

Tilburg University

Het overbruggen van de kloof tussen recht en samenleving

de Poorter, J.C.A.

Publication date:
2013

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
de Poorter, J. C. A. (2013). *Het overbruggen van de kloof tussen recht en samenleving*. Tilburg University.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Het overbruggen van de kloof tussen recht en samenleving.

Over rechtsvorming door de bestuursrechter en hoe de samenleving daarbij te betrekken.

Prof. mr. dr. J.C.A. de Poorter

Rede

uitgesproken bij de openbare aanvaarding van het ambt van hoogleraar *Bestuurs(proces)recht, in het bijzonder met betrekking tot rechtsvorming in de democratische rechtsstaat* bij Tilburg University, op vrijdag 25 oktober 2013

*Aan mijn beide grootvaders,
Constantinus Leopoldus de Poorter en Abraham Jacob Vermeulen*

Het overbruggen van de kloof tussen recht en samenleving.
Over rechtsvorming door de bestuursrechter en hoe de samenleving
daarbij te betrekken.

**“Hence all thinking about law has struggled to reconcile the conflicting demands
of the need of stability and of the need of change. Law must be stable and yet it
cannot stand still”**

(R. Pound, Interpretations of Legal History, Harvard University Press, 1946)

© Prof. mr. dr. J.C.A. de Poorter
ISBN: 978-94-6167-161-5

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een
geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij
elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of op enige andere manier.

I. 'Bridging the gap between law and society'

Mijnheer de rector magnificus,

Mevrouw de decaan,

Zeer gewaardeerde collega's¹, familie en vrienden,

Wat is de taak van de rechter, meer in het bijzonder van de bestuursrechter? Daarover kan verschillend worden gedacht. Men zal het er echter over eens zijn dat het tot de wezenlijke functie van de rechter behoort conflicten te beslechten aan de hand van regels.² In de overgrote meerderheid van de gevallen is dat ook een juiste typering van wat de rechter doet. In die meerderheid van gevallen kan en moet de rechter een bij wet vastgestelde regel toepassen die duidelijk bedoeld is om het voorgelegde geval te regelen. Dit proces van rechtsvinding door de rechter verloopt in veel gevallen volgens een syllogistisch patroon. De beslissing volgt uit de confrontatie van het voorliggende feitencomplex met de op dat feitencomplex toegesneden, bij wet vastgestelde regel. Toch kan de rechterlijke beslissing lang niet altijd worden gekwalificeerd als een syllogistische noodzakelijkheid. Dat geldt evenzeer voor beslissingen van de bestuursrechter.

Deze moeilijke gevallen doen zich voor wanneer de voor handen zijnde wettekst onduidelijk is of slechts vage normen bevat of aan de rechter een zekere beoordelingsruimte laat. In weer andere gevallen doet het zich voor dat er zelfs niet een onmiddellijk op het voorliggende feitencomplex toegesneden wettelijke regel voorhanden is. In die gevallen krijgt het proces van rechtsvinding in de woorden van Wiarda een meer autonoom, zo men wil: creatief, karakter.³ De bestuursrechter treedt in die gevallen niet louter op als wat Montesquieu noemde 'la bouche qui prononce la loi', maar veeleer als 'la bouche qui prononce le droit; een rechter die er niet voor terugdeinst om, als het moet en zonder zich te laten leiden door subjectieve overtuigingen, het bestaande recht te hervormen, of nieuw recht te creëren.⁴ Dit vormt het vertrekpunt voor mijn verhaal.

¹ Met dank aan Jan Vranken en Rob van Gestel voor hun waardevolle opmerkingen op een eerdere versie van deze oratie.

² W. Van Gerven, De taak van de rechter in een West-Europese democratie, Antwerpen - Deventer: Kluwer 1977, p.3.

³ Zie G.J. Wiarda, Drie typen van rechtsvinding, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972.

⁴ W. Van Gerven en S. Lierman, Algemeen deel. Veertig jaar later (Beginselen van Belgisch Privaatrecht II), Mechelen: Kluwer 2010, p. 224.

Rechters die geschillen beslechten doen vaak meer dan het beslissen van het conflict van belangen van betrokken partijen. Niet zelden stijgt de betekenis van hun uitspraken uit boven het individuele geval: ze hebben dan tevens rechtsvormende waarde.

Het lijkt nauwelijks meer in geschil dat de rechter een rechtsvormende taak heeft. Dat geldt in het bijzonder voor de hoogste nationale rechters en de internationale rechterlijke colleges als het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de Europese Unie. Ofschoon, zoals Asser e.a. opmerken, de manier waarop en de mate waarin deze colleges hun rechtsvormende taak vervullen, verschilt en meer dan eens ook wrevel oproept, is het feit dat ze rechtsvormend bezig zijn niet in discussie.⁵ Sterker nog, de bijdrage van de rechter aan de ontwikkeling van het recht is in een moderne maatschappij tot op zekere hoogte onmisbaar geworden. Zoals de voormalig opperrechter van het Israelisch Hooggerechtshof Aharon Barak schrijft is de rechter een ‘partner in het scheppen van recht’, waarbij zijn functie er uit bestaat ‘de kloof te overbruggen tussen het recht en de concrete, steeds veranderende samenleving’.⁶

De vraag rijst echter hoe de rechter dat doet; is hij wel in voldoende mate in staat die door Barak benoemde kloof tussen recht en samenleving te overbruggen? Het uitgangspunt in onze democratische rechtsstaat is dat in de rechtsvorming het primaat bij de wetgever en het bestuur ligt, waarbij de rechter het concrete handelen toetst aan het recht. Dit uitgangspunt is in de praktijk minder herkenbaar. De redenen daarvoor zijn divers. Soms is de wetgever niet in staat om regelen op te treden en moet de rechter noodgedwongen het voortouw nemen in de rechtsontwikkeling. Denk aan bijvoorbeeld het ontslagrecht, het stakingsrecht en het vraagstuk van de euthanasie. In andere gevallen heeft het te maken met regelgeving die onvolledig of onduidelijk is. Daarnaast is de rol van de rechter ook versterkt door de toenemende doorwerking van Europees en internationaal recht. We moeten echter ook constateren dat in de huidige tijd waarin verandering van beleid en regelgeving vaak een hoge urgentie hebben vanwege de financiële gevolgen daarvan, het uitgangspunt dat regels zoveel mogelijk hun plaats vinden in de wet tot gevolg heeft, dat regels in korte tijd frequent veranderen of

dat regelgeving gewoonweg niet in staat is om de maatschappelijke ontwikkelingen bij te houden.⁷ Wellicht dat mede daarom de druk op de rechter in het proces van rechtsvorming lijkt toe te nemen.

Indien men echter erkent dat de rol van de rechter er niet enkel uit bestaat het gegeven recht toe te passen, maar ook nieuw recht te creëren, moet de consequentie zijn dat men nadenkt over de vraag hoe de samenleving bij dat proces van rechtsvorming kan worden betrokken. De processuele vormgeving van de rechterlijke procedure is in sterke mate betrokken op het individuele geval waarin betrokken partijen vanuit hun concrete geschil inbreng leveren. Dat brengt ons bij de vraag of de rechterlijke procedure wel in voldoende mate is toegesneden op het scheppen van precedentes die vervolgens een veel ruimere werking hebben dan het voorliggende geval. De vraag die mij daarbij voor nu in het bijzonder bezighoudt is hoe en in hoeverre de rechter bij de uitoefening van zijn rechtsvormende taak rekening kan houden met de gevolgen die een rechtsvormende beslissing heeft voor de samenleving? Ik ben derhalve op zoek naar de mogelijkheden en onmogelijkheden van wat kan worden genoemd: ‘consequence based’ rechtsvorming door de rechter.

⁵ W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken m.m.v. I.N. Tzankova, Een nieuwe balans. Interimrapport fundamentele herziening Nederlands burgerlijk procesrecht, Den Haag: BJu 2003, p. 37-38.

⁶ Aharon Barak, *The judge in a democracy*, Princeton 2006.

⁷ Zie hierover ook het Jaarverslag van de Raad van State 2012, p. 23-24.

2. 'Consequence-based' rechtsvorming: wat wordt er eigenlijk mee bedoeld?

Rechters, in het bijzonder de hoogste nationale rechters en internationale rechterlijke colleges nemen niet zelden beslissingen die verstreckende maatschappelijke gevolgen hebben. Dat wil echter niet zeggen dat rechters zich ook altijd bewust zijn van de consequenties die hun rechterlijke beslissingen hebben. Mijn indruk is dat rechters over het algemeen niet zo veel weten van de mogelijke effecten van hun beslissingen. In ieder geval lezen we er in de motivering van de uitspraak vaak niet veel over terug.

Aan welke gevolgen moeten we hier nu denken als we spreken van consequence-based rechtsvorming? Waar het gaat om de feitelijke grondslag van de rechterlijke beslissing, moet de rechter het nu vooral doen met hetgeen partijen hem aanreiken, in bepaalde zaken aangevuld met een bericht van een door de rechter geraadpleegde deskundige. In alle gevallen betreft het echter informatie die betrokken is op de feitelijke situatie in het individuele geval. De gevolgen dus op microniveau, waarbij valt te denken aan: wat is de te verwachten geluidsbelasting van de te vergunnen milieuvergunningplichtige inrichting op de omgeving of wat zijn de effecten van de met het bestemmingsplan beoogde woningbouw voor de luchtkwaliteit? Bij het formuleren van nieuw recht is echter ook andersoortige informatie van belang. Het gaat dan om, wat in navolging van Monahan en Walker, 'legislative facts' kunnen worden genoemd.⁸ Dit zijn argumenten die veeleer de gevolgen van de rechterlijke beslissing op macroniveau betreffen. Het gaat dan om vragen als hoe groot is het probleem waarvoor de rechter zich in dit concrete geval gesteld ziet; wat betekent deze rechterlijke beslissing voor andere, enigszins vergelijkbare gevallen; wat voor effecten, waaronder mogelijke neven-effecten heeft deze beslissing op de rechtspraktijk?

Deze vragen brengen mij bij een nader onderscheid dat kan worden gemaakt binnen deze categorie van legislative facts. In de literatuur wordt wel gesproken van 'judicial' en 'behavioural consequences'.⁹ Met 'judicial consequences' wordt bedoeld dat de rechter zijn beslissing mede baseert op de overweging wat het voor andere, min of meer vergelijkbare gevallen betekent als dit concrete geval wel of niet onder de reikwijdte van een bepaalde regel wordt gebracht. Het is een type argument dat rechters in raadkamer nog al eens plegen te hanteren om collega's ervan te overtuigen dat in dit geval de voorhanden zijnde regel juist wel

⁸ J. Monahan & L. Walker, *Social Science in Law. Cases and Materials*, 6th ed., 2006.

⁹ Zie N. McCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford: Clarendon Press 2005, ch. 6.

of niet moet worden toegepast. In de Engelstalige literatuur wordt wel gesproken van het ‘where-will-it-all-end-argument’; als we dit toestaan, dan is het hek van de dam. We zien dit heel sterk in de rechtsvorming op het terrein van het bestuursprocesrecht waar in veel gevallen het zogenoemde floodgate-argument, zij het niet expliciet, een rol lijkt te spelen. Een aardig voorbeeld vormt de zogenaamde 1 oktober-jurisprudentie, waarin de Afdeling bestuursrechtspraak enige grenzen stelt aan het beroepsrecht van belangenorganisaties met een zeer ruime statutaire doelstelling.¹⁰ Het is heel waarschijnlijk dat deze rechtspraak zich vooral laat verklaren uit de behoefte om de toegang tot de rechter, die na de afschaffing van de getrapte actio popularis in het omgevingsrecht was beperkt tot belanghebbenden, niet via de achterdeur van het collectieve actierecht van artikel 1:2, derde lid, Awb alsnog voor niet-belanghebbende individuen te openen. Er zijn vele, andere gevallen te noemen waarin het floodgate-argument naar alle waarschijnlijkheid eveneens een belangrijke rol heeft gespeeld. In al die gevallen rijst echter wel de vraag hoeveel de rechter werkelijk bekend was over de omvang van het veronderstelde probleem en over de mogelijke gevolgen van zijn beslissing in relatie tot dat probleem.

Die vragen rijzen ook ten aanzien van de zogenoemde ‘behavioural consequences’. Waar de ‘judicial consequences’ naar hun aard in het rechtssysteem zelf besloten liggen,¹¹ daar hebben de ‘behavioural consequences’ veeleer betrekking op het soort gedrag dat de rechterlijke beslissing zal aan- of ontmoedigen.¹² Dit is het type gevolgen dat naar zijn aard juist buiten het rechtssysteem zelf is gelegen. Ze staan daarmee als het ware ook verder af van de specifieke deskundigheid van de rechter. Toch hebben rechterlijke beslissingen niet zelden grote gevolgen voor het functioneren van de rechtspraak. Als de Hoge Raad in het voorjaar van 2012 besluit om de werkgeversaansprakelijkheid uit te breiden tot hen – zoals zzp-ers – die buiten dienstbetrekking voor een opdrachtgever werkzaamheden verrichten in de uitoefening van hun beroep of bedrijf, heeft dat verderreikende gevolgen dan uitsluitend dit concrete geval. De beslissing roept vragen op over de omvang van de aansprakelijkheid van opdrachtgevers en over

de gevolgen die zij heeft voor de verzekeringspraktijk.¹³ Maar ook de bestuursrechter doet uitspraken die in meer of mindere mate ‘behavioural consequences’ met zich brengen.

¹⁰ ABRS 1 oktober 2008, AB 2008, 348 m.nt. F.C.M.A. Michiels; ABRS 1 oktober 2008, nr. 200707921/1 en ABRS 1 oktober 2008, nr. 200709094/1.

¹¹ Zie N. Luhmann, *Risk A Sociological Theory*, trans. Rhodes Barret (New Brunswick – London: Aldine Transactions 2005), p. 59.

¹² Zie hierover N. McCormick, *On Legal Decisions and Their Consequences: From Dewey to Dworkin*, New York University Law Review 1983, p. 239.

¹³ HR 23 maart 2012, LJN: BVo616.

3. Maatschappelijke effecten van bestuursrechtelijke uitspraken: enkele voorbeelden

Neem de uitspraak waarin de Afdeling had te oordelen over de vraag welke eisen dienen te worden gesteld aan de openbaarmaking van NEN-normen, waarachter een brede problematiek blijkt schuil te gaan.¹⁴

De organisaties die dergelijke standaardisatienormen ontwikkelen gaan ervan uit dat het product dat zij leveren een vorm van zelfregulering door private partijen is en geen wetgeving vormt. Om die reden zijn zij er tot op heden in geslaagd de openbaarmakingsplichten te omzeilen. De Afdeling komt tot haar oordeel op basis van een analoge toepassing van de Bekendmakingswet. Maar bestond er voldoende zicht op de maatschappelijke context waarin zij de gerezen rechtsvraag had te beantwoorden? Van Gestel en Micklitz wijzen er op dat een beperking van de copyrights van standaardisatieorganisaties, de vraag doet rijzen wie er dan gaat betalen voor deze standaarden.¹⁵ Voor een groot deel zijn zij immers afhankelijk van de opbrengsten van deze copyrights. Een beperking van de copyrightbescherming zal, aldus genoemde auteurs, noodzakelijkerwijs leiden tot een sterkere financiële betrokkenheid van de overheid bij het werk van deze organen, als we dat werk van publiek belang achten. Tegelijkertijd kan de vraag worden gesteld of het werk van dit soort organisaties inderdaad van publiek belang is. Ook nu al bewegen zij zich als private partijen op de markt en rekenen zij hun eigen tarieven voor de door hen ontwikkelde standaarden. Maar zodra zij moeten worden beschouwd als private organisaties doet dat al snel allerhande mededingingsrechtelijke vragen rijzen.¹⁶ Bovendien ontstaan in het verlengde daarvan vragen omtrent aansprakelijkheden van de organisaties voor gebrekkige standaarden en van de private partijen – bedrijven en NGO's – die deze organisaties behulpzaam zijn bij het ontwikkelen ervan. Of de Afdeling zich dit heeft gerealiseerd is maar de vraag. Dat het echter een wezenlijke problematiek betreft vindt bevestiging in de omstandigheid dat nagenoeg dezelfde rechtsvraag bijna gelijktijdig speelde bij de Hoge Raad en bij het Hof van Justitie van de Europese Unie en dat soortgelijke zaken hebben gespeeld bij het Duitse Bundesverfassungsgericht en bij de US Court of Appeals of the fifth circuit. Opvallend is overigens dat naar deze uitspraken niet wordt verwezen.

¹⁴ ABRS 2 februari 2011, nr. 201002804/1/HI.

¹⁵ R. Van Gestel en H. Micklitz, European integration through standardization: How judicial review is breaking down the club house of private standardization bodies, *Common Market Law Review*, Vol. 50, No. 1, februari 2013, p. 145-182.

¹⁶ Zij wijzen in dit verband op European Commission, Guidelines on the applicability of Art. 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union on horizontal co-operation agreements, O.J. 2011, C11/1, in het bijzonder par. 7.

Interessant is ook de uitspraak van de ABRS over de toelaatbaarheid van een blowverbod in de Algemeen Plaatselijke Verordening.¹⁷

Amsterdam voert in 2005 als eerste gemeente in Nederland een zogenaamd blowverbod in de APV in. Het moet de remedie zijn tegen softdrugs gerelateerde overlast, veroorzaakt door blowende jongeren. In de APV werd de burgemeester de bevoegdheid gegeven om gebieden aan te wijzen waar niet in het openbaar mag worden gebloed. Enkele maanden later werden de eerste blowverbodsborden geïntroduceerd op het Mercatorplein in het Amsterdamse stadsdeel de Baarsjes. De uitoefening van de bevoegdheid tot het aanwijzen van gebieden waar een blowverbod heeft te gelden leidde op 13 juli 2011 tot een geruchtmakende uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak. De Afdeling komt in haar uitspraak tot het oordeel dat deze handelingen reeds verboden zijn op grond van artikel 3 aanhef en onder C Opiumwet, en strafbaar gesteld op grond van artikel 11 lid 1 Opiumwet. Voor gemeentelijke verbods- en strafbepalingen die deze voorschriften op de Opiumwet dupliceren bestaat, ongeacht het motief dat daaraan ten grondslag ligt, naar het oordeel van de Afdeling geen ruimte. Dat achter deze rechtsvraag een brede bestuursrechtelijke en strafrechtelijke problematiek schuilgaat, blijkt uit de reacties die deze uitspraak in de literatuur heeft teweeggebracht. Zo zou de ongewenste situatie ontstaan dat gemeenten nauwelijks in staat zijn op te treden tegen uitwassen van het drugsbeleid, hoewel die uitwassen binnen de grenzen van het gedoogbeleid kunnen vallen.¹⁸ De Aanwijzing Opiumwet van het Openbaar Ministerie komt er kortgezegd op neer dat het verbod van de Opiumwet om softdrugs voorhanden te hebben, niet wordt gehandhaafd. Ten aanzien van het voorhanden hebben – als dat de hoeveelheid van 5 gram niet te boven gaat – en het gebruik ervan wordt derhalve politiesepot toegepast. Het gevolg is dus curieus, zoals Broeksteeg aangeeft: “(...) gemeenten die nu tegen de uitwassen van het gedoogbeleid aanlopen, kunnen het gebruik van softdrugs niet verbieden, omdat zulks formeel al is verboden, terwijl het gebruik daarvan materieel is gedoogd”. Andersom lijkt de Afdeling te suggereren dat gemeenten altijd nog het middel van artikel 172, lid 2 en 3 Gemeentewet tot hun beschikking hebben. Dit middel blijkt in de praktijk in die zin beperkt dat een ‘ordeverstoring’ als bedoeld in genoemde bepalingen, niet snel wordt aangenomen. In ieder geval niet als het gaat om enkele jongeren die op een bankje een joint roken. Bovendien vergt dit middel veel meer bureaucratie – het noodzakelijkerwijs opbouwen van een (bij voorkeur: individueel) dossier bijvoorbeeld – en vormt een

¹⁷ ABRS 13 juli 2011, AB 2011/250 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder.

¹⁸ Zie in die zin H. Broeksteeg in zijn noot onder deze uitspraak in JB 2011/190.

zwaarder middel dan het (tijdelijk) blowverbod. De vraag rijst of een rechter dergelijke consequenties van zijn beslissing voor de uitvoeringspraktijk altijd ten volle overziet.

Een derde en laatste voorbeeld vormt de uitspraak van de Afdeling van 31 maart 2010 inzake de ammoniakdepositie op Natura 2000-gebieden door de intensieve veehouderij.¹⁹

Ingevolge artikel 6, derde lid, van de Habitatrichtlijn (HRL) wordt voor elk plan of project dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van het gebied, maar afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kan hebben voor zo'n gebied, een passende beoordeling gemaakt van de gevolgen voor het gebied, rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen van dat gebied. Deze bepaling van de Habitatrichtlijn is geïmplementeerd door middel van een vergunningplicht in de Natuurbeschermingswet 1998 (Nbw 1998). De Nbw 1998 voorziet echter in een uitzondering op deze voorafgaande beoordeling van de gevolgen van een project voor een Natura 2000-gebied als voor dat project voor afloop van de omzettingstermijn van de HRL, te weten op 10 juni 1994, toestemming is verleend. In het onderhavige geval is op 18 februari 2008 vergunning verleend door het college van gedeputeerde staten (het college) van Noord-Brabant ingevolge artikel 19d Nbw 1998 voor een bestaand vleesvarkensbedrijf. De Afdeling ziet zich voor de vraag gesteld of in dit geval sprake is van een voortzetting van bestaand gebruik en kiest daarvoor een uitleg die zij ook in navolgende uitspraken volgt. De Afdeling overweegt dat aan het bedrijf op 28 april 1998 een vergunning is verleend op grond van de Wet milieubeheer voor in totaal 1600 vleesvarkens en een ammoniakdepositie van in totaal 4800 kg NH₃ per jaar. Hieruit volgt naar het oordeel van de Afdeling dat de vergunningaanvraag in het kader van de Nbw voor een ammoniakdepositie van 4800 kg NH₃ per jaar overeenkomt met de eerder krachtens de Wet milieubeheer vergunde andere handeling. Onder bestaand gebruik moet derhalve worden verstaan hetgeen krachtens de Wet milieubeheer is vergund. Ervan uitgaande dat iedere veehouder ook altijd de hem maximaal toegestane veestapel exploiteert, is dat een begrijpelijke benadering. Nu blijkt echter in het kader van de Programmatische Aanpak Stikstof dat veel veehouders de hen vergunde maximale omvang van de veestapel niet hebben benut en dat 42 tot 51% van de vergunde stikstofdepositie niet is gebruikt. Dat lijkt goed nieuws, maar dat is het niet. In de Programmatische Aanpak Stikstof werken verschillende overheden samen om de *feitelijke* stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden terug te dringen.

¹⁹ ABRS 31 maart 2010, nr. 200903784/1/R2.

Deze operatie lijkt echter aardig in de wielen te worden gereden door de omstandigheid dat de nulmeting van de feitelijke depositie in zeker opzicht uitgaat van een schijnwerkelijkheid. De vraag is natuurlijk of de rechter een andere keuze had gemaakt, als hij op het moment van zijn uitspraak volledig zicht had gehad op de maatschappelijke context van zijn beslissing en de achterliggende belangen.

Meer aandacht voor de rechtsvormende taak van de rechter lijkt derhalve een grotere behoefte aan informatie met zich te brengen over de gevolgen die de te nemen rechterlijke beslissing heeft op macroniveau. Tegelijkertijd vergt dat nogal wat van de rechter in termen van tijd, capaciteit en expertise. Ik kom daarop nog terug. Maar zelfs als de rechter wél over de benodigde informatie zou beschikken en ook de bereidheid toont deze in zijn oordeelsvorming te betrekken, rijst de prealabele vraag of het hem eigenlijk wel is toegestaan om het recht te vinden in gedeeltelijk buiten het recht gelegen argumenten.

4. Consequence-based argumenteren en de rechterlijke gebondenheid aan het recht

Het is op dit punt dat Ronald Dworkin fundamentele kritiek heeft geuit op het concept van ‘consequence-based lawmaking’, dat in het bijzonder in de Anglo-Amerikaanse literatuur reeds een lange traditie kent.²⁰ Het denken van Dworkin wordt in sterke mate bepaald door het principiële onderscheid tussen wat hij noemt ‘principle-arguments’ en ‘policy-arguments’. Een rechter, ook als hij zich geplaatst ziet voor wat Dworkin noemt ‘hard cases’, dient zijn oordeel uitsluitend te baseren op ‘principle-arguments’. Policy-arguments, overwegingen van algemeen belang met betrekking tot wat het *common good* zou vereisen mogen door de rechter in een belangenafweging in principe niet worden meegenomen, wanneer er een subjectief recht (een *right*) door in het gedrang komt. Rechten kunnen derhalve wel uit beginselen worden afgeleid, maar niet uit policy-arguments. Bij het vinden van het recht is de rechter volgens Dworkin te allen tijde aan het recht gebonden. Daarmee ontkent hij dat de rechter ook zelf nieuw recht creëert; de rechter heeft zegge geen ‘discretion’. Op dit punt bestaat er een duidelijk verschil tussen de opvattingen van Dworkin en Hart. Hoezeer ik ook bewondering heb voor het werk van Dworkin; ik kan er op dit punt niet zo goed mee uit de voeten.

Het bestuursrecht als een systeem van subjectieve rechten?

Overwegingen van algemeen belang mogen naar zijn oordeel in principe niet door de rechter in een belangenafweging worden betrokken, indien er een subjectief recht door in het gedrang komt. In de ‘rights thesis’ van Dworkin is het recht te begrijpen als een systeem van subjectieve rechten dat met behulp van rechterlijke beslissingen tot een beslechting van het geschil ten gunste van de ene of de andere partij leidt. Deze benadering is in sterke mate georiënteerd op wat we zouden kunnen noemen een symmetrische rechtsverhouding. Daarin correspondeert het recht van de een rechtstreeks met een verplichting van de ander. In het Nederlandse bestuursrecht lijkt de rechtsverhouding tussen burger en bestuur echter veeleer een asymmetrisch karakter te hebben. Hier openbaart zich een verschil met het privaatrecht – een terrein waarop het werk van Dworkin is geïnspireerd – waarvan de oorzaak met name is gelegen in de dominantie van het legaliteitsbeginsel. Dit legaliteitsbeginsel verlangt dat het overheidsoptreden op een wettelijke grondslag berust. Het heeft onder meer tot gevolg dat de aard van het regelsysteem in het bestuursrecht een andere is dan in het privaatrecht. Centraal staat in het bestuursrecht enerzijds het toekennen

²⁰ Zie R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth 1977, p. 94-100.

van bevoegdheden aan het bestuur om in het kader van de behartiging van het algemeen belang besluiten te nemen en anderzijds het stellen van rechtsregels die de uitoefening van deze bevoegdheden normeren. Het materiële bestuursrecht lijkt als gevolg hiervan niet te kunnen worden ontrafeld als een geheel van subjectieve rechten. Het kent immers vooral abstracte, tot het bestuur gerichte rechtsplichten, die niet op onmiddellijke wijze voor de burger subjectieve rechten creëren. Dit leidt ertoe dat zich de door Dworkin gesignaleerde spanning tussen individuele rechten enerzijds en overwegingen van algemeen belang anderzijds, in het proces van rechtsvorming door de bestuursrechter veel minder sterk lijkt te doen gevoelen dan bijvoorbeeld op het terrein van het burgerlijk recht. Dworkin lijkt dat zelf ook te onderkennen, waar hij schrijft: *“This is an appropriate point to notice a certain limitation of the rights thesis. It holds in standard civil cases, when the ruling assumption is that one of the parties has a right to win; but it holds only asymmetrically when that assumption cannot be made”*.²¹

Principle and policy arguments: een hanteerbaar onderscheid?

Belangrijker is echter dat ik meen dat het onderscheid tussen principle en policy argumenten in veel gevallen niet zo scherp is te maken? Als de van toepassing zijnde wet- en regelgeving niet onmiddellijk een antwoord geeft op de voorliggende rechtsvraag, is er dan altijd een rechtsbeginsel voorhanden aan de hand waarvan de rechter tot zijn beslissing kan komen? Misschien wreekt zich hier de omstandigheid dat het werk van Dworkin in sterke mate lijkt te zijn geïnspireerd op het door fundamentele waarden en rechtsbeginselen gedomineerde constitutionele recht, meer in het bijzonder op de grondwettigheidstoetsing door de Supreme Court in de Verenigde Staten. Maar neem nu een bestuursrechtelijke zaak als die waarin de Afdeling werd geroepen te oordelen over de belanghebbendheid van de Stichting Openbare Ruimte.²² De richtinggevende uitspraak die de Afdeling in die zaak doet ten aanzien van belangenorganisaties met een ruime statutaire doelstelling kan maar moeilijk worden gefundeerd in een rechtsbeginsel. Veeleer zijn het ‘policy-overwegingen’ die de richting van de uitspraak lijken te bepalen.

In andere gevallen zien we dat een uitspraak weliswaar wordt gesteund op een rechtsbeginsel, maar dat de aannahme van dit beginsel of de reikwijdte ervan juist in belangrijke mate lijkt te worden bepaald door andersoortige – lees: policy – overwegingen. Neem de uitspraak Van Vlodrop, waarin de Afdeling haar visie ontvouwt op de figuur van het zelfstandig appellabel schadebesluit.²³ Voor lag de vraag of en zo ja, onder welke omstandigheden de beslissing van het bestuursorgaan over een schadeclaim die betrekking heeft op een door de bestuursrechter onrechtmatig geoordeeld en daarom vernietigd besluit, als een appellabel besluit kan worden aangemerkt. De Afdeling baseert haar uitspraak op het beginsel ‘volgens hetwelk degene die door aan hem toerekenbaar onrechtmatig handelen of nalaten schade heeft veroorzaakt gehouden is die aan de benadeelde te vergoeden’. De vraag is of hier niet erg gemakkelijk een rechtsbeginsel wordt gevonden en of de aannahme, maar toch zeker de reikwijdte ervan niet in hoge mate wordt bepaald door andersoortige argumenten. Ik doel dan vooral op het rechtssystematische argument en het daarmee nauw verwante proceseconomische argument van een voor de rechtspraktijk werkbare bevoegdheidsverdeling. Met andere woorden: als er al een rechtsbeginsel voorhanden is, wat lang niet altijd het geval is, dan lijkt de aannahme en de inkleuring daarvan in bepaalde gevallen juist mede afhankelijk te zijn van policy-arguments. In die zin moeten we misschien ook MacCormick begrijpen als hij zegt dat ‘principle-arguments’ en ‘policy-arguments’ geen tegenovergestelde grootheden vormen, maar juist op elkaar betrokken zijn: *“The spheres of principle and of policy are not distinct and mutually opposed, but irretrievably interlocking (...). To articulate the desirability of some general policy-goal is to state a principle. To state a principle is to frame a possible policy-goal”*.²⁴

We kunnen naar mijn mening moeilijk volhouden dat de rechter zich in zijn oordeelsvorming altijd volledig kan baseren op regels, beginselen of preceden-ten. De verhullende wijze waarop rechters hun uitspraken veelal motiveren doet dat wellicht wel vermoeden, maar we kunnen eenvoudigweg niet ontkennen dat policy-argumenten in zijn oordeelsvorming impliciet een rol spelen. Ook aan de rechterlijke keuze ligt een afweging van verschillende alternatieve belangen en waarden ten grondslag. De vraag is voor mij dan ook niet zozeer of de rechter dat

²¹ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth 1977, p. 100.

²² ABRS 1 oktober 2008, AB 2008, 348 m.nt. F.C.M.A. Michiels; ABRS 1 oktober 2008, nr. 200707921/1 en ABRS 1 oktober 2008, nr. 200709094/1.

²³ ABRS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. P.J.J. van Buuren.

²⁴ MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, p. 263 e.v.

mág doen – het is min of meer een fact of life. De vraag is veeleer hoe we ervoor kunnen zorgen dat dit op transparanter en beter onderbouwde wijze gebeurt. De behoefte bestaat aan enigermate van objectivering van zijn overwegingen, zodanig dat deze inzichtelijk en daarmee controleerbaar maken dat de rechter zijn oordeel doet steunen op die overwegingen en waardeoordelen waaromtrent een bepaalde mate van maatschappelijke consensus bestaat.²⁵ Daarvoor is het allereerst van belang te bezien welke belemmeringen de rechter daartoe thans op zijn weg vindt.

²⁵ W. Van Gerven, Het beleid van de rechter, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij & N.V. Uitgeversmaatschappij W.E.J. Tjeenk Willink, derde druk, 1973, p. 167.

5. Belemmeringen I: de gerichtheid op het rechtssysteem

Dit laatste brengt mij op een belangrijk punt in de methode van rechterlijke rechtsvorming: de gerichtheid op het systematisch samenhangende geheel van rechtsregels. De rechter, in het bijzonder de bestuursrechter, is voor de beslechting van het aan hem voorgelegde geschil altijd op zoek naar een eerder geformuleerde algemene regel waarbij hij in zijn oordeel meer of minder direct kan aansluiten. Hoe begrijpelijk ook, het leidt er wel toe dat de rechter de toekomst als het ware met de rug tegemoet treedt. Vranken spreekt in dit verband – een andere beeldspraak gebruikend – van een rechter die moet springen met lemen voeten: een geschil of probleem dat zich aandient mag hij niet vrijelijk, met open blik tegemoet treden; hij dient het te kwalificeren in termen van het bestaande juridische systeem.²⁶ Dat systeem biedt wel degelijk enige ruimte voor creativiteit en vernieuwing, maar de elasticiteit is in zekere zin toch ook beperkt.

De omstandigheid dat de rechter van nature geneigd is om bij de oplossing van het geschil op zoek te gaan naar een gegeven rechtsregel die inpasbaar is in het bestaande juridische systeem, maakt dat hij de toekomst als het ware telkens met de rug tegemoet treedt. Deze ‘historisering’ van de rechtsvinding leidt er toe,²⁷ dat eerst wanneer de rechter zich volledig heeft gericht op de feiten en de normen uit het verleden, hij van daaruit de sprong mag maken naar het heden en wanneer zijn beslissing precedentwaarde krijgt: tevens naar de toekomst.²⁸ Dit leidt ertoe dat er een natuurlijke spanning bestaat tussen de intuïtief door de rechter gevolgde argumentatiewijze en een benadering waarbij de rechter zich rekenschap geeft van de consequenties van zijn uitspraak op macroniveau. Die spanning is te karakteriseren als een spanning tussen een meer backward-looking en een meer forward-looking vorm van rechtsvinding. De gesignaleerde spanning kan echter niet het eindpunt van onze redenering vormen. Het systeem stelt zekere grenzen, maar kent ook enigermate van elasticiteit. Consequence-based argumenten kunnen in de rechterlijke argumentatie wel degelijk een rol spelen, voor zover het argument naar zijn aard niet te afwijkend is van wat nog in het systeem inpasbaar is.

²⁶ J.B.M. Vranken, Asser-Vranken, vervolg, Deventer: Kluwer 2005, p. 19.

²⁷ Zie J.B.M. Vranken, Asser-Vranken, vervolg, Deventer: Kluwer 2005, p. 18-19.

²⁸ Of onder verwijzing naar D.N. MacCormick and R.S. Summers (eds.), *Interpreting Precedents. A comparative Study*, Aldershot: Dartmouth Publishing Company 1997, p. 1: “Applying the past to solve problems of present and future”.

6. Belemmeringen II: praktische en procesrechtelijke obstakels

Hoewel het, zoals ik hiervoor heb proberen aan te geven, theoretisch denkbaar is dat de rechter zich meer systematisch oriënteert op de gevolgen van zijn beslissing op macroniveau, stuit hij hierbij vooral op praktische en procesrechtelijke belemmeringen. De factor tijd speelt een belangrijke rol; een rechterlijke beslissing kan veelal niet wachten totdat elk van de denkbare beslissingen op zijn gevolgen is doorgerekend. Bovendien is de informatie vaak te gering en de expertise die de rechter voorhanden heeft om die gevolgen te kunnen bepalen, veelal te beperkt. Meer in het algemeen geldt dat het procesrecht zo is ingericht dat slechts de bij het voorliggende geschil betrokken partijen, een inbreng in de procedure hebben.

6.1 De casusgerichtheid van de rechterlijke rechtsvorming

We stuiten hier in de eerste plaats op een belangrijke karakteristiek van de rechterlijke rechtsvorming: de casusgerichtheid. De jurist in het algemeen, maar de rechter in het bijzonder streeft naar oplossingen die in het individuele geval het meest rechtvaardig zijn.²⁹ Dit tekent het proces van rechterlijke rechtsvinding. Dat proces, zo schreef Scholten ooit, verloopt veeleer inductief dan deductief, in die zin dat de rechter bij het zoeken naar de rechtsregel tot oplossing van het conflict, uitgaat van de concrete omstandigheden die hij alzijdig doorgrondt en van waaruit een inzicht ontstaat aangaande wat billijk is in het concrete geval.³⁰ Rechterlijke rechtsvinding vertrekt met andere woorden niet vanuit de regel, maar vanuit de feiten; eerst in de gekozen beslissing ligt de regel besloten.³¹ Dat is een beeld dat ook voor de bestuursrechtspraak herkenbaar is.

Het beeld van de casusgerichtheid lijkt in het bestuursrecht enigszins te worden versterkt doordat de bestuursrechtelijke appelcolleges – de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven – feitenrechter en hoogste rechter tegelijk zijn. Hierdoor ligt de voor de rechtsontwikkeling van belang zijnde rechtsvraag bij de hoogste bestuursrechtelijke appelcolleges veelal in minder zuivere vorm ter tafel dan in het beroep in cassatie. Maar ook geldt dat de werkwijze bij genoemde colleges daardoor in sterke mate is toegesneden op een snelle en finale afdoening

²⁹ Zie J.B.M. Vranken, Asser-Vranken, vervolg, Deventer: Kluwer 2005, p. 12.

³⁰ P. Scholten, Algemeen deel, 2e druk 1934, p. 11.

³¹ Vgl. ook W. van Gerven en S. Lierman, Algemeen deel (veertig jaar later), Beginselen van Belgisch Privaatrecht I, p. 263.

van zaken. Dat heeft naar mijn mening tot gevolg dat de rechtsontwikkeling toch primair als een bijproduct wordt gezien van de primaire opdracht om geschillen snel en definitief te beslechten en veel minder als een zelfstandige hoofdfunctie. De zaaksgerichte werkwijze en de mede daarmee verband houdende casusgerichtheid van de argumentatiewijze heeft gevolgen voor het vraagstuk dat ik hier bespreek. Zoals Vranken terecht opmerkt is het gevolg hiervan dat een bepaald soort argumenten niet of nauwelijks aan bod komt. Dat zijn juist de argumenten die het individuele geval overstijgen of in een breder verband plaatsen, de argumenten dus die ik hiervoor heb aangeduid als de ‘consequence-based’ argumenten.³²

6.2 Over de factor tijd en het gebrek aan andersoortige dan juridische kennis

Een zwaarder accent op de rechtsvormende taak van de bestuursrechter veronderstelt dat rekening wordt gehouden met de gevolgen die reiken voorbij juridisch-disciplinaire grenzen. En daar zit tegelijkertijd ook een praktisch probleem: het ontbreekt de rechter veelal aan die andersoortige expertise en veelal ontbreekt de tijd om die kennis op andere wijze te organiseren.

Het proces van consequence-based lawmaking – dat geldt op het niveau van de wetgever, maar ook voor de rechter – voltrekt zich idealiter als een drietrapsraket.³³ De eerste stap – de identificatie – bestaat er uit inzicht te krijgen in welke gevolgen of effecten van de rechterlijke beslissing überhaupt van belang zijn. Sommige effecten zijn gemakkelijk voorzienbaar, andere zijn echter naar hun aard lastig te operationaliseren. Dat laatste geldt bijvoorbeeld voor de mate waarin een beslissing van invloed is op bepaalde niet-materiële waarden, zoals vertrouwen en rechtszekerheid. Vervolgens – het registreren – dient te worden vastgesteld wat de impact van de beslissing (en alternatieve beslissingen) is in termen van de geïdentificeerde gevolgen of effecten. Op dit punt ontbreekt het de rechter veelal aan gedegen informatie. De vreemdelingenkamer van de Afdeling bestuursrechtspraak erkende dat nog niet zo lang geleden expliciet door te overwegen dat de rechter bij een rechtsvormende uitspraak ‘in zoverre beperkt is dat hij zijn oordeel (...) dient te geven aan de hand van de feitelijke en

juridische argumenten die door de partijen zijn aangedragen’.³⁴ De derde stap – de evaluatie – vergt een vergelijking van alternatieven, resulterend in de keuze voor een bepaalde beslissing. In gevallen waarin de consequenties niet eendimensionaal zijn veronderstelt dat een afweging van ongelijksoortige belangen. Zeker in die gevallen roept dit lastige methodologische vragen op.

Het gebrek aan tijd en aan andersoortige dan juridische kennis leidt ertoe dat de rechter zijn rechtsvormende beslissingen thans veelal noodgedwongen baseert op heuristieken, dat wil zeggen: informele, intuïtieve en speculatieve oplossingsstrategieën. De hier beschreven belemmeringen betekenen echter nog niet dat de rechter een meer consequence-based oriëntatie maar beter achterwege kan laten; wel betekent het dat we ons moeten realiseren dat het gaat om wat wel wordt genoemd ‘an exercise in optimisation under uncertainty’.³⁵

³² J.B.M. Vranken, Asser-Vranken, vervolg, Deventer: Kluwer 2005, p. 12.

³³ Zie ook P. Cserne, Policy arguments before courts: identifying and evaluating consequence-based judicial reasoning, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1625887, p. 26-28.

³⁴ ABRS 4 oktober 2011, nr. 201102753/1/V3.

³⁵ Aldus P. Cserne, Policy arguments before courts: identifying and evaluating consequence-based judicial reasoning, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1625887.

7. Meer zicht op de maatschappelijke consequenties van de rechterlijke rechtsvorming

Zonder de pretentie van volledigheid en zonder ze thans volledig op hun effectiviteit te kunnen toetsen, zou ik op deze plaats willen proberen een aantal scenario's te schetsen die aan een versterking van de consequence-based oriëntatie in de rechterlijke rechtsvorming zouden kunnen bijdragen. Ze verdienen het na vandaag aan nader onderzoek te worden onderworpen.

7.1 Ex ante evaluatie door de rechter: leren van de wetgever?

De vraag in hoeverre vooruitzien mogelijk is doet zich op het niveau van de wetgever reeds lange tijd voor. In de wetgevingsleer bestaat er dan ook reeds lange tijd aandacht voor de vraag in hoeverre door middel van ex ante evaluatie kan worden geanticipeerd op de effecten van voorgenomen regelgeving. In hoeverre kan de rechtspraak hiervan leren?

Wat we in elk geval van ex ante evaluaties van wetgeving kunnen leren is dat zij niet zaligmakend zijn. Ze zijn omgeven met methodologische vragen, waarop nog geen pasklaar antwoord is geformuleerd. Wat geldt voor ex ante evaluatie aan de zijde van de wetgever, moet wel haast a fortiori gelden voor ex ante evaluatie door de rechter. Op het eerste gezicht lijkt de wetgever immers in termen van tijd en expertise, voor een ex ante evaluatie veel beter geëquipeerd dan de rechter. Tegelijkertijd zijn de vraagstukken waarvoor de rechter zich in zijn rechtsvormende beslissingen geplaatst ziet naar hun aard van een andere orde dan die waarmee de wetgever in het traject van totstandkoming van nieuwe wet- en regelgeving wordt geconfronteerd. Daarmee bedoel ik dat de methodologische problemen wellicht groter zijn in het proces van het ontwerpen van regelgeving ex ante, dan in het stap-voor-stap daarop aanbrengen van correcties door de rechter ex post. De rechter wordt immers eerst tot een rechtsvormende beslissing geroepen, wanneer zich een zaak aandient die als het ware atypisch is. Dat wil zeggen: wanneer zich een zaak voordoet die naar alle waarschijnlijkheid in een eerder fase juist het voorstellingsvermogen van de wetgevingsjuristen te buiten is gegaan. De rechter is hierdoor, en gecombineerd met zijn rijke kennis van verschillende, denkbare casusposities in staat om de soms expliciete, soms impliciete beleidstheorie die ten grondslag ligt aan de in concreto uit te leggen wettelijke regel, als het ware ex post te beoordelen en op basis daarvan een uitspraak te doen die ook voor toekomstige gevallen gelding heeft. Daar komt echter nog een element bij. Waar de wetgever het recht vormt door het geven van voor herhaalde toepassing vatbare algemene regels, daar is de positie van de rechter een andere. Hij heeft nogal eens de neiging om waar mogelijk

– en het is vaak mogelijk – langs het probleem heen te manoeuvreren en er (nog) niets over zeggen. In andere gevallen kan de rechter als hij zich nog te onzeker voelt om in zijn overweging een ook voor opvolgende gevallen geldende algemene regel te geven, besluiten tot een casuïstische benadering en verdere ontwikkelingen afwachten.³⁶

Terug nu naar de vraag of en zo ja in hoeverre meer structurele aandacht voor ex ante evaluatie de mogelijkheden voor de rechter vergroot om te anticiperen op de maatschappelijke effecten van zijn rechterlijke beslissing. Laat ik vooropstellen dat we op dit punt geen overspannen verwachtingen moeten koesteren. Ondanks het zojuist aangestipte verschil in positie tussen wetgever en rechter, blijven gebrek aan tijd en andersoortige dan juridische expertise belangrijke knelpunten voor de rechter. Dat neemt echter niet weg dat het wel degelijk de moeite waard kan zijn om binnen de grenzen die de rechterlijke procedure daartoe naar zijn aard biedt, de mogelijkheden te bezien voor een sterkere oriëntatie op de maatschappelijke gevolgen van de rechterlijke rechtsvorming. Ik denk dat in de rechtspraak een aantal stappen kunnen worden gezet die vooral te maken hebben met een betere informatievoorziening over de te verwachten maatschappelijke gevolgen van de rechterlijke uitspraak vooraf, en achteraf met het in de motivering van de uitspraak expliciteren van wat in de wetgevingsleer de beleidstheorie heeft. Het gaat er dan niet zozeer om wat de rechter niet kan, maar veeleer wat de rechter wél kan.

7.2 Genereren van kennis vooraf: introductie van de *amicus curiae*

Eén van die elementen is meer aandacht voor het genereren van kennis vooraf. De omstandigheid dat de rechterlijke procedure onvoldoende is toegesneden op het scheppen van precedentes die vervolgens een veel ruimere werking krijgen, is in dit opzicht een probleem. Dat geldt voor nationale rechters, maar a fortiori voor internationale rechtscollèges. Op het internationale niveau bestaan er daardoor ook mechanismen die bij nationale rechters ontbreken, zoals de mogelijkheden voor staten en andere belanghebbenden om in procedures waarbij zij niet als procespartij betrokken zijn, standpunten naar voren te brengen. Dit roept de vraag op of de inbreng van anderen dan betrokken partijen bij de procedures

³⁶ ‘One case at the time’, zoals Sunstein deze wijze van rechtsvorming pleegt te karakteriseren. Zie Cass. R. Sunstein, *One Case At A Time, Judicial Minimalism On The Supreme Court*, Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 1999.

die tot rechterlijke beslissingen leiden die het individuele geval overstijgen, niet beter moet worden verzekerd.

Het Supreme Court van de Verenigde Staten maakt met enige regelmaat gebruik van het instrument van de *amicus curiae*.³⁷ Zelfs waar het gaat om inbreng vanuit het buitenland. Ook het Europese Hof voor de Rechten van de Mens kent ingevolge artikel 36 EVRM de mogelijkheid van een tussenkomst door derden. De tussenkommende partijen zijn geenszins partijen in het geding met de bijbehorende prerogatieven en rechten. Zij treden op als vriend van het Hof, als *amicus curiae*.³⁸ De inbreng van deze amici heeft het voordeel dat zij een interessante schets kan opleveren van de feitelijke en juridische context op macroniveau, waarbinnen het geschil zich afspeelt. In het Nederlandse bestuursrecht is deze figuur een niet geheel onbekende; onder omstandigheden bestaat de mogelijkheid voor de Europese Commissie en de Autoriteit Consument en Markt om in een zaak op te treden als ‘*amicus curiae*’. In het kader van de versterking van de cassatierechtspraak van de Hoge Raad heeft de Commissie Hammerstein de aanbeveling gedaan ook voor het beroep in cassatie – zij het alleen voor de gevallen van cassatie in het belang der wet – de mogelijkheid te openen om onder omstandigheden een *amicus curiae* toe te laten.³⁹

In de grote meerderheid van de bestuursrechtelijke zaken zullen dergelijke *amicus curiae* briefs niet nodig zijn. Of er behoefte bestaat aan een *amicus curiae* brief is in grote mate afhankelijk van het type rechtsvraag. In gevallen waarin de beantwoording van de voorliggende rechtsvraag een zeker rechtsvormend element kent, zal de rechter vaak voldoende hebben aan de informatie die partijen hem verschaffen en daarbij kunnen varen op zijn ervaring en intuïtie. In andere gevallen heeft hij misschien wel informatie nodig die het dossier hem niet verschaft, maar die hijzelf met behulp van zijn ondersteuning of van de advocaat-generaal door middel van zijn conclusie kan achterhalen. Slechts in heel

³⁷ Vgl. M. Scheltema, *De toekomst van de bestuursrechtspraak*, *Trema* 2011, nr. 9 november 2011, p. 316-321.

³⁸ Ook in zaken met betrekking tot de WTO en de NAFTA is er onder omstandigheden reden om een *amicus curiae* toe te laten. Zie M. Köhne, *Informatie als rechtvaardigende factor voor rechtsvorming: de *amicus curiae**, *Ars Aequi* 55 (2006) 4, p. 252-258.

³⁹ Versterking van de cassatierechtspraak, Rapport van de Commissie normstellende rol Hoge Raad (Commissie Hammerstein), Den Haag: februari 2008.

bijzondere gevallen zal hij – en in de aanloopfase hoogstwaarschijnlijk en terecht: met geleidelijkheid en terughoudendheid – informatie inwinnen bij derden.⁴⁰

De amicus curiae kan zich in verschillende varianten voordoen.⁴¹ Hij kan bijvoorbeeld de gedaante aannemen van een onafhankelijke deskundige die vanwege zijn bijzondere expertise wordt ingeschakeld. Dat is met name het geval wanneer het om heel specifieke of technische vragen gaat. De amicus curiae zal in veel gevallen echter, zoals ook in de common lawlanden, veeleer de gedaante aannemen van een derdebelanghebbende die zich voegt in een procedure waarin hij belang heeft bij de gevolgen die de uitkomst van deze procedure zal hebben voor toekomstige gevallen.

De procesrechtelijke inbedding van de amicus curiae vraagt tegen die achtergrond wel nog de nodige aandacht. De bevoegdheid van de amicus curiae dient zich naar mijn mening te beperken tot het indienen van een amicus curiae brief. Een vraag is vervolgens hoe de amicus wordt uitgenodigd tot het indienen van een brief. In de gevallen waarin de rechter bepaalde gevolgen veronderstelt, maar over de impact daarvan meer informatie wenst te verkrijgen, is het denkbaar dat hij bepaalde amici heel gericht benaderd. Het probleem is echter dat in bepaalde gevallen de rechter op voorhand niet altijd bedacht is op de macrogevolgen die zijn uitspraak voor de praktijk met zich brengt. Om die reden is het te overwegen om het inschakelen van de amicus curiae in de beginsfase te beperken tot de gevallen waarin de hoogste bestuursrechters aan de ‘advocaat-generaal’ een conclusie vragen. Denkbaar is dat het verzoek tot het nemen van een conclusie op de website van het rechterlijke college wordt bekendgemaakt en dat belangstellenden worden uitgenodigd om daarop te reageren. Een methode vergelijkbaar met de internetconsultaties die plaatsvinden in verband met ontwerp-regelgeving en een methode die ook de Commissie Hammerstein voorstelde ten aanzien van de vordering tot cassatie in het belang der wet.⁴²

⁴⁰ J.B.M. Vranken, Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand, NJB 2009/806, afl. 17, p. 1082-1093.

⁴¹ Zie M. Köhne, Informatie als rechtvaardigende factor voor rechtsvorming: de amicus curiae, Ars Aequi 55 (2006) 4, p. 255.

⁴² Versterking van de cassatierechtspraak, Rapport van de Commissie normstellende rol Hoge Raad (Commissie Hammerstein), Den Haag: februari 2008.

Wanneer er eenmaal een amicus curiae brief is uitgebracht dienen partijen uiteraard in de gelegenheid te worden gesteld daarop te reageren. De rechter (en datzelfde geldt voor de advocaat-generaal) zal vervolgens de verkregen informatie moeten selecteren, waarden en moeten inpassen in de juridische context.⁴³ Dat eerste is de hoogste bestuursrechters wel toevertrouwd. Anders dan de Hoge Raad zijn zij als feitenrechters met dit werk vertrouwd. Het inpassen in de juridische context is lastig, maar is wel een problematiek die zich bevindt op het juridische terrein en dat vormt voor de rechter als het ware een thuiswedstrijd. Op het punt van de waardering van de informatie verkregen door middel van de amicus curiae briefs, zal de rechter zich echter al snel voor methodologische problemen gesteld zien. Ik heb voor die problemen hier en nu geen panklare oplossing. Tegelijkertijd vormen deze methodologische problemen geen reden om het niet reeds nu wettelijk mogelijk te maken om te experimenteren met het inschakelen van amici curiae op de wijze zoals ik die hiervoor heb uiteengezet. In heel wat gevallen zal de bestuursrechter namelijk best in staat zijn om de gegevens die hem worden verstrekt op waarde te schatten, in elk geval is het alternatief dat hij van waardevolle informatie verstoken blijft.

7.3 Rekenschap afleggen in de motivering van de uitspraak

Enkele jaren geleden wierp Van Gerven, naar aanleiding van een door mijn collega Van Roosmalen en mijzelf geschreven boek over de motivering van rechtsvormende beslissingen door de Afdeling bestuursrechtspraak, de vraag op: “Hoe werkt het brein van de rechter; wat laat de rechter beslissen voor de ene of de andere juridisch sluitende redenering?” En: “Mag de rechter rekening houden met ‘meta-juridische argumenten?’”⁴⁴ Het antwoord dat Van Gerven op deze vraag gaf, spreekt mij aan. De rechter mag met deze argumenten rekening houden, maar zo voegt hij er onmiddellijk aan toe: op voorwaarde dat hij anderen bij zijn denkproces betreft, hen inzicht geeft in zijn argumentatie en daarover rekenschap aflegt. Dat doet de rechter onder meer door zijn motivering; daarin geeft hij zijn argumentatie en legt hij rekenschap af aan partijen, maar meer in het algemeen aan de juridische en algemene samenleving. De keuze die de rechter moet maken vindt ook nu reeds – zij het veelal impliciet – zijn grondslag in argumenten die noodzakelijkerwijs juridisch van aard zijn. Het is van belang

⁴³ Aldus ook J.B.M. Vranken, Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand, NJB 2009/806, afl. 17, p. 1082-1093.

⁴⁴ W. Van Gerven, Motivering bij rechtsvorming. Verslag van het symposium van de Raad van State van 12 november 2009, Den Haag: Raad van State 2010, p. 26.

dat de rechter in de motivering van zijn uitspraak de keuze tussen verschillende vanuit het recht verdedigbare oplossingen en de juridische en meta-juridische argumenten die deze oplossingen ondersteunen, inzichtelijk maakt.

Dat gebeurt nu vaak niet. Hoewel er de laatste jaren meer aandacht bestaat voor de motivering van de rechterlijke uitspraken – in het bijzonder binnen de Afdeling bestuursrechtspraak – geldt nog steeds dat rechterlijke beslissingen worden gepresenteerd als het vanzelfsprekende resultaat van de uitleg van regels, beginselen en precedentes, ook wanneer dit onvoldoende inzicht verschaft in de werkelijke beweegredenen of wanneer duidelijk is dat in werkelijkheid de beslissing wordt gedragen door andere overwegingen of keuzen.⁴⁵ Er wordt in dit verband wel gesproken van het ‘verhullend argumenteren’ door de rechter.⁴⁶ Daar komt nog een element bij. De motivering van uitspraken van Nederlandse rechters kenmerken zich over het algemeen door een zekere eenzijdige gerichtheid. De uitspraak leest veelal als een pleitnota waarin naar een bepaald resultaat wordt toe geredeneerd. Zoals Hamsom terecht opmerkt behoort in een juridisch moeilijke beslissing de kritische geest te aarzelen en dat gebeurt gewoonlijk ook, hoe vastberaden hij eventueel ook in deze of gene zin concludeert.⁴⁷ De uitspraak, zo ben ik met hem eens, dient aan dat proces van wikken en wegen uitdrukking te geven. Dat verzwakt de overtuigingskracht van de motivering niet, het versterkt haar alleen maar.

Een goede motivering impliceert niet alleen dat uitdrukking wordt gegeven aan zowel de juridische als de meta-juridische argumenten die de rechterlijke beslissing ondersteunen, maar ook aan die argumenten welke de beslissing niet ondersteunen maar in het proces van wikken en wegen wel een rol hebben gespeeld. Hoewel ik het eens ben met Adams en Broeren die aangeven dat meer onderzoek nodig is naar de relatie tussen rechterlijke motivering enerzijds en de materiële kwaliteit en de maatschappelijke rol van de rechtspraak anderzijds,⁴⁸

⁴⁵ J.B.M. Vranken, Asser-Vranken, vervolg, Deventer: Kluwer 2005, p. 41.

⁴⁶ Zie J.B.M. Vranken, Asser-Vranken, vervolg, Deventer: Kluwer 2005, hoofdstuk III.

⁴⁷ Geciteerd in W. Van Gerven, Creatieve rechtspraak, Rechtskundig Weekblad (R.W.), 1997-98, p. 220.

⁴⁸ M. Adams en D. Broeren, Rechterlijke argumentatie en transparantie: een rechtsvergelijkende exercitie, in: Speelruimte voor transparantere rechtspraak (rapport van de Wetenschappelijk Raad voor het Regeringsbeleid), Amsterdam University Press 2013, p. 193.

meen ik dat die correlatie wel degelijk bestaat. In het streven naar een betere verankering van een oriëntatie op de maatschappelijke gevolgen van de rechterlijke rechtsvorming, is een dialoog tussen rechtspraak en samenleving noodzakelijk. En die dialoog kan zich uitsluitend voltrekken, indien de rechter aangeeft met welke juridische en andersoortige argumenten hij bij zijn oordeelsvorming rekening heeft gehouden. Het gevolg hiervan zal zijn dat de rechtspraak en de wetenschap zich over die informatie zal buigen en daarmee, waar nodig in kritisch debat met de rechter zal treden. In volgende gevallen kan de rechter deze opvattingen van partijen en de opgedane wetenschappelijke inzichten bij zijn oordeelsvorming betrekken. Op die manier voltrekt zich een interactief samenspel tussen rechtspraak en samenleving dat, zoals Vranken stelt, qua structuur niet verschilt van wat er nu gebeurt, maar alleen inhoudelijk breder wordt gevoerd dan over de juridisch dogmatische aspecten.⁴⁹

7.4 Genereren van kennis achteraf: onderzoek ex post naar maatschappelijke gevolgen van rechtsvormende uitspraken

De laatste opmerkingen brengen mij op de fase na de uitspraak. Voor zover er in de literatuur aandacht bestaat voor een oriëntatie op de maatschappelijke gevolgen van de rechterlijke rechtsvorming, beperkt zich die aandacht over het algemeen tot de fase van de uitspraak zelf en die daaraan voorafgaand. Het is merkwaardig dat er weinig aandacht is voor wat ik noem de ‘nazorg’. Nadat de uitspraak is gedaan verliest de rechter zijn beslissing uit het oog en weet hij over het algemeen weinig over hoe zijn uitspraak in de rechtspraak uitwerkt. Waar op het niveau van de wetgever reeds jarenlange ervaring is opgedaan met ex post evaluaties, daar ontbreekt het eigenlijk aan onderzoek ex post naar de maatschappelijke gevolgen van rechtsvormende beslissingen van de rechter.

In zijn oratie ‘Wetgeven is vooruitzien’ geeft Van Gestel aan dat een deel van de methodologische problemen bij ex ante evaluatie van wetgeving kunnen worden overwonnen door het beter op elkaar afstemmen en aan elkaar koppelen van ex post en ex ante evaluatie.⁵⁰ Deze gedachte zou naar mijn mening ook voor de rechtspraak gelding kunnen hebben. Door meer zicht te krijgen op de consequenties van rechterlijke uitspraken in relatie tot de aan de uitspraak ten

⁴⁹ J.B.M. Vranken, Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand, NJB 2009/806, afl. 17, p. 1082-1093.

⁵⁰ R.A.J. Van Gestel, Wetgeven is vooruitzien (oratie UvT), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 16.

grondslag liggende vooronderstellingen daaromtrent van de rechter, kan geleidelijk meer inzicht worden verkregen in wat zou kunnen worden genoemd 'best practices'. Hoe trefzeker zijn de aannames door de rechter omtrent de maatschappelijke gevolgen van zijn uitspraak geweest? Dit veronderstelt echter wel dat de hiervoor genoemde stappen daadwerkelijk worden gezet. Dat wil zeggen dat er meer aandacht komt voor informatievoorziening van de rechter over de macrogevolgen van zijn te nemen beslissing én dat er in de motivering verantwoording wordt afgelegd over welke, ook niet-juridische, argumenten in de oordeelsvorming een rol hebben gespeeld. Alleen onder die voorwaarden is het mogelijk ervaringen ex post te verbinden met de veronderstellingen ex ante.

Er zou door de hoogste bestuursrechters meer structureel moeten worden ingezet op het evalueren ex post van hun rechtsvormende beslissingen. Ik zou er voorstander van zijn dat het wetenschappelijk bureau binnen een hoogste rechterlijk college als vast onderdeel van zijn werkzaamheden de uitspraken, waarbij een wezenlijke bijdrage is geleverd aan de rechtsontwikkeling, op hun macrogevolgen beziet en daarover ook door de samenleving (procespartijen en derden) met informatie kan worden benaderd. Het genereren van deze gegevens ex post stelt de rechter in staat om daarmee rekening te houden bij opvolgende zaken. Dit kan er bijvoorbeeld toe leiden dat eerdere rechtspraak op onderdelen wordt bijgesteld, of dat hij zelfs geheel terugkomt van eerdere uitspraken. Maar ook bij nieuwe rechtsvragen kan meer in abstracto de opgebouwde kennis over de doorwerking van uitspraken behulpzaam zijn.

8. De rol van de wetenschap: een onderzoeksagenda

Ik kom tot een afronding. In deze rede ben ik ingegaan op de vraag hoe en in hoeverre de rechter bij de uitoefening van zijn rechtsvormende taak rekening kan houden met de gevolgen die een rechtsvormende beslissing heeft voor de samenleving. Het gaat hier naar mijn mening om een heel wezenlijke vraag in het kader van de rechterlijke rechtsvorming. Het zal u zijn opgevallen dat ik op deze vraag zeker nog geen sluitend antwoord te bieden heb. Daarvoor is meer denkwerk nodig. Mijn boodschap richt zich dus niet alleen tot de rechter, maar ook tot de rechtswetenschap.

De rechtswetenschap heeft een verantwoordelijkheid waar het gaat om het herstel of een verbetering van wat men in algemene termen kan aanduiden als de verhouding tussen recht en samenleving.⁵¹ Het recht is geen autonome discipline, die losstaat van de werkelijkheid waarop het geacht wordt betrekking te hebben. Bij de academische beoefening van het bestuursrecht dreigt dit wel eens uit het zicht te raken als men te veel met begripsvorming en systematisering bezig is. Voor een deel is dat te verklaren uit de relatief jonge codificatie van het bestuursrecht en de relatief grote veranderingsdruk op de bestuursrechtelijke wetgeving. Maar de rechtswetenschap is gebaat bij meer dan alleen een technisch-juridische beoefening van het bestuursrecht. Het onderwerp van deze rede laat dat ook zien. Ik heb aangegeven dat de rechter bij zijn oordeelsvorming vaak gedwongen is rechtspolitieke keuzen te maken en dat hij deze veelal pleegt te vermommen als argumenten ontleend aan de interpretatie van regels, beginselen en precedentes. In de raadkamer zullen de rechtspolitieke keuzen vaak nog wel worden geëxpliciteerd, maar zal de feitelijke grondslag ervan veelal meer een intuïtief dan empirisch karakter dragen. Voor de academie ligt hier een taak. Dat betekent dat we in de beoefening van de bestuursrechtswetenschap voorbij de juridisch-dogmatische grenzen moeten durven kijken en ook oog moeten hebben voor de werking van het recht en derhalve ook voor de werking van de rechterlijke uitspraken. Bij de versteviging van de feitelijke grondslag van de rechterlijke uitspraak kunnen we leren van de kennis die wordt opgedaan in andere wetenschappen, maar dat stelt ons tegelijkertijd wel voor nieuwe, zoals methodologische problemen. Op de vraag hoe die kunnen worden overwonnen, heb ik evenmin op dit moment een sluitend antwoord, maar nader onderzoek in de komende jaren kan ons helpen daarop een (begin van een) antwoord te formuleren.

⁵¹ Asser-Vranken, vervolg, Deventer: Kluwer 2005, p. 148.

Ik stel mijzelf in de komende periode ten doel om binnen de mij gegeven leeropdracht nader onderzoek te doen naar de rechtsvormende taak van de hoogste bestuursrechters. Dat onderzoek voltrekt zich langs een aantal lijnen. Het onderzoek leidt niet alleen tot uitdagingen in het multidisciplinaire en methodologische vlak, maar ook tot interessante vragen in het constitutionele spoor waar het de institutionele positie van de bestuursrechter betreft in verhouding tot andere mechanismen van rechtsvorming. Die verhouding wordt vanouds geordend aan de hand van staatsrechtelijke leerstukken als het primaat van de wetgeving, het legaliteitsbeginsel en het materieel wetgevingsbeginsel. Verschillende ontwikkelingen dwingen ons echter na te denken over de onderlinge verhouding tussen deze mechanismen van rechtsvorming, meer in het bijzonder over de vraag wat dit betekent voor de positie van de hoogste nationale en internationale rechters. Uiteindelijk leidt dit onderzoek ons ook naar het terrein van het bestuursprocesrecht met vragen, zoals ook in deze rede aan de orde gesteld, over hoe de procedure voor de bestuursrechter op die rechtsvormende taak het best kan worden toegesneden. Ik verheug me erop aan dat type onderzoek in de komende jaren, omringd door inspirerende collega's, een bijdrage te mogen leveren.

Dankwoord

Tot slot

Aan het einde van mijn rede gekomen, wil ik mijn dank uitspreken jegens het College van Bestuur van de Universiteit van Tilburg, het bestuur van de Juridische Faculteit, aan de leiding van het Departement Publiekrecht, Encyclopedie en Rechtsgeschiedenis en aan de overige bij mijn benoeming betrokken personen en instanties, voor het in mij gestelde vertrouwen. Ik ben bevoorrecht om in deze functie te mogen terugkeren in de schoot van mijn alma mater.

Dat ik hier vandaag mag staan heb ik aan een groot aantal mensen meer of minder direct te danken. Enkelen zou ik dan ook in het bijzonder willen noemen.

Maurice Adams, ten tijde van mijn benoeming voorzitter van ons departement. Ik wil je danken voor de inspanningen die je hebt verricht om mijn benoeming in zo'n korte tijd gerealiseerd te krijgen. Daarnaast heb je er voor gezorgd, samen met de andere collega's van het departement, dat ik mij snel weer thuis voelde in het Tilburgse. Ik zie uit naar onze verdere samenwerking.

Boudewijn de Waard en *Adrienne de Moor-Van Vugt*, bij wie ik afstudeerde en later als medewerker promoveerde. Jullie waren mijn wetenschappelijke opvoeders en begeleiders en jullie hebben er mede toe bijgedragen dat ik hier vandaag sta. Dank daarvoor.

Ernst Hirsch Ballin. Onze wegen hebben elkaar inmiddels vele malen gekruist. Jij was hoogleraar aan deze universiteit toen ik als student mijn eerste schreden op het pad van het recht zette. Later promoveerde ik bij één van jouw promovenda, hetgeen je meermaals heeft verleid jezelf mijn doctorgrootvader te noemen. Na een intensieve samenwerking bij de Raad van State zijn wij thans met mijn benoeming tot hoogleraar aan deze universiteit, opnieuw collega's. Ik ervaar het als een buitengewone eer en als uitermate inspirerend om opnieuw met jou te mogen samenwerken.

Ik wil voorts de twee andere voorzitters van de Afdeling bestuursrechtspraak noemen met wie ik intensief heb samengewerkt, of nog steeds samenwerk. *Pieter van Dijk*, een eminent mensenrechtenjurist, maar bovenal een plezierig mens met een aanstekelijk gevoel voor humor. Aan onze samenwerking bewaar ik warme herinneringen. En *Jaap Polak*, met wie de kennismaking plaatsvond

op deze plek, toen hij als lid van mijn promotiecommissie optrad. Intensief hebben we nadien samengewerkt bij de Raad van State. Aan welke samenwerking ook na vandaag geen einde komt.

Voorts dank ik *Herman Tjeenk Willink* voormalig Vice-President van de Raad van State en *Piet Hein Donner*, onze huidige Vice-President voor de prettige en inspirerende samenwerking.

Het liefst zou ik de collega's en oud-collega's van de Raad van State allen noemen. Ik volsta met het noemen van *Erik Visser*, 'onze' secretaris. Ik dank hem in het bijzonder voor de ruimte die hij mij heeft geboden om deze aanstelling te aanvaarden.

Lieve pa en ma. Wij hebben eigenlijk geen woorden nodig om uitdrukking te geven aan onze gevoelens over en weer. Dat past ook bij onze Zeeuwse volksaard. Ik weet dat jullie trots zijn op mij, zoals jullie weten dat ik trots ben op jullie en dankbaar voor alles wat jullie voor mij betekenen en hebben betekend.

Lieve Gabrielle en Pepijn. Jullie vormen mijn warme thuis. Bij jullie voel ik me goed. Dit werk is voor mij erg belangrijk en het is vandaag dan ook een heel bijzondere dag. Jullie zijn er echter altijd om mij te laten inzien wat in het leven het meest belangrijk is. Het geluk dat ik met jullie (en met onze aanstaande gezinsuitbreiding) heb, koester ik dan ook zeer.

Ik heb gezegd.

Colofon

copyright

Prof. mr. dr. J.C.A. de Poorter

vormgeving

Beelenkamp ontwerpers, Tilburg

fotografie omslag

Maurice van den Bosch

druk

PrismaPrint, Tilburg University