

# VER VAN HET BED OF DICHT BIJ HUIS

## Wetgevingsbevelen in het civiele en bestuursprocesrecht

Geerten Boogaard\*



Geerten Boogaard  
**Het Wetgevingsbevel.  
 Over constitutionele  
 verhoudingen en manieren  
 om een wetgever tot  
 regelgeving aan te zetten**

Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013,  
 280 p., € 24,95

Op 15 mei 2013 promoveerde Geerten Boogaard aan de Universiteit van Amsterdam op zijn proefschrift *Het Wetgevingsbevel. Over constitutionele verhoudingen en manieren om een wetgever tot regelgeving aan te zetten*. Promotor was prof. mr. J.A. Peters.

De Hoge Raad doet erg moeilijk over bevelen aan een regelgever. De Afdeling bestuursrechtspraak geeft dergelijke wetgevingsbevelen echter wel. Moet de Afdeling zich iets gelegen laten liggen aan de bezwaren van de Hoge Raad of is er een goede rechtvaardiging voor een verschil tussen de civiele rechter en de bestuursrechter op dit punt?

**De vraag of de rechter de wetgever met een zogenaamd 'wetgevingsbevel' mag bevelen aan het werk te gaan, desnoods onder dreiging van forse dwangsommen, heeft lange tijd gesluimerd**

### 1 Inleiding & plan van aanpak

De vraag of de rechter de wetgever met een zogenaamd 'wetgevingsbevel' mag bevelen aan het werk te gaan, desnoods onder dreiging van forse dwangsommen, heeft lange tijd gesluimerd. In 1969 bepaalde de Hoge Raad dat daden van wetgeving in beginsel hetzelfde moeten worden behandeld als de

meer voor de hand liggende onrechtmatige overheidsdaden, zoals de opstekende stoeptegel of een agent met te losse handjes.<sup>1</sup> Maar het bleef lange tijd onduidelijk of de Hoge Raad de ultieme consequentie voor zijn rekening wilde nemen, namelijk dat de wetgever een wetgevingsbevel kan krijgen zoals een gemeente bevelen kan worden een tegel recht te leggen. In de lagere jurisprudentie kristalliseerde de regel uit dat de formele wetgever niet en lagere regelgevers wel bevelen konden worden van hun regelgevende bevoegdheid gebruik te maken. De Hoge Raad sprak zich er pas in 2003 voor het eerst over uit, en heeft sindsdien de hakken stevig in het constitutionele zand gezet: wetgevingsbevelen zijn principieel ontoelaatbaar.

Dit arrest uit 2003 is het *Waterpakt*-arrest.<sup>2</sup> Natuurorganisaties die zich zorgen maakten over de schadelijke gevolgen van het uitrijden van grote hoeveelheden varkensmest voor de kwaliteit van het grondwater vroegen de civiele rechter de Staat te bevelen meer werk te maken van de Europese Nitraatrichtlijn. In cassatie stond vast dat de Nitraatrichtlijn niet anders dan met formele wetgeving geïmplementeerd kon worden, zodat de eis neerkwam op een rechterlijk bevel tot vaststelling van nieuwe formele wetgeving. De Hoge Raad wees een dergelijk wetgevingsbevel van de hand, omdat dit niet zou passen bij de constitutionele rol van de rechter. Daarmee bevestigde hij de regel dat de formele wetgever met rust moet worden gelaten. Niet veel later bleek uit het arrest *Faunabescherming*<sup>3</sup> dat hetzelfde geldt voor Provinciale Staten en daarmee voor alle decentrale volksvertegenwoordigingen. Evenmin maakt het uit of het gevraagde bevel gericht is op de vaststelling van een nieuwe regel of op de intrekking van een bestaande: het mag allebei niet. Voor wie de soep zo nog niet heet genoeg was, bepaalde de Hoge Raad in het *SGP*-arrest<sup>4</sup> dat ook de subtieler ingestoken eis om te bevelen binnen een redelijke termijn een einde te maken aan een onrechtmatige toestand niet voor toewijzing in aanmerking komt. De toelaatbaarheid van een bevel aan de regering om een algemene maatregel van bestuur met algemeen verbindende voorschriften vast te stellen, is nog geen uitgemaakte zaak. Weenigen twijfelen er evenwel aan dat de Hoge Raad ook dat zal afwijzen.<sup>5</sup>

\* Mr. G. Boogaard is universitair docent Staats- en Bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

1 HR 24 januari 1969, ECLI: NL:HR:1969:AC4903, *NJ* 1969/316, m.nt. H. Drion (*Pocketbooks I*).

2 HR 21 maart 2003, ECLI: NL:HR:2003:AE8462, *NJ* 2003/691, m.nt. T. Koopmans (*Waterpakt*).

3 HR 1 oktober 2004, ECLI: NL:HR:2004:AO8913, *NJ* 2004/679, m.nt. T. Koopmans (*Faunabescherming*).

4 HR 9 april 2010, ECLI: NL:HR:2010:EK3570, *NJ* 2010/388, m.nt. E.A. Alkema (*SGP*).

5 De lagere jurisprudentie doet dat inmiddels. Zie Hof Den Haag 27 maart 2012, ECLI: NL:GHSGR:2012:BV9880.

Deze arresten over het wetgevingsbevel hebben vele vragen van staatsrechtelijke, Europeesrechtelijke en civielrechtelijke aard opgeroepen. Dwingt de door de Hoge Raad zo stellig naar binnen gereden constitutionele rol van de rechter wel tot deze radicale afwijzing van het wetgevingsbevel?<sup>6</sup> Wordt de effectiviteit van het Unierecht zo niet onnodig gehinderd?<sup>7</sup> En past dit wel goed in het civiele procesrecht?<sup>8</sup> Dit soort vragen heeft reeds vele pennen in beweging gezet, onlangs nog die van mij.<sup>9</sup> Maar de kwestie is ook een kluit voor interne rechtsvergelijking. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is in het omgevingsrecht eveneens voor de vraag geplaatst of zij in het *dictum* van een uitspraak de opdracht mag geven regels vast te stellen. De Afdeling heeft geen principiële bezwaren opgeworpen en geeft dergelijke wetgevingsbevelen.<sup>10</sup> Deze relatieve achteloosheid van de Afdeling staat in schril contrast met de stevig afwijzende motivering van de Hoge Raad. De hoogste civiele rechter doet daarbij geen enkele moeite om de gedachte te voeden dat een en ander in het (ruimtelijk) bestuursrecht mogelijk anders ligt dan in het civiele (proces)recht. In plaats daarvan zaagt de Hoge Raad dikke planken over 'de politiek' waarin 'de rechter' niet vermag in te grijpen en over belangen van niet procederende derden die de gevolgen zouden kunnen ondervinden van een procedure waaraan ze zelf niet hebben deelgenomen.

Dit werpt de vraag op of de Afdeling zich iets gelegen moet laten liggen aan wat de Hoge Raad tegen het wetgevingsbevel in stelling brengt of dat er – los van de misschien wat stevige formuleringen van de Hoge Raad – een goede rechtvaardiging bestaat voor het verschil tussen de civiele rechter en de bestuursrechter op dit punt.

## Moet de Afdeling zich iets gelegen laten liggen aan wat de Hoge Raad tegen het wetgevingsbevel in stelling brengt of bestaat er een goede rechtvaardiging voor het verschil tussen de civiele rechter en de bestuursrechter op dit punt?

In dit artikel wil ik die vraag op de volgende wijze behandelen. Allereerst zal ik in paragraaf 2 en 3 de twee 'dikke planken' van de Hoge Raad over het politieke karakter van het wetgevingsbevel en de belangen van derden in een bestuursrechtelijke context analyseren. Vervolgens zal ik in paragraaf 4 bezien of het verschil tussen de bestuursrechter en de civiele rechter te rechtvaardigen valt. Paragraaf 5 trekt de conclusie. Ik richt mij daarbij op wetgeving bevelende *dicta* van de bestuursrechter, de zogenaamde *formele* wetgevingsbevelen. De opmerkingen die de bestuursrechter ter gelegenheid van exceptieve toetsing van regelgeving in de richting van de betrokken regelgever kan maken, vallen buiten het bereik van dit artikel. Dit artikel stelt verder de weigering van de Hoge Raad om wetgevingsbevelen te geven op zichzelf slechts zijdelings ter discussie.

## 2 Het politieke karakter van het wetgevingsbevel

Het centrale argument uit *Waterpakt* tegen het wetgevingsbevel is de overweging dat

'de vraag of, wanneer en in welke vorm een wet tot stand zal komen, moet worden beantwoord op grond van politieke besluitvorming en afweging van de erbij betrokken belangen. De evenzeer op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen brengt mee dat de rechter niet vermag in te grijpen in die procedure van politieke besluitvorming. Dit een en ander is niet anders ingeval het met deze wetgeving te bereiken resultaat en de termijn waarbinnen het resultaat moet zijn bereikt, vast liggen op grond van een Europese richtlijn.'<sup>11</sup>

Feitelijk staat hier, dat zelfs als rechtens vaststaat *dat* er een wet moet komen, de vraag *of* een wet tot stand moet komen voorwerp van door de rechter te respecteren politieke besluitvorming behoort te blijven. 'Politiek' en 'recht' worden tegen elkaar uitgespeeld: iets kan niet door de rechter worden bevolen, omdat het ook politiek is.

## 'Politiek' en 'recht' worden tegen elkaar uitgespeeld: iets kan niet door de rechter worden bevolen, omdat het ook politiek is. Deze overweging heeft scherpe reacties in bestuursrechtelijke kringen uitgelokt

Deze overweging heeft scherpe reacties in bestuursrechtelijke kringen uitgelokt. 'Ook ik ben van mening,' schrijft Bok, 'dat de rechter niet mag treden in het politieke besluitvormingsproces van de formele wetgever. De Hoge Raad miskent echter, dat in sommige gevallen – met name: bij de implementatie van EG-recht – van de besluitvormingsvrijheid van de wetgever niet veel overblijft, althans wat betreft de vraag of wetgeving tot stand moeten worden gebracht en eventueel ook: voor welke datum.'<sup>12</sup> 'Fundamenteel onjuist,' oordeelt ook Backes, omdat de rechter de wetgever hier een vrijheid laat die helemaal niet bestaat. 'De nationale wetgever is slechts uitvoerder en heeft inhoudelijk niets meer te beslissen.'<sup>13</sup>

Deze reacties zijn goed te begrijpen, omdat de wind in het bestuursrecht uit een andere hoek waait. De vrijheid die een bestuursorgaan moet worden gelaten bij het nemen van een nieuw besluit speelt daar ook, maar dan vooral tegen de achtergrond van de mogelijkheden die de bestuursrechter heeft om de rechtsbescherming zoekende burger een zinloze extra ronde bij het bestuursorgaan te besparen. De Afdeling overweegt met een zekere regelmaat dat een bestuursrechter bij vernietiging van een besluit gehouden is te onderzoeken of het mogelijk is het geschil finaal te beslechten, bijvoorbeeld door zelf in de zaak te voorzien. Sinds 2009 voegt de Afdeling daaraan toe dat 'voor het zelf in de zaak voorzien niet altijd is vereist dat nog slechts één beslissing mogelijk is',<sup>14</sup> een gedachte die genade kon vinden in de ogen van de wetgever, getuige het huidige artikel 8:41a Algemene wet bestuursrecht. In de toelichting daarop staat dat de verhouding tussen rechter en bestuur 'in evenwicht' moet zijn, maar ook: 'dat

6 J.E.M. Polak, 'Zit er nog muziek in verbods- en gebodsacties ter zake van wetgeving?', O&A 2004, p. 168-179.

7 A.M.A.P. van den Bossche, 'Rechtsplicht die tot rechtsweigering dwingt. (Af)gewogen en te licht bevonden', *Themis* 2006, p. 129-131.

8 R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009, p. 256-257.

9 G. Boogaard, *Het wetgevingsbevel. Over constitutionele verhoudingen en manieren om een wetgever tot regelgeving aan te zetten* (diss. Amsterdam UvA), Oisterwijk: Wolf 2013.

10 A.G.A. Nijmeijer, 'Als rechtsvinding wetgeving wordt. Rechtsvinding in bestemmingsplanzaken', in: L.E. de Groot-van Leeuwen & J.D.A. den Tonkelaar (red.), *Rechtsvinding op veertien terreinen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 175-189, p. 185-187.

11 HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, *NJ* 2003/691, m.nt. T. Koopmans (*Waterpakt*), r.o. 3.5.

12 A.J. Bok, 'Onrechtmatige wetgeving revisited. Over toetsing van geschreven aan ongeschreven recht en rechterlijke bevelen tot wetgeving', in: L.E. de Groot van Leeuwen, A.M. van den Bossche & Y. Buruma, *De ongehoozame rechter*, Deventer: Kluwer 2006, p. 91-118, p. 111.

13 Ch. Backes, annotatie bij HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, *AB* 2004/39 (*Waterpakt*).

14 ABRvS 11 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH2565, *AB* 2009/224, m.nt. R. Ortlep, r.o. 2.4.1. Zie verder: J.A.M. van Angeren, 'Zelf voorzien in stroomversnelling', *JBPPlus* 2009, p. 257-266.

evenwicht is niet voor eens en voor altijd gegeven. Naar huidig inzicht stuit definitieve geschilbeslechting minder vaak af op de beleids- of beoordelingsvrijheid van het bestuur dan in het verleden wel werd gedacht.<sup>15</sup>

De mogelijkheden voor finale geschilbeslechting zijn hiermee zeker niet onbegrensd geworden.<sup>16</sup> Speelruimte die door beleids- en beoordelingsvrijheid aan het bestuur toekomt, mag door de rechter niet worden ingevuld. Maar daar waar duidelijk is wat het bestuursorgaan moet doen of hoe een bestuurlijke heroverweging zal gaan uitvallen, ontstaat juist speelruimte voor de bestuursrechter. Wat de Hoge Raad stelt staat hier haaks op, en doet eerder denken aan de oude discussie tussen Struycken en Loeff over de toelaatbaarheid van bestuursrecht überhaupt. Een overweging als die uit *Waterpakt* zou de klok in het bestuursrecht 100 jaar terugzetten en Struycken alsnog gelijk geven.

## Een overweging als die uit *Waterpakt* zou de klok in het bestuursrecht 100 jaar terugzetten en Struycken alsnog gelijk geven

### 3 Belangen van derden

Het tweede belangrijke argument van de Hoge Raad tegen het wetgevingsbevel is de positie van niet-meeprocederende derden die wel de gevolgen zullen ondervinden van de bevolen wetgeving. Al in *Waterpakt* wijst de Hoge Raad erop dat een bevel tot wetgeving – anders dan de buitenwerkingstelling – ‘beoogt een algemene, ook voor anderen dan de procespartijen geldende regeling in het leven te roepen.’<sup>17</sup> In *Faunabescherming* is duidelijk wat die gevolgen voor derden zullen zijn; daar worden ze juist door de eisers beoogd. Inzet in die zaak is een bevel tot intrekking van een vrijstelling op een verbod op het verontrusten van inheemse beestjes. De Hoge Raad constateert: ‘in het onderhavige geval zou dat betekenen dat de verbodsbepalingen van de artikel 9 en 10 Ffw in volle omvang voor iedereen in Friesland zouden gaan gelden.’<sup>18</sup> Voor de Hoge Raad is dat reden geen wetgevingsbevel te geven.

## Het tweede belangrijke argument van de Hoge Raad tegen het wetgevingsbevel is de positie van niet-meeprocederende derden die wel de gevolgen zullen ondervinden van de bevolen wetgeving

Ook dit argument zal in deze formulering weinig bestuursrechtelijke herkenning oproepen. Het klassieke idee van het *recours objectif* wordt nog vaak opgesomd bij de uitgangspunten van het bestuursrecht. In dat *recours* wordt de burger niet gezien als een autonoom wezen dat zijn rechten wil handhaven,

maar als aanbrenner van gevallen waarin het bestuur zijn boekje te buiten is gegaan.<sup>19</sup> De vraag of een verwijt klopt, is belangrijker dan wie waarom waarover begint. Is inderdaad sprake van een schending van een norm of een beginsel, dan moet de rechter het recht handhaven. Of niet-procederende Friezen dan geen kievieten meer mogen lastigvallen, is voor de beoordeling van de rechtmatigheid ten diepste bijzaak. Als ze dat naar aanleiding van een procedure niet meer mogen, dan mochten ze het eigenlijk daarvoor al niet.

Het is natuurlijk wel de vraag hoeveel *recours objectif* er nog over is in het huidige bestuursrecht. De belangen van derden spelen in ieder geval een rol. De strikte, ambtshalve handhaving van de termijnen, bijvoorbeeld, is mede omdat anderen op de onaantastbaarheid van een besluit gaan rekenen. Verder is niet iedereen belanghebbende en beperkt de invoering van de relativiteitseis de vernietigingsgronden tot de normen en beginselen die strekken tot bescherming van de belangen van de degene die zich erop beroept (art. 8:69a Awb). Daarmee maakt het dus wel degelijk uit wie zich waarop beroept. Toch leeft de gedachte van het *recours objectif* nog,<sup>20</sup> en wie er het accent op legt, zal moeilijk overweg kunnen met de huiver van de Hoge Raad voor de gevolgen voor derden.

## Misschien meer nog dan met het *recours objectif* botst het argument van de Hoge Raad op belangrijke uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter: schorsing en vernietiging

Misschien meer nog dan met het *recours objectif* botst het argument van de Hoge Raad op belangrijke uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter: schorsing en vernietiging. Die uitspraken hebben *erga omnes*-werking: ze raken de *geldigheid* van besluiten, hebben daarom per definitie gevolgen voor iedereen en dus ook voor derden. Op een vernietigd en daarmee uit de rechtsorde verdwenen besluit kan immers door niemand meer een beroep worden gedaan. Het zou heel goed te begrijpen zijn geweest als de Hoge Raad in *Faunabescherming* had overwogen dat een eis gericht op het laten intrekken van een vrijstellingsverordening feitelijk een vernietigingsberoep is en dat de civiele rechter de daarvoor benodigde uitspraakbevoegdheid ontbeert. Nu lijkt het, alsof de Hoge Raad zich tegen de mogelijkheid tot vernietiging door de rechter zelf verzet. De (spaarzame) voorbeelden van een wetgevingsbevel in het bestuursrecht laten zien hoe een dergelijke opdracht juist in het belang van derden kan zijn. Bijvoorbeeld de tussenuitspraak van de Afdeling waarin de raad van de gemeente Dronten de opdracht krijgt nieuw onderzoek naar de geluidsnormen in het bestemmingsplan voor Biddinghuizen te laten doen, de resultaten te laten meewegen in een nieuw besluit en de Afdeling te laten weten wat het geworden is.<sup>21</sup> In deze nieuwe democratische ronde komt de (vertegenwoordiging van de) gehele bevolking van Dronten

<sup>15</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 9-12. Geciteerd in: D.A. Verburg, ‘Finale geschilbeslechting en haar stiefkind, de “aangeklede” opdracht om een nieuw besluit te nemen’, *JBPlus* 2010, p. 153-178, p. 172.

<sup>16</sup> Zie voor een recent overzicht de noot van Ortlep onder: ABRvS 12 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV9463, *AB* 2012/233.

<sup>17</sup> HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, *NJ* 2003/691, m.nt. T. Koopmans (*Waterpakt*), r.o. 3.5.

<sup>18</sup> HR 1 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO8913, *NJ* 2004/679, m.nt. T. Koopmans (*Faunabescherming*), r.o. 3.3.5.

<sup>19</sup> J.C.A. de Poorter & K.J. de Graaf, *Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*, Den Haag: Raad van State 2011, p. 13-22.

<sup>20</sup> R.M. van Male, ‘Recours objectif revisited’, *NTB* 2013/11, p. 71-73.

<sup>21</sup> ABRvS 29 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV7286, *AB* 2012/100, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

weer aan de beurt. Omdat het hierbij om planregels gaat die algemeen verbindende voorschriften zijn, is dit echter wel een wetgevingsbevel.

Wanneer we deze praktijk van de Afdeling op de argumenten van de Hoge Raad leggen, wordt het de vraag of de Afdeling dit wetgevingsbevel niet had mogen geven omdat hij de vraag of het bestemmingsplan moest worden gewijzigd aan de raad van Dronten had moeten laten (vgl. *Waterpakt*) en omdat ook niet-procederende Drontenaren de gevolgen van dit bevel zullen merken (vgl. *Faunabescherming*). Het antwoord daarop luidt wat mij betreft: als de Afdeling om deze redenen zou weigeren wetgeving te bevelen, zou dat afwijken van hoe overigens wordt omgegaan met de speelruimte voor bestuursorganen, zou dat botsen met wat er nog over is van het *recours objectif* en zou zij grote vraagtekens plaatsen bij de bevoegdheid een besluit te vernietigen. De Afdeling zou, kortom, het kleedje onder veel meer bestuursrechtelijke rechtsbescherming wegtrekken.

Dat roept als vanzelf de vraag op of de 'fout' misschien niet veel meer bij de civiele rechter ligt. Moet deze niet de Afdeling ten voorbeeld stellen en gewoon *wel* wetgevingsbevelen gaan geven? Ik meen van niet. Er zijn goede redenen waarom het wetgevingsbevel in het bestuursrecht wezenlijk anders ligt dan in het privaatrecht. Die hebben meer te maken met de systematische inbedding van het wetgevingsbevel in het procesrecht en de daaruit voortvloeiende institutioneel-politieke rationaliteit van deze uitspraakbevoegdheid.

**Moet de civiele rechter niet de Afdeling ten voorbeeld stellen en gewoon *wel* wetgevingsbevelen gaan geven? Ik meen van niet. Er zijn goede redenen waarom het wetgevingsbevel in het bestuursrecht wezenlijk anders ligt dan in het privaatrecht**

#### 4 Institutioneel-politieke rationaliteit

De institutioneel-politieke rationaliteit van het wetgevingsbevel slaat op de context van de zaken waarin dergelijke bevelen gevraagd worden, en meer in het algemeen op het soort procedures waarvan een wetgevingsbevel de primaire inzet is. Het aan de Amerikaanse literatuur ontleende concept *public law litigation* kan hier behulpzaam zijn. Dat begrip contrasteert klassieke procedures waarin twee burgers bij de rechter tegenover elkaar staan omdat zij twisten over iets wat de ander wel of niet had moeten doen, met de procedures waarin belangenorganisaties tegen de overheid procederen over wat voortaan beter moet. In een klassieke procedure is het slachtoffer de eiser en de gedaagde de (beweerdelijke) dader, terwijl dat in *public law litigation* meer uit elkaar loopt. Een belangenorganisatie die opkomt voor de kwaliteit van leven in een geprivatiseerde gevangenis is niet direct zelf het slachtoffer van de aldaar heersende beroerde omstandigheden, en de gedaagde Staat is wel verantwoordelijk voor het probleem maar niet echt de

directe dader. De *inzet* van het geding is wezenlijk anders. Het gaat niet primair om het compenseren of repareren van een onrechtmatigheid uit het verleden, zoals bij de klassieke procedures, maar om het beter realiseren van grondrechten in de toekomst. Het gevolg van deze verschuiving is dat het verband tussen de onrechtmatigheid en de eis bij *public law litigation* veel minder logisch en direct is. Als de rechter in een klassieke procedure de eiser volgt in zijn stelling dat de schutting van gedaagde te hoog is, dan beveelt hij eenvoudig het op de juiste hoogte afzagen van die schutting. Heeft een belangenorganisatie gelijk dat de Staat moet optreden tegen de slechte leefomstandigheden in private gevangenissen, dan is veel minder snel duidelijk wat de rechter precies zou moeten bevelen. Minder gevangenen of meer cellen? Beter bewakers of meer overheidstoezicht? De remedie ligt bij *public law litigation* lastiger en de wetgever zal snel in beeld komen. Ofwel omdat zijn regels het probleem veroorzaken, ofwel omdat van hem het geld en de oplossing moeten komen. Dan wordt het wetgevingsbevel de inzet van het geding.

**Bij *public law litigation* zal de wetgever snel in beeld komen. Ofwel omdat zijn regels het probleem veroorzaken, ofwel omdat van hem het geld en de oplossing moeten komen. Dan wordt het wetgevingsbevel de inzet van het geding**

Tegen de achtergrond van dit onderscheid valt op dat de *SGP*-zaak trekken van *public law litigation* vertoont. Daar stonden geen op een Kamerzetel beluste orthodoxe vrouwen tegenover de *SGP*, maar het Clara Wichmann Proefprocessenfonds namens eenieder die de discriminatie moest aanzien tegenover de Staat die dat toeliet. Inzet was toekomstig overheidsbeleid: de Staat moest maatregelen treffen. De wetgever bleef daarbij niet lang buiten beeld, al was het maar omdat de Grondwet het beperken van de verenigingsvrijheid aan hem voorbehoudt. De *SGP*-zaak ging uiteindelijk over een wetgevingsbevel.

In het bestuursrecht zou een conflict zoals de Hoge Raad in de *SGP*-casus aan de hand had, zich niet gemakkelijk voordoen. Allereerst is de *formele* wetgever geen bestuursorgaan (art. 1:1 lid 2 sub a Awb) en kan deze dus niet rechtstreeks in een bestuursrechtelijk geding betrokken worden om bevolen te worden. In de tweede plaats kan, behoudens uitzonderingen, geen beroep worden ingesteld tegen algemeen verbindende voorschriften (art. 8:3 lid 1 sub a Awb). Dit is van belang, omdat de uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter gekoppeld zijn aan het object van het geschil (art. 8:72 lid 4 Awb).<sup>22</sup> Een wetgevingsbevel zal zich bij de bestuursrechter dus alleen kunnen voordoen in de zeldzame gevallen waarin expliciet beroep tegen algemeen verbindende voorschriften mogelijk is, bijvoorbeeld bij planregels (art. 8.2 Wet ruimtelijke ordening). Een bestuursrechter die in dat geval de vaststelling van algemeen verbindende voorschriften beveelt, is niet zo ver van huis.

<sup>22</sup>De in dat artikel ook voorziene mogelijkheid om 'een andere handeling' te bevelen sluit aan bij de mogelijkheid om te voorzien in een geschil waarin niet een besluit, maar een andere appellabel gestelde handeling voorwerp van het geding was, zoals feitelijke gedragingen jegens ambtenaren (art. 1:1 lid 3 Awb en art. 8:1 lid 1 sub a Awb).

Het civiele (proces)recht filtert het soort zaken als die over de SGP er niet uit. Aan artikel 3:305a BW, de toegang tot de algemeen belang-acties, stelt de Hoge Raad geen eisen van representativiteit.<sup>23</sup> Regels of de afwezigheid daarvan kunnen al sinds jaar en dag onderwerp van geschil zijn bij de civiele rechter. En omdat naar civiel recht de gehele Staat der Nederlanden als één rechtspersoon optreedt, is de juiste rechtspersoon om een wetgevingsbevel aan te geven al snel in het geding betrokken. De toenemende mogelijkheid, ten slotte, om bij de rechter internationale plichten voor de wetgever te kunnen inroepen, verklaart de *Nebenbühne der Politik* helemaal voor geopend. Blijft over de vraag wat belangengroepen die de slag in de politieke arena verloren hebben, eigenlijk van de rechter hebben te verwachten. Heeft hij ze, behalve hun gelijk, ook daadwerkelijk iets te bieden? Dat is de vraag naar de toelaatbaarheid van het wetgevingsbevel voor de civiele rechter.

### Wat had de Hoge Raad moeten doen als zijn eventuele bevel wetgevend tegen de SGP op te treden gesmoord zou zijn in goede bedoelingen of staatsrechtelijke complicaties?

De institutioneel-politieke rationaliteit van wetgevingsbevelen ligt daarmee bij de bestuursrechter anders dan bij de civiele rechter. Als de Hoge Raad ze zou mogen geven, dan kan dat gaan over een bevel om wetgevend op te treden tegen een (op dat moment *de facto*) coalitiepartij: de SGP. In een dergelijke confrontatie met uiteindelijk de Tweede Kamer wegen de aan machtscheiding, machts-evenwicht en het democratiebeginsel ontleende bezwaren tegen het wetgevingsbevel veel zwaarder dan bij een bevel aan een decentrale regelgever om planregels aan te passen. Het eerste geval bergt ook veel meer risico voor de rechter in zich. Een eenzame gemeenteraad die weigert een wetgevingsbevel op te volgen zal nog wel door de bocht geduwd kunnen worden, maar wat had de Hoge Raad moeten doen als zijn eventuele bevel wetgevend tegen de SGP op te treden gesmoord zou zijn in goede bedoelingen of

staatsrechtelijke complicaties? Het vermogen van de politiek om niets te doen kan moeilijk overschat worden, zeker niet als de politieke belangen daarbij groot zijn. Het gezag van de rechter zou daar evenwel behoorlijk onder lijden. Een rechter die daar bang voor is, verzaakt zijn plicht. Een rechter die daar rekening mee houdt, is verstandig.

De Afdeling loopt nauwelijks risico op een dergelijke constitutionele *showdown*. Anders dan de Hoge Raad weet de bestuursrechter vrij zeker dat zijn wetgevingsbevelen beperkt blijven tot een overzienbare categorie uitzonderingsgevallen waarin de constitutionele bezwaren veel minder zwaar wegen en de kans op gezagsverlies voor de rechter bepaald kleiner is. Dat maakt, volgens mij, een relevant verschil.

### Bij de civiele rechter staat er veel meer op het spel en zijn de risico's veel groter dan bij de bestuursrechter

#### 5 Conclusie

Wat de Afdeling vrij achteloos lijkt te doen, wordt door de Hoge Raad in stevige bewoordingen voor ontoelaatbaar gehouden: wetgeving bevelen. De argumenten die de Hoge Raad aanvoert tegen het wetgevingsbevel, namelijk het primaat van de politiek en de belangen van niet bij de procedure betrokken derden, laten zich maar moeilijk inpassen in het bestuursrecht. Dat hoeft ook niet, want een verschil tussen de civiele rechter en de bestuursrechter is op dit punt goed te begrijpen. Bij de civiele rechter staat er veel meer op het spel en zijn de risico's veel groter dan bij de bestuursrechter. De kans dat de laatste verzeild raakt in een politiek geprofileerde kwestie van het kaliber *SGP*-zaak, is significant kleiner.

Blijft over de vraag waarom de Hoge Raad zijn bezwaren niet wat preciezer en civielier formuleert. Voor de legitimatie van het bestuursrecht ware het beter als de hoogste civiele rechter geen algemene overwegingen zou gebruiken die haaks staan op wat de bestuursrechter dagelijks doet. Toch is het, in de civiele context van het wetgevingsbevel, ook weer niet onbegrijpelijk dat de Hoge Raad zo duidelijk mogelijk maakt dat hij er niet aan wil beginnen.

23HR 26 februari 2010, ECLI: NL:HR:2010:BK5756, NJ 2011/473, m.nt. H.J. Snijders (*Plazacasa*).