

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY
1100 EAST 58TH STREET
CHICAGO, ILL. 60637
U.S.A.
TEL: (312) 937-1234
FAX: (312) 937-1234
E-MAIL: library@chicago.edu
WWW: www.chicago.edu/library

I. HET PROCESRECHT ALS PROCES

Preadvies mr A F M Brenninkmeijer

I INLEIDING, 5

- 1 1 De vraagstelling, 5
- 1 2 Beperkingen, 7
- 1 3 Het proces, 8
- 1 4 De beleidsvorming over procesrecht, 9
- 1 5 Indeling, 11

II TERREINVLRKENNING, 12

- 2 1 Artikel 6 EVRM, 12
- 2 2 De toegang tot de rechter, 13
- 2 3 Democratische rechtsstaat, 15
- 2 4 Competentie, 17
- 2 5 Verschillend procesrecht, 20
- 2 6 Het proces als rechtsstrijd, 22
- 2 7 Het begrip rechtsbetrekking, 23
- 2 8 Objectief en subjectief, 26
- 2 9 De relativering van het geschreven recht, 28
- 2 10 Burgerlijk recht en bestuursrecht, 29
- 2 11 De staatsvrije sfeer, 32
- 2 12 De regulering van het procesrecht, 33
- 2 13 Marginale toetsing van de uitoefening van discretionaire bevoegdheden, 34
- 2 14 De aard van de bevoegdheid de legaliteit, 37
- 2 15 Nadere uitwerking van het legaliteitsbeginsel, 40
- 2 16 De rechterlijke toetsing, 42
- 2 17 Analyse van de taak van de rechter, 44
- 2 18 Oneigenlijke rechtspraak, voluntaire jurisdictie, vrijwillige rechtspraak, 45
- 2 19 De rechter en de inhoud van de rechtsbetrekking, 47
- 2 20 De kerntaak van de rechter in het bestuursrecht, 48

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

III. VERGELIJKING, 57

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

IV. AFRONDING, 99

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

Het procesrecht als proces ()*

I INLEIDING

1.1 *De vraagstelling*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.2 Beperkingen

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

Dit preadvies bestrijkt een zodanig breed terrein van onderzoek dat

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

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

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

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

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

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

1.3 *Het proces*

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

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

1.4 *De beleidsvorming over procesrecht*

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

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

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

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

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

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

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

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

1.5. *Indeling*

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

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

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

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

II TERREINVERKENNING

2.1 *Artikel 6 EVRM*

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

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

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

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

2.2 *De toegang tot de rechter*

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

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

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

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

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

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

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

Bij een waardering van procesrecht moet onderscheid worden gemaakt tussen

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

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

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

2.3 Democratische rechtsstaat

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

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

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

(11) Zie de vorige noot.

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

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

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

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

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

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

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

2.4 Competentie

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

stuursrechtelijk geschil – op basis van burgerlijk procesrecht mogelijk

2.5 *Verschuivend procesrecht*

De mogelijkheid dat bestuursrechtelijke geschillen door de burgerlijke rechter worden behandeld, duidt erop dat het burgerlijk recht en het burgerlijk procesrecht in de Nederlandse rechtsorde een universeel karakter hebben gekregen. Ik volsta hier met deze vrij globale kenschets, omdat dit niet de plaats is de historie van de gemene rechtsleer op te halen.⁽¹⁵⁾ De toepassing van bestuursrecht valt te brengen onder toepassing van het burgerlijk recht, in die zin dat onder meer de onrechtmatige daad in art. 140:1 BW mede kan omvatten de handeling in strijd met het geschreven of ongeschreven bestuursrecht. Het burgerlijk procesrecht bevat geen belemmeringen voor effectieve rechtsbescherming door de burgerlijke rechter. Sterker nog, op één punt kende het burgerlijk procesrecht een meer krachtig rechtsmiddel, namelijk het kort geding – dat pas sinds de invoering van de Wet Arob ook binnen het bestuursprocesrecht van betekenis werd. Het kort geding voor de ambtenarenrechter en voor de voorzitter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft daarvoor geen hoge vlucht genomen.

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

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

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

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

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

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

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

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

(19) Zie mijn bijdrage: Een vicieuze oplossing voor de vreemdelingenrechtspraak, 'Iusma' 1987, p. 267 e.v.

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

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

2.6 *Het proces als rechtsstrijd*

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

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

(21) a.w. Zie p. 216 v. waar zij naast de 'rechtsbeschermingsoptiek', de 'social service optiek' en de 'controleoptiek' noemen.

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

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

2.7 *Het begrip rechtsbetrekking*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(26) Par. II van de MvT, Kamerstukken II, 1988 – 1989, 21 221 nr. 3, p. 11

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

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

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

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

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

2.8 *Objectief en subjectief*

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

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

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

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

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

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

De discussie in het privaatrecht over de derogerende werking van de

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

2.9 De relativisering van het geschreven recht

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

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

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

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

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

2.10 Burgerlijk recht en bestuursrecht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.11 De staatsvrije sfeer

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

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

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

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

2.12 De regulering van het procesrecht

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

(34) Drie typen van rechtsvinding, a w

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

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

2.13 *Marginale toetsing van de uitoefening van discretionaire bevoegdheden*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.14. *De aard van de bevoegdheid de legaliteit*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.15 Nadere uitwerking van het legaliteitsbeginsel

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

De bevoegdheid tot algemene normstelling is in de Grondwet en in

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

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

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

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

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

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

2.16 *De rechterlijke toetsing*

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

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

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

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

(39) Vgl. de toelichting bij het ontwerp van de art. 8:111 tot en met 8:114 (Beperking tot punt van geschil) van het komend procesrecht.

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

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

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

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

2.17 *Analyse van de taak van de rechter*

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

Als uitgangspunt wordt gekozen de staatsrechtelijke positie van de rechter – een van de staatsmachten (twee³, drie⁴) die exclusief bevoegd is – globaal gesteld – onafhankelijk geschillen te beslechten (43). Bij het beslechten van geschillen oefent de rechter staatsmacht uit. In het burgerlijk recht kan een rechterlijke uitspraak een executoriale titel vormen – met staatsmacht kan de uitspraak ten uitvoer worden gelegd. Bij de ontruiming van een kraakpand door de Mobiele Eenheid of bij de uithuisplaatsing van een kind, de inbewaringstelling van een mens die een gevaar vormt voor zichzelf of de samenleving, de gijzeling van een onwillige getuige, het leggen van conservatoir beslag dan wel de detentie van een schender van het strafrecht kan deze staatsmacht direct zichtbaar worden. *De rechter kan toestemming geven voor toepassing van het statelijke geweldsmonopolie*.

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

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

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

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

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

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

2.18 *Oneigenlijke rechtspraak, voluntaire jurisdictie, vrijwillige rechtspraak*

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

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

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

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

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

Een meer staatsrechtelijke benadering van de taak van de rechter dan

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

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

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

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

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

2.19 *De rechter en de inhoud van de rechtsbetrekking*

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

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

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

2.20 *De kerntaak van de rechter in het bestuursrecht*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.21 *De processuele rechtsbetrekking*

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

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

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

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

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

belangrijk thema, reden waarom dit onderwerp hier nader bezien wordt

2 22 *De lijdelykheid van de rechter*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(54) Idem, zie noot 53.

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

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

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

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

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

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

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

2.23 *De beperkingen van de bevoegdheden van de rechter*

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

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

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

(59) Over het geheel genomen kan worden vastgesteld dat voor het burgerlijk procesrecht een verschuiving van modaliteit 1 naar modaliteit 3 van het legaliteitsbeginsel aanwezig is.

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

Ook de materieelrechtelijke bevoegdheden van de burgerlijke rechter

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

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

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

III VERGELIJKING

3.1 *Vrouw Justitia*

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

de gerechtigheid. Gerechtigheid is geen rechtsbegrip en het vormt een riskante stap om in een verhandeling met een meer rechtswetenschappelijke invalshoek de gerechtigheid naar voren te brengen als maxime van onze rechtsorde. Niet dat iemand de gelding van deze maxime zou willen bestrijden, doch het is misschien meer conform de mores om over deze diepere grond van onze rechtsorde te zwijgen.

Gerechtigheid als abstract tijdloos begrip vinden we terug in de personificatie van Justitia: de cover girl van het NJB, of Themis als naamgeefster van het prestigieuze juridische tijdschrift RM Themis. Gerechtigheid is wellicht een vrouwenzaak. (60) In de mythologie bestaat een neiging om de zedelijke waarden te hullen in een vrouwelijke gestalte. (61) De beeltenis van Justitia is die van een vrouw, eventueel met hoorn des overvloeds, veelal met duidelijk zichtbare borsten. Zoals de moeder zingend en verzorgend ieder het zijne geeft, (62) geeft Justitia als behoedster van de gerechtigheid ook ieder het zijne. Soms wordt de man in de rol van Justitia geplaatst, maar dan verbeeldt hij eerder de 'kwade rechter'. (63)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3 2 *Een wereld van verschil*

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

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

(71) G E Langemeijer, *De gerechtigheid in ons burgerlijke vermogensrecht*, Zwolle 1983, p. 127 – 128. De toevoeging berust op een substitutie op p. 131 a w.

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

(73) Vgl. Brunner, a w.

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

(75) Von Lubtow, a w. en J. Gaudemet, *Institutions de l'artique*, Parijs 1967, p. 186.

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

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

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

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

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

3.3 *Is er werkelijk verschil?*

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

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

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

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

3.4 Verschil in de taak van de rechter³

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.5 *Tussenbalans*

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

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

(77) Hammerstein a.w.

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

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

Bij wijze van tussenbalans kunnen de volgende uitgangspunten geformuleerd worden.

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

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

3.6. De basisvorm van het proces

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

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

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

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

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

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

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

3.7. Het kort geding

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

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

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

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

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

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

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

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

3 8. De dagvaardingsprocedure

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

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

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

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

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

Een ander punt speelt hier echter ook mee. Gelet op de toename van het aantal zaken dat aan de rechter wordt voorgelegd en de kosten die daarmee gepaard gaan, moet worden vastgesteld dat een professionele rechterlijke organisatie een eigen beheer van de procesorde door de rechter vergt (in samenspraak met de DGO). Het gaat niet aan dat dossiers jarenlang op de rol blijven rondslingeren omdat partijen – dan wel hun advocaten – dat wenselijk vinden. Ook in het rechterlijke bedrijf zal er sprake moeten zijn van voorraadbewaking en voortgangscontrole. Hoewel dit een puur pragmatisch argument betreft, kleeft er ook een principieel juridisch aspect aan. Art. 6 EVRM vereist berechting van een zaak binnen redelijke termijn. Dit is een rechtsplicht van de staat, die niet alleen door het democratische bestuur, maar ook door de rechter geëffectueerd moet worden. Het Europees Hof voor de rechten van de mens hanteert de redelijke termijn nog niet streng – en zou daarbij de hand in eigen boezem moeten steken –, doch de verdragsbepaling maakt duidelijk dat een ieder die in een proces betrokken wordt, aanspraak heeft op een rechterlijk oordeel op redelijke termijn. Wie zou deze aanspraak willen ontkennen? In het algemeen kan worden gezegd dat voor zover de beoordeling van een zaak ter vrije beschikking van partijen staat, partijen voor arbitrage mogen kiezen, en daarmee meer vrijheid hebben hun eigen procesorde vast te stellen. Maken partijen echter deze keuze niet, of betreft het geschil een rechtsbetrekking waarvan de inhoud niet ter vrije beschikking van partijen staat, (81) dan geldt de eis van berechting binnen redelijke termijn en van efficiënte procesvoering.

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

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

(81) Zie voor dit criterium Meijknecht, a.w.

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

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

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

3.9 *De vordering*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.10. Het ontvankelijkheidsoordeel

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

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

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

ning, dan is zeer wel denkbaar dat bij gebruikmaking van de vergunning pas blijkt in welke mate hinder of onvoorziene milieulasten ontstaan. Rest de derde-belanghebbende dan slechts de bevoegdheid om zich tot de overheid te wenden met een verzoek de vergunning bij te stellen? Vreemd genoeg geldt juist in deze situaties dat de vergunning de rechthebbende niet vrijwaart van acties van derden voor de burgerlijke rechter, die een beroep doen op door art. 140f BW beschermde belangen. Een rechtstreeks beroep tegen (de voorschriften bij) de vergunning op een later tijdstip vormt echter een meer adequate weg om deze kwestie aan de orde te stellen. Uit het oogpunt van de rechtszekerheid schuilt het knelpunt niet zozeer in de bevoegdheid van derden om de vergunning alsnog in rechte aan te vechten, doch eerder in de schorsende werking van het beroep. Als uitgangspunt zou kunnen gelden – zoals nu – dat wanneer na ommekomst van een bepaalde termijn alsnog beroep wordt ingesteld, dat beroep geen schorsende werking heeft, tenzij bij voorlopige voorziening anders wordt bepaald. De stelling dat bij milieuvergunningen de rechtszekerheid van de verkrijger zo ver zou moeten reiken, dat na ommekomst van de beroepstermijn niet voorziene hinder en milieulasten geen grond kunnen vormen voor aantasting van de gelding van de vergunning, is niet meer verdedigbaar: Justitia denkt daar anders over. (84)

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

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

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

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

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

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

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

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

3.11. De kern van het proces

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

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

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

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

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

3.12 *Advocaten en proceskosten*

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

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

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

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

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

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

(86) D. Allwijn en A. F. M. Brunninkmeijer. Een bezwaarprocedure voor medische geschillen. NFG 1988, p. 116 v.

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

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

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

3.13 De rol

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

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

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

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

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

3.14 Openbare behandeling

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

Bij de openbaarheid van de rechtspleging moet nader bezien worden

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.15. Het voorwerp van geschil en de vordering

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.16 Het procederen zelf

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

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

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

3.17. *Het compromis*

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

Over het compromis wordt niet eenduidig positief geoordeeld.

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

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

(91) J C M Leyten, Sluip en dwaalwegen, a w

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

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

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

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

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

3.18 *De uitspraak*

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

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

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

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

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

In het bestuursprocesrecht is anders dan in het burgerlijk procesrecht de inhoud van het dictum in de wet voorgeschreven. Zelfs nu in het kader van de AWB aan de rechter ruimere bevoegdheden worden toegekend, wordt in de wet vastgelegd wat de rechter mag uitspreken. Het is de vraag of dat noodzakelijk is. Kan hier niet beter de weg van het burgerlijk procesrecht gevolgd worden, waar in beginsel niet is vastgelegd wat de rechter wel dan niet mag uitspreken?⁹

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

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

(94) Zie hiervoor ook medepradviseur P. C. E. van Wijnen.

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

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

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

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

3.19 *De executie*

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

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

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

IV AFRONDING

4.1 *De ontwikkeling van het procesrecht*

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

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

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

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

4 2. *‘Einzelfallgerechtigkeit’*

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

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

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

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

4.3 Uniform procesrecht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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