
Vergaderjaar 1998–1999

26 360

Juridisering in het openbaar bestuur

Nr. 1

**BRIEF VAN DE MINISTER VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN
KONINKRIJKSRELATIES**

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

's-Gravenhage, 21 december 1998

Hierbij bied ik u, mede namens de Minister van Justitie, het **kabinets-standpunt** «Juridisering in het openbaar bestuur» aan.

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,
A. Peper

INHOUDSOPGAVE

	Blz.
1. Inleiding	3
2. Samenvatting en conclusies	4
3. Juridisering in de samenleving	7
4. Juridisering in het openbaar bestuur	11
5. Ontwikkelingen in het bestuursrecht	15
6. Het evenwicht tussen wetgever, bestuur en rechter	30
 Bijlage 1: Reactie op enkele voorstellen uit het rapport «bestuur in geding»	 35
Bijlage 2: Overzicht van de discussie over juridisering	41

1. Inleiding

Sedert enkele jaren wordt in bestuurlijke, politieke en juridische kringen een debat gevoerd over de «juridisering» van het openbaar bestuur. Door het vorige kabinet is een eerste aanzet voor de discussie gegeven in het kabinetsstandpunt van 26 september 1997 over «Besturen op de tast» (het laatste advies van de inmiddels opgeheven Raad voor het binnenlands bestuur). In het regeerakkoord (d.d. 3 augustus 1998, kamerstukken II 1997/1998, 26 024, nr. 10, p. 76, 77) is uitgesproken dat de juridisering van het openbaar bestuur moet worden teruggedrongen om de democratische besluitvorming te versterken.

De overmatige juridisering van de samenleving kan als één van de grootste vraagstukken in het huidige tijdsgewricht worden beschouwd. Burgers, instellingen en politici hebben in toenemende mate te maken met een sterke juridisering van onderlinge particuliere, maatschappelijke en bestuurlijke verhoudingen. De toenemende stroom van regels, de toenemende roep om de totstandkoming van regels, de intensiteit waarmee een beroep op de regels wordt gedaan alsmede de daarop volgende toevloed aan juridische procedures in de relatie tussen burgers onderling en tussen burgers en overheid, leidt tot een ernstige juridische verdichting.

Op politiek bestuurlijk terrein dreigt daardoor het hart van onze democratie dicht te slibben. De ernst van het vraagstuk van de overmatige juridisering moet dan ook niet worden onderschat: er is sprake van een politiek bureaucratisch involutieproces. Het is van het grootste belang dat gewerkt wordt aan het ontwarren en ontvlechten van deze juridische verdichting. Alleen door te komen tot een reductie van de door juridisering veroorzaakte toenemende complexiteit kan worden bereikt dat het democratisch proces weer kan terugkeren naar de essentialia.

Het regeerakkoord ziet het democratisch gehalte als één van de belangrijkste toetspunten van de kwaliteit van het openbaar bestuur. Democratisch besturen houdt in dat burgers en maatschappelijke organisaties bij besluitvormingsprocessen worden betrokken: interactief bestuur dus. Effectiviteit, efficiency en slagvaardigheid zijn eveneens van groot belang voor de kwaliteit van het bestuur. Democratisering mag dan ook niet onnodig ten koste gaan van effectiviteit en slagvaardigheid van het bestuur. Daarom moeten ongewenste vormen van juridisering zoals een opeenstapeling van bezwaar- en beroepsmogelijkheden worden voorkomen. Het kabinet acht versterking van de democratische besluitvorming van belang voor de effectiviteit en de legitimiteit van het bestuur en de duidelijkheid van de burger.

De onderhavige notitie, reeds aangekondigd bij de aanbidding van het kabinetsstandpunt over de evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) (kamerstukken II 1997/98, 25 600 VI, nr. 46), gaat nader in op het debat over juridisering in het openbaar bestuur, mede in relatie tot ontwikkelingen in het bestuursrecht. Het kabinet geeft in deze notitie zijn visie op de juridisering in het openbaar bestuur en gaat daarbij in op de mogelijkheden om deze juridisering tegen te gaan. De aanpak van het kabinet is – zoals ook in het regeerakkoord is vastgelegd – gericht op het bestuur, de rechter en de regelgeving. Uitwerking vindt onder meer plaats in de Algemene wet bestuursrecht.

In deze notitie zal het kabinet ingaan op de voorstellen uit het rapport «Bestuur in geding» van een werkgroep onder leiding van dr. J. A. van Kemenade.

Het debat over juridisering in het openbaar bestuur moet in een breder kader worden gezien. Juridisering hangt samen met fundamentele maatschappelijke ontwikkelingen en manifesteert zich niet alleen in het

openbaar bestuur, maar ook tussen burgers en bedrijven onderling, en niet alleen in Nederland, maar overal in de westerse wereld. Deze maatschappelijke ontwikkelingen worden besproken in hoofdstuk 3 van deze notitie. Vervolgens wordt het betoog toegespitst op het openbaar bestuur (hoofdstuk 4). Hoofdstuk 5 bespreekt enkele ontwikkelingen in het hedendaagse bestuursrecht vanuit de invalshoek van de juridisering, waarbij ook concrete maatregelen om de juridisering terug te dringen aan de orde komen. In hoofdstuk 6 komt het evenwicht tussen wetgever, bestuur en rechter aan de orde. Het geheel wordt voorafgegaan door een samenvatting en conclusie (hoofdstuk 2). Een uitvoerig overzicht van het juridiseringsdebat tot dusver is opgenomen in bijlage 2. Bijlage 1 is gewijd aan enkele meer juridisch-technische voorstellen uit het rapport «Bestuur in geding».

2. Samenvatting en conclusies

In dit kabinetstandpunt wordt het vraagstuk «juridisering in het openbaar bestuur» geplaatst in het kader van een aantal maatschappelijke ontwikkelingen.

Juridisering is een verschijnsel dat samenhangt met maatschappelijke ontwikkelingen als de voortdurende emancipatie en individualisering en de daarmee samenhangende verzakelijking van de samenleving. Het gebruik van juridische instrumenten en procedures is daarin een belangrijk element. Juridisering kan in het licht van deze ontwikkelingen worden gezien als een zelfstandig, onvermijdelijk en in belangrijke mate gewenst verschijnsel in een moderne samenleving. Juridisering is een groot maatschappelijk probleem, omdat relaties en conflicten tussen burgers onderling, tussen burgers en bestuur en tussen bestuursorganen, primair en uitsluitend dreigen te worden beheerst door juridische instrumenten en procedures, waarbij er geen ruimte meer is om op een andere en meer informele basis met elkaar om te gaan. Juridisering doet zich op alle terreinen van het maatschappelijk leven voor. Het verschijnsel juridisering is niet specifiek voor de Nederlandse samenleving en doet zich niet alleen voor op het terrein van het openbaar bestuur. Het beheersen van het proces van juridisering is niet een taak uitsluitend van de overheid, maar vereist inzet van alle betrokkenen en meer oog voor alternatieve wijzen van omgaan met elkaar en met conflicten.

Op het terrein van het openbaar bestuur heeft juridisering de meeste aandacht gekregen. Dat is voor een deel te verklaren door de omvang en diversiteit van het publieke domein. Het overheidshandelen ten opzichte van de burger heeft zich in de ontwikkeling van de sociale rechtsstaat steeds verder uitgebreid. Daartegenover heeft een ontwikkeling gestaan van bescherming van de burger tegen overheidshandelen door een onafhankelijke rechter.

De ontwikkeling in omvang en diversiteit van het publieke domein alsmede in de rechtsbescherming van de burger zijn bewust gewilde ontwikkelingen geweest. Het doel daarvan was verdere verbetering van de kwaliteit van onze democratische en sociale rechtsstaat: op allerlei terreinen is wetgeving tot stand gekomen waarmee beoogd wordt verschillende belangen in onze samenleving te beschermen, zowel door materiële als procedurele waarborgen. Het gaat hier om politiek gewenste en lovenswaardige waarborgen. Als gevolg van deze ontwikkelingen wordt Nederland gekenmerkt als een hoog ontwikkelde samenleving en een met de nodige waarborgen omgeven democratische en sociale rechtsstaat. Daarbij is een zekere juridisering niet alleen onvermijdelijk, maar ook gewenst. Hoewel juridisering als een onvermijdelijk, gewenst en bewust gewild verschijnsel kan worden gezien, is het duidelijk dat het niet

gewilde effect daarvan is dat er onmiskenbaar situaties zijn waarin gesproken kan worden van te ver doorgeschoten juridisering.

Op het terrein van het openbaar bestuur is het bestuur niet alleen geconfronteerd met grotere en meer bestuurlijke taken en daarmee corresponderende verantwoordelijkheden. Het bestuur is ook geconfronteerd met een mondiger burger, met institutionalisering van inspraak, met een «onthiërarchisering» van de verhouding bestuur en burger en met een goed georganiseerde burger, die met gebruikmaking van juridische instrumenten en procedures met groot draagvlak kan opkomen voor groepsbelangen en algemene belangen. Daarbij wordt het bestuur ook vaak geconfronteerd met tegenstellingen tussen belangen van individuele burgers en van groepen burgers onderling.

Op het terrein van het openbaar bestuur worden niet alleen de toenemende regeldichtheid en proceduredichtheid onder de noemer juridisering gebracht, maar ook de toetsingsmogelijkheden van de rechter. Voor het openbaar bestuur is juridisering een groot probleem daar waar het het de slagvaardigheid van het bestuur belemmert en daarmee het evenwicht in de trias.

Het kabinet is evenwel van mening dat het evenwicht in de trias (nog) niet aan het wankelen is gebracht door de toenemende juridisering in de samenleving. Wel vergt de toenemende juridisering in de samenleving inspanningen van alle drie delen van de trias. Als het gaat om het bewaren van het evenwicht in de trias in een situatie van toenemende juridisering dan heeft ieder deel van de trias zijn eigen functie daarin. Kern van een democratisch rechtsstaat is dat de wet bij uitstek het – democratisch gelegitimeerde – instrument is om aan de samenleving gezaghebbende normen op te leggen en aan het bestuur taken en bevoegdheden op te dragen. De wet geeft veelal de abstracte norm; het bestuur heeft soms meer of minder beleidsvrijheid om in concreto de belangen van de burger en de in de wetgeving beschermde belangen af te wegen. Besluitvorming en belangenafweging zijn de essentie van besturen. Tenslotte is er een onafhankelijke rechter die toetst of de in concreto gemaakte belangenafweging wel op een zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden en of de gestelde normen zijn nageleefd.

In elk rechtsstelsel is rechterlijke controle onmisbaar, niet alleen vanwege het beslissen van geschillen, maar ook omdat de kwaliteit van het normatief karakter van een rechtsstelsel bewaking behoeft, wil het op peil worden gehouden. Het evenwicht in de trias is een kwestie van checks en balances.

In dit kabinetsstandpunt komt aan de orde wat van de drie delen van de trias kan worden verwacht om het evenwicht te blijven bewaren in een situatie van toenemende juridisering in onze samenleving.

Het bestuur is als eerste geconfronteerd met de effecten van juridisering in de zin van een veelvuldig gebruik van juridische instrumenten en procedures mede als gevolg van politiek gewenste keuzen in wetgeving. Met een toename van het bestuurshandelen is ook de bemoeienis van de rechter daarmee toegenomen. Van de wetgever kan worden verwacht dat hij onnodig juridiserende effecten van regelgeving zoveel mogelijk tracht te voorkomen en daartoe regelmatig wetgeving evalueert en blijft streven naar deregulering en harmonisatie van wetgeving. Van het bestuur kan worden verwacht dat het streeft naar verbetering van de kwaliteit van het overheidshandelen jegens de burger. Het is van belang te zorgen dat in de overheidsorganisatie voldoende juridische kwaliteit aanwezig is en bewaakt wordt. Veel negatieve effecten van juridisering kunnen worden voorkomen door verbetering van de kwaliteit van besluitvorming. Ook moet er meer aandacht komen voor de tijdigheid van besluitvormings- en rechtsbeschermingsprocedures. Zowel rechter als bestuur moeten meer

gebruik maken van mogelijkheden om geschillen te beslechten en trachten bureaucrativering en formalisme zoveel mogelijk te voorkomen. Van de rechter mag daarnaast worden verwacht dat hij zich rekenschap blijft geven van de bestuurlijke gevolgen bij het bieden van individuele rechtsbescherming en dat hij alert blijft op nodeloos formalisme. Het beginsel van marginale toetsing behoort nog steeds tot de heersende leer.

Hoewel op onderdelen verbetering kan worden aangebracht in de rechtsbeschermingsprocedures, met name in complexe besluitvormings-situaties, is er geen aanleiding om het rechtsbeschermingsstelsel in zijn geheel te heroverwegen in de zin van het sterk terugdringen van rechtsbeschermingsmogelijkheden en van beperking van de toetsings-mogelijkheden van de rechter.

Op het terrein van het openbaar bestuur is sprake van een aantal niet beoogde negatieve effecten van wetgeving. Deze effecten treden vooral op in de gevallen waarin meer wetten tegelijk moeten worden toegepast of onnodige afwijkingen bestaan van de algemene regels in de Awb. De onderlinge afstemming van de wetgeving moet worden verbeterd. Daarnaast moet op onderdelen een aantal verbeteringen in het algemeen bestuursrecht worden aangebracht. Daarmee kunnen niet beoogde en onnodig juridiserende effecten van de algemene en bijzondere bestuurs-rechtelijke wetgeving, zowel afzonderlijk als in onderlinge samenhang bezien, worden tegengegaan. In deze nota, alsmede in het kabinets-standpunt over de evaluatie van de Awb, zijn daartoe de nodige voorstellen gedaan.

De (deels al in gang gezette) voornemens die het kabinet in deze notitie heeft aangekondigd, zijn de volgende:

- In het kader van de operatie Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit zal worden bezien wat wetsevaluaties hebben opgeleverd over de kwaliteit van wetgeving. In bijzondere regelgeving zullen normen helder en expliciet moeten worden omschreven.
- De Commissie Wetgeving algemene regels van bestuursrecht is verzocht voorstellen te ontwikkelen ter bevordering van de coördinatie bij complexe besluitvormingssituaties.
- Deze commissie is ook gevraagd een voorstel te maken om de beide openbare voorbereidingsprocedures van de afdelingen 3.4 en 3.5 Awb samen te voegen. De bezwaarschriftprocedure zal in die gevallen niet meer hoeven te worden gevolgd.
- In het bestuursakkoord zullen afspraken worden gemaakt over verbetering van de kwaliteit van het bestuur.
- Aan de hand van de door de gerechten te treffen procesregeling en de daarin opgenomen termijnen, zal worden bezien of daarnaast nog wettelijke beslistermijnen voor de rechter moeten worden vastgelegd.
- Het kabinet zal mede aan de hand van praktijkervaringen komen met een handreiking voor de inrichting van de bezwaarschriftprocedure teneinde deze procedure op eenvoudiger wijze toe te kunnen passen.
- Het kabinet zal een wetsvoorstel indienen waarin de mogelijkheid wordt geopend dat de bezwaarschriftprocedure met instemming van alle partijen kan worden overgeslagen (zgn. prorogatie).
- Aan de hand van een analyse van de jurisprudentie zal het kabinet bezien in hoeverre de bestaande omschrijvingen van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur helderder zouden moeten worden geformuleerd.
- Bezien zal worden of artikel 6:22 Awb zodanig kan worden aangepast dat het ook mogelijk wordt om inhoudelijke gebreken van geringe betekenis te passeren.
- Het kabinet wil een uitbreiding van de mogelijkheden voor de rechter om het bestuur de gelegenheid te bieden om tijdens de beroeps-

- procedure gebreken te herstellen of besluiten te veranderen (de zgn. bestuurlijke lus).
- Bezien zal worden of het aantal zaken waarbij maar in één instantie in beroep kan worden gegaan, moet worden uitgebreid.
- De mogelijkheid om beroep in te stellen bij de bestuursrechter tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels wordt uitgesteld en zal alleen bij een formele wet kunnen worden ingevoerd.
- Het kabinet is voor een andere wijze van beslechting van geschillen tussen overheden onderling. Een nadere studie ter zake zal worden verricht.
- Ten aanzien van de «actio popularis» (het beroepsrecht voor een ieder) wordt thans nader onderzoek gepleegd. Mede aan de hand van de resultaten van het onderzoek zal het kabinet met voorstellen komen.

3. Juridisering in de samenleving

3.1 Ontwikkeling van de juridiseringsdiscussie

De juridiseringsdiscussie komt voort uit zorg over het kunnen functioneren van de democratie en over de slagvaardigheid van het bestuur. Het voornaamste punt van zorg is de vraag of het openbaar bestuur zijn werk nog wel behoorlijk kan doen. Het proces van juridisering is in verband gebracht met de spanning tussen de behoefte aan snelle besluitvorming en de tijd die nodig is voor een zorgvuldige besluitvorming, gebaseerd op afweging van alle betrokken individuele, collectieve en maatschappelijke belangen. Onder meer door een toename en opeenstapeling van vaak langdurige inspraak-, bezwaar- en beroepsprocedures dreigt het bestuur steeds meer aan slagkracht te verliezen. Het gaat dan om procedures waar niet alleen individuele burgers, maar ook burgers collectief en belangenorganisaties aan deelnemen. Anderzijds is geconstateerd dat een zekere juridisering het onvermijdelijke gevolg is van rechtsstatelijk bestuur en individuele rechtsbescherming.

Vervolgens spitste de discussie zich toe op de vraag of het bestuur in zodanige mate terrein verliest aan de rechter dat het primaat van de politiek in het gedrang komt. Volgens sommigen zou de rechter teveel op de stoel van het bestuur gaan zitten en daarmee de democratische besluitvorming doorkruisen. Daarmee dook het aloude discours over het evenwicht der machten weer op. Daarbij rees ook de vraag of de wijze waarop democratische instellingen functioneren voldoende waarborgen biedt om recht te doen aan de beginselen van behoorlijk bestuur.

Voorts zijn de wijze van toetsing door de rechter en de kwaliteit van de besluitvorming door het bestuur ter discussie gesteld. Enerzijds is gepleit voor een vergroting van de juridische kennis bij bestuursorganen en ambtenaren, anderzijds is kritisch gewezen op de al dan niet beoogde vertragende effecten van de wijze waarop burgers bestuursrechtelijke procedures gebruiken.

Ook de omvang van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming en de omvang van de toetsingsmogelijkheden van de rechter zijn in de discussie aan bod gekomen. Nu het stelsel van rechtsbescherming en de toetsingsbevoegdheden van de rechter door de wetgever in het leven zijn geroepen, richtte de discussie zich daardoor uiteindelijk op de bestuursrechtelijke wetgeving, in het bijzonder op de Awb. De vraag is gesteld of de rechtsbescherming door de Awb te ver zou zijn doorgesloten. De mogelijkheid tot het aanspannen van bezwaar- en beroepsprocedures zouden door het centraal stellen van het «besluit»-begrip zijn uitgebreid. Door de codificatie van enkele algemene beginselen van behoorlijk bestuur zou de rechter erg ruime toetsingsbevoegdheden hebben gekregen. Ook is wel gesteld dat door open normering in de wetgeving de rechter te veel ruimte krijgt voor eigen invulling.

Tenslotte is gewezen op de enorme ontwikkeling van het bestuursrecht en

van de bestuursrechtelijke wetgeving, waardoor op het terrein van het openbaar bestuur sprake is van grote regeldichtheid. Te strakke regulering, zowel vanuit een instrumenteel als vanuit een waarborgperspectief, zou leiden tot formalisering en bureaucratisering van maatschappelijke verhoudingen.

Opvallend is dat de discussie vooral betrekking heeft op het terrein van het openbaar bestuur en daardoor voornamelijk heeft plaats gevonden tussen bestuurders, bestuursrechtjuristen (waaronder rechters) en bestuurskundigen. Niettemin hebben met name Schuyt en Tops het onderwerp juridisering geplaatst in een breder perspectief van een aantal andere maatschappelijke ontwikkelingen. Tops¹ wees op de ontwikkelingen van culturele modernisering en verzakelijking, van de «onttovering» van de politiek, van de onthiërarchisering van de verhouding tussen overheid en burger en van de eindeloze variëteit van de realiteit, waarop niet altijd regelgeving past.

In de literatuur heeft vooral Schuyt² juridisering benaderd vanuit een brede en sociologische invalshoek. Hij brengt juridisering in verband met sociale cohesie. Sociale cohesie is in zijn opvatting het vertrouwen tussen personen in een samenleving. Schuyt vraagt zich af op welke wijze juridisering is verbonden met het afnemend sociaal vertrouwen tussen personen in een moderne samenleving. Hij wijst erop dat juridisering enerzijds kan slaan op het ontstaan en creëren van formele regels voor de ordening van sociale relaties en anderzijds op het daarop volgende maatschappelijk proces van het in toenemende mate of uitsluitend of zelfs excessief gebruik maken van dergelijke formele regels voor de ordening van sociale relaties. Dit laatste proces, waarin in een opvallende mate gebruik wordt gemaakt van en een beroep wordt gedaan op formele regels om sociale relaties (inclusief conflicten) te ordenen met uitsluiting van andere mogelijkheden of bestaande alternatieven, is naar het oordeel van Schuyt aan te duiden met het specifieke begrip «juridisering». Schuyt stelt dat juridisering sociologisch gezien fungeert als een indicator voor vermindering van sociale cohesie (het vertrouwen tussen personen in een samenleving), als een substituuut voor sociale cohesie en als aanjager voor het versneld verdwijnen van cohesie.

Op een aantal terreinen in onze samenleving voorspelt Schuyt een trend naar verdere juridisering:

- a. op het terrein van onderwijs en wetenschapsbeoefening (vanwege de schaarste van de te verdelen goederen zoals plaatsen, premies en gelden),
- b. op het terrein van de gezondheidszorg en de sfeer van riskante leefgewoonten (roken, voeding, leefwijzen etc.), eveneens vanwege de toenemende schaarste en de excessieve kosten van leefwijzen en andere (on)deugden,
- c. op het terrein van het milieugedrag, eveneens vanwege de problemen met de verdeling van de schaarste,
- d. op het terrein van seksuele betrekkingen, vanwege de – wat hij noemt – dubbelzinnigheid in seksuele moraal in de moderne samenleving.

Tegelijk verwacht Schuyt op andere terreinen van de samenleving juist een afname van de juridisering:

- a. op het terrein van arbeidsrelaties en arbeidsverhoudingen, vanwege de toegerekende kosten van een «star» arbeidsrecht bij een verscherpte concurrentie in een mondialisering van de economie,
- b. in het openbaar bestuur en het bestuursrecht: de verhoudingen tussen burgers en bestuur en vooral tussen bestuursorganen onderling zullen spoedig zo hevig gejuridiseerd zijn dat het absurde vormen gaat krijgen: het vertrouwen van de burger in politiek en bestuur zal zo sterk verminderen dat er andere wegen van besluitvorming zullen worden

¹ P.E.W.M. Tops op NGB-congres, 2 oktober 1997.

² C.J.M. Schuyt in NJB-speciaal, 1997, nummer 21.

- gevonden: ontjuridisering en het oprichten van alternatieve samenwerkingsvormen,
- c. in de civiele rechtspraak: door de hevige filevorming, overbelasting en toegerekende kosten voor de rechterlijke geschilbeslechting zullen conflicterende burgers en hun advocaten zoeken naar goedkopere, snellere, tolerantere en wellicht zelfs sociaal efficiëntere alternatieven,
 - d. op het terrein van de strafrechtspraak zal de taaklast van de rechtspraak verminderen met gelijktijdige toepassing van alternatieve straffen en alternatieve manieren van conflictoplossing.

3.2 Maatschappelijke ontwikkelingen

Zoals ook uit de ontwikkeling van de juridiseringsdiscussie tot nu toe is gebleken, hangt het verschijnsel juridisering samen met een aantal andere maatschappelijke ontwikkelingen. In dit hoofdstuk wordt een aantal van deze ontwikkelingen geschetst en in verband gebracht met het verschijnsel juridisering.

De samenleving wordt gekenmerkt door een voortdurende emancipatie en daarmee gepaard gaande ontplooiing van de burger in verschillende hoedanigheden en op verschillende terreinen: emancipatie tussen man en vrouw, emancipatie op het terrein van seksuele geaardheid, emancipatie van de burger als werknemer, emancipatie van de burger als consument, emancipatie van de burger op het terrein van de gezondheidszorg en het onderwijs, emancipatie van de burger op leeftijd of van de gehandicapte burger, emancipatie van de burger in het behartigen van zijn belangen ten opzichte van die van de andere burger, emancipatie van de burger ten opzichte van het bestuur en emancipatie van de burger in de zorg voor een leefbare samenleving en een leefbare wereld. Als gevolg van deze voortdurende emancipatie en ontplooiing van de burger wordt de samenleving niet alleen gekenmerkt door een toenemende individualisering maar ook door toenemende regelgeving om ongelijkheden (tussen diverse groepen burgers en daarmee tussen diverse belangen in de samenleving) zoveel mogelijk te kunnen compenseren of bij te buigen. Individuele belangen en collectieve belangen komen steeds meer met elkaar in botsing.

Daarnaast wordt de samenleving gekenmerkt door een toename van het gebruik van juridische instrumenten om het «gelijk» oftewel het recht ten opzichte van de medeburger of ten opzichte van het bestuur te halen. Dit laatste manifesteert zich in juridische procedures tussen burgers onderling, tussen burgers en bestuur, maar ook tussen bestuursorganen onderling.

Door de toegenomen ontplooiingsmogelijkheden (onderwijs en opleiding) is sprake van een verhoging van het kennisniveau van de burger en een verbetering van zijn inkomenspositie. Daardoor heeft de burger ook gemakkelijker toegang tot beschikbare juridische instrumenten. De gesubsidieerde rechtshulpverlening heeft er daarnaast aan bijgedragen dat sedert de zeventiger jaren de toegang tot de rechter ook voor on- en minvermogenden is gewaarborgd.

De toenemende emancipatie en individualisering in de samenleving hebben tenslotte geleid tot een verzakelijking van sociale relaties. Deze verzakelijking komt onder meer tot uitdrukking in de keuze voor juridische vormgeving van relaties en de keuze voor juridische instrumenten om conflicten op te lossen. Afspraken worden over het algemeen juridisch vastgelegd, soms tot in de kleine details, terwijl ook nakoming van afspraken op een juridische wijze wordt afgedwongen. Deze nadruk op juridische vormgeving van relaties en op juridische instrumenten en procedures om conflicten op te lossen wordt vaak aangeduid als juridisering van maatschappelijke verhoudingen.

De ontwikkeling naar een meer geëmancipeerde en geïndividualiseerde samenleving is gepaard gegaan met het wegvallen van vooral grotere sociale verbanden, bijvoorbeeld de geringer geworden rol van de kerkgemeenschappen als sociaal verband. Daarnaast zijn tegelijkertijd andersoortige verbanden ontstaan, soms op meer incidentele en soms ook op structurele basis. Het gaat hier om groepsverbanden met een specifiek doel op bijvoorbeeld cultureel, ideeel, sportief, maatschappelijk of professioneel terrein. Mensen sluiten zich aan bij verschillende van deze groepsverbanden. Daardoor is er sprake van een toenemende maatschappelijke vervlechting. Er ontstaan relaties tussen veel meer groepen in de samenleving, die op de een of andere manier van elkaar afhankelijk zijn. Deze afhankelijkheden worden nog eens versterkt door een toenemende specialisering in de samenleving en door de technologische ontwikkelingen. De technologische ontwikkelingen op hun beurt hebben tevens geleid tot een toenemende maatschappelijke versnelling in de samenleving.

Een laatste belangrijke ontwikkeling is de steeds verdergaande internationalisering van de samenleving. Op steeds meer terreinen is sprake van een steeds intensievere internationale samenwerking, in de eerste plaats natuurlijk in het verband van de Europese Unie, maar ook in talrijke andere internationale organisaties en samenwerkingsverbanden. Bij deze internationale samenwerking en integratie wordt in zeer overwegende mate gebruik gemaakt van juridische instrumenten, omdat andere instrumenten vaak niet voorhanden zijn. Het gevolg is een zeer sterke toename van de hoeveelheid voor Nederland bindende internationale regelgeving. Om een aantal redenen heeft deze internationale regelgeving soms een nog sterker juridiserend effect dan nationale regelgeving. In de eerste plaats liggen in internationale regelgeving nogal eens moeizaam bereikte compromissen tussen de verdragspartners besloten, waardoor in veel gevallen de complexiteit toeneemt en de kwaliteit afneemt. In de tweede plaats is internationale regelgeving, alweer door de noodzaak overeenstemming te bereiken met verdragspartners, doorgaans minder snel aan te passen aan veranderde omstandigheden dan nationale regelgeving. In de derde plaats sluit internationale regelgeving qua systematiek en begrippenkader vaak niet goed aan op de nationale regelgeving. In de literatuur is bijvoorbeeld de verhouding tussen Gemeenschapsrecht en Nederlands bestuursrecht getypeerd als «wringend recht».¹ Op veel terreinen van het maatschappelijk leven gelden tegenwoordig dan ook complexen van nationale en internationale regels die mede door deze gebrekkige onderlinge aansluiting erg ingewikkeld zijn geworden.

Als gevolg van de hiervoor geschetste ontwikkelingen is de laatste decennia onmiskenbaar sprake geweest van een voortgaande juridisering van de Nederlandse samenleving. Dat is geen exclusief Nederlands verschijnsel; het doet zich in de gehele westerse wereld voor. Mede door de historische ontwikkeling van ons recht kan zelfs worden gesteld dat de Nederlandse samenleving waarschijnlijk minder gejuridiseerd is dan veel andere westerse landen. Traditioneel wordt ons recht gekenmerkt door het belang dat wordt gehecht aan de wet en de codificatie van algemene normen in de wet, dit terwijl in bijvoorbeeld de Angelsaksische landen het recht zich meer heeft ontwikkeld via rechtsvorming door de rechter. Studies² wijzen ook uit dat in Nederland de omvang en het gebruik van rechtsbeschermingsvoorzieningen niet exceptioneel zijn vergeleken met andere westerse landen. Het aantal rechters en advocaten is in Nederland nog altijd lager dan in landen zoals België, Duitsland, Engeland, Denemarken, de Verenigde Staten van Amerika en Frankrijk, al is er wel sprake van een stijging.

¹ E. Steyger, Wringend recht. Over de verhouding tussen Europees recht en Nederlands bestuursrecht, pre-advies Vereniging voor Administratief Recht 1996, VAR-geschrift 116, Alphen a/d Rijn 1996.

² J.R.A. Verwoerd, Beroep op de rechter als laatste remedie? Enkele vergelijkingen van de rechtsculturen van Nederland en de Westduitse deelstaat Nordrhein-Westfalen 1970-1984; G.S.A. Dijkstra, Juridisering, preadvies voor de Raad voor het binnenlands bestuur, 1996.

Deze juridisering manifesteert zich op allerlei terreinen in de samenleving en in allerlei relaties: op het terrein van beroep en bedrijf, in het marktlevens, in consumentenrelaties, in arbeidsrechtelijke relaties, in familie-rechtelijke relaties etc., in het openbaar bestuur tussen burgers en bestuur en in de bestuurlijke verhouding tussen bestuursorganen in verschillende bestuurslagen. Juridisering manifesteert zich op al deze terreinen niet altijd op dezelfde wijze en met dezelfde intensiteit, maar vertoont een zekere slingerbeweging, waarbij voortdurend naar een nieuw evenwicht wordt gezocht. Op het terrein van bijvoorbeeld familierechtelijke relaties is, als gevolg van de echtscheidingsgolf, een aantal jaren geleden het echtscheidingsrecht aanzienlijk vereenvoudigd. Daarop is echter een andere vorm van juridisering gevolgd: een toename van samenlevingscontracten en een toename van omgangsregelingen tussen ouders en kinderen, die zich heeft uitgestrekt tot juridische ouders, biologische ouders en zij die feitelijk als ouders zijn opgetreden.

Ook op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht is onmiskenbaar een ontwikkeling waar te nemen naar steeds verdergaande aansprakelijkheid voor veroorzaakte schade. Sommigen waarschuwen zelfs voor een doorslaan naar «Amerikaanse toestanden», maar daarbij moet worden aangetekend dat de gevreesde «Amerikaanse claimcultuur» ten minste gedeeltelijk wortelt in specifiek Amerikaanse historische ontwikkelingen, zoals een van oudsher zwakkere overheid en een veel minder ontwikkeld sociaal vangnet. Niettemin moet worden geconstateerd dat er een tendens is waarbij nadelen of schade die burgers, bedrijven of overheden lijden in toenemende mate gematerialiseerd worden en vertaling vinden in geldelijke compensatie.

Conclusie: Uit het voorgaande volgt, dat juridisering tot op zekere hoogte een onvermijdelijk verschijnsel is. Algemene sociaal-culturele ontwikkelingen als emancipatie, individualisering en internationalisering laten zich immers maar in beperkte mate door overheidsbeleid beïnvloeden. Minstens zo belangrijk is, dat juridisering tevens een gewenst en bewust gewild verschijnsel is. De opbouw van de Nederlandse verzorgingsstaat met zijn vele juridisch verankerde aanspraken voor burgers, de emancipatie van de burger in zijn diverse hoedanigheden, de versterking van de rechtspositie van de patiënt en de consument, de verbetering van de rechtsbescherming tegen de overheid, de sterk toegenomen juridische bescherming van het milieu en ook de actieve deelname aan het proces van Europese integratie berusten alle op bewust gemaakte, democratisch gelegitimeerde en in de Nederlandse samenleving breed gedragen keuzen. Een zekere mate van juridisering van maatschappelijke verhoudingen is niet alleen een onvermijdelijk, maar ook een wenselijk kenmerk van een staat die een democratische en sociale rechtsstaat wil zijn. Hoewel juridisering als een onvermijdelijk, gewenst en bewust gewild verschijnsel kan worden gezien, is het duidelijk dat het niet gewilde effect daarvan is dat er onmiskenbaar situaties zijn waarin gesproken kan worden van te ver doorgeschoten juridisering. In de context van het openbaar bestuur wordt daarop hieronder nader ingegaan.

4. Juridisering in het openbaar bestuur

4.1. Algemeen

In de literatuur heeft juridisering in het openbaar bestuur veruit de meeste aandacht gekregen. Dit komt niet alleen door de omvang en diversiteit van het publieke domein, maar ook door de hiervoor geschetste emancipatie van de burger. Deze emancipatie heeft zich ook tegenover de overheid voltrokken. De burger is mondiger geworden en er is sprake van «onthiërarchisering» van de verhouding tussen burger en bestuur: het

gezag van het bestuur en daarmee van het beleid wordt minder dan voorheen als vanzelfsprekend aanvaard.

Als gevolg van de toegenomen mondigheid van de burger is bijvoorbeeld inspraak van de burger bij het beleid van de overheid steeds meer geïnstitutionaliseerd. Zo verplicht de Gemeentewet gemeenten om een inspraakverordening vast te stellen voor de wijze waarop de burger wordt betrokken bij de voorbereiding van het gemeentelijk beleid. Institutionaliserings van de inspraak van de burger blijkt ook uit een toename in het gebruik van referenda of andere vormen van georganiseerde inspraak, zoals stadspanels en de openbare voorbereidingsprocedures uit de Awb. De emancipatie en ontplooiing van de burger hebben daarnaast geleid tot het ontstaan van een georganiseerde behartiging van groeps- en maatschappelijke belangen door belangenorganisaties. Individuele belangen en collectieve of groepsbelangen komen scherper tegenover elkaar te staan. Emancipatie van de burger heeft voorts ertoe geleid dat de burger meer gebruik weet te maken van de hem geboden juridische instrumenten in zijn omgang met de overheid. Er is sprake van een toenemende verzakelijking van de relatie tussen burger en bestuur. Deze relatie wordt gekenmerkt door een vanzelfsprekend en soms welhaast uitsluitend gebruik van formele en juridische instrumenten en procedures. Deze verzakelijking heeft ertoe geleid dat indien overheidshandelen nadelige gevolgen heeft voor de burger, steeds vaker gezocht wordt naar financiële compensatie van deze gevolgen.

Het zijn deze ontwikkelingen die vooral binnen het openbaar bestuur ertoe hebben geleid dat de verhouding tussen bestuur en burger te zeer gejuridiseerd raakt. Het meest uitvoerig is dit beschreven in het rapport «Bestuur in geding» van een werkgroep onder leiding van de commissaris van de koningin in de provincie Noord-Holland, dr. J.A. van Kemenade. In dit rapport en in de discussie daaromheen wordt «juridisering» gebruikt als verzamelbegrip voor een aantal problemen, die alle samenhangen met de mate waarin op het terrein van het openbaar bestuur gebruik wordt gemaakt van juridische instrumenten om relaties te normeren en conflicten te beslechten. Onder de noemer «juridisering» worden onderwerpen gebracht als de omvang en inhoud van regelgeving (regeldichtheid), de omvang van de rechtsbescherming en met name de opeenstapeling van besluitvormings- en rechtsbeschermingsprocedures bij het realiseren van bestuurlijke activiteiten en grote projecten (proceduredichtheid), alsmede de mate waarin de burger gebruik maakt van de hem geboden inspraak- en rechtsbeschermingsmogelijkheden. Met dit laatste worden ook de rechtsbescherming door de (bestuurs-) rechter en de toetsingsnormen voor de rechter onder de noemer «juridisering» gebracht. Voorts wordt onder de noemer «juridisering» gedebatteerd over de wijze waarop conflicten worden opgelost in de relatie tussen bestuursorganen onderling, alsmede over de relatie tussen bestuur en rechter.

Een en ander betekent, dat de discussie over juridisering in het openbaar bestuur zowel de wetgever als het bestuur als de rechter raakt. Daarmee raakt de discussie ook het evenwicht in de trias. Opvallend is dat de discussie over juridisering in zekere mate is geëvolueerd. Zij begon met bestuurlijke kritiek op het bestaan van de (bestuursrechtelijke) rechtsbescherming en op de mate waarin de burgers daarvan gebruik maken, alsmede op de wijze waarop de rechter het bestuurshandelen toetst. Recent is de discussie zich meer gaan richten op keuzen die de wetgever heeft gemaakt bij de vormgeving van rechtsbeschermingsvoorzieningen, op de bestuursrechtelijke regelgeving, alsmede op de toetsingsnormen die de wetgever de rechter heeft geboden.¹ De grondtoon in de discussie is steeds geweest dat de slagvaardigheid van het bestuur en daarmee het evenwicht in de trias in geding zijn. Door gemaakte keuzes in de wetgeving zou het bestuur steeds meer terrein verliezen aan de rechter. Daarmee zou het primaat van de politiek in geding komen.

¹ «Bestuur in geding», rapport van een werkgroep o.l.v. J.A. van Kemenade, Haarlem 1997.

4.2 De omvang en complexiteit van de bestuursrechtelijke regelgeving

De regelgeving op bestuursrechtelijk terrein is de afgelopen decennia ontegenzeggelijk sterk in omvang en complexiteit toegenomen. Dat geldt zowel voor de nationale wetgeving als voor de wetgeving van internationale herkomst. Ook dit is in belangrijke mate een gewenste ontwikkeling. De vele beleidsterreinen waarvoor wetgeving is totstandgekomen, zoals natuur en milieu, ruimtelijke ordening en infrastructuur, economie, werkgelegenheid en sociale zekerheid, cultuur en gezondheid etc., vertegenwoordigen evenzovele maatschappelijke belangen en waarden waarvan de wetgever een zekere mate van juridische bescherming noodzakelijk heeft geacht. Het gevolg daarvan is, dat de regeldichtheid vrij hoog is geworden. Het toegenomen belang van de Europese regelgeving, die vaak maar gedeeltelijk aansluit op de systematiek van de Nederlandse regelgeving, versterkt dit effect nog eens.

De bestuursrechtelijke regelgeving kenmerkt zich voorts door een toename van het gebruik van kaderwetgeving met open normen, die nadere invulling door bestuur en rechter vergen. Vaak is daarbij sprake van een gelaagde normstelling: van een abstracte of open norm in de wet naar nadere invulling bij algemene maatregel van bestuur of lagere regeling.

Bovendien is deze wetgeving veelal sectorsgewijs totstandgebracht, hetgeen overigens mede te wijten is aan de sectorsgewijze organisatie van de rijksdienst. In verschillende wetten is vastgelegd hoe al deze verschillende belangen en waarden moeten worden beschermd, hoe ze moeten worden afgewogen en volgens welke procedures. Het resultaat daarvan is kortom versplinterde regelgeving. In de praktijk zijn vaak verschillende van deze belangen en waarden tegelijkertijd in geding, terwijl in de regelgeving niet goed duidelijk is gemaakt hoe de afweging daartussen moet worden gemaakt. In een concrete situatie zijn dan ook vaak een aantal van deze regelgevingscomplexen tegelijk van toepassing. Voor één bepaalde activiteit moeten vaak op verschillende momenten verschillende besluiten worden genomen, die ieder een eigen traject van voorbereiding, inspraak en rechtsbescherming kennen. Het geheel biedt aldus het beeld van een omvangrijke kluwen bestuursrechtelijke regelgeving, waarvan de onderlinge samenhang niet altijd goed doordacht is. Voor zowel het bestuur als de burger levert dat een onoverzichtelijk en ontoegankelijk geheel op.

Een duidelijk voorbeeld bieden de complexe besluitvormingssituaties, die zich op het terrein van de ruimtelijke ordening en de milieubescherming voordoen. Op deze terreinen zijn vaak meer belanghebbenden betrokken en moeten individuele of groepsbelangen worden afgewogen ten opzichte van elkaar en ten opzichte van maatschappelijke of bestuurlijke belangen en waarden. Op terreinen als de sociale zekerheid en de belastingen, waar men over het algemeen met slechts één belanghebbende te maken heeft, wordt juridisering althans door het bestuur minder als probleem ervaren. De Algemene wet bestuursrecht is mede bedoeld om de nadelen van deze ontwikkeling te verminderen door vereenvoudiging en harmonisatie van het bestuursrecht. Door de Awb zijn de voorbereidings- en rechtsbeschermingstrajecten rond het nemen van besluiten in belangrijke mate geharmoniseerd (de procedures van de afdelingen 3.4 en 3.5). Algemene regels voor het verkeer tussen bestuur en burger, algemene regels die gelden voor de zorgvuldige voorbereiding en totstandkoming van besluiten in het algemeen en meer specifiek voor beschikkingen, alsmede algemene regels voor bezwaar en beroep tegen besluiten van het bestuur zijn bij elkaar gebracht in de Awb. De Awb geeft regels over de eisen waaraan besluiten moeten voldoen, codificeert enkele algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en schrijft een verplichte bezwaarschriftprocedure voorafgaand aan het beroep op de bestuursrechter voor. Zij bevat voorts regels over de toegang tot de bestuurs-

rechter (bijvoorbeeld het besluitbegrip) en regels voor de procedure bij de bestuursrechter (het bestuursprocesrecht). Aldus levert de Awb een belangrijke bijdrage aan het tegengaan van de verbrekking van het bestuursrecht. De sinds 1983 in de Grondwet neergelegde opdracht aan de wetgever om algemene regels van bestuursrecht te stellen, geeft uiting aan het constitutionele belang dat aan deze rechtsontwikkeling wordt gehecht.

Het tegengaan van de versplintering van regelgeving is een probleem dat echter niet alleen en niet primair in de Awb kan worden opgelost. Het inhoudelijke bestuursrecht is te vinden in de bijzondere wetgeving. Oplossingen moeten dan ook niet primair worden gezocht in de Awb maar vooral ook in de bijzondere wetten en in de samenhang tussen de bijzondere wetgeving en de Awb.

4.3 De omvang van de rechtsbescherming

Het aantal beroepszaken bij de bestuursrechter is sedert de jaren zeventig ongetwijfeld sterk gestegen. Dat heeft enerzijds te maken met de eerder geschetste maatschappelijke ontwikkelingen zoals emancipatie, individualisering en verzakelijking, alsmede met het effect van deze ontwikkelingen op de verhouding tussen burger en bestuur. Anderzijds heeft deze stijging te maken met de ontwikkeling van de rechtsbescherming tegen de overheid, met de groei van de bestuursrechtelijke wetgeving en met de toename van het aantal daaruit voortvloeiende besluiten van bestuursorganen met rechtsgevolgen voor de burger. Aldus bezien is ook op het terrein van het bestuursrecht geen sprake van een exceptionele stijging. Zo blijkt dat de ontwikkeling van het aandeel sociale zekerheidszaken ongeveer gelijke tred houdt met het aandeel van de sociale zekerheid in het nationaal inkomen.¹ Op het terrein van ruimtelijke ordening en milieu, dat qua wetgeving de laatste decennia een grote ontwikkeling heeft doorgemaakt, is eveneens van een substantiële groei sprake. Deze groei hangt samen met het type besluiten op deze terreinen: het gaat vaak om besluiten waar sprake is van tegenstrijdige belangen van burgers onderling, maar ook van belangen van (individuele en groepen van) burgers versus algemene belangen en soms zelfs tegenstrijdige algemene belangen, terwijl het vaak de overheid is die dergelijke besluiten initieert. Overigens lijkt het erop dat deze groei zich enigszins stabiliseert. In het afgelopen jaar is namelijk op een aantal terreinen (met name dat van de sociale zekerheid) mede als gevolg van de verplichte bezwaarschriftprocedure een zekere teruggang te bespeuren in het aantal beroepsprocedures bij de bestuursrechter.

4.4 Juridisering in historisch perspectief

De afgelopen decennia is ook sprake geweest van een gestage uitbouw van het stelsel van rechtsbescherming. De belangrijkste stappen daarin waren de invoering van de Wet Arob in 1976, de afschaffing van het Kroonberoep als gevolg van het Benthem-arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens van 1985 (EHRM 23-10-1985, AB 1986, 1) en tenslotte de invoering van de Awb en de voltooiing van de eerste fase van de herziening van de rechterlijke organisatie in 1994. Op zichzelf heeft deze uitbreiding van de rechtsbescherming ongetwijfeld een zekere juridisering tot gevolg gehad.

Het is van belang deze «juridisering» in het openbaar bestuur in een historisch perspectief te plaatsen. Dan blijkt dat op het terrein van het bestuursrecht juridisering, in de zin van binding van het bestuur aan het recht en de instelling van rechtsbeschermingsprocedures, historisch gezien als een gewenste en positieve ontwikkeling is beschouwd.² De ontwikkeling van het bestuursrecht is gericht geweest op (wat toen werd genoemd:) «juridificering» van het openbaar bestuur: het in rechtsnormen

¹ G.S.A. Dijkstra, *Wetgeving en omvang van het gebruik van rechtsbescherming 1991*, zie ook noot 4.

² J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht*, Alphen a/d Rijn 1989.

vervatten van bestuurlijk handelen tegenover de burger. Deze juridisering was vooral gericht op bescherming van de positie van de burger ten opzichte van het bestuur, vanuit de gedachte dat de burger ten opzichte van de machtige overheid in een ongelijke positie verkeert. Zo hebben de beginselen van behoorlijk bestuur zich ontwikkeld van vage richtsnoeren voor het bestuur tot rechtsbeginselen waaraan het bestuurlijk handelen door de rechter kan worden getoetst. Aanvankelijk vond toetsing vaak nog plaats door een «hoger» bestuursorgaan, tegenwoordig veelal door de onafhankelijke (bestuurs)rechter. Deze ontwikkeling naar rechterlijke controle op het bestuurshandelen is overigens langdurig en vaak moeizaam geweest, mede als gevolg van weerstand daartegen bij het bestuur zelf, zoals Van der Hoeven constateert in zijn boek «De drie dimensies van het bestuursrecht».¹ In die zin kunnen de ontwikkelingen van de laatste 25 jaar worden gezien als het inhalen van een achterstand.

4.5 Conclusie

Niet alleen in relaties tussen (groepen) burgers onderling, maar ook in het openbaar bestuur is op zichzelf onmiskenbaar sprake van juridisering. Zowel de omvang en complexiteit van de regelgeving als de omvang van de rechtsbescherming zijn de laatste decennia toegenomen. Voor een belangrijk deel is dit een bewust gewilde en gewenste ontwikkeling, samenhangend met de opbouw van onze sociale rechtsstaat. Een niet gewild en evenmin gewenst effect van deze ontwikkeling is echter een op onderdelen te ver doorgeschoten juridisering. Het kabinet is van mening dat die onderdelen van de juridisering van het openbaar bestuur moeten worden teruggedrongen. Dit is zoals gezegd, van belang voor de effectiviteit en de legitimiteit van het bestuur en de duidelijkheid voor de burger.

In het volgende hoofdstuk wordt ingegaan op enkele trends en ontwikkelingen in het hedendaagse bestuursrecht, waarbij zich dergelijke knelpunten voordoen. Daarbij worden zo veel als mogelijk oplossingsrichtingen aangegeven.

5. Ontwikkelingen in het bestuursrecht

5.1 De bestuursrechtelijke wetgeving

5.1.1 Algemeen

Zoals reeds aangegeven, is de omvang en complexiteit van de bestuursrechtelijke wetgeving de laatste decennia sterk toegenomen. Hoewel dat in belangrijke mate kan worden gezien als een gewenste ontwikkeling die samenhangt met de opbouw van onze welvaartsstaat, het toenemend besef dat ons milieu en de positie van de sociaal zwakkeren in onze samenleving juridische bescherming behoeven, enz. (zie hoofdstuk 3), is van belang dat daar waar deze gewenste regulering is omgeslagen in ongewenste overregulering het de taak is van de wetgever om dat weer terug te dringen.

Sedert begin jaren tachtig hebben opeenvolgende kabinetten daartoe initiatieven genomen, onder diverse benamingen als deregulering, harmonisatie van wetgeving, algemeen wetgevingsbeleid en laatstelijk de operatie Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit. Ook in de toekomst zal blijvende aandacht noodzakelijk zijn voor deregulering, waaronder ook Europese regelgeving, en voor de kwaliteit van zowel bestaande als nieuwe regelgeving. Daarbij is onder meer van belang dat wetgeving regelmatig wordt geëvalueerd, zodat kan worden nagegaan in hoeverre de doelstellingen van de wetgever in de praktijk ook worden bereikt, alsmede of de regelgeving in de praktijk wellicht ongewenste effecten heeft. Daarom ook wordt onder dit kabinet de operatie Markt-

¹ A.w., blz. 258

werking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit voortgezet en zal daarin onder meer worden gezien wat wetsevaluaties hebben opgeleverd over de kwaliteit van wetgeving.

Daarnaast is het kabinet van mening dat geïnvesteerd moet worden in duidelijke normstelling. Is het in algemene wetgeving zoals de Awb vaak onvermijdelijk dat normen abstract zijn, zeker in bijzondere regelgeving is van belang dat normen zoveel mogelijk helder en expliciet worden omschreven.

5.1.2 Complexe besluitvorming

Indien gesproken wordt over juridisering blijkt het vaak te gaan over situaties waarin er sprake is van een samenloop van besluiten die op basis van verschillende wetten moeten worden genomen. De wetgever pleegt in verschillende wetten verschillende belangen en waarden te beschermen: de belangen van natuur en milieu in de milieuwetgeving en in de natuurbeschermingswetgeving; het gebruik van onze schaarse ruimte in ruimtelijke ordeningswetgeving; onze monumenten in de Monumentenwet, ons cultuurbezit in de Wet tot behoud van cultuurbezit, enzovoort. Met het oog op de bescherming van de verschillende belangen en waarden zijn vergunningstelsels of planstelsels in het leven geroepen. Deze sectorsgewijze opzet van de regelgeving is tot op zekere hoogte onvermijdelijk. Zij hangt immers samen met het gegeven, dat bevoegdheden aan de overheid worden toegekend voor een bepaald doel, en uit rechtsstatelijk oogpunt niet verder mogen gaan dan nodig is om dat doel te bereiken.¹ Daarom zijn de bevoegdheden waarover de overheid beschikt ter bescherming van het milieu niet identiek aan de bevoegdheden die zij heeft ter bescherming van de volksgezondheid of ter verdeling van de schaarse ruimte.

Deze sectorsgewijze opzet van de wetgeving heeft echter het nadeel dat er situaties ontstaan waarin verschillende belangen in het geding zijn, die ieder weer volgens eigen procedures worden beschermd. Een bekend voorbeeld is dat een burger die een café wil beginnen daarvoor al gauw vier tot zes vergunningen nodig heeft.

Problemen in de zin van een opeenstapeling van procedures ontstaan echter vooral bij grote bestuurlijke activiteiten, zoals infrastructurele werken, en bedrijfsmatige activiteiten, bijvoorbeeld bij vestiging van grote bedrijven of de bouw van winkelcentra. Daarbij staan vaak individuele belangen van burgers tegenover collectieve belangen van bepaalde andere groepen burgers. Daar komt bij dat dergelijke grote projecten vaak hun oorsprong vinden in plannen of beginselbesluiten waarvan niet altijd even duidelijk is of en in hoeverre er daarbij sprake is van een besluit in de zin van de Awb. Gevolg daarvan is dat op verschillende momenten bezwaar- en beroepsprocedures kunnen worden aangespannen, waarmee in feite steeds weer nut en noodzaak van de voorgenomen activiteit op zich ter discussie kan worden gesteld. Het behoeft geen betoog dat zeker bij dit soort complexe besluitvormingssituaties sprake kan zijn van juridisering die niet alleen de slagvaardigheid van het bestuur, maar ook die van bedrijven kan belemmeren. In een samenleving die gekenmerkt wordt door een toenemende maatschappelijke versnelling, ontmoet het tijdsbeslag gemoeid met een opeenstapeling van dergelijke procedures weinig begrip.

Dit soort complexe besluitvormingssituaties doen zich vooral voor op het terrein van ruimtelijke ordening en milieu. Met name op deze terreinen is de afgelopen jaren veel discussie geweest over coördinatie van voorbereidings- en rechtsbeschermingsprocedures. Gewezen kan worden op het WRR-rapport grote projecten en op discussies over een lex specialis voor met name grote infrastructurele projecten. Het is ook op deze terreinen dat in toenemende mate bijzondere wetten tot stand zijn gekomen, met specifieke regels die strekken tot een betere coördinatie en

¹ Vgl. F.A.M. Stroink, Complexe besluitvorming: een opgave voor burger, bestuur en rechter, pre-advies VAR 1998, VAR-ge-schrift 120, Alphen a/d Rijn 1998.

beheersing van de desbetreffende voorbereidings- en rechtsbeschermingsprocedures. Voorbeelden zijn de Wet op de waterkering, de Deltawet grote rivieren, de Vergunningenwet Westerschelde en het wetsvoorstel procedures vijfde baan Schiphol. Deze wetten bevatten dikwijls afwijkingen van de in de Awb neergelegde gangbare procedures. Het kabinet streeft uitdrukkelijk naar structurele oplossingen in de vorm van algemene wetgeving op bovengenoemde terreinen in plaats van de afzonderlijke projectwetgeving die tot nu toe tot stand moest komen. Met het oog daarop is het beleid gericht op de totstandbrenging van eenvoudige, gestandaardiseerde procedures voor grote projecten in de Wet op de Ruimtelijke Ordening, de Tracéwet en de Wet Luchtverkeer. Het gaat er hier om zodanige procedures te ontwikkelen dat projecten binnen een aanvaardbare termijn tot stand kunnen komen met behoud van wezenlijke waarborgen van inspraak en rechtsbescherming. In dit verband is van belang de brief aan de Tweede Kamer van 16 september 1997 (kamerstukken II 1997/98, 25 017 nr. 2 (Voortgangsrapportage missiebrief)). In deze brief heeft het kabinet gewezen op het tijdsbeslag dat gemoeid is met besluitvormingstrajecten bij realisering van grote (investerings)projecten. Daarin is gesteld dat, zonder te willen afdoen aan de belangen van alle betrokkenen, het daarmee gemoeide tijdsbeslag groeiende spanning oplevert met het tijdstip waarop investeringen voor grote ruimtelijke projecten voor uitvoering gereed moeten zijn. Het kabinet heeft in deze brief dan ook aangekondigd dat gewerkt wordt aan een zelfstandige rijksprojectenprocedure. In het regeerakkoord van dit kabinet is vastgelegd dat met het oog op stroomlijning van de besluitvorming over ruimtelijke investeringsprojecten onder regie van het Rijk in het najaar 1998 een wetsvoorstel om advies naar de Raad van State zal worden gezonden. Inmiddels is een voorontwerp van een wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op de Ruimtelijke Ordening gereed gekomen en ter consultatie voorgelegd aan enkele organisaties (waaronder de VNG, het IPO en de Unie van Waterschappen) en deskundigen op het gebied van het ruimtelijk bestuursrecht. Een met de rijksprojectenprocedure vergelijkbare wijziging van de Tracéwet wat betreft hoofd- en spoorwegen is inmiddels als wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend. Een gelijksoortige aanpassing van de Wet Luchtverkeer inzake de procedures rond aanwijzing van luchthavens ligt voor advies bij de Raad van State.

Tegelijk is van belang dat bij de besluitvorming over grote complexe projecten van nationaal belang door goed procesmanagement winst wordt behaald in tijd en kwaliteit. Daarbij gaat het in hoofdzaak om zorgvuldige structurering van het gehele besluitvormingsproces, waarbij vanaf het begin interactief wordt samengewerkt tussen betrokken departementen en met andere overheden en belanghebbende organisaties, op basis van spelregels die door de Tweede Kamer zijn goedgekeurd. Op dit moment werken de departementen voorstellen uit voor een verbetering van het procesmanagement.

Ook in meer algemene zin wordt actie ondernomen om te komen tot een oplossing van de problematiek van complexe besluitvormingssituaties. In het regeerakkoord van dit kabinet is vastgelegd dat er wetgeving zal komen ter bevordering van de coördinatie. Het vorige kabinet had de Commissie Wetgeving algemene regels van bestuursrecht reeds verzocht om voorstellen ter zake te ontwikkelen. Een subcommissie van deze Commissie is dan ook bezig een regeling te ontwerpen voor procedurele coördinatie van besluiten van één of meer bestuursorganen, ook indien daarbij verschillende bestuurslagen betrokken zijn. Ook buigt de Commissie zich over de vraag of meer inhoudelijke coördinatie mogelijk is. De bedoeling is om zo te komen tot stroomlijning van besluitvormings- en rechtsbeschermingsprocedures en daarmee tot tijdswinst voor burger en bestuur. Aangetekend zij overigens, dat de Awb reeds een bijdrage aan de oplossing van deze problematiek heeft geleverd doordat zij in ieder

geval de voorbereidingsprocedures voor besluiten op grond van verschillende wetten in verregaande mate heeft gestandaardiseerd. In het regeerakkoord van dit kabinet is het reeds in het kabinetsstandpunt evaluatie Awb aangekondigde voornemen om de beide openbare voorbereidingsprocedures van de afdelingen 3.4 en 3.5 Awb samen te voegen tot één procedure overgenomen. Samenvoeging zal op dit punt tot een nog verdergaande vereenvoudiging leiden.

Het kabinet wijst er op dat de coördinatie van besluitvorming een bijzonder complex probleem is dat zich zeker in zijn algemeenheid niet eenvoudig laat oplossen, en waarschuwt dan ook voor al te hoge verwachtingen op dit punt. Niettemin hebben, nu het hier om een steeds klemmender wordend probleem gaat, deze activiteiten van de Commissie meer prioriteit gekregen. Daarbij ligt een zwaar accent op de vraag hoe tot efficiënte bundeling van beslieden daarmee van beroepsmomenten kan worden gekomen, zodat niet op verschillende tijdstippen steeds verschillende besluiten voor dezelfde activiteit bij de rechter ter discussie kunnen worden gesteld. Hier ligt overigens niet slechts een taak voor de wetgever, maar evenzeer voor de bestuursorganen zelf bij het op efficiënte wijze organiseren van besluitvormingsprocessen. De regering streeft ernaar om de op basis van de voorstellen van de Commissie Wetgeving algemene regels van bestuursrecht te ontwikkelen wetgeving over de coördinatie van besluitvormingsprocedures voor 1 augustus 2000 bij de Tweede Kamer in te dienen.

Conclusie is dat voor de gevallen waarin er sprake is van samenloop van verschillende besluiten op basis van verschillende bijzondere wetten stroomlijning van besluitvormings- en rechtsbeschermingsprocedures gewenst is. Daartoe worden, zoals hiervoor reeds aangekondigd diverse initiatieven ontplooid onder meer op het terrein van wetgeving.

5.2 Versterking van de kwaliteit van het openbaar bestuur

Uit het regeerakkoord blijkt dat het kabinet het ter versterking van de democratische besluitvorming van belang acht dat ook de kwaliteit van het bestuur wordt vergroot. Het bestuur is verantwoordelijk voor betere juridische kwaliteitszorg en tijdige besluitvorming. Daarnaast kan worden bijgedragen aan verbetering van de kwaliteit van het bestuur door een behoorlijke informatievoorziening aan het loket. Daarom is in het regeerakkoord het voornemen uitgesproken dat het bestuur zal worden verplicht om burgers en bedrijven op een samenhangende wijze (één loket) informatie te geven over alle besluiten (vergunningen, toestemmingen, subsidiemogelijkheden) die voor hen van belang zijn, bijvoorbeeld bij bedrijfsvestigingen, bij het optreden van invaliditeit of het willen betreden van de arbeidsmarkt. De toegankelijkheid van overheidsloketten kan worden vergroot door niet alleen traditionele openingstijden aan te bieden, maar ook open te zijn op tijden dat daar behoefte aan bestaat. Het kabinet streeft ernaar om in het bestuursakkoord met de decentrale overheden afspraken te maken over verbetering van de kwaliteit van het bestuur.

Aan de juridische kwaliteit van het openbaar bestuur worden ingevolge de in hoofdstuk 2 geschetste ontwikkelingen steeds hogere eisen gesteld. Het bestuur zal zich daar op moeten instellen. In de jaren tachtig en de eerste helft van de jaren negentig is de ontwikkeling echter een tijdlang de andere kant uit gegaan. Gebleken is dat in het streven naar vergroting van de doelmatigheid in organisaties binnen het openbaar bestuur de juridische functie in sommige gevallen gemarginaliseerd is. Daardoor worden soms vermijdbare juridische fouten gemaakt.

Mede als gevolg van de discussie over juridisering is de belangstelling voor de juridische functie bij bestuursorganen inmiddels weer groeiende.

De ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht heeft er ongetwijfeld aan bijgedragen dat gestreefd wordt naar vermindering van onnodige risico's door een goede interne controle op en bewaking van de juridische kwaliteit en tijdigheid van het bestuurlijk handelen. Het rapport «Bestuur in geding» wijst er, in navolging van het kabinetsstandpunt over het advies «Besturen op de tast», echter terecht op dat een verdere versterking van deze juridische functie noodzakelijk is. Dat betekent niet alleen maar het aantrekken van meer juristen, maar vooral ook een zodanige positionering van de juridische functie binnen de organisatie, dat deze reële mogelijkheden heeft om er voor te zorgen dat het besluitvormingsproces vanaf het begin voldoet aan daaraan te stellen juridische kwaliteitseisen.

Conclusie: Het kabinet roept bestuursorganen op voldoende aandacht te besteden aan kwaliteit en positionering van de juridische control-functie binnen hun organisatie en zal in het bestuursakkoord daaromtrent afspraken maken.

5.3 *Tijdigheid*

Uit de evaluatie van de Awb is gebleken dat de tijdigheid in alle fasen (primaire, bezwaar- en beroepsfase) een probleem is. In een samenleving die gekenmerkt wordt door een toenemende versnelling is van belang dat ook de besluitvorming van de overheid en de duur van besluitvormings- en rechtsbeschermingsprocedures wordt versneld.

5.3.1 *Tijdige besluitvorming door bestuursorganen*

Zowel in de primaire fase als in de bezwaarfase worden wettelijke termijnen vaak niet gehaald. In die fasen ligt de verantwoordelijkheid voor besluitvorming binnen de gestelde termijnen primair bij bestuur en burger. In de fase van de beroepsprocedure is primair de rechter verantwoordelijk voor een behoorlijk verloop van het proces en voor het houden van procespartijen aan de termijnen. De rechter is daarbij echter in belangrijke mate afhankelijk van de mate waarin partijen (bestuur en burger) ook zelf voortvarend handelen. Tijdigheid is in deze fase dan ook een zaak van alle partijen: de rechter, de burger en het bestuur. Zo wijst de Evaluatiecommissie in het evaluatieverslag op de problematiek van het te laat indienen van de op de zaak betrekking hebbende stukken en verweerschriften door bestuursorganen.

Het is in het licht van deze bevindingen uit de evaluatie van de Awb opvallend, dat in de discussie over juridisering vooral de lengte van rechterlijke procedures aandacht krijgt. Daardoor kan licht de indruk ontstaan dat het alleen en vooral aan de rechter te wijten is dat de slagvaardigheid van het bestuur in geding is gekomen. Als gezegd is de voortgang van beroepsprocedures echter niet alleen een zaak van de rechter, maar ook van bestuur en burger. Bovendien is uit onderzoek gebleken dat tijdwinst bij grote projecten eerder te boeken is in de fase van de (politieke) voorbereiding van besluitvorming dan in de fase van rechtsbeschermingsprocedures.¹ Indien – soms na een langdurig politiek besluitvormingsproces – de uitvoering van een project kan beginnen, is er een begrijpelijke ambitie om het project ook zo snel mogelijk te realiseren. Dat kan tot gevolg hebben dat de juridische kwaliteit erbij inschiet en dat er onvoldoende rekening wordt gehouden met de tijd die zorgvuldige procedures nu eenmaal vergen. Het kabinet is van mening dat er veel tijdwinst te boeken valt door snellere besluitvorming en besluitvorming binnen de gestelde termijnen. Daarnaast kan door het interactiever invullen van overleg- en inspraakprocedures worden voorkomen dat de besluitvorming – al dan niet gedeeltelijk – in een latere fase moet worden overgedaan. Juist de ideële belangenbehartiging behoort in de eerdere

¹ E.F. ten Heuvelhof, *Versnelling besluitvormingsprocedures en kwaliteit*, juni 1997.

fasen aan de orde te komen. Ook kan door een interactieve besluitvorming eerder zicht worden verkregen op de noodzaak om vooraf geldelijke compensatie voor nadelige gevolgen van besluiten te verzekeren. Daarmee kan worden voorkomen dat uitvoering van besluiten om die reden gefrusteerd wordt.

Het is anderzijds zonder meer positief te noemen dat zich bij een aantal bestuursorganen een tendens ontwikkelt waarin organisaties tijdigheid als een belangrijk managementinstrument gaan beschouwen. Een voorbeeld is de Belastingdienst. Sinds de totstandkoming van de Awb, waarbij wat betreft de termijnen een uitzondering is gemaakt voor de belastingen, is het streven van de Belastingdienst erop gericht om termijnen zoveel mogelijk terug te brengen tot de in de Awb geldende termijnen. De Belastingdienst steekt daarbij gunstig af bij verschillende wel aan termijnstelling gebonden diensten.

5.3.2 Beslistermijnen voor de rechter

In de discussie over juridisering is ook de lengte van beroepsprocedures aan de orde gesteld.

Nu is deze de afgelopen jaren al belangrijk teruggedrongen. Voor 1 januari 1994 duurden, als gevolg van de overbelasting van de Raad van State, Arob-procedures gemiddeld al gauw vier jaar. Sedertdien is de gemiddelde duur aanzienlijk teruggelopen, ook als men de hoger beroepsfase meerekent. Niettemin blijft een verdere bekorting wenselijk. In het kabinetsstandpunt over de Evaluatie van de Awb is er op gewezen dat de voortgang van het proces in de beroepsfase niet alleen afhankelijk is van de snelheid van werken van de rechter, maar ook van de verhouding tussen werklast en beschikbare capaciteit, alsmede van het gedrag van de procespartijen (dus ook bestuursorganen die op tijd d.w.z. binnen de daarvoor reeds in de Awb gestelde termijnen verweerschriften moeten indienen) en van derden, zoals deskundigen en anderen die inlichtingen moeten verschaffen.

Hoofdstuk 8 van de Awb bevat, anders dan hoofdstuk 7 voor de bezwaarfase, geen bepalingen over de maximale doorlooptijd van een beroepszaak. In enkele bijzondere wetten, bijvoorbeeld op het terrein van milieu en ruimtelijke ordening komt men wel dergelijke bepalingen tegen. Dat heeft als logische gevolg dat zaken op basis van die wetten voorrang kunnen krijgen boven zaken waarvoor een dergelijke termijn niet is geregeld. Daar is ook niets op tegen, zolang de wetgever (dus regering en parlement tezamen) steeds maar een heldere afweging maakt over de keuze om in bijzondere wetgeving een beslistermijn voor de rechter op te nemen. In dit verband kan worden gewezen op het voornemen van het kabinet om in de Wet op de Ruimtelijke Ordening voor de eerder genoemde rijksprojectenprocedure en in de gelijksoortige wijzigingen van de Tracéwet en de Wet Luchtverkeer bepaalde termijnen op te nemen voor de beslissing op beroepen door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State tegen de basisbesluiten en de daarop volgende uitvoeringsbesluiten. Aan deze keuze ligt de uitdrukkelijke overweging ten grondslag dat de behandeling van beroepen tegen deze besluiten in zekere mate voorrang moet hebben boven die van andere zaken. Daarmee heeft de wetgever aangegeven dat de desbetreffende procedures voorrang hebben op andere zaken waarvoor een dergelijke termijn niet is geregeld.

In het kabinetsstandpunt over de Evaluatie van de Awb is er op gewezen dat binnen de rechtbanken en de overige met bestuursrechtspraak belaste colleges reeds wordt gewerkt aan het terugbrengen van de doorlooptijden van procedures. Daarbij zijn de rechtbanken opgeroepen om doorlooptijden bekend te maken, alsmede om in een vast te stellen landelijke uniforme procesregeling streeftermijnen op te nemen voor de totale duur

van beroepsprocedures. Het kabinet acht de tijd daarom ook rijp dat ook de bestuursrechter zich aan vooraf vastgestelde termijnen gaat houden.

Conclusie: Het is van belang dat doorlooptijden van procedures zo kort mogelijk zijn. Aan wettelijke beslistermijnen moeten heldere en uitdrukkelijke afwegingen ten grondslag liggen. De inspanningen van de gerechten en van de Raad van State om doorlooptijden zoveel mogelijk terug te dringen zijn lovenswaardig. Initiatieven om streeftermijnen bekend te maken verdienen navolging. Het kabinet acht de tijd daarom rijp dat ook de bestuursrechter zich aan vooraf vastgestelde termijnen gaat houden. Aan de hand van de door de gerechten te treffen procesregeling en de daarin opgenomen termijnen, zal worden gezien of daarnaast nog wettelijke termijnen moeten worden vastgelegd.

5.4 De bezwaarschriftprocedure

In het kabinetsstandpunt over de evaluatie van de Awb (hoofdstuk 5) is uitvoerig ingegaan op de voor- en nadelen van de bezwaarschriftprocedure. Juist ook uit een oogpunt van tegengaan van juridisering, wegen de voordelen van deze procedure zwaar. De bezwaarschriftprocedure beoogt niet alleen een hernieuwde juridische toetsing van het bestreden besluit, maar een volledige heroverweging. Dat biedt mogelijkheden om door middel van compromis, overleg of bemiddeling tot een oplossing van gerezen geschillen te komen, waardoor een beroep op de rechter niet meer nodig is. Om die reden wordt ook in het rapport «Bestuur in geding» uitdrukkelijk gepleit voor behoud van de bezwaarschriftprocedure.

Vereist is dan wel, dat het conflictoplossend vermogen van de bezwaarschriftprocedure ook daadwerkelijk wordt benut. Dat stelt eisen aan de inrichting van de procedure. Helaas blijkt uit de evaluatie van de Awb dat de procedure in de praktijk soms zo is ingericht dat er nauwelijks sprake is of kan zijn van een echte heroverweging. Daarmee wordt onvoldoende recht gedaan aan de bedoeling van de wetgever. Het kabinet is, zoals uit het regeerakkoord blijkt, voorstander van bezwaarschriftprocedures waarin meer volledige (beleidsmatige en rechtmatige) heroverweging plaatsvindt. Veelal wordt echter volstaan met een toets op rechtmatigheid als ware het een rechterlijke procedure. Dit komt vooral, maar niet uitsluitend, voor indien de behandeling van het bezwaar is opgedragen aan een bezwaarschriftcommissie bestaande uit louter externe deskundigen. Met een andere inrichting van de procedure kan onnodige juridisering in de praktijk worden tegengegaan. Ook het door de wetgever beoogde leereffect van de bezwaarschriftprocedure kan door organisatorische voorzieningen worden versterkt.

In het kabinetsstandpunt over de evaluatie van de Awb was reeds aangekondigd dat het kabinet het initiatief zal nemen om, in overleg met alle betrokkenen, een handreiking te ontwikkelen voor een zodanige inrichting van de bezwaarschriftprocedure dat doelmatigheid, conflictoplossend vermogen en leereffect zo goed mogelijk worden gecombineerd. De voorbereiding van deze handreiking is inmiddels ter hand genomen en bevindt zich in de afrondingsfase.

Onnodige juridisering van de bezwaarschriftprocedure kan ook worden vermeden door consequente hantering van het uitgangspunt dat kosten van het voeren van een bezwaarschriftprocedure in beginsel niet worden vergoed. Met het oog daarop is door de Commissie Wetgeving algemene regels van bestuursrecht onlangs een voorontwerp van wet uitgebracht waarin deze hoofdregel uitdrukkelijk is vastgelegd. De jurisprudentie van de Hoge Raad, die tendeert naar een ruime aansprakelijkheid van overheden op dit punt, wordt hiermee beëindigd ten gunste van de jurisprudentie van de bestuursrechters, die slechts aansprakelijkheid aanvaardt indien bestuursorganen door ernstige onzorgvuldigheid een

onrechtmatig besluit hebben genomen. De aanvulling van de Awb die de Commissie op dit punt heeft voorgesteld, wordt door ons overgenomen en wij achten het van groot belang dat het desbetreffende wetsvoorstel spoedig tot wet wordt verheven.

Het voorgaande neemt niet weg dat de verplichte bezwaarschriftprocedure in sommige situaties een herhaling van zetten is. Een dergelijke situatie doet zich vooral voor wanneer een openbare voorbereidingsprocedure is gevolgd. In die situatie kan de bezwaarschriftprocedure vervallen, zoals reeds door het vorige kabinet was voorgenomen en ook in het regeerakkoord is afgesproken. Voor de nieuwe voorbereidingsprocedure zal zulks worden geregeld in het wetsvoorstel tot samenvoeging van de afdelingen 3.4 en 3.5 dat voor 1 augustus 1999 de Tweede Kamer zal bereiken.

Daarnaast zal het kabinet in de Awb de mogelijkheid openen dat de bezwaarschriftprocedure met instemming van alle partijen kan worden overgeslagen (zgn. prorogatie). Een daartoe strekkend wetsvoorstel zal uiterlijk 1 augustus 2000 bij de Tweede Kamer worden ingediend.

Conclusie is dat de bezwaarschriftprocedure meer dan thans het geval is, moet worden benut om door middel van overleg en bemiddeling tot een oplossing van het geschil te komen. Het kabinet zal mede aan de hand van praktijkervaringen komen met een handreiking teneinde deze procedure in de praktijk op eenvoudiger wijze toe te kunnen passen.

Voor de meest in het oog springende situatie waarin de bezwaarschriftprocedure een herhaling van zetten kan opleveren, te weten na een openbare voorbereidingsprocedure zal deze kunnen vervallen. Ook de mogelijkheid van prorogatie zal worden ingevoerd.

5.5 De algemene beginselen van behoorlijk bestuur

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn belangrijke bestuursrechtelijke rechtsbeginselen. Deze rechtsbeginselen, die gedurende vele decennia in de bestuurspraktijk en de jurisprudentie zijn ontwikkeld, richten zich allereerst tot het bestuur; als afgeleide daarvan fungeren zij ook als toetsingsnormen voor de rechter. Een aantal (aspecten van) van deze beginselen zijn in de Awb gecodificeerd, anderen hebben nog steeds het karakter van ongeschreven recht.

Volgens sommigen leiden deze algemene beginselen van behoorlijk bestuur, althans de codificatie daarvan, op drie punten tot ongewenste juridisering. In de eerste plaats zou de rechter soms te ver gaan in zijn toetsing, door de bestuurlijke belangenafweging geheel over te doen en zelfstandig te beoordelen of het besluit wel redelijk is. In de tweede plaats zou voor het bestuur te onzeker zijn wat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in concrete gevallen eisen. In de derde plaats, tenslotte, wordt de rechter soms een te formele toetsing verweten. Hieronder wordt op deze drie punten ingegaan.

De omvang van de toetsing

Op zichzelf bestaat in Nederland overeenstemming over de juiste taakverdeling tussen bestuur en rechter: het bestuur beslist, de rechter toetst. Het bestuur beslist, maar wel binnen de grenzen van het recht, waaronder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De rechter toetst, maar alleen aan het recht. Tussen beide bestaat een spanning, die het scherpst naar voren komt als de wet het bestuur beleidsvrijheid laat en daarmee aan dat bestuur een belangenafweging opdraagt. Deze belangenafweging impliceert beleidskeuzen en behoeft daarom een democratische legitimatie. Derhalve behoort zij tot het domein van het bestuur. Het is niet aan de rechter om de redelijkheid van die belangenafweging te beoordelen, want de rechter wordt slechts gelegitimeerd door het recht en mag daarom pas ingrijpen als het recht wordt geschonden.

Derhalve mag de rechter wel nagaan of de belangenafweging niet kennelijk onredelijk is, want het verbod van kennelijke onredelijkheid (ook wel verbod van willekeur genoemd) is een rechtsnorm. Toetsing op kennelijke onredelijkheid impliceert echter niet dat de rechter zich een zelfstandig oordeel mag vormen over de redelijkheid van de belangenafweging. Hij mag pas ingrijpen als de belangenafweging zo onevenwichtig is dat het bestuur naar objectieve maatstaven niet kon menen dat zij nog redelijk was. Dit wordt ook wel «marginale toetsing» genoemd. Als gezegd bestaat over deze theorie nauwelijks verschil van inzicht. Volgens onder meer het rapport «Bestuur in het geding» is echter het verbod van willekeur in artikel 3:4, tweede lid, Awb onnauwkeurig gecodificeerd, en zou de rechter – mede daardoor – in de praktijk minder terughoudend toetsen dan de theorie voorschrijft.

Het kabinet kan deze kritiek in haar algemeenheid niet onderschrijven. Artikel 3:4, tweede lid, verduidelijkt juist het willekeurverbod, door te preciseren dat het daarbij gaat om de vraag of de aantasting van de door een besluit getroffen belangen niet onevenredig is in verhouding tot de door het besluit gediende belangen. Het is waar dat in de eerste periode na invoering van de Awb en de herziening van de rechterlijke organisatie in sommige lagere rechtspraak de opvatting is aangehangen, dat deze nieuwe formulering de rechter tot een verdergaande toetsing zou nopen dan voorheen was toegestaan. Inmiddels staat echter vast dat deze opvatting onjuist is. Met name de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft de lagere rechter in een reeks van uitspraken de grenzen van zijn taak ingescherpt.¹ Afgezien van incidenten, die doorgaans door de appelrechter worden gecorrigeerd, kan daarom naar het oordeel van het kabinet niet worden volgehouden dat de rechter zijn staatsrechtelijke grenzen onvoldoende in acht neemt. Vernietigingen wegens strijd met het willekeurverbod zijn in de praktijk dan ook zeldzaam.

Derhalve is er geen noodzaak om artikel 3:4 Awb te wijzigen. Zo'n wijziging zou vermoedelijk de toetsingspraktijk ook niet belangrijk wijzigen. Ook een andere omschrijving van het willekeurverbod zou noodzakelijkerwijs globaal zijn. Waar het op aankomt, is dat de rechter bij de invulling van die globale norm voortdurend zijn staatsrechtelijke grenzen in het oog houdt. Voor zover het rapport «Bestuur in geding» het belang van die grenzen nog eens heeft willen onderstrepen, onderschrijft het kabinet dat volledig.

Dit alles neemt niet weg, dat ook naar het oordeel van het kabinet de rechter thans in het algemeen indringender aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur toetst dan twintig of dertig jaar geleden. Het gaat daarbij niet zozeer om de toepassing van het willekeurverbod, maar vooral van het motiveringsbeginsel en de eis dat de besluitvorming consistent moet zijn. Op beide punten ziet de rechter thans strenger toe dan in het verleden. Dat is grotendeels het gevolg van de in dit hoofdstuk geschetste en op zichzelf gewenste ontwikkeling van het bestuursrecht. Door de sterke toename van de bestuursrechtelijke regelgeving zijn de omvang en intensiteit van het bestuurlijk handelen jegens de burger sterk toegenomen. In reactie daarop is ook de bestuursrechtelijke rechtsbescherming en daarmee het toezicht van de rechter uitgebreid.

Rechtsonzekerheid voor het bestuur?

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur gelden voor het gehele bestuurshandelen. Daardoor zijn het naar hun aard abstracte, open normen, die in een concreet geval nader moeten worden ingevuld. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur eisen dat een besluit zorgvuldig wordt voorbereid, maar wat nu precies een zorgvuldige voorbereiding is hangt mede af van de aard van het besluit en de omstandigheden van het geval en kan daarom soms pas in het concrete

¹ Zie o.m. ABRS 11 juni 1998, JB 1998, 198. Vgl. ook ABRS 28 mei 1998, nr. E01.96 0532 inzake de Betuweroute (p. 27) en CRvB 28 mei 1998, JB 1998, 150.

geval worden vastgesteld. Deze vaststelling geschiedt in laatste instantie door de rechter.

Vanuit bestuurlijke kring is er terecht op gewezen, dat dit voor het bestuur een zekere rechtsonzekerheid meebrengt. De uitkomst van de rechterlijke toetsing is niet altijd goed te voorspellen. Naar het oordeel van het kabinet behoeft dit probleem de aandacht van zowel de wetgever als de rechter. Allereerst is daarbij een heldere omschrijving van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van belang. Het kabinet zal bezien of de huidige wettelijke omschrijvingen op dit punt voldoen. Daarbij moet echter worden bedacht dat, zoals reeds opgemerkt, algemene omschrijvingen van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur per definitie globaal zullen zijn. Langs deze weg is dus maar beperkte winst te behalen. Belangrijker is, dat uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur soms meer concrete regels zijn te destilleren, die zich soms ook voor codificatie lenen. Voor een deel is dat ook gebeurd: de in de Awb opgenomen regels over het omgaan met adviezen en over de hoorplicht zijn bijvoorbeeld afgeleid uit de jurisprudentie over het zorgvuldigheidsbeginsel. Ook de openbare voorbereidingsprocedures zijn deels te zien als een uitwerking van het zorgvuldigheidsbeginsel voor besluiten waarbij veel belanghebbenden zijn betrokken.

Het is echter niet doenlijk, om voor iedere vorm van bestuurlijk handelen in de desbetreffende regelgeving gedetailleerd uit te werken wat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur eisen. Dat zou bovendien hoogst onwenselijk zijn. Het zou immers leiden tot zeer gedetailleerde en van wet tot wet weer verschillende regelgeving, die de kans op fouten bij het bestuur eerder zou vergroten dan verkleinen. Bovendien zou dergelijke regelgeving in concrete gevallen toch weer te star blijken. Het nadeel van de vaagheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur heeft immers als keerzijde het voordeel van de flexibiliteit. Door hun open karakter kunnen de beginselen worden toegesneden op de concrete situatie, hetgeen voorkomt dat eisen worden gesteld die in het concrete geval geen functie hebben.

Er is dus een zeker dilemma tussen rechtszekerheid en flexibiliteit. De in het kabinetsstandpunt evaluatie Awb aangekondigde wijziging van de hoorplicht bij de voorbereiding van beschikkingen biedt daarvan een voorbeeld. Naar de letter van de huidige wet moet de aanvrager worden gehoord nadat de aanvraag is ingediend. Uit de evaluatie bleek echter, dat in de praktijk soms aan de strekking van deze plicht reeds was voldaan door vooroverleg voor het indienen van de aanvraag, waardoor de verplichting om daarna nog eens te horen als een nodeloze formaliteit werd ervaren. Het kabinet heeft daarom voorgesteld om de hoorplicht op dit punt te versoepelen. Dat betekent echter onvermijdelijk, dat op het bestuur een grotere verantwoordelijkheid komt te rusten om te beoordelen of in het concrete geval ook daadwerkelijk aan de strekking van de hoorplicht is voldaan, met als gevolg, dat de zekerheid dat de rechter dat oordeel zal delen afneemt.

Naar het oordeel van het kabinet zal derhalve een middenweg moeten worden gevonden. Dat is enerzijds een taak voor de Awb-wetgever. Het kabinet zal daarom bezien in hoeverre de bestaande omschrijvingen van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur helderder zouden moeten worden geformuleerd. Anderzijds ligt er ook een belangrijke taak voor de rechter. Het is immers vooral in de jurisprudentie, dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur concretere inhoud krijgen. Naar de indruk van het kabinet is die jurisprudentie nu soms wel erg casuïstisch. Het zou gewenst zijn als de rechter op dit punt naast zijn rechtsbeschermende ook zijn rechtsvormende taak systematischer ter hand zou nemen, door explicieter aan te geven welke uit een algemeen beginsel gedestilleerde subregel hij toepast.

Te formele toetsing?

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur vallen uiteen in formele beginselen, die betrekking hebben op de voorbereiding van besluiten, en materiële beginselen, die betrekking hebben op de inhoud van besluiten. In de praktijk spelen de formele beginselen een grote rol. Dat leidt soms tot vernietigingen wegens procedurefouten, die uiteindelijk niet tot een ander besluit leiden, maar de besluitvorming wel vertragen. Een voorbeeld vormt de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State over het besluit tot aanwijzing van het luchtvaartterrein Beek (8 januari 1998, JB 1998, nr. 13). Het aanwijzingsbesluit (alsmede het daarop gebaseerde bestemmingsplan) werd vernietigd wegens strijd met de wet omdat het niet gebaseerd was op een geldende planologische kernbeslissing. Het bestuursorgaan was er vanuit gegaan dat de betreffende PKB geldig was, omdat deze was verlengd. De rechter meende dat ingevolge de wet de betreffende PKB had moeten worden herzien. Deze uitspraak illustreert dat problemen soms zitten in (de formulering van) sectorale wetgeving en niet in de Awb. In casu was in de desbetreffende sectorwet niet voorzien in een uitdrukkelijke mogelijkheid tot verlenging van een PKB. De rechter kon vervolgens niet anders dan het vernietigen van het op de in strijd met de wet verlengde PKB gebaseerde aanwijzingsbesluit.

Het kabinet is, met onder meer de Commissie Evaluatie Awb en het rapport «Bestuur in geding» van oordeel dat louter formele vernietigingen, die uiteindelijk slechts tot vertraging leiden, waar mogelijk moeten worden voorkomen. Er dient echter wel op te worden gewezen, dat dit lang niet altijd mogelijk is. Immers, ook het accent op formele toetsing heeft een staatsrechtelijke achtergrond. De rechter moet zich soms wel concentreren op de procedure, omdat hij over de inhoud niet mag oordelen. Als een procedurefout wordt geconstateerd, staat vaak nog niet vast of het volgen van de juiste procedure ook tot een ander besluit zal leiden. De rechter kan dat vaak nog niet beoordelen en mag dat vaak ook niet beoordelen, omdat hij daarbij in de beleidsvrijheid van het bestuur zou treden. Een zeker formalisme is dus juist inherent aan de machtscheiding.

Niettemin zullen de nadelen van formele toetsing waar mogelijk moeten worden verzacht of weggenomen. De Awb biedt daarvoor reeds enkele instrumenten. Zo geeft artikel 6:22 Awb bestuursorganen en bestuursrechters de bevoegdheid om in bezwaar of beroep een besluit waarbij vormvoorschriften zijn geschonden toch in stand te laten, indien belanghebbenden door de schending van het vormvoorschrift niet zijn benadeeld. Het rapport «Bestuur in geding» wil deze mogelijkheid ook bieden in gevallen waarin inhoudelijke voorschriften zijn geschonden. Het komt voor dat achteraf bij de rechter gebreken in de besluitvorming worden geconstateerd, die niet eerder zijn onderkend en die van geringe betekenis zijn, maar toch niet kunnen worden gepasseerd, omdat er strikt genomen geen sprake is van een vormvoorschrift in de zin van artikel 6:22. Een voorbeeld vormt een formeel gebrek ingeval van mandaat: het besluit is door een onbevoegde ondertekend, of namens het verkeerde bestuursorgaan, bijvoorbeeld door burgemeester en wethouders in plaats van door de raad of andersom. Het onbevoegd nemen van een besluit kan niet worden aangemerkt als een schending van een vormvoorschrift in de zin van art. 6:22 Awb. Een onbevoegd besluit zal dus in beginsel moeten worden vernietigd. Onder omstandigheden kunnen echter de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand worden gelaten. Zo'n situatie deed zich voor in de uitspraak van de ABRS van 2 april 1998 (JB 1998, 143). Het ging daar om het verlenen van mandaat aan een ambtenaar om te beslissen over de goedkeuring van een bestemmingsplan, hetgeen in strijd is met het stelsel van de WRO. Argumenten om toch de rechtsgevolgen in stand te laten waren de bekrachtiging van

het besluit, terechte twijfel over de al dan niet toelaatbaarheid van het mandaat en het als gevolg van vernietiging later onherroepelijk worden van (bestemmings)plannen. Alleen bekrachtiging is overigens niet voldoende volgens ABRS 19 maart 1998 (JB 1998, 114). Het kan derhalve, indien het bevoegde bestuursorgaan tijdens de procedure te kennen geeft het besluit voor zijn rekening te nemen, efficiënt zijn indien de rechter het gebrek kan passeren. Het kabinet zal daarom bezien of artikel 6:22 in deze zin kan worden verruimd.

Een andere variant om tegemoet te komen aan het probleem van niet eerder onderkende gebreken in de besluitvorming, is het bieden van de mogelijkheid om tijdens de beroepsprocedure gebreken door het bestuur te laten herstellen dan wel het besluit te laten veranderen (de zgn. bestuurlijke lus). Het kabinet wil de mogelijkheden daartoe, bijvoorbeeld na een «tussenuitspraak», uitbreiden.

Conclusie is dat het feit dat er rechterlijke toetsing is aan de beginselen van behoorlijk bestuur niet het probleem is. Codificatie van enkele algemene beginselen in de Awb heeft op zichzelf geen verandering gebracht in het feit dat er rechterlijke toetsing is. Wel is met het oog op de reikwijdte van de rechterlijke toetsing een heldere wettelijke omschrijving van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van belang. Het kabinet zal aan de hand van een analyse van de jurisprudentie bezien in hoeverre de bestaande omschrijvingen helderder zouden moeten worden geformuleerd. Daarbij zullen rechter en bestuur worden betrokken.

Daarnaast zal worden bezien of artikel 6:22 zodanig kan worden aangepast dat het ook mogelijk wordt om inhoudelijke gebreken van geringe betekenis te passeren. Het kabinet wil de mogelijkheden voor de rechter om het bestuur de gelegenheid te bieden om tijdens de beroepsprocedure gebreken te herstellen of besluiten te veranderen, uitbreiden (de zgn. bestuurlijke lus).

5.6 Het stelsel van rechtsbescherming

Het huidige rechtsbeschermingsstelsel is – na de afronding van de eerste fase van de herziening van de rechterlijke organisatie – in 1994 tot stand gekomen op basis van een weloverwogen keuze. Het uitgangspunt daarbij is geweest rechtspraak in twee instanties: niet alleen uit rechtsstatelijke overwegingen, maar ook omdat hoger beroep zowel voor de burger als voor het bestuur van belang is. Ook is mede overwogen dat artikel 6 EVRM in dit opzicht eisen stelt ten aanzien van bepaalde categorieën zaken. De keuze voor integratie van de bestuursrechtspraak bij de rechtbanken in plaats van rechtspraak in eerste en enige aanleg bij de Raad van State was mede ingegeven door het feit dat concentratie bij één gerecht kwetsbaar was gebleken. De grote toevloed van zaken leidde tot overbelasting en daarmee, ondanks forse inspanningen, tot steeds langere procedures. Zoals reeds opgemerkt duurden voor 1 januari 1994 Arob-procedures gemiddeld al gauw vier jaar; sedertdien is de gemiddelde duur aanzienlijk teruggelopen, ook als men de hoger beroepsfase meerekent. Juist met het oog op de wenselijkheid van snelle procedures is het van belang in beginsel vast te houden aan het uitgangspunt van rechtspraak in twee instanties. Het instrument van rechtspraak in één instantie werkt alleen versnellend als het selectief wordt ingezet. Overigens is er in de huidige situatie in verschillende gevallen sprake van rechtspraak in één instantie, bijvoorbeeld op het terrein van milieu.

In het rapport «Bestuur in geding» wordt een meer fundamentele herbezinning op het rechtsbeschermingsstelsel voorgesteld. Als uitgangspunt voor een nieuw stelsel wordt geformuleerd dat de zorg voor behoorlijk bestuur vooral een zaak van het bestuur is. In dit uitgangspunt

kan het kabinet zich uiteraard vinden, met inachtneming van het feit dat inherent aan onze democratische rechtsstaat is dat er rechterlijke controle op het bestuurlijk handelen is. Het is van belang dat voor de rechter duidelijk is wanneer wezenlijke rechtmatigheidsgrenzen zijn overschreden. Veel van de normen en procedureregels die in de wet zijn opgenomen beogen juist deze wezenlijke grenzen te markeren. Zo is het niet alleen de taak van de rechter om het besluit van het bestuur te toetsen op kennelijke onredelijkheid, maar ook of het besluit op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen. Indien bijvoorbeeld een belanghebbende niet is gehoord, kan niet worden vastgesteld of zijn belangen zijn afgewogen en daarmee ook niet of het besluit rechtmatig is. In geval van majeure inhoudelijke gebreken in de besluitvorming zou aan het bestuur geen herkansingsmogelijkheden meer moeten worden geboden bij de rechter. Daarmee zou het evenwicht in procespositie tussen burger en bestuur juist worden verstoord. Het bestuur heeft in beginsel alle mogelijkheden gehad om in de primaire fase en in de fase van de bezwaarschriftprocedure fouten te voorkomen dan wel te herstellen.

In het rapport «Bestuur in geding» wordt daarnaast nog een aantal gedachten ontvouwd over een fundamentele herbezinning:

- de totale rechtsbeschermingsprocedure zou moeten worden bekort; de huidige procedure van bezwaar, beroep en hoger beroep zou moeten worden teruggebracht tot twee: bezwaar en één rechterlijke instantie. De bezwaarschriftprocedure zou daartoe moeten worden geherstructureerd naar het model van het vroegere Kroonberoep;
- beroep bij de bestuursrechter tegen een beslissing op bezwaar zou alleen moeten kunnen worden ingesteld tegen beschikkingen (en niet tegen besluiten van algemene strekking) en slechts door belanghebbenden.

Zoals zojuist is gesteld, is er geen reden om terug te komen op de gemaakte keuze van het stelsel van rechtsbescherming. Uit de evaluatie van de Awb is gebleken dat het stelsel op zich goed voldoet en dat er aanleiding is om op een aantal punten verbetering aan te brengen. Er is dan ook geen aanleiding om het stelsel op zich geheel te heroverwegen. Uiteraard sluit dit niet uit dat er goede argumenten kunnen zijn om bijvoorbeeld wegens de spoedeisendheid van een bepaalde categorie zaken (alsnog) te kiezen voor beroep in één instantie. Ook in het kader van de stroomlijning van complexe besluitvormingssituaties zal worden bezien of het aantal zaken waarbij maar in één instantie in beroep kan worden gegaan moet worden uitgebreid. Wij wijzen in dit verband op de voorstellen van het kabinet om in de hiervoor genoemde wijzigingen van de WRO (rijksprojectenprocedure), de Tracéwet en de Wet Luchtverkeer tegen de desbetreffende besluiten rechtstreeks beroep open te stellen bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

Wat de bezwaarschriftprocedure betreft, is er reeds op gewezen dat het bestuur reeds nu de mogelijkheid heeft om deze in te richten op een wijze die garandeert dat deze procedure optimaal functioneert en een volledige heroverweging mogelijk maakt zonder nodeloze formalisering of juridisering.

Conclusie: Het kabinet ziet geen aanleiding het uitgangspunt van rechtspraak in twee instanties ten principale te heroverwegen en daarmee terug te komen op de eerste fase van de herziening van de rechterlijke organisatie. Dat sluit niet uit dat bezien zal worden of het aantal zaken waarbij maar in één instantie in beroep kan worden gegaan, moet worden uitgebreid. Juist vanwege de gewenste snelheid van procedures is van belang dat met de keuze voor rechtspraak in één instantie selectief wordt omgegaan.

5.7 Toegang tot de rechter

De toegang tot de bestuursrechter staat ingevolge de Awb open tegen besluiten (met uitzondering van algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels) en alleen voor belanghebbenden. In de Awb is ook geregeld tegen welke besluiten geen beroep openstaat.

Beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels

In de discussie over juridisering is ook de mogelijkheid aan de orde geweest dat per 1 januari 1999 beroep tegen algemeen verbindende voorschriften (avv's) en beleidsregels bij de bestuursrechter open zal worden gesteld. Het openstellen van dit beroep zou volgens sommigen het evenwicht tussen bestuur en rechter kunnen verstoren. In het regeerakkoord is inmiddels afgesproken dat dit beroep niet zal worden ingevoerd.

Het vorige kabinet heeft 13 mei 1997 een notitie aan het parlement aangeboden (kamerstukken II 1996/97, 25 383, nr. 1). Daarin wordt voorgesteld om deze beroepsmogelijkheid, die ingevolge een amendement (amendement Jurgens/Biesheuvel, kamerstukken II, 1993/94, 22 495, nr. 19) in de Awb is opgenomen vooralsnog niet in te voeren, maar uit te stellen. De belangrijkste overweging hierbij is geweest dat invoering van deze beroepsmogelijkheid enige procesrechtelijke voorzieningen vergt, waarover met bestuur en rechter nog van gedachten moet worden gewisseld. Andere overwegingen hierbij zijn geweest dat volgens het evaluatieverslag Awb de praktijk zich wat de toepassing van deze wet betreft nog in een overgangsfase bevindt, alsmede de discussie over de juridisering. Uitstel van het openstellen van deze mogelijkheid vergt wetgeving. Op 9 september 1998 is deze notitie besproken in een algemeen overleg met de vaste kamercommissies voor Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Daaruit bleek dat een Kamermeerderheid instemde met het niet invoeren van deze beroepsmogelijkheid per 1-1-1999. Op 16 juni 1998 is terzake een wetsvoorstel ahangig gemaakt bij de Tweede Kamer (kamerstukken II 1997/1998, 26 077, nrs. 1-3). Ingevolge dit wetsvoorstel zal alleen bij een formele wet deze beroepsmogelijkheid kunnen worden ingevoerd. Het wetsvoorstel is op 29 okt. 1998 aanvaard in de Tweede Kamer en is inmiddels plenair behandeld in de Eerste Kamer. De EK stemt op 22 dec. 1998.

Conclusie: Een wetsvoorstel dat ertoe strekt de mogelijkheid om beroep in te stellen bij de bestuursrechter tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels alleen bij formele wet mogelijk te maken, is in behandeling bij de Eerste Kamer.

5.8 Beslechten van geschillen tussen overheden

Reeds in het kabinetsstandpunt over het Rbb-advies «Besturen op de tast», is gewezen op juridisering in de verhouding tussen bestuursorganen: ook in onderlinge bestuurlijke verhoudingen kunnen en worden conflicten opgelost door gebruikmaking van juridische instrumenten en procedures. Zo bleken in de procedures over de PKB+ Betuweroute 23 van de 173 appellanten bestuursorganen te zijn. De verzakelijking en «onthiërarchisering» heeft ook zijn invloed op verhoudingen binnen het openbaar bestuur. Was er vroeger sprake van een zekere schroom om onderlinge bestuurlijke conflicten naar buiten te brengen door het aanspannen van een procedure bij de rechter, thans is daar nauwelijks meer sprake van.

In de huidige situatie kunnen overheden hun onderlinge geschillen (zowel horizontale geschillen tussen bestuursorganen van gelijk niveau, als verticale bestuursgeschillen tussen lagere en hogere bestuursorganen) voorleggen aan de (bestuurs)rechter op dezelfde wijze als de burger zijn

geschillen met de overheid. Hoewel van een exceptionele stijging van beroepen door bestuursorganen tegen andere bestuursorganen niet kan worden gesproken, rijst de principiële vraag of overheden voor de beslechting van onderlinge geschillen dezelfde rechtsbeschermingsmogelijkheden als de burger zouden moeten hebben. Daarmee hangt samen hoe het te rijmen is met het primaat van de politiek indien geschillen tussen overheden ter beslechting aan de rechter worden voorgelegd. In het kabinetsstandpunt over het Rbb-advies «Besturen op de tast» heeft het kabinet reeds aangegeven het tot de taak van de wetgever te rekenen om te bezien of geschillen die zich uitsluitend tussen bestuursorganen kunnen voordoen op een andere wijze dan door middel van rechtspraak in twee instanties kunnen worden afgedaan, bijvoorbeeld door rechtspraak in één instantie of door een meer bemiddelende rol voor de Raad van State à la het vroegere Kroonberoep. In het rapport «Bestuur in geding» wordt voorgesteld dat een studie moet worden geëntameerd naar een specifieke regeling voor de beslechting van geschillen tussen overheden. Het kabinet zal een nadere studie ter zake verrichten.

Conclusie: Het kabinet is voorstander van een andere wijze van beslechting van geschillen tussen overheden onderling, en heeft opdracht gegeven tot een nadere studie naar de beschikbare alternatieven. Het onderzoek wordt door de Onderzoeksgroep Bestuursrecht van de Universiteit Utrecht (o.l.v. prof.mr. R.J.G.M. Widdershoven) en het A.D. Belinfante-instituut van de Universiteit van Amsterdam (o.l.v. prof.mr. I.C. van der Vlies).

5.9 De kring van beroepsgerechtigden

In de discussie over juridisering is ook de kring van beroepsgerechtigden aan de orde gesteld. Daarbij is ook de vraag gesteld of de beroepsmogelijkheden voor belangenorganisaties niet te ruim zijn. Afgezien van de vraag of met name bij grote projecten niet ook meer stroomlijning en beperking van inspraakprocedures gewenst is, rijst de vraag of een ieder die gebruik heeft gemaakt van inspraakprocedures, ook recht op toegang tot de rechter moet hebben. Sommige bijzondere wetten geven een ieder recht op deelname aan inspraakprocedures, vanuit de gedachte dat sommige belangen in onze samenleving een ieder aangaan. Vervolgens regelt die wet dan in sommige gevallen dat een ieder die heeft deelgenomen aan enige vorm van inspraak, ook automatisch toegang heeft tot de bestuursrechter (de zogenoemde «actio popularis»). Het is hierbij van belang te beseffen dat inspreken een belangrijke vorm is van participatie door de burger aan democratische besluitvorming. Gesteld kan worden dat deelnemen aan democratische besluitvorming een ander doel dient dan rechtsbescherming. In die visie kan het betrekken van burgers bij de voorbereiding van (democratische) besluitvorming los worden gezien van de vraag aan wie een recht op beroep op de rechter toekomt. Het deelnemen aan de voorbereiding van (democratische) besluitvorming zou niet automatisch impliceren dat men in de fase daarna zijn zienswijze ook altijd aan de rechter zou moeten kunnen voorleggen. Alleen voor degenen wier belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken (de belanghebbende in de zin van art. 1:2 Awb) zou een beroep op de rechter moeten openstaan. Het beroep op de rechter zou in die visie derhalve vooral moeten worden gereserveerd voor degenen die rechtstreeks in hun belang zijn getroffen, zoals de Awb bepaalt. Dit wordt ook bepleit in het rapport «Bestuur in geding». Het beroepsrecht voor een ieder («actio popularis») stamt bovendien uit een tijd dat het beroepsrecht van belangenorganisaties nog niet bestond. Daartegenover staat de redenering dat sommige belangen zoals natuur en milieu een ieder aangaan en een ieder dus ook beroep op de rechter zou moeten hebben.

Belangenorganisaties hebben een belangrijke rol vooral als het gaat om «belangen» die een ieder aangaan, zoals natuur en milieu. Ook hebben zij een belangrijke rol indien belangen van een bepaalde groep aan de orde zijn, bijvoorbeeld een bepaalde groep buurtbewoners, of mensen met een gemeenschappelijk te behartigen belang, bijvoorbeeld de Consumentenbond. Het belangrijke voordeel van het beroepsrecht van belangenorganisaties is dat procedures kunnen worden gebundeld. Hetzelfde geldt voor de mogelijkheid van groepsacties van belanghebbenden. Belangenorganisaties hebben een belangrijke functie als spreekbuis van de burger en vormen een belangrijk en positief te waarderen tegenwicht in onze samenleving ten opzichte van het bestuur. Het kabinet is van mening dat aan hen niet de toegang tot de rechter moet worden ontnomen. Volgens vaste jurisprudentie wordt een politieke partij niet beschouwd als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 van de Awb. De doelstellingen van politieke partijen zijn daarvoor immers niet voldoende specifiek. Politieke partijen dienen hun doelstellingen te verwezenlijken in het publieke debat of in de politieke arena's: de raadzaal, de staten, het parlement, doch niet in de rechtszaal. Een van de effecten van de actio popularis is dat ook politieke partijen beroep kunnen instellen tegen besluiten die hen vanuit hun politieke doelstellingen onwelgevallig zijn. In de praktijk blijkt dit ook te gebeuren. In een procedure waarbij de politieke partij De Groenen een op basis van de Wet milieubeheer door gedeputeerde staten van Zuid-Holland genomen handhavingsbesluit aanvocht, vernietigde de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State het besluit van g.s. waarbij het bezwaarschrift van de politieke partij niet ontvankelijk was verklaard, aangezien aan de politieke partij in dat geval wel het recht op bezwaar of beroep toekwam (ABRS 30 juli 1998, JB 1998, 203).

In het regeerakkoord is neergelegd dat rechtsbescherming in beginsel alleen open moet staan voor belanghebbenden en dat in dat kader de actio popularis nader zal worden bezien (kamerstukken II 1997/98, 26 024, nr. 10, blz. 77). Daartoe is inmiddels onderzoek geëntameerd. Doel van het onderzoek is om inzicht te verkrijgen in de praktische consequenties van de actio popularis voor de belangenbescherming en de kwaliteit van de besluitvorming op het terrein van de ruimtelijke ordening en het milieu. Tevens beoogt het onderzoek inzicht te verkrijgen in de effecten van de actio popularis op de apparaatskosten van het bestuur en de rechter. Centrale probleemstelling is de vraag welke relevante overwegingen pro en contra de handhaving van de actio popularis kunnen worden aangevoerd en hoe die overwegingen dienen te worden gewaardeerd. Het onderzoek zal worden uitgevoerd door de vakgroep Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit Utrecht onder leiding van prof. mr. P.J.J. van Buuren. De resultaten van het onderzoek zullen in maart 1999 beschikbaar zijn. Mede aan de hand van de resultaten van het onderzoek zal het kabinet besluiten over het al dan niet handhaven van de actio popularis en de modaliteiten daarbij.

Conclusie: Het kabinet zal mede aan de hand van de resultaten van het onderzoek naar de effecten van de actio popularis in de praktijk met voorstellen komen over het al dan niet handhaven van de actio popularis.

6. Het evenwicht tussen wetgever, bestuur en rechter

De juridisering in de samenleving heeft ongetwijfeld gevolgen voor wetgever, bestuur en rechter. Het is de taak van de wetgever om door middel van wetgeving aan te geven hoe diverse belangen in de samenleving moeten worden beschermd. De wetgever acht zich ook geroepen om door wetgeving ongelijkheden te compenseren: dit leidt tot zowel inhoudelijke normen in wetgeving als tot procedurele regels ter

waarborging van inhoudelijke normen. Het bestuur ondervindt dat besturen aan steeds meer normen en procedures wordt onderworpen. De burger vraagt in sommige conflicten met andere burgers aan het bestuur om gebruik te maken van zijn bevoegdheden, bijvoorbeeld handhavings- en bestuursdwangbevoegdheden. De rechter wordt meer ingeroepen in conflicten tussen bestuur en burger en tussen bestuursorganen onderling. De vraag is of de juridisering in het openbaar bestuur het evenwicht in de trias onder druk zet en zo ja, wat de taak van de wetgever, het bestuur en de rechter is om het evenwicht te bewaren.

Wetgever

In het voorgaande is reeds aangegeven dat minder wetgeving alleen geen antwoord kan zijn op het vraagstuk van de juridisering. Wel is van belang om alert te zijn op onnodige en niet beoogde juridiserende effecten van wetgeving. Evaluatie van wetgeving (ex ante en ex post) kan deze effecten aan het licht brengen. Daarnaast blijft deregulering en een goede bewaking van de kwaliteit van wetgeving (o.a. heldere normstelling) belangrijk. Het vorige kabinet heeft reeds besloten tot een legal audit van de wetgevingsfunctie bij departementen (kamerstukken II 1997/98, 25 389, nr. 29). Daarbij gaat het om de inrichting van het proces van voorbereiding en van bewaking van de kwaliteit van de wetgevingsfunctie. In dat kader is een visitatiecommissie ingesteld en zullen departementen aan de hand van een zelfevaluatie worden beoordeeld.

Het is een taak van de wetgever om wetgeving regelmatig te bezien op onnodige en niet beoogde juridiserende effecten. Dit geldt voor de bijzondere bestuursrechtelijke wetgeving, voor de Awb, maar ook voor de verhouding tussen de Awb en bijzondere wetgeving.

Zo heeft de eerste evaluatie van de Awb enkele knelpunten in de verhouding met de bijzondere wetgeving aan het licht gebracht die tot een oplossing in meer algemene zin aanleiding geven. Daarnaast is gebleken dat het wenselijk is de Awb en de toepassing daarvan in de praktijk op een aantal punten te versoepelen:

- hoorplichten zowel in de primaire besluitvormingsfase als in de bezwaarfase kunnen in de wet, maar ook in de praktijk worden versoepeld;
- het bestaan van twee openbare voorbereidingsprocedures naast elkaar en de varianten daarop in de bijzondere wetgeving is niet bevredigend; het kabinet heeft voorgesteld deze procedures in elkaar te schuiven;
- de bezwaarschriftprocedure levert in situaties waarin reeds uitvoerig inspraak van alle belanghebbenden is geweest een herhaling van zetten op; het kabinet heeft voorgesteld om bij het ineenschuiven van de openbare voorbereidingsprocedures de bezwaarschriftprocedure te schrappen en heeft voor het overige nader onderzoek aangekondigd;
- in het bestuursprocesrecht moeten enkele technische verbeteringen worden aangebracht.

In het kabinetsstandpunt over de evaluatie van de Awb heeft het vorige kabinet dan ook de nodige maatregelen aangekondigd. Het algemene beeld uit de evaluatie is echter dat de wet op zich bevredigend functioneert. Er is dus geen aanleiding om het stelsel in de wet in zijn geheel te heroverwegen. Het kabinet heeft mede naar aanleiding van de evaluatie overwogen dat de verhouding tussen de Awb en bijzondere bestuursrechtelijke wetten verbetering behoeft. Onderzocht wordt of het in afwijking van het beroepsrecht voor belanghebbenden in de Awb in sommige bijzondere wetten gecreëerde beroepsrecht voor een ieder, de zogenoemde «actio popularis», gelet op de inmiddels bestaande beroepsmogelijkheden van belangenorganisaties, al dan niet zou moeten worden afgeschaft. In situaties van complexe besluitvorming, waarin op basis van verschillende bijzondere wetten besluiten moeten worden genomen volgens verschillende procedures, wacht het kabinet voorstellen om te komen tot meer stroomlijning van de Commissie algemene regels

van bestuursrecht af. Op een aantal punten heeft het kabinet nadere studie toegezegd.

Wat de wetgever betreft, kan dan ook worden geconcludeerd dat deze in het algemeen heeft te waken voor het ontstaan van niet beoogde en onnodige juridiserende effecten van wetgeving. De evaluatie van de Awb heeft enkele van deze effecten aan het licht gebracht. Het kabinet heeft ter zake de nodige maatregelen aangekondigd.

Bestuur

Besturen is mede als gevolg van de enorme toename van de bestuursrechtelijke wetgeving in de laatste decennia een complexe aangelegenheid geworden. Aan het bestuur worden steeds hogere eisen gesteld, op steeds meer terreinen (juridisch, technisch, financieel) wordt grote deskundigheid van het bestuur verwacht, terwijl tevens van het bestuur wordt verwacht dat het doelmatig is ingericht en doelmatig functioneert. Zo is het probleem van overheden die milieuvoorschriften overtreden, vaak te herleiden tot onvoldoende specifieke deskundigheid. Niet alleen de wetgever, ook schadeverzekeraars stellen de nodige eisen aan bestuursorganen: onnodige schaderisico's moeten zoveel mogelijk worden voorkomen. Zo stellen schadeverzekeraars onder meer eisen aan goede organisatorische voorzieningen opdat ook gewaarborgd kan worden dat wettelijke voorschriften worden nageleefd. Mede als gevolg hiervan is een ontwikkeling waar te nemen van herijking van de juridische functie, die de afgelopen jaren in het kader van een te ver doorgevoerd streven naar doelmatigheid in sommige gevallen enigszins is gemarginaliseerd.

In het licht van de toename van de bestuursrechtelijke wetgeving en de daarmee toegenomen omvang van bestuurshandelen is het niet verwonderlijk dat het primair het bestuur is dat als uitvoerende macht geconfronteerd wordt met de effecten van juridisering, in de zin van een overvloedig beroep op juridische instrumenten en procedures. Daarbij staat het bestuur voor de afweging van individuele belangen ten opzichte van algemene belangen, waarbij het in toenemende mate gaat om de afweging van onderling tegengestelde belangen van individuele en groepen burgers. De vraag die gesteld kan worden is of het antwoord hierop moet worden gezocht in een heroverweging van het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming, in het terugdringen van rechtsbeschermingsmogelijkheden en in beperking van de toetsingsmogelijkheden van de rechter. Zoals in het voorgaande is gebleken, is het kabinet van mening dat het geen adequate reactie op juridisering in het openbaar bestuur zou zijn om het gehele stelsel van rechtsbescherming op deze wijze te heroverwegen. Heroverweging overeenkomstig deze voorstellen zou in feite neerkomen op een poging om de rechtsontwikkeling op het terrein van het bestuursrecht, een verworvenheid van onze rechtsstaat, terug te draaien. Het kabinet is van mening dat de oplossing veeleer zou moeten worden gezocht in verbetering van de (bestuursrechtelijke) wetgeving daar waar deze onnodige en niet beoogde juridiserende effecten blijkt te hebben, zoals in het voorgaande is weergegeven.

Wat het bestuur betreft, is het kabinet van mening dat de oplossing veeleer moet worden gezocht in goede communicatie tussen bestuur en burger met het oog op het voorkomen van onnodige juridische procedures. Daarnaast moet de oplossing worden gezocht in zorgvuldige, snellere en goede besluitvorming, besluitvorming binnen de gestelde termijnen, voor de (juridische) kwaliteit van de besluitvorming door verbetering van de juridische control-functie, in het tijdig betrekken van belanghebbenden bij de besluitvorming (interactievere overleg- en inspraakprocedures), in meer aandacht voor consistentie van het eigen

beleid en voor een volledige heroverweging tijdens de bezwaarschrift-procedure.

Het kabinet is dan ook van mening dat in de discussie over juridisering aandacht voor de mogelijkheden die het bestuur zelf heeft om procedures bij de rechter te voorkomen niet mag ontbreken.¹ In dit verband kan worden gewezen op de recent ingezette discussie om ook op het terrein van het openbaar bestuur meer gebruik te maken van alternatieve vormen van geschilbeslechting.² Zo biedt de bezwaarschriftprocedure volop mogelijkheden om gebruik te maken van bemiddeling als vorm van geschilbeslechting.

Rechter

In het voorgaande is geconstateerd dat met de toename van de bestuursrechtelijke regelgeving ook het aantal besluiten jegens de burger in omvang is toegenomen en daarmee het aantal rechterlijke procedures. De omvang van de rechtsbescherming heeft in het algemeen gelijke tred gehouden met de omvang en intensiteit van het bestuurlijk handelen ten opzichte van de burger. Niettemin is daarmee het beroep op de rechter de afgelopen decennia onmiskenbaar toegenomen. Daarmee heeft het bestuur dus ook meer te maken gekregen met rechterlijke procedures. Dit is een mogelijke verklaring voor het feit dat de discussie over juridisering zich aanvankelijk concentreerde op de toenemende bemoeienis van de rechter met het bestuur en de verhouding tussen bestuur en rechter.

De taak van de rechter is het verlenen van individuele rechtsbescherming. Daarmee is ook de spanning tussen bestuur en rechter gegeven. Het bestuur kan niet besturen op louter individuele specifieke belangen van de burger, terwijl de rechter er juist is om individuele rechtsbescherming te bieden. Niet ter discussie staat het feit dat de rechter gewoon zijn werk doet: toetsen aan het recht, internationale verdragen, geschreven en ongeschreven rechtsbeginselen, beginselen van behoorlijk bestuur, toetsen of de besluitvorming zorgvuldig is geweest, of de belangen van de burger zijn meegewogen en of het bestuur redelijkerwijs tot deze beslissing heeft kunnen komen. De laatste decennia is onmiskenbaar sprake van een indringender toets door de rechter aan de beginselen van behoorlijk bestuur, waarbij meer dan voorheen gelet wordt op de consistentie in het beleid en de deugdelijkheid van de motivering. Dat betekent nog niet dat de rechter daarmee op de stoel van het bestuur gaat zitten. Waar het om gaat is dat de rechter het bestuurlijke primaat, zeker in de gevallen dat er beleidsvrijheid bestaat, respecteert. Daarnaast mag van de rechter worden verwacht dat hij bij het bieden van individuele rechtsbescherming een evenwicht kan vinden tussen het specifieke belang in de desbetreffende casus en het algemene belang van stelselmatig bestuur op basis van objectieve gelijkheden.

In het kabinetsstandpunt over het Rbb-advies «Besturen op de tast» is het kabinet reeds ingegaan op deze spanning. Daarbij heeft het kabinet geconcludeerd dat de in de discussie over de verhouding tussen bestuur en rechter aan de orde gestelde problemen duiden op het bestaan van twee gescheiden werelden, die dichter bij elkaar zouden moeten worden gebracht ten einde meer inzicht in elkaars taakopvatting te verkrijgen. Net zoals in de discussie over de juridisering van de rechter wordt gevraagd om meer oog te hebben voor functie en taak van het openbaar bestuur en de problemen waar het bestuur daarbij te maken heeft, wordt van het bestuur gevraagd meer oog te hebben voor de taak van de rechter en de beperkingen die hij daarbij ondervindt. Zoals uit het overzicht van de discussie tot nu toe is gebleken zijn er bijeenkomsten gehouden waarin vertegenwoordigers van beide groepen (rechters en bestuurders) tot een onderlinge confrontatie van elkaars taakopvatting en beperkingen daarbij zijn gekomen.

¹ Zie E. Helder in *Justitiële Verkenningen* 23(1997)5.

² Van toetsing naar bemiddeling, onder redactie van I.C. van der Vlies en S. Pront-van Bommel, 1997.

In het kabinetsstandpunt over de evaluatie van de Awb is de verhouding tussen bestuur en rechter met het oog op een betere communicatie tussen bestuur en rechter eveneens aan de orde gekomen. Daarbij is aangegeven op welke wijze in de opleiding tot rechter meer dan tot nu toe aandacht zal worden besteed aan het verschaffen van inzicht in het functioneren van het openbaar bestuur. Overigens blijkt slechts 25% van de rechters afkomstig uit de raio-opleiding; de overige 75% is dus ingestroomd met tenminste zes jaren beroepservaring in een niet-rechterlijke functie. Het is dus niet zo dat er sprake zou zijn van een eenzijdige samenstelling van de rechterlijke macht.

Zoals in hoofdstuk 3 is geconstateerd heeft de discussie zich thans meer ontwikkeld naar de rechtsbeschermings- en toetsingsmogelijkheden die de wetgever de rechter heeft geboden. In het voorgaande is daar reeds uitgebreid op in gegaan. Conclusie is dat in de discussie over juridisering in het openbaar bestuur de stelling niet (langer) is dat de rechter zijn rechterlijke taak te buiten zou gaan, maar dat de wetgever de rechter teveel ruimte heeft geboden. Het evenwicht in de trias is dan ook niet zozeer door een onjuiste taakopvatting van de rechter onder druk komen te staan.

In het kabinetsstandpunt over het rapport «Besturen op de tast» is toegezegd dat het kabinet in het kader van het evaluatieverslag van de Awb zou ingaan op de aanbevelingen in dat rapport met betrekking tot de rechtspraak. Die aanbevelingen betroffen zaken als de overbelasting van het rechterlijk apparaat, de wijze van toetsen door de rechter, het passeren van vormgebreken en veroordeling in de proceskosten. Op deze punten is ook in het voorgaande reeds ingegaan, met uitzondering van de kwestie van de overbelasting van de rechterlijke macht. De toerusting van de rechterlijke macht is uitvoerig in het rapport van de Commissie-Leemhuis aan de orde gekomen. Voor een reactie daarop zij verwezen naar de brief van 23 februari 1998 (kamerstukken II 1997/98, 25 600 VI, nr. 45) en het regeerakkoord (kamerstukken II 1997/1998, 26 024, nr. 10, p. 85).

Conclusie: Het evenwicht in de trias is (nog) niet aan het wankelen gebracht door de toenemende juridisering in de samenleving. Wel hebben alle drie delen van de trias een eigen taak in het tegengaan van juridisering.

In het rapport «Bestuur in geding» van een werkgroep onder leiding van de Commissaris van de Koningin in de provincie Noord-Holland, dr. J.A. van Kemenade, worden enkele voorstellen gedaan tot wijziging van de Algemene wet bestuursrecht. Een deel daarvan is reeds in de tekst aan de orde gekomen. Hieronder volgt nog een korte reactie van het kabinet op een aantal meer juridisch-technische voorstellen van de werkgroep.

De toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op andere handelingen dan beschikkingen

In het rapport «Bestuur in geding» wordt bepleit de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op algemeen verbindende voorschriften en besluiten van algemene strekking te beperken. De gedachte hierbij is dat onbeperkte toepasselijkheid erop neer zou komen dat dergelijke besluiten moeten voldoen aan door de rechter te stellen eisen, hetgeen in het rapport onaanvaardbaar wordt geacht. Opgemerkt zij dat te allen tijde niet alleen voor lagere regelgevers, maar ook voor de formele wetgever geldt dat regelgeving moet voldoen aan algemene rechtsbeginselen. Ook algemeen verbindende voorschriften en besluiten van algemene strekking mogen geen daad van willekeur zijn, mogen geen ongerechtvaardigd onderscheid maken, moeten gelijke gevallen gelijk behandelen, mogen geen onevenredig nadeel veroorzaken voor de burger en moeten deugdelijk gemotiveerd zijn.¹ Wel bepaalt juist de Awb (artikel 3:1, eerste lid) dat bij de toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur rekening moet worden gehouden met de eigen aard van deze voorschriften. Het kabinet gaat er niet van uit dat in het rapport bedoeld zou zijn dat algemeen verbindende voorschriften en besluiten van algemene strekking niet aan deze beginselen zouden behoeven te voldoen. De reden voor een pleidooi tot beperking van de toepasselijkheid van de in de Awb gecodificeerde beginselen op algemeen verbindende voorschriften en besluiten van algemene strekking, moet wellicht worden gezocht in de bezorgdheid over een te vergaande rechterlijke toets.

De bezorgdheid over een te vergaande toetsing kan naar de mening van het kabinet niet worden gebaseerd op een in de praktijk gebleken structurele neiging bij de rechter zijn rechterlijke taak te buiten te gaan. Zoals gezegd: de beginselen gelden primair voor het bestuur en de rechter neemt de beleidsvrijheid van het bestuur in acht. Dit is des te meer van belang bij algemeen verbindende voorschriften en besluiten van algemene strekking. In het rapport «Bestuur in geding» wordt voorgesteld dat, indien de beginselen van behoorlijk bestuur van overeenkomstige toepassing worden verklaard op algemeen verbindende voorschriften en besluiten van algemene strekking, de wetgever exact zou moeten aangeven aan welke eisen dergelijke besluiten moeten voldoen. Het kabinet wijst erop dat dat ondoenlijk is, omdat het nu juist inherent aan deze beginselen is dat zij abstract zijn. Deze beginselen krijgen concrete invulling in concrete situaties, mede door de materiële inhoud van het te regelen onderwerp of van het te nemen besluit en de gevolgen daarvan.

Ten slotte wordt in het rapport «Bestuur in geding» voorgesteld om in zijn geheel af te zien van de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op andere handelingen dan besluiten: feitelijke handelingen en rechtshandelingen naar burgerlijk recht. Over dit voorstel kan hetzelfde worden gezegd als in het voorgaande ten aanzien van algemeen verbindende voorschriften en besluiten van algemene strekking. De overheid is en behoort in al haar rechtsbetrekkingen en contacten met de burger gebonden te zijn aan de beginselen van

¹ De Awb verklaart het motiveringsbeginsel overigens niet van toepassing op algemeen verbindende voorschriften en andere handelingen dan besluiten (art. 3:1, eerste lid, onder b, en 3:1, tweede lid, Awb).

behoorlijk bestuur. Deze beginselen zijn onmisbaar voor elk bestuurlijk handelen. Zo vervullen deze beginselen in de oordeelsvorming van de Nationale ombudsman, die bij uitstek feitelijke handelingen beoordeelt, een belangrijke rol. De Nationale ombudsman heeft in zijn oordelen nadere invulling aan en nadere uitwerking van deze beginselen gegeven.

Conclusie: Ook algemeen verbindende voorschriften en besluiten van algemene strekking moeten voldoen aan algemene rechtsbeginselen. Hetzelfde geldt voor andere handelingen dan besluiten: de overheid behoort in al haar betrekkingen tot de burger de beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen, zij het dat de inhoud van deze beginselen kan variëren met de aard van de rechtsverhouding tussen overheid en burger. Beperking dan wel schraping van de toepasselijkheid zou een verkeerd beeld oproepen.

Zoals reeds in paragraaf 4.6 is aangegeven, zal het kabinet aan de hand van een analyse van de jurisprudentie bezien in hoeverre de bestaande omschrijvingen van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur helderder zouden moeten worden gemaakt.

Beperking van het beroep bij de bestuursrechter tot beschikkingen

In het rapport «Bestuur in geding» is naast het voorstel om het beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels niet in te voeren, ook voorgesteld om het beroep tegen overige besluiten van algemene strekking af te schaffen. Aan dit laatste voorstel kleven belangrijke bezwaren. In de eerste plaats volgt uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, dat ook geschillen over besluiten van algemene strekking geschillen over «burgerlijke rechten en verplichtingen» in de zin van artikel 6 EVRM kunnen zijn, en derhalve aan een onafhankelijke rechter moeten kunnen worden voorgelegd.¹ In de tweede plaats zou afschaffing van het rechtstreeks beroep tegen besluiten van algemene strekking, niet zijnde algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels, niet tot gevolg hebben dat deze besluiten niet aan rechterlijke controle zouden kunnen worden onderworpen. Ingevolge artikel 112 van de Grondwet fungeert de burgerlijke rechter immers als vangnet voor die zaken die niet aan de bestuursrechter kunnen worden voorgelegd. Het afschaffen van de mogelijkheid van beroep bij de bestuursrechter zou daardoor slechts leiden tot het herleven van de mogelijkheid om deze besluiten door middel van een actie uit onrechtmatige daad ter toetsing aan de burgerlijke rechter voor te leggen. Dit heeft twee nadelen: naar hun aard publiekrechtelijke geschillen zouden weer bij de burgerlijke rechter terechtkomen, en bovendien zou de huidige procedure in één of twee instanties bij de bestuursrechter worden vervangen door een procedure in drie instanties. Dit zou uit een oogpunt van voortvarende besluitvorming geen vooruitgang zijn. Tenslotte hebben de ervaringen met de Wet Arob en de Tijdelijke wet kroongeschillen geleerd, dat het moeilijke onderscheid tussen beschikkingen en besluiten van algemene strekking in de praktijk een bron was van talrijke en gecompliceerde ontvankelijkheidsgeschillen. De wens om belanghebbenden, bestuursorganen en de rechter niet langer met deze niet-inhoudelijke geschillen te belasten, was een belangrijk argument om het beroep tegen besluiten van algemene strekking in te voeren.² Dit argument geldt ook thans nog onverkort.

Een en ander laat onverlet, dat er op onderdelen aanleiding kan zijn voor heroverweging van de beroepsmogelijkheid, dan wel de wijze waarop deze is vormgegeven. Zo is thans bij de Tweede Kamer aanhangig een wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op de ruimtelijke ordening,³ waarbij wordt verduidelijkt tegen welke onderdelen van ruimtelijke plannen wel en niet beroep openstaat.

¹ EHRM 25 oktober 1989, Ser. A. Vol. 163 (Allan Jacobsson); EHRM 27 november 1991, Ser. A. Vol. 219 (Oerlemans).

² PG Awb II, blz. 378.

³ Kamerstukken II, 1997/1997, 25 311.

Conclusie: Beperking van het beroep op de bestuursrechter tot beschikkingen en daarmee het uitsluiten van beroep tegen besluiten van algemene strekking is niet in het belang van de eenheid en overzichtelijkheid van het rechtsbeschermingsstelsel. Het beroep bij de bestuursrechter tegen besluiten van algemene strekking, niet zijnde algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels, blijft gehandhaafd.

Vooronderzoek en onderzoek ter zitting

Het rapport «Bestuur in geding» stelt voor om in het kader van een versnelde behandeling van een beroep (artikelen 8:52 en 8:53) de rechter de bevoegdheid te geven om het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting achterwege te laten, indien hij van oordeel is dat de zaak in bezwaar of administratief beroep voldoende is voorbereid. Het is de vraag, of dit iets toevoegt aan de bestaande mogelijkheden. Wat het vooronderzoek betreft, zij erop gewezen dat de rechter dit reeds volgens de huidige wet kan beperken tot het opvragen van de op de zaak betrekking hebbende stukken en een verweerschrift. Het eerste kan hij ook in het voorstel van het rapport bezwaarlijk achterwege laten, aangezien hij eerst op basis van die stukken kan beoordelen of de zaak in bezwaar of administratief beroep voldoende is voorbereid. Het niet vragen van een verweerschrift zou licht in strijd komen met het beginsel van hoor en wederhoor, maar het staat het bestuursorgaan vervolgens, ook thans al, geheel vrij dit verweerschrift te beperken tot een verwijzing naar het dossier van de bezwaar- of administratief-beroepsprocedure. Vervolgens kan de rechter, indien hij van oordeel is dat de zaak voldoende is voorbereid, het vooronderzoek sluiten en de zaak op de zitting brengen. Wat de zitting betreft, zij er allereerst op gewezen dat artikel 8:54 de rechter reeds de mogelijkheid biedt om de zaak buiten de zitting af te doen, indien hij op basis van de stukken tot het oordeel komt dat hij kennelijk onbevoegd is, dan wel het beroep kennelijk gegrond, kennelijk ongegrond of kennelijk niet-ontvankelijk is. Daarnaast kan hij ingevolge artikel 8:57 met instemming van partijen van een zitting afzien. Het in het rapport gedane voorstel heeft dus slechts betekenis voor gevallen waarin de uitkomst van het beroep niet evident («kennelijk») is, en partijen evenmin met het achterwege laten van de zitting hebben ingestemd. In die gevallen zou het achterwege laten van de zitting echter in strijd zijn met het in artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijke en openbare behandeling van de zaak.

Conclusie: De wet biedt reeds voldoende mogelijkheden tot beperking van het vooronderzoek. Uitbreiding van de reeds bestaande mogelijkheden tot het achterwege laten van de zitting zou licht in strijd komen met artikel 6 EVRM.

Schadevergoeding

Het rapport «Bestuur in geding» stelt voor om de rechter de mogelijkheid te bieden om af te zien van vernietiging van een besluit indien het bestuur aanbiedt de door een belanghebbende geleden schade te vergoeden. Naar het oordeel van het kabinet bestaat aan deze bevoegdheid geen behoefte. Artikel 8:72, vierde lid, biedt de rechter reeds de bevoegdheid om bij de vernietiging van een besluit te bepalen dat de rechtsgevolgen van dit besluit in stand blijven, desgevraagd onder veroordeling van het bestuursorgaan tot schadevergoeding. Het staat het bestuursorgaan voorts vrij om in zijn verweerschrift of tijdens de behandeling ter zitting de rechter te verzoeken van deze bevoegdheid gebruik te maken. De rechter beslist dan of daartoe aanleiding is, waarbij een rol kan spelen of appellant heeft aangegeven met schadevergoeding genoegen te nemen. Het kan echter niet zo zijn, dat het bestuur iedere onrechtmatigheid kan

«afkopen» door schadevergoeding. De stelling dat «het door het bestuur te behartigen algemeen belang», zou moeten prevaleren boven het individuele belang van appellant, gaat voorbij aan het rechtsstatelijk belang dat het bestuur zich aan de wet houdt. Bestuur en burger kunnen niet in gezamenlijk overleg overeenkomen om de wet opzij te zetten.

Conclusie: Het is reeds thans mogelijk dat het bestuur de burger schadevergoeding aanbiedt. Aan de mogelijkheid dat de rechter afziet van vernietiging indien het bestuur aanbiedt om de schade te vergoeden bestaat geen behoefte. Uit een oogpunt van rechtsstatelijkheid is het van belang dat de rechter vaststelt of het bestuur zich aan de wet heeft gehouden, zo nodig met instandhouding van de rechtsgevolgen.

Proceskostenveroordeling burger

Artikel 8:75 Awb bepaalt thans, dat een natuurlijk persoon slechts in de proceskosten kan worden veroordeeld indien sprake is van misbruik van procesrecht. Het rapport «Bestuur in geding» stelt voor deze beperking te schrappen, en te vervangen door de hoofdregel dat de appellant wiens beroep ongegrond wordt verklaard, steeds in de proceskosten van het bestuur wordt veroordeeld, tenzij de rechter van oordeel is dat het beroep op redelijke gronden is ingesteld.

De huidige regeling is tot stand gekomen door een met algemene stemmen aanvaard amendement-Wolffensperger.¹ Zij is destijds voorwerp geweest van een uitvoerige gedachtewisseling tussen regering en Staten-Generaal.² De gezamenlijke conclusie was toen, dat het uit een oogpunt van rechtsbescherming noodzakelijk was het proceskostenrisico voor natuurlijke personen te beperken tot gevallen van misbruik van procesrecht. De evaluatie biedt voornamelijk nog geen aanleiding daarover nu anders te oordelen. Met name is daaruit niet gebleken, dat zodanig vaak op onredelijke gronden beroep wordt ingesteld, dat het noodzakelijk is daartegen een dam op te werpen. Het rapport «Bestuur in het geding» constateert op zichzelf terecht dat bestuur en burger daardoor wat het proceskostenrisico betreft ongelijk worden behandeld. Daarbij dient echter te worden bedacht, dat de posities van bestuur en burger in het bestuursrecht ook niet in alle opzichten gelijk zijn.

Er zij overigens op gewezen dat de huidige wettekst wel de mogelijkheid biedt om rechtspersonen in de proceskosten te veroordelen, zij het dat dit in de praktijk zeer zelden voorkomt. In het in het rapport «Bestuur in geding» genoemde geval dat willens en wetens een kansloos beroep wordt ingesteld met het uitsluitende oogmerk om de besluitvorming te vertragen, kan voorts de mogelijkheid van proceskostenveroordeling wegens misbruik van procesrecht uitkomst bieden.

Conclusie: Er is thans geen aanleiding om de mogelijkheden voor proceskostenveroordeling van burgers te verruimen.

«Bestuurlijke lus»

Het rapport «Bestuur in geding» bevat een voorstel voor een bijzonder soort tussenuitspraak, ter inleiding van wat het rapport noemt een «bestuurlijke lus». In deze tussenuitspraak zou de rechter moeten aangeven op welke punten het bestreden besluit in strijd is met het recht, waarna het bestuur de gelegenheid zou moeten krijgen zijn besluit dienovereenkomstig te wijzigen. Tegen het gewijzigde besluit zou dan slechts beroep moeten openstaan voor degene die door de wijzigingen rechtstreeks in zijn belang is getroffen. De bezwaarschriftprocedure zou niet van toepassing moeten zijn.

Bezien moet worden wat deze procedure toevoegt aan de huidige mogelijkheden. Zo stelt artikel 6:18, eerste lid, Awb voorop dat het

¹ Kamerstukken II, 1993/1994, 22 495, nr. 3.

² PG Awb II, blz. 481–499.

aanhangig zijn van een beroep niet afdoet aan een eventuele bevoegdheid tot wijziging van het bestreden besluit. Desgewenst kan het bestuur zijn besluit dus hangende het geding wijzigen (al of niet naar aanleiding van het vooronderzoek of het verhandelde ter zitting), waarna de rechter het gewijzigde besluit mede in zijn beoordeling kan betrekken (artikel 6:19, eerste lid). Het bestuur kan de rechter daartoe verzoeken het onderzoek ter zitting te schorsen (artikel 8:64) of zelfs te heropenen (artikel 8:68). In veel gevallen levert deze procedure echter geen winst op ten opzichte van de gewone gang van zaken, waarbij het bestuur een gewijzigd besluit neemt naar aanleiding van de einduitspraak van de rechter. Zowel wanneer het besluit hangende het geding wordt gewijzigd, als wanneer dit na de einduitspraak geschiedt, geldt ook naar huidig recht veelal dat tegen het wijzigingsbesluit niet opnieuw bezwaar openstaat, omdat het gewijzigde besluit en dus ook het wijzigingsbesluit in de meeste gevallen reeds een beslissing op bezwaar is. Beroep staat ook thans als regel slechts open voor degene die rechtstreeks in zijn belang is getroffen.

Voor zover het voorstel ziet op de situatie waarin slechts een klein deel van een omvangrijk besluit (bijvoorbeeld een bestemmingsplan) onrechtmatig blijkt en daarom wordt gewijzigd, en wil voorkomen dat ook tegen de niet gewijzigde delen opnieuw beroep kan worden ingesteld, zij erop gewezen dat dit ook thans reeds kan worden voorkomen – en in de praktijk ook pleegt te worden voorkomen – door te volstaan met gedeeltelijke vernietiging van het oorspronkelijke besluit. Niettemin kan het efficiënt zijn indien de rechter het bestuur de mogelijkheid zou kunnen bieden om gebreken in het bestreden besluit te herstellen, alvorens een uitspraak wordt gedaan.

Conclusie: Het kabinet zal het voorstel met betrekking tot de «bestuurlijke lus» betrekken bij de reeds naar aanleiding van de evaluatie van de Awb toegezegde studie naar de toepassing van de artikelen 6:18 en 6:19.

Omvang van het geding

Het rapport «Bestuur in geding» gaat ook in op de complexe problematiek van de omvang van het geding bij de bestuursrechter. Voorgesteld wordt de omvang van het geding strikt te beperken tot het beroepschrift, en de rechter te verbieden ambtshalve de rechtsgronden en de feiten aan te vullen. Dit voorstel zou er toe leiden, dat de rechter bijvoorbeeld een besluit waarbij een WAO-uitkering in strijd met de wet is geweigerd, slechts zou kunnen vernietigen als appelland in zijn beroepschrift precies het juiste juridische argument heeft geformuleerd. Daarmee zou het bestuursprocesrecht zelfs hogere eisen aan de juridische deskundigheid van de eiser stellen dan het burgerlijk procesrecht met zijn verplichte procesvertegenwoordiging!¹ Dat kan niet de bedoeling zijn. Iets anders is, dat ook naar huidig recht de rechter slechts ambtshalve behoeft te toetsen aan voorschriften van openbare orde; aan een niet onbelangrijk aantal voorschriften toetst hij derhalve slechts indien de appelland daarop (tijdig) een beroep doet. Voorts wijst het rapport er terecht op dat een procespartij of de rechter de wederpartij niet in een laat stadium mag overvallen met niet eerder naar voren gebrachte feitelijke of juridische argumenten. Dit verbod van processuele overrompeling behoort echter al tot de beginselen van een goede procesorde, die door de rechter worden gehandhaafd. De rechter pleegt aan duidelijk te laat naar voren gebrachte nieuwe gezichtspunten voorbij te gaan, en zal nieuwe argumenten in ieder geval niet in zijn oordeel betrekken zonder de andere partij in de gelegenheid te stellen daarop te reageren. Wanneer een nieuw argument «te laat» kan worden genoemd, hangt sterk van de omstandigheden af. Het zou te ver voeren om, zoals het rapport voorstelt, in algemene zin de eis te stellen dat alle argumenten reeds in de bezwaarfase naar voren moeten worden gebracht. Dat zou overigens ook

¹ In het burgerlijk proces mag de rechter immers ook ambtshalve de rechtsgronden aanvullen (artikel 48 Rechtsvordering).

uit een oogpunt van tegengaan van onnodige juridisering onaantrekkelijk zijn. Rechtshulpverleners zouden dan immers geen andere keus hebben dan hun cliënten te adviseren om, uit vrees voor verlies van rechten, reeds in de bezwaarprocedure zoveel mogelijk grieven aan te voeren.

Conclusie: Aan de in het rapport «Bestuur in geding» voorgestelde wijziging van artikel 8:69 kleven grote bezwaren. De rechter waakt reeds in voldoende mate tegen het onredelijk laat aanvoeren van nieuwe argumenten.

De discussie over het onderwerp juridisering is met name op gang gebracht in verschillende publicaties en op symposia. Hieronder volgt een globaal overzicht van de laatste anderhalf jaar (tot november 1998).

Eind 1996 organiseerde het Schoordijk Instituut, onderzoeksschool en -instituut van de Tilburgse faculteit der rechtsgeleerdheid, een symposium met de titel «Openbaar bestuur in de knel door rechtspraak?» De centrale vraag was of het openbaar bestuur zijn werk nog wel behoorlijk kon doen, of dat het te veel door de rechtspraak voor de voeten werd gelopen. Inleiders uit de sfeer van het openbaar bestuur, rechterlijke macht en wetenschap discussieerden met elkaar over deze vraagstelling. Uit een enquête die ter gelegenheid van dit symposium was gehouden, bleek dat de werelden van bestuurders en rechters twee totaal verschillende waren. De bestuurders (burgemeesters) waren vrij algemeen van mening dat juridisering bestaat en dat deze de afgelopen jaren is toegenomen. De meeste rechters daarentegen vonden dat van juridisering geen sprake is en zien op dat punt geen problemen. Wel wezen zij op een ander probleem, dat in hun ogen zou bestaan. Veel van de rechters waren de mening toegedaan dat de beleidsproblemen van het lokaal bestuur voornamelijk te wijten zijn aan onvoldoende kwaliteit van de besluitvorming. Dit zou onder meer worden veroorzaakt door te weinig kennis van de Awb bij bestuurders.¹ In dezelfde tijd publiceerde de Raad voor het binnenlands bestuur (Rbb) het advies «Besturen op de tast», waarin onder meer op juridisering werd ingegaan. De Raad beschreef een proces van toenemende juridisering van de relatie tussen overheid en burger. Dit proces van juridisering betekende volgens de Raad een uitvergroting van het juridische aspect in de relatie tussen burger en bestuur en tussen bestuurders onderling. Juridisering werd aldus gezien als een proces dat het evenwicht tussen bestuur, burger en rechter onder druk zet. Er was een duidelijke samenhang tussen het proces van juridisering en de spanning die het kabinet had geconstateerd tussen de behoefte aan snelle besluitvorming en de tijd die nodig is om tot een zorgvuldige besluitvorming te komen, waarin rekening kan worden gehouden met diverse belangen en waarin op basis van een zorgvuldige belangenafweging knopen kunnen worden doorgesneden.

Eind 1996 verscheen ook het verslag van de Commissie Evaluatie Algemene wet bestuursrecht,² waarin werd ingegaan op de juridisering van de verhouding tussen bestuur en burger. De commissie schreef dat deze juridisering voor een niet onbelangrijk deel een gevolg was van bewust gewilde, postief te waarden politieke keuzen. Een zekere juridisering was het onvermijdelijke gevolg van rechtsstatelijk bestuur en individuele rechtsbescherming. De Awb zou deels te beschouwen zijn als een neerslag van deze doelstellingen. Voor een ander deel was de juridisering het gevolg van autonome maatschappelijke ontwikkelingen, waarvan de Awb niet de oorzaak, maar hooguit de neerslag vormde. Als zou moeten worden aangenomen dat de juridisering op sommige punten te ver was doorgesloten, zouden de hieruit voortvloeiende problemen slechts in beperkte mate door de Awb kunnen worden opgelost. Het beperken van te gedetailleerde regelgeving en een opeenstapeling van rechtsbeschermingsmomenten is primair een zaak van de bijzondere wetgever. Wel kan de Awb in de toekomst mogelijk een bijdrage leveren aan een vereenvoudiging van de bestuurlijke besluitvorming. Voorts beveelde de commissie aan dat de rechter daar waar mogelijk meer gebruik zou moeten maken van de instrumenten die de Awb biedt om het geschil inhoudelijk en definitief te beslechten.

¹ Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht, 1997, nummer 1.

² Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1994–1996, Den Haag 1996.

Van het Nederlands Juristenblad (NJB) kwam halverwege 1997 een nummer uit dat speciaal gewijd was aan juridisering.¹ Prof. dr. C.J.M. Schuyt, hoogleraar sociologie, stelde dat het verschijnsel juridisering erop kan wijzen dat het vertrouwen tussen personen in een samenleving – sociale cohesie – aan het verminderen is. Het kan ook worden gezien als een noodzakelijke vervanging, als een substituut, voor dat wegvallende vertrouwen: het recht als een nieuwe vorm van sociale cohesie. Mevrouw prof. mr. I.C. van der Vlies, hoogleraar bestuursrecht, betoogde dat een volgend kabinet het onderwerp deregulering niet meer op de agenda zou moeten plaatsen. De weerstand tegen regels zou volgens haar alleen maar sterker worden als het idee wordt gevoed dat de maatschappij zonder regels zou kunnen leven. Prof. mr. A.F.M. Brenninkmeijer, hoogleraar staats- en bestuursrecht, vroeg zich af of ons rechtssysteem meer te bieden heeft dan een proces dat tijd, geld en energie verslindt. Hij pleitte voor een keuze voor justitiabelen tussen «snelle procedures voor een kadi (kantongerecht)» of «langzame procedures waarbij de juridische mathematicus oordeelt». Mr. J.E.M. Polak, advocaat, verdedigde de stelling dat juridisering heeft bijgedragen aan de kwaliteit van de besluitvorming door het openbaar bestuur, doordat de bestuursrechter toegankelijker is geworden en doordat deze intensiever is gaan toetsen aan formele beginselen.

Het tijdschrift Bestuurskunde bracht een special uit met de titel «Algemene wet bestuursrecht: vloek of zegen?»² Conclusie was onder meer dat te vergaande juridisering van verhoudingen een vorm van schijnzekerheid voor burgers schept. Anders dan Polak stelt, geven onderzoeken aan dat de Awb niet of nauwelijks bijdraagt aan de kwaliteit van primaire bestuursprocessen, omdat het verwachte leereffect uitblijft. Of de Awb de wederkerigheid tussen bestuursorganen en burgers bevordert heeft, is niet vast te stellen. Wel lijkt het erop dat de Awb bijdraagt tot verdergaande bureaucratisering en verschriftelijking van de verhouding tussen bestuursorganen en burgers. Te strakke regulering, zowel vanuit een instrumenteel als waarborgperspectief, haalt de lucht uit de maatschappelijke verhoudingen. Veelal blijkt dat, wanneer men in juridische zin een oordeel heeft verworven over een bepaald conflict, er daarmee nog geen oplossing is voor het eigenlijke of onderliggende probleem.

Het is de vraag of de huidige wijze waarop democratische instellingen functioneren, voldoende waarborgen biedt om de beginselen van behoorlijk bestuur te verwezenlijken.

Ook van het tijdschrift Justitiële verkenningen van het WODC verscheen een themanummer, genaamd «Tussen bestuurlijke daad en juridische rede».³ De burgemeester van Den Bosch, mr. dr. A.G.J.M. Rombouts, stelde zich op het standpunt dat de rechtsbescherming te ver is doorgeschoten. Volgens Rombouts wordt de rechtspraak voor andere doelen gebruikt dan waarvoor deze is bedoeld, namelijk als een «vorm van verdragingsstechniek, als middel om bestuurlijk handelen sterk te vertragen of zelfs te blokkeren.» Bestuurders gaan als gevolg daarvan risicomijdend gedrag vertonen. Het aantal rechtsbeschermingsmogelijkheden dient naar het inzicht van Rombouts beperkt te worden. Mr. N. Verheij, raadsadviseur op het ministerie van Justitie, verwierp de stelling dat de macht van de rechter zo groot zou zijn dat hij de democratie uitholt. Wel is het zo dat het bestuursrecht de laatste twintig jaar een stormachtige ontwikkeling heeft doorgemaakt, waardoor het bestuur inderdaad vaker en indringender met zijn juridische grenzen wordt geconfronteerd. Hij adviseerde het bestuur meer te investeren in juridische kwaliteit van haar personeel, want veel juridische fouten kunnen gemakkelijk vermeden worden. Anderzijds plaatste hij enkele kanttekeningen bij de steeds hogere eisen die aan het bestuur worden gesteld. Dr. P.M. Langbroek, verbonden aan de Univer-

¹ NJB-speciaal, 1997, nummer 21.

² Bestuurskunde, 1997, nummer 7.

³ Justitiële verkenningen, 1997, nummer 5.

siteit Utrecht, en mr. dr. E. Helder, werkzaam bij de Universiteit Twente, sloten daarbij aan. Door de nadruk op ontwikkeling van nieuw beleid door het bestuur, worden de juridische kanten ervan vaak verwaarloosd. Prof. mr. H.R. van Gunsteren, hoogleraar politieke theorieën en rechtsfilosofie, benaderde de spanning tussen bestuur en rechter vanuit een andere invalshoek. Hij ging na of het nieuwe management van productie en efficiëntie voor de rechterlijke macht wel zo bevorderlijk is. De taal van dit nieuwe management was volgens hem minder neutraal dan deze lijkt. In feite committeert het bestuur zich aan het model van «uiteindelijk is er één baas». Hij concludeerde dat dit «één-baasdenken» zowel verouderd als gevaarlijk is. Verouderd omdat complexe organisaties in het bedrijfsleven er afstand van hebben genomen, gevaarlijk omdat het kan leiden tot verlicht despotisme en hofhoudinggedrag. De kernfuncties van de rechterlijke macht, kwaliteit, onpartijdigheid en beroepsethiek, zouden hierdoor in het gedrang komen.

Het Nederlands Genootschap van Burgemeesters (NGB) wijdde zijn jaarcongres 1997 aan het onderwerp juridisering. De toenmalige voorzitter van het NGB, de vroegere burgemeester van Groningen drs. H.G. Ouwerkerk, pleitte in zijn rede voor een evenwicht: regelgeving mag een adequaat optreden van de overheid niet belemmeren, maar de burgers moeten ook in staat zijn zich te wapenen tegen onjuist optreden van diezelfde overheid. Dat evenwicht is op het terrein van de openbare orde wel eens zoek, constateerde Ouwerkerk.

Staatsraad mr. J.J. Vis analyseerde een aantal impulsen achter de toegenomen juridisering: het vermogen om regels te maken is toegenomen, onder andere als gevolg van de computertechnologie; de burgers zijn assertiever geworden, kritischer jegens «vadertje staat»; de afschaffing van het kroonberoep heeft geleid tot verlenging van procedures; in de ruimtelijke ordening botsen particuliere belangen meer met collectieve belangen. Volgens Vis was juridisering een trend die zich vermoedelijk niet zou laten keren. Hij verwachtte dat de volgende eeuw een eeuw wordt van individuen en hun rechten. Begeleiding van die trend levert naar zijn mening meer op dan blokkeren en afremmen.

Prof. mr. P.E.W.M. Tops, hoogleraar bestuurskunde, ten slotte, schetste vier ontwikkelingen die juridisering versterken: culturele modernisering en verzakelijking; de «onttovering» van de politiek, die «gewoon» is geworden, tegenover het «sacrale» van de juridische wereld; onthiërarchisering van de verhouding tussen overheid en burger; en de eindeloze variëteit van de praktijk, waar regelgeving niet altijd op past. Tops zette ook drie bezwaren tegen juridisering uiteen: stroperigheid, een geringe slagvaardigheid van de publieke besluitvorming; vervagende grenzen tussen rechter en bestuurder; een formalisering van problemen, terwijl de oplossing juist niet is gebaat bij formalisme. Tops besloot met vier mogelijke reacties om de effecten van de juridisering te verzachten: probeer minder formeel met mogelijke conflicten om te gaan, leer van bezwaarschriften (zie ze zelfs als een gratis organisatie-advies), verbeter de juridische kwaliteit van de gemeentelijke organisatie en ga open en eerlijk met de burgers om, doe ze geen valse beloften.

Bij de Algemene politieke beschouwingen in 1997¹ waarschuwde de toenmalige voorzitter van de VVD-Tweede-Kamerfractie, mr. drs. F. Bolkestein, voor een verstikkende werking die uitgaat van een steeds ingewikkelder samenleving met veel wetten en regels. Hij spitste zijn bijdrage met name toe op de juridisering van het bestuur. De ruime mogelijkheid bezwaar en beroep tegen overheidsbeslissingen aan te tekenen en het bestaan van veel wetgeving met open normen geven de rechter aanleiding om beleidsuitspraken van de bestuurder een bepaalde inhoud te geven. De wetgever heeft daarmee de rechter de gelegenheid gegeven op de stoel van de bestuurder te gaan zitten. Tegen misbruik

¹ Handelingen II 1997/98, 17 september 1997.

en/of oneigenlijk gebruik van procesrecht – het gebruik van procesrecht puur als verdragingsmiddel tegen de uitvoering van een voorgenomen besluit – zou volgens Bolkestein moeten worden opgetreden. Om juridisering te beperken zou het bestuur moeten worden voorgeschreven om in procedures sneller te handelen, zou moeten worden nagegaan of de rechtsgang kan worden beperkt en zou de rechter wat meer gebonden moeten worden aan termijnen voor afhandeling van zaken.

Tijdens de Tweede-Kamerbehandeling van de begroting van Binnenlandse Zaken in datzelfde jaar¹ wees mevrouw mr. O. Scheltema-de Nie van de D66-fractie erop dat besluitvorming, regelgeving en beleid zo moeten worden ingekleed dat deze minder tot rechterlijke toetsing nopen. Een veelheid en diversiteit van procedures, vage wettelijke normen, discretionaire bevoegdheden en onvoldoende mogelijkheden om binnen de bestuurskolom op te treden bij patstellingen tussen overheden leiden volgens haar tot een overmaat aan rechterlijke toetsing.

Op 17 oktober 1997 organiseerde het Leidse E.M. Meijers Instituut een symposium over de vraag of het wenselijk en mogelijk is om algemene beginselen van behoorlijke geschillenbeslechting te ontwikkelen die zowel in de traditionele als in de alternatieve procesvormen als (minimum) standaard gelden. Vanuit deze centrale vraag werden drie subthema's behandeld: de bestaansgrond van de algemene beginselen van behoorlijke geschillenbeslechting zelf, concrete vormen van geschillenbeslechting en de rol die daarbinnen aan algemene beginselen toekomt, en rechtsvinding en de invloed van buiten-juridische factoren.

Als reactie op de evaluatie van de Awb verscheen in november 1997 het rapport «Bestuur in geding» van de werkgroep-Van Kemenade. Kern van het rapport is de stelling dat de rechtsbescherming van de burger te ver is doorgeschooten, waardoor de bestuurlijke slagvaardigheid en het politieke primaat in het gedrang zijn gekomen. De rechtsbescherming zou vooral zijn doorgeschooten als gevolg van de Awb: de mogelijkheden tot het aanspannen van bezwaar- en beroepsprocedures zijn door het centraal stellen van het begrip «besluit» aanzienlijk uitgebreid en door codificatie van de algemene beginselen van bestuur heeft de rechter volgens de werkgroep te ruime toetsingsnormen gekregen. Bovendien zou er sprake zijn van een te grote regeldichtheid en open normering in de wetgeving, waardoor de rechter te veel ruimte krijgt voor eigen invulling. In het rapport doet de werkgroep een aantal oplossingen aan de hand, die deels overeenkomen met de eerder gedane aanbevelingen van de commissie evaluatie Algemene wet bestuursrecht. Oplossingen die de werkgroep-Van Kemenade voorstelt, zijn bijvoorbeeld het beperken van de beroepsmogelijkheden van de burger tot individuele beschikkingen, het beperken van de beroepsmogelijkheden voor anderen dan direct belanghebbenden en aanpassing van de bevoegdheden en toetsingsmogelijkheden van de rechter.

Het rapport leidde tot veel reacties.² Dr. H. Winter en prof. dr. M. Herweijer, beiden verbonden aan de vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen, bekritiseerden de invalshoek van het rapport. Zij pleitten voor een systematische toetsing aan juridische kwaliteitseisen van de producten en diensten die het bestuur levert; dat betekent een herwaardering van de rol van juristen binnen overheidsorganisaties. Op die manier zou de kwetsbaarheid bij de rechter sterk worden verminderd. Mr. dr. G.S.A. Dijkstra, verbonden aan de Universiteit Leiden, wees op de angst van de werkgroep Van Kemenade dat de rechtsstaat verwordt tot een rechtersstaat, maar benadrukte dat het accepteren van de opvattingen van de werkgroep zou kunnen leiden tot een – net zo verwerpelijke – regentenstaat. Prof. mr. W. Konijnenbelt, staatsraad en hoogleraar bestuursrecht, was van mening dat de werkgroep de schuld wel erg eenzijdig bij de rechters neerlegde, maar

¹ Handelingen II1997/98, 25 600-VII, 8 oktober 1997.

² De hier genoemde reacties zijn gepubliceerd in Binnenlands Bestuur, 1997, nummers 48, 49, 50, 51/52 en 1998, nummer 7.

vond ook dat het rapport ertoe bijdroeg dat de juridiseringsdiscussie de borreltafel ontsteeg. Prof. mr. A.Q.C. Tak, hoogleraar publiekrecht, was uiterst kritisch over het rapport. Hij signaleerde dat het bestuur zich plotseling als een eigen partij met een eigen belang presenteerde, tegen de burger. Zijn stelling was dat falende controle van de volksvertegenwoordiging op het bestuur de oorzaak is geweest van de vlucht naar de rechter van de burger, maatschappelijke (actie)groepen en andere politiek of bestuurlijk geëngageerde verbanden. In het Jaarverslag 1997 van de Raad van State wordt onder verwijzing naar discussie binnen de Afdeling bestuursrechtspraak RvS gesteld dat de in het rapport Bestuur in geding verwoorde kritiek terecht is voorzover zij betrekking heeft op de lengte van de procedures, de weinig gestroomlijnde rechtsbescherming terzake van grote structurele werken en de hier en daar nog toegestane actio popularis. Minder bijval vond het voorstel om de toetsing van de administratieve rechter van, wat in het rapport heet, besluiten die het resultaat zijn van politiek-bestuurlijke afwegingen, te beperken. Dit zou leiden tot een niet onaanzienlijke aantasting van de geldende rechtsbescherming en een te grote rechtervrije bestuurlijke ruimte creëren waartegen de wetgever in de praktijk onvoldoende tegenwicht kan bieden. Onderstreept wordt dat terughoudendheid bij de rechterlijke toetsing past waar het bestuur over beleidsvrijheid of beoordelingsruimte beschikt. De rechter als bestuurder-plaatsvervanger is een niet gewenste figuur. Het gezag van de rechter kan worden aangetast, indien hij zich niet beperkt tot een strikte rechtmatigheidstoetsing. In de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak komt dit standpunt uiteindelijk tot uitdrukking.

Het Nederlands GespreksCentrum (NGC) hield eind 1997 een breed beraad met rechters, bestuurders en wetenschappers over het thema «De verhouding van de politiek en de rechterlijke macht». Aandachtspunt was onder meer het evenwicht der machten: is het noodzakelijk te komen tot een herdefinitie van het evenwicht van machten zodat de formele uitgangspunten en de werkelijkheid elkaar meer benaderen – moet de waarde van de klassieke trias politica herbevestigd worden of moet worden uitgegaan van de feitelijke duas politica? Verder werd besproken hoe de zienswijze van de politiek op de rechterlijke macht was en andersom, en hoe deze zienswijzen tot stand waren gekomen. Van dit beraad is geen verslag beschikbaar.

Het Centrum voor Lokaal bestuur, de bestuurdersvereniging van de PvdA, belegde in januari 1998 een bijeenkomst onder leiding van Commissaris der Koningin dr. J.A. van Kemenade, waarbij de publicatie met een voorstel voor een nieuw evenwicht tussen politiek en recht centraal stond: «De weegschaal van politiek en recht». Het Centrum voor Lokaal bestuur deed in haar publicatie een aantal aanbevelingen. Zo zou de bezwaarschriftprocedure moeten worden afgeschaft als er al een andere procedure bestaat, de bestuursrechter zou binnen een bepaalde tijd een uitspraak moeten doen, de rechter zou alleen marginaal moeten toetsen en de beroepsmogelijkheden zouden beter gecoördineerd moeten worden. Tijdens de bijeenkomst betoogden Van Kemenade en de Noord-Hollandse gedeputeerde mr. W.C.T.F. de Zeeuw dat de rechter veel te vaak op de stoel van de bestuurder gaat zitten, en dat het daarom anders moet. De rechter valt op zich niets te verwijten, omdat de wetgever bepaalt of de rechter zich ergens mee mag bemoeien. Daarom zou de discussie met de wetgever moeten worden gevoerd. Mr. L.J.A. Damen van de Centrale Raad van Beroep vroeg zich echter af of er wel echt een (groot) probleem is. Hij vond dat bestuurders eerst maar eens moesten aangeven hoe vaak en hoe ernstig de rechter op de stoel van het bestuur gaat zitten.

Ook in januari 1998 vond naar aanleiding het rapport «Bestuur in geding» een forummiddag plaats van de vakgroep Publiekrecht van de Universiteit van Maastricht en het tijdschrift Jurisprudentie Bestuursrecht. Van deze middag is geen verslag beschikbaar.

Op 27 maart 1998 organiseerde de Vereniging voor Administratief recht een studiemiddag over juridisering. Mr. H.J.E. Bruins Slot, burgemeester van Apeldoorn, betoogde dat juridisering van het overheidshandelen niet de schuld is van wetgevers en rechters, maar veeleer van het door de politiek aangehangen idee van de maakbaarheid van de samenleving. Dit idee kreeg door wet en regelgeving gestalte met als sluitstuk een ver doorgevoerde rechtsbescherming. Het is aan de politiek om de rol van en de positie van de overheid te herpositioneren als een plaatsmakende overheid die ruimte voor andere actoren creëert vanuit het besef dat de overheid niet de enige is die de samenleving bestuurt. Mr. D.A.C. Slump, vice-president van de rechtbank Utrecht, gaf aan dat het de natuurlijke houding van de bestuursrechter is de in het recht (Grondwet, wet in formele zin en het ongeschreven recht) vervatte bevoegdheden en (beleids)vrijheden van de bestuursorganen te respecteren. Zeker in structurele zin is naar zijn mening geen sprake van «verplaatsing van de besluitvorming over inrichting van onze samenleving van de gekozen volksvertegenwoordiging naar de onafhankelijke rechter». Het bestuur is in materiële zin lang niet altijd democratisch gelegitimeerd ten aanzien van de door of namens hem genomen besluiten. De rechter levert een bijdrage aan het bestrijden van juridisering door ernaar te streven dat zijn uitspraken duidelijkheid verschaffen over de uiteindelijke afdoening van het materiële geschil en vernietiging op grond van schending van formele beginselen van behoorlijk bestuur achterwege te laten, indien deze schending geen directe invloed heeft gehad op de inhoud van het aan gevochten besluit. Prof. mr. Th.G. Drupsteen, hoogleraar staats- en bestuursrecht, hekelde de eenzijdigheden en onjuistheden in het rapport «Bestuur in geding». De oorzaak van de juridisering is te eenzijdig gezocht bij het optreden van de rechter, terwijl het van belang is om aandacht te besteden aan de overmatig gedetailleerde regelgeving als een andere oorzaak van juridisering. Wel achtte hij enkele suggesties in het rapport «Bestuur in geding» met betrekking tot de inrichting van de bezwaarschriftprocedure en het beroep op de rechter nuttig.

In zijn rede ter gelegenheid van de Jaarvergadering van de Nederlands Orde van Advocaten op 25 september 1998 plaatste de deken het verschijnsel juridisering in de context van de verzakelijking van de maatschappelijke verhoudingen. Net als Schuyt stelde hij dat de sociale cohesie een slijtend begrip is geworden en dat het «primaat van het recht» in de sociale relatie gegeven is. Het wordt zichtbaar dat de burger het vertrouwen in zijn medeburger heeft verloren, en daarmee het vertrouwen dat ook zonder regelgeving over maatschappelijke fricties een redelijke oplossing in redelijk overleg haalbaar is.

Een toenemende regulering in een volgroeide rechtsstaat behoeft echter niet beangstigend te zijn, aldus de deken. Mits helder, logisch en consistent ontwikkeld zal juist een zorgvuldige en transparante regulering zelfs het beroep op de rechter kunnen voorkomen. De deken noemde het aanwijzen van «de juristen» als zondebok, als veroorzakers van de uitgebreide regelgeving, een wat al te gemakkelijke redenering. In zijn ogen vormt de wetgevingsmachinerie de belangrijkste motor van de juridisering, en die wordt aangedreven door de politiek. Hij verweet de politiek rechtsbeginselen ondergeschikt te willen maken aan door politici als hoger beleefde strategieën. In procedures voor de rechter toont de Staat zich een slecht verliezer en wijzigt de spelregels, zo meende de deken.

De deken pleitte ervoor om het recht de ruimte te geven. Rechtsbescherming is een bewust gewenste keuze, in de Awb en in tal van bijzondere wetten. De burger maakt gebruik van zijn rechten en de rechter doet gewoon zijn werk.

Voor een gezonde controle op het bestuur behoeven de rechtsbeginselen niet te worden versmald. De deken wees op het verwateren van het natuurlijk gezag van de overheid. Zolang bij burgers gerechtvaardigde twijfel aan de goede bedoelingen van de overheid kan blijven bestaan, is jurisdisering onvermijdelijk en zijn juristen broodnodig. De deken gaf er de voorkeur aan eerst de (volgens het regeerakkoord) voorgenomen kwaliteitsverbetering bij het openbaar bestuur af te wachten, in plaats van nu al te knabbelen aan de thans bestaande rechtsbescherming.

Tijdens de Tweede-Kamerbehandeling van de begroting van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 1999 (7 en 8 oktober 1998) was er opnieuw vanuit verschillende fracties aandacht voor het onderwerp jurisdisering.

Er werd voornamelijk gewezen op het belang van een goede kwaliteit van de besluitvorming van de overheid, zoals het zich houden aan afspraken en termijnen.

In dezelfde lijn als die van de deken van de Nederlandse Orde van Advocaten betoogde prof. mr. P.F. van der Heijden, hoogleraar arbeidsrecht, in het Nederlands Juristenblad van 9 oktober 1998 dat het politici en bestuurders zou sieren als zij in een werkgroep de kwaliteit van het eigen bedrijf onder de loep zouden nemen in plaats van te wijzen naar de rechter die de wet toepast. Hij wees op de kostbaarheid van de ontwikkeling in het recht van principes als fair play, fair trial, een zorgvuldig bestuur, het vertrouwensbeginsel en andere normen van overheidsfatsoen. Wat de rechter doet, is niet meer dan bestuursbesluiten onder het vergrootglas leggen van de toetsingsmaatstaven die door de wetgever aan de rechter zijn aangereikt. Het gaat niet aan om rechters als «boodschappers van het slechte nieuws», verwijten te maken wanneer zij gewoon hun werk doen.