de Conseil d'Etat -als onderdeel van de administratie- met de beslechting van deze geschillen belast werd. De Conseil d'Etat heeft zich echter in de loop der tijd tot een onafhankelijk administratief rechtcollege ontwikkeld, zodat ook in Frankrijk uiteindelijk algemene administratiefrechtelijke rechtsbescherming tot stand is gekomen.

De ontwikkeling in Nederland wordt gekenmerkt door pragmatisme en beginselloosheid. De in Frankrijk en de Bondsrepubliek Duitsland gekozen oplossingen zijn gefundeerd in staatstheoretische inzichten. In Frankrijk waren dat onder meer een bepaalde conceptie van de theorie van de machtscheiding¹⁶ en de opvatting dat "juger l'administration c'est aussi administrer". In de Bondsrepubliek werd meer direct gehandeld naar de blauwdruk van de rechtsstaatsgedachte. Bij de bestudering van de ontwikkeling in Nederland komt men niet uit bij een bepaald richtinggevend inzicht¹⁷. Daarbij komt nog dat men in de discussie niet steeds de scheidslijn rechter versus bestuur voorop gesteld heeft, doch enerzijds de scheidslijn tussen de rechtsmacht van de gewone rechter versus andere rechters en anderzijds de scheidslijn rechtspraak versus administratief beroep¹⁸. Pas recentelijk is, na een rechtsontwikkeling van ruim anderhalve eeuw, een principeel standpunt tot uitdruk-

15. A.F.M. Brenninkmeijer, Kernenergie, rechtsstaat en democratie, Zwolle 1983.

16. M. Gidara, La fonction administrative contentieuse, Parijs 1972, p. 27 e.v.

17. A.M. Donner, Nederlands bestuursrecht, Algemeen deel, Alphen a/d Rijn, 1974, p. 334 e.v.; D. Simons, De ontwikkeling van de administratieve rechtsbescherming tegen de overheid, in: Honderd jaar rechtsleven, Deventer 1970, p. 237 e.v.

18. F.J.F.M. Duynstee, Artikel 167 van de Grondwet, NJB 1960, p. 893 e.v.; N.J.M. Roos, De rechterlijke macht en zijn uitsluitende bevoegdheid volgens artikel 167 Gw. mede in verband met de deelneming van leken aan de rechtspraak, R.M. Themis 1979, p. 545 e.v.; Donner, a.w. (noot 17), p. 342.

king gebracht, namelijk een voorkeur voor administratieve rechtspraak¹⁹. De invloed van de rechtsstaatsgedachte op de regeling van de rechtsbescherming is slechts in beperktere mate merkbaar. Tot dusver is niet de algemene regel aanvaard dat de burger tegen bestuurshandelingen die hem rechtstreeks in zijn belang treffen in beroep moet kunnen gaan bij een onafhankelijke rechter. Het vereiste van de rechtsstaat dat de burger rechtsbescherming tegen het bestuur moet hebben, heeft invulling gekregen door rechtsbescherming, soms door een rechter, soms door het bestuur zelf.

Uit het oogpunt van de onafhankelijkheid van de rechter ontstaat een vreemd beeld: De rechtsstaatsgedachte noopt tot rechtsbescherming tegen het bestuur door een van dat bestuur onafhankelijke rechter. In plaats van een onafhankelijke rechter heeft men in een niet onbelangrijk aantal gevallen het bestuur zelf met een rechtsbeschermingstaak belast.

2.2. De onafhankelijkheid van de rechter in de onderscheiden rechtsgebieden

Hierboven is gebleken dat het perspectief van de rechterlijke onafhankelijkheid kan verschillen. Dient de rechter onafhankelijk te zijn van de andere staatsmachten, in het bijzonder van het bestuur, of van partijen? Globaal kan worden gesteld dat er van een veelzijdige onafhankelijkheid sprake moet zijn²⁰. Toch heeft dit antwoord slechts geringe waarde voor de analyse van de rechterlijke onafhankelijkheid. Juist de in concreto mogelijke bedreigingen voor de rechterlijke onafhankelijkheid geven aan het vereiste van de onafhankelijkheid reliëf. Vandaar dat in de volgende paragrafen per rechtsgebied nagegaan zal worden welke bijzondere betekenis de rechterlijke onafhankelijkheid heeft en op welke wijze die onafhankelijkheid in het geding kan komen. Na een verkenning van de meest voor de hand liggende rechtsgebieden strafrecht, burgerlijk recht en administratief recht, komen constitutionele rechtspraak en internationale rechtspraak aan de orde. Daar blijkt de onafhankelijkheid van de rechter opmerkelijke dimensies te hebben.

2.2.1. De onafhankelijke rechter in het strafproces

Montesquieu heeft bij het neerschrijven van zijn toch wel denigrerende woorden over de rechter met name de strafrechter in gedachten gehad²¹. Hij schreef.

La puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent, mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple dans certain temps de l'année, de la manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert. De cette façon la puissance de juger, si terrible parmi les hommes, n'étant attachée ni à un certain état, ni à une certaine profession, devient, pour ainsi dire, invisible et nulle. On n'a point continuellement des juges devant les yeux;

19. Richtlijnen voor de keuze tussen Arob-beroep en beroep op de Kroon van 6 maart 1981, Stcrt. 23 maart 1981; E.M.H. Hirsch Bailin, Arob-beroep en beroep op de Kroon, Ar5 Aequi 1981, p. 492/493.

20. Vgl. Eichenberger a.w. (noot 1), p. 23 e.v., die van een veelzijdige onafhankelijkheid uitgaat.

21. Montesquieu, a.w. (noot 6), p. 557 (hoofdstuk 3 van boek IV).

et l'on craint la magistrature, et non pas les magistrats²².

Het is de strafrechter die men te duchten heeft. Uit de woorden van Montesquieu volgt haast dat de strafrechter onafhankelijk zou moeten zijn van de overheid als geheel.

De strafdreiging en in het bijzonder de vrijheidsontneming, de lijfstraf en de doodstraf vormen zeker in historisch perspectief de belangrijkste repressiemiddelen van de overheid. Het oneigenlijke gebruik van het strafproces -ter legitimering van de repressie door intimidatie, internering en liquidatie- kan teruggedrongen worden door de rechtspleging in handen te leggen van een overheidsinstelling die in ieder geval onafhankelijk is van het bestuur. Dit onafhankelijkheidsvereiste is van de eerste orde, omdat het feitelijke handelen van de uitvoerende macht het meest bedreigend kan zijn. Maar ook algemene normstelling door de wetgever kan bedreigend zijn. In samenhang met de onafhankelijkheid van de rechter draagt het vereiste van de bijzondere binding aan de strafwet, dat in Nederland tot uitdrukking wordt gebracht in de norm dat "geen feit strafbaar is dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling²³", bij tot een van repressie gezuiverde rechtspleging²⁴. Hoewel dit beginsel van strafrecht vooral uitdrukking geeft aan het verbod van terugwerkende kracht van de wet²⁵ -dat buiten het strafrecht in de praktijk een beperktere betekenis heeft²⁶- beperkt het tevens de mogelijkheid van gelegenheidswetgeving. Deze gelegenheidswetgeving, die via de gebondenheid van de rechter aan de wet het rechterlijke oordeel zou kunnen beïnvloeden, zou immers in de vorm van algemene normstelling repressie mogelijk maken. Het is ongewenst dat het bestuur bij de berechting van een rechtssubject aanwijzingen aan de rechter geeft; in dezelfde gedachte is het ongewenst dat de wetgever in een aanhangig geding intervenueert met "aangepaste" wetgeving.

In zekere zin houdt het feit dat de strafrechter een overheidsorgaan is, mede een garantie in voor onafhankelijkheid. De overheid is immers met het geweldsmonopolie bekleed, waardoor eigenrichting is uitgesloten. De vergelding van de misdaad -voor zover deze al plaatsvindt- vindt niet meer door het slachtoffer of de zijnen plaats, maar door de overheid.

Ten slotte komt in het feit dat een overheidsrechter belast is met de strafrechtspleging, tot uitdrukking dat de handhaving van het strafrecht een publiek belang is. Ook hieruit vloeit voort dat particuliere rechtspraak in strafzaken onge-

22. Iden, p. 587 (onderstreping van mij).

23. A.C. 't Hart, Het nulla-poenabeginsel, in: Grondrechten, commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet, Nijmegen 1982, p. 332.

24. Ook bij Montesquieu komt men het nulla poena beginsel reeds tegen: a.w. (noot 6), p. 557 en p. 587. Vgl ook G. Köchling, Gesetz und Recht bei Montesquieu, Kiel 1975, p. 131 en J. Graven, Montesquieu et le droit pénal in: La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu, Bicentenaire de l'Esprit des lois, 1748-1948, Parijs 1952, p. 218.

25. D. Hazewinkel-Suringa, Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht, bewerkt door J. Remmelink, Groningen 1973, p. 336, die terzake de parlementaire geschiedenis aanhaalt.

26. Het verbod van artikel 4 Wet A.B. sluit buiten het strafrecht niet uit dat de wet na inwerkingtreding terugwerkt. Vgl. aanwijzing voor de wetgevingstechniek van 14 februari 1984, Stcrt. 1984, 52 en HR 15 maart 1974, NJ 348, Ars Aequi 1975, p. 623 e.v. (met noot Jeukens).

wenst is.

Bij de onafhankelijkheid van de strafrechter ligt de klemtoon op enerzijds onafhankelijkheid van "het bestuur" en anderzijds van de betrokken rechtssubjecten.

2.2.2. De onafhankelijke rechter in het burgerlijke proces

De betekenis van de onafhankelijkheid van de rechter in het burgerlijke proces hangt mede af van de vraag of de overheid -de Staat- als partij -als zodanig of op gelijke voet met de burger- kan optreden of in rechte betrokken kan worden. Is dat het geval, zoals in Nederland, dan neemt de onafhankelijkheid van de rechter tegenover de Staat -waarvoor het bestuur in rechte kan optreden- een belangrijke plaats in. De afgrenzing ten opzichte van het bestuur houdt daarom een waarborg in tegen partijdigheid.

Is de overheid in het geding geen partij, dan is de overheidsrechter ten opzichte van de procederende burgers zonder meer een onpartijdige derde. Deze functie kan echter ook waargenomen worden door een niet-overheidsorgaan, zoals een arbiter of een arbitraal college. Voor zover echter in het privaatrecht de openbare orde in het geding is, moet arbitrage uitgesloten worden geacht²⁷, omdat slechts door tussenkomst van de rechter aan het openbare belang recht kan worden gedaan.

Ook ten aanzien van het burgerlijk proces geldt dat de overheid het geweldsmonopolie heeft en eigenrichting in beginsel uitgesloten is²⁸. Hoewel partijen vrij zijn eventueel iedere vorm van geschillenbeslechting uit te sluiten, bij voorbeeld bij gentlemen's agreement, kunnen partijen contractueel geen eigenrichting instellen²⁹. Juist het burgerlijke proces dat als zodanig een waarborg vormt tegen de verstoring van de openbare orde die bij eigenrichting gevreesd moet worden, is van publiek belang. Een contractueel eigenrichting-beding zou op die grond een ongeoorloofde oorzaak kunnen hebben.

2.2.3. De onafhankelijke rechter in het administratieve proces

Het administratieve recht omvat hoofdzakelijk normen die de rechtsbetrekking tussen overheid en burgers bepalen: het gaat om regulering van de rechtsaanspraken van burgers jegens de overheid. Het bestuur treedt in de regel op als tegenpartij van de burger. In dit perspectief staat de onafhankelijkheid van de rechter voor de onafhankelijkheid ten opzichte van het bestuur.

Het is echter niet alleen de overheid die belast is met de toepassing van het administratieve recht. Bij voorbeeld een belangrijk deel van het sociale verzekeringsrecht wordt door privaatrechtelijke bedrijfsverenigingen toegepast. Langs deze

27. Artt. 620 en 621 Rv.; W. van Rossum's Verklaring van het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, door R.P. Cleveringa, Deel II, Zwolle 1972, p. 1323 e.v. en 1343 e.v.

28. L.E.H. Rutten, Eigenrichting, Zwolle 1961 en R.P. Cleveringa, Een eigenrichtingstoetje, in: Op de grenzen van komend recht, Zwolle 1969.

29. Wel zijn bijzondere executievormen in de wet voorzien, bij voorbeeld de executoriale verkoop door de hypotheeknemer, art. 1223, tweede lid BW.

weg treden deze rechtspersonen naar privaatrecht op als administratieve organen. De administratieve rechter dient ook onafhankelijk te zijn van deze bijzondere organen.

De onafhankelijkheid van de administratieve rechter vloeit direct voort uit de rechtsstaatsgedachte, die immers vooral voor de spanning tussen burger en bestuur van betekenis is. De opkomst van de rechtsstaatsgedachte tegen het einde van de achttiende en met name in de negentiende eeuw, houdt min of meer gelijke tred met de groei van de bestuursstaak. De controle op het bestuur door een onafhankelijk overheidsorgaan heeft in Nederland een lange en ingewikkelde historie. Juist de nog steeds bestaande beperking van de toegang tot de rechter in geschillen met het bestuur geeft aan hoe actueel de spanning tussen burger en bestuur is. De rechtsbescherming van de burger in het burgerlijke recht en het strafrecht is in belangrijke mate uitgekristalliseerd. De administratiefrechtelijke rechtsbescherming is echter nog in volle ontwikkeling, hoewel de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de mens in de zaak Benthem wellicht een keerpunt vormt. Hieruit blijkt dat de onafhankelijkheid van de administratieve rechter bijzondere aandacht vraagt. De uitbouw van de rechtsbescherming van de burger tegen het bestuur door een onafhankelijke rechter vraagt om een nadere bezinning op de verhouding tussen de rechter en het bestuur³⁰.

Ook ten aanzien van administratieve rechtspraak valt een publiek belang aan te duiden. De administratieve rechtspraak dient niet alleen ter bescherming van de belangen van burgers, maar meestal ook ter handhaving van het bestuursrecht. Via de rechtspraak wordt de bestuursvoering gecontroleerd op overeenstemming met de geldende rechtsnormen. Daarom kan -zonder dat dit een opzienbarende conclusie is- gesteld worden dat de administratieve rechtspraak niet aan een willekeurige onpartijdige niet-overheidsinstantie kan worden opgedragen. Langs een andere weg blijkt echter het publieke belang dat gemoeid is met administratieve rechtspraak een heel belangrijke rol te spelen. Een van de belangrijkste gronden waarop het administratieve beroep is verdedigd, is dat het hogere bestuursorgaan dat met de rechtsbeschermende taak wordt belast, tevens een toezichthoudende functie heeft ten opzichte van het gecontroleerde bestuursorgaan. Deze visie op de betekenis van administratief beroep impliceert dat het publieke belang bij administratieve rechtsbescherming zo groot geoordeeld is, dat juist op die grond de rechtsbeschermende taak aan een hoger bestuursorgaan wordt toebedeeld: juist geen onpartijdige derde.

2.2.4. De onafhankelijkheid van de constitutionele rechter

De onafhankelijkheid van de rechter in het strafproces, het burgerlijke proces en het administratieve proces, zoals in de voorgaande paragrafen besproken, bete-

30. J. van der Hoeven, De grenzen van de rechterlijke functie in de administratieve rechtspraak, R.M. Themis, 1974, p. 658 e.v.; E.M.H. Hirsch Ballin, Rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur, Nederlands tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie, 1982, p. 105 e.v.

kent in hoofdzaak onpartijdigheid en onafhankelijkheid van het bestuur. Slechts in uitzonderingsgevallen wordt de rechter geroepen een oordeel te geven over de wet in formele zin. Bij constitutionele rechtspraak komt het accent echter anders te liggen. Hoewel constitutionele rechtspraak in Nederland, in de zin van toetsing door de onafhankelijke rechter van de wet in formele zin aan de Grondwet, niet voorkomt³¹ is deze accentverschuiving voor een goed begrip van de staatsrechtelijke positie van de Nederlandse rechter niet zonder betekenis. Constitutionele rechtspraak heeft het produkt van de wetgever tot onderwerp. De onafhankelijkheid van de rechter zou dan moeten betekenen onafhankelijkheid van de wetgevende macht³². Juist in het ontbreken van constitutionele rechtspraak in Nederland komt tot uitdrukking dat men de rechter in deze onafhankelijke positie niet goed ziet functioneren. Bij constitutionele rechtspraak krijgt de benoeming van de rechter een bijzonder gewicht³³ en ligt een samenstelling met het oog op de "politieke taak" voor de hand³⁴.

2.2.5. De onafhankelijkheid van de rechter bij de toepassing van internationaal recht

De toepassing van internationaal recht kan de taak zijn van bijzondere internationale rechtscolleges en van nationale rechters. Aan het Europese Hof voor de Rechten van de mens in Straatsburg kunnen door de verdragspartijen en de Commissie voor de rechten van de mens geschillen worden voorgelegd³⁵. De beslissing van het Hof betreft de vraag of een verdragspartij heeft gehandeld in strijd met de verplichtingen die uit het Europese Verdrag voortvloeien³⁶. Ingevolge artikel 93 van de Grondwet is de Nederlandse rechter gehouden bepalingen van verdragen die naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden, rechtstreeks toe te passen. Bij deze toepassing heeft de Nederlandse rechter een bijzondere positie. De bepalingen van internationale verdragen scheppen primair rechtsverplichtingen voor de verdragsluitende staten. Bezien vanuit internationaalrechtelijk standpunt is de nationale rechter bij de verdragstoepassing orgaan van de partij zelf. In geschillen voor het Europese Hof voor de Rechten van de mens kan daarom de vraag ter beoordeling staan of bij voorbeeld de Hoge Raad in overeenstemming met het Europese Verdrag gehandeld heeft. Met andere woorden, de nationale rechters missen onafhankelijkheid in internationaal perspectief, omdat zij als organen van een van de partijen functioneren.

De samenstelling van internationale rechtscolleges dient te waarborgen dat deze onafhankelijk zijn van de nationale staten³⁷.

Bij de Europese Gemeenschappen ontstaat een overeenkomstig beeld, zij het

31. Art. 120 Grondwet.

32. Vgl. de incompatibiliteiten voor de leden van het Bundesverfassungsgericht in de Bondsrepubliek Duitsland art. 94, eerste lid, Grundgesetz en voor de leden van de Conseil Constitutionnel in Frankrijk M. Duverger, Institutions politique et droit constitutionnel, Parijs 1965, p. 640 e.v. (art. 4 Ordonnance van 7 november 1958).

33. L. Prakke, Toetsingsrecht in het publiekrecht, Assen 1972, p. 79 e.v.

34. Vgl. art. 94, eerste lid, Grundgesetz.

35. Art. 48 Europees Verdrag.

36. Art. 50 Europees Verdrag.

37. Bij voorbeeld art. 39 Europees Verdrag.

dat meer partijen een geding aanhangig kunnen maken. Het Hof van Justitie in Luxemburg is ambtenarenrechter binnen de gemeenschapsorganisatie zelf en administratieve rechter³⁸. De Europese Commissie en de Raad kunnen lid-staten, lid-staten kunnen andere lid-staten, de Commissie of de Raad dagvaarden. Ten slotte kunnen natuurlijke of rechtspersonen de Raad en de Commissie dagvaarden³⁹. De onafhankelijkheid van het Hof van Justitie moet in het licht van deze complexe procesmogelijkheden bezien worden. De nationale rechter is gehouden Europees recht toe te passen⁴⁰. Uit internationaal oogpunt is niet gewaarborgd dat de nationale rechter ook "onpartijdig" is.

De "partijdigheid" van de nationale rechter in internationaal perspectief komt ook tot uitdrukking in het feit dat terzake van de beslechting van geschillen over internationale contracten vaak door contractspartijen de voorkeur wordt gegeven aan internationale arbitrage. Hierbij kan ook genoemd worden de verplichting van de hoogste nationale rechters een prejudiciële vraag over de uitleg van gemeenschapsrecht voor te leggen aan het Hof van Justitie.

2.2.6. Veelzijdige onafhankelijkheid

Bovenstaande verkenning van de rechterlijke onafhankelijkheid had tot doel een beeld te scheppen van de spanningsvelden waarbinnen de rechter functioneert. Het blijkt te gaan om vele spanningsvelden, die op verschillende manieren zichtbaar worden. De theorie van de machtscheiding geeft de noodzaak aan van een afgrenzing van de rechterlijke macht tegenover de andere twee staatsmachten: wetgevendende en uitvoerende macht. In de rechtsstaatsgedachte staat de verhouding tussen overheid en burger centraal, waarbij de rechter als scheidsman moet optreden. In de verschillende rechtsgebieden blijkt de rechter belast te zijn met de beslechting van rechtsgeschillen tussen verschillende soorten partijen. De onafhankelijkheid van de rechter kan daarbij opgevat worden als voorwaarde voor onpartijdigheid. De nationale rechter blijkt in internationaal perspectief bezwaarlijk als onafhankelijk te kunnen worden gezien.

De onafhankelijkheid van de rechter kan worden opgevat als een abstracte, in alle opzichten geldende onafhankelijkheid, die in concreto kan leiden tot onpartijdigheid. De onafhankelijkheid van de rechter sluit juist niet uit dat de rechter functioneert binnen een bepaald rechtssysteem. De rechterlijke macht vormt met andere woorden geen staat binnen de staat. Dit vloeit rechtstreeks voort uit de visie van Montesquieu op de scheiding der machten. Het gaat in de machtscheiding niet om drie volledig autonome staatsmachten, hetgeen tot een totale verlamming van het staatsbestuur zou leiden, maar om drie onderling samenwerkende en elkaar in zeker opzicht beïnvloedende machten⁴¹.

Bij de benadering van de onafhankelijkheid van de rechter kan niet volstaan

38. Art. 179 E.E.G.-Verdrag.

39. Art. 173 E.E.G.-Verdrag.

40. Niet alleen op grond van art. 93 Grondwet, maar ook op grond van het Europees recht (zaak 26-62, Van Gend en Loos).

41. Zie noot 6.

worden met een abstract begrip van een alzijdige onafhankelijkheid en onpartijdigheid. De waarborgen voor de rechterlijke onafhankelijkheid zijn in de regel geschaapt met het oog op het spanningsveld waarbinnen de rechter functioneert. In de volgende paragrafen zullen deze waarborgen beschreven worden en daarbij zal blijken in welke mate de wetgever ingespeeld heeft op mogelijke bedreigingen voor de onafhankelijkheid van de rechter.

2.3. Waarborgen voor rechterlijke onafhankelijkheid

De waarborgen voor de rechterlijke onafhankelijkheid, zoals die in het positieve recht zijn vastgelegd, zijn van uiteenlopende aard. Een nadere rubricering is noodzakelijk. In de eerste plaats beoogt een aantal waarborgen een mogelijke bedreiging van de rechter in zijn existentie af te wenden. De rechtspositie van de rechter dient gewaarborgd te zijn, zodat met name de uitvoerende macht de rechter er niet toe kan brengen niet onafhankelijk te oordelen. Deze waarborgen kunnen worden samengebracht onder de noemer van de persoonlijke onafhankelijkheid. De waarborgen voor de persoonlijke onafhankelijkheid van de rechter hebben een indirecte invloed op de onafhankelijke oordeelsvorming door de rechter. Zij vormen een noodzakelijke voorwaarde voor deze onafhankelijke oordeelsvorming. Van meer directe invloed op de rechterlijke oordeelsvorming zijn de waarborgen voor de zakelijke onafhankelijkheid van de rechter. In de volgende paragrafen zal eerst aandacht geschonken worden aan de waarborgen voor de persoonlijke onafhankelijkheid van de rechter. Daarna volgen de waarborgen voor de zakelijke onafhankelijkheid.

2.3.1. De waarborgen voor de persoonlijke onafhankelijkheid van de rechter

Eerder is gesteld dat de waarborgen voor de onafhankelijkheid van de rechter van uiteenlopende aard zijn. Dit geldt ook voor de persoonlijke onafhankelijkheid van de rechter. Van primair belang voor de persoonlijke onafhankelijkheid zijn de waarborgen in verband met benoeming, bevordering en ontslag. In dit kader zal ook aandacht geschonken worden aan de geldelijke middelen die voor de bezetting van rechterlijke colleges beschikbaar worden gesteld. Ook de interne organisatie van de gerechten kan afbreuk doen aan de onafhankelijkheid van de rechter. Nood breekt recht. Voor de rechtspleging kan dit betekenen dat in noodsituaties verandering komt in de reguliere gang van zaken. De noodwetgeving die voor deze gevallen van toepassing is kan een waarborg inhouden voor de rechterlijke onafhankelijkheid. Voorts is van belang dat de rechterlijke onafhankelijkheid door vermenging van functies in gevaar komt. Vandaar dat een aantal incompatibiliteiten en verboden activiteiten in de wet zijn vastgelegd. De eventuele inbreuk die door een persoonlijke band van de rechter met een van de partijen in het geding op de rechterlijke onafhankelijkheid gemaakt kan worden, kan voorkomen worden door wraking en verschoning. Door het afleggen van de eed of de belofte bij de aanvaarding van zijn ambt zegt de rechter onder meer toe onafhankelijk te zullen oordelen. In het strafrecht zijn bepalingen opgenomen, die straf bedreigen in verband met om-

koping van de rechter. Ten slotte zal aandacht geschonken worden aan de persoonlijke onafhankelijkheid van leken die deelnemen aan de rechtspraak, en aan de waarborgen voor de onafhankelijkheid van arbiters.

2.3.2. Benoeming en ontslag

De Grondwet gaat ervan uit dat de leden van de rechterlijke macht met rechtspraak belast voor het leven worden aangesteld⁴². Er zouden eventueel gerechten kunnen bestaan waarvan de leden niet voor het leven benoemd zijn⁴³. De benoeming voor het leven wordt traditioneel als belangrijkste waarborg voor de (persoonlijke) onafhankelijkheid van de rechter gezien. Dit is niet geheel terecht⁴⁴. Ook de benoeming voor een vaste periode kan, in samenhang met andere waarborgen in verband met de rechtspositie van de rechter, met name in verband met herbenoeming, een deugdelijke grondslag voor rechterlijke onafhankelijkheid vormen⁴⁵. De willekeur van de vorst, die de historische achtergrond vormt van de benoeming voor het leven, vormt geen bedreiging meer. Wanneer voldoende waarborgen zijn vastgelegd voor (her-)benoeming ongeacht de welgevalligheid van de rechtspraak van een rechter, is de benoeming voor het leven niet per se noodzakelijk. Opmerkelijk is dat juist de wijze van benoeming van de rechter in Nederland weinig waarborgen voor onafhankelijkheid te zien geeft. Vandaar dat de benoeming eerst aan een nader onderzoek onderworpen zal worden.

2.3.3. Benoeming, bevordering en selectie

De Grondwet schrijft voor dat de leden van de rechterlijke macht bij koninklijk besluit worden benoemd⁴⁶. Voor een deel van de traditionele rechterlijke macht⁴⁷ geldt dat de regering⁴⁸ in principe vrij is in de keuze wie benoemd zal worden. Bij ministerieel besluit is de Commissie aantrekken leden rechterlijke macht ingesteld⁴⁹. De Minister van Justitie bevordert slechts de benoeming van die juristen, die een positief advies van deze commissie hebben meegekregen, of die na het voltooien van de zogenaamde RAIO-opleiding positief beoordeeld zijn. Dit sluit echter niet uit dat de minister weigert door de commissie positief beoordeelde kandidaten te benoemen⁵⁰.

Voor benoemingen van raadsheren (en raadsheren-plaatsvervangers) in de Gerechtshoven wordt door de hoven zelf een voordracht van drie (in alfabetische volgorde) aan de Koning voorgelegd "om daarop zodanig acht te slaan als Hij dienstig

42. Art. 117.

43. Vgl. C.J.A.M. Kortmann, *De grondwetsherziening 1983*, Deventer 1983, p. 302.

44. Vgl. Duynstee, a.w. (noot 1), p. 53.

45. Vgl. de jurisprudentie op art. 6 van het Europees Verdrag (zie par. 2.5.1.); P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *De Europese conventie in theorie en praktijk*, Nijmegen 1982, p. 299 e.v.

46. Art. 117, eerste lid.

47. Art. 1 van de Wet op de rechterlijke organisatie.

48. Koning en een of meer ministers of staatssecretarissen.

49. Stcrt., 16 april 1970.

50. Uit ten departemente ingewonnen informatie blijkt dit soms ook voor te komen.

oordelen zal"⁵¹. Deze tekst -die naar huidige maatstaven geen waarborg tegen willekeur inhoudt- sluit niet uit dat van de voordracht wordt afgeweken. De benoeming van de raadsheren in de Hoge Raad is met meer waarborgen omkleed, in die zin dat de Tweede Kamer der Staten-Generaal een voordracht van drie personen opmaakt waaruit de regering moet kiezen bij de benoeming. Voor de leden van de Raad van State en in het bijzonder degenen die zitting hebben in de Afdeling rechtspraak⁵² gelden dergelijke waarborgen niet. In de praktijk wordt -buitenwettelijk- een aanbeveling van de Raad van State gevraagd. Ook de keuze van de gewone leden van het College van Beroep voor het bedrijfsleven⁵³ en van de voorzitters en ondervoorzitters van de raden van beroep (dus ook de Ambtenarengerechten) is vrij⁵⁴. Bij de Centrale Raad van Beroep⁵⁵ is voorgeschreven dat een voordracht van drie personen door dit college wordt opgemaakt, onder dezelfde clausulering als bij de Gerechtshoven. de regering mag afwijken van de voordracht.

Uit de vorenstaande -niet uitputtende- bespreking vloeit voort dat formeel gezien de regering in Nederland het benoemingsbeleid (en bevorderingsbeleid) ten aanzien van rechters voert. De onafhankelijkheid van de rechter is op dit punt gebaseerd op een informele consensus, dat het ongewenst is dat de regering welbewust de rechtspleging tracht te beïnvloeden door het voeren van een bepaald benoemingsbeleid.

Het Franse constitutionele recht kent -evenals het Italiaanse- het fraaie instituut van de "Conseil supérieur de la magistrature", die de President van de Republiek terzijde staat in zijn taak de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht te waarborgen⁵⁶. Deze Conseil, waarvan de leden sinds de Vijfde Republiek door de President van de Republiek worden benoemd, geeft onder andere adviezen met betrekking tot benoemingen⁵⁷. De Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie heeft inmiddels geadviseerd voor Nederland ook een dergelijke raad in te stellen⁵⁸.

De selectie van rechters heeft in Nederland een diepgaande discussie opgeleverd⁵⁹. Dit illustreert van welke grote betekenis een niet door de regering gecontroleerd benoemingsbeleid voor de rechterlijke onafhankelijkheid zou zijn.

51. Art. 63 Wet op de rechterlijke organisatie.

52. Artt. 3 en 74, tweede lid, Wet op de Raad van State.

53. Art. 9 Wet Arbo.

54. Art. 5 Beroepswet.

55. Art. 32 Beroepswet.

56. Art. 64 Constitution; F.F. Langemeijer, Raad voor de rechterlijke macht, *Trema* special '84-2.

57. Duverger, a.w. (noot 32), p. 521. Zie voor de waarborgen in verband met de samenstelling. M. Prélôt en J. Boulouis, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Parijs 1972, p. 851 e.v.

58. Eindrapport van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie, deel II.

59. Vgl. De rol van de rechter in de samenleving, een beschrijvend literatuurrapport, Ministerie van Justitie, Wetenschappelijk Voorlichtings- en Documentatiecentrum, oktober 1973; De rol van de rechter in de samenleving, aanvullend literatuurrapport, Ministerie van Justitie, W.O.D.C., augustus 1977. Zie met name Handelingen N.J.V. 1975, deel I, H.L. Wedeven, *De taak en positie van de rechters in onze samenleving*, en C.J.M. Schuyt, *De rol van de rechtspraak en de rechterlijke macht in de democratische samenleving*, p. 225 e.v.

Rechters zijn juristen⁶⁰. Deze eis van vakbekwaamheid houdt een waarborg in voor onafhankelijkheid, in die zin dat de objectivering die noodzakelijk is voor rechterlijke oordeelsvorming een juridische scholing vereist. Dit punt is in de literatuur onderbelicht. Juristen worden opgeleid om te beslissen⁶¹. De juridische discipline maakt het -in principe- mogelijk zonder aanzien des persoons, dat wil zeggen onafhankelijk, op grond van het gevonden recht, te beslissen.

2.3.4. Ontslag

Een willekeurig ontslag houdt een bedreiging in voor de rechterlijke onafhankelijkheid. De benoeming voor het leven, zoals die in de Grondwet en de meeste⁶² wetten betreffende de organisatie van rechterlijke colleges is voorgeschreven, sluit willekeurig ontslag uit. De waarborg van benoeming voor het leven geldt volgens de bepalingen over de rechtspraak in de Grondwet alleen voor rechters belast met de beslechting van geschillen over burgerlijke rechten, schuldvorderingen die uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan en strafbare feiten⁶³. Een probleem is dat slechts voor de leden van de rechterlijke macht (die voor het leven zijn aangesteld) een bijzondere ontslagregeling in de Grondwet is opgenomen. Gevolg hiervan is dat voor rechters die niet tot de rechterlijke macht behoren (het merendeel van de rechters die niet met de berechting van geschillen over burgerlijke rechten, schuldvorderingen en van strafbare feiten belast zijn) geen waarborg in verband met ontslag in de Grondwet te vinden is. Met name ten aanzien van administratieve gerechten is de grondwettelijke regeling niet vlekkeloos⁶⁴. In theorie zou bij organieke wet -zonder strijd met de Grondwet- bepaald kunnen worden dat de leden van "gerechten" naar welgevallen ontslagen kunnen worden.

Voor leden van de Raad van State gelden dezelfde waarborgen als voor de rechters die tot de rechterlijke macht behoren⁶⁵.

Ten opzichte van de Grondwet van voor 1983 is er sprake van een verzwakking van de rechtspositie van administratieve rechters⁶⁶.

De benoeming voor het leven sluit niet uit dat rechters om bijzondere redenen ontslagen kunnen worden. Genoemd kunnen worden het in de Grondwet voorziene leeftijdsontslag⁶⁷, het ontslag op eigen verzoek en de aan de wetgever overgelaten regeling van ontslag om andere redenen. Bij dit laatste kan gedacht worden aan ontslag op grond van veroordeling wegens een misdrijf of bij de oplegging van een

60. Vgl. bij voorbeeld: artt. 35, 48, 64 en 86 Wet op de rechterlijke organisatie, art. 65 Wet op de Raad van State, artt. 7 en 34 Beroepswet en art. 9 Wet Arbo.

61. H. Franken, *Maat en regel*, Arnhem 1975.

62. De kantonrechter-plaatsvervanger wordt voor vijf jaar benoemd: art. 36, tweede lid, Wet op de rechterlijke organisatie. Deze bepaling is niet in overeenstemming met art. 117, eerste lid, Grondwet.

63. Artt. 112, eerste lid, en 113, eerste lid, te zamen met art. 112, tweede lid.

64. De achtergrond hiervan is, dat er geen algemene attributie van rechtsprekende bevoegdheid aan "de administratieve rechter" gegeven is.

65. Art. 74, tweede lid, Grondwet.

66. Zie art. 180, zesde lid, van de Grondwet 1972, waarin ten aanzien van colleges belast met administratieve rechtspraak in hoogste ressort onder meer benoeming voor het leven was voorgeschreven.

67. Art. 74, vierde lid, Grondwet.

straf die vrijheidsberoving tot gevolg heeft, curatele of faillissement of gedrag waardoor het goed functioneren van de rechterlijke organisatie geschaad of gestoord wordt. Daarnaast is ontslag wegens ziekte of gebreken, ontslag wegens ongeschiktheid anders dan wegens ziekte of gebreken en wegens incompatibiliteit van functies toegelaten⁶⁸. Vooruitlopend op een mogelijk ontslag moet schorsing mogelijk zijn⁶⁹.

De grondwettelijke regeling brengt mee dat schorsing en ontslag van leden van de rechterlijke macht om andere redenen dan wegens het bereiken van de leeftijdsgrens en op eigen verzoek slechts door een gerecht behorende tot de rechterlijke macht mogelijk is. Voor de meeste gerechten is de Hoge Raad aangewezen als oordelende instantie⁷⁰, overigens zonder grondwettelijke grondslag⁷¹.

Bij de opzet van de Grondwet 1983 is ervan uitgegaan dat de wetgever zoveel mogelijk gerechten tot de rechterlijke macht zou laten behoren. Slechts indien een orgaan niet duurzaam met rechtspraak belast is zou uitsluiting van de rechterlijke macht in de bedoeling liggen⁷².

De Grondwet bepaalt dat de overige aspecten van de rechtspositie van leden van de rechterlijke macht bij de wet kunnen worden geregeld, hetgeen insluit dat delegatie kan plaatsvinden⁷³.

2.3.5. Incompatibiliteiten

De onverenigbaarheid van het rechterlijke ambt met de vervulling van andere functies in de samenleving vloeit voort uit de rechterlijke onafhankelijkheid. De incompatibiliteiten kunnen per gerecht verschillen. Hier wordt een aantal besproken.

Voor de leden van de rechterlijke macht die voor het leven zijn aangesteld⁷⁴, geldt dat zij geen ander ambt –in het bijzonder dat van advocaat, procureur of notaris– als hoofdbetrekking mogen bekleden⁷⁵. Het ambt van officier van justitie is niet genoemd. De wet sluit derhalve niet uit dat de rechter plaatsvervangend officier van justitie is, dan wel dat een officier van justitie plaatsvervangend rechter is. In geval van afwezigheid, belet of ontstentenis van de ambtenaren en waarnemend ambtenaren van het openbare ministerie kunnen zij ingevolge de wet vervangen worden door rechters⁷⁶. Een en ander brengt mee dat de wet niet voorkomt dat er vermenging van functies zal plaatsvinden⁷⁷.

68. Vgl. artt. 11 en 12 Wet op de rechterlijke organisatie.

69. Art. 13 Wet op de rechterlijke organisatie.

70. Artt. 16 en 38 Beroepswet, art. 9 Ambtenarenwet 1929, art. 11 van de Wet Arbo, art. 6 Tariefcommissiewet. Voor de leden van de Raad van State is dit college zelf de beoordelende instantie: art. 3a Wet op de Raad van State.

71. Behalve voor de Raad van State: art. 74, vierde lid, Grondwet.

72. Kortmann, a.w. (noot 43), p. 298 e.v.

73. Art. 117, vierde lid, Grondwet; zie voor de leden van de Raad van State art. 74, vijfde lid, Grondwet.

74. De plaatsvervangend leden van de traditionele rechterlijke macht (art. 1 van de Wet op de rechterlijke organisatie) zijn uitgezonderd: art. 8, eerste lid, te zamen met art. 36, tweede lid, Wet op de rechterlijke organisatie.

75. Art. 8, eerste lid, Wet op de rechterlijke organisatie.

76. Art. 66 Wet op de rechterlijke organisatie.

77. Zie par. 2.5.1. e.v.

Ook familierechtelijke betrekkingen kunnen incompatibiliteiten opleveren⁷⁸.

Omgekeerd geldt voor een aantal politieke ambten dat deze incompatibel zijn met dat van rechter. Leden van de Staten-Generaal kunnen niet tevens lid zijn van de Hoge Raad⁷⁹. Wethouders van gemeenten mogen geen rechter zijn⁸⁰. De leden van de rechterlijke macht mogen echter wel lid van de gemeenteraad⁸¹ zijn en lid van provinciale staten⁸². De functie van gedeputeerde is incompatibel, omdat het geen nevenbetrekking is.

Voor rechters in de Centrale Raad van Beroep en de raden van beroep geldt dat zij slechts nevenbetrekkingen mogen vervullen. Bovendien mogen zij noch werkgever, noch werknemer zijn en is een aantal publieke functies onverenigbaar met het ambt⁸³. Ook voor de leden van het College van Beroep voor het bedrijfsleven geldt dat zij slechts nevenbetrekkingen mogen vervullen. Bovendien mogen zij geen enkele functie in een onderneming, bij een vereniging van ondernemingen of van werkgevers vervullen⁸⁴. Voor plaatsvervangend leden van de onderscheiden gerechten geldt slechts een beperkte lijst van incompatibiliteiten. Met name is de incompatibiliteit met de advocatuur niet aanwezig.

Incompatibiliteiten kunnen tweerlei achtergrond hebben. In de eerste plaats kan gedacht worden aan de machtenscheiding. Het ambt van minister of kamerlid is met dat van rechter onverenigbaar. De incompatibiliteiten komen slechts in beperkte mate direct in de wet tot uitdrukking⁸⁵. In de meeste gevallen zullen de andere functies niet als nevenbetrekkingen aangemerkt kunnen worden en vloeit daaruit de onverenigbaarheid voort. De wet sluit echter niet uit dat een rechter als lid van de gemeenteraad of van provinciale staten betrokken is geweest bij de vaststelling van een verordening, die deze later als rechter moet toepassen of buiten toepassing moet laten.

In de tweede plaats draagt een aantal incompatibiliteiten bij tot het vergroten van de onpartijdigheid van de rechter. Afhankelijk van de plaats van het gerecht in het maatschappelijk leven wordt bepaald welke functies voor leden van dat gerecht onverenigbaar zijn.

78. Art. 10 Wet op de rechterlijke organisatie, artt. 15 en 38 Beroepswet, art. 10 Wet Arbo. De Ambtenarenwet 1929 houdt ter zake een delegatie aan de regering in art. 18.

79. Art. 57, tweede lid, Grondwet en art. 9 Wet op de rechterlijke organisatie.

80. Wel als plaatsvervanger art. 95, eerste lid, gemeentewet en art. 36, tweede lid, Wet op de rechterlijke organisatie. Deze incompatibiliteit geldt vreemd genoeg niet voor het ambt van administratieve rechter.

81. Zie de uitzonderingen genoemd in art. 8, tweede lid van de Wet op de rechterlijke organisatie.

82. S.J.R. de Monchy, Handboek voor het Nederlandse provincierecht, bewerkt door A.H. Gunter, Zwolle 1976, p. 78.

83. Bij voorbeeld lid van het bestuur, of in dienst van de Rijksverzekeringsbank, voorzitter of in dienst van een Raad van Arbeid (art. 14 Beroepswet), voorzitter of lid van, noch ambtenaar bij de Pensioenraad (art. 37 Beroepswet).⁸³.

84. Art. 10 Wet Arbo.

85. Bij voorbeeld art. 59 Wet op de rechterlijke organisatie.

2.3.6. Verboden activiteiten

In het verlengde van de incompatibiliteiten is op verscheidene plaatsen in de organieke wetten bepaald dat rechters bepaalde activiteiten niet mogen verrichten.

Rechters uit de rechterlijke macht in werkelijke dienst mogen zich niet belasten met het verdedigen van zaken der partijen in burgerlijke gedingen⁸⁶ binnen en buiten het rechtsgebied waar zij werkzaam zijn⁸⁷. Zijn eigen zaken en die van de zijnen mag de rechter wel bepleiten⁸⁸.

Rechters uit de rechterlijke macht in werkelijke dienst en rechters in het College van Beroep voor het bedrijfsleven mogen ook geen scheidslieden zijn⁸⁹.

Binnen de ambtsvervulling kunnen onverenigbare activiteiten voorkomen. Hoofdzakelijk gaat het om werkzaamheden in de voorbereidende fase van een procedure en het zitten als rechter. Zo mag de rechter-commissaris die in een strafzaak onderzoek heeft gedaan niet deelnemen aan het onderzoek ter terechtzitting⁹⁰. Hetzelfde geldt voor het lid-commissaris van het Ambtenarengerecht⁹¹ of de plaatsvervangend voorzitter of ondervoorzitter van de raad van beroep, of een ondervoorzitter of lid-commissaris van de Centrale Raad van Beroep⁹² die belast is geweest met een voorbereidend onderzoek in een zaak.

Bij deze laatste verboden activiteiten staat het onbevooroordeeld zijn van de rechter op het spel. Het verbod om als pleitbezorger op te treden dient de onpartijdigheid en onafhankelijkheid in het algemeen. Het verbod scheidsman te zijn kan gezien worden als een incompatibiliteit die, gelet op het mogelijk incidentele karakter van de vervulling van de functie van scheidsman, niet bij de overige incompatibiliteiten vermeld is⁹³. Hoewel dit verbod als waarborg voor onafhankelijkheid zou kunnen worden gezien, lijken in Nederland meer pragmatische redenen de doorslag te geven⁹⁴.

De rechters die tot de rechterlijke macht behoren, mogen voorts geen contact buiten de procedure om hebben met partijen in het geding. Ook voor de meeste administratieve rechters geldt een dergelijke verbod⁹⁵. Een rechter die zich ook na een waarschuwing inlaat met partijen kan om die reden door de Hoge Raad ontslagen worden⁹⁶.

86. Art. 57 Rv.

87. Vgl. art. 26 Beroepswet voor dezelfde materie.

88. Art. 29, tweede lid Rv.

89. Art. 29, derde lid, Rv. en art. 26 Wet Arbo. Zie hierover Cleveringa, a.w. (noot 27), p. 279 e.v. Over deze materie is een levendige discussie gevoerd. Zie voor een overzicht en bespreking: O.A.C. Verpalen, Zij zullen ook geen scheidslieden zijn, R.M. Themis 1976, p. 5 e.v.

90. Art. 268 Sv.

91. Art. 39 Ambtenarenwet 1929.

92. Art. 63 in samenhang met art. 104, eerste en derde lid, Beroepswet.

93. De incompatibiliteiten staan in de Wet op de rechterlijke organisatie, het hier bedoelde verbod in Rv.

94. Verpalen, a.w. (noot 89).

95. Zie bij voorbeeld art. 26 van de Wet op de rechterlijke organisatie; art. 20, eerste lid, onder c. Ambtenarenwet 1929; art. 25, eerste lid, onder c. Beroepswet; art. 25, eerste lid, onder c. Wet Arbo en Tariefcommissiewet, art. 6, tweede lid, onder c. Voor de Raad van State ontbreekt een dergelijke regeling.

96. Art. 11, onder d, ten derde, Wet op de rechterlijke organisatie.

De Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie heeft voorgesteld te komen tot een vereenvoudiging ten aanzien van onverenigbaarheden. Onder meer wordt voorgesteld de onverenigbaarheid met het zijn van arbiter op te heffen⁹⁷.

2.3.7. Wraking en verschoning

De deelname van een rechter aan de beslechting van een bepaald geschil kan een bedreiging vormen voor onpartijdige oordeelsvorming, wanneer er een bijzondere band tussen de rechter en een van de partijen in het geding bestaat. Voorziet de rechter dat er feiten of omstandigheden zijn die zijn onafhankelijke oordeelsvorming kunnen aantasten, dan kan hij zich verschonen⁹⁸.

In het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn expliciet een groot aantal wrakingsgronden genoemd, die een indruk geven van de achtergrond van dit instituut. Hoofdzakelijk gaat het om feiten en omstandigheden die de onpartijdigheid van de rechter kunnen beïnvloeden. In de Ambtenarenwet 1929 zijn deze wrakingsgronden overgenomen⁹⁹. In de andere wetten is volstaan met een algemene omschrijving, namelijk dat de rechterlijke onpartijdigheid ernstige schade¹⁰⁰ of schade¹⁰¹ zou kunnen lijden of onpartijdige oordeelsvorming bemoeilijkt zou kunnen worden¹⁰².

Ter zake van wraking en verschoning wordt in de regel beslist door het gerecht zelf, soms door de rechter in kwestie zelf¹⁰³. De rechtbank oordeelt over de wraking of verschoning van kantonrechters. In het burgerlijke proces kan de rechter in de wraking berusten¹⁰⁴, waardoor een uitspraak over de wraking overbodig wordt. In de andere organieke wetten is deze berusting onbekend en moet steeds uitspraak gedaan worden over dit incident.

2.3.8. Budgettering

Voor de benoeming van rechters vormt de begroting van het Ministerie van Justitie het financiële kader. Langs deze weg beslist de wetgever over de aantallen rechters die beschikbaar zijn voor het vervullen van rechterlijke taken. Aan de andere kant worden de gerechten geconfronteerd met een instroom van zaken, waarvan de omvang afhankelijk is van de wetgeving, het instellen van vorderingen en beroepen en het vervolgingsbeleid. De instroom van zaken kan via normmodellen

97. Eindrapport van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie, deel II, 's Gravenhage 1985, p. 12 e.v.

98. Art. 67, tweede lid Wet op de Raad van State; art. 512 e.v. Sv; art. 31 Rv; art. 61, tweede lid, Beroepswet; art. 37, tweede lid, Ambtenarenwet 1929, art. 30, tweede lid Wet Arbo.

99. Art. 37, eerste lid, onder toevoeging van de grond: indien hij partij is in de zaak of deel uitmaakt van het administratief orgaan, dat partij is in de zaak.

100. Sv.

101. Beroepswet.

102. Wet Arbo, Wet op de Raad van State.

103. Zie bij voorbeeld art. 518, eerste lid, Sv. waarin aan de enkelvoudige strafkamers zelf de beslissing is opgedragen.

104. Art. 35 Rv.

omgerekend worden tot aantallen rechters.

Langs deze twee wegen ontstaat een conflict tussen feit en norm: sinds lange tijd is er sprake van een structurele onderbezetting bij de gerechten. Tegelijkertijd is er sprake van overbelasting van de gerechten en dit leidt tot achterstanden en lange behandelingstijden. In het licht van het vereiste van behandeling binnen redelijke termijn (artikel 6, eerste lid, Europees Verdrag) vormt dit een zorgwekkend gegeven¹⁰⁵.

In het kader van de bezuinigingen heeft de Minister van Justitie als beleidsuitgangspunt gekozen dat de voor al het overheidspersoneel geldende bezuinigingen ook voor rechters en hun apparaat zouden moeten gelden.

De budgettering van de rechtspraak vormt in verband met de onafhankelijkheid van de rechter een relevant gegeven. Bezuinigingen op administratieve rechtspraak en de daaruit voortvloeiende noodzaak voor de rechters om per zaak minder tijd beschikbaar te stellen, leidt onvermijdelijk tot beïnvloeding van de taakvervulling door de rechter. Voor zover deze beïnvloeding zich beperkt tot maatregelen die gericht zijn op de verhoging van de efficiency, leveren deze geen bezwaren op. Een structurele onderbezetting bij administratiefrechtelijke colleges kan echter leiden tot een onvoldoende functionerende controle op het bestuurshandelen. Voor zover de burgerlijke rechter geroepen is een oordeel te geven over overheidshandelingen, geldt hetzelfde voor deze colleges.

2.3.9. De rechtspositie van leken

Onder leken wordt hier verstaan de bij de rechtspraak betrokken personen, die geen rechtspositie als rechter hebben en geen jurist hoeven te zijn, bij voorbeeld de leden van het Ambtenarengerecht¹⁰⁶ en de raden van beroep¹⁰⁷, tot 1986 de bijzondere leden van het College van Beroep voor het bedrijfsleven¹⁰⁸, de deskundige leden van de ondernemingskamer bij het gerechtshof te Amsterdam¹⁰⁹, de deskundige leden van de "V.L.-kamer" bij het gerechtshof te Arnhem¹¹⁰, de deskundige leden van de pachtkamers bij de kantongerechten en het gerechtshof te Arnhem¹¹¹ en de deskundige leden inzake zaaizaad en plantgoed bij het gerechtshof

105. Vgl. G.J. Wiarda in: F. Bruinsma en N. Huls, Straatsburgse stemmen, *NJB*, 1983, p. 733: "Het lijkt mij stellig dat in de Nederlandse situatie de overbelasting van de rechterlijke macht aan de orde is. Nederland zou waarschijnlijk in strijd met zijn internationale verplichtingen handelen, indien de effectieve werking van de rechterlijke macht zodanig zou worden verminderd, dat niet meer zou worden voldaan aan een behandeling binnen redelijke termijn, wat ongetwijfeld bij een vermindering van het aantal rechters zou moeten worden gevreesd".

In de zaak Buchholz heeft het Hof onder beperkende voorwaarden tijdelijke achterstand vanwege een onverwachte toename van het aantal zaken aanvaard (6 mei 1981, *Publ. CEDH*, Série A, vol. 42 (1981)).

106. Art. 6 Ambtenarenwet 1929.

107. Art. 9 e.v. Beroepswet.

108. Art. 13 e.v. Wet Arbo, vervallen bij wet van 12 maart 1986, *Stb.* 99.

109. Art. 72 Wet op de rechterlijke organisatie.

110. Art. 73 Wet op de rechterlijke organisatie.

111. Artt. 115 en 125 Pachtwet.

te 's-Gravenhage¹¹².

Het belangrijkste aspect van de rechtspositie van leken is dat zij niet voor het leven benoemd worden, maar voor een vaste termijn. Deze kan variëren van 4 tot 6 jaar, al naar gelang het gerecht waar ze aangesteld zijn. In de Grondwet is deze tijdelijke benoeming gefundeerd in de regel dat de wet kan bepalen dat aan de rechtspraak door de rechterlijke macht wordt deelgenomen door personen die niet daartoe behoren¹¹³. De laatste zinsnede impliceert dat zij niet voor het leven benoemd behoeven te zijn. De tijdelijke aanstelling van leden brengt mee dat vereist is dat het benoemingsbeleid voldoende waarborgen voor onafhankelijkheid behoort te kennen. Daaraan ontbreekt het in het Nederlandse recht, daar in de regel de regering de leden benoemt.

Een belangrijk aantal waarborgen van onafhankelijkheid geldt ook voor leken. *Uitzondering hierop vormen de incompatibiliteiten.* In de regel gelden voor leken minder onvereenigbare functies. In een aantal gevallen gelden echter voor leken bijzondere incompatibiliteiten¹¹⁴.

De leden van de raden van beroep worden juist in een zekere partijdige hoedanigheid aangesteld op aanbeveling van werkgevers- en werknemersorganisaties¹¹⁵. Deze partijdigheid geldt niet het in concreto te beslechten geschil, anders zou wraking mogelijk zijn. Door deelname van leden zowel van werknemerszijde als van werkgeverszijde aan de beraadslagingen wordt de algemeen werkende partijdigheid opgeheven¹¹⁶. De leken leggen ook een eed of belofte af¹¹⁷. Bij de benoeming van leken in de pachtkamers dient de regering ervoor te waken dat noch het belang van pachters noch dat van verpachters overheerst¹¹⁸.

2.3.10. Arbiters

Contractspartijen zijn vrij om de beslechting van geschillen, mits die niet het publieke belang raken¹¹⁹, te onttrekken aan het oordeel van de overheidsrechter en op te dragen aan één of meer arbiters. Vanwege de samenhang met de problematiek van de onafhankelijkheid van overheidsrechters worden ook de waarborgen voor onafhankelijkheid van arbiters hier besproken. De bijzondere positie van oordelen van arbiters in het burgerlijke proces hangt samen met deze waarborgen. Ten aanzien van deze arbiters geldt een tweetal waarborgen voor onpartijdigheid.

112. Art. 61 Zaaizaad- en Plantgoedwet.

113. Art. 116, derde lid, Grondwet.

114. Bij voorbeeld art. 7, tweede lid, Ambtenarenwet 1929 en art. 14, tweede lid, Wet Arbo.

115. Art. 10 Beroepswet.

116. Opmerkelijk is dat de voorzitters en ondervoorzitters bij meerderheid van oordeel zijn, dat het lekenelement in de sociale verzekeringsrechtspraak afgeschaft moet worden. Een belangrijke rol speelt hierbij dat zij geen invloed hebben op de kwaliteit van de leden. Anders ligt dit bij de Ambtenarengerechten, waarbij de leken door de voorzitter worden aangezocht. Gelet op hun bijzondere kwaliteiten wordt handhaving van hun deelname wel bepleit.

117. Bij voorbeeld art. 13, tweede lid, Beroepswet.

118. Art. 116, vierde lid, Pachtwet.

119. P. Zonderland, R.C. Schlingermann en W.G. Dohman, Grondtrekken van het Nederlandse Burgerlijke Procesrecht, Zwolle 1980, p. 325 e.v.

Arbiters kunnen op dezelfde gronden als overheidsrechters gewraakt worden¹²⁰; bovendien geldt een aantal strafrechtelijke waarborgen ook voor arbiters¹²¹.

In het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt ten aanzien van de wraking onderscheid gemaakt tussen de rechter en niet door de rechter benoemde arbiters¹²². Deze laatsten zouden slechts gewraakt kunnen worden om redenen na hun benoeming opgekomen¹²³. Over de uitleg van deze bepaling bestaat geen eenstemmigheid¹²⁴. Met name is het de vraag of wrakingsgronden die een van de partijen na aanwijzing van de arbiter(s) te weten komt nog effect kunnen hebben. Gelet op de strekking van de onderscheiden wrakingsgronden kan geen algemeen antwoord gegeven worden. Blijkt bij voorbeeld pas na benoeming van een arbiter dat deze eerder een schriftelijk advies in de zaak gegeven heeft, dan zal wraking mogelijk moeten zijn. Heeft bij voorbeeld een van de partijen nagelaten na te gaan of er familierechtelijke betrekkingen waren die een grond voor wraking opleveren, dan zal hij deze grond niet meer na benoeming van de arbiter mogen aanvoeren. Als criterium zou wellicht kunnen gelden dat de wrakende partij niet wist of in redelijkheid niet heeft kunnen weten dat er een grond voor wraking van een arbiter aanwezig was¹²⁵. Hebben de partijen berust in de benoeming van een arbiter, dan is wraking slechts mogelijk om redenen die later zijn opgekomen¹²⁶. Ook bij deze categorie zou hetzelfde criterium kunnen gelden.

De strafrechtelijke waarborg voor onpartijdigheid houdt in dat tegen degene die een arbiter een gift of een belofte doet met het oogmerk invloed uit te oefenen op zijn beslissing, strafbaar is¹²⁷. Op dezelfde voet is de arbiter strafbaar die een gift of belofte aanvaardt¹²⁸.

De limitatief in de wet opgesomde gronden voor de aantasting van arbitrale vonnissen bieden vrijwel geen waarborg voor onpartijdige geschillenbeslechting¹²⁹. Is er sprake geweest van omkoping van een arbiter als bedoeld in artikel 198 van het Wetboek van Strafrecht, dan kan aantasting van het arbitrale vonnis mogelijk zijn wegens bedrog of arglist in de procedure gepleegd¹³⁰.

Personen belast met het geven van een bindend advies vallen niet onder deze regelingen. Het bindend advies krijgt werking als doel van het overeengekomene. Is er sprake van partijdige advisering, bij voorbeeld omdat de persoon van de adviseur onvoldoende waarborgen voor onpartijdigheid bood, dan kan indirect bescherming verkregen worden. De rechter gaat marginaal toetsend na of de beslissing wat behandeling en inhoud betreft voldoet aan de eisen van redelijkheid en billijk-

120. Art. 626, derde lid, Rv.

121. Art. 84, tweede lid, Sv.

122. Art. 626 Rv.

123. Art. 626, eerste lid, Rv.

124. Cleveringa, a.w. (noot 27), p. 1363 versus Zonderland a.w. (noot 120), p. 330.

125. Dit criterium houdt een nadere nuancering in van de visie van Cleveringa, a.w. (noot 27), p. 1364/1365.

126. Art. 626, tweede lid, Rv.

127. Art. 178, in samenhang met art. 84, tweede lid, Sr.

128. Art. 364, eerste lid, in samenhang met art. 84, tweede lid, Sr.

129. Art. 649 Rv.

130. Art. 649, tiende lid, Rv.

heid, waarnaar de overeenkomst moet worden ten uitvoer gelegd¹³¹. Met andere woorden, ernstige gebreken van het bindende advies kunnen meebrengen dat de wederpartij niet te goeder trouw aan het advies gebonden mag worden geacht.

2.3.11. Het verbod van omkoping

De persoonlijke onafhankelijkheid van de rechter wordt ook gewaarborgd door het strafrechtelijke verbod van omkoping¹³². Zoals later zal blijken, ontbreken in onze constitutie bepalingen waaruit rechtstreeks volgt dat de andere overheids machten zich niet mogen inlaten met de oordeelsvorming door de rechter. Voor de verhouding tot niet-overheidsorganen, met name partijen betrokken bij een proces geeft artikel 178 van het Wetboek van Strafrecht een norm. In het eerste lid is omkoping van en rechter in het algemeen strafbaar gesteld. Heeft de gift of de belofte tot oogmerk een veroordeling in een strafzaak te verkrijgen, dan geeft het tweede lid van deze bepaling een zwaardere strafbedreiging. In het verlengde van deze verbodsbepalingen, is tegen de rechter die een gift of belofte aanneemt in de wetenschap dat gepoogd wordt hem te beïnvloeden, straf bedreigd¹³³.

2.3.12. De eed of de belofte

Bij de aanvaarding van het ambt legt de rechter een eed of belofte af, die hoofdzakelijk met het oog op de rechterlijke onafhankelijkheid waarde heeft. De rechter zegt toe trouw te zullen zijn aan de Koning en de Grondwet te zullen onderhouden. De trouw aan de Koning heeft een historische wortel. De Koning personifieerde de eenheid van de constitutionele rechtsorde. Het past meer in deze tijd, en in de Grondwet 1983¹³⁴, de rechter geen trouw aan de Koning te laten beloven; volstaan kan worden met trouw aan de Grondwet.

Voorts legt de rechter de zuiveringseed af en zegt de rechter toe dat hij zijn post met eerlijkheid, nauwgezetheid en onzijdigheid, zonder aanzien van personen zal waarnemen en zich zal gedragen zoals een eerlijke rechterlijke ambtenaar betaamt¹³⁵.

2.3.13. Toezicht op rechterlijk handelen

Met de invoering van de Wet Nationale ombudsman en de daarbij horende wijziging van een aantal wetten, is ook ten aanzien van rechters toezicht op hun han-

131. Zonderland, a.w. (noot 119), p. 342 e.v.

132. Kortheidshalve wordt hier over omkoping gesproken, terwijl de wet een ruimere formulering kent: een gift of belofte doen met het oogmerk om invloed uit te oefenen.

133. Art. 364 Sv.

134. In art. 49 Grondwet is bepaald, dat ministers en staatssecretarissen, die in een rechtstreekse constitutioneelrechtelijke rechtsbetrekking staan tot het staats-hoofd, slechts trouw aan de Grondwet beloven. In het oude art. 86, Grondwet 1972, kwam nog wel trouw aan de Koning voor.

135. Tussen de onderscheiden wettelijke teksten komen enige verschillen voor. Art. 13 Wet op de Raad van State kent een afwijkende eedsformule.

delen -tenzij het een rechterlijke beslissing betreft- mogelijk geworden. In dat geval treedt echter niet de Nationale ombudsman op, maar de Hoge Raad voor de meeste rechterlijke colleges en de Raad van State. Gedacht kan bij voorbeeld worden aan lange wachttijden op de zittingsdag. Dit toezicht op het rechterlijke handelen heeft geen negatieve invloed op de rechterlijke onafhankelijkheid, te meer daar het toezicht door een andere onafhankelijke rechter wordt uitgeoefend.

Dit neemt echter niet weg dat uit staatsrechtelijk oogpunt de betreffende regelingen een interessant gezichtspunt opleveren. De rechter wiens handelen onderzocht wordt, wordt in de gelegenheid gesteld te worden gehoord¹³⁶. Gelet op de strekking van het onderzoek is hier sprake van een soort verantwoordingsplicht. Aangezien bepaald is dat de rechter in de gelegenheid wordt gesteld, mag worden aangenomen, dat de rechter van die gelegenheid geen gebruik hoeft te maken. In zoverre is er sprake van een verantwoordingsplicht in afgezwakte vorm.

Ten aanzien van rechters -met uitzondering van de leden van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State- kan door de president of voorzitter van het college waartoe hij behoort toezicht worden uitgeoefend¹³⁷. Art. 14 van de Wet op de rechterlijke organisatie bepaalt dat waarschuwingen mogen worden gegeven, nadat de betreffende rechter is gehoord. Deze waarschuwing kan volgen wanneer deze de waardigheid van het ambt, ambtsbezigheden of ambtsplichten verwaarlozen, of zich in gesprek inlaten met partijen, of haar advocaten, procureurs of gemachtigden of enige bijzondere inlichting of schriftelijk stuk van hen aannemen¹³⁸.

Het toezicht op leden van de rechterlijke macht mag blijkens het bepaalde in artikel 116, vierde lid, van de Grondwet alleen aan leden van de rechterlijke macht opgedragen worden. Bovendien dient de wet dit toezicht te regelen. Gelet op de gekozen terminologie is delegatie toegestaan, hetgeen uit het oogpunt van de rechterlijke onafhankelijkheid minder gewenst is. De Grondwet laat ten onrechte de mogelijkheid open dat toezicht op gerechten, niet tot de rechterlijke macht behorend, niet aan een onafhankelijke rechter wordt opgedragen.

Ten slotte wordt hier nog genoemd de bemoeienis met de werkwijze van rechters die kan voortvloeien uit de controle door de Algemene Rekenkamer. Bij het uitbrengen van rapporten en adviezen kan, gelet op de algemene taakstelling van dit overheidsorgaan, mede aandacht geschonken worden aan de rechterlijke macht. De aard van de rapportage van de Algemene Rekenkamer brengt mee dat moeilijk valt in te zien op welke wijze de rechterlijke onafhankelijkheid zou worden aangetast.

2.3.14. De interne organisatie van gerechten

Individuele rechters maken deel uit van de organisatie van het gerecht waarin zij zijn benoemd. De attributie van rechtsmacht vindt plaats ten gunste van de

136. Art. 14d, eerste lid Wet op de rechterlijke organisatie.

137. Zie bij voorbeeld art. 11 Wet Arbo, artt. 16 en 17 Beroepswet en art. 9 Ambtenarenwet 1929. Zie voor de Raad van State art. 36 e.v. Wet op de Raad van State.

138. Art. 11, onder d, ten derde, Wet op de rechterlijke organisatie.

gerechten en niet ten gunste van individuele rechters. De interne organisatie van gerechten is bepalend voor de vraag welke rechter uiteindelijk in welke zaak zit. Deze interne organisatie betreft met name de verdeling van de zaken en het rooster per kamer. Gerechten die niet met afzonderlijke kamers werken kunnen bij voorbeeld werken met een systeem waarbij de instroom van zaken over rechters verdeeld wordt.

De vraag die hierbij rijst, is of er een objectieve taakverdeling moet zijn, of dat ad hoc beslist wordt (of kan worden) welke rechter welke zaak behandelt. In de Bondsrepubliek Duitsland geldt zeer strikt het vereiste van een objectieve ordening. Uit het ius de non evocando leidt men af dat de norm betreffende de "wettelijke rechter" impliceert dat de persoon van de rechter die een geschil moet beslechten door een algemene regeling wordt aangewezen¹³⁹. In Nederland bestaat op dit punt geen literatuur. In een later te bespreken zaak heeft het Europese Hof voor de Rechten van de mens deze kwestie wel aangeroerd, overigens zonder tot een oordeel te komen¹⁴⁰.

In Nederland is niet steeds sprake van een objectieve verdeling¹⁴¹. Hoe moet het ontbreken van een objectieve taakverdeling uit het oogpunt van rechterlijke onafhankelijkheid gewaardeerd worden? Enerzijds is het ongewenst wanneer een rechter de zaken die hij behandelt, zelf uitzoekt. Niet is uitgesloten dat soms on-eigenlijke motieven bij de keuze een rol kunnen spelen. De rechter moet zonder aanzien des persoons en onbevooroordeeld rechtspreken. Uit dit oogpunt moet de voorkeur gegeven worden aan een objectieve taakverdeling. In sommige rechtsgebieden kan dit zelfs zeer gewenst zijn. Te denken valt aan de rechtspraak van de president in kort geding. Hij is unus en mede gelet op de aard van de voorgelegde geschillen kan zijn rechtspraak een sterk persoonlijk karakter dragen. Wanneer niet een objectieve taakverdeling op de binnenkomende zaken voor de verdeling over de president en de vice-presidenten wordt toegepast, kan de onafhankelijkheid van de rechtspraak in gevaar komen.

Anderzijds kan uit het oogpunt van efficiency en optimaal gebruik van aanwezige deskundigheid de toedeling ad hoc van zaken aan een bepaalde rechter of kamer gewenst zijn. Met een strikte objectieve taakverdeling zou dit niet mogelijk zijn. Wellicht moet daarom de voorkeur worden gegeven aan een geobjectiverde toedeling, met dien verstande dat afwijking mogelijk is mits voldoende waarborgen voor onafhankelijkheid blijven bestaan.

Voor met name de gerechten van de gewone rechterlijke macht gelden reglementen van orde die de interne organisatie bepalen. In artikel 19 van de Wet op de rechterlijke organisatie is aan de regering de bevoegdheid gedelegeerd de orde van de inwendige dienst te bepalen. Bij Reglement I¹⁴² is een voor alle gerechten

139. Maunz-Dürig, Grundgesetz Kommentar, München (losbladig), nr. 43 e.v. bij art. 101, Zie ook par. 3.3.9. e.v.

140. Zie par. 2.5.1.

141. A.F.M. Brenninkmeijer, Het ius de non evocando, in Grondrechten, commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet, Nijmegen 1982, p. 366.

142. K.B. van 14 september 1834, laatstelijk gewijzigd bij K.B. van 28 september 1972 (Stb. 507)

geldend reglement van orde vastgesteld. Bovendien vloeit uit dit reglement voort dat de Minister van Justitie belast is met de aanwijzing van leden in enkelvoudige kamers¹⁴³. De vaststelling van de zogenaamde bijzondere reglementen van orde (zittingsrooster)¹⁴⁴ is aan ministeriële goedkeuring onderworpen.

Bovendien is terzake van de inrichting van de bijzondere kamers bij de gerechtshoven (belastingkamers, V.I.-kamer, de ondernemingskamer) aan de Minister van Justitie de bevoegdheid gegeven om overeenkomstig bij koninklijk besluit te stellen regels de kamers te bezetten en te vormen¹⁴⁵. Zo is in artikel 21d van Reglement I bepaald dat de regering de leden van de belastingkamer aanwijst "De aanwijzing van de leden geschiedt zoveel mogelijk voor de volgende vier jaren..." Er zijn geen waarborgen tegen de weigering tot hernieuwde aanwijzing van een onwelgevallige raadsheer.

De aanwijzing van leden van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State geschiedt voor het leven¹⁴⁶.

Geconstateerd kan worden dat de Minister van Justitie ten aanzien van de organisatie van sommige gerechten een belangrijke invloed heeft. De vierjaarlijkse aanwijzing van de leden van de belastingkamers van de gerechtshoven door de uitvoerende macht is in strijd met de onafhankelijkheid van de rechter.

2.3.15. Noodrecht

Welbekend is de uitspraak van de burgemeester van Maurik, die een zwart-handelaar in februari 1945 een boete oplegde en deze inde¹⁴⁷. Aan de bestaande noodtoestand op dat tijdstip in de gemeente Maurik kon de burgemeester de bevoegdheid ontleen op te treden in "noodrechtspraak"¹⁴⁸. De Hoge Raad sanctioneerde de genomen maatregel "welke zich aan een qualificatie naar de begrippen van het gewone recht onttrekt".

Er kunnen zich situaties voordoen waarin de gewone rechtspleging verstoord is. Sinds 1964 is de Noodwet rechtspleging van kracht waarin voor gevallen van oorlog, oorlogsgevaar en daarmee verwante of daarmee verband houdende buitengewone omstandigheden bijzondere bevoegdheden aan de regering zijn gegeven. Deze bevoegdheden strekken ertoe dat onder genoemde omstandigheden de rechtspleging zoveel mogelijk door onafhankelijke rechters kan worden verricht. In het bijzonder is voorzien in de ambtsvervulling door andere rechters dan die bij een college benoemd zijn¹⁴⁹. Ook is voorzien in een regeling, waarbij leden van het openbare ministerie door rechters kunnen worden vervangen¹⁵⁰.

Deze Noodwet rechtspleging biedt weliswaar geen soelaas voor de casus zoals die zich in bovengenoemd arrest voordeed, doch mag zeker gelden als een waarborg

143. Art. 21a e.v. Reglement I.

144. Art. 27 Reglement I.

145. Artt. 71, 72 en 73 Wet op de rechterlijke organisatie.

146. Art. 65, tweede lid, Wet op de Raad van State.

147. HR 15 februari 1952, NJ 1953, 52.

148. Aldus A.G. Berger.

149. Artt. 4 en 5 Noodwet rechtspleging.

150. Art. 6 Noodwet rechtspleging.

voor onafhankelijke geschillenbeslechting. Noodsituaties kunnen aanleiding geven tot een beperking van de toegang tot de rechter. In het vijfde hoofdstuk wordt hierop nader ingegaan.

2.4. De waarborgen voor de zakelijke onafhankelijkheid van de rechter

Eerder is gesteld dat de zakelijke onafhankelijkheid als uitvloeisel van de persoonlijke onafhankelijkheid de waarborgen omvat voor de zelfstandige uitoefening door de rechter van zijn functie. Het gaat daarbij om de waarborgen die meer direct de onafhankelijke oordeelsvorming door de rechter zeker kunnen stellen. Als uitgangspunt van onderzoek kan de eerder aangehaalde norm uit het constitutionele recht van de Bondsrepubliek Duitsland dienen:

"Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen".

Twee elementen zijn in deze rechtsnorm begrepen. In de eerste plaats geldt dat de rechter slechts aan de wet onderworpen is, dat wil a contrario zeggen: niet aan enige andere staatsmacht als zodanig. In de tweede plaats sluit de zakelijke onafhankelijkheid van de rechter niet uit, dat deze gebonden is aan de normstelling binnen de rechtsorde.

In het Nederlandse recht is geen uitdrukkelijke bepaling te vinden waarin het de andere staatsmachten verboden is zich bezig te houden met de taakvervulling door de rechter. Daartegenover staat dat noch de wetgevende macht noch de uitvoerende macht de bevoegdheid heeft zich direct met de rechtspleging in te laten. Bij het ontbreken van deze bevoegdheid is de rechtspleging vrij van de andere staatsmachten.

Hieronder zal eerst nagegaan worden welke de plaats is van de rechter in onze constitutionele rechtsorde. Daarna zal onderzocht worden in hoeverre de rechter ondanks zijn zakelijke onafhankelijkheid toch gebonden is.

2.4.1. De rechter als onafhankelijk overheidsorgaan

"De rechter" vormt in Nederland een zeer ingewikkeld organencomplex. Vele rechterlijke colleges hebben ieder een zekere rechtsmacht toebedeeld gekregen. Ten aanzien van de uitoefening van deze rechtsmacht zijn deze niet onderworpen aan de in ons constitutionele recht bestaande beïnvloedingsmogelijkheden, ambtelijke hiërarchie¹⁵¹, de bevoegdheid om aanwijzingen te geven¹⁵², politieke verantwoordingsplicht¹⁵³, vertrouwensregel¹⁵⁴, ontslagrecht¹⁵⁵, de verplichting tot samenwerking¹⁵⁶, toezicht, met name goedkeuring, aanwijzingen, spontane vernietiging en

151. Art. 44, eerste lid, Grondwet.

152. Art. 46, tweede lid, Grondwet.

153. Art. 68 Grondwet.

154. Ongeschreven staatsrecht.

155. Idem, in samenhang met art. 48 Grondwet.

156. Art. 45, derde lid, Grondwet, alsmede die ingevolge art. 81 Grondwet tussen regering en parlement terzake van wetgeving in formele zin. De samenwerking in raadkamer is van een andere orde, omdat deze tot het rechterlijke college beperkt blijft.

administratief beroep¹⁵⁷.

Volgens Duynstee is voor de rechterlijke onafhankelijkheid essentieel dat op basis van de constitutie een machtenscheiding is doorgevoerd en dat er sprake is van attributie van rechtsmacht aan de rechters¹⁵⁸. Zowel onder de oude Grondwet¹⁵⁹ als onder de herziene Grondwet van 1983 is het punt van de attributie van rechtsmacht gebrekkig geregeld. Een probleem hierbij vormt de vraag of de beslechting van geschillen in het administratieve recht mede onder de machtenscheiding begrepen is. In de Nederlandse Grondwet is dat niet zo eenduidig beslist. In de artikelen 112 en 113 van de Grondwet is de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en schuldvorderingen en de berechting van strafbare feiten bij uitsluiting aan de rechterlijke macht opgedragen. Ten aanzien van geschillen die niet uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan, is echter bepaald dat de rechterlijke macht of andere gerechten bevoegd kunnen worden verklaard tot oordelen¹⁶⁰. Daarnaast is echter toegevoegd, dat deze geschillen aan administratief beroep onderworpen kunnen worden¹⁶¹.

Kernpunt is dat terzake van geschillen die niet uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan, aldus geen attributie van rechtsmacht aan een onafhankelijke rechter imperatief is voorgeschreven¹⁶². De grondwetgever volstaat met het noemen van mogelijkheden waaruit de gewone wetgever vrije keuze heeft.

Slechts ten aanzien van geschillen over burgerlijke rechten en schuldvorderingen en de berechting van strafbare feiten heeft de constitutie een zelfstandige (rechterlijke)macht geconstitueerd. Er valt dan ook voor de geschillenbeslechting als zodanig in onze rechtsorde niet te zeggen, dat er attributie van rechtsmacht aan een onafhankelijke rechter heeft plaatsgevonden.

Opmerkelijk is dat de onafhankelijkheid van de rechter in onze constitutie slechts in het vereiste van benoeming voor het leven tot uitdrukking komt. Voorts blijkt uit de Grondwet in haar geheel dat de overige staatsmachten geen bevoegdheden toekomen ten aanzien van de inhoudelijke taakvervulling door de rechter. Strikt genomen sluit de Grondwet niet uit dat de wetgever de zakelijke onafhankelijkheid van de rechter zou trachten te beïnvloeden. In het geval de wetgever hier toe zou komen zou men een beroep moeten doen op "het systeem van de Grondwet"

157. In administratief beroep, beslist het beroepsorgaan in plaats van het primair beslissende orgaan. Daarin komt toezicht tot uitdrukking: Brenninkmeijer a.w. (noot 15), p. 152.

158. Duynstee, a.w. (noot 1), p. 39 e.v.

159. De discussie over de strekking van art. 167 Grondwet 1972 heeft tot het einde aangehouden, vgl. Roos, a.w. (noot 18).

160. Art. 112, tweede lid, Grondwet.

161. Art. 115.

162. Het begrip rechterlijke macht in de Grondwet -waaraan de rechterlijke onafhankelijkheid is verbonden- krijgt inhoud doordat bij wet aangegeven wordt welke gerechten daartoe behoren: art. 116, eerste lid.

of andere nauwelijks normatieve noties¹⁶³, om een dergelijke inbreuk in strijd met de Grondwet te oordelen.

Een optimale grondwettelijke garantie van onafhankelijke rechtspraak zou moeten inhouden de *instelling (of opdracht daartoe)* van een afzonderlijke staatsmacht, die de rechtsprekende functie krijgt geattribueerd (of een opdracht daartoe) en het verbod aan de overige staatsmachten zich in te laten met de rechtspleging.

2.4.2. De bevoegdheid van de rechter

In het Nederlandse recht berust de bevoegdheid van de rechterlijke colleges op de gewone wet. Het is hier niet de plaats om in te gaan op deze regelingen, hier wordt slechts aangegeven welke betekenis deze hebben als waarborg voor de zakelijke onafhankelijkheid.

De bevoegdheid van de rechter, zoals die bij voorbeeld in artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie is neergelegd, geeft -behoudens wijziging door de wetgever in formele zin- het werkgebied van de gewone rechter aan. Daarmee is de bevoegdheid van deze rechter in een algemeen geldende regeling vastgelegd en deze bevoegdheid kan niet door handelingen van het bestuur of besluiten van het parlement en/of de regering -anders dan bij wet in formele zin- worden aangetast.

In samenhang hiermee moet de essentiële vraag gesteld worden, wie bevoegd is interpretatievragen met betrekking tot de rechterlijke bevoegdheid te beantwoorden; de zogenaamde "Kompetenz-Kompetenz". In het Nederlandse staatsrecht geldt als uitgangspunt dat de rechter zelf beslist over zijn bevoegdheid. In historisch perspectief springt het omstreden Conflictenbesluit van 1815 in het oog. De bevoegdheid van de provinciale Gouverneur om een conflict van attributie op te werpen indien de overheid partij was in een geding, leidde tot "Kompetenz-Kompetenz" van de Koning¹⁶⁴. Sinds de intrekking van het Conflictenbesluit heeft zich een praktijk ontwikkeld waarin de gewone rechter de eigen bevoegdheid bepaalt. De jurisprudentie met betrekking tot de onrechtmatige overheidsdaad op basis van artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie toont het grote belang van de eigen interpretatie van deze bepaling door de Hoge Raad. Terwijl het wetgevingsproces ter zake van de rechtsbescherming van de burger tegen de overheid stokte¹⁶⁵, heeft de gewone rechter wegen gevonden om aan de behoefte aan rechtsbescherming bij de burger tegemoet te komen.

Opmerkelijk is hierbij in de eerste plaats dat de gewone rechter een zeer

163. Vgl. de wijze waarop Duynstee (a.w. noot 1, p. 43) tot zakelijke onafhankelijkheid van de rechter komt. Hij stelt (p. 40) dat het leerstuk van de scheiding der machten (een vage notie als door mij bedoeld, A.B.) op zichzelf genomen vele onduidelijkheden kent, maar dat vele van deze problemen verdwijnen of verminderen, doordat de grondwettelijke attributies nopen tot precisering van het leerstuk juist ter zake van rechtspraak. De normen die volgens Duynstee de inhoud van de zakelijke onafhankelijkheid bepalen hebben -voor zover uit zijn tekst blijkt- geen grondslag in ons constitutionele recht.

164. A.F.M. Brenninkmeijer, a.w. (noot 141), p. 347 e.v.

165. Donner, a.w. (noot 17), p. 346.

ruime uitleg heeft gegeven aan deze bepaling. In de tweede plaats kan worden vastgesteld dat door de belangrijke invloed van het jurisprudentierecht op deze rechtsnorm de wetgever vrijwel geen ruimte heeft om sturend op te treden. Hoewel bevoegd daartoe, is het moeilijk denkbaar dat de wetgever deze bepaling zou wijzigen. Dit vloeit voort uit het feit dat het vrijwel onmogelijk is om op een verantwoorde wijze bij wet wijziging aan te brengen in dit jurisprudentierecht.

In het Nederlandse recht worden negatieve competentieconflicten door de ruime uitleg van artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie veelal voorkomen. De Hoge Raad heeft als uitgangspunt gekozen dat ieder geschil -wat ook de aard van de onderliggende rechtsverhouding moge zijn- onder de bevoegdheid van de gewone rechter kan vallen. Voor zover een rechtsgang met voldoende waarborgen omkleed is, treedt de gewone rechter terug door de vordering niet-ontvankelijk te oordelen. Langs deze weg oefent primair de Hoge Raad de "Kompetenz-Kompetenz" uit, terwijl voorts ieder gerecht met bijzondere rechtsmacht bekleed zijn eigen competentie kan bepalen; een uitleg die door de Hoge Raad gerespecteerd wordt. In deze jurisprudentie zit één zwak punt, te weten de houding die de Hoge Raad ten aanzien van het beroep op de Kroon heeft ingenomen. De Hoge Raad heeft immers het beroep op de Kroon als een rechtsgang met voldoende waarborgen omkleed beoordeeld, terwijl dit uit het oogpunt van artikel 6 van het Europees Verdrag niet juist is gebleken¹⁶⁶.

2.4.3. De binding van de rechter aan het recht

De binding van de rechter aan het recht vormt een complex probleem, waarvan op deze plaats slechts die aspecten aan de orde komen die relevant zijn voor de directe waarborgen voor onafhankelijke rechtspraak.

Zoals eerder gememoreerd is, komt de zakelijke onafhankelijkheid van de rechter in het Grundgesetz van de Bondsrepubliek Duitsland tot uitdrukking in de norm, dat de rechter slechts aan de wet onderworpen is. Aan het begrip wet moet een ruime betekenis gegeven worden¹⁶⁷. Onder verwijzing naar artikel 20, derde lid, Grundgesetz (machtscheiding) wordt aangenomen, dat de rechter aan wet en recht gebonden is. In artikel 1, derde lid, Grundgesetz zijn de grondrechten als "unmittelbar geltendes Recht" voor onder meer de rechter genoemd. In deze regelgeving komen twee grondgedachten tot uitdrukking¹⁶⁸. Enerzijds is de rechter onafhankelijk, anderzijds is de rechter gebonden aan het recht. Beide grondgedachten gaan terug op de trias politica. Het is immers niet zo dat de machtscheiding een driedeling van de staatsmacht beoogde op een zodanige wijze dat de overheidsorganisatie uiteen zou vallen en niet meer zou kunnen functioneren. De binding van de

166. Zaak Benthem, Europees Hof voor de Rechten van de mens, 23 oktober 1985, AB 1986, I, met noot E.M.H. Hirsch Ballin; W. Konijnenbelt, Afsluiting: de gevolgen van het arrest-Benthem, in: Kroonberoep en artikel 6 ECRM, Deventer 1986, p. 61 e.v.

167. Maunz, a.w. (noot 139), nr. 5 bij art 97.

168. Maunz, a.w. (noot 139), nr. 13 bij art. 97.

rechter aan de wet vormde juist ook bij Montesquieu een belangrijk uitgangspunt¹⁶⁹. De wijze waarop de drie staatsmachten tot samenwerking komen en in onderlinge onafhankelijkheid functioneren, kan verschillen per overheidsmacht. De verhouding tussen de wetgevende en de uitvoerende macht heeft invulling gekregen door de ministeriële verantwoordelijkheid, het parlementaire stelsel en de noodzaak tot samenwerking bij wetgeving. De meeste beïnvloedingsmogelijkheden die in het staatsrecht toegepast kunnen worden, verdragen zich niet met de specifieke aard van de rechterlijke onafhankelijkheid. Slechts de binding van de rechter aan het recht heeft de juiste uitwerking: de rechter kan onafhankelijk de rechtmatigheid in geschil beoordelen binnen het raamwerk van de rechtsorde waarin hij functioneert.

De binding van de rechter aan het recht blijft niet beperkt tot de binding aan algemene rechtsnormen. Daargelaten het feit, dat bij uitzondering de wet in formele zin geen algemene normstelling behoeft in te houden, kunnen in principe alle rechtsgeldig tot stand gekomen rechtshandelingen de rechter binden. Daarbij moeten twee aspecten van de binding aan het recht onderscheiden worden: de toetsing van de rechtsgeldigheid van rechtshandelingen en de toepassing ervan. De rechter is veelal bevoegd de rechtsgeldigheid van een rechtshandeling te beoordelen. Is de rechtshandeling als zodanig voorwerp van geschil, dan ligt dit voor de hand. Een aantal rechtshandelingen is onttrokken aan het oordeel van de rechter: te denken valt aan de wet in formele zin en verdragen voor wat betreft de grondwettigheid ervan¹⁷⁰. De rechter kan echter ook anders dan door deze toetsingsverboden afgehouden worden van een rechtmatigheidsoordeel over bepaalde rechtshandelingen. Te denken valt aan een niet in een geschil betrokken overeenkomst of een overheidsbeschikking die niet meer aantastbaar is en dus formele rechtskracht heeft¹⁷¹. De binding van de rechter aan het recht betekent niet dat de rechter zonder meer aan iedere rechtshandeling gebonden is. Voor zover de rechter tot toetsing bevoegd is kan hij rechtshandelingen vernietigen, buiten toepassing laten enzovoort.

De binding van de rechter aan het recht houdt derhalve in de binding aan door hem rechtsgeldig bevonden rechtsnormen en aan rechtsnormen waarover de rechter onbevoegd is een rechtmatigheidsoordeel te geven.

Ten overvloede: de rechter is niet alleen gebonden aan rechtsnormen, maar ook aan feiten. Zowel in het administratieve als in het strafproces dient de rechter de materiële waarheid als uitgangspunt voor zijn oordeelsvorming te nemen. Deze feiten zijn deels van algemene bekendheid en deels vormen zij voorwerp van oordeelsvorming op grond van de te hanteren bewijsregels. Uitzondering op dit uitgangspunt vormt het burgerlijke proces voor zover de rechter daar niet gehouden is aan de objectieve waarheid, doch datgene wat partijen hem voorleggen.

169. Zie noot 24.

170. Art. 120 Grondwet.

171. Vgl. J.G. Steenbeek, Rechtshandelingen en rechtsgevolg in het staats en administratief recht, Utrecht 1958, p. 69; F.H. van der Burg, Formele rechtskracht, vertrouwensbeginsel en derde-beroep, in: Een stellig annotator, Zwolle 1982, p. 1 e.v.

2.4.4. De binding van de rechter aan bestuursbeleid

De abstracte formulering uit de vorige paragraaf behoeft een nadere invulling ten aanzien van het bestuursbeleid. Vastgesteld is dat de binding van de rechter verder gaat dan binding aan algemene rechtsnormen. In het bestek van de trias politica zou binding aan slechts algemene rechtsnormen goed uitkomen: de onafhankelijkheid van de rechter is immers beter gewaarborgd wanneer slechts algemene rechtsnormen afkomstig van de wetgevende macht het rechterlijk handelen bepalen. De eerste inbreuk hierop wordt gevormd door het feit dat de wetgever in het bestuursrecht meestal het bestuur zelf is¹⁷². Daarbij kan het gaan om gedelegeerde wetgeving, autonome wetgeving en om pseudowetgeving.

Aangezien pseudowetgeving als wetgeving geen rechtsgrond heeft, is de rechter noch gehouden noch bevoegd regels van pseudowetgeving zonder meer als verbindende rechtsnormen te aanvaarden. De rechter verlangt meestal van het bestuur, dat wanneer op basis van pseudowetgeving in een concreet geval wordt beslist, wordt nagegaan of er in dit bijzondere geval redenen waren van de pseudowetgeving af te wijken¹⁷³. Langs deze weg kan de rechter tot het oordeel komen dat een beschikking die in overeenstemming met pseudowetgeving is, toch onrechtmatig is, zonder de pseudowetgeving als zodanig te toetsen. Bovendien kan de rechter van oordeel zijn dat de nadere nummering in pseudowetgeving als zodanig onrechtmatig is, omdat er bij voorbeeld sprake is van willekeur.

Een tweede probleem ten aanzien van de binding van de rechter aan algemene rechtsnormen komt voor wanneer de wetgever in de algemene normstelling ruimte creëert voor bestuursbeleid. Wanneer algemene rechtsnormen stipuleren dat aan het bestuur een beleidsvrijheid toekomt kan -voor het geval geen pseudowetgeving wordt gesteld ter invulling daarvan- de uiteindelijke bestuursbeslissing op basis van deze vrijheid belangrijke nummerende werking hebben. Anders gezegd: de inhoud van de rechtsbetrekking wordt in belangrijke mate door het bestuur bepaald, zonder dat de algemene normstelling daarop -anders dan kaderstellend- invloed heeft. Wordt de rechter geroepen over een beslissing die gebaseerd is op vrij bestuursbeleid een rechtmatigheidsoordeel te geven, dan is de rechter in principe aan dat bestuursbeleid gebonden. Het bestuursbeleid wordt slechts beperkt door het kader dat door de wetgeving getrokken is en door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur¹⁷⁴.

172. Vooralsnog wordt hier gebruik gemaakt van de algemeen gebruikelijke terminologie: wetgevende en uitvoerende macht, of wetgever en bestuur. Later zal blijken dat er sprake is van een fusie tussen deze beide staatsmachten. Dan zal gesproken worden van "het democratische bestuur", zie par. 4.3.16.

173. J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht*, Deventer 1983, p. 195 e.v.

174. Hirsch Ballin, a.w. (noot 30), en idem, *Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse administratieve recht*, *Handelingen N.J.V.* 1983, deel I, tweede stuk, p. 53 e.v. Te denken valt aan het beleid van bedrijfsverenigingen en het GAK bij de gebruikmaking van de zogenaamde matigingsbevoegdheid bij uitsluiting van uitkering op grond van art. 31, tweede lid, Werkloosheidswet. Tussen uitvoeringsorganen kunnen aanzienlijke verschillen in beleid ontstaan. de rechter is daaraan gebonden.

2.4.5. De binding van de rechter aan uitspraken van rechters

"In onze staatsrechtelijke opvattingen en regelingen is elke rechter onafhankelijk ook ten opzichte van andere rechters, ook de rechters in appèl en cassatie", stelt Duynstee¹⁷⁵. In principe is deze uitspraak juist, doch zij behoeft wel nuancering.

Er zijn vele gevallen waarin een rechter gebonden is aan de uitspraak van een andere rechter. Hierboven is de binding van de rechter aan rechtshandelingen in het algemeen aangegeven. Onder deze rechtshandelingen vallen mede rechterlijke uitspraken. Onderscheid moet echter worden gemaakt tussen twee elementen van de uitspraak van een rechter. In de eerste plaats het complex van overwegingen dat ten grondslag ligt aan de uitspraak, en in de tweede plaats het dictum.

De overwegingen die een rechter tot zijn rechtsoordeel hebben gebracht binden een andere rechter niet. De administratieve rechter kan een feit bewezen achten, terwijl de strafrechter ten aanzien van hetzelfde feit tot een ander oordeel is gekomen. De burgerlijke rechter kan oordelen dat de overheid niet onrechtmatig gehandeld heeft, terwijl de administratieve rechter tot een vernietiging van een overheidsbeschikking is gekomen. Het dictum vormt in principe voor iedere andere rechter een bindend gegeven. Uitzondering vormt de uitspraak van de burgerlijke rechter voor zover die slechts werking tussen partijen heeft¹⁷⁶. Heeft de strafrechter een vrijspraak uitgesproken, dan mag geen andere rechter uitgaan van een veroordeling. Verbindt de wet aan de veroordeling door de strafrechter rechtsgevolgen, dan kunnen door een andere rechter slechts deze rechtsgevolgen vastgesteld worden op basis van een veroordelend strafvonnis¹⁷⁷.

De verhouding tussen hogere en lagere rechters heeft een specifieke juridische betekenis. In de eerste plaats kan worden gesteld, dat de uitspraken van rechters - zijnde rechtshandelingen - bindende werking hebben. Hogere rechters en de cassatierechter hebben echter de bevoegdheid om uitspraken van lagere rechters te vernietigen. In de tweede plaats kan de vraag gesteld worden hoe, gelet op deze bevoegdheid, de verhouding is tussen de rechterlijke colleges binnen één rechterlijke organisatie. Er is geen sprake van een hiërarchische verhouding. Hoewel de lagere rechter zakelijk onafhankelijk is, hetgeen impliceert, dat deze niet gebonden is aan de jurisprudentie van de hogere rechter of de cassatierechter, heeft deze rekening te houden met de mogelijkheid dat zijn uitspraak geen stand zal houden in hoger beroep of cassatie. De verhouding tussen hogere en lagere rechtscolleges binnen een organisatie is vergelijkbaar met de toezichtsvorm die bij decentralisatie voorkomt. Gedecentraliseerde overheden zijn niet ondergeschikt aan de hogere overheden en de centrale overheid. Decentralisatie impliceert dat op decentraal niveau

175. Duynstee, a.w. (noot 1), p. 43.

176. Het vonnis blijft echter wel een vaststaand feit.

177. Het betreft hier een uiterst ingewikkelde materie. Er zijn eventueel tussenvormen denkbaar, waarbij bij voorbeeld het ten laste gelegde feit bewezen wordt geacht, doch geen veroordeling plaatsvindt. Is de administratieve rechter of de burgerlijke rechter gehouden dit feit als vaststaande aan te nemen? Opgemerkt wordt dat het hier om het feit gaat en niet om een rechtshandeling.

zelfstandig bevoegdheden worden uitgeoefend. Deze zelfstandigheid wordt gematigd door het toezicht dat in verschillende vormen tot uitdrukking kan komen. Twee vormen zijn hier relevant voor een vergelijking met de positie van lagere rechters, het vernietigingsrecht en het administratieve beroep. In beide rechtsvormen kunnen rechtshandelingen van de lagere overheid vernietigd worden, waarbij het hogere bestuursorgaan zowel op rechtmatigheids- als op beleidsgronden de beslissing van de lagere overheid opzij zet. Ook de lagere overheden zijn niet gehouden het beleid van het toetsende overheidsorgaan in de toekomst te volgen. Het consequent negeren van het hogere beleid, leidt echter tot een aantasting van een goede vervulling van de bestuurstaak.

Het "toezicht" van de hogere rechter en de cassatierechter leidt ertoe dat het oordeel van de lagere rechter aangetast kan worden. Voorts komt in de jurisprudentie de eenheid van de rechtsontwikkeling tot uitdrukking. Hoewel de lagere rechter niet strikt gebonden is aan de jurisprudentie van de hogere rechter, is het uit het oogpunt van eenheid van de rechtspraak in Nederland ongewenst wanneer een lagere rechter deze jurisprudentie zou negeren. Dit neemt echter niet weg dat de lagere rechter een zelfstandige rechtsvindingstaak heeft en verder kan bouwen aan de bestaande jurisprudentie. Ook kan de lagere rechter een ombuiging in de jurisprudentie entameren. De lagere rechter is in mindere mate gebonden aan de jurisprudentie van de hogere rechter, zolang deze niet door de hoogste rechter bevestigd is.

Door het instituut "cassatie in het belang der wet" -voor zover dat in de wet mogelijk is gemaakt- kan het belang van de eenheid van de rechtsorde buiten de wil van partijen om gehandhaafd worden.

Bij terugverwijzing naar de lagere rechter is er zelfs sprake van een directe binding¹⁷⁸. Een zo sterke binding geldt in principe ook voor de Hoge Raad ten aanzien van de feiten, zoals door de hoogste rechter in feitelijke instantie vastgesteld¹⁷⁹.

Inzake de binding aan uitspraken van de internationale rechter springt met name de positie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in het oog. Ten aanzien van de uitleg van verdragsrecht, van handelingen van de instellingen en van de eventuele uitleg van statuten zullen de prejudiciële beslissingen de nationale rechters binden. Dit is te meer belangrijk, omdat hoogste rechters verplicht zijn een prejudiciële vraag voor te leggen indien een interpretatievraag wordt opgeworpen¹⁸⁰.

De binding aan de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de mens is juridisch zwak genormeerd, omdat de inzet van de procedure voor deze internationale rechter de verdragschending door de staat is. Deze rechter doet daarom geen rechtstreekse uitspraak over de geldigheid van de nationale rechterlijke uitspraak. Hiertegenover staat dat uit de verhoudingen voortvloeit, dat de Nederlandse rechters de jurisprudentie van het Hof zorgvuldig implementeren in het na-

178. Zie art. 423, tweede lid, Sv. en art. 424 Rv.

179. Art. 419, derde lid, Rv.

180. Art. 177 EEG-Verdrag.

tionale recht¹⁸¹.

2.5. De onafhankelijkheid van de rechter in het Europese Verdrag

Ingevolge artikel 6 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden is vereist, dat de aldaar genoemde geschillen beslecht worden door "een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie welke bij de wet is ingesteld". Welke waarborgen voor onafhankelijkheid en onpartijdigheid moeten gelden, is niet in het verdrag vastgelegd. De jurisprudentie van het Europese Hof voor de rechten van de mens zal hieraan invulling moeten geven.

Deze opzet is niet geheel zonder problemen. Stelt een klager bij voorbeeld, dat er geen onpartijdige rechterlijke instantie is geweest, omdat de rechter in kwestie een persoonlijk belang bij de zaak had, dan is het de vraag of er een inbreuk op het verdrag is gemaakt. Heeft de klager voor de nationale rechter nagelaten de rechter in kwestie te wraken -nog daargelaten de betekenis van hoger beroep en cassatie-, dan is het ongewenst dat via de weg van een procedure in Straatsburg de wraking alsnog materieel effect zou krijgen. Gecompliceerder wordt dit probleem nog, wanneer in aanmerking wordt genomen, dat gebleken partijdigheid van een rechter, nadat deze uitspraak heeft gedaan, geen effect meer kan hebben¹⁸². Is er dan sprake van schending van artikel 6 van het Europese Verdrag?

De belangrijkste vraag is daarom, of het Europese Hof de in het nationale recht vastgelegde waarborgen voor onafhankelijkheid en onpartijdigheid toetst aan artikel 6, of dat het resultaat van deze waarborgen -de wijze waarop de rechter in concreto functioneert- getoetst wordt.

In het eerste geval zou het Europese Hof kunnen volstaan met een onderzoek naar de juistheid van de nationale regeling terzake van wraking en verschoning. Biedt de regeling als zodanig voldoende waarborgen dan zou geen inbreuk op artikel 6 aangenomen kunnen worden. In het tweede geval zou het Europese Hof echter kunnen nagaan of de rechter in kwestie niet van zijn verschoningsrecht gebruik had moeten maken, en of de beoordelende rechters in het eventueel opgeworpen wrakingsgeschil tot een juist oordeel zijn gekomen. Uit dit voorbeeld blijkt dat de tweede benaderingswijze een verdergaandere strekking heeft dan de eerste. In de volgende paragraaf zal de Piersack-zaak besproken worden, waaruit een indruk verkregen kan worden van de benaderingswijze van het Europese Hof.

2.5.1. De Piersack-zaak

Piersack¹⁸³ was na een strafrechtelijke vervolging in België veroordeeld door

181. E.A. Alkema, Toepassing van de Europese Conventie voor de rechten van de mens in Nederland,, Preadvies voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle 1985, p. 29 e.v.

182. De wraking dient eerder in de procedure plaats te vinden, zie bij voorbeeld art. 33 Rv.

183. Arrest-Piersack, 1 oktober 1982, Publ. C.E.D.H. Série A, vol 53.

een rechterlijk college waarvan de president binnen hetzelfde rechtsgebied eerst lid was geweest van het openbare ministerie. Piersack stelde dat artikel 6, eerste lid, van het Europese Verdrag geschonden was, omdat de president van het hof eerder in de zaak betrokken was geweest in zijn hoedanigheid van "premier substitut du procureur du Roi".

De regering voerde aan dat niet de president persoonlijk bij de vervolging van Piersack betrokken was geweest.

Het Europese Hof maakte onderscheid tussen een objectieve en een subjectieve benadering:

"Si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti-pris, elle peut, notamment sous l'angle de l'article 6 par.1 de la Convention, s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer sous ce rapport entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure toute doute légitime"¹⁸⁴.

De feitelijke partijdigheid van de president was ontkend door klager, zodat de subjectieve benadering niet gevolgd hoefde te worden. Bij het volgen van de objectieve benadering blijft echter het Hof niet staan bij de waarborgen van de nationale wetgeving inzake incompatibiliteit van de functie van rechter en die van lid van het openbare ministerie en het feit dat deze samenloop van functies zich niet had voorgedaan. Het Hof overwoog dat ook de indruk die naar buiten kan worden gewekt van belang is:

"Il y va de la confiance que les tribunaux se doivent inspirer aux justiciables dans une société démocratique"¹⁸⁵.

Het Hof oordeelde dat er een inbreuk was gemaakt op artikel 6, eerste lid, omdat de onpartijdigheid van het college "pouvait paraître sujette à caution"¹⁸⁶.

Op grond van deze uitspraak lijkt het erop dat het Hof tendeert naar een vergaande toetsing van de onpartijdigheid en onafhankelijkheid. Het gaat erom dat daadwerkelijk onpartijdige en onafhankelijke rechtspraak heeft plaatsgevonden en dat de onpartijdigheid en onafhankelijkheid niet aan redelijke twijfel onderhevig zijn.

De jurisprudentie van het Hof is nog in volle ontwikkeling. Het is te vroeg om harde conclusies te trekken, maar het laat zich aanzien dat de toetsing door het Europese Hof van de onpartijdigheid en de onafhankelijkheid belangrijke gevolgen zal kunnen hebben. Met name dit gevolg, dat niet voldoende is dat de waarborgen in de nationale wetgeving zijn opgenomen, maar dat het erop aankomt dat deze waarborgen naar hun effect gemeten aan de eisen van artikel 6, eerste lid, voldoen.

2.5.2. Hoofdpijnen van de jurisprudentie

Hier wordt ingegaan op de belangrijkste punten uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de rechten van de mens, met name voor zover deze verschilt

184. Pag. 19.

185. Pag. 14.

186. Pag. 16.

van het Nederlandse recht ten aanzien van de onafhankelijkheid van de rechter¹⁸⁷. De waarborgen gelden in strafzaken voor iedere instantie, in burgerlijke zaken slechts voor de hoogste. De rechter behoeft niet voor het leven benoemd te worden, wanneer het ontslag (herbenoeming) niet naar willekeur mogelijk is. Deelname van leken is niet uitgesloten, zelfs indien de onpartijdigheid van individuele leken niet vaststaat. Voorwaarde is dat het college als zodanig onpartijdig is.

Het vereiste dat de rechterlijke instantie bij de wet moet zijn ingesteld is nog niet tot klaarheid gebracht. Met name de vraag in hoeverre de democratische wetgever zelf constituerend moet optreden en in hoeverre gedelegeerde wetgeving ter zake mogelijk is, staat nog open. In de eerder besproken Piersack-zaak roept het Hof een vraag op -zonder tot beantwoording ervan te komen- die voor het Nederlandse recht van bijzonder belang kan zijn. Het Hof stelt de vraag of "établi par la loi" niet slechts slaat op de wettelijke grondslag voor het bestaan van het college, maar ook op de samenstelling van de kamer in elke zaak. Zoals eerder is gememoreerd, is het in Nederland geen gebruik steeds een objectieve verdeling van de zaken binnen een college aan te houden. Bovendien heeft de Minister van Justitie bemoeienis met de samenstelling van kamers¹⁸⁸.

2.5.3. De onafhankelijke rechter in het Internationaal Verdrag

In artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten wordt het vereiste gesteld van "een bevoegde onafhankelijke en onpartijdige bij de wet ingestelde rechterlijke instantie".

Het verschil tussen artikel 6 van het Europese Verdrag en deze bepaling schuilt in de toevoeging van de bevoegdheidseis. Dat in artikel 6 een bij de wet ingestelde instantie vereist is, dekt niet alle bevoegdheidskwesties. Een "bevoegde" rechter kan om bijzondere redenen (ratione personae, ratione materiae of ratione loci) onbevoegd zijn van een bepaald geschil kennis te nemen¹⁸⁹. Voor de onafhankelijkheid van de rechter heeft deze ruimere strekking van artikel 14 ten opzichte van artikel 6 beperkte betekenis.

Op een tweetal andere punten trekt het Internationaal Verdrag wel de aandacht.

In de eerste plaats heeft artikel 14 een ruimer werkingsbereik. Zoals in hoofdstuk 3 zal worden betoogd, zou deze bepaling betrekking kunnen hebben op alle gedingen voor een rechter¹⁹⁰, zonder dat de beperkingen naar de aard van het geschil zoals die zijn vastgelegd in artikel 6 van het Europese Verdrag, van toepassing zijn. De vereisten van bevoegdheid, onafhankelijkheid, onpartijdigheid en instelling bij de wet, zouden daarom wellicht ook gelden voor alle vormen van ad-

187. Aan de hand van : Van Dijk, a.w. (noot 45), p. 299 e.v. en Handelingen Nederlandse juristenvereniging, 1983, deel I, eerste stuk, P. van Dijk, De op Nederland rustende internationale verplichtingen ter zake van een behoorlijke rechtspraak, p. 121 e.v.

188. Zie par. 2.4.15.

189. Van Dijk, Handelingen N.J.V. 1983, a.w. (noot 187), p.63.

190. Brenninkmeijer, a.w. (noot 15), p. 145 e.v.

ministratieve geschillenbeslechting door administratieve rechters.

In de tweede plaats is het territoriaal werkingsgebied van het Internationaal Verdrag veel groter. Voorts ontbreekt de toetsing door een internationaal gerecht. Het VN-comité dat, ingevolge artikel 5 van het Facultatieve Protocol behorende bij dit verdrag, ook individuele klachten kan behandelen, wordt geconfronteerd met rapporten ook uit andere staten dan de West-europese. Daarom is het begrijpelijk dat het VN-comité meer de nadruk legt op meer elementaire vereisten voor onafhankelijkheid, zoals benoemings- en ontslagprocedures¹⁹¹.

2.5.4. De onafhankelijkheid van internationale rechters

Voor de leden van het Europese Hof voor de Rechten van de mens gelden slechts beperkte waarborgen voor onafhankelijkheid: "De kandidaten moeten het hoogst mogelijk zedelijk aanzien genieten en in zich verenigen de voorwaarden welke vereist worden om de hoogste rechterlijke ambten te bekleden, of wel rechtsgeleerden zijn van erkende bekwaamheid"¹⁹².

Voorts is slechts bepaald, dat in een zaak steeds een rechter zitting heeft uit de betrokken staat. De overige van de zeven rechters worden door het lot aangewezen¹⁹³. De benoeming geschiedt voor een vaste termijn van negen jaar; ontslag is niet mogelijk, herbenoeming wel¹⁹⁴. Voorts is bepaald, dat het Hof beslist over bevoegdheidsvragen¹⁹⁵ en zijn eigen reglement vaststelt¹⁹⁶.

Ten aanzien van de Europese Commissie voor de Rechten van de mens -geen rechterlijk college, maar een essentiële schakel in de procedure- is bepaald dat de leden zitting hebben als individueel persoon¹⁹⁷. Zij worden voor een vaste periode benoemd, zijn herkiesbaar en kunnen niet worden ontslagen¹⁹⁸.

Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen wordt samengesteld "uit personen die alle waarborgen voor onafhankelijkheid bieden en aan alle gestelde eisen voldoen om in hun onderscheidene landen de hoogste rechterlijke ambten te bekleden, of die bekend staan als kundige rechtsgeleerden". De benoeming vindt plaats voor zes jaar¹⁹⁹, terwijl ontslag niet mogelijk is.

Opvallend is dat de verdragssluitende partijen de onafhankelijkheid met name gezocht hebben in het aanzien en andere kwaliteiten van de persoon die als rechter benoemd wordt.

Een lid van het VN-comité, dat ingevolge het Facultatief Protocol behorende bij het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten met de behandeling van individuele klachten kan worden belast -geen rechterlijk college-, verklaart alvorens zijn taak te aanvaarden "plechtig dat hij zich onpartijdig en

191. Van Dijk, *Handelingen N.J.V.*, 1983, a.w. (noot 187), p. 24.

192. Art. 39, derde lid, Europees Verdrag.

193. Art. 43.

194. Art. 40.

195. Art. 49.

196. Art. 55.

197. Art. 23.

198. Art. 22.

199. Art. 167 E.E.G.-Verdrag.

nauwgezet van zijn taak zal kwijten"²⁰⁰.

2.6. Wat is een onafhankelijke rechter?

Aan het slot van deze bespreking van het fenomeen "de onafhankelijke rechter" ligt het voor de hand om tot een synthese te komen. Is een definitie van het begrip onafhankelijke rechter mogelijk?

Vooropgesteld zij dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de feitelijk fungerende rechters en het gerecht als orgaan. Het recht kan een orgaan instellen en waarborgen voor onafhankelijk functioneren creëren. Of er op grond van dit juridische fundament daadwerkelijk onafhankelijke rechtspraak plaatsvindt, is niet in de eerste en enige plaats afhankelijk van de degelijkheid van dat juridische fundament. Sociale en politieke factoren, alsmede de rechtscultuur, spelen een belangrijke rol. De weg die door het Europese Hof gekozen is bij de uitleg van "een onpartijdige en onafhankelijke rechterlijke instantie, welke bij de wet is ingesteld", door namelijk te kijken naar het effect van de wijze waarop in rechtspleging wordt voorzien, is de juiste. Niet op de voorgrond staat welke waarborgen de wetgever moet scheppen, vast staat hoe het resultaat moet zijn. Dit resultaat is niet in scherpe bewoordingen te vatten.

Voorts kan worden vastgesteld dat de onafhankelijkheid van de rechter een relatief begrip is. Het heeft weinig zin uit te gaan van een absoluut en abstract begrip van onafhankelijkheid. Daarmee zou de rechter hoog in een ivoren toren gedreven worden. De rechter is werkzaam in een bepaalde rechtsorde die op zichzelf weer een aspect vormt van de maatschappelijke context waarbinnen hij functioneert. Waarschijnlijk is het juist er voorschans van uit te gaan, dat de rechter afhankelijk is van de rechtsorde en de maatschappelijke context. Binnen deze rechtsorde heeft de rechter een bijzondere zelfstandige positie, die hem in staat moet stellen zich los te maken van bepaalde invloeden: distantie. Echter geen distantie zonder meer; met maatschappelijke betrokkenheid, en zonder verblind te zijn door de individuele belangen van de bij het proces betrokkenen. De invloeden waarvan de rechter zich los dient te maken zijn op te sporen door te letten op de spanningsvelden waarbinnen hij functioneert. Te noemen vallen het spanningsveld tussen de procespartijen, het spanningsveld tussen en met andere overheidsorganen. Dit laatste spanningsveld verschilt qua vorm en intensiteit, afhankelijk van het rechtsgebied waarin de rechter functioneert. In het administratieve recht en het strafrecht bij voorbeeld vormt de onafhankelijkheid ten opzichte van de verschillende bestuursorganen respectievelijk het openbaar ministerie het belangrijkste spanningsveld.

Gebleden is dat een zeer groot aantal waarborgen voor de persoonlijke en zakelijke onafhankelijkheid van de rechter in het Nederlandse recht aan te wijzen zijn. Een omschrijving van de onafhankelijkheid van de Nederlandse rechter zou een verwijzing naar deze lijst van waarborgen kunnen inhouden. Binnen deze lijst kunnen echter een aantal hoofdcategorieën van waarborgen aangewezen worden.

200. Art. 38 Internationaal Verdrag.

Langs deze weg kan de volgende omschrijving verkregen worden.

De onafhankelijke rechter is bij wet als een zelfstandig overheidsorgaan geconstitueerd, waaraan een exclusieve rechtsprekende bevoegdheid is toegekend. Gewaarborgd dient te zijn dat de rechter tot een zelfstandige oordeelsvorming kan komen en gewaarborgd dient te zijn dat de rechter dit met voldoende onpartijdigheid doet. De rechter is gebonden aan het recht, doch heeft een eigen rechtsvormende taak.

Met deze omschrijving is één aspect van het in deze studie uit te werken onderwerp bepaald: de onafhankelijke rechter. In de volgende hoofdstukken zal de aandacht gericht worden op de kernvraag, waarom rechtssubjecten toegang tot de rechter moeten hebben. De essentie van deze vraag wordt bepaald door de bijzondere positie van de rechter in de rechtsorde. Alvorens deze stap wordt gezet zullen in de volgende paragraaf een aantal kanttekeningen bij het Nederlandse recht inzake de onafhankelijkheid van de rechter geplaatst worden.

2.6.1. Enige kanttekeningen bij het Nederlandse recht

De inventarisatie die in dit hoofdstuk heeft plaatsgevonden, maakt het mogelijk om in een terugblik enige kanttekeningen bij het Nederlandse recht te maken.

De Grondwet naar de tekst van 1983 blijkt ten aanzien van de onafhankelijkheid van de rechter slechts geringe en incomplete waarborgen te geven. De onafhankelijkheid wordt gereduceerd tot benoeming voor het leven met bijzondere regels voor ontslag. Slechts impliciet volgt uit de Grondwet dat de rechter niet ondergeschikt is aan andere staatsorganen. De exclusieve attributie van rechtsmacht omvat alleen de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en over schuldverderingen alsmede de berechting van strafbare feiten. Voor de berechting van geschillen die niet uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan, vindt expliciet geen attributie van rechtsmacht plaats. De wetgever wordt de keuze gelaten administratieve geschillenbeslechting (deels) op te dragen aan de rechterlijke macht, of aan gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren²⁰¹, of terzake administratief beroep in te stellen. Deze keuzemogelijkheid houdt een inbreuk in op de onafhankelijkheid van de rechtspraak, omdat geen exclusieve²⁰² attributie van rechtsmacht tot stand is gekomen. Voor de waarborg van onafhankelijke rechtspraak is niet voldoende dat -zoals in het Nederlandse recht- de wet in formele zin rechtsmacht attribueert. De onoverzichtelijke en onvolledige rechtsbescherming in het administratieve recht vloeit juist voort uit het ontbreken van een grondwettelijke attributie of een grondwettelijke opdracht aan de wetgever tot attributie.

Artikel 6, eerste lid, van het Europese Verdrag geeft een verdergaandere waarborg. De norm dat terzake van burgerlijke rechten en verplichtingen en bij het bepalen van de gegrondheid van een ingestelde strafvervolgung een onafhankelijke en onpartijdige bij de wet ingestelde rechterlijke instantie geadieerd moet kunnen worden, geeft het Europese Hof voor de Rechten van de mens een bruikbare toets-

201. Art. 112, tweede lid.

202. Verwezen kan worden naar artikel 167 van de Grondwet voor 1983, waarin ten aanzien van burgerlijke en strafrechtspraak attributie "bij uitsluiting" van andere staatsmachten werd voorgeschreven.

steen. Nu inmiddels gebleken is dat belangrijke delen van het administratieve recht mede onder deze norm vallen is de waarde daarvan in verhouding tot de Nederlandse Grondwet alleen maar toegenomen²⁰³. Nu in de jurisprudentie van het Hof voorts onderzocht wordt of de uitkomst van de rechtspleging aan de eisen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid voldoet, blijkt het Europese Verdrag waarborgen te geven, die in de Grondwet ontbreken.

Onze rechterlijke organisatie vormt een chaotisch geheel. Een groot aantal gerechten is georganiseerd volgens steeds andere regelingen. Hoewel de waarborgen voor onafhankelijkheid in deze regelingen voor een belangrijk deel overeenkomen, treft men steeds anders geredigeerde bepalingen aan. Nu de grondwetgever het begrip rechterlijke macht als toekomstig omvattend begrip voor de rechterlijke organisatie heeft gekozen, kan de aanbeveling worden gedaan voor deze rechterlijke macht een meer uniform organisatiepatroon te creëren. Dit kan in het kader van de door de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie voorgestane integratie van de rechtspraak plaatsvinden, of -vooruitlopend daarop- door harmonisatie van de wetgeving. Slecht op een beperkt aantal punten is het zinvol te differentiëren naar college, gelet op de bijzondere taakstelling. Het is de vraag of hiervoor niet een algemene formulering gevonden kan worden²⁰⁴.

In het licht van de Piersack-zaak vraagt de verhouding tussen de rechter en het openbaar ministerie nadere aandacht. De mogelijkheid dat binnen één rechtsgebied het ambt van rechter en officier van justitie in één persoon verenigd kan zijn, kan -ook al hoeft er in concreto geen aanleiding te zijn om te twifelen aan de onpartijdigheid- redelijke twijfel doen rijzen. Ook het introduceren van de mogelijkheid, dat taken van het openbaar ministerie door rechters worden overgenomen roept vragen op²⁰⁵.

De meeste zorg wekt de bevoegdheid van de Minister van Justitie tot bemoeienis met de rechterlijke macht. Deze zorg vloeit niet alleen voort uit de vele formele bevoegdheden van de Minister van Justitie terzake van de rechterlijke macht, maar vooral uit de omstandigheid dat ook feitelijk de afhankelijkheid van de rechter van het Ministerie van Justitie duidelijk merkbaar is. Als voorbeeld kunnen worden genoemd de bemoeienis van de minister met benoeming en selectie en vorming van rechters, de vaststelling van de reglementen van orde en de aanwijzing van leden van de belastingkamer bij het gerechtshof. Voorts wekt het zorg, dat de feitelijke bezetting van rechterlijke colleges achterblijft bij de normatieve bezetting.

In het licht hiervan moet het voorstel van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie tot vorming van een Raad voor de Magistratuur toegejuicht worden²⁰⁶. Uit het oogpunt van de onafhankelijkheid van de rechter zou een verbetering optreden wanneer dit orgaan taken van de minister zou overnemen.

203. Zaak-Bentham (zie noot 166).

204. Zoals de Staatscommissie herziening rechterlijke organisatie voorstaat, Eindrapport, deel II, a.w. (noot 97), p. 17 e.v.

205. Art. 6b Wet op de rechterlijke organisatie.

206. Eindrapport, deel II, a.w. (noot 97), p. 6 e.v.

3 DE TOEGANG TOT DE RECHTER IN HET POSITIEVE RECHT

3.1. Inleiding

Het recht op toegang tot de rechter is op een drietal codificatieniveaus vastgelegd: verdrag, grondwet en wet in formele zin (en lagere wetgeving). De wijze waarop de toegang tot de rechter is vastgelegd kan sterk verschillen. In het verdragsrecht komt de aanspraak van rechtssubjecten op behandeling van bepaalde geschillen door een onafhankelijke rechter voor. Uit deze aanspraak van rechtssubjecten vloeit voor de verdragspartijen de verplichting voort, een rechterlijke organisatie van een zekere omvang in stand te houden. In de Grondwet zoals deze in 1983 kwam te luiden, is in het hoofdstuk "Rechtspraak" voor de onderscheiden rechtsgebieden de competentie van de rechterlijke macht omschreven. Daarnaast is de mogelijkheid geopend gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren competentie te geven, dan wel administratief beroep open te stellen. Ten slotte is in de wetten in formele zin die de organisatie van de rechtspleging en het procesrecht regelen, de toegang tot de rechter uitgewerkt.

Opmerkelijk is dat het verdragsrecht de toegang tot de rechter in zekere zin als grondrecht codificeert, terwijl in de Grondwet de bevoegdheidsverdeling voorop staat: de rechter wordt geïntroduceerd als deel van onze overheidsorganisatie. In de wetten in formele zin treffen we de instelling van rechterlijke colleges, de omvang van hun bevoegdheden en de regeling van het procesrecht aan. Strikt genomen is op geen van deze codificatieniveaus rechtstreeks het recht op toegang tot de rechter uitdrukkelijk geformuleerd. Dit hangt samen met het feit dat pas recentelijk "de toegang tot de rechter" als fundamenteel aspect van de rechtsstaat afzonderlijk naar voren is gekomen. Dit geschiedde in de jurisprudentie van het Hof voor de rechten van de mens op artikel 6 van het Europees Verdrag. Het Europees Hof kwam in de zaak Golder tot het oordeel dat in artikel 6 van het Europees Verdrag het recht op toegang tot de rechter besloten ligt. Dit ondanks het ontbreken van een direct aanknopingspunt voor dit oordeel in de letterlijke tekst van de

* Zowel naar opzet als wat betreft verschillende onderdelen van de inhoud ver-
toont hoofdstuk 3 van de dissertatie van mr Ch.J. Langereis, Fiscale rechtsbescher-
ming, Deventer 1986 overeenkomst met dit hoofdstuk. Dit is daaruit te verklaren
dat mr Langereis het manuscript van dit hoofdstuk in 1984 van mij tot zijn beschik-
king heeft gekregen.

bepaling¹.

De benadering van het positieve recht vanuit de optiek van de toegang tot de rechter geeft in zoverre een enigszins vertekend beeld, dat op geen van de genoemde codificatieniveaus in algemene zin het recht op toegang tot de rechter is vastgelegd. Bij de ontwikkeling van dit recht wordt achteraf het recht op toegang tot de rechter gelezen in de bestaande rechtsnormen. Maar dat is niet alles. Het gaat er in het bijzonder om dat er een accentverschuiving plaatsvindt. Aanvankelijk lag het accent op de in de liberale rechtsstaat functionerende lijdelijke rechter. Deze had tot taak de geschillen tussen burgers te beslechten en te oordelen over de strafoplegging aan lieden die de orde in de "nachtwakersstaat" verstoord hadden. De sociale rechtsstaat bracht niet alleen een groot aantal "sociale" aanspraken van de burger tot stand, de gelijkheid van de aanspraken van alle burgers ging een belangrijkere rol spelen. Teneinde dit te effectueren dient de burger toegang tot de rechter te hebben. Deze toegang tot de rechter zelf is geen formele categorie (er is altijd wel een bevoegde rechter) maar een materiële: een aanspraak op effectieve rechtsbescherming. Onder de individuele en sociale aanspraken neemt het recht op toegang tot de rechter een bijzondere plaats in:

"Indeed, the right of effective access is increasingly recognized as being of paramount importance among the new individual and social rights, since the possession of rights is meaningless without mechanisms for their effective vindication"².

De aanspraak op effectieve rechtsbescherming vormt een onderdeel van een maatschappelijke ontwikkeling waarin enerzijds de burger aanspraken krijgt op een menswaardig bestaan en anderzijds de burger mondig wordt en zijn aanspraken ook daadwerkelijk effectueert.

Het recht op toegang tot de rechter, dat zich in deze tijd ontwikkelt tot een belangrijk hulpmiddel van de burger om zijn aanspraak op een menswaardige positie in de samenleving te effectueren, is in ons positieve recht slechts indirect, en in hoofdzaak in termen van de liberale rechtsstaat vastgelegd: er is een bevoegde, vaak lijdelijke rechter. Het recht op toegang tot de rechter omvat echter ook de aanspraak op effectieve rechtsbescherming.

In dit hoofdstuk zal eerst het begrip toegang tot de rechter nader verkend worden. Vervolgens zal voor de drie genoemde codificatieniveaus aangegeven worden op welke wijze de toegang tot de rechter is vastgelegd.

3.1.1. Verkenning van het begrip toegang tot de rechter

Op deze plaats zal een aantal elementen van het begrip toegang tot de rechter aangegeven worden die van belang zijn bij de beschrijving zoals die in de volgende paragrafen zal worden gegeven. Bovendien zal hieronder voor de onderscheiden rechtsgebieden dieper ingegaan worden op de specifieke betekenis van de toegang tot de rechter in dat rechtsgebied.

1. EHRM, 21 februari 1975, Publ.CEDH, Série A, vol. 18 (1975).

2. M. Cappelletti en B. Garth (ed.), Access to justice, Vol. I, book 1, Alphen aan den Rijn/Milaan, 1978, p.8.

Het begrip toegang tot de rechter is moeilijk te definiëren³. In strikt juridische zin betreft het recht op toegang tot de rechter de kwestie:

"that there should be a court with jurisdiction to determine the matter"⁴.

Preciezer zou men kunnen zeggen dat er een bevoegde rechter moet zijn die kennis neemt van het geschil, ofte wel een bevoegde rechter die de zaak⁵ ontvankelijk acht. Deze formeel juridische benadering is echter niet toereikend om de toegang tot de rechter als vereiste voor effectieve rechtsbescherming te formuleren. Het recht op toegang tot de rechter houdt niet alleen de formele waarborg van een bevoegde rechter in, maar tevens de aanspraak op effectieve rechtsbescherming. Voor effectieve rechtsbescherming gelden een aantal processuele randvoorwaarden, zoals bij voorbeeld rechtsbijstand.

Een zinvolle definitie van het begrip toegang tot de rechter is aan de hand van de technisch-juridische begrippen bevoegdheid en ontvankelijkheid niet goed te geven. Het is mogelijk dat een rechter zich onbevoegd acht, doch tegelijkertijd effectieve rechtsbescherming geeft. Deze situatie doet zich bij voorbeeld in Frankrijk voor wanneer de burgerlijke rechter tot het oordeel komt dat de overheid zich niet schuldig heeft gemaakt aan een "voie de fait" (een feitelijke handeling waarbij grondrechten of fundamentele rechten geschonden worden⁶) en de rechter daarom onbevoegd is. Met dit oordeel is echter tevens een oordeel over de materiële rechtsvraag gegeven⁷. Het komt ook voor dat de rechter tot het oordeel komt dat eiser in zijn vordering niet-ontvankelijk is, omdat deze de gestelde beroepstermijn heeft overschreden. Hoewel de rechter hier niet aan de materiële rechtsvraag zal toekomen, kan niet gezegd worden, dat de burger géén effectieve rechtsbescherming is geboden.

Wel is het mogelijk een materiële beschrijving te geven van hetgeen onder de toegang tot de rechter moet worden verstaan: de toegang tot de rechter houdt de mogelijkheid van effectieve rechtsbescherming door een onafhankelijke rechterlijke instantie in, en is het resultaat van het complex van rechtsregels waarbij een rechterlijke organisatie wordt geconstitueerd, procesrecht wordt vastgesteld en een regeling voor rechtsbijstand wordt gegeven.

Uitgaande van deze ruime beschrijving kan worden gesteld dat het recht op toegang tot de rechter wordt aangetast, wanneer een gevangenisdirectie een gedetineerde verhindert contact te hebben met een advocaat⁸, of wanneer er geen voorziening voor rechtsbijstand is getroffen⁹. Evenzo kan gedacht worden aan te hoge financiële drempels, te lange procedures en het ontbreken van een voorziening op

3. Cappelletti, a.w. (noot 2), p. 6.

4. Vgl. het rapport van de Commissie voor de rechten van de mens in de Kaplan-zaak, aangehaald door P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, De Europese conventie in theorie en praktijk, Nijmegen 1982, p. 286.

5. "Zaak" is hier gebruikt als vaag begrip, staande voor dat wat het openbaar ministerie of de procespartij aan de rechter voorlegt.

6. C.A.J.M. Kortmann, De Franse Republiek, in: Het bestuursrecht van de landen van de Europese Gemeenschappen, Deventer 1986, p. 169.

7. Vgl. A.F.M. Brenninkmeijer, Kernenergie, rechtsstaat en democratie, Zwolle 1983, p. 98.

8. Zie zaak Golder (noot 1).

9. Zie zaak Airey, EHRM, 9 oktober 1979, Publ. CEDH, Série A, vol. 32 (1980).

korte termijn.

In het kader van de Raad van Europa zijn door het Comité van Ministers aanbevelingen gedaan, die een indruk geven welke aspecten de toegang tot de rechter mede bepalen. Terzake van de in artikel 6 van het Europese Verdrag bedoelde geschillen zijn een vijftal nader uitgewerkte aanbevelingen gedaan¹⁰ met betrekking tot:

- informatie aan het publiek;
- vereenvoudiging van procedures;
- bespoediging van procedures;
- de kosten van de rechtsbedeling en
- bijzondere procedures.

Voor geschillen met de overheid -voor zover deze niet onder het werkbereik van artikel 6 van het Europese Verdrag vallen- is door het Comité van Ministers een vijftal principes geformuleerd¹¹:

- het recht om gehoord te worden;
- de toegang tot informatie;
- het recht op rechtsbijstand en de bevoegdheid zich te laten bijstaan in procedures;
- de aanspraak op motivering en
- de aanduiding van de rechtsmiddelen.

Hoewel deze resolutie niet rechtstreeks gericht is op het recht op toegang tot de rechter, maar op de individuele rechtsbescherming tegen overheidshandelingen in het algemeen, staan deze uitgangspunten in nauw verband met het recht op toegang tot de rechter.

Op basis van deze verkenning zal in de volgende paragrafen nagegaan worden welke onderdelen van het positieve recht een bijdrage geven tot de vormgeving van de toegang tot de rechter in de Nederlandse rechtsorde.

3.2. De toegang tot de rechter in internationaal perspectief

In de Universele Verklaring van de rechten van de mens, het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en in het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden komen bepalingen voor die relevant zijn voor de toegang tot de rechter. Hieronder zal eerst aandacht geschonken worden aan de Universele Verklaring, vervolgens komen het Internationaal Verdrag en het Europese Verdrag aan de orde. Volstaan zal worden met het aangeven van de relevante bepalingen, omdat voldoende literatuur beschikbaar is¹².

10. Recommendation No. R(81)7, of the Committee of Ministers to member states on measures facilitating access to justice, 14 mei 1981.

11. Resolutie (77) 31 van het Comité van Ministers van 28 september 1977.

12. Te noemen vallen de *Handelingen N.J.V.* 1983, van P. van Dijk (en diens in noot 4 genoemde boek), E.M.H. Hirsch Ballin, E.J. Dommering en E.P. Brucke Fock, alsmede E.A. Alkema, *Studies over Europese grondrechten*, Deventer 1978.

3.2.1. De Universele Verklaring van de rechten van de mens

De Universele Verklaring, die juridisch niet bindend is, houdt een viertal bepalingen in die van belang zijn voor de toegang tot de rechter. In de eerste plaats artikel 10:

"Een ieder heeft, in volle gelijkheid, recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie bij het vaststellen van zijn rechten en verplichtingen en bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolgung."

Het opmerkelijke van deze bepaling is dat hierin het recht op toegang tot de rechter, gelet op de aard van de onderliggende rechtsbetrekking ("rechten en verplichtingen") heel ruim is omschreven. Het gebruik van deze ruime omschrijving vraagt om nadere precisering; die is te vinden in artikel 14 van het Internationaal Verdrag.

Ten tweede wordt in artikel 8 bescherming verlangd in verband met de grondrechten:

"Een ieder heeft recht op daadwerkelijke rechtshulp van bevoegde nationale rechterlijke instanties tegen handelingen, welke in strijd zijn met grondrechten, hem toegekend bij Grondwet of wet."

Het opmerkelijke van een bepaling als deze en de voorgaande is, dat naar de letterlijke tekst een recht wordt gevestigd ("...heeft recht..."), terwijl uit het rechtskarakter van de verklaring voortvloeit, dat de Universele Verklaring niet direct rechten tot stand brengt¹³. De door artikel 8 verlangde bescherming is eerder gericht op de handhaving van de in het nationale recht erkende grondrechten.

Ten derde houdt artikel 9 een indirecte norm in terzake van de toegang tot de rechter:

"Niemand zal onderworpen worden aan willekeurige arrestatie, detentie of verbanning."

De uitsluiting van willekeur als in deze bepaling bedoeld zal bij nadere uitwerking leiden tot een beroep op de rechter (vgl. artikel 14 Internationaal Verdrag).

Ten slotte wordt artikel 6 hier aangehaald:

"Een ieder heeft, waar hij zich ook bevindt, het recht als persoon erkend te worden voor de wet."

De erkenning als persoon voor het recht vormt een belangrijke veronderstelling van het recht op toegang tot de rechter. De erkenning als rechtssubject gaat vooraf aan de toekenning van rechten. Deze bepaling komt, zoals hieronder zal blijken, ook in het Internationaal Verdrag voor, terwijl zowel in het Europese Verdrag als in ons nationale recht¹⁴ een dergelijke bepaling ontbreekt. Bij de erkenning van de persoon van een ieder voor het recht kan gesproken worden van een zo fundamentele veronderstelling, dat afzonderlijke vermelding achterwege kan blijven. Dit neemt echter niet weg dat bij de beantwoording van de vraag wie toegang tot de rechter heeft, essentieel is of effectief erkend wordt dat dit recht aan "een ieder, waar deze zich ook bevindt" toekomt.

13. In de Preambule wordt onder meer de intentie uitgesproken dat ieder individu en ieder orgaan met deze verklaring voor ogen, zal streven naar de daadwerkelijke erkenning van deze rechten.

14. Impliciet vindt dit fundamentele uitgangspunt erkenning in artikel 1 van de Grondwet, alsmede in artikel 14 van Het Europees Verdrag.

Met de vaststelling van het feit dat bovenstaande bepalingen juridisch niet bindend zijn, is hun betrekkelijke waarde aangegeven. Dit neemt niet weg dat juist ook door hun globale karakter in deze bepalingen het recht op toegang tot de rechter als fundamenteel rechtsbeginsel duidelijk naar voren komt.

3.2.2. Het Internationaal Verdrag

In het Internationaal Verdrag komt een groot aantal bepalingen voor die aan het recht op toegang tot de rechter gestalte geven. In de volgende paragrafen zal een overzicht gegeven worden: de erkenning als persoon; de rechten in verband met vrijheidsberoving; de aanspraak op een eerlijk proces en de toegang tot de rechter in verband met de schending van grondrechten. Een vergelijking met de overeenkomstige bepalingen van het Europese Verdrag komt pas na een bespreking van die bepalingen aan de orde.

3.2.3. De erkenning als persoon

Artikel 16 van het Internationale Verdrag bepaalt:

"Een ieder heeft, waar hij zich ook bevindt, het recht als persoon erkend te worden voor de wet."

Deze bepaling, die gelijklopend is aan artikel 6 van de Universele Verklaring, vormt -zoals gezegd- een belangrijke veronderstelling van het recht op toegang tot de rechter.

3.2.4. De rechten in verband met vrijheidsberoving

Vrijheidsberoving kan plaatsvinden in verband met (de verdenking van) strafbaar handelen en om een aantal andere redenen. Te denken valt aan besmettingsgevaar door ziekte, gevaar voor de samenleving als gevolg van geestesziekte, de uitzetting van vreemdelingen en de noodzaak tot ingrijpen in de opvoeding van minderjarigen. De vrijheidsberoving in verband met (de verdenking van) strafbaar handelen draagt een ander karakter dan die in de overige genoemde gevallen. In het Internationaal Verdrag komen bepalingen voor zowel betreffende de ene als betreffende de andere categorie vrijheidsberoving. Op vrijheidsberoving in het algemeen is artikel 9, vierde lid, van toepassing:

"Een ieder wie door arrestatie of gevangenhouding zijn vrijheid is ontnomen, heeft het recht voorziening te vragen bij de rechter, opdat die rechter binnen korte termijn beslist over de wettigheid van zijn gevangenhouding en zijn invrijheidstelling beveelt, indien zijn gevangenhouding onrechtmatig is."

Twee elementen van deze bepaling springen in het oog. In de eerste plaats het feit, dat men bij vrijheidsberoving hoe dan ook toegang tot de rechter heeft. In de tweede plaats dat de rechter op korte termijn een oordeel over de rechtmatigheid van de detentie moet geven.

Vrijheidsberoving die verband houdt met (verdenking van) strafbaar handelen is met de volgende waarborgen ten aanzien van de toegang tot de rechter omkleed. Artikel 9, derde lid bepaalt:

"Een ieder die op beschuldiging van het begaan van een strafbaar feit wordt gearresteerd of gevangen gehouden dient onverwijld voor de rechter te worden geleid of voor een andere autoriteit die door de wet bevoegd is verklaard rechterlijke macht uit te oefenen en heeft het recht binnen een redelijke termijn berecht te worden of op vrije voeten te worden gesteld. Het mag geen regel zijn dat personen die op hun berechting wachten in voorarrest worden gehouden, doch aan hun invrijheidstelling kunnen voorwaarden worden verbonden om te waarborgen dat de betrokkene verschijnt ter terechtzitting, in andere stadia van de gerechtelijke procedure dan wel, zo het geval zich voordoet, voor de tenuitvoerlegging van het vonnis."

Het recht op toegang tot de rechter van degene die beschuldigd is van het begaan van strafbare feiten is ruimer dan van degene die om andere reden van zijn vrijheid beroofd is. De eerstgenoemde categorie dient hoe dan ook aan een rechter (of autoriteit met de uitoefening van rechterlijke macht belast) te worden voorgeleid. De tweede categorie dient zelf het initiatief te nemen teneinde toegang tot de rechter te verkrijgen¹⁵.

3.2.5. De aanspraak op een eerlijk proces

Uit artikel 14 van het Internationaal Verdrag zijn de volgende elementen in het bijzonder van belang voor het recht op toegang tot de rechter.

"1. Allen zijn gelijk voor de rechter en de rechterlijke instanties. Bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolgung, of het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen in een rechtsgeeding, heeft een ieder recht op een eerlijke openbare behandeling door een bevoegde, onafhankelijke en onpartijdige bij de wet ingestelde rechterlijke instantie. De terechtzitting kan geheel of ten dele met gesloten deuren plaatsvinden, hetzij in het belang van de goede zeden, de openbare orde of de nationale veiligheid in een democratische samenleving, hetzij wanneer het belang van het privé leven van de partijen bij het proces dit vereist, hetzij voor zover de rechter dit strikt noodzakelijk acht op grond van de overweging, dat een openbare behandeling het belang van de rechtspraak zou schaden; evenwel zal elk vonnis dat wordt gewezen in een strafrechtelijk of burgerrechtelijk geding openbaar zijn, tenzij het belang van jeugdige personen zich daartegen verzet of het proces echtelijke twisten of de voogdij over kinderen betreft.

...

3. Bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolgung heeft een ieder, in volle gelijkheid, recht op de volgende minimumgaranties:

- a. onverwijld en in bijzonderheden, in een taal die hij verstaat, op de hoogte te worden gesteld van de aard en de reden van de tegen hem ingebrachte beschuldiging;
- b. te beschikken over voldoende tijd en faciliteiten die nodig zijn voor de voorbereiding van zijn verdediging en zich te verstaan met een door hemzelf gekozen raadsman;
- c. zonder onredelijke vertraging te worden berecht;
- d. in zijn tegenwoordigheid te worden berecht, zichzelf te verdedigen of de bijstand te hebben van een raadsman naar eigen keuze; ingeval hij geen rechtsbijstand heeft, van het recht daarop in kennis te worden gesteld; rechtsbijstand toegewezen te krijgen, indien het belang van de rechtspraak dit ver-

15. Terzijde kunnen nog de artt. 8, derde lid, sub b, en 10, tweede lid, sub b, genoemd worden. Eerstgenoemde bepaling geeft als waarborg, dat dwangarbeid in de zin van het Internationaal Verdrag (zie de nadere begripsbepaling in art. 8, derde lid, sub c) slechts op grond van een door een bevoegde rechter uitgesproken veroordeling tot zodanige straf mogelijk is. In art. 10 wordt voor jeugdige verdachten eigenlijk ten overvloede naast artikel 9, derde lid, ("onverwijld")- bepaald dat zij zo spoedig mogelijk aan de rechter moeten worden voorgeleid.

eist, en zonder dat daarvoor betaling van hem kan worden verlangd, indien hij niet over voldoende middelen beschikt,
e. de getuige à charge te ondervragen of te doen ondervragen en het oproepen en de ondervraging van getuigen à décharge te doen geschieden op dezelfde voorwaarden als het geval is met de getuige à charge;
f. zich kosteloos te doen bijstaan door een tolk, indien hij de taal die ter zitting wordt gebezigd niet verstaat of spreekt,
g. niet te worden gedwongen tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen.

...

5. Een ieder die wegens een strafbaar feit is veroordeeld heeft het recht de schuldigverklaring en veroordeling opnieuw te doen beoordelen door een hoger rechtscollege overeenkomstig de wet.

...

De betekenis van het eerste lid van deze bepaling voor het recht op toegang tot de rechter is niet aanstonds duidelijk. Voor een analyse van de betekenis van deze bepaling is het noodzakelijk onderscheid te maken tussen een tweetal kwesties. In de eerste plaats gaat het om de vraag of voor bepaalde geschillen toegang tot de rechter verleend moet worden, in de tweede plaats om de vraag welke waarborgen gelden voor procedures voor een rechterlijke instantie¹⁶. Zowel in artikel 6 EV als artikel 14 IV lopen beide kwesties dooreen. Bij artikel 14 IV vormt het feit dat de authentieke¹⁷ Franse en Engelse tekst niet een gelijke inhoud hebben een probleem:

"Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil."

"In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law."

Voor geschillen van strafrechtelijke aard ontstaat er geen onduidelijkheid. In beide teksten leest men dat terzake van "the determination of any criminal charge against him" of van "du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle" een ieder recht heeft op een eerlijk en openbaar proces voor een onafhankelijke onpartijdige rechterlijke instantie die bij de wet is ingesteld. De eerste conclusie ten aanzien van deze bepaling is dat terzake van "strafrechtelijke geschillen" een ieder toegang tot de rechter moet hebben.

De onduidelijkheid schuilt echter in de omschrijving van het niet-strafrechtelijke werkingsbereik van de bepaling. In de Franse tekst is sprake van "des contestations sur (...) droits et obligations de caractère civil", terwijl in de Engelse tekst de volgende terminologie gehanteerd wordt "his rights and obligations in a suit at law". Is de conclusie gerechtvaardigd dat een ieder ten aanzien van "privaatrechtelijke geschillen" toegang tot de rechter dient te hebben? De Franse tekst lijkt in deze richting te wijzen, de Engelse echter niet. "Of his rights and obligations in a suit at law" veronderstelt dat er een geding voor de rechter is, wat daarvan ook de aard moge zijn. Naar de Engelse tekst heeft een ieder in strafgedingen een recht

16. Brenninkmeijer, a.w. (noot 7), p. 143.

17. Er zijn ook nog een authentieke Spaanse, Russische en Chinese teksten, die hier buiten beschouwing blijven.

op toegang tot de rechter, terwijl voor de overige gedingen dit recht niet erkend wordt, doch -voor zover over andere geschillen door een rechter beslist wordt- een aantal processuele waarborgen worden gegeven. Deze uitleg vindt steun in de voorbereidende stukken van deze bepaling.

De vertegenwoordigster van de Verenigde Staten stelde het probleem van de toegang tot de rechter aan de orde. Zij verzette zich ertegen dat in de bepaling een algemene aanspraak van de burger op toegang tot de rechter besloten zou liggen. Aangezien de categorie "civil rights and obligations" zeer wel mede geschillen tussen overheid en burger terzake van bij voorbeeld militaire dienstplicht en belastingen zou kunnen omvatten wilde men door amendering van de tekst een dergelijke ruime uitleg voorkomen. Het doel daarbij was te bewerkstelligen dat vormen van rechtsbescherming die niet tot een beroep op een onafhankelijke rechter leiden in stand zouden kunnen blijven. Onder invloed van deze objectie heeft de tekst van de bepaling een vrijblijvender karakter gekregen. Niet de toegang tot de rechter werd gewaarborgd, doch de kwaliteit van de behandeling van genoemde geschillen voor een onafhankelijke rechter.

Op grond hiervan valt echter in twee opzichten een belangrijke conclusie te trekken ten aanzien van de uitleg van deze bepaling. In de eerste plaats wat betreft de begrippen. "rights and obligations in a suit at law" en in de Franse tekst. "des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil". Deze aanduidingen van bepaalde categorieën geschillen gaan fungeren als een soort restpost. Naast de geschillen van strafrechtelijke aard die afzonderlijk genoemd zijn, zijn er andere geschillen die niet strikt tot het burgerlijke recht beperkt zijn. Ook geschillen met de overheid die meer van publiekrechtelijke aard zijn kunnen eronder vallen. Wat was immers het geval? De opstellers wilden voorkomen dat een aantal geschillen die meer van publiekrechtelijke aard waren onder de verplichte toegang tot de rechter zouden vallen. Daartoe zouden twee wegen bewandeld kunnen worden. De bepaling zou zo geredigeerd kunnen worden dat buiten twijfel kwam te staan dat deze geschillen van meer publiekrechtelijke aard geheel buiten de bepaling zouden vallen. De andere weg -die uiteindelijk gevolgd is- houdt in dat mogelijkwerwijs (een aantal) geschillen van meer publiekrechtelijke aard onder de werking van de bepaling valt, doch dat niet bepaald werd dat terzake van deze geschillen toegang tot de rechter verleend moest worden. De uiteindelijk vastgestelde redactie houdt geen begrenzing in ten aanzien van de soorten geschillen, maar wel ten aanzien van de omvang van het grondrecht. geen recht op toegang tot de rechter. Wat precies de reikwijdte is van genoemde begrippen is noch uit de bepaling noch uit de voorbereidende stukken af te leiden. Zoals uit de volgende opmerking zal blijken is de precieze betekenis van deze begrippen ook niet zo belangrijk.

In de tweede plaats blijkt dat de bepaling voor de geschillen die vallen onder de begrippen "rights and obligations in a suit at law" en "des contestations sur ses droits de caractère civil" een aantal waarborgen introduceert. Deze waarborgen omvatten onder andere "a fair and public hearing by a competent independant and impartial tribunal established by law". Deze waarborgen gelden niet voor bepaalde soorten geschillen, maar voor al die geschillen die voor een onafhankelijke rechter

kunnen worden gebracht. Gelet op de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling vormt met het civielrechtelijke karakter van een geschil (zoals de Franse tekst doet vermoeden) het onderscheidend criterium voor de toepasselijkheid van de waarborgen.

De hier gegeven uitleg van de bepaling leidt evenwel niet tot een geheel bevredigend resultaat. In de eerste plaats is gebleken dat in de bepaling terzake van "the determination of a criminal charge" het recht op toegang tot de rechter is vastgelegd. Ter zake van "geschillen naar burgerlijk recht" -waarvoor dit recht evenzeer gewenst is- blijkt de bepaling niet een garantie in te houden. Geconstateerd kan worden dat aan de tekst van artikel 14 IV een zekere tweeslachtigheid eigen is. De oorzaak daarvan is wellicht dat de opstellers onvoldoende onderscheid hebben gemaakt tussen de twee eerder genoemde kwesties: het recht op toegang tot de rechter enerzijds en de processuele waarborgen anderzijds. Het ware bevredigender geweest wanneer eerst was vastgesteld terzake van welke categorieën geschillen het recht op toegang tot de rechter gevestigd werd, om vervolgens te bepalen met welke waarborgen deze procedures dan wel procedures voor rechters in het algemeen omkleed dienen te zijn¹⁸.

Van de overige punten van artikel 14 van het Internationaal Verdrag wordt hier nog het vijfde lid genoemd: het recht op behandeling in appél, na veroordeling wegens een strafbaar feit, omdat deze bepaling elders niet voorkomt. In deze bepaling ligt de codificatie besloten van de -als ongeschreven recht- geldende Franse "règle du double degré du juridiction"¹⁹.

De eerste zin van het eerste lid, de gelijkheid voor de rechter, verdient ten slotte aandacht. Deze verbijzondering van het gelijkheidsbeginssel of het discriminatieverbod is niet geheel ten overvloede opgenomen²⁰. Weliswaar is elders in het verdrag (artt. 2 en 26) het discriminatieverbod vastgelegd, maar voor procedures voor de rechter kan het discriminatieverbod een specifieke betekenis hebben. Daarbij kan gedacht worden aan "equality of arms". De rechter dient ervoor te waken dat de toegang tot de rechter voor allen even effectief is. Voor het strafproces wordt in de aanhef van het derde lid van de bepaling deze gelijkheid herhaald, terwijl de onder a tot en met g genoemde waarborgen deze gelijkheid sterk kunnen bevorderen.

3.2.6. De toegang tot de rechter en de schending van grondrechten

In artikel 2 van het Internationaal Verdrag is naast het discriminatieverbod en de verplichting van verdragspartijen de maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn voor het tot gelding brengen van de in het verdrag erkende rechten, tevens erkend het recht op rechtsbescherming bij schending van grondrechten. Het derde lid be-

18. Voor het creëren van waarborgen voor procedures voor rechters in het algemeen zijn goede redenen: als men rechtspraak introduceert, dan moet men het ook goed doen. De achtergrond hiervan is de legitimerende werking van het rechterlijke oordeel.

19. Een van de "principes généraux"; vgl. Brenninkmeijer, a.w. (noot 7), p.90.

20. Van Dijk, Handelingen N.J.V. a.w. (noot 12), pp. 62-63.

paalt

"Iedere staat die partij is bij dit Verdrag verbindt zich:

- a. Te verzekeren dat een ieder wiens rechten of vrijheden als in dit Verdrag erkend, worden geschonden een effectief rechtsmiddel ter beschikking heeft, zelfs indien de schending zou zijn begaan door personen in de uitoefening van hun ambtelijke functie;
- b. Te verzekeren dat omtrent het recht van degene die het rechtsmiddel aanwendt wordt beslist door een bevoegde rechterlijke, bestuurlijke of wetgevende autoriteit, of door een andere autoriteit die daartoe krachtens de nationale wetgeving bevoegd is, en de mogelijkheden van beroep op de rechter verder tot ontwikkeling te brengen;
- c. Te verzekeren dat de bevoegde autoriteiten daadwerkelijk rechtsherstel verlenen, ingeval het beroep gegrond wordt verklaard."

Twee punten moeten bij lezing van deze bepaling vooropgesteld worden. In de eerste plaats het feit dat deze bepaling de eerste is van deel II van het verdrag. In dit deel van het verdrag zijn verplichtingen voor de staten die partij zijn bij het verdrag opgenomen. In deel III (vanaf artikel 6) zijn de individuele rechten opgenomen. De plaatsing van deze bepaling in het begin van het verdrag kan tot uitdrukking brengen dat het bepaalde van zeer groot gewicht is. In de tweede plaats gaat het om een verplichting van de staat en niet om een individueel recht van de burger.

De inhoud van de bepaling spreekt voor zich. Niet is gesteld dat bij de schending van de in het verdrag erkende rechten steeds toegang tot de rechter moet worden verleend ook andere vormen van rechtsbescherming zijn toelaatbaar. Onder b, en dat verdient speciale aandacht, is aangegeven dat de mogelijkheid van beroep op de rechter verder tot ontwikkeling moet worden gebracht. Hieruit blijkt dat de opstellers van het verdrag de waarde van de toegang tot de rechter hoger geschat hebben dan beroep op andere organen.

3.2.7. Het Europese Verdrag

Dit verdrag heeft voor de toegang tot de rechter een bijzondere betekenis. In jurisprudentie en literatuur is het grote belang van artikel 6 duidelijk naar voren gekomen. Naast deze bepaling zijn er nog twee andere bepalingen die de aandacht vragen artikel 5, dat betrekking heeft op vrijheidsberoving, en artikel 13, dat betrekking heeft op effectieve rechtsbescherming terzake van de schending van grondrechten.

3.2.8. De rechten in verband met vrijheidsberoving

Artikel 5 van het Europese Verdrag bepaalt:

- "1. Een ieder heeft het recht op persoonlijke vrijheid en veiligheid. Niemand mag van zijn vrijheid worden beroofd, behalve in de navolgende gevallen en langs wettelijke weg:
- a. indien hij op rechtmatige wijze wordt gevangen gehouden na veroordeling door een daartoe bevoegde rechter,
 - b. indien hij op rechtmatige wijze is gearresteerd of gevangen wordt gehouden, wegens weigering een overeenkomstig de wet door een rechter gegeven bevel op te volgen of teneinde nakoming van een door de wet voorgeschreven verplichting te verzekeren;
 - c. indien hij op rechtmatige wijze is gearresteerd of gevangen gehouden teneinde voor de bevoegde rechterlijke instantie te worden geleid, wanneer redelijke termen aanwezig zijn om te vermoeden, dat hij een strafbaar feit heeft

begaan of indien er redelijke gronden zijn om aan te nemen, dat het noodzakelijk is hem te beletten een strafbaar feit te begaan of te ontvluchten nadat hij dit heeft begaan;

d. in het geval van rechtmatige gevangenhouding van een minderjarige met het doel in te grijpen in zijn opvoeding of in het geval van zijn gevangenhouding, teneinde hem voor het bevoegde gezag te leiden;

e. in het geval van rechtmatige gevangenhouding van personen, die een besmettelijke ziekte zouden kunnen verspreiden, van geesteszieken, van verslaafden aan alcohol of verdovende middelen of van landlopers;

f. in het geval van rechtmatige arrestatie of gevangenhouding van personen teneinde hen te beletten op onrechtmatige wijze het land binnen te komen, of indien tegen hen een uitwijzings- of uitleveringsprocedure hangende is.

2. Iedere gearresteerde moet onverwijld en in een taal, welke hij verstaat, op de hoogte worden gebracht van de redenen van zijn arrestatie en van alle beschuldigingen welke tegen hem zijn ingebracht.

3. Ieder, die gearresteerd is of gevangen wordt gehouden, overeenkomstig lid 1 (c) van dit artikel, moet onmiddellijk voor een rechter worden geleid of voor een andere autoriteit die door de wet bevoegd verklaard is om rechterlijke macht uit te oefenen, en heeft het recht binnen een redelijke termijn berecht te worden of hangende het proces in vrijheid te worden gesteld. De invrijheidstelling kan afhankelijk worden gesteld van een waarborg voor de verschijning van de betrokkene in rechte.

4. Een ieder, die door arrestatie of gevangenhouding van zijn vrijheid is beroofd, heeft het recht voorziening te vragen bij de rechter opdat deze op korte termijn beslist over de wettigheid van zijn gevangenhouding en zijn invrijheidstelling beveelt, indien de gevangenhouding onrechtmatig is.

5. Een ieder die het slachtoffer is geweest van een arrestatie of gevangenhouding in strijd met de bepalingen van dit artikel, heeft recht op schadeloosstelling."

Evenals in het Internationaal Verdrag zijn de waarborgen in verband met de vrijheidsberoving in twee categorieën onder te brengen. In de eerste plaats de vrijheidsberoving die verband houdt met (de verdenking van) strafbaar handelen. In het derde lid van artikel 5 is bepaald dat onmiddellijke voorgeleiding plaatsvindt voor de rechter dan wel een andere autoriteit die bevoegd is verklaard om rechterlijke macht uit te oefenen. In de tweede plaats de vrijheidsberoving om andere redenen, bij voorbeeld voor maatregelen jegens een minderjarige en bij besmettelijke ziekte. Voor deze gevallen schrijft artikel 5, vierde lid, voor dat betrokkene het recht heeft een voorziening te vragen bij de rechter. Het initiatief daartoe dient van betrokkene uit te gaan.

Waarborgen in verband met vrijheidsberoving op verdenking van strafbaar handelen zijn niet alleen in artikel 5 maar ook in artikel 6 te vinden.

Voorts valt te wijzen op het feit dat terzake van gevangenhouding na een veroordeling in artikel 5, eerste lid, sub a, impliciet een waarborg is gegeven: de veroordeling daartoe moet hebben plaatsgevonden door een daartoe bevoegde rechter. Ook hier is weer een duidelijke samenhang met artikel 6 aanwezig.

Hier kan ook nog vermeld worden artikel 2, eerste lid, waarin toegelaten is dat iemand opzettelijk van het leven mag worden beroofd ter uitvoering van een vonnis dat is uitgesproken door een rechtbank, wegens een misdrijf waarop de wet de doodstraf heeft gesteld. Ook hier geldt de voorwaarde dat er een uitspraak is van een onafhankelijke rechter.

In artikel 5, eerste lid, sub b, gevangenhouding wegens weigering een overeenkomstig de wet door de rechter gegeven bevel op te volgen- ligt een zwakkere waarborg besloten. Vast staat dat gevangenhouding in dit geval slechts na tussenkomst van de rechter mogelijk is. Bovendien geldt nog de beperking die uit het

Vierde Protocol voortvloeit, te weten dat niemand van zijn vrijheid mag worden beroofd op de enkele grond, dat hij niet in staat is een contractuele verplichting na te komen. Naast de hier genoemde mogelijkheid van gevangenhouding wordt in het eerste lid, onder b, nog een andere mogelijkheid genoemd: teneinde de nakoming van een door de wet voorgeschreven verplichting te verzekeren. Deze tweede mogelijkheid -die geen rechterlijke tussenkomst vereist- heeft een verzwakking van deze bepaling tot gevolg. Het Europese Hof voor de Rechten van de mens heeft hierin reden gevonden deze tweede mogelijkheid restrictief -doch wellicht niet restrictief genoeg- uit te leggen²¹.

3.2.9. De aanspraak op een eerlijk proces

Artikel 6 van het Europese Verdrag vertoont op het eerste gezicht een grote mate van overeenkomst met artikel 14 van het Internationaal Verdrag. Toch zal hieronder blijken dat artikel 6 een fundamenteel andere strekking heeft gekregen. Artikel 6 luidt:

- "1. Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolging, heeft een ieder het recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie welke bij de wet is ingesteld. Het vonnis moet in het openbaar worden gewezen maar de toegang tot de rechtszaal kan aan de pers en het publiek worden onzegd, gedurende het gehele proces of een deel daarvan, in het belang van de goede zeden, van de openbare orde of 's lands veiligheid in een democratische samenleving, wanneer de belangen van minderjarigen of de bescherming van het privé leven van partijen bij het proces dit eisen of, in die mate als door de rechter onder bepaalde omstandigheden strikt noodzakelijk geoordeeld, wanneer openbaarmaking de belangen van de rechtspraak zouden schaden.
2. Een ieder die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd wordt voor onschuldig gehouden totdat zijn schuld volgens de wet bewezen wordt.
3. Een ieder die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd, heeft ten minste de volgende rechten:
- a. onverwijd, in een taal welke hij verstaat, en in bijzonderheden, op de hoogte te worden gesteld van de aard en de reden van de tegen hem ingebrachte beschuldiging;
 - b. te beschikken over voldoende tijd en faciliteiten welke nodig zijn voor de voorbereiding van zijn verdediging;
 - c. zich zelf te verdedigen of de bijstand te hebben van een raadsman naar zijn keuze, of, indien hij niet over voldoende middelen beschikt om een raadsman te bekostigen, kosteloos door een toegevoegd advocaat te kunnen worden bijgestaan, indien het belang van de rechtspraak dit vereist;
 - d. de getuige à charge te ondervragen of doen onderwerpen en het oproepen en de ondervraging van getuigen à décharge te doen geschieden op dezelfde voorwaarden als het geval is met de getuigen à charge,
 - e. zich kosteloos te doen bijstaan door een tolk, indien hij de taal, welke ter zitting wordt gebezigd, niet verstaat of spreekt."

Ook bij de analyse van deze bepaling wordt onderscheid gemaakt tussen enerzijds het recht op behandeling door een onafhankelijke rechter van bepaalde geschillen en anderzijds de waarborgen die voor procedures voor de rechter gelden. Evenals in artikel 14 van het Internationaal Verdrag is in de redactie van deze bepaling onvoldoende onderscheid gemaakt tussen beide kwesties. Uit de totstandkomingsge-

21. Vgl. Van Dijk, Van Hoof, a.w. (noot 4), p. 248.

schiedenis van artikel 14 IV was gebleken dat de aanduiding van het werkingsbereik van de bepaling door gebruikmaking van het begrip "des contestations de caractère civil" in internationaal perspectief niet de stelling rechtvaardigt dat het om "privaatrechtelijke geschillen" zou moeten gaan. Het Europese Hof voor de Rechten van de mens heeft aan de begrippen "determination of his civil rights and obligations" ("des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil") wel een voor het werkingsbereik van de bepaling beperkende uitleg gegeven. Het Hof eist dat er een bijzondere band is aan te geven tussen het recht in geschil en het "private rechtsverkeer". Met de hier gekozen bewoordingen wordt slechts een globale samenvatting gegeven van 's Hofs jurisprudentie. Voor een totaaloverzicht voldoet deze weergave vooralsnog.

Tegenover deze beperkende uitleg van artikel 6 door het Hof staat het feit dat het Hof ten aanzien van de geschillen die onder deze bepaling vallen, het recht op toegang tot de rechter erkent. Juist deze uitleg van artikel 6 heeft verstrekende gevolgen.

Deze blik in vogelvlucht op artikel 6 vraagt nu om een nadere uitwerking. Eerst zal aandacht geschonken worden aan het toepassingsgebied van de bepaling. Daarna zal het recht op toegang tot de rechter verkend worden. Ten slotte zal een aantal andere aspecten van artikel 6 aan de orde komen.

3.2.10. Het toepassingsgebied van artikel 6

Artikel 6 bezigt ter aanduiding van de geschillen waarop het van toepassing is niet steeds dezelfde bewoordingen als artikel 14 van het Internationaal Verdrag. Ten aanzien van strafrechtelijke geschillen lopen de teksten van de bepalingen niet uiteen. In de Engelse tekst wordt voor de overige geschillen het volgende begrip gebruikt; "in the determination of his civil rights and obligations". In artikel 14 luidt het overeenkomstige begrip: "in the determination of his rights and obligations in a suit at law". De Franse teksten van deze bepalingen vertonen op dit punt meer overeenkomst: "des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil". Opmerkelijk is dat de Engelse tekst van artikel 6 van het Europese Verdrag vlak voor de vaststelling meer in overeenstemming is gebracht met de Franse tekst. Voor de nadere bepaling van het werkingsbereik van artikel 6 is nu de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de mens van grote betekenis. De belangrijkste aspecten van deze jurisprudentie kunnen als volgt puntsgewijs worden samengevat:

1. De jurisprudentie is nog niet volledig tot ontwikkeling gekomen.
2. Het Hof geeft een autonome uitleg aan de bepaling.
3. Het hoeft niet per se te gaan om een geschil over een burgerlijk recht.

ad. 1. Artikel 6 is terminologisch onduidelijk en de inhoud van de bepaling wordt door het Hof met grote voorzichtigheid ingevuld. Recente jurisprudentie van het Europese Hof laat zien dat ook thans nog niet met zekerheid valt vast te stellen welke geschillen wél en welke geschillen niet onder de werking van artikel 6

vallen. In de zaak Benthem²² oordeelde het Hof dat een geschil over de verlening (intrekking) van een hinderwetvergunning een geschil over een burgerlijk recht is. Daarbij weigerde het Hof overigens een abstracte definitie te geven van het begrip "civil rights and obligations". In de zaak Feldbrugge²³ koos het Hof een andere benaderingswijze. Op grond van een analyse van het recht in geschil (de aanspraak op een uitkering krachtens de Ziektewet) komt het Hof tot de conclusie dat de privaatrechtelijke elementen in de betreffende rechtsverhouding overheersend zijn. Enerzijds het niet geven van een abstracte definitie van het begrip "civil rights and obligations" en anderzijds het introduceren van de "wegende interpretatie" in de zaak Feldbrugge, leidt ertoe dat het Hof vooralsnog zich de mogelijkheid heeft voorbehouden om in de toekomst zijn koers inzake de kwalificatie van geschillen burgerlijke rechten en plichten nader te bepalen. Tot nog toe heeft de jurisprudentie van het Hof de grenzen van artikel 6 verwijd, te eniger tijd zal juist in negatieve zin de nadere grensbepaling moeten volgen. In de zaak Van Marle en anderen²⁴ bleek dat het begrip "contestation" een beperkende werking kan hebben. Gelet op de aard van het geschil, alsmede de inhoud van de door klagers in de geschillenprocedure ingebrachte bezwaren, was het Hof van oordeel dat er geen sprake was van een "contestation" in de zin van artikel 6 van het Verdrag. Opmerkelijk is dat deze negatieve grensbepaling juist toegespitst is op een ander begrip dan het begrip "civil rights and obligations", zodat het Hof voor toekomstige jurisprudentie ruimte heeft behouden.

ad. 2. De autonome uitleg door het Hof -die bij de uitleg van vele andere begrippen in het verdrag ook gevolgd wordt- heeft met name betrekking op het begrip "burgerlijke rechten en verplichtingen" en houdt in dat niet bepalend is wat naar nationaal recht onder deze begrippen moet worden verstaan. Het Hof formuleert op internationaal niveau een eigen inhoud van dit begrip. Het gevolg kan zijn, dat artikel 6 van toepassing is op geschillen die naar nationaal recht vallen onder het administratieve recht. De zaken Benthem en Feldbrugge vormen hiervan een voorbeeld.

ad. 3. Het is nog te vroeg definitieve uitspraken te doen over de uiteindelijke uitleg van artikel 6. Zeker is wel dat de beperking tot "het vaststellen van burgerlijke rechten" niet tot gevolg heeft dat geschillen met de overheid -ook de overheid als zodanig- buiten artikel 6 vallen. Niet is van belang of een burgerlijk recht voorwerp van geschil in het geding is, doch dat de uitkomst van het geding bepalend kan zijn voor de "determination of a civil right"²⁵. Langs deze weg kan een geschil tussen de overheid en een burger waar het primair om toetsing van (administratiefrechtelijk) overheidshandelen gaat, onder de werking van artikel 6 vallen. Bekend is de jurisprudentie van het Hof in de zaken König²⁶, Ringelsen²⁷ en Le

22. EHRM 23 oktober 1985, AB 1986, 1, m.n. E.M.H. H.B.

23. EHRM 29 mei 1986, Publ. CEDH, Série A, vol. 90.

24. EHRM 26 juni 1986, Publ. CEDH, Série A, vol. 101.

25. Van Dijk, *Handelingen N.J.V.*, a.w. (noot 12), p. 248.

26. EHRM 16 juli 1971, Publ. CEDH, Série A, Vol. 13 (1971).

27. EHRM 28 juli 1978, Publ. CEDH, Série A, Vol. 27 (1978).

Compte, Van Leuven en De Meyere²⁸. Recentelijk zijn daaraan de uitspraken in de zaak Benthem²⁹ en de zaak Feldbrugge toegevoegd.

Deze ruime uitleg van artikel 6 van het Europese Verdrag hoeft in het licht van de eerder besproken achtergrond van de gebezigde terminologie in artikel 14 van het Internationale Verdrag geen verwondering te wekken. Gelet op het feit dat in artikel 6 van het Europese Verdrag -anders dan in artikel 14 IV- wel het recht op toegang tot de rechter besloten wordt geacht, heeft artikel 6 verstrekende betekenis voor de nationale regelingen ten aanzien van de toegang tot de rechter. Het is niet ondenkbaar dat het Hof langs de weg van de geleidelijkheid artikel 6 een zo ruime werking gaat geven, dat de beperking tot "determination of a civil right" van ondergeschikte betekenis wordt. Hierbij kan een rol spelen dat te betwijfelen valt of er wel een legitimatie gevonden kan worden voor een onderscheid tussen burgerlijke rechten en andere rechten.

3.2.11. De aanspraak op effectieve rechtsbescherming en de schending van grondrechten

Evenals in artikel 2, derde lid, van het Internationaal Verdrag is in het Europese Verdrag een bepaling opgenomen over de rechtsbescherming bij de schending van grondrechten. Artikel 13 van het Europese Verdrag luidt:

"Een ieder wiens rechten en vrijheden, welke in dit verdrag zijn vermeld, zijn geschonden, heeft daadwerkelijke rechtshulp voor een nationale instantie, zelfs indien deze schending zou zijn begaan door personen in de uitoefening van hun ambtelijke functie"³⁰.

Misverstand is mogelijk over de uitleg van het begrip "daadwerkelijke rechtshulp voor een nationale instantie" ("effective remedy before a national authority") in deze bepaling. Wordt daarmee een beroep op een onafhankelijke rechter voorgeschreven? Het Hof heeft op dit punt een duidelijke richtlijn gegeven: in principe moet het om een beroep op de rechter gaan, met dien verstande dat andere belangen kunnen meebrengen dat voor een afwijkende vorm van rechtsbescherming gekozen wordt. Te denken valt aan de veiligheid van de staat³¹. De betekenis van artikel 13 van het Europese Verdrag is om verschillende redenen beperkt. In de eerste plaats gaat het -anders dan bij artikel 6- om een bepaling die geen rechtstreekse werking heeft³². In de tweede plaats draagt het recht op toegang tot de rechter ingevolge artikel 13 een accessoir karakter. Dat wil zeggen dat buiten de rechten in het verdrag en de eventuele aanvullingen daarop de bepaling geen werking

28. EHRM 23 juli 1981, Publ. CEDH, Série A, Vol. 43 (1981).

29. EHRM 23 oktober 1985, A.B. 1986, I.

30. De Nederlandse -niet authentieke- vertaling van deze bepaling is niet juist. "Effective remedy" is ten onrechte vertaald met "effectieve rechtshulp".

31. EHRM 6 september 1978, publ. CEDH, Série A, Vol. 28 (1979). Zie over art. 13 P. Mertens, Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme, Brussel 1973.

32. J. Vêlu, Les voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation de la convention européenne des droits de l'homme, in: Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen, Brussel 1973.

heeft³³. In de derde plaats heeft artikel 6 van het Europese Verdrag als *lex specialis* bij de toepassing voorrang³⁴. Het restgebied waarop alléén artikel 13 van toepassing is, is niet zo groot, aangezien nogal wat grondrechten tevens "civil rights and obligations" betreffen.

3.3. De toegang tot de rechter in de Grondwet

Voor de toegang tot de rechter in de Grondwet zijn in de eerste plaats de bepalingen in het hoofdstuk "Rechtspraak" van belang. Maar ook onder de grondrechten, namelijk ten aanzien van het ius de non evocando en het recht op rechtsbijstand, treffen we belangrijke bepalingen aan. Alvorens hieraan aandacht te schenken zal echter kort worden ingegaan op de geschiedenis van de competentiebepaling van de rechter in de Nederlandse Grondwet.

3.3.1. Historisch perspectief

De geschiedenis van de competentiebepaling van de rechterlijke macht in de Grondwet geeft perioden van heftige discussie te zien³⁵. Bovendien heeft het recht zich op dit punt na 1814 steeds verder ontwikkeld. Op deze plaats wordt geen volledig overzicht van deze ontwikkeling gegeven, doch worden slechts een paar aantekeningen bij de geschiedenis geplaatst.

Gezien vanuit de optiek van de toegang tot de rechter kan de gevoerde discussie enige verwondering wekken. Veel aandacht heeft de vraag gekregen of bij voorbeeld de rechtspraak in ambtenarenzaken ingevolge de Ambtenarenwet 1929, de rechtspraak in sociale verzekeringszaken ingevolge de Beroepswet³⁶ of de belastingrechtspraak niet in strijd kwam met de Grondwet. Het strijdpunt lag in deze discussie bij de grensbepaling tussen de bevoegdheid van de rechterlijke macht enerzijds en de bijzondere administratieve rechtscolleges anderzijds. Deze discussie raakt echter het punt van de toegang tot de rechter niet wezenlijk; zij betreft slechts de vraag welke rechter en niet of men toegang heeft tot de rechter.

Uit het oogpunt van het recht op toegang tot de rechter ligt het knelpunt elders, namelijk of terzake van bepaalde geschillen andere vormen van rechtsbescherming dan door een onafhankelijke rechter toelaatbaar zijn, dan wel rechtsbescherming uitgesloten kan worden. Anders gezegd: in hoeverre verplicht de Grondwet tot rechtspraak -in welke vorm dan ook- en in hoeverre laat de Grondwet ruimte voor niet-rechterlijke geschillenbeslechting? Voor de behandeling van dit probleem is het noodzakelijk aandacht te schenken aan de betekenis van artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie.

33. Vélu, a.w. (noot 32), p. 193 e.v.

34. Hirsch Ballin, *Handelingen N.J.V.*, a.w. (noot 12), p.23.

35. Vgl. N.H.M. Roos, *De rechterlijke macht en zijn uitsluitende bevoegdheid* volgens art. 167 Gw, mede in verband met de deelname van leken aan de rechtspraak, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1979, p. 545 e.v. en de aldaar vermelde literatuur.

36. De bevoegdheid van de rechter in deze is mede bepaald door de wetsopdracht in de onderscheiden sociale verzekeringswetten.

3.3.2. De bevoegdheid van de rechterlijke macht

Bij de samenvoeging met de zuidelijke Nederlanden is op aandrang van de zuidelijke vertegenwoordigers in artikel 165 van de Grondwet van 1815 de welbekende bepaling over de bevoegdheid van de rechterlijke macht opgenomen:

"Alle twistgedingen over eigendom of daaruit voortspruitende regten, over schuldvorderingen of burgerlijke regten, behoren bij uitsluiting tot de kennis van de rechterlijke magt."

Deze bepaling zou zich met name keren tegen de invoering van het uit het Franse bestuur bekende conflictenstelsel³⁷. Desondanks is in 1822 het fel bediscussieerde Conflictenbesluit van kracht geworden. Deze achtergrond van artikel 165 is opmerkelijk, omdat blijkt dat reeds van de aanvang af de afgrenzing tussen rechtspraak en bestuur het knelpunt was.

De tekst van artikel 165 is als het ware een dubbelleven gaan leiden. In de eerste plaats is deze bepaling letterlijk overgenomen in artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie van 1827. In de tweede plaats is artikel 165 met een gewijzigde tekst in de Grondwet van 1848 (artikel 148) terechtgekomen. Het verschil in tekst tussen beide bepalingen is voor het recht op toegang tot de rechter slechts van beperkte betekenis. Deze betrekkelijkheid kan als volgt aangetoond worden:

1. Voor zover artikel 148 van de Grondwet van 1848 (de woorden "en andere") onduidelijk was en aanleiding heeft gegeven tot diepgaande discussie in de literatuur, deerde deze onduidelijkheid de rechtspraak in het geheel niet: nu in artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie een basis voor de bevoegdheid van de rechterlijke macht was gelegd, had artikel 148 geen praktische betekenis meer.

2. In samenhang hiemee moet worden vastgesteld dat er geen constitutionele rechtspraak mogelijk is, zodat geen toetsing van artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie aan de Grondwet kan plaatsvinden. Bovendien zou men de stelling kunnen verdedigen dat -aannemende dat artikel 2 een ruimere betekenis heeft dan artikel 148³⁸- in de Wet op de rechterlijke organisatie méér bevoegdheid is gegeven aan de rechterlijke macht dan volgens de Grondwet noodzakelijk was. Met andere woorden: er is geen "strijd" met de Grondwet.

3. De wetgever heeft zich niet volledig in de discussie over de verschillen tussen artikel 2 en artikel 148 begeven. Op grond van artikel 150, tweede lid, van de Grondwet van 1848 had de wetgever eventueel regelend kunnen optreden:

"De wet regelt de wijze, waarop geschillen over bevoegdheid, tussen de administratieve en rechterlijke macht ontstaan, worden beslist."

Deze wet is er nooit gekomen³⁹ en de bepaling is, men zou haast zeggen wegens non usus, uit de Grondwet verdwenen.

Aan de andere kant heeft de wetgever door de invoering van administratieve rechtspraak voor bepaalde geschillen en van administratief beroep wél stelling ge-

37. A.F.M. Brenninkmeijer, Het jus de non evocando, in: Grondrechten, Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet, Nijmegen 1982, p. 346-366.

38. Daarover heeft nooit eenstemmigheid bestaan: A.M. Donner, Handboek van het Nederlandse staatsrecht, Zwolle 1983, p. 433, versus F.J.F.M. Duynstee, Artikel 167 van de Grondwet, NJB 1960, p. 893 e.v. Vgl. hierover Roos, a.w. (noot 35).

39. Donner, a.w. (noot 38), p. 514.

kozen. Andere rechters dan de rechterlijke macht kregen bevoegdheid terzake van "schuldvorderingen"⁴⁰. De Hoge Raad is de wetgever hierin gevolgd.

3.3.3. De uitleg van artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie

Toch is de controverse over de verhouding tussen artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie en artikel 148 Grondwet van 1848 niet helemaal zonder betekenis geweest. Om dit tot uitdrukking te laten komen is het noodzakelijk op een ander aspect van de bepaling te wijzen. In beide bepalingen is gesteld dat bepaalde geschillen bij uitsluiting behoren tot de kennisneming van de rechterlijke macht. Hierin ligt het recht op toegang tot de rechter besloten. In het vorige hoofdstuk werd dit aspect omschreven als attributie van exclusieve rechtsmacht. Belangrijk is de vraag wat de omvang van dit recht op toegang tot de rechter is en wie deze vraag beantwoordt. Zoals bekend, heeft de Hoge Raad de grenzen getrokken, inspelend op ontwikkelingen in de wetgeving. Het is hier niet de plaats om de betreffende jurisprudentie tot in details te bespreken. Een aantal grensbepalingen is echter wel van belang. Bij de bespreking daarvan moet in het achterhoofd gehouden worden dat de grondwettelijke bevoegdheidsbepaling weliswaar bindend is voor de wetgever, maar dat de rechter zijn interpretatie slechts kan enten op artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie.

1. De begrippen "schuldvordering" en "burgerlijke rechten" in artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie zijn uiteindelijk zodanig uitgelegd dat wanneer eiser stelt dat jegens hem onrechtmatig gehandeld is, de gewone rechter bevoegd is⁴¹.

2. Deze "onbeperkte" bevoegdheid is op twee manieren door de Hoge Raad begrensd. In de eerste plaats doordat met de invoering van administratieve rechtspraak voor bepaalde geschillen volgens de Hoge Raad gederogeed werd aan artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie. Een geschil waarvoor de ambtenaren-rechter bevoegd is leidt tot onbevoegdheid van de gewone rechter⁴². In de tweede plaats zijn vorderingen uit onrechtmatige daad niet-ontvankelijk indien er een andere rechtsgang is die met voldoende waarborgen is omkleed. Deze weg is gevolgd voor andere vormen⁴³ van administratieve rechtspraak⁴⁴ en voor met name het administratieve beroep op de Kroon en Gedeputeerde Staten⁴⁵. In deze jurisprudentie zal naar verwacht mag worden wijziging komen naar aanleiding van de recente

40. Zie de kritiek van Donner, a.w. (noot 38), p. 424.

41. Zie bij voorbeeld HR 9 november 1973, NJ 1974, 91 (Limmen-Houtkoop).

42. HR 13 november 1941, NJ 1942, 172 en HR 12 januari 1951, NJ 1951, 538 (onrechtmatige daad).

43. Terzijde wordt opgemerkt, dat het niet zonder meer duidelijk is waarom de Hoge Raad ter zake van ambtenarengeschillen tot onbevoegdheid is gekomen, terwijl voor de overige administratieve rechtsgangen de niet-ontvankelijkheid wordt aangenomen. Naar de aard van de geschillen valt bij voorbeeld tussen het sociale zekerheidsrecht en het ambtenarenrecht geen onderscheid te maken. In bijzondere constellaties wordt -althans in de lagere rechtspraak- wél aanvullende rechtsbescherming gegeven; vgl. de noot van E.M.H. Hirsch Ballin in TAR 1986, p. 216 e.v.

44. HR 25 november 1977, NJ 1978, 255 (Nagtegaal tegen het Plassenschap Loosdrecht).

45. J.A.M. van Angeren, De gewone rechter en de administratieve rechtsgangen, Deventer 1968, p. 84 e.v.

uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de mens in de zaak Benthem.

3. Ten slotte heeft de Hoge Raad geweigerd kennis te nemen van bepaalde geschillen zonder dat er andere rechtsgangen, die met voldoende waarborgen omkleed zijn, open staan. Te denken valt hierbij aan geschillen over verkiezingsafspraken⁴⁶ en bepaalde vorderingen van de overheid jegens de burger⁴⁷.

Deze grensbepaling door de Hoge Raad heeft in belangrijke mate als reactie op ontwikkelingen in de wetgeving plaatsgevonden. De Hoge Raad werd immers in de loop van deze eeuw geconfronteerd met keuzes die door de wetgever werden gedaan bij de invoering van administratieve rechtsbescherming. De jurisprudentie van de Hoge Raad (met name bij de twee eerst genoemde punten) heeft geen andere strekking, dan dat de door de wetgever gemaakte keuzes worden gerespecteerd. Opmerkelijk is wel, dat door het "oplossen" van de bevoegdheidsvraag door te aanvaarden dat in principe elke rechtsstrijd -wat ook de aard is van de onderliggende rechtsverhouding- te formuleren is als een strijd over een onrechtmatige daad, de Hoge Raad een zo ruim mogelijke bevoegdheid voor de burgerlijke rechter gerealiseerd heeft. In belangrijke mate is daarmee de rechtvaardiging voor de jurisprudentie van de Hoge Raad op dit punt gegeven. Deze rechtvaardiging kan echter niet gelden voor administratief beroep, met name op de Kroon. Met de uitspraak in de zaak Benthem van het Hof in Straatsburg -waaruit moet worden afgeleid dat het beroep op de Kroon niet een rechtsgang is die uit het oogpunt van artikel 6 van het Europese Verdrag met voldoende waarborgen omkleed is te oordelen- is de grondslag aan de keuze van de Hoge Raad ontvallen.

Het feit dat de Hoge Raad zich -door de uitleg van artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie- openstelde voor de gevolgen van door de wetgever ingerichte rechtsbescherming heeft een belangrijk gevolg. Voor de wetgever vormt immers artikel 2 in die zin geen bindende rechtsnorm, dat de wetgever door nieuwe wetgeving kan derogeren aan deze bepaling. De wetgever is echter zelf wel gebonden aan de grondwettelijke competentiebepaling, zij het dat -nu geen constitutionele rechtspraak in Nederland mogelijk is- de uitleg van de grondwettelijke bepaling voorbehouden blijft aan de wetgever in formele zin. Deze wetgever heeft zich steeds op het standpunt gesteld dat terzake van administratiefrechtelijke geschillen tussen overheid en burger -het gebied van de administratieve rechtsbescherming- artikel 148 van de Grondwet 1848 geen belemmering inhield. Daarom is de discussie in de literatuur, die deze uitleg door de wetgever ten dele bestrijdt, puur academisch geweest. Maar doordat de uitleg door de wetgever van artikel 148 géén directe gevolgen had voor artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie kon de gewone rechter aanvullende rechtsbescherming geven; voldoende was dat de insteller van de vordering een onrechtmatige handeling stelde. Het duidelijkst heeft zich dit feit gedemonstreerd bij de grensafbakening van de bevoegdheid van de president van de rechtbank in kort geding met die van de Voorzitter van de Afdeling recht-

46. HR 26 maart 1971, AB 1971, 135 (Elsloo).

47. HR 9 november 1973, NJ 1974, 91.

spraak van de Raad van State⁴⁸. Langs deze weg blijkt dat het verschil tussen artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie en de grondwettelijke competentiebepaling toch enige betekenis heeft behouden. Door de uitleg die de Hoge Raad gaf aan artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie was aanvullende rechtsbescherming mogelijk.

De conclusie is gerechtvaardigd dat de rechter over zijn eigen competentie oordeelt, doch ernstig rekening houdt met de interpretatie door de wetgever in formele zin aan de Grondwet gegeven. Indirect werkt daarom deze interpretatie door bij de uitleg van artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie. Op vrijwel het gehele terrein van de administratieve rechtsbescherming heeft dit ertoe geleid dat de gewone rechter aanvullende rechtsbescherming kon geven. Een uitzondering wordt gevormd door de Ambtenarenwet 1929⁴⁹.

3.3.4. Rechtspraak in de Grondwet 1983

Bij de herziening van de Grondwet heeft men de discussie die over de uitleg van artikel 148 Grondwet van 1848 gevoerd werd, gestopt. De vraag of schuldvorderingen van publiekrechtelijke dan wel privaatrechtelijke aard zijn, is niet meer van belang: alle schuldvorderingen kunnen tot de bevoegdheid van de rechterlijke macht behoren. In artikel 112, eerste lid, is bepaald:

"Aan de rechterlijke macht is opgedragen de beslechting van geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen."

Tegelijkertijd is echter vastgelegd, dat de berechting van geschillen die niet uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan, opgedragen kan worden aan gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren (artikel 112, tweede lid), dan wel dat terzake van deze geschillen administratief beroep kan worden opengesteld (artikel 115).

Hoewel er nu wellicht minder aanleiding is voor academische discussies, moet worden vastgesteld dat er uiteindelijk niet veel veranderd is: de gewone rechter gaat voort op het pad dat bij de uitleg van artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie gevormd is. De administratieve geschillenbeslechting zoals die in de loop van deze eeuw is ingevoerd, is in ieder geval in overeenstemming met de Grondwet.

Belangrijker is de vraag in hoeverre het recht op toegang tot de rechter in de Grondwet is vastgelegd. In de volgende paragrafen zal dit worden uitgewerkt.

3.3.5. Straf- en tuchtrechtspraak

Ingevolge artikel 113, eerste lid, Grondwet is de berechting van strafbare feiten opgedragen aan de rechterlijke macht. Het begrip rechterlijke macht -voor zover

48. Vgl. de in noot 40 aangehaalde uitspraak, evenals Wn. Vz. Afd. rechtspraak RvS 28 oktober 1977 in: Administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen, losbladig, Alphen a/d Rijn. Ook valt te denken aan de aanvullende rechtsbescherming in sociale verzekeringszaken: Pres. Rb. Groningen 6 juni 1979, RSV 1980, 131.

49. Zie noot 42.

het de met rechtspraak belaste leden betreft- houdt in: voor het leven benoemde rechters (artikel 117, eerste lid, Grondwet). Bovendien is in het derde lid van artikel 113 bepaald dat een straf van vrijheidsontneming uitsluitend door de rechterlijke macht kan worden opgelegd. Deze exclusieve bevoegdheid van de rechterlijke macht is de enige⁵⁰ die de Grondwet met exclusiviteit aan de rechterlijke macht heeft gegeven. In het eerste lid van de bepaling is geen exclusiviteit vastgelegd: niet is uitgesloten dat tuchtrechtspraak die in het tweede lid is genoemd, als uitzondering kan gelden. Terecht wijst Kortmann⁵¹ op dit afgrenzingsprobleem, te meer daar terminologisch onduidelijk is wat de grenzen zijn van tuchtrechtspraak. Geconcludeerd moet worden dat het recht op toegang tot de rechter in de Nederlandse Grondwet alléén ten aanzien van vrijheidsstraffen is vastgelegd. Later zal blijken dat volgens de jurisprudentie van het Hof voor de rechten van de mens over artikel 6 van het Europese Verdrag ook de toepassing van andere sancties dan strafsancties onder het in die verdragsbepaling vastgestelde recht op toegang tot de rechter kan vallen.

3.3.6. Administratieve sancties

In de praktijk zijn administratieve sancties van grote en voor de betrokkene mogelijk zeer ingrijpende betekenis. De intrekking van een vergunning, de intrekking en/of terugvordering van een genoten uitkering, de oplegging van boetes en de verhoging van aanslagen treden vaak ook in de plaats van strafprocedures. Dit heeft meestal tweëerlei gevolg. In de eerste plaats kan de administratie op grond van eigen wettelijke bevoegdheden zelfstandig de sanctie toepassen en executeren. Voor zover toegang tot de rechter mogelijk is (bij de intrekking van vergunningen kan het vooralsnog ook gaan om administratief beroep) volgt deze rechterlijke controle pas achteraf. In de tweede plaats gelden de gewone strafrechtelijke bewijsregels voor deze procedures niet. Soms vindt zelfs een omkering van de bewijslast plaats.

De sanctie door de administratie opgelegd kan ook voortvloeien uit privaatrechtelijke rechtsvormen zoals erfpacht en overeenkomst. In deze gevallen kan een beroep op de rechter in zoverre uitgesloten zijn dat aan de rechter slechts een marginale toetsingsbevoegdheid of matigingsbevoegdheid blijft.

Deze administratieve sancties vallen buiten de grondwettelijke regeling van de toegang tot de rechter⁵².

3.3.7. Geschillen over burgerlijke rechten en schuldvorderingen

Ten aanzien van de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en schuldvorderingen is de huidige grondwettelijke regeling niet geheel duidelijk. Anders dan in de oude bepaling wordt in artikel 112, eerste lid, niet gesteld dat de

50. Zie voor de uitleg van artikel 112 Grondwet paragraaf 3.3. e.v.

51. C.A.J.M. Kortmann, De grondwetsherziening 1983, Deventer 1983, p. 288.

52. Vgl. Kortmann, a.w. (noot 51), p. 289.

rechterlijke macht "bij uitsluiting" bevoegd is. In het vorige hoofdstuk is gesteld dat een essentieel kenmerk voor de onafhankelijkheid van de rechter is, dat exclusieve attributie van rechtsmacht heeft plaatsgevonden. Het ontbreken van een exclusieve attributie van rechtsmacht terzake van burgerlijke rechten en schuldvorde-ningen vloeit niet alleen voort uit het weglaten van de woorden "bij uitsluiting", maar ook uit het feit dat er een belangrijke uitzondering op artikel 112, eerste lid, mogelijk is gemaakt. In het tweede lid van deze bepaling is deze uitzondering als volgt geformuleerd:

"De wet kan de berechting van geschillen die niet uit burgerlijke rechtsbetrekking zijn ontstaan, opdragen hetzij aan de rechterlijke macht, hetzij aan gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren."

Voorts is in artikel 115 bepaald:

"Ten aanzien van de in artikel 112, tweede lid, bedoelde geschillen kan administratief beroep worden ingesteld."

Het begrip rechterlijke macht staat in de Grondwet voor een orgaancomplex dat slechts voor het leven benoemde rechters omvat. Van andere gerechten hoeven de leden niet voor het leven benoemd worden. Dit impliceert niet dat ten aanzien van deze gerechten niet zonder meer aan de vereisten voor onafhankelijkheid zal worden voldaan⁵³, doch de grondwettelijke waarborg van benoeming voor het leven voor de hier aangeduide geschillen ontbreekt. Ten aanzien van artikel 115 is geen twijfel mogelijk. Daarin wordt de mogelijkheid genoemd administratief beroep open te stellen, dus geen onafhankelijke rechtspraak.

Nog problematischer wordt de regeling wanneer bezien wordt wat de grens is tussen geschillen die uit burgerlijke rechtsbetrekking zijn ontstaan, en geschillen die niet uit burgerlijke rechtsbetrekking zijn ontstaan. Deze grensbepaling levert moeilijke interpretatieproblemen op⁵⁴. Is beslissend of de overheid (als zodanig) betrokken is bij de rechtsbetrekking in geschil, of is het voldoende dat de overheid als rechtspersoon betrokken is bij de rechtsbetrekking? Vanwege het ontbreken van constitutioneel toetsingsrecht is de keuze bij de uitleg van deze grondwettelijke regeling aan de wetgever gelaten. Door de interpretatieruimte die de Grondwet geeft is er geen duidelijke waarborg voor geschillenbeslechting door een onafhankelijke rechter, met name niet op het grensgebied tussen vorderingen die wel en die niet uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan. Daarbij komt nog dat de relevantie van de grondwettelijke regeling aanzienlijk is afgenomen, doordat ingevolge de jurisprudentie van het Hof voor de rechten van de mens beslissend is de vraag of een geschil betrekking heeft op "civil rights and obligations" in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag. De ruimte die de Grondwet biedt voor het openstellen (of handhaven) van administratief beroep kan met het oog op deze jurisprudentie door de wetgever in belangrijke mate niet gebruikt worden.

Uit het voorstaande vloeit voort dat de waarborgfunctie van de competentie-regeling in de Grondwet beperkt is en in ieder geval onvoldoende waarborgen biedt ten opzichte van het vereiste van onafhankelijke rechtspraak zoals dit -mede op

53. In het vorige hoofdstuk is betoogd dat voor rechterlijke onafhankelijkheid benoeming voor het leven niet per se vereist is.

54. Kortmann, a.w. (noot 51), p. 285.

grond van de jurisprudentie van het Europese Hof- in artikel 6 van het Europese Verdrag vastgelegd is. De wens van de grondwetgever om ruimte te creëren voor administratief beroep heeft ertoe geleid dat de betekenis van de grondwettelijke regeling voor de wetgeving in formele zin terzake van de rechtsmacht van de rechter met betrekking tot geschillen over "civil rights and obligations" vrij gering is.

3.3.8. Het ius de non evocando

In dit overzicht van het recht op toegang tot de rechter moet thans aandacht worden geschonken aan de grondrechten en in de eerste plaats het ius de non evocando.

Bij de grondwetsherziening 1983 is het ius de non evocando uit het hoofdstuk "Justitie" verdwenen en als een van de grondrechten in het eerste hoofdstuk van de Grondwet opgevoerd. Artikel 17 van de Grondwet bepaalt.

"Niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent."

Het ius de non evocando heeft in Nederland tot voor kort ten onrechte weinig belangstelling genoten. Daar lijkt verandering in te komen⁵⁵.

Het ius de non evocando houdt een negatief geformuleerde garantie van het recht op toegang tot de rechter in. Ervan uitgaande dat een rechtssubject krachtens het positieve recht een beroep op de rechter heeft, geldt dat hij van deze rechter niet afgehouden mag worden. De wijze waarop een rechtssubject van de rechter kan worden afgehouden kan verschillen. Te denken valt aan arbitrage die voortvloeit uit een niet in volle vrijheid gesloten overeenkomst, of het scheppen van voldongen feiten in de wetenschap dat daarmee het beroep op de rechter zinledig wordt. Het voldongen feit, dat een beroep op de rechter tot een illusie kan maken, vindt in het beginsel dat in het ius de non evocando vastgelegd is, een tegenwicht. De in de meeste rechtsgangen bestaande mogelijkheid van een kort geding geeft een bijdrage tot de oplossing. Maar wanneer door snel handelen zelfs een kort geding zinloos zou worden, dan kan het ius de non evocando toch nog beschermende werking hebben. Bij voorbeeld de Voorzitter van de Afdeling rechtspraak vindt in de dreiging van een voldongen feit voldoende grond om -ongeacht de merites van een zaak- met een schorsing de benadeelde partij in een zodanige positie te brengen, zodat hij zijn zaak daarna nog zinvol voor de rechter kan brengen⁵⁶. Het ius de non evocando heeft een lange geschiedenis achter zich. De betekenis van dit grondrecht is in de loop der eeuwen ook verschoven. Het grondrecht heeft bij voorbeeld bij wijze van privilege de garantie ingehouden dat men door de eigen stand binnen

55. G.J.M. Corstens, De verhouding rechter-openbaar ministerie, Arnhem 1983, A.H.J. Swart, Goede rechtsbedeling en internationale rechtshulp in strafzaken, Deventer 1983 en Hirsch Ballin, Handelingen N.J.V. 1983, a.w. (noot 11), p. 18.

56. Het is vaste praktijk van de Voorzitter van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State telefonisch te informeren of het overheidsorgaan bereid is de behandeling van het schorsingsgeding af te wachten zo niet, dan volgt per omgaande een telegrafische schorsing. Vgl. ook Pres. Rechtbank Zwolle 24 juni 1982, RvdW, 1982, 142 en Wn. Vz. Afd. rsp. RvS 28 november 1978, BR 1979, 282.

de eigen gemeenschap berecht zou worden⁵⁷. In deze tijd spreekt dit -vanwege de inmiddels sterk gewijzigde maatschappelijke structuren- weinig aan. In een later stadium heeft het ius de non evocando de betekenis gekregen dat gelegenheidsrechtspraak uitgesloten was. Vanwege het ontbreken van constitutioneel toetsingsrecht zijn er geen rechtsgevolgen aan het grondrecht te verbinden wanneer de wetgever in formele zin gelegenheidsrechtspraak invoert. Het ius de non evocando verzet zich niet tegen specialisatie van de rechtspraak⁵⁸.

Meer algemeen gesteld omvat het ius de non evocando twee aspecten: In de eerste plaats het verbod van de handeling waarmee een rechtssubject buiten staat wordt gesteld zich (tijdig) tot de rechter te wenden. In de tweede plaats een verbod van willekeur in verband met rechtspleging (gelegenheidsrechtspraak, "forumshopping" door het openbaar ministerie⁵⁹).

Het ius de non evocando neemt in onze rechtsorde een bijzondere plaats in. In de volgende paragrafen zullen de verschillende aspecten ervan verkend worden. Omdat het ius de non evocando in nauw verband wordt gebracht met de lagere wetgeving en de rechtspraak zal in de bespreking in de volgende paragrafen niet slechts aan de Grondwet aandacht geschonken worden.

3.3.9. Het voldongen feit

De term "voldongen feit" heeft een bijzondere betekenis. Een geding wordt "voldongen". De uitkomst van het geding vormt in deze zin een voldongen feit. In het huidige spraakgebruik is een voldongen feit echter een feit waaraan niets meer te veranderen valt. Ondanks het feit dat de historische achtergrond van de term "voldongen feit" verbleekt is, speelt het voldongen feit een bijzondere rol in de rechtspraak. Een voldongen feit kan er immers toe leiden dat een beroep op de rechter aan waarde inboet doordat zich feiten voordoen die niet meer terug te draaien zijn. In het burgerlijke recht treffen we een terminologie aan, die hiervoor illustratief is. Bij een rechterlijke uitspraak is het immers de vraag of deze voor reële executie vatbaar is. Is dat niet mogelijk, dan zal de winnende procespartij zich tevreden moeten stellen met een andere vorm van genoegdoening, bij voorbeeld schadevergoeding.

Er zijn talloze situaties, waarin ons recht erop gericht is voldongen feiten te voorkomen; dit wil zeggen dat het vrij algemeen aanvaard is dat het scheppen van een voldongen feit waardoor het beroep op de rechter minder effectief wordt, ongewenst is. In het strafrecht gaat het om vrijheidsberoving zonder rechterlijke tussenkomst, in het burgerlijke recht om bij voorbeeld beslag. In het administratieve recht kan schorsing van een overheidsbeslissing of een voorlopige voorziening een voldongen feit voorkomen. Te denken valt aan de uitzetting van een vreemdeling

57. Brenninkmeijer, a.w. (noot 37).

58. Vgl. bij voorbeeld artikel 101 Grundgesetz van de Bondsrepubliek Duitsland: 1. Ausnahmegerichte sind unzulässig. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden.

2. Gerichte für besondere Sachgebiete können nur durch Gesetz errichtet werden.

59. Vgl. Corstens, a.w. (noot 55), p. 30.

voordat de rechter een oordeel heeft kunnen geven over de verblijfstitel. In een aantal gevallen kan de toepassing van bestuursdwang het scheppen van voldongen feiten voorkomen, zodat een voorlopige voorziening waarbij het bestuur opgedragen wordt een besluit terzake van de toepassing van politiedwang te nemen, een bijdrage kan betekenen om voldongen feiten te voorkomen.

Wordt het voldongen feit niet voorkomen, dan geldt de macht van de feiten, die een inbreuk vormt op de gelding van het recht. Het recht op toegang tot de rechter dreigt inhoudsloos te worden wanneer niet op effectieve wijze voldongen feiten voorkomen kunnen worden door hetzij een snel oordeel van de rechter hetzij door de mogelijkheid conserverende maatregelen te treffen. Het recht op toegang tot de rechter omvat mede het recht op effectieve rechtsbescherming. Onder effectieve rechtsbescherming is te verstaan, dat een rechtssubject zoveel mogelijk zijn rechtsaanspraken kan effectueren in overeenstemming met de inhoud van de geldende rechtsnormen.

Naast de vele bijzondere procesvormen in ons recht vormt het kort geding voor de president van de rechtbank het belangrijkste instituut ter waarborging van effectieve rechtsbescherming. Deze rechtsbescherming werkt aanvullend ten aanzien van alle andere procedures op korte termijn. Hoofddijn van de jurisprudentie in kort geding is, zou men kunnen zeggen, dat voldongen feiten voorkomen moeten worden. Juist deze positie van de rechter in kort geding geeft aanleiding tot de conclusie dat aan onze rechtsorde het recht op effectieve rechtsbescherming ten grondslag ligt. Op dit punt heeft de rechter het voortouw genomen. De vraag die hier aan de orde komt, is welke consequenties de wetgever hieraan zou moeten verbinden. Het probleem is namelijk dat in een aantal gevallen het kort geding niet optimaal toegepast kan worden om voldongen feiten te voorkomen. Hier zal nader verkend worden welke problemen er kleven aan de toepassing van het kort geding. Daarbij zal blijken dat met name het kort geding tegen de overheid en in het bijzonder in administratieve rechtsbescherming aandacht vraagt.

De betekenis van het in artikel 17 van de Grondwet vastgelegde *ius de non evocando* is niet geheel duidelijk. Donner⁶⁰ geeft er de voorkeur aan om in aansluiting op de bestaande rechtspraak van de rechter een heel beperkte betekenis aan dit recht te geven, namelijk deze dat de rechter er een verhindering in ziet dat de overheid contracten algemeen verbindend verklaart waarin de gang naar de gewone rechter belemmerd wordt. Hij is van oordeel dat dit recht daarom ook beter niet als grondrecht in de Grondwet had kunnen worden opgenomen en had liever gezien dat het in het hoofdstuk rechtspraak was opgenomen. Tegen deze beperkte uitleg van het *ius de non evocando* door Donner spreekt, dat de grondwetgever het *ius de non evocando* nu juist wel als grondrecht heeft willen erkennen. De uitleg van deze bepaling dient dan ook in dit perspectief gezien te worden.

Bij de beantwoording van de vraag wat de betekenis is van de bepaling dat niemand tegen zijn wil mag worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent, is de uitleg van het begrip "afhouden" van cruciale betekenis. Op welke

60. Donner, a.w. (noot 38), p. 279.

wijze kan een rechtssubject van de rechter worden afgehouden? Dit is bij voorbeeld mogelijk bij contract, maar veelal zal het gaan om een feitelijke handeling, waardoor het latere beroep op de rechter zonder veel betekenis wordt. Eerder is als voorbeeld genoemd de uitzetting van een vreemdeling voordat de rechter een oordeel heeft kunnen geven over de verblijfstitel⁶¹. Naast dit voorbeeld uit de administratiefrechtelijke sfeer zijn er ook te noemen op het gebied van het strafrecht⁶² en het burgerlijke recht⁶³. Steeds blijkt daarbij dat het voldongen feit voorkomen moet worden. Een complicatie hierbij vormt echter het feit dat in het strafprocesrecht veelal door bijzondere waarborgen het voldongen feit (bij voorbeeld vrijheidsberoving zonder rechterlijke tussenkomst) zoveel mogelijk is teruggedrongen. Het voorkomen van voldongen feiten in het strafrecht vormt met andere woorden een zodanig fundamenteel belang, dat de wetgever rechtstreeks voor de uitwerking van het grondrecht in de wetgeving heeft gezorgd.

In het burgerlijke recht speelt het probleem van de horizontale werking⁶⁴ van het ius de non evocando. Verdedigbaar is de stelling dat het ius de non evocando, geleet op de beperkte uitleg die de rechter er thans aan geeft, nu ook geen horizontale werking heeft. Blijkens de memorie van toelichting bij de grondwetsherziening⁶⁵ kan onder horizontale werking echter ook verstaan worden de situatie dat de wetgever door nadere wetgeving het grondrecht voor de verhouding tussen rechtssubjecten, niet zijnde de overheid, betekenis geeft. In het burgerlijke recht en het burgerlijke procesrecht zijn een aantal voorzieningen mogelijk gemaakt die bij uitstek geschikt zijn om voldongen feiten te voorkomen. Eerder is het beslagrecht al genoemd. Het verbod van eigenrichting -voor zover dat erkenning heeft gevonden⁶⁶- kan hieraan worden toegevoegd. Het kort geding als zodanig vormt echter het middel bij uitstek om voldongen feiten te voorkomen. Het opmerkelijke is dat het kort geding, dat primair ingericht is als procesrechtelijk instituut voor de handhaving van burgerlijke rechten, ook een aanvullende functie heeft bij het voorkomen van voldongen feiten in het strafrecht. Hoewel de stelling verdedigd zou kunnen worden dat de wetgever met de vormgeving van het strafprocesrecht een uitputtende regeling van de procesmogelijkheden heeft willen geven, heeft de gewone rechter in burgerlijke zaken toch een aanvullende rechtsbeschermende taak op zich genomen⁶⁷. Dat de rechter ook in administratiefrechtelijke geschillen deze taak op zich heeft genomen is meer vanzelfsprekend, omdat vanwege het uitblijven van een enigszins dekkende regeling van de rechtsbescherming in dit rechtsgebied de gewone rechter in burgerlijke zaken onder het begrip onrechtmatige daad in

61. Brenninkmeijer, a.w. (noot 37), p. 362.

62. Swart, a.w. (noot 55) en Corsten, a.w. (noot 55).

63. Brenninkmeijer, a.w. (noot 37) en idem, Arbitrage bij overeenkomsten met de overheid, in het bijzonder in de bouw, BR 1982, p. 740.

64. Hier als synoniem gebruikt van het begrip derdenwerking.

65. Kamerstukken II, 13 872, nr. 3, p. 15 e.v.

66. L.E.H. Rutten, *Eigenrichting*, Zwolle 1961 en G.H.A.S., *Eigenrichting in een rechtsstaat*, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 1983, p. 525.

67. G.J.M. Corstens, *De president in kort geding in strafzaken*, in *Ad personam*, Zwolle 1981, p. 9 e.v.

artikel 1401 BW mede is gaan verstaan de onrechtmatige overheidsdaad⁶⁸. Toen deze stap aan het begin van de eeuw gezet was, is aanvankelijk nog niet overwogen om ook het kort geding toe te passen in het strafproces. Nu het begrip onrechtmatige daad mede de onrechtmatige overheidsdaad omvatte, lag deze stap wel in de rede.

Naar aanleiding van deze inventarisatie kan worden gesteld dat ondanks het feit dat in de rechtspraak niet expliciet het ius de non evocando uitgelegd is als de bepaling die mede gericht is op het voorkomen van voldongen feiten, deze uitleg zeer goed mogelijk blijkt te zijn. De plaatsing van het ius de non evocando in het eerste hoofdstuk van de Grondwet 1983 brengt mee dat de rechter in de jurisprudentie met betrekking tot het voorkomen van voldongen feiten meer expliciet zou kunnen verwijzen naar dit grondrecht.

3.3.10. Knelpunten in kort geding

Het kort geding schept voor belangrijke delen van ons recht de mogelijkheid effectieve rechtsbescherming te krijgen. Dit geldt met name voor het burgerlijke recht en het strafrecht; wellicht hangt dit samen met het feit dat de president van de rechtbank volledig ingevoerd is in deze rechtsgebieden. De consequenties van zijn rechtspraak kan hij vrij goed overzien, zodat het gevolg is dat hij creatief toepassing kan geven aan de mogelijkheden die het kort geding bieden. Als voorbeelden kunnen worden genoemd de incasso van schuldvorderingen⁶⁹ en het kort geding tegen invezekeringstelling en voorlopige hechtenis⁷⁰. Ook in een aantal regelingen van administratief procesrecht is de mogelijkheid geopend om een voorziening op korte termijn te krijgen. Desondanks heeft de gewone rechter in belangrijke delen van het administratieve recht de taak aanvullende rechtsbescherming te geven⁷¹. Dit vloeit voort uit de omstandigheid dat de administratieve rechtsbescherming slechts toegang tot de rechter geeft voor incidenteel in de wet aangeduide onderdelen van het administratieve recht en vaak ook slechts voor bepaalde soorten overheidsbesluiten. In sommige rechtsgangen ontbreekt de mogelijkheid voor het vragen van een voorlopige voorziening in het geheel⁷². De aanvullende rechtsbescherming door de gewone rechter geboden in administratieve geschillen, geeft echter niet steeds een adequate oplossing voor het ontbreken van effectieve rechtsbescherming. Het probleem is dat de president in kort geding in deze geschillen geroepen wordt een oordeel te geven over rechtsgebieden waarmee hij niet steeds vertrouwd is. Een materiële beoordeling van het geschil wordt daarom vaak moeilijk. Dit komt tot uitdrukking in het feit dat door de president in kort geding eerder

68. HR 21 april 1898, W 7116 (Rhedense koe), versus HR 10 mei 1901, W 7606 (Rotterdam huis).

69. J.H. Blaauw en M.E.Th. de Bruijn-Luikinga, Geldvorderingen in kort geding, NJB 1985, p. 1109.

70. Zie noot 67, alsmede P.J. Blaauw, Strafrecht in kort geding, Advocatenblad 1986, p. 453 e.v.

71. Bij voorbeeld Pres. Rb. Groningen 6 juni 1979, RSV 1980, 131, zie ook de noot van E.M.H. Hirsch Ballin in TAR 1986, p. 216.

72. Belastinggeschillen en geschillen over sociale verzekeringen.

marginaal getoetst wordt, waarbij de schending van formele beginselen van behoorlijk bestuur een ondergeschikte of zelfs geen rol speelt⁷³. Deze benaderingswijze van de president in kort geding is onvermijdelijk. De rechtspraak van de voorzitter van de Afdeling rechtspraak leert dat bij een schorsing of een voorlopige voorziening een snelle materiële beoordeling van het geschil mogelijk is en vaak een goede grondslag biedt voor de beslissing op het verzoek om een voorziening of de schorsing⁷⁴. Juist dit laatste plaatst de president van de rechtbank in een moeilijke positie; hoewel formeel gesteld moet worden dat een vonnis in kort geding niet prejudicieert ten aanzien van het bodemgeschil, moet toch worden vastgesteld dat materieel gezien de invloed van het voorlopige oordeel op de rechtsvorming groot is. De voorzitter van de Afdeling rechtspraak heeft essentiële beslissingen genomen, die later bij de afhandeling van het bodemgeschil bevestigd zijn⁷⁵. De president van de rechtbank dient erop bedacht te zijn niet door zijn rechtspraak in kort geding de jurisprudentie van de administratieve rechter, die bevoegd is ten aanzien van het bodemgeschil, te doorkruisen.

Een ander probleem vormt het feit dat in het administratieve recht de niet verplichte rechtsbijstand uitgangspunt is en bovendien dat -afgezien van eventueel verschuldigde griffierechten- de procedure kosteloos is⁷⁶. Beide punten houden een versterking van de positie van het betrokken rechtssubject tegenover de overheid in. Het kort geding kan daarentegen alleen door tussenkomst van een advocaat gevoerd worden terwijl een veroordeling in de kosten mogelijk is.

De aanvullende rechtsbescherming door de president van de rechtbank is in de loop der tijd uitgegroeid en heeft daarmee een zekere vanzelfsprekendheid verworven. Dit leidt ertoe dat de vraag naar de oorzaak van het probleem dat in administratieve geschillenbeslechting in een niet onbelangrijk aantal gevallen een eigen kort geding ontbreekt -als het al als een probleem onderkend wordt- niet gesteld wordt. Bij een bespreking van het recht op toegang tot de rechter kan deze vraag echter niet blijven liggen. De oorzaak van het verschil in rechtsbescherming in burgerlijke en strafgedingen enerzijds en in administratieve gedingen anderzijds kan worden gevonden in de fragmentarische regeling van het administratieve procesrecht. Het gevolg is dat de administratieve rechtsbescherming door de onderscheiden administratieve rechters plaatsvindt binnen nauwkeurig in de wet aangegeven grenzen. Een algemene bevoegdheid tot het geven van rechtsbescherming zoals die door de gewone rechter gebaseerd kan worden op artikel 1401 BW en artikel 289 Rv, ontbreekt in het administratieve recht. De reikwijdte van deze ruime bevoegdheid van de gewone rechter is zelfs zo groot dat administratieve geschillen zonder man-

73. Vgl. bij voorbeeld P.J. Wattèl, in zijn noot onder HR 23 november 1984, Fiscaal weekblad 1985, nr. 154.

74. J.A. Borman, De procedure bij de Afdeling rechtspraak van de Raad van State, Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle 1982, p. 48 e.v.

75. Borman a.w. (noot 74), p. 52 e.v.

76. Een uitzondering vormt de Wet Arbo, maar het CvBB komt slechts bij hoge uitzondering tot een kostenveroordeling ten aanzien van klagers.

keren⁷⁷ mede in beoordeling kunnen worden genomen.

3.3.11. Het recht op rechtsbijstand

Onder de sociale grondrechten is in de Grondwet van 1983 een nieuwe bepaling opgenomen, die de rechtsbijstand betreft. Artikel 18 luidt:

"1. Ieder kan zich in rechte en in administratief beroep doen bijstaan.

2. De wet stelt regels omtrent het verlenen van rechtsbijstand aan minder draagkrachtigen."

Het eerste lid houdt geen sociaal grondrecht in, doch een klassiek. Rechtsbijstand door een derde in een geding kan niet worden tegengehouden. Bij de totstandkoming van deze bepaling is gesteld, dat men zich niet door willekeurig wie mag doen bijstaan. Bij wettelijke regeling mogen beperkingen worden gesteld⁷⁸.

Het tweede lid creëert een zorgplicht voor de overheid waarvan de omvang niet is aangegeven. Wel ligt in de bepaling het oogmerk besloten, dat de tot stand te brengen wettelijke regeling gericht is op de rechtsbijstand aan minder draagkrachtigen.

De hier bedoelde materie zal later uitvoeriger aan de orde komen bij de bespreking van de gewone wetgeving.

3.4. De toegang tot de rechter in de gewone wetgeving

Voor de vormgeving van het recht op toegang tot de rechter is de gewone wetgeving van grote betekenis. Zoals eerder gebleken is, houdt het recht op toegang tot de rechter volgens het Europese Hof voor de Rechten van de mens niet alleen de formele garantie van een bevoegde rechter in, maar tevens een aanspraak op effectieve rechtsbescherming. Juist de effectiviteit van de rechtsbescherming kan slechts bereikt worden door een goed uitgewerkt en vaak gecompliceerd procesrecht. Daarnaast zijn voorzieningen nodig van meer algemene aard, zoals voor rechtshulp. Wetgeving gericht op de constitueren van een onafhankelijk opererende advocatuur en op financiële ondersteuning van degene die vanwege zijn zwakke maatschappelijke positie niet in staat is de kosten van rechtsbijstand en van een procedure te dragen, is noodzakelijk.

Hieronder zullen eerst een aantal algemene aspecten van de gewone wetgeving aan de orde komen. Het gaat daarbij met name om een aantal noodzakelijke voorwaarden om effectief toegang tot de rechter te hebben deskundige hulpverlening en financiële ondersteuning. Daarnaast vormt de bezetting van rechterlijke colleges een punt van aandacht. Daarna zullen enkele trekken van het (proces)recht voor de onderscheiden rechtsgebieden aan de orde komen. Het zal daarbij niet gaan om een volledig overzicht van het procesrecht, omdat de materie daarvoor te complex is. Aandacht zal worden gegeven aan de betekenis van de toegang tot de rechter voor de onderscheiden rechtsgebieden.

77. Met uitzondering van geschillen die onder de Ambtenarenwet 1929 vallen: zie noot 40.

78. Vgl. Kortmann, a.w. (noot 51), p. 110.

3.4.1. Advocatuur en rechtshulp

Hoewel dit in Nederland vanzelfsprekend lijkt, is voor effectieve rechtsbescherming vereist dat rechtssubjecten die toegang tot de rechter zoeken door onafhankelijke deskundigen ondersteund worden. Bij ons wordt die ondersteuning langs drie wegen mogelijk gemaakt: door de advocatuur, door de bureau's voor consultatie en door rechtswinkels en andere hulpverlenende instanties. Voor de rechtshulpverlening in algemene zin zijn verschillende modellen denkbaar. Zo zou van overheidswege de rechtshulp georganiseerd kunnen worden. De advocaten zouden dan in loondienst bij de overheid zijn⁷⁹. Kenmerkend voor de Nederlandse situatie is dat de advocatuur als vrije beroepsgroep functioneert. Dit neemt niet weg dat in de Advocatenwet een aantal uitgangspunten voor de organisatie van de advocatuur zijn vastgelegd. De rechtshulpverlening door anderen dan advocaten is na de jaren zestig met name onder invloed van de opkomst van rechtswinkels tot ontwikkeling gekomen. Deze ontwikkeling had tot gevolg dat de drempel voor rechtshulpverlening, die bij de traditionele advocatuur soms hoog kan zijn, verlaagd is. De rechtswinkel vloeide voort uit initiatieven van rechtenstudenten, die sociaal zwakkere groepen betere mogelijkheden wilden bieden om toegang tot de rechter te krijgen. Op overheidskosten zijn in een later stadium de bureau's voor rechtshulp⁸⁰ gaan functioneren⁸¹. Er zijn een aantal andere organisaties die rechtshulp verlenen. Bij voorbeeld kunnen worden genoemd de rechtskundige diensten van vakbonden en belangengroeperingen. Ook kan gedacht worden aan de bij sommige gemeentes ingestelde burgerraadslieden.

Een bijzondere taak komt toe aan de Nationale ombudsman, voor zover deze bij hem binnengekomen beroeps- en klaagschriften doorgeleidt naar de bevoegde instanties⁸². De ombudsman valt voor zover hij klachten zelf in behandeling neemt buiten het onderwerp van de toegang tot de rechter.

Bij de rechtshulpverlening neemt de advocatuur een centrale positie in. Dit hangt samen met het feit dat enerzijds verplichte rechtsbijstand door een advocaat (of procureurstelling) voor een belangrijk aantal gevallen in de wet is voorgeschreven. Anderzijds betreft de toevoeging voor rechtsbijstand met financiële ondersteuning van overheidswege steeds toevoeging aan een advocaat⁸³.

79. Zie voor een inventarisatie: M. Cappelletti e.a., *Toward equal justice: a comparative study of legal aid in modern societies*, New York 1975.

80. Het gaat daarbij om stichtingen die de taken van de bureau's van consultatie en de Raad van rechtsbijstand in strafzaken uitvoeren.

81. Zie voor een schets van deze ontwikkeling: C.F.J. de Jongh, *Het recht op rechtsbijstand*, in: *Grondrechten, commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet*, Nijmegen 1982, p. 373 e.v.

82. Art. 13 Wet Nationale ombudsman.

83. Op grond van artikel 14, tweede lid, van de Wet tot regeling rechtsbijstand aan on- en minvermogenenden is ook toevoeging van een deurwaarder mogelijk.

3.4.2. De betekenis van een onafhankelijke advocatuur

De grote betekenis van het onafhankelijk functioneren van de advocatuur kan langs twee wegen geïllustreerd worden.

In de eerste plaats valt te wijzen op de activiteiten van de Commissie voor de rechten van de mens, subcommissie van de Commissie voor de strijd tegen discriminatoire maatregelen en voor de bescherming van minderheden⁸⁴, van de Verenigde Naties. Uit de rapporten die door deze commissie zijn opgesteld blijkt de grote bezorgdheid over het onafhankelijk functioneren van de advocatuur⁸⁵. Op grond van rapportages van verscheidene landen is een inventarisatie gemaakt van belangrijke aspecten die de onafhankelijkheid van de advocatuur raken⁸⁶. Te noemen vallen:

1. de opleiding van advocaten en de toegang tot het beroep;
2. de rol van beroepsorganisaties;
3. de verhouding tussen de advocaat en de overheid;
4. de zaken die een advocaat mag weigeren te behandelen, ..
5. de beperking van het recht van advocaten om zelf hun cliënten te kiezen;
6. de immuniteit van advocaten;
7. de beperking van activiteiten van advocaten;
8. sancties van toepassing op advocaten die niet hun onafhankelijkheid bewaren.

Deze wereldwijde inventarisatie leidt tot elementen van de onafhankelijkheid van de advocaat die in ons land onbekend zijn. Te noemen valt de immuniteit van de advocaat. In de Nederlandse wetgeving is niet vastgelegd dat advocaten niet vervolgd kunnen worden voor hetgeen zij in de rechtszaal en in de schriftelijke procedure hebben gezegd. Recentelijk is nog gebleken dat een klacht van een president van een rechterlijk college tegen een advocaat ontvankelijk is voor tuchtrechtelijke beoordeling⁸⁷. Wanneer een mogelijke dreiging met strafrechtelijke of tuchtrechtelijke vervolging een bedreiging inhoudt van de onafhankelijkheid van de advocaat, zou deze vervolging uit moeten blijven. Op z'n minst zou een regeling tot stand moeten worden gebracht waarbij de belangen van een onafhankelijke advocatuur gewaarborgd worden.

Een tweede illustratie kan gevonden worden in een verslag van het functioneren van de advocatuur in de Sovjet-Unie. Voor dit verslag kan verwezen worden naar de biografie van Dina Kaninskaya onder de titel "Final Judgement"⁸⁸. Het waardevolle van deze biografie is dat een beeld wordt gegeven van het feitelijk functioneren van de advocatuur in dit land. Kenmerkend voor de sovjet-rechtsorde

84. Van het Sociaal economisch comité.

85. Vgl. E/CN.4/Sub 2/428, d.d. 11 juli 1979, en E/CN.4/Sub 2/481, d.d. 30 juni 1981, het tussenrapport van L.M. Singhvi en E/CN.4/Sub 2/481/Add. 1, d.d. 4 augustus 1981; vgl. ook: Raad van Europa, Procedures facilitating acces to justice (Replies of governments to the questionnaire procedure faciliating acces to justice), Straatsburg 1980, inzake civiele procedures. Zie met name de vragen 1, onder b, sub 2 en 9, onder a, b en c.

86. Zie het rapport d.d. 11 juli 1979 in de vorige noot genoemd, p. 25 e.v. De inventarisatie is gericht op de realisering van de mensenrechten.

87. Vgl. NJB 1984, p. 191-192; NJB 1983, p. 142; p. 343-344; p. 450 en p. 526. Zie ook T. Prakke, Kleine criminologie van de sociale advocatuur, NJB 1980, p. 1013 e.v., over het optreden van advocaten buiten de rechtszaal.

88. New York 1982.

is dat naast het positieve geldende recht, dat in de wet staat, en het gewoonterecht een derde vorm van recht bestaat, dat door Fridrich Netznansky het "instructieve recht" is genoemd⁸⁹. Dit (geheime) instructieve recht is van grote betekenis voor de wijze waarop geschillen worden afgedaan. Dit instructieve recht kan leiden tot rechtstoepassing die in strijd is met het positieve recht⁹⁰. Ook ten aanzien van het functioneren van een advocaat in de Sovjet-Unie spelen niet officiële en soms illegale⁹¹ factoren een rol. Hoewel advocaten formeel toegang hebben tot de gerechten is voor het optreden in zaken die een politieke of ideologische inslag hebben (waarbij de KGB betrokken is) een speciale toestemming vereist. Het verkrijgen van deze toestemming of het verlies ervan is afhankelijk van de politieke gehoorzaamheid (aan de Partij-ideologie) van de advocaat⁹². Sprekend is ook dat de Partij invloed uitoefent op de samenstelling van het presidium van het college van advocaten⁹³. Dit presidium heeft belangrijke toezichthoudende bevoegdheden op advocaten.

3.4.3. Het wettelijke statuut van de advocatuur

Het ligt niet in de bedoeling hier een volledig overzicht van de wettelijke regelingen te geven. Een aantal belangrijke punten zullen naar voren gehaald worden. In het burgerlijke proces is voor de dagvaardingsprocedure de procureurstelling verplicht, in cassatie is bijstand van een advocaat vereist⁹⁴. Als uitvloeisel van deze verplichte procesvertegenwoordiging is in artikel 13, eerste lid, Advocatenwet bepaald, dat de rechtzoekende die niet of niet tijdig een advocaat bereid vindt hem zijn diensten te verlenen in zaken waarin verplichte procesvertegenwoordiging is voorgeschreven, zich kan wenden tot de deken van de orde van advocaten met het verzoek een advocaat aan te wijzen⁹⁵. De deken van de orde van advocaten beslist en kan eventueel gemotiveerd het verzoek afwijzen. Tegen deze beslissing is uiteindelijk beroep mogelijk bij het Hof van discipline. Hiermee is geen recht op een advocaat of procureur in absolute zin gevestigd⁹⁶. Wanneer een rechtzoekende op onheuse gronden een procedure wil beginnen, dan kan dit streven stranden op het ontbreken van een advocaat of procureur⁹⁷.

89. B. de Jong Interview met F. Netznansky, "een politiek ervaren rechter voelt aan wat voor vonnis de Partij van hem verwacht", Intermediair 10 februari 1984, op. 17.

90. Kaninskaya, a.w. (noot 88), p. 30.

91. Vgl. bij voorbeeld de buitenwettelijke betaling van advocaten, die gemeengoed is geworden. Kaninskaya, a.w. (noot 88), p. 29-30.

92. Kaninskaya, a.w. (noot 84), p. 31-32.

93. Idem, p. 24 e.v.

94. Artt. 407, derde lid, en 409, eerste lid, Rv. (rechtsbijstand advocaat in cassatie), art. 133, eerste lid, Rv. procureurstelling dagvaardingsprocedure rechtbank), art. 137, eerste lid, Rv. (procureurstelling gedaagde), art. 353 Rv. (idem in hoger beroep bij Gerechtshof). Voor de verzoekschriftprocedure geldt eveneens het beginsel van verplichte rechtsbijstand (art. 429d Rv). Bij kantongerechtsprocedures gelden deze verplichtingen niet.

95. Art. 67 Advocatenwet voor de procureur.

96. Vgl. de memorie van toelichting bij de Wet van 16 maart 1968 (Stb. 161), Kamerstukken II, 8447, p. 155 e.v.

97. Vgl. Pres. Rb. 's-Gravenhage 29 april 1964, NJ 229.

In strafzaken zijn verdachten bevoegd één of meer advocaten als raadslieden te kiezen⁹⁸. Voorts kan de deken van de orde van advocaten, advocaten die zich daartoe bereid hebben verklaard, aanwijzen voor verlening van rechtsbijstand aan verdachten⁹⁹. De toevoeging vindt op verzoek plaats¹⁰⁰ en in bepaalde gevallen ambtshalve¹⁰¹. Ingevolge het bepaalde in artikel 13, vijfde lid van de Advocatenwet is de advocaat verplicht bij toevoeging als raadsman op te treden¹⁰².

In administratiefrechtelijke geschillen geldt geen verplichte procesvertegenwoordiging, bovendien is men vrij in de keuze wie men als raadsman laat optreden¹⁰³. Slechts in het geval dat door het Bureau voor consultatie in een administratiefrechtelijk geschil een advocaat is toegevoegd, is deze verplicht als raadsman op te treden¹⁰⁴.

Het toezicht op de advocatuur is hoofdzakelijk overgelaten aan de beroepsgroep zelf. Ingevolge de Advocatenwet is voorzien in tuchtrechtspraak, waarbij in hoogste instantie het Hof van discipline oordeelt. De advocaat is gebonden aan de Gedragsregels voor advocaten 1980. De advocaat is op grond van deze gedragsregels verplicht om, tenzij hij goede gronden heeft om aan te nemen dat zijn cliënt niet in aanmerking komt voor rechtsbijstand tegen verminderd tarief, met zijn cliënt te overleggen of er termen aanwezig zijn om te trachten rechtsbijstand tegen verminderd tarief te verkrijgen¹⁰⁵. In deze gedragsregels zijn ook de grenzen van de activiteiten van de advocaat neergelegd. Hij moet vermijden enige verplichting aan te gaan die zijn vrijheid en onafhankelijkheid in de uitoefening van het beroep in het gevaar zou kunnen brengen en in het bijzonder is het niet toegestaan om de belangen van twee partijen, als deze strijdig zijn, te behartigen¹⁰⁶.

Ten slotte wordt nog vermeld dat in het strafproces het contact tussen advocaat en verdachte gewaarborgd is in artikel 50 van het Wetboek van strafvordering. In principe heeft de raadsman vrije toegang tot de verdachte die rechtens van zijn vrijheid is beroofd en kan hij de verdachte alléén spreken en met de verdachte brieven wisselen zonder dat van de inhoud ervan door anderen kennis wordt genomen¹⁰⁷.

98. Art. 38, eerste lid, in samenhang met art. 37 Wetboek van Strafvordering.

99. Art. 40, eerste lid, Wetboek van Strafvordering.

100. Art. 42, eerste lid, Wetboek van Strafvordering.

101. Art. 41, eerste lid, Wetboek van Strafvordering.

102. Vgl. ook art. 15, tweede lid, Wet tot regeling rechtsbijstand aan on- en minvermogenen.

103. Daargelaten bij voorbeeld onteigeningsprocedures. art. 18 Onteigeningswet, in samenhang met art. 13, eerste lid Rv. Cassatie in belastingzaken en in sociale verzekeringszaken verlangt geen tussenkomst van een advocaat, vgl. A.Q.C. Tak en J.B.J.M. ten Berge, Nederlands administratief procesrecht, deel 2, Zwolle 1983, p. 219.

104. Art. 15, tweede lid, Wet tot regeling rechtsbijstand aan on- en minvermogenen.

105. Regel 13.

106. Regel 4 en 6.

107. Volledigheidshalve wordt hier nog de mogelijkheid genoemd om (tegen verminderd tarief) bijstand te krijgen van een tolk.

3.4.4. De regeling van de rechtsbijstand

De rechtsbijstand is hoofdzakelijk geregeld in de Wet rechtsbijstand aan on- en minvermogenen. Een voorontwerp van een Wet op de rechtshulp, dat een veel verdergaandere strekking heeft, is na de adviesronde bij de bezuinigingen in het begin van de jaren tachtig nog niet verder tot ontwikkeling gekomen¹⁰⁸.

Het uitgangspunt van de rechtsbijstand aan on- en minvermogenen is dat rechtsbijstand slechts wordt verleend aan hen, die naar het oordeel van het bureau van consultatie op grond van de voorhanden gegevens niet in staat zijn de krachtens geldende tarieven voor de verdediging van hun belangen verschuldigde kosten te voldoen en wier verzoek niet klaarblijkelijk van elke grond is ontbloeit en wier belang de te verrichten arbeid rechtvaardigt¹⁰⁹. Bezuinigingen hebben in 1983 er voorts toe geleid dat een aantal omstreden¹¹⁰ beperkende maatregelen is ingevoerd. In de eerste plaats is de gratis admittie vervallen en zal men afhankelijk van de draagkracht ten minste f 50,- bij moeten dragen. In de tweede plaats kunnen bij algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld over onder andere de soorten zaken waarin toevoeging plaats kan vinden. In de derde plaats kan bij algemene maatregel van bestuur voor bepaalde gebieden van het recht voor ieder bureau van consultatie een maximum aantal zaken dat voor toevoeging in aanmerking komt aangewezen worden¹¹¹. Uitgangspunt bij deze wijzigingen vormde de wens de kosten van de rechtshulp beheersbaar te maken¹¹². Deze wet draagt een tijdelijk karakter: eind 1987 zal de eerdergenoemde Wet op de rechtshulp een regeling moeten geven.

Naast de Wet rechtsbijstand aan on- en minvermogenen is nog een aantal andere regelingen van belang. Dit hangt samen met het feit dat ingevolge artikel 10 van deze wet vreemdelingen (niet statenloze ingezetenen zijnde) uitgesloten zijn van overheidswege gefinancierde rechtsbijstand¹¹³. In het bijzonder wordt hier genoemd de Wet houdende uitvoering van artikel 19, zevende lid, van het Europees Sociaal Handvest (aanspraak van buitenlandse werknemers op rechtsbescherming en rechtsbijstand)¹¹⁴. Voor de werknemers die onderdaan zijn van een staat welke partij is bij het Europees Sociaal Handvest is voor bepaalde procedures rechtsbijstand op de voet van de Wet rechtsbijstand aan on- en minvermogenen mogelijk. Voorts kan rechtsbijstand mogelijk zijn aan vreemdelingen op grond van bilaterale verdragen.

Op grond van artikel 855 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering kan aan de eisende dan wel verwerende partij die on- of minvermogen is vergun-

108. Vgl. Rijksbegroting voor het jaar 1984, Kamerstukken II, 18 100, Hoofdstuk VI, Departement van Justitie, nr. 2, p. 77 en De Jongh, a.w. (noot 81).

109. Art. 9 van de Wet rechtsbijstand aan on- en minvermogenen.

110. Vgl. bij voorbeeld: Duur recht is geen recht, Amsterdam 1982.

111. Art. 8 Wet op de rechtsbijstand aan on- en minvermogenen.

112. Zie memorie van toelichting, Kamerstukken II, 17769, nr. 3, p. 9.

113. Art. 10 Wet tot regeling rechtsbijstand aan on- en minvermogenen. Hierin zou wijziging komen door invoering van de Wet uitbreiding rechtsbescherming en rechtsbijstand aan vreemdelingen, Kamerstukken II, 13974.

114. Stb. 1980, 95.

ning verleend worden door de rechter¹¹⁵ om kosteloos, dan wel tegen verminderd tarief te procederen. Dit neemt niet weg dat degene die kosteloos of tegen verminderd tarief procedeert, indien hij in de kosten wordt veroordeeld, niet gevrijwaard is van verhaal van kosten door de wederpartij¹¹⁶.

Voor de meeste administratiefrechtelijke procedures zijn of worden griffierechten ingevoerd. Ontheffingen zijn in de regel mogelijk¹¹⁷. Aan strafprocedures zijn geen griffierechten verbonden.

3.4.5. Bezetting van rechterlijke colleges

Vrijwel alle rechterlijke colleges worden geconfronteerd met een steeds toenemende werkdruk. Het gevolg hiervan is dat achterstanden opgelopen worden en betrokkenen soms lange tijd moeten wachten op een uitspraak. Uit het oogpunt van de toegang tot de rechter vormt dit een bedenkelijke zaak. De benoeming van rechters en de uitbreiding van het ondersteunende administratieve apparaat houdt geen gelijke tred met de aanwas van de te behandelen zaken. Dit heeft verschillende oorzaken. Slechts voor een aantal rechterlijke colleges beschikt men over (bijgewerkte) normschema's voor de berekening van het aantal benodigde rechters. Voorts wordt geen rekening gehouden met tijdelijke tekorten die ontstaan door mutaties. Ten slotte loopt de feitelijke bezetting structureel achter bij de normbezetting¹¹⁸. Deze tekorten kunnen slechts moeizaam of helemaal niet worden ingelopen.

Voor de benoeming van rechters vormt de begroting van het Ministerie van Justitie het wettelijke kader. Het is echter de vraag of in het kader van de bezuinigingen de kosten van het rechterlijke apparaat wel beheersbaar te maken zijn, zonder een inbreuk te maken op de toegang tot de rechter. Vormt het aantal te benoemen rechters niet in de eerste plaats een functie van de instroom van zaken? Afgezien van maatregelen die de efficiency van de rechtspleging kunnen bevorderen -automatisering bij voorbeeld-, lijkt het ongewenst door beperkingen van de aantallen rechters de tijd die voor een zaak beschikbaar is te verkorten¹¹⁹.

3.5. De toegang tot de rechter in het administratieve recht

Het systeem van administratieve rechtsbescherming in Nederland is bijzonder gecompliceerd. (Deze eufemistische beschrijving verdient de voorkeur nu de aanduiding "lappendeken" door het vele gebruik sleets begint te raken.) De administratieve rechtsbescherming is primair gericht op de rechtens bindende vaststelling van

115. Geen hoger beroep en cassatie mogelijk (art. 871 Rv.). Zie bij voorbeeld: Rb. 's-Gravenhage 23 september 1981, NJ 1982, 215, inzake de weigering van gratis admisse terzake van Toto-prijs.

116. Art. 866 Rv.

117. Tak, Ten Berge, a.w. (noot 103), p. 270 e.v.

118. Vgl. Rijksbegroting voor het jaar 1984, Kamerstukken II, 18 100, Hoofdstuk VI, Departement van Justitie, nr. 2, p. 73. De werkelijke bezetting blijft 6 tot 8 procent achter bij de normbezetting.

119. Vgl. C. Fasseur, *Bezuinigen op rechtspraak; waar ligt de grens?* Trema 1986, p. 227 e.v.

rechtsbetrekkingen tussen burger en bestuur. Van een systeem van administratieve rechtsbescherming kan slechts in zoverre sprake zijn, dat de wir-war van competenties van de vele beroepsinstanties en rechters in kaart gebracht kan worden. De ordening die dan zichtbaar wordt draagt in belangrijke mate een willekeurig karakter. Het is niet mogelijk bepaalde theoretische concepten te kiezen, die de ordening van administratieve rechtsbescherming begrijpelijk maken. Zou men bij voorbeeld stellen dat voor bepaalde rechtsgebieden bijzondere rechters in het leven geroepen zijn, dan is deze uitspraak slechts ten dele waar. Weliswaar is bij voorbeeld voor het gebied van het sociale verzekeringsrecht rechtsmacht gegeven aan bijzondere rechters of beroepsorganen, doch deze rechtsmacht sluit geenszins uit dat ook andere rechters in deze materie bevoegd zijn. Weigert een uitvoeringsorgaan (bij voorbeeld in het sociale verzekeringsrecht) een beslissing te nemen, dan kan men naar de gewone rechter; heeft men een spoedeisend belang, dan is de president van de rechtbank bevoegd. Soms is de Arob-rechter bevoegd.

Ook andere theoretische concepten kunnen geen structuur geven aan de administratieve rechtsbescherming; de soort handeling die aangevochten wordt; de inhoud van het door de burger geëiste; de aard van de overheidstaak, enzovoort.

In zoverre kan worden gesteld dat ons "systeem" van administratieve rechtspraak onbegrijpelijk is: het is alleen historisch verklaarbaar. De wetgever heeft in de loop van deze eeuw -zonder veel besef van de meer principiële aspecten van de rechtsbescherming- met veel pragmatisme en somtijds een goed ontwikkelde kruideniersgeest de administratieve rechtspraak geregeld. Dit heeft ertoe geleid dat sommige administratieve rechters bevoegd zijn te oordelen over rechtshandelingen, feitelijke overheidshandelingen en de weigeringen daarvan, zoals bij voorbeeld de ambtenarenrechter, terwijl andere administratieve rechters slechts een oordeel kunnen geven over bepaalde beschikkingen, bij voorbeeld de raden van beroep over voor beroep vatbare beslissingen. Stelt men de vraag waarom dit verschil aangebracht is, dan is het antwoord moeilijk of niet te vinden.

In de volgende paragrafen zal eerst verkend worden wat de betekenis is van de toegang tot de rechter in het administratieve recht. Daarna zullen een aantal hoofdlijnen van de administratieve rechtsbescherming gegeven worden.

Teneinde te geraken tot een uniforme terminologie bij de bepaling van de betekenis van de toegang tot de rechter in de onderscheiden rechtsgebieden zal eerst het begrip "rechtsbetrekking" nader uitgewerkt worden.

3.5.1. Het begrip rechtsbetrekking

Voor een beschrijving van het begrip rechtsbetrekking, dat voorkomt in artikel 112 van de Grondwet en in het Nieuw Burgerlijk Wetboek, wordt aansluiting gezocht bij de terminologie van Achterberg. De rechtsbetrekking wordt door hem gezien als:

"die rechtsgestaltete Beziehung zwischen zwei oder mehreren Subjekten"¹²⁰.

120. N. Achterberg, Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung, Berlin 1982, p. 31.

Anders geformuleerd:

De rechtsbetrekking betekent "die Konkretisierung einer Rechtsstellung durch Verwirklichung von Tatbestandsmomenten eines Rechtssatzes zu einer rechtlich geltenden sozialen Beziehung zwischen einzelnen Personen"¹²¹.

Rechtsbetrekkingen kunnen bipolair of multipolair zijn, al naar gelang het aantal rechtssubjecten dat zich aan de "uiteinden" van de rechtsbetrekking bevindt. Voorts is het van belang aan te geven wat de verhouding is tussen rechtsnormen en rechtsbetrekkingen. De rechtsbetrekking is als het ware "ingebed" in het complex van rechtsnormen dat op de betreffende rechtsbetrekking van toepassing is. De verhouding tussen de toepasselijke normen en de rechtsbetrekking kan van tweeërlei aard zijn.

In de eerste plaats kan het zo zijn dat het toepasselijke normcomplex de rechtsbetrekking in volle omvang bepaalt. In dat geval wordt aan de rechten en verplichtingen volledig inhoud gegeven door de toepasselijke rechtsnormen. In de tweede plaats kan het zo zijn dat het toepasselijke normcomplex een rechtsbetrekking slechts potentieel vormt. De rechtsnormen geven slechts een mogelijkheid tot het vormen van een rechtsbetrekking. In dit geval wordt de rechtsbetrekking door de rechtsnormen nog niet volledig bepaald¹²².

In het tweede geval komt aan de rechtssubjecten of een hunner de bevoegdheid toe om autonoom aan de rechtsbetrekking nader inhoud te geven. Deze autonomie kan soms groot, soms klein zijn. Naast deze autonoom bepaalde rechtsbetrekkingen kunnen heteronoom bepaalde rechtsbetrekkingen onderscheiden worden. Wanneer (zoals in het eerste geval) de rechtsbetrekking bijna volledig bepaald wordt door de inhoud van de toepasselijke rechtsnormen, is er voor de invulling van de rechtsbetrekking door de rechtssubjecten weinig plaats. De rechtsnormen bepalen heteronoom de rechtsbetrekking. De begrippen autonoom en heteronoom hebben een relatieve betekenis, in die zin dat de inhoud ervan afhankelijk is van het standpunt dat men inneemt ten opzichte van de rechtsbetrekking.

Het voordeel van het begrip rechtsbetrekking is, dat aan de hand daarvan de toegang tot de rechter in de onderscheiden rechtsgebieden beter gepreciseerd kan worden. In de eerste plaats kan het begrip rechtsbetrekking gehanteerd worden voor in de onderscheiden rechtsgebieden gehanteerde begrippen, die moeilijk onder één noemer te brengen zijn: de administratieve beschikking, de privaatrechtelijke overeenkomst en de strafoplegging in het strafrecht. In de tweede plaats kan aangegeven worden wat de positie van de rechter is in de onderscheiden rechtsgebieden ten opzichte van de rechtsbetrekking in geschil.

Voorts is het van belang vast te stellen wat de betekenis is van de tussenkomst van de rechter bij het vaststellen van een rechtsbetrekking. Gesteld kan worden dat op grond van het procesrecht de betrokken rechtssubjecten in een processuele rechtsbetrekking tot de rechter staan. Wendt een burger zich op grond van de Beroepswet tot de administratieve rechter teneinde zijn aanspraak op een uitkering te effectueren, dan schept de Beroepswet deze processuele rechtsbetrek-

121. Achterberg, a.w. (noot 120), p. 32.

122. Achterberg, a.w. (noot 120), p. 43 e.v.

king. Binnen deze rechtsbetrekking heeft de insteller van het beroep bij voorbeeld aanspraak op een uitspraak. De rechter heeft bij voorbeeld de bevoegdheid de procedure naar zijn inzicht in te richten (onderzoek, deskundigenbericht) en de bestreden beslissing te vernietigen en eventueel de juiste beslissing daarvoor in de plaats te stellen, desnoods ten nadele van de insteller van het beroep.

3.5.2. De betekenis van de toegang tot de rechter in het administratieve recht

Kenmerkend voor het Nederlandse administratieve recht is het stempel dat op de administratiefrechtelijke rechtsbetrekking wordt gedrukt door de bijzondere positie van de overheid. De overheid beschikt in principe steeds over wat men naar Frans voorbeeld¹²³ het "privilège du préalable" zou kunnen noemen. Dat wil zeggen dat de overheid krachtens zijn wettelijke bevoegdheden eenzijdig rechtsbetrekkingen vaststelt die in principe zonder tussenkomst van een ander overheidsorgaan of een andere derde ten uitvoer kunnen worden gelegd. Een duidelijk voorbeeld hiervan kan gevonden worden in de toepassing van politiedwang: de overheid behoeft niet eerst de rechter een machtiging te vragen om van zijn overheidsmacht gebruik te maken¹²⁴. Zelfs de rechtsbetrekking die een zeker tweezijdig karakter draagt, namelijk de benoeming van een ambtenaar, kan door de overheid met onmiddellijke werking ontbonden worden. De werking van de rechtsbescherming is daarom in principe steeds repressief. De toegang tot de rechter mondt uit in een uitspraak van de rechter over de rechtmatigheid van de overheidshandeling die in principe reeds werking heeft. Voor zover gesteld is dat het "privilège du préalable" in principe geldt, moet worden opgemerkt dat in sommige wettelijke regelingen bepaald is dat het beroep schorsende werking heeft¹²⁵. Deze vormen echter uitzonderingen op de regel. Voorts wordt de werking van dit privilege gematigd voor zover in administratieve procedures schorsing van het overheidsbesluit bij wijze van voorlopige voorziening mogelijk is¹²⁶.

Het is niet zo dat de bijzondere positie van de overheid bij alle rechtsbetrekkingen tussen overheid en burgers in even sterke mate merkbaar is. Onderscheid moet worden gemaakt tussen de juridische status van de overheidshandeling in kwestie. Globaal kan onderscheid worden gemaakt tussen louter feitelijke handelingen en rechtshandelingen. Aan beide handelingen moet nog de weigering tot handelen toegevoegd worden. Bij de weigering kan niet gesproken worden over het "privilège du préalable". Ook bij het louter feitelijk handelen geldt hetzelfde. De plaats van de toegang tot de rechter is dan vergelijkbaar met die bij rechtsbetrekkingen tussen burgers.

De rechtshandelingen van de overheid kunnen nader onderverdeeld worden.

123. Zie hierover Brenninkmeijer, a.w. (noot 7), p. 74 e.v.

124. En zelfs wanneer de overheid een dergelijke machtiging vraagt, kan het zijn dat de rechter weigert deze te geven: vgl. H.R. 9 november 1973, NJ 1974, 91 (Limmen-Houtkoop).

125. Vgl. Algemene bepalingen van administratief recht, Alphen a/d Rijn 1984, p. 216 en 459 e.v.

126. Bij voorbeeld bij de toepassing van politiedwang kan de burger schorsing van de aanzegging vragen bij de voorzitter van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State.

Sluit de overheid een overeenkomst, dan is op de daaruit voortspruitende rechtsbetrekking in principe het gewone burgerlijke recht van toepassing. In de regel kan de overheid nakoming van de overeenkomst slechts bereiken via een uitspraak van de rechter. De bijzondere dwangmiddelen waar de overheid in het administratieve recht over kan beschikken, kunnen hier niet worden toegepast.

Het "privilège du préalable" is bij publiekrechtelijke rechtshandelingen in de regel aanwezig. De burger wordt dan geconfronteerd met rechtshandelingen die krachtens wettelijke bevoegdheid gesteld zijn en de rechtsbescherming werkt repressief.

3.5.3. De hoofdlijnen van de administratiefrechtelijke rechtsbescherming

De administratiefrechtelijke rechtsbescherming is globaal in te delen in een drietal geledingen:

1. De bijzondere rechtsgangen;
2. De Arob-rechtsgang en
3. De rechtsgang voor de gewone rechter.

Deze geleding vindt deels zijn grond in de wet, deels in de jurisprudentie van met name de gewone rechter. De bevoegdheid van de bijzondere administratieve rechters is hoofdzakelijk in wettelijke regelingen vastgelegd. De bevoegdheid van de gewone rechter berust in belangrijke mate op de jurisprudentie van de Hoge Raad.

De bevoegdheid van bijzondere administratieve rechtscolleges en beroepsinstanties¹²⁷ is niet op uniforme wijze vastgelegd. Het is niet eenvoudig om in de regelingen een algemene lijn te ontdekken. Voor de meeste colleges is in de wet waarbij het college is ingesteld (de organieke wet) de rechtsmacht omschreven. Dit geldt bij voorbeeld voor de Ambtenarenwet 1929 en de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie¹²⁸. In andere gevallen is in de wet waarbij het college is ingesteld verwezen naar andere wetten die aangeven tegen welke besluiten beroep kan worden ingesteld. Te denken valt aan de Beroepswet¹²⁹ en de Wet op de Raad van State¹³⁰.

Daarnaast is er nog een belangrijk verschil aan te geven in de aanduiding van de soort handelingen waartegen beroep ingesteld kan worden. Soms worden bepaalde specifieke besluiten genoemd, bij voorbeeld de voor beroep vatbare beslissing in verschillende sociale verzekeringswetten, terwijl in andere gevallen in het algemeen overheidshandelingen worden genoemd. Te denken valt aan de Ambtenarenwet 1929, waarin besluiten, handelingen of weigeringen (om te handelen of te be-

127. Inclusief de gewone rechter krachtens bijzondere wetsopdracht, bij voorbeeld op grond van de Onteigeningswet.

128. Zij het dat op grond van artikel 4, derde lid, van de Wet Arbo aanvullingen bij andere wetten mogelijk is.

129. Art. 69 Beroepswet. In de onderscheiden sociale verzekeringswetten is aangegeven tegen welke besluiten beroep openstaat. Dit kan soms door de wetgever vergeten worden: vgl. CRvB 3 december 1974, RSV 1975, 148.

130. Artt. 26 en 63 Wet op de Raad van State. De Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen geeft aan tegen welke beschikkingen beroep open staat.

sluiten) met uitzondering van algemeen verbindende voorschriften zijn genoemd¹³¹. Ook de beschikking in de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen vormt hiervan een voorbeeld¹³².

Ook ten aanzien van de kring van beroepsgerechtigden zijn belangrijke verschillen aan te geven. In sommige gevallen geldt dat in principe alleen de adressaat van een overheidsbeschikking in beroep kan komen. Dit komt voor in rechtspraak in belastingzaken en in sociale verzekeringszaken. In de Ambtenarenwet 1929 is een andere soort afgrenzing te vinden. Dit hangt samen met het feit dat de overheidshandeling waartegen beroep openstaat -zoals hierboven bleek- in algemene termen aangeduid is. Primair is in deze wet de ambtenaarsverhouding van belang¹³³. Voorts is in artikel 58 van deze wet bepaald dat handelingen (enzovoort) ten aanzien van een ambtenaar als zodanig, zijn nagelaten betrekkingen of rechtverkrijgende aangevochten kunnen worden. In de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen is weer een andere grens getrokken: de natuurlijke of rechtspersoon die rechtstreeks in zijn belang is getroffen is beroepsgerechtigde¹³⁴. Het belang, dat in artikel 7 van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen uitdrukkelijk als voorwaarde voor de beroepsmogelijkheid wordt genoemd, ontbreekt in andere wetten. Te noemen valt de Beroepswet. Het gevolg is dat soms in de jurisprudentie het belang als vereiste voor ontvankelijkheid afzonderlijk wordt ingevoerd¹³⁵.

Ten slotte wordt als voorbeeld de Wet algemene bepalingen miliehygiëne genoemd, waarin als uitgangspunt geldt dat een ieder in beroep kan gaan, mits men aan de voorafgaande inspraakronde heeft deelgenomen¹³⁶.

Deze opsomming van soorten regelingen geeft het beeld van een steeds breder wordende kring van beroepsgerechtigden¹³⁷.

In een aantal gevallen is een administratieve rechtsgang in meer instanties mogelijk. Te noemen valt hoger beroep dat openstaat bij de Centrale Raad van Beroep tegen uitspraken van raden van beroep en het Amtenarengerecht en cassatieberoep in bepaalde sociale verzekeringszaken en tegen uitspraken van de belastingkamers bij de Gerechtshoven.

Hoewel hier reeds een aantal malen de Arob-rechtsgang genoemd is, moet nog afzonderlijk een bijzonder aspect hiervan genoemd worden. Het verschil tussen de bijzondere rechtsgangen en de Arob-rechtsgang is gelegen in het feit dat deze rechtsgang in het algemeen beroep op een administratieve rechter openstelt voor zover het gaat om beschikkingen van een administratief orgaan. Naast de bijzondere

131. Art. 58, eerste lid, in samenhang met het vierde lid, Ambtenarenwet 1929.

132. Art. 12 Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen.

133. Art. 1 e.v. Ambtenarenwet 1929.

134. Art 7 Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen.

135. Te denken valt aan het handhaven van beroep, ondanks het feit dat hangende beroep de bestreden beslissing is ingetrokken. Dit kan technische problemen geven ter zake van de toepassing van andere bepalingen in de wet, bij voorbeeld art. 56: vgl. CRvB 26 november 1981, RSV 1982, 99.

136. Brenninkmeijer (noot 7), p. 93, aangetekend zij dat het hier vooralsnog om administratief beroep gaat.

137. Zie voor een bespreking van dit onderwerp: P.C.E. van Wijmen, Recht, belang en rechtsbescherming, 's-Gravenhage 1981.

uitzonderingen die voortvloeien uit de zogenaamde negatieve lijst¹³⁸ van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen geldt als uitzondering dat er geen andere administratieve rechtsgang opengesteld mag zijn. Dit vloeit onder andere voort uit de uitsluiting van beroep van beschikkingen waarbij krachtens wettelijk voorschrift hetzij de Raad van State, hetzij de Afdeling voor de geschillen van bestuur (Kroonberoep) is gehoord, of waartegen krachtens wettelijk voorschrift een andere administratieve rechtsgang openstaat of heeft opengestaan¹³⁹. Op deze wijze is in de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen algemene aanvullende rechtsbescherming mogelijk gemaakt.

De gewone rechter verleent op zij beurt op grond van artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie ten opzichte van de bijzondere rechtsgangen en de algemene Arob-rechtsgang aanvullende rechtsbescherming. Enerzijds geldt daarbij als grens dat er geen andere rechtsgang die met voldoende waarborgen omgeven is, voorhanden is of mag zijn geweest. Anderzijds moet via deze rechtsgang even effectief geprocedeerd kunnen worden. Voor zover bij een administratieve rechter bij voorbeeld geen schadevergoeding gevraagd kan worden, of geen voorziening op korte termijn, hebben rechtssubjecten ook toegang tot de gewone rechter.

Opgemerkt zij dat de rechtsbescherming door de gewone rechter op grond van artikel 2 Wet op de rechterlijke organisatie in één opzicht fundamenteel verschilt van die van andere administratieve rechtsgangen. In de regel hebben administratieve rechters en beroepscolleges de bevoegdheid het aangevallen besluit te vernietigen dan wel nietig te verklaren. De gewone rechter heeft deze bevoegdheid niet. Het geschil zal zich veelal oplossen in een schadevergoeding. Het kort geding biedt ruimere mogelijkheden, bij voorbeeld het verbod. Vermelding verdient nog dat de administratieve rechter soms bevoegd is zijn beslissing te stellen in de plaats van die van het bestuur¹⁴⁰. In dat geval is het verschil met de rechtspraak van de gewone rechter nog groter.

3.6. De toegang tot de rechter in het burgerlijke proces

Het burgerlijke proces draagt een open karakter. Weliswaar zijn naar hun traditionele aanduiding een aantal "acties" te onderscheiden, zoals de actie uit wanprestatie, onrechtmatige daad of de pauliana actie, dit sluit niet uit dat rechtssubjecten in principe elke rechtsstrijd door de rechter kunnen laten beslissen. Daarbij speelt de actie uit onrechtmatige daad een belangrijke rol, die zich er immers toe leent om aan iedere rechtsstrijd vorm te geven.

De procedure voor de gewone rechter in burgerlijke gedingen neemt een aanvang met een dagvaarding. Daarnaast kan de rechtsingang plaatsvinden bij verzoekschrift, vordering in reconventie, interventie of zonder dagvaarding in bij voorbeeld

138. Artt. 1 en 5 Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen.

139. Art. 5, onder a en d, Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen.

140. Zie bij voorbeeld art. 70 Beroepswet; hetzelfde geldt in belastingzaken.

renvooi-procedures en bij het vrijwillig verschijnen van partijen voor de rechter¹⁴¹.

Het burgerlijk procesrecht is enerzijds het resultaat van een eeuwenlange rechtsontwikkeling, anderzijds van wetgeving van recente datum. Na de Tweede Wereldoorlog zijn door de wetgever in tal van zaken bijzondere procedures geïntroduceerd die afwijken van de oude regeling, teneinde in te spelen op maatschappelijke ontwikkelingen. Voorbeelden hiervan zijn te vinden in het huurrecht, het arbeidsrecht en het familierecht. De dagvaardingsprocedure die naar de tekst van artikel 1 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering als enige mogelijk zou zijn, heeft op deze gebieden terrein verloren.

In de volgende paragrafen zal eerst aandacht geschonken worden aan de betekenis van de toegang tot de rechter in het burgerlijke recht. Voorts zullen enige hoofdlijnen van het burgerlijke proces geschetst worden.

3.6.1. De betekenis van de toegang tot de rechter in het burgerlijke recht

Uiteindelijk is de gewone rechter bevoegd een bindende, meestal executoriale uitspraak te doen over de rechtsbetrekking tussen rechtssubjecten. Deze bevoegdheid ontbreekt voor zover rechtssubjecten, binnen de door de wet gestelde grenzen, de beslechting van een geschil onttrekken aan de overheidsrechter teneinde een arbiter of een arbitraal college uitspraak te laten doen¹⁴². Uitgangspunt van het burgerlijke recht is dat de rechtssubjecten uit vrije wil voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit de rechtsbetrekking waarin zij deel hebben. De rechter wordt gevraagd de verwezenlijking van het burgerlijke recht mogelijk te maken indien een of meer rechtssubjecten nalaten te voldoen aan hun verplichtingen. De rechtsbetrekkingen tussen rechtssubjecten kunnen in de regel niet geëxecuteerd worden zonder tussenkomst van de rechter. Dit is anders in geval eigenrichting bij wijze van uitzondering is toegestaan. Bekend is het voorbeeld van de buur die de rechtsbetrekking die voortvloeit uit het burennrecht ten uitvoer brengt door het snoeien van overhangende takken.

Hiermee is een eerste schets gegeven van de betekenis van de toegang tot de rechter in het burgerlijke recht. Het verschil met de betekenis van de administratieve rechter ligt met name in de executie. Eerder is gebleken dat het "privilège du préalable" in het administratieve recht tot gevolg heeft dat de overheid krachtens eigen bevoegdheid tot executie kan overgaan.

Rechtssubjecten kunnen krachtens het burgerlijke recht rechtsbetrekkingen aangaan of teniet doen. Contractanten kunnen een overeenkomst sluiten en verbreken. Het burgerlijke recht regelt de vereisten waaraan voldaan moet worden wil er een rechtsgeldige overeenkomst tot stand komen, en de gevolgen die aan een overeenkomst verbonden zijn. Rijst een conflict tussen partijen dan kan één hunner of kunnen beiden een uitspraak van de rechter vragen. Het zou echter onjuist zijn

141. Vgl. P. Zonderland, R.C. Schlingerman en W.G. Dolman, Grondtrekken van het Nederlands burgerlijk procesrecht, Zwolle 1980, p. 37 e.v.

142. Het bindende advies hoeft hier niet genoemd te worden, daar dit deel wordt van het overeengekomene. Langs deze weg kan nog een procedure voor de rechter volgen.

te stellen dat de taak van de rechter slechts die van scheidsman is. In een aantal gevallen heeft de uitspraak van de rechter in het gerezen geschil invloed op de inhoud van de aanvankelijk door de rechtssubjecten (autonoom) gevormde rechtsbetrekking. Zo is in artikel 1302, tweede lid, BW bepaald dat ingeval van wanprestatie de overeenkomst niet van rechtswege ontbonden is, doch dat de ontbinding in rechte moet worden gevraagd. De uitspraak van de rechter heeft als rechtsgevolg dat de bestaande rechtsbetrekking wordt omgezet in een rechtsbetrekking strekkende tot het vergoeden van schade. Langs deze weg is komen vast te staan dat de taak van de rechter in het burgerlijke proces soms passief is -hij constateert wat de inhoud van een rechtsbetrekking is-, soms actief is -hij bepaalt de inhoud van de rechtsbetrekking-.

In het burgerlijke procesrecht worden de eindvonnissen onderscheiden in condemnatoire, constitutieve en declaratoire vonnissen¹⁴³. Bij het condemnatoire wordt gedaagde veroordeeld tot een bepaalde prestatie. Deze prestatie vloeit voort uit de rechtsbetrekking zoals deze zich tussen de strijdende rechtssubjecten ontwikkeld heeft. Dit kan bij voorbeeld een onrechtmatig handelen betreffen, waaruit de verplichting tot schadevergoeding voortvloeit, of een wanprestatie die leidt tot een door de rechter bewerkstelligde ontbinding van de overeenkomst, onder veroordeling van gedaagde tot het vergoeden van een bepaald bedrag aan schade. In het eerste geval vloeit de verbintenis tot vergoeding van schade voort uit de wet. De rechter is passief ten aanzien van de rechtsbetrekking. In het tweede geval vervult de rechter een actieve rol.

Het constitutieve vonnis valt niet altijd scherp te onderscheiden van het condemnatoire. Dit vloeit met name voort uit het feit dat sommige constitutieve vonnissen gemengd constitutief en condemnatoir zijn¹⁴⁴. Het constitutieve vonnis brengt echter mee dat de rechter een actieve rol speelt.

Het declaratoire vonnis toont de rechter in een meer passieve rol ten aanzien van de rechtsbetrekking. Het vonnis beslecht een rechtsstrijd.

De rechter kan echter ook een taak hebben zonder dat direct sprake hoeft te zijn van een rechtsstrijd. In deze gevallen wordt gesproken van oneigenlijke rechtspraak of voluntaire jurisdictie¹⁴⁵, die tegenover de eigenlijke, of contentieuze rechtspraak wordt geplaatst. Of de term voluntaire jurisdictie gelukkig te noemen is, valt te betwijfelen. Dat men in deze gevallen de rechter adieert is meestal niet vrijwillig. De benoeming van een voogd is, behalve wanneer er van rechtswege een voogd is, slechts door tussenkomst van een rechter mogelijk. Ook adoptie is slechts mogelijk bij rechterlijke uitspraak. Het onderscheid tussen eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak is omstreden¹⁴⁶. In de volgende paragraaf zal blijken dat een analyse van de taak van de rechter bij oneigenlijke rechtspraak verhelderend kan zijn voor

143. R.P. Cleveringa, Mr. W. van Rossum's verklaring van het Nederlands wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, Deel I, Zwolle 1972, p. 300.

144. Cleveringa spreekt in dit verband over de verholen rechtsverklaring van condemnatoire vonnissen.

145. Cleveringa, a.w. (noot 143), p. 13.

146. Cleveringa, a.w. (noot 143), p. 13, versus P.A. Stein, Compendium van het burgerlijk procesrecht, Deventer 1981 p. 25 e.v.

de bepaling van de betekenis van de toegang tot de rechter in het burgerlijke recht.

3.6.2. Oneigenlijke rechtspraak

Cleveringa stelt dat er naast de eigenlijke rechtspraak een gebied is dat even goed aan een ander (overheids)orgaan toebedeeld zou kunnen worden¹⁴⁷. De taken van de rechter bij oneigenlijke rechtspraak gelijken veel op bestuurstaken. Een ambtenaar van de burgerlijke stand kan een huwelijk voltrekken. Op gelijke wijze kan de rechter een voogd benoemen of een adoptie tot stand brengen. Toch is er tussen de bestuurstaak van de ambtenaar van de burgerlijke stand en de rechter in oneigenlijke rechtspraak verschil. In oneigenlijke rechtspraak vervult de rechter een dubbele functie. Enerzijds verricht hij de bestuursdaad, anderzijds kan het voorkomen dat de rechter tegelijkertijd een rechtsstrijd beslecht. Dit laatste doet zich bij voorbeeld voor wanneer de rechter bij uitspraak een adoptie tot stand brengt, ondanks het feit dat een van de ouders tot wie het kind in een familierechtelijke betrekking staat, het adoptieverzoek tegensprekt¹⁴⁸. Het kenmerkende aspect van oneigenlijke rechtspraak is dat er niet per se een rechtsstrijd hoeft te zijn, doch mogelijk wel bestaat. Is er geen rechtsstrijd, dan beperkt de taak van de rechter zich tot de bestuursdaad. Zou de wetgever de bestuursdaad in handen van een ander overheidsorgaan leggen, dan zou voor het geval een rechtsstrijd aanwezig is, alsnog toegang tot de rechter mogelijk moeten zijn. Te denken valt aan een wetswijziging waarbij ontbinding van het huwelijk door een ambtenaar van de burgerlijke stand kan plaatsvinden, op basis van een tussen de scheidende echtelieden gesloten convenant. Op dezelfde wijze als thans de geldigheid van de huwelijksvoltrekking voor de rechter aangevochten kan worden door een verzoek tot nietigverklaring¹⁴⁹, zou dan een uitspraak van de rechter mogelijk moeten zijn over de rechtmatigheid van de ontbinding.

De ratio van oneigenlijke rechtspraak is dat de materie waarover beslist wordt naar maatschappelijk oordeel meestal van publiek belang is. Het is dan ook niet mogelijk in deze zaken afstand te doen van de toegang tot de rechter teneinde zich tot een arbiter te wenden. In het verlengde hiervan zou gesteld kunnen worden dat de wetgever kennelijk van oordeel was dat de materie die aan oneigenlijke rechtspraak onderworpen is van zo groot gewicht is, dat een potentieel geschil uitgesloten moet worden¹⁵⁰. Door de samenval van de bestuursfunctie en de rechtsprekende functie wordt een waarborg van rechtmatigheid geschapen.

Met dit betoog wordt niet bedoeld stelling te nemen in de discussie over de zin of de mogelijkheid van een onderscheiding tussen eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak. De analyse is, zoals gezegd, echter wel bruikbaar voor de ontwikkeling

147. Cleveringa, a.w. (noot 143), p. 13.

148. Art. 228, onder d, boek I BW.

149. Bij voorbeeld omdat de ambtenaar van de burgerlijke stand onbevoegd was, vgl. art. 70, eerste lid, boek I, BW.

150. Dit sluit echter niet uit dat de rechtsstrijd zich in hoger beroep en eventueel cassatie kan voortzetten. Ten aanzien van de vaststelling van de rechtsbetrekking is er in eerste instantie sprake van samenval van rechtsmomenten de bestuurs-handeling en de geschillenbeslechting.

van een visie op de in de vorige paragraaf onderscheiden actieve en passieve rol van de rechter ten aanzien van rechtsbetrekkingen.

3.6.3. De actieve en de passieve rol van de rechter

De actieve dan wel passieve rol van de rechter wordt door de wet bepaald. Juist omdat ingevolge artikel 1302 van het Burgerlijk Wetboek voor de ontbinding van de overeenkomst bij wanprestatie tussenkomst van de rechter vereist is, krijgt de rechter een actieve rol. Anders gezegd, de indirecte werking van de rechtsnorm van artikel 1302, tweede lid, BW brengt mee dat de rechter een actieve rol heeft ten aanzien van de rechtsbetrekking. Deze actieve rol van de rechter treedt in de plaats van de bevoegdheid van één van de partijen om de overeenkomst ontbonden te achten, een vorm van eigenrichting die uit maatschappelijk oogpunt als ongewenst geoordeeld zou kunnen worden. Voor de partij bij een overeenkomst die geconfronteerd wordt met wanprestatie van de wederpartij, rest slechts de zwakkere vorm van de exceptie *non adimpleti contractus*. Juist deze rechtsfiguur leidt ertoe, dat de rechter controlerend kan optreden. Is er geen sprake van wanprestatie, dan heeft de exceptie geen werking en is de betreffende partij zelf in gebreke. In zekere zin wordt hier een publiek belang gediend. Ten opzichte van de eerder genoemde publieke belangen bij oneigenlijke rechtspraak, is echter het publieke belang hier minder sterk aanwezig.

Anders is dit wanneer de wet zelf de gevolgen van de handeling of het nalaten bepaalt. Een onrechtmatige daad schept een verplichting tot schadevergoeding die voortvloeit uit de wet. De rechter vervult daarmee vanzelf een passieve rol. Het kenmerkende verschil tussen beide situaties is dit, dat ondanks het feit dat de wet bepaalt wat de gevolgen zijn van een onrechtmatig handelen, er feitelijk niets verandert: de onrechtmatig handelende kan zich onthouden van het betalen van de schadevergoeding. Neemt de benadeelde hier geen genoegen mee, dan kan hij zich tot de rechter wenden. Een mogelijke bedreiging voor de openbare orde is hier veel minder sterk aanwezig.

Naast de rechtsvaststelling door de rechter van de verplichting tot het betalen van schadevergoeding heeft de uitspraak echter betekenis voor de executie. De rechtsbetrekking die het ene rechtssubject machtigt tot executie kan slechts door tussenkomst van de rechter tot stand komen. Juist in dit tweede aspect van de rechterlijke uitspraak schuilt weer de actieve rol van de rechter. Ook in dit verband kan worden gesteld dat de taak van de rechter een publiek belang dient. Immers eigenrichting is in de meeste gevallen uitgesloten, omdat een geordende samenleving eigenrichting niet kan verdragen.

Eerder is gesteld dat bij het declaratoire vonnis de rechter een passieve rol heeft ten aanzien van de rechtsbetrekking die in het geding is. Hiermee hangt samen dat ook minder een publiek belang op het spel staat. Een declaratoir vonnis levert ook geen executoriale titel op.

Samenvattend kan worden gesteld dat wanneer de rechter op grond van de wet een actieve rol heeft bij de vorming van de rechtsbetrekking, dit zijn verkla-

ring vindt in het feit dat er een publiek belang op het spel staat. Het gewicht van het betrokken publieke belang kan echter per geval verschillen. De noodzakelijke rechterlijke tussenkomst bij de vorming van de rechtsbetrekking plaatst de rechter bij uitstek in een rechtsbeschermende functie. Deze functie wordt primair bepaald door de wetgever. Deze lijn zal in de volgende paragraaf verder doorgetrokken worden naar andere delen van het burgerlijke recht.

3.6.4. De rechtsbeschermende functie van de rechter

In een aantal gebieden van het burgerlijke recht die van grote maatschappelijke betekenis zijn, heeft de wetgever de rechter bewust een actieve taak toebedeeld. Als voorbeeld worden hier het arbeidsrecht en het huurrecht genoemd. In deze rechtsgebieden valt op dat de actieve taak van de rechter bij de vorming van rechtsbetrekkingen ertoe dient om rechtssubjecten die geacht worden in een maatschappelijk zwakkere positie te verkeren, extra rechtsbescherming te geven. Dit sluit niet uit dat in een aantal gevallen rechterlijke tussenkomst niet nodig is. Geeft een huurder uit vrije wil zijn huurrecht prijs door in te stemmen met de beëindiging van de huurovereenkomst, dan is er geen plaats voor de rechtsbescherming door de rechter. Dreigt de huurder echter tegen zijn wil uit het huurrecht ontzet te worden, dan schept de wet waarborgen die ertoe strekken dat door rechterlijke tussenkomst rechtsbescherming mogelijk is. Deze waarborg houdt in concreto in dat de ontbinding van de overeenkomst tegen de wil van de huurder in principe slechts in door de wet genoemde bepaalde gevallen en slechts door tussenkomst van de overheidsrechter mogelijk is¹⁵¹.

In het arbeidsrecht is de rechtsbescherming zwakker geregeld. De arbeidsovereenkomst kan immers na toestemming van de directeur van het arbeidsbureau ontbonden worden. De rechter voert vervolgens slechts een redelijkheidstoetsing uit. Het ontslag van (gewezen) leden van de ondernemingsraad is daartegenover slechts na rechterlijke tussenkomst mogelijk. Hierbij speelt de kwetsbare positie van deze werknemers een rol.

De toegang tot de rechter heeft hier deze betekenis, dat de wetgever rechtssubjecten in een bepaalde (zwakke) positie extra rechtsbescherming heeft willen geven. Deze rechtsbescherming vormt door de keuze van de wetgever een publiek belang.

Vooruitlopend op de bespreking van de betekenis van de toegang tot de rechter in het strafrecht kan op deze plaats reeds vastgesteld worden dat een parallel met het burgerlijke recht heel goed te trekken valt. In het strafproces speelt de rechter immers ook een actieve rol. Slechts door tussenkomst van de rechter kan een straf worden opgelegd; juist dit gegeven vormt de kern van de rechtsbescherming in dit rechtsgebied. Hetzelfde geldt ook voor het eerder besproken administratieve recht. De rechtsbeschermende taak van de rechter in dat rechtsgebied brengt vaak mee dat de rechter een actieve rol speelt ten aanzien van de rechtsbetrekking.

151. Uitgezonderd de gevallen waarin om bijzondere redenen de huurovereenkomst eindigt, bij voorbeeld door het tenietgaan van het verhuurde.

3.6.5. Andere taken van de gewone rechter in het burgerlijke recht

Hoewel het niet in de bedoeling ligt hier in extenso alle taken van de rechter in het burgerlijke recht te bespreken, is het nuttig aandacht aan een aantal bijzondere taken van de rechter te schenken. Te denken valt aan de taak van de rechter in het faillissementsrecht. Ook hier valt op dat tussenkomst van de rechter bindend is voorgeschreven en dat de rechter een actieve rol speelt bij de vaststelling van rechtsbetrekkingen. Het hoeft geen betoog meer dat dit samenhangt met de rechtsbescherming die beoogd is van de belangen van enerzijds de schuldeisers en anderzijds de schuldenaar. Ook hier valt een publiek belang aan te wijzen.

In het derde boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is een aantal bijzondere procedures geregeld. Als voorbeelden kunnen worden genoemd die terzake van erfenissen, terzake van rekening en verantwoording, en zaken van rechtspersonen. Overeenkomsten met de taak van de rechter in het faillissement zijn aan te geven.

Daarnaast komen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering andere taken van de rechter voor. In de eerste plaats vallen de taken te noemen betreffende de procedures ten aanzien van arbitrale vonnissen. Deze laatste verkrijgen executoriale kracht na een bevelschrift van de president van de arrondissementsrechtbank¹⁵². In beperkte mate kan de rechter controle uitoefenen op de activiteiten van arbiters¹⁵³.

In de tweede plaats komen de rechter taken toe in het executie- en beslagrecht. Het beslag is van zo ingrijpende aard dat vooraf de rechter moet optreden. De executie is -zoals eerder betoogd is- van publiek belang, zodat tussenkomst van de rechter noodzakelijk is. Dit geldt ook voor de executie van een beslissing gegeven door een rechter van een vreemde staat, die in Nederland uitvoerbaar is krachtens een verdrag of een wet. Een rechterlijk verlof is dan vereist¹⁵⁴.

3.6.6. De grenzen van arbitrage

In artikel 621 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is op straffe van nietigheid bepaald dat geen arbitrage mogelijk is ten aanzien van: giften en legaten, levensonderhoud, huisvesting of kleding, echtscheiding, scheiding van tafel en bed, ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed en ontheffing van de wettelijke gemeenschap van goederen, geschilpunten die de staat van personen aangaan, alsmede enige andere geschillen waarvoor de wet geen dading toestaat. In het algemeen is in artikel 620 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bepaald dat rechten waarover men de vrije beschikking heeft aan een uitspraak van scheidsmannen onderworpen kunnen worden.

Arbitrage heeft tot gevolg dat tussenkomst van de overheidsrechter voor de

152. Art. 642, eerste lid, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

153. Art. 649 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Overwogen wordt deze rechterlijke controle te beperken.

154. Art. 985 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

beslechting van het geschil beperkt blijft tot een beoordeling achteraf op een aantal in de wet genoemde nietigheidsgronden¹⁵⁵. Zoals hierboven al werd vermeld krijgt het arbitrale vonnis door een exequatur van de president van de arrondissementsrechtbank executoriale kracht.

Deze regelingen tonen dat voor zover het publieke belang in het geding is, de overheidsrechter een gegarandeerde taak heeft. In de overige gevallen kunnen rechtssubjecten gebruik maken van rechtspraak door een niet-overheidsorgaan. Langs deze weg kan verband gelegd worden met de eerdere waarneming, dat de noodzakelijke tussenkomst van de overheidsrechter voortvloeit uit het publieke belang dat mede in het geding is.

3.6.7. De lijdelijkheid van de rechter

De rechtsbeschermingsfuncties van de rechter en de taak van de rechter ten aanzien van publieke belangen plaatsen hem in een actieve rol ten aanzien van de vorming van rechtsbetrekkingen in het burgerlijke recht. Opmerkelijk is dat deze actieve rol van de rechter -in het bijzonder wanneer hij de taak heeft extra rechtsbescherming te geven aan rechtssubjecten die geacht worden in een zwakkere of kwetsbaardere positie te verkeren- zijn weerslag heeft op de mate waarin de rechter lijdelijk is. Hoewel de rechter in het burgerlijke proces in principe een lijdelijke rol speelt, begint deze lijdelijkheid in bepaalde delen van het burgerlijke recht te tanen¹⁵⁶. Te denken valt aan geschillen over huur en verhuur en arbeidsrechtelijke geschillen. De lijdelijkheid van de rechter heeft bij vormen van oneigenlijke rechtspraak ook een beperkte betekenis. Ook hier valt een parallel te trekken met het strafproces. De belangrijke rechtsbeschermende functie die de rechter in dit rechtsgebied heeft, verdraagt zich niet met een lijdelijke opstelling van de rechter. Hetzelfde kan gezegd worden van het administratiefrechtelijke proces.

3.6.8. Hoofdpijnen van de bevoegdheid van de gewone rechter in burgerlijke gedingen

De bevoegdheid van de gewone rechter is in artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie vastgelegd. Valt het geschil buiten de grenzen door deze bepaling getrokken, dan verklaart de rechter zich onbevoegd ervan kennis te nemen. Onder invloed van de jurisprudentie van de Hoge Raad, met name op het gebied van de onrechtmatige overheidsdaad, zijn deze grenzen echter ruim getrokken. Niet is beslissend de aard van de werkelijk bestaande rechtsbetrekking, doch de vordering van eiser. Stelt de eiser een onrechtmatige daad, dan is daarmee vanzelf de bevoegdheid van de gewone rechter gegeven. Het behoeft geen betoog dat deze benadering door de gewone rechter ertoe leidt dat zijn bevoegdheid zeer uitgestrekt is. Dit hangt samen met de bijzondere plaats van de gewone rechter binnen onze

155. Zie noot 148.

156. Vgl. K. Wiersma, *Administratieve en burgerlijke rechtsgangen, beginselen van organisatie*, in: Een goede procesorde, Deventer 1983, pp. 131-147, met name p. 133 e.v.

rechtsorde. Lange tijd werd de rechter geconfronteerd met klachten van burgers tegen overheidshandelingen waarvoor geen rechtsbescherming in administratieve rechtsgangen mogelijk was. In deze situatie heeft de gewone rechter een ruime rechtsbeschermingstaak op zich genomen.

Ten aanzien van de bevoegdheid van de gewone rechter in burgerlijke zaken vallen twee algemene opmerkingen te maken. In de eerste plaats is de bevoegdheidskwestie juist in geschillen met de overheid tot ontwikkeling gekomen. In de tweede plaats is de bevoegdheidskwestie van gering belang geworden door de ruime opvatting die de gewone rechter huldigt.

Zoals eerder kort werd vermeld blijkt uit de jurisprudentie dat de bevoegdheidskwestie uiteindelijk slechts in twee gevallen van betekenis is.

In de eerste plaats kunnen ambtenarenzaken genoemd worden. De Hoge Raad is tot het oordeel gekomen dat geschillen over schuldvorderingen welke uit de rechtsbetrekking tussen ambtenaar en overheid voortvloeien, voor zover daarbij sprake is van een klacht over een besluit of handeling of weigering van de administratie, met terzijdestelling van de algemene rechter van artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie, aan de kennisneming van de rechterlijke macht zijn onttrokken¹⁵⁷. Nu met andere woorden de Ambtenarenwet 1929 derogeert aan artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie, is de gewone rechter in deze geschillen onbevoegd, zelfs al stelt eiser een onrechtmatige daad¹⁵⁸. Door de president in kort geding wordt deze grensbepaling echter doorbroken¹⁵⁹.

In de tweede plaats valt de nakoming van verkiezingsafspraken te noemen. Deze nakoming kan volgens de Hoge Raad geen voorwerp vormen van een geschil, waarvan de kennisneming behoort tot de competentie van de gewone rechter¹⁶⁰. Van belang lijkt dat in deze zaak, die in de literatuur veel discussie heeft opgeleverd¹⁶¹, dat het kort geding dat aan deze uitspraak ten grondslag lag louter en alleen op de nakoming van de verkiezingsafpraak als zodanig was gegrond. Voor de hand zou liggen dat wanneer eiser een onrechtmatige daad gesteld, had de bevoegdheidsvraag in de lijn van de jurisprudentie positief beantwoord was¹⁶². Het lijkt erop dat de Hoge Raad deze weg gekozen heeft om zich te kunnen onttrekken aan de beoordeling door de rechter van verkiezingsafspraken.

Door de ruimhartigheid van de gewone rechter ten aanzien van zijn bevoegdheid is de afgrenzing van zijn taakgebied verlegd naar de ontvankelijkheidsvraag. In de volgende paragraaf zullen hierover een paar opmerkingen gemaakt worden.

157. H.R. 13 november 1941, N.J. 1942, 172.

158. HR 2 januari 1951, NJ 538.

159. Vgl. de noot van Hirsch Ballin, a.w. (noot 43)

160. HR 26 maart 1971, NJ 135.

161. Vgl. J.C.M. Leijten, 'Wie komt daer uit zijn hokje? Over civiele rechtspraak en haar grenzen', Rechtsgeleerd Magazijn Themis 1974, p. 679 e.v., versus Jeukens in zijn noot onder deze uitspraak in Ars Aequi 1972, p. 149.

162. Vgl. Jeukens in zijn in de vorige noot genoemde noot. Zie echter Pres. Rb. Maastricht 19 oktober 1981, NJ 1982, 486. Aangezien dit geding een onrechtmatige daad tot inzet had, heeft de president ten onrechte de constructie van Elsloo gevolgd.

3.6.9. De ontvankelijkheidsvraag

De ontvankelijkheid heeft in het burgerlijk proces een dubbele functie. In de eerste plaats worden via de ontvankelijkheidsvraag processuele kwesties opgelost. Te denken valt aan een aantal eisen die aan de procederende partijen worden gesteld, op straffe van niet-ontvankelijkheid. Bij voorbeeld de inachtneming van termijnen, of de eisen ten aanzien van de dagvaarding. In deze gevallen vervult de niet-ontvankelijkverklaring een functie ten aanzien van regels van burgerlijk procesrecht.

In de tweede plaats heeft de niet-ontvankelijkheid een functie ten aanzien van de begrenzing van de rechtsmacht van de rechter. De jurisprudentie van de Hoge Raad, waarbij een vordering niet-ontvankelijk wordt verklaard wanneer er een administratieve rechtsgang is die met voldoende waarborgen omkleed is en die even effectief is, geeft hiervan een duidelijk voorbeeld.

Op deze wijze vervullen de bevoegdheidsvraag en de ontvankelijkheidsvraag te samen een belangrijke functie ten aanzien van de toegang tot de rechter. Acht de rechter zich onbevoegd of de vordering niet-ontvankelijk, dan staat vast dat men geen toegang tot de rechter heeft. Hiermee is in overeenstemming dat in deze gevallen de betrokkene, afgezien van termijnenkwesties, alsnog zijn kansen bij een (andere) rechter kan beproeven. Is de processuele fout herstelbaar, door bij voorbeeld het uitbrengen van een juiste dagvaarding, dan kan men zich alsnog toegang tot de rechter verschaffen.

3.6.10. Een schets van het burgerlijke procesrecht

Het is duidelijk dat op deze plaats geen volledig overzicht van ons burgerlijk procesrecht gegeven kan worden. Een korte schets is echter zinvol, omdat het procesrecht een nadere uitwerking inhoudt van de toegang tot de rechter. In het vijfde hoofdstuk zal een meer precieze analyse plaatsvinden.

Wanneer de rechter zich bevoegd acht en de vordering ontvankelijk is, dan wordt met name de effectiviteit van de rechtsbescherming bepaald door de inrichting van het procesrecht. Als voorbeeld kan de kantongerechtsprocedure voor kleine vorderingen genoemd worden. Zou in zulk soort zaken slechts de zware rechtbankprocedure met verplichte procesvertegenwoordiging en met een gemiddeld langere proceduretijd mogelijk zijn, dan zou de drempel van de toegang tot de rechter aanzienlijk hoger zijn.

Een centrale plaats in het burgerlijke proces wordt ingenomen door de dagvaardingsprocedure waarin in twee feiteninstanties geprocedeerd kan worden en cassatieberoep op de Hoge Raad openstaat. Daarnaast zijn er vele bijzondere rechtsgangen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geregeld, die meestal aanvangen met een verzoekschrift. Voorts is van grote betekenis het kort geding voor de president van de rechtbank. De dagvaardingsprocedure en het kort geding kunnen beide als algemene procedures worden aangemerkt.

Met de optelsom van de verschillende soorten algemene en bijzondere rechts-

gangen is echter nog geen volledig beeld gegeven van de toegang tot de rechter. De toegang tot de rechter kan verder gedifferentieerd worden. Genoemd kunnen worden: de vordering in reconventie, de incidentele vordering, de voeging en de tussenkomst van derden en ten slotte de ontkenenis van gerechtelijke verrichtingen. Deze procesmogelijkheden vergemakkelijken het procederen. Zouden zij ontbreken, dan zouden afzonderlijke procedures noodzakelijk zijn, die soms niet meer effectief zijn. Als voorbeeld kan de ontkenenis van gerechtelijke verrichtingen, het zogenaamde *désaveu* genoemd worden¹⁶³. Bij wijze van incident wordt ingegrepen in de loop van de procedure. De handeling die ontkend wordt kan teruggedraaid worden. Bij het ontbreken van een mogelijkheid van ontkenenis zou wellicht de procedure verloren worden en zou in principe alleen een actie tegen de procureur, die de misslag begaan heeft, mogelijk zijn.

Op deze plaats kan volstaan worden met de constatering dat de toegang tot de rechter in het burgerlijke recht -mede als vrucht van een lange historische ontwikkeling- bestaat uit een zeer fijn vertakt systeem van procesmogelijkheden.

3.7. De toegang tot de rechter in het strafrecht

Het strafrecht kan zowel in de sfeer van de vrijheid van rechtssubjecten als in hun vermogensrechtelijke sfeer ernstige inbreuken veroorzaken. De wetgever kan ongewenst gedrag tegengaan door dit strafbaar te stellen. Overtreedt een rechtssubject een strafrechtelijke norm, dan kan de overheid repressief optreden. Deze repressie is niet alleen voor het rechtssubject bedreigend vanwege de ernstige gevolgen voor zijn rechtspositie, maar ook vanwege de bijzondere positie van de overheid in onze rechtsorde. Doordat de overheid enerzijds als wetgever handelingen strafbaar kan stellen en anderzijds de executie van de straf ter hand neemt, bestaat in principe de dreiging van onderwerping van het rechtssubject aan de willekeur van de overheid. Een dergelijke onderwerping vindt plaats in wat wel een politiestaat wordt genoemd. Zo'n onderwerping naar willekeur heeft een tweetal consequenties. In de eerste plaats is de vrijheid van de burger voortdurend bedreigd, zo niet opgeheven. De vrijheid van een burger in een rechtsorde is relatief. In een politiestaat is deze vrijheid echter in belangrijke mate of volledig gerelativeerd: men is slechts vrij voor zover men daadwerkelijk vrij is en geen dreiging van repressie ervaart. In de tweede plaats -en dat is de belangrijkste consequentie- is de verhouding tussen overheid en burger fundamenteel verstoord. In een democratische rechtsstaat is het rechtssubject niet naar willekeur onderworpen aan de overheid. Op grond van de geldende rechtsordening is aan het rechtssubject een mogelijk actieve rol in de verdere ontwikkeling van de democratische rechtsstaat toebedeeld. Deze actieve rol staat of valt met de garantie van vrijheid, die bestaat in waarborgen tegen willekeurige ingrepen van de overheid in die vrijheid. In de democratische rechtsstaat is op deze wijze in meerdere of mindere mate een horizontale maatschappijstructuur gerealiseerd. Weliswaar is het rechtssubject onderworpen

163. Vgl. S.K. Martens, Enkele opmerkingen over de *désaveu*-procedure, in: Een goede procesorde, Deventer 1983, pp. 83-96.

aan de rechtsorde, tegelijkertijd komt hem een zekere actieve rol ten aanzien van de vorming van die rechtsorde toe. In de politiestaat is veeleer sprake van een verticale maatschappijstructuur, overheid versus onderworpen rechtssubjecten.

In Nederland is de toepassing van het strafrecht met een groot aantal waarborgen omkleed. Als voorbeelden kunnen worden genoemd dat geen feit strafbaar is dan uit kracht van een daaraan voorafgegane strafbepaling¹⁶⁴, de vooronderstelling van de onschuld van de verdachte en het ne bis in idem beginsel. Naast deze uitgangspunten van ons strafrecht houdt de tussenkomst van de rechter een bijzondere waarborg in. Voordat de overheid die als democratisch wetgever de strafnormen heeft vastgelegd overgaat tot executie van de straf, dient in beginsel eerst de rechter een uitspraak te hebben gedaan. De rechter is weliswaar ook een overheidsorgaan, doch een onafhankelijk overheidsorgaan. In zijn onafhankelijke positie past de rechter de strafbepalingen toe die in en krachtens de rechtsorde vastgelegd zijn. De executie van de straf is in principe slechts mogelijk na een proces waarin de rechter toeziet op de handhaving van waarborgen voor een juiste toepassing van het straf- en strafprocesrecht.

3.7.1. De betekenis van de toegang tot de rechter in het strafrecht

De strafbaarstelling in de normen van het strafrecht heeft niet van rechtswege gevolgen. Tegen een verdacht rechtssubject kan door het openbaar ministerie een vervolging ingesteld worden. Of de vervolging leidt tot een dagvaarding, hangt af van het vervolgingsbeleid. Eventueel kan een (geld)straf buiten tussenkomst van de rechter gerealiseerd worden, wanneer de betrokkene ingaat op het aanbod te komen tot een transactie. Kenmerkend is daarbij dat de betrokkene uit vrije wil de toegang tot de rechter verliest.

Gaat het openbaar ministerie over tot dagvaarding, dan heeft de rechter een drietal taken. In de eerste plaats handhaaft hij de waarborgen die onze rechtsorde geeft voor de toepassing van het strafrecht. Deze waarborgen zijn primair te vinden in het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht. Ook valt te denken aan de grondrechten en de in de constitutie vastgelegde bevoegdheidsbepalingen. In de tweede plaats beantwoordt de rechter de vraag of de verdachte het feit zoals dat in de delictomschrijving van de dagvaarding omschreven is, gepleegd heeft. In de derde plaats bepaalt de rechter -zo het feit strafbaar is gesteld in enige strafbepaling- de strafmaat.

Uit het voorgaande blijkt dat aan de rechter een actieve rol is toebedeeld. Kwalificeert men het rechtsfeit van een voor uitvoering vatbaar strafvonnis als ontstaansgrond voor een penitenciarrechtelijke (of vermogensrechtelijke) rechtsbetrekking tussen de overheid en het betrokken rechtssubject, dan valt het volgende op. De rechter bepaalt als enige de inhoud van deze rechtsbetrekking, zij het dat de rechter enerzijds gebonden is aan de rechtsnormen van ons straf- en strafprocesrecht en anderzijds aan het openbare ministerie in zoverre invloed toekomt, dat

164. A.C. 't Hart, Het nulla-poenabeginsel in Grondrechten, commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet, Nijmegen 1982, p. 332 e.v.

de rechter gebonden is aan het kader van de dagvaarding.

Hiemee is ook het verschil gegeven met de plaats van de rechter in het administratieve recht en het burgerlijke recht. In het administratieve recht komt aan de overheid de bevoegdheid toe rechtsbetrekkingen te concretiseren en te executeren. De rechter kan repressief daarop controle uitoefenen. In het burgerlijke recht worden rechtsbetrekkingen door de betrokken rechtssubjecten tot stand gebracht, hoewel in een belangrijk aantal gevallen de rechter mede een actieve rol heeft ten aanzien van de vorming van rechtsbetrekkingen (met name in oneigenlijke rechtspraak). De rechtsbescherming in het burgerlijk recht draagt in de regel een repressief karakter. Voor de executie van rechtsbetrekkingen in het burgerlijke recht is in principe rechterlijke tussenkomst vereist.

In verhouding tot het burgerlijke en administratieve recht komt aan de rechter in het strafrecht de meest actieve rol toe. Dit hangt samen met het grote gewicht van de repressieve werking van het strafrecht en de daarom belangrijke rechtsbeschermende functie van de strafrechter.

In het licht van het voorgaande behoeft het geen verwondering te wekken, dat de administratieve afdoening van lichte verkeersovertredingen, zoals die door de commissie-Mulder is voorgesteld¹⁶⁵, veel pennen in beweging heeft gebracht¹⁶⁶. Voor die strafbare feiten die administratief zouden worden afgedaan, de zogenaamde decriminalisering wordt immers de preventie rechtsbeschermende taak van de rechter bij de toepassing van het strafrecht verlaten. In het slothoofdstuk zal op deze kwestie teruggekomen worden.

3.7.2. Bevoegdheid en ontvankelijkheid in het strafrecht

Eerder is voor het burgerlijke recht gesteld -maar dit geldt ook voor het administratieve recht- dat de toegang tot de rechter gerealiseerd kan worden wanneer de rechter zich bevoegd acht en de vordering ontvankelijk. Het is inherent aan de bijzondere positie van de rechter in het strafrecht dat deze begrippen in het strafproces een andere functie vervullen. Dit kan worden verduidelijkt door in te gaan op de negatieve betekenis van het "recht" op toegang tot de rechter van de verdachte in het strafproces.

In het strafproces speelt het betrokken rechtssubject aanvankelijk een passieve rol: hij is lijdend voorwerp van de vervolging en de procedure die met een dagvaarding wordt ingeleid. Aan het openbaar ministerie komt een actieve rol toe vervolging en dagvaarding¹⁶⁷. In dit licht moet ook het recht op toegang tot de rechter gedefinieerd worden voor het strafproces. Géén toegang tot de rechter hebben zou betekenen dat de straf zonder tussenkomst van de rechter (tegen de wil van de verdachte) voltrokken zou kunnen worden. Dat is thans in het strafrecht uitgeslo-

165. Rapport van de Commissie vereenvoudigde afdoening lichte verkeersvoorschriften, 's-Gravenhage.

166. Vgl. o.a. N. Jörg, Administratiefrechtelijke afdoening van verkeersovertredingen, *Trema* special '85-1.

167. In kantongerechtsprocedures is naast dagvaarding ook oproeping mogelijk: vgl. art. 383 Wetboek van Strafvordering.

ten. Het is juist het openbare ministerie dat zich toegang tot de rechter dient te verschaffen. Het onbevoegd-zijn van de rechter, of het niet-ontvankelijk-zijn van het openbaar ministerie fungeert in het strafrecht in zoverre als waarborg dat dan aan de betrokkene geen straf kan worden opgelegd.

De verdachte is voor de verwezenlijking van zijn recht op toegang tot de rechter niet afhankelijk van de vraag of hij een rechter kan adriëren die zich bevoegd acht en de vordering ontvankelijk. In het administratieve proces en het burgerlijke proces heeft het recht op toegang tot de rechter primair een positieve inslag. het rechtssubject treedt op als eiser¹⁶⁸ of klager. Het strafproces vangt aan met de dagvaarding van het betrokken rechtssubject als verdachte.

In artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie is in algemene zin bepaald dat de rechterlijke macht bij uitsluiting kennis neemt van alle geschillen over de toepassing van alle soorten wettig bepaalde straffen. Deze bepaling vindt nadere uitwerking in de competentieregeling in die wet en de regeling van het strafprocesrecht in het Wetboek van Strafvordering. Terzijde zij opgemerkt, dat de opdracht "bij uitsluiting" in artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie kennelijk geen belemmering vormt voor de beslissing van geschillen in militaire strafzaken door een vooralsnog niet tot de rechterlijke macht behorende rechter.

Bij de bevoegdheidsvraag speelt in het strafrecht -anders dan in het administratieve en burgerlijke proces- de afgrenzing ten opzichte van de rechtsmacht van andere rechters een minder uitgesproken rol. De aard van de materie brengt dit mee. Eerder is al gebleken dat in het Nederlandse procesrecht de afgrenzing tussen de gewone rechter en de administratieve rechters en beroepscolleges niet scherp is. In de meeste gevallen kan de gewone rechter als burgerlijke rechter ook ten aanzien van administratiefrechtelijke geschillen bevoegd zijn. De afgrenzing in het strafproces betreft de grenzen tussen de kantonrechter en de rechtbank en eventuele bijzondere strafrechters, zoals de economische politierechter of de militaire strafrechter. Nadere aandacht behoeft aan deze kwestie hier niet geschonken te worden.

Hetzelfde geldt in belangrijke mate voor de ontvankelijkheidsvraag. De gewone rechter hanteert de ontvankelijkheidsvraag in burgerlijke geschillen mede om zijn rechtsmacht ten aanzien van administratieve rechtsgangen af te grenzen. In het strafproces vervult de ontvankelijkheid slechts een procestechnische functie. De niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie houdt in dat dit niet of niet meer of nog niet gerechtigd is tot dagvaarding. Dit kan zich bij voorbeeld voordoen bij verjaring van het recht op strafvervolgning ingevolge artikel 70 van het Wetboek van Strafrecht.

Deze procestechnische functie komt ook toe aan het -voor het strafproces specifieke begrip- ontslag van rechtsvervolgning. Dit dictum van de rechter volgt bij voorbeeld indien weliswaar het feit bewezen wordt geacht, doch niet als strafbaar feit gekwalificeerd kan worden.

168. Het recht op toegang tot de rechter van de gedaagde in het burgerlijke proces vertoont dezelfde negatieve inslag als die van de verdachte in het strafproces, tenzij deze bij voorbeeld een vordering in reconventie instelt.

Het betrokken rechtssubject heeft in het strafproces niet uitsluitend een lydelijke rol. In het geval verzet mogelijk is, hoger beroep of cassatie, gaat het initiatief van hem uit. Kenmerkend voor het strafproces is echter dat de rechtsmiddelen van verzet en hoger beroep het rechtssubject niet in de positie van eiser brengen. Het verzet brengt van rechtswege dagvaarding mee en in hoger beroep wordt de zaak ter terechtzitting aanhangig gemaakt door een dagvaarding door het openbaar ministerie. In cassatie vindt geen dagvaarding plaats.

Is het verzet bij voorbeeld met overschrijding van de wettelijke termijn gedaan, dan volgt een niet-ontvankelijkverklaring van dat verzet. Is niet aan de wettelijke vormvereisten voldaan, dan kan nietigheid van het verzet uitgesproken worden. Is de betrokkene te laat in hoger beroep gekomen, dan is dat hoger beroep eveneens niet-ontvankelijk. Ook kan het echter voorkomen dat de appèldagvaarding door het openbaar ministerie onjuist is uitgebracht. In dat geval is de dagvaarding nietig¹⁶⁹. Het zou te ver voeren hier alle modaliteiten systematisch te bespreken¹⁷⁰. Volstaan kan worden met de constatering dat het recht op toegang tot de rechter in verzet, hoger beroep en cassatie zowel positief als negatief gewaarborgd is. De positieve waarborg houdt in dat het betrokken rechtssubject van deze rechtsmiddelen gebruik kan maken binnen de door de wet gestelde grenzen. De bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvraag houden dan een beperking van de toegang tot de rechter in. De negatieve waarborg slaat terug op het openbaar ministerie. Slechts met inachtneming van de wettelijke vereisten kan dit overheidsorgaan in hoger beroep of cassatie gaan. Bovendien houdt in hoger beroep de nietigheid van de dagvaarding een waarborg voor het rechtssubject in, bij voorbeeld bij een te vroegtijdige dagvaarding of indien de appèldagvaarding niet duidelijk maakt waarvoor de verdachte moet terechtstaan¹⁷¹.

3.7.3. Andere taken van de strafrechter

De belangrijkste taak van de strafrechter bestaat -zoals hierboven bleek- in het al dan niet tot stand brengen van een penitentiairrechtelijke of vermogensrechtelijke rechtsbetrekking tussen de overheid en een verdachte. Daarbij staat de verdachte tevens in een rechtsbetrekking tot de rechter, waarvan de inhoud met name bepaald wordt door de rechtsnormen van ons straf(proces)recht en de grondrechten. Aan de strafrechter komen echter nog andere taken toe. Het recht op toegang tot de rechter in het strafrecht begint niet met de dagvaarding van de verdachte voor de rechter. Ook in de procedure die vooraf gaat aan de dagvaarding vervult de strafrechter een belangrijke taak. Het gerechtelijke vooronderzoek vindt door een rechter-commissaris plaats. Door tussenkomst van een rechter-commissaris is ge-

169. Bij voorbeeld art. 413 Wetboek van strafvordering.

170. Zelfs bij H.G.M. Krabbe, Verzet en hoger beroep in strafzaken, Alphen a/d Rijn 1983, vindt geen systematische inventarisatie plaats.

171. Zie Krabbe, a.w. (noot 170), p. 115. Dit geldt met name in het geval het openbaar ministerie in hoger beroep 's gegaan. Maar ook indien de verdachte zelf in hoger beroep is gegaan wordt door de nietigheid van de dagvaarding bereikt, dat het openbaar ministerie zich moet houden aan de waarborgen als vastgelegd in het straf(proces)recht.

waarborgd dat door een onafhankelijk overheidsorgaan de waarborgen, die voor de verdachte in de wet zijn vastgelegd, tot gelding gebracht worden.

Hetzelfde geldt ook voor vrijheidsberoving die vooraf kan gaan aan het eigenlijke proces. Deze vrijheidsberoving -in het stadium dat het rechtssubject nog slechts verdachte is- schept het gevaar van een voldongen feit nog voordat na een met waarborgen omkleed strafproces een uitspraak is gedaan, wordt de vrijheidsstraf die daarvan het gevolg kan zijn, "geëxecuteerd". Het duidelijkst spreekt dit wanneer het voorarrest gecompenseerd wordt met de op te leggen straf. Het is dan ook niet zonder reden dat wanneer deze vrijheidsberoving belangrijkere vormen gaat aannemen, tussenkomst van de rechter-commissaris vereist is. Het recht om gehoord te worden door de rechter wordt in dit stadium van het strafproces reeds gerealiseerd.

Ook voor de toepassing van andere voor rechtssubjecten ingrijpende maatregelen geldt het vereiste van rechterlijke tussenkomst. Als voorbeelden kunnen worden genoemd de inbeslagname van voorwerpen, het binnentreden in een woning¹⁷², het af luisteren van telefoongesprekken¹⁷³ en de beslaglegging op vorderingen. De waarborgen zijn hier minder sterk vanwege de soms vereiste snelheid van ingrijpen. Bij ontdekking op heterdaad bij voorbeeld, kan in de regel de officier van justitie (of hulpofficier van justitie) optreden. Uitgangspunt is echter dat tijdens het gerechtelijke vooronderzoek deze bevoegdheden door de rechter-commissaris worden uitgeoefend. In een aantal gevallen is zelfs een uitdrukkelijk verlof van de rechtbank vereist. Te denken valt aan het gewone geval van huiszoeking, of onderzoek van brieven en geschriften bij huiszoeking, die niet het voorwerp uitmaken van een strafbaar feit of die tot het begaan ervan hebben gediend¹⁷⁴.

Zonder dat hier naar volledigheid gestreefd wordt, kan hier nog een aantal andere taken van de strafrechter worden genoemd. In de eerste plaats kan een rechtssubject als beledigde partij zich voegen in het strafproces. De uitspraak van de rechter houdt dan mede een beslechting van een geschil naar burgerlijk recht in. In de tweede plaats kunnen rechtssubjecten zich tot de rechter wenden met een klacht wegens niet-vervolgving. Insgelijks kan de verdachte zich met een klacht wegens vervolgving tot de rechter wenden. In de derde plaats kan een veroordeelde zich tot een bijzondere rechter¹⁷⁵ wenden inzake voorlopige invrijheidstelling. In de vierde plaats oefent de rechter toezicht uit op de naleving van wettelijke voorschriften in gevangenissen en andere plaatsen waar vrijheidsstraffen geëxecuteerd worden¹⁷⁶.

Ten slotte wordt vermeld dat er strafbare feiten zijn die niet door de gewone strafrechter, maar door andere rechters beoordeeld worden. De burgerlijke rechter

172. P.J.J. Zoontjens, Het huisrecht, in: Grondrechten, commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet, Nijmegen 1982, p. 264 e.v.

173. G. Vrieze, De telefoontap en de RC, NJB 1983, p. 1277-1292.

174. Artt. 11, eerste lid, en 113 Wetboek van strafvordering.

175. De VI-kamer bij het Gerechtshof te Arnhem, vgl. de artt. 15c en 15f Wetboek van Strafrecht.

176. Art. 571 Wetboek van Strafvordering.

oordeelt over bepaalde strafbare feiten¹⁷⁷. De Hoge Raad neemt in eerste en enige aanleg kennis van ambtsdelicten van ministers. Militairen worden door de militaire strafrechter berecht.

Na dit overzicht kan geconstateerd worden dat de toegang tot de rechter in het strafrecht meer omvat dan alleen de uitsluitende bevoegdheid kennis te nemen van geschillen over de toepassing van straffen. Door de betrokkenheid van de rechter met name bij de voor-fase van het strafproces is in het strafrecht mede inhoud gegeven aan zijn bijzondere rechtsbeschermende taak.

3.7.4. Rechtspleging inzake vrijheidsberoving buiten het strafproces

In een aantal gevallen voorziet de wet in de mogelijkheid iemand van zijn vrijheid te beroven, zonder dat deze maatregel samenhangt met (de verdenking van) strafbaar handelen. Te noemen vallen de gijzeling, maatregelen tegen minderjarigen in verband met de gezagsuitoefening, de bewaring van vreemdelingen en de bewaring van krankzinnigen. Daarnaast is nog te noemen de gevangenneming en de bewaring van vreemdelingen in verband met uitlevering. In dit geval is echter wél een (in)directe relatie te leggen met het strafproces: de uitlevering is slechts mogelijk van een vreemdeling die door een buitenlandse rechter is veroordeeld, of wiens aanhouding verzocht is¹⁷⁸. Hieronder zal kort aangegeven worden wat de betekenis is van de toegang tot de rechter in deze gevallen.

De gijzeling is zowel mogelijk in het burgerlijke als in het strafproces. In het burgerlijke proces kan dit dwangmiddel alleen toegepast worden uit kracht van een vonnis waarin de gijzeling (lijfswang) is bepaald¹⁷⁹. Een -weinig toegepaste- uitzondering hierop vormt de lijfswang in zaken betreffende levensonderhoud en uitkering voor de huishouding. De president in kort geding kan dan verlof tot lijfswang geven. Gijzeling is slechts mogelijk na tussenkomst van een rechter. Dit hangt samen met het ingrijpende karakter van de maatregel en de onomkeerbaarheid ervan.

In het strafproces kunnen getuigen die een getuigenis zonder wettige grond weigeren op bevel van de rechter-commissaris voor korte tijd en op bevel van de rechtbank voor langere tijd gegijzeld worden¹⁸⁰. De gegijzelde kan zich dan laten bijstaan door een advocaat¹⁸¹. De aan het slot van de vorige alinea genoemde conclusie ten aanzien van de gijzeling in het burgerlijke proces is ook hier van toepassing.

In het administratieve proces is veelal alleen voorgeleiding met de sterke arm van getuigen mogelijk. Daarvoor is een bevel van de rechter vereist¹⁸².

De meest ingrijpende maatregel tegen minderjarigen betreft de opneming op

177. Art. 511a Wetboek van Strafvordering.

178. Art. 5 Uitleveringswet.

179. Art. 589 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

180. Artt. 221 en 222 Wetboek van Strafvordering.

181. Art. 24 Wetboek van Strafvordering.

182. Vgl. bijvoorbeeld art. 110, zevende lid, Beroepswet, Zie Tak, Ten Berge, a.w. (noot 103), p. 69 e.v.

bevel van de kinderrechter van een kind in een inrichting voor onderzoek van de geestelijke en lichamelijke gesteldheid¹⁸³, dan wel de opneming in een inrichting voor verzorging en opvoeding¹⁸⁴. Tussenkost van de rechter is steeds vereist. Wanneer een rechtspersoon de voogdij over een kind uitoefent, kan plaatsing in een inrichting volgen op grond van de bevoegdheid die de voogdij meebrengt¹⁸⁵. Tussenkost van de rechter is dan niet vereist. Deze plaatsing in een inrichting is door de wetgever niet gezien als een vorm van vrijheidsberoving.

Krankzinnigen kunnen nadat hun in verzekeringstelling door de administratie bevolen is, slechts voor langere tijd van hun vrijheid worden beroofd na een uitspraak van de president van de rechtbank¹⁸⁶. De betreffende wettelijke regeling komt blijkens de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de mens in strijd met het Europese Verdrag¹⁸⁷, doordat betrokkene niet behoefde te worden gehoord. De vervanging van de Krankzinnigenwet is nog in behandeling¹⁸⁸.

Op grond van de Vreemdelingenwet kunnen bepaalde categorieën vreemdelingen in hun vrijheid van beweging beperkt worden¹⁸⁹ of in bewaring gesteld worden¹⁹⁰. De vreemdeling kan aan de rechtbank opheffing van deze maatregelen verzoeken. Hier valt op dat de toegang tot de rechter slechts repressieve werking heeft.

In het kader van de uitlevering van vreemdelingen is bewaring op bevel van de rechter-commissaris¹⁹¹ en gevangenneming op bevel van de rechtbank¹⁹² mogelijk. Ten aanzien van deze maatregelen is rechterlijke tussenkomst steeds vereist.

3.8. Conclusie

Aan deze verkenning van het recht op toegang tot de rechter zijn slechts in beperkte mate conclusies te verbinden. Opmerkelijk is dat door de interne rechtsvergelijking het verschil in de plaats van de rechter in de onderscheiden rechtsgebieden zo duidelijk naar voren komt. In het algemeen kan worden gesteld dat naarmate het publieke belang bij een bepaalde rechtstoepassing groter is en de rechtsbescherming van rechtssubjecten een belangrijker rol speelt, de rechter in een actievare rol ten aanzien van de (nadere) bepaling van de rechtsbetrekking wordt geplaatst. De actieve en de passieve rol van de rechter worden bepaald door de procesrechtelijke positie van de rechter ten aanzien van de rechtsbetrekking, hoewel ook het materiële recht van invloed kan zijn.

Voorts is de conclusie gerechtvaardigd dat in ons positieve recht aan het recht

183. Art. 262, Boek I BW.

184. Art. 263, Boek I BW.

185. Art. 305, eerste lid, Boek I, BW.

186. Art. 35 Krankzinnigenwet.

187. EHRM 24 oktober 1979, Publ. CEDH, Série A, Vol. 33 (1980).

188. Voorstel van Wet bijzondere opneming in psychiatrische ziekenhuizen, Kamerstukken II, 11 270, nr. 71. In dit wetsvoorstel is de toegang tot de rechter meer adequaat vastgelegd.

189. Art. 18 Vreemdelingenwet.

190. Art. 26 Vreemdelingenwet. Zie ook art. 82 Vreemdelingenbesluit (ingevolge het bepaalde in het vierde lid kan men zich doen bijstaan door een advocaat).

191. Art. 15 Uitleveringswet.

192. Art. 27 Uitleveringswet en art. 38 voor verlenging.

op toegang tot de rechter zowel in het verdragsrecht, de Grondwet als de lagere wetgeving gestalte is gegeven. Hiermee is echter niet gezegd dat de toegang tot de rechter op alle punten bevredigend is uitgewerkt.

4 HET BEGINSEL VAN DE TOEGANG TOT DE RECHTER

4.1. Inleiding

Dit hoofdstuk betreft de grondslagen van de toegang tot de rechter. Eerst komt het beginsel van de toegang tot de rechter aan de orde. Vervolgens zal nagegaan worden of dit beginsel terug te vinden is in ons positieve recht. Daarna zal een theoretische verkenning van het beginsel van de toegang tot de rechter plaatsvinden aan de hand van de theorie van de machtscheiding, de rechtsstaatsgedachte en het begrip democratie. Ten slotte zal gezien worden hoe de toegang tot de rechter zich historisch ontwikkeld heeft.

De discussie over de vorm en de omvang van de toegang tot de rechter is tot nog toe hoofdzakelijk bepaald door de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de mens op artikel 6 van het Europese Verdrag. Het gevolg hiervan is geweest dat de vraag beantwoord moest worden tot welke verruiming van de toegang tot de rechter deze verdragsbepaling noopt. Deze benaderingswijze is evenwel weinig vruchtbaar. Het recht op toegang tot de rechter is ook in artikel 6 van het Europese verdrag niet optimaal bruikbaar vastgelegd. Niet alleen vormt de administratiefrechtelijke rechtsbescherming een slechts stap voor stap ontgonnen toepassingsgebied van deze bepaling, de bepaling biedt bovendien onvoldoende beoordelingsmaatstaven voor het nationale recht. Uit de rechtsstaatsgedachte vloeit voort dat rechtssubjecten in principe toegang tot de rechter moeten hebben¹. Voor het Europese Hof voor de Rechten van de mens vormt dit ook een dankbaar uitgangspunt bij de uitleg van artikel 6². Het is echter niet zozeer de vraag waarom rechtssubjecten wél toegang tot de rechter moeten hebben -dat vloeit immers voort uit de rechtsstaatsgedachte- maar juist wanneer rechtssubjecten geen toegang tot de rechter behoren te hebben. Dit negatieve aspect van de toegang tot de rechter vormt de kern van het probleem. Vandaar ook dat in deze studie de vraagstelling omgekeerd zal worden. Ervan uitgaande dat rechtssubjecten in principe toegang tot de rechter behoren te hebben, zal de vraag beantwoord worden welke belangen -in welke omvang- een beperking van de toegang tot de rechter noodzakelijk maken,

1. E.M.H. Hirsch Ballin, Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse administratieve recht, Handelingen N.J.V. 1983, deel I, tweede stuk, p 11 e.v.

2. Zie par. 3.2.9.

dan wel rechtvaardigen. Deze omgekeerde vraagstelling biedt de mogelijkheid het vraagstuk van de toegang tot de rechter rationeel te beoordelen iedere beperking dient herleid te kunnen worden tot een legitieme beperkingsgrond.

4.1.1. Het beginsel van de toegang tot de rechter

Het beginsel van de toegang tot de rechter kan als volgt onder woorden worden gebracht

Rechtssubjecten behoren een aanspraak te hebben op toegang tot de rechter, teneinde ter bescherming van hun (vermeende) rechten van een onafhankelijke rechter effectieve rechtsbescherming te verkrijgen door een rechtens bindende en zo nodig executoriale uitspraak over de rechtsbetrekking in geschil.

Ter toelichting zullen een aantal elementen uit deze omschrijving nader bezien worden en een aantal gebezigde termen besproken worden.

Globaal valt in de toegang tot de rechter een drietal elementen te onderkennen de noodzakelijke voorwaarden voor de toegang tot de rechter, effectieve rechtsbescherming en executie.

Deze elementen zijn ook bij de beschrijving van het positieve recht in het vorige hoofdstuk op verschillende plaatsen naar voren gekomen. De voorwaarden voor de toegang tot de rechter -zoals rechtsbijstand, rechtshulp en tijdige beslechting van het geschil door voldoende bezetting van rechterlijke colleges- zijn in de omschrijving niet expliciet vastgelegd. Dit hangt samen met de aard van deze voorwaarden. Effectieve rechtsbescherming is ondenkbaar bij het ontbreken van deze noodzakelijke voorwaarden. De effectiviteit van de rechtsbescherming omvat een groot aantal aspecten van het beroep op de rechter. Te denken valt aan een differentiatie in de soorten procedures al naar gelang de aard van het rechtsgeschil, alsmede de mogelijkheid om op korte termijn een (voorlopige) uitspraak van de rechter te verkrijgen. De executie is eventueel essentieel, omdat hierdoor de feiten in overeenstemming gebracht kunnen worden met de inhoud van de uitspraak. Niet steeds is echter de executie noodzakelijk. In het administratieve proces houdt de beslechting van het geschil mogelijkwerwijs de vernietiging van de aangevallen overheidsbeslissing in. In het strafproces is de executie een maatregel die juist tegen het rechtssubject werkt. Dit valt moeilijk te zien als een belang van het rechtssubject. In het burgerlijke proces is de executie vaak belangrijk, zij het dat bij voorbeeld het declaratoire vonnis, of een beschikking in oneigenlijke rechtspraak genomen, waarde heeft zonder executie.

Het hier omschreven beginsel geeft als beginsel geen absolute juridische aanspraak op rechtsbescherming. Het recht op toegang tot de rechter, zoals dit in het positieve recht wordt gerealiseerd, vormt het resultaat van een afweging van enerzijds het belang van effectieve rechtsbescherming en anderzijds de belangen die een inperking van de toegang tot de rechter rechtvaardigen.

De aanspraak op rechtsbescherming kan niet beperkt worden tot gevallen waarin daadwerkelijk rechten zijn geschonden, maar moet ook tot gelding kunnen worden gebracht wanneer het rechtssubject in redelijkheid kan menen dat zijn rechten geschonden zijn. Het is immers aan de rechter om te onderzoeken of er sprake is

van rechtsschending. Vandaar dat in de omschrijving gekozen is voor de term vermeende schending van rechten.

De toegang tot de rechter kan -zo is in het vorige hoofdstuk gebleken- een sterk wisselende betekenis hebben. In het strafproces heeft het vereiste van rechterlijke tussenkomst tot gevolg dat de strafmaatregel pas na rechterlijke uitspraak mogelijk is. In het burgerlijke en administratieve proces werkt de toegang tot de rechter vaker repressief, dat wil zeggen dat door de betrokken rechtssubjecten en in het bijzonder door de overheid vaak daden kunnen worden gesteld voordat de rechter een oordeel heeft gegeven over de rechtsbetrekking. Deze verschillende betekenissen van de tussenkomst van de rechter kunnen door het gebruik van het algemene begrip toegang tot de rechter gedekt worden.

Kernpunt van de omschrijving vormt de aanduiding "effectieve rechtsbescherming". Op welke wijze rechtsbescherming effectief is, valt niet in het algemeen aan te geven. Per rechtsgebied kunnen de voorwaarden voor effectieve rechtsbescherming verschillen. Hierboven is bij de bespreking van dit element van de toegang tot de rechter al een aantal voorbeelden gegeven.

De term "rechtsbetrekking in geschil" verwijst naar het eerder geïntroduceerde begrip rechtsbetrekking³. Alle bijzondere rechtsverhoudingen die in de onderscheiden rechtsgebieden steeds een zo wisselende inhoud kunnen hebben zijn herleid tot deze algemene noemer. Het begrip geschil moet ruim worden opgevat. De tussenkomst van de rechter vindt niet steeds (alleen) in het eigenlijke proces plaats. Bovendien kan zelfs in een proces de rechtsbetrekking als zodanig onomstreden zijn, bij voorbeeld bij oneigenlijke rechtspraak. Waar het om gaat is dat de rechter geroepen is een oordeel te geven over een rechtsbetrekking die (mogelijkerwijs) ter discussie staat.

4.1.2. De fundering van het beginsel

De fundering van het beginsel behoeft in deze studie niet zozeer het karakter te dragen van een rechtsfilosofische verantwoording waarom rechtssubjecten toegang tot de rechter behoren te hebben. Het beginsel van de toegang tot de rechter kan gepostuleerd worden. Zo kan bij voorbeeld een studie over de vrijheid van meningsuiting als vertrekpunt de erkenning van de grote betekenis van dit vrijheidsrecht nemen. De toegang tot de rechter is zo essentieel voor onze rechtsorde dat zonder toegang tot de rechter geen rechtsorde te realiseren valt. De fundering zal daarom meer een verkenning inhouden van de wijze waarop in onze rechtsorde de toegang tot de rechter verankerd is. Als vertrekpunt zal de geldende rechtsorde gekozen worden, met de daarin besloten basis-concepten machtscheiding, rechtsstaat en democratie.

Door de omkering van de vraagstelling -welke belangen rechtvaardigen een beperking van de toegang tot de rechter- is het zwaartepunt in deze studie verplaatst van de beantwoording van de vraag waarom wél toegang tot de rechter open

3. Par 3.5.1.

gesteld moet worden, naar de afweging op welke wijze in onze rechtsorde de toegang tot de rechter geoperationaliseerd dient te worden. Op het eerste gezicht zou volstaan kunnen worden met het aanduiden van de belangen die een beperking van de toegang tot de rechter kunnen rechtvaardigen. In dit hoofdstuk zal echter blijken dat daarmee nog geen oplossing van het probleem verkregen wordt, omdat het mede de vraag is op welke wijze in onze rechtsorde een afweging van het beginsel van de toegang tot de rechter ten opzichte van deze beperkingsgronden dient te worden gemaakt.

In dit hoofdstuk zal langs verschillende wegen verkend worden op welke wijze het beginsel van de toegang tot de rechter in onze rechtsorde tot uitdrukking is gebracht. Daarbij zal in de eerste plaats nader geanalyseerd worden op welke wijze het beginsel is vastgelegd in positiefrechtelijke rechtsnormen en op welke wijze deze rechtsnormen uitgelegd worden. In de tweede plaats zal geanalyseerd worden welke eisen ten aanzien van het beginsel van de toegang tot de rechter voortvloeien uit belangrijke theoretische uitgangspunten die aan onze rechtsorde ten grondslag liggen: machtscheiding, rechtsstaat en democratie. In de derde plaats zal een blik geworpen worden op de toegang tot de rechter in historisch perspectief. In dit perspectief is een ontwikkelingsproces herkenbaar, namelijk dat de besluitvorming over de toegang tot de rechter gebaseerd is op het streven de toegang tot de rechter verder te ontwikkelen.

4.2. De benadering vanuit het positieve recht

In de volgende paragrafen zal het beginsel van de toegang tot de rechter onderzocht worden door het maken van een nadere analyse van de wijze waarop in het positieve recht dit beginsel tot uitdrukking is gebracht. Voor deze analyse kan de aandacht gericht worden op enerzijds de vastlegging van het beginsel in rechtsnormen en anderzijds de uitleg die de rechter aan deze rechtsnormen geeft. Wat het eerste betreft: op basis van de inventarisatie van het positieve recht in het vorige hoofdstuk kan aangegeven worden in welke omvang de toegang tot de rechter is vastgelegd. Daarbij zal ingegaan worden op de bijzondere betekenis van het verdragsrecht, omdat daarin de toegang tot de rechter als grondrecht is vastgelegd. Voorts kan voor de onderscheiden rechtsgebieden aangegeven worden welke algemene lijnen ten aanzien van de toegang tot de rechter te trekken zijn.

Wat het tweede betreft: de rechter heeft bij de uitwerking van de toegang tot de rechter een belangrijke taak. In de jurisprudentie is aan te wijzen hoe de rechter deze taak heeft opgevat. In het bijzonder zal ook aandacht geschonken worden aan de interpretatiemethode van het Europese Hof voor de Rechten van de mens bij de uitleg van artikel 6 van het Europese Verdrag.

4.2.1. De toegang tot de rechter in het nationale recht

In de Grondwet is het recht op toegang tot de rechter niet rechtstreeks vastgelegd. Primair is de competentieverdeling tussen de verschillende met geschillenbe-

slechting belaste organen aangegeven. Voor zover bepaald is dat de straf van vrijheidsberoving slechts door een onafhankelijke rechter kan worden opgelegd is de toegang tot de rechter geïmpliceerd. De positieve garantie van de toegang tot de rechter is slechts gebrekkig vastgelegd. Daarnaast is in het ius de non evocando de negatieve garantie van de toegang tot de rechter expliciet vastgelegd. Globaal kan worden gesteld dat in de lagere wetgeving het beginsel van de toegang tot de rechter ruim is uitgewerkt.

In principe kunnen rechtssubjecten in het privaatrechtelijke rechtsverkeer steeds geschillen over de vaststelling en uitleg van rechtsbetrekkingen aan de rechter voorleggen. Dit vloeit voort uit het feit dat het burgerlijke procesrecht een open systeem vormt, zodat iedere rechtsstrijd in beginsel voor de rechter gebracht kan worden. Bovendien is het burgerlijke procesrecht in een eeuwenlang ontwikkelingsproces uitgewerkt in de richting van een gedifferentieerd systeem van procesmogelijkheden, zodat het burgerlijke procesrecht kan bogen op een belangrijke mate van effectiviteit. Hiertoe heeft zeker de ontwikkeling van het kort geding voor de president van de rechtbank bijgedragen. Voor zover het procesrecht leidt tot een te trage afwikkeling van het geschil, biedt het kort geding een goede oplossing. Mede onder invloed van recente ontwikkelingen heeft het burgerlijke procesrecht de rechter in een rechtsbeschermende functie geplaatst. Hiermee is een bijdrage geleverd aan de ontwikkeling van de toegang tot de rechter voor een ieder. Niet alleen rechtssubjecten die in een maatschappelijk sterke positie verkeren, maar ook de sociaal zwakkeren en degene die in een kwetsbare positie verkeren hebben een effectieve toegang tot de rechter.

Het strafprocesrecht levert een vergelijkbaar beeld op. Hier geldt als uitgangspunt dat de leed-toebrenkende rechtsgevolgen van de strafrechtsnormen slechts kunnen intreden na tussenkomst van de rechter. Bovendien hebben rechtssubjecten het recht om reeds in een vroeg stadium van het strafproces door de rechter gehoord te worden. In beginsel waakt de rechter over de juiste toepassing van dwangmiddelen en vervolgingshandelingen. Langs deze weg is bereikt dat de rechter een sterke rechtsbeschermende functie kan vervullen. Daarbij komt nog dat rechtssubjecten -ongeacht hun eigen kennis van hun rechten- in een vroeg stadium deskundige rechtsbijstand krijgen, ook wanneer zij dit niet kunnen betalen. Deze rechtsbijstand wordt bovendien verleend door onafhankelijk functionerende advocaten.

In het administratieve recht is de toegang tot de rechter minder ver uitgewerkt. Dit is het gevolg van het feit dat in Nederland niet gekozen is voor een systeem van algemene administratiefrechtelijke rechtsbescherming. Aan de andere kant hebben zich in het administratieve procesrecht ontwikkelingen voorgedaan of zijn ontwikkelingen gaande die het grote belang dat wordt gehecht aan de toegang tot de rechter onderstrepen. Hierbij valt onder meer te wijzen op de invoering in 1976 van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen en de uitbouw

van de rechtsbescherming voor vreemdelingen⁴.

Deze globale verkenning leert dat het beginsel van de toegang tot de rechter in onze rechtsorde stevig verankerd is. Zeker in rechtsvergelijkend perspectief kan worden gesteld dat de Nederlandse rechtsorde in belangrijke mate aan het recht op toegang tot de rechter gestalte heeft willen geven. Het recht op toegang tot de rechter is in belangrijke mate gerealiseerd, ook al is een verdere ontwikkeling op onderdelen mogelijk.

4.2.2. De toegang tot de rechter als beleidsuitgangspunt

Thans wordt bij de beleidsvorming op verschillende gebieden aan het beginsel van de toegang tot de rechter verder gestalte gegeven. Dat wil zeggen dat het beginsel van de toegang tot de rechter als beleidsuitgangspunt een belangrijke plaats inneemt. Een paar voorbeelden worden hier genoemd.

In de eerste plaats kan worden gewezen op de bezetting van rechterlijke colleges en hun administratieve ondersteuning. Eerder is gebleken dat de achterstanden bij de afdoening van geschillen en de lange processtijd de effectiviteit van het beroep op de rechter kunnen aantasten. Bij de bezuinigingen op de overheidsuitgaven in de jaren tachtig heeft men gezocht naar een oplossing, die ertoe leidt dat de korting niet tot gevolg heeft dat de feitelijke bezetting terug zou lopen. In tegendeel, de bezetting is uitgebreid⁵. Dit neemt niet weg dat wellicht vanwege structurele tekorten in de bezetting van rechterlijke colleges achterstanden zijn ontstaan.

In de tweede plaats kan gewezen worden op de ontwikkelingen rond de rechtshulp. Op dit moment wordt gewerkt aan een Wet op de rechtshulp die vóór 1987 haar beslag moet krijgen⁶. Deze Wet op de rechtshulp zal de effectiviteit van het beroep op de rechter moeten versterken. Daarnaast kan gewezen worden op de bezuinigingsmaatregelen die leidden tot een bijstelling van de Wet tot regeling van de rechtsbijstand aan on- en minvermogenden. Hoewel deze maatregelen direct gericht waren op een beperking van de stijging van de kosten voor rechtsbijstand, bleek het belang van de toegang tot de rechter bij de besluitvorming zwaar te wegen. De minister overwoog:

"Daarnaast is in de laatste jaren met kracht gewerkt aan de afronding van de rechtsstaat en een grotere toegang tot de rechter, ook voor de minder draagkrachtige burger. Dit is gebeurd met algemene instemming. Het gaat om verworvenheden, die van belang zijn voor het gehalte van het bestaan van de individuele mens. Wezenlijke aantasting daarvan zou meer zijn dan een pijnlijk prijsgeven van een waardevol gebied dat al veroverd leek, het zou op langer zicht de aanvaardbaarheid van onze rechtsorde en ons maatschappelijk bestel

4. Kamerstukken II, 13 974, Uitbreiding rechtsbescherming en rechtsbijstand vreemdelingen, zie voor een commentaar P. Nicolai, Naar een beperkte rechtsbescherming in vreemdelingenzaken?, NJB 1983, p. 589 e.v.

5. Begroting Ministerie van Justitie 1986, Kamerstukken II, 19 200, hoofdstuk VI, nr. 2, p. 70.

6. Art. IV, tweede lid, Wet van 22 december 1983 tot wijziging van de wet rechtsbijstand aan on- en minvermogenden, Stb. 1983, 642. Deze wijzigingen gelden tot eind 1986. Inmiddels is een nader uitstel in voorbereiding.

schaden"⁷.

Hoewel nog zal moeten blijken wat de uitwerking is van de bezuinigingen op de rechtshulp voor de toegang tot de rechter, is deze intentieverklaring voor het opsporen van het beginsel van de toegang tot de rechter van gewicht.

In de derde plaats kan gewezen worden op een belangrijk uitgangspunt dat in de Richtlijnen voor de keuze tussen Arob-beroep en beroep op de Kroon is vervat⁸. Ondanks het feit dat in deze richtlijnen -wellicht op onjuiste gronden⁹- een zekere plaats voor het beroep op de Kroon open is gelaten, is principieel een voorkeur voor beroep op een onafhankelijke rechter erin vastgelegd¹⁰. In verband hiermee kan ook gewezen worden op pleidooien uit het parlement voor een nadere bezinning op de verdeling van de rechtsmacht tussen de administratieve rechter en de Kroon, bij de behandeling van de Wet Arob. Aangedrongen werd op een nader onderzoek naar de waarde van het beroep op de Kroon¹¹.

In de vierde plaats kan gewezen worden op een aantal ontwikkelingen in het kader van de Raad van Europa. Het ligt niet in de bedoeling om door een wijziging of aanvulling van artikel 6 van het Europese Verdrag administratiefrechtelijke geschillenbeslechting integraal onder de werking van deze bepaling te brengen. Daar staat tegenover dat uit resoluties en aanbevelingen blijkt dat de uitbouw van de administratiefrechtelijke rechtsbescherming een belangrijk beleidsuitgangspunt vormt voor de staten betrokken bij de Raad van Europa. In een resolutie van 1977¹² worden een aantal rechten in verband met de administratiefrechtelijke rechtsbescherming geformuleerd en in de aanbeveling van 1980¹³ wordt als uitgangspunt gekozen

"An act taken in the exercise of a discretionary power is subjected to control of legality by a court or other independent body."

Niet name deze laatste aanbeveling gaat verder dan artikel 6 van het Europese Verdrag zoals dit door het Europese Hof voor de Rechten van de mens in zijn ruime uitleg van het begrip "civil rights and obligations" is toegepast. Voorts kan gewezen worden op een aantal andere resoluties en aanbevelingen die ook voor het burgerlijk en strafrecht van belang zijn, onder andere betreffende de rechtshulp en de toegang tot de rechter¹⁴.

7. Begroting Justitie 1983, Kamerstukken II, 17 600, hoofdstuk IV, nr. 2., p. 3.

8. Stcrt. 23 maart 1981, nr. 56.

9. Vgl. A.F.M. Brenninkmeijer, Kernenergie, rechtsstaat en democratie, Zwolle 1983, p. 162.

10. Zie hierover E.M.H. Hirsch Ballin, Arob-beroep en beroep op de Kroon, Ars Aequi 1981, p. 492 e.v.

11. Vgl. J.H. van Kreveld en M. Scheltema, Parlementaire geschiedenis van de Wet Arob, Groningen 1976, p. 85 e.v.

12. Resolution (77) 31 on the protection of the individual in relation to the acts of administrative authorities, van 28 september 1977.

13. Recommendation No. R (80) 2 on exercise of discretionary powers by administrative authorities, van 11 maart 1980.

14. Resolution (78) 8, on legal aid and advice, (76) 5, on legal aid in civil, commercial and administrative matters en recommendation (81) 7 on measures facilitating access to justice.

4.2.3. De toegang tot de rechter in de rechtspraak

Uit de jurisprudentie van de verschillende rechters blijkt dat het beginsel van de toegang tot de rechter als uitgangspunt bij de uitleg van wetgeving -impliciet- een belangrijke rol speelt. Op deze plaats zal een aantal in het oog springende voorbeelden besproken worden. Daarbij zal niet gestreefd worden naar volledigheid.

De burgerlijke rechter heeft een aantal malen een belangrijke keuze gedaan. Juist de ontwikkeling van het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad laat zien dat de rechter welbewust ernaar gestreefd heeft de burger -ook als de wet daartoe niet rechtstreeks de mogelijkheid gaf- rechtsbescherming te geven. De eerste opening werd gegeven door het uitgangspunt van de Hoge Raad, aan het begin van deze eeuw geformuleerd, dat ook de overheid als zodanig een onrechtmatige daad kan plegen¹⁵. Voorts is van belang dat de rechter het overheidshandelen voor zover dat een discretionair karakter draagt is gaan toetsen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur¹⁶ die door de rechter tot ontwikkeling zijn gebracht. De stap die de Hoge Raad heeft gezet inzake de Doetinchemse woonruimtevoordering¹⁷ is belangrijk geweest. Het oordeel dat voor tussenkomst van de rechter reden zou zijn, indien de woonruimtevoordering als een daad van willekeur zou zijn aan te merken, leidde ertoe dat de rechter rechtsbescherming mogelijk maakte in een situatie waarin de rechter naar de toen heersende verwachtingen even goed de burger met lege handen had kunnen laten staan. Hoewel omstreden is in hoeverre de Woonruimtetwet 1947 een beoordeling door de rechter uitsluit, heeft de Hoge Raad een ruime uitleg gegeven aan zijn rechtsbeschermingstaak¹⁸.

Nog duidelijker spreekt de jurisprudentie van de burgerlijke rechter waar het gaat om de afgrenzing tussen zijn rechtsmacht en die van andere administratieve rechters en beroepsorganen. Vooropgesteld moet worden dat de gewone rechter de keuzes, die door de wetgever in formele zin in de loop van deze eeuw ten voordele van administratieve rechtsgangen zijn gedaan, gerespecteerd heeft¹⁹. Het sterkst spreekt dit bij de niet-ontvankelijkheid van een vordering terzake waarvan beroep op de Kroon mogelijk is. Zou de rechter deze weg niet gevolgd hebben, dan zou er sprake zijn geweest van een rechtstreekse confrontatie tussen de wetgever en de rechter. Gelet op het feit dat het beroep op de Kroon een lange historische ontwikkeling heeft doorgemaakt -het beroep op de Kroon is van oudere datum dan administratieve rechtspraak- lag het voor de rechter weinig voor de hand deze confrontatie op een min of meer willekeurig moment aan te gaan. Met andere woorden, er is in de loop der jaren geen aanleiding geweest om de geleidelijke ontwikkeling te doorbreken. Dit is anders komen te liggen nu het Europese Hof voor de Rechten van de mens in een hinderwetgeschil het beroep op de Kroon in strijd met

15. HR 10 mei 1901, W 7606 (Het Rotterdamse huis).

16. W. Duk, R.W.L. Coeb en P. Nicolai, Bestuursrecht, Amsterdam 1981, p. 387 e.v.

17. HR 25 februari 1949, NJ 1949, 558.

18. L. Prakke, Toetsing in het publiekrecht, Assen 1972, p. 7.

19. Zie par. 3.3.1. e.v.

artikel 6 van het Europese Verdrag heeft geoordeeld.

Afgezien hiervan blijkt de gewone rechter vrijwel steeds bereid eventuele lacunes in de administratiefrechtelijke rechtsbescherming op te vullen. Van beslissende betekenis is daarbij geweest dat de Hoge Raad als uitgangspunt koos, dat door het stellen van een onrechtmatig handelen de bevoegdheidsvraag als zodanig van geringe betekenis wordt. Bij de beoordeling van de ontvankelijkheidsvraag is als uitgangspunt gekozen dat niet-ontvankelijkheid slechts werd aangenomen wanneer de alternatieve administratieve rechtsgang met voldoende waarborgen omkleed is en even effectief is²⁰. Langs deze weg kon de gewone rechter materieel een oordeel geven over de waarde van de geboden administratiefrechtelijke rechtsbescherming. Blijft deze onder de door de Hoge Raad gestelde maat, dan kan de gewone rechter aanvullende rechtsbescherming geven. De enige uitzondering hierop wordt, zoals reeds eerder vermeld, door de jurisprudentie inzake de Ambtenarenwet 1929 gevormd, omdat de Hoge Raad -tot nog toe- daarin wel onbevoegdheid van de gewone rechter aanneemt²¹. Voor de overige administratieve rechtsgangen geldt als uitgangspunt dat wanneer deze op enigerlei wijze te kort schieten de gewone rechter in dit tekort voorziet²².

Voorts kan gewezen worden op de jurisprudentie inzake onrechtmatige rechtspraak en wetgeving. In principe kunnen rechterlijke uitspraken en wetgeving voorwerp van geschil zijn²³. Verdedigbaar is de stelling dat rechtssubjecten zelfs in verband met een wet in formele zin die in strijd is met een rechtstreeks werkende verdragsbepaling een onrechtmatige-daadsactie kunnen richten tegen de Staat²⁴. Deze mogelijke toegang tot de rechter laat zien dat door zijn ruime benadering van de bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvraag de Hoge Raad de toegang tot de rechter zo breed mogelijk heeft willen uitmeten.

Ging het hierboven over de ontwikkeling van de rechtsbescherming in de rechtsbetrekkingen tussen overheid en andere rechtssubjecten, ook binnen het eigenlijke burgerlijke proces heeft de gewone rechter een zo ruim mogelijke rechtsbeschermingstaak op zich genomen. Het meest sprekende in dit verband is de jurisprudentie inzake het kort geding. Op grond van een betrekkelijk summiere regeling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering heeft zich een jurisprudentiepraktijk ontwikkeld die een belangrijke bijdrage heeft geleverd tot een verbreding van de toegang tot de rechter. Deze jurisprudentie is nog steeds in ontwikkeling. Te noemen valt de toepassing van het kort geding inzake de incasso van schuldvordering-

20. HR 20 november 1977, NJ 1978, 255 (Nagtegaal tegen Plassenschap Loosdrecht).

21. HR 13 november 1941, NJ 1942, 172, HR 12 januari 1951, NJ 1951, 538, anders Hof Amsterdam, 24 november 1976, NJ 1978, 39.

22. Bij voorbeeld in sociale verzekeringszaken: Pres. Rb. Groningen 6 juni 1979, RSV 1980, 31 en Pres. Rb. Arnhem 26 maart 1981, AB 199.

23. HR 3 december 1971, NJ 137 (onrechtmatige rechtspraak) en HR 24 januari 1969, NJ 316 (onrechtmatige wetgeving).

24. Gelet op de terughoudende opstelling van de Hoge Raad bij toetsing aan verdragsrecht (vgl. A.M. Donner, Het beleid van de rechter ten aanzien van grond- en mensenrechten, in: Grondrechten, commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet, Nijmegen 1982, p. 40 e.v.) valt van een dergelijke actie weinig succes te verwachten. Vandaar dat nog geen voorbeelden beschikbaar zijn.

en²⁵. Van doorslaggevende betekenis is dat de bepaling van artikel 292 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ("de beslissing bij voorraad brengt geen nadeel toe aan de zaak ten principale") slechts een norm inhoudt voor de rechter ten principale²⁶. De uitspraak van de rechter in kort geding houdt géén voor de rechter in het bodemgeschil bindende rechtsbeslissing in²⁷. Dit neemt niet weg dat enerzijds het kort geding in de praktijk zich een plaats heeft verworven volledig naast de gewone procedures. Anderzijds kunnen de uitspraken in kort geding feitelijk prejudiciëren ten aanzien van de hoofdzaak²⁸. Hoewel de wettelijke bepalingen aan deze ontwikkeling niet in de weg staan noch deze expliciet voorschrijven, kan worden gesteld dat door de rechter keuzes zijn gedaan en worden gedaan, die het kort geding als middel om de toegang tot de rechter te effectueren zo breed mogelijk maken. Er is in zekere zin sprake van een extensieve uitleg, terwijl in rechtsvergelijkend perspectief een meer restrictieve benadering denkbaar was geweest²⁹. In dit verband verdient het kort geding tegen de overheid eveneens vermelding. Hoewel er wellicht goede gronden zijn om op basis van de regeling van het kort geding in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aan te nemen dat de president in kort geding onbevoegd is kennis te nemen van geschillen tegen de overheid³⁰, is de Hoge Raad een andere koers gaan varen. Wordt er een recht als bedoeld in artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie in het geding gebracht, dan is de gewone rechter (in kort geding) bevoegd³¹. Voor deze jurisprudentie geldt dat sprake is van een extensieve interpretatie. Langs deze weg kunnen geschillen van velerlei aard aan de president in kort geding worden voorgelegd, waarbij de grenzen tussen burgerlijk, straf- en administratief recht vervagen³².

De jurisprudentie van de administratieve rechters toont dat deze veel sterker gebonden zijn aan de wettelijke bevoegdheidsgrenzen. Toch vallen er ook voor dit rechtsgebied een aantal opmerkelijke keuzes van administratieve rechters te melden. De Afdeling rechtspraak van de Raad van State heeft de waarschuwing die vooraf gaat aan politiedwang aangemerkt als een beschikking in de zin van de Wet Arob³³. Langs deze weg ontstond de mogelijkheid tegen deze waarschuwing een Arob-procedure te beginnen. Verdedigbaar is dat deze waarschuwing géén beschikking als hier bedoeld inhoudt³⁴. Kennelijk heeft de Arob-rechter gemeend juist ook op dit gebied rechtsbescherming te moeten geven. Een ander voorbeeld wordt gevonden in de

25. J.H. Blaauw en M.E.Th. de Bruin-Luikinga, Geldvorderingen in kort geding, N.J.B. 1985, p. 1109 e.v.

26. R.P. Cleveringa, mr. W. van Rossum's verklaring van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, deel I, Zwolle 1972, p. 790.

27. Idem, p. 754 e.v.

28. Idem, p. 755 e.v.

29. Te denken valt aan de ontwikkeling in de Bondsrepubliek Duitsland, waar het kort geding van zeer geringe betekenis is.

30. Cleveringa, a.w. (noot 27), p. 762.

31. HR 31 december 1915, NJ 1916, p. 407 (Guldmond/Noordwijkerhout).

32. Als voorbeelden kunnen worden genoemd: Aanpassing WWV Pres. Rb. 's-Gravenhage 17 januari 1985, NJ 262, en de toepassing van het kort geding in het strafrecht: G.J.M. Corsten, De president in kort geding in strafzaken, in: Ad personam, Zwolle 1981 en de plaatsing van kruisraketten.

33. Afd. Rsp. RvS 25 augustus 1976, AB 214, onder de Wet Bab gold dit niet: KB 30 oktober 1967, AB 210.

34. M. Scheltema, in: Voorlichting over Arob, Zwolle 1976, p. 31 e.v.

jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep. In de eerste plaats kan worden opgemerkt dat deze rechter in een vroeg stadium een bijdrage heeft geleverd tot de ontwikkeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Daardoor werd een nadere beoordeling van overheidsbesluiten die op een discretionaire bevoegdheid berusten mogelijk³⁵. In de tweede plaats kan de jurisprudentie van deze rechter genoemd worden inzake de zogenaamde bovenwettelijke uitkeringen. In de situatie dat een uitvoeringsorgaan ingevolge de sociale verzekeringswetgeving daartoe niet verplicht is, wordt in een aantal gevallen toch een uitkering gegeven. Strikt genomen behoren geschillen over dergelijke uitkeringen niet tot de competentie van de rechter in sociale verzekeringszaken. Toch heeft de Centrale Raad van Beroep deze taak op zich genomen³⁶.

Aangezien de toegang tot de rechter in het strafproces in beginsel een negatieve betekenis heeft (het openbaar ministerie moet zich toegang tot de rechter zien te verschaffen) valt over de uitleg van de bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvraag in dit verband weinig op te merken. Anders ligt dit bij de aanwending van rechtsmiddelen (verzet, hoger beroep en cassatie) door de verdachte. Wanneer de verdachte de intentie heeft een juist rechtsmiddel aan te wenden, doch dit op onjuiste wijze doet, komt de Hoge Raad de verdachte in belangrijke mate tegemoet. In 1972³⁷ nog stelde de Hoge Raad zich formeel op, sinds 1977³⁸ valt in de jurisprudentie duidelijk de lijn te herkennen dat eventuele fouten van verdachten bij het aanwenden van rechtsmiddelen niet per se in hun nadeel mogen werken. Daarbij doet het niet ter zake of het de eigen schuld van de verdachte was dat hij een verkeerd rechtsmiddel aanwendde, dan wel dat hij misleid was door een mededeling van bij voorbeeld de rechter in eerste aanleg³⁹.

Aan het slot van dit overzicht wordt nog een algemene opmerking gemaakt. De benaderingswijze van de Nederlandse rechters is nogal pragmatisch. Dit heeft tot gevolg dat de keuzes die de rechter bij de uitbouw van zijn rechtsbeschermende taak heeft gedaan veelal zonder argumentatie in de jurisprudentie naar voren komen. Het beginsel van de toegang tot de rechter of bij voorbeeld de rechtsstaatsgedachte worden niet nadrukkelijk genoemd als grondslag van de interpretatie. Deze benaderingswijze kan afgezet worden tegen die van de Conseil d'Etat in Frankrijk. In een casus die opmerkelijk veel overeenkomst vertoonde met de Doetinchemse woonruimtevoordering heeft dit rechtscollege principieel uitgesproken, dat uit "le respect de la légalité" het "principe général" voortvloeit dat de betreffende rechtsgang, het "recours pour excès de pouvoir" ten alle tijde open staat en dat zelfs de wet

35. J.H. van der Meide, Ontwikkeling van toetsingsnormen in de ambtenaren-rechtspraak, NJB 1980, p. 1053 e.v.

36. Contra legem-uitvoering in het sociaal zekerheidsrecht, Deventer 1985, p. 32 e.v.

37. HR 29 februari 1972, NJ 1973, 1.

38. HR 1 maart 1977, NJ 364.

39. Zie voor een overzicht: H.G.M. Krabbe, Verzet en hoger beroep in strafzaken, Alpen a/d Rijn 1983, p. 57 e.v.

daaraan niet kan tornen⁴⁰. Voor het Nederlandse recht kan slechts worden gesteld dat de rechter impliciet het beginsel van de toegang tot de rechter als richtsnoer kiest. Later zal blijken dat het Europese Hof voor de Rechten van de mens -meer in de lijn van bij voorbeeld de Franse jurisprudentie- algemene rechtsbegrippen als basis voor interpretatie kiest⁴¹.

4.2.4. De toegang tot de rechter in het internationale recht

In de Universele verklaring van de rechten van de mens is het beginsel van de toegang tot de rechter in ruime zin vastgelegd. Gelet op het feit dat deze verklaring niet rechtens bindend is, was een zo ruime opzet van het beginsel ook mogelijk. Anders is het gesteld met de toegang tot de rechter zoals vastgelegd in het Europese Verdrag en het Internationale Verdrag. De aanspraak op een eerlijk proces is in beide verdragen voor strafrechtelijke geschillen steeds vastgelegd⁴². Voor de overige geschillen lopen de betekenissen van de betreffende bepalingen uiteen. Gelet op de in het Internationale Verdrag gekozen terminologie, waarbij eerder uitvoerig is stil gestaan⁴³, moet ervan worden uitgegaan dat voor niet-strafrechtelijke geschillen geen recht op toegang tot de rechter is gevestigd. Slechts wanneer het nationale recht een beroep op de rechter erkent gelden een aantal processuele waarborgen. In artikel 6 van het Europese Verdrag is voor geschillen over "the determination of civil rights and obligations" wél een recht op toegang tot de rechter vastgelegd⁴⁴. Daaronder valt tevens een belangrijk deel van de administratiefrechtelijke geschillen.

Het is echter de vraag of aan het feit, dat in deze verdragen met name op het gebied van de administratiefrechtelijke rechtsbescherming niet expliciet het recht op toegang tot de rechter is vastgelegd grote betekenis mag worden gehecht. Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord. Het probleem bij de vaststelling van deze verdragsteksten vormde immers het feit, dat voor een groot aantal verschillende rechtsstelsels⁴⁵ een algemene norm moest worden gesteld. De verschillen tussen de rechtsstelsels heeft tot gevolg dat bezwaarlijk deze algemene norm te geven is zonder onnodig schade toe te brengen aan de nationale rechtsstelsels⁴⁶. Met andere woorden, het internationale codificatieniveau is niet geëigend om in algemene termen het vraagstuk van met name de administratieve rechtsbescherming tot een oplossing te brengen. Juist om die reden kunnen deze verdragsbepalingen niet het uitgangspunt voor deze studie vormen. Opmerkelijk is dat het Europese Hof voor de Rechten van de mens voor de toepasselijkheid van artikel 6 van het

40. C.E. 17 februari 1950, Recueil Lebon 110 (madam Lamotte). Zie voor een verdere bespreking: A.F.M. Brenninkmeijer, Kernenergie, rechtsstaat en democratie, Zwolle 1983, p. 35.

41. Zie par. 4.2.6.

42. Art. 14 IV en art. 6 EV.

43. Zie par. 3.2.8. e.v.

44. Zie par. 3.2.9.

45. Vgl. ook G.J. Wiarda, De betekenis van art. 6. lid 1, van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens voor de Nederlandse adm. rechtsgangen, in *Non sine causa*, Zwolle 1979, p. 459 e.v.

46. Vgl. Brenninkmeijer, a.w. (noot 40), p. 142 e.v.

Europese Verdrag geen beperking tot het burgerlijke recht heeft aangenomen, maar deze bepaling mede van toepassing acht in bepaalde geschillen die door het nationale recht als administratiefrechtelijk worden aangemerkt. In de volgende paragrafen zal nader aandacht gegeven worden aan de interpretatie van het Europese Hof voor de Rechten van de mens van artikel 6 van het Europese Verdrag.

4.2.5. De interpretatie van artikel 6 van het Europese Verdrag

De interpretatie die door het Europese Hof voor de Rechten van de mens is gegeven vraagt om twee redenen nader de aandacht⁴⁷. In de eerste plaats blijkt uit de aan deze bepaling gegeven uitleg welke reikwijdte het Hof vooralsnog aan de bepaling wil geven. In de tweede plaats is met name voor de verkenning van het beginsel van de toegang tot de rechter de methode die het Hof hanteert bij de uitleg van de bepaling van grote betekenis. In deze paragraaf komt het eerste punt aan de orde, terwijl in de volgende paragraaf een aantal opmerkingen over de gevolgde interpretatiemethode zullen worden gemaakt.

In de literatuur is gesteld dat het Hof aan artikel 6 van het Europese Verdrag een extensieve uitleg heeft gegeven⁴⁸. Deze waarneming is juist, doch behoeft aanvulling. Eerder is gebleken dat een vergelijking tussen artikel 6 van het Europese Verdrag en artikel 14 van het Internationaal Verdrag de stelling rechtvaardigt dat aan de aanduiding "civil rights and obligations" in artikel 6 niet per se grote gevolgen verbonden behoeven te worden⁴⁹. In artikel 14 van het Internationaal Verdrag blijkt deze -anders luidende- aanduiding de werkingssfeer van de bepaling niet te beperken tot geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen in principe kan ieder rechtsgeding voor een onafhankelijke rechter onder de bepaling vallen. Het Hof voor de rechten van de mens heeft echter wel beperkende betekenis aan de term "civil rights and obligations" gegeven. In zoverre kan gesteld worden dat aan de bepaling eerder een restrictieve uitleg is gegeven. Uitgaande van deze restrictie is het Hof de bepaling meer extensief gaan uitleggen. Er is een directe samenhang tussen beide aspecten van de jurisprudentie van het Hof. Wat is immers de belangrijkste extensie van de betekenis van de bepaling? Het feit dat het Hof -ondanks het feit dat de letter van de bepaling dit recht niet erkent- het recht op toegang tot de rechter omvat. Zou het Hof in het licht van de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 14 Internationaal Verdrag de beperking van de bepaling tot "civil rights and obligations" niet zo hebben opgevat, dan zou de erkenning van het recht op toegang tot de rechter niet mogelijk zijn geweest. Dit recht op toegang tot de rechter zou dan immers ten aanzien van een niet nader omschreven categorie

47. In paragraaf 3.2.10. is een eerste verkenning van de betekenis van artikel 6 gegeven.

48. G.J. Wiarda, Extensieve en restrictieve verdragstoepassing door het Europese Hof voor de rechten van de mens in Ad personam, p. 374 e.v., P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, De Europese conventie in theorie en praktijk, Nijmegen 1982, p. 45 e.v.

49. Zie par 3.2.8.

procedures (met name tegen de overheid) gelding hebben⁵⁰. Langs deze weg blijken de restrictieve en extensieve interpretatie in een nauw verband te staan.

De erkenning van het recht op toegang tot de rechter vormt de belangrijkste extensieve uitleg van artikel 6 van het Europese Verdrag die in de jurisprudentie van het Hof is terug te vinden. In de zaak Golder heeft het Hof voor het eerst een stap in deze richting gedaan⁵¹:

"the Court thus reaches the conclusion, ...that Article 6, secures to everyone the right to have any claim relating to his civil rights and obligations brought before a court or tribunal. In this way the Article embodies the "right to a court", of which the right of access, that is the right to institute proceedings before courts in civil matters, constitutes one aspect only"⁵².

Het recht op toegang tot de rechter draagt volgens het Hof echter geen absoluut karakter en "implied limitations" kunnen zich voordoen⁵³.

Het Hof bouwde in de Deweer-zaak voort op deze jurisprudentie. In deze zaak ging het anders dan in de zaak Golder waar "civil rights and obligations" in het geding waren om een strafbaar feit. Deweer had door het vrijwillig betalen van een boete zijn recht op toegang tot de rechter prijs gegeven. Hij had met de schikking ingestemd, omdat hij de sluiting van zijn winkel hangende de strafprocedure te vrezen had⁵⁴. In deze uitspraak constateert het Hof dat ook ten aanzien van strafzaken "implied limitations" van toepassing kunnen zijn⁵⁵. In de Airey-zaak is het recht op toegang tot de rechter verder uitgebouwd. Dit betreft niet alleen de formele toegang tot de rechter maar tevens het recht op effectieve toegang tot de rechter⁵⁶. Dit impliceerde dat, gegeven dat een echtscheidingsprocedure zoals klaagster die in Ierland wilde voeren, zonder bijstand van een advocaat niet goed doenlijk was, rechtsbijstand voor rekening van de staat verleend moest worden vanwege klaagsters minvermogene positie.

Het laat zich aanzien dat het recht op effectieve toegang tot de rechter in de jurisprudentie van het Hof nog nadere uitwerking zal krijgen. Geconstateerd kan worden dat het Hof door de uitleg van artikel 6 van het Europese Verdrag dit recht heeft vastgelegd. Nog belangrijker is dat de toegang tot de rechter twee dimensies heeft gekregen. De eerste betreft die van, zo zou men kunnen zeggen, het ius de non evocando. Deweer werd in een dwangpositie ertoe gebracht zijn recht op toegang tot de rechter prijs te geven. Dit hield een inbreuk in op artikel 6⁵⁷. Dit houdt een negatieve garantie in: de overheid dient zich te onthouden van een handeling waardoor het beroep op de rechter illusoir wordt. In de zaak Airey komt een meer positieve waarborg naar voren: de aanspraak op kosteloze rechtsbijstand.

Voor het beginsel van de toegang tot de rechter is deze jurisprudentie van

50. Brenninkmeijer, a.w. (noot 41), p. 142 e.v.

51. EHRM 21 februari 1975, N.J. 1975, 462, Publ. CEDH, Série A, vol. 18 (1975), par. 26 t/m 32, p. 12-18.

52. Idem, p. 18.

53. Idem, p. 37-40.

54. EHRM 27 februari 1980, Publ. CEDH, Série A, vol. 35 (1980).

55. Idem, par. 49. In casu: het door het aangaan van een schikking prijsgeven van het recht op toegang tot de rechter.

56. EHRM 9 oktober 1979, Publ. CEDH, Série A, vol. 32 (1980).

57. Vgl. ook de zaak Golder (noot 51).

grote betekenis. Het blijkt immers dat het Hof voor de rechten van de mens aan dit beginsel zo grote waarde toekent, dat op grond hiervan een extensieve uitleg van artikel 6 plaatsvindt.

Kort wordt hier nog een ander aspect van de jurisprudentie van het Hof genoemd. Eerder is gesteld dat het Hof, door in de term "civil rights and obligations" een beperking te zien van het werkingsgebied van artikel 6, in zekere zin een restrictieve uitleg heeft gekozen. Het Hof heeft echter ook laten zien dat artikel 6 van toepassing kan zijn op geschillen die naar nationaal recht wellicht als administratiefrechtelijke geschillen worden aangemerkt. Het Hof geeft aan het begrip "civil rights and obligations" een autonome uitleg⁵⁸. Langs deze weg bereikt het Hof het maximaal haalbare resultaat. Het recht op toegang tot de rechter is gevestigd voor een zo groot mogelijke categorie van geschillen, zonder de nationale systemen van administratiefrechtelijke rechtsbescherming volledig te verstoren. De uitleg van de reikwijdte van het begrip "civil rights and obligations" in de toekomst kan ertoe leiden dat geleidelijk grotere terreinen van het administratieve recht onder de verdragsbepaling komen te vallen.

4.2.6. De interpretatiemethode van het Europese Hof voor de Rechten van de mens

Een van de belangrijkste kenmerken van de interpretatiemethode van het Europese Hof voor de rechten van de mens is dat latere uitspraken voortbouwen op eerdere jurisprudentie. Hoewel dit op zichzelf niet opzienbarend is, is er toch een belangrijk gevolg aan verbonden. In de zaak Golder wordt het recht op toegang tot de rechter in een zeer specifiek geval aangenomen. Een gevangene die een actie uit onrechtmatige daad tegen een bewaker wil instellen, mag niet verboden worden voor dat doel contact op te nemen met een advocaat. Het recht op toegang tot de rechter wordt echter in latere jurisprudentie -los van de casus in de zaak Golder- onder verwijzing naar deze uitspraak aangenomen. Het gevolg hiervan is dat de uitspraak in de zaak Golder van zeer verstrekkende betekenis is. Het wetgevingseffect van de uitspraken van het Hof is daarom groot, veel groter in ieder geval dan bij voorbeeld van uitspraken van de Hoge Raad. De Nederlandse rechter is veel eerder geneigd slechts met het oog op het geval in geschil een uitspraak te doen. Pas na langere tijd kunnen een aantal uitspraken duidelijk maken welke gevolgen de jurisprudentie-ontwikkeling heeft. Schematisch weergegeven kan worden gesteld dat in de zaak Golder het recht op toegang tot de rechter gevestigd is. In latere uitspraken wordt dit recht nader uitgelegd. In de zaak Airey is de effectiviteit van het beroep op de rechter toegevoegd. Het valt te verwachten dat in latere jurisprudentie deze effectiviteit als het ware een eigen leven gaat leiden.

De "dissenting opinions" in de zaak Golder tonen aan dat over de erkenning van het recht op toegang tot de rechter allermist eenstemmigheid bestond binnen het Hof. Wellicht om die reden is deze uitspraak op dit punt zwaar onderbouwd.

58. P. van Dijk, De op Nederland rustende internationale verplichtingen terzake van een behoorlijke rechtspraak, Handelingen N.J.V. 1983, deel I, eerste stuk, p. 71 e.v.

Het Hof formuleert de vraagstelling als volgt:

"Again article 6 par. 1 does not state a right of access to the courts or tribunals in express terms. It inunciates rights which are distinct but stem from the same basic idea and which, taken together, make up a single right not special defined in the narrow sense of the term. It is the duty of the Court to ascertain, by means of interpretation, whether access to courts constitutes one factor or aspect of this right"⁵⁹.

Bij de beantwoording van deze vraag volgt het Hof de uitlegmethode die in artikel 31 van het Verdrag van Wenen van 23 mei 1969 zijn genoemd⁶⁰. Het Hof beklemtoont de eenheid van het interpretatieproces, waarbij verschillende factoren in ogenschouw kunnen worden genomen. Het Hof schenkt eerst aandacht aan de tekst van artikel 6, eerste lid, in zijn context⁶¹, ten tweede plaatst het Hof de bepaling tegen de achtergrond van de Preambule en het Statuut van de Raad van Europa⁶², in de derde plaats past het Hof algemene rechtsbeginselen toe⁶³. Bij deze drie punten wordt hier kort stilgestaan:

1. Het Hof concludeert dat de tekst van de bepaling niet uitsluit dat in artikel 6, eerste lid, mede het recht op toegang tot de rechter besloten ligt. Bovendien sluiten artikel 5, vierde lid, en 13 deze uitleg niet uit.

2. Zowel in de Preambule van het Europese Verdrag als in het Statuut van de Raad van Europa wordt verwezen naar de "rule of law" of "la prééminence du droit". In artikel 3 van het Statuut is bepaald dat "every Member of the Council of Europe must accept the principles of the rule of law...". De rechtsstaatsgedachte krijgt langs deze weg juridisch-normatieve betekenis. Het Hof overwoog:

"And in civil matters one can scarcely conceive of the rule of law without being a possibility of having access to courts"⁶⁴.

3. Als een van de "universal, recognised, fundamental principles of law" merkt het Hof aan:

"The principle whereby a civil claim must be capable of being submitted to a judge"⁶⁵.

Voor het beginsel van de toegang tot de rechter is de gevolgde interpretatiemethode niet zonder betekenis. Het Hof kiest bij de uitleg van artikel 6, eerste lid, de rechtsstaatsgedachte en een algemeen rechtsbeginsel -dat het recht op toegang tot de rechter inhoudt- als uitgangspunt. Op deze plaats wordt dan ook duidelijk dat de in deze studie gekozen opzet -het stellen van het beginsel en voorts het opsporen van de beperkingen- ten nauwste aansluit bij de door het Hof gevolgde interpretatiemethode. Het hoeft daarom geen verwondering te wekken dat het Hof verderop in de uitspraak ingaat op mogelijke beperkingen van het recht op toegang tot de rechter⁶⁶. Juist het feit dat het Hof teruggaat naar het algemene uitgangspunt van de rechtsstaatsgedachte rechtvaardigt het feit dat in deze studie het beginsel van de toegang tot de rechter zeer algemeen is gesteld.

59. Zaak Golder (noot 51), p. 13.

60. Hoewel dit verdrag nog niet verbindend was (Trbl. 1972, 51).

61. Zaak Golder (noot 51), par. 32.

62. Idem, par. 34.

63. Idem, par. 35.

64. Idem, p. 17.

65. Idem.

66. Idem, p. 18 e.v.

In het arrest in de zaak Benthem⁶⁷ volgt het Europese Hof in belangrijke mate de lijn van de tot dan toe gevormde jurisprudentie, terwijl in het arrest in de zaak Feldbrugge⁶⁸ het Europese Hof een stap verder gaat. Het Hof analyseert de publiekrechtelijke en de privaatrechtelijke elementen van het recht in geschil (de aanspraak op een ziekengelduitkering) en komt tot de conclusie dat de privaatrechtelijke elementen overheersend zijn.

4.2.7. Het resultaat van de benadering vanuit het positieve recht

De verkenning in de voorgaande paragrafen kan als volgt worden samengevat. In de Grondwet valt ternauwernood de erkenning van het beginsel van de toegang tot de rechter aan te wijzen. Dit hangt samen met het feit dat de Grondwet zich hoofdzakelijk richt op normstelling voor de wetgever inzake de competentie van de rechter. Het ius de non evocando geeft het rechtssubject een aanspraak, waarin de negatieve zijde van het beginsel -niet worden afgehouden- is vastgelegd.

In de lagere wetgeving, de organieke wetgeving waarin de rechterlijke colleges in het leven zijn geroepen en de regelingen van het procesrecht, is duidelijk gestalte gegeven aan het beginsel. Dit geldt in sterke mate voor het straf- en burgerlijke recht. In het administratieve recht ontstaat geen samenhangend beeld. In veel gevallen hebben rechtssubjecten toegang tot de rechter, terwijl de verwerking van de gevolgen van het arrest Benthem voor het administratief beroep nog niet voltooid is. Voor het administratieve recht is, omdat er nog geen sluitend systeem van rechtsbescherming door een onafhankelijke rechter is ingevoerd, het beginsel niet volledig tot gelding gebracht.

Het beginsel van de toegang tot de rechter is als beleidsuitgangspunt duidelijk aantoonbaar.

De rechter blijkt bij de uitleg van de wetgeving een optimalisering van de toegang tot de rechter na te streven. Met name de gewone rechter heeft op het gebied van de administratiefrechtelijke rechtsbescherming belangrijke keuzes gedaan.

In het internationale recht is het beginsel duidelijk terug te vinden in de Universele verklaring van de rechten van de mens. Het recht op toegang tot de rechter in artikel 14 van het Internationale Verdrag geldt slechts voor geschillen over strafbare feiten. Ingevolge artikel 6 van het Europese Verdrag is mede onder invloed van de jurisprudentie van het Hof voor de rechten van de mens het recht op toegang tot de rechter sterk verankerd. Niet kan worden gezegd dat dit recht ook voor alle geschillen tussen overheid en burger van toepassing is. Dit hangt wellicht samen met het feit dat er grote verschillen zijn tussen de systemen van administratiefrechtelijke rechtsbescherming tussen de lidstaten van de Raad van Europa⁶⁹.

67. EHRM 23 oktober 1985, AB 1986, 1, m.n. E.M.H. H.B.

68. EHRM 29 mei 1986.

69. Vgl. hiervoor de dissenting opinion van zeven leden van het Europese Hof voor de rechten van de mens in de zaak Feldbrugge.

Het Hof voor de rechten van de mens steunt bij de uitleg van artikel 6 op algemene rechtsbeginselen, zoals de rechtsstaatsgedachte, waaruit de gelding van het beginsel van de toegang tot de rechter voortvloeit. Bij de deductieve benadering in de volgende paragrafen zal op deze voet worden doorgegaan.

4.3. De benadering vanuit een aantal theoretische concepten

Voor deze benadering wordt een drietal fundamentele theoretische grondslagen van onze rechtsorde onderzocht: machtscheiding, democratie en rechtsstaat. Het zwaartepunt komt bij de rechtsstaatsgedachte te liggen, machtscheiding en democratie worden gebruikt om de rechtsstaatsgedachte nader te bepalen.

De theorie van de machtscheiding heeft in de Nederlandse rechtsorde geen expliciete (grond)wettelijke erkenning gekregen. Dat is bij voorbeeld in de Bondsrepubliek Duitsland wél gebeurd⁷⁰. Dit neemt niet weg dat in onze Grondwet het grondschema van de machtscheiding terug is te vinden. Een verkenning van de theorie van de machtscheiding is in deze juridische studie zinvol om duidelijker zicht te krijgen op de plaats van de rechter in onze overheidsorganisatie. Daarbij is niet zozeer van belang welke positie voor de rechter uitdrukkelijk wél in de theorie was vastgelegd. Veeleer zal blijken dat deze theorie over bepaalde belangrijke kwesties -met name de verhouding rechter-administratie en rechter-wetgever- niet voldoende duidelijkheid schept.

De benadering van het beginsel van de toegang tot de rechter vanuit het positieve recht heeft geleerd dat de toegang tot de rechter in het strafrecht en het burgerlijke recht goed is uitgewerkt. Anders is dit bij de administratiefrechtelijke geschillenbeslechting. Daarbij komt nog -en dat is tot nog toe onbesproken gebleven- dat de wet in formele zin een bijzondere status heeft. De rechter mag deze immers niet aan de Grondwet toetsen. De verhouding rechter-administratie en rechter-wetgever zal daarom nader bezien moeten worden. Dit vindt plaats aan de hand van een bespreking van de rechtsstaatsgedachte in verband met de democratie. De vraagstelling is dan wat de plaats van de rechter in de democratische rechtsstaat is.

4.3.1. De theorie van de machtscheiding

Over de theorie van de machtscheiding is veel literatuur verschenen. Historici, politicologen, filosofen en juristen hebben zich erover gebogen⁷¹. Op deze plaats kan worden volstaan met een aantal hoofdlijnen. Daarbij zal in het bijzonder aandacht geschonken worden aan de plaats van de rechter in de theorie van de machtscheiding.

Aan de theorie van de machtscheiding is onverbrekelijk de naam van Mon-

70. Art. 20, derde lid, Grundgesetz.

71. Zie voor een literatuuropgave S. Goyard-Fabre, La philosophie du droit de Montesquieu, Parijs 1979, p. 406 e.v., J.J. Granpré Molière, La théorie de la constitution anglaise chez Montesquieu, Leiden 1977, p. 354 e.v., K.M. Schonfeld, Montesquieu en "La bouche de la loi", Leiden 1979, p. 86 e.v.

tesquieu verbonden. Hoewel de idee van de machtscheiding zeker niet haar enige oorsprong bij Montesquieu vindt⁷², heeft deze schrijver in zijn "De l'esprit des lois" een bijzondere uitwerking aan deze theorie gegeven. In historisch perspectief blijken de gedachten van Montesquieu van grote invloed te zijn geweest, waarbij met name te denken valt aan de Franse revolutie en de constitutionele ontwikkeling in de Verenigde Staten.

Strikt genomen is de aanduiding van de theorie van Montesquieu als de theorie van de machtscheiding onjuist. Bij lezing van het beroemde zesde hoofdstuk van het elfde boek over de Engelse constitutie dringt zich veel meer de gedachte van de verdeling van de staatsmacht op. Montesquieu onderscheidt drie overheidsfuncties: wetgeving, uitvoering en rechtspraak⁷³. Het zou echter onjuist zijn te menen dat Montesquieu deze drie functies aan drie volledig gescheiden organen wil toebedelen⁷⁴. Waar Montesquieu tegen waarschuwt is dat deze drie functies of twee ervan in één hand komen te berusten. Daarmee is niet -a contrario- geïmpliceerd dat deze drie functies aan drie volledig gescheiden organen moeten worden toebedeeld. Montesquieu vermeldt echter bij zijn beschrijving van de Engelse constitutie -kenmerklijk zonder dat hij daartegen overwegende bezwaren koestert- op tal van plaatsen dwarsverbindingen tussen de drie staatsmachten. Zo komt aan de monarch, die de uitvoerende macht heeft, het recht van veto toe ten aanzien van wetgeving⁷⁵. Omgekeerd oefent het parlement controle uit op het handelen van de uitvoerende macht⁷⁶. Het Hogerhuis heeft rechtsprekende taken⁷⁷ en de rechter is gebonden aan de wet⁷⁸.

De stelling dat de theorie van de machtscheiding in het Nederlandse constitutionele recht slechts zeer ten dele doorwerking heeft gevonden, is daarom onjuist⁷⁹. De Nederlandse situatie komt in belangrijke mate overeen met het door Montesquieu geschetste beeld. Slechts op een beperkt aantal punten wijst Montesquieu dwarsverbindingen tussen staatsfuncties af. Hij was voor ministeriële verantwoordelijkheid, maar het parlement mocht de uitvoerende macht niet in haar handelen tegenhouden⁸⁰, dat wil zeggen dat de uitvoerende macht niet zonder meer was aangewezen op instemming van het parlement met iedere uitvoeringshandeling. Hij was voor samenwerking tussen het parlement en de uitvoerende macht bij wetgeving, maar kende aan de uitvoerende macht slechts het recht van veto toe⁸¹, terwijl het recht van initiatief bij het Lagerhuis berustte⁸². Het belangrijkste punt waarop ons huidige staatsrecht afwijkt van de theorie van de machtscheiding is

72. Schönfeld, a.w. (noot 71), p. 1 e.v.

73. Montesquieu, *Oeuvres complètes, l'intégrale*, Parijs 1964, p. 586.

74. Ch. Eisenmann, *La pensée constitutionnelle de Montesquieu*, Bicentenaire de l'esprit des lois, Parijs 1952.

75. L'intégrale, a.w. (noot 73), p. 589.

76. Idem.

77. Idem.

78. Idem.

79. Zie bij voorbeeld G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle 1980, p. 70.

80. L'intégrale, a.w. (noot 73), p. 588.

81. Faculté d'empêcher, idem, p. 588-589.

82. Idem, p. 588.

de ruime wetgevende taak van de uitvoerende macht. Dat is echter een verschijnsel dat pas in de twintigste eeuw naar voren is gekomen.

Om de betekenis van de theorie van de machtscheiding op zijn waarde te schatten is het vereist een aantal achtergronden ervan te kennen. Montesquieu streefde door middel van de door hem bepleite machtscheiding twee nauw met elkaar verbonden doelen na. In de eerste plaats wilde Montesquieu de vrijheid van de burger in de staat realiseren⁸³. Daarbij was hij -in de tweede plaats- gekant tegen het absolutisme, de despotie⁸⁴. Teneinde despotie tegen te gaan moest machtsmisbruik worden tegengegaan

"Pour q'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir"⁸⁵.

Het gaat er niet om de machten volledig te scheiden, doch juist ter beperking van elkaars macht in een constitutioneel verband te plaatsen.

Hierbij is een tweede aspect van de theorie van Montesquieu van groot belang. Montesquieu heeft geen dogmatisch juridische conceptie van een constitutie ontwikkeld, maar een politieke theorie die nauw aansloot bij de in zijn tijd bestaande politieke en sociale krachten⁸⁶. De monarch, de adel en de burgerij kregen elk een eigen plaats. Waar het Montesquieu om te doen was, is dat niet slechts de monarch of slechts de burgerij alle macht had, hij streefde een "gouvernement modéré" na.

In dit licht bezien is het onjuist de theorie van Montesquieu te beschrijven vanuit de drie los staande organen wetgever, bestuur en rechter⁸⁷. De betrekkingen tussen de organen zijn veel belangrijker. De leer van de machtscheiding handelt over de realisering van de vrijheid door in een constitutie de verdeling van de macht en de onderlinge beperking van de macht vast te leggen. De theorie van de machtscheiding is daarom alleen zinvol te benaderen vanuit drieërlei betrekkingen die tussen wetgever en bestuur, rechter en bestuur en rechter en wetgever⁸⁸. Voorts blijkt bij lezing van Montesquieu's theorie dat deze betrekkingen niet van gelijke orde zijn. Om dit duidelijk te maken zal in de volgende paragraaf onderscheid gemaakt worden tussen de politieke en de juridische benadering van de theorie van de machtscheiding.

4.3.2. De politieke en de juridische dimensie van de theorie van de machtscheiding

Montesquieu richtte zijn betoog tegen de absolute monarchie zoals die in zijn tijd aan de macht was. Daarmee is het belangrijkste kenmerk van zijn theorie gegeven. Het politieke ideaal van het "gouvernement modéré" wordt vertaald in een aantal constitutioneelrechtelijke uitgangspunten. De strijd om de macht, die ook in Frankrijk tijdens het ancien régime ten voordele van de absolute vorst was beslecht,

83. Goyard-Fabre, a.w. (noot 71), p. 28 e.v.

84. L'intégrale, a.w. (noot 73), p. 585-586.

85. Idem, p. 586.

86. Goyard-Fabre, a.w. (noot 71), p. 356.

87. Vgl. Eisenmann, a.w. (noot 74).

88. Vgl. T. Koopmans, Vergelijkend publiekrecht, Deventer 1978, p. 248 e.v.

wilde Montesquieu niet op het niveau van de feitelijke macht uitvechten. Hij streefde naar een constitutionele orde die -zoals in Engeland het geval was- op de politieke vrijheid gericht was.

Het spanningsveld waarbinnen de theorie van de machtenscheiding ontwikkeld is -het keren van de absolute monarchie- bepaalde de teneur van zijn betoog. De meeste aandacht gaf Montesquieu daarom aan de verhouding tussen de wetgevende en de uitvoerende macht. De rechterlijke macht kwam daarmee vanzelf in een ondergeschikte positie terecht. Zoals Montesquieu stelde, zijn er in de door hem gewenste staat: "deux pouvoirs visibles: la puissance législative et l'exécutive"⁸⁹. Eerder had hij, door de rechtsprekende macht toe te delen aan een niet-permanent college, het punt bereikt dat hij kon stellen:

"De cette façon, la puissance de juger, si terrible parmi les hommes, n'étant attachée ni à un certain état, ni à une certaine profession, devient, pour ainsi dire, invisible et nulle"⁹⁰.

Bij Montesquieu ligt de klemtoon op de verdeling van de politieke macht. De rechter komt echter geen politieke macht toe. Men zou kunnen stellen dat de preoccupatie van Montesquieu met het keren van de heerschappij van de absolute monarch ertoe leidde dat hij de rechter niet zag zitten.

Eisenmann maakt onderscheid tussen de politieke en de juridische uitleg van de theorie van de machtenscheiding. De politieke benadering is terug te vinden bij de opstellers van de Federalist papers, Hamilton, Jay and Madison en de betrokkenen bij de Constituante van 1789, alsmede Destutt de Tracy, Benjamin Constant en Leboulaye; de juridische benadering bij Jellinek, Laband, Esmein, Duguit en Carré de Malberg⁹¹. Kenmerkend voor de juridische benadering is dat ten onrechte de scheiding van de machten wordt beklemtoond. Daarmee wordt de theorie van de machtenscheiding haast een mathematisch model, dat in geen enkele staat onverkort terug te vinden is⁹². De politieke benadering gaat uit van een verdeling van de macht in een stelsel van "checks and balances". Tegelijkertijd komt -zoals hierboven gebleken is- de klemtoon te liggen op de verhouding tussen de wetgevende en de uitvoerende macht⁹³. Het zwaartepunt ligt bij de verdeling van de politieke macht en niet bij de "juridische macht" van de rechter. Voor de plaatsbepaling van de rechter in de machtenscheiding is dit van grote betekenis. Men zou haast zeggen dat de rechterlijke macht de "blinde vlek" van Montesquieu's theorie vormt.

4.3.3. La bouche de la loi

Schönfeld heeft een historisch georiënteerde studie gewijd aan de betekenis van de "bouche de la loi" passage in "De l'esprit des lois". Hij verwijt een groot

89. L'intégrale, a.w. (noot 73), p. 647.

90. Idem, p. 587.

91. Eisenmann, a.w. (noot 74), p. 150.

92. Vgl. A.M. Donner, Handboek van het Nederlandse staatsrecht, Zwoile 1983, p. 421 e.v., zie voor een weinig genuanceerde benadering: G. van den Berg, Montesquieu en het staatsrecht, in: Verzamelde staatsrechtelijke opstellen, deel I, Alphen a/d Rijn 1949, p. 78 e.v.

93. Eisenmann, a.w. (noot 74), p. 150.

aantal juristen dat zij ten onrechte de uitspraak van Montesquieu "les juges ... ne sont, ... , que la bouche de la loi" hebben gelezen als ware de rechter een "juge-automate"⁹⁴. Deze visie van Montesquieu zou voortvloeien uit "een korzelige plaatsverwijzing van de rechter"⁹⁵. Hierachter gaat schuil de controverse over de vraag of Montesquieu in hoofdstuk 6 van boek XI "De la constitution d'Angleterre" een reële beschrijving van het Engelse constitutionele recht in zijn tijd heeft gegeven, dan wel een utopie heeft beschreven⁹⁶. Schönfeld stelt dat Montesquieu de reële Engelse situatie heeft beschreven en dat de rechter een zelfstandige rechtsvindings-taak heeft. Hier wordt de stelling verdedigd dat de uitleg die Schönfeld heeft gegeven aan de zinsnede met betrekking tot de bescheiden plaats van de rechter in de machtenscheiding slechts van geringe waarde is voor de uitleg van de theorie van Montesquieu.

De twee onderdelen van Schönfelds stelling zijn moeilijk met elkaar te verenigen. Enerzijds wordt gesteld dat Montesquieu de Engelse situatie juist heeft beschreven, terwijl anderzijds de daarin besloten "bouche de la loi"- passage een geheel andere strekking krijgt dan deze op het eerste gezicht heeft. De vraag of Montesquieu de werkelijke Engelse situatie heeft beschreven, dan wel een utopie, kan niet met zekerheid beantwoord worden nu Montesquieu op dit punt voor meer dan een uitleg vatbaar blijkt te zijn. Montesquieu stelt dat hij de principes die ten grondslag aan het Engelse recht liggen zal bespreken⁹⁷. Het heeft er alle schijn van dat Montesquieu utopie en werkelijkheid dooreen geweven heeft. Hiertoe draagt bij dat hij in het betreffende hoofdstuk vrij indirect een haast abstracte constitutie bespreekt. Dit komt hoofdzakelijk doordat de "beschrijving" vervat is in een grote reeks normatieve uitspraken. Het is dan ook moeilijk om conclusies over de betekenis van de "bouche de la loi"-passage te verbinden aan de aard van de beschrijving van Montesquieu.

Het is bovendien de vraag of het mogelijk is de betekenis van de "bouche de la loi"-passage te achterhalen door deze passage los te halen uit de context: de theorie van de machtenscheiding als geheel⁹⁸. Deze passage dreigt dan een leus met een andere inhoud te worden. In de vorige paragraaf is aangegeven dat Montesquieu niet een juridisch-dogmatisch betoog heeft geschreven, doch een politieke theorie⁹⁹ over de realisering van de vrijheid van het individu door in de constitutie een verdeling van met name de politieke macht te verankeren. Inherent daaraan is dat de rechter een bescheiden plaats inneemt. De rechter is gebonden aan de wet. In zoverre zou gesteld kunnen worden dat het denken van Montesquieu legalistische trekken vertoont. In de volgende paragraaf zal dit punt verder worden uitgewerkt.

94. O.a. Eisenmann, a.w. (noot 74), p. 5.

95. O.a. Melai en Geppart, aldus Schönfeld, a.w. (noot 71), p. 8.

96. Idem, p. 8.

97. *L'intégrale*, a.w. (noot 73), p. 586.

98. Schönfeld scheidt nu juist de "bouche de la loi"-kwestie van de theorie van de machtenscheiding, a.w. (noot 71), p. 10.

99. J. Cadart, Institutions politique et droit constitutionnel, deel I, Parijs 1979, p. 300.

4.3.4. Montesquieu als "legalist"

Het zou onjuist zijn Montesquieu zonder meer als een legalist te beschrijven. De verhouding tussen de rechter en de wet wordt door Montesquieu ook niet in volle omvang beschreven. Dit komt met name doordat Montesquieu relatief veel aandacht schenkt aan de strafrechtspraak, terwijl de burgerlijke rechtspraak veel minder aandacht krijgt. De administratieve rechtspraak komt vrijwel niet aan de orde¹⁰⁰. Dat is ook wel begrijpelijk. Ten opzichte van de politieke machten -monarch en parlement- speelt, zoals gezegd, de rechterlijke macht een ondergeschikte rol. In de strafrechtspraak ligt echter de dreiging, dat deze als verlengstuk van de oppressieve kracht van de absolute vorst wordt gebruikt. Montesquieu noemt daar ook voorbeelden van¹⁰¹. In dat licht is het verklaarbaar waarom Montesquieu uitvoerig aandacht schenkt aan de waarborgen voor een van onderdrukkende tendensen gezuiverde strafrechtspleging.

"C'est donc de la bonté des lois criminelles que dépend principalement la liberté du citoyen"¹⁰².

En in nauwe samenhang daarmee formuleert Montesquieu zijn visie op de plaats van de rechter:

"Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur"¹⁰³

Op deze grond wil hij dat het recht van abolitie¹⁰⁴ slechts aan een politieke macht wordt toegekend. Schönfeld stelt dat de verwijzing in de hier aangehaalde passage naar "comme nous avons dit" niet is terug te vinden¹⁰⁵. Het is echter zeer wel denkbaar dat Montesquieu heeft terugverwezen naar boek VI, hoofdstuk 3. In dit hoofdstuk legt Montesquieu de grondslag voor wat wij thans het "nulla poena sine lege"-beginsel noemen¹⁰⁶.

"Dans les Etats despotiques, il n'y a point de loi. le juge est lui-même la règle. Dans les Etats monarchiques, il y a une loi: et la où elle est précise, le juge la suit: la où elle n'est pas, il en cherche l'esprit".

En "l'esprit des lois", zou men kunnen zeggen, houdt het door Montesquieu gestelde ideaal in. de vrijheid van het individu. Deze vrijheid moet door de constitutie gewaarborgd worden, doordat twee politieke machten elk een -in hoofdzaak- eigen functie uitoefenen in onderlinge verbondenheid. Hier gaat het om de politieke vrijheid in verband met de constitutie. Voorts plaatst Montesquieu de politieke vrijheid

100. Terzijde noemt Montesquieu wel belastingrechtspraak *L'intégrale*, a.w. (noot 73), p. 559. Zie hierover: G. Vlachos, *Le pouvoir judiciaire dans l'esprit des lois*, in *Mélanges en l'honneur du professeur M. Stassinopoulos*, Parijs 1974, p. 365-376 (369).

101. Boek IV, hoofdstuk 6.

102. *L'intégrale*, a.w. (noot 73), p. 598.

103. Idem, p. 589.

104. Deze term benadert het meest precies wat Montesquieu bedoelde. *L'intégrale*, a.w. (noot 73), p. 589.

105. Althans niet te vinden is in boek VI, Schönfeld, a.w. (noot 71), p. 34 e.v.

106. J. Graven, Montesquieu et le droit pénal, in: *Bicentenaire de l'esprit des lois*, a.w. (noot 74), p. 218 e.v.

in een verband tot de burger¹⁰⁷. De burger is enerzijds vrij door een "gouvernement établi par la loi"¹⁰⁸, anderzijds doordat de wet aangeeft wat hij wel en niet mag¹⁰⁹. Dit laatste te beoordelen, is het domein van de rechtspraak.

Langs deze weg blijkt dat een geïsoleerde uitleg van de "bouche de la loi"-passage niet de kern van de theorie van Montesquieu raakt. Ook Montesquieu sluit niet uit dat de rechter als spreekbuis van de wet een zekere rechtsvindingsstaak heeft, doch het ideaal is een duidelijke en ondubbelzinnige (straf)wetgeving.

4.3.5. De theorie van de machtenscheiding als politieke theorie

De juridische benadering van de theorie van de machtenscheiding leidt -door een dogmatisch benaderde driedeling van de staatsmacht- tot een beklemtoning van de scheiding van de machten. Bovendien worden de drie machten op een gelijk niveau geplaatst. Gaat men terug naar de kern van de theorie van de machtenscheiding van Montesquieu -de vrijheid die door de constitutie gewaarborgd is- dan blijkt deze juridische benadering niet houdbaar. Montesquieu heeft een tempering van de politieke machtsuitoefening willen bereiken door de politieke macht te verdelen. De nadruk komt dan te liggen op de verhouding tussen de wetgevende en uitvoerende macht, die in een systeem van "checks and balances" functioneren¹¹⁰. De rechter is geen politieke macht die deel heeft in dit systeem van "checks and balances", hij is in zoverre onzichtbaar.

Omdat Montesquieu streeft naar een verdeling van de politieke macht past hij zijn theorie op de voor hem bekende maatschappelijke werkelijkheid toe. De politieke macht wordt door hem toebedeeld aan bestaande -of door hem aanwezig geachte- maatschappelijke krachten: de monarch, de adel en de burgerij. Deze drie maatschappelijke "machtsblokken" krijgen een plaats in de constitutionele rechtsorde. De koning krijgt de uitvoerende macht, terwijl de wetgevende macht wordt toebedeeld aan de koning en het parlement, waarin de adel en de burgerij vertegenwoordigd zijn. De rechterlijke macht mag volgens Montesquieu echter geen maatschappelijke politieke kracht vormen. Juist door de rechterlijke macht niet aan een permanent college toe te kennen, maar aan een steeds wisselende groep burgers¹¹¹ kan voorkomen worden dat de rechterlijke macht een politieke macht wordt.

In de theorie van de machtenscheiding van Montesquieu zijn twee assen te onderscheiden. De ene as betreft het politieke machts-evenwicht tussen de wetgevende en de uitvoerende macht dat in de constitutie gewaarborgd is. Voor de rechterlijke macht is daarin geen plaats. De tweede as betreft de vrijheid van de burger, door de (gewone) wet gewaarborgd. De rechter waakt bij de rechtspraak op grond van de wet over deze vrijheid. De eerste as is die van de politiek, de tweede die

107. Zie het opschrift van boek XII "Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec le citoyen".

108. Graven, a.w. (noot 71), p. 214.

109. Boek XI, hoofdstuk 3.

110. Vgl. A.M. Donner, Handboek van het Nederlandse staatsrecht, Zwolle 1983, p. 421 e.v.

111. L'intégrale, a.w. (noot 73), p. 567.

van het juridische.

Aldus blijkt dat de theorie van de machtenscheiding zoals die door Montesquieu is opgesteld slechts negatieve betekenis heeft voor de rechter: de rechter is een onafhankelijke niet-politieke macht. De uitvoerende en de wetgevende macht zijn op onderlinge samenwerking aangewezen. De betrekkingen tussen deze beide machten en de rechterlijke macht zijn veel afstandelijker. de rechter is onafhankelijk en gebonden aan de wet die in samenwerking tussen wetgevende en uitvoerende macht tot stand is gekomen.

Montesquieu heeft zijn theorie geschreven aan de vooravond van belangrijke constitutionele ontwikkelingen. Zijn denkbeelden zijn van grote betekenis geweest voor de opstelling van de Amerikaanse constitutie¹¹² en de opeenvolgende Franse constituties¹¹³. Bekijkt men de constitutionele regelingen die elkaar in Frankrijk na de Franse revolutie hebben opgevolgd, dan blijkt juist de koppeling van constitutionele bevoegdheden aan de maatschappelijke politieke krachten en de verhouding tussen de wetgevende en de uitvoerende macht het belangrijkste -politieke- probleem¹¹⁴. Juist deze ontwikkelingen lijken een heldere blik op de theorie van de machtenscheiding, zoals Montesquieu deze neerschreef, te vertroebelen. Bij voorbeeld kan worden genoemd de rol die Montesquieu aan de adel als "pouvoir intermédiaire" toekende. De Franse revolutie leidde ertoe dat de adel als maatschappelijke politieke kracht -door executie- kwam te vervallen. Het gaat echter te ver in de theorie van Montesquieu een "pris parti" ten voordele van de adel te zien, zoals Althusser Montesquieu verweten heeft¹¹⁵. Ondanks het wegvallen van de adel bleef het door Montesquieu nagestreefde machts-evenwicht -door de macht van de absolute vorst te beperken- mogelijk.

Tijdens de periode van de constitutionele rechtsvorming in West-Europa en de Verenigde Staten moesten tal van voor de constituties essentiële beslissingen genomen worden. Het zou onjuist zijn te stellen dat de theorie van de machtenscheiding voor al deze keuzes richtinggevend kon zijn. Ten aanzien van welke vragen was deze theorie wel richtinggevend? In de eerste plaats wordt een scheiding tussen recht en politiek aangebracht. In een despotie bestaat deze scheiding niet¹¹⁶. De constitutionele ordening -en met name de verhouding tussen regering en parlement, met hun beperkte taken- wordt vastgelegd in de constitutie. In de tweede plaats schuilt een rechtsstatelijk aspect in de theorie van de machtenscheiding¹¹⁷. De vrijheid van de burger is gewaarborgd door de gebondenheid van alle staatsor-

112. P. Bastid, *Montesquieu et les Etats-Unis, Bicentenaire*, a.w. (noot 74), p. 313; P. M. Spurlin, *L'influence de Montesquieu sur la constitution américaine*, in: *Actes du congrès Montesquieu*, Bordeaux 1956, p. 265.

113. Cadart, *Institutions*, a.w. (noot 99), p. 304 e.v.

114. B. Markine-Guetzévitch, *De l'esprit des lois à la démocratie moderne*, in: *Bicentenaire*, a.w. (noot 74), p. 11 en idem, *De la séparation des pouvoirs*, p. 161.

115. L. Althusser, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, Parijs 1981, p. 98 e.v.

116. Daarmee is niet gezegd, dat de scheiding tussen recht en politiek zoals Montesquieu deze zag, de meest wezenlijke garantie tegen despotie zou zijn. Later zal blijken dat de scheiding tussen recht en politiek in deze tijd moeilijk houdbaar is (zie par 4.3.18.).

117. F.R. Bohtlingh en J.H.A. Logemann, *Het wetsbegrip in Nederland*, Alphen a/d Rijn 1966, p. 11.

ganen aan de wet. Daaruit vloeien de grenzen van de overheidsmacht voort. In de derde plaats schuilt in de theorie van de machtenscheiding een democratisch element. De koning heeft ten aanzien van de wetgeving weliswaar een recht van veto, maar aan het "Lagerhuis" dat is samengesteld uit de burgerij komen de belangrijkste bevoegdheden toe¹¹⁸. De theorie van de machtenscheiding geeft echter op een belangrijk punt geen oplossing: de materiële grenzen van de wetgevende macht. In de volgende paragraaf zal dit worden uitgewerkt.

4.3.6. De grenzen van de wetgevende macht

De stelling kan verdedigd worden dat de theorie van de machtenscheiding in hoofdzaak slechts een formele garantie voor de vrijheid van de burger inhoudt. De vrijheid van de burger is in "De l'esprit des lois" primair bepaald door de wet: "La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent"¹¹⁹. Van doorslaggevende betekenis is dat Montesquieu de democratie niet ziet als een regeringsvorm die deze vrijheid "par nature" bewerkstelligt¹²⁰. De vrijheid kan gewaarborgd worden door een "gouvernement modéré". De waarborg die hierin besloten ligt is niet de inhoudelijke begrenzing van de macht van de wetgever. Door enerzijds de onderlinge verbondenheid van de wetgevende en de uitvoerende macht en de scheiding daarvan van de rechterlijke macht, en anderzijds de plaatsbepaling van de maatschappelijke krachten (koning, adel en burgerij) in de constitutionele ordening, zou de vrijheid gewaarborgd kunnen zijn. "Le pouvoir arrête le pouvoir" betreft niet alléén de constitutionele macht van de staatsinstellingen, maar ook de daaraan gerelateerde invloed van elk van de maatschappelijke politieke krachten. Anders gezegd: door deelname van de burgerij aan de wetgevende macht is de positie van de burgerij als geheel gewaarborgd. In de theorie van de machtenscheiding komt de burgerij als geheel op de eerste plaats, maar niet de individuele burger.

Bij Montesquieu is nog geen principiële bezinning op de betekenis van de grondrechten in dit verband te vinden. De grondrechten zien op de verhouding tussen *individu en gemeenschap*. Deze stelling behoeft op een tweetal punten een nadere toelichting. In de eerste plaats besteedt Montesquieu wel enige aandacht aan de positie van het individu. Bij zijn bespreking van het strafrecht klinkt bij voorbeeld door dat de vrijheid van het individu ook door de inhoud van de strafwet bedreigd kan worden¹²¹. De eis moet bij voorbeeld worden gesteld dat de strafwet slechts proportionele straffen oplegt. Montesquieu pleit ook voor een eerlijk strafproces. In het systeem van de machtenscheiding ligt echter niet besloten dat de vrijheid van het individu beschermd is.

In de tweede plaats sluit de theorie van de machtenscheiding de erkenning

118. Le droit de statuer: L'intégrale, a.w. (noot 73), p. 588-589.

119. L'intégrale, a.w. (noot 73), p. 586, zie ook Goyard-Fabre, a.w. (noot 71), p. 288 e.v.

120. L'intégrale, a.w. (noot 73), p. 586.

121. L'intégrale, a.w. (noot 73), p. 599. Vgl. ook p. 749: "Je le dis, et il me semble que j n'ai fait cet ouvrage que pour le prouver: l'esprit de modération doit être celui du législateur; le bien politique comme le bien moral, se trouver toujours entre deux limites".

van de grondrechten niet uit. Stellig kan worden gezegd dat Montesquieu de wegbereider van de grondrechten is geweest¹²².

Kernpunt blijft echter dat Montesquieu een constitutionele ordening in verbinding heeft willen brengen met een maatschappelijke ordening, die door de matiging van de machtsuitoefening die daarin besloten lag, de vrijheid van de maatschappelijke krachten bewerkstelligt. Bij Montesquieu ligt de beperking van de wetgevende macht in de institutionele ordening van de constitutie besloten en niet in een materiële begrenzing van de wetgevende macht. Hieruit vloeit voort dat de rechter ten aanzien van de beperking van de wetgevende macht slechts een ondergeschikte rol heeft. Hij kan slechts de wetmatigheid van de machtsuitoefening beoordelen. De inhoud van de wet vormt voor de rechter een vaststaand gegeven.

De Franse revolutie en de totstandkoming van de Amerikaanse constitutie na het verschijnen van "De l'esprit des lois" laten zien dat de materiële begrenzing van de wetgevende macht een belangrijke -door Montesquieu onopgeloste- vraag was. In de "Déclaration des droits de l'Homme" en de "Bill of rights" zijn grondrechten vastgelegd. In de Verenigde Staten werd zelfs constitutioneel toetsingsrecht aanvaard.

Met deze ontwikkelingen is de vraagstelling voor het volgende deel van dit hoofdstuk naar voren gekomen: de verhouding tussen individu en gemeenschap.

4.3.7. Individu en gemeenschap

Montesquieu veronderstelde dat door de verdeling van de macht in een constitutionele ordening die gekoppeld werd aan het maatschappelijk krachtenspel, de burger vrij zou zijn. De matiging van de regering ("gouvernement") werd niet bereikt door een materiële begrenzing van de bevoegdheden ervan. Veel eerder was deze te vinden in het optreden van de adel als "pouvoir intermédiaire". De Franse revolutie heeft het door Montesquieu aanwezig geachte of wenselijk geachte maatschappijbeeld drastisch gewijzigd. De koning vond de dood en de adel werd geëlimineerd of gelijkgesteld met de gewone burgerij. Reeds in het eerste artikel van de "Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen" van 26 augustus 1789 werd bepaald:

"Les hommes naissent et demeurent libre et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune."

Voorts werd de volkssoevereiniteit gevestigd. In artikel 3 van de Déclaration is bepaald:

"Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu, ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément."

Met deze bepaling was de grondslag voor de democratie gelegd. De begrenzing van de machtsuitoefening is in artikel 2 van de Déclaration vastgelegd:

"Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression".

122. R. Cassin, Montesquieu et les droits de l'Homme, in Bicentenaire, a.w. (noot 74), p. 185.

Artikel 3 houdt een beperking van de vrijheid van het individu in: hij is onderworpen aan het gezag dat uitgaat van de natie. In het tweede artikel is echter de vrijheid van het individu gewaarborgd door enerzijds het zuivere oogmerk van de onderwerping aan het politieke verband te stellen en anderzijds door de erkenning van de fundamentele vrijheden.

De democratie vestigt een heerschappij over het individu. Deze heerschappij beperkt de vrijheid van het individu en kan zelfs deze vrijheid teniet doen. Hoewel de democratie gericht is op een bepaalde vrijheid, wordt tegelijkertijd de vrijheid van het individu beperkt. De democratie draagt daarom een zekere spanning in zich. Teneinde het tenietgaan van de vrijheid te voorkomen moet er een evenwicht gevonden worden: het individu heeft bepaalde vrijheden die de heerschappij van de democratie beperken. Donner spreekt in dit verband over de formele en materiële kant van de democratie: de buiten- en binnenkant van democratie en vrijheid¹²³.

Donner incorporeert als het ware de beperking van de democratische heerschappij die uit de gelding van de grondrechten voortvloeit, in de democratie. Het voordeel van deze constructie is dat de democratie in zichzelf in evenwicht wordt gebracht¹²⁴. Kernvraag is echter of uit de democratiegedachte noodzakelijkerwijze ook de gelding van de grondrechten voortvloeit. Voor de beantwoording van deze vraag zal de verhouding tussen vrijheid en democratie nader bezien worden.

4.3.8. Democratie

In een juridische benadering is het begrip democratie moeilijk te hanteren. De democratiegedachte vindt zijn vertaling in complexen rechtsnormen die een bepaalde besluitvormingsprocedure vastleggen. Te denken valt aan periodieke vrije verkiezingen, kabinetsformatie, ministeriële verantwoordelijkheid en parlementair stelsel. Wat de kern is van de democratiegedachte kan echter niet in juridisch normatieve termen geduid worden. Wat is het effect van democratische besluitvorming? Wellicht dat de empirische benadering van politicologen een antwoord kan geven. Als uitgangspunt zou daarbij de klassieke opvatting over democratie gekozen kunnen worden:

"De democratische methode is de institutionele regeling om tot politieke besluitvorming te komen, waarbij ten behoeve van het algemeen welzijn het volk zelf over de strijdpunten beslist door de verkiezing van individuen die bijeen moeten komen om de wil van het volk uit te voeren."¹²⁵

Schumpeter heeft betoogd dat deze beschrijving van de werking van de democratie geen beschrijving van het proces in de werkelijkheid geeft en ongeschikt is om wat er gebeurt te interpreteren. Een bruikbare formule vindt hij door het beschreven proces om te keren. Niet de uitvoering van de wil van het volk gaat voorop,

123. A.M. Donner, De ontwikkeling van het democratische denken, in: Democratie, theorie en praktijk, red. J.J.A. Thomassen, Alphen a/d Rijn/Brussel 1981, p. 5.

124. Deze gedachte komt ook voor bij K. Hartmann, Politische Philosophie, Freiburg/München 1981, p. 189 e.v.

125. J.A. Schumpeter, Capitalism, Socialism and Democracy, Londen 1976, p. 250 (geciteerd naar de vertaling van A. Daudt, Het democratisch elitisme, in: Democratie, theorie en praktijk, a.w. (noot 123), p. 112.

maar de keuze van politieke leiders en vertegenwoordigers:

"De democratische methode is de institutionele regeling om tot politieke besluitvorming te komen waarbij individuen de beslissingsmacht verkrijgen door middel van een concurrentiestrijd om de stemmen van de burgers"¹²⁶.

Bij de juridische benadering is het proces dat zich in de werkelijkheid afspeelt bij de toepassing van de democratische methode van ondergeschikte betekenis. Of de politieke leiders nu de wil van het volk uitvoeren of nu juist het volk voor zich winnen door een bepaald beleid te voeren, of de besluitvorming rationeler verloopt, of de besluitvorming leidt tot aanvaardbare beslissingen¹²⁷, zijn voor de jurist weinig relevante kwesties. Historisch gezien is de heerschappij van de absolute vorst gebroken en is consensus ontstaan over de toepassing van de democratische methode. De vraag is niet waartoe de toepassing van de democratische methode leidt -een vraagstelling voor de politicologie-, als wel welke betekenis de democratische besluitvorming in constitutioneel perspectief heeft. Bij de juridische benadering komt meer de nadruk te liggen op de identificatie van de vrijheid als juridisch fenomeen. Deze vrijheid kan primair benaderd worden als een functie van rechtsnormen: door de gelding van rechtsnormen is de burger vrij. Voorts kan de verhouding tussen democratie en vrijheid nader bezien worden. In de twee volgende paragrafen worden beide benaderingen beproefd.

4.3.9. Vrijheid en recht

In navolging van Montesquieu kan nader inhoud gegeven worden aan de verhouding tussen recht en vrijheid. Drie elementen vallen daarbij te onderscheiden:

1. Het individu mag alles wat niet in rechtsnormen verboden is;
2. Het individu krijgt rechtsaanspraken tegenover de overheid en andere rechtssubjecten, en
3. Het individu verkeert in rechtszekerheid.

Deze elementen behoeven enige toelichting. Algemeen kan worden gesteld dat de aldus gedefinieerde vrijheid op het individu betrokken is. Het eerste punt kwam bij Montesquieu al naar voren. Hoewel rechtsnormen de vrijheid van het individu kunnen beperken, wordt tegelijkertijd de vrijheid bepaald. Het tweede punt volgt uit de historische ontwikkeling, waarbij de welvaart verdeeld wordt door rechtssubjecten aanspraken te geven op overheidsprestaties. De groter wordende complexiteit van de samenleving en de wens sociaal zwakkeren in de samenleving te beschermen leidden tot een vergaande normering van rechtsbetrekkingen in het private rechtsverkeer. De vastlegging van de vrijheid en de rechtsaanspraken in rechtsnormen heeft tot gevolg dat het individu weet waar hij op kan rekenen. Hij kan vertrouwen op het recht¹²⁸. Zolang de rechtsnormen niet langs normatief vastgelegde procedures zijn gewijzigd, staat vast hoe ver de vrijheid reikt. Zou deze zekerheid niet bestaan, dan zou de gebruikmaking van iedere vrijheid een riskante zaak wor-

126. Idem, p. 114.

127. P. Favre, La décision de majorité, Parijs 1976 en C. Leclercq, Le principe de la majorité, Parijs 1971.

128. E.M.H. Hirsch Ballin, Vertrouwen op het recht, Over de plaats van de wet in de rechtsorde, oratie K.H. Tilburg, Alphen a/d Rijn 1982.

den. Daarmee zou de vrijheid fundamenteel worden aangetast: daarom is de rechtszekerheid een essentieel element van de verhouding tussen vrijheid en recht.

Deze vrijheid als functie van rechtsnormen heeft voor de invulling van de democratiegedachte slechts indirecte betekenis. Dit kan geïllustreerd worden aan de hand van een aantal grondrechtenbepalingen uit het Europese Verdrag, voor zover de beperkingen van deze grondrechten slechts toegelaten zijn "die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn"¹²⁹. Omdat in de preambule van dit verdrag "een waarlijk democratische regeringsvorm" wordt verondersteld, wordt kennelijk rekening gehouden met de mogelijkheid dat ook democratische besluitvorming met het verdrag strijdige beperkingen van grondrechten niet verhindert. Hoewel het een ervaringsgegeven is dat langs de weg van een zich verder ontwikkelend democratisch bestuur de juridische vrijheid tot ontplooiing is gekomen, sluit het democratische bestuur deze niet per definitie in. Democratische besluitvorming kan leiden tot een drastische beperking van de juridische vrijheid van individuen in een rechtsgemeenschap. Kennelijk leidt democratische besluitvorming tot een ander soort vrijheid.

4.3.10. Vrijheid en democratie

Democratische besluitvorming veronderstelt een aantal in rechtsnormen vastgelegde vrijheden van individuen. Te denken valt aan de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van vereniging en vergadering. Daarnaast moet ook een aantal andere rechtsaanspraken gevestigd zijn, bij voorbeeld die op periodieke verkiezingen en het actieve en passieve kiesrecht. In zoverre kan gesteld worden dat de juridische vrijheid voor een deel een noodzakelijke voorwaarde is voor het functioneren van de democratie¹³⁰.

De relatie tussen vrijheid en democratie is daarmee echter niet in de kern geraakt. Wordt de democratie geplaatst tegenover de autocratie -die als een tegenpool kan worden beschouwd¹³¹-, dan wordt de betekenis van de democratie voor de vrijheid duidelijker. In de autocratie is de bestuurde gemeenschap onderworpen aan de wil van de leider(s). In de democratie is de mogelijkheid geschapen dat de bestuurden op enigerlei wijze -institutioneel gewaarborgd- het beleid dat door de besturende elite wordt gevoerd in meerdere of mindere mate te beïnvloeden. Om het anders te zeggen: in de autocratie is de gemeenschap niet vrij, maar onderworpen aan de wil van het bestuur. In de democratie is een zekere mate van zelfbestuur gerealiseerd. In termen van vrijheid uitgedrukt: de gemeenschap is vrij van vreemde heerschappij. De democratie voldoet beter aan haar doelstelling naarmate de "vervreemding" tussen de besturende elite en de gemeenschap beperkt is.

Deze vrijheid is van een andere orde dan de eerder omschreven juridische vrijheid. De juridische vrijheid is primair gericht op het individu, de democratische of politieke vrijheid op de gemeenschap. Terugkomend op de eerder geformuleerde

129. Vgl. bij voorbeeld artikel 10, tweede lid.

130. Vgl. A. Daudt, a.w. (noot 125), p. 122 n.a.v. Dahl.

131. A. Hoogenwerf, Politologie, Alphen a/d Rijn/Brussel 1979, p. 127.

probleemstelling -de materiële begrenzing van de macht van het democratische bestuur- kan worden geconcludeerd dat de vrijheid van de gemeenschap zoals die door de democratische bestuursvorm wordt gerealiseerd nog niet de vrijheid van het individu in die gemeenschap waarborgt. Deze begrenzing is in de rechtsstaatsgedachte verankerd.

4.3.11. De rechtsstaatsgedachte

De rechtsstaatsgedachte heeft een meervoudige inhoud. Globaal kan worden gezegd dat de rechtsstaatsgedachte gericht is op de juridische vrijheid van het individu. De volgende elementen van de rechtsstaatsgedachte kunnen onder deze noemer worden samengebracht:

1. het legaliteitsbeginsel;
2. de grondrechten;
3. de machtenscheiding;
4. controle door een onafhankelijke rechter¹³².

Deze vier elementen zullen in de volgende paragrafen verder uitgewerkt worden. In het bijzonder zal bezien worden welke bijdrage aan de juridische vrijheid erin besloten ligt.

4.3.12. Het legaliteitsbeginsel

De machtsuitoefening van de overheid is beperkt tot in rechtsnormen vastgelegde bevoegdheden. Het overheidshandelen moet rechtmatig zijn¹³³. Het zou onjuist zijn thans te spreken over het vereiste van wetmatigheid van het bestuur, omdat de rechtsontwikkeling ook ongeschreven rechtsnormen voor de overheid heeft opgeleverd, die met name in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn samengebracht.

Het legaliteitsbeginsel heeft zowel betekenis voor het burgerlijke recht, als voor het strafrecht en het administratieve recht. Daarnaast impliceert het legaliteitsbeginsel dat overheidsorganen slechts binnen de grenzen van de door het constitutionele recht gestelde normen bevoegdheden kunnen uitoefenen. Niet alleen de uitvoerende macht is gebonden, maar ook de wetgevende en de rechterlijke macht. De uitwerking van het legaliteitsbeginsel in het private rechtsverkeer is in principe alleen indirect door de tussenkomst van de rechter.

Zo gezien levert de uitwerking van het legaliteitsbeginsel weinig problemen op. Wellicht is toch twijfel mogelijk. De gebondenheid van de overheid aan rechtsnormen kan verschillende gedaanten aannemen. Deze kunnen in navolging van Eisenmann als volgt omschreven worden:

1. De overeenstemming naar procedure en inhoud met de wettelijke regels;
2. Het gebaseerd zijn op een wettelijke bevoegdheid, en

132. A.M. Donner, a.w. (noot 92), p. 143.

133. Vgl. over rechtmatigheid en wetmatigheid: A. de Laubadère, Traité de droit administratif, deel I, Parijs 1980, p. 253 e.v.

3. Het niet in strijd zijn met wettelijke regels¹³⁴.

Deze drie gedaanten van het legaliteitsbeginsel duiden op een afnemende binding van het bestuursorgaan aan de wet. Aan de hand van deze gradatie kan de betekenis van het legaliteitsbeginsel nader geanalyseerd worden. De binding van de overheid aan het recht kan verschillen. In het straf(proces)recht is bij voorbeeld sprake van een sterke binding, die onder de eerste omschrijving valt. Dit neemt niet weg dat voor het openbaar ministerie een beleidsvrijheid ontstaan is ten aanzien van de vervolging. Voor de controle van dit vervolgingsbeleid is het traditionele legaliteitsbeginsel niet toereikend. Toetsing bij voorbeeld aan de algemene beginselen van bestuur, die onder de derde gradatie valt, moet hier een uitkomst bieden.

De eerste gradatie houdt de meest vergaande betekenis van het legaliteitsbeginsel in. Procedure en inhoud van de normstelling door het bestuur staat vast. Met andere woorden: het discretionaire karakter van de normstelling is vrijwel afwezig. De vraag of het legaliteitsbeginsel deze sterke werking heeft kan zeker niet in het algemeen worden beantwoord. Slechts ten aanzien van de uitoefening van bepaalde overheidsbevoegdheden is in het constitutionele recht deze sterke binding vastgelegd. Kenmerkend voor de rechtsontwikkeling in deze eeuw is dat de wet juist veelal deze vergaande normerende werking verloren heeft. Daarmee is de vrijheidsbepalende werking van de wet afgenomen. De hiervoor gegeven gradaties van de werking van het legaliteitsprincipe houden daarom verband met het fenomeen van de "terugtrek van de wetgever"¹³⁵.

Vaak blijft slechts de tweede gradatie van het legaliteitsbeginsel effectief bewaard. Het bestuur heeft niet meer of ruimere bevoegdheden dan door de wet gegeven. De inhoud van de bevoegdheidsuitoefening ligt echter niet volledig vast in de wetgeving. De derde gradatie gaat daarbij een belangrijke rol spelen. Ook al ligt de wijze waarop een overheidsbevoegdheid wordt uitgeoefend niet vast in wettelijke regelingen, de overheid is gebonden aan algemeen geldende normen die de begrenzing van de machtsuitoefening bepalen. Op dit terrein valt te denken aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de -later te bespreken- grondrechten. De verhouding tussen de eerste en de derde gradatie van het legaliteitsbeginsel kan als volgt omschreven worden: bij de derde gradatie geldt voor de overheid slechts de regel dat deze alles mag wat niet verboden is, terwijl bij de eerste gradatie geldt dat de overheid slechts dat mag wat de wet toestaat¹³⁶.

Afhankelijk van de werking van het legaliteitsbeginsel op grond van deze drie gradaties heeft het legaliteitsbeginsel in meerdere of mindere mate betekenis voor de vrijheid van het individu. De rechtsaanspraken van een individu kunnen afhankelijk zijn van discretionaire normstelling door het bestuur op zodanige wijze dat de afhankelijkheid van de overheid vrij groot wordt. Het wekt dan ook geen

134. Ch. Eisenmann, Cours de droit administratif, deel II, Parijs 1983, p. 450. Hij onderscheidt:

1. Le principe de la conformité des actes administratifs à des règles législatives.

2. Le principe de l'habilitation législative aux actes administratifs.

3. Le principe de la non-contrarité des actes administratifs aux règles législatives.

135. T. Koopmans, De rol van de wetgever, in: Honderd jaar rechtsleven, Deventer 1970, p. 221 e.v.

136. Eisenmann, a.w. (noot 132), p. 449.

verwondering dat recentelijk juist op dit punt nadere gedachtenvorming heeft plaatsgevonden¹³⁷.

4.3.13. De grondrechten

De grondrechten staan in de meest directe betrekking tot de vrijheid van het individu. Aan deze vrijheid wordt door de grondrechten nader gestalte gegeven. De grondrechten zijn met name belangrijk vanwege hun materiële beperkende werking van de macht van de wetgever. De grondrechten vormen echter geen pasklaar antwoord op het probleem van de materiële beperking van de wetgevende macht. Grondrechten zijn niet absoluut. Beperking kan noodzakelijk zijn met het oog op de belangen van derden, bovendien kunnen grondrechten ten opzichte van elkaar nopen tot beperkingen¹³⁸. Ten slotte kan het feit dat het individu deel is van een gemeenschap leiden tot de noodzaak van beperking. Aanvankelijk heeft dit laatste aspect weinig aandacht gekregen. In de liberale rechtsstaat is het grondrecht een "onschendbaar" aan het individu toegekend recht¹³⁹. De opkomst van de sociale rechtsstaat heeft op twee manieren de benadering van de grondrechten beïnvloed. In de eerste plaats door de gedachte dat de grondrechten wellicht meer op de gemeenschap gericht kunnen zijn dan op het individu. In de tweede plaats door de formulering van sociale grondrechten.

Wordt bij de benadering van de grondrechten meer de nadruk gelegd op de gemeenschap dan kan dit leiden tot een verdergaande beperking van individuele grondrechten dan in de liberale rechtsstaat wenselijk werd geacht. In de Bondsrepubliek Duitsland heeft ten aanzien van deze ontwikkeling de theorie van de institutionele benadering van de grondrechten opgang gemaakt¹⁴⁰. Ook in Frankrijk zijn tendensen in deze richting waarneembaar¹⁴¹. De institutionele benadering beklemtoont de sociale functie van grondrechten. Tegelijkertijd kan deze institutionele benadering leiden tot een aanzienlijke beperking van individuele grondrechten¹⁴². De beperking van het eigendomsrecht (huurrecht, medebeslissingsrecht in de onderneming) vormt hiervan een duidelijk voorbeeld. In de liberale benadering van grondrechten ligt een vrij duidelijke begrenzing van de wetgevende macht besloten. In de sociale rechtsstaat is deze begrenzing juist weer discutabel. De institutionele benadering van grondrechten leidt ertoe dat de problematiek van de materiële begrenzing van de wetgevende macht, die opgelost leek te zijn door de beperkende werking van de grondrechten als zodanig, juist bij de beperking van de grond-

137. Vgl. A.M. Donner, Grondwetsherziening en staatsrechtsdogmatiek, iets over het materieel wetsbegrip, Bijdrage voor de Staatsrechtconferentie 1981 en E.M.H. Hirsch Bailin, a.w. (noot 128).

138. A. Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, Keulen, Berlijn, Bonn, München 1979, p. 275 e.v.

139. Vgl. het preconstitutionele karakter van de grondrechten in artikel 2 van de "Déclaration".

140. P. Haberer, De wesensgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, Heidelberg 1983, Bleckmann, a.w. (noot 138), p. 170.

141. G. Burdeau, Les libertés publiques, Parijs 1972, p. 4 e.v.

142. Vgl. A.F.M. Breninkmeijer, Viewdata en teletekst, Ars Aequi 1983, p. 180 e.v. (186), versus J.M. de Meij, Overheid en uitingsvrijheid, 's-Gravenhage 1982.

rechten terugkeert.

De sociale grondrechten voegen een nieuwe dimensie toe aan de vrijheid van het individu. De overheid wordt niet gedwongen zich te onthouden, doch krijgt een handelingsplicht opgelegd. De overheid moet zich sociale noden van het individu gaan aantrekken. De grenzen van deze zorgplicht zijn echter niet absoluut te bepalen. Het gevolg is dat de door de sociale grondrechten gerealiseerde vrijheid van het individu nader bepaald moet worden door invulling van de rechtsaanspraken van het individu. Een materiële begrenzing van de wetgevende macht valt ten aanzien van de sociale grondrechten vrijwel niet te ontdekken.

Deze ontwikkelingen dragen ertoe bij dat het vrijheidsbegrip door de veranderende betekenis van grondrechten een andere inhoud krijgt.

4.3.14. Machtenscheiding

De machtenscheiding heeft grote betekenis voor de vrijheid van het individu. Eerder is gebleken dat Montesquieu in de machtenscheiding een weg zag tot een "gouvernement modéré". Voorts is gebleken dat de theorie van de machtenscheiding rechtsstatelijke aspecten omvat¹⁴³. De binding aan de wet vormt een belangrijk aspect ervan. Op het eerste gezicht zou de betekenis van de machtenscheiding voor de vrijheid van het individu gevonden kunnen worden in de scheiding tussen recht en politiek die erin besloten ligt. De grenzen van het handelen van de burger vloeien voort uit de wet die door de wetgevende en de uitvoerende macht in onderlinge samenwerking tot stand is gebracht. Daarmee zou de burger niet meer onderworpen zijn aan (politieke) willekeur, maar aan het recht. De rechter oefent controle uit.

De vraag rijst echter of een dergelijke grens tussen recht en politiek wel te trekken is. Symptomatisch is wellicht in dit verband de opkomst van het begrip "beleid". Dit begrip staat voor de nadere differentiatie van het bestuurshandelen binnen het kader door de wet getrokken. De rechten en plichten van het individu staan niet meer steeds volledig en scherp omlind vast. Ter voorkoming van willekeur wordt niet zozeer in de wet een waarborg gevonden, als wel in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De rechter is in de confrontatie met bestuursbeleid gekomen tot de formulering van onder andere het verbod van willekeur.

Juist op dit punt kan getwijfeld worden aan de waarde van de theorie van de machtenscheiding voor een analyse van de waarborgen die voor het individu in de democratische rechtsstaat besloten liggen. Hieronder zal aandacht geschonken worden aan de in deze eeuw gegroeide "symbiose" tussen wetgever en bestuur. Deze symbiose draagt ertoe bij dat het evenwicht in de theorie van de machtenscheiding verschuift en de grens tussen recht en politiek minder duidelijk valt te trekken.

143. Zie par. 4.3.5.

4.3.15. Controle door een onafhankelijke rechter

De controle door een onafhankelijke rechter kwam ook reeds voor in de theorie van de machtenscheiding. Bij Montesquieu werd echter hoofdzakelijk aandacht geschonken aan strafrechtspraak en ook wel burgerlijke rechtspraak. De controle, die in het opschrift van deze paragraaf is uitgedrukt, heeft echter een verdergaande betekenis dan in deze taken tot uitdrukking komt. Montesquieu hield immers de rechterlijke macht voor onzichtbaar. Hoewel de rechter in het strafproces een heel wezenlijke controle kan uitoefenen op machtsuitoefening jegens een individu, komt men deze gedachte bij Montesquieu niet expliciet tegen.

Ten opzichte van de theorie van de machtenscheiding laat de consequente doorvoering van de rechtsstaatsgedachte een accentverschuiving zien. In de rechtsstaatsgedachte is de rechterlijke macht juist niet onzichtbaar: hij oefent controle uit op de werkzaamheden van de politieke machten, de wetgevende en uitvoerende macht. Langs deze weg ontstaat een polariteit tussen enerzijds de politieke macht en anderzijds de rechterlijke macht. Deze polariteit is vrijwel onmerkbaar wanneer de rechter "juge-automate" zou zijn. Komt echter de rechtsvindingstaak van de rechter meer naar voren, met name op het gebied van het ongeschreven recht en de grondrechten, dan kan deze polariteit van groot gewicht worden.

Dit laatste punt behoeft nadere uitwerking. In de huidige tijd heeft het er alle schijn van, dat de visie op de plaats van de rechter in de democratische rechtsstaat niet meer volledig overeenstemt met de plaats die de rechter werkelijk is gaan innemen. Juist na de Tweede Wereldoorlog hebben zich ontwikkelingen voorgedaan, die ertoe leidden dat de rechter -langs de weg van de geleidelijkheid- een veel belangrijkere plaats is gaan innemen. De rechter is geen "bouche de la loi" meer. Dit heeft niet alleen tot gevolg dat de meer traditionele visie op het stelsel van "checks and balances" -waarin met name de verhouding tussen regering en parlement voorop staat- bijstelling behoeft, maar ook dat de plaats van de rechter in de democratische rechtsstaat opnieuw geïdentificeerd moet worden. Teneinde dit duidelijk te maken zal hieronder eerst aandacht besteed worden aan de verschuiving binnen de machtenscheiding die voortvloeit uit de veranderende positie van de wetgevende en de uitvoerende macht. Vervolgens zal nader worden ingegaan op de rechtsvindingstaak van de rechter.

4.3.16. De vorming van het democratische bestuur

Bij Montesquieu werd het "gouvernement modéré" onder meer bereikt doordat de wetgevende en de uitvoerende macht in onderlinge verbondenheid elk in hoofdzaak een eigen taak uitoefenden. Bovendien werden beide machten verdeeld over maatschappelijke krachten die elkaar in evenwicht moesten houden. Op dit laatste punt is de feitelijke situatie gewijzigd. In Nederland heeft de Koning geen reële politieke macht. Daarnaast is de gelijkheid van de burgers in belangrijke mate gerealiseerd, bij voorbeeld in die zin, dat er geen adel als maatschappelijke kracht aanwezig is. In plaats daarvan zijn andere sociale krachten van belang geworden, bij voorbeeld

werkgevers en werknemers. Als sociale krachten nemen zij bij de verdeling van de politieke macht op constitutioneel niveau geen bijzondere plaats in. Het is veeleer zo dat in onze pluralistische samenleving¹⁴⁴ maatschappelijke krachten in een ingewikkeld stelsel van organisaties en instellingen invloed uitoefenen¹⁴⁵. De politieke macht krijgt vorm door het optreden van politieke partijen, die dingen om de gunst van kiezers en via de zetelverdeling in het parlement invloed uitoefenen binnen de constitutionele ordening. De regeringsvorming is via het parlementaire stelsel gebonden aan de samenstelling van de direct verkozen Tweede Kamer.

Regering en parlement zijn aangewezen op intensieve samenwerking. Van doorslaggevende betekenis is echter dat zowel de regering als het parlement precies dezelfde maatschappelijke achtergrond heeft de binding met politieke partijen. Anders dan bij Montesquieu bestaat er daarom geen wezenlijke dualiteit tussen regering en parlement meer. In de vorige eeuw heeft zich de ontwikkeling afgespeeld in het parlement, waarbij het politieke gewicht zich verplaatste van de Koning naar de politiek verantwoordelijke ministers. Het parlementaire stelsel smeedde een hechte band tussen de ministers en het parlement. Constitutioneelrechtelijk gezien moet worden vastgesteld dat regering en parlement handelen vanuit elk eigen bevoegdheden. De werking van het parlementaire stelsel -waaruit in de Nederlandse verhoudingen coalitievorming voortvloeit- draagt ertoe bij dat regering en parlement als trein en tender het in een politieke gedachtenwisseling gevormde beleid in het spoor houden.

Naast deze ontwikkeling -en ten dele in het verlengde hiervan- is er nog een andere ontwikkeling die de aandacht vraagt. Met de veranderende overheidstaak in de twintigste eeuw in de richting van een "Leistungsstaat" is de invloed van de overheid op het maatschappelijk gebeuren vergroot. Dit heeft enerzijds invloed gehad op de betekenis van de wet. De wet, zo zou in navolging van Koopmans gesteld kunnen worden¹⁴⁶, vormt de grondslag voor beleidsvoering. Anderzijds zijn naast de wet andere rechtsvormen van betekenis geworden. De beschikking is niet slechts "uitvoering" van de wet, doch tevens "beleidsinstrument". Naast de beschikking zijn rechtsfiguren als het plan en pseudowetgeving van grote betekenis geworden. De invloed van de overheid op het maatschappelijk gebeuren wordt gerealiseerd door een complex van rechtsnormen, die de effectuering van het overheidsbeleid mogelijk (zouden moeten) maken.

Beide hiervoor beschreven ontwikkelingen hebben geleid tot wat men zou kunnen noemen de vorming van het democratische bestuur. De grens tussen de traditionele wetgevende en de uitvoerende macht is vervaagd, in de eerste plaats doordat deze bezet worden door personen die dezelfde maatschappelijke basis hebben -de politieke partijen-, anderzijds doordat, of nu de wetsvorm wordt gekozen of een andere rechtsfiguur maakt niet uit, het overheidsbeleid vertaald wordt naar recht. Het democratische bestuur vormt en voert het overheidsbeleid soms door het vaststellen van een wet, soms door het stellen van algemeen verbindende

144. Vgl. L. Prakke, Pluralisme en staatsrecht, Deventer 1974.

145. Bij voorbeeld werkgevers en werknemers in het kader van de S.E.R.

146. T. Koopmans, a.w. (noot 88), p 221 e.v.

voorschriften, soms door bij pseudowetgeving of bij plan maatregelen te treffen.

Koopmans heeft erop gewezen dat deze ontwikkeling van grote betekenis is voor de positie van de rechter. In ons constitutionele recht is de politieke dualiteit tussen de wetgevende en de uitvoerende macht opgelost en daarvoor is de dualiteit tussen het democratische bestuur enerzijds en de rechter anderzijds in de plaats gekomen. In de volgende paragrafen zal nader ingegaan worden op de vraag wat de identiteit is van deze dualiteit. Daarbij gaat het in het bijzonder om de vraag in hoeverre de rechter betrokken wordt in de politieke wilsvorming in onze constitutionele ordening. Met andere woorden is hier sprake van een in belangrijke mate politiek bepaalde dualiteit?

4.3.17. De rechtsvindingstaak van de rechter

De rechtsvinding door de rechter vormt een complex probleem, dat uitvoerige bespreking zou rechtvaardigen. Op deze plaats is een dergelijke uitvoerige bespreking niet verantwoord. Volstaan zal worden met een globale duiding van de rechtsvindingstaak van de rechter.

De rechtsvindingstaak van de rechter kan een verschillende achtergrond hebben. Globaal gesteld wordt in de beschrijving van de rechtsvindingstaak de eerder beschreven differentiatie van het legaliteitsbeginsel weerspiegeld. Interessant is echter dat bij de rechtsvindingstaak van de rechter het niet alleen gaat om de binding van bij voorbeeld de overheid of andere rechtssubjecten aan het recht, maar juist ook om de binding van de rechter aan het recht. Een paar punten zullen hieronder besproken worden. In de eerste plaats wordt aandacht geschonken aan het feit dat de rechter niet eenvoudigweg de wet kan toepassen. Verschillende oorzaken kunnen hiervoor aangewezen worden. In de tweede plaats zal bezien worden welke invloed de taak van de rechter ondergaat wanneer rechtssubjecten -al dan niet overheidsorganen- "beleid" voeren.

Voor deze studie zou het voldoende zijn te constateren dat de rechter niet kan volstaan met een legistische benadering van de rechtsgeschillen die hem worden voorgelegd. Dit punt behoeft geen betoog. In de loop van deze eeuw is het inzicht gerijpt, dat de rechter -al naar gelang de aard van het rechtsgeschil dat hem wordt voorgelegd- een eigen rechtsvormende taak heeft. In veel gevallen kan de rechter volstaan met "la bouche de la loi" te zijn. Niet iedere rechtsstrijd levert een rechtsvindingsprobleem op. Er is echter een tweetal terreinen aan te geven waarop de rechter een -naar de traditionele maatstaven- opmerkelijke rechtsvindingstaak heeft. In de eerste plaats doen zich actuele maatschappelijke problemen voor, waarbij de rechter -bij ontstentenis van een wettelijke regeling, of vanwege een inadequate wettelijke regeling- een oplossing moet geven. Als voorbeeld kunnen worden genoemd de geschillen over de toelaatbaarheid van stakingen, de ontruiming van gekraakte woningen, euthanasie enzovoort. Opmerkelijk is dat de rechter bij het beslechten van geschillen in concrete gevallen in staat blijkt rechtsvormende oordelen te geven, die niet op algemeen maatschappelijk verzet stuiten. Nog opmerkelijker is dat ondanks de aanzet die in de jaren zestig is gegeven

voor de discussie over wat genoemd kan worden de "gebrekkige democratische legitimatie van het rechterlijke oordeel" thans weinig kritiek van deze aard te bespeuren valt. Veeleer wordt vrij algemeen erkend dat de rechter een zelfstandige rechtsvindingstaak heeft. Deze taak is niet wezenlijk te onderscheiden van de rechtsvormende taak van de wetgever¹⁴⁷. Bij een meer traditionele benadering van de plaats van de rechter in onze rechtsorde kan deze ruime taak van de rechter wel tot kritisch commentaar leiden¹⁴⁸.

Naast de rechtsvindingstaak van de rechter zoals die hierboven is omschreven, is de rechter bij de toepassing van bepaalde rechtsnormen genoodzaakt zelf nadere inhoud te geven aan die rechtsnormen. Te noemen valt de uitleg van grondrechten, de vorming van algemene beginselen van behoorlijk bestuur en eventuele andere rechtsbeginselen. Eerder is al gesteld dat de grondrechten van grote betekenis kunnen zijn voor de materiële begrenzing van de wetgevende macht. In het Nederlandse constitutionele recht geldt de regel dat de wet in formele zin niet door de rechter aan de Grondwet mag worden getoetst¹⁴⁹. Desondanks is de wetgever gebonden aan de grondrechten. Bij de beantwoording van de vraag of een wet in formele zin al dan niet in strijd is met de grondrechten, is de wetgever als het ware "rechter" in eigen zaak. Bovendien houden de grondrechten in de Grondwet vaak een ruime regelingsopdracht aan de wetgever in¹⁵⁰. Ten aanzien van de grondrechten in de Grondwet heeft de rechter slechts een rechtsvindingstaak voor zover het gaat om lagere wetgeving.

Dit is anders gesteld met de grondrechten die in rechtstreeks werkende verdragsbepalingen zijn opgenomen. Over het algemeen kan worden gesteld dat de Nederlandse rechter bij deze toetsing een terughoudende opstelling gekozen heeft¹⁵¹, hoewel thans een kentering merkbaar is¹⁵². Wordt geabstraheerd van de bijzondere verhouding tussen de rechter en de wet in formele zin in de Nederlandse rechtsorde, dan valt het volgende op. Eerder is gebleken dat de grondrechten vaak geen precies vastgelegde betekenis hebben. Toetsing door de rechter aan grondrechten leidt daarom onvermijdelijk tot een belangrijke taak van de rechter bij de rechtsvinding. Hiermee hangt samen dat de grondrechten invulling behoeven naar de actuele maatschappelijke context. De grondrechten zijn wat hun betekenis betreft -juist vanwege hun fundamentele karakter- sterk op de maatschappij betrokken. De rechtsvormende taak van de rechter bij de uitleg van grondrechten benadert wellicht daarom het dichtst die van de wetgever. Als illustratie kan hierbij verwezen worden naar bij voorbeeld de zogenaamde "verspreidings"-jurisprudentie van de Hoge Raad bij artikel 7 van de Grondwet. Bij de herziening van de Grondwet

147. Zie bij voorbeeld W. van Gerven, De taak van de rechter in een West-Europese democratie, Antwerpen/Deventer 1977.

148. C.W. Dubbink, Rechter, wetgever, bestuur, De Praktijkids 1980, p. 265 en Wiarda, a.w. (noot 79), p. 68.

149. Artikel 120 Grondwet.

150. Brenninkmeijer a.w. (noot 40), p. 60 e.v.

151. A.M. Donner, Het beleid van de rechter ten aanzien van grond- en mensenrechten, in: Grondrechten, a.w. (noot 24), p. 40.

152. E.A. Alkema, Toepassing van de Europese Conventie voor de rechten van de mens in Nederland, Preadvies voor de Vereniging voor de rechtsvergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle 1985, p. 34 e.v.

heeft de grondwetgever nadrukkelijk nagestreefd deze "wetgeving" door de rechter in stand te laten¹⁵³. Hierin ligt de impliciete erkenning door de grondwetgever van de rechtsvindingstaak van de rechter besloten.

De "wetgevende taak van de rechter" komt nog duidelijker te voorschijn bij de ontwikkeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De vastlegging van algemene beginselen van behoorlijk bestuur als toetsingsnormen in wetgeving vond en vindt¹⁵⁴ pas plaats nadat de rechter deze geformuleerd heeft. De toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur door de rechter vloeit voort uit de ontwikkeling waarbij de wet steeds minder het bestuurshandelen inhoudelijk normeerde. De beleidsvrijheid van het bestuur vroeg om een complex van rechtsnormen, aan de hand waarvan de rechter de uitoefening van deze beleidsvrijheid kon beoordelen¹⁵⁵. Daarnaast ontwikkelt de rechter ook op andere terreinen beginselen, bij voorbeeld dat van een goede procesorde¹⁵⁶.

4.3.18. Rechter en politiek

Onze rechtsorde geeft een toenadering tussen recht en politiek te zien, doordat het recht een steeds meer beleidsmatige inhoud krijgt. Of het nu gaat om bestuursrecht -waar deze ontwikkeling evident is-, strafrecht, of bijzondere delen van het burgerlijk recht -medezeggenschap in de onderneming, arbeidsrecht, huurrecht- maakt geen wezenlijk verschil. Het recht is steeds minder vaak "ordenend" recht in de zin van orde in de nachtwakerstaat. Tevens kan worden waargenomen dat de taak van de rechter bij rechtsvinding neigt naar die van het democratische bestuur, doordat de rechter in een aantal gevallen niet anders dan het democratische bestuur een bijdrage levert aan de rechtsvorming. Eerder is gesteld dat bij Montesquieu juist een scheiding tussen recht en politiek was aangebracht. Voor Montesquieu vormde dit een van de waarborgen tegen de despotie. Op een geheel andere wijze dan in de despotie geeft de huidige rechtsontwikkeling echter een toenadering tussen politiek en recht te zien.

De wet vormt voor de rechter -met name wanneer het om maatschappelijk omstreden kwesties gaat- veel minder een gegeven. Het democratische bestuur tracht sturend op te treden in de samenleving. Bij de concrete toepassing van de norm bij geschillenbeslechting wordt de rechter geconfronteerd met de uitwerking van het beleid op het maatschappelijk gebeuren. In andere gevallen zal de rechter, ingeval de wetgeving ontbreekt, omdat de samenleving inmiddels op de beleidsmatige sturing is ingesteld, zelf moeten aangeven in welke richting de ontwikkeling moet

153. Kamerstukken II, 13 872, nr. 3, p. 32.

154. Vergelijk de opname van de a.b.b.b. in artikel 58 van de Ambtenarenwet 1929 in 1984. Opname in de Beroepswet moet nog volgen.

155. Vgl. hierover J. van der Hoeven, De grenzen van de rechterlijke functie in de administratieve rechtspraak, R.M. Themis 1974, p. 658 e.v. en E.M.H. Hirsch Ballin, Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse administratieve recht, Preadvies N.J.V. 1983, deel I, tweede stuk, p. 53 e.v.

156. Hoewel de betekenis ervan in de jurisprudentie kan verschillen, vgl. J. ten Berg-Koolen, De goede procesorde in het burgerlijk-procesrecht, N.J.B. 1986, p. 113 e.v.

gaan. Het stakingsrecht vormt hiervan een goed voorbeeld. De wetgever zag geen kans een regeling te geven. De rechter oordeelde niet -zoals in een traditionele benadering voor de hand had gelegen- dat iedere staking onrechtmatig is. De rechter heeft als ware hij wetgever regels ontwikkeld die maatschappelijk sturend gingen werken. Men zou haast kunnen zeggen dat de rechter in zijn bijzondere positie aan het front van het maatschappelijke conflict beter in staat was tot wetgeven, dan regering en parlement. Opmerkelijk is dat een stakingswet -zo deze was ingediend- waarschijnlijk tot heftige politieke discussie aanleiding had gegeven, terwijl de jurisprudentie van de rechter zonder veel ophef aanvaard is.

Is met deze beschrijving van de taak van de rechter de grens tussen recht en politiek vervaagd, in die zin dat zowel het democratische bestuur als de rechter politieke oordelen vormen? Als uitgangspunt voor de beantwoording van deze vraag worden woorden van Donner gekozen

"Gewiss, der Richter hat einen politischen Standort er hat eine politische Funktion. Das bedeutet aber noch nicht, man konnte bei ihm von politischen Entscheidungen sprechen. Was ich meine lasst sich auf die kurze Formel bringen, dass dem Richter eine eminent politische Aufgabe zukommt, aber je mehr er nur Richter ist, desto besser erfüllt er sie"¹⁵⁷.

Waarin schuilt het verschil? Het antwoord op deze vraag kan gevonden worden door een vergelijking te maken tussen de taak van de rechter bij het beoordelen van bestuursbeleid dat berust op een discretionaire bevoegdheid en de "wetgevende" taak van de rechter.

De rechter beschikt bij de beoordeling van een overheidshandeling¹⁵⁸ op basis van een discretionaire bevoegdheid niet over dezelfde beoordelingsruimte als het bestuur. Het is de taak van de rechter om over de overheidshandeling een rechtsoordeel¹⁵⁹ te geven aan de hand van de door hem ontwikkelde maatstaven, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de grondrechten. Daarnaast kan de rechter de formele aspecten -de bevoegdheid- beoordelen.

Deze beoordeling door de rechter kan leiden tot een politiek zeer relevant oordeel. Als voorbeeld kan worden genoemd het oordeel van de president van de rechtbank te Amsterdam inzake het onrechtmatige karakter van de invrijheidstelling van een verkrachter vanwege het cellentekort¹⁶⁰. De rechter spoort de belangen op die in het geding zijn en komt tot het oordeel dat er sprake is geweest van een kennelijk onredelijke belangenafweging een rechtsoordeel¹⁶¹. De discretionaire bevoegdheid van het bestuur wordt steeds beperkt door grenzen vastgelegd in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de grondrechten. De actuele betekenis van deze grenzen wordt door de rechter bij het beslechten van het geschil in een rechtsvormend oordeel gegeven.

157. A.M. Donner, Die politische Funktion des Richters, Archiv des öffentlichen Rechts 1981, p. 10.

158. Maar dit is niet principieel anders bij handelingen in het private rechtsverkeer, vgl. W.C.L. van der Grinten, Marginale toetsing, in Op de grenzen van komend recht, Zwolle 1969, p. 109.

159. Vgl. Van der Hoeven, a.w. (noot 155).

160. Pres. Rb. Amsterdam 8 maart 1984, KG 1984, 96.

161. Vgl. hierover E. Korthals Altes, Belangenafweging en doelmatigheidsoverwegingen in kort geding, in Kort Geding en Toetsing, Zwolle 1985.

De verhouding tussen de rechter en de wetgever is niet wezenlijk anders. De wetgevende macht heeft een zeer ruime discretionaire bevoegdheid. Deze is echter ook begrensd door met name de grondrechten en eventueel ongeschreven rechtsbeginselen. De grensbewaking vindt plaats door een rechtsoordeel waarin -uitgaande van actuele gegevens- de rechter de betekenis van deze grenzen concretiseert.

Het hoeft geen betoog dat de rechter zich bij zijn oordeelsvorming niet kan en mag laten leiden door zijn persoonlijk oordeel, maar dat hij aansluiting zal moeten zoeken bij actuele maatschappelijke ontwikkelingen, of wat men zou kunnen noemen het actuele normen- en waardenpatroon. Dit ligt echter niet anders voor het democratische bestuur¹⁶². Weliswaar kan het democratische bestuur ten aanzien van het geldende normen- en waardenpatroon sturend optreden, doch deze sturende mogelijkheid is beperkt. Anders gezegd het functioneren van de democratie en de rechter veronderstellen een orientatie op het geldende normen- en waardenpatroon. In deze zin kan gesteld worden dat de instituties niet op eigen kracht gestalte kunnen geven aan de democratische rechtsstaat, maar dat de personen die binnen de instituties werkzaam zijn de intentie van de democratische rechtsstaat moeten hanteren als uitgangspunt van hun handelen¹⁶³.

4.3.19. Concurrente besluitvorming

Tussen democratie en rechtsstaat, besluitvorming door het democratische bestuur aan de ene kant en rechtspraak aan de andere kant bestaat een zekere spanning. Deze spanning kan niet worden opgelost door erop te wijzen dat de rechter recht spreekt volgens de democratisch tot stand gekomen wet. Daarvoor is de rechtsvormende taak van de rechter van te grote betekenis geworden. Dit wil zeggen dat rechtspraak niet herleid kan worden tot democratie rechtsstaat en democratie hebben een verschillende wortel. Democratie leidt tot besluitvorming die vanwege de toepassing van de democratische methode een zekere legitimatie geniet. De rechtspraak kan niet altijd gebaseerd zijn op deze legitimatie. Eerder is gebleken dat de democratische methode slechts de vrijheid van de bestuurde personenkring als geheel waarborgt. De vrijheid van het individu is afhankelijk van de materiele begrenzing van de wetgevende macht. De democratische methode als zodanig impliceert een dergelijke begrenzing niet. Omgekeerd houdt de rechtsstaatsgedachte een aantal waarborgen in -grondrechten, onafhankelijke rechtspraak- die juist bijdragen tot de materiele begrenzing van de machtsuitoefening jegens het individu. Door de onafhankelijke positie van de rechter in onze rechtsorde enerzijds en de orientatie van deze op grondrechten en andere fundamentele rechtsbeginselen anderzijds komt aan het rechterlijke oordeel een zekere legitimatie toe.

In de democratische rechtsstaat, zoals deze in Nederland functioneert, worden zowel door de rechter als door het democratische bestuur bijdragen geleverd aan de rechtsvorming. Deze besluiten zijn niet steeds tot elkaar te herleiden. In dit opzicht

162. Van der Hoeven, a.w. (noot 155), p. 670.

163. Vgl. de "Wille zur Verfassung" als genoemd door K. Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, Tübingen 1959, p. 12 e.v.

zou gesproken kunnen worden van concurrente besluitvorming¹⁶⁴. Het democratische bestuur voert politiek, maar kan op zijn weg het politiek relevante rechtsoordeel van de rechter ontmoeten. Het democratische bestuur en de rechter functioneren elk vanuit de eigen bijzondere plaats in de rechtsorde. Geen van beiden heeft de uiteindelijke macht. Het fenomeen van de concurrente besluitvorming houdt een verdeling van de macht tussen het democratische bestuur en de rechter in. Beiden functioneren in onderlinge verbondenheid en afhankelijkheid. Juist door de concurrente besluitvorming vindt een afweging plaats tussen de belangen van de gemeenschap -vooral beschermd door de democratie- en van het individu in de gemeenschap -met name beschermd door de rechtspraak-. De spanning tussen rechtsstaat en democratie, die tot uitdrukking komt in de concurrente besluitvorming, is de spanning tussen individu en gemeenschap. De hier bedoelde concurrente besluitvorming kan ertoe leiden dat noch de belangen van de gemeenschap, noch de belangen van het individu verabsoluteerd worden.

De omvang van de concurrente besluitvorming vormt geen vaststaand gegeven. Deze is afhankelijk van de actuele politieke en juridische cultuur die resultanten zijn van een historisch ontwikkelingsproces. In de Bondsrepubliek is de betekenis van de concurrente besluitvorming bij voorbeeld groot, als gevolg van de instelling van een vergaand constitutioneel toetsingsrecht en een ruime toegang tot de rechter. Wellicht is de oorzaak hiervan te vinden in de nadruk die op de rechtsstaatsgedachte is gelegd¹⁶⁵ na de gruwelen van het nationaal-socialisme. In Nederland is de intensiteit van de concurrente besluitvorming geringer. Wij kennen geen constitutioneel toetsingsrecht, beroep tegen algemeen verbindende voorschriften is uitgesloten en naast administratieve rechtspraak komt administratief beroep voor.

4.3.20. De legitimerende werking van de democratische rechtsstaat

De toepassing van de democratische methode, grofweg gesteld door het meerderheidsbeginsel beslissend te laten zijn, heeft een zekere legitimerende werking voor de uitkomst van de besluitvorming. Deze legitimerende werking vloeit voort uit de politieke vrijheid van de gemeenschap die ermee gerealiseerd wordt. De legitimerende werking van het meerderheidsoordeel ten opzichte van het individu heeft geen algemene gelding. Juist degene die tot de toevallige minderheid behoort, behoeft de juistheid van het meerderheidsoordeel niet te aanvaarden. Hij moet echter wel het besluit als zodanig aanvaarden. Ieder individu is in een democratie onderworpen aan de heerschappij van het meerderheidsoordeel. De legitimerende werking van de democratie is slechts formeel de politieke vrijheid van de gemeenschap is gewaarborgd. Dat voor individuen binnen de gemeenschap ook vrijheid bestaat, is niet gegarandeerd.

De controle van de rechter in de rechtsstaat op het democratische bestuur heeft een andere legitimerende werking, aan de juridische vrijheid van het individu wordt gestalte gegeven. Door de grondrechten en andere fundamentele beginselen

164. Brenninkmeijer, a.w. (noot 40), p. 37 e.v.

165. R. Gneist, Der Rechtsstaat, Berlijn 1879.

is deze vrijheid materieel bepaald.

Als uitvloeisel van de concurrente besluitvorming in de democratische rechtsstaat is enerzijds het resultaat van de besluitvorming formeel gelegitimeerd door toepassing van de democratische methode, en anderzijds meer materieel gelegitimeerd door de rechterlijke toetsing aan grondrechten en andere fundamentele rechtsbeginselen; democratie en rechtsstaat vullen elkaar aan.

Bij de beschrijving van het fenomeen van de concurrente besluitvorming zijn democratische en rechtsstatelijke besluitvorming van elkaar gescheiden. Deze scheiding stemt echter niet volledig overeen met de werkelijkheid. In onze rechtsorde is sprake van een voortdurende betrokkenheid van beide op elkaar. Bij de democratische besluitvorming wordt veelal mede het belang van het individu in de beoordeling betrokken. Omgekeerd kan ook niet gezegd worden dat de rechter in zijn oordeelsvorming louter en alleen de belangen van het individu beschermt. De kracht van de legitimerende werking van de democratische rechtsstaat ligt juist besloten in de onderlinge verbondenheid en de samenwerking. Deze analyse had slechts tot doel aan te geven dat dit wellicht harmonische resultaat gebaseerd is op een fundamentele spanning tussen de samenwerkende krachten in de democratische rechtsstaat.

.3.21. Checks and balances

Bij de bespreking van de theorie van de machtscheiding van Montesquieu is gebleken dat hij niet een strikte scheiding van machten beoogde, doch een verdeling van de macht. Voorts oordeelde Montesquieu het belangrijk de machtsuitoefening toe te delen aan maatschappelijke krachten. In zijn visie zou een systeem van "checks and balances" ontstaan waardoor enerzijds het constitutionele systeem niet zou vervallen tot inertie en anderzijds de vrijheid van het individu niet opgeofferd zou worden aan willekeurige machtsuitoefening. De matiging van het bestuur vloeide echter voort uit de elkaar tegenstrevende werking van de politieke machten: wetgevende en uitvoerende macht.

In de huidige tijd is de feitelijke machtsverhouding in de samenleving en in onze constitutionele orde verschoven. Onze samenleving is pluralistisch en de uitvoerende en wetgevende macht wordt uitgeoefend door personen die primair hun maatschappelijke oriëntatie vinden in de politieke partijen. De concurrente verhouding tussen politieke partijen draagt bij tot een zekere matiging van de machtsuitoefening binnen onze gemeenschap. Door de grotere verwevenheid van wetgeving en bestuur is echter het stelsel van checks and balances dat in de samenwerking tussen beide -uitgaande van eigen bevoegdheden- verzwakt. Hiertegenover staat dat het democratische bestuur en de rechter in een concurrente situatie zijn geplaatst. De rechter is niet louter "bouche de la loi", doch heeft een belangrijke rechtsvormende taak.

Gesteld kan worden dat bij het beschrijven van het stelsel van "checks and balances" in de democratische rechtsstaat onder invloed van bovenstaande ontwikkeling meer de nadruk moet komen te liggen op de verhouding tussen democratisch

bestuur en rechter en minder op (uitsluitend) de verhouding tussen wetgeving en bestuur. Was Montesquieu met name geïnteresseerd in de verdeling van de politieke macht en richtte hij zich daarom op wetgeving en bestuur (en juist niet de onzichtbare rechter), thans blijkt dat bij een analyse van de politieke macht de aandacht gericht moet worden op de verhouding tussen het democratische bestuur en de rechter. Door de toegenomen rechtsvormende taak van de rechter is deze niet langer onzichtbaar. De toegang tot de rechter vormt een kernpunt van de "checks and balances" in de democratische rechtsstaat, zoals deze zich in de loop van deze eeuw ontwikkeld heeft.

4.3.22. Het resultaat van de benadering vanuit een aantal theoretische concepten

Deze theoretische benadering van het beginsel van de toegang tot de rechter levert een aantal interessante gezichtspunten op. Inzake de plaats van de rechter in het constitutionele recht is gebleken dat anders dan in de theorie van de machtscheiding is voorzien, de rechter in de democratische rechtsstaat een meer geprononceerde rol speelt. Dit komt enerzijds tot uitdrukking in het feit dat de rechter in zekere zin de tegenpool is gaan vormen van het democratische bestuur, en anderzijds daarin dat de rechter bij concurrente besluitvorming een belangrijke rechtsvormende taak heeft.

Het complex van grondrechten, algemene beginselen van behoorlijk bestuur en andere ongeschreven rechtsbeginselen vormen te zamen de fundamentele rechten van het individu. Deze categorie rechten is open. In de concrete situatie van de geschillenbeslechting zal de rechter rechtsvormend invulling eraan moeten geven. Daarbij vervult de rechter niet een politieke taak, doch zijn beslissingen kunnen politiek gezien wel relevantie hebben.

In de tweede plaats kan gesteld worden dat aan de rechtspraak niet zonder meer de legitimatie van de democratische besluitvorming tegengeworpen kan worden. De vrijheid van het individu vormt een even behartigenswaardig belang in onze samenleving als het algemene belang dat in het democratische oordeel besloten ligt. Politieke vrijheid en juridische vrijheid -gemeenschap en individu- zijn niet van een gelijke orde. De afstemming van beide op elkaar kan noch door louter democratische, noch door louter rechterlijke besluitvorming plaatsvinden. Juist in de democratische rechtsstaat kan het spanningsveld tussen individu en gemeenschap tot een oplossing worden gebracht. Langs deze weg ontwikkelt zich in de twintigste eeuw het "gouvernement modéré" zoals Montesquieu dat in zijn tijd gedacht had.

Het derde gezichtspunt betreft het gegeven dat de omvang van de concurrente besluitvorming geen absoluut gegeven vormt. In principe vloeit uit de consequente doorvoering van de rechtsstaatsgedachte voort dat het individu een zo ruim mogelijke toegang tot de rechter moet hebben. De toegang tot de rechter moet echter tegen de achtergrond van de juridische en politieke cultuur, die het resultaat is van een historisch ontwikkelingsproces, bezien worden. In z'n algemeenheid kan echter wel gesteld worden dat voor een verdere ontwikkeling van de democratische rechtsstaat een zo ruim mogelijke toegang tot de rechter wenselijk is. Het weer-

woord van het individu, dat in een rechterlijk oordeel besloten kan liggen, tegen de democratische besluitvorming betekent geen verzwakking van de democratie, integendeel, een versterking. Het is juist de rechterlijke toetsing van de uitkomst van de democratische besluitvorming die het optimaal functioneren van de democratie kan bevestigen. De heerschappij van de democratie mag niet betekenen, dat de fundamentele rechten van het individu redeloos opgeofferd worden aan de gemeenschap. Hoewel de democratische besluitvorming steeds gericht behoort te zijn op een juiste afweging van individuele belangen en algemene belangen, mag toch een concrete rechtsstrijd op een later tijdstip niet uitgesloten worden. Een volwaardige democratie schept ruimte voor concurrente besluitvorming door een ruime toegang tot de rechter mogelijk te maken. De concurrente besluitvorming, die de kern vormt van de legitimatie van de democratische rechtsstaat, kan een belangrijke bijdrage leveren tot de bestendiging van de samenleving¹⁶⁶.

In het volgende deel van dit hoofdstuk zal de toegang tot de rechter in historisch perspectief geplaatst worden.

4.4. De toegang tot de rechter in historisch perspectief

Bij deze historische verkenning van de toegang tot de rechter zal geen volledige descriptie van de ontwikkeling beproefd worden. De hoofdlijnen zijn van algemene bekendheid¹⁶⁷. Bovendien gaat het in deze studie niet om de historische ontwikkeling als zodanig. Van meer belang is het, na te gaan tot welke inzichten de historische ontwikkeling van de toegang tot de rechter leidt. In de voorgaande paragrafen is gebleken dat het beginsel van de toegang tot de rechter ten grondslag ligt aan de inrichting van onze rechtsorde. Dit moet dan ook in historisch perspectief herkenbaar zijn. Daarom zal in de eerste plaats nagegaan worden of terzake van de toegang tot de rechter gesproken kan worden van een positief ontwikkelingsproces.

In de tweede plaats is de historische ontwikkeling van de toegang tot de rechter van belang voor zover keuzes die in het verleden gemaakt zijn ook thans nog hun invloed uitoefenen op de inrichting van de toegang tot de rechter. Zou men thans, zonder enige voorgeschiedenis, de rechterlijke organisatie inrichten, dan zouden op tal van punten andere oplossingen gekozen worden. De adviezen van de Staatscommissie rechterlijke organisatie wijzen in deze richting¹⁶⁸. De nu geldende beperkingen van de toegang tot de rechter kunnen voor een deel -en dit geldt met name voor het administratieve recht- slechts vanuit hun historische context begrepen worden.

166. Vgl. A.M. Donner, *Bestendig en wederkerig*, Zwolle 1979.

167. J.P.H. Monté-Verloren, J.E. Spruit, Hoofdlijnen uit de ontwikkeling der rechterlijke organisatie in de Noorderlijke Nederlanden tot de Bataafse omwenteling, Deventer 1972.

168. Eindrapport van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie, deel I, 's-Gravenhage 1984.

4.4.1. Positief ontwikkelingsproces

Globaal kan worden gesteld dat de toegang tot de rechter in onze rechtsorde zich in positieve zin ontwikkelt. Geconstateerd kan worden dat met name sinds de Tweede Wereldoorlog belangrijke stappen zijn gezet. Te noemen zijn de invoering van de Wet Arob, de uitbouw van de rechtshulp, de uitbreiding van de rechten van verdachten en van vreemdelingen, de beperking van het terrein van het beroep op de Kroon.

In de volgende paragrafen zal een tweetal onderwerpen nader besproken worden. In de eerste plaats kan worden geconstateerd dat op een aantal terreinen gestreefd wordt naar perfectionering van de toegang tot de rechter. In de tweede plaats is de toegang tot de rechter kwantitatief gezien sterk toegenomen. Nagegaan zal worden welke ontwikkelingen hiertoe hebben bijgedragen.

4.2. De perfectionering van de toegang tot de rechter

Afgezien van ontwikkelingen in de onderscheiden rechtsgebieden kan worden gesteld dat een belangrijke positieve ontwikkeling in de toegang tot de rechter gevonden kan worden in de sterke verbetering van de rechtshulp sinds de Tweede wereldoorlog. De drempel van de toegang tot de rechter is onder andere door de oprichting van de bureau's voor consultatie, de verscheidene burgerraadsheden, vakbonden en de rechtswinkels verlaagd. Ook de traditionele advocatuur heeft door bij voorbeeld de introductie van het zogenaamde toga-tarief deze drempel verlaagd. Daarnaast vormt de financiële ondersteuning van minder draagkrachtigen een belangrijke positieve ontwikkeling.

Eerder is gesteld dat ten aanzien van de toegang tot de rechter een verschil valt waar te nemen tussen enerzijds de burgerlijke en strafrechtspiegeling en anderzijds de administratiefrechtelijke rechtsbescherming. De administratiefrechtelijke rechtsbescherming heeft pas in de loop van deze eeuw, en met name sinds de Tweede Wereldoorlog, zijn beslag gekregen. In het burgerlijke en strafproces geldt een vrijwel onbeperkte toegang tot de rechter. De administratiefrechtelijke rechtsbescherming wordt nog steeds gekenmerkt door het feit dat telkens voor bepaalde soorten overheidsbesluiten of bepaalde rechtsgebieden een bepaalde vorm van administratieve rechtsbescherming afzonderlijk is gerealiseerd. In het burgerlijke en strafproces zijn de aanpassingen van veel minder vergaande strekking dan in de administratiefrechtelijke rechtsbescherming.

Welke ontwikkelingen springen in het burgerlijke procesrecht in het oog? Een aanknopingspunt vormen de werkzaamheden van de Subcommissie burgerlijke rechtsvordering van de staatscommissie voor de Nederlandse burgerlijke wetgeving. Minkenhof onderscheidt een viertal aspecten van de aanpassing van het burgerlijke procesrecht die door deze commissie in de afgelopen jaren behandeld zijn¹⁶⁹:

169. A.A.L. Minkenhof, De subcommissie Burgerlijke Rechtsvordering van de Staatscommissie voor de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving, in: Een goede procesorde, Deventer 1983, p. 7-18.

modernisering van het procesrecht, aanpassing van het burgerlijke proces aan veranderde maatschappelijke toestanden, wijzigingen in verband met het nieuwe BW en deformalisering¹⁷⁰ van het procesrecht. Deze punten spreken voor zich. Gedacht kan ook worden aan het feit dat juist voor geschillen die maatschappelijk aan betekenis gewonnen hebben de traditionele dagvaardingsprocedure vervangen is door bijzondere procedures, zoals huurgeschillen, arbeidsgeschillen en geschillen terzake van levensonderhoud.

In het strafproces kan over het algemeen gesproken worden van een verbetering van de positie van de verdachte door de invoering in 1926 van het Wetboek van Strafvordering en een aantal ontwikkelingen in de jurisprudentie in de zeventiger jaren¹⁷¹. Tegelijkertijd komt echter de rechtsbescherming van de verdachte onder druk te staan door de overbelasting van het justitieel apparaat¹⁷². Uit theoretisch oogpunt kan men volstaan met de constatering dat de rechtsbescherming sterk verbeterd is. De praktijk leert echter dat een aantal ontwikkelingen twijfel oproepen of ons strafrechtelijke systeem nog wel voldoet¹⁷³. Op deze plaats wordt dit punt niet uitgewerkt. In hoofdstuk 7 zal bij de bespreking van de vereenvoudigde afdoening van verkeersovertredingen aan deze kwestie nader aandacht geschonken worden.

De ontwikkelingen in het administratieve recht zijn van meer ingrijpende aard. De administratiefrechtelijke rechtsbescherming heeft pas in de loop van deze eeuw en met name in de laatste decennia z'n beslag gekregen. Voor een aantal rechtsgebieden is administratieve rechtspraak geïntroduceerd. Op een niet onbelangrijk aantal gebieden vertoont echter de rechtsbescherming in het administratieve recht nog gebreken. De uitspraak van het Hof voor de rechten van de mens in de zaak *Bentham* heeft het beroep op de Kroon in milieugeschillen gedesavoueerd¹⁷⁴. Voor het administratieve recht kan gesteld worden dat het inzicht begint door te breken dat aanzienlijke aanpassingen noodzakelijk zijn¹⁷⁵.

In dit verband verdienen tevens vermelding de voorstellen van de Staatscommissie herziening rechterlijke organisatie. Het voorstel tot integratie van de rechterlijke macht en de bijzondere rechtscolleges in nieuwe gerechten, waarbij ook voor het administratieve recht de "regle du double degré de juridiction" ingevoerd zou worden, biedt nieuwe perspectieven. De verschillen tussen de burgerlijke en strafrechtspraak enerzijds en de administratieve rechtspraak anderzijds zouden vervagen.

170. Vgl. A.P. Funke, *Deformaliseringstendensen in het burgerlijke procesrecht*, in *Een goede procesorde*, p. 59 e.v.

171. D.H. de Jong, *Rechtsbescherming in een beslissende fase*, Arnhem 1985 p. 6 e.v.

172. Idem, p. 9 e.v.

173. Idem, p. 13 e.v.

174. EHRM 23 oktober 1985, *AB* 1986, 1.

175. Vgl. Hirsch Ballin, *a.w.* (noot 1).

4.4.3. De groei van het beroep op de rechter

Het beroep op de rechter maakt een sterke groei door¹⁷⁶. Een aantal factoren die hierbij van invloed zijn, kunnen worden genoemd. In de eerste plaats is de invloed van de overheid op het maatschappelijk gebeuren vergroot. Dit raakt alle rechtsgebieden. Het zou onjuist zijn alleen te wijzen op de groei van het bestuursrecht. Vaak gaat bestuursrecht gepaard met strafbaarstelling. Bovendien is in het burgerlijke recht het beleid van de overheid steeds duidelijker merkbaar (huurrecht, arbeidsrecht enzovoort). Door deze toename van de overheidsinvloed en de toename van het aantal overheidsbeslissingen is de groei van het beroep op de rechter voor een belangrijk deel te verklaren. Deze ontwikkeling wordt nog versterkt door economische en demografische ontwikkelingen. Onze samenleving is complexer geworden en sterker gejuridificeerd. Bij voorbeeld het aantal (grote) ondernemingen, het aantal werknemers en uitkeringsgerechtigden, het aantal huurders enzovoort is toegenomen. Voorts kan gesproken worden van een *tempoverhoging* in onze samenleving. Uit het perspectief van de toegang tot de rechter leidt dit tot een tweetal tegen- gestelde ontwikkelingen. Enerzijds werd de werkdruk van de rechter groter, waardoor de rechtspleging trager ging verlopen, terwijl anderzijds de behoefte aan snellere rechtspleging sterker werd. Het behoeft geen betoog dat de opkomst van het civiele kort geding en ook het administratieve kort geding hiernee verklaard is¹⁷⁷.

Deze ontwikkeling mag niet louter geduid worden als een kwantitatieve. Eerder is al gesteld dat het recht minder ordenend geworden is en een steeds beleidsmatiger inhoud krijgt. Daardoor worden in toenemende mate geschillen over beleidskwesties aan de rechter voorgelegd. Voorts kan in het administratieve recht gedacht worden aan de groei van de rechtsbescherming van de derde en het optreden van belangengroepen als procespartij. Langs deze weg wordt de rechter steeds vaker gedwongen een oordeel over algemene belangen te geven. Ook in het burgerlijke recht en het strafrecht valt deze teneur te bespeuren.

Globaal kan worden gesteld dat waarneembaar is dat de rechter gedwongen wordt steeds meer inhoudelijk en beleidsmatig te toetsen.

Ten slotte wordt hier genoemd de grotere mondigheid van rechtssubjecten. In veel opzichten is de gelijkheid van burgers in onze samenleving toegenomen. Achtereenvolgens heeft zich de emancipatie van verschillende maatschappelijke groepen voltrokken arbeiders, vrouwen, vreemdelingen, minderheden, sociaal zwakkeren enzovoort. Deze emancipatiebeweging leidde tot het vestigen van rechten en het opkomen voor deze rechten. Bovendien -en dat is hier van groot belang- werden de mogelijkheden om voor deze rechten voor de rechter op te komen vergroot.

176. Vgl. J. Soetenhorst-de Savornin Lohman, Zuinig met recht, Rijswijk 1983, p. 10 e.v.

177. Vgl. Onverwijld spoed, Zwolle 1983.

4.4.4. Een aantal historische uitgangspunten

In deze paragraaf zal een aantal historische uitgangspunten van de toegang tot de rechter genoemd worden. Vergelijkt men de toegang tot de rechter in Nederland met die in een aantal ons omringende landen, dan blijkt dat de structuur van de toegang tot de rechter met name onder invloed van historische keuzes verschillend is. Deze historische uitgangspunten zijn met name van belang voor een juist beeld van de administratiefrechtelijke rechtsbescherming. Eerder is gebleken dat de rechtsbescherming in het burgerlijke recht en het strafrecht een lange historische ontwikkeling heeft doorgemaakt, waarvan het resultaat is dat de toegang tot de rechter vrij algemeen is gerealiseerd. Anders ligt dit bij het jongere rechtsgebied van het administratieve recht.

De burgerlijke en strafrechtspraak vormen de wortel van de taak van de rechter in onze rechtsorde. De rechtspraak is lange tijd geconcentreerd geweest op deze beide rechtsgebieden. De belangrijkste ontwikkeling betreft dat uiteindelijk een onafhankelijke overheidsrechter met rechtspraak werd belast. Tijdens de Republiek vertoonde de rechterlijke organisatie een per provincie verdeeld beeld. Na de Franse bezetting volgt in 1814 een periode waarin de rechterlijke organisatie uniform geregeld is voor het gehele grondgebied van het Koninkrijk. In 1827 komt de Wet op de rechterlijke organisatie tot stand, waarin deze ontwikkelingslijn is doorgetrokken. De taak van de rechter omvat de burgerlijke en strafrechtspraak. Vanwege de beperkte overheidsstaak doen zich relatief weinig geschillen met de overheid voor. In principe neemt "de" rechterlijke macht kennis van deze geschillen. Het conflictenbesluit heeft gedurende korte tijd de mogelijkheid geopend geschillen met de overheid te onttrekken aan de kennisneming van de gewone rechter¹⁷⁸.

De thans in ruime mate bestaande toegang tot de rechter bestond vanaf 1814. De verdere ontwikkeling in de toegang tot de rechter is meer geconcentreerd geweest op de toenemende effectiviteit van het beroep op de rechter.

Voor de toegang tot de rechter vallen aan de hand van bovenstaande punten slechts in beperkte mate conclusies te verbinden. De eerste is dat de rechterlijke macht primair is ingericht voor de beslechting van geschillen over burgerlijke rechten en plichten en strafbare feiten. De tweede is dat de rechtspleging uniform voor Nederland is ingericht en dat door de bevoegdheid van de Hoge Raad in cassatieberoep de eenheid van de rechtspleging gewaarborgd is. Meer aandacht vragen de historische uitgangspunten in het administratieve recht. Deze komen in de volgende paragrafen aan de orde.

4.4.5. Administratiefrechtelijke rechtsbescherming

De inpassing van de administratiefrechtelijke rechtsbescherming in de constitutionele ordening is niet eenvoudig. Het kernprobleem kan als volgt omschreven worden. Administratiefrechtelijke rechtsbescherming houdt in dat het bestuurshan-

178. Brenninkmeijer, Het jus de non evocando, in Grondrechten, a.w. (noot 24).

delen getoetst wordt. Wordt de rechter belast met deze toetsing, dan rijzen er weinig problemen voor zover dat bestuurshandelen vrij strikt aan de wet gebonden is. Moeilijker ligt de situatie wanneer het bestuurshandelen mede bepaald wordt door beleid dat op grond van de wet mogelijk is. Met de beoordeling van het bestuursbeleid door de rechter zou de wenselijk te achten scheiding tussen rechter en administratie problematisch kunnen worden.

Juist vanwege het feit dat in de tweede helft van de vorige eeuw, maar zeker in de twintigste eeuw het bestuursbeleid een steeds belangrijkere rol is gaan spelen, is het in de vorige alinea geschetste dilemma van reële betekenis geweest voor de discussie over de inrichting van de administratieve rechtsbescherming.

Deze discussie kan het best gekarakteriseerd worden door te stellen dat ze uiteindelijk volledig is vastgelopen. In bepaalde periodes is gekozen voor administratief beroep, in andere voor administratieve rechtspraak. De inrichting van de huidige administratiefrechtelijke rechtsbescherming is de resultante van deze vastgelopen discussie: er is niet principieel gekozen voor een bepaalde oplossing¹⁷⁹. Anders is dit bij voorbeeld geweest in Frankrijk. Daar is aanvankelijk principieel gekozen voor administratief beroep op de Conseil d'Etat: justice retenue¹⁸⁰. Daarna ontwikkelde zich de administratiefrechtelijke rechtsbescherming geleidelijk tot rechtspraak. Het Franse voorbeeld is heel leerzaam. De overgang van administratief beroep naar rechtspraak verlangde dat er toetsingsmaatstaven ontwikkeld werden, die de onafhankelijke rechter in staat moesten stellen bestuurshandelen en -beleid te beoordelen, zonder dat de rechter de taak van de administratie zou overnemen.

Globaal kan worden gesteld dat een drietal elementen in de oplossing van het probleem van de rechtsbescherming tegen beleidshandelingen te onderscheiden zijn. In de eerste plaats de vraag welk orgaan belast wordt met de rechtsbescherming: administratie of rechter. In de tweede plaats de vraag welke bestuurshandelingen eventueel van rechtsbescherming door de rechter uitgezonderd moeten worden: bij voorbeeld algemene regelingen of beleidsbeslissingen. In de derde plaats de vraag welke toetsingsmaatstaven bij de beoordeling van bestuurshandelingen gehanteerd dienen te worden. rechtmatigheid of doelmatigheid en eventueel de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Overziet men de administratieve rechtsbescherming in Nederland, dan zijn deze drie elementen herkenbaar. Enerzijds is administratief beroep opengesteld tegen beslissingen die geacht worden een meer beleidsmatige inhoud te hebben. De toetsingsgronden zijn dan onbeperkt: rechtmatigheid en doelmatigheid. Anderzijds is administratieve rechtspraak geïntroduceerd ten aanzien van beslissingen die minder beleidsmatig geoordeeld werden. In de Beroepswet en de Ambtenarenwet 1929 ont-

179. Hetzelfde beeld vertoont de ontwikkeling in Luxemburg, vgl. A.F.M. Breninkmeijer, *Het Groot-Hertogdom Luxemburg*, in: Het bestuursrecht van de landen van de Europese Gemeenschappen, Deventer 1986.

180. G. Vedel, *Droit administratif*, Parijs 1980, p. 121 e.v. en Y. Chevallier, L'elaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, Parijs 1970.

braken nadere algemene toetsingsmaatstaven¹⁸¹. In het algemeen geldt dat de rechtsbescherming gericht is tegen beschikkingen en niet tegen algemene regelingen.

De drie elementen die aan de oplossing van het probleem van de administratieve rechtsbescherming te onderscheiden zijn, zijn niet van gelijke orde. De vraag naar de toetsingsmaatstaven blijkt uiteindelijk van doorslaggevende betekenis te zijn. Deze constatering is achteraf mogelijk. Aanvankelijk heeft men in het duister getast over de oplossing van het probleem van de administratiefrechtelijke rechtsbescherming. Dat is ook verklaarbaar: de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn in de loop van deze eeuw in de rechtspraak tot ontwikkeling gekomen. Pas in de laatste decennia is gebleken dat een scheiding van rechter en administratie ook bij een rechterlijke beoordeling van bestuursbeleid mogelijk was, wanneer de rechter de algemene beginselen van behoorlijk bestuur hanteerde.

Het opstel "Administratie of rechter" van Struycken heeft aan het begin van deze eeuw de discussie over de vormgeving van de administratiefrechtelijke rechtsbescherming beslissend beïnvloed. In de volgende paragraaf zal worden aangetoond op welke wijze -onjuiste- veronderstellingen van Struycken een rol hierbij gespeeld hebben.

4.4.6. Struycken

Een deel van de argumentatie van Struycken tegen administratieve rechtspraak raakt rechtstreeks het kernthema van deze studie. Struycken stelde dat de burger in de parlementaire democratie minder te vrezen had van de overheid. De parlementaire democratie zou de tegenstelling tussen bestuur en bestuurden opheffen. In deze studie is verdedigd, dat democratische besluitvorming slechts de vrijheid van de gemeenschap als geheel kan bevorderen en niet de vrijheid van het individu. Hoe dan ook kan gesteld worden dat ook parlementaire democratie niet kan voorkomen dat burgers getroffen worden door onjuist bestuurshandelen¹⁸².

Meer aandacht vraagt echter het tweede deel van Struyckens argumentatie. Hij stelt dat in de landen waar de rechter geroepen is bestuurshandelen te beoordelen, dit leidt tot een controle op de behoorlijkheid en bilijkhed¹⁸³. Hij verwijst daarbij onder andere naar Hauriou die een beschrijving geeft van de situatie in Frankrijk. Gaat men terug naar de tekst van Hauriou dan blijkt dat Struycken geen helder beeld heeft gekregen van de Franse situatie. Hauriou betoogde dat de Conseil d'Etat door een objectiverende toetsing van minder gebonden bestuursbeslissingen de beleidsvrijheid van het bestuur niet hoefde te dupliceren¹⁸⁴. De verdere rechtsontwikkeling in deze eeuw laat zien dat inderdaad de algemene beginselen van behoorlijk bestuur de rechter in staat stellen objectiverend (marginaal) een

181. Met name in het sociale zekerheidsrecht werd uitgegaan van gebonden beslissingen. Inmiddels zijn in de Ambtenarenwet 1929 de algemene beginselen van behoorlijk bestuur opgenomen. Opname in de Beroepswet ligt in de bedoeling.

182. A.M. Donner, Nederlands bestuursrecht, Algemeen deel, Alphen a/d Rijn 1974, p. 346.

183. A.A.H. Struycken, Administratie of rechter, in: Verzamelde werken, eerste deel, Arnhem 1924, p. 24 e.v.

184. Breninkmeijer, a.w. (noot 40), p. 48 e.v.

rechtmatigheidsoordeel te geven over beleidsbeslissingen¹⁸⁵.

Het artikel van Struycken heeft ertoe geleid dat in het Nederlandse administratieve recht de onderscheiding tussen de rechtmatigheids- en doelmatigheidstoetsing met grote hardnekkigheid is blijven voortbestaan. Administratief beroep in verband met vrije bestuursbeslissingen is verdedigd met de stelling dat het enerzijds ongewenst is dat de rechter over beleidsbeslissingen oordeelt en anderzijds dat de burger met de doelmatigheidstoetsing in administratief beroep betere rechtsbescherming zou krijgen¹⁸⁶.

Inmiddels is gebleken dat het onderscheid tussen de rechtmatigheids- en doelmatigheidstoetsing weinig zuiver is¹⁸⁷. De toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kan een belangrijk deel van de zogenaamde doelmatigheidstoetsing bestrijken, maar dan wel als objectiverende toetsing¹⁸⁸. Anderzijds is gebleken dat in het beroep op de Kroon de rechtmatigheidstoetsing een veel belangrijkere rol speelt dan aanvankelijk aangenomen was¹⁸⁹.

Voor de ontwikkeling van de administratiefrechtelijke rechtsbescherming is van beslissende betekenis geweest dat de wetgever de keuzes heeft gemaakt. Slechts in beperkte mate is bij voorbeeld de gewone rechter ruimte gelaten de rechtsbescherming tegen de overheid te ontwikkelen. De gedachte dat terzake van beleidsbeslissingen beter administratief beroep kon worden opengesteld is vaak leidinggevend geweest. In schril contrast staat hiermee de curieuze bevoegdheid van de rechter in sociale verzekeringszaken om bepaalde beleidsbeslissingen op hun redelijkheid te toetsen, hetgeen een (bijna¹⁹⁰) volledige beoordeling zou betekenen¹⁹¹. De beperkte taak van de gewone rechter en de onderscheiden administratieve rechters in de administratiefrechtelijke rechtsbescherming heeft ertoe geleid dat de ontwikkeling van de objectiverende toetsingsmaatstaven, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, slechts traag in de rechtspraak tot ontwikkeling zijn gekomen¹⁹². Nu in de laatste decennia de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ingang hebben gevonden kan een nadere bezinning plaatsvinden op de waarde van het beroep op de Kroon. Onvermijdelijk leidt dit tot een versterking van de positie van administratieve rechtspraak.

185. Van der Hoeven, a.w. (noot 153).

186. Vgl. nog recentelijk Rechtsbescherming in de milieuwetgeving, Het Kroon/AROB-beroep, N.S.J. Koeman en M.L. Roes, Vereniging voor milieurecht 1985-1, Zwolle 1985.

187. Brenninkmeijer, a.w. (noot 40), p. 150 e.v.

188. Hirsch Ballin, a.w. (noot 1), p. 53 e.v., P.J.J. van Buuren, H. Bolt en M. Scheltema, Kroonberoep en Arob-beroep, Deventer 1981.

189. Idem en Brenninkmeijer, a.w. (noot 40).

190. A.F.M. Brenninkmeijer, C.F.J. de Jongh, Jurisprudentie Ambtenarengerechten, Raden van beroep en Centrale Raad van Beroep, Bestuurswetenschappen 1982, p. 82 e.v.

191. Vgl. b.v. art. 57 Algemene Arbeidsongeschiktheidswet.

192. In Frankrijk bij voorbeeld zijn de "principes généraux" aan het begin van deze eeuw ontwikkeld, terwijl in Nederland de ontwikkeling pas na de Tweede wereldoorlog op gang kwam.

4.4.7. Verbrokkelde rechtsbescherming

De wetgever heeft niet een principiële keuze gemaakt voor administratieve rechtspraak of administratief beroep. In de regel is per wet of per rechtsgebied voor een van beide vormen van rechtsbescherming gekozen. Bovendien zijn er vele administratieve beroepsinstanties en administratiefrechtelijke colleges ingesteld. Noodgedwongen is aanvaard dat de gewone rechter aanvullende rechtsbescherming inzake overheidshandelen verleent. Inmiddels is gebleken dat de gegroeide situatie moeilijk is terug te draaien; alleen al uit economisch oogpunt zou een ingrijpende herziening op korte termijn nauwelijks haalbaar zijn.

De verbrokkelde rechtsbescherming is echter niet alleen voor de rechtzoekende rechtssubjecten een hinderpaal, ook een bevredigende ontwikkeling van het administratieve recht wordt erdoor verstoord. Het is onmogelijk te komen tot algemeen geldende begrippen, bij voorbeeld het begrip beschikking. Bovendien ontstaan begrippen die geen in algemene termen te duiden inhoud hebben, bij voorbeeld het begrip besluit van algemene strekking.

Nog ingrijpender is echter het feit dat de rechtsontwikkeling in de onderscheiden rechtsgebieden uiteen zijn gaan lopen. Hoewel bij oppervlakkige beschouwing gesproken kan worden van "de" algemene beginselen van behoorlijk bestuur, moet worden vastgesteld dat de verschillende rechterlijke colleges niet steeds dezelfde betekenis hechten aan deze "algemene" rechtsbeginselen. Voorts ontbreekt cassatie over het gehele terrein van administratieve geschillen, zodat er geen waarborg is voor eenheid van rechtspraak.

Nog problematischer is een effect van de specialisatie van de administratiefrechtelijke macht. Deze specialisatie leidt ertoe dat relatief veel leden van deze colleges hun achtergrond hebben in de uitvoeringspraktijk (belastingdienst, bedrijfsverenigingen en Gemeenschappelijk administratiekantoor). Bij sommige colleges overheerst daarom een "bestuursminded" instelling. Dit vormt geen bijdrage tot onafhankelijke rechtspraak. Op grond van het vorenstaande kan worden gesteld dat de Nederlandse administratiefrechtelijke rechtsbescherming een viertal kenmerken vertoont:

1. administratief beroep naast administratieve rechtspraak;
2. verschillende rechtstoepassing in de verschillende rechtsgebieden;
3. het beperkt zijn van de rechtsbescherming tot in hoofdzaak de beschikking;
4. het ontbreken van cassatierechtspraak op het gebied van de administratieve rechtspraak als geheel.

De jurisprudentie van het Hof van de rechten van de mens heeft tot gevolg dat de verhouding tussen administratief beroep en administratieve rechtspraak zal verschuiven. Voorts houden de voorstellen van de Staatscommissie herziening rechterlijke organisatie een belofte in dat ook de andere punten wijziging zullen ondergaan.

4.5. Conclusie

In dit hoofdstuk is het beginsel van de toegang tot de rechter verkend. Daarbij zijn drie invalshoeken gekozen. Door een nadere analyse van het positieve recht is aangetoond dat aan onze wetgeving het beginsel van de toegang tot de rechter

ten grondslag ligt. Voorts is door een meer theoretische verkenning van de machtscheiding, de democratie en de rechtsstaatsgedachte de plaats van de rechter in de democratische rechtsstaat bepaald. Door een verschuiving binnen de wetgevende en uitvoerende macht, vormen deze beide machten verenigd in het democratische bestuur de tegenpool van de rechter. Verdedigd is dat de rechter in de democratische rechtsstaat in het proces van concurrente besluitvorming als het ware de tegenspeler van het democratische bestuur is. Door de tussenkomst van de rechter is de vrijheid van het individu beter gewaarborgd.

De historische benadering toonde in de eerste plaats aan dat er een positieve ontwikkeling in de toegang tot de rechter valt waar te nemen. In de tweede plaats kon worden aangegeven wat de belangrijkste kenmerken van de toegang tot de rechter in historisch perspectief waren.

Het beginsel van de toegang tot de rechter is echter nog niet goed bruikbaar voor de beantwoording van de vraag in welke gevallen rechtssubjecten toegang tot de rechter moeten hebben. Noodzakelijk is dat eerst de negatieve zijde van het probleem verkend wordt: welke belangen rechtvaardigen een beperking van de toegang tot de rechter? In het volgende hoofdstuk zal hierop worden ingegaan.

Op deze plaats wordt opgemerkt, dat in dit hoofdstuk een belangrijk aanknopingspunt is geformuleerd voor de uiteindelijke benadering van het probleem, te weten de concurrente besluitvorming. In het zesde hoofdstuk, waar de toegang tot de rechter als grondrecht verkend wordt, zal dit nader uitgewerkt worden.

5 DE BEPERKING VAN DE TOEGANG TOT DE RECHTER

5.1. Inleiding

Op basis van het in de voorgaande hoofdstukken vergaarde materiaal kan het beginsel van de toegang tot de rechter als uitgangspunt gekozen worden voor een verdere analyse van de toegang tot de rechter. Het beginsel is zo ruim geformuleerd, dat het evident is dat in bepaalde opzichten beperkingen van de toegang tot de rechter noodzakelijk zijn. Een onbeperkte toegang tot de rechter zou leiden tot verlamming van het openbaar bestuur, tot onverantwoord hoge lasten voor de samenleving en bovendien tot ontwrichting van het maatschappelijke leven. In dit hoofdstuk zal nagegaan worden welke belangen een beperking van de toegang tot de rechter kunnen rechtvaardigen. Daarbij zal het gehele terrein van het burgerlijke recht, het strafrecht en het administratieve recht overzien worden. Ook de uitsluiting van constitutioneel toetsingsrecht zal aan een nadere beschouwing onderworpen worden.

Als uitgangspunt voor het opsporen van de belangen die een beperking van de toegang tot de rechter kunnen rechtvaardigen, worden de thans in het Nederlandse recht geldende beperkingen genomen. In het eerste deel van dit hoofdstuk zal een inventarisatie gemaakt worden van deze beperkingen. Deze inventarisatie wordt uitgesplitst naar de soort beperking die plaatsvindt. Vervolgens zullen in het tweede deel van dit hoofdstuk deze beperkingen herleid worden tot de belangen die deze beperkingen beschermen.

Het terrein van onderzoek is zeer omvangrijk. Het ligt niet in de bedoeling naar volledigheid te streven bij het inventariseren van alle geldende beperkingen van de toegang tot de rechter. Het doel is wél te komen tot een volledige inventarisatie van de belangen die een beperking van de toegang tot de rechter kunnen rechtvaardigen. Daarom is het noodzakelijk alle soorten beperkingen te inventariseren. Om dit mogelijk te maken zullen eerst alle soorten beperkingen in abstracto worden geordend. Vervolgens zal aan de hand van dit schema geïnventariseerd worden welke beperkingen in concreto voorkomen. Door geen onderscheid te maken tussen de onderscheiden rechtsgebieden zal haast vanzelf de interne rechtsvergelijking tussen deze rechtsgebieden zich opdringen.

De inventarisatie van de belangen die een beperking van de toegang tot de rechter kunnen rechtvaardigen vormt slechts een volgende stap bij de formulering

van een theorie over de toegang tot de rechter. Het ongebreideld toepassen van beperkingen op grond van deze belangen zou leiden tot een onaanvaardbare aantasting van het recht op toegang. De opgespoorde belangen zullen slechts dan als rechtvaardiging voor een beperking van de toegang tot de rechter kunnen dienen, wanneer een verantwoorde afweging heeft plaatsgevonden van enerzijds het belang van de toegang tot de rechter en anderzijds het belang dat tot beperking aanleiding geeft. In het volgende hoofdstuk, waar de toegang tot de rechter als grondrecht wordt geanalyseerd, zal nader worden ingegaan op deze belangenafweging. Er zal dan een oplossing moeten worden gevonden voor het moeilijkste probleem niet alle bestaande beperkingen van de toegang tot de rechter zijn gerechtvaardigd. Dat wil zeggen dat waarschijnlijk een aantal belangen in onze rechtsorde een te zwaar gewicht toebedeeld heeft gekregen. Vandaar dat bijzondere aandacht aan het afwegingsmechanisme zal worden geschonken.

Vooralsnog wordt volstaan met het als gegeven aanvaarden van alle beperkingen van de toegang tot de rechter. In de volgende paragraaf zal eerst de systematiek voor de inventarisatie van de beperkingen van de toegang tot de rechter aangegeven worden.

5.1.1. De wijze waarop de toegang tot de rechter beperkt kan worden

De inventarisatie van de bestaande beperkingen van de toegang tot de rechter is -zoals gezegd- gericht op het verkrijgen van een helder zicht op alle belangen die een beperking van de toegang tot de rechter rechtvaardigen. Door het scheppen van een verantwoorde ordening van alle beperkingsmogelijkheden kan bereikt worden dat alle relevante belangen opgespoord kunnen worden.

Hieronder zal een schema ontwikkeld worden waarin alle beperkingsmogelijkheden ondergebracht kunnen worden. Dit schema vormt tevens de inhoudsopgave van het eerste deel van dit hoofdstuk. Bij het aanduiden van de categorieën zal telkens verwezen worden naar de paragraaf waarin de beperkingen aan de orde komen.

De wijze waarop de toegang tot de rechter beperkt wordt, kan onderverdeeld worden naar een tweetal hoofdcategorieën (5.2.) uitsluiting van de toegang tot de rechter versus (5.3.) regulering van de toegang tot de rechter. Voorts is nog een derde hoofdcategorie te onderscheiden, namelijk (5.4.) de aantasting van de gevolgen van de uitspraak van de rechter. Deze categorie staat enigszins terzijde, omdat het betrokken rechtssubject in beginsel wél toegang tot de rechter heeft, doch de uitspraak van de rechter -om welke reden dan ook- zonder gevolgen blijft. De effectiviteit van de toegang tot de rechter wordt op deze wijze evenwel aangetast.

De uitsluiting van de toegang tot de rechter kan nader onderverdeeld worden door de vraag te stellen waardoor de toegang tot de rechter wordt uitgesloten. Vier mogelijkheden doen zich voor. De uitsluiting kan volgen uit de wet (5.2.2.), uit de jurisprudentie (5.2.19.), of uit een overeenkomst (5.2.20.). De vierde mogelijkheid is niet juridisch van aard de uitsluiting kan het gevolg zijn van feitelijk handelen (5.2.21). De uitsluiting bij wet kan nader onderscheiden worden in een drietal

sub-categorieën, al naar gelang welke rechtssubjecten zijn uitgesloten (5.2.3.), welke handelingen zijn uitgesloten (5.2.10.) en welke "acties" zijn uitgesloten (5.2.16.) De nadere onderverdeling van de onderscheiden categorieën en sub-categorieën zal in de tekst van dit deel van het hoofdstuk worden aangegeven.

De regulering van de toegang tot de rechter kan op verschillende manieren plaatsvinden. Ten dele vallen de desbetreffende onderscheidingen samen, doch voor de overzichtelijkheid worden nog sub-categorieën onderscheiden. Voor bepaalde rechtsgebieden kunnen bijzondere rechters ingesteld zijn (5.3.1.), kan bijzonder procesrecht (5.3.2.) zijn vastgesteld, of kan bijzonder materieel recht gelden (5.3.3.). Voorts kunnen bijzondere (formele) eisen zijn gesteld (5.3.4.).

De aantasting van de gevolgen van de uitspraak kan van geheel verschillende aard zijn. Genoemd kunnen worden gratie, beperkingen die voortvloeien uit het volkenrecht, beperking van de executie van de uitspraak van de rechter en het voor gedeekt verklaren van de nietigheid van een overheidsbeslissing (5.4.).

Deze onderverdeling maakt het mogelijk de inventarisatie van beperkingen te ordenen. Zoals gezegd kan niet worden uitgesloten dat bepaalde (sub-)categorieën elkaar overlappen. Zo kan de uitsluiting van de toegang tot de rechter voortvloeien uit een in de wet genoemde mogelijkheid (arbitrage) om bij overeenkomst de toegang tot de rechter uit te sluiten. Men kan dan zowel het standpunt innemen dat de uitsluiting voortvloeit uit de wet als het standpunt dat deze wordt teweeg gebracht door de overeenkomst. Deze overlappingsen tasten de waarde van het schema niet aan, omdat enige overlappingsen geen belemmering vormen om in het tweede deel van dit hoofdstuk de relevante belangen te beoordelen.

De bovenstaande indeling kan in het volgende schema worden samengevat

Schema De beperkingen van de toegang tot de rechter

- | | | |
|--|------------------------------------|---------------------------------|
| 5.2. Uitsluiting | - 5.2.1. het belang | |
| | - 5.2.2. in de wet | * 5.2.3. welke rechtssubjecten? |
| | | * 5.2.10. welke handelingen? |
| | | * 5.2.16. welke "acties"? |
| | - 5.2.19. in jurisprudentie | |
| | - 5.2.20. in overeenkomst | |
| | - 5.2.21. feitelijk | |
| 5.3. Regulering | - 5.3.1. bijzonder procesrecht | |
| | - 5.3.2. bijzondere rechters | |
| | - 5.3.3. bijzonder materieel recht | |
| | - 5.3.4. overige formele eisen | |
| 5.4. Aantasting van de gevolgen van de uitspraak | | |

5.2. De uitsluiting van de toegang tot de rechter

De uitsluiting van de toegang tot de rechter vormt de meest drastische inperking van het beginsel van de toegang tot de rechter. Het betrokken rechtssubject krijgt geen gehoor bij de rechter. Voor het bepalen van de uitsluiting van de toegang tot de rechter moet worden teruggegaan op de eerder gegeven omschrijving van het beginsel

Rechtssubjecten behoren een aanspraak te hebben op toegang tot de rechter, tenende ter bescherming van hun (vermeende) rechten van een onafhankelijke rechter effectieve rechtsbescherming te krijgen door een rechtens bindende en zo nodig executoriale uitspraak over de rechtsbetrekking in geschil.

In deze formulering van het beginsel van de toegang tot de rechter ligt zelf een belangrijke afbakening van het recht op toegang tot de rechter besloten, namelijk dat rechtssubjecten bij vermeende schending van hun rechten toegang tot de rechter behoren te hebben; niet hoeft vast te staan dat er ook inderdaad sprake is van rechtsschennis. De beperking die hierin besloten ligt, houdt in dat een rechtssubject zich niet zonder meer tegen onrechtmatig handelen kan keren. Het rechtssubject moet pretenderen in een bepaalde rechtsbetrekking te staan tot degene jegens wie hij in het geding rechten geldend wil maken. Uitgaande van het begrip rechtsbetrekking zou gesteld kunnen worden dat de rechtssubjecten die zich aan de "uit-einden" van een rechtsbetrekking bevinden, ten aanzien van de rechten die uit de rechtsbetrekking voortvloeien, een aanwijsbaar belang hebben. Eventueel kunnen ook derden bij een rechtsbetrekking betrokken zijn. Deze beperking is in het burgerlijk proces als het adagium "pas d'intérêt, pas d'action"¹ bekend. In de volgende paragraaf zal aan het vereiste van belang nadere uitwerking worden gegeven voor de onderscheiden rechtsgebieden.

5.2.1. Het vereiste van belang

Het belangvereiste heeft in ons positieve recht -dat wil zeggen in het burgerlijk procesrecht, het strafprocesrecht en het administratieve procesrecht- geen algemene gelding. Voor zover het belangvereiste geldt, is dit hetzij vastgelegd in de wet, hetzij een vereiste dat in de jurisprudentie naar voren komt.

Het begrip belang in het burgerlijke proces vereist nadere differentiatie. Niet elk door een rechtssubject geclaimd belang is rechtens relevant, terwijl het recht ook een juist niet door een rechtssubject geclaimd belang -objectiverend- als belang kan aanmerken, eventueel tegen de wil van het rechtssubject in². In het algemeen kan gesteld worden dat het in het burgerlijk proces moet gaan om een rechtens relevant belang. De wet kan bepaalde belangen noemen, bij voorbeeld bij de actio pauliana³, maar het belang kan ook niet in de wet geëxpliciteerd zijn. De Hoge Raad eist in het burgerlijke proces dat de rechter eventueel ambtshalve nagaat of er een belang is⁴. Uit deze verplichting van de rechter ambtshalve het belang te toetsen vloeit voort dat het belangvereiste mede een publiek karakter draagt. Cleveringa stelt dat deze eis niet teruggaat op de wet en ook niet gefundeerd kan worden in het ongeschreven beginsel "point d'intérêt, point d'action"⁵. Aanvaardt men deze stelling, dan moet worden aangenomen dat het belangvereiste berust op

1. J. van Baars, Point d'intérêt, point d'action, Amsterdam 1971.

2. C.A. Groenendijk, Bundeling van belangen bij de burgerlijke rechter, Zwolle 1981, p. 41.

3. De benadeling van schuldeisers.

4. HR 30 maart 1951, NJ 1952, 29.

5. R.P. Cleveringa, Mr. W. van Rossum's verklaring van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, deel I, p. 167-169.

de jurisprudentie van de Hoge Raad. Overigens houdt het belangvereiste in het burgerlijke proces geen zwaarwegende beperking in van de toegang tot de rechter. Deze kwestie speelt meer bij collectieve belangen⁶, waarover later⁷. Het belangvereiste in het burgerlijke proces kan in verband worden gebracht met het Franse onderscheid tussen "contentieux objectif" en het "contentieux subjectif"⁸. In het "contentieux subjectif" is in beginsel het belang gegeven, omdat de schending van een subjectief recht van het rechtssubject in het geding is. Voor het Nederlandse burgerlijke procesrecht kan echter niet zonder meer gesteld worden dat slechts sprake kan zijn van een "contentieux subjectif". Het opkomen tegen de schending van het objectieve recht -zonder dat een subjectief recht in het geding is- kan nopen tot het hanteren van het belangvereiste. Als voorbeeld van een "contentieux objectif" kan worden genoemd de nietigverklaring van een huwelijk en de nietigverklaring van een overeenkomst wegens strijd met de wet, de goede zeden of de openbare orde. In het eerste geval beperkt de wet zelf de kring van personen die geacht worden een belang te hebben, in het tweede geval niet. Bij strijdigheid van de overeenkomst met de wet, de goeden zeden of de openbare orde bepaalt de wet de nietigheid. De rechtsvordering terzake vereist een belang van de insteller.

De procedure op grond van artikel 1401 BW is moeilijker te kwalificeren. Verdedigbaar is de stelling dat een dergelijke procedure per definitie een "contentieux subjectif" is, omdat de inzet van het geding de subjectiefrechtelijke aanspraak op schadevergoeding is⁹. In het kader van een procedure op grond van artikel 1401 BW kan echter ook een "contentieux objectif" gevoerd worden. Strijd met de wet of met de zorgvuldigheid behoeft géén inbreuk op een subjectief recht mee te brengen¹⁰. In dat geval zal een belang van de insteller van de vordering noodzakelijk zijn. Te denken valt aan de beperkende werking die de Schutznormtheorie heeft¹¹. In het privaatrecht zouden bij individuele rechtssubjecten een drietal categorieën onderscheiden kunnen worden. Het "contentieux subjectif" maakt naar zijn aard het belang waarschijnlijk. Bij het "contentieux objectif" kan de wet de kring van belanghebbenden bepalen of kan de rechter een gesteld belang als rechtens relevant aanmerken.

In artikel 3.11.8 Nieuw BW is bepaald dat zonder belang aan niemand een rechtsvordering toekomt. De insteller van een vordering moet een belang hebben en bovendien moet dit belang de rechtsvordering rechtvaardigen¹².

In het Nederlandse administratieve recht is het weinig gebruikelijk de rechts-

6. M.J.P. Verburg, Privaatrecht en collectief belang; verdediging van kollektieve belangen via de burgerlijke rechter, Zwolle 1974.

7. Zie par. 5.2.6.

8. Vgl. J. Vincent, S. Guinchard, *Procédure civile*, Parijs 1981, p. 7 e.v.

9. Vgl. E.M.H. Hirsch Ballin, In de zaak voorzien, in Blinde vlekken in het sociaal recht, Deventer 1986, p. 178 e.v.

10. Zie over het verschil van inzicht op dit punt Ch. Debbasch, *Contentieux administratif*, Parijs 1978, p. 644. Vgl. voor dit soort geschillen, waarbij schending van het objectieve recht in het geding is, A.F.M. Brenninkmeijer, Kernenergie rechtsstaat en democratie, Zwolle 1983, p. 183 e.v.

11. Asser-Rutten-III (De verbintenissen uit de wet), Zwolle 1975, p. 113 e.v.

12. C.J. Zeven e.a., Parlementaire geschiedenis van het Nieuw Burgerlijke Wetboek, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen, Deventer 1981, p. 915.

aanspraken van rechtssubjecten te benoemen als subjectieve rechten. In de Bondsrepubliek Duitsland vormt dit echter een belangrijk uitgangspunt van de rechtsbescherming¹³. De onderscheiding tussen "contentieux objectif et subjectif" vindt juist in het Franse recht toepassing op de indeling van de administratiefrechtelijke procedures¹⁴. Het Nederlandse administratieve proces valt niet in te delen aan de hand van de begrippen "contentieux objectif" en "contentieux subjectif"¹⁵. De wet legt in de regel vast aan wie het beroepsrecht toekomt. Soms is dit de adressaat van de overheidsbeslissing¹⁶, soms degene die rechtstreeks in zijn belang is getroffen¹⁷ en soms een ieder in een (getrapte) actio popularis¹⁸. Het administratiefrechtelijke procesrecht laat in de regel in het midden of het publieke recht een subjectief recht voor betrokkene schept. Al naar gelang de strekking van de wettelijke bepalingen speelt het belang een rol bij de kring van beroepsgerechtigden. Door de wettelijke omschrijving van de kring van beroepsgerechtigden behoeft de rechter vaak¹⁹ niet afzonderlijk nog eens na te gaan of de beroepsgerechtigde een belang heeft²⁰. De Wet Arob vormt hierop een uitzondering, omdat daar vereist is dat de insteller van het beroep rechtstreeks in zijn belang getroffen is.

Het strafproces draagt het karakter van een indirect "contentieux objectif". Indirect, omdat de toegang tot de rechter -zoals eerder gezegd- negatieve bescherming biedt; slechts door tussenkomst van de rechter kan de rechtsbetrekking geconcretiseerd worden tot een executoriale strafoplegging. De aanspraken van het rechtssubject in het geding betreffen echter de handhaving van het objectieve recht. Het belang van de verdachte in het strafproces is daarom van geen betekenis voor de toegang van de rechter. Bij aan het eigenlijke strafproces perifere procedures (bij voorbeeld de klacht wegens niet-vervolgning) kan het belang van de derde eventueel wel relevant zijn. Bij de bespreking van de positie van de derde zal hierop nader worden ingegaan.

Deze bespreking van het belangvereiste had tot doel de in het beginsel van de toegang tot de rechter besloten beperking van de toegang tot de rechter te expliciteren. Dit beginsel is niet geformuleerd in termen van een actio popularis, maar is beperkt tot rechtssubjecten die pretenderen dat zij in hun rechten geschonden zijn. Afhankelijk van de aard van het proces in de onderscheiden rechtsgebieden kan het gaan om schending van subjectieve rechten of om schending van het objec-

13. Vgl. artikel 19, vierde lid, Grundgesetz: "Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen." Als uitgangspunt in het administratiefrechtelijke proces geldt dat men geschonden moet zijn in "subjectieve öffentliche Rechten". Vgl. Brenninkmeijer, a.w. (noot 10), p. 81 e.v.

14. Vgl. Ch. Debbasch, *Contentieux administratif*, Parijs 1978, p. 643 e.v.

15. Vgl. voor een historische verkenning van het objectiefrechtelijke, dan wel subjectiefrechtelijke karakter van de administratiefrechtelijke rechtsvordering Hirsch Ballin, a.w. (noot 9), p. 178 e.v.

16. Bij voorbeeld in procedures ingevolge de Beroepswet.

17. Wet Arob.

18. Wet algemene bepalingen milieuhygiëne.

19. Er zijn wel uitzonderingen, bij voorbeeld wanneer een beroepsgerechtigde zijn beroep handhaaft ondanks het feit dat de bestreden beslissing ingetrokken is.

20. Zie voor een overzicht: P.J.J. van Buuren, *Kringen van belanghebbenden*, Deventer 1978 en P.C.E. van Wijnen, *Recht, belang en rechtsbescherming*, 's-Gravenhage 1981.

tieve recht. Het begrip belang is vaag en kan moeilijk in algemene termen worden gedefinieerd²¹. Waar hierboven gesproken is over rechtens relevant belang is ervan uitgegaan dat de rechter per geval nagaat of er een belang aanwezig is²². Samenvattend kan worden gesteld dat het belang-vereiste in beginsel in het burgerlijk proces geen problemen oplevert. Ook voor het strafproces kan hetzelfde gezegd worden. Anders ligt dit in het administratiefrechtelijke proces. Veelal zijn de kringen van beroepsgerechtigden zo nauw gedefinieerd²³, dat er vrijwel geen behoefte bestaat aan het afzonderlijk hanteren van het procesbelang als uitsluitingsgrond voor de toegang tot de rechter. De administratieve rechter is door de wet zo strikt aan zijn bevoegdheid gebonden, dat er weinig behoefte bestaat aan een vage term als belang om in de jurisprudentie van de rechter een nadere grensbepaling aan te brengen. Anders is dit wanneer het administratieve procesrecht zelf -zoals bij voorbeeld de Wet Arob- het rechtstreeks in zijn belang getroffen zijn als ontvankelijkheidsvereiste stelt.

5.2.2. De uitsluiting van de toegang tot de rechter bij de wet

De uitsluiting van de toegang tot de rechter bij de wet vormt de omvangrijkste categorie van beperkingen van de toegang tot de rechter. Dit hangt enerzijds samen met het feit dat de wetgever door de inrichting van het procesrecht de basis legt voor de toegang tot de rechter. De belangrijkste beperkingen van de toegang tot de rechter zijn dan ook in het procesrecht vastgelegd. Anderzijds is het ook een uitvloeisel van de onderzoeksmethode met als uitgangspunt een zeer ruime toegang tot de rechter wordt gezien in welke gevallen geen toegang tot de rechter mogelijk is. Op deze wijze worden niet alleen expliciete beperkingen van de toegang tot de rechter gevonden, maar ook bij voorbeeld niet in onze wet voorziene procesmogelijkheden. Zoals eerder aangekondigd was, wordt hier een drietal categorieën beperkingen aan de orde gesteld. de uitsluiting van bepaalde rechtssubjecten, de uitsluiting van bepaalde handelingen en de uitsluiting van bepaalde procedures of procesmogelijkheden.

5.2.3. De uitsluiting van bepaalde rechtssubjecten

Bij de verkenning van het begrip belang is reeds gebleken dat de belangrijkste grenzen van de toegang tot de rechter de uitsluiting van de toegang tot de rechter van "een ieder" betreffen. De uitsluiting van rechtssubjecten in verband met het

21. Van Baars, a.w. (noot 1) en P. van Dijk, Toetsing van overheidshandelingen door de nationale en internationale rechter en het vereiste van een procesbelang, Alphen a/d Rijn, Leiden 1976.

22. De invulling in het Franse recht van het begrip is interessant, vooral omdat er grote overeenkomsten zijn tussen het burgerlijke en administratieve recht; Vincent, a.w. (noot 8), p. 46 e.v. en Debbasch, a.w. (noot 10), p. 287 e.v.

23. Er bestaat een directe band tussen de benoeming van de kring van beroepsgerechtigden en hun belang vgl. in de Franse terminologie het onderscheid tussen "capacité" en "intérêt pour agir", bij voorbeeld bij Debbasch, a.w. (noot 10), p. 288 e.v.

vereiste belang heeft hier niet meer aan de orde komen. Hieronder zal eerst een kort overzicht gegeven worden van de toegang tot de rechter van bij de rechtsbetrekking betrokken rechtssubjecten. Na dit overzicht is het mogelijk de positie te bepalen van de derde ten aanzien van de rechtsbetrekking. Vervolgens wordt aandacht geschonken aan de bundeling van belangen in het proces, waardoor bij voorbeeld een niet rechtstreeks bij de rechtsbetrekking betrokken rechtssubject in rechte gaat optreden. De overheid neemt soms een bijzondere plaats in als procespartij; deze wordt daarna besproken. Ten slotte wordt de positie van de handelingsonbekwame gezien. Deze kan in een aantal procedures niet rechtstreeks in rechte optreden.

5.2.4. De bij de rechtsbetrekking betrokken rechtssubjecten

In het strafproces is het recht op toegang tot de rechter van de rechtstreeks betrokkene (de verdachte) het minst problematisch: per definitie heeft de verdachte toegang tot de rechter²⁴. Gaat een verdachte in op het aanbod van een transactie, dan kiest hij uit vrije wil voor afstand van het beroep op de rechter. Dwang die hierbij zou worden uitgeoefend wordt ingevolge de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de mens niet aanvaard²⁵. Het strafprocesrecht gaat er voorts van uit dat het door het strafbaar handelen benadeelde rechtssubject ten aanzien van het strafrechtelijk aspect van het proces buitenstaander is. De klacht wegens niet-vervolgning wordt ingediend door een derde ten aanzien van de rechtsbetrekking die in het strafproces aan de orde is. Daarover in de volgende paragraaf meer. De derde kan wel als beledigde partij voor zijn subjectieve burgerlijke rechten in het strafproces opkomen.

In het burgerlijke proces hebben de bij de rechtsbetrekking betrokken rechtssubjecten in principe toegang tot de rechter. Een later te bespreken uitzondering hierop wordt gevormd door de handelingsonbekwamen. Een probleem vormt wellicht het feit dat het begrip rechtsbetrekking als algemene noemer wordt gebruikt voor vele verschillende rechtsverhoudingen tussen rechtssubjecten. Bij persoonlijke rechten is vrij duidelijk wie bij de rechtsbetrekking betrokken zijn, bij zakelijke rechten kan dit minder duidelijk zijn²⁶. Het zakelijke recht heeft werking jegens een ieder. Toch behoeft de vraag wie rechtstreeks betrokken is bij de rechtsbetrekking in geschil bij zakelijke rechten niet van grote betekenis te zijn. In de regel zal de zakelijk gerechtigde zijn subjectieve recht jegens degene waarvan hij pretendeert dat deze een inbreuk erop maakt in het geding brengen. Daarmee zijn de bij de rechtsbetrekking betrokken voor het proces relevante rechtssubjecten aangewezen. Met deze onderverdeling naar persoonlijke en zakelijk rechten zijn vanzelfsprekend niet alle problemen opgelost. Duidelijk is echter wel dat, gelet op het open karakter van het burgerlijke proces, het voor rechtssubjecten weinig problematisch is zich

24. In de voorfase van het strafproces de rechter-commissaris. Bij kinderen is de toegang tot de rechter extra gewaarborgd.

25. Zaak De Weer, Publ. CEDH, Série A, Vol. 35 (1980).

26. Vgl. art. 129 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

toegang tot de rechter te verschaffen.

Voor het administratiefrechtelijke proces is het -vanwege de niet uniforme regeling van het procesrecht- veel moeilijker om aan te duiden of de rechtstreeks bij een rechtsbetrekking betrokken rechtssubjecten toegang tot de rechter hebben. Worden bepaalde besluiten aangeduid waartegen de adressaat in beroep kan gaan (sociale verzekeringen, belastingen), dan is de kans groot dat bepaalde overheidsbesluiten niet aangevochten kunnen worden²⁷. Staat het beroep open voor de rechtstreeks in hun belang getroffen (Wet Arob, Wet Arbo), dan hebben deze per definitie toegang tot de rechter. De Ambtenarenwet 1929 stelt beroep open voor de ambtenaar die als zodanig door besluiten, handelingen of wegeringen rechtstreeks in zijn belang wordt getroffen. Voor de ambtenaar is de toegang tot de rechter gewaarborgd. Dit ligt bij voorbeeld anders voor de sollicitant niet-ambtenaar die niet benoemd wordt²⁸. De gewone rechter geeft op administratiefrechtelijk terrein aanvullende rechtsbescherming. Door het al eerder vermelde open karakter van het burgerlijk proces kan uiteindelijk iedere rechtstreeks bij een administratiefrechtelijke rechtsbetrekking betrokkene zich toegang tot de rechter verschaffen. Geconcludeerd kan worden dat voor de rechtstreeks bij de rechtsbetrekking betrokkene in het strafproces en het burgerlijke proces geen belemmeringen aanwezig zijn. In het administratiefrechtelijke proces ligt dit anders. Een algemene lijn valt niet aan te geven, maar door de specifieke aanduiding van de besluiten waartegen beroep open staat, en door de specifieke aanduiding van tot beroep gerechtigde rechtssubjecten is de toegang tot de rechter in het administratiefrechtelijke proces niet steeds voor de rechtstreeks bij de rechtsbetrekking betrokken rechtssubjecten gegarandeerd.

In het voorgaande is geen bijzondere aandacht geschonken aan het onderscheid tussen rechtspersonen en natuurlijke personen. In de regel is dit onderscheid van ondergeschikte betekenis voor het recht op toegang tot de rechter beide soorten rechtssubjecten kunnen zich in principe als bij de rechtsbetrekking betrokken rechtssubjecten toegang tot de rechter verschaffen. Anders ligt dit bij de bundeling van individuele belangen door tussenkomst van een rechtspersoon, waarover later.

5.2.5. De derde

Hierboven is gebleken dat de derde in het strafproces ten aanzien van de strafzaak zelf geen toegang tot de rechter heeft. Hij kan slechts als beledigde partij in het geding optreden. Daarnaast kan een derde een klacht wegens niet-vervolg

27. Bij voorbeeld de wegering van toestemming om op vakantie te gaan tijdens een uitkeringstijdvak van de Wet Werkloosheidsvoorziening. In dat geval kan slechts achteraf opgekomen worden tegen de wegering van een uitkering. Voor het belastingrecht noemt Ch.J. Langereis, Belastingprocedures, Deventer 1981, p. 45 e.v. een paar voorbeelden.

28. De ambtenaar sollicitant heeft in beginsel wél toegang tot de rechter.

instellen. Hij dient dan een belang "dat hem bepaaldelijk aangaat" te hebben²⁹. De verdachte is in deze geen belanghebbende³⁰. De derde neemt hier een bijzondere positie in, omdat deze nimmer als rechtssubject betrokken is bij de strafrechtelijke rechtsbetrekking die het voorwerp van het geschil is. De derde kan in zoverre een rechtstreeks belang hebben, dat hij een "genoegdoening" vindt in de strafoplegging. Meer indirect is het belang van de derde, voor zover deze voor zijn mogelijkheid om als beledigde partij op te treden afhankelijk is van het instellen van een strafvervolgning, of voor zover hij de uitkomst van het strafgeding wil gebruiken als basis voor een zelfstandig civiel proces tegen de verdachte.

In het burgerlijke proces kan het begrip derde een tweeledige betekenis hebben. In de eerste plaats kan het begrip derde gebruikt worden in de betekenis van niet-procespartij³¹. Deze derde is eventueel gerechtigd tot het aanwenden van het bijzondere rechtsmiddel van derden-verzet³². In de tweede plaats kan het begrip derde slaan op degene die buiten de rechtsbetrekking in geschil staat. Kan deze derde bij de rechtsbetrekking betrokken rechtssubjecten in een geding aanspreken? Te denken valt aan een afnemer van twee leveranciers die een kartel-overeenkomst gesloten hebben, die deze overeenkomst onrechtmatig acht wegens ongeoorloofde oorzaak. In principe is deze categorie van derden niet van de toegang tot de rechter uitgesloten. Soms kent de wet nadrukkelijk aan derden een actie toe. nietigverklaring van een huwelijk en de Actio. Pauliana. Deze tweede categorie derden is bevoegd terzake van een door hen onrechtmatig geachte rechtshandeling een afzonderlijke rechtsvordering in te stellen, die zijn grondslag vindt in de rechtsbetrekking tussen deze derden en de rechtstreeks bij de (primaire) rechtsbetrekking betrokken rechtssubjecten.

De positie van de derde in het administratieve proces is niet in algemene termen te omschrijven³³. Wanneer slechts de adressaat van een beschikking een beroepsrecht heeft, zijn derden uitgesloten (sociale verzekeringen³⁴, belastingen³⁵). In sommige gevallen introduceert de wet de partij van rechtswege³⁶. Is het beroepsrecht toegekend aan de rechtstreeks belanghebbende, dan betekent dit dat derden

29. HR 7 maart 1972, NJ 1973, 35. Bij wet van 8 november 1984 is de regeling van artikel 12 Wetboek van Strafvordering gewijzigd. Bepaald is nu dat de "rechtstreeks belanghebbende" een klacht in kan dienen. Voorts is in het tweede lid bepaald dat onder een rechtstreeks belanghebbende mede wordt verstaan een rechtspersoon die krachtens zijn doelstelling en blijkens zijn feitelijke werkzaamheden een belang behartigt dat door de beslissing tot niet vervolging of niet verdere vervolging rechtstreeks wordt getroffen.

30. J.M. van Bemmelen, Ons strafrecht, deel 4, Strafprocesrecht, Alphen a/d Rijn 1981, p. 192-193; Van Buuren, a.w. (noot 20), p. 129-130 en S.V. Hoogendijk-Deutsch, Groepsacties en algemeen belang in de administratiefrechtelijke procedure, Handelingen N.J.V., 1976, deel I, p. 51.

31. Cleveringa, a.w. (noot 5), p. 915.

32. Art. 376 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

33. Brenninkmeijer, a.w. (noot 10), p. 87.

34. Bij voorbeeld de werkgever die een eigen ziekengeldkas voert in een geschil over het al dan niet toekennen van een ziekengelduitkering aan een werknemer.

35. Vgl. de voorbeelden die Ch.J. Langereis noemt in Fiscale rechtsbescherming, Deventer 1986, p. 172 e.v.

36. Art. 41, tweede lid, Beroepswet: de partij van rechtswege is niet per se de derde. Het kan ook gaan om een rechtstreeks belanghebbende in een geding door een andere rechtstreeks belanghebbende aangespannen.

wel kunnen optreden (Wet Arob en Wet Arbo). De Ambtenarenwet 1929 noemt als beroepsgerechtigde derde nadrukkelijk de rechtverkrijgenden en nagelaten betrekkingen. Een derde -niet ambtenaar³⁷- buiten deze kring heeft geen beroepsrecht.

Ook ten aanzien van de derde is dezelfde conclusie mogelijk als ten aanzien van de rechtstreeks belanghebbende. In het strafproces en het burgerlijke proces rijzen er geen principiële problemen. In het administratiefrechtelijke proces is de positie van de derde afhankelijk van de regeling van het procesrecht. In een aantal gevallen is de derde uitgesloten van beroep, ondanks het feit dat hij belanghebbende is.

5.2.6. De bundeling van belangen

Uitgangspunt in het strafproces is het individu, eventueel de rechtspersoon. Anders gezegd, de dagvaarding van een collectief -geen rechtspersoon- is niet mogelijk. Voor deze studie is dit punt van ondergeschikt belang, omdat de betekenis van de toegang tot de rechter in het strafrecht een omgekeerde betekenis heeft: in beginsel moet het openbaar ministerie zich toegang tot de rechter zien te verschaffen anders blijft de strafoplegging uit. Voor een aantal bijzondere procedures is de vraag wel van belang. Het is bij voorbeeld de vraag in hoeverre een collectief -al dan niet als rechtspersoon- een klacht wegens niet-vervolgving kan indienen. De jurisprudentie lijkt op dit punt weinig toeschietelijk³⁸.

De bundeling van belangen in het burgerlijk proces is in beweging. De mogelijkheid om te komen tot een bundeling van belangen kan een mogelijke compensatie betekenen voor de ongelijkheid van partijen in het proces³⁹. Als zodanig is de bundeling van belangen van betekenis voor de toegang tot de rechter. Ook voor het burgerlijk proces zou -uitgaande van het beginsel van de toegang tot de rechter- primair gedacht moeten worden aan de toegang tot de rechter van het individu, eventueel de rechtspersoon. De motieven van rechtssubjecten om hun belangen te bundelen kunnen uiteenlopen. Vaak gaat het om collectieven -meestal rechtspersonen- die voor ideële belangen, bij voorbeeld milieubelangen of de belangen die geschonden zouden kunnen worden bij de plaatsing van kruisraketten, opkomen. Het belang van ieder afzonderlijk individu bij het gevorderde zou in dergelijke zaken wellicht niet groot genoeg zijn. Bovendien kan door de bundeling van belangen het ideële karakter beter tot uitdrukking worden gebracht. Recent heeft de Hoge Raad de bundeling van belangen in milieuzaken aanvaard⁴⁰.

Anders ligt wellicht de zaak bij het optreden van een stichting als procespartij in kraak-gedingen. Enerzijds kan worden gesteld dat ideële belangen in het geding zijn, zoals het protest tegen leegstand, anderzijds echter wordt met het optreden van deze stichtingen hoofdzakelijk beoogd de anonimiteit van de betrokken krakers

37. Bij voorbeeld de afgewezen sollicitant ten aanzien van een benoemingsbesluit van een ander kan in een aantal gevallen in beroep komen tegen zijn afwijzing.

38. Van Bemmelen, a.w. (noot 30), p. 195. Sinds 1984 is in artikel 12, tweede lid, Wetboek van Strafvordering de rechtspersoon expliciet genoemd.

39. Groenendijk, a.w. (noot 2), p. 383.

40. HR 17 juni 1986, RvdW 1986, 135, Ars Aequi 1986, p. 638, m.n. J.H. Nieuwenhuis.

te bewaren. Het effect hiervan is dat de wederpartij in het proces omgekeerd de stichting niet kan aanspreken (in verband met uitzetting uit de gekraakte panden), omdat de stichting zelf geen kraker is⁴¹. Het erkennen van de stichting in deze gedingen als procespartij raakt daarmee de toegang tot de rechter van de eigenaarspartijen in deze gedingen. Om die reden is het verklaarbaar dat in de jurisprudentie gezocht is naar een genuanceerde oplossing, bij voorbeeld door het mogelijk maken van de dagvaarding van een kraker zonder dat zijn naam bekend is. De Hoge Raad oordeelt de bundeling van belangen van krakers gelet op het doel uitzetting onmogelijk te maken niet juist⁴².

Aangezien de kwestie van bundeling van belangen in het burgerlijk proces nog in beweging is⁴³, wordt op deze plaats volstaan met de constatering dat het optreden van rechtspersonen, dat tot een bundeling van belangen leidt, in het burgerlijk proces niet per se is uitgesloten.

In het administratieve recht kunnen in een aantal gevallen rechtspersonen namens een groep individuen (die ieder afzonderlijk slechts een beperkt eigen belang hebben) procedures voor de rechter voeren. Dit is met name mogelijk wanneer het beroepsrecht aan degene die rechtstreeks in zijn belang getroffen is, is toegekend⁴⁴. In ambtenarenzaken, sociaal verzekeringszaken en belastingzaken zijn dergelijke acties echter uitgesloten. Overigens zij aangetekend dat tot nog toe vaak de gewone rechter geadieerd is in acties op administratiefrechtelijk terrein⁴⁵. In het algemeen kan worden gesteld dat -en dit is inherent aan de verbrokkelde bevoegdheidsregelingen in het administratieve procesrecht- de toegang tot de rechter voor collectieven slechts in bepaalde procedures mogelijk is. Eventueel kan de gewone rechter aanvullende rechtsbescherming geven.

5.2.7. De overheid als procespartij

De overheid als procespartij vormt een complex probleem, dat voor deze studie voor een belangrijk deel van ondergeschikt belang is, omdat immers juist het recht op toegang tot de overheidsrechter van het rechtssubject als burger voorwerp van onderzoek is. De toegang tot de rechter van overheidsorganen zal daarom hier onbesproken blijven. In het burgerlijk proces kunnen overheden als rechtspersonen optreden door tussenkomst van hun vertegenwoordigers. In de regel zijn dit organen van deze overheden. Bij het kort geding tegen de overheid kan de vraag rijzen of functionarissen voor de rechter gedaagd kunnen worden, bij voorbeeld in vreemdelingenzaken het hoofd van de plaatselijke politie⁴⁶. Een element van "forumshopping" is hieraan niet vreemd, omdat in plaats van de Staat een plaatselijk hoofd van de politie gedagvaard kan worden in kort geding, zodat een andere president

41. F. van Biesen, *Onverwijlde spoed*, Zwolle 1983, p. 117 e.v.

42. HR 5 oktober 1984, *NJ* 1985, 445.

43. Vgl. het overzicht van Nieuwenhuis in noot 40 vermeld.

44. Van Buuren, a.w. (noot 20), p. 114. Zie voor de parlementaire geschiedenis, waarin de ruime uitleg van dit begrip is vastgelegd: J.H. van Kreveld en M. Scheltema, *Parlementaire geschiedenis van de Wet Arob*, Groningen 1976, p. 256 e.v.

45. Hoogendijk-Deutsch, a.w. (noot 30).

46. *Onverwijlde spoed*, a.w. (noot 41), p. 158.

dan die in 's Gravenhage bevoegd is⁴⁷.

In een aantal gevallen verhindert de bijzondere positie van de overheid in onze constitutionele rechtsorde dat de overheid als eisende partij optreedt. Hierbij gaat het om de vraag of de overheid de rechter kan verzoeken een ander rechtssubject te verbieden zich te gedragen in strijd met het publieke recht. In de regel beschikt de overheid over bijzondere bevoegdheden, die ertoe bijdragen dat de overheid op grond van deze eigen bevoegdheden (bij voorbeeld politiedwang) rechtssubjecten kan afhouden van met het publieke recht strijdige handelingen. De vraag is dan of de overheid de schending van het publieke recht kan brengen onder de belangen die door artikel 1401 BW beschermd worden, om zodoende een vordering in te passen in artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie. Een afwijzende houding van de rechter op dit punt kan uit de jurisprudentie afgeleid worden⁴⁸.

In het administratiefrechtelijke proces is de overheid haast per definitie procespartij. Eventueel kan dit echter ook een privaatrechtelijke rechtspersoon met publiekrechtelijke bevoegdheden⁴⁹ zijn. Kenmerkend voor de bijzondere positie van de overheid is dat deze in de regel als verwerende -passieve- partij in het geding optreedt. Meestal kunnen slechts burgers, eventueel als rechtspersoon, een administratiefrechtelijke procedure starten. De overheid wordt pas actief in hoger beroep, of bij ambtelijk beroep en procedures tussen overheden. De beperkingen van de toegang tot de rechter, zoals die voor het administratiefrechtelijke proces zijn vastgelegd, zijn echter voor deze studie slechts van belang voor zover het gaat om de beperking van de toegang tot de rechter voor rechtssubjecten, de overheid uitgezonderd.

In het strafproces heeft de toegang tot de rechter als negatieve waarborg tot gevolg dat de overheid optredende door het openbaar ministerie veelal het initiatief neemt tot het proces. Zelfs na verzet en in hoger beroep door de verdachte blijft het openbaar ministerie in een actieve rol. Gaat de verdachte in cassatie, dan is hij als requirant van cassatie de actieve partij. In het strafprocesrecht ligt in de regel principieel besloten dat bij de strafrechtelijke bejegening door de overheid het rechtssubject toegang tot de rechter heeft.

Terzijde wordt hier nog de cassatie in het belang der wet genoemd. Bij deze rechtsfiguur treedt de overheid op als insteller van de vordering. Uit het oogpunt van de toegang tot de rechter is cassatie in het belang der wet van ondergeschikte betekenis, omdat de uitspraak slechts van betekenis is voor de rechtsvorming in het algemeen en niet rechtstreeks van invloed is op enige rechtsbetrekking.

5.2.8. Handelingsonbekwaamheid

De handelingsonbekwaamheid van bepaalde rechtssubjecten tast het recht op toegang tot de rechter in zoverre aan dat een rechtssubject afhankelijk wordt van

47. Idem.

48. HR 9 november 1973, NJ 1974, 91 (Limmen-Houtkoop).

49. Hoewel de praktische betekenis van deze woordenstrijd beperkt is, kan worden gesteld dat een dergelijke privaatrechtelijke rechtspersoon geen "overheid" is.

de medewerking van degene die gezag over of toezicht op hem uitoefent. Deze beperking van de toegang tot de rechter vindt haar grond in de veronderstelling dat sommige personen, hetzij door hun jeugdige leeftijd, hetzij door hun beperkte geestelijke vermogens, niet in staat zijn het gewicht te begrijpen van de beslissing om een procedure te beginnen. De effecten van de handelingsonbekwaamheid zouden gematigd kunnen worden door het in de wet openstellen van een beroep op de rechter tegen de weigering van de voogd of de curator om een procedure te beginnen.

Handelingsonbekwamen kunnen formeel geen procespartij zijn, voor hen treedt een vertegenwoordiger op als procespartij. Zij kunnen zelf aangemerkt worden als de materiële procespartij. Deze positie voor de handelingsonbekwame geldt niet alleen in het burgerlijk proces, maar ook in het administratiefrechtelijke proces. In het administratiefrechtelijke proces gelden echter -vrij willekeurig bepaalde- uitzonderingen. In belastinggeschillen kan de handelingsonbekwame zelfstandig optreden⁵⁰, terwijl in het sociaal verzekeringsrecht deze dit niet kan. In de Wet Arob is geen bepaling over handelingsonbekwaamheid opgenomen. Een negenjarige werd echter niet-ontvankelijk verklaard⁵¹.

De handelingsonbekwaamheid in het administratiefrechtelijke proces heeft een zwakker fundament dan die in het burgerlijke proces. Dit vloeit voort uit de bijzondere rechtsbeschermende taak van de administratieve rechter en bovendien het feit dat in beginsel het administratieve proces de insteller van de procedure slechts voordeel kan brengen. De zogenaamde "reformatio in peius" vormt een uitzondering en wordt slechts in bijzondere gevallen toegepast. Dit betekent dat, anders dan in het burgerlijk proces, in het administratiefrechtelijke proces de risico's voor nadeel van de handelingsonbekwame geringer zijn. Het zou dan ook in de rede liggen dat in het administratieve proces ruimer dan thans het geval is aan handelingsonbekwamen de bevoegdheid wordt toegekend zelfstandig in rechte op te treden.

In het strafproces speelt de handelingsonbekwaamheid geen rol. Jeugdige personen krijgen echter wel een bijzondere behandeling. Een vervolging tegen een jeugdige met een leeftijd onder de twaalf jaar is niet mogelijk. Tussen twaalf en achttien jaar vindt in beginsel het zogenaamde kinderstrafrecht toepassing. Kenmerkend hierbij is dat het openbaar ministerie niet onverkort dominus litis is in een aantal gevallen heeft hij de toestemming van de kinderrechter nodig⁵². De rechtsbeschermende taak van de rechter is hierdoor in deze zaken uitgebreider. Tegelijkertijd kan de vraag worden gesteld of ons jeugdstrafprocesrecht voldoet aan de eisen van een eerlijk proces⁵³.

50. Langerijs, a.w. (noot 35), p. 59.

51. A.Q.C. Tak en J. Ten Berge, Nederlands administratief procesrecht, deel I, Zwolle 1983, p. 180-181.

52. Van Bemmelen, a.w. (noot 30), p. 312.

53. Vgl. hierover J. Wever, Is ons jeugdstrafprocesrecht wel in overeenstemming met internationale rechtsbeginselen EVRM? Advocatenblad 1986, p. 305 e.v.

5.2.9. De verplichte procesvertegenwoordiging

De verplichte procesvertegenwoordiging zou van oudsher één van de beginselen van ons burgerlijk procesrecht zijn⁵⁴. In het administratiefrechtelijke proces geldt géén verplichte procesvertegenwoordiging. In het strafproces geldt de toevoeging van een raadsman veeleer als een extra waarborg voor de toegang tot de rechter.

De verplichte procesvertegenwoordiging als zodanig houdt géén beperking in van de toegang tot de rechter, omdat gewaarborgd is dat degene die een proces wil beginnen zich van een procesvertegenwoordiger kan voorzien. Wanneer echter de kosten die met de procesvertegenwoordiging gemoeid zijn een belemmering gaan vormen voor het voeren van een procedure, dan kan van een beperking gesproken worden. Deze beperking is echter van feitelijke aard en zal later aan de orde komen. Afgezien van de rechtsbijstand aan on- en minvermogenden kan nog gedacht worden aan de situatie dat de verplichte procesvertegenwoordiging, ook bij voorbeeld voor kleine vorderingen, een beperking van de toegang tot de rechter kan inhouden. In verband hiermee is het van belang te constateren dat in de kantongerechtprocedure het vereiste van de verplichte procesvertegenwoordiging niet geldt.

5.2.10. De uitsluiting van bepaalde handelingen van beroep

In de volgende paragrafen zullen de handelingen geïnterpreteerd worden waartegen geen beroep op de rechter is opengesteld. Hierbij zullen een viertal categorieën handelingen onderscheiden worden;

1. Handelingen van rechters;
2. Wetgevingshandelingen;
3. Bestuurshandelingen en
4. Handelingen van andere rechtssubjecten.

Deze door de machtscheiding geïnspireerde indeling behoeft enige toelichting.

De eerste categorie handelingen -die van rechters- zou op het eerste gezicht geen bespreking behoeven. Voor een deel zijn deze handelingen aan hoger beroep en/of cassatie onderworpen: de uitspraken van de hoogste rechters zijn in principe niet meer aan het oordeel van een andere rechter onderworpen. Hierop bestaat één uitzondering, namelijk de mogelijkheid van een vordering op grond van artikel 1401 BW wegens onrechtmatige rechtspraak. Bij de eerste categorie zullen de rechterlijke handelingen binnen en buiten het proces die niet aan hoger beroep en cassatie onderworpen zijn en die niet in hoogste ressort zijn geweest, aan de orde komen. Daarnaast zullen de handelingen van griffiers besproken worden.

Bij de tweede categorie gaat het om algemene normstelling afkomstig van de wetgever in formele zin, het bestuur of mede met een bestuurlijke taak belaste organen, alsmede meer perifere normstelling. Voorts zullen (wetgevings)verdragen die, eventueel onder goedkeuring van het parlement, door de regering gesloten worden, aan de orde komen. Daarnaast zullen de niet -algemeen- normstellende wetten in formele zin aan de orde komen.

54. G.R. Rutgers, De verplichte procesvertegenwoordiging Amsterdam 1979, stelt dat de verplichte procesvertegenwoordiging ten onrechte als zodanig beschouwd wordt.

De derde categorie van overheidshandelingen vormt een restcategorie: alle overige overheidshandelingen.

De vierde categorie -die van overige rechtssubjecten- vormt tevens een restcategorie ten opzichte van de eerder besproken overheidshandelingen.

5.2.11. Handelingen van rechters

Bij de uitsluiting van de toegang tot de rechter ter zake van handelingen van rechters komen een drietal onderwerpen aan de orde. In de eerste plaats zullen rechterlijke handelingen binnen en buiten het proces besproken worden, die niet aan hoger beroep of cassatie onderworpen zijn en die niet tevens een uitspraak in hoger beroep of cassatie inhouden. Anders gezegd, het gaat om die handelingen die de rechter veelal op grond van een discretionaire bevoegdheid verricht, voor zover daartegen geen voorziening open staat. In de tweede plaats zal aandacht geschonken worden aan handelingen van griffiers. Ten slotte komt in de volgende paragraaf de onrechtmatige rechtspraak aan de orde.

Hieraan voorafgaand moet een algemene opmerking worden gemaakt. Het ligt weinig voor de hand rechterlijke handelingen en de controle daarop te bespreken als beperking van de toegang tot de rechter. In wezen gaat het om de vraag: wie controleert de controleur? Er moet ooit een einde komen aan de controle. De onafhankelijke positie van de rechter enerzijds en zijn rechtsbeschermingstaak anderzijds dragen ertoe bij dat aan rechterlijke handelingen een bijzondere waarde toekomt. Dit sluit echter niet uit dat fouten door rechters worden gemaakt. De regelingen van ons procesrecht maken echter niet steeds controle op iedere handeling van een rechter mogelijk. Voor zover het hierbij gaat om handelingen van hoogste rechters, is rechterlijke controle uiteraard onmogelijk.

In het bestek van de processuele rechtsbetrekking tussen de rechter en de strijdende partijen komen aan de rechter velerlei bevoegdheden toe om in concrete gevallen beslissingen te nemen. Naast de uitspraken terzake van de primaire rechtsbetrekking tussen de strijdende partijen neemt de rechter beslissingen die voor de loop van het proces in meerdere of mindere mate van belang kunnen zijn. De vormgeving van deze beslissingen verschilt per procesordering.

Voor een inventarisatie van deze handelingen in het burgerlijke proces kan verwezen worden naar het overzicht van Ras⁵⁵. Als voorbeeld kunnen worden genoemd besluiten inzake wraking en verschoning, termijnstelling, verzet tegen verandering of vermeerdering van eis, bepaalde vonnissen inzake de bevoegdheid van de rechter en rolbeschikkingen. Een aantal handelingen van de burgerlijke rechter kan langs indirecte weg wel "gecontroleerd" worden. Te denken valt aan de toestemming van de kantonrechter om op verkorte termijn te dagvaarden⁵⁶. De gedaagde kan bij niet-verschijnen en verstekverlening in verzet komen. De gevolgen van de toestemming door de kantonrechter zijn dan ongedaan gemaakt. Weigert de kantonrechter toestemming, dan staat daartegen echter géén rechtsmiddel open. Het-

55. H.E. Ras, Het tussenvonnis in het burgerlijk procesrecht, Arnhem 1966.

56. Bij voorbeeld de artt. 7 en 9 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

zelfde geldt ten aanzien van de dagvaarding in zeer spoedeisende zaken in kort geding⁵⁷. Wordt een derde in de kosten veroordeeld, dan kan het rechtsmiddel van derden-verzet aangewend worden⁵⁸.

Naast de handelingen van de rechter in het eigenlijke burgerlijk proces moet ook nog gedacht worden aan bij voorbeeld handelingen van de rechter-commissaris⁵⁹ en beschikkingen van de rechtbank in hoogste ressort in faillissementszaken⁶⁰.

De bevoegdheden van de rechter in het strafproces zijn van grote betekenis voor de rechtspositie van verdachten. Kenmerkend is dat in het kader van de dwangmiddelen de rechter vrijheidsbelemmerende maatregelen kan treffen, die maatschappelijk gezien niet minder ingrijpend behoeven te zijn dan de uiteindelijke strafoplegging. De lichtste vorm, voorlopige hechtenis, kan zonder tussenkomst van de rechter worden opgelegd. De bewaring en de verlenging daarvan kan door de rechter-commissaris bevolen worden. De gevangenhouding en de verlenging daarvan kan slechts door de rechtbank bevolen worden. Tegen de beslissingen van de rechtbank staat één maal hoger beroep open op het gerechtshof. Slechts in het laatste geval is controle door een tweede rechter mogelijk.

Naast deze toepassing van dwangmiddelen in het strafproces zijn van belang de beschikkingen. Beschikkingen zijn niet ter terechtzitting gegeven beslissingen⁶¹ en tenzij de wet anders bepaalt⁶², staat géén hogere voorziening open.

Het beeld van handelingen van administratieve rechters die niet aan verdere controle onderworpen zijn, is veel onoverzichtelijker. Dit hangt niet alleen samen met het feit dat dit procesrecht niet uniform geregeld is, maar ook met het feit dat het administratieve procesrecht informeler van aard is. Er is geen vaste terminologie, zoals bij voorbeeld ten aanzien van beschikkingen van de gewone rechter als strafrechter. In de administratieve fase van het administratiefrechtelijke proces -waarin de rechter een actieve rol speelt- kan de rechter opdrachten geven (deskundigen-onderzoek, voorbereidend onderzoek) tegen welke beslissingen geen hogere voorziening open staat. Hooguit kan het zijn dat een weigering om onderzoek in te stellen doorbroken wordt door een opdracht van een hogere rechter in appel⁶³. Als uitgangspunt voor het administratieve procesrecht geldt dat tegen een "procedurebeslissing" van de rechter slechts voor zover hoger beroep open staat een nadere controle mogelijk is. Vele procedurebeslissingen dragen geen formeel karakter. Zo worden beslissingen die overeenstemmen met de rolbeschikkingen uit het burgerlijke proces, in het administratieve proces bij brief gegeven.

Tegen beschikkingen van de voorzitter van de raad van beroep en het Amtenarengerecht die het primaire geschil beslechten, staat het rechtsmiddel van verzet

57. Artikel 289, tweede lid, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

58. K. Wiersma, Het rechtsmiddel verzet van derden, Leiden 1952.

59. Artikel 67, tweede lid, Faillissementswet.

60. Idem, artikel 85.

61. A. Minkenhof, *De Nederlandse strafvordering*, Alphen a/d Rijn 1981, p. 321.

62. Bij voorbeeld arti. 20, 71, 87, 91, 197, 223, 238, 252 en 552d Wetboek van Strafvordering.

63. Met name speelt dit in de verhouding tussen de raden van beroep en ambtenarengerechten enerzijds en de Centrale Raad van Beroep anderzijds.

open. Soms is verzet slechts mogelijk op beperkte gronden⁶⁴. De beschikkingen die als "tussenvonnis" aangemerkt kunnen worden, zoals aanhouden van de zaak en het gelasten van onderzoek, zijn niet appelabel.

Hoewel beschikkingen van griffiers van rechterlijke colleges in principe vaak als een beschikking in de zin van de Wet Arob zouden kunnen worden aangemerkt, is Arob beroep uitgesloten⁶⁵. Aangezien ook geen andere voorziening mogelijk is, leidt deze uitsluiting ertoe dat de toegang tot de rechter uitgesloten is. In het uiterste geval zou een kort geding mogelijk zijn.

5.2.12. Onrechtmatige rechtspraak

Onrechtmatige rechtspraak, dat wil zeggen de mogelijkheid om op grond van artikel 1401 BW een procedure in te stellen tegen de Staat vanwege een vermeende onrechtmatige daad door een rechter in zijn ambtsvervulling gepleegd, is voor het besproken onderwerp in zoverre van belang, dat met de erkenning van dit fenomeen toegang tot de rechter mogelijk is ten aanzien van rechterlijke handelingen op een wijze die niet rechtstreeks in de wet is voorzien. Uitgangspunt van de jurisprudentie van de Hoge Raad is dat de wettelijke regeling inzake het procesrecht voor de onderscheiden rechtsgangen wordt geacht een uitputtende regeling te geven van de rechtsmiddelen die aangewend kunnen worden⁶⁶. Op dit uitgangspunt wordt door de Hoge Raad één uitzondering toegelaten

"Dat slechts indien bij de voorbereiding van een rechterlijke beslissing zo fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, en tegen die beslissing geen rechtsmiddel open staat of heeft opengestaan, de Staat terzake van de schending van het in art. 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden gewaarborgde recht voor de daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk zou kunnen worden gesteld, ... -daargelaten of de Nederlandse wetgeving aanknopingspunten bevat die mogelijk maken dat de nationale rechter daarover oordeelt-, ..."67.

Belangrijk is vast te stellen dat de Hoge Raad de wettelijke beperking van de toegang tot de rechter terzake van handelingen van rechters in principe als een gegeven beschouwt. Dit heeft tot gevolg dat de rechter een mogelijke uitbreiding van competentie als uitvloeisel van artikel 6 van het Europees Verdrag niet aanvaardt⁶⁸.

In dit verband verdient ook nog de regeling in artikel 844 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering vermelding, waarin de mogelijkheid wordt geopend om terzake van rechtswegering bij het gerechtshof een procedure aan te spannen. Met deze bepaling is uitwerking gegeven aan artikel 13 van de Wet algemene bepalingen. Voor andere takken van procesrecht ontbreekt een wettelijke regeling ter

64. Vgl. A.F.M. Brenninkmeijer, De vaste-deskundige-procedure, Bestuurswetenschappen 1982, p. 172.

65. Art. 1, tweede lid, Wet Arob.

66. HR 3 december 1971, NJ 1972, 137.

67. Zie hierover Brenninkmeijer, a.w. (noot 10), p. 176 e.v. Zie ook H.R. 17 maart 1978, NJ 1979, 204.

68. Zie hierover Brenninkmeijer, idem

zake van rechtsweigerings⁶⁹. Wellicht zou een actie uit onrechtmatige daad mogelijk zijn.

5.2.13. Wetgevingshandelingen

Bij de toegang tot de rechter ter zake van algemene normstelling moet onderscheid gemaakt worden tussen rechtstreeks beroep tegen algemene normstelling en indirecte toetsing door de rechter van algemene normstelling. In het Nederlandse recht vormt de eerste rechtsfiguur een weinig voorkomende uitzondering. In sommige regelingen van administratief procesrecht is tegen bepaalde categorieën algemene regelingen -niet zijnde algemeen verbindende voorschriften- beroep mogelijk⁷⁰. Rechtstreeks beroep op grond van artikel 1401 is in principe mogelijk. Jurisprudentie op dit punt ontbreekt⁷¹.

In ieder geval is geen rechtstreeks beroep mogelijk voor zover de wet een toetsingsverbod instelt. Artikel 120 Grondwet sluit toetsing van de wet in formele zin aan de Grondwet uit. Bovendien is ingevolge deze bepaling toetsing van verdragen aan de Grondwet uitgesloten. Beide toetsingsverboden zijn eveneens van betekenis voor de indirecte toetsing ook dan mag de rechter de wet in formele zin of verdragen niet buiten toepassing laten.

Indirecte toetsing van algemene normstelling komt wel regelmatig voor in de Nederlandse rechtspraak⁷², bij voorbeeld de toetsing van bepalingen van gemeentelijke strafverordeningen aan de Grondwet of aan verdragsrecht. In deze gevallen is ook een procedure mogelijk wegens onrechtmatige wetgeving, waarin wordt gevorderd vergoeding van de schade die hieruit voortvloeit⁷³.

5.2.14. Bestuurshandelingen

De toegang tot de rechter ten aanzien van bestuurshandelingen kan van tweeërlei aard zijn. In de eerste plaats kan in een rechtsgang de bestuurshandeling of de weigering daarvan als zodanig voorwerp van geschil zijn. Het dictum van de rechterlijke uitspraak kan dan de vernietiging van de bestuurshandeling inhouden. In de tweede plaats kan het zijn dat bestuursdaden als zodanig niet aantastbaar zijn, doch dat schadevergoeding gevorderd kan worden. In het laatste geval kan eventueel in het kader van een procedure uit onrechtmatige daad een verbod gevraagd worden. Deze indeling valt niet volledig -doch wel hoofdzakelijk- samen met de indeling in procedures voor administratieve rechters en voor de gewone rechter. In een aantal gevallen blijven de gevolgen van de administratieve procedure beperkt tot de toekenning van een schadevergoeding, terwijl de gevolgen van de

69. Zie voor een verkenning van het begrip rechtsweigerings: L. Favoreu, Du déni de justice en droit public français, Parijs 1964.

70. Zie bij voorbeeld art. 58 Ambtenarenwet 1929 en art. 4 in samenhang met art. 2 Wet Arbo.

71. Meer indirect houdt het Pocketbook-arrest een indicatie in: HR 24 januari 1969, NJ 316.

72. Vgl. bijzonder nummer over toetsingsrecht van de AB 1984, nrs. 94-104.

73. Pocketbook-arrest, zie noot 71.

overheidsbeslissing in stand blijven⁷⁴. Bovendien kan in een aantal procedures de administratieve rechter tevens schadevergoeding toekennen⁷⁵. Het verschil tussen beide vormen van rechtsbescherming is van betekenis voor de aard van de rechtsbescherming. In de regel zal het betrokken rechtssubject de voorkeur geven aan de aantasting van de bestuurshandeling als zodanig. De vergoeding van de geleden schade geeft in de regel geen overeenstemming tussen feit en norm te zien. Gesteld zou kunnen worden dat bij schadevergoeding weliswaar de materiële belangen van het rechtssubject bescherming vinden doch niet steeds zijn rechten.

De eigenlijke administratieve rechtsgangen hebben in de regel overheidsbeschikkingen als voorwerp van geschil. Feitelijke bestuurshandelingen en andere rechtshandelingen behoren vaak slechts tot de bevoegdheid van de gewone rechter⁷⁶. Schadevergoeding en eventueel een verbod, alsmede de toepassing van het gewone burgerlijke recht (met name het contractenrecht) vormen dan inzet van het geding.

Het onderscheid tussen de eigenlijke administratieve rechtsgangen enerzijds en de procedures uit onrechtmatige daad en wanprestatie anderzijds is nog om een andere reden van belang. Aangezien de gewone rechter steeds aanvullende rechtsbescherming geeft, houdt de uitsluiting van beroep op een administratieve rechter in een regeling van administratief procesrecht niet in, dat het rechtssubject volledig is uitgesloten van de toegang tot de rechter. Uit het oogpunt van de uitsluiting van de toegang tot de rechter kan echter niet volstaan worden met de constatering dat het betrokken rechtssubject steeds toegang tot de rechter heeft ten aanzien van bestuurshandelingen. Wegens het eerder geconstateerde kwalitatieve verschil tussen rechtsbescherming door de gewone rechter en door administratieve rechters is de uitsluiting van toegang tot een administratieve rechter relevant.

De verbrokkelde regeling van het administratieve recht staat aan een volledig overzicht van de uitsluitingen van de toegang tot de rechter bij de wet op deze plaats in de weg. Aangezien de wijze waarop de toegang tot de rechter geregeld is in de verschillende procesregelingen sterk uiteenloopt, is het zelfs moeilijk algemene lijnen te trekken. Op basis van het onderscheid tussen de algemene Arobrechtsgang en de meer specifieke administratiefrechtelijke rechtsgangen kunnen wel enige belangrijke punten worden aangegeven.

De meer specifieke rechtsgangen geven rechtsbescherming ter zake van een bepaalde sector van overheidshandelingen. sociale verzekeringen, belastingen, ambtenarenverhoudingen, bedrijfsorganisatie en andere sectoren van sociaal-economisch bestuursrecht. Deze reeks geeft een toenemende toegankelijkheid te zien. Inzake sociale verzekeringen is slechts beroep mogelijk tegen voor beroep vatbare beslissingen. In belastingzaken is de categorie besluiten waartegen beroep open staat ruimer omschreven, doch dit sluit niet uit dat in een aantal gevallen een beroepsmogelijkheid ontbreekt⁷⁷. In de Wet Arbo⁷⁸ is evenals in de Ambtenarenwet 1929⁷⁹

74. De gedektverklaring in bij voorbeeld de Ambtenarenwet 1929 en de Wet Arbo.

75. Bij voorbeeld de Ambtenarenwet 1929.

76. De Ambtenarenwet 1929 stelt ook beroep open tegen handelingen.

77. Artt. 26 WARB en 109 Tariefcommissiewet, zie voor uitzonderingen Langereis, a.w. (noot 35), p. 44.

78. Artt. 2 en 4 Wet Arbo.

beroep opengesteld tegen besluiten, handelingen en weigeringen. Kenmerkend voor de specifieke beroepsgangen is dat de onderlinge bevoegdheidsafbakening probleemloos is, omdat de aanduiding van de besluiten waartegen beroep openstaat voldoende onderscheidend vermogen heeft.

De algemene Arob-rechtsgang voorziet in beroep tegen beschikkingen. De grensafbakening ten opzichte van andere rechtsgangen in deze wet is gecompliceerd. Besluiten van bepaalde organen zijn uitgesloten⁸⁰, bepaalde besluiten zijn uitgesloten⁸¹ en besluiten op basis van bepaalde wetten genomen zijn uitgesloten van beroep⁸². Deze drie methoden van uitsluiting overlappen elkaar deels.

De uitsluiting van de toegang tot de rechter in het administratieve recht bestaat hiern, dat terzake van bepaalde overheidsbeslissingen (of -handelingen) noch een specifieke rechtsgang, noch de algemene Arob-rechtsgang openstaat.

De belangrijkste uitsluiting doet zich echter voor bij het bestaan van beroep op de Kroon voor bepaalde categorieën overheidsbesluiten. Het beroep op de Kroon sluit Arob-beroep uit⁸³ bovendien is vooralsnog⁸⁴ een beroep op de gewone rechter uitgesloten.

In het algemeen kan worden gesteld dat op administratiefrechtelijk terrein meer uitsluitingen van de toegang tot de rechter voorkomen dan op de terreinen van het burgerlijke en strafrecht. Hieruit blijkt dat in het Nederlandse recht geen algemene erkenning van het recht op toegang tot de rechter tegen bestuurshandelingen heeft plaatsgevonden. De gewone rechter geeft hier aanvullende rechtsbescherming, die echter in kwalitatief opzicht niet volledig in deze lacunes kan voorzien.

Afzonderlijke bespreking behoeven handelingen van bestuursorganen die nauw verwant zijn aan de rechtsbescherming in het strafproces. In sommige gevallen is een bijzonder beroepsrecht geïntroduceerd. Te noemen valt de klacht wegens niet-vervolg⁸⁵. Er zijn echter handelingen en besluiten in het kader van de opsporing en de vervolging die in beginsel zijn uitgesloten van beroep. Te denken valt aan de aanhouding, het onderzoek aan kleding en/of lichaam, de in verzekeringstelling en de verlenging daarvan. Omdat het hier om niet door de rechter op grond van het reguliere (straf-)procesrecht gecontroleerde bestuursdaden gaat kan in principe de gewone rechter -meestal de president in kort geding- geroepen worden een oordeel te geven.

79. Art. 58.

80. Art. 1.

81. Art. 5.

82. Art. 6.

83. Art. 5a Wet Arob.

84. De HR geeft inmiddels eerste jurisprudentie gevormd. HR 12 december 1986, RvdW 1987, 6.

85. Vgl. X en Y tegen Nederland, CEDH 26 maart 1985, (16/1983/72/110).

5.2.15. Handelingen van andere rechtssubjecten

Slechts bij uitzondering zijn handelingen van andere rechtssubjecten uitgesloten van beroep op de rechter. In de regel vormt artikel 1401 BW de paraplus waaronder de rechtsstrijd gebracht kan worden. De belangrijkste wettelijke uitzondering vormt de natuurlijke verbintenis. Over het rechtskarakter van de natuurlijke verbintenis lopen de meningen uiteen⁸⁶. Kern van de zaak is dat de wet bepaalt dat bepaalde betrekkingen tussen rechtssubjecten niet ter kennisneming van de rechter staan: vorderingsrechten zonder rechtsvordering.

5.2.16. De uitsluiting van bepaalde procedures of proceduremogelijkheden

De regeling van het procesrecht verschilt sterk per rechtsgebied. Het burgerlijke procesrecht laat de meest gedifferentieerde rechterlijke procedure zien. Het andere uiterste wordt gevormd door de specifieke administratieve rechtsgangen, die vaak uitblinken door hun eenvoud. De omgeving van het procesrecht is enerzijds het resultaat van een historisch ontwikkelingsproces, terwijl anderzijds sterke invloed uitgaat van de aard van het materiële recht dat voorwerp van geschil vormt. De effectiviteit van de rechtsbescherming is in overwegende mate afhankelijk van de adequate inrichting van het procesrecht. Vanwege de verschillen in het materiële recht is het niet mogelijk een blauwdruk te geven van het optimale procesrecht. Er is met andere woorden geen standaard waaraan het procesrecht in een bepaald rechtsgebied gemeten kan worden. Daarom is het ook moeilijk aan te geven in welke mate de wet beperkingen van de toegang tot de rechter in een bepaald rechtsgebied inhoudt. Er zijn twee wegen om te komen tot een zekere standaard: interne en externe rechtsvergelijking.

De interne rechtsvergelijking kan slechts in beperkte mate een oplossing geven. Onderscheid kan worden gemaakt tussen de interne rechtsvergelijking per rechtsgebied aan de ene kant en interne rechtsvergelijking tussen de rechtsgebieden aan de andere kant. Een probleem bij de laatste vorm van rechtsvergelijking vormt de eerder geconstateerde samenhang tussen het materiële recht en het toepasselijke procesrecht. De vergelijking tussen rechtsgebieden is daarom van betrekkelijke betekenis. Anders ligt dit echter bij de rechtsvergelijking binnen één rechtsgebied. Als voorbeelden kunnen worden genoemd de vergelijking tussen de verzoekschriftenprocedure en de dagvaardingsprocedure in het burgerlijke procesrecht en de vergelijking tussen de verschillende administratieve rechtsgangen.

Ook externe rechtsvergelijking kent beperkingen. Dit hangt samen met het feit dat het procesrecht -zoals gezegd- het product is van een historisch ontwikkelingsproces. Het is niet goed mogelijk de resultaten van dit proces in verschillende landen zonder meer met elkaar te vergelijken. Steeds zal moeten worden gelet op aspecten van de specifieke historische ontwikkeling van de nationale rechtsorde

86. Vgl. hierover H.C.F. Schoordijk, Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek, Deventer 1979, p. 59 e.v. en B. Wessels, Gentlemen's agreements, Arnhem 1984, p. 49 e.v.

die het procesrecht beïnvloeden. Als voorbeeld kan worden genoemd de procedure voor het Bundesverfassungsgericht in de Bondsrepubliek Duitsland. Deze procedure is mede ingericht om de zelfstandige positie van de Landen tegenover de Bond te waarborgen. De betreffende waarde van externe rechtsvergelijking kan ook geïllustreerd worden aan de hand van de jurisprudentie op artikel 6 van het Europese Verdrag. Enerzijds leidt de internationale standaard die in deze bepaling besloten ligt ertoe dat het Europese Hof voor de Rechten van de mens bij de beoordeling van nationaal recht kan letten op het procesrecht van andere bij het Europese Verdrag betrokken staten. Anderzijds erkent het Hof uitdrukkelijk de bevoegdheid van nationale staten om een eigen keuze te maken bij de inrichting van het procesrecht⁸⁷.

Gelet op de hier beschreven problemen zal hieronder geen systematische rechtsvergelijking plaatsvinden. Slechts een aantal opmerkelijke beperkingen zal besproken worden.

5.2.17. De inrichting van het proces

Achtereenvolgens zullen de procedure in eerste aanleg, het kort geding, de procespositie van derden, de rechtsmiddelen en eventuele ontbrekende procedures besproken worden.

Hier komt niet in de eerste plaats de vraag aan de orde of wel een procedure in eerste aanleg mogelijk is, omdat dit onderwerp door de gekozen systematiek in andere paragrafen besproken is⁸⁸. Het gaat hier om de vraag of de inrichting van de procedure in eerste aanleg effectief is. Als voorbeeld kan worden genoemd de procedure voor een "small claim court" in het burgerlijke proces. Is voor relatief kleine vorderingen slechts een zware procedure mogelijk, met verplichte procesvertegenwoordiging, dan kan worden gezegd dat het procesrecht op dit punt tekortschiet. Voor een rechtsvergelijkend overzicht kan verwezen worden naar de inventarisatie van de Raad van Europa⁸⁹. In Nederland functioneert de kantongerechtsprocedure als zodanig. Eerder is de verplichte procesvertegenwoordiging al in verband gebracht met de toegang tot de rechter. De gevolgen van de verplichte procesvertegenwoordiging worden gematigd nu terzake van kleinere civiele vorderingen een kantongerechtsprocedure open staat, waarvoor geen verplichte procesvertegenwoordiging geldt.

Naast de "small claim court"-procedure kan worden gedacht aan bijzondere procedures voor huur-, arbeids- en echtscheidingszaken. Ten aanzien van deze laatste procedures doet zich een opmerkelijke ontwikkeling voor. Voor echtscheiding -in welke vorm dan ook- is thans rechterlijke tussenkomst vereist. De rechter heeft hier niet alleen een taak ter beslechting van geschillen, maar tevens een taak het publieke belang te dienen⁹⁰. Vanwege de veranderende maatschappelijke beteken-

87. Zaak Airey, Publ. CEDH, Série A, vol 32 (1980).

88. O.a. par. 5.2.6, e.v.

89. Procedures facilitating access to justice, Straatsburg 1980.

90. Zie par 3.6.1. e.v.

van het huwelijk wordt gesuggereerd⁹¹ ontbinding van het huwelijk buiten tussenkomst van de rechter mogelijk te maken. De rechter zou dan slechts een repressieve controletaak behouden. Vastgesteld kan worden dat de noodzakelijke tussenkomst van de rechter terzake van de ontbinding van een huwelijk thans als een belemmering kan worden beschouwd voor de vrijheid van rechtssubjecten.

Ten aanzien van de procedure in eerste aanleg kan in het algemeen worden gesteld dat afhankelijk van de aard van het materiële recht een zo effectief mogelijke procesgang moet worden ingericht. Buiten het burgerlijke proces kunnen bij voorbeeld worden genoemd de vaste-deskundigeprocedure in bepaalde sociale verzekeringszaken en snelrecht in strafzaken. Aan de effectiviteit van de eerstgenoemde procedure kan worden getwijfeld⁹². De effectiviteit van de procedure in eerste aanleg is met name afhankelijk van maatschappelijke ontwikkelingen. Het gevolg hiervan is dat op dit terrein de meeste ontwikkelingen zichtbaar zijn. Voor het strafrecht en het burgerlijke recht vormt het kort geding een mogelijke aanvulling op niet-effectieve procedurevormen. De incasso van geldvorderingen vormt hiervan een duidelijk voorbeeld.

Het kort geding -hier gekozen als samenvattende aanduiding voor alle spoed-procedures- vormt een belangrijk aspect van de toegang tot de rechter. Het kort geding kan ertoe bijdragen dat voldongen feiten voorkomen worden. Aan het voldongen feit is afzonderlijk aandacht geschonken⁹³. In het burgerlijke recht heeft het kort geding een hoge vlucht genomen. Het werkterrein van de president van de rechtbank in kort geding vormt een goed meetpunt voor mogelijke knelpunten in het procesrecht. Eerder is al melding gemaakt van de toepassing van het kort geding voor de incasso van schuldvorderingen; kennelijk is de gewone kantongerechtsprocedure niet steeds effectief. Het kort geding vindt ook toepassing in het strafproces⁹⁴ en in het administratieve recht. De jurisprudentie inzake de onrechtmatige overheidsdaad is in belangrijke mate gevormd in het kader van de rechtspraak in kort geding. Belangrijke lacunes in de administratiefrechtelijke rechtsbescherming zijn op deze wijze aan het licht gekomen. Als voorbeeld kan worden genoemd het kort geding in vreemdelingenzaken.

In het administratieve proces bestaan een aantal procedures die het civiele kort geding benaderen. Genoemd kan worden de mogelijkheid schorsing of een voorlopige voorziening bij de Voorzitter van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State te vragen. De voorzitter van het Ambtenarengerecht kan evenals de voorzitter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven een voorziening bij voorraad geven. In de Beroepswet ontbreekt een kort geding, evenals in de procesregelingen inzake belastingen en tarieven.

In het burgerlijke proces kan de gedaagde een vordering in reconventie indienen. Aangezien het initiatief in het administratieve proces meestal van de burger

91. Vgl. G.R. Rutgers, *Een voorstel tot herziening van het procesrecht in verband met scheiding en levensonderhoud*, NJB 1985, p. 225 e.v.

92. Brenninkmeijer, *a.w.* (noot 64), p. 170 e.v.

93. Zie par. 3.3.8. e.v.

94. G.J.M. Corstens, *De president in kort geding in strafzaken*, in: *Ad personam*, Zwolle 1981, p. 9 e.v.

uitgaat en de overheid geen zelfstandige vorderingsrechten in het administratieve procesrecht heeft⁹⁵, past de vordering in reconventie niet in het administratieve proces. Insgelijks kan voor het strafproces gesteld worden dat de vordering in reconventie niet passend is: hier is het de verdachte die geen zelfstandige vorderingsrechten heeft. De rechtsaanspraken van verdachten in de strafvordering worden op een andere wijze ingepast in het strafproces.

In het burgerlijke proces kunnen derden, anders dan op eigen initiatief, ook door vrijwaring en in zekere zin door het désaveu⁹⁶ in het proces betrokken worden. Vanwege de andere aard van het materiële recht passen de eerstgenoemde procesmogelijkheid niet in het strafproces en het administratiefrechtelijke proces. Het désaveu zou slechts van zeer ondergeschikte betekenis zijn in het strafproces. Het désaveu zou wel passend zijn in het administratieve proces, zij het dat de verichtingen van een gemachtigde in het administratieve proces veelal beperkt zijn tot het indienen van het klaagschrift en het voeren van pleidooi. Omdat de administratieve rechter niet lijdelijk is en het vinden van de materiële waarheid nastreeft, is de invloed van de gemachtigde beperkt.

Derden kunnen zich in het burgerlijke proces ook nog bij wijze van interventie (voeging, tussenkomst) en door verzet toegang tot de rechter verschaffen. In het strafproces kan de derde een klacht wegens niet vervolging indienen en zich als beledigde partij voegen terzake van zijn civiele vordering.

Vergelijken we de bijzondere procesmogelijkheden van derden in het burgerlijke en het strafproces met de positie van de derde in het administratieve recht dan blijkt de positie van de derde moeilijker in kaart te brengen. "Voeging" en "tussenkomst" zijn als zodanig niet als procesmogelijkheid in de regelingen van het administratiefrechtelijke proces vastgelegd. Vandaar dat hier kort een vergelijking wordt gemaakt met de eerder omschreven positie van de derde in het algemeen. Is de rechtsgang beperkt tot de adressaat van de overheidsbeschikking, dan kan de derde niet voor zijn eventuele rechten opkomen. In sociale verzekeringszaken en belastingzaken kan dit eventueel problemen opleveren⁹⁷. De Beroepswet kent wel de partij van rechtswege. De Ambtenarenwet 1929 kent slechts de rechtverkrijgenden en nagelaten betrekkingen als mogelijke derden in het proces. De derde -ambtenaar zijnde- kan zelfstandig een procedure aanhangig maken als derde-belangheb-

95. Terzijde wordt opgemerkt dat dit een voor het Nederlandse administratieve recht kenmerkende positie van de overheid is. Het administratieve proces betreft in de regel geschillen over eenzijdige overheidshandelingen, met name beschikkingen. Het gevolg is dat het administratieve proces een "eenzijdig" karakter draagt. Dit is bij voorbeeld anders in Frankrijk, waar de administratieve rechter ook kennis neemt van geschillen inzake onrechtmatige overheidsdaden en contracten met de overheid.

96. Bij Het désaveu -de ontkenis van gerechtelijke verrichtingen- wordt de procureur als "derde" in de procedure betrokken.

97. Als voorbeeld kan worden genoemd de werkgever die een eigen ziekengeldkas voert. In de procedure terzake van uitkeringen uit deze kas is de werkgever geen partij. De beperking van de kring van derde-beroepsgerechtigden ligt besloten in art. 41, tweede lid, Beroepswet.

bende⁹⁸. Vreemd genoeg is dan echter de procespositie van de rechtstreeks belanghebbende niet gewaarborgd⁹⁹.

De Wet Arob maakt beroep door derden die rechtstreeks in hun belang getroffen zijn mogelijk. Ook dan geldt dat de positie van de rechtstreeks belanghebbende (niet-derde ten aanzien van de beschikking in geschil) niet gewaarborgd is, omdat hij geen positie krijgt als formele procespartij¹⁰⁰. Het derden-verzet is in het administratieve procesrecht niet algemeen aanvaard, de Wet Arbo vormt hierop een uitzondering¹⁰¹.

Na de procedure in eerste aanleg kunnen rechtssubjecten veelal rechtsmiddelen aanwenden. Onder rechtsmiddelen kunnen worden verstaan het verzet, hoger beroep en cassatie. Kenmerkend voor deze procesmogelijkheden is dat er reeds een rechterlijke uitspraak is. Het hoger beroep in strafzaken verkeert in zoverre in een uitzonderingspositie, dat in het internationale recht¹⁰² hoger beroep als onderdeel van het recht op toegang tot de rechter is vereist.

Verzet is in het burgerlijke proces en het strafproces mogelijk wanneer bij verstek uitspraak is gedaan. In het administratieve proces heeft het verzet een geheel eigen betekenis, namelijk dat het verzet zich richt tegen de beschikking van de voorzitter die zonder openbare behandeling van de zaak tot stand is gekomen. Soms is verzet slechts mogelijk op beperkte gronden, bij voorbeeld in de vaste-deskundigeprocedure in het sociaal verzekeringsrecht.

In het burgerlijke proces en het strafproces is hoger beroep regel. In eenvoudige zaken kan hoger beroep uitgesloten zijn¹⁰³. In het administratieve proces is hoger beroep alleen ingevolge de Beroepswet en de Ambtenarenwet 1929 mogelijk.

In het burgerlijke en strafproces is ook cassatie regel. Tegen vrijspraak in hoogste instantie in strafzaken is geen cassatie mogelijk. Cassatie vormt in het administratieve proces een uitzondering. In belastinggeschillen en terzake van sommige uitspraken van de Centrale Raad van Beroep is cassatie door de Hoge Raad mogelijk.

In het burgerlijke proces is herziening (rekest-civiel) mogelijk evenals in het strafproces. Met uitzondering van belastinggeschillen is deze rechtsfiguur ook bekend in het administratieve proces, zij het dat soms de herziening slechts op be-

98. Bij voorbeeld bij benoeming en bevordering van een collega, waardoor de eigen benoeming of bevordering onmogelijk wordt. De derde niet-ambtenaar die op gelijke wijze rechtstreeks in zijn belangen wordt geschaad heeft geen toegang tot de rechter.

99. Materieelrechtelijk heeft deze echter niets te vrezen op zijn rechten kan geen inbreuk worden gemaakt.

100. In artikel 34 in samenhang met artikel 70, tweede lid, van de Wet op de Raad van State is bepaald dat aan belanghebbenden mededeling wordt gedaan dat zij binnen een te bepalen termijn memorien en bewijsstukken die zij voor de behandeling van de zaak dienstig achten, kunnen indienen.

101. In het Franse administratieve proces is het derden-verzet als "tierce opposition" algemeen erkend.

102. Art. 14 IV.

103. Van Bemmelen, a.w. (noot 30), p. 318 e.v., Cleveringa, a.w. (noot 5), p. 834 e.v.

perkte gronden mogelijk is¹⁰⁴.

Ten slotte worden in dit overzicht nog een tweetal bijzondere procedures genoemd. In de eerste plaats is bij ons een procedure over de absolute rechtsmacht van rechters onbekend. Anders is dit bij voorbeeld in Frankrijk waar het Tribunal des Conflicts terzake rechtsmacht heeft. Dit is opmerkelijk, omdat juist in Nederland de verdeling van de rechtsmacht over de onderscheiden rechters zo gecompliceerd ligt. In de tweede plaats wordt hier nog gewezen op het ontbreken van constitutionele rechtspraak, waarbij de wet in formele zin getoetst wordt aan de Grondwet. Het ontbreken van deze procedure hangt samen met het grondwettelijke toetsingsverbod terzake van de wet in formele zin.

5.2.18. Ne bis in idem

Nadat over de zaak geprocedeerd is moet de rechtsstrijd een einde nemen. Afgezien van de mogelijkheid rechtsmiddelen tegen de uitspraak van de rechter aan te wenden of de mogelijkheid herziening te vragen, moet uitgesloten worden dat dezelfde rechtsstrijd bij herhaling aan de rechter kan worden voorgelegd. Dit algemene uitgangspunt vindt onder invloed van de verschillen in de aard van het materiele recht in de onderscheiden rechtsgebieden steeds een geheel eigen uitwerking in het procesrecht.

Het ne bis in idem-beginsel vormt een van de fundamenteën van ons strafprocesrecht. Rechtssubjecten kunnen terzake van eenzelfde feit slechts éénmaal voor de rechter terechtstaan¹⁰⁵. Gelet op de negatieve betekenis van het strafproces (slechts strafoplegging door tussenkomst van de rechter) heeft het ne bis in idem-beginsel een waarborgfunctie voor het rechtssubject. In het burgerlijke proces heeft de grondgedachte van het uitsluiten van een repeterende rechtsstrijd een andere betekenis. Het proceslustige rechtssubject wordt ervan afgehouden bij herhaling een ander rechtssubject in dezelfde rechtsstrijd te betrekken. In het burgerlijke proces vindt de uitwerking hiervan geen algemene erkenning in de wet¹⁰⁶.

In het administratieve procesrecht wordt door de beperkte duur van de beroepstermijn aan het beginsel uitwerking gegeven. Niet aanvaard wordt dat een bestuursorgaan door ten tweede male dezelfde beschikking af te geven betrokkene de kans geeft alsnog of opnieuw de rechtsstrijd voor de rechter aanhangig te maken¹⁰⁷. Heeft de betrokkene de beroepstermijn ongebruikt laten verstrijken, dan is de overheidsbeschikking onaantastbaar geworden. Anders is dit wanneer het betrokken rechtssubject het overheidsorgaan verzoekt terug te komen op een eerder rechtens onaantastbaar geworden beslissing. Het besluit terzake kan vatbaar zijn

104. Tak/Ien Berge, a.w. (noot 51), deel 2, p. 223 e.v. De Beroepswet kent beperkte gronden, vgl. art 154. Deze beperking is echter van ondergeschikte betekenis, nu het rechtssubject bij het uitvoeringsorgaan ook herziening kan vragen. Tegen de terzake gegeven voor beroep vatbare beslissing staat beroep open op de raad van beroep.

105. Art. 68 Wetboek van Strafrecht.

106. Zie voor een overzicht H. de Doelder, Terrein en beginselen van tuchtrecht, Alphen a/d Rijn 1981, p. 158-162.

107. CRvB 2 oktober 1977, RSV 1978, 98, A.B. 182.

voor beroep¹⁰⁸.

5.2.19. De uitsluiting van de toegang tot de rechter in de jurisprudentie

Hieronder zullen een aantal voorbeelden gegeven worden uit de jurisprudentie, waarbij de rechter de toegang tot de rechter beperkt heeft opgevat. Voorop kan worden gesteld dat het veelal gaat om incidentele beslissingen. In principe streeft de rechter ernaar een zo ruim mogelijke rechtsbescherming te geven. Een van de belangrijkste niet incidentele keuzes die de rechter gedaan heeft, betreft het beroep op de Kroon. Een actie uit onrechtmatige daad in verband met een beschikking waartegen beroep op de Kroon openstaat of heeft opengestaan is niet mogelijk. In het licht van de uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de mens in de zaak Benthem is de grondslag van deze jurisprudentie kwestieus. Deze houdt immers in dat de gewone rechter geen taak heeft wanneer er een rechtsgang die met voldoende waarborgen omkleed is, openstaat¹⁰⁹. Het Hof was van oordeel dat het beroep op de Kroon niet voldoet aan de eisen van artikel 6, eerste lid, van het Europese Verdrag. Gelet op de verhouding tussen de Kroon en de Hoge Raad behoeft de keuze van de Hoge Raad echter geen verwondering te wekken. Een ander oordeel zou de Hoge Raad hebben geplaatst tegenover het hoogste bestuurlijke orgaan in onze constitutionele rechtsorde.

Een andere beperking betreft de nakoming van verkiezingsafspraken. De Hoge Raad besliste dat uit de in Elsloo gemaakte verkiezingsafspraken over de betekenis van voorkeurstemmen voor de vervulling van raadszetels niet voortvloeit eigendom of enig daaruit voortspruitend recht, een schuldvordering of burgerlijk recht, alles als bedoeld in artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie¹¹⁰. De rechter heeft aldus terzake van dit geschil in artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie een beperking van zijn rechtsmacht aangenomen, die niet per se noodzakelijk was geweest¹¹¹. Deze jurisprudentie is nog niet volledig uitgekristalliseerd, omdat de Hoge Raad nog geen oordeel heeft gegeven over de vraag of een actie gebaseerd op artikel 1401 BW ook uitgesloten moet worden geacht terzake van zulke verkiezingsafspraken. In lagere rechtspraak is deze vraag ontkennend beantwoord¹¹².

Een andere beperking vloeit voort uit het onderscheid tussen acties tussen burgers en van burgers tegen de overheid enerzijds en acties van de overheid tegen burgers. Kan bij voorbeeld een gemeente in plaats van politiedwang toe te passen zich wenden tot de rechter? De Hoge Raad heeft geoordeeld dat het algemene belang dat voor elk overheidslichaam is betrokken bij de naleving van door dat orgaan uitgevaardigde wettelijke voorschriften op zichzelf niet behoort tot de belangen

108. A.F.M. Brenninkmeijer, C.F.J. de Jongh, Jurisprudentie van de Ambtenarenrechten, Raden van Beroep en de Centrale raad van beroep gepubliceerd in 1978, 1979 en 1980, Bestuurswetenschappen 1982, p. 90 e.v.

109. J.A.M. van Angeren, De gewone rechter en de administratieve rechtsgangen, Deventer 1968.

110. HR 26 maart 1971, NJ 135.

111. J.C.M. Leyten, Wie komt daar uit zijn hokje?, Over civiele rechtspraak en haar grenzen, Rechtsgeleerd Magazijn Themis 1974, p. 679 e.v.

112. Pres. Rb. Maastricht 19 oktober 1981, NJ 1982, 486.

welke artikel 1401 BW beoogt te beschermen¹¹³. Bij deze jurisprudentie kan bedacht worden dat de bijzondere positie van de overheid een belangrijke rol speelt. Zoals eerder gesteld is, beschikt de overheid over het "privilège du préalable"¹¹⁴. Dat betekent dat de overheid op grond van eigen bevoegdheden rechtsbetrekkingen kan vestigen en in principe zonder tussenkomst van de rechter deze rechtsbetrekkingen ten uitvoer kan brengen. Politiedwang vormt hiervan een duidelijk voorbeeld. Een uitspraak van de rechter zou in principe overbodig zijn. De jurisprudentie van de Hoge Raad gaat echter verder. Ook wanneer een overheidslichaam niet beschikt over de bevoegdheid politiedwang toe te passen, kan niet via de gewone rechter de nakoming van publiekrechtelijke voorschriften afgedwongen worden¹¹⁵. Het is opmerkelijk dat de positie van de burger sterker is dan die van de overheid, in die zin dat de burger toepassing van politiedwang jegens derden kan afdwingen via de Arob-rechter en bovendien de andere burger kan aanspreken wegens het schenden van een publiekrechtelijk voorschrift voor zover de relativiteitstheorie dit toestaat. De schending van de publiekrechtelijke norm kan leiden tot het oordeel dat de privaatrechtelijke norm van artikel 1401 BW geschonden is. De overheid heeft op dit terrein geen toegang tot de rechter.

Van geheel andere orde is de beperking van de toegang tot de rechter die uit rechtsverwerking kan voortvloeien. In het burgerlijke proces is deze rechtsfiguur aanvaard¹¹⁶. In het administratieve proces lijkt de toepassing beperkt¹¹⁷. Bij rechtsverwerking wordt niet de toegang tot de rechter rechtstreeks beperkt, doch wordt het vorderingsrecht dat de grondslag vormt voor de rechtsvordering aangetast. Buiten de rechtsfiguur van rechtsverwerking zou ook nog aan horizontale werking van artikel 6 van het Europese Verdrag gedacht kunnen worden. In de jurisprudentie zijn op dit moment nog onvoldoende aanknopingspunten te vinden voor een nadere uitwerking van de horizontale werking van artikel 6 op dit punt. De lange verjaringstermijnen in het burgerlijke recht kunnen ertoe leiden dat een rechtssubject nog na jaren geconfronteerd wordt met een procedure. Heeft de eiser in de procedure na de eerste stappen te hebben gezet de verdere ontwikkeling van de procedure jaren laten zitten, dan kan hierin een reden voor de rechter gelegen zijn geen kennis meer te nemen van de vordering¹¹⁸. In het burgerlijke proces kan de beperking van de toegang tot de rechter eventueel ook ondergebracht worden bij misbruik van recht¹¹⁹. De toepassing van het beginsel van een goede procesorde in de jurisprudentie kan ook leiden tot een beperking van de toegang tot de rechter. Het beginsel van een goede procesorde blijkt niet een eenduidige inhoud te hebben.

113. HR 9 november 1973, NJ 1974, 91 (Limmen/Houtkoop).

114. Zie par 3.5.3.

115. Zie over het ontbreken van politiedwangbevoegdheden: A.M. Donner, Nederlands bestuursrecht, Algemeen deel, Alphen a/d Rijn 1974, p. 327.

116. P.A. Stein, Compendium van het burgerlijk procesrecht, Deventer 1985, p. 53.

117. M. Scheltema en W. Konijnenbelt, De rechtsverwerking in het administratieve recht, Preadvies V.A.R. LXXIV.

118. Rb. Roermond 16 december 1982, NJ 1983, 805, geen rechtsverwerking, maar misbruik van recht.

119. Stein, a.w. (noot 116) en Burgerlijke rechtsvordering, F.M.J. Jansen, Boek I, titel 1, aantekening 3.

Voor een overzicht van de toepassing van dit beginsel wordt verwezen naar de inventarisatie van Ten Berge-Koolen¹²⁰.

5.2.20. De uitsluiting van de toegang tot de rechter bij overeenkomst

De uitsluiting van de toegang tot de rechter bij overeenkomst vindt in het bijzonder toepassing in het burgerlijk proces. Ook in het strafproces en het administratieve proces worden echter overeenkomsten gesloten die ertoe strekken de toegang tot de rechter uit te sluiten.

De transactie in het strafrecht vormt een gangbaar voorbeeld. Ook is het niet ondenkbaar dat een overheidsorgaan toezegt geen strafvervolgning te zullen bevorderen (geen aangifte te doen) wanneer het rechtssubject de administratieve sanctie stipt nakomt¹²¹. Meestal zal dit informeel worden afgesproken. Bij overeenkomst zou iemand ook kunnen vastleggen geen gebruik te maken van zijn recht om een klacht wegens niet-vervolgning in te dienen, wanneer de wederpartij de vergoeding van geleden schade in het vooruitzicht stelt. Aan een dergelijke overeenkomst is de strafrechter, in het bijzonder het gerechtshof, echter niet gebonden. Voorts is een overeenkomst bij klachtdelicten niet ondenkbaar.

Rechtssubjecten kunnen ook overeenkomen dat het ene rechtssubject afziet van een administratiefrechtelijk procedure, bij voorbeeld vanwege een onrechtmatig afgegeven bouwvergunning, waartegenover het andere rechtssubject een prestatie stelt. De administratieve rechter zal aan een dergelijke overeenkomst geen gevolgen kunnen verbinden. Niet nakoming van de overeenkomst zou eventueel kunnen leiden tot een procedure voor de gewone rechter. Uit de bestuurspraktijk is bekend dat bestuursorganen door het aanbieden van een prestatie burgers ertoe trachten te bewegen af te zien van een administratieve procedure, bij voorbeeld in verband met de vaststelling van bestemmingsplannen. Wettelijk geregeld is de minnelijke overeenkomst bij onteigening, waardoor de rechterlijke onteigeningsprocedure achterwege blijft¹²².

In het burgerlijke proces kan de overeenkomst op verschillende manieren van belang zijn voor de uitsluiting of beperking van de toegang tot de rechter. Wettelijk geregeld is de arbitrage. Daarnaast is afstand van instantie mogelijk. Dit kan voor de conclusie van antwoord bij eenzijdige rechtshandeling, daarna is instemming van de wederpartij vereist¹²³. Ook is prorogatie van rechtsmacht mogelijk, waardoor slechts in één feiteninstantie geprocedeerd wordt, waarna direct cassatie-beroep kan volgen¹²⁴. Voorts kan bij akte van berusting -eenzijdig- de gebruikmaking van rechtsmiddelen worden prijsgegeven¹²⁵.

Een bijzondere vorm waarbij de toegang tot de rechter volledig wordt uitge-

120. J. ten Berge-Koolen, De goede procesorde in het burgerlijk-procesrecht, NJB 1986, p. 113 e.v.

121. Bij voorbeeld in het sociale verzekeringsrecht of het belastingrecht.

122. Art. 17 onteigeningswet.

123. Art. 277 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

124. Idem, art. 329.

125. Idem, artt. 81, derde lid, 334 en 400.

sloten doet zich voor bij het gentlemen's agreement. Hier is het slechts van belang vast te stellen dat partijen door een afspraak de bevoegdheid kunnen prijsgeven nakoming in rechte te vorderen.

5.2.21. De uitsluiting van de toegang tot de rechter door feitelijk handelen

Door feitelijk handelen, maar ook door feitelijke situaties kan de toegang tot de rechter uitgesloten zijn. Hieronder zullen een paar geheel verschillende voorbeelden besproken worden.

Het voldongen feit kan de toegang tot de rechter illusoir maken. In de regel schept het procesrecht mogelijkheden voldongen feiten juist te voorkomen. Te denken valt aan het kort geding en het beslag in het burgerlijk proces. In het strafproces ligt zeer nauwgezet vast dat voldongen feiten voor de verdachte zonder tussenkomst van de rechter zoveel mogelijk voorkomen moeten worden. In het administratiefrechtelijke proces kan door een schorsing of een voorlopige voorziening in een aantal procedures een voldongen feit voorkomen worden. In het administratieve recht gaat de rechter soms zelfs zover dat reeds de dreiging van een voldongen feit voldoende grond oplevert voor een voorlopige maatregel, zonder dat de zaak zelf beoordeeld wordt¹²⁶. In het administratieve recht is echter niet steeds een voorlopige maatregel mogelijk, zodat rechtssubjecten met voldongen feiten geconfronteerd kunnen worden¹²⁷.

Geheimhouding kan leiden tot een uitsluiting van de toegang tot de rechter. In het bijzonder in het administratieve recht is het mogelijk dat overheidshandelingen geheim zijn waardoor geen beroep mogelijk is. Als voorbeeld -in dit geval terzake van beroep op de Kroon- kunnen de autorisaties op grond van het Vrijstellingsbesluit landsverdediging Kernenergiewet genoemd worden¹²⁸. Ook in het strafproces kunnen handelingen geheim blijven, waardoor rechtsbescherming uitgesloten of bemoeilijkt wordt. Te denken valt aan het afluisteren van telefoongesprekken¹²⁹. Ook kan het zijn dat er geen bevoegdheid tot geheimhouding bestaat, doch dat er evenmin een verplichting tot openbaarmaking bestaat. Dit is met name problematisch wanneer niet alleen de adressaat van een overheidsbeschikking, maar ook derden belanghebbenden zijn ten aanzien van de beschikking. In de Wet Arob is bepaald dat bij overschrijding van de beroepstermijn niet-ontvankelijkverklaring achterwege blijft, indien de klager aantoonst dat hij beroep heeft ingesteld zo spoedig als dit redelijkerwijs verlangd kon worden¹³⁰. Langs deze weg is beroep nog mogelijk op het moment dat een derde geconfronteerd wordt met de (vaak feitelijke) gevolgen

126. J.A. Borman, De procedure bij de Afdeling rechtspraak van de Raad van State, Preadvies voor de Vereniging voor de rechtsvergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle 1982, p. 49.

127. Bij voorbeeld in de Beroepswet. De intrekking van een voorziening op grond van art. 57 Algemene Arbeidsongeschiktheidswet kan onmiddellijke werking hebben, terwijl de beroepsrechter niet bevoegd is een voorlopige voorziening te geven.

128. Art. 75 Kernenergiewet, in verband met art 2 en 3 van het Vrijstellingsbesluit landsverdediging Kernenergiewet.

129. G. Vrieze, De telefoontap en de RC, NJB 1983, p. 1277 e.v.

130. Art 9, vierde lid.

van de beschikking, bij voorbeeld de aanvang van bouwwerkzaamheden bij de verlening van een bouwvergunning.

Het niet kunnen betalen van de wegens de verplichte procesvertegenwoordiging of praktische redenen noodzakelijke rechtshulp vormt een feitelijke verhindering van de toegang tot de rechter. Het ontbreken van een wettelijk gegarandeerde bijdrage in de kosten van rechtshulp houdt daarom een beperking van de toegang tot de rechter in. Aangezien in Nederland de advocaat zelf beslist of hij een bepaalde zaak wil behartigen -gelet op de inhoud van de gedragscode- en rechtssubjecten geen recht hebben op een advocaat, is het niet uitgesloten dat in bepaalde gevallen hierdoor de toegang tot de rechter beperkt wordt. Ook de dreiging van een veroordeling in de proceskosten kan feitelijk een beperking van de toegang tot de rechter inhouden.

De feitelijke situatie kan zo zijn dat de toegang tot de rechter uitgesloten is. Uit het noodrecht kan voortvloeien dat een ander dan de wettelijk bevoegde rechter als zodanig kan of moet optreden. Eerder is het voorbeeld van de burgemeester van Maurik besproken¹³¹.

5.3. De regulering van de toegang tot de rechter

Naast de uitsluiting van de toegang tot de rechter, die hiervoor besproken is, is het mogelijk dat de toegang tot de rechter gereguleerd wordt. De belangrijkste regulering vindt plaats door de differentiatie in de rechterlijke organisatie. Voorts wordt gedifferentieerd naar procesrecht en materieel recht. De regulering van de toegang tot de rechter door de inrichting van bijzondere rechtscolleges, door de toepassing van bijzonder procesrecht en door de toepassing van bijzonder materieel recht zal hier eerst aan de orde worden gesteld. Daarna zal aandacht geschonken worden aan de regulering van de toegang tot de rechter die voortvloeit uit het stellen van formele eisen in het procesrecht.

5.3.1. Rechters voor bijzondere rechtsgebieden

De instelling van bijzondere rechters kan op pragmatische gronden berusten. Te denken valt aan bijzondere deskundigheid (bij voorbeeld door deelname van leken) en specialisatie. Deze pragmatische achtergrond van de instelling van bijzondere rechters is van ondergeschikt belang voor de verkenning van de beperking van de toegang tot de rechter in dit hoofdstuk. Aan de instelling van bijzondere rechters zitten immers ook principiële kanten, die vanwege de evidentie van de thans bestaande rechterlijke organisatie aan de aandacht dreigen te ontsnappen. Daarom wordt aan deze principiële kanten hier aandacht geschonken. In Nederland is het vanzelfsprekend dat de rechtsmacht verdeeld is over de "gewone" rechterlijke macht en de onderscheiden administratieve rechters. De organisatie en het werkterrein van de gewone rechter is vrij overzichtelijk, dit in tegenstelling tot de

131. Par. 2.3.15.

organisatie van de administratieve rechtspraak. De oorzaak is gelegen in het feit dat bij de toename van de behoefte aan rechtsbescherming in de loop van deze eeuw, die mede voortvloeide uit de veranderende taak van de overheid, geen principiële keuze is gemaakt voor een bepaald uitgangspunt bij de inrichting van de administratiefrechtelijke rechtsbescherming.

De kernvraag is door Struycken opgeworpen administratie of rechter?¹³² Deze vraag is niet tot een eenduidige beantwoording gekomen. Struycken heeft een pleidooi gevoerd tegen de invoering van administratieve rechtspraak. De wetgever heeft in de loop van deze eeuw voor verscheidene gebieden van overheidsbemoeienis hetzij administratief beroep, hetzij administratieve rechtspraak geïntroduceerd. Een algemene keus voor administratief beroep dan wel voor administratieve rechtspraak is achterwege gebleven. Anders is deze ontwikkeling bij voorbeeld geweest in Frankrijk. Daar is gekozen voor administratief beroep. In de loop der tijd heeft echter de Conseil d'Etat als adviesinstantie in administratief beroep toetsingsmaatstaven ontwikkeld, die de weg vrijgemaakt hebben dat uiteindelijk de geschillenbeslechtende taak aan de Conseil d'Etat¹³³ is gedelegeerd. Thans is er voor het overgrote deel van de rechtsbescherming tegen de overheid één rechterlijke organisatie ingericht, bestaande uit de tribunaux administratifs en de Conseil d'Etat. Deze ontwikkeling in Frankrijk vormt het uitgangspunt voor de analyse van de ontwikkelingen in Nederland¹³⁴.

Bij de rechtsbescherming tegen de overheid vormt het knelpunt de afgrenzing van de macht van de rechter tegenover die van het bestuur. Het zou onjuist zijn wanneer de rechter bij het beoordelen van het bestuurshandelen zou treden in de specifieke beleidsvormende taak van het bestuur. Voor zover het gaat om gebonden bestuurshandelingen behoeft de rechterlijke controle weinig problemen op te leveren. Gaat het echter om -in deze eeuw steeds vaker voorkomende- overwegend vrije bestuursbevoegdheden, dan rijzen er problemen. De oplossing van dit probleem kan gevonden worden door de rechtsbeschermende taak toe te bedelen aan een bestuursorgaan, met als gevolg dat in zoverre geen toegang tot de rechter bestaat. Een andere oplossing kan gevonden worden in de aanvaarding van toetsingsmaatstaven die een onafhankelijke rechter in staat stellen het vrije bestuurshandelen te beoordelen zonder de beleidsvrijheid van het bestuur wezenlijk aan te tasten. Door de ontwikkeling in Frankrijk, maar ook in Nederland in deze eeuw, blijkt dat de laatste oplossing uiteindelijk het meest adequaat is. In de loop van deze eeuw zijn door de Hoge Raad en door de onderscheiden administratieve rechters de algemene beginselen van behoorlijk bestuur tot ontwikkeling gebracht. Thans staat niet meer ter

132. A.A.H. Struycken, *Administratie of rechter*, in: *Verzamelde werken*, eerste deel, Arnhem 1924.

133. Aangetekend zij dat in Frankrijk de Conseil d'Etat als een onderdeel van de administratie wordt gezien. Deze visie -die moeilijk te verenigen is met de onafhankelijke positie van de Conseil d'Etat als administratieve rechter- leidt ertoe dat bij de benoeming van leden van de Conseil d'Etat rekening wordt gehouden met de "bestuursminded" instelling van de leden. Vgl. Brenninkmeijer, *a.w.* (noot 10) p. 74 e.v.

134. Ook bij voorbeeld voor het Groot Hertogdom Luxemburg is een dergelijke analyse te maken: A.F.M. Brenninkmeijer, *Het Groot Hertogdom Luxemburg*, in: *Het bestuursrecht van de landen van de Europese Gemeenschappen*, Deventer 1986.

discussie of het mogelijk is dat een administratieve rechter aan de hand van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bestuursbeslissingen die op een discretionaire bevoegdheid berusten te toetsen, zonder de aan het bestuur toekomende beleidsvrijheid wezenlijk aan te tasten. De omzetting van de Wet Bab (administratief beroep én toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur) in de Wet Arob (administratieve rechtspraak én toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur) geeft hiervan duidelijke blijk.

Desalniettemin geniet het beroep op de Kroon een groot vertrouwen¹³⁵, groter dan naar objectieve maatstaven wellicht verantwoord is¹³⁶. Ook anno 1986 werd nog door de wetgever beroep op de Kroon opengesteld terzake van een materie die thuis hoort bij de onafhankelijke rechter¹³⁷. Het kan nog geruime tijd duren voordat de uitwerking van de uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de mens in de zaak Benthem doorgedrongen is¹³⁸. Met de invoering van de Tijdelijke wet Kroongeschillen, waarbij de Afdeling voor de geschillen van bestuur een onafhankelijke rechtsprekende taak krijgt opgedragen is nog slechts de eerste stap gezet.

Afgezien van het beroep op de Kroon moet worden geconstateerd dat voor de rechtsbescherming tegen de overheid een veelheid aan rechterlijke colleges is ingesteld en dat ook anno 1986 nog deze ontwikkeling wordt voortgezet¹³⁹. De adviezen van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie gaan hiertegen in, doordat daarin integratie van alle vormen van administratieve rechtspraak met de burgerlijke en strafrechtspraak door de inrichting van één rechterlijke organisatie wordt voorgesteld¹⁴⁰. Deze voorstellen konden echter niet rekenen op een warm onthaal bij regering en parlement.

De regulerende werking van de differentiatie van de rechterlijke organisatie is primair merkbaar in de toepassing van bijzonder procesrecht en bijzonder materieel recht, waarover later meer. Een ander effect van de differentiatie is, dat de grondgedachte onvoldoende wortel heeft geschoten dat terzake van iedere overheids-handeling in beginsel effectieve rechtsbescherming mogelijk moet zijn. In de Beroepswet en in het procesrecht inzake belastingen en accijnzen is bij voorbeeld niet voorzien in een kort geding. Dit gemis beperkt de effectiviteit van de rechtsbescherming. Ook het feit dat de onderscheiden administratieve rechterlijke colleges gespecialiseerde taken hebben tast de waarde van hun rechtspleging aan. De specialisatie draagt ertoe bij dat een relatief hoog percentage specialisten uit de uitvoeringsorganisatie wordt aangetrokken om als rechter te functioneren. Het gevolg is

135. Rechtsbescherming in de milieuwetgeving, Het kroon/AROB-beroep, Vereniging voor Milieurecht 1985-1, Zwolle 1985.

136. Brenninkmeijer, a.w. (noot 10).

137. Wet inkomensvoorziening oudere werkloze werknemers, Kamerstukken II 19 259.

138. Een aanzet daartoe is gegeven door E.M.H. Hirsch Ballin in zijn noot onder deze uitspraak: AB 1986, 1. Vgl. ook: Kroonberoep en artikel 6 ECRM, Deventer 1986.

139. Bij voorbeeld terzake van geschillen over de toekenning van studiebeurzen. Hiervoor is een afzonderlijk college ingesteld. Vgl. hierover H.H. Maas, Rechtsbescherming volgens het voorstel van wet op de studiefinanciering, NJB 1986, p. 145, n.a.v. Kamerstukken II 19 125.

140. Eindrapport van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie, deel I, 's-Gravenhage 1984.

dat bij de onderscheiden administratieve rechtscolleges in zekere mate een bestuursvriendelijke instelling heerst, zulks in tegenstelling tot de situatie die bij de gewone rechterlijke macht lijkt te bestaan. Uit het oogpunt van de onafhankelijkheid van de rechter vormt dit een zorgwekkend gegeven.

5.3.2. Bijzonder procesrecht

Van grote invloed op de regulering van de toegang tot de rechter is de invoering van bijzonder procesrecht. Dit punt mag echter niet los gezien worden van de toepassing van bijzonder materieel recht.

Bij de bespreking van het bijzondere procesrecht moet onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds de regeling van de processuele rechtsbetrekking en anderzijds de gevolgen die aan de rechterlijke uitspraak verbonden zijn. Afhankelijk van het toepasselijke materiële recht worden bepaalde formaliteiten geïntroduceerd en worden bepaalde processuele wegen geopend. Te denken valt aan de dagvaarding in burgerlijke en strafgedingen, termijnen, de eventuele verplichting te verschijnen op de zitting, de mogelijkheid van gijzeling, de regeling inzake bewijs en de mogelijkheid van deskundigenbericht. De processuele wegen zijn eerder aan de orde gekomen. De rechtsgevolgen van de uitspraak van de rechter kunnen sterk verschillen. Het strafproces vindt toepassing bij de bijzondere rechtsbetrekking die machtigt tot de tenuitvoerlegging van de in de strafwet bedreigde straf. Het kenmerkende verschil tussen burgerlijke en administratieve rechtspraak is dat de administratieve rechter de gelding van de bestuurshandeling (meestal een beschikking) kan aantasten of een nieuwe beschikking kan vaststellen. De burgerlijke rechter beschikt op het terrein van de toepassing van het gewone burgerlijke recht ook over dergelijke bevoegdheden. Is de overheid als zodanig partij in het geding, dan kan de gewone rechter vaak slechts ten dele een adequate oplossing bewerkstelligen. Bij de aanvullende rechtsbeschermende taak van de gewone rechter kan deze in het algemeen slechts tot de conclusie komen dat de overheid onrechtmatig gehandeld heeft en gehouden is tot het betalen van een schadevergoeding. In incidentele gevallen is een verbod mogelijk. Gelet op deze beperking van de bevoegdheden van de gewone rechter inzake overheidshandelingen kan niet worden gezegd dat de aanvullende rechtsbescherming door de gewone rechter even effectief is als de rechtsbescherming die door administratieve rechters wordt geboden.

Dit verschil wordt nog vergroot door het feit dat de beoordeling van bestuurs-handelingen door de gewone rechter aan de hand van de criteria die voortvloeien uit artikel 1401 BW, niet tot dezelfde resultaten kan leiden als de beoordeling door de administratieve rechter. De vaststelling dat het bestuursorgaan onrechtmatig heeft gehandeld kan slechts leiden tot de toekenning van schadevergoeding en eventueel een verbod. De toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kan echter niet steeds leiden tot de conclusie dat de bestuurshandeling onherstelbaar onrechtmatig is. Niet name de schending van formele beginselen van behoorlijk bestuur kan leiden tot het oordeel van de administratieve rechter dat de bestuurs-handeling zoals deze voorgelegd is aan de rechter niet in stand kan blijven doch

dat het bestuur de vrijheid heeft alsnog dezelfde handeling op juiste wijze tot stand te brengen. Daarom is het verklaarbaar dat in de jurisprudentie van de Hoge Raad een zekere terughoudendheid waarneembaar is bij de toepassing van meer formele beginselen van behoorlijk bestuur. Het rechtsoordeel dat het bestuur vanwege de schending van een formeel beginsel van behoorlijk bestuur onrechtmatig in de zin van artikel 1401 BW heeft gehandeld, leidt tot de soms onaanvaardbare conclusie dat de overheid gehouden is de ontstane schade te vergoeden. Voor een dergelijk oordeel is echter alleen plaats wanneer er materieel iets mis is. Gelukkig is door de invoering van de Wet Arob het werkterrein van de gewone rechter ten aanzien van de beoordeling van bestuursbeschikkingen beperkt. De onrechtmatige overheidsdaad betreft hoofdzakelijk het terrein van het onrechtmatige feitelijke handelen van de overheid. De toepassing van de (formele) beginselen van behoorlijk bestuur doet zich met name voor op het terrein van de beoordeling van beschikkingen.

De inrichting van bijzonder procesrecht is met name van belang uit het oogpunt van de gevolgen van de uitspraak. In het algemeen kan worden gesteld dat effectieve rechtsbescherming inzake overheidshandelingen vereist dat de rechter de bevoegdheid heeft de betreffende overheidshandeling te vernietigen. In bijzondere gevallen kan de gewone rechter hooguit een onrechtmatig geoordeeld besluit buiten toepassing laten. Het gewone burgerlijke procesrecht dat van toepassing is op gewone rechtssubjecten én de overheid kan bezwaarlijk voorzien in mogelijkheden die verder gaan. Reeds dit feit rechtvaardigt de introductie van bijzonder procesrecht terzake van de beoordeling van bestuurshandelingen.

5.3.3. Bijzonder materieel recht

Globaal kan worden gesteld dat de gewone rechter als strafrechter het strafrecht toepast en als burgerlijke rechter het burgerlijke recht. De administratieve rechter past het administratieve recht toe dat vorm geeft aan de rechtsbetrekkingen waarover hij bevoegd is tot oordelen. Toch is voorzichtigheid geboden, omdat deze grensbepaling veel minder absoluut is als hier gesteld. In het strafrecht kunnen privaatrechtelijke begrippen als bij voorbeeld eigendom een rol spelen, terwijl bij het beoordelen van onrechtmatigheid in de zin van artikel 1401 BW het strafrecht en het administratieve recht een rol kan spelen. Voorts kan strafbaarstelling plaats vinden in administratiefrechtelijke voorschriften. Een administratieve rechter kan geconfronteerd worden met een "overeenkomst"¹⁴¹ tussen burger en bestuur, die hij aan de hand van het administratiefrechtelijke toetsingskader zal moeten waarderen. Dan vindt niet het contractenrecht uit het BW toepassing, maar bij voorbeeld het vertrouwensbeginsel.

Kernpunt is echter dat met name in het strafrecht en het administratieve recht de bijzondere verhouding tussen de overheid en de burger tot uitdrukking wordt gebracht. Deze bijzondere verhouding is zelfs zo essentieel, dat het gewone contrac-

141. Te denken valt aan een terugbetalingsregeling van te veel genoten uitkering, waarbij eventueel wordt afgezien van een hogere terugvordering.

tenrecht wanneer de overheid partij is, een deels andere uitwerking kan krijgen¹⁴².

5.3.4. Formele eisen

In het procesrecht wordt de toegang tot de rechter nader gereguleerd doordat verschillende formele eisen worden gesteld. Deze eisen kunnen voor de onderscheiden rechtsgebieden van geheel eigen aard zijn, mede afhankelijk van de inhoud van het materiële recht. Het kenmerkende van deze formele eisen is dat het recht op toegang tot de rechter erkenning vindt, doch dat aan bepaalde voorwaarden voldaan moet worden wil de toegang tot de rechter geëffectueerd kunnen worden. Hieronder zullen een aantal voorbeelden van formele eisen genoemd worden.

In de onderscheiden regelingen van het procesrecht worden termijnen gesteld voor het beroep op de rechter. In het burgerlijke recht vloeien de termijnen voor de procedure in eerste aanleg voort uit de verjaringstermijnen. Voor verzet, hoger beroep en cassatie stelt het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering termijnen. In het administratieve procesrecht gelden relatief korte termijnen van twee of vier weken, dertig dagen of twee maanden. In het strafprocesrecht gelden voor het openbaar ministerie termijnen teneinde de verdachte in de gelegenheid te stellen zich op de procedure voor te bereiden. Voorts gelden termijnen voor verzet, hoger beroep en cassatie. Het belang van termijnen kan verschillen. In het strafproces gaat het om de bescherming van de rechten van verdachten, alsmede om het laten afwikkelen van de procedure in verzet, hoger beroep of cassatie binnen een redelijke tijd. In het administratieve recht geldt als uitgangspunt dat het bestuur na zekere tijd erop moet kunnen rekenen dat de genomen overheidsbeslissing definitief is. Bij een mogelijk derdenberoep werken de termijnen ook in het belang van de rechtstreeks belanghebbende. De verjaringstermijnen in het burgerlijke recht zijn zo ruim, dat deze nauwelijks een beperking van de toegang tot de rechter inhouden. Het private rechtsverkeer vereist echter dat te eniger tijd rechtens zekerheid ontstaat over de inhoud van bepaalde rechtsbetrekkingen. De termijnen voor verzet, hoger beroep en cassatie beschermen de belangen van de procespartijen tegen een onbeperkt durende rechtsstrijd.

Eerder is de verplichte procesvertegenwoordiging in het burgerlijke proces genoemd. Door de tussenkomst van deskundige rechtshulpverleners kunnen onnodige procedures voorkomen worden en kan het proces efficiënter gevoerd worden.

In de regel zijn eisen gesteld aan de vorm van het stuk waarmee het geding aanhangig wordt gemaakt. De dagvaarding in het burgerlijke proces en in het strafproces is aan de strengste eisen onderworpen. In het administratieve procesrecht gelden ook vormvereisten, zij het lichtere. Verzet, hoger beroep en cassatie in strafzaken zijn niet aan vormvereisten onderworpen. In het strafproces gelden vormvereisten ter bescherming van de rechten van verdachten. In het burgerlijke recht en het administratiefrechtelijke proces kunnen de vormvereisten bijdragen tot de bescherming van de processuele belangen van de tegenpartij en het belang van een

142. HR 4 januari 1963, NJ 1964, 204 (Landsmeer).

efficiënte procesvoering. Wellicht dat de dagvaardingsprocedure een te formeel karakter draagt, zodat de daaraan verbonden vormvereisten als belemmering kunnen werken. Daarom is de gedachtenvorming over een ruimere toepassing van de verzoekschriftenprocedure niet zonder betekenis op dit punt.

In het burgerlijke en het administratiefrechtelijke proces worden griffierechten geheven. Voor zover in het administratieve proces nog geen griffierechten geheven worden valt te verwachten dat deze zullen worden ingevoerd. Griffierechten kunnen enerzijds de rechtzoekende dwingen een afweging te maken of het beroep op de rechter gelet op het belang verantwoord is, terwijl zij anderzijds een bijdrage tot de staatskas vormen.

In de Beroepswet is bepaald dat de klager verplicht is in persoon ter terechtzitting te verschijnen, wanneer hij daartoe is opgeroepen. Hiermee wordt het belang van een efficiënte procesvoering gediend, in die zin, dat de rechter in de gelegenheid wordt gesteld de noodzakelijke informatie van de klager te verkrijgen. Niet verschijnen kan leiden tot een niet-ontvankelijkverklaring.

In het administratieve procesrecht wordt in een aantal gevallen vereist dat eerst gebruik wordt gemaakt van een bezwarenprocedure of dat een voor beroep vatbare beslissing wordt gevraagd. Hierdoor kunnen nodeloze procedures voorkomen worden, doordat het verwerende orgaan tot een heroverweging van de beslissing gebracht wordt. In de regel draagt deze heroverweging mede bij tot een verbetering van de motivering van de beslissing, waardoor eventueel de betrokkene afziet van beroep.

5.4. De aantasting van de gevolgen van de uitspraak

In een aantal gevallen is de toegang tot de rechter als zodanig wel gewaarborgd, doch kunnen de gevolgen van de uitspraak worden aangetast. Gratie vormt een voorbeeld, doch is voor de toegang tot de rechter van minder belang, omdat gratie in het voordeel van de veroordeelde werkt. In het administratieve procesrecht bestaat soms de mogelijkheid dat het bestuur bepaalt dat een uitspraak van een rechter in strijd is met het algemeen belang en daarom niet of slechts ten dele gevolg zal hebben¹⁴³. In dat geval kan compensatie door de toekenning van schadevergoeding (door de rechter toe te kennen) plaatsvinden. In het ambtenarenrecht kan de rechter de nietigheid voor gedekt verklaren onder eventuele toekenning van schadevergoeding¹⁴⁴.

Uit het volkenrecht vloeit een belangrijke beperking voort van de toegang tot de rechter wegens de aantasting van de gevolgen van de uitspraak die eruit kan voortvloeien. In de eerste plaats kan gewezen worden op de immuniteit van staten. In artikel 13a van de Wet algemene bepalingen is voorts bepaald dat de rechtsmacht van de rechter en de uitvoerbaarheid van rechterlijke vonnissen en authentieke akten beperkt worden door de uitzonderingen in het volkenrecht erkend.

143. Artikel 74 Wet Arbo. Deze regeling zal, omdat deze niet voldoet aan de eisen van artikel 6 van het Europese verdrag, worden gewijzigd.

144. Art. 48 Ambtenarenwet 1929.

In het eerste geval wordt rechtstreeks de toegang tot de rechter beperkt. In het kader van de Raad van Europa is de Europese overeenkomst inzake de immuniteit van staten tot stand gekomen¹⁴⁵. Deze overeenkomst beoogt een beperking van de immuniteit van staten te bewerkstelligen¹⁴⁶. Immuniteit kan ook voortvloeien uit de diplomatieke en consulaire immuniteit¹⁴⁷. In artikel 13, derde lid, van het Deurwaardersreglement is bepaald dat de Minister van Justitie aan de deurwaarder kan aanzeggen dat het doen van een exploit in strijd is met volkenrechtelijke verplichtingen van de staat. De deurwaarder is dan verplicht het exploit te weigeren¹⁴⁸.

Het is niet uitgesloten dat bij de executie van een vonnis met behulp van de sterke arm een ernstige verstoring van de openbare orde te vrezan is. De ontruiming van een kraakpand vormt hiervan een voorbeeld. Het is de vraag of aan de burgemeester de bevoegdheid toekomt eventueel af te zien van politieondersteuning op gronden aan het algemeen belang ontleend. Deze kwestie is nog niet uitgekristalliseerd. Het is niet ondenkbaar dat er bepaalde situaties zijn waarbij de dreiging van de verstoring van de openbare orde zo dringend is, dat afgezien moet worden van executie. In dat geval zou eventueel de staat aansprakelijk zijn voor de geleden schade¹⁴⁹.

Ten slotte wordt hier nog vermeld dat de executie van een rechterlijke uitspraak kan worden beperkt door het leerstuk van misbruik van omstandigheden¹⁵⁰.

5.5. De herleiding tot een aantal belangen

De bovenstaande verkenning van de beperkingen van de toegang tot de rechter in ons positieve recht heeft een tweetal belangrijke punten aan het licht gebracht. In de eerste plaats valt op dat de wijze waarop de toegang tot de rechter beperkt wordt, sterk kan verschillen: er is een groot aantal beperkingsmethoden die een verschillende werking kunnen hebben. Een aantal beperkingen leidt ertoe dat rechtssubjecten hoe dan ook geen toegang tot de rechter kunnen hebben, in andere gevallen is de toegang tot de rechter aan voorwaarden gebonden, dan wel qua effectiviteit beperkt, of is de toegang tot de rechter beperkt tot een bepaalde bijzondere rechter.

In de tweede plaats valt op dat er veel meer beperkingen zijn dan op het eerste gezicht aangenomen zou worden. Dit neemt niet weg dat in de regel rechtssubjecten rechtsgeschillen zonder essentiële hindering aan de rechter kunnen voorleggen. De belangrijkste beperkingen zijn te vinden in het administratieve recht

145. Trb. 1973, 43.

146. Memorie van toelichting bij de goedkeuring, Kamerstukken II, 17 485, nr. 3, p. 4; zie ook Ars Aequi 1985, p. 325.

147. Zie onder andere Trb. 1962, 101 en Trb. 1965, 40.

148. Vgl. P. van Heijnsbergen, Compendium van het volkenrecht, Deventer 1972, p. 73. Deze uitzondering raakt rechtstreeks de toegang tot de rechter.

149. Vgl. hierover: NJB 1980, p. 383-384 en C.W. Dubbink, Het verdwenen formulier van tenuitvoerlegging, NJB 1983, p. 46 e.v.

150. Bij voorbeeld Pres. Rb. Almelo 28 november 1979, NJ 1980, 421.

doordat enerzijds het beroep op de Kroon rechtspraak¹⁵¹ uitsluit en anderzijds de toegang tot de administratieve rechter beperkt is, zodat rechtssubjecten aangewezen zijn op een uitspraak van de gewone rechter; zoals eerder werd opgemerkt is in administratiefrechtelijke geschillen de rechtsgang voor de gewone rechter vaak minder adequaat.

In het volgende deel van dit hoofdstuk zullen de beperkingen van de toegang tot de rechter vanuit een andere invalshoek benaderd worden. Onderzocht zal worden tot welke algemene beginselen de bestaande beperkingen kunnen worden teruggebracht. Langs deze weg kan zicht gekregen worden op de belangen die een beperking van de toegang tot de rechter kunnen rechtvaardigen.

5.5.1. Het volkenrechtelijke belang

Een aantal beperkingen van de toegang tot de rechter strekt ertoe recht te doen aan de bijzondere aard van het volkenrechtelijke rechtsverkeer. In de eerste plaats valt te wijzen op de bijzondere status van verdragen en andere volkenrechtelijke rechtshandelingen. Het volkenrechtelijke rechtsverkeer verdraagt niet dat nationale rechters zonder meer de gelding van verdragen en andere rechtshandelingen zouden kunnen aantasten. In de tweede plaats is de soevereiniteit van staten te noemen. De onderwerping van de ene staat aan de rechtsmacht van een andere staat houdt een inbreuk in op deze soevereiniteit. In de derde plaats kan in het verlengde hiervan de diplomatieke en consulaire status genoemd worden van vertegenwoordigers van staten. Ten slotte kan het volkenrechtelijke rechtsverkeer geheimhouding van bepaalde rechtshandelingen noodzakelijk maken. In een aantal gevallen kan dit een beperking van de toegang tot de rechter meebrengen. Deze vier punten zullen hieronder nader besproken worden.

1. In artikel 120 Grondwet is bepaald dat de rechter niet treedt in de beoordeling van de grondwettigheid van verdragen. Deze toetsing zou formeel of materieel kunnen zijn: beide toetsingsvormen zijn niet toegestaan. Dat wil zeggen dat de rechter niet mag nagaan of aan de grondwettelijke procedurevoorschriften is voldaan (bij voorbeeld parlementaire goedkeuring), of dat er strijd is met bij voorbeeld de grondrechten in hoofdstuk 1 van de Grondwet. Dit toetsingsverbod sluit overigens niet uit dat de rechter verdragen toetst aan formeel dan wel materieel verdragsrecht. Te denken valt aan het Verdrag van Wenen en verdragen waarin grondrechten zijn gecodificeerd. Deze toetsing is in onze rechtsorde niet uitgesloten, hoewel de vraag kan rijzen of de eisen van het volkenrechtelijke rechtsverkeer zich niet verzetten tegen een eenzijdige beoordeling van volkenrechtelijke rechtshandelingen door organen van staten.

2. De gevolgen van de soevereiniteit van staten voor de toegang tot de rechter zijn volkenrechtelijk bepaald. De Nederlandse rechtsorde kan in deze niet eenzijdig bepalend zijn. In de regel wordt in verdragen bepaald in hoeverre de toegang tot de rechter beperkt wordt; eerder is de Europese Overeenkomst inzake de immuniteit

¹⁵¹. Na invoering van de Tijdelijke wet kroongeschillen zal hierin een voorlopige wijziging worden gebracht.

van staten besproken. Een teneur valt te bespeuren waarbij de immuniteit van staten beperkt wordt. In plaats van de absolute leer, waarbij vreemde staten steeds een aanspraak op immuniteit kunnen maken, krijgt de relatieve leer steeds meer betekenis. Het beroep op immuniteit is daarbij beperkt tot gedingen over handelingen verricht op grond van de publiekrechtelijke status van staten¹⁵². De Hoge Raad volgt de relatieve leer¹⁵³.

De soevereiniteit van vreemde staten kan zowel leiden tot een directe inperking van de rechtsmacht van de rechter, als tot het zonder gevolgen blijven van de uitspraak.

3. De strafrechtelijke immuniteit van diplomatieke en consulaire ambtenaren werkt in beginsel absoluut. Staten kunnen ad hoc afstand doen van deze immuniteit. In burgerlijke zaken geldt een beperkte onschendbaarheid, afhankelijk van de regeling in het verdragsrecht¹⁵⁴.

4. De geheimhouding vormt een onoverzichtelijke materie. In de eerste plaats kunnen geheime verdragen of afspraken gemaakt worden. Onder de Grondwet van voor 1983 was uitdrukkelijk geregeld dat geheime overeenkomsten buiten medewerking van het parlement tot stand kwamen¹⁵⁵. De Grondwet 1983 draagt deze materie ter regeling op aan de wetgever¹⁵⁶. In de tweede plaats kan het voorkomen dat publiekrechtelijke regelingen gelet op volkenrechtelijke belangen geheime overheidsbeschikkingen introduceren. Rechtsbescherming is dan niet mogelijk¹⁵⁷.

5.5.2. De machtenscheiding

Onder de noemer machtenscheiding wordt hier een aantal beperkingen van de toegang tot de rechter samengebracht die samenhangen met de verhouding tussen de hoogste staatsorganen. Het gaat daarbij om de onschendbaarheid van de Koning, de parlementaire immuniteit, de bijzondere positie van ministers en rechters en ten slotte de onschendbaarheid van de wet. Voor deze classificatie zijn weinig of geen aanknopingspunten in de literatuur te vinden¹⁵⁸. De immuniteit van leden van het parlement wordt in de regel als een op zichzelf staand fenomeen beschouwd¹⁵⁹. Toch kan worden gesteld dat de hierboven genoemde onderwerpen een duidelijke relatie met de theorie van de machtenscheiding hebben. Met name de strafrechtelijke vervolging kan een bedreiging voor het onafhankelijk functioneren van de leden van de belangrijke staatsorganen inhouden. De onschendbaarheid

152. Kamerstukken II, 17 485, nr. 3, p. 3.

153. HR 26 oktober 1973, NJ 1974, 361.

154. Vgl. Heijnsbergen, a.w. (noot 148), p. 120, nt. 9 en p. 124, nt. 2.

155. Art 62, aanhef en eerste lid, onder d en tweede lid.

156. Art. 91, tweede lid, delegatie is uitgesloten; add. artikelen XXI.

157. Art. 75 Kernenergiewet in samenhang met de artt. 2 en 3 Vrijstellingsbesluit landsverdediging Kernenergiewet.

158. R.H. de Vos van Steenwijk, Parlementaire immuniteit, in: H. Krabbe, Staatsrechtelijke opstellen, deel II, 's-Gravenhage 1927, p. 103; Maunz, Dürig, Grundgesetz-Kommentar, art. 20 en art. 46, J. Cadart, Institutions politiques et droit constitutionnel, deel I, Parijs 1980, p. 297 e.v.

159. Vgl. bij voorbeeld A.M. Donner, Handboek van het Nederlandse staatsrecht, Zwolle 1983, p. 373.

van de wet impliceert dat de rechter afgehouden wordt van een oordeel over de grondwettigheid van de wet in formele zin. Met dit toetsingsverbod wordt in Nederland de afgrenzing beoogd van de taak van de rechterlijke macht ten opzichte van die van de wetgevende macht.

1. De onschendbaarheid van de Koning gaat terug op de absolute monarchie, maar ook in de constitutionele monarchie brengt de bijzondere positie van de Koning mee dat een onbeperkte aansprakelijkheid in rechte niet steeds wenselijk is. Voorts moet worden vastgesteld dat historisch gezien de onschendbaarheid van de Koning een belangrijke weerslag heeft gehad op de versterking van de positie van de ministers. Het hoeft geen betoog dat de vorming van de parlementaire democratie en met de name de ontwikkeling van de verhouding tussen regering en parlement in de tweede helft van de vorige eeuw, in belangrijke mate bepaald is door de regel dat de Koning onschendbaar is, maar zijn ministers verantwoordelijk¹⁶⁰. De onschendbaarheid van de Koning vindt zowel in het strafrecht als in het privaatrecht toepassing¹⁶¹. Bovendien heeft de koninklijke onschendbaarheid een uitstraling op de leden van het koninklijke huis. Vanwege politieke verwikkelingen heeft deze materie nog geen regeling gevonden¹⁶².

2. Enerzijds geldt voor de minister (en de staatssecretaris) een bijzondere strafrechtelijke aansprakelijkheid, de zogenaamde strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid, die overigens van zeer geringe praktische betekenis is gebleken. Anderzijds is voor de kennisneming van strafvorderingen tegen ministers een bijzondere rechtsgang geïntroduceerd voor de Hoge Raad in eerste en enige instantie¹⁶³. Ingevolge artikel 71 van de Grondwet is de parlementaire immuniteit tevens van toepassing op ministers en staatssecretarissen; op dit punt is sprake van uitsluiting van de toegang tot de rechter. (Zie hierover punt 3.)

3. De parlementaire immuniteit geldt voor het in rechte vervolgen (strafrechtelijk) of aangesproken worden (privaatrechtelijk) voor hetgeen in de vergadering van de Staten-Generaal of van commissies daaruit is gezegd of daar schriftelijk is overgelegd. Keerzijde van de immuniteit is dat in de reglementen van orde bepalingen zijn opgenomen die beogen onjuist gedrag van kamerleden tegen te gaan. Deze immuniteit geldt ook op provinciaal niveau voor de Commissaris van de Koningin de gedeputeerden en de leden van provinciale staten en op gemeentelijk niveau voor raadsleden en de burgemeester.

4. De doorvoering van de machtscheiding behoeft niet per se samen te gaan met een toetsingsverbod van de wet aan de grondwet. Als voorbeeld van een andere opvatting kunnen worden genoemd de Verenigde Staten, de Bondsrepubliek Duitsland en Frankrijk. Dit neemt niet weg dat het toetsingsverbod inpasbaar is in de theorie van de machtscheiding. Hieronder zal echter blijken dat het toetsingsverbod ook gerelateerd kan worden aan de democratiegedachte.

160. Idem, p. 319 e.v.

161. P.J. Oud, Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden, deel I, Zwolle 1967, p. 226 e.v.

162. Donner, a.w. (noot 159), p. 321 e.v.

163. Artt. 438 e.v. Wetboek van Strafvordering.

5.5.3. Democratie

De beschrijving van de betekenis van de in ons constitutionele recht vastgelegde democratische besluitvorming vereist dat een aantal problemen in hun complexe samenhang besproken moet worden. Onderscheid kan worden gemaakt tussen rechtstreeks beroep tegen algemene normstelling enerzijds en controle van algemene normen bij wijze van exceptie anderzijds. In ons constitutionele recht is de exceptie van ongrondwettigheid van de wet in formele zin uitgesloten. Voorts is rechtstreeks beroep tegen algemene normstelling uitgesloten¹⁶⁴. De wet in formele zin kan hoe dan ook niet wegens schending van de Grondwet buiten toepassing worden gelaten. Andere algemene rechtsnormen kunnen buiten toepassing worden gelaten wanneer deze in strijd zijn met hoger recht. In dat geval is slechts de exceptie van onwettigheid mogelijk.

Eerder is al aandacht geschonken aan de verschuiving binnen onze overheidsorganisatie die zin, dat door de veranderende taak van de wetgever er veel meer sprake is van een democratisch bestuur dat door de wet, lagere wetgeving, overige besluiten van algemene strekking, beschikking en andere handelingen gestalte geeft aan het overheidsbeleid. De bijzondere waarde die toekomt aan de democratische besluitvorming komt tot uitdrukking in de bijzondere status van bepaalde handelingen van het democratische bestuur¹⁶⁵. Bij algemene normstelling blijkt dit uit de toetsingsverboden zoals die hiervoor zijn genoemd. Ook echter bij de benadering van bij voorbeeld besluiten van algemene strekking en beschikkingen is de bijzondere betekenis van het bestuurshandelen merkbaar. Besluiten van algemene strekking zijn soms uitgesloten van beroep, waardoor slechts de exceptie van onwettigheid kan worden toegepast. Dit is bij voorbeeld het geval bij het Arob-beroep dat beperkt is tot beschikkingen. Ook ten aanzien van beschikkingen gelden beperkingen van de rechterlijke controle, in die zin dat speciaal ten aanzien van vrije beschikkingen, bij voorbeeld in het milieurecht, geen rechtspraak is opengesteld, maar -vooralsnog- beroep op de Kroon als bestuursorgaan. De relatie van deze vorm van beroep tot de democratische besluitvorming is destijds door Struycken gelegd¹⁶⁶.

In het algemeen kan worden gezegd dat bestuurshandelingen op het punt van de toegang tot de rechter een bijzondere plaats hebben gekregen. Vanwege de lange discussie in deze eeuw over de inrichting van algemene administratiefrechtelijke rechtsbescherming is er een periode geweest waarin de gewone rechter noodgedwongen in het kader van de onrechtmatige overheidsdaad bestuurshandelingen beoordeeld heeft¹⁶⁷. Ondanks het feit dat de gewone rechter in deze tussenperiode rechtsbescherming heeft gegeven, moet worden vastgesteld dat de wetgever zeker niet de stap heeft willen zetten om de gewone rechter de rechtsmacht te geven

164. Als uitzonderingen gelden hierop de Ambtenarenwet 1929 en de Wet Arbo, in deze wetten is slechts beroep tegen algemeen verbindende voorschriften uitgesloten.

165. Zie over deze terminologie par. 4.3.16.

166. A.A.H. Struycken, *Administratie of rechter* in *Verzamelde werken*, eerste deel, Arnhem 1924.

167. Deze periode duurde totdat voor beschikkingen van de centrale overheid in 1964 de Wet-Bab werd ingevoerd en totdat voor beschikkingen van zowel de centrale overheid als van de lagere overheden in 1976 de Wet Arob ingevoerd werd.

rechtstreeks bestuurshandelingen te vernietigen. Bij de gewone rechter kan slechts de exceptie van onwettigheid ingeroepen worden. Met de invoering van administratieve rechtspraak is de taak van de rechter ten aanzien van bestuurshandelen veranderd, in die zin dat zich een gedeeltelijke verschuiving naar rechtstreeks beroep heeft voorgedaan.

Uit het voorstaande blijkt dat de handelingen van het democratische bestuur een bijzondere status hebben gekregen. Ten aanzien van algemene normstelling geldt dat deze geen voorwerp van rechtstreeks beroep op de rechter kunnen worden gemaakt. Ten aanzien van beschikkingen zijn bijzondere administratieve rechtsgangen ingevoerd, die elk specifieke beperkingen kennen.

Volledigheidshalve zij hier opgemerkt dat bij dit kenmerk van ons geldende publiekrecht nog een andere factor een rol kan hebben gespeeld. Ten aanzien van beschikkingen en andere concrete rechtshandelingen kan worden gesteld dat ervan uitgegaan kan worden dat het rechtssubject een rechtstreeks belang heeft. Bij algemene normstelling kan daaraan getwijfeld worden. Algemene normstelling is weliswaar bepalend voor de inhoud van de daarop gebaseerde rechtsbetrekking die zich in het bijzonder richt op een bepaald rechtssubject, doch de ontbrekende concretisering zou kunnen leiden tot de conclusie dat het rechtssubject (nog) geen direct belang heeft. Het ontbreken van rechtstreeks beroep tegen algemene normstelling zou op deze grond verdedigd kunnen worden. Bij deze benaderingswijze is er niet meer in overwegende mate een band aan te wijzen met de democratische besluitvorming. Tegelijkertijd moet echter geconstateerd worden dat op deze relativering van het belang van een rechtssubject bij een rechtstreeks beroep tegen algemene rechtsnormen veel af te dingen valt. Vanwege de rechtszekerheid zal het betrokken rechtssubject anticiperen op vastgestelde wetgeving. Wanneer slechts bij wijze van exceptie tegen de geldigheid van deze wetgeving opgekomen kan worden, kan alleen al vanwege het tijdsverloop schade ontstaan¹⁶⁸. In de regel kan in kort geding voor de gewone rechter een uitspraak over de geldigheid van de wetgeving gevraagd worden, al gebeurt dit slechts zelden. Het is onbevredigend dat deze aanvullende rechtsbescherming van de gewone rechter als een tweede rechtsgang moet worden gevolgd, terwijl het in de regel om administratiefrechtelijke normstelling zal gaan, waarvoor overigens een administratiefrechtelijke rechtsgang is ingericht.

Gelet op de eerder ontwikkelde visie op de verhouding tussen de rechter en het democratische bestuur kan betwijfeld worden of de beperkingen van de toegang tot de rechter die voortvloeien uit de democratische totstandkoming van overheidsbesluiten gerechtvaardigd zijn. Dit punt zal in het zevende hoofdstuk aan de orde worden gesteld.

5.5.4. Staatsveiligheid

Het belang van de staatsveiligheid kan aanleiding zijn bepaalde overheidshandelingen een geheim karakter toe te kennen. Dit houdt een feitelijke uitsluiting van

¹⁶⁸. De casus van het Pocketbook-arrest vormt een duidelijke illustratie van dit probleem: HR 24 januari 1969, NJ 316.

de toegang tot de rechter in. Bij het belang van de staatsveiligheid valt te denken aan de belangen van de landsverdediging en de daarmee samenhangende internationale contacten en afspraken. Voorbeelden van geheime overheidshandelingen zijn afspraken, geheime vergunningen of het af luisteren van telefoongesprekken.

Aangezien voor rechterlijke controle openbaarheid noodzakelijk is, is de toegang tot de rechter in beginsel onverenigbaar met geheimhouding. Eventueel is (beperkte) politieke controle mogelijk. Wel moet onderscheid gemaakt worden tussen preventieve en repressieve rechterlijke controle. De staatsveiligheid zal zich minder vaak verzetten tegen de laatste vorm van controle. Het tevens uitsluiten van deze controle kan in strijd komen met de eisen van artikel 6 van het Europese Verdrag¹⁶⁹. Aangetekend zij dat gelet op de aard van het te beschermen belang bij bijvoorbeeld een telefoon-tap repressieve rechtsbescherming voldoende feiten niet kan voorkomen.

5.5.5. Noodsituaties

Feitelijke noodsituaties, die eventueel tot nadere voorzieningen op grond van het noodrecht aanleiding geven, kunnen een beperking van de normale rechtspleging meebrengen. Eventueel kan het "meest gerede gezag" rechterlijke functies waarnemen. Op de overheid rust de verplichting weigering vast te stellen die waarborgt dat in te voorziene noodsituaties aanvaardbare aanpassingen in de rechtspleging plaatsvinden. Als voorbeeld kan worden genoemd de Noodwet rechtspleging, waarin ter zake voor het bestuur bevoegdheden zijn vastgelegd.

5.5.6. Het bestuursbelang

De betekenis van het bestuursbelang voor de toegang tot de rechter is meer-voudig. Onderscheid kan worden gemaakt tussen enerzijds een aantal kwesties van meer praktische aard, zoals beroepstemijnen, verplichte bezwarenprocedures, geheimhouding van stukken en de uitsluiting van beroep tegen voorbereidingshandelingen, en anderzijds de meer principiële vraag naar de status van de administratiefrechtelijke rechtsbescherming als zodanig.

De status van de administratiefrechtelijke rechtsbescherming wordt hier eerst besproken. Bij de behandeling van deze kwestie kunnen twee modellen als uitgangspunt gekozen worden. Deze modellen zijn ontleend aan de standpuntbepalingen in de vorige eeuw in ons land en de ons omringende landen ten aanzien van de rechtsbescherming tegen overheidshandelingen¹⁷⁰. In Groot-Brittannië is in beginsel gekozen voor rechtsbescherming tegen overheidshandelingen door de gewone rechter, veelal voorafgegaan door beroep op gespecialiseerde "administrative tribunals", terwijl in Frankrijk juist rechtsbescherming tegen overheidshandelingen door de gewone rechter werd uitgesloten. Dit laatste berustte op een voor Frankrijk specifieke in-

169. Zaak Klass, Publ. CEDU, Série A, vol. 28 (1979).

170. Vgl. I. Koopmans, Vergelijkend publiekrecht, Deventer 1978.

vulling van de theorie van de machtenscheiding¹⁷¹. In Frankrijk is aanvankelijk gekozen voor administratief beroep, terwijl later administratieve rechtspraak is geïntroduceerd. Voor Nederland kan niet worden gezegd dat een principiële keuze is gemaakt. Deels wordt rechtsbescherming door de gewone rechter geboden (overeenkomsten met de overheid, onrechtmatige overheidsdaad), deels treedt de gewone rechter op als administratieve rechter (belastingzaken, onteigening), voorts zijn er bijzondere administratieve rechters ingesteld (sociale verzekeringen, ambtenarenzaken, publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie) en is er een aanvullende algemene administratieve rechtsgang ingericht (Wet Arob). Ten slotte is voor een aantal terreinen van overheidszorg beroep op de Kroon ingesteld (milieurecht, planschade, bijstand). Het beroep op de Kroon is inmiddels in het arrest Benthem¹⁷² getoetst aan de criteria van artikel 6 van het Europese Verdrag en bovendien in de literatuur¹⁷³ ter discussie gesteld. Het beroep op de Kroon zal als vorm van administratiefrechtelijke rechtsbescherming sterk aan betekenis verliezen¹⁷⁴. Hier is slechts van belang vast te stellen dat aan het beroep op de Kroon een onuitgesproken veronderstelling ten grondslag ligt die van belang is voor de identificatie van het hier besproken bestuursbelang. Hoewel enerzijds het beroep op de Kroon verdedigd is met de stelling dat deze rechtsbescherming terzake van met name vrije bestuursbeslissingen beter zou voldoen¹⁷⁵, geldt immers anderzijds kennelijk dat het voor het bestuur een geruststellende gedachte is dat bestuurshandelen slechts door het bestuur zelf beoordeeld wordt, met als sluitstuk een contrair besluit. De discussie over de invoering van algemene administratieve rechtsbescherming ademt ook deze geest. Na lange discussie werd pas in 1964 de Wet Bab ingevoerd, waarbij een bestuursorgaan -de Kroon, gehoord de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State- op rechtmatigheidsgronden overheidsbeschikkingen mocht beoordelen. Een andere illustratie van deze gedachte kan gevonden worden in het gegeven dat de wetgever schoorvoetend steeds voor afzonderlijke rechtsgebieden administratieve rechtspraak mogelijk heeft gemaakt. De administratieve rechtsbescherming wordt in de regel als een "lappendeken" gekenschetst. Minder duidelijk wordt echter gesteld dat voor het bestuur voordelen verbonden zijn aan het ontbreken van algemene administratiefrechtelijke rechtsbescherming door een onafhankelijke rechter. Door Van der Hoeven is naar aanleiding van het tienjarig bestaan van de Wet Arob gesteld dat de vrees voor rechtelijke controle bij de Nederlandse administratie altijd een grote rol heeft gespeeld¹⁷⁶.

Het is de vraag of de afzonderlijke administratiefrechtelijke colleges voldoende gezag hebben om een volwaardige tegenkracht tegen het bestuur te vormen. Anders

171. M. Gidara, *La fonction administrative contentieuse*, Parijs 1972, p. 35 e.v.

172. AB 1986, 1, m.n. E.M.H. H.B.

173. E.M.H. Hirsch Ballin, Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse administratieve recht, *Handelingen N.J.V.* 1983, deel I, eerste stuk en Breninkmeijer a.w. (noot 10).

174. Bij voorbeeld in bijstandsgeschillen wordt overheveling naar een administratieve rechter overwogen, vgl. *Kamerstukken II*, 18 813, B, Nader rapport.

175. Vgl. o.a. Vereniging voor Milieurecht, a.w. (noot 135).

176. J. Van der Hoeven, *Beperkingen bevoegdheid Afdeling rechtspraak ineffectief en inefficient*, *Stcrt.* 1986, 123 ook in *Ervaring met tien jaar AROB*, Zwolle 1986, p. 27 e.v.

ligt dit met de positie van de gewone rechter, die vanwege de ruime competentie in strafgeschillen en burgerlijke geschillen en door de positie van de president in kort geding en van de Hoge Raad wellicht meer gezag heeft bij het doen van voor de overheid onwelgevallige uitspraken¹⁷⁷.

De Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie heeft voorgesteld te komen tot integratie van alle vormen van rechtspraak. Deze voorstellen zijn niet onverdeeld gunstig ontvangen. De vraag kan rijzen of het bestuur niet een zo grote concentratie van rechtsprekende macht afschrikwekkend vindt. Het probleem is dat de discussie hierover niet expliciet gevoerd wordt. De financiële bezwaren die eventueel aan een dergelijke reorganisatie verbonden zijn, zouden de discussie over dit principiële punt ten onrechte kunnen verhullen. Dit punt raakt rechtstreeks de eerder ontwikkelde visie op de verhouding tussen rechter en democratisch bestuur. Ook dit punt zal daarom in het zevende hoofdstuk nader aan de orde komen.

Eerder is al gewezen op het principiële verschil tussen de gevolgen van de uitspraken van administratieve rechters enerzijds en de gewone rechter anderzijds bij de beoordeling van bestuurshandelingen. De administratieve rechter is bevoegd bestuurshandelingen rechtstreeks te vernietigen. Hiermee wordt in de regel het voor het rechtssubject meest bevredigende rechtsgevolg in het leven geroepen. Bij de beoordeling door de gewone rechter in het kader van artikel 1401 BW staat de tot schadevergoeding verplichtende onrechtmatigheid van de overheidshandeling ter beoordeling. Dit verschil is essentieel voor de administratiefrechtelijke rechtsbescherming en hangt samen met het eerder beschreven gegeven, dat de overheid beschikt over het "privilège du préalable"¹⁷⁸. Uitgaande van het beginsel van de toegang tot de rechter zou kunnen worden gesteld dat in beginsel iedere bestuurs-handeling -en onder verwijzing naar de paragraaf over democratie, zowel algemene als bijzondere normstelling- rechtstreeks voor vernietiging door de rechter vatbaar moet zijn. Afwijking van dit uitgangspunt houdt een beperking van de toegang tot de rechter in, die nadere verantwoording behoeft. Een simpele verwijzing naar de aanvullende rechtsbescherming van de gewone rechter die de lappendeken van de Nederlandse administratiefrechtelijke rechtsbescherming zal bijlappen, treft daarom geen doel. De macht van het bestuur die besloten ligt in het "privilège du préalable" vereist adequate rechtsbescherming.

Afgezien van deze principiële stellingname ten aanzien van de toegang tot de rechter in het administratieve recht in het algemeen, kan worden gesteld dat het bestuursbelang tevens bescherming kan vinden in de inrichting van bijzonder procesrecht en bijzonder materieel recht voor bepaalde rechtsgebieden. In de inleiding tot deze paragraaf zijn als voorbeelden genoemd beroepstermijnen, verplichte bezwarenprocedures, geheimhouding en de uitsluiting van beroep tegen voorbereidings-handelingen. Deze voorbeelden betreffen alleen het procesrecht. Uit het materiele recht vloeit een belangrijke bescherming van het bestuursbelang voort in de vorm

177. Als voorbeelden kunnen worden genoemd de uitspraak van de president van de rechtbank inzake het uitblijven van gelijke behandeling van vrouwen en mannen in de WWV (Pres. Rb. 's-Gravenhage 17 januari 1985, NJ 262) en de mogelijkheid dat de gewone rechter een uitspraak doet over de plaatsing van kruisraketten.

178. Zie par. 3.5.2.

van het toekennen van discretionaire bevoegdheden. Teneinde de slagvaardigheid van het bestuur te vergroten en een betere afstemming op de bestuurspraktijk mogelijk te maken is in de loop van deze eeuw op steeds breder terrein aan het bestuur een eigen beoordelingsruimte toegekend. Het gevolg voor de toegang tot de rechter van het toekennen van discretionaire bevoegdheden is noodzakelijkerwijs niet formeel maar ook materieel¹⁷⁹ bepaald in de regel zal de rechter zijn toetsing beperken tot een marginale. Gelet op de meer formele benadering van de toegang tot de rechter in deze studie valt dit punt buiten de orde. Inzake de samenhang tussen formeel en materieel recht zijn er echter nog andere voorbeelden te noemen. In het sociaal verzekeringsrecht bij voorbeeld is in het materiële recht bepaald op welke punten het bestuur verplicht is een voor beroep vatbare beslissing te nemen. Slechts tegen de voor beroep vatbare beslissing staat beroep open op de beroepsrechter. Dit impliceert dat voor zover geen verplichting bestaat een voor beroep vatbare beslissing af te geven het bestuur in de wetenschap verkeert dat beroep niet mogelijk is. Dit doet zich onder andere voor terzake van het uitblijven van een beslissing, maar ook terzake van meer praktische beslissingen als bij voorbeeld de toestemming om op vakantie te gaan tijdens een uitkeringsperiode.

Het bestuursbelang kan leiden tot uitsluiting van de toegang tot de rechter en tot regulering van de toegang van de rechter. Afzonderlijk wordt hier genoemd de mogelijkheid de gevolgen van de uitspraak aan te tasten, omdat hierbij expliciet het algemene belang (=bestuursbelang) in de wet genoemd kan zijn¹⁸⁰. Het is zeer de vraag of deze bepaling verenigbaar is met artikel 6 van het Europese Verdrag.

5.5.7. Het belang van een goede procesorde

Het begrip goede procesorde blijkt in de jurisprudentie geen vastomlijnde inhoud te hebben¹⁸¹. Onder dit begrip kunnen worden samengebracht een aantal beperkingen van de toegang tot de rechter zoals deze in het procesrecht expliciet tot uitdrukking zijn gebracht. Twee categorieën belangen zijn hier te onderscheiden. In de eerste plaats het belang van partijen in het geding bij een zorgvuldige afwikkeling van de procedure als zodanig binnen redelijke termijn. In de tweede plaats het algemene belang dat gemoed is met efficiënte procesvoering. Het belang van een goede procesorde kan zowel leiden tot uitsluiting van de toegang tot de rechter als tot regulering van de toegang tot de rechter. In het eerste geval kan gedacht worden aan het uitsluiten van beroep tegen bepaalde handelingen van rechters. Zij bewaken de procesorde en nemen in dat kader sturende beslissingen. Afzonderlijk beroep daartegen zou de procesorde kunnen verstoren. De regulering van de procesorde kan op velerlei verschillende manieren plaatsvinden: termijnen, vormvoorschriften en bij voorbeeld de verplichting om medewerking te verlenen aan onderzoek op straffe van niet-ontvankelijkheid.

179. Vgl. E.M.H. Hirsch Ballin, *Recht op beleidsregels en beleidsregels als recht*, *Ars aequi* 1986, p. 493 e.v.

180. Art. 74 Wet Arbo.

181. J. Ten Berg-Koolen, *De goede procesorde in het burgerlijk-procesrecht*, *NJB* 1986, p. 113 e.v.

Naast de in de wet genoemde uitsluitingen of gegeven regulering van de toegang tot de rechter kan uit de jurisprudentie een beperking van de toegang tot de rechter voortvloeien. Een afzonderlijke inventarisatie daarvan is elders reeds ver- richt¹⁸².

5.5.8. Partijautonomie

De zelfstandige positie van deelnemers aan het rechtsverkeer, in het bijzonder in het contractenrecht, heeft met name in het burgerlijke proces gevolgen voor de toegang tot de rechter. Voor zover bij overeenkomst beschikt wordt over het recht op toegang tot een andere rechter dan de burgerlijke rechter, bij voorbeeld in het strafrecht (het niet indienen van een klacht wogens niet-vervolgung) of het administratieve recht (het afzien van derdenberoep), is de rechter niet gebonden aan deze overeenkomst. Anders ligt dit in het burgerlijke recht. Voor zover bij overeenkomst arbitrage is voorzien of de betrekking is vastgelegd in de vorm van een gentlemen's agreement, kan de rechter in beginsel geen kennis meer nemen van het geschil. Daarnaast zijn bij de inventarisatie in het vorige deel van dit hoofdstuk bij voorbeeld de afstand van instantie, alsmede prorogatie van rechtsmacht en sprongcassatie genoemd.

5.5.9. Het verkeersbelang

Het belang van een goede loop van het rechtsverkeer kan meebrengen dat de toegang tot de rechter nader wordt gereguleerd. Als algemene grondslagen kunnen genoemd worden de rechtszekerheid en het vertrouwen. Zolang een actie mogelijk is, staat in rechte niet vast dat een bepaalde rechtshandeling (of eventueel een feitelijke handeling) juist is en wat de rechtens geldende inhoud van de rechtsbetrekking is. Deze onzekerheid kan een storende uitwerking hebben op het rechtsverkeer. Het stellen van termijnen kan hierbij soelaas bieden. Voorts kan door toepassing van het leerstuk van rechtsverwerking oplossing geboden worden.

Omgekeerd kan de feitelijke uitsluiting van de toegang tot de rechter door in beperkte mate eigenrichting toe te laten, niet per se noodzakelijke tussenkomst van de rechter uitgesloten worden. Ook op deze wijze kan het verkeersbelang ge- diend worden.

5.5.10. Het economische belang

De rechtspleging door de overheidsrechter legt beslag op de geldelijke middelen van de overheid. De kosten van de rechterlijke organisatie en van de rechtshulp, alsmede de kosten van het bestuur die gemoeid zijn met het voeren van een procedure tegen de overheid drukken op de begroting van het Ministerie van Justitie en voor wat betreft de laatste kostenpost op de budgetten van de betrokken overheids-

¹⁸². Verwezen zij naar de inventarisatie van Ien Berge-Koolen die in de vorige noot werd genoemd.

organen. Vanwege de schaarste van de geldmiddelen rijst een allocatieprobleem. De inspanning die de overheid zich getroost om de toegang tot de rechter op een redelijk niveau te handhaven zullen noch zo beperkt mogen zijn dat reële rechtsbescherming inoefelijk of onmogelijk is, noch zo omvangrijk dat de overheid op andere terreinen van overheidszorg te kort schiet. Gelet op de dynamiek in de economische ontwikkeling is de keuze die wordt gemaakt voor een bepaald niveau van de kosten van de rechtsbescherming in sterke mate door de -hier en nu- bestaande omstandigheden bepaald.

Het is van belang vast te stellen dat het hier genoemde economische belang gewogen moet worden tegen het belang van de rechtsbescherming in de democratische rechtsstaat. Het budget voor de rechtspleging en de rechtshulp wordt in het politieke krachtenspel bepaald. De rechter kan hierop geen invloed uitoefenen. Daar staat tegenover dat er rechtsnormen gelden waarin rechtsbescherming op een redelijk niveau is voorgeschreven, bij voorbeeld artikel 6 van het Europees Verdrag en artikel 14 van het Internationale Verdrag. Het economische belang en het belang van een goede rechtspleging zijn van een volstrekt verschillende aard. Vandaar dat de afweging van deze belangen een netelig vraagstuk vormt. Dit onderwerp zal daarom in het zevende hoofdstuk aan de orde worden gesteld.

5.6. Knelpunten

Ter afronding van dit hoofdstuk zal een aantal knelpunten in verband met de toegang tot de rechter geïnventariseerd worden. Deze knelpunten zullen in het zevende hoofdstuk nader aan de orde worden gesteld. Alvorens echter op deze concrete onderwerpen wordt ingegaan, zal in het zesde hoofdstuk het recht op toegang tot de rechter als grondrecht verkend worden. Daardoor wordt een nader beoordelingskader voor deze knelpunten geschapen.

Uit de inventarisatie van de beperkingen van de toegang tot de rechter en de herleiding daarvan tot meer algemene beperkingsgronden in de voorgaande paragrafen blijkt dat een belangrijk aantal beperkingen van de toegang tot de rechter weinig problematisch is. Over het algemeen kan worden gesteld dat zowel in het privaatrecht als in het strafrecht de toegang tot de rechter ruim geregeld is. Ten aanzien van deze rechtsgebieden kan worden gesteld dat geen van de genoemde belangen tot een principieel ernstige beperking van de toegang tot de rechter aanleiding heeft gegeven. Een uitzondering wordt gevormd door het economische belang, dat de rechtsbescherming in alle rechtsgebieden raakt. Zowel de bezetting van rechterlijke colleges als de financiering van de rechtshulp leggen beslag op de overheidsfinancien. Beide punten vragen uit het oogpunt van de toegang tot de rechter aandacht. In het strafrecht is deze kwestie actueel geworden door de voorstellen terzake van de vereenvoudiging van de afdoening van verkeersovertredingen. De bezuiniging op de kosten van de rechtspleging vormt hierbij een belangrijk oogmerk.

Voorts kan worden gesteld dat het complex van eerder besproken belangen -democratie, bestuursbelang en economische belangen- met name ten aanzien van

het administratieve recht nadere aandacht vraagt. De administratiefrechtelijke rechtsbescherming is in Nederland niet goed geregeld. Als reactie op het arrest Benthem zal het beroep op de Kroon moeten worden heroverwogen. Voorts is het beroep op de rechter in het administratieve recht vrijwel beperkt tot beroep tegen beschikkingen. Voorts ontbreekt constitutioneel toetsingsrecht. Er zijn vele lacunes in de administratiefrechtelijke rechtsbescherming die samenhangen met de verbrokkelde regeling van het procesrecht. Niet ten aanzien van alle overheidshandelingen is een voorziening op korte termijn in de wet voorzien. In het algemeen kan worden gesteld dat de administratieve rechter aanknopingspunten mist om door uitleg van de geldende competentieregelingen in te spelen op de gegroeide behoefte aan rechtsbescherming in het administratieve recht. De Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie heeft een radicale oplossing voor een belangrijk aantal knelpunten voorgesteld door te kiezen voor integratie van alle afzonderlijke vormen van rechtsbescherming in één rechterlijke organisatie. De realisering van deze voorstellen dreigt af te stuiten op economische bezwaren: een dergelijke reorganisatie zou te veel geld kosten.

Er dreigt in deze situatie een pat-stelling te ontstaan. De uitbreiding van de toegang tot de rechter is afhankelijk van democratische besluitvorming. Op dit niveau vindt ook de afweging plaats tussen het economische belang en het belang van een goede rechtsbescherming. Juist op dit punt vraagt de eerder ontwikkelde visie op de verhouding tussen de rechter en het democratische bestuur aandacht. Is het juist dat alléén het democratische bestuur beslist over de omvang van de toegang tot de rechter? Of is het noodzakelijk dat er op dit punt ruimte is voor concurrente besluitvorming door zowel het democratische bestuur als de rechter? Bij de bespreking van het economische belang is reeds aangegeven dat hier een moeilijk knelpunt ligt. Het is juist dat het democratische bestuur de geldmiddelen van de overheid beheert en in dat kader de omvang van de toegang tot de rechter bewaakt. Anderzijds schept bij voorbeeld artikel 6 van het Europees Verdrag juridische verplichtingen terzake. Juist in deze tegenstelling komt de confrontatie tussen politieke besluitvorming en besluitvorming door de rechter op grond van rechtsnormen naar voren.

6 HET RECHT OP TOEGANG TOT DE RECHTER ALS GRONDRECHT

6.1. Inleiding

Er is geen algemeen aanvaarde definitie van het begrip grondrecht. Grondrechten zijn het resultaat van de historische ontwikkeling van de westerse staten. In zekere zin geldt zelfs dat het begrip grondrecht inherent is aan een ontwikkeld staatsbegrip, in die zin dat gesteld kan worden dat het doel van de staat nu juist de bescherming van het individu en zijn rechten is. Een andere benadering heeft echter ook opgeld gedaan: de grondrechten vormen rechten van het individu tegen de staat; zij creëren een staatsvrije sfeer¹. Beide benaderingen blijken elkaar, ondanks de schijnbare tegenstelling die erin besloten ligt, niet uit te sluiten. Naar de huidige stand van zaken kan zowel worden gesteld dat de grondrechten de individuele rechten van de leden van een democratische rechtsgemeenschap waarborgen, als dat zij het fundament vormen voor een staatsstructuur waarin de vrijheid van het individu bevorderd wordt. In historisch perspectief wordt begrijpelijk dat de tegenstelling tussen rechten tegenover de staat en rechten in de staat slechts schijnbaar is. De strijd tegen overheersing heeft op bepaalde momenten geleid tot de formulering van individuele rechten tegen de staat, terwijl op andere momenten met de inrichting van de staat als zodanig gestalte is gegeven aan de vrijheden van de individuele leden van de rechtsgemeenschap. De "Déclaration des droits de l'homme et du citoyen" houdt niet alleen de vastlegging van preconstitutionele rechten in, doch vormt tevens de grondslag voor de staatsinrichting van de Franse staat sinds de Franse revolutie. Pas na de Tweede Wereldoorlog is -mede als reactie op de verschrikking daarvan- in een aantal internationale verdragen in het bijzonder aandacht geschonken aan de bescherming van de grondrechten. De tegenstelling tussen beide benaderingswijzen tekent thans nog de Oost-West verhoudingen, in die zin dat in het westerse denken de individuele rechten tegenover de staat meer prevaleren, terwijl in de communistische benadering de economische vrijheid van de arbeidersklasse in de staat meer voorop staat. Hoewel deze tegenstelling op mondiaal niveau

1. A.M. Donner, Handboek van het Nederlandse staatsrecht, Zwolle 1983, p. 212 e.v.

nog niet is opgelost², kan voor de meeste westerse staten worden gesteld dat deze tegenstelling in die zin is opgeheven dat de grondrechten -afhankelijk van de inhoud van het grondrecht- zowel betekenis kunnen hebben voor de vrijheid van het individu tegenover de staat als de vrijheid van het individu in de staat. Als voorbeeld kan worden genoemd de vrijheid van meningsuiting. Op het eerste gezicht betreft het hier louter een vrijheid van het individu tegenover de staat. Tegelijkertijd moet echter worden geconstateerd dat de vrijheid van meningsuiting een noodzakelijke voorwaarde vormt voor de werking van de democratische bestuursvorm, waardoor de vrijheid van het individu in de staat is gewaarborgd. Deze twee dimensies van de vrijheid van meningsuiting worden weerspiegeld in enerzijds de vergaande staatsonthouding die in de jurisprudentie is vastgelegd ten aanzien van de verspreiding van drukwerk, en anderzijds de overheersende overheidsinvloed op de elektronische media³.

Globaal kan worden gesteld dat de realisering van grondrechten in meerdere of mindere mate zowel de handhaving van individuele rechten als de vestiging van institutionele waarborgen vergt. Zo omvat het kiesrecht (art. 4 Grondwet) niet alleen het actieve en passieve individuele kiesrecht, maar tevens de -niet als grondrecht in de Grondwet erkende- institutionalisering van vertegenwoordigende organen alsmede de vaststelling van hun bevoegdheden. Het recht op toegang tot de rechter zoals dit in internationale verdragen is vastgelegd, is in belangrijke mate als een individueel recht gepositieerd. De institutionele waarborgen worden meer verondersteld, bij voorbeeld in artikel 6 van het Europees Verdrag, waarin de toegang tot "een onafhankelijke rechterlijke instantie, welke bij de wet is ingesteld", wordt gegarandeerd. In onze Grondwet zijn de institutionele waarborgen in verband met de toegang tot de rechter zeker niet als individuele rechten vastgelegd. Slechts het recht op rechtsbijstand en het ius de non evocando zijn als individuele rechten vastgelegd.

Aan de hand van deze eerste verkenning kan worden opgemerkt dat het de vraag is of "het recht op toegang tot de rechter" als complex van individuele rechten en institutionele waarborgen als grondrecht aangemerkt kan worden. Bij een nadere verkenning van deze vraag kan een formele en een materiele benadering gekozen worden. De formele benadering heeft als uitgangspunt dat de erkenning van een recht als grondrecht bepaalde rechtsgevolgen teweeg brengt⁴. Deze benadering is echter weinig vruchtbaar, omdat aan deze erkenning naar Nederlands recht

2. Het is opmerkelijk dat de -mogelijkerwijs vermeende- dreiging die voortvloeit uit de in het historisch materialisme voorspelde ondergang van de kapitalistische overheersing, en die in zekere zin de grondslag vormde voor de bewapeningswedloop, van westerse zijde "gepareerd" wordt met een beroep op de eerbiediging van de grondrechten in de oostbloklanden.

3. Vgl. A.F.M. Brenninkmeijer, Van drukpersvrijheid tot informatievrijheid (artikel 1.7.), in Grondrechten, commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet, Nijmegen 1982, p. 167 e.v. en idem, Viewdata en teletekst, Ars Aequi 1983, p. 180 e.v.

4. Vgl. de relativering die Donner geeft van de plaatsing van alle grondrechten in het eerste hoofdstuk van onze Grondwet, A.M. Donner, a.w. (noot 1), p. 189 e.v.

geen rechtsgevolgen verbonden zijn⁵. De Nederlandse rechter kan lagere wetgeving eventueel ook toetsen aan "individuele rechten" die niet in het eerste hoofdstuk van onze Grondwet zijn erkend. Slechts opname in een internationaal verdrag kan bijzondere betekenis hebben, maar dit geldt evenzeer voor andere rechtstreeks werkende verdragsbepalingen. De materiële benadering gaat uit van de bijzondere betekenis van grondrechten voor een constitutionele ordening. Geconstateerd moet worden dat in de materiële benadering het juist niet voorkomen van bepaalde rechten in de grondrechtencatalogus in de Grondwet ook betekenis krijgt. In de materiële benadering zouden met name de institutionele waarborgen in verband met de toegang tot de rechter niet als grondrecht kunnen worden aangemerkt⁶. Gelet op de aard van de aan het slot van het vorige hoofdstuk geconstateerde knelpunten -het bestuursbelang, het democratische belang en financiële belangen- is het waarschijnlijk dat juist de institutionele waarborgen van grote betekenis zijn voor de inhoud van het recht op toegang tot de rechter.

In dit hoofdstuk zal worden toegelicht waarom en in hoeverre de benadering van de toegang tot de rechter als grondrecht zinvol is. Daarbij zal bijzondere aandacht geschonken worden aan de beperking van grondrechten en de handhaving ervan. Vervolgens zullen de beperkingsgronden die in het vorige hoofdstuk geïnterpreteerd zijn, nader beschouwd worden. Ten slotte zal aandacht geschonken worden aan de vraag of de codificatie van het recht op toegang tot de rechter in onze Grondwet zinvol is.

6.2. Algemene aspecten van grondrechten

In de volgende paragrafen zal aan de hand van een aantal algemene aspecten van grondrechten de vraag beantwoord worden waarom het recht op toegang tot de rechter als grondrecht kan worden beschouwd. De volgende aspecten komen daarbij aan de orde: het recht op toegang tot de rechter als fundamenteel recht en als open rechtsnorm; het recht op toegang tot de rechter als politiek keuzeprobleem, de juridische vormgeving van grondrechten, het recht op toegang tot de rechter als individueel recht en ten slotte het kernpunt: de toegang tot de rechter in de democratische rechtsstaat.

5. A.M. Donner, Grondrechten als constitutionele rechten, in Speculum Langemeijer, Zwolle 1973, p. 19 e.v.

6. A. Bleckmann, geeft in Allgemeine Grundrechtslehren, Keulen, Berlijn, Bonn, München 1979, op p. 41 e.v. een beschrijving van deze materiële benadering, waarbij mede de institutionele waarborgen omvat zouden moeten zijn "In diesem Sinne müssen die Grundrechte definiert werden als alle objektiven Verfassungsnormen, welche das Verhältnis der Individuen zum Staat regeln." Het probleem schuilt bij deze definitie in het individuele van de verhouding tot de staat. Een aantal institutionele waarborgen, bij voorbeeld de inrichting van een rechterlijke macht, betreft geen individuele rechten doch veel meer rechten van de collectiviteit.

6.2.1. Fundamenteel recht

Het recht op toegang tot de rechter kan als een fundamenteel recht beschouwd worden. De strekking van deze uitspraak is deze, dat te midden van alle rechten die rechtssubjecten in een rechtsorde hebben, het recht op toegang tot de rechter -evenals andere grondrechten- een bijzondere plaats inneemt. Deze bijzondere plaats van grondrechten in onze rechtsorde in het algemeen blijkt in de eerste plaats uit de opname ervan in het eerste hoofdstuk van onze Grondwet en in speciale verdragen. Een rechtsorde waarin zo'n fundamenteel recht niet wordt erkend, schiet tekort, zo wordt een rechtsorde waarin bij voorbeeld de vrijheid van meningsuiting niet erkend is, in het westerse cultuurpatroon als afwijkend en onvolwaardig aangemerkt. Voor het recht op toegang tot de rechter geldt dit wellicht zelfs in versterkte mate. De gelding van het recht in de rechtsorde is door de toegang tot de rechter niet meer afhankelijk van de uitoefening van fysieke macht door het bestuur men kan via de rechter een bindende uitspraak verkrijgen over de gelding van rechtsaanspraken. En juist de gelding van de aanspraken die uit grondrechten voortvloeien is afhankelijk van de mogelijkheid een oordeel van de rechter daarover te vragen. Daarom kan het recht op toegang tot de rechter bij uitstek als fundamenteel recht -en daarmee als grondrecht- geïdentificeerd worden.

6.2.2. Het recht op toegang tot de rechter als open rechtsnorm

Een ander kenmerk van grondrechten is dat het gaat om open rechtsnormen die met de verdere ontwikkeling van de rechtsorde steeds om hernieuwde of aangepaste invulling vragen⁷. De actuele betekenis van de vrijheid van meningsuiting moet bij voorbeeld opnieuw bepaald worden nu nieuwe mediatechnieken hun intrede doen⁸. Bij het recht op toegang tot de rechter ligt dit niet anders. Dit recht is weliswaar als abstracte norm voor onbepaalde tijd vast te leggen, doch de uitwerking ervan in de rechtsorde is meer hier en nu bepaald. Bij voorbeeld met de emancipatie van bepaalde bevolkingsgroepen rees de vraag welke consequenties deze ontwikkelingen moesten hebben voor het recht op toegang tot de rechter. Ook hier blijkt dat het recht op toegang tot de rechter een vrij dominante rol vervult. Juist de mogelijkheid om rechten die voor de emancipatie van belang zijn af te dwingen voor de rechter heeft mede als stuwende kracht bij de emancipatie gewerkt. Een ander voorbeeld kan gevonden worden in de consequenties van de groeiende complexiteit van de samenleving in de loop van deze eeuw voor de rechtspleging⁹. Hieruit blijkt dat noch de inrichting van onze rechterlijke organisatie, noch de inrichting van ons procesrecht als een vast en onveranderbaar gegeven beschouwd kan worden.

In het algemeen kan worden gesteld dat grondrechten zeer sterk betrokken

7. J. van der Hoeven, De plaats van de Grondwet in ons constitutionele recht, Zwolle 1958, p. 205 e.v.

8. A.F.M. Brenninkmeijer, a.w. (noot 3), p. 188 e.v. en A.F.M. Brenninkmeijer, Viewdata en teletekst, Ars aequi 1983, p. 180 e.v.

9. Zie par. 4.4.3.

zijn op de samenleving en de rechtsorde als juridisch kader daarvan. De uitwerking van grondrechten in de actuele maatschappelijke context is in belangrijke mate bepalend voor het karakter van de samenleving¹⁰. Ook hier blijkt het bijzondere karakter van het recht op toegang tot de rechter. De bepaling van de actuele inhoud van grondrechten is immers mede afhankelijk van rechtsvinding door de rechter.

6.2.3. Het recht op toegang tot de rechter als politiek probleem

Juist de sterke betrokkenheid van grondrechten op de samenleving impliceert dat bij de actualisering ervan politiek bepaalde keuzes gemaakt moeten worden. Enerzijds worden deze politieke keuzes begrensd doordat grondrechten in principe niet aangetast mogen worden. Anderzijds zijn grondrechten als open rechtsnormen niet volledig prescriptief ten aanzien van de wijze waarop aan het grondrecht gestalte wordt gegeven. De meeste grondrechten zijn voor hun gelding afhankelijk van nadere regelgeving bij wet. Voor sommige grondrechten is wettelijke regeling zelfs een geldingsvereiste. Het recht op toegang tot de rechter vormt hierop geen uitzondering. Voor de effectuering ervan is wetgeving betreffende de rechterlijke organisatie en het procesrecht vereist. Daarnaast moeten geldelijke middelen beschikbaar worden gesteld om de rechterlijke organisatie te laten functioneren en om rechtshulp te financieren. De keuzemogelijkheden die aanwezig zijn bij de actualisering van het recht op toegang tot de rechter en de daarmee samenhangende budgettaire aspecten geven aan dat primair op politiek niveau besluitvorming plaats moet vinden. Daarmee is echter niet het laatste woord gesproken. De politieke keuzebepaling is niet alléén bepalend voor de wijze waarop het grondrecht gerealiseerd wordt. En juist daarin ligt het bijzondere karakter van grondrechten. enerzijds belangrijk beïnvloed door politieke besluitvorming, anderzijds echter juist grensbepaling van de politieke keuzevrijheid door de inhoud van het grondrecht.

6.2.4. Juridische vormgeving

Grondrechten onderscheiden zich ook door hun juridische vormgeving van andere rechten. Dit blijkt primair uit de wijze van codificatie van grondrechten, maar voorts ook uit de benaderingswijze in rechtspraak en literatuur van grondrechten. Met name het met betrekking tot grondrechten ontwikkelde -en zich verder ontwikkelend- begrippenapparaat is hier van belang. Met de opzet van deze studie is als het ware gepreludeerd op de mogelijkheid om de juridische dogmatiek met betrekking tot de grondrechten op het recht op toegang tot de rechter toe te passen. Hieronder zal een aantal aspecten van de juridische vormgeving van grondrechten aan de orde worden gesteld, waarbij steeds nagegaan zal worden welke betekenis deze hebben voor de toegang tot de rechter. Het is van belang vooraf vast te

10. Vgl. J.R.A. Verwoerd en E.R. Blankenburg, Beroep op de rechter als laatste remedie?, enkele vergelijkingen tussen de rechtsstructuren in Nederland en de West-Duitse deelstaat Nordrhein-Westfalen, NJB 1986, p. 1045.

stellen dat ieder grondrecht -ondanks de gemeenschappelijke noemer "grondrecht"- zijn eigen juridische hoedanigheid heeft. Aan de hand van de hier te bespreken aspecten kan de eigen hoedanigheid van het recht op toegang tot de rechter nader beschreven worden. Achtereenvolgens komen aan de orde: de codificatie; klassieke en sociale grondrechten; algemene en bijzondere beperkingen van grondrechten en de clausulering van de beperking van grondrechten.

6.2.5. Codificatie

Door de wijze van codificeren van grondrechten wordt de bijzondere plaats ervan in onze rechtsorde vastgelegd. Bij de herziening van de Grondwet in 1983 is een belangrijk aantal grondrechten in het eerste hoofdstuk gecodificeerd. In een aantal verdragen zijn voorts grondrechten gecodificeerd. Voor zover deze grondrechten een ruimere betekenis hebben dan die in de Grondwet geformuleerd zijn, werken ze aanvullend op het nationale recht. Ten slotte is het ook mogelijk dat grondrechten in gewone wetgeving zijn uitgewerkt¹¹. In het derde hoofdstuk is al nagegaan op welke wijze het recht op toegang tot de rechter in het positieve recht gecodificeerd is. Met de wijze van codificeren van grondrechten is nauw verbonden de manier waarop een grondrecht in onze rechtsorde afdwingbaar is. Plaatsing van een grondrecht in een verdrag impliceert dat -voor zover het gaat om bepalingen die een ieder rechtstreeks kunnen verbinden, de rechter nationale wettelijke bepalingen, inclusief de wet in formele zin, buiten toepassing mag laten wegens strijd met deze grondrechten. Bovendien kan in het verdragsrecht voorzien zijn in bijzondere vormen van afdwinging¹², zoals bij voorbeeld in het Europese Verdrag het individuele klachtenrecht. Opname in de Grondwet houdt enerzijds de constitutioneelrechtelijke erkenning van een grondrecht in, anderzijds is toetsing van de wet in formele zin door de rechter en andere overheidsorganen¹³ uitgesloten. De toetsing die desondanks mogelijk blijft (lagere wetgeving), is afhankelijk van de aard van het grondrecht, namelijk die van "rechtstreeks" werkend (de meeste klassieke grondrechten) of "niet-rechtstreeks" werkend (de meeste sociale grondrechten) grondrecht. Dit onderscheid zal hierna aan de orde komen.

6.2.6. Klassieke en sociale grondrechten

Het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten vloeit voort uit het verschil in werking van beide soorten grondrechten. Klassieke grondrechten houden meestal een onthoudingsverplichting in voor de overheid, waarvan de nakoming voor de rechter gevorderd kan worden. Sociale grondrechten daarentegen vorderen een actief optreden van de overheid, waardoor de nakoming niet afdoende voor de rechter gevorderd kan worden, omdat de inhoud van de rechtsverplichting door de rech-

11. Te denken valt aan de uitwerking van de horizontale werking van grondrechten in de wet in formele zin, vgl. *Kamersstukken II*, 13 872, nr. 3, pp. 15-16.

12. E.A. Alkema, *Schakelbepalingen*, Deventer 1981, p. 6.

13. Artikel 94 van de Grondwet richt zich niet slechts tot de rechter.

ter moeilijker kan worden vastgesteld. Hoewel deze omschrijving van het onderscheid tussen beide soorten grondrechten verhelderend kan werken, moet tegelijkertijd worden vastgesteld dat het onderscheid bij nadere uitwerking ten aanzien van concrete grondrechten aan waarde verliest. De hoofdlijn is te volgen in onze Grondwet en verdragen. Bij de parlementaire behandeling van de grondwetsherziening 1983 is aangegeven dat er een onderscheid is tussen beide soorten grondrechten¹⁴. De ordening van de grondrechten in het eerste hoofdstuk van de Grondwet brengt dit ook tot uitdrukking. Hoewel een scherpe scheiding niet goed mogelijk is, kan worden gesteld dat de klassieke grondrechten voorop geplaatst zijn¹⁵. Bij de internationale codificatie van grondrechten valt op dat de klassieke en de sociale grondrechten in beginsel in afzonderlijke verdragen regeling vinden. Zo is naast het Europees Verdrag inzake de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden het Europees Sociaal Handvest tot stand gebracht.

Dat echter het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten een relatieve betekenis heeft kan op verschillende manieren worden aangetoond¹⁶. In de eerste plaats tekent zich een tendens af waarbij de doorwerking van klassieke grondrechten in steeds belangrijkere mate afhankelijk wordt van actief optreden van de overheid. Te denken valt aan de vrijheid van meningsuiting in verband met de elektronische media en de eventuele financiële ondersteuning van kerkgenootschappen. In dit verband valt de institutionele benadering van grondrechten te noemen¹⁷. In de tweede plaats vertonen sommige grondrechten zowel trekken van klassieke als van sociale grondrechten¹⁸. Ten slotte blijkt dat ook bij sociale grondrechten de afdwinging een steeds belangrijkere plaats gaat innemen¹⁹.

Moet het recht op toegang tot de rechter als een klassiek of een sociaal grondrecht worden gezien? Deze vraag kan niet eenduidig beantwoord worden. De belangrijkste elementen van het recht op toegang tot de rechter zijn afhankelijk van actief overheidsoptreden, de inrichting van een rechterlijke organisatie, de vaststelling van procesrecht en de regeling van de rechtsbijstand. Meer klassieke elementen vormen het ius de non evocando en het feit dat de (gewone) rechter zelf uitleg geeft aan zijn competentiebepaling. Hierbij kan verwezen worden naar de ontwikkeling inzake de onrechtmatige overheidsdaad en die van het kort geding, in het bijzonder tegen de overheid. Opmerkelijk is het feit dat artikel 6 van het Europees Verdrag, dat voor een belangrijk deel het recht op toegang tot de rechter codificeert, deel uitmaakt van een verdrag waarin juist klassieke grondrechten een

14. Kamerstukken II, 13 872, nr. 3.

15. Tussen artikel 18, eerste lid, en het tweede lid ligt zo ongeveer de scheiding. In artikel 19, derde lid, komt ook nog een klassiek grondrecht voor, evenals in artikel 23.

16. Alkema, a.w. (noot 12), p. 13.

17. J.M. de Meij, Overheid en uitingsvrijheid, Voorstudies en achtergronden mediabeleid, WRR, 's-Gravenhage 1982, p. 100; Bleckmann, a.w. (noot 6), p. 155 e.v. en G. Burdeau, Libertés publiques, Parijs 1972, p. 11 e.v.

18. Bij voorbeeld het recht op onderwijs, vgl. F.C.L.M. Crijs, De herziening van artikel 208 van de Grondwet. Het loon van de angst?, in: Grondrechten, a.w. (noot 3), p. 439 e.v. Zie ook A.K. Koekkoek en W. Konijnenbelt, Het raam van hoofdstuk één van de herziene Grondwet, idem, p. 4 e.v.

19. Alkema, a.w. (noot 12).

plaats hebben gekregen en waarover een rechterlijke instantie jurisdictie heeft. Met name dit laatste punt is significant. De jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de mens toont dat ook sociaalrechtelijke elementen van dit grondrecht kunnen leiden tot rechterlijke oordeelsvorming²⁰. Daarmee is echter het Hof voor een zware taak geplaatst. De rechter kan nu eenmaal niet zover gaan dat voor de nationale staat bindende verplichtingen worden vastgesteld die geen ruimte laten voor de specifieke beoordelingsvrijheid van de overheid. Het Hof laat daarom, ondanks een aangenomen schending van artikel 6, ruimte voor beleid van de overheid bij het oplossen van de schending²¹.

6.2.7. Algemene en bijzondere beperkingen van grondrechten

In het kader van de grondwetsherziening 1983 is met betrekking tot de beperking van grondrechten de betekenis van algemene en bijzondere beperkingen van grondrechten²² aan de orde gekomen. Voorop gesteld moet worden dat dit onderscheid primair van belang is voor klassieke grondrechten²³. De beperkingen van het recht op toegang tot de rechter zijn te benaderen vanuit dit onderscheid. Voor zover bij voorbeeld uit het volkenrecht beperkingen van de toegang tot de rechter voortvloeien, kunnen deze als algemene beperkingen geduid worden. Het doel van deze beperkingen is niet primair het recht als zodanig te beperken, doch de beperkingen die voortvloeien uit het volkenrechtelijk rechtsverkeer te vertalen naar de nationale rechtsorde. Ook zijn er beperkingen te duiden als bijzondere beperkingen. Te denken valt aan de heffing van griffierechten, die het beroep op de rechter binnen de perken tracht te houden. Aan de hand van deze voorbeelden kan worden geconstateerd, dat voor zover het om meer klassiekrechtelijke aanspraken gaat de theorie over de algemene en bijzondere beperkingen van grondrechten toepasbaar is. Bij de benadering van de institutionele aspecten van het recht op toegang tot de rechter zijn echter weinig aanknopingspunten te vinden.

De betekenis van het onderscheid tussen algemene en bijzondere beperkingen voor de benadering van het recht op toegang tot de rechter is echter beperkt. In de eerste plaats is het de vraag of de rechtspraak dezelfde waarde zal hechten aan de herleiding van algemene beperkingen tot de grondwettelijke beperkingsclausules als bij de grondwetsherziening is geschied²⁴. De voorgestelde consequentie, dat ook algemene beperkingen te herleiden moeten zijn tot een grondwettelijke beperkingsclausule is omstreden²⁵. In de tweede plaats ontleent het leerstuk van de algemene en bijzondere beperkingen juist z'n betekenis aan de vraag of beper-

20. Zaak-Airey, Publ. CEDH, Série A, vol. 32 (1982).

21. Aan de staat werd de keuze gelaten het echtscheidingsproces zodanig te vereenvoudigen, dat een leek deze zelfstandig zou kunnen voeren, danwel financiële ondersteuning bij de rechtsbijstand te geven.

22. M.C.B. Burkens, Beperking van grondrechten, Deventer 1971.

23. Vgl. de beperking van het onderzoeksterrein van Burkens tot klassieke grondrechten a.w. (noot 17), p. 5.

24. Kamerstukken II, 13 872, nr. 3, p. 20.

25. Vgl. A.M. Donner, a.w. (noot 1), p. 221 e.v. en H.J.M. Jeukens, Grondwetsherziening, afscheidscollege Tilburg 1980, p. 14.

kingen tot een grondwettelijke beperkingsclausule te herleiden moeten zijn. Nu het recht op toegang tot de rechter als zodanig niet in de Grondwet is vastgelegd, zijn er ook geen aanknopingspunten voor een dergelijke toetsing. Ten slotte moet worden opgemerkt dat -gelet op de complexiteit van het recht op toegang tot de rechter- algemene beperkingen ervan wel aanvaard zouden moeten worden, desnoods zonder dat deze beperkingen herleid zouden kunnen worden tot enige grondwettelijke beperkingsgrond²⁶.

6.2.8. De clausulering van de beperking van grondrechten

Bij de herziening van de Grondwet in 1983 en in de literatuur is een ordening aangebracht in de soorten clausuleringen van beperkingen van grondrechten. Genoemd kunnen worden de doelcriteria, de procedure- en competentievoorschriften, de aanduiding van het kernrecht²⁷ en beperkingen op grond van uitzonderingstoestanden²⁸. De waarde van deze categorieën van beperkingen van grondrechten is voor het recht op toegang tot de rechter van wisselende betekenis, omdat deze clausuleringen met name betrekking hebben op klassieke grondrechten. Nu het recht op toegang tot de rechter -zoals eerder bleek- zowel klassieke als sociale elementen inhoudt, blijken sommige clausuleringsmogelijkheden weinig zinvol. Met name het institutionele aspect van het recht op toegang tot de rechter blijkt moeilijk in te passen in deze benaderingswijze.

De inventarisatie in het vorige hoofdstuk van de belangen die een beperking van de toegang tot de rechter kunnen rechtvaardigen, houdt een opsomming van doelcriteria in. Het ware denkbaar het recht op toegang tot de rechter vast te leggen door enerzijds het beginsel als subjectief recht te formuleren²⁹ en anderzijds de beperkingsgronden in doelcriteria vast te leggen. Toch vormt een dergelijke benadering geen goede oplossing. De lijst van doelcriteria is erg lang en de meeste gebruikte begrippen zijn vaag. Kernvraag zou zijn welke grenzen gesteld zouden moeten worden aan de toepassing van de doelcriteria.

De procedure- en competentievoorschriften zoals deze zijn genoemd in de memorie van toelichting bij de grondwetsherziening³⁰ bieden weinig aanknopingspunten voor de benadering van de beperking van de toegang tot de rechter. De procedurevoorschriften vinden toepassing bij bijzondere grondrechten³¹. In verscheidene bepalingen betreffende de toegang tot de rechter wordt de wet genoemd als grondslag voor de instelling van rechterlijke colleges³². Deze competentiebepaling legt niet vast of dit de wetgever in formele zin zou moeten zijn. Ook in het ius de non evocando komt een dergelijke verwijzing voor "de rechter die de wet hem toekent". Hier is het de wet in formele zin. Voor de uitleg van de omvang van het ius de

26. Brenninkmeijer, Van drukpersvrijheid naar informatievrijheid, a.w. (noot 3), p. 180 e.v.

27. Kamerstukken II, 13 872, nr. 3, p. 16 e.v.

28. Burkens, a.w. (noot 22).

29. Vgl. de benaderingswijze in hoofdstuk 4.

30. Kamerstukken II, 13 872, nr. 3, p. 17 e.v.

31. Bij voorbeeld artikel 12, tweede lid, Grondwet.

32. Art. 6 EV en art. 14 IV.

non evocando heeft deze verwijzing geen duidelijke betekenis³³. Over het algemeen kan worden gesteld dat ten aanzien van de toegang tot de rechter de belangrijkste veronderstelling is dat de wetgever tot instelling en regeling komt: het institutionele aspect. Competentievoorschriften kunnen echter geen voorschriften geven over dit institutionele aspect, omdat de beperkingen die voortvloeien uit de institutionele regeling alle haast per definitie passen binnen het competentievoorschrift.

De methode van het onderscheid tussen kernrecht en connexe rechten is niet toepasbaar op de toegang tot de rechter, omdat niet een duidelijke kern van het grondrecht kan worden aangeduid. Dit hangt samen met het feit dat deze methode van beperking van grondrechten mede op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad in het bijzonder van toepassing is op de drukpersvrijheid (artikel 7, eerste lid, Grondwet). Daargelaten het feit dat het moeilijk is het "wezen"³⁴ -de "kern"- van het recht op toegang tot de rechter te bepalen, moet worden vastgesteld dat aan het onderscheid tussen het kernrecht en de connexe rechten moeilijk rechtsgevolgen verbonden kunnen worden³⁵.

Ten slotte houdt de duiding van noodsituaties als belang dat beperking van de toegang tot de rechter kan rechtvaardigen³⁶ een verwijzing in naar een uitzonderingstoestand. Deze beperkingsgrond komt bij het recht op toegang tot de rechter voor.

Deze inventarisatie leidt niet tot de conclusie dat iedere clausuleringsmethode geschikt is voor een zinvolle benadering van de beperkingen van de toegang tot de rechter. Dit kon ook niet verwacht worden. In de eerste plaats geldt dat ten aanzien van een bepaald grondrecht, gelet op de aard van dat grondrecht, een bepaalde clausuleringsmethode de voorkeur verdient. In de tweede plaats zijn de sociaalrechtelijke elementen van het recht op toegang tot de rechter moeilijk te benaderen vanuit de beperkingen van de toegang tot de rechter. Eerder zou kunnen worden gesteld dat de belangen die een beperking van de toegang tot de rechter kunnen rechtvaardigen een mogelijke begrenzing inhouden van de inspanning die de wetgever zich getroost bij de inrichting van de rechtspleging. De belangen die in het vorige hoofdstuk zijn opgespoord zouden als doelcriteria aangemerkt kunnen worden. De lijst van doelcriteria is echter lang en de doelcriteria moeten noodzakelijkerwijs zo ruim zijn geformuleerd, dat deze nauwelijks als clausulering kunnen worden opgevat. Eerder is geconstateerd dat het Europese Hof voor de Rechten van de mens op grond van artikel 6 van het Europese Verdrag, dat zowel sociaalrechtelijke als klassiekrechtelijke elementen bevat, grenzen stelt aan de beperkingen van de toegang tot de rechter. In de volgende paragraaf zal hierop nader worden ingegaan.

33. A.F.M. Brenninkmeijer, Het jus de non evocando, in: Grondrechten, a.w. (noot 3) Nijmegen 1982, p. 352.

34. Vgl. Burkens, a.w. (noot 22), p. 144 e.v. en Kamerstukken II, 13 872, nr. 3, p. 19.

35. Vgl. de memorie van toelichting (vorige noot) p. 19-20.

36. Zie paragraaf 5.5.5.

6.2.9. De benaderingswijze van het Europese Hof voor de Rechten van de mens

De jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de mens is hier in meer dan één opzicht van belang. In de eerste plaats kan geconstateerd worden dat het Hof als onafhankelijke rechter jurisdictie heeft over geschillen over de toepassing van artikel 6 van het Europees Verdrag. Het gevolg is, dat een rechterlijke instantie bevoegd is een oordeel uit te spreken over de toelaatbaarheid van bepaalde beperkingen van het recht op toegang tot de rechter. Het oordeel van de rechter komt zo eventueel te staan tegenover dat van de nationale wetgever. In de tweede plaats heeft het Hof een aantal interpretatiemethoden ontwikkeld, die de benadering van het recht op toegang tot de rechter kunnen verhelderen. De tekst van artikel 6 van het Europees Verdrag geeft nauwelijks aanknopingspunten voor de beperkingen van het recht op toegang tot de rechter. Een uitzondering vormt wellicht de bevoegdheid om het proces met gesloten deuren te voeren, in het belang van de goede zeden, de openbare orde of 's lands veiligheid in een democratische samenleving. Dit punt betreft echter slechts één element van het recht op toegang tot de rechter.

De eerste stap die het Hof heeft te zetten bij de toepassing van artikel 6 is, dat nagegaan dient te worden of deze bepaling van toepassing is op het geschil in kwestie. Door de autonome uitleg van de begrippen "civil rights and obligations" is hierbij niet het nationale recht doorslaggevend. Is de bepaling van toepassing, dan geldt in beginsel dat voldaan moet zijn aan de vereisten die uit de verdragsbepaling voortvloeien, bij voorbeeld toegang tot een rechter³⁷ en contact met een advocaat³⁸ en in strafzaken tussenkomst van een tolk³⁹ alsmede -in alle soorten geschillen waarop de bepaling van toepassing is- betaalbare of kosteloze rechtsbijstand⁴⁰. Het Hof acht eventueel "implied limitations"⁴¹ mogelijk en kent aan de nationale staat een "margin of appreciation"⁴² toe.

De "implied limitations" hebben tot gevolg dat bij voorbeeld het recht op toegang tot de rechter geen absolute gelding heeft⁴³. Het Hof onthoudt zich ervan in het algemeen aan te geven welke beperkingen toelaatbaar zijn⁴⁴. Per geval wordt nagegaan of artikel 6 al dan niet geschonden is. De grenzen van het recht op toegang tot de rechter staan nog niet vast. De betekenis van de "margin of appreciation" mag ook niet onderschat worden. Door het erkennen van een beoordelingsvrijheid van de nationale staat bij de inrichting van de toegang tot de rechter onthoudt het Hof zich van een bindend oordeel over de vraag hoe het nationale recht ingericht moet worden. Het Hof volstaat met de constatering dat artikel 6

37. Zaak Benthem, EHRM, 23 oktober 1985, A.B. 1986, I, m.n. E.M.H. H.B.

38. Zaak Golder, Publ. CEDH, Série A, vol. 18 (1975).

39. P. van Dijk, De op Nederland rustende verplichting ter zake van een behoorlijke rechtspraak, Handelingen N.I.V. 1983, deel I, eerste stuk, p. 140 e.v.

40. Zaak Airey, zie noot 15.

41. Zaak Golder, zie noot 28, P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, De Europese conventie in theorie en praktijk, Nijmegen 1982, p. 486 e.v.

42. Zaak Airey, zie noot 15.

43. Golder, (noot 38), rechtsoverweging 37 e.v.

44. Idem, rechtsoverweging 39.

geschonden is in een bepaald geval en laat het aan de staat over om een eigen oplossing te zoeken⁴⁵.

Uit deze interpretatie van artikel 6 blijkt een bepaalde visie op de verhouding tussen de rechter en de wetgever. De wetgever is vrij om een bepaalde rechterlijke organisatie te kiezen en een bepaald procesrecht in te richten, alsmede om rechtshulp in een of andere vorm te gieten. Het Hof controleert of het effect van deze nationale wetgeving recht doet aan de standaard van artikel 6. Daarbij worden de nationale rechtsstelsels zo veel mogelijk gerespecteerd. In deze benaderingswijze is het heel goed mogelijk bepaalde beperkingen van het recht op toegang tot de rechter te aanvaarden. Artikel 6 vormt een niet volledig ingevuld toetsingskader. In de jurisprudentie naar aanleiding van individuele klachten vindt nadere invulling plaats. Geconstateerd wordt dat gelet op de aard van het recht op toegang tot de rechter het vrijwel onmogelijk is om in een gedetailleerde rechtsnorm de mogelijke beperkingen van de toegang tot de rechter te codificeren. Het is echter wel mogelijk om het recht op toegang tot de rechter -ruim geformuleerd- als uitgangspunt te kiezen en de rechter de bevoegdheid toe te kennen te oordelen over de betekenis van deze norm voor de rechtspleging. Dit vormt een belangrijk aanknopingspunt voor de verdere analyse van het recht op toegang tot de rechter.

6.2.10. Grondrechten als individuele rechten

Eerder is erop gewezen dat de grondrechten bij hun eerste erkenning ten tijde van de opkomst van de liberale rechtsstaat als rechten van het individu gezien werden. Met de vorming van de sociale rechtsstaat heeft een accentverschuiving plaatsgevonden van het recht van het individu naar de belangen van de gemeenschap. De ontwikkeling van bij voorbeeld de vrijheid van meningsuiting vormt hiervan een duidelijk voorbeeld. De vrijheid van meningsuiting van het individu is thans in sterke mate afhankelijk geworden van de vormgeving van de media in onze samenleving. Voor het recht op toegang tot de rechter heeft deze accentverschuiving mede betekenis. Enerzijds moet worden erkend dat het recht op toegang tot de rechter expliciet aan het individu is toegekend. Anderzijds blijkt echter dat de vormgeving van dit recht in de rechterlijke organisatie, het procesrecht en de rechtshulp een van de voorzieningen is van de gemeenschap. Andere voor de gemeenschap wezenlijke belangen kunnen meebrengen dat het recht op toegang tot de rechter van het individu niet onbeperkt is. Net als voor andere grondrechten geldt dat bij de bepaling van de reikwijdte van het recht op toegang tot de rechter de belangen van individu en gemeenschap afgewogen moeten worden. Desondanks kan worden vastgesteld dat het individuele karakter van het recht op toegang tot de rechter een sterke klemtoon blijft behouden. In de eerste plaats kan worden vastgesteld dat het recht op toegang tot de rechter aan het individu toekomt; het individu heeft het recht om niet zonder tussenkomst van de rechter een bestraffing

45. Bij voorbeeld in de zaak Airey terzake van rechtsbijstand. De keuze wordt gelaten tussen het vereenvoudigen van het toepasselijke recht of het geven van financiële ondersteuning.

te ondergaan, dan wel een uitspraak te krijgen van de rechter over een omstreden rechtsbetrekking tot andere rechtssubjecten. In de tweede plaats heeft het individu het recht om wegens een schending van artikel 6 van het Europees Verdrag een klacht te richten tegen de staat⁴⁶. In dit geschil moet het Hof een rechtsbeslissing nemen waarbij de rechtsaanspraken van het individu worden vastgesteld. Ten slotte is het zo dat de codificatie van het recht op toegang tot de rechter in onze rechtsorde ook sterk op het individu betrokken is. Gelet op de complexe structuur van het recht op toegang tot de rechter kan wel vastgesteld worden dat het individuele karakter van het recht op toegang tot de rechter op een aantal punten minder sterk doorwerkt. Dit blijkt uit de wijze waarop aan de institutionele en sociaalrechtelijke aspecten van het recht op toegang tot de rechter gestalte is gegeven. Bij de inrichting van de rechterlijke organisatie en bij voorbeeld de organisatie van de rechtshulp is een sterkere orientatie op de belangen van de gemeenschap merkbaar.

6.2.11. De eigen aard van het recht op toegang tot de rechter

In de voorgaande paragrafen is een overzicht gegeven van een aantal algemene aspecten van grondrechten. Daarbij is steeds aangegeven welke betekenis deze algemene aspecten voor het recht op toegang tot de rechter hebben. In deze paragraaf zullen de bevindingen die hierbij zijn opgedaan, worden samengevoegd. Langs deze weg kan de eigen aard van het recht op toegang tot de rechter beschreven worden.

Het recht op toegang tot de rechter is naar de aard van de rechtsaanspraken die eruit voortvloeien een grondrecht. Het recht op toegang tot de rechter is een fundamenteel recht, waarvan de precieze inhoud niet kan worden vastgelegd. Daarom kan het recht op toegang tot de rechter slechts vastgelegd worden in een open rechtsnorm, waarvan de invulling door politieke besluitvorming moet plaatsvinden. Het recht op toegang tot de rechter kan niet zodanig geformuleerd worden dat voor de wetgever de grenzen worden aangegeven die hij bij de beperking van het grondrecht in acht moet nemen. Dit wordt mede veroorzaakt door het feit dat het recht op toegang tot de rechter zowel sociaalrechtelijke als klassiekrechtelijke aanspraken schept en belangrijke institutionele aspecten heeft. De betekenis van de meer klassiekrechtelijke aanspraak op toegang tot de rechter is in belangrijke mate afhankelijk van de vormgeving van de institutionele voorzieningen en nader vast te stellen aanspraken van rechtssubjecten op actief overheidsoptreden.

Het recht op toegang tot de rechter moet primair door tussenkomst van de wetgever gestalte krijgen. Het gaat om een voorziening getroffen door de gemeenschap ten behoeve van het individu. De omvang van de toegang tot de rechter is het resultaat van de afweging van de belangen van het individu en die van de gemeenschap. Het recht op toegang tot de rechter onderscheidt zich daarentegen van de meeste andere rechten van het individu, doordat het een voor onze rechtsorde zeer specifiek belang vertegenwoordigt. De democratische rechtsstaat kan slechts

46. Afgezien van de statenklacht.

op deze status bogen door erkenning van het recht op toegang tot de rechter. Juist de toekenning aan het individu van het recht zich tot de rechter te wenden is een essentieel vereiste voor de democratische rechtsstaat.

De vastlegging van het recht op toegang tot de rechter in artikel 6 van het Europees Verdrag vormt een markant gegeven. Ondanks het feit dat het gaat om een grondrecht dat mede vanwege de sterke sociaalrechtelijke inslag belangrijke keuzemogelijkheden aan de wetgever laat, is het Europese Hof voor de Rechten van de mens als onafhankelijke rechter bevoegd te oordelen of de nationale staat aan zijn verplichtingen voldoet. De rechter is daarmee in de positie geplaatst een rechtsoordeel te geven over door de wetgever in de wetgeving vastgelegde politieke keuzes terzake van de omvang van de toegang tot de rechter.

De conclusie is gerechtvaardigd dat niet één van de methoden van clausulering van grondrechten gekozen kan worden voor een goede omschrijving van het grondrecht. Beter kan worden gekozen voor een ruim omschreven toegang tot de rechter, zoals in artikel 6 van het Europees Verdrag, terwijl gelijktijdig wordt erkend dat dit recht niet absoluut is, dat wil zeggen geen enkele beperking zou dulden. De keuze van een bepaalde methode van clausulering heeft als voordeel dat de grenzen waarbinnen de wetgever moet blijven kunnen worden vastgesteld. Bij artikel 6 van het Europees Verdrag heeft dit niet plaatsgevonden. Het gevolg is dat de rechter tot taak krijgt om per geval te beoordelen of het individu in voldoende mate toegang tot de rechter wordt verleend. Dit betekent dat de inhoud van het recht op toegang tot de rechter niet eenzijdig door de wetgever vastgesteld wordt, maar dat ook de rechter een aandeel heeft in de rechtsvorming terzake. In het kader van het Europees Verdrag is deze taak aan een onafhankelijke rechterlijke instantie toebedeeld. Op nationaal niveau is de rechter slechts in beperkte mate bevoegd een oordeel te geven over de omvang van de toegang tot de rechter, omdat de rechter in de nationale wetgeving slechts een beperkte beoordelingsruimte is toegelaten. Dit verschil in benadering tussen Het Europees Verdrag en het Nederlandse recht zal in de volgende paragraaf worden uitgewerkt tot een nadere probleemstelling.

6.3. Probleemstelling

Eerder is al gewezen op de fundamentele betekenis van grondrechten in onze democratische rechtsstaat. De democratische besluitvorming kan leiden tot de vrijheid van de gemeenschap⁴⁷. Het probleem is echter dat de vrijheid van het individu niet door democratische besluitvorming per se gewaarborgd is. De waarborgen voor het individu zijn onder andere te vinden in de grondrechten waarin de rechten van het individu tegenover de gemeenschap zijn vastgelegd. De nakoming van de grondrechten die het individu heeft tegenover de gemeenschap wordt gewaarborgd door de toegang tot de rechter. Op deze wijze ontstaat een evenwicht tussen democratie en rechtsstaat, waarbij zowel aan de belangen van de gemeenschap als die

47. Zie par. 4.3.9. e.v.

van het individu recht wordt gedaan.

Er is echter een ontwikkeling die het bovengeschetste beeld verstoort. Zouden de grondrechten louter en alleen opgevat worden als rechten die "inviolable et sacré" zijn, dan is er vrijwel geen probleem, omdat de omvang van de rechtsaanspraken van het individu vaststaan. De grondrechten blijken echter niet een dergelijke rigide betekenis te hebben. Met de groeiende complexiteit van onze rechtsorde en de uitbouw van de sociale rechtsstaat zijn de grondrechten naast rechten van het individu mede waarden van de gemeenschap als geheel geworden. Met deze ontwikkeling -de institutionalisering- rijst het probleem dat de grondrechten minder een vaststaand geldingsbereik hebben en dat daarom bij de toepassing van grondrechten telkens een afweging tussen de belangen van het individu en de gemeenschap moet plaatsvinden. Deze afweging zal primair door de wetgever plaatsvinden. In ander verband is erop gewezen dat juist de vormgeving van de grondrechten in onze Grondwet in ruime mate een regelingsopdracht aan de wetgever inhoudt⁴⁸. Het gevolg hiervan is dat de grensbepalende werking ten opzichte van de wetgever van grondrechten vervaagt en dat daardoor het evenwicht tussen rechtsstaat en democratie niet zonder meer bereikt wordt in het samenspel tussen wetgever en rechter. Eenzijdiger komt de nadruk te liggen op democratische besluitvorming. De rechter wordt bij zijn oordeelsvorming over de rechtsaanspraken van het individu terzake van grondrechten steeds meer afhankelijk van de wetgeving die ter uitvoering van de grondrechten is gesteld⁴⁹. Hoewel deze ontwikkeling zich aftekent ten aanzien van alle grondrechten, moet worden vastgesteld dat het recht op toegang tot de rechter hierbij een bijzondere plaats inneemt. Immers de totstandkoming van het evenwicht tussen individu en gemeenschap, rechtsstaat en democratie is in belangrijke mate afhankelijk van de bevoegdheid van het individu zich bij een vermeende schending van grondrechten te wenden tot de rechter. En juist de omvang van deze bevoegdheid is door het recht op toegang tot de rechter bepaald. Met andere woorden: het recht op toegang tot de rechter betreft mede het recht van het individu om zich tot de rechter te wenden teneinde toegang tot de rechter te verkrijgen. Terwijl zich enerzijds de tendens aftekent dat de invloed van de wetgever op de vormgeving en uitwerking van de grondrechten toeneemt, moet anderzijds geconstateerd worden dat de handhaving van de grondrechten -en in het bijzonder het recht op toegang tot de rechter- afhankelijk is van de oordeelsvorming door de rechter over de omvang van de toegang tot de rechter. De vraag moet daarom beantwoord worden op welke wijze ten aanzien van het recht op toegang tot de rechter het evenwicht tussen rechtsstaat en democratie gevonden kan worden. In de volgende paragrafen zal daarom een nadere toespitsing plaatsvinden van de eerder in hoofdstuk 4 geformuleerde visie op de verhouding tussen rechtsstaat en democratie ten aanzien van het recht op toegang tot de rechter.

48. A.F.M. Brenninkmeijer, Kernenergie, rechtsstaat en democratie, Zwolle 1983, p. 60 e.v.

49. Vgl. bij voorbeeld de mediawetgeving. Er is een markant verschil tussen de benadering van de drukpersvrijheid en de "informatievrijheid" bij de toepassing van de elektronische media.

6.3.1. Rechtsvorming door de wetgever en de rechter

Eerder is betoogd dat het evenwicht tussen rechtsstaat en democratie gevonden kan worden in het fenomeen van de concurrente besluitvorming. Met name gaat het erom dat de inhoud van de grondrechten niet alléén bepaald wordt door de wetgever, maar ook door de rechter, elk vanuit zijn eigen bijzondere positie in onze constitutionele rechtsorde. Teneinde dit nader uit te werken wordt een drietal onderwerpen aan de orde gesteld. In deze paragraaf wordt een parallel getrokken met de werking van het parlementaire stelsel. In de volgende paragraaf wordt gezien hoe de concurrente besluitvorming thans werkt. Daarna zal worden ingegaan op de aard van de rechtsvorming door de rechter enerzijds en de wetgever anderzijds.

Het parlementaire stelsel houdt een subtiel evenwicht in tussen de volksvertegenwoordiging en de regering. De sterkste machtsmiddelen vormen de kamerontbinding door de regering en het opzeggen van het vertrouwen door het parlement. Daarnaast zijn er andere bevoegdheden, zoals het budgetrecht, het recht van initiatief, het recht van interpellatie en enquête enzovoort. Door de werking van het parlementaire stelsel wordt de democratie operationeel. Hantering van machtsmiddelen door hetzij de regering, hetzij het parlement tot het uiterste leidt tot vernietiging van het systeem. Noch het parlement, noch de regering is in staat de macht te grijpen. Het parlementaire stelsel werkt optimaal in de situatie dat beide krachten met respect voor elkaars taak in de constitutionele rechtsorde samenwerken. Dit werd door Montesquieu aangeduid met "aller de concert". Het begrip parlementair stelsel is een vage notie die enerzijds in een aantal constitutioneelrechtelijke grondslagen is vastgelegd en anderzijds diep geworteld is in de constitutionele geschiedenis. Deze vage notie valt niet in een rechtsnorm vast te leggen. De actuele inhoud van het parlementaire stelsel vormt geen statisch gegeven⁵⁰. Drijvende krachten achter de verdere ontwikkeling van de verhouding tussen regering en parlement vormen de beide instellingen. Geen van beide kan echter voor zich de inhoud van het parlementaire stelsel bepalen.

De verhouding tussen de wetgever en de rechter vertoont op een aantal punten overeenkomst met het parlementaire stelsel, vooropgesteld moet echter worden dat er ook grote verschillen zijn. De politieke partijen hebben immers een overwegende invloed op het functioneren van de wetgevende macht, terwijl de rechterlijke macht onafhankelijk behoort te zijn en daarom geen duidelijke partijbinding te zien geeft. De taak van regering en parlement in onze rechtsorde is die van beleidsvorming en vertaling van beleid in rechtsnormen. De rechter beslecht daarentegen geschillen in concrete gevallen en geeft daarbij op basis van rechtsnormen rechtsvormende oordelen. Ondanks deze verschillen zijn er, zoals gezegd, overeenkomsten tussen de werking van het parlementaire stelsel en de verhouding tussen wetgever en rechter aan te wijzen. Met name kan gewezen worden op het feit dat ook de verhouding tussen wetgever en rechter bepaald wordt door een vage notie, die niet goed vast te leggen is in een rechtsnorm. Vast staat dat primair de wetgever rechtsnormen

50. Donner, a.w. (noot 25), p. 160 e.v.

stelt, doch tegelijkertijd dat de rechter bij de vervulling van zijn rechtsvormende taak invloed heeft op de inhoud van rechtsnormen en zelfs rechtsnormen buiten toepassing kan laten dan wel creëren. Ook in de verhouding tussen wetgever en rechter zijn -in theorie- sterke machtsmiddelen aan te wijzen. De wetgever kan de rechterlijke organisatie decimeren of afschaffen, de rechter kan de wet buiten toepassing laten. Daarnaast zijn er minder sterke beïnvloedingsmiddelen. De wetgever kan het beroep op de rechter beperken, de rechter kan door interpretatie de wet gedeeltelijk een andere inhoud geven. Zou hetzij de wetgever, hetzij de rechter onvoorzichtig gebruik maken van de hem toekomende bevoegdheden, dan wordt ook het evenwicht tussen wetgever en rechter verstoord. De bijzondere waarde van het evenwicht tussen wetgever en rechter schuilt juist in een vorm van "aller de concert" het in onderlinge afhankelijkheid en verbondenheid gestalte geven aan de democratische rechtsstaat. De invalshoek van wetgever en rechter verschilt. De wetgever stelt veelal in abstracto algemene rechtsnormen waarbij een afweging gemaakt wordt tussen de belangen van het individu en de gemeenschap. De rechter beslecht in concreto geschillen waarbij ook hij een afweging maakt tussen de belangen van het individu en de gemeenschap. Door het verschil in aangrijpingspunt voor de rechtsvormende taak, algemene normstelling versus concrete normstelling, heeft de wetgever meer oog voor de belangen van de gemeenschap, terwijl de rechter meer oog heeft voor die van het individu. Een rol kan daarbij ook spelen dat op het moment van algemene normstelling door de wetgever nog niet volledig voorspeld kan worden wat de uitwerking is van deze norm voor ieder individu. Het beroep op de rechter brengt eventueel de knelpunten te voorschijn. De rechter kan in die situatie beoordelen of de belangen van het individu op onaantvaardbare (onrechtmatige) wijze gekrenkt zijn. Deze laatste nuancering markeert juist het verschil in taak tussen de wetgever en de rechter. De rechter kan alleen waken voor de rechte beschermde belangen van het individu, terwijl de wetgever bij het maken van een belangenafweging weliswaar gebonden is aan het recht, doch overigens niet.

6.3.2. De concurrente besluitvorming in de praktijk

De theoretische verkenning van het recht op toegang tot de rechter in de vorige paragrafen zou de indruk kunnen wekken dat gaandeweg de binding met de realiteit is opgeofferd aan het sluitend maken van de theorie. Om deze indruk weg te nemen zullen hieronder een aantal ontwikkelingen geschetst worden die de theoretische inzichten ondersteunen.

In de eerste plaats kan gewezen worden op de ontwikkeling van jurisprudentie door het Europese Hof voor de Rechten van de mens op basis van het Europese Verdrag. De verdragsluitende partijen hanteerden bij het vastleggen van de grondrechten in het verdrag als uitgangspunt, dat de nationale staten reeds aan alle gestelde eisen voldeden⁵¹. Pas in de loop van de tijd bleek dat het Hof bij de toetsing

51. E.A. Alkema, Toepassing van de Europese Conventie voor de rechten van de mens in Nederland, Preadvies voor de Vereniging voor de rechtsvergelijkende studie van het recht van België en Nederland Zwolle 1985, p. 1.

van nationaal recht aan verdragsrecht tot andere oordelen kwam. Deze jurisprudentie is gebaseerd op nadere rechtsvorming van het Hof. Gevestigde instituten als "contempt of court"⁵² en het beroep op de Kroon⁵³ bleken de toetsing niet te kunnen doorstaan. De jurisprudentie van het Hof toont voorts dat de wet in formele zin in veel gevallen voorwerp van toetsing is. Opmerkelijk is voorts dat het aantal zaken over artikel 6 van het Europees Verdrag⁵⁴ zo groot is⁵⁵. Een belangrijk aantal uitspraken van het Hof is relevant voor de vaststelling van de grenzen waarbinnen nationale staten de toegang tot de rechter kunnen regelen en beperken.

In de tweede plaats kan gewezen worden op de rol van het Hof van Justitie dat bevoegd is te oordelen over de toepassing van het recht van de Europese Gemeenschappen. Ook deze rechter oordeelt over de rechtmatigheid van overheidshandelingen van lid-staten, ongeacht de aard van de overheidshandeling. Met andere woorden, de uitkomst van de politieke besluitvorming op nationaal niveau kan onverkort worden getoetst aan gemeenschapsrecht door een onafhankelijke rechter.

In de derde plaats kan gewezen worden op een aantal ontwikkelingen in het nationale recht. Hierbij moet onderscheid gemaakt worden tussen de rechtspraak van de gewone rechter en die van de administratieve rechters. De administratieve rechters zijn vrij strikt gebonden aan de hen in de wetgeving toegekende bevoegdheden, die weinig ruimte laten voor interpretatie. De gewone rechter is echter in staat om op basis van de meer open vastgelegde bevoegdheid te oordelen over geschillen die van groot belang zijn voor de besluitvorming door het democratische bestuur. In het oog springen bij voorbeeld procedures over de aanpassing door de wetgever van de WWV⁵⁶ en de plaatsing van kruisraketten. Steeds vaker komt het voor dat vrijwel simultaan over dezelfde kwesties debatten in het parlement worden gevoerd en procedures voor de rechter. Euthanasie vormt hiervan een markant voorbeeld⁵⁷. Meer in het verleden het stakingsrecht en de ontruiming van kraakpanden.

6.3.3. Recht en politiek

Uitgaande van een scheiding tussen recht en politiek is het mogelijk een scheiding aan te brengen tussen de taak van de rechter en die van het democratische bestuur. Eerder is gebleken dat bij Montesquieu op basis van deze scheiding de rechter tot "la bouche de la loi" werd. Deze scheiding tussen recht en politiek is echter in de rechtsontwikkeling steeds minder duidelijk geworden. Eén ontwikkeling is geweest dat het recht een steeds meer beleidsmatige inhoud kreeg. Daardoor werd de rechter gedwongen bij zijn oordeelsvorming ook dit beleidsaspect te

52. De Sunday Times-zaak, Publ. CEDH, série A, Vol. 30 (1979).

53. Zaak Benthem, zie noot 37.

54. Inclusief de elementen van het recht op toegang tot de rechter die in artikel 5 besloten liggen.

55. Vgl. Bilan de la convention Européenne des droits de l'homme, les trente premières années 1954-1984, Straatsburg 1985; G.J. Wiarda, Inhoud en betekenis van het Benthem-arrest, in Kroonberoep en artikel 6 ECRM, Deventer 1986, p. 7.

56. Pres. Rb. 's-Gravenhage 17 januari 1985, NJ 262.

57. Ch. J. Enschedé, Kanttekeningen bij het advies van de staatscommissie euthanasie, N.J.B. 1986, p. 37 e.v.

betrekken. Een andere ontwikkeling is dat de politieke besluitvorming steeds meer genommeerd wordt door rechtsnormen. Dit blijkt duidelijk uit de voorbeelden uit de vorige paragraaf. Voor steeds meer terreinen van overheidsbeleid gelden rechtsnormen van "hogere" orde die grenzen stellen aan de beleidsruimte van de wetgever. Op het terrein van het sociaal-economische recht worden deze normen bij voorbeeld in het recht van de Europese Gemeenschappen gevonden. Meer algemeen werkt de invloed van grondrechten en rechtsbeginselen, waaronder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Een opmerkelijk verschijnsel is dat deze rechtsnormen, die van grote betekenis zijn voor de politieke besluitvorming, vaak geen vaste betekenis hebben. Kenmerkend is dat juist in de rechterlijke rechtsvinding deze rechtsnormen nader inhoud krijgen. Dit geldt voor de grondrechten⁵⁸ en in het bijzonder voor de algemene beginselen van behoorlijk bestuur⁵⁹.

Op grond van deze ontwikkelingen kan worden gesteld dat er sprake is van een zekere toenadering tussen recht en politiek en daarmee een toenadering tussen de taak van de rechter en het democratische bestuur. Daarmee is echter niet gezegd dat beide taken samen komen te vallen. De invalshoek van de wetgever en de rechter is verschillend. Hierboven is gesteld dat de rechter alleen kan waken voor de rechte beschermde belangen van het individu, terwijl de wetgever bij zijn belangenafweging weliswaar gebonden is aan het recht, doch overigens niet. Hierin komt tot uitdrukking dat de democratisch gelegitimeerde wetgever een discretionaire bevoegdheid heeft. Anders gezegd: de politieke wilsvorming is niet volledig door rechtsnormen ingekaderd. De rechter heeft geen discretionaire bevoegdheid in deze zin. De rechter komt tot rechtsoordelen op grond van rechtsnormen. De overeenkomst tussen de taken van de wetgever en die van de rechter bestaat hierin dat in het proces van wetgeving de politieke wilsvorming beperkt wordt door rechtsnormen, terwijl de rechter in het proces van rechtsvorming rechtsnormen uitlegt en uitbouwt. Met name ten aanzien van grondrechten speelt een rol dat wegens de vaagheid van de noties die in de grondrechten vastliggen de rechtsvormende taak van de rechter bij de toepassing ervan groot is.

Naamdate het proces van rechtsvorming van grondrechten -door de rechter- vordert, neemt de "politieke" dimensie van de rechtspraak ten aanzien van grondrechten af. De eerste invulling van de vage noties vindt plaats op het moment dat de wetgevende bevoegdheid nog onbegrensd discretionair lijkt. Pas in de loop van het proces van rechtsvinding door de rechter blijkt waar de grenzen van deze discretionaire bevoegdheid liggen. Op dit punt valt een parallel te trekken met de ontwikkeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Aan het begin van deze eeuw werd de beoordeling door de rechter van bestuursbeleid gezien als een onjuiste en ongewenste inbreuk op de vrijheid van het bestuur. Naar mate echter in het proces van rechtsvinding de algemene beginselen van behoorlijk bestuur

58. A.M. Donner, Het beleid van de rechter ten aanzien van grond- en mensenrechten, in: Grondrechten, a.w. (noot 3), p. 42-43.

59. E.M.H. Hirsch Ballin, Rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur, Nederlands tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie 1982, p. 105 e.v.

een steeds verder uitgewerkte inhoud kregen, wordt de tussenkomst van de rechter steeds minder als een inbreuk op de discretionaire bevoegdheden van het bestuur gezien⁶⁰. En juist door het trekken van deze parallel treedt een verschijnsel aan het licht dat voor de grondrechten van essentiële betekenis is. Zolang de rechter geen taak had bij de beoordeling van (discretionaire) bestuurshandelingen konden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet tot ontwikkeling komen. De vorming van de beginselen die noodzakelijk zijn om tot rechtsoordelen te komen over de hantering van discretionaire bevoegdheden, kan alleen plaatsvinden door de rechter de bevoegdheid te geven te oordelen, ondanks het feit dat die toetsingsmaatstaven nog niet ontwikkeld zijn. Voor de grondrechten geldt niet anders. Wordt aan de rechter niet de bevoegdheid toegekend om in het proces van rechtsvinding nader inhoud te geven aan de grondrechten, dan komt het instrument voor de beoordeling van het handelen van het democratische bestuur ook niet tot ontwikkeling. De enige uitweg uit deze vicieuze cirkel is het aan de rechter toekennen van een beoordelingsbevoegdheid, zodat de rechter in rechtsvormende oordelen nader inhoud kan geven aan de grondrechten.

6.3.4. De ontwikkeling van het recht op toegang tot de rechter

Aan het slot van hoofdstuk 5 zijn een drietal knelpunten genoemd in verband met de beperking van de toegang tot de rechter: het economische belang, het bestuursbelang en de belangen die uit democratische besluitvorming voortvloeien. De beperkingen van de toegang tot de rechter die uit deze belangen voortvloeien hebben de belangrijkste invloed. Dit hoeft ook geen verwondering te wekken, omdat in de vorige paragrafen gebleken is dat met name de spanning tussen rechtsstaat en democratie, tussen rechtspraak en democratische besluitvorming kenmerkend is voor de democratische rechtsstaat. Het bestuursbelang en de belangen die voortvloeien uit democratische besluitvorming zijn rechtstreeks de belangen van wat eerder het democratische bestuur genoemd zijn. Voor het economische belang geldt niet anders. De overheidsactiviteiten worden gefinancierd uit schaarse financiële middelen. Het democratische bestuur kan niet eenzijdig nadruk leggen op het belang van de rechtsbescherming, zonder andere belangen te verontachtzamen. Omdat het democratische bestuur uiteindelijk beslist, is er in beginsel geen ruimte voor concurrente besluitvorming.

De volgende uitgangspunten zullen bij de bespreking van deze knelpunten in acht worden genomen. In de eerste plaats is het recht op toegang tot de rechter een grondrecht. In de tweede plaats is het voor een zinvolle ontwikkeling van grondrechten en in het bijzonder voor het recht op toegang tot de rechter noodzakelijk dat concurrente besluitvorming mogelijk is. Deze concurrente besluitvorming moet zodanig ingericht zijn, dat noch het democratische bestuur, noch de rechter uiteindelijk eenzijdig bepalen wat de omvang van de toegang tot de rechter dient te zijn. Aan de hand van deze uitgangspunten kan nagegaan worden op welke wijze

60. J. van der Hoeven, De grenzen van de rechterlijke functie in de administratieve rechtspraak, R.M. Themis 1974, p. 673.

het recht op toegang tot de rechter gecodificeerd moet worden en op welke wijze het betekenis krijgt voor onze rechtsorde. Voordat de codificatie van het recht op toegang tot de rechter bezien wordt zal eerst een blik over de grenzen geworpen worden. Een aantal ontwikkelingen in de Bondsrepubliek Duitsland en in Frankrijk kan interessante gezichtspunten opleveren.

6.3.5. De Bondsrepubliek Duitsland en Frankrijk

In de Bondsrepubliek Duitsland is terzake van de rechtsbescherming tegen overheidshandelingen een belangrijke waarborg in artikel 19, vierde lid, van het Grundgesetz opgenomen

"Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt"⁶¹.

Algemeen wordt in de literatuur aangenomen dat deze bepaling een grondrecht inhoudt⁶². Dit is van groot belang, omdat een grondrecht een "subjektives öffentliches Recht" is. Slechts terzake van schending van zulke rechten heeft het rechtssubject toegang tot de rechter⁶³. Deze "Rechtsweggarantie" is niet formeel, doch vereist dat effectieve rechtsbescherming mogelijk moet zijn⁶⁴.

Opmerkelijk is dat in deze bepaling een aantal verbindingen is gelegd dat eerder in deze studie ook naar voren is gekomen. In de eerste plaats wordt het recht op toegang tot de rechter als een grondrecht beschouwd. In de tweede plaats het feit dat terzake van dit grondrecht het rechtssubject toegang tot de rechter heeft. De betekenis van dit grondrecht voor de rechtspraak is echter beperkt. Dit vloeit voort uit het feit dat voor het open stellen van de rechtsgang de wetgever dient op te treden. Juist omdat in de Bondsrepubliek -anders dan in Nederland- algemene administratiefrechtelijke rechtsbescherming mogelijk is gemaakt, zijn er over de toegang tot de rechter geen geschillen gerezen. Met andere woorden, door de wijze waarop het recht op toegang tot de rechter is uitgewerkt in de wetgeving bestaat er weinig behoefte aan directe toepassing van het grondrecht.

In Frankrijk heeft de administratieve rechter een belangrijke beslissing genomen, namelijk dat het beroep op de administratieve rechter in het "recours pour excès de pouvoir" altijd open staat, ook al sluit de wet beroep op de rechter in het algemeen uit. Het "recours pour excès de pouvoir" staat altijd open, omdat het gaat om een "recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le

61. Art 10 , tweede lid, betreft de inbreuk op het brief-, post- en telecommunicatiegeheim.

62. Vgl. Maunz, Dürig, Grundgesetz Kommentar, Munchen, losbladig, aantekening 2 bij artikel 19, vierde lid.

63. Vgl. Brenninkmeijer, a.w. (noot 48) p. 81 e.v. en p. 170 e.v.

64. Maunz, a.w. (noot 49), aantekening 12 bij artikel 19, vierde lid.

respect de la légalité"⁶⁵. Ook voor Frankrijk geldt dat op dit punt weinig jurisprudentie voorhanden is, omdat algemene administratieve rechtspraak mogelijk is gemaakt.

De verwijzing van de Conseil d'Etat naar "le respect de la légalité" is opmerkelijk. Uit de rechtsstaatsgedachte vloeit, zo zou men deze uitspraak kunnen uitlegen, steeds voort dat het rechtssubject toegang tot de rechter behoort te hebben. Uit het oogpunt van concurrente besluitvorming is dit een interessante uitspraak, omdat de wetgever had bepaald dat de betreffende overheidsbeslissing "ne peut faire l'objet d'aucun recours administratif ou judiciaire". Ondanks deze wilsuiting van de wetgever baseert de rechter zijn bevoegdheid op het ongeschreven recht: de "principes généraux".

Deze korte blik⁶⁶ over de grenzen leert dat het recht op toegang tot de rechter in het administratieve recht in de Bondsrepubliek Duitsland en Frankrijk op geheel verschillende wijze is gewaarborgd. In de Bondsrepubliek is in de grondwet een grondrecht terzake opgenomen, terwijl de Franse rechter het recht op toegang tot de rechter als ongeschreven rechtsbeginsel aanvaard heeft. Tegelijkertijd kan worden vastgesteld dat noch het grondrecht in de Bondsrepubliek Duitsland, noch het algemene rechtsbeginsel in Frankrijk veel jurisprudentie oplevert. Een verklaring hiervoor is dat de administratiefrechtelijke rechtsbescherming in beide landen algemeen is ingericht: er bestaan geen inbreuken op het grondrecht of het algemene rechtsbeginsel. Het beroep op de Kroon in het Nederlandse administratieve recht stuit wellicht daarom op onbegrip in deze beide landen. De jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de mens in de zaak Benthem kan in dit licht begrepen worden. De jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de mens vertoont in zoverre grote overeenkomst met die van de Conseil d'Etat in de hierboven besproken uitspraak, dat ook het Europese Hof voor de Rechten van de mens de toegang tot de rechter fundeert in de rechtsstaatsgedachte⁶⁷. In internationaal verband blijkt Nederland een ander uitgangspunt te hanteren: het uitgangspunt van algemene administratiefrechtelijke rechtsbescherming is in ons land (nog) niet aanvaard. Door de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de mens komt aan het licht dat Nederland hiernee op het verkeerde spoor zit. In de volgende paragrafen zal nagegaan worden waar dit verkeerde spoor in het Nederlandse recht gevormd is.

65. C.E. 17 februari 1950, Recueil Lebon 110 (Dame Lamotte); Vgl. B. Jeanneau, Les principes généraux du droit, dans la jurisprudence administrative, Parijs 1954, p. 69 e.v. en J.-P. Chaudet, Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse, Parijs 1967, p. 209 e.v. Vgl. over deze uitspraak ook: Brenninkmeijer, a.w. (noot 48), p. 35.

66. Verwezen zij naar de meer omvattende beschrijving van de administratiefrechtelijke rechtsbescherming in de Bondsrepubliek Duitsland en Frankrijk in: Brenninkmeijer, a.w. (noot 48).

67. Zaak Golder (noot 38).

6.3.6. De codificatie van het recht op toegang tot de rechter

Eerder is gebleken dat voor de bepaling van de inhoud van het recht op toegang tot de rechter, concurrente besluitvorming belangrijk is. De wetgever mag niet eenzijdig inhoud van het recht op toegang tot de rechter bepalen. Bij de keuze voor een bepaalde wijze van codificeren van het grondrecht moet steeds bezien worden welke bijdrage een bepaalde vorm van codificatie heeft voor de concurrente besluitvorming. Vooropgesteld moet worden dat aan de wetgever het initiatief toekomt ten aanzien van de codificatie van het recht op toegang tot de rechter als zodanig. Of het nu gaat om vastlegging in een verdrag, in de Grondwet of in gewone wetgeving, steeds is tussenkomst van de wetgever vereist. In verdragsteksten en in de Grondwet kunnen rechtsnormen opgenomen worden die ook bindend zijn voor de wetgever. Op het niveau van gewone wetgeving beschikt de wetgever over een ruime discretionaire bevoegdheid. De rechter kan eventueel een taak krijgen bij de bepaling van de omvang van de toegang tot de rechter door toetsing van de wet aan verdragsbepalingen en -als het constitutionele toetsingsverbod niet zou gelden- aan grondwetsbepalingen. Voorts heeft de rechter een taak bij de uitleg van wettelijke bepalingen.

In het Nederlandse recht is door het bestaan van enerzijds het toetsingsverbod van de wet in formele zin aan de Grondwet en anderzijds de toekenning aan de rechter van een toetsingsbevoegdheid van de wet in formele zin aan rechtstreeks werkende verdragsbepalingen de positie van de rechter ambigu. Opname van een grondrecht in een rechtstreeks werkende verdragsbepaling impliceert dat de rechter bevoegd is de wet in formele zin (en ook gewone wetgeving) buiten toepassing te laten wanneer strijd wordt aangenomen tussen de verdragsbepaling en een wettelijke bepaling. Opname van een grondrecht in de Grondwet heeft echter niet tot gevolg dat de rechter tot toetsing mag overgaan. Wanneer in een verdrag is voorzien in een individueel klachtenrecht, zoals in het Europees Verdrag, of in een andere vorm van rechtsbescherming, zoals in het kader van de Europese Gemeenschappen, dan is een internationale rechter bevoegd te oordelen over de verdragschending door de Nederlandse staat, bij voorbeeld door bepaalde wetgeving. Deze structuur van ons constitutionele recht moet bij de bespreking van de codificatie van het recht op toegang tot de rechter in het oog gehouden worden.

6.3.7. Codificatie in verdragsrecht

Bij de codificatie van het recht op toegang tot de rechter in verdragsbepalingen kan uitgegaan worden van de thans voorliggende verdragen, met name het Europese Verdrag en het Internationaal Verdrag, omdat er vooralsnog geen wijzigingen van deze verdragen verwacht mag worden.

Bij de bespreking van de codificatie van het recht op toegang tot de rechter in verdragsbepalingen in hoofdstuk 3 zijn de volgende punten naar voren gekomen. In de eerste plaats blijkt er een opmerkelijk verschil te zijn tussen artikel 6 van

het Europees Verdrag en artikel 14 van het Internationaal Verdrag⁶⁸. Terzake van artikel 6 van het Europees Verdrag heeft het Europese Hof voor de Rechten van de mens rechtsprekende bevoegdheid. In het Internationale Verdrag is niet voorzien in rechtspraak⁶⁹. Het Europese Hof voor de Rechten van de mens heeft aangenomen dat in artikel 6 van het Europees Verdrag de toegang tot de rechter besloten ligt. Tegelijkertijd is deze toegang tot de rechter beperkt tot de geschillen die vallen onder de omschrijving "civil rights and obligations" (naast de geschillen over de oplegging van straffen). In artikel 14 van het Internationaal Verdrag is geen recht op toegang tot de rechter vastgelegd, maar aan de andere kant hebben de in die bepaling vastgelegde waarborgen voor een eerlijk proces wel een ruim geldingsbereik: voor elk rechtsgeding voor een onafhankelijke rechter gelden deze waarborgen.

In de tweede plaats kan worden vastgesteld dat de Nederlandse rechter zich voorsnog terughoudend heeft opgesteld bij de toepassing van grondrechten in verdragsbepalingen. Daar begint wijziging in te komen⁷⁰. Zeker is dat nu het Europese Hof voor de Rechten van de mens de grenzen van artikel 6 van het Europees Verdrag aan het trekken is, de Nederlandse rechter meer duidelijkheid verkrijgt over de uitleg van deze bepaling. De Nederlandse rechter heeft daarentegen steeds te waken voor een "nationale uitleg" van verdragsbepalingen⁷¹. Dat wil zeggen dat een te ruime toepassing door de nationale rechter van verdragsrecht, wetgeving die in overeenstemming is met het verdragsrecht kan blokkeren. Aangezien in het Internationale Verdrag niet voorzien is een beroep op een onafhankelijke rechter kan het langer duren voordat de uitleg van artikel 14 op internationaal niveau gestalte heeft gekregen. De toepassing van artikel 14 van het Internationaal Verdrag is tot nu toe beperkt geweest⁷².

In de derde plaats is naar voren gekomen dat de codificatie van het recht op toegang tot de rechter op internationaal niveau niet zonder meer maatgevend kan zijn voor de voor Nederland gewenste omvang van de toegang tot de rechter. De reden hiervan is dat bij codificatie op internationaal niveau een maatstaf geformuleerd moet worden die van toepassing kan zijn op vele verschillende rechtssystemen. Voor het strafrecht hoeft dit niet zoveel problemen te geven. De verschillen in strafrechtelijke rechtsbescherming zijn tussen de verschillende staten minder groot. Vandaar dat in de verdragsteksten vrij uitvoerig waarborgen zijn geformuleerd voor de toegang tot de rechter in het strafrecht. Ook voor het burgerlijke recht zijn in het algemeen waarborgen vastgelegd. Het probleem ligt op het terrein van de rechtsbescherming tegen de overheid. De bijzondere status van de overheid in het

68. Zie par. 3.2.10.

69. Zie over het verschil in betekenis van de wijze van handhaving : E.A. Alkema, a.w. (noot 12).

70. Alkema, a.w. (noot 51).

71. E.A. Alkema, *Studies over Europese grondrechten*, Deventer 1978, p. 250 e.v. Zie voor een voorbeeld: A.F.M. Brenninkmeijer, *De vaste-deskundige-procedure, Bestuurswetenschappen* 1982, p. 170.

72. Vgl. bij voorbeeld de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep inzake de vaste-deskundigeprocedure (CRvB 19 januari 1983, AB 218 en 219, RSV 1983, 112, 113 en 114). In deze uitspraken is geen aandacht geschonken aan deze bepaling, terwijl gesteld kan worden dat deze bepaling direct van toepassing is op deze procedure. Een schending van artikel 14 IV had dan ook aangenomen kunnen worden.

rechtsverkeer kan op velerlei verschillende manieren in de vormgeving van het recht op toegang tot de rechter tot uitdrukking worden gebracht. Dit werd duidelijk bij het concipiëren van artikel 14 van het Internationaal Verdrag⁷³. Gelet op de grote verschillen tussen de nationale rechtssystemen kon destijds moeilijk verwacht worden dat de rechtsbescherming op administratiefrechtelijk terrein in verdragsbepalingen op een bevredigende wijze gecodificeerd werd.

Opmerkelijk is dat het Europese Hof voor de Rechten van de mens uit de rechtsstaatsgedachte, die niet als zodanig normatief in het Europees Verdrag is vastgelegd, maar wel in de preambule genoemd wordt, het recht op toegang tot de rechter heeft afgeleid⁷⁴. Dit vormt een goed aanknopingspunt voor de benadering van de codificatie in de Grondwet in de volgende paragraaf.

6.3.8. Codificatie in de Grondwet

Bepaalde elementen van het recht op toegang tot de rechter zijn in onze Grondwet vastgelegd. In de eerste plaats valt het ius de non evocando te noemen (artikel 17). In de tweede plaats is als klassiek grondrecht het recht op rechtsbijstand in de Grondwet opgenomen (artikel 18, eerste lid). Ten derde is het recht op financiering van de rechtsbijstand als sociaal grondrecht erkend (artikel 18, tweede lid). Ten vierde is de toegang tot de rechter in verband met vrijheidsberoving gewaarborgd (artikel 15). Ten slotte is in artikel 112, eerste lid, en artikel 113 de rechtsmacht van de rechter ten aanzien van geschillen over burgerlijke rechten en de oplegging van vrijheidsstraffen en de berechting van strafbare feiten vastgelegd.

De betekenis van deze bepalingen voor de rechtsvorming door de rechter is niet gelijk. Het ius de non evocando kan door de rechter rechtstreeks worden toegepast. De belangrijkste veronderstelling van deze bepaling is wel dat de wetgever toegang tot de rechter heeft geopend. Een rechtsnorm voor de wetgever is in deze bepaling niet zozeer te vinden. Een uitzondering vormt wellicht de toekenning van een discretionaire bevoegdheid aan een bestuursorgaan, die van invloed is op de toegang tot de rechter⁷⁵. Ook het recht op rechtsbijstand kan door de rechter worden toegepast. Een beperking vormt hier het toetsingsverbod, voor zover de wetgever rechtsbijstand in de wet in formele zin zou uitsluiten. Voor de overige bepalingen geldt dat tussenkomst van de wetgever vereist is. De rechtsbijstand in financieel opzicht en de rechterlijke organisatie en het procesrecht vereisen wettelijke regeling. Het gevolg is dat de rechter primair gebonden is aan deze wetgeving. Dit blijkt duidelijk uit de jurisprudentie van de Hoge Raad op artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie. Terzake van het procesrecht kan de rechter door interpretatie zijn rechtsmacht in de concrete processuele situatie met meer vrijheid bepalen. Hier ontstaat enige ruimte voor rechterlijke oordeelsvorming, die als concurrente besluitvorming kan worden opgevat.

73. Zie par. 3.2.5.

74. Zie par. 3.2.9. e.v.

75. Brenninkmeijer, a.w. (noot 33).

Ten aanzien van de Grondwet kan de vraag gesteld worden of de geldende regeling bevredigend is. Daarbij kunnen de eerder geconstateerde knelpunten in het bijzonder in aanmerking genomen worden: democratie, bestuursbelang en financiële belangen. Zou het per se gewenst zijn de toegang tot de rechter in een algemene grondrechtsbepaling in de Grondwet op te nemen? Deze vraag kan niet zonder meer bevestigend beantwoord worden. Deze standpuntbepaling kan gemotiveerd worden aan de hand van de inzichten die voortvloeiden uit de vergelijking met de regeling in de Bondsrepubliek Duitsland en Frankrijk hiervoor. Voorop gesteld kan worden dat met name de administratiefrechtelijke rechtsbescherming een knelpunt vormt. Terzake van burgerlijke rechten en het opleggen van straffen is ook in Nederland in ruime zin toegang tot de rechter mogelijk. In het Grundgesetz van de Bondsrepubliek is ter zake van overheidshandelingen een algemene bepaling opgenomen. De betekenis van deze bepaling voor de rechtspraak is gering. De "Rechtsweggarantie" vindt uitwerking door de in de wet geregelde toegang tot de rechter in het administratieve recht. Dat geen schendingen zijn aangenomen van de grondwettelijke bepaling vloeit voort uit het feit dat in dit land algemene administratiefrechtelijke rechtsbescherming is ingevoerd. In Frankrijk is geen grondrecht terzake van de toegang tot de rechter in de Constitution opgenomen. De algemene administratieve rechtsbescherming is gebaseerd op de constitutioneelrechtelijk gewaarborgde instelling van de Conseil d'Etat als onder meer rechtsprekend college en de gewone wetgeving waarin algemene administratieve rechtsbescherming is ingevoerd. Ten slotte heeft de administratieve rechter de stap gezet de toegang tot de rechter te baseren op het ongeschreven recht. In beide landen blijkt dat niet zozeer een algemeen in de grondwet vastgelegde toegang tot de rechter van doorslaggevende betekenis is. Voor Nederland zou hetzelfde resultaat bereikt kunnen worden door na artikel 112 in de Grondwet een bepaling op te nemen, waarin aan de wetgever wordt voorgeschreven dat een administratiefrechtelijk college -of welke onafhankelijke rechter dan ook- exclusieve⁷⁶ rechtsprekende bevoegdheid heeft in administratiefrechtelijke geschillen. Deze bepaling draagt niet het karakter van een grondrecht, doch de uitwerking ervan op de concurrente besluitvorming ten aanzien van de toegang tot de rechter zou beduidend kunnen zijn. De wetgever zou verplicht zijn om in de organieke wetgeving de rechterlijke organisatie aan te passen. Voorts zou aan deze organisatie, op gelijke wijze als dit ten aanzien van de strafrechter en de burgerlijke rechter is geschied, een in algemene termen omschreven bevoegdheid toegekend moeten worden. De gewone rechter is in staat om op grond van artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie, artikel 1401 BW en artikel 289 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering -mede door interpretatie- een zeer ruime toegang tot de rechter te verlenen. Hier kan gesproken worden van concurrente besluitvorming. Eerder is gebleken dat de rechter ook op strafrechtelijk terrein een zeer ruime toegang tot de rechter kan realiseren, desnoods in kort geding. De kern van de zaak is dat kennelijk geen recht op toegang tot de rechter als grondrecht noodzakelijk is. Als de wetgever algemene exclusieve rechtsmacht

76. Vgl. par 2.4.1.

toekent aan de rechter, dan kan deze -in concurrente besluitvorming- het recht op toegang tot de rechter nader gestalte geven. Hiermee wordt ook aansluiting gevonden bij de rechtspraak van de Franse administratieve rechter. Bij de uitoefening van zijn algemene bevoegdheid in het "recours pour excès de pouvoir" heeft deze rechter zich baserend op een in de rechtsstaatsgedachte wortelend algemeen rechtsbeginsel van toegang tot de rechter bevoegd geacht kennis te nemen van geschillen, zelfs in de situatie dat de wetgever dit uitsloot⁷⁷. Ook wordt aansluiting gevonden bij de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de mens, voor zover deze het recht op toegang tot de rechter gefundeerd heeft in de rechtsstaatsgedachte⁷⁸.

Op deze wijze beschouwd kan worden gesteld, dat het probleem niet zozeer is dat in de Nederlandse Grondwet geen recht op toegang tot de rechter is erkend, doch dat niet algemeen is aanvaard dat in het administratieve recht het rechtssubject toegang tot de rechter heeft. Het gevolg hiervan is geweest dat er een sterk verbrokkelde en niet uniforme rechtsbescherming is gegroeid, die zeker voor zover geen beroep openstaat op een onafhankelijke rechter, de toets der kritiek niet kan doorstaan⁷⁹. De administratieve rechters zijn door de wetgever gebonden aan bevoegdheidsbepalingen die weinig ruimte laten voor interpretatie door de rechter. Een uitspraak als die van de Franse Conseil d'Etat is in Nederland van de administratieve rechter dan ook niet te verwachten.

Uit het bovenstaande vloeit voort dat drie punten van belang zijn voor de codificatie van het recht op toegang tot de rechter. In de eerste plaats is het van belang dat de Grondwet voorschrijft dat de rechter exclusieve rechtsmacht krijgt terzake van overheidshandelingen⁸⁰. In de tweede plaats zouden onze rechterlijke organisatie en het procesrecht, vastgelegd in de wet in formele zin, zodanig moeten worden ingericht, dat de rechter die bevoegd is in administratiefrechtelijke geschillen, de ruimte heeft om uitleg te geven aan zijn bevoegdheid, zodanig dat zonder lacunes rechtssubjecten toegang tot de rechter hebben. In de derde plaats zou de rechter zich moeten oriënteren op het uit de rechtsstaatsgedachte voortvloeiende beginsel van de toegang tot de rechter. De jurisprudentie van de Hoge Raad zou hierbij een voorbeeld kunnen zijn. Herinnerd wordt aan de betekenis voor het recht op toegang tot de rechter van de opvatting van de Hoge Raad, aan het begin van deze eeuw geformuleerd, dat ook de overheid als zodanig onrechtmatig in de zin van artikel 140I BW kan handelen. Met deze standpuntbepaling is tevens de grondslag gelegd voor de bespreking van de codificatie in de gewone wetgeving en voor die van de betekenis van het ongeschreven recht in de volgende paragrafen.

Voordat deze stap gezet wordt, wordt eerst nog een blik geworpen op het uitgangspunt van deze studie zoals dat geformuleerd is in het vierde hoofdstuk⁸¹. Gesteld werd dat een vruchtbare behandeling van het recht op toegang tot de rech-

77. Brenninkmeijer, a.w. (noot 48), p. 35.

78. Zaak Golder (noot 38).

79. Zaak Benthem (noot 37).

80. Eventueel tenzij deze vallen onder de thans geldende rechtsmacht van de gewone rechter.

81. Par. 4.1.1.

ter slechts mogelijk was, wanneer niet de vraag aan de orde wordt gesteld wanneer rechtssubjecten wél toegang tot de rechter behoren te hebben, doch wanneer de vraag is wanneer dit niet nodig is. Het hier geformuleerde standpunt correspondeert hiermee. Het grote verschil tussen de rechtsbescherming in het burgerlijke recht en het strafrecht enerzijds en het administratieve recht anderzijds is juist daarin gelegen, dat voor de eerstgenoemde rechtsgebieden door de opzet van de rechterlijke organisatie en de bevoegdheidsregeling de toegang tot de rechter het uitgangspunt is. Voor het administratieve recht geldt echter het omgekeerde: er is in beginsel géén toegang tot de rechter, tenzij de wet een bijzonder rechtscollege bevoegdheid gegeven heeft.

Deze benadering van het recht op toegang tot de rechter hoeft niet uit te sluiten dat in de Grondwet tevens in de vorm van een grondrecht in het algemeen de toegang tot de rechter gecodificeerd wordt. Het zou dan echter om een vrij algemeen geformuleerde intentieverklaring moeten gaan, die overeenkomt met het eerder geformuleerde beginsel⁸². De waarde van deze codificatie zou echter beperkt zijn omdat de bepaling moeilijk normatief zou kunnen vastleggen welke grenzen de wetgever in acht zou moeten nemen bij het codificeren van het recht op toegang tot de rechter. Wel zou de rechter eventueel een dergelijke bepaling als uitgangspunt kunnen kiezen voor rechtsvinding terzake van de toegang tot de rechter.

6.3.9. De codificatie in de gewone wetgeving

In de vorige paragraaf is geconstateerd dat er een beslissend verschil is tussen de competentiebepaling van de gewone rechter en die van administratieve rechters in de wet in formele zin. Op basis van artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie, artikel 1401 BW en artikel 289 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is de gewone rechter in staat gestalte te geven aan het recht op toegang tot de rechter. De administratieve rechter is in dit opzicht gehandicapt. De administratieve rechters zijn gebonden aan strikte bevoegdheidsregelingen, die weinig of geen ruimte laten voor uitbreiding van rechtsmacht die in concreto noodzakelijk kan zijn op grond van de rechtsstaatsgedachte. Ook bij voorbeeld de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State toont dat aan deze meer algemeen bevoegde administratieve rechter door de opzet van de Wet Arob weinig interpretatieruimte is gelaten. De uiterste grenzen van de interpretatieruimte worden gevormd door het mede in behandeling nemen van geschillen tegen het weigeren een beschikking te nemen en het aanmerken van de aanzegging van politiedwang als beschikking.

Voor de overige administratieve rechters is dit beeld nog ongunstiger. De raden van beroep en de Centrale Raad van Beroep worden bij voorbeeld op het terrein van het sociale zekerheidsrecht strikt gebonden aan kennisneming van geschillen tegen voor beroep vatbare beslissingen. Heeft de wetgever een bepaalde beschikking niet aangemerkt als een voor beroep vatbare beslissing, bij voorbeeld het uitblijven

82. Par. 4.1.2.

van een beslissing, dan kan de rechter geen kennis nemen van een geschil terzake. Op dit punt wordt wel een zeer groot vertrouwen in de wetgever gesteld. Het is zelfs voorgekomen dat in een uitkeringswet vergeten was beroep open te stellen. De Centrale Raad van Beroep heeft toen echter op grond van de parlementaire behandeling aangenomen dat deze rechter (en in eerste instantie de raad van beroep) rechtsmacht had⁸³. Deze jurisprudentie vormt echter een uitzonderlijk voorbeeld van rechtsvorming ten aanzien van de toegang tot de rechter door de administratieve rechter.

6.3.10. De betekenis van het ongeschreven recht

In de voorgaande paragrafen is op een drietal punten de betekenis van het ongeschreven recht voor de toegang tot de rechter aan de orde gekomen. In rechtsvergelijkend perspectief is gewezen op de jurisprudentie van de Conseil d'Etat, waarbij deze op grond van een "principe général", de algemene toegang tot de administratieve rechter in het "recours pour excès de pouvoir" heeft aangenomen. In de tweede plaats is de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de mens besproken, waarin deze rechter het recht op toegang tot de rechter mede afleidt uit de rechtsstaatsgedachte. In de derde plaats is gewezen op de jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin deze rechter impliciet op basis van de rechtsstaatsgedachte zijn rechtsmacht ook in geschillen met de overheid ruim heeft uitgelegd.

Aan de rechtsstaatsgedachte als fundament voor het beginsel van de toegang tot de rechter wordt in deze studie een belangrijke betekenis toegekend. De vraag kan rijzen of het verantwoord is zo'n grote waarde aan het ongeschreven recht toe te kennen, met name waar het gaat om de verhouding tussen twee constitutioneelrechtelijke instellingen als het democratische bestuur⁸⁴ en de rechter. Bij deze vraag kunnen een aantal kanttekeningen geplaatst worden.

In de eerste plaats kan erop gewezen worden dat grondrechten als zodanig in een rechtsorde ook een bijzondere plaats hebben. De verhouding tussen wetgever en rechter in de zin van de grensbepaling van de wetgevende bevoegdheid van de wetgever kan door grondrechten worden afgebakend. Grondrechten vormen echter zelden een exact toetsingskader. Eerder is betoogd dat grondrechten open rechtsnormen zijn, die bij hun toepassing door de rechter nader invulling krijgen. Met andere woorden, de grondrechten, die van groot belang zijn voor de verhouding rechter wetgever, laten interpretatieruimte aan de rechter. Deze jurisprudentie vormt een rechtsbron waarvan de functie die van reguliere wetgeving benadert.

In de tweede plaats kan gewezen worden op de ontwikkeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de jurisprudentie van de rechter. Bij het overzien van de rechtsontwikkeling in deze eeuw blijken de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een hoeksteen te vormen bij de rechtsbescherming tegen op dis-

83. CRvB 3 december 1974, RSV 1975, 148.

84. Het "democratische bestuur" vormt als zodanig geen constitutioneelrechtelijke instelling. Eerder is echter betoogd dat wetgever en bestuur in één verband functioneren, dat zo hecht is dat deze terminologie verantwoord is. Het democratische bestuur vormt in constitutioneelrechtelijk opzicht een organencomplex.

cretionaire bevoegdheden berustende overheidshandelingen door een onafhankelijke rechter. Gesteld kan worden dat de administratiefrechtelijke rechtsbescherming een ook uit constitutioneelrechtelijk oogpunt belangrijk fenomeen- zich mede baseert op jurisprudentierecht.

Ten slotte wordt erop gewezen dat de verhouding tussen de constitutioneelrechtelijke instelling niet steeds volledig in de Grondwet is vastgelegd. Het belangrijkste fundament van het parlementaire stelsel, de vertrouwensregel, is ongeschreven recht.

Op grond van het voorgaande zou eerder het omgekeerde kunnen worden gezegd er zijn binnen de constitutionele ordening rechtsverhoudingen aan te wijzen die zo complex zijn dat deze zich niet lenen voor een integrale regeling in de Grondwet. Slechts de flexibiliteit en subtiliteit van een rechtsontwikkeling op grond van ongeschreven recht (of jurisprudentierecht) is passend voor deze verhoudingen. Met name de verhouding tussen regering en parlement en tussen democratisch bestuur en rechter lenen zich niet voor volledige normering in de Grondwet⁸⁵.

85. Van der Hoeven, a.w. (noot 7), p. 157 e.v.

7 DE TOEPASSING VAN HET RECHT OP TOEGANG TOT DE RECHTER

7.1. Inleiding

In dit hoofdstuk wordt ter afronding van deze studie een aantal knelpunten besproken die in het Nederlandse recht ten aanzien van de toegang tot de rechter bestaan. Deze knelpunten zijn in hoofdstuk 5 opgespoord door de inventarisatie van de belangen die een beperking van de toegang tot de rechter kunnen rechtvaardigen. Het doel van deze bespreking is te laten zien dat de visie op de toegang tot de rechter, zoals die in de loop van deze studie is ontwikkeld, bruikbaar is voor het oplossen van problemen in verband met de toegang tot de rechter. Aldus wordt tevens een drietal in dit verband actuele onderwerpen aan de orde gesteld.

Eerder is gesteld dat onder de belangen die een beperking van de toegang tot de rechter kunnen rechtvaardigen, er drie zijn die als knelpunt kunnen worden aangemerkt. Het betrof de belangen die uit de democratische besluitvorming voortvloeien, het bestuursbelang en het belang van de afweging ten opzichte van economische of financiële belangen. Democratische besluitvorming leidt tot besluiten die in ons recht slechts in beperkte mate of niet aan de rechter kunnen worden voorgelegd. Dit is het gevolg van de uitsluiting van rechtstreeks beroep tegen algemene rechtsnormen en in het bijzonder van de uitsluiting van constitutioneel toetsingsrecht. Deze onderwerpen zullen in het eerste deel van dit hoofdstuk aan de orde komen. Het bestuursbelang leidt ertoe dat overheidshandelingen in het algemeen een bijzondere plaats in onze rechtsorde innemen. Voor de toegang tot de rechter heeft dit verschillende gevolgen. De belangrijkste gevolgen betreffen het beroep op de Kroon en de versnipperde opzet van de administratiefrechtelijke rechtsbescherming. In het tweede deel van dit hoofdstuk zullen aan de hand van de voorstellen van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie een aantal kritische kanttekeningen bij deze situatie geplaatst worden. Ten slotte wordt aandacht geschonken aan een moeilijk probleem. de afweging van economische belangen bij de inrichting van de rechtsbescherming in Nederland. Het budget voor de rechtsbescherming staat onder druk. Vormt dit budget een begrotingspost die op gelijke wijze benaderd kan worden als andere posten op de begroting? Deze vraag zal ontkenkend worden beantwoord. Daarbij zal aandacht geschonken worden aan de voorstellen van de Commissie-Mulder inzake de vereenvoudigde afdoening van overtredingen van verkeersvoorschriften.

7.2. Democratische besluitvorming

Voordat nader ingegaan wordt op de uitsluiting van de toegang tot de rechter ten aanzien van de toetsing van de wet in formele zin aan de Grondwet en van het rechtstreeks beroep tegen algemene rechtsnormen, zal hier eerst in het algemeen besproken worden hoe democratische besluitvorming zich verhoudt tot rechtspraak.

De grondslagen voor deze bespreking zijn in de voorgaande hoofdstukken gelegd. In hoofdstuk 4 is de plaats van de rechter in onze constitutionele rechtsorde bepaald. Gebleken is dat door een aantal ontwikkelingen in de constitutionele verhoudingen de plaats van de rechter ten opzichte van de situatie zoals Montesquieu deze gewenst achtte, gewijzigd is. In de eerste plaats heeft er zich als het ware een fusie voorgedaan tussen de wetgevende en de uitvoerende macht. Deze fusie heeft een tweetal achtergronden. De maatschappelijke grondslag van regering en parlement is identiek, de politieke partijen. Door deze gemeenschappelijke grondslag is de polariteit tussen regering en parlement gaan vervagen. Er is sprake van de vorming van "het democratische bestuur" dat door wet, besluit of beleid inrichting geeft aan de samenleving. De formele structuur van de produkten van het democratische bestuur kan verschillen. De wet in formele zin komt tot stand door samenwerking tussen regering en parlement, terwijl gedelegeerde wetgeving door de regering of een minister wordt gegeven. Het beleid wordt door de regering geformuleerd. Door de werking van het parlementaire stelsel heeft echter het parlement ook ten aanzien van bij voorbeeld lagere wetgeving en beleid invloed.

In de tweede plaats is ook het produkt van het democratische bestuur veranderd. Door de veranderde taak van de overheid in de verzorgingsstaat is het recht steeds beleidsmatiger van inhoud geworden. Naast het traditionele orderingsrecht zijn er belangrijke terreinen van onze samenleving waarvoor de overheid regulerend is opgetreden. Het gevolg van deze ontwikkeling is geweest dat de door Montesquieu getrokken scheidslijn tussen recht en politiek is gaan vervagen. Het recht (als complex van wetgeving, bestuurshandelingen en beleid) is de uitdrukking van politieke wilsvorming door het democratische bestuur. De rechter kan bij belangenconflicten over de toepassing van dit recht niet meer kleurloos terzijde staan. Ook daarom kan niet meer gezegd worden dat de rechter "la bouche de la loi" is.

Deze ontwikkelingen zijn van directe invloed op de plaats van de rechter in onze constitutionele rechtsorde. Door de fusie tussen de wetgevende en de uitvoerende macht is de rechter geplaatst tegenover het democratische bestuur en vormt hij als zodanig een tegenkracht in onze rechtsorde. Eerder is dit al aangeduid als concurrente besluitvorming door de rechter en het democratische bestuur. Opmerkelijk is daarbij dat de maatschappelijke grondslag van de rechter en van het democratische bestuur wél verschillend is. De rechter heeft geen binding met politieke partijen. Hij is in dat opzicht onafhankelijk. Daarmee rijst direct het probleem van de legitimatie, in de zin van althans globale aanvaardbaarheid in de samenle-

vingt van het rechterlijke oordeel. De legitimatie van de besluitvorming van het democratische bestuur gaat terug op de werking van de democratie. Op de legitimatie kan de rechter niet bogen. In de volgende paragraaf zal de legitimatie van zijn oordeel nader besproken worden.

7.2.1. De legitimatie van het rechterlijke oordeel

Op welke wijze is het rechterlijke oordeel gelegitimeerd? De rechter kan zijn oordeel niet in alle gevallen voldoende legitimeren door te verwijzen naar de wet die is toegepast. Daarvoor is de rechtsvindingstaak van de rechter te veel omvattend. Ook kan de rechter zijn besluitvorming niet legitimeren door een verwijzing naar zijn eigen maatschappelijke basis; die heeft de rechter juist niet. De rechter kan slechts stellen dat hij tot een rechtsvormend oordeel is gekomen waarbij hij niet de prioriteit heeft gegeven aan zijn eigen oordeel, doch aan een voortgaande rechtsontwikkeling in de actuele maatschappelijke context, dat wil zeggen het zich verder ontwikkelende normen- en waardenpatroon. Maar deze verwijzing is niet helemaal overtuigend. Er zijn geen criteria met behulp waarvan zij getoetst kan worden.

Aan de andere kant blijkt echter ook de legitimatie van de democratische besluitvorming niet zo gemakkelijk controleerbaar. Democratische besluitvorming is in zoverre gelegitimeerd, dat de rechtsgemeenschap daardoor als geheel vrij is van vreemde overheersing. De legitimatie van de democratische besluitvorming ten opzichte van het individu is niet vanzelfsprekend². Eerder is gewezen op de "januskop" van de democratie. Weliswaar wordt de vrijheid van de gemeenschap als geheel veilig gesteld, dat geldt echter niet voor de vrijheid van ieder individu. Ook democratische besluitvorming kan leiden tot een onaanvaardbare onderwerping van de individuele burger. Democratie betekent heerschappij van de meerderheid en deze heerschappij kan door het individu als onaanvaardbaar worden ervaren of zelfs als arbitrair. Naamate in onze samenleving de presterende functie van de overheid belangrijker wordt, en daardoor steeds vaker discretionaire bevoegdheden aan het bestuur worden toegekend³, krijgt het overheidshandelen -of dit nu in algemene dan wel in concrete rechtsnormen is vervat- een meer arbitrair karakter. De erosie van de legitimatie van de democratische besluitvorming die wellicht samenhangt met het op bepaalde terreinen van overheidszorg achterwege laten van algemene

1. A.M. Donner, Over legitimatie, Preadvies voor de staatsrechtconferentie 1974, Rotterdam, p. 31 e.v.

2. C.J.M. Schuyt, Ongeregeld heden, naar een theorie van wetgeving in de verzorgingsstaat, *Alpen a/d Rijn* 1982, p. 8 e.v.; C. Gusy, *Das Mehrheitsprinzip im demokratischen Staat*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 106/3, p. 329 e.v. en P. Favre, *La décision de majorité*, Parijs 1976.

3. Vgl. E.M.H. Hirsch Ballin, *De mens in de sociale rechtsstaat*, in: Overheidsbevoegden, opstellen uitgegeven ter gelegenheid van het 11de lustrum van de Katholieke Hogeschool te Tilburg, Deventer 1982, p. 26 e.v.

wetgeving, heeft een bredere uitwerking⁴. De algemene strafbaarstelling van moord geniet onveranderd algemene aanvaarding, doch de regulerende wetgeving ten aanzien van abortus lijkt weinig aansluiting te vinden bij de praktijk. In nog sterkere mate geldt dit voor belastingwetgeving en de maximum snelheid op snelwegen. De legitimatie van democratische besluitvorming mag niet worden verondersteld. In deze tijd blijkt deze legitimatie -na in zekere zin de euforie uit de jaren zestig- tanend⁵.

Juist het punt waarop de legitimatie van de democratische besluitvorming zwak is, is tevens dat punt waarop de legitimatie van het rechterlijke oordeel sterker is. In het proces kan het individu opkomen voor zijn eigen rechten. De rechter kan aan de hand van de grondrechten en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een bijdrage leveren aan de veiligstelling van de rechtspositie van een individu. En eventueel ook zonder deze vage normen kan de rechter ten aanzien van actuele niet in de wetgeving geregelde onderwerpen in zijn rechtspraak oplossingen geven⁶.

Op grond van het voorgaande kan worden gesteld dat noch democratische besluitvorming, noch rechterlijke besluitvorming kunnen bogen op afdoende legitimatie. Het is juist het samengaan van democratische besluitvorming én rechterlijke besluitvorming in de democratische rechtsstaat, waaruit de legitimatie voor de bejegening van het individu in onze complexe samenleving voortvloeit.

In deze context kan ook de betekenis van de concurrente besluitvorming verduidelijkt worden. Het democratische bestuur en de rechter hebben in onze constitutionele rechtsorde elk een eigen taak en eigen bevoegdheden. Het democratische bestuur heeft primair tot taak te komen tot politieke wilsvorming en eventueel in verband daarmee tot normstelling, de rechter heeft geen politieke taak, maar dient wel te komen tot rechtsvorming. Vanwege het vervagen van de grens tussen recht en politiek, hetgeen voortvloeit uit het meer beleidsmatige karakter van het overheidshandelen, kan de functie van de rechtsvorming door de rechter die van het democratische bestuur naderen⁷. De rechtspraak over het stakingsrecht vormt hiervan een voorbeeld, maar ook ten aanzien van de uitleg van de grondrechten en van de verdere ontwikkeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is deze ontwikkeling merkbaar.

Het democratische bestuur heeft een discretionaire bevoegdheid ten aanzien van de invulling van zijn taakuitoefening. De rechter heeft tot taak te controleren

4. Anders dan Hirsch Ballin (zie vorige noot) meen ik dat niet slechts op die terreinen van overheidszorg waar wordt afgezien van algemene regulering de legitimatie van overheidsbeslissingen tanend is, doch dat mede de legitimatie van de democratische besluitvorming als geheel aangetast wordt. Te denken valt hierbij aan de Stelselherziening, die -al is deze in algemene normen vastgelegd zodanig ingrijpt in de bestaande aanspraken dat zij door een grote groep rechtsgenoten als arbitrair wordt ervaren.

5. Vgl. A.F.M. Brenninkmeijer, De plaats van de rechter in onze constitutionele rechtsorde in De rechter als dictator, RAIO-Congresbundel 1987, Lochem 1987.

6. Bij voorbeeld stakingsrecht, leegstand van woningen en euthanasie.

7. Vgl. ten aanzien van de grondrechten A.M. Donner, Het beleid van de rechter ten aanzien van grond- en mensenrechten, in Grondrechten, Commentaar op hoofdstuk I van de herziene Grondwet, Nijmegen 1982, p. 42-43.

of het bestuur grenzen heeft overschreden die getrokken zijn in de fundamentele rechten van het individu. Maar de rechter staat voor het probleem dat deze grensbepaling nadere uitleg vraagt. Langs deze weg ontstaat een krachterspel tussen het democratische bestuur en de rechter waarvan de waarde schuilt in het subtiële evenwicht tussen beide krachten.

De rechter past het recht toe dat door het democratische bestuur gesteld is. Tegelijkertijd waakt de rechter over de grenzen die aan de machtsuitoefening door het bestuur zijn gesteld. Omdat deze grenzen niet scherp te trekken zijn, is er geen scherpe scheiding te maken tussen de taak van de rechter en die van het democratische bestuur. Voor een niet onbelangrijk deel is echter in ons constitutionele recht de verhouding tussen de rechter en het democratische bestuur gebaseerd op een scheiding tussen recht en politiek, tussen de taak van de rechter en die van het democratische bestuur. Juist vanwege het democratische gehalte van de besluitvorming wordt rechterlijke toetsing uitgesloten. Op grond van het hiervoor geconstateerde verschil in legitimatie van bestuur en rechter, en de samenhang tussen beide moet echter de uitsluiting van het beroep op de rechter ten aanzien van handelingen van het democratische bestuur met een beroep op het democratische gehalte van deze besluiten worden afgewezen. Met andere woorden, het democratisch gehalte van besluitvorming mag niet leiden tot uitsluiting van de toegang tot de rechter.

Rivero heeft voor de constitutionele verhoudingen in Frankrijk deze gedachte op een meer pregnante wijze tot uitdrukking gebracht. Hij stelt dat met de invoering van het constitutioneel toetsingsrecht in Frankrijk direct uitvoering is gegeven aan de rechtsstaatsgedachte, in die zin dat ook de wet -als het resultaat van democratische besluitvorming- onderworpen is aan de constitutie⁸.

7.2.2. De afwijzing van het toetsingsrecht

Bij de grondwetsherziening 1983 is het door de Staatscommissie Cals-Donner voorgestelde toetsingsrecht van de wet in formele zin aan de klassieke grondrechten afgewezen. Verwacht had mogen worden dat deze afwijzing -gelet op het principiële karakter ervan- uitvoerig gemotiveerd zou zijn. Het tegendeel is echter waar. Het heeft er alle schijn van dat de opsteller van de memorie van toelichting bij de uiteindelijke wetsvoorstellen deze kwestie behendig heeft weggedrukt⁹. Uiteindelijk blijkt het argument dat de rechter niet betrokken dient te worden in politieke strijdvragen de doorslag te hebben gegeven. In de literatuur valt enige teleurstelling te bespeuren¹⁰.

Uit de resultaten van deze studie blijkt dat deze argumentatie gebaseerd is op inzichten over de taak van de rechter die nog stammen uit de vorige eeuw. De

8. J. Rivero, Le Conseil Constitutionnel et les libertés Parijs 1984, p. 133 e.v.

9. In de kamerstukken worden de argumenten pro en contra niet meer genoemd, verwezen wordt naar eerdere stukken. Zie Kamerstukken II, 13 872, nr. 3, p. 13.

10. C.A.J.M. Kortmann, De grondwetsherziening 1983, Deventer 1983, p. 30 e.v. en A.K. Koekkoek en W. Konijnenbelt, Het raam van hoofdstuk 1 van de herziene grondwet, in Grondrechten, a.w. (noot 7), p. 11 e.v.

politiek blijft niet meer buiten de rechtszaal. Steeds vaker wordt de rechter geroepen in politiek gevoelige zaken een oordeel te geven dat niet zonder meer voortvloeit uit de wettelijke bepalingen. Belangrijker is echter dat geconstateerd moet worden dat bij de grondwetsherziening de vraag naar de noodzaak van constitutioneel toetsingsrecht niet serieus beantwoord is. Er moeten zwaarwegende argumenten aangevoerd worden om te verdedigen dat rechtssubjecten ter zake van de schending van grondrechten in de Grondwet géén toegang tot de rechter hebben. Vooropgesteld moet daarbij worden dat uit de rechtsstaatsgedachte voortvloeit dat rechtssubjecten wél toegang tot de rechter behoren te hebben, en juist ook ten aanzien van de schending van grondrechten. Het gevolg van deze weinig serieuze benadering van het probleem is dat de argumenten die gefundeerd tegen een beperkt toetsingsrecht zouden kunnen worden aangevoerd, niet aan de orde zijn gekomen. In rechtsvergelijkend perspectief valt het volgende op. In de Bondsrepubliek Duitsland heeft men het constitutionele toetsingsrecht aanvaard, doch tevens deze toetsing opgedragen aan een bijzonder rechtscollege¹¹, het Bundesverfassungsgericht. In Frankrijk is de constitutionele toetsing opgedragen aan een bijzonder rechtscollege, de Conseil Constitutionnel, en is bovendien de toetsing ingepast in de wetgevingsprocedure¹². Eerder is geconstateerd dat bij de beperking van de toegang tot de rechter onderscheid gemaakt kan worden tussen uitsluiting van de toegang tot de rechter en regulering van de toegang tot de rechter. De laatste vorm is veel minder ingrijpend. Bij de afwijzing van toetsingsrecht zou in ieder geval gemotiveerd moeten worden waarom een gereguleerde vorm van toetsingsrecht ook afgevoerd zou moeten worden. In de volgende paragraaf zullen naar aanleiding van de bevindingen van Prakke hierover een aantal opmerkingen worden gemaakt.

7.2.3. Bezwaren in verband met het toetsingsrecht

Vooropgesteld dient te worden dat het uitgangspunt dat Prakke heeft gekozen bij de benadering van het toetsingsrecht, niet kan worden overgenomen. Prakke stelt dat, omdat de invoering van het toetsingsrecht onvoorziene gevolgen kan hebben, slechts wanneer de huidige situatie op ernstige bezwaren stuit tot invoering ervan overgegaan zou moeten worden. Gelet op het voorgaande moet worden gesteld dat het uitgangspunt omgekeerd dient te zijn.

Het is waarschijnlijk mede een gevolg van de ontwikkelingen in de rechtspraak op nationaal en internationaal niveau in de laatste decennia dat de door Prakke gegeven argumenten tegen toetsingsrecht weinig overtuigingskracht meer hebben. Terecht stelt hij dat in bij voorbeeld de Bondsrepubliek Duitsland, de Verenigde Staten en Italië het constitutionele toetsingsrecht mede is ingevoerd teneinde de staatsstructuur te handhaven¹³. Voor de Bondsrepubliek speelt bij voorbeeld de verhouding tussen de Bond en de Landen een belangrijke rol. In Frankrijk komt

11. Vgl. T. Koopmans, Vergelijkend publiekrecht, Deventer 1978, p. 57 e.v.

12. Art. 61 Constitution, Rivero, a.w. (noot 8), p. 130 e.v. en L. Prakke, Toetsing in het publiekrecht, Assen 1972, p. 123 e.v.

13. Prakke a.w. (noot 12), p. 145.

aan het toetsingsrecht mede de functie toe de bijzondere verhouding tussen de president, de regering en het parlement te handhaven¹⁴. Dit sluit echter niet uit dat het toetsingsrecht mede een functie heeft ter bescherming van de rechten van individuele burgers. In Frankrijk heeft het toetsingsrecht zich in deze richting verder ontwikkeld¹⁵.

De belangrijkste argumenten van Prakke zijn echter van een andere aard. Hij stelt met een beroep op Struycken dat de reguliere rechter niet is geselecteerd om deze toetsende functie te vervullen. Dit is een punt dat overweging vraagt. Het is inderdaad zo dat het destijds door de Staatscommissie Cals-Donner voorgestelde toetsingsrecht van een verdergaande strekking is dan het toetsingsrecht in bij voorbeeld de Bondsrepubliek Duitsland, Frankrijk en de Verenigde Staten, omdat de gewone rechter toetsingsbevoegdheid zou krijgen en niet een bijzonder rechtscollege. In de terminologie die Prakke van Carl Schmitt heeft overgenomen, behelst het voorstel een diffuus systeem dat staat tegenover een geconcentreerd systeem¹⁶. Vastgesteld kan worden dat de vorm van regulering van de toegang tot de rechter door introductie van een geconcentreerd systeem aan het genoemde bezwaar tegemoet kan komen. Toch is het de vraag of ook anno 1986 nog gesteld kan worden dat de Nederlandse rechter -door de wijze van recrutering- niet geschikt zou zijn om toetsing uit te voeren. De kritiek op het functioneren van de rechter die in de jaren zestig en zeventig te horen was, is verstomd¹⁷. Bovendien is inmiddels gebleken dat de Nederlandse rechter ondanks het toetsingsverbod voor tal van vragen is komen te staan die naar hun aard niet verschillen van die, die zouden rijzen bij toetsing van de wet in formele zin. Geconstateerd kan worden dat de Hoge Raad inmiddels jurisprudentie vormt die de wet in formele zin opzij zet ten gunste van het Europese Verdrag¹⁸.

Belangrijker is wellicht het effect van de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de mens. Gebleken is dat door een consistente rechtsvinding op basis van het Europese Verdrag in rechtsvormende oordelen het Hof nationale wetgeving in strijd heeft geoordeeld met het Europees Verdrag. Langzaam begint het inzicht door te breken dat onze nationale wetgever kennelijk niet onfeilbaar is. De reactie van de Hoge Raad naar aanleiding van de voorstellen van de Commissie Cals-Donner, namelijk dat schendingen van grondrechten door formele wetgeving niet voorkomen, moet daarom als gedateerd beschouwd worden¹⁹. Het gaat er niet zozeer om dat bij constitutioneel toetsingsrecht het grote gevaar van een

14. M. Duverger, Eléments de droit public, Parijs 1981, p. 147 e.v.

15. Rivero, a.w. (noot 8).

16. Idem, p. 77.

17. Eindrapport van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie, deel I, 's Gravenhage 1984, p. 2-3. Een uitzondering vormt hierop wellicht de kritiek op een rechtbankpresident die zich niet kan onthouden van moraliserende oordelen. Dit vormt echter gelukkig een uitzondering. (Pres. Rb. Almelo 12 februari 1986, KG 135)

18. E.A. Alkema, Toepassing van de Europese Conventie voor de rechten van de mens, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van België en Nederland, Zwolle 1985.

19. Prakke, a.w. (noot 12), p. 142.

ontaarde democratie wordt gekeerd²⁰, maar er valt op een aantal punten wel wat bij te schaven aan ons nationale recht²¹.

Een ander punt vraagt echter nog de aandacht. Bij invoering van het toetsingsrecht moet er ook wel ruimte zijn voor de rechter om te toetsen. Gelet op de redactie van veel grondrechtenbepalingen in onze Grondwet valt er weinig te toetsen. Door de algemene regelingsopdracht aan de wetgever heeft deze ruime discretionaire bevoegdheden gekregen, die slechts in geringe mate beperkt worden door de inhoud van de geformuleerde grondrechten²². Bij invoering van constitutioneel toetsingsrecht zou bezien moeten worden in hoeverre de formulering van grondrechten aanpassing behoeft. Met name is het de vraag of in die grondrechtenbepalingen, ten aanzien waarvan thans de wetgever een meestal ongeclausuleerde regelingsbevoegdheid heeft²³, een beperking van de bevoegdheid van de wetgever in de Grondwet mogelijk is. Het eerste hoofdstuk van onze Grondwet stelt onnodig veel vertrouwen in de terughoudendheid van de wetgever.

7.2.4. De rechtstreekse toetsing van algemene rechtsnormen

De ontwikkelde visie op de verhouding tussen de rechter en het democratische bestuur leidt er tevens toe dat in beginsel rechtstreeks beroep tegen algemene rechtsnormen mogelijk zou moeten zijn. Omdat algemene rechtsnormen -niet zijnde de wet in formele zin- veelal niet afkomstig zijn van een vertegenwoordigend orgaan kan ternauwernood een beroep worden gedaan op het belang van de democratie bij de uitsluiting van beroep. Deze kwestie vraagt echter om een uitgebreide bestudering van het probleem in de context van de administratiefrechtelijke rechtsbescherming als geheel, omdat hierbij vele technisch-juridische problemen kunnen rijzen. Een dergelijke uitgebreide bestudering past niet in de opzet van deze studie. Hier wordt slechts aandacht aan dit probleem geschonken voor zover dit direct samenhangt met artikel 6 van het Europees Verdrag. Het opmerkelijke is namelijk dat deze bepaling toegang tot de rechter voorschrijft bij de vaststelling van iemands burgerlijke rechten en verplichtingen. Deze omschrijving is echter zo ruim dat niet per se uitgesloten moet worden geacht dat het Europese Hof voor de Rechten van de mens de vraag krijgt voorgelegd of rechtssubjecten niet direct in verband met de vaststelling van algemene rechtsnormen die bepalend zijn voor burgerlijke rechten en verplichtingen toegang tot de rechter zouden moeten hebben. Deze vraag is in de jurisprudentie van het Hof nog niet aan de orde gekomen²⁴. Gelet op de tot nog toe verrassende jurisprudentie van het Hof op artikel 6 van het Europees Ver-

20. Idem, p. 144.

21. G.J. Wiarda, De betekenis van het Benthem-arrest, in: Kroonberoep en artikel 6 ECRM, Deventer 1986, p. 7.

22. A.F.M. Breninkmeijer, Kernenergie, rechtsstaat en democratie, Zwolle 1983, p. 61.

23. Vgl. de artt. 2, 4, 7, 10, 11 en 15 Grondwet.

24. P.J.J. van Buuren verdedigt de stelling dat artikel 6 niet van toepassing is op geschillen over de vaststelling van algemeen verbindende voorschriften (De reikwijdte van "burgerlijke rechten en verplichtingen" in artikel 6 Europees Verdrag en het Kroonberoep, in: Kroonberoep, a.w. (noot 21), p. 21).

drag vallen er op dit punt geen voorspellingen te doen.

In het algemeen is het onjuist te stellen dat een rechtssubject niet door algemene rechtsnormen rechtstreeks in zijn belang getroffen kan zijn. De casus van het onrechtmatige wetgeving-arrest vormt hiervan een treffende illustratie²⁵.

7.3. Het bestuursbelang

Hetgeen hiervoor is gesteld over de gevolgen van democratische besluitvorming voor de toegang tot de rechter ten aanzien van handelingen van de wetgever, kan hier herhaald worden voor bestuurshandelen. Juist de osmose tussen wetgever en bestuur tot het democratische bestuur leidt ertoe dat beide een vergelijkbare plaats in onze rechtsorde hebben gekregen. In het algemeen kan niet worden gesteld dat, omdat het gaat om een handeling van het bestuur, het beroep op de rechter terzake van deze handelingen beperkt zou moeten worden. In de discussie over de opzet van de administratiefrechtelijke rechtsbescherming wordt het argument dat, omdat het gaat om handelingen van het bestuur, de toegang tot de rechter beperkt zou moeten zijn, niet gebruikt. Toch blijkt het als een impliciet argument te fungeren. In rechtsvergelijkend perspectief, bij voorbeeld met de Bondsrepubliek Duitsland en Frankrijk, rijst de vraag waarom in Nederland de administratiefrechtelijke rechtsbescherming zo verbrokkeld is opgezet en niet steeds door een onafhankelijke rechter wordt gegeven. Bij het beantwoorden van deze vraag kan niet over het hoofd gezien worden dat de bestaande Nederlandse situatie het bestuur een voordeligere en veiligere positie verschaft. In de volgende paragraaf zal dit punt eerst worden uitgewerkt. Daarna zal aandacht geschonken worden aan de voorstellen van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie.

7.3.1. De veilige positie van het bestuur

Eerder is geconstateerd dat een van de knelpunten met betrekking tot de toegang tot de rechter gevormd wordt door de wijze waarop de competentie van de administratieve rechters in de wet is bepaald. In de Grondwet ontbreekt een algemene exclusieve bevoegdheidsbepaling voor "de administratieve rechter". Dit hangt enerzijds samen met het feit dat de Grondwet ruimte laat voor administratief beroep en anderzijds met het feit dat de Grondwet de vele bijzondere opdrachten aan administratiefrechtelijke colleges dekt. Voorts is vastgesteld dat de administratieve rechters gebonden zijn aan vrij precies omschreven competenties.

Deze regeling van de rechtsmacht van administratieve rechters heeft een tweetal belangrijke consequenties. In de eerste plaats heeft het democratische bestuur op deze wijze bepaalde bestuurshandelingen uitgesloten van rechtsbescherming in een administratieve rechtsgang. Een volledige uitsluiting van rechterlijke toetsing is niet mogelijk, omdat de gewone rechter steeds een aanvullende rechtsbeschermende taak heeft. Deze aanvullende rechtsbescherming is echter niet adequaat. De

25. HR 24 januari 1969, NJ 316, maar zie ook HR 1 juli 1983, NJ 1984, 360 (Landelijke specialistenvereniging) en HR 16 mei 1986, AB 574 (Spuitsvliegen).

onrechtmatige-daadsactie leidt, zoals eerder werd geconstateerd, niet steeds tot het gewenste effect: het burgerlijke proces vereist procesvertegenwoordiging, is over het geheel genomen kostbaar voor het rechtssubject en ten slotte kan de gewone rechter vaak niet anders dan marginaal toetsen. De uitsluiting van beroep in een administratiefrechtelijke rechtsgang tegen bepaalde bestuurshandelingen werkt aldus feitelijk in het voordeel van het bestuur.

Een tweede gevolg van de opzet van deze administratiefrechtelijke rechtsbescherming is dat er specialisatie van administratieve rechters ontstaat. Deze specialisatie heeft ongewenste neveneffecten. In de eerste plaats leidt dit ertoe dat het administratieve recht als geheel moeizamer tot ontwikkeling komt. Nog niet voldoende onderzocht is bij voorbeeld de uitwerking van de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur door zoveel verschillende administratieve rechters²⁶. Bij een integrale toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur door de administratieve rechter op het administratieve recht zijn er belangrijke ontwikkelingen te verwachten²⁷. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn minder "algemeen" dan hun naam zou doen vermoeden²⁸. In de tweede plaats heeft de specialisatie tot gevolg dat de recrutering van rechters voor de onderscheiden rechtsgebieden bemoeilijkt wordt. In het sociale verzekeringsrecht is bij voorbeeld het aantal rechters dat afkomstig is uit de uitvoeringsorganisatie vrij hoog. Hetzelfde geldt voor de raadsheren in de belastingkamers van gerechtshoven, waaronder vrij veel oud-ambtenaren van de belastingdienst zijn te vinden. Deze wijze van recrutering kan -ongewild- tot een meer "bestuursminded" opstelling van de rechter bijdragen. Het belangrijkste gevolg van de Nederlandse opzet van de administratiefrechtelijke rechtsbescherming kan niet anders dan met een platitude aangeduid worden. De verdeling van de rechtsmacht leidt tot de ongewenste effecten van een "verdeel en heers"-politiek. Het gezag van iedere afzonderlijke administratieve rechter is te gering om volwaardig tegenspel te kunnen bieden aan het bestuur. Het opmerkelijke is dat belangrijke rechtsontwikkelingen op het terrein van het administratieve recht in een aantal gevallen nog steeds afhankelijk zijn van de rechtspraak van de gewone rechter²⁹.

Het belangrijkste probleem vormt het feit dat de voordelige positie van het

26. Vgl. A.F.M. Brenninkmeijer, interventie VAR 1985, Geschriften V.A.R. XCIII, p. 137, alsmede Kroniek jurisprudentie Centrale Raad van Beroep, Bestuurswetenschappen 1986, p. 205 e.v.

27. Vgl. A.F.M. Brenninkmeijer en H.R. Westra, Jurisprudentie Centrale raad van beroep in sociale verzekeringszaken 1981-1985, Bestuurswetenschappen 1986, p. 205. Inmiddels blijkt dat de zogenaamde redelijkheidstoetsing in de nieuwe Werkloosheidswet is komen te vervallen met als motivering dat deze toetsingsvorm niet past bij de taak van de administratieve rechter en bovendien dat deze toetsing kan samenvallen met die aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Kamerstukken II, 19 261, nr. 5. Dit onderwerp is in het genoemde kamerstuk in overwegende mate behandeld in de lijn van een nota die ik naar aanleiding van de Stelselherziening ten behoeve van het Ministerie van Justitie heb opgesteld.

28. Vgl. de in de vorige noot genoemde kroniek.

29. Bij voorbeeld inzake de aanpassing van de WWV aan de Europese richtlijn inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Het is opmerkelijk dat niet de Centrale Raad van Beroep, maar de gewone rechter hier de grenzen gesteld heeft, ondanks het feit dat de toepassing van de WWV valt binnen de rechtsmacht van de CRvB. (Pres. Rb. 's-Gravenhage 17 januari 1985, NJ 262).

bestuur in onze rechtsorde niet expliciet in de discussie wordt betrokken. Een duidelijk voorbeeld hiervan vormt de discussie over de waarde van het beroep op de Kroon. Telkens duikt het argument op dat het beroep op de Kroon als vorm van rechtsbescherming zo waardevol is³⁰, dit terwijl in rechtsvergelijkend perspectief dit argument volstrekt niet houdbaar is³¹. Het bestrijden van een niet uitgesproken argument is niet eenvoudig. Vandaar dat hier de stelling wordt geponeerd dat in Nederland bij het democratische bestuur weinig animo bestaat om de administratief-rechtelijke rechtsbescherming bevredigend te regelen, omdat dit meer vrijheid van handelen geeft aan het bestuur³².

Ten overvloedige wordt eraan herinnerd dat het bestuursbelang wel kan leiden tot een aantal legitieme beperkingen van de toegang tot de rechter. Als voorbeeld kan worden genoemd het feit dat het bestuur het "privilège du préalable" heeft, zodat de rechtsbescherming in het administratieve recht repressieve werking heeft, dit in tegenstelling tot het strafrecht waar de rechter preventieve controle uitoefent. Bij de bespreking van de voorstellen van de Commissie Mulder komt dit punt opnieuw aan de orde.

7.3.2. Herziening van de rechterlijke organisatie

De voorstellen van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie vormen een aanzet tot een verbetering van de administratiefrechtelijke rechtsbescherming in Nederland. De voorstellen kunnen als volgt kort worden samengevat. De bestaande rechtsgangen van de administratieve rechtspraak zouden worden geïntegreerd in een nieuwe rechterlijke organisatie, die zowel deze rechtspraak als de burgerlijke rechtspraak en de strafrechtspraak zou omvatten. Als uitgangspunt zou voorts dienen, dat er rechtspraak in twee feiteninstanties mogelijk moet zijn, alsmede cassatierechtspraak³³. Het behoeft geen betoog dat met de realisering van de voorstellen van de staatscommissie op een aantal essentiële punten een verbetering in de toegang tot de rechter in het administratieve recht bereikt kan worden. In de eerste plaats kan gewezen worden op de bevindingen uit het vorige hoofdstuk. Gesteld is dat niet zozeer de codificatie van het recht op toegang tot de rechter in de Grondwet van belang is, als wel een algemene exclusieve competentietoekenning aan de administratieve rechter. Door de voorgestelde integratie van de administratieve rechtspraak ligt de weg open om aan de administratieve rechters meer algemene bevoegdheden te geven. Het grote belang van de voorstellen van de Staatscommissie voor de administratieve rechtspraak ligt dan ook juist in de integratie van de administratieve rechtspraak³⁴.

30. Vgl. N.S.J. Koeman en M.L. Roes, Rechtsbescherming in de milieuwetgeving, Het Kroon/Arob-beroep, Vereniging voor Milieurecht 1985-1.

31. T. Koopmans, redactioneel, Rechtsgeleerd Magazijn Themis 1986, p. 1.

32. Vgl. J. van der Hoeven, Beperkingen bevoegdheid Afdeling rechtspraak zijn ineffectief en inefficient, Stcrt. 1986, 123.

33. Eindrapport van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie, deel I, 's-Gravenhage 1984.

34. Dit klinkt ook door in het commentaar van C.J.M. Mulders, Reorganisatie van de rechterlijke macht, Trema 1984, p. 305 e.v.

In de tweede plaats kan worden gesteld dat door de integratie van de administratieve rechtspraak het gezag van "de administratieve rechter" toeneemt. Dit schept ruimte voor een beter gefundeerde, maar ook vrijmoedigere rechtsvinding door de administratieve rechter. De eenheid van het administratieve recht wordt meer bevorderd en daaruit kan voortvloeien dat meer precies de rechtsplichten van de overheid vastgesteld worden.

Ondanks deze positieve bejegening van de voorstellen van de Staatscommissie moet worden geconstateerd dat niet te verwachten valt dat deze ook op korte of middellange termijn zullen worden gerealiseerd. Een aantal redenen is hiervoor aan te wijzen. In de eerste plaats zijn er waarschijnlijk aanzienlijke kosten gemoeid met een dergelijke reorganisatie. Gelet op de aanhoudende behoefte de collectieve uitgaven te beperken zal op politiek niveau de bereidheid om tot reorganisatie over te gaan gering zijn. In de tweede plaats valt er vanuit de bestaande rechterlijke organisatie een zekere weerstand te bemerken³⁵. Dat is begrijpelijk. We zijn zo vertrouwd met de bestaande structuur, dat de verlokkingen van een nieuw stelsel niet erg groot zijn. Ook daarom zal het een kwestie van geduld worden.

Met name het eerste punt vraagt nadere aandacht. Het thema financiële belangen is reeds eerder opgedoken bij de bespreking van de belangen die een beperking van de toegang tot de rechter kunnen rechtvaardigen. Hieronder zal daaraan nog expliciet aandacht geschonken worden. Op deze plaats wordt aandacht gevraagd voor een ander aspect van de kwestie van de reorganisatie van de rechterlijke macht, dat van belang zal zijn voor de afweging van het financiële belang tegen andere belangen. Uit de taakstelling en de taakopvatting van de Staatscommissie herziening rechterlijke organisatie blijkt dat onder voorbijgaan aan meer principiële vragen een voorstel ontwikkeld is. De toenmalige Minister van Justitie raadt de commissie aan "de taakomschrijving niet al te ruim op te vatten en zich met name te onthouden van vraagstukken van algemene aard die niet gerekend konden worden tot de organisatie van de rechtspleging in ruime zin"³⁶. De Staatscommissie heeft zich naar deze aanbeveling gevoegd. In de beschrijving van de taakopvatting van de Staatscommissie wordt overwogen dat uiteindelijk niet de plaats van de rechter in de samenleving centraal is geplaatst³⁷. Zonder hieraan direct een negatieve waarde toe te kennen, kan worden gesteld dat de voorstellen van de Staatscommissie gekenmerkt worden door een sterk pragmatische inslag. Op een andere grond kan een kritische kanttekening geplaatst worden bij de onderbouwing van de voorstellen van de Staatscommissie. Wat ontbreekt is een theoretische verkenning van de plaats van de rechter in ons constitutionele recht. Zoals uit deze studie blijkt, zijn op basis van een dergelijke verkenning krachtige argumenten aan te voeren die pleiten voor reorganisatie van de rechterlijke macht. En juist bij de afweging ten opzichte van het financiële belang kunnen deze argumenten niet gemist worden.

35. Vgl. bij voorbeeld E. Brederveld, *Herziening van de rechterlijke organisatie, De Gemeentestem* 1985, 6785.

36. Eindrapport, deel I, a.w. (noot 17), p. 2.

37. Idem, p. 3.

Het is overigens niet zo verwonderlijk dat de Staatscommissie de theoretische grondslagen voor de herziening van de rechterlijke organisatie in de rapportage goeddeels terzijde heeft gelaten. Overzien we de ontwikkeling van de discussie over de inrichting van de administratieve rechtsbescherming in Nederland in deze eeuw, dan moet geconstateerd worden dat deze discussie is vastgelopen. Hoewel in het begin van deze eeuw nog wel een oriëntatie heeft plaatsgevonden op deze theoretische uitgangspunten, is gaandeweg steeds vaker gekozen voor een pragmatische benadering. Dit was ook het best haalbare. Toch moet thans worden geconstateerd dat de pragmatische benadering tot een moeilijk aanvaardbaar resultaat heeft geleid. Algemeen beschouwt men het feit dat de rechtsbescherming verbrokkeld en daardoor onoverzichtelijk en niet volledig is, als een fundamenteel zwakke plek in de administratieve rechtsbescherming. Daarin ligt tevens een rechtvaardiging besloten van de meer theoretische benadering van het probleem in deze studie.

7.3.3. Actuele ontwikkelingen in de administratiefrechtelijke rechtsbescherming

Ter afronding van dit deel van dit hoofdstuk wordt een aantal actuele ontwikkelingen geschetst in de administratiefrechtelijke rechtsbescherming. Deze schets heeft geen ander doel dan aan te tonen dat een meer fundamentele bezinning op de inrichting van de administratiefrechtelijke rechtsbescherming geboden is. Er zal een viertal voorbeelden genoemd worden, daarna volgt commentaar.

1. Het beroep op de Kroon, met name in milieugeschillen, vraagt om optreden van de wetgever. De uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de mens in de zaak Benthem heeft tot gevolg dat een onafhankelijke rechterlijke instantie bevoegd moet worden verklaard tot kennisneming van deze geschillen. Uit het inmiddels ingediende wetsvoorstel³⁸ blijkt dat ertoe zal worden overgegaan de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State behoudens een tweetal uitzonderingen niet meer als adviesinstantie van de Kroon te laten functioneren, doch als onafhankelijke rechter.

2. Bij de Stelselherziening van het sociale zekerheidsrecht is een nieuwe wet, de Wet inkomensvoorziening oudere werkloze werknemers, voorgesteld, waarin beroep op de Kroon is opengesteld³⁹. Deze wet is naar zijn inhoud niet wezenlijk verschillend van de andere sociale verzekeringswetten, waarin beroep op de raden van beroep en de Centrale Raad van Beroep is opengesteld. Opmerkelijk is dat in de nieuwe Werkloosheidswet en de Wet inkomensvoorziening oudere werkloze werknemers een aantal gelijke begrippen voorkomt. Deze splitsing van de rechtsgangen kan dientengevolge leiden tot coördinatieproblemen.

3. Reeds geruime tijd wordt erop gewezen dat de beperking van de door de rechter in sociale verzekeringszaken geboden rechtsbescherming, die gelegen is in de beperking van het beroep tot de zogeheten voor beroep vatbare beslissing, on-

38. Kamerstukken II, 19 497.

39. Kamerstukken II, 19 260.

gewenst is⁴⁰. Ter invulling van de leemtes die in het beroepsrecht voorkomen is een ontwerp-Leemtetwet opgesteld⁴¹. Dit ontwerp is voorwerp van beraad geweest in de Werkgroep Administratief Recht⁴² naar aanleiding van de heroverweging collectieve uitgaven⁴³. Voorts is naar aanleiding van het ontwerp-Leemtetwet aandacht geschonken aan de noodzaak van een kort geding in sociale verzekeringszaken als zodanig⁴⁴.

Een van de belangrijkste problemen in het sociale verzekeringsrecht wordt gevormd door de zeer sterke stijging van de omvang van het beroep op de rechter. Deze stijging hangt mede samen met de toename van het aantal overheidsbeslissingen ten aanzien van uitkeringsrechten. De behoefte aan bezuinigingen heeft ertoe geleid dat overwogen wordt het beroep op de rechter te beperken. De bereidheid om de toegang tot de rechter op het terrein van het sociale verzekeringsrecht uit te breiden is dan ook gering. Twee hoofdpunten uit de gedachtenvorming rond de rechtsbescherming in sociale verzekeringszaken worden hier aan de orde gesteld. In de eerste plaats de methode van beperking van de omvang van het beroep op de rechter door invoering van een verplichte bezwarenprocedure. In de tweede plaats de afweging tussen financiële belangen en het belang van de rechtsbescherming.

Bij de heroverweging collectieve uitgaven is ten aanzien van beroepsprocedures voorgesteld de spontane afgifte van voor beroep vatbare beslissingen te vervangen door afgifte slechts op verzoek⁴⁵. Daarmee zou de invoering van een administratieve bezwarenprocedure mogelijk worden. Uit het oogpunt van de toegang tot de rechter bestaan tegen de introductie van een bezwarenprocedure die voorafgaat aan het beroep op de rechter, in principe geen bedenkingen. Bezwaarprocedures kunnen leiden tot een zorgvuldigere besluitvorming ten aanzien van de betrokken rechtssubjecten, zodat er minder behoefte bestaat aan een beroep op de rechter⁴⁶. De keerzijde van de medaille is echter dat totdat de voor beroep vatbare beslissing na de bezwarenprocedure gegeven is, een beroep op de rechter uitgesloten is⁴⁷. Heeft het rechtssubject een spoedeisend belang, dan vormt de verplichte bezwarenprocedure een onaanvaardbare belemmering van de toegang tot de rechter. In Arob-procedures, waar veelal een bezwarenprocedure mogelijk is⁴⁸, kan daarom reeds hangende het bezwaar in principe een voorlopige voorziening of schorsing gevraagd worden⁴⁹. De adviezen van de Werkgroep Administratief Recht strekken er echter thans

40. H.J. van Dalen, De voor beroep vatbare beslissing, Sociaal Maandblad Arbeid, 1981, p. 373 e.v. en F.P. Zwart, Problemen bij het procederen ingevolge de Beroepswet, *Idem*, p. 541 e.v.

41. Zie bijlage D bij het Eindrapport van de Werkgroep Administratief Recht (werkgroep De Vries), 1984.

42. Zie het rapport in de vorige noot genoemd.

43. Kamerstukken II, 16 625.

44. A.w. (noot 41), p. 30 e.v.

45. *Idem*, p. 23.

46. M.C. Breeuwsma, Beeld van de Arob-bezwaarschriften-procedure, Deventer 1982, Belangrijk is wel de inrichting van de bezwarenprocedure.

47. Hier wordt het beroep op de president van de rechtbank buiten beschouwing gelaten.

48. Slechts facultatief bij geschillen tegen de centrale overheid.

49. Art. 80 Wet op de Raad van State.

toe dat de invoering van een kort geding in sociale verzekeringszaken "ten sterkste ontraden" wordt⁵⁰. Op deze wijze vormen de voorstellen tot invoering van een bezwarenprocedure in sociale verzekeringszaken een onaanvaardbare belemmering van de toegang tot de rechter. De achtergrond van de adviezen van de Werkgroep Administratief Recht vormen de bezuinigingen. De kosten van een kort geding in sociale verzekeringszaken zijn gelet op de noodzakelijke bezuinigingen moeilijk in te passen in het regeringsbeleid.

4. Bij de herziening van het stelsel van studiefinanciering is de vraag gerezen welke rechter kennis zou moeten nemen van geschillen die rijzen bij de uitvoering van de regeling. Aangezien verwacht werd dat het aantal beroepszaken zeer groot zou worden, is ervan afgezien de raden van beroep en de Centrale Raad van Beroep bevoegd te verklaren en is overgegaan tot de instelling van een afzonderlijke beroepscommissie, de Commissie van beroep studiefinanciering⁵¹.

Welke algemene lijn valt er in deze ontwikkelingen te herkennen? De rechtsbescherming in het administratieve recht raakt nog meer verbrokkeld. Er komen twee nieuwe administratieve rechters bij, te weten de Afdeling voor de geschillen van bestuur en de Commissie van beroep studiefinanciering. Zelfs wordt nadat het tij ten aanzien van het beroep op de Kroon gekeerd is, toch nog op onduidelijke gronden beroep opengesteld op dit bestuursorgaan. Ten slotte wordt invoering van een kort geding in sociale verzekeringszaken afgeraden. En met het signaleren van deze ontwikkelingen is gemarkeerd dat er een grote discrepantie bestaat tussen de gewenste ontwikkeling en de praktijk.

7.4. Financiële belangen

Als derde onderwerp komt in dit hoofdstuk de afweging van financiële belangen ten opzichte van het belang van de toegang tot de rechter aan de orde. Dit vormt op dit moment een van de moeilijkste problemen bij de besluitvorming over de toegang tot de rechter. Met nadruk moet worden gesteld dat het gaat om een probleem waarvan het gewicht bepaald wordt door de huidige visie op de gewenste economische ontwikkeling. Het kernpunt van het probleem van de afweging van financiële belangen met betrekking tot de toegang tot de rechter kan als volgt omschreven worden. De omvang van het budget voor de rechtsbescherming is niet alléén afhankelijk van politieke opportuniteit. De juridische aanspraak op rechtsbescherming, zoals deze onder andere in artikel 6 van het Europees Verdrag is vastgelegd, is mede bepalend: beide factoren zijn van invloed.

Voordat de hier bedoelde afweging nader aan de orde kan komen, moet onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds het financiële aspect en anderzijds de effi-

50. Advies van de Werkgroep Administratief Recht p. 32. Hier is sprake van een cirkelredenering. Enerzijds wordt gewezen op het feit dat in de praktijk weinig kort gedingen voor de president van de rechtbank in sociale verzekeringszaken aanhangig worden gemaakt. Daarom zou de invoering van een kort geding in dit rechtsgebied niet noodzakelijk zijn. Anderzijds wordt gesteld dat de proceskosten en de verplichte rechtsbijstand een positief te waarden drempel opwerpen voor het kort geding. Zou het ene feit niet samenhangen met het andere?

51. Kamerstukken II, 19125, Wet op de studiefinanciering, art. 108.

ciency van de rechtsbescherming. Verbetering van de efficiency van de rechtsbescherming kan bijdragen tot verbetering van de toegang tot de rechter. Waar het om gaat is te onderzoeken in hoeverre puur budgettaire overwegingen mogen leiden tot een beperking van de toegang tot de rechter. Ter illustratie hiervan worden de voorstellen terzake van de vereenvoudigde afdoening van verkeersovertredingen besproken. Daarbij zal een vergelijking gemaakt worden met de bestaande administratieve sancties.

7.4.1. De vereenvoudigde afdoening van verkeersvoorschriften

Het is niet noodzakelijk op deze plaats tot een uitvoerige bespreking te komen van alle elementen van de voorstellen van de Commissie vereenvoudigde afdoening lichte overtredingen van verkeersvoorschriften (de Commissie-Mulder)⁵². Het gaat slechts om die elementen die van direct belang zijn voor het recht op toegang tot de rechter⁵³, met name het voorstel om in plaats van de bestaande preventieve controle door de strafrechter te komen tot repressieve controle door een administratieve rechter. De Commissie heeft een tweetal doelstellingen voor ogen gehad, te weten in de eerste plaats de effectievere handhaving van verkeersvoorschriften en in de tweede plaats het verminderen van de werklast van het politieke en justitiële apparaat⁵⁴. De tweede doelstelling raakt de toegang tot de rechter. Het verminderen van de werklast kan gezien worden als het streven om de financiële lasten in verband met de rechtspleging te verlagen. Hoewel de betekenis van deze voorstellen complex is vanwege de vele samenhangen met maatschappelijke en juridische factoren, kunnen de voorstellen -met op de achtergrond het besef van deze samenhangen- begrepen worden vanuit de financiële doelstellingen ervan.

De juridische structuur van de voorgestelde wijziging kan als volgt worden aangegeven. Eerder werd reeds uiteengezet⁵⁵ dat de plaats van de rechter in het strafrecht een bijzondere is. In beginsel kan de strafrechtelijke rechtsbetrekking die leidt tot gevolgen voor de vrijheid of het vermogen van de veroordeelde rechts-subjecten, slechts tot stand komen door tussenkomst van de rechter. Een uitzondering hierop vormt de transactie, doch hierbij wordt de wilsovereenstemming tussen de verdachte en het openbaar ministerie (of de politie) verondersteld. De voorstellen houden een fundamentele wijziging in van de plaats van de rechter, in plaats van de strafbepaling door de strafrechter komt een administratiefrechtelijk sanctiestelsel. De sanctie wordt vastgesteld door de politie, en tegen deze vaststelling staat beroep open op de officier van justitie. Iegen de beschikking van de officier

52. Rapport van de Commissie vereenvoudigde afdoening lichte overtredingen van verkeersvoorschriften, 's Gravenhage.

53. Zie voor een uitvoerige bespreking N. Jorg, Administratiefrechtelijke afdoening lichte verkeersovertredingen, Irema special december 1985 en F.A. Alkema, Vereenvoudigde afdoening van verkeersovertredingen en het recht op een eerlijke berechting, Irema 1983, p. 171 e.v. en idem, Het arrest Ozturk en de vereenvoudigde afdoening van (verkeers)overtredingen, Irema 1984, p. 267 e.v. G.J.M. Corstens, Civielrechtelijke, administratiefrechtelijke of strafrechtelijke rechtshandhaving, preadvies N.J.V. 1984.

54. Pag. 6 e.v. van het rapport, a.w. (noot 52).

55. Par. 3.7.2.

staat weer beroep open op de rechter. Kernpunt is dat de rechtsbetrekking volgens de voorstellen primair tot stand komt door eenzijdige vaststelling door een politie-ambtenaar, terwijl na beroep op de officier van justitie deze de rechtsbetrekking vaststelt. De rechter heeft tot taak -bij wijze van repressieve controle- te onderzoeken of de rechtsbetrekking juist is vastgesteld. Een ander verschilpunt is dat voor de strafvervolgning essentiële leerstukken en beginselen als bij voorbeeld bewijs, de vooronderstelling van onschuld en het "ne bis in idem"-beginsel (nog) geen vaste plaats hebben in de administratieve afdoening.

Dit voorstel heeft geleid tot harde kritiek uit strafrechtelijke hoek⁵⁶. De beoogde wijziging in de plaats van de strafrechter speelt hierbij -naast technisch-juridische problemen die hier buiten beschouwing zullen blijven⁵⁷- een belangrijke rol. Met name rijst de vraag waar de grens moet worden gelegd bij de verandering van de taak van de rechter alléén (lichte) verkeersovertredingen, of ook andere overtredingen.

Twee zaken komen hier nader aan de orde. In de eerste plaats de verenigbaarheid van de voorstellen met artikel 6 van het Europese Verdrag en in de tweede plaats een vergelijking met de bestaande administratieve sancties. De eerste kwestie is op dit moment niet volledig duidelijk te beantwoorden⁵⁸. De jurisprudentie van het Hof schept ruimte voor het overbrengen van strafbare feiten naar de administratiefrechtelijke sfeer. Welke grenzen daarbij exact gehanteerd moeten worden, kan pas aan de hand van nadere jurisprudentie vastgesteld worden. Het is niet dienstig op deze plaats te speculeren over de uitkomst van deze jurisprudentie.

De tweede vraag vormt uit het oogpunt van de toegang tot de rechter een interessant aanknopingspunt. Alkema heeft gesteld dat de "verzakelijking" van de afdoening van de schending van verkeersrechtsnormen door decriminalisering "ongetwijfeld van zowel publiek als autoriteiten een andere mentale instelling" vraagt⁵⁹. Door een vergelijking met de huidige benaderingswijze van administratieve sancties kan duidelijker blijken welke de invloed is van de noodzakelijke wijziging in de mentale instelling. In de volgende paragraaf zal dit nader worden uitgewerkt.

7.4.2. De afdoening van administratieve sancties

Administratieve sancties zoals deze thans voorkomen, kunnen een verschillende inhoud hebben. Globaal kan worden gesteld dat de administratieve sanctie naar haar aard verschilt van de boete, in die zin dat de boete een betalingsverplichting inhoudt die opgelegd is als reactie op schending van een strafrechtsnorm, terwijl de administratieve sanctie in de regel een directe samenhang vertoont met een reeds eerder bestaande administratiefrechtelijke rechtsbetrekking in verband waarmee de sanctie wordt opgelegd. Dit laatste kan bij voorbeeld geïllustreerd worden aan de hand van de intrekking van een vergunning als reactie op de overtreding van de

56. Jörg, a.w. (noot 53).

57. Idem, p. 10 e.v.

58. Vgl. Alkema, a.w. 1984 (noot 53) p. 173.

59. Idem.

aan de vergunning verbonden voorschriften. De sanctie bestaat in het niet meer vergund zijn van bepaalde handelingen. Er zijn andere administratieve sancties waarbij het punitieve karakter dichter komt bij de boete. Te denken valt aan de verhoging van de aanslag in het belastingrecht en de intrekking en terugvordering van een uitkering in het sociaal verzekeringsrecht. Bij de verhoging van de aanslag wordt een extra financiële last opgelegd, die niet voortvloeit uit de gewoonlijk geldende normen voor de heffing van belastingen. Bij de intrekking van een uitkering in het sociale verzekeringsrecht en de terugvordering bestaat de sanctie niet zozeer in het terugvorderen van teveel genoten uitkering, immers dit sluit veeleer aan bij het terugvorderen van hetgeen onverschuldigd betaald is. De sanctie is hierin gelegen, dat in de regel méér kan worden teruggevorderd dan onverschuldigd betaald is. Terzijde wordt opgemerkt dat in de regel naast de administratieve sanctie in het administratieve recht de laakbare handeling als zodanig ook als een strafbaar feit is aangemerkt.

De vergelijking tussen de vereenvoudigde afdoening van verkeersovertredingen en de afdoening van administratieve sancties is daarom van belang, omdat de reactie op de schending van rechtsnormen in beide gevallen financieel bepaald is. In de voorstellen van de Commissie-Mulder is als grens gesteld dat de sanctie maximaal f 300,- mag belopen. Dit vormt -mede naar aanleiding van de jurisprudentie van het Hof- een essentieel punt van de voorstellen. Het onbegrensd laten van de hoogte van de sanctie zou onaanvaardbaar zijn, omdat daarmee de oplegging van de sanctie een "strafvervolging" in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag zou kunnen inhouden. Opmerkelijk is dat bij veel bestaande administratieve sancties de financiële last juist niet absoluut, maar slechts relatief begrensd is. In het belastingrecht is de maximale verhoging 100% van de aanslag en in het sociaal verzekeringsrecht geldt als maximum het totale bedrag dat aan uitkering is toegekend vanaf het moment waarop onjuist gehandeld is. In het belastingrecht kan de sanctie in de miljoenen lopen, en in het sociale verzekeringsrecht in de tienduizenden guldens. Verder kunnen ook bij de intrekking van bij voorbeeld een hinderwetvergunning grote financiële belangen in het geding zijn.

De Hoge Raad heeft terzake van de verhoging van een belastingaanslag aanslag beslist dat hierop artikel 6 van het Europees Verdrag van toepassing is, omdat op grond van de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de mens aangenomen moet worden dat het gaat om "het instellen van een strafvervolging" in de zin van deze bepaling⁶⁰. Of de Hoge Raad aan deze beslissing ook de noodzakelijke consequenties verbonden heeft voor de wijze van berechting van zulke geschillen wordt betwijfeld⁶¹. In het sociale zekerheidsrecht is de vraag nog niet opgeworpen welke gevolgen voor de berechting van de intrekking en terugvordering van een uitkering voortvloeien uit artikel 6 van het Europees Verdrag. Opmerkelijk is bij voorbeeld dat in de Wet werkloosheidsvoorziening geen beroep op de sociale verzekeringsrechter tegen de terugvordering als zodanig is opengesteld. In

60. HR 19 juni 1985, FED 1985/644, BNB 1986/29, NJCM 1986, p. 62 e.v. en *Ars Aequi* 1986, p. 229 en p. 623.

61. Vgl. de noot onder de uitspraak van C.P.M. Cleiren en G. Oosterhof.

het kader van de stelselherziening van het sociale zekerheidsrecht is zelfs als structuur gekozen, dat terugvordering inhoudt terugvordering van hetgeen onverschuldigd betaald is.

Op grond van het voorgaande kan de volgende opmerking gemaakt worden. De Commissie-Mulder heeft met grote behoedzaamheid de absolute hoogte van de sanctie vastgesteld, terwijl in het administratieve recht de hoogte van de sanctie meestal onbepaald is. Bovendien kan de sanctie in het administratieve recht naar verhouding een fabelachtige omvang hebben. Juist dit punt markeert hetgeen Alkema aanduidde als de noodzakelijke wijziging van de mentale instelling. De overbrenging van normschending van de strafrechtelijke naar de administratiefrechtelijke sfeer raakt bij vele juristen een gevoelige snaar. Debet hieraan is in de eerste plaats de verandering van de plaats van de rechter die hieruit voortvloeit en in de tweede plaats de invloed op de doorwerking van strafvorderlijke uitgangspunten en beginselen op het recht. Bij dit laatste punt kan ter illustratie nog de discussie over de onkering van de bewijslast in het sociale verzekeringsrecht⁶² genoemd worden. Aan de ene kant is reeds lange tijd in het administratieve recht de punitieve bejegening van rechtssubjecten aanvaard, in die vorm dat de rechter slechts repressieve controle uitoefent, terwijl aan de andere kant de voorstellen van de Commissie-Mulder die naar hun uitwerking veel minder ingrijpend zijn dan de bestaande administratieve sancties met grote terughoudendheid benaderd worden. Dit verschil is kennelijk in hoge mate cultureel bepaald. Omdat de lichte verkeersovertredingen tot nog toe steeds met een strafrechtelijke blik zijn benaderd, lijkt de omwenteling die beoogd wordt wellicht veel ingrijpender in ons rechtssysteem dan deze uiteindelijk zal blijken te zijn. Met een administratiefrechtelijke blik moet de reactie veeleer zijn dat er niets nieuws is.

Er is echter nog een ander effect te vermelden. De berechting van administratieve sancties in de huidige vorm vraagt nadere aandacht. De bezorgdheid van strafrechtjuristen kan voor administratiefrechtjuristen een signaal zijn dat de huidige opzet daarvan wellicht niet in overeenstemming is met in ons rechtssysteem geldende inzichten.

Aan de hand van deze opmerkingen zal in de volgende paragraaf een grensbepaling beproefd worden.

7.4.3. Grensbepaling

De kwestie van de vereenvoudigde afdoening van (lichte) verkeersovertredingen is hier aan de orde gesteld ter illustratie van het probleem van de afweging van financiële belangen tegen het recht op toegang tot de rechter. Eerder is gesteld dat het probleem van deze afweging met name schuilt in het feit dat het gaat om niet-vergelijkbare grootheden geld versus recht. Toch is het mogelijk om tot een grensbepaling te komen op basis van de in deze studie ontwikkelde visie op de toegang tot de rechter in de democratische rechtsstaat. Daartoe zullen eerst de

62. Kamerstukken II, 19 261, nr. 15 e.v.

betrokken belangen geëxpliciteerd worden.

De afdoening van (lichte) verkeersovertredingen in de huidige opzet is zeer arbeidsintensief en kostbaar. Voor het democratische bestuur rijst de vraag of, gelet op het politieke streven naar bezuinigingen, de kosten beperkt kunnen worden. Dit is een legitiem streven. Aan de andere kant vloeit uit het recht op toegang tot de rechter in het algemeen en meer in het bijzonder zoals dit bij voorbeeld in verdragsbepalingen is gecodificeerd, voort dat aan een aantal voorwaarden moet zijn voldaan bij de op de oplegging van sancties gerichte bejegening van rechtssubjecten. Zeker is dat het bezuinigingsstreven een absolute grens vindt in deze rechtsnormen. De spanning tussen rechtsstaat en democratie, die eerder beschreven is als concurrente besluitvorming, treedt hier duidelijk naar voren. Het bezuinigen als zodanig op de kosten van de rechtspleging uit het oogpunt van politieke opportuniteit is een legitiem streven dat in beginsel uit rechtsstatelijk oogpunt op geen bezwaren stuit. De grensbepaling die uit de vertaling van de rechtsstaatsgedachte in rechtsnormen voortvloeit is van een geheel eigen aard. De op de oplegging van sancties gerichte bejegening van rechtssubjecten moet omkleed zijn met een aantal waarborgen. Deels zijn deze waarborgen budgettair neutraal, deels wordt wel een bepaalde financiële inspanning van de overheid gevorderd. Zo bezien kan worden gesteld dat aan het democratische bestuur een discretionaire bevoegdheid toekomt ten aanzien van de inrichting van de afdoening van (lichte) verkeersovertredingen. Het valt binnen deze bevoegdheid om eventueel te kiezen voor administratiefrechtelijke afdoening. Anders gezegd uit de rechtsstaatsgedachte vloeit niet rechtstreeks een belemmering voort voor deze "decriminalisering". Er is slechts plaats voor tussenkomst van de rechter wanneer gesteld zou moeten worden dat de voorgestane opzet een inbreuk maakt op fundamentele rechten van rechtssubjecten in verband met strafvervolgning, zoals die bij voorbeeld in artikel 6 van het Europese Verdrag en artikel 14 van het Internationale Verdrag zijn vastgelegd. Een eerder gesignaleerd probleem bij deze grensbepaling vormt echter het feit dat deze verdragsbepalingen niet precies aangeven aan welke voorwaarden moet zijn voldaan. Dit heeft tot gevolg dat de rechter -het Europese Hof voor de Rechten van de mens, maar eventueel ook de Hoge Raad of andere rechters- door interpretatie de verplichtingen van de wetgever moet vaststellen concurrente besluitvorming.

7.4.4. Zuinig met recht

In deze studie is een theorie ontwikkeld over de toegang tot de rechter, waarbij het positieve recht nader geanalyseerd is aan de hand van leidinggevende staats-theoretische concepten rechtsstaat en democratie. De vraag kan rijzen of deze benadering voldoende aansluit bij de werkelijkheid. Soetenhorst-de Savornin Lohman⁶³ wijst erop dat inzake de vraag naar rechtsbescherming bij de opstelling van wetgeving de vage notie "rechtsstaat" een belangrijkere plaats krijgt dan de

63. J. Soetenhorst-de Savornin Lohman, Zuinig met recht, S.P.C.-Cahier, Rijswijk 1883, en idem, Deregulering en rechtspleging, Handelingen N.J.V. 1984, deel 1, eerste stuk.

vraag waaraan het rechtssubject behoefte heeft. Een aantal van haar inzichten sluit goed aan bij de uitkomsten van deze studie. Uit haar onderzoek is gebleken dat het democratisch bestuur zich zelden bewust is van de effecten van beleidsmaatregelen voor de toegang tot de rechter. Voorts is van belang haar conclusie dat de vlucht in vage rechtsnormen een stimulans inhoudt voor rechtssubjecten om een beroep op de rechter te doen. Toch is er reden voorzichtig te zijn bij een confrontatie tussen de vereisten die voor de rechtsbescherming uit de rechtsstaatsgedachte voortvloeien enerzijds en een visie op de ontwikkeling van de rechtsbescherming uitgaande van de maatschappelijke werkelijkheid anderzijds. In deze studie is prioriteit gegeven aan de vage notie rechtsstaat. Soetenhorst-De Savornin Lohman komt tot een inventarisatie van methoden om tot "sturing", dus beperking, van het recht op toegang tot de rechter te komen⁶⁴. Het gevaar bestaat dat het democratische bestuur al te gemakkelijk deze mogelijkheid van sturing van het beroep op de rechter aangrijpt om te komen tot bezuinigingen. Terecht wijst Soetenhorst-De Savornin Lohman erop dat het kernpunt is dat de kwaliteit van de wetgeving zodanig moet zijn dat het beroep op de rechter vaker uit zal blijven.

Als voorbeeld van ondoordachte sturing van de toegang tot de rechter kan worden genoemd de invoering van griffierechten of de verhoging van bestaande griffierechten. Een van de belangrijkste veronderstellingen van de heffing van griffierechten is, dat door griffierechten rechtssubjecten gedwongen worden een serieuze afweging te maken of het door hen beoogde beroep op de rechter verantwoord is. Klopt deze veronderstelling wel? Bij de voorstellen tot invoering of verhoging van griffierechten is op dit punt geen verantwoording afgelegd. Er zit echter nog een andere kant aan de zaak. Gelet op de groeiende complexiteit van de wetgeving kan steeds minder van rechtssubjecten verwacht worden dat deze zich zelfstandig een oordeel vormen over de gerechtvaardigheid van hun beroep op de rechter. Daarmee komt de grond aan de heffing van griffierechten te ontvallen. Er kan wellicht een correlatie gevonden worden tussen de omvang van het beroep op de rechter en de heffing van griffierechten. Het is echter zeer de vraag of door het heffen van griffierechten juist het aantal onnodige beroepen beperkt wordt, dan wel dat mede ook zinvolle beroepen op de rechter wordt tegengehouden. Zolang ten aanzien van deze vragen geen empirisch materiaal beschikbaar is, is de invoering van heffing van griffierechten dubieus. Bij voorbeeld de toepassing van het sociale verzekeringsrecht is zo specialistisch geworden dat zelfs de lagere rechter in een niet onbelangrijk aantal gevallen nauwelijks in staat is in te schatten of de Centrale Raad van Beroep niet tot een ander oordeel zal komen in hoger beroep. Zeker gedurende de invoering van de Stelselherziening zal de rechtszekerheid -de zekerheid over de inhoud van het geldende recht- zo gering zijn, dat het aanbeveling verdient om in geval van enige twijfel hoe dan ook beroep in te stellen. Dit vormt een symptoom van de onvoldoende kwaliteit van deze wetgeving. Het beperken van de toegang tot de rechter door bij voorbeeld de invoering van griffierechten houdt geen effectieve bestrijding van de kwaal in, doch vormt slechts een middel om de

64. Deze argumenten en sturingsmogelijkheden zijn bij voorbeeld terug te vinden in het S.C.P. cahier, a.w. (noot 63), pp. 50, 67 e.v.

symptomen van de kwaal te verdoezelen.

7.4.5. Het prijskaartje van de rechtsbescherming

De kosten van de rechtsbescherming vormen ongeveer 2,5% van de rijksbegroting, terwijl bovendien de kosten van de rechtsbescherming in relatief opzicht in de afgelopen jaren niet sterk gestegen zijn⁶⁵. Vooral dit laatste gegeven is heel opmerkelijk. Vast staat immers dat door de toename van de overheidsinvloed op de samenleving het aantal rechtsbetrekkingen tussen overheid en burger sterk is gestegen. En meer in het algemeen kan gesteld worden dat door de steeds sterkere juridisering van de samenleving hoe dan ook de behoefte aan de mogelijkheid van beroep op de rechter zal zijn toegenomen.

Er valt niet in algemene termen een wenselijke of maximale financiële inspanning van de overheid voor de rechtsbescherming aan te geven. Wel kan worden opgemerkt dat -wanneer in aanmerking genomen wordt dat de rechter de belangrijkste tegenpool van het democratische bestuur is- de financiering ervan verhoudingsgewijs niet problematisch mag zijn. Hetzelfde kan overigens ook gezegd worden van de kosten van de democratie. Het in stand houden van de democratische rechtsstaat legt geen omvangrijk beslag op de begroting: slechts een paar procenten van het overheidsbudget. Toch vormt naast de democratische besluitvorming de rechterlijke controle een van de meest fundamentele kenmerken van onze constitutionele rechtsorde. Deze constatering vormt de basis voor een slotopmerking over de afweziging van financiële belangen tegen die van de rechtsstaat.

Er is geen minimale budgetruimte voor rechtsbescherming vast te stellen. Vastgesteld kan worden dat de overheid zich als maatschappelijke factor in de afgelopen decennia heel sterk heeft geëxpandeerd. Tegelijkertijd met de opbouw van de verzorgingsstaat dreigt de burger als individu meer en meer verloren te gaan. De burger wordt door de wijziging van de maatschappijstructuur steeds afhankelijker van de overheid. In veel gevallen is de burger niet in staat om op eigen kracht zijn maatschappelijke positie veilig te stellen. In deze situatie rust op de overheid de verplichting de mogelijkheden die de burger nog resten om voor de rechter voor zijn individuele rechten op te komen, niet al te karig te bemeten, zeker nu blijkt dat de kosten voor de rechtsbescherming geen gelijke tred hebben gehouden met de sterke toename van de overheidsinvloed. De uitbouw van de verzorgingsstaat en het handhaven van de wezenlijke elementen ervan in tijden van economische teruggang vormt voor de overheid een krachttoer. Tegelijkertijd worden er hoge eisen gesteld aan de bereidheid van de individuele burger zich te voegen in het steeds massievere complex van de samenleving. Rechtsbescherming biedt de mogelijkheid voor de burger om in dit proces van invoeging aandacht te vragen voor zijn individuele belangen. Feitelijk kan de situatie zo zijn dat na het passeren van vele deprimerende loketten en het lezen van vele door de computer aangemaakte brieven en formulieren de burger zich tegenover de rechter voor het eerst uit kan

65. Soetenhorst-de Savornin Lohman, preadvies N.J.V., a.w. (noot 63), p. 1.

spreken. Op deze wijze beschouwd kan worden gesteld dat de toegang tot de rechter kan bijdragen tot de noodzakelijke bestendiging van de samenleving⁶⁶. Wellicht heeft een bezuiniging van één of twee procent op het budget voor de rechtsbescherming niet direct een merkbaar gevolg, op langere termijn bezien kan echter blijken dat de voegen uit de samenleving gekrabd zijn. De ontstane schade kan dan heel groot blijken te zijn. Ook al zou bij voorbeeld de reorganisatie van de rechterlijke organisatie tijdelijk om een extra financiële inspanning vragen, dan nog geldt dat dit op zich geen reden vormt ervan af te zien. Juist de administratieve rechtsbescherming, die hiernee in hoge mate gediend zou kunnen worden, is essentieel voor een gezonde verhouding tussen overheid en burger⁶⁷.

De kracht van de democratische rechtsstaat wordt bepaald door de mate waarin parlementaire en rechterlijke controle mogelijk is. Wegens de polariteit tussen democratische en rechtsstatelijke besluitvorming in onze constitutionele rechtsorde mag de waarde van rechterlijke controle zeker niet worden onderschat.

66. Vgl. A.M. Donner, Bestendig en wederkerig, over het verband tussen staat en staatsrecht, Zwolle 1979.

67. M. Scheltema, Een nieuwe uitdaging voor de administratieve rechtspraak?, in Kroonberoep, a.w. (noot 21), p. 39 e.v.

8 SAMENVATTING EN CONCLUSIES

De aandacht voor de toegang tot de rechter als juridisch probleem is in Nederland de laatste jaren sterk toegenomen. Er is hiervoor een tweetal oorzaken aan te wijzen. In de eerste plaats is de rechtsbescherming in Nederland in een weinig rationeel en onoverzichtelijk bouwwerk ondergebracht. De beperkingen en onevenwichtigheden die hieruit voortvloeien leiden bij herhaling tot discussie. In de tweede plaats heeft de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de mens op artikel 6 van het Europees Verdrag geleerd dat de Nederlandse rechtsbescherming op belangrijke punten niet voldoet aan de verdragseisen.

Op dit moment blijkt dat de bezorgdheid over de toegang tot de rechter in Nederland enerzijds leidt tot het voorstellen van een aantal aanpassingen die meebrengen dat het bouwwerk van onze rechtsbescherming nog onbevredigender wordt. Anderzijds wordt bij de beoordeling van de vraag welke aanpassingen noodzakelijk zijn, slechts de maatstaf van artikel 6 van het Europees Verdrag gehanteerd. Zowel bij het een als bij het ander vallen kritische kanttekeningen te plaatsen. Naar aanleiding van de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de mens dient primair de vraag aan de orde te komen hoe het komt dat de Nederlandse benaderingswijze van de toegang tot de rechter op belangrijke punten onjuist is. Artikel 6 van het Europees Verdrag kan niet als uitgangspunt gekozen worden, omdat in deze bepaling op internationaal niveau niet meer dan een minimumgarantie is gegeven voor de rechtsbescherming, die de grote verschillen tussen de nationale rechtssystemen diende te respecteren. Bij de nationale benadering van de toegang tot de rechter dient de vraag gesteld te worden, hoe aan de toegang tot de rechter –uitgaande van de inrichting van onze constitutionele rechtsorde– gestalte gegeven dient te worden.

Geconstateerd kan worden dat in Nederland een gedegen onderbouwde theoretische benadering van de toegang tot de rechter niet tot stand is gekomen. Dit is het gevolg van het feit dat in de loop van deze eeuw met veel gekrakeel over de uitgangspunten van de administratiefrechtelijke rechtsbescherming uiteindelijk nauwelijks meer bereikt is dan een samenstel van ad hoc-oplossingen. In deze studie is een aanzet gegeven voor een meer theoretische benadering van het vraagstuk van de toegang tot de rechter.

Op grond van een intern rechtsvergelijkend onderzoek naar de toegang tot de rechter in het strafrecht, het burgerlijke recht en het administratieve recht

wordt geconcludeerd dat ook aan onze rechtsorde het beginsel van de toegang tot de rechter ten grondslag ligt. Dit beginsel wordt vervolgens nader uitgewerkt door een analyse van de plaats van de rechter in de democratische rechtsstaat. Deze analyse leidt tot de stelling dat in beginsel rechtssubjecten toegang tot de rechter behoren te hebben teneinde bij vermeende schending van hun rechten een rechtens bindende en zo nodig executoriale uitspraak van een onafhankelijke rechter te kunnen verkrijgen. Op dit beginsel zijn echter beperkingen van toepassing.

Aan de hand van een analyse van de bestaande beperkingen van de toegang tot de rechter in het Nederlandse recht wordt een inventarisatie gemaakt van de belangen die een beperking van de toegang tot de rechter kunnen rechtvaardigen. Uiteindelijk zal blijken dat veel bestaande beperkingen van de toegang tot de rechter weinig problematisch zijn. Dit kan echter niet zonder meer gezegd worden van alle beperkingen die hun grond vinden in het belang van democratische besluitvorming, het bestuursbelang en financiële belangen. Deze drie knelpunten leiden uiteindelijk tot de bespreking van een drietal actuele onderwerpen constitutioneel toetsingsrecht en rechtstreeks beroep tegen algemene rechtsnormen, de herziening van de rechterlijke organisatie en de administratiefrechtelijke rechtsbescherming en ten slotte de voorstellen voor vereenvoudigde afdoening van verkeersovertredingen.

De gevolgde benaderingswijze van de toegang tot de rechter, die uitgaat van het beginsel met daarop toepasselijke beperkingsgronden, wordt nader geanalyseerd door de toegang tot de rechter als grondrecht uit te werken. Daarbij blijkt dat belangrijke elementen van het recht op toegang tot de rechter in ons positieve recht gecodificeerd zijn. Het recht op toegang tot de rechter is als zodanig niet in onze Grondwet gecodificeerd. De kern van de zaak is dat de toegang tot de rechter afhankelijk is van een algemene exclusieve toedeling van rechtsprekende bevoegdheid aan de rechter in de Grondwet. Zo'n bevoegdheidstoedeling is geen grondrechtsbepaling (al vormt zij wel de voorwaarde voor de realisering van een grondrecht op toegang tot de rechter), maar een rechtsnorm betreffende de verhouding tussen de constitutioneelrechtelijke instellingen. Voor de strafrechtspraak en de burgerlijke rechtspraak heeft een dergelijke competentietoedeling plaatsgevonden, echter niet voor "de administratieve" rechter. De conclusie is op dit punt, dat zo'n algemene competentiebepaling voor het administratieve recht wenselijk is.

Aan deze studie worden de volgende conclusies verbonden

1. Uit de analyse van de onafhankelijkheid van de rechter in hoofdstuk 2 blijkt dat de bemoeienis van de regering met de organisatie van de rechtspleging aanzienlijk is. Dit vormt een potentiële bedreiging voor de onafhankelijkheid van de rechter. Daarom verdient het aanbeveling om in navolging van het advies van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie te komen tot de instelling van een Raad voor de Magistratuur. Aan deze raad kan de zorg voor de selectie, de opleiding en eventueel de bevordering van rechters worden overgedragen. Bovendien zou deze raad als adviesorgaan kunnen functioneren ten aanzien van overheidsmaatregelen die de rechtspleging raken.

2. Uit hoofdstuk 6 is gebleken dat een van de belangrijkste knelpunten voor de toegang tot de rechter voortvloeit uit het verschil in regeling van de competentie van de gewone rechter enerzijds en de administratieve rechters anderzijds. Ten einde de gebrekkige administratiefrechtelijke rechtsbescherming op te heffen verdienen de voorstellen van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie tot integratie van alle rechterlijke colleges tot één organisatie -ook al vraagt dit op korte termijn een extra investering- bijzondere aandacht. Deze integratie zou de eerste stap zijn om te komen tot een omvattende rechtsbescherming op administratiefrechtelijk terrein.

3. Voorts is het noodzakelijk dat voor het administratieve recht -op gelijke wijze als thans voor het burgerlijke recht en het strafrecht- een algemene bevoegdheid van de rechter in de Grondwet wordt opgenomen. Als bevoegde rechter kan "de rechterlijke macht" (vgl. art. 117 Grondwet) aangewezen worden. Artikel 115 Grondwet (administratief beroep) dient te worden ingetrokken.

4. Overweging verdient het om in het eerste hoofdstuk van de Grondwet een grondrecht op te nemen, waarin in het algemeen de toegang tot de rechter wordt gegarandeerd, benevens een aantal daarmee samenhangende rechtsaanspraken, zoals de berechting op redelijke termijn.

5. De rechter dient voor zijn competentie een zodanige uitleg te geven aan zijn wettelijke competentiebepaling, dat de burger zijn gerechtvaardigde aanspraken op rechtsbescherming gehonoreerd ziet. De rechter kan zich bij deze interpretatie laten leiden door de rechtsstaatsgedachte, en na opname van een grondrecht terzake in de Grondwet door deze grondrechtsbepaling.

6. In haar algemeenheid kan niet de stelling aanvaard worden dat op de rechtspleging op gelijke wijze bezuinigd kan worden als op andere begrotingsposten. Te zamen met het budget voor het parlement draagt dat voor de rechtspleging een bijzonder karakter in de democratische rechtsstaat. De huidige bezuinigingen op de rechtspleging, die uitgaan van het uitgavenniveau zoals dit tot nog toe noodzakelijk was, berusten op een verkeerd uitgangspunt, omdat thans de omvang van de rechtsbescherming te beperkt is.

7. Constitutionele rechtspraak en rechtstreeks beroep tegen algemene rechtsnormen verdient ernstige overweging. De argumenten die tot op heden tegen constitutioneel toetsingsrecht zijn gehanteerd, overtuigen allerminst. Wel dient de vraag bezien te worden of de gewone rechter deze bevoegdheid zou moeten krijgen, of dat naar Frans voorbeeld een Constitutioneel Hof moet worden ingericht bestaande uit leden van de Hoge Raad en de Raad van State. De invoering van rechtstreeks beroep tegen algemene rechtsnormen is goed verdedigbaar, doch vraagt om een nadere studie betreffende de inpassing ervan in het procesrecht.

SUMMARY AND CONCLUSIONS

In recent years the matter of an individual's right of access to the courts has become in the Netherlands a judicial issue. Two reasons can be given for this. In the first place, in this country the protection of personal rights is codified in a way that, as yet, is little rational and highly complex. The resulting limitations and imbalance have repeatedly led to discussions. Secondly, the findings of the European Court of Human Rights with reference to article 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms have shown that the Dutch protection of individual rights fails in important respects to comply with the Convention's rules.

It is now clear that the wish to safeguard the accessibility of the Dutch courts has led on the one hand to the proposal of a number of modifications, which at the same time are going to make the structure of that legal protection even less satisfactory. On the other hand, when reflecting on what adaptations will be necessary, we shall find that it is only article 6 of the European Convention which has been made the norm. On both points a critical note may be sounded. With reference to the jurisprudence of the European Court of Human Rights, the primary question is why the approach by the Dutch to this issue of the accessibility of their courts of law should have been mainly incorrect. We cannot very well start from article 6 *supra* as at international level it presents no more than a minimum guarantee for the provision of personal rights, a guarantee acknowledging the wide differences between the various national legal systems. Here we must ask ourselves how - starting from the framework of our constitutional order - this approach is to be given substance.

In the Netherlands a well-founded theory of the accessibility of the courts is lacking, because in our century, after much wrangling about what ought to be the basis of judicial control in administrative law, after all scarcely anything more has been reached than a mixed bag of *ad-hoc* solutions. The present study aims at initiating the theoretical approach just referred to.

Having undertaken an investigation into a Dutch national's possibilities to gain access to the criminal court and likewise to the civil and administrative courts of his country, the author submits that Dutch legal practice, too, is based on the principle of accessibility of the courts. Next, this idea is elaborated through an analysis of a judge's place in a democratic, constitutional state. It brings us to the proposition that basically everyone ought to have access to the courts, a right which will enable him to obtain a legally binding and if necessary executorial decision from an independent court. Even so, this principle is subject to a number of restrictions.

A survey of actual restrictions in Dutch law with regard to the accessibility of the courts was helpful in examining the various kinds of interests which will justify such restrictions. Ultimately, the majority of current ones turn out to present few problems. This cannot be said, however, of those limitations that are based on considerations of democratic decision-making, government and finance. These crucial points eventually lead to a discussion of three topics: the constitutional right of judicial review and direct appeal against general laws, the recently proposed revision of the judicial organization and of judicial control as laid down in administrative law, thirdly, the proposals for dealing in a different way with traffic offences.

The principle of accessibility of the courts, with certain restrictions justified by actual circumstances, is analyzed in detail here, such accessibility being considered as a fundamental human right. In Dutch law major aspects of the principle of accessibility of the courts have been codified, but as such it is not mentioned in the Constitution. In fact, the accessibility of our courts is dependent on a judge's general competence to administer justice, constitutionally granted to him. This competence is not in itself a human right (although it is indeed an essential condition for the realization of the human right of access to the courts), but a legal norm regulating the distribution of competence between the various constitutional institutions. Dutch law has nothing like such an assignment of competence for the determination of civil rights and obligations and of any criminal charges brought against an individual; it is not known to the country's various administrative tribunals. In this respect the author would plead for the introduction of a general competence regulation in the field of Dutch administrative law.

Our argument has led to the following conclusions:

1. From what has been said in Chapter 2 about a judge's independence the reader will understand that the Government's involvement with the judicial apparatus is considerable, thus constituting a potential threat to this independence. Hence it would seem advisable, following the recommendation of the State Committee for revision of the organization of the Judiciary, to set up a Council for the Magistrature. To such a council the supervision for the selection, training and, if called for, the promotion of judges could be transferred. Besides, this Council might act as advisory organ in respect of governmental measures touching the administration of justice.
2. Chapter 6 provides evidence that one of the major obstacles to access to the courts stems from the different regulations of competence for judges and for administrative tribunals. Abolishment of the present inadequate rules for judicial control of Dutch administrative action, and the substitution for them of a novel integration of all the existing judicial bodies, both proposed by the State Committee for revision of the judicial organization - even if such changes would imply extra expenditure at short notice - merit special attention. This kind of integration would be the first step towards comprehensive judicial control in the sphere of

administrative law.

3. Furthermore, it is essential for purposes of administrative law to include in the Constitution a provision dealing with a judge's general competence - in the same way as this has been done for civil law and criminal law. As competent judges may be designated "the Judiciary" (cf. Constitution, art. 117). Article 115 of the Constitution (administrative appeal) should be withdrawn.

4. Consideration ought to be given to the inclusion in Section 1 of the Constitution of a fundamental right which guarantees a subject's general access to the courts, as well as a number of legal claims related to this; for instance, the right to be tried within a reasonable time.

5. A judge is to interpret the terms of his legal competence in such a way that a citizen will find his just claims for legal protection honoured. The judge in his interpretation may be led by the ideas proper to the rule of law, and after the inclusion of such a fundamental right in the Constitution, by that fundamental provision.

6. In a democratic state respecting the rule of law the budgets for Parliament and the Judiciary have a special status. The recent cuts in the administration of justice, based as they are on the level of expenditure required so far, are no longer acceptable because that measure of judiciary protection has now become inadequate.

7. The introduction of a constitutional review and of a direct appeal against general laws deserves serious consideration. The arguments brought forward until now against a constitutional review are by no means convincing. It is an open question, though, whether such competence ought to go to the regular judge or whether for this purpose, after the French model, we ought to set up a Constitutional Court consisting of members of the Supreme Court and the State Council. Instituting a direct appeal against general laws is quite defensible, but as a new section of procedural law it will demand more detailed study.

REGISTER

(de cijfers verwijzen naar paragraafnummers)

Administratief beroep	2.1.3.
Administratieve sancties	3.3.7.;7.4.2.
Advocatenwet	3.4.3.
Advocatuur	3.4.1.e.v.
Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	4.2.3.;4.3.17.;4.4.5.
Algemene Rekenkamer	2.3.13.
Arbitrage	2.2.2.;2.3.10.;3.6.6.
Belangvereiste	5.2.1.
Bezuinigingen	2.3.8.;7.3.3.
Bondsrepubliek Duitsland	2.1.3.;5.2.16.;6.3.5.
Bouche de la loi	4.3.3.;4.3.15.;4.3.17.
Bureau van consultatie	3.4.4.
Cassatie	2.4.5.
Checks and balances	2.1.2.;4.3.5.;4.3.15.;4.3.21.
Civil rights	3.2.10.;4.2.5.
Concurrente besluitvorming	4.3.19.;6.3.1.e.v.
Conflictbesluit	2.4.2.
Contentieux objectif/subjectif	5.2.1.
Decentralisatie	2.4.5.
Democratie	4.3.8.;5.5.3.;7.2.e.v.
Democratisch bestuur	4.3.16.;7.3.1.
Derde	5.2.5.
Dictum	2.4.5.
Economisch belang	5.5.10.
Eerlijk proces	3.2.5.;3.2.9.
Eigenrichting	2.2.1.
Equality of arms	3.2.5.
Erkenning als persoon	3.2.3.
Europees Verdrag	2.5.e.v.;3.2.2.e.v.
Europees Sociaal Handvest	3.4.4.
Faillissementsrecht	3.6.5.
Fair trial -zie eerlijk proces	
Forumshopping	3.3.8.
Frankrijk	2.1.;2.3.3.;3.1.1.;3.2.5.;3.5.2.;4.3.2.;4.4.5.;5.2.1.;5.2.6.;6.3.5.
Gehemhouding	5.2.21.;5.5.1.
Gelegenheidsrechtspraak	3.3.8.
Gemeenschap	4.3.7.;6.2.10.
Gijzeling	3.2.8.;3.7.4.
Groepsacties	5.2.6.
Grondrechten	4.3.13.
-algemene en bijzondere beperkingen van -	6.2.7.
-algemene aspecten van -	6.2.e.v.
-clausulering	6.2.8.
-codificatie	6.2.5.
-klassieke en sociale -	6.2.6.
Handelingsonbekwaamheid	5.2.8.
Herziening rechterlijke organisatie	7.3.2.
Hoger beroep	2.4.5.
Immunitet	5.4.;5.5.2.
Implied limitations	6.2.9.
Individu	4.3.7.;6.2.10.
Internationaal Verdrag	2.5.3.e.v.
Interpretatiemethode	4.2.6.
Ius de non evocando	3.3.8.
Kort geding	3.3.10.;4.2.3.
Legaliiteitsbeginsel	4.3.12.;4.3.17.

Legitimatie	4.3.20.;7.2.1.
Leken.	2.3.9.
Machtenscheiding.	2.1.2.;4.3.1.e.v.;4.3.14.;5.5.2.
Margin of appreciation	6.2.9.
Montesquieu	2.1.2.;4.3.1.
Nationale ombudsman.	3.4.1.
Ne bis in idem-beginsel.	5.2.18.
Noodrecht.	2.3.15.
Noodsituatie.	5.5.5.
Oneigenlijke rechtspraak	3.6.1.e.v.
Ongeschreven recht	6.3.10.
Onrechtmatige overheidsdaad	3.3.9.
Onrechtmatige rechtspraak	5.2.12.
Organisatie gerechten	2.3.14.
Partijautonomie	5.5.8.
Pluralisme.	4.3.16.
Politiek	4.3.16.;4.3.18;6.3.3.
Prejudiciële beslissingen.	2.4.5.
Principes généraux	6.3.5.
Privilège du préalable	3.5.2.
Procesorde -goede	5.5.7.
Procesvertegenwoordiging	3.4.3.;5.2.9.;5.2.21.
Pseudowetgeving	2.4.4.
Raad van Europa	3.1.1.;5.2.17.
Raad voor de Magistratuur	2.6.1.
Rechtsbetrekking.	3.5.1.
Rechter	
-attributie van rechtsmacht	2.4.1.;3.3.3.
-benoeming	2.3.2.
-bevoegdheid: zie competentie	
-bevordering	2.3.3.
-binding -aan bestuursbeleid	2.4.4.
-binding -aan uitspraken rechters	2.4.5.
-binding -aan het recht	2.4.3.
-competentie	2.1.2.;2.4.2.;3.3.2.;3.6.8.
-incompatibiliteiten	2.3.5.
-leeftijdsontslag	2.3.4.
-lijdelijkheid	3.6.7.
-omkoping	2.3.11.
-onafhankelijkheid	2.1.e.v.
-onafhankelijkheid -persoonlijke	2.3.1.e.v.
-onafhankelijkheid -zakelijke	2.4.1.e.v.
-onpartijdigheid	2.1.
-ontslag	2.3.2.;2.3.4.
-selectie	2.3.3.
-toezicht	2.3.13.
-verboden activiteiten	2.3.6.
-verschoning	2.3.7.
-waking	2.3.7.
Rechtsbescherming -effectieve	3.1.1.;3.2.11.;4.1.1.;4.2.5.;5.2.17.;6.3.5.
Rechtsbijstand	3.3.11.;3.4.1.e.v.;5.2.21.
Rechtshulp, zie: rechtsbijstand	
Rechtsstaatsgedachte	2.1.3.;4.3.11.;4.3.13.
Rechtsvinding	4.3.17.
Rechtsweggarantie	6.3.5.
Schorsing	3.3.10.
Soevereiniteit	5.5.1.
Sovjet-Unie	3.4.2.
Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie.	2.6.1.;5.3.1.;7.3.2.
Staatsveiligheid	5.5.4.
Toegang tot de rechter	
-beginsel	4.1.1.
-begrip.	3.1.1.
-beperking	5.1.1.e.v.
-codificatie.	6.3.6.e.v.
-gewone wetgeving	3.4.e.v.

-grondrecht, als -	6.2.e.v.
-grondwet	3.3.e.v.;4.2.1.
-historische ontwikkeling	4.4.e.v.
-in het adm. recht	3.5.e.v.
-in het burg. recht	3.6.e.v.
-in het internat. recht	4.2.4.
-in de rechtspraak	4.2.3.
-in het strafrecht	3.7.e.v.
-knelpunten	5.6.
-regulering	5.3.e.v.
-schending van grondrechten	3.2.6.;3.2.11.
-uitsluiting	5.2.e.v.
-door feitelijk handelen	5.2.21.
-in de jurisprudentie	5.2.19.
-bij overeenkomst	5.2.20.
-bij wet	5.2.2.e.v.
-verdragen	3.2.e.v.
Toetsingsrecht	4.3.17.;5.2.13.;5.5.3.;6.3.6.;7.2.2.
Toezicht	2.4.5.
Tuchtrecht	3.3.5.
Universele Verklaring	3.2.1.
Verkeersbelang	5.5.9.
Verkeersovertredingen	7.4.1.
Voldongen feit	3.3.8.e.v.
Volkenrechtelijk belang	5.5.1.
Voluntaire jurisdictie	-zie oneigenl. rechtspr.
Voorlopige voorziening	3.3.10.
Vreemdelingen	3.4.4.
Vrijheid	4.3.9.
Vrijheidsberoving	3.2.4.;3.2.8.
Wetgevende macht	4.3.6.
Wetgever -terugtrek	4.3.12.

LIJST VAN GERAADPLEEGDE LITERATUUR

- Achterberg, N. - Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnissordnung, Berlijn 1982
- Algemene bepalingen van administratief recht, Alphen a/d Rijn 1984.
- Alkema, E.A. - Studies over Europese grondrechten, Deventer 1978
 - Schakelbepalingen, Deventer 1981
 - Vereenvoudigde afdoening van verkeersovertredingen en het recht op een eerlijke berechting, Trema 1983, p. 171 e.v.
 - Het arrest Oztürk en de vereenvoudigde afdoening van (verkeers)overtredingen, Trema 1984, p. 267 e.v.
 - Toepassing van de Europese Conventie voor de rechten van de mens in Nederland, Preadvies voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle 1985
- Althusser, L. - Montesquieu, la politique et l'histoire, Parijs 1981
- Angeren, J.A.M. van - De gewone rechter en de administratieve rechtszaken, Deventer 1968
- Baars, J. van - Point d'intérêt, point d'action, Amsterdam 1971
- Bastid, P. - Montesquieu et les Etats-Unis, Bicentenaire de l'esprit des lois, Parijs 1952
- Bemmelen, J.M. van - Ons strafrecht, deel 4, Strafprocesrecht, Alphen a/d Rijn 1981
- Berg, G. van den - Montesquieu en het staatsrecht, in: Verzamelde staatsrechtelijke opstellen, deel I, Alphen a/d Rijn 1949
- Berg-Koolen, J. ten - De goede procesorde in het burgerlijk-procesrecht, N.J.B. 1986, p. 113
- Beschrijvend literatuurrapport, De rol van de rechter in de samenleving, Ministerie van Justitie, Wetenschappelijk Voorlichtings- en Documentatiecentrum, oktober 1973.
- Biesen, F. van - Onverwijde spoed, Zwolle 1983
- Bilan de la convention Européenne des droits de l'homme, les trente premières années: 1954-1984, Straatsburg 1985
- Blaauw, J.H. en M.E.Th. de Bruijn-Luikinga, Geldvorderingen in kort geding, NJB 1985, p. 1109.
- Bleckmann, A. Allgemeine Grundrechtslehren, Keulen, Berlijn, Bonn, München 1979
- Böhtlingh, F.R. en J.H.A. Logemann, Het wetsbegrip in Nederland, Alphen a/d Rijn 1966
- Borman, J.A. - De procedure bij de Afdeling rechtspraak van de Raad van State, Preadvies voor de Vereniging voor de rechtsvergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle 1982
- Brederveld, E. - Herziening van de rechterlijke organisatie, De Gemeentestem 1985, 6785

- Breeuwsma, M.C. - Beeld van de Arob-bezwaarschriften-procedure, Deventer 1982
- Brenninkmeijer, A.F.M. - Van drukpersvrijheid tot informatievrijheid (artikel 1.7.), in: Grondrechten, commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet, Nijmegen 1982, p. 167 e.v.
- Het jus de non evocando, in: Grondrechten, Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet, Nijmegen 1982, p. 346-366.
- De vaste-deskundige-procedure, Bestuurswetenschappen 1982, p. 172
- Viewdata en teletekst, Ars aequi 1983, p. 180 e.v.
- Kernenergie, rechtsstaat en democratie, Zwolle 1983.
- Het Groot Hertogdom Luxemburg, in: Het bestuursrecht van de landen van de Europese Gemeenschappen, Deventer 1986
- De plaats van de rechter in onze constitutionele rechtsorde in: De rechter als dictator?, RAIO-Congresbundel 1987, Lochem 1987
- Brenninkmeijer, A.F.M. en C.F.J. de Jongh, Jurisprudentie Ambtenarengerechten, Raden van beroep en Centrale Raad van Beroep, Bestuurswetenschappen 1982
- Brenninkmeijer, A.F.M. en H.R. Westra, Jurisprudentie Centrale raad van beroep in sociale verzekeringszaken 1981-1985, Bestuurswetenschappen 1986
- Bruinsma, F. en N. Huls - Straatsburgse stemmen, NJB, 1983, p. 727.
- Burdeau, G. - Les libertés publiques, Parijs 1972
- Burg, F.H. van der - Formele rechtskracht, vertrouwensbeginsel en derde-beroep, in: Een stellig annotator, Zwolle 1982, p. 1 e.v.
- Burkens, M.C.B. - Beperking van grondrechten, Deventer 1971
- Buuren, P.J.J. van, H. Bolt en M. Scheltema, Kroonberoep en Arob-beroep, Deventer 1981
- Buuren, P.J.J. van - Kringen van belanghebbenden, Deventer 1978
- De reikwijdte van "burgerlijke rechten en verplichtingen" in artikel 6 Europees Verdrag en Kroonberoep, in: Kroonberoep en artikel 6 ECRM, Deventer 1986
- Cadart, J. - Institutions politiques et droit constitutionnel, Parijs 1979
- Cappelletti, M., e.a. - Toward equal justice: a comparative study of legal aid in modern societies, New York 1975.
- Cappelletti M. en B. Garth (ed.), Access to justice, Vol. 1, book 1, Alphen aan den Rijn/Milaan, 1978.
- Cassin, R. - Montesquieu et les droits de l'Homme, Bicentenaire de l'esprit des lois, Parijs 1952
- Chaudet, J.-P. - Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse, Parijs 1967
- Chevallier, Y. - L'elaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, Parijs 1970
- Cleveringa, R.P. - Een eigenrichtingstoetje, in: Op de grenzen van komend recht, Zwolle 1969
- Cleveringa, R.P. W. van Rossum's Verklaring van het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, Deel I en II, Zwolle 1972
- Contra legem-uitvoering in het sociaal zekerheidsrecht, Deventer 1985

- Corsten, G.J.M. - De president in kort geding in strafzaken, in: Ad personam, Zwolle 1981
- Corsten, G.J.M. - De verhouding rechter-openbaar ministerie, Arnhem 1983.
- Civielrechtelijke, administratiefrechtelijke of strafrechtelijke rechtshandhaving, preadvies N.J.V. 1984
- Council of Europe: Resolution (77) 31 on the protection of the individual in relation to the acts of administrative authorities, van 28 september 1977
- Council of Europe: Resolution (78) 8, on legal aid and advice, (76) 5, on legal aid in civil, commercial and administrative matters
- Council of Europe: Recommendation No. R(80)2 on exercise of discretionary powers by administrative authorities, van 11 maart 1980
- Council of Europe: Recommendation No. R(81)7, of the Committee of Ministers to member states on measures facilitating access to justice, 14 mei 1981
- Crijns, F.C.L.M. - De herziening van artikel 208 van de Grondwet. Het loon van de angst?, in: Grondrechten, commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet, Nijmegen 1982, p. 439 e.v.
- Dalen, H.J. van De voor beroep vatbare beslissing, Sociaal Maandblad Arbeid, 1981, p. 373 e.v.
- Daudt, A. - Het democratisch elitisme, in: Democratie, theorie en praktijk, red. J.J.A. Thomassen, Alphen a/d Rijn/Brussel 1981
- Debbasch, Ch. - Contentieux administratif, Parijs 1978
- Dijk, P. van Toetsing van overheidshandelingen door de nationale en internationale rechter en het vereiste van een procesbelang, Alphen a/d Rijn, Leiden 1976
- De op Nederland rustende internationale verplichtingen terzake van een behoorlijke rechtspraak, Handelingen N.J.V. 1983, deel I, eerste stuk
- Dijk P. van, en G.J.H. van Hoof, De Europese conventie in theorie en praktijk, Nijmegen 1982
- Doelder, H. de Terrein en beginselen van tuchtrecht, Alphen a/d Rijn 1981
- Donner, A.M. - Grondrechten als constitutionele rechten, in: Speculum Langemeijer, Zwolle 1973
- Over legitimatie, Preadvies voor de staatsrechtconferentie 1974, Rotterdam
- Nederlands bestuursrecht, Algemeen deel, Alphen a/d Rijn 1974
- Bestendig en wederkerig, Zwolle 1979
- De ontwikkeling van het democratische denken, in: Democratie, theorie en praktijk, red. J.J.A. Thomassen, Alphen a/d Rijn/Brussel 1981
- Grondwetsherziening en staatsrechtsdogmatiek, iets over het materieel wetsbegrip, Bijdrage voor de Staatsrecht conferentie 1981
- Die politische Function des Richters, Archiv des öffentlichen Rechts 1981, p. 10 e.v.
- Het beleid van de rechter ten aanzien van grond- en mensenrechten, in: Grondrechten, commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet, Nijmegen 1982, p. 40
- Handboek van het Nederlandse staatsrecht, Zwolle 1983.

- Dubbink, C.W. - Rechter, wetgever, bestuur, De Praktijkids 1980
 - Het verdwenen formulier van tenuitvoerlegging, NJB 1983, p. 46
- Duk, W., R.W.L. Loeb en P. Nicolaï, Bestuursrecht, Amsterdam 1981
- Duur recht is geen recht, Amsterdam 1982.
- Duverger, M. - Institutions politique et droit constitutionnel, Parijs 1965.
 - Eléments de droit public, Parijs 1981
- Duynstee, F.J.F.M. - Artikel 167 van de Grondwet, NJB 1960, p. 893
 - Rechterlijke onafhankelijkheid, in: Rechtspleging, Deventer 1974
- Eichenberger, K. Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960
- Eindrapport van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie, deel I en II, 's-Gravenhage 1985
- Eisenmann, Ch. - La pensée constitutionnelle de Montesquieu, Bicentenaire de l'esprit des lois, Parijs 1952
 - Cours de droit administratif, deel II, Parijs 1983
- Enschedé, Ch.J. - Kanttekeningen bij het advies van de staatscommissie euthanasie, NJB 1986, p. 37
- Fasseur, C. - Bezuïningen op rechtspraak; waar ligt de grens? Trema 1986, p. 227
- Favoreu, L. - Du déni de justice en droit public français, Parijs 1964
- Favre, P. - La décision de majorité, Parijs 1976
- Franken, H. - Maat en regel, Arnhem 1975
- Funke, A.P. - Deformaliseringstendenzen in het burgerlijke procesrecht, in: Een goede procesorde, Deventer 1983, p. 59
- Gerven, W. van - De taak van de rechter in een West-Europese democratie, Antwerpen/Deventer 1977
- Gjrdara, M. - La fonction administrative contentieuse, Parijs 1972.
- Gneist, R. - Der Rechtsstaat, Berlijn 1879
- Goyard-Fabre, S. - La philosophie du droit de Montesquieu, Parijs 1979
- Granpré Molière, J.J. - La theorie de la constitution anglaise chez Montesquieu, Leiden 1977
- Graven, J. - Montesquieu et le droit pénal, in: Bicentenaire de l'esprit des lois, Parijs 1952
- Grinten, W.C.L. van der - Marginale toetsing, in: Op de grenzen van komend recht, Zwolle 1969
- Groenendijk, C.A. - Bundeling van belangen bij de burgerlijke rechter, Zwolle 1981
- Gusy, C. - Das Mehrheitsprinzip im demokratischen Staat, Archiv des öffentlichen Rechts 106/3, p. 329
- Häberle, P. - De wesensgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, Heidelberg 1983
- Hart, A.C. 't - Het nulla-poenabeginsel, in: Grondrechten, commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet, Nijmegen 1982
- Hartmann, K. - Politische Philosophie, Freiburg/Munchen 1981
- Hazewinkel-Suringa, D. - Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht, bewerkt door J. Remmelink, Groningen 1973
- Heijnsbergen, P. van - Compendium van het volkenrecht, Deventer 1972

- Hesse, K. - Die normatieve Kraft der Verfassung, Tübingen 1959
- Hirsch Ballin, E.M.H. - Arob-beroep en beroep op de Kroon, *Ars Aequi* 1981, p. 490
- De mens in de sociale rechtsstaat, in: *Overheidsbemoei- enis*, opstellen uitgegeven ter gelegenheid van het 11de lustrum van de Katholieke Hogeschool te Tilburg, Deventer 1982, p. 21
- Vertrouwen op het recht, Over de plaats van de wet in de rechtsorde, oratie K.H. Tilburg, Alphen a/d Rijn 1982
- Rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur, *Nederlands tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie* 1982, p. 105 e.v.
- Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse administratieve recht, *Preadvies N.J.V.* 1983, deel I, tweede stuk
- Recht op beleidsregels en beleidsregels als recht, *Ars aequi* 1986, p. 493 e.v.
- In de zaak voorzien, in: *Blinde vlekken in het sociaal recht*, Deventer 1986, p. 178 e.v.
- Hoeven, J. van der - De plaats van de Grondwet in ons constitutionele recht, Zwolle 1958
- De grenzen van de rechterlijke functie in de administratieve rechtspraak, *R.M. Themis* 1974, 658
- Beperkingen bevoegdheid Afdeling rechtspraak ineffectief en inefficient, *Stcrt.* 1986, 123 ook in: *Ervaring met tien jaar AROB*, Zwolle 1986, p. 27 e.v.
- Hoogendijk-Deutsch, S.V. - Groepsacties en algemeen belang in de administratief-rechtelijke procedure, *Handelingen N.J.V.*, 1976, deel I
- Hoogenwerf, A. - Politicologie, Alphen a/d Rijn/Brussel 1979
- Jeanneau, B. - Les principes généraux du droit, dans la jurisprudence administrative, Parijs 1954
- Jeukens, H.J.M. - Grondwetsherziening, afscheidscollege Tilburg 1980
- Jong, D.H. de - Rechtsbescherming in een beslissende fase, Arnhem 1985
- Jongh, C.F.J. de - Het recht op rechtsbijstand, in: *Grondrechten, commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet*, Nijmegen 1982
- Jörg, N. - Administratiefrechtelijke afdoening lichte verkeersover-tredingen, *Trema special* december 1985
- Kaminskaya, D. - Final Judgement, New York 1982
- Köchling, G. - Gesetz und Recht bei Montesquieu, Kiel 1975
- Graven, J. - Montesquieu et le droit pénal in: *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu, Bicentenaire de l'Esprit des lois, 1748-1948*, Parijs 1952
- Koekoek, A.K., en W. Konijnenbelt, Het raam van hoofdstuk één van de herziene Grondwet, in: *Grondrechten, commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet*, Nijmegen 1982, p. 4 e.v.
- Koeman, N.S.J., en M.L. Roes, Rechtsbescherming in de milieuwetgeving, Het Kroon/Arob-beroep, Vereniging voor Milieurecht 1985-1
- Konijnenbelt, W. De rechtsverwerking in het administratieve recht, *Preadvies V.A.R.* LXXIV
- Afsluiting de gevolgen van het arrest-Bentham, in: *Kroonberoep en artikel 6 ECRM*, Deventer 1986

- Koopmans, T. - De rol van de wetgever, in: Honderd jaar rechtsleven, Deventer 1970
- Korthals Altes, E. - Vergelijkend publiekrecht, Deventer 1978
- Kortmann, C.A.J.M. - Belangenafweging en doelmatigheidsoverwegingen in kort geding, in: Kort Geding en Toetsing, Zwolle 1985
- Kortmann, C.A.J.M. - De grondwetsherziening 1983, Deventer 1983
- De Franse Republiek, in: Het bestuursrecht van de landen van de Europese Gemeenschappen, Deventer 1986
- Krabbe, H.G.M. - Verzet en hoger beroep in strafzaken, Alphen a/d Rijn 1983
- Kreveld, J.H. van, en M. Scheltema, Parlementaire geschiedenis van de Wet Arob, Groningen 1976
- Kreveld, J.H. van - Beleidsregels in het recht, Deventer 1983
- Langemeijer, F.F. - Raad voor de rechterlijke macht, Trema special '84-2.
- Langereis, Ch.J. - Belastingprocedures, Deventer 1981
- Fiscale rechtsbescherming, Deventer 1986
- Laubadère, A. de - Traité de droit administratif, deel I, Parijs 1980
- Leclercq, C. - Le principe de la majorité, Parijs 1971
- Leyten, J.C.M. - Wie komt daar uit zijn hokje?, Over civiele rechtspraak en haar grenzen, Rechtsgeleerd Magazijn Themis 1974, p. 679 e.v.
- Markine-Guetzévitch, B. - De la séparation des pouvoirs, in: Bicentenaire de l'esprit des lois, Parijs 1952
- De l'esprit des lois à la démocratie moderne, in: Bicentenaire de l'esprit des lois, Parijs 1952
- Martens, S.K. - Enkele opmerkingen over de désaveu-procedure, in: Een goede procesorde, Deventer 1983, pp. 83-96
- Maunz-Dürig - Grundgesetz Kommentar, München (losbladig)
- Meide, J.H. van der - Ontwikkeling van toetsingsnormen in de ambtenaren rechtspraak, NJB 1980, p. 1053 e.v.
- Meij, J.M. de - Overheid en uitingsvrijheid, Voorstudies en achtergronden mediabeleid, WRR, 's-Gravenhage 1982
- Mertens, P. - Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme, Brussel 1973
- Minkenhof, A.A.L. - De subcommissie Burgerlijke Rechtsvordering van de Staatscommissie voor de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving, in: Een goede procesorde, Deventer 1983, p. 7-18
- Minkenhof, A. - De Nederlandse strafvordering, Alphen a/d Rijn 1981
- Monchy, S.J.R. de - Handboek voor het Nederlandse provincierecht, bewerkt door A.H. Günter, Zwolle 1976
- Monté-Verloren, J.P.H., en J.E. Spruit, Hoofdpijnen uit de ontwikkeling der rechterlijke organisatie in de Noorderlijke Nederlanden tot de Bataafse omwenteling, Deventer 1972
- Montesquieu, Ch. de - Oeuvres complètes, l'intégrale, Parijs 1964
- Mulders, C.J.M. - Reorganisatie van de rechterlijke macht, Trema 1984, p. 305
- Oud, P.J. - Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden, Zwolle 1967
- Prakke, L. - Pluralisme en staatsrecht, Deventer 1974
- Toetsingsrecht in het publiekrecht, Assen 1972

- Prélot, M. en J. Boulois - Institutions politiques et droit constitutionnel, Parijs 1972
- Rapport van de Commissie vereenvoudigde afdoening lichte verkeersvoorschriften, 's-Gravenhage
- Ras, H.E. - Het tussenvonnis in het burgerlijk procesrecht, Arnhem 1966
- Rivero, J. - Le Conseil Constitutionnel et les libertés Parijs 1984
- Roos, N.J.M. - De rechterlijke macht en zijn uitsluitende bevoegdheid volgens artikel 167 Gw. mede in verband met de deelneming van leken aan de rechtspraak, R.M. Themis 1979
- Rutgers, G.R. - De verplichte procesvertegenwoordiging, Amsterdam 1979
- Een voorstel tot herziening van het procesrecht in verband met scheiding en levensonderhoud, NJB 1985, p. 225 e.v.
- Rutten, L.E.H. - Eigenrichting, Zwolle 1961
- Scheltema, M. - De rechtsverwerking in het administratieve recht, Preadvies V.A.R. LXXIV
- Voorlichting over Arob, Zwolle 1976
- Een nieuwe uitdaging voor de administratieve rechtspraak?, in: Kroonberoep, Deventer 1986
- Schill, H.J. - Die Stellung des Richters in Frankreich, Rechtsvergleichende Untersuchungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft, neue Folge, Heft 26, Bonn 1961
- Schmidt-Bleibtreu, B. en F. Klein, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bonn, Neuwied 1980
- Scholten, G.H.A. - Eigenrichting in een rechtsstaat, Rechtsgeleerd Magazijn Themis, 1983, p. 525
- Schönfeld, K.M. - Montesquieu en "La bouche de la loi", Leiden 1979
- Schoordijk, H.C.F. - Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek, Deventer 1979
- Schumpeter, J.A. - Capitalism, Socialism and Democracy, Londen 1976
- Schuyt, C.J.M. - Handelingen N.J.V. 1975, deel I, De rol van de rechtspraak en de rechterlijke macht in de democratische samenleving
- Ongeregeld heden, naar een theorie van wetgeving in de verzorgingsstaat, Alpen a/d Rijn 1982
- Simons, D. - De ontwikkeling van de administratieve rechtsbescherming tegen de overheid, in : Honderd jaar rechtsleven, Deventer 1970
- Soetenhorst-de Savornin Lohman, J. Zuinig met recht, S.P.C.-Cahier, Rijswijk 1883
- Soetenhorst-de Savornin Lohman, J. Deregulering en rechtspleging, Handelingen N.J.V. 1984, deel I, eerste stuk
- Spurlin, M.P. - L'influence de Montesquieu sur la constitution américaine, in: Actes du congrès Montesquieu, Bordeaux 1956
- Steenbeek, J.G. - Rechtshandelingen en rechtsgevolg in het staats en administratief recht, Utrecht 1958
- Stein, P.A. - Compendium van het burgerlijk procesrecht, Deventer 1985
- Struycken, A.A.H. - Administratie of rechter, in: Verzamelde werken, eerste deel, Arnhem 1924
- Swart, A.H.J. - Goede rechtsbedeling en internationale rechtshulp in strafzaken, Deventer 1983

- Tak, A.Q.C., en J.B.J.M. ten Berge, Nederlands administratief procesrecht, deel 1 en 2, Zwolle 1983
- Vedel, G. - Droit administratif, Parijs 1980
- Vélu, J. - Les voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation de la convention européenne des droits de l'homme, in: Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen, Brussel 1973
- Verburg, M.J.P. - Privaatrecht en collectief belang; verdediging van kollektieve belangen via de burgerlijke rechter, Zwolle 1974
- Verpalen, O.A.C. - Zij zullen ook geen scheidsheden zijn, R.M. Themis 1976, p. 5 e.v.
- Verwoerd, J.R.A., en E.R. Blankenburg, Beroep op de rechter als laatste remedie?, enkele vergelijkingen tussen de rechtsstructuren in Nederland en de Westduitse deelstaat Nordrhein-Westfalen, NJB 1986, p. 1045
- Vincent, J., en S. Guinchard, Procédure civile, Parijs 1981
- Vlachos, G. - Le pouvoir judiciaire dans l'esprit des lois", in Mélanges en l'honneur du professeur M. Stassinopoulos, Parijs 1974, p. 365-376
- Vos van Steenwijk, R.H. de, Parlementaire immuniteit, in: H. Krabbe, Staatsrechtelijke opstellen, deel II, 's-Gravenhage 1927
- Vrieze, G. - De telefoontap en de RC, NJB 1983, p. 1277-1292
- Wedeven, H.L., - Handelingen N.J.V. 1975, deel I, De taak en positie van de rechters in onze samenleving
- Wessels, B. - Gentlemen's agreements, Arnhem 1984
- Wever, J., - Is ons jeugdstrafprocesrecht wel in overeenstemming met internationale rechtsbeginselen EVRM? Advocatenblad 1986, p. 305 e.v.
- Wiarda, G.J. - De betekenis van art. 6. lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens voor de Nederlandse adm. rechtsgangen, in: Non sine causa, Zwolle 1979, p. 459 e.v.
- Drie typen van rechtsvinding, Zwolle 1980
- Extensieve en restrictieve verdragstoepassing door het Europese Hof voor de rechten van de mens in: Ad personam, Zwolle 1981, p. 374 e.v.
- Inhoud en betekenis van het Benthem-arrest, in: Kroonberoep en artikel 6 ECRM, Deventer 1986
- Wiersma, K. - Het rechtsmiddel verzet van derden, Leiden 1952
- Administratieve en burgerlijke rechtsgangen, beginselen van organisatie, in: Een goede procesorde, Deventer 1983, pp. 131-147
- Wijmen, P.C.E. van - Recht, belang en rechtsbescherming, 's-Gravenhage 1981
- Zebeu, C.J., e.a. - Parlementaire geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen, Deventer 1981
- Zonderland, P., R.C. Schlingermann en W.G. Dohman, Grondtrekken van het Nederlandse Burgerlijke Procesrecht, Zwolle 1980
- Zoontjens, P.J.J. - Het huisrecht, in: Grondrechten, commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet, Nijmegen 1982, p. 264 e.v.
- Zwart, F.P. - Problemen bij het procederen ingevolge de Beroepswet, Sociaal Maandblad Arbeid, 1981, p. 541 e.v.

CURRICULUM VITAE

geboren	29 juni 1951 te Amsterdam
1964 - 1970	HBS B aan het St. Maartenscollege te Haren (Gr.)
1971 - 1972	Militaire dienst
1971 - 1976	Studie aan de juridische faculteit en de centrale interfaculteit van de Rijksuniversiteit Groningen
1976	Doctoraal examen Nederlands recht
1976 - 1980	Wetenschappelijk medewerker bij de sectie staatsrecht van de juridische faculteit van de Katholieke Universiteit te Nijmegen
1978 - 1983	Plaatsvervangend griffier bij de Raad van Beroep en het Ambtenarengerecht te Arnhem
1980 - 1984	Wetenschappelijk medewerker bij de vakgroep staats- en administratief recht van de juridische faculteit van de voormalige Katholieke Hogeschool te Tilburg
1983 - 1984	Plaatsvervangend voorzitter van de Raad van Beroep en het Ambtenarengerecht te Arnhem
1984 - heden	Idem ondervoorzitter

Mr A.F.M. Brenninkmeijer, De toegang tot de rechter. Een onderzoek naar de betekenis van onafhankelijke rechtspraak in een democratische rechtsstaat, dissertatie KU Brabant 1987,
W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 285 p.

1. Men kan op uiteenlopende manieren tegen de rechtsbescherming en de organisatie daarvan aankijken. De laatste jaren overheerst – vooral bij jonge juristen – de visie dat aan de rechter ruim baan moet worden gegeven. Op wetgever en bestuur is zoveel aan te merken en de kans op betering wordt zo gering geacht, dat alleen nog maar van de rechter soulaas wordt verwacht. Met de steun in de rug van art. 6 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden worden aanvallen gedaan op oude en vertrouwde leerstukken als machtscheiding en toetsingsverbod. Het zijn vooral de beoefenaren van het bestuursrecht die bij het uitdragen van die visie voorop lopen. Het proefschrift van Brenninkmeijer, sinds kort lid van de Centrale Raad van Beroep, is één van de pronkstukken in de reeks van deze recente publicaties.

2. Het boek is verdeeld in 8 hoofdstukken.

In het eerste, de inleiding, wordt de actualiteit beklemtoond en wordt al in uitzicht gesteld wat de hoofdstrekking van de beschouwingen zal zijn. Een volstrekt primaat van de democratie wordt afgewezen en de rechter wordt in een gelijkwaardiger positie ten opzichte van het democratische bestuur en de wetgever geplaatst.

STELLINGEN

1. Het bedenkelijke van de stakingsuitspraak van de president van de rechtbank te Almelo (Pres. Rb. Almelo 12 februari 1986, KG 135) is dat deze moraliserende overwegingen ten beste geeft die vreemd zijn aan rechtstoepassing.
2. Ten onrechte duidt de Centrale Raad van Beroep marginale toetsing vaak aan als "beperkte toetsing".
3. De redelijkheid als afzonderlijke toetsingsmaatstaf -naast de algemene beginselen van behoorlijk bestuur- dient in het sociale verzekeringsrecht te worden afgeschaft.
4. Ten onrechte is bij de introductie van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de Ambtenarenwet 1929 nagelaten te heroverwegen of de evenredigheidstoetsing als afzonderlijke toetsingsmaatstaf -beperkt tot het terrein van disciplinaire strafoplegging- gehandhaafd dient te worden.
5. In het sociale zekerheidsrecht dient de rechter bij de toetsing van de toepassing van sancties -toetsend aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur- na te gaan of er een evenredige verhouding is tussen de mate van verwijtbaarheid en de zwaarte van de sanctie.
6. De stelselherziening van het sociale verzekeringsrecht houdt op vele punten onzorgvuldige wetgeving in.
7. In de plaats van de nadruk te leggen op fraudebestrijding in het sociale zekerheidsrecht zou moeten worden onderzocht op welke wijze maatschappelijk zinvolle -al dan niet betaalde- arbeid makkelijker verenigbaar is met het genieten van een uitkering, "ledigheid is des duivels oorkussen."
8. Gelet op de lange termijn die het bestuur in de regel nodig heeft om te beslissen, valt te overwegen de burger -naar Frans voorbeeld- een beroepstermijn van drie maanden te gunnen.
9. Automatisering bij rechterlijke colleges kan een belangrijke kwaliteitsverbetering opleveren van de inhoud van rechterlijke uitspraken.
10. Het verdient aanbeveling te onderzoeken of door een wijziging van het wetsbegrip bepaalde administratiefrechtelijke beslissingen die tot stand zouden komen door toepassing van computerprogrammatuur niet per definitie recht zijn.
11. Bij de gedachtenvorming over de introductie van een eerste fase van de Arob-rechtspraak bij de raden van beroep wordt ten onrechte in overweging genomen de beslissing over de ontvankelijkheidsvraag -en eventueel andere onderdelen van de procedure- bij de Afdeling rechtspraak van de Raad van State te laten.
12. Betere rechterlijke oordeelsvorming begint bij zelfkennis.
13. Lees liever mijn proefschrift dan deze "stelling"

Stellingen behorende bij A.F.M. Brenninkmeijer, "De toegang tot de rechter".

Dat kan het trouwens ook bij de beoordeling van wat wel al in het voorontwerp is geregeld. Met name in § 6.2 waarin algemene en gemeenschappelijke bepalingen omtrent bezwaar, administratief beroep en beroep op een administratieve rechter zijn opgenomen, komen artikelen voor die de toegang tot de rechter betreffen.

5. In de memorie van toelichting bij de begroting van Justitie 1989 is medegedeeld dat binnenkort een notitie aan de Tweede Kamer zal worden gezonden die het kabinetsstandpunt over de adviezen van de Staatscommissie inzake de structuur van de rechterlijke organisatie zal bevatten. Een verheugende mededeling. In aansluiting daarop zegt de Minister dat er bovendien een notitie zal worden aangeboden die mede onder verantwoordelijkheid van de Minister van Binnenlandse Zaken is voorbereid, waarin het kabinet zijn oordeel geeft over de oplossing van het vraagstuk van de Arob-rechtspraak in twee instanties.

Die tweede notitie zal zijn gebaseerd op het Eindrapport van de Projectgroep Invoering Arob-rechtspraak in twee instanties. Is tot dusverre de discussie vooral gericht geweest op de vraag waar de eerste instantie moet worden ondergebracht, het zal nu verder vooral gaan om de procedurele uitwerking. En dan rijzen verschillende vragen die in de dissertatie worden behandeld. Bijvoorbeeld die of verplichte rechtsbijstand moet worden voorgeschreven. De werkgroep wijst die zowel voor de eerste aanleg als voor het hoger beroep af.

Er zijn trouwens ook vragen van toegankelijkheid te beantwoorden die niet door Brenninkmeijer worden behandeld. Moet aan hoger beroep of aan cassatie de voorkeur worden gegeven? Is er reden de mogelijkheid van een kostenveroordeling in te voeren? Een vraag die de Minister van Justitie in een brief van 4 mei 1988 voorshands ontkennend heeft beantwoord.

Hoofdstuk 2 bevat een uiteenzetting over de onafhankelijkheid van de rechter waarbij wordt onderscheiden naar de drie rechtsgebieden strafproces, burgerlijk proces en administratief proces. De waarborgen voor die onafhankelijkheid zijn persoonlijke, zoals die t.a.v. benoeming, ontslag, wraking en verschoning, en zakelijke. De schrijver is van mening dat een Raad voor de Magistratuur zoals voorgesteld door de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie meer waarborgen biedt dan thans het geval is nu de minister van Justitie het grotendeels voor het zeggen heeft. Aan het slot, in hoofdstuk 8 dat de samenvatting en conclusies inhoudt, is de eerste conclusie aan dit punt gewijd. 'Het verdient aanbeveling te komen tot instelling van een raad voor de Magistratuur. Aan deze raad kan de zorg voor de selectie, de opleiding en eventueel de bevordering van rechters worden overgedragen. Bovendien zou deze raad als adviesorgaan kunnen functioneren ten aanzien van overheidsmaatregelen die de rechtspleging raken.'

Hoofdstuk 3 verkent het recht op toegang tot de rechter in het positieve recht. Achtereenvolgens komen aan de orde het verdragsrecht, de grondwet, de gewone wetgeving met o.a. een uiteenzetting over advocatuur en rechtshulp, het administratieve recht, het burgerlijk proces en het strafrecht.

In hoofdstuk 4 graaft de schrijver dieper en analyseert hij het beginsel van de toegang tot de rechter dat hij als volgt onder woorden brengt: Rechtssubjecten behoren een aanspraak te hebben op toegang tot de rechter, teneinde ter bescherming van hun (gemeende) rechten van een onafhankelijke rechter effectieve rechtsbescherming te verkrijgen door een rechtens bindende en zo nodig executoriale uitspraak over de rechtsbetrekking in geschil.

Met hoofdstuk 5 wordt het spannender. Een onbeperkte toegang tot de rechter – zo lezen we op p. 162 – zou leiden tot verlamming van het openbaar bestuur, tot onverantwoord hoge lasten voor de samenleving en bovendien tot ontwrichting van het maatschappelijk leven. Beperkingen zijn dus onvermijdelijk. Zij worden in dit hoofdstuk beschreven. De voorlopige conclusie op p. 211 is dat over het algemeen gesteld zowel in het privaatrecht als in het strafrecht de toegang tot de rechter ruim geregeld is maar dat de administratief-rechterlijke rechtsbescherming te wensen overlaat.

In hoofdstuk 6 wordt dat nader uitgewerkt. Maar eerst gaat de schrijver nader in op het recht op toegang tot de rechter als grondrecht. Met de losse bepalingen die slechts aspecten behandelen (artt. 15, 17, 18), is hij niet tevreden. Er moet een algemene bepaling bijkomen. In conclusie 4 van hoofdstuk 8 wordt het aldus gezegd: 'Overweging verdient het om in het eerste hoofdstuk van de Grondwet een grondrecht op te nemen, waarin in het algemeen de toegang tot de rechter wordt gegarandeerd, benevens een aantal daarmee samenhangende rechtsaanspraken, zoals de berechting op redelijke termijn'.

Hoofdstuk 7 bevat de meeste discussie- en conflictstof. Onder de belangen die blijkens hoofdstuk 5 een beperking van de toegang tot de rechter kunnen rechtvaardigen, zijn er drie die als knelpunt kunnen worden aangemerkt. Het zijn de democratische besluitvorming, het bestuursbelang en de financiële belangen.

Het eerste staat bij de schrijver hoog genoteerd. Dat blijkt reeds hieruit dat de 7 conclusies die hij in zijn laatste hoofdstuk heeft opgevoerd bijna alle daarop zijn gericht. Ik vermeldde al 1 en 4. In conclusie 2 schaart Brenninkmeijer zich achter de voorstellen van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie tot integratie van alle rechterlijke colleges tot één organisatie, een integratie die een eerste stap zou zijn om te komen tot een omvattende rechtsbescherming op administratief-rechterlijk terrein. In conclusie 3 wordt aangeraden art. 115 Grondwet dat de mogelijkheid van administratief beroep opent, in te trekken. Conclusie 5 zegt dat de rechter voor zijn competentie een zodanige uitleg aan zijn wettelijke competentiebepaling dient te geven dat de burger zijn gerecht-

vaardigde aanspraken op rechtsbescherming gehonoreerd ziet, bij deze interpretatie kan de rechter zich laten leiden door de rechtsstaatsgedachte, en na opname van een grondrecht terzake in de Grondwet door deze grondwetsbepaling. In conclusie 7 is neergelegd een tweetal juist de laatste tijd meermalen gelanceerde voorstellen 'Constitutionele rechtspraak en rechtstreeks beroep tegen algemene rechtsnormen verdient ernstige overweging'. Er wordt nog iets aan toegevoegd 'De argumenten die tot op heden tegen constitutioneel toetsingsrecht zijn gehanteerd, overtuigen allerm minst. Wel dient de vraag bezien te worden of de gewone rechter deze bevoegdheid zou moeten krijgen, of dat naar Frans voorbeeld een Constitutioneel Hof moet worden ingericht bestaande uit leden van de Hoge Raad en de Raad van State'. Het tweede voorstel wordt geclausuleerd 'De invoering van rechtstreeks beroep tegen algemene rechtsnormen is goed verdedigbaar, doch vraagt om een nadere studie betreffende de inpassing ervan in het procesrecht'.

Het is te begrijpen dat bij een dergelijke benadering zuinig wordt gekeken naar beperkingen die op financiële belangen berusten. In conclusie 6 zegt de schrijver het aldus 'In haar algemeenheid kan niet de stelling aanvaard worden dat op de rechtspleging op gelijke wijze bezuinigd kan worden als op andere begrotingsposten. Tezamen met het budget voor het parlement draagt dat voor de rechtspleging een bijzonder karakter in de democratische rechtsstaat. De huidige bezuinigingen op de rechtspleging, die uitgaan van het uitgavenniveau zoals dit tot nu toe noodzakelijk was, berusten op een verkeerd uitgangspunt, omdat thans de omvang van de rechtsbescherming te beperkt is'.

3 Het zijn pittige conclusies. Zij vallen, zo liet ik al uitkomen, ook goed bij velen. Ik behoor daar niet bij. Afgezien van de vijfde conclusie, zet ik bij alle vraagtekens. Omdat een recensent niet gehouden is op alle punten zijn twijfel te motiveren, mag ik met die opmerking volstaan. Ik geef er de voorkeur aan deze bespreking op een tweetal actuele vraagstukken toe te spitsen en zo te laten uitkomen dat ook andersdenkenden van deze knappe dissertatie een dankbaar gebruik kunnen maken.

4 De toegang tot de rechter wordt — afgezien van wat in verdragen als art. 6 EVRM en Grondwet is bepaald — door vele wetsartikelen beheerst en begrensd. Die artikelen vormen allerm minst een sluitend geheel. Ook daar waar het om identieke situaties gaat bestaan niet te rechtvaardigen verschillen. Enkele jaren geleden heeft een werkgroep Harmonisatie administratief procesrecht, ingesteld door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (Trema, Special 1983-1) er een aantal bloot gelegd. Zo is vastgesteld dat op het stuk van wraking en verschoning van rechters — in de dissertatie behandeld op p. 25 — de wetten die de onderscheiden vormen van administratieve rechtspraak regelen, verschillen en is op harmonisatie aangedrongen.

De gelegenheid om aan dit en andere verlangens van de werkgroep te voldoen, is nu aanwezig. Binnenkort is de indiening te verwachten van een wetsvoorstel Algemene wet bestuursrecht dat is gebaseerd op het voorontwerp van de commissie-Scheltema. In hoofdstuk 6 dat een aantal algemene bepalingen over de rechtsbescherming bevat, is plaats voor artikelen die alleen en specifiek op het beroep op de administratieve rechter betrekking hebben. Daarvoor zou een paragraaf 6.5 ingeruimd moeten worden. Er heeft voor de verwezenlijking daarvan niet gewacht te worden op beslissingen inzake de rechterlijke organisatie, zoals de commissie-Scheltema stelt.

Naar mijn mening is van dergelijke bepalingen meer te verwachten dan van een algemeen voorschrift in de Grondwet zoals Brenninkmeijer voorstaat. In zijn conclusie 4 noemt hij de berechting op redelijke termijn. Gelet op art. 6 EVRM spreekt het voorstel om een nadere voorziening te treffen mij aan. Maar ik heb die liever concreet in een wet. Er is nog wel meer te bedenken. Het proefschrift kan hierbij goede diensten bewijzen.