Universiteit Leiden
The Netherlands

Er is niets praktischer dan een zuivere theorie: Verslag van een studiebijeenkomst rond het wetenschappelijke werk van prof. mr. A.Q.C. Tak

Barkhuysen, T.; Ouden, W. den; Schuurmans, Y.E.

Citation
Barkhuysen, T., Ouden, W. den, & Schuurmans, Y. E. (2006). Er is niets praktischer dan een zuivere theorie: Verslag van een studiebijeenkomst rond het wetenschappelijke werk van prof. mr. A.Q.C. Tak. *Nederlands Tijdschrift Voor Bestuursrecht*, *2006*(7), 225-227. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/23430

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: Leiden University Non-exclusive license
Downloaded from: https://hdl.handle.net/1887/23430

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht, Er is niets praktischer dan een zuivere theorie! Verslag van een studiebijeenkomst rond het wetenschappelijke werk van prof. mr. A.Q.C. Tak

Klik hier om het document te openen in een browser venster

Vindplaats:	NTB 2006, 31	**Bijgewerkt tot:**	01-09-2006
Auteur:	T. Barkhuysen, W. den Ouden, Y.E. Schuurmans [*]		

Er is niets praktischer dan een zuivere theorie!

Verslag van een studiebijeenkomst rond het wetenschappelijke werk van prof. mr. A.Q.C. Tak

Samenvatting

Verslag van de Leidse studiedag op 3 maart 2006 naar aanleiding van het verschijnen van het handboek 'Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk' van A.Q.C. Tak.

Op vrijdag 3 maart 2006 werd mede naar aanleiding van de verschijning van de tweede druk van het handboek *Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk* [1] van prof. mr. A.Q.C. Tak een studiedag gehouden rond zijn wetenschappelijk werk. Inleiders waren mr. Th.G. Drupsteen (Raad van State), dr. M.A. Heldeweg (Universiteit Twente), prof. mr. B.M.J. van der Meulen (Wageningen Universiteit), prof. mr. J.E.M. Polak (Universiteit Leiden en Raad van State) en prof. mr. R.J.N. Schlössels (Radboud Universiteit).
Na de inleidingen volgde - onder leiding van de dagvoorzitter prof. mr. M. Schreuder-Vlasblom (Universiteit Leiden en Raad van State) - een intensieve gedachtewisseling tussen Tak, de inleiders en de tachtig geïnteresseerden die voor deze bijeenkomst naar Leiden waren gekomen. De discussie begon - zoals viel te verwachten - direct met de fundamentele vraag of het 'model Tak' alleen als een theoretisch model kan worden gekwalificeerd, of dat het een reëel, praktisch alternatief biedt voor het huidige bestuursprocesrecht en de gebreken die daaraan kleven. Tak stelde bij beantwoording van die vraag voorop dat zijn 'model' vooral een denkmodel is, dat nog veel nadere reflectie en praktische uitwerking behoeft. Daar voegde hij nog aan toe dat er wat hem betreft niets praktischer is dan een zuivere theorie.
Belangrijk punt van discussie gedurende de gehele studiedag was de taak van de rechter in gevallen waarin de burger bescherming zoekt tegen overheidsbesluiten. In het denkmodel van Tak mag de rechter het aangevochten besluit niet - zoals nu het geval is - toetsen aan het recht en eventueel vernietigen. Besluiten worden namelijk genomen in het algemeen belang en het is *de overheid* die is geroepen tot behartiging van het algemeen belang; een taak met een exclusief en verplicht karakter. Op het moment van het nemen van een besluit (in de terminologie van Tak het 'moment X ' genoemd), valt het uiteen in enerzijds een norm met werking *erga omnes* en anderzijds een rechtens relevante handeling die de positie van een concreet rechtssubject raakt. De rechter zou zich alleen moeten uitspreken over de aantasting van (vermogens)rechten van het concrete rechtssubject. De toetsing van de objectieve rechtmatigheid van het besluit als zodanig, dient naar zijn mening alleen plaats te vinden binnen de bestuurskolom. Evenals Struycken is Tak van mening dat binnen de trias het tegenwicht op dit punt niet van de rechter, maar van het bestuur zelf moet komen. Met Loeff deelt Tak evenwel de opvatting dat het bestuurshandelen niet geheel onttrokken mag zijn aan toetsing door de rechter. Deze mag wel een zogenaamde subjectieve rechtmatigheidstoets uitvoeren en kan zo een justitiabele rechtsbescherming bieden. Wanneer een burger door de behartiging van het algemeen belang door de overheid bijzonder in zijn belangen wordt geraakt, kan de rechter hem op grond van het égalitébeginsel daarvoor financiële compensatie toekennen.
Deze beperkte taaktoedeling heeft als voordeel dat de rechter geen oordeel hoeft te geven over de rechtmatigheid van bestuursbesluiten en zich er dus niet om hoeft te bekommeren of zijn uitspraak een handeling aantast die in het algemeen belang noodzakelijk wordt geacht. Tak vermoedt dat dit systeem zal leiden tot een 'verhoging' van het

Dit document is gegenereerd op 28-01-2014. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Kluwer B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Kluwer op www.kluwer.nl

niveau van individuele rechtsbescherming. En dat vindt hij hard nodig, want de huidige rechtsbescherming stelt in zijn ogen niet veel voor.
Deze visie ten aanzien van de rechterlijke taak lokte veel reacties uit. Vooral Drupsteen relativeerde het belang van de *erga omnes* werking van veel besluiten; wat is bijvoorbeeld de *erga omnes* werking van een gemiddeld subsidiebesluit, zo vroeg hij zich af. Een ander punt van kritiek betrof het daarbinnen belangrijke onderscheid tussen objectieve en subjectieve rechtmatigheid van besluiten. Kunnen die soorten strikt van elkaar worden gescheiden, is er niet altijd een verband tussen deze beide kwalificaties? In dit kader kwam aan de orde dat het model van Tak een strikte scheiding impliceert tussen de toetsing door het bestuur of een besluit het algemeen belang optimaal dient enerzijds en de toetsing door de rechter van de subjectieve rechtmatigheid van een besluit anderzijds. Dit onderscheid werd niet door iedereen overtuigend geacht; wanneer een besluit niet wordt gedragen door het algemeen belang heeft dit automatisch gevolgen voor de subjectieve rechtmatigheid van dat besluit. Immers, objectieve onrechtmatigheid van een bestuursbesluit leidt vanzelf tot subjectieve onrechtmatigheid, zo stelde onder meer Heldeweg.
Bovendien zagen velen in een systeem waarin het bestuur eindverantwoordelijk is voor de handhaving van het objectieve recht door het bestuur, een groot gevaar. De kans dat het bestuur handelt in strijd met het objectieve recht is nu al aanzienlijk, zo leren de ervaringen en die kans neemt verder toe in een systeem waarin *checks and balances* ontbreken. Vooral Van der Meulen benadrukte in dit verband dat er voor het bestuur geen legitimatie is buiten het recht. Voor exceptieve toetsing van besluiten aan het objectieve recht moet naar zijn mening dan ook ruimte blijven binnen het door Tak voorgestelde systeem van individuele rechtsbescherming door de rechter. Ook Konijnenbelt maakte zich zorgen over de, zoals hij dat noemt, 'zwarte doos van de bestuurlijke controle'. Welk deel van het bestuur zou moeten zorgdragen voor toetsing van de objectieve rechtmatigheid van het besluit als zodanig? Loopt bovendien het systeem van de decentrale eenheidsstaat geen gevaar wanneer rechtmatigheidscontrole wordt toevertrouwd aan (hogere) bestuursorganen, waar vertegenwoordigende lichamen sowieso niet geschikt lijken voor het uitoefenen van rechtmatigheidscontrole?
Lastig te plaatsen vonden velen de stelling van Tak dat zijn denkmodel meer recht doet aan de uitgangspunten van het EVRM dan het huidige stelsel van bestuursprocesrecht, nu art. 6 EVRM vereist dat bij een beroep tegen overheidsbesluiten de vermeende aantasting van de individuele rechtspositie centraal staat. Verschillende aanwezigen stelden dat art. 6 een toetsing aan alle geldende rechtsnormen zou impliceren. Dit onderwerp kwam verschillende malen terug, onder meer in verband met de casus die Neerhof schetste. Hij legde de situatie voor waarin fundamentalistische moslims willen demonstreren naar aanleiding van voor hen beledigende cartoons. In reactie op de kennisgeving verbiedt de burgemeester de demonstratie, omdat hij wanordelijkheden vreest. Op welke rechtsbescherming kunnen de beledigde moslims dan rekenen binnen het systeem van Tak? Moeten zij het verbod voorleggen aan een ander onderdeel binnen het bestuur? Bezwaar daarvan is dat dit andere onderdeel ook tot het bestuur behoort en dus niet onafhankelijk kan worden genoemd. Kunnen zij hun zaak voorleggen aan de rechter en kan deze het verbodsbesluit dan toetsen aan de Wet openbare manifestaties en relevante grondrechten? Mag de rechter het besluit waarin het verbod wordt gegeven inderdaad niet vernietigen, en, stelt in dat geval de rechtsbescherming van burgers binnen dit systeem wel iets voor?
Deze en andere vragen over de toepassing van de theorieën van Tak hielden veel aanwezigen bezig. Zou het bestuursprocesrecht vormgegeven naar zijn ideeën leiden tot andere resultaten en tot welke resultaten dan precies? En - zo vroeg onder meer Schlössels zich af - wordt het procesrecht volgens het model-Tak niet te ingewikkeld? Kan de rechter daadwerkelijk effectieve rechtsbescherming bieden, zoals het Europese recht vereist?
Polak sloot aan bij deze kritische vragen met de stelling dat het model-Tak slecht scoort op de eis van goede toegankelijkheid van de rechtsbescherming. Loslating van het besluitmodel voor het procesrecht maakt het voor een belanghebbende lastig om zijn vordering te definiëren. Gevolgen zijn dat het object van het geding minder duidelijk is en dat de tenuitvoerlegging van een uitspraak een complexe zaak wordt. De bevoegdheid tot vernietiging van besluiten is juist een verworvenheid van het huidige bestuursrecht. De hele rechtsorde en niet alleen de procespartijen kunnen immers zijn gebaat bij een definitieve verdwijning van het besluit.
Onomstreden was dat de toepassing van de theorie van Tak ertoe zou leiden dat meer vergoeding voor schade door overheidshandelingen wordt uitgekeerd. Voor velen doemde uit Tak's werk het beeld op dat wanneer onrecht dreigt (te weten schade aan subjectieve rechten), de aantasting van de individuele belangen kan worden afgekocht. Maar, zo was vervolgens de vraag, kunnen we met deze compensatie genoegen nemen? Is het wenselijk dat de bestuursrechter nauwelijks meer toekomt aan zaken waarin wordt opgekomen tegen een bevoegdheidsuitoefening

Dit document is gegenereerd op 28-01-2014. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Kluwer B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Kluwer op www.kluwer.nl

als zodanig? En leidt een dergelijke ruime schadevergoedingspraktijk ten aanzien van 'rechtmatige' overheidsdaden niet tot een verlamming van het openbaar bestuur?
Gezien de beperkte tijd die beschikbaar was voor de beantwoording van al deze vragen en de concrete uitwerking die zijn model op veel punten nog behoeft, kwam Tak niet bij alle vragen toe aan een uitgebreide beantwoording. Duidelijk werd wel dat hij wel degelijk ook rechterlijke controle van de objectieve kant van besluiten mogelijk acht, maar alleen in het kader van een procedure over een subjectief belang, en uitsluitend op dezelfde indirecte wijze als bij de controle van lagere wetten aan hogere: toetsing van norm aan norm derhalve, met als mogelijk effect enkel buiten-toepassingverklaring in dat individuele geval.
Tak benadrukte verder dat men niet te bang moet zijn voor een daadwerkelijke (onder)scheiding van machten. Rechters zijn niet de enigen die in onze constitutie geroepen zijn tot (bindende) rechtsuitleg en -vaststelling. Soms kan juist meer rechtsbescherming worden verwacht van het bestuur dan van de rechter, die immers niet kan vaststellen wat het 'juiste' besluit is. Een vergelijkbare oplossingsrichting koos hij bij zijn beantwoording van de vragen naar aanleiding van de demonstratiecasus van Neerhof. Het is volgens Tak geen goede zaak om objectieve rechtsvaststellingen bij uitsluiting aan de rechter toe te vertrouwen, zo blijkt bijvoorbeeld uit de uitspraak inzake *Praxis en Maxis*.[2] Daaruit blijkt immers dat de genoemde willekeurcontrole een stille dood is gestorven terwijl het idee van de marginale toetsing in de rechtspraak wel overeind is gebleven en zelfs versterkt van toepassing is bij de uitleg van de wet en bij de vaststelling van feiten. Het concept van de marginale toetsing van besluiten acht hij één van de grootste fouten binnen het huidige systeem. Hij beaamde dat zijn model, dat gericht is op de bescherming van subjectieve rechten, vaak zal leiden tot financiële compensatie, maar maakte duidelijk dat ook kan worden gedacht aan compensaties in natura en het zogenoemd 'subjectief declaratoir' dat een rechter kan uitspreken. Daarmee wordt vastgesteld dat een aangevochten besluit inbreuk maakt op de subjectieve rechten van de justitiabele. In uitzonderlijke gevallen zou de rechter zelfs een verbod kunnen uitspreken om een bepaald besluit jegens de aanlegger ten uitvoer te leggen.
Dat zijn model de toegankelijkheid van de rechtsbescherming zou verlagen, bestreed hij ten slotte, onder verwijzing naar de grote hoeveelheid rechtszaken onder het huidige systeem die louter betrekking hebben op ontvankelijkheidskwesties, waardoor vaak de gehele rechtsbescherming al aanstonds finaal wordt geblokkeerd. Binnen zijn model kunnen burgers de aantasting van hun belangen steeds aan een rechter voorleggen.
De studiedag heeft - zoals viel te verwachten - geen overeenstemming opgeleverd over de voor- en nadelen van het model Tak en de praktische uitvoerbaarheid daarvan. Waar de deelnemers het wel over eens waren is de noodzaak tot verbetering van het huidige systeem van rechtsbescherming tegen de overheid. De discussie daarover - die het verdient te blijven worden gevoerd juist na het verschijnen van het VAR-rapport *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid* waarin concrete voorstellen worden gedaan[3] - kan nu in elk geval profiteren van de inzichten opgedaan bij de boeiende gedachtewisseling over het werk van Tak.

Voetnoten

Voetnoten

[*] Citeertitel: Tom Barkhuysen, Willemien den Ouden & Ymre Schuurmans, 'Er is niets praktischer dan een zuivere theorie!', NTB 2006, 31. Allen verbonden aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Zie voor een uitgebreider verslag van hun hand de binnenkort bij Kluwer te veschijnen bundel 'Het model Tak: verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?' (red. T. Barkhuysen, W. den Ouden & Y.E. Schuurmans).

[1] Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.

[2] ABRvS 9 mei 1996, *AB* 1997, 93. Zie ook ABRvS 21 april 1998, *JB* 1998/133, en 30 oktober 1998, *JB* 1998/280; ABRvS 9 november 1998, *Gst.* 7092, 8 (*De wende*).

[3] Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004.

Dit document is gegenereerd op 28-01-2014. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Kluwer B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Kluwer op www.kluwer.nl