

Met welk recht naar 2000? - opmerkingen over juridische relativiteit -

1 Inleiding

Sprekend over het derde millennium van onze jaartelling is bijkans alles waar. Wat aan mogelijke nieuwigheden of vooruitzichten wordt gepresenteerd kan moeilijk gefalsificeerd worden. Is eenmaal de nieuwe tijd aangebroken, dan is de kans groot dat niemand nog terug zal kijken naar hetgeen in 1990 aan vooruitzichten voor 2000 is geschreven. Daarom wil ik deze gelegenheid aangrijpen om in een tijd van specialisatie een paar meer generalistische gedachten over de ontwikkeling van ons recht voor te leggen, die niet zo gemakkelijk te verifiëren of te falsificeren zijn; stof voor discussie vormen zij in ieder geval wèl.

In deze tijd staan er belangrijke ontwikkelingen in ons rechtsbestel op stapel of hebben zich al voltrokken.¹⁾ Te noemen valt de invoering van nieuw bewijsrecht in burgerlijke zaken, het Nieuw BW, de bestuursrechtelijke afdoening van verkeersovertredingen, de vorming van een Algemene wet bestuursrecht, de reorganisatie van de rechterlijke macht en vanzelfsprekend ook 1992, ofte wel de volgende stap van de Europese integratie. Ook maatschappelijk voltrekken zich belangrijke ontwikkelingen. Voor juristen is daarbij waarneembaar individualisering en - juridisch gezien - gelijke behandeling.

Rechters in opleiding anno 1990 zullen gaan functioneren in één grote rechterlijke organisatie, waarbij gerouleerd zal worden tussen de verschillende kamers. De vrij vanzelfsprekende overstap van de strafkamer naar een civiele kamer wordt straks een wellicht even vanzelfsprekende overstap naar een bestuursrechtkamer. Hoewel civilisten gewend zijn om binnen het bestek van de onrechtmatige overheidsdaad hun deuntje mee te blazen in het bestuursrecht, zal de intensiteit nu groter worden. Bij de integratie van de rechterlijke macht zal ook het bestuursrecht geïntegreerd worden. Bestuursprocesrecht en bestuursrecht zal in de Algemene wet bestuursrecht worden vastgesteld. Bovendien rijst de vraag of de klassieke onrechtmatige overheidsdaad niet overgeheveld moet worden naar bestuursrechtelijke kaders. Is het niet beter wanneer straks de bestuursrechter, die oordeelt over de rechtmatigheid van een overheidshandeling, tevens oordeelt over de schadevraag? En is het dan niet ook beter om de schadekwestie als *lex specialis* in het bestuursrecht zelf te regelen, zodat artikel 1401 BW nog slechts toegepast wordt in het kader van rechtsbetrekkingen tussen aan het privaatrecht onderworpen rechtssubjecten bij de uitoefening van aan het privaatrecht ontleende bevoegdheden (soms is dat ook de overheid)?

2 Specialisten

Tallose rechtbanken selecteren rechters op hun civielrechtelijke talenten. Een goed civilist kan ook strafrechtspraak aan en kan ook met gemak het bestuursrecht 'coveren'. Nog onlangs installeerde een rechtbankpresident een van zijn meest talentvolle civiele vice-presidenten met het uitspreken van een toekomstvisioen dat deze in 2000 wel hoofd van de administratieve sector zou zijn. Wel-

* Lid Centrale Raad van Beroep.

licht een cultuurschok voor betrokkene, maar schokkender is de vanzelfsprekendheid waarmee een civilist in die rol wordt geplaatst. Bij de integratie van de rechterlijke macht heeft achter de schermen een belangrijke rol gespeeld dat men de raden van beroep als toekomstige administratieve rechtbanken niet zag zitten; een kwestie van niveau. Liever de vreemdelingenrechtspraak en de Arob-rechtspraak toevertrouwd aan de rechtbank, dan aan de raad van beroep. De integratie van de raden van beroep bij de rechtbanken ontlokt bij sommigen de toch wel meewarige reactie dat de (onder)voorzitters nu eindelijk mee mogen gaan doen met "echte" rechtspraak.

Een van de voordelen van de integratie van de rechterlijke macht vormt de mogelijkheid van specialisatie. Wat dat betreft is er een markante overeenkomst tussen de fusie van advocatenkantoren en de fusie van gerechten. Deze specialisatie heeft echter volgens de voorstellen van de Staatscommissie herziening rechterlijke organisatie betrekkelijke betekenis. Het ligt in de bedoeling dat in beginsel geen enkele rechter blijft hangen in één van de drie sectoren. De rechter zal deskundig moeten zijn in twee van de drie sectoren en zal afwisselend in die sectoren werkzaam moeten zijn. De specialisatie mag simpel uitgedrukt niet leiden tot de vorming van oogkleppen. In het bestuursrecht blijken vanwege de verkokering van de rechtspraak de huidige mogelijkheden voor de rechter om over te stappen naar een ander rechtsgebied beperkt te zijn waardoor de juris prudentie soms te precies wordt; een vorm van hyperspecialisatie. Rechters anno 2000 zullen veel weten, maar mogen geen vakidioten zijn. Er moet voor gewaakt worden dat met de specialisatie van advocaten en de specialisatie van rechters een opwaartse specialisatiespiraal in werking komt, waardoor straks de rechtstoepassing te speciaal en daarmee te onvoorspelbaar wordt²).

Ondanks specialistische kennis zal het ambt van rechter gekenmerkt moeten blijven door bepaalde niet aan één rechtsgebied verbonden deskundigheid en vaardigheid; de rechter als geschillenbeslechter. Of de toekomstige geschillenbeslechter bij uitstek een civilist zal zijn valt nog te bezien.

3 Staatsdoel en staatsinterventie

Uiteindelijk vormt het recht een hulpmiddel in een samenleving van mensen en vormt het recht geen doel op zich. Er wordt wel gezegd dat naar mate mensen een meer evenwichtige persoonlijkheid ontwikkeld hebben, zij minder behoefte aan rechtsregels hebben. Iemand die goed in z'n vel zit pleegt geen moord, dus de strafbaarstelling van moord is slechts nodig voor degene die niet zo goed in z'n vel zit.

Toch leven wij in een samenleving waarin recht een steeds belangrijker rol gaat spelen. Er komt zowel in kwantitatief als in kwalitatief opzicht steeds meer recht. Voor een deel hangt deze ontwikkeling samen met "het staatsdoel". Europese integratie vraagt bijsturing van het maatschappelijk gebeuren. Een van de gemakkelijkst hanteerbare sturingsmiddelen lijkt daarbij te zijn het vaststellen van rechtsregels. Zo zal de sanering van het milieu niet alleen nationale maar ook internationale inspanning vragen. Voorspelbaar is dat daarmee de noodzaak van het gejuridificeerde staats- en internationale verband nog sterker wordt.

Als mier op de grote hoop is het vrijwel niet mogelijk waar te nemen waar dat nu

allemaal naar toe gaat. Met onze staatsorganisatie, waarin wij elk voor minder dan een miljoenste deel participeren zijn we ergens mee bezig; het bevorderen van de wereldvrede, of het verpesten van het milieu. Of is er slechts sprake van schijnproblemen? Tien jaar geleden was de wereldvrede wellicht minder bedreigd dan wij dachten en was het milieu al meer verziekt dan wij wilden geloven. De milieudreiging lijkt de opvolger van de dreiging van een derde wereldoorlog en wellicht is de kern van de zaak dat er een dreiging moet zijn, omdat die dreiging als zodanig een doel dient.

Het staatsdoel in engere zin is beter zichtbaar. De ontwikkeling na de Tweede wereldoorlog van de staatsinterventie in de samenleving is explosief. Deze staatsinterventie heeft ertoe geleid dat - hoe discutabel ook - iedere burger een gegarandeerd bestaansminimum heeft. Voorts wordt onze samenleving gekenmerkt door een groeiende individualisering. Ieder afzonderlijk heeft eigen - en gelijke - rechten. Opmerkelijk is dat juist nu er een sterker staatsverband aanwezig is, de leden van de samenleving zich binnen dat staatsverband individualistischer manifesteren.

Hoe deze ontwikkeling gewaardeerd moet worden is niet duidelijk³). Donner heeft met zijn stelling dat crisis en oorlog het beste tegengif tegen egoïsme en individualisme vormen⁴) wellicht een te cynische benadering gekozen. Ook politici worstelen met het fenomeen van de individualisering. Lubbers heeft de door hem waargenomen eenzijdigheid van de verhouding tussen de burger en de overheid aan de orde gesteld onder de titel 'De overbelaste democratie'⁵), waarbij de teneur van zijn betoog is dat de burger te veeleisend is geworden. Brinkman is in dit spoor gevolgd met een uitvoerige studie met als credo: "genoeg van de staat"⁶). Beide politici komen tot de slotsom dat de burger via de rechter te zeer zijn individuele gelijk haalt, waardoor een evenwichtige realisering van het staatsdoel verstoord wordt. Brinkman spreekt in dit verband over een dreigende *rechtersstaat*.

Lubbers en Brinkman hebben in die zin gelijk, dat politici zich de vraag kunnen stellen - en ook moeten stellen - hoe het komt dat de rechter een steeds belangrijker rechtsvormende taak krijgt. Kenmerkend daarbij is dat enerzijds de processituatie als vanzelf tot 'individualisering' leidt en dat anderzijds vaak de verlangde rechtstoepassing eveneens individualiserend is; bij voorbeeld de toepassing van het gelijkheidsbeginsel. Dit neemt niet weg dat de rechtsvormende werking van jurisprudentie veelal veel algemener is dan uit de concrete processituatie blijkt. Zo is bijvoorbeeld het stakingsrecht opgebouwd uit een reeks rechtsoordelen over concrete stakings situaties, doch leveren die oordelen te zamen een coherent en consistent stelsel van algemene uitgangspunten op, dat voor toekomstige situaties bepalend kan zijn.

De hiervoor genoemde elementen van individualisering in de rechtspraak zijn kenmerkend voor de huidige rechtsontwikkelingen. De *toegang tot de rechter* voor het individu vormt zowel in de nationale als in de internationale jurisprudentie een kernthema. De herziening van de rechterlijke organisatie houdt primair in het verbeteren van de toegang tot de rechter vooral waar het gaat om geschillen tegen de overheid. De grote aandacht in de jurisprudentie voor artikel 6 van het EVRM toont dat de zorg voor eerlijke rechtspraak binnen een redelijke termijn een vooraanstaande plaats inneemt. Het tweede element betreft het voor de rechter geldend maken van rechten van de mens en van fundamentele vrijheden, of van ongeschreven beginselen zoals de algemene beginselen van be-

hoorlijk bestuur en de redelijkheid en de billijkheid en de goede trouw. De toepassing van de grondrechten en de mensenrechten, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de redelijkheid en de billijkheid plaatst de individuele mens meer in het middelpunt van de aandacht. Opmerkelijk is daarbij dat het hierbij veelal om door de rechter (nader) gevormd en geïnterpreteerd recht gaat.

4 Rechtsvorming

De rechtsvorming door de rechter is van groeiende betekenis. Voor zover de rechtsvorming afhankelijk is van politieke besluitvorming, is de rechtsontwikkeling afhankelijk van de inhoud van partijprogramma's, de uitslag van verkiezingen en formatiebesprekingen. Over de uitkomst daarvan in de toekomst valt weinig te voorspellen. Vooralsnog valt slechts te verwachten dat er steeds meer recht geproduceerd zal worden en dat het aantal rechtsvragen dat aan de rechter wordt voorgelegd niet zal slinken. Koopmans heeft een inventarisatie gemaakt van de factoren die een rol spelen bij de "overbelasting van de rechter".⁷⁾ Hij noemt - nader uitgewerkt - a. het meer procederen door justitiabelen; b. de actievere opstelling van de rechter; c. de ontwikkeling van ons recht tot een waardenstelsel; d. de expansie van de overheidsorganisatie; e. de regelgeving afkomstig van het politiek stelsel en f. de sociaal-culturele evolutie. In het verlengde van deze inventarisatie kan worden opgemerkt dat vaak de wetgever de rechter in een actievere rol plaatst om de rechtspositie van individuen wier belangen emancipatoir benaderd moeten worden te versterken: de huurder tegenover de verhuurder, de werknemer tegenover de werkgever, de consument tegenover de leverancier enz.

Vooralsnog staat het gehalte van de rechtspraak niet ter discussie. In de regel worden rechterlijke uitspraken met instemming begroet en voor zover jurisprudentie leidt tot discussie, is die discussie snel uitgewoed, zonder dat er gevolgen aan worden verbonden⁸⁾. Voor de rechter vormt dit een geruststellende gedachte en de wetgever en het bestuur kunnen hierin een uitnodiging zien om steeds meer de rechter op te laten treden *als distributeur van rechtvaardigheid in het individuele geval*. Kennelijk werkt het rechterlijk bedrijf wat dit betreft in overeenstemming met de maatschappelijke verwachtingen. Daarbij moet echter wel worden geconstateerd dat de rechtsvormende taak van de rechter niet op democratische legitimatie kan bogen, voor zover die in ons staatsrecht gerelateerd is aan verkiezing en vertegenwoordiging.

De gedachte dat recht onder democratische controle of met instemming van vertegenwoordigende organen tot stand komt sluit in beginsel uit dat vanwege die democratische legitimatie de gelding van dat recht ter discussie wordt gesteld. Welke legitimatie heeft rechterlijke oordeelsvorming, waarbij die discussie juist leidt tot het buiten toepassing laten van democratisch tot stand gekomen recht? Het arrest van de Hoge Raad inzake de Harmonisatiewet⁹⁾ toont dat deze vraag wellicht een redelijk positieve beantwoording kan krijgen.

De titel van deze bijdrage luidt: 'Met welk recht naar 2000?'. Door het plaatsen van een vraagteken bij de titel van dit RAIO-congres is een cryptische vraagstelling ontstaan waarvan de betekenis aan de hand van het voorgaande zich begint af te tekenen. De vraag 'met welk recht naar 2000?' is een vraag die (ook) aan de rechter gesteld kan worden. De president van de Hoge Raad ten tijde van het

150-jarig jubileum van dit rechtscollege, mr H.E. Ras, stelde dat de rechter desnoods grote druk uit de maatschappij moet weerstaan, wanneer de rechter vindt dat die druk onjuist is. Het 'gesundenes Volksempfinden' moet worden weerstaan wanneer dat niet 'gezond' is¹⁰). De rechter wordt dan een "waarheidsrechter"¹¹) Ga daar als rechter maar eens aan staan!

Op dit punt van mijn bijdrage aangekomen wordt het noodzakelijk de te bespreken vragen te beperken. In het licht van de reorganisatie van de rechterlijke macht zou ik mij willen beperken tot een aantal opmerkingen over de rechter als waarheidsrechter, in de zin van rechter over de materiële waarheid en de proceswaarheid.¹²) Verburgh stelde in zijn voorwoord bij "De Hoge Raad van onderen" de vraag of rechtspraak gebaseerd op de proceswaarheid, die gebaseerd is op de lijdelijkheid van de rechter in het civiele proces, nog wel verantwoord is. De vraag "met welk recht naar 2000?" wordt hier verkend vanuit de hypothese: "met het recht der werkelijkheid". Met andere woorden, de lijdelijkheid van de rechter wordt - voor zover nodig - op de helling gezet. In het licht van de herziening van de rechterlijke organisatie is er alle reden om deze kwestie aan de orde te stellen, juist omdat traditioneel de lijdelijkheid van de rechter als een van de meest kenmerkende verschillen tussen burgerlijk en administratief procesrecht wordt gezien.

5 De lijdelijkheid van de rechter

Met de integratie van de rechterlijke macht zal door de vermenging van de rechtsprekende functies als vanzelf de vraag rijzen hoe we moeten aankijken tegen de verschillen tussen civiel- en administratief procesrecht. Daar is te meer reden voor nu de integratie van de rechterlijke macht zal leiden tot integratie van administratieve rechtspraak, zodat uniform bestuursprocesrecht geformuleerd zal kunnen worden. De voorzitter van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, mr J.J.R. Bakker, die ook regelmatig fungeert als rechter(-plv) bij de rechtbank te 's-Gravenhage, heeft aan zijn collega-administratieve rechters voorgesteld het burgerlijk procesrecht en met name de verzoekschriftenprocedure toe te passen in het bestuursproces¹³). Heeft de rechtsbetrekking tussen overheid en onderdaan een zodanig eigen aard, dat afzonderlijk bestuursprocesrecht vereist is?¹⁴) Deze vraag zou ik - ten gerieve van de civilisten - eens willen omkeren. Wat is de eigen aard van het civiele recht dat vooralsnog de klassieke dagvaardingsprocedure de algemene procesorde in het burgerlijke proces bepaalt? Wat is de waarde van de traditionele uitgangspunten van het civiele procesrecht? Het spreekt voor zich dat de onder invloed van een zeer lange rechtsontwikkeling gevormde zeer gedifferentieerde rechtsgang in de dagvaardingsprocedure in dat opzicht geen verbetering behoeft¹⁵). In de laatste decennia blijkt echter dat voor bijzondere delen van het burgerlijke recht de verzoekschriftenprocedure door de wetgever geprefereerd is. De positie van de rechter in de verzoekschriftenprocedure lijkt minder lijdelijk dan die in de dagvaardingsprocedure.

Voor zover aan de juistheid van deze laatste stelling getwijfeld kan worden, vloeit dit voort uit het feit dat de burgerlijke rechter zich ook in de dagvaardingsprocedure wellicht steeds minder lijdelijk gaat opstellen. Met deze minder lijdelijke opstelling van de burgerlijke rechter lijkt het verschil met de bestuursrechter wat te vervagen.

6 Begripsbepaling

Ik heb de indruk dat over de betekenis van het begrip "lijdelijkheid van de rechter" vaak misverstanden bestaan. Eenvoudige omschrijvingen, bij voorbeeld de niet-lijdelijke rechter als "actieve" rechter hebben geringe onderscheidende waarde, omdat a-contrario zeker niet gezegd kan worden dat een lijdelijk rechter niet "actief" zou zijn. De lijdelijkheid van de rechter staat traditioneel voor een complex van regels die Chorus voor de dagvaardingsprocedure voor de rechtbank als volgt omschrijft ¹⁶⁾

"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 geest, 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 een partij gesteld, door de andere worden betwist, kan de rechter bewijs verlangen, feiten die tussen partijen niet omstreden zijn, moet de rechter aanvaarden."

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 van 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 dat Chorus een aantal elementen van de actieve rol van de rechter noemt ¹⁷⁾

"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 voorname 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."

Veel elementen van de lijdelijkheid van de rechter in het civiele proces zijn te herleiden tot het beginsel van hoor en wederhoor, of anderszins genoemd het "verdedigingsbeginsel" ¹⁸⁾ zoals dat ook geldt in het bestuursprocesrecht. De rechter mag het geschil slechts beslechten op grond van ook aan partijen bekende feiten, over de juistheid waarvan zij zich hebben kunnen uitlaten.

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

"Onder lijdelijkheid van de rechter verstaat men een inrichting van de civiele procedure, waarbij de rechter niet zelfstandig in het proces ingrijpt dan in die gevallen, waarin hij krachtens wettelijke opdracht een geschilpunt beslist. Hij laat het voeren van het proces over aan partijen, resp. hun raadslieden" ¹⁹⁾

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, nu deze grens hierin bestaat dat de rechter niet bevoegd zou zijn geheel zelfstandig, door het inwinnen van informatie bij derden, gegevens te verzamelen en vervolgens deze gegevens buiten partijen om te gebruiken, of om deze ge-

gevens zelfstandig²⁰) te verzamelen en na voorlegging aan partijen in de procedure te gebruiken²¹). Ook hier blijkt eerder het beginsel van hoor en wederhoor in het geding te zijn. Het is 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 vergaren²²). Ook in het bestuursprocesrecht komen beperkingen voor die inherent zijn aan de aard van de materie: slechts met instemming van betrokkenen mag bij voorbeeld de rechter informatie bij medici inwinnen. Ook in het bestuursproces kan het van een partij afhangen of een feitelijke stelling voldoende onderbouwd is. De bestuursrechter zal vaak pas van zijn onderzoeksbevoegdheden gebruik maken wanneer hij gerede vermoedens heeft dat dit zin heeft. Ik denk dat in verhouding tot de arbeidsrechter en de rechter in huurgeschillen bij voorbeeld de Arob-rechter een vrij "apathische" rechter is. Op de zitting wordt soms wel wat vuurwerk afgestoken, dat soms zelfs onnodig brandwonden veroorzaakt, doch met name in de administratieve fase van het geding is de Arob-rechter vrij afwachtend. Debet hieraan is dat de Arob-rechter geen eigen onderzoeksbevoegdheid heeft.

Wat is op de keper beschouwd de lijdelijkheid van de rechter? Ik denk dat de invloed van de partijen op de inrichting van het burgerlijk proces soms wat groter is²³) en dit hangt samen met de aard van de materie: voor zover een publiek belang ontbreekt zou men kunnen zeggen: "ze zoeken het zelf maar uit".

Om de discussie aan te scherpen zou ik principieel de vraag aan de orde willen stellen welke legitimatie toekomt aan een rechterlijk oordeel, waarin een partij in het ongelijk is gesteld omdat de advocaat van die partij inadequaat heeft geprocedeerd, waardoor relevante feiten buiten het proces zijn gehouden. Het hoger beroep vormt natuurlijk vaak een oplossing, doch het blijft de vraag of de rechter kan verantwoorden dat hij een 'onjuist vonnis' geeft omdat hij *als lijdelijk rechter* niet anders kon. Ik meen dat deze vraag niet kan worden afgedaan met een verwijzing naar het verschil tussen formele en materiële waarheid en de werking tussen partijen dan wel tegenover een ieder van de uitspraak. In de keuze van de wetgever voor de verzoekschriftprocedure en in de opstelling van de rechter in de laatste decennia, meen ik te bespeuren dat er zich een verandering voltrekt; het burgerlijk proces wordt steeds meer een proces waarin het rechtsoordeel van de rechter gebaseerd wordt op de materiële waarheid en waarbij de rechter steeds meer ambtshalve tot een zuivere rechtstoepassing komt²⁴). Hieraan staat niet in de weg dat eventueel delen van het *regelend* recht niet binnen de termen van aanvulling van rechtsgronden vallen.

De autonomie van partijen in het civiele recht wordt door deze ontwikkeling in zekere zin aangetast. Ik meen dat dat met goed recht gebeurt. Het terrein van het 'klassieke' burgerlijk recht vormt eveneens het terrein waarop partijen vrij zijn om hun geschil voor te leggen aan arbiters²⁵), zodat de overheidsrechter wordt gepasseerd²⁶). In het arbitrale geding kan ik mij voorstellen dat partijen - als zij dat wensen - in sterkere mate de formele waarheid laten prevaleren, net zoals de autonomie van partijen meebrengt dat zij zelfs kunnen bepalen welk recht van toepassing is. Voor zover echter: partijen ervoor kiezen dat de overheidsrechter wordt geadiereerd, kan worden gesteld *dat het publieke belang dat gemoed is met overheidsrechtspraak als zodanig meebrengt dat er sprake behoort te zijn van een eerlijk proces tussen gelijkwaardige partijen, waarvan de uitkomst materieel in overeenstemming is met het in onze rechtsorde geldende recht*²⁷).

7 Ad personam

De stelling dat de rechter recht behoort te spreken op basis van de materiele waarheid vindt steun in de praktijk van de rechtspleging in Nederland. De volgende ontwikkelingen kunnen hier genoemd worden:

- a Het kort geding heeft een hoge vlucht genomen. In het kort geding is van de lijdelijkheid van de rechter weinig overgebleven.
- b In samenhang hiermee kan worden vastgesteld dat de civiele rechter steeds meer aanstuurt op schikking van de zaak, bij voorbeeld bij een comparitie na antwoord²⁸⁾. De schikkende rechter heeft geen taak wanneer niet nauwgezet aansluiting wordt gezocht bij de materiele waarheid.
- c Op het terrein van de oneigenlijke rechtspraak (volontaire jurisdictie), waar de rechter een bestuurlijke en geschillen voorkomende taak heeft²⁹⁾, geldt in beginsel de materiele waarheid.
- d De wetgever heeft voor veel bijzondere procedures gekozen voor de verzoekschriftenprocedure die de rechter in een meer "actieve" rol plaatst.
- e Voor zover de rechter in het burgerlijk proces rechtsgevolgen verbindt aan vage noties als "redelijkheid", "billijkheid" en "goede trouw" zijn dat noties die niet in abstracto rechtsvormende werking kunnen hebben. De rechter kan slechts oordelen wat redelijk is wanneer hij zich zelfstandig een oordeel kan vormen over alle van belang zijnde feiten en omstandigheden.
- f Dit zelfde kan ook gezegd worden ten aanzien van de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.
- g In het NBW worden aan de rechter discretionaire bevoegdheden³⁰⁾ toegekend, bij voorbeeld het wijzigen van de inhoud van een overeenkomst vanwege gewijzigde omstandigheden³¹⁾. De uitoefening van deze bevoegdheden is slechts mogelijk wanneer de rechter de materiele waarheid kent.

De hiervoor beschreven ontwikkelingen corresponderen met de door Hirsch Ballin verwoorde verschuiving in de rechtsvormende taak van de (hoogste) rechter van toepassingsjurisdictie naar belangenjurisdictie³²⁾. In de jurisprudentie van de Hoge Raad is merkbaar dat het gewicht verschuift van controle op *juiste toepassing van de wet naar belangenafweging* bij het vervullen van de rechtsvormende taak die de rechter heeft gekregen. Tot deze belangenjurisdictie zou mede gerekend kunnen worden het toekennen van derogerende werking aan de goede trouw in contractuele relaties.

Dit laatste jurisprudentie-onderwerp staat weer in nauw verband met een korte opmerking van Leyten naar aanleiding van de stelling van de vakgroepen privaatrecht aan de Nederlandse universiteiten, dat de opleiding in het privaatrecht een onmisbaar onderdeel vormt voor de scholing van iedere jurist³³⁾. Leyten wees - gebruikmakend van de woordkeus van Enschede³⁴⁾ - op een verschuiving van de dogmatiek *ad rem* naar die *ad personam*.

"Veeleer is daarbij kenmerkend of de rechtsproblematiek, het conflict vanuit de relatie tussen mensen onderling dan wel 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 conflicterende afhankelijk gesteld van de relatie van elk hunner tot de zaak. Die zaaksgerichte denktant verandert wezenlijk als de zaak - de *aubade* - afhankelijk wordt van een trio persoonlijke relaties. Aankomend juristen moeten zich die optiek in ieder geval ook

meester maken. Want zij zal zelfs het vermogensrecht gaan doordringen. Wie alleen ad rem blijft denken, zal spoedig niet meer bij de tijd zijn.”³⁵⁾

Anders gezegd, redelijkheid en billijkheid ”ad rem” zijn non-existent.

8 Juridische relativiteit

De werknemer als object van het werkgeversgezag heeft geen stakingsrecht, terwijl de werknemer als aanbieder van arbeid tegenover de werkgever als aanbieder van een arbeidsplaats wel een - genuanceerd - stakingsrecht heeft. De gemeente Utrecht die van de eigenaren van de Bijenkorf op grond van een contract kon vorderen dat er in die stad een groot winkelcentrum zou worden gebouwd, zelfs al zou het Bijenkorf-concern daardoor failliet gaan, werd geconfronteerd met de eisen van redelijkheid en billijkheid, die dit vermogensrecht wegens gewijzigde omstandigheden aantastte³⁶⁾. Studenten die hun studieperspectief drastisch gewijzigd zagen door de Harmonisatiewet legden de rechter de vraag voor of dat nu wel kon.

Waarom heeft de goede trouw beperkende werking? Waarom kunnen algemene beginselen van behoorlijk bestuur de uitvoering van de wet tegenhouden of zelfs uitvoering van de wet contra-legen noodzakelijk maken? Waarom is een wet die ongerechtvaardigd onderscheid maakt tussen vrouwen en mannen onverbindend? Waarom was de Harmonisatiewet in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel? Het zijn allemaal vragen die betrekking hebben op de actuele betekenis van het recht.

Wat betreft de Harmonisatiewet heeft de Hoge Raad het volgende antwoord gegeven: omdat de gewraakte bepalingen van de Harmonisatiewet in strijd geacht moeten worden met de gerechtvaardigde verwachtingen van de betrokken studenten³⁷⁾. Kortom: de Harmonisatiewet is in strijd met de rechten van mensen en dat laat ons recht niet toe.

Meer algemeen beschouwd kan worden vastgesteld dat de wet, de beschikking en het contract van karakter veranderd zijn. Hoewel deze drie kernbegrippen van ons recht van ouds een 'harde' en 'onschendbare' betekenis hebben, is met name na de Tweede wereldoorlog duidelijk geworden dat deze rechtscategorieën hun hardheid hebben verloren en relatieve betekenis hebben gekregen. 'Relatieve betekenis' is hier letterlijk op te vatten: De wet, de beschikking en het contract hebben betekenis voor *rechtsbetrekkingen* tussen mensen, maar die betekenis is niet absoluut. Op grond van ongeschreven maatstaven van humaniteit en menselijkheid-redelijkheid, billijkheid, zorgvuldigheid, rechtszekerheid, vertrouwen, hoor en wederhoor, kenbaarheid - en op grond van niet precies uitgewerkte fundamentele rechten en vrijheden kan de werking van de wet, de beschikking en het contract aangetast worden. De mens is steeds minder onderworpen aan het recht in de zin van "subject van het recht" - rechtssubject -. De mens is actief betrokken bij rechtsbetrekkingen en bevindt zich individueel of samen met anderen aan het uiteinde van rechtsbetrekkingen. Deze rechtsbetrekkingen worden niet louter en alleen bepaald door contract, beschikking en wet, maar ook door de juridische relativiteit.

In de Algemene wet bestuursrecht is een van de belangrijkste relativiteitsnormen als volgt omschreven (artikel 3.2.3, tweede lid):

”De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen”.³⁸⁾

Hoewel het in ons recht langzamerhand steeds minder gebruikelijk wordt om over de waterschotten tussen de verschillende rechtsgebieden heen te klimmen³⁹⁾, zou voor besluit in deze bepaling even goed gelezen kunnen worden het besluit om nakoming van een overeenkomst te vorderen, ondanks het feit dat de omstandigheden gewijzigd zijn. Op dezelfde wijze zou in menig vonnis in kort geding gelezen kunnen worden dat bij afweging van de betrokken belangen iemand in redelijkheid niet . De proportionaliteit van het handelen komt ook in ons strafrecht geprononceerd naar voren. Het sepot-beleid van het openbaar ministerie is niet ingegeven door de grimmigheid van ijzervreters, die de rechtlijnige handhaving van de wet voorop stellen. Ondanks variaties naar boven en naar beneden geldt in Nederland een proportioneel strafklimaat, waarbij de relativiteit van de strafbedreiging al sinds langere tijd aanvaard is. Het bestuursrecht kent in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en ook in bij voorbeeld hardheidsclausules de juridische relativiteit. Alleen de wetgever blijkt nog in deze tijd soms verbaasd te reageren wanneer ook de wet relatieve betekenis blijkt te hebben. Kennelijk is bij regering en parlement het besef nog niet goed doorgedrongen dat ook in tijden van "no nonsense" evenzeer geldt dat de burger niet echt meer "onderworpen" is aan de wet, zeker wanneer die wet in strijd komt met fundamentele rechten en vrijheden. In diezelfde lijn past de - kennelijk door premier Lubbers gedeelde - vrees van Brinkman voor de "rechtersstaat"⁴⁰⁾. Gevreesd moet worden dat in de media door sommige politici het woord rechtsstaat misbruikt wordt ter legitimering van rechtlijnige normhandhaving, terwijl de rechtsstaatsgedachte juist betekenis ontleent aan het tegendeel daarvan. relatieve normhandhaving in nauwe verbinding met de maatschappelijke werkelijkheid. Juist daaraan schort het in de laatste jaren steeds vaker bij wetgeving afkomstig van regering en parlement⁴¹⁾.

Kenmerkend voor de relativiteit van het recht is dat deze in het bijzonder tot uitdrukking komt in de rechtspraak van de rechter. Zo bezien luidt het antwoord op de vraag "Met welk recht naar 2000?" *met het door de rechter gerelativeerde recht*. De rechter heeft tot taak dat recht te vormen en toe te passen en daarbij zal de rechter wel uit moeten gaan van de materiele waarheid.

Noten

- ¹⁾ Vgl de inventarisatie van de NVvR, Trema, 1989, p 323 e v
- ²⁾ Anders P J Boukema, Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht 1989, nr 8
- ³⁾ C J M Schuyt, De veranderende plaats van de Hoge Raad in de samenleving, in De Hoge Raad der Nederlanden, De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel, Zwolle 1988, p 297 e v
- ⁴⁾ A M Donner, Nederlands bestuursrecht, Algemeen deel, Alphen a/d/ Rijn 1987, p 53
- ⁵⁾ R F M Lubbers, Symposium Sociale en Culturele kerntaken van de overheid, HRWB, 's-Gravenhage 1987
- ⁶⁾ L C Brinkman, Genoeg van de staat?, in Verantwoordelijkheden Retoriek en Realiteit, Zwolle, 1989, p 113 e v
- ⁷⁾ T Koopmans, Overbelasting van de rechter, NJCM 1989, p 6 e v
- ⁸⁾ H van Maarseveen, Een arrest, dat schoffeert, NJB 1988, p 819 en het naschrift
- ⁹⁾ HR 14 april 1989, AB 1989, 207, m n F H van den Burg, NJ 1989, 469, m n M Scheltema
- ¹⁰⁾ H E Ras, Kenmerkende eigenschappen van een rechter, Trema, 1988, p 333
- ¹¹⁾ H Kunnevan, De waarheidsrechter, een communicatiethoetisch perspectief op wetenschap en samenleving, Meppel, Amsterdam, 1986
- ¹²⁾ F Bruinsma en R Welbergen, De Hoge Raad van onderen, Zwolle 1988, zie ook J Leijten, Sluip en dwaalwegen naar de gerechtigheid, Tijdschrift voor privaatrecht 1989, p 445
- ¹³⁾ J J R Bakker, Trema, 1989, p 244 e v
- ¹⁴⁾ Vgl P H Banda, Administratief procesrecht, Zwolle 1989
- ¹⁵⁾ E M Wesseling-van Gent, Het civiele geding in de toekomst, Arnhem 1987
- ¹⁶⁾ J M J Chorus, De lijdelijkheid van de rechter historie van een begrip, Deventer 1987, p 2-3
- ¹⁷⁾ Idem
- ¹⁸⁾ B W N de Waard, Beginselen van behoorlijke rechtspleging, Zwolle 1987, p 245-329
- ¹⁹⁾ P A Stein, Het nieuwe bewijsrecht voor de civiele procedure, NJB 1988, p 387
- ²⁰⁾ Deze zelfstandigheid kan bij comparatie en bij het geven van een bewijsopdracht gemakkelijk ontlopen worden
- ²¹⁾ Idem, p 388 en noot 5
- ²²⁾ Zo heb ik mijn bedenkingen tegen de - goed bedoelde - inquisitie van D van Emden, De nieuwe bewijsregels soms wat stroef, NJB 1988, p 385 e v
- ²³⁾ H J Snyders, Civiel-processueel maatwerk ter bevordering van kwaliteit en efficiëntie, NJB 1987, p 1488 e v
- ²⁴⁾ Voor zover in de jurisprudentie voorbeelden kunnen worden aangewezen van vonnissen waarin staat "niet weersproken is gesteld, dus (vordering afgewezen)", kunnen deze een vertekend beeld geven van de oordeelsvorming door de rechter. Vaak vormt een dergelijke motivering de meest korte en efficiënte, doch niet is uitgesloten dat de rechter het welbewust er zo bij heeft laten zitten, omdat hij materieel ervan overtuigd was dat het zo gemotiveerde *dictum* juist is
- ²⁵⁾ Vgl P A Stein, Het nieuwe bewijsrecht voor de civiele procedure, NJB 1988, p 387 e v, die n a v artikel 176 Rv de verbinding tussen bewijsrecht en arbitrage legt via het begrip "rechtsgewolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat"
- ²⁶⁾ De overheidsrechter gepasseerd, Arnhem 1988
- ²⁷⁾ Anders P A Stein a w die slechts bij "wetsontduiking" de rechter zou willen laten ingrijpen in de "partijwaarheid"
- ²⁸⁾ E J Numan, De comparatie na antwoord, in Iustitia et Amicitia, geschillenbeslechting in en buiten rechte, Arnhem 1985, p 165 e v
- ²⁹⁾ A F M Brennkmeijer, De toegang tot de rechter, Zwolle 1987, p 90 e v
- ³⁰⁾ Zie over het begrip discretionaire bevoegdheden van de rechter, mijn bijdrage in het NJB-speciaal over samenwerkingsvormen tussen rechters, NJB 1989, p 1621 e v
- ³¹⁾ G E Langemeijer, De gerechtigheid in ons vermogensrecht, Zwolle 1983, p 63 e v en Jac Hijma, Het constitutieve wijzigingsvonnis, Arnhem 1989
- ³²⁾ E M H Hirsch Ballin, Onafhankelijke rechtsvorming, staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en de functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde, in De Hoge Raad a w, p 211 e v
- ³³⁾ G E van Maanen, Bijeenkomst vakgroepen privaatrecht te Groningen 16 en 17 juni 1988, NJB 1988, p 1384
- ³⁴⁾ Zie het Ten geleide in Ad personam, C'pstellen aangeboden aan Prof Mr Ch J Enschede, Zwolle 1981
- ³⁵⁾ J Leijten, De didactische waarde van het vermogensrecht, NJB 1988, p 1378
- ³⁶⁾ Jac Hijma, a w, Deventer 1989
- ³⁷⁾ HR 14 april 1989, AB 207, r o 3 l
- ³⁸⁾ Vgl II 4, van de appendix bij Recommendation Nr R(80) 2, van de Raad van Europa "Administrative authority, when exercising a discretionary power, maintains a proper balance between any averse effects which its decision may have on the rights, liberties or interests of persons and the purpose which it pursues", Bestuurswetenschappen 1986, p 184. Zie ook M Scheltema, Regels en bijzondere gevallen, Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht 1988, p 128, inzake hardheidsclausules

- ³⁹⁾ W van Gerwen, Aan de samenvloeiing van privaats- en publiekrecht gelede normstelling en beginselen van behoorlijk bestuur, in In orde, Deventer 1982, p 99 e v
- ⁴⁰⁾ Brinkman a w
- ⁴¹⁾ M Scheltema, De verwachting voor de toekomst, De Hoge Raad, a w p 335 e v