

Effectieve bestuursrechtspraak

Effectieve bestuursrechtspraak

Enkele beschouwingen over het vermogen
van de bestuursrechtspraak geschillen
materieel te beslechten

rede

uitgesproken (in verkorte versie) bij de aanvaarding van het ambt van
hoogleraar in het algemeen bestuursrecht aan de Universiteit Leiden
op vrijdag 17 november 2000

door

J.E.M. POLAK

© 2000 J.E.M. Polak, Leiden

Lay-out en eindredactie: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

ISBN 90 2715 268 3

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 enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 j° het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Inhoud

I	Inleiding	1
II	Het gepingpong en de Awb	9
	a. Finale uitspraakbevoegdheden voor beperkte toepassing bedoeld	9
	b. Toetsing ex tunc	14
	c. Awb: procedureel gericht	15
III	De rechterlijke attitude bij de toetsing	19
	a. Voorkeur voor motiverings- en formele zorgvuldig- heidsbeginsel	19
	b. De rechterlijke attitude bij interpretatie van de wet	22
IV	De rechtspraak en het zelf voorzien	29
V	De discussies over de plaats van de rechter en het 'zelf voorzien': terug naar het staatsrecht	33
VI	Tussenconclusies	41
VII	Concrete remedies?	43

I | Inleiding[▪]

1. Het zal u niet verbazen dat ik het bij deze gelegenheid wil hebben over een probleem, dat mij al geruime tijd echt bezighoudt. Het gaat over het geringe vermogen van de bestuursrechtspraak tot effectieve geschiloplossing.

Vooraf in de laatste 25 jaar is een imposant systeem van bestuursrechtspraak opgebouwd, dat tegen vrijwel alle besluiten van de overheid rechtsbescherming bij de bestuursrechters biedt. Het uitgangspunt daarbij is dat de besluiten van het bestuur aan het recht, iets specifieker: aan de wet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur worden getoetst. Hoezeer over de juistheid van dat uitgangspunt overeenstemming bestaat, toch moet de enthousiaste beoefenaar van het bestuursrecht ervaren dat bij zowel het bestuur als bij burgers en bedrijfsleven vaak weinig enthousiasme voor dat systeem kan worden opgebracht. Van bestuurders is dat bekend. De juridiseringsdiscussie ging en gaat voor een deel daarover. Men leze de catechismus van de bestuurders in de juridiseringsdiscussie, het rapport van de Werkgroep-Van Kemenade er maar op na:

Het spreekt allereerst natuurlijk vanzelf dat de slagvaardigheid van de overheid en van het overheidshandelen ernstig beperkt wordt door het netwerk van bezwaaren beroepsprocedures, door de groei van het aantal ontvankelijke belanghebbenden en door het veelvuldig gebruik dat door hen van die mogelijkheden wordt gemaakt. Na vaak uitgebreide inspraak- en hoorprocedures zien de overheden op alle bestuursniveaus met betrekking tot praktisch alle bestuursbesluiten zich geconfronteerd met een veelal omvangrijke nasleep van administratief-juridische procedures, waarvan de uitkomst door het ontbreken van heldere toetsingscriteria onzeker is en die, zo ze al niet tot heroverweging, bijstelling of schorsing van het besluit leiden, in ieder geval de implementatie van overheidsbesluiten ernstig vertragen. Daardoor worden overigens niet alleen de effectiviteit en de

-
- Met dank aan de student-assistenten Melita van der Mersch en Coosje van Lessen Kloeke, die inmiddels zijn afgestudeerd. Hun jurisprudentieonderzoek zal met name worden gebruikt voor een nog te verschijnen artikel in het *NTB* over de jurisprudentie van de bestuursrechter met betrekking tot het zelf voorzien door de bestuursrechter. Verder dank ik mrs Jan-Reinier van Angeren, Tom Barkhuysen en Marjan ter Brugge voor hun waardevolle commentaar op het manuscript en vooral Jane Mulder voor het grote geduld bij het typewerk.

geloofwaardigheid van de overheid geschaad, maar ook de belangen van burgers en groeperingen, die met het overheidsbesluit zouden zijn gediend.¹

Voor wat de onvrede van burgers met het systeem van rechtsbescherming betreft ontbreekt het daarvoor noodzakelijke empirisch onderzoek (zo is de Algemene wet bestuursrecht (verder: Awb) weliswaar reeds in 1996 uitvoerig geëvalueerd, doch de ervaringen van burgers zijn – zoals ruiterslijk wordt toegegeven – niet onderzocht);² maar laat ik u na 21 jaar ervaring als advocaat in het bestuursrecht verzekeren dat er ook aan die kant onvrede is. Ook burgers ervaren eindeloos getouwtrek. Eerst moeten zij immers in ons systeem te biecht bij wat zij veelal als de duivel ervaren: alvorens de gang naar de rechter openstaat, dienen zij een bezwaarschriftenprocedure te doorlopen bij de instantie die het besluit heeft genomen.³ Daarna is er de gang naar de rechter met veelal ofwel uiteindelijk nul op het rekest, ofwel een Pyrrus-overwinning, omdat de rechter weliswaar een gebrek in de besluitvorming constateert, maar dat gebrek in de vervolgbesluitvorming van het bestuur kan worden hersteld.⁴ Aanvankelijk leek dat mee te vallen en was het bestuur na een vernietiging geneigd de burger tegemoet te komen.⁵ Dat beeld is later verschoven in de richting waarop Donner in 1987 sprekend over de ‘slachtoffers van de Arob-rechtspraak’ reeds doelde, namelijk dat een vernietiging van een overheidsbesluit door de bestuursrechter veelal achteraf een Pyrrus-overwinning en daarna een teleurgestelde verwachting bleek in te houden.⁶

2. Daarbij gaat het mij vanmiddag niet zozeer om de duur van de procedures. Dat aspect heeft terecht grote aandacht en behoeft voortdurend verbetering.⁷ Uiteindelijk zijn burger en overheid beide gebaat bij een snelle procedure waarin spoedig duidelijkheid bestaat over het gerezen geschil. Voorzover het

1 *Bestuur in geding*, rapport van de werkgroep-Van Kemenade inzake terugdringing van de juridisering van het openbaar bestuur, Haarlem, november 1997, p. 3.

2 Toepassing en effecten van de Awb, verslag van de Commissie evaluatie Algemene wet bestuursrecht, 18 december 1996, met name p. 6: ‘Een belangrijke beperking is dat de opvattingen van de burger geen afzonderlijk onderwerp van onderzoek zijn geweest.’ Het evaluatieonderzoek is gesplitst in vier deelonderzoeken, die ieder in de reeks *Ervaringen met de Awb* zijn verschenen, waaronder Het bestuursprocesrecht o.l.v. J.B.J.M. ten Berge, B.W.N. de Waard & R.J.G.M. Widdershoven, Deventer 1996.

3 Men hoeft het niet met de opvattingen van M.B.W. Biesheuvel, ‘Weg met de bezwaarschriftenprocedure’ (*NJB* 1996, p. 930) eens te zijn om te onderkennen dat burgers om die reden soms moeite hebben met de bezwaarschriftenprocedure.

4 Een duidelijke vertolker van het standpunt dat burgers te weinig aan het huidige systeem van rechtsbescherming hebben is A.Q.C. Tak. Zie onder meer zijn aanklacht ‘Verhoogde rechtsbescherming’, *NJB* 1999, p. 1679 e.v.

5 P.J.J. van Buuren, H. Bolt & M. Scheltema, rapport van de vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde Groningen over Kroonberoep en Arob-beroep, Deventer 1981, p. 298-299, waarin wordt geconcludeerd dat het bestuur ‘royaal’ uitvoering geeft aan een vernietiging door de Arob-rechter.

6 A.M. Donner, *Nederlands bestuursrecht*, Algemeen deel, vijfde druk, Alphen 1987, p. 113.

7 Zie het rapport van de Evaluatiecommissie, noot 2, onder meer p. 2 en de Procesregeling in zaken bij de bestuursrechter, gepubliceerd in *Staatscourant* 1999, nr. 172, p. 14 e.v.

systeem van rechtsbescherming uitsluitend wordt gebruikt om uitvoering van overheidsbesluiten op te houden, is dat een belang waaraan bij het werken aan verbeteringen van het systeem natuurlijk voorbij moet worden gegaan.

Naast de duur van de procedures komt de onvrede echter ook voort uit iets anders, namelijk dat het systeem zozeer is gefocust op procedurele aspecten dat van geschillenoplossing vaak weinig terecht komt.⁸ Traditioneel worden bestuur en bestuurd als het over bestuursrechtspraak gaat tegenover elkaar geplaatst. Dat is ook deels juist. Maar het is ook deels onjuist: de bezwaren van de bestuurders aan de ene kant en van de burgers en het bedrijfsleven aan de andere kant, hebben beide ook te maken met een gebrek aan effectiviteit van het systeem van de bestuursrechtspraak dat als te procedureel gericht en te weinig oplossingsgericht wordt ervaren voor wat partijen werkelijk verdeeld houdt. Veel van de klachten in de juridiseringsdiscussie gaan er immers niet over dat de rechter echt op de stoel van het bestuur gaat zitten – al worden die ongenuanceerde geluiden ook wel vernomen – maar hebben veeleer betrekking op dezelfde klachten als die welke burgers en bedrijven hebben, namelijk dat het te lang duurt en dat de bestuursrechtspraak te formalistisch, te procedureel en te weinig conflictoplossend is. Wie een beetje in het bestuursrecht is ingevoerd, weet ook wel hoe dat komt. Eerst moet worden nagegaan of de bestuursrechter wel aan een oordeel over de rechtmatigheid van een besluit mag toekomen: over ontvankelijkheidsvragen valt, hoezeer de toegang tot de bestuursrechter in de genoemde afgelopen 25 jaar is verbeterd, nog jaren college te geven.⁹ Als die barrière is overwonnen en als dan aan de beoordeling van de rechtmatigheid van een besluit wordt toegekomen, toetst de rechter het besluit aan de wet en de al dan niet gecodificeerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Daarbij staan in de rechtspraak de in 1994 gecodificeerde beginselen van motivering en formele zorgvuldigheid bovenaan: als een overheidsbesluit wordt vernietigd, is schending van bepalingen waarin deze beginselen zijn neergelegd blijkens verschillende onderzoeken de hoofdoorzaak.¹⁰ Ik zal – dat zal nog nader

8 Zie over deze problematiek onder veel meer B.J. Schueler, *Vernietigen en opnieuw voorzien, over het vernietigen van besluiten en beslechten van geschillen*, diss. Utrecht, Zwolle 1994; A.R. Neerhof, 'Van effectieve bestuursrechters om geschillen definitief op te lossen', *JB Plus*, december 1999-2, p. 71 e.v.; J.B.J.M. ten Berge & R.J.G.M. Widdershoven, 'Materiële rechtvaardigheid in administratieve rechtspraak', in: B. Hessel (red.), *De knikkers van het spel. Facultaire gedachten over materiële rechtvaardigheid*, Utrecht 1993; N.S.J. Koeman, 'Bestuursrecht is meer dan procedurerecht', *Verzuchting, NTB* 1995, p. 94; N. Verheij, 'Een klantvriendelijke rechter', in: J.B.J.M. ten Berge, F.A.M. Stroink, A.Q.C. Tak, B.W.N. de Waard & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Nieuw bestuursprocesrecht*, Deventer 1992, p. 131-150; G.F. Pieters, 'Toepassing van formele adequate geschillenbeslechting', *NTB* 1994-5, p. 117-125.

9 De kernbegrippen in de Awb besluit, belanghebbende en bestuursorgaan geven immers aanleiding tot vragen, waarover de meest ervaren specialisten van mening kunnen verschillen.

10 Zie de in noot 8 genoemde literatuur dat ook door empirisch onderzoek wordt ondersteund. Zie onder meer D.J. Hutter e.a., *Na de vernietiging*, Groningen 1989.

worden aangegeven- het belang van een zorgvuldige besluitvorming en een goede motivering zeker niet bagatelliseren.¹¹ Dat neemt niet weg dat bestuur en burgers bij de rechtmatigheidstoetsing door de bestuursrechter veelal een sterke focus van de rechter op de procedurele kanten van de besluitvorming (met inbegrip van motiveringseisen en eisen van zorgvuldige voorbereiding) ervaren. De bestuursrechter beslecht het geschil meestal niet finaal, behoudens alle gevallen waarin het beroep ongegrond wordt verklaard. Als de bestuursrechter al een gebrek constateert en dus tot vernietiging van het overheidsbesluit overgaat, bestaat er een – op zichzelf begrijpelijke – terughoudendheid om – zoals dat heet – ‘zelf in de zaak te voorzien’ en zelf een besluit in de plaats te stellen van het vernietigde besluit. Een vernietiging leidt dus in de meeste gevallen tot een hernieuwd besluit, dat heel wel dezelfde inhoud kan hebben als het door de bestuursrechter vernietigde besluit. Veelal leidt deze gang van zaken tot een situatie, waarbij de belangrijkste actoren – het bestuur aan de ene kant en de burgers en het bedrijfsleven aan de andere kant – allebei ontevreden zijn: men ervaart dat veel tijd is verdaan aan problemen die niet als de kern van het geschil worden ervaren met eerst een (tussen-)uitkomst waarmee partijen vaak niet of nauwelijks zijn geholpen en ten slotte een einduitkomst die ofwel weinig verschilt met de beginsituatie ofwel al is achterhaald. Dreigt de bestuursrechtspraak niet aan vlijt ten onder te gaan, dreigt de bestuursrechtspraak een naar haar resultaten gemeten vrij steriele bezigheid te zijn geworden? Het gevaar dreigt dat het systeem, dat van oudsher is ingesteld om bescherming te bieden tegen de bureaucratie, soms zelf als een bureaucratisch systeem wordt ervaren.

Het probleem van vanmiddag raakt mijns inziens de kern van de effectiviteit van de bestuursrechtspraak. Want als wij er niet in slagen ‘voldoende draagvlak’ bij de actoren voor het stelsel van rechtsbescherming te behouden, zal dat vroeg of laat tot zijn neergang leiden. Dat zou een dramatische ontwikkeling zijn, omdat de eis van de rechtsstaat dat de overheid aan het recht is gebonden, weinig betekenis heeft, indien het geloof in het systeem om vast te stellen of de overheid zich aan het recht heeft gehouden, verloren gaat.

3. Alvorens enkele deelproblemen meer specifiek te inventariseren, moet ik opmerken dat deze aandacht voor de procedurele kanten van de besluitvorming in belangrijke mate onontkoombaar is en bovendien ook goeddeels positief valt te waarderen. De kwaliteit van het overheidsbestuur wordt krachtig bevorderd, wanneer daaraan hoge eisen van motivering en zorgvuldigheid worden gesteld. Ik doel dan met name op de zorgvuldigheidseisen van behoorlijk voorbereidend onderzoek en het voldoende vergaren van informatie als gecodificeerd in artikel 3:2 Awb en niet het beginsel van de zogenaamde

¹¹ Zie bijv. J.E.M. Polak, ‘De bestuursrechtspraak en de juridisering’, *NJB* 1997, p. 550 e.v., zie i.h.b. stelling C op p. 955 die in de pagina’s daarvoor is verdedigd.

materiële zorgvuldigheid van artikel 3:4 lid 1 Awb, waarop ik in dit stuk alleen doel als dat expliciet is aangegeven. Wie de politiek volgt, zal onderkennen dat veel van de issues in Den Haag niet te maken hebben met ideologische visie of beleidsmatige keuze, maar met onzorgvuldige voorbereiding (het niet voldoende vergaren van relevante informatie) of het niet onbevooroordeeld afwegen van de pro's en contra's van wél verzamelde informatie, waardoor tot niet begrijpelijke en niet draagkrachtige gemotiveerde besluiten wordt gekomen. Het schort dus juist vaak aan het voldoen aan de procedurele eisen die in de Awb zijn neergelegd. De verstrekkende kritiek van ongeveer een halfjaar geleden van de Algemene Rekenkamer op de besluitvorming met betrekking tot de Betuwelijn, was geen kritiek op de politiek-beleidsmatige kant van de besluitvorming maar op de onzorgvuldigheid ervan, bijvoorbeeld de ontoereikendheid van het onderzoek en het ontbreken van onbevooroordeelde interpretatie van de – derhalve overigens ontoereikende – informatie.¹² Een lijstje van meer van dit soort (beruchte) voorbeelden uit het betrekkelijk recente verleden laat zich gemakkelijk opstellen.¹³

Kortom: de visie dat de procedurele kwaliteitseisen die het bestuursrecht aan de besluitvorming van de overheid stelt slechts formele en geen materiële waarde zouden vertegenwoordigen, moet krachtig worden verworpen. De wat cynische inleidende woorden moeten dus niet zo worden begrepen dat hier iemand voor u zou staan die geen vertrouwen in de betekenis van zijn vak zou hebben. Ook als goed in het oog wordt gehouden dat de beleidsmatige keuzes aan de politiek verantwoordelijken moeten worden overgelaten, heeft het bestuursrecht de kwaliteit van het overheidsbestuur veel te bieden. Dat neemt niet weg dat het zinvol is te bezien welke (juridische) oorzaken kunnen worden aangewezen als verklaring voor het gevoel van veel gebruikers van de bestuursrechtspraak dat zij wel erg formeel-procedureel en weinig geschilplossend zou zijn en of daaraan iets te doen is.

4. Niet alleen de juristen onder u zullen aanstonds begrijpen dat het probleem van de effectieve bestuursrechtspraak met name een staatsrechtelijke achtergrond heeft. Of men al dan niet vindt dat de Trias van Montesquieu nog bestaat – heel wat proefschriften, oraties en andere verhandelingen zijn gedurende de laatste decennia eraan gewijd om het gehoor ervan te overtuigen dat de Trias niet (meer) bestaat, dan wel dat er verschuivingen hebben plaatsgevonden dan wel dat de scheiding tussen de machten niet absoluut is – in onze rechtsorde is erkend dat rechtspraak een andere functie vervult dan

¹² Algemene Rekenkamer, *Beleidsinformatie Betuweroute*, rapport d.d. 22 juni 2000, Sdu uitgevers.

¹³ Denk aan de paspoortaffaire, die minister Van Eekelen de kop kostte of de visserijzaak, als gevolg waarvan minister Braks zich terugtrok of de discussie over het overheidsbeleid na de vliegtuigramp in de Bijlmermeer, die ook weinig met politiek in ideologische zin maar meer met onzorgvuldig overheidshandelen te maken heeft enz.

bestuur.¹⁴ Al vindt bijvoorbeeld onze decaan in zijn bijdrage aan de Konijnenbelt-bundel dat het een cliché is dat niet meer mag worden uitgesproken dat ‘de rechter niet op de stoel van het bestuur mag gaan zitten’, dat neemt niet weg dat ook zijn ruime benadering van de rechterlijke taak er terecht van uitgaat dat de rechter voor alles aan het recht toetst en voor de bestuurder met name beleid en de implementatie daarvan zijn functioneren dient te bepalen.¹⁵

Het is uiteindelijk dat staatsrechtelijke thema dat een grens stelt aan de effectiviteit van de bestuursrechtspraak. Ik beperk mij in deze inleiding tot deze algemene aanduiding, die verklaart waarom rechters wanneer zij het niet eens zijn met een bestuursbesluit, meestal niet aangeven welk besluit wel moet worden genomen. Of dat in onze rechtsorde algemeen aanvaarde uitgangspunt dat besturen en recht spreken verschillende zaken zijn, ertoe moet leiden dat de rechter zich steeds van zo’n definitieve voorziening onthoudt is één van de hamvragen die mij vanmiddag bezighoudt.

Het komt er natuurlijk daarbij ook een beetje op aan of men tot de ‘preciezen’ dan wel tot de ‘rekkelijken’ behoort. Bij die laatsten zullen de eisen van efficiency en proces-economie onder verwijzing naar de taak van de rechter geschillen te beslechten en niet in leven te houden, prevaleren. De eersten – de ‘preciezen’ – hebben minder problemen met het feit dat het bestuursrecht soms in een pingpongwedstrijd ontaardt: veelvuldig komt het voor dat na een vernietiging wegens een motiveringsgebrek (ongeveer de helft van de vernietigingen heeft met een motiveringsgebrek van doen), het bestuur een beslissing met een materieel zelfde inhoud neemt, die vervolgens weer onderwerp van een beroepszaak wordt, enzovoorts.

Slechts relatief weinigen van de hier aanwezigen weten dat ik in een vroeger leven een verdienstelijk pingponger was (ik heb het tot de hoofdklasse gebracht, maar moet voor de volledigheid vermelden dat er boven de hoofdklasse nog een ere- en een promotie ereklasse bestond). Die liefde voor de tafeltennis sport neemt niet weg, dat ik het hier tot mijn taak reken na te gaan in hoeverre onder erkenning en aanvaarding van de aangeduide staatsrechtelijke notie in de bestuursrechtspraak aan dat ‘gepingpong’ een einde kan worden gemaakt.

14 Zie bijv. de Leidse dissertatie van K.M. Schönfeld, *Montesquieu en ‘La bouche de la loi’*, Leiden 1979; N.S.J. Koeman, ‘Over beleid en controle’, *NTB* 1989-3; W.J. Witteveen, *Evenwicht van machten*, oratie Tilburg, Zwolle 1991.

15 A.F.M. Brenninkmeijer, ‘Een leerstelling cliché’, in: *In de sfeer van administratief recht* (p. 13-31), Utrecht 1994, opstellen aangeboden aan Willem Konijnenbelt, onder redactie van T. Hoogenboom & L.J.A. Damen. Zie ook A.F.M. Brenninkmeijer, ‘De plaats van de rechter in onze constitutionele rechtspraak’, bijdrage aan de RAIO-congresbundel 1987: *De rechter als dictator? Verschuivingen in de verhouding regelgeving, bestuur en rechtspraak*, Lochem p. 51-71.

Hiermee sluit ik de inleiding over de problematiek van het gebrekkige vermogen van de bestuursrechtspraak om geschillen materieel te beslechten af. Ik zal hierna eerst ingaan op de opstelling van de wetgever, met name de Awb-wetgever ten aanzien van het probleem (II). Daarna komt de attitude van de bestuursrechter zelf aan de orde en worden hoofdlijnen uit de jurisprudentie aan de orde gesteld (III en IV). Voordat aan het slot wordt gepoogd aan te geven in welke richting mijns inziens verbetering voor het systeem moet worden gezocht (VII), worden enkele meer staatsrechtelijke opmerkingen gemaakt over de verhouding van de bestuursrechter tot het bestuur en de wetgever (V) en worden de tussenconclusies weergegeven (VI).

II | Het gepingpong en de Awb

A. *Finale uitspraakbevoegdheden voor beperkte toepassing bedoeld*

5. Uit de wetsgeschiedenis van het op 1 januari 1994 in werking getreden Awb-bestuursprocesrecht volgt dat de rechter meer dan in het verleden zou moeten streven naar definitieve geschillenbeslechting. Daarbij realiseerde men zich, dat het feit dat men de toetsing door de rechter van een eenmaal genomen bestuursbesluit aan het recht centraal bleef stellen, spanning oproept met dat uitgangspunt. Als de rechterlijke taakuitoefening immers is gericht op de toetsing aan het recht van een in het verleden genomen besluit (toetsing ex tunc), impliceert dat dat de rechter bezwaarlijk het geschil definitief kan beslechten: er kan na het besluit al weer veel zijn gebeurd. Zowel het feit dat de rechter in principe niet meer doet dan toetsing van het besluit aan het recht als het feit dat het om een toetsing van een in het verleden genomen besluit (toetsing ex tunc) gaat, brengen dus beperkingen met zich voor het definitief beslechten van het geschil. De Memorie van Toelichting bij de Awb zegt het zo:

Ook in de nieuwe opzet staat de rechtmatigheidstoetsing ex tunc van een besluit centraal. Uit een oogpunt van rechtsbescherming, maar evenzeer uit een oogpunt van doelmatige en doeltreffende geschillenbeslechting, dienen de nadelige consequenties van het noodzakelijkerwijs thans handhaven van deze benadering zoveel mogelijk te worden geredresseerd. Dit leidt ertoe, de rechter de bevoegdheid te geven om, waar dat mogelijk is, zelf in de zaak te voorzien. De rechter kan en zal daarbij rekening houden met na het instellen van het beroep opgekomen feiten en omstandigheden. Daarbij geldt uiteraard in beginsel de grens, dat de rechter slechts dan zelf in de zaak mag voorzien, als na de vernietiging rechtens maar één beslissing mogelijk is (...). In dit verband komt ook betekenis toe aan het feit dat, voorafgaand aan maar ook tijdens de zitting, meer en meer contacten tussen partijen plaatshebben, al dan niet op initiatief van de rechter. Het voorgaande leidt er eveneens toe, dat de vernietiging waarmee partijen niets opschieten dient te worden vermeden (verg. artikel 6.2.14 [thans 6:22 Awb: JP] van de Awb). Ten slotte dienen aan de rechter, onderscheidelijk aan partijen adequate middelen ten dienste te staan om de naleving van rechterlijke uitspraken af te dwingen. Het nieuwe bestuursprocesrecht voorziet in dit alles, daarmee een einde makend aan de bestaande uiteenlopende en op onderdelen lacuneuze uitspraakbevoegdheden,

van de verschillende administratieve rechters. Het biedt aldus aan de rechter alle ruimte om te komen tot een materiële oplossing van het geschil.¹⁶

6. Het uitgangspunt dat de bestuursrechter meer dan in het verleden zou moeten streven naar effectieve geschillenbeslechting heeft in de Awb geleid tot een aantal concrete wettelijke bepalingen, namelijk a) de bepaling dat de rechter een besluit in stand kan laten, wanneer een vormvoorschrift is geschonden, doch de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld (artikel 6:22), b) de bepaling dat de rechter kan bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit of het vernietigde gedeelte daarvan geheel of gedeeltelijk in stand blijven (artikel 8:72 lid 3) en c) de bepaling dat de rechtbank kan bepalen, ‘dat haar uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit of het vernietigde gedeelte daarvan’ (artikel 8:72, lid 4, laatste deel). De eerste twee bepalingen zijn meer ten behoeve van het bestuur dan de appellerende burger geschreven: zij geven de rechter de mogelijkheid een besluit zijn werking te doen behouden, ook al is er iets mis met het betreffende besluit. Daaraan ligt vooral de gedachte ten grondslag dat de burger met een vernietiging waarmee hij niets opschiet – wanneer het evident is dat het besluit inhoudelijk wel rechtmatig is – ook niet gebaat is en dat in dat geval het ‘pingspongspel’ achterwege moet blijven.
7. Ook los van deze in de Awb opgenomen uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter getuigt de wetsgeschiedenis van de Awb van de wens om tot een meer effectieve geschillenbeslechting te komen. Meer algemeen werd gekozen voor het centraal stellen van de rechtsbeschermingsfunctie als primaire functie van de bestuursrechtspraak.¹⁷ Een primaire doelstelling van de bestuursrechtspraak is dus niet langer de handhaving van het objectieve publiekrecht. Dat heeft onder meer tot gevolg dat betrekkelijk verstrekkende beperkingen worden aangenomen waar het gaat om de mogelijkheid van ambtshalve toetsing van gebreken in de besluitvorming. Het gaat in het bestuursprocesrecht thans om het bieden van ‘een adequaat kader voor het bindend beslechten van een rechtsgeschil in de verhouding tussen burger en bestuursorgaan’.¹⁸
8. In een mooi artikel in *Themis* heeft Allewijn in dit verband gesproken van ‘Een nieuw denkmodel voor de bestuursrechter’.¹⁹ Hij schetst echter naar mijn oordeel een te optimistisch beeld van de nieuwe ontwikkelingen. Wie de concrete vorderingen op dit terrein nagaat, moet onderkennen dat er wel

16 PG Awb II, p. 175.

17 Zie met name PG Awb II, p. 174 (sub 2.3), maar ook p. 166 (sub 2.6)

18 PG Awb II, p. 174 (sub 2.3)

19 D. Allewijn, ‘Een nieuw denkmodel voor de bestuursrechter’, *Rechtsgeleerd Magazine Themis* 1998, p. 291-298.

vorderingen zijn gemaakt, maar dat deze nog betrekkelijk marginaal zijn. Voor de in artikel 6:22 Awb neergelegde mogelijkheden om vormgebreken te passeren zien de hoogste bestuursrechters vrijwel geen plaats, vooral omdat het begrip ‘vormgebreken’ begrijpelijkerwijs eng wordt opgevat.²⁰ Al vindt artikel 8:72, lid 3 (gedektverklaring van de gevolgen ingeval van een vernietiging) vaker toepassing, ook daaraan zijn – zoals Neerhof het noemt – ‘essentiële randvoorwaarden gesteld’.²¹ Ingeval in een besluit onvoldoende is gemotiveerd welke belangenafweging aan de uitoefening van de betreffende discretionaire bevoegdheid ten grondslag heeft gelegen, ligt het niet in de rede dat de bestuursrechter het bestuursorgaan gelegenheid geeft het besluit alsnog nader toe te lichten en te motiveren om vervolgens op basis van een materiële beoordeling vast te stellen of de rechtsgevolgen van het besluit in stand kunnen worden gelaten. De bestuursrechter mag immers met gedektverklaring volgens de jurisprudentie niet het ‘besluitvormingsprimaat van het bestuursorgaan’ doorkruisen.²² Toch is het gebruik van dit artikel wat meer in zwang dan artikel 6:22: indien een afwijzend besluit op een aanvraag niet adequaat is gemotiveerd, maar duidelijk is dat die afwijzing juist is, kan de rechter de rechtsgevolgen van het besluit in stand laten. Het artikel biedt voorts een goede mogelijkheid om de meest nadelige kantjes van de ‘ex tunc’-toetsing te omzeilen: wanneer een (op het moment dat het genomen werd) gebrekkig besluit wel juist zou zijn, als het genomen zou zijn op het moment van toetsing, kan artikel 8:72 lid 3 uitkomst bieden. Het beeld is hier zo, dat 8:72, lid 3 Awb alleen wordt toegepast wanneer min of meer vaststaat dat de burger bij de vernietiging niets zou opschieten en er dus na de vernietiging maar één uitkomst mogelijk is. Daarmee zijn wij in vergelijking met de pre-Awb periode (toen deze bevoegdheden in sommige wetten ook al bestonden!), wellicht iets opgeschoten, maar ook weer niet zoveel. In gevallen dat er immers nog maar één oplossing mogelijk is na de vernietiging zou het geschil zonder zo’n gedektverklaring meestal immers ook niet verder zijn gegaan. Het pingpongen zou zonder die voorziening veelal ook zijn gestopt, wanneer uit de overwegingen van de uitspraak zou blijken dat het bestuursorgaan na de vernietiging een inhoudelijk zelfde besluit zou hebben kunnen nemen. Voorts moet men bedenken, dat toepassing van de artikelen 6:22 en 8:72 lid 3 Awb weliswaar kan verhinderen dat burgers blij worden gemaakt met de spreekwoordelijke ‘dode mus’, maar dat het daarbij toch in wezen gaat om effectieve afdoening ten voordele van het bestuur. Het zijn bepalingen die met zich brengen dat fouten van bestuurders kunnen worden gepasseerd, omdat burgers met die fouten niets behoren op te schieten.

20 Zie *Het bestuursprocesrecht* (t.a.p. noot 2), p. 246-252 en A.R. Neerhof (t.a.p. noot 8), met name p. 73-77 onder vermelding van veel jurisprudentie.

21 A.R. Neerhof, t.a.p. p. 77-80

22 Zie A.R. Neerhof, t.a.p. p. 78

9. De bijdrage van de artikelen 6:22 en 8:72 lid 3 Awb aan het oplossend vermogen van de bestuursrechtspraak is, hun goede bedoelingen ten spijt, beperkt. Dat geldt nog sterker voor de in artikel 8:72 lid 4 Awb gegeven bevoegdheid aan de bestuursrechter om zelf in de zaak te voorzien. Ook hier het beeld dat de wetgever enerzijds in algemene termen wel een effectievere geschillenbeslechting voor ogen heeft gestaan, maar anderzijds bij de uitwerking van die gedachte de rechter weinig armslag heeft gegeven door aan te geven, dat een beperkte toepassing werd beoogd. Gesteld werd immers dat van de bevoegdheid van artikel 8:72 lid 4 Awb slechts mag worden gebruikgemaakt 'als na de vernietiging rechtens maar één beslissing mogelijk is'.²³ Tegen die achtergrond is het niet verwonderlijk dat de rechtspraak bij de toepassing van dit artikel terughoudend is. Vast moet staan dat een bepaalde beslissing materieel de enige juiste is. In geval van een zorgvuldigheids- of motiveringsgebrek of een ander formeel gebrek, is dat niet vast te stellen. Nu meer dan de helft van de vernietigingen zorgvuldigheids- of motiveringsgebreken betreffen, betekent dat dat toepassing van 8:72 lid 4 Awb niet zoveel voorkomt.²⁴

Zelf in de zaak voorzien is dus wel mogelijk in gevallen dat er nog maar één beslissing mogelijk is. Zo wordt het in de rechtspraak wel gebruikt in gevallen waarin het bestuur ten onrechte meende nog een (goedkeurings)besluit te kunnen nemen (de termijn was verstreken etc.) Ook wordt wel tot finale geschillenbeslechting gekomen in situaties waarin het gaat om schadevergoeding. We hebben dan veelal te maken met toepassing van artikel 8:73 Awb (de veelbesproken bepaling dat de rechter ingeval van vernietiging van een besluit de schade mag vaststellen die daarvan het gevolg is), doch ook in het kader van schadekwesties buiten artikel 8:73 Awb (bijvoorbeeld wanneer een beslissing op een bezwaarschrift van een bestuursorgaan op onjuiste wijze een schadevergoeding heeft vastgesteld) biedt 8:72 lid 4 wel uitkomst en stelt de rechter zelf de schade vast. Het is te hopen dat de bestuursrechter dat – in lijn daarmee – ook in kwesties van zelfstandige schadebesluiten gaat doen. Ook waar het gaat om punitieve administratieve sancties, wordt het als een rechterlijke bevoegdheid gezien om de zaak bindend

23 PG Awb II, p. 175.

24 Zie A.R. Neerhof, t.a.p. pag 80 en 81, al geeft hij daarbij ook aan dat er ook bij schending op formele gronden wel gevallen zijn dat wel in de zaak kan worden voorzien. Daarbij zal het evenwel met name om gevallen gaan, waarbij een gebrek in de beslissing op bezwaar wordt geconstateerd dat ook aan het primaire besluit kleeft, zodat van artikel 8:72 lid 4 gebruik wordt gemaakt om ook het primaire besluit te herroepen. Het gaat dan dus om gevallen waarbij aan een appellerende burger die iets niet wil wordt tegemoetgekomen, de rechtspraak gaat evenwel duidelijk slechts zelden zover, dat een burger die iets wel wil wordt geholpen, tenzij evident is dat die oplossing bindend uit de wet voortvloeit.

te beslechten, evenals situaties waarbij beide partijen om ‘zelf voorzien’ hebben gevraagd.²⁵

De beperkingen zijn echter overheersend: ons bestuursrecht kent nu eenmaal vooral bevoegdheden met beleids- en beoordelingsvrijheid en voor die situatie is artikel 8:72 lid 4 Awb, gelet op de wetsgeschiedenis, niet bedoeld. Daarbij kunnen ook de belangen van derden gebruikmaking van dit artikel verhinderen.

10. Als ik het in vogelvlucht gegeven beeld overzie, vind ik dus de teneur van het artikel van Allewijn – dat bestuursrechters sinds 1994 gericht zijn op finale geschillenbeslechting – te optimistisch. Dat geldt ook voor het beeld dat hij oproept, wanneer hij stelt dat bestuursrechters gehouden zouden zijn om bij iedere vernietiging op formele gronden te motiveren waarom zij het bij de enkele vernietiging op formele gronden laten. Daarmee wordt gesuggereerd dat in al die gevallen het doorstoten naar het materiële geschil regel zou zijn en dat slechts in uitzonderingsgevallen wordt volstaan met een vernietiging vanwege een niet-materiële grond. Dat beeld is evenwel onjuist. Nog steeds is in verreweg de meeste gevallen, waarin een vernietiging wegens een motiverings- of zorgvuldigheidsgebrek aan de orde is, de weg naar het voortgaan met ‘pingpongen’ niet afgesloten.²⁶

Aldus moet worden geconcludeerd dat de wetgever enerzijds wel in algemene zin en qua concept een meer effectieve geschillenbeslechting voor ogen heeft gestaan, maar dat waar het gaat om de specifieke bevoegdheden, toegekend aan de bestuursrechter om dat te verwezenlijken, tegelijkertijd terughoudendheid werd gepredikt. Vanwege dat laatste kan het de bestuursrechters niet kwalijk worden genomen dat er in veel gevallen van die

25 Op basis van het jurisprudentieonderzoek van Coosje van Lessen Kloeke en Melita van der Mersch wordt binnenkort in het *NTB* nader ingegaan op de gepubliceerde jurisprudentie met betrekking tot het zelf voorzien.

26 De jurisprudentie, die Allewijn in noot 19 van zijn artikel noemt (ter ondersteuning van zijn stelling dat uit de jurisprudentie zou blijken dat er een norm is op grond waarvan bestuursrechters zouden zijn gebonden aan te geven, waarom niet wordt doorgestoten naar het materiële geschil in geval van vernietiging wegens een motiverings- of zorgvuldigheidsgebrek), overtuigt mij op dit punt niet. Bestudering van die jurisprudentie leert dat het daarbij in de eerste plaats om gevallen gaat, waarbij vaststond dat het besluit inhoudelijk juist was, zodat een onbevoegdheid van het desbetreffende bestuursorgaan kon worden gepasseerd, nu er een bekrachtiging had plaatsgevonden en in de tweede plaats om gevallen dat, hoewel er gevraagd was om finale geschillenbeslechting, deze juist achterwege bleef, zij het dat – wellicht mede omdat daarom expliciet gevraagd was! – de betreffende bestuursrechters wel overwegingen wijdten aan het motiveren van het niet doorstoten naar het materiële geschil. Ik geloof derhalve niet dat uit deze jurisprudentie kan worden afgeleid, dat bestuursrechters altijd zouden motiveren waarom zij niet doorstoten naar het materiële geschil. De hiervoor beschreven rechtspraak impliceert bovendien dat wij met zo’n motiveringsregel niet erg zouden opschieten, omdat in alle gevallen waar nog enige discretionaire vrijheid is voor het bestuursorgaan, de rechter van het doorstoten naar het materiële geschil (maar dan wellicht gemotiveerd!) zal afzien!

effectieve geschillenbeslechting niet zo heel veel is terechtgekomen, c.q. terecht komt.

B. Toetsing ex tunc

Daarbij moet men bedenken dat het uitgangspunt dat in het bestuursprocesrecht wordt opgekomen tegen een besluit dat ten tijde van de beoordeling door de rechter al weer geruime tijd geleden is genomen, het minder gemakkelijk maakt tot materiële geschillenbeslechting te komen. De *ex tunc*-toetsing levert een probleem op. Vooralsnog ben ik er echter niet toe geneigd om ons concept van het voor bezwaar en beroep vatbare overheidsbesluit – wellicht te verruimen tot de voor bezwaar en beroep vatbare overheidshandeling – los te laten. Ik meen oprecht dat aan dat concept ook grote voordelen zijn verbonden, zoals ik in mijn proefschrift heb uiteengezet.²⁷ Zo heeft dat concept in vergelijking met het alternatief van een vorderingenmodel onmiskenbaar voordelen vanuit de optiek van rechtsbescherming. Het voorwerp van geschil hoeft niet meer te worden geformuleerd: dat is in principe het aangevochten besluit. Daarnaast is het meer dan een vorderingenmodel gericht op een afweging van deelbelangen en acht ik ook de instrumenten van de bestuursrechter – vernietiging en schorsing *erga omnes* – verworvenheden waarvan niet te snel afstand moet worden genomen. Het concept heeft voor de finale geschillenbeslechting misschien nadelen, maar ik ben – zoals nog zal blijken – er niet van overtuigd dat binnen dat stelsel geen verbeteringen vallen aan te brengen (zo gingen ook het in kringen van burger en bestuur populaire beroep op de Kroon en de rechtsgang bij de Afdeling voor de geschillen van bestuur, rechtsprekend op grond van de Tijdelijke wet kroongeschillen (hierna: Twk-rechter), waarbij veel meer zelf in de zaak werd voorzien, van dat voor beroep vatbare overheidsbesluit uit!). Er moet uiteraard wel fundamenteel worden nagedacht over een andere opzet van het systeem, maar men moet wel bedenken dat het realiteitsgehalte van een op een geheel andere leest geschoeid systeem voorlopig laag is, nu juist zoveel energie is gestoken in een in veel andere opzichten bevredigend rechtsbeschermingsstelsel met de Awb. Het ligt niet voor de hand ervan uit te gaan dat dat binnen

27 J.E.M. Polak, *Burgerlijke rechter of bestuursrechter*, diss. UvA, Deventer 1999, zie i.h.b. hoofdstuk VI, m.n. p. 156.

afzienbare termijn in essentie zal worden verlaten.²⁸ Wel zijn modernisering en uitbreidingen denkbaar.

C. *Awb: procedureel gericht*

Er zijn meer redenen dan de ex tunc-toetsing, die eigen is aan het in de Awb neergelegde besluitmodel, en het feit dat bevoegdheden van de bestuursrechter om tot finale geschillenbeslechting te komen voor beperkte toepassing zijn bedoeld, waarom de Awb aan de wel beoogde maar niet gerealiseerde effectieve geschillenbeslechting in de weg staat. Het is wellicht de wetgever niet kwalijk te nemen, maar feit is wel dat de Awb bij uitstek een wet is die beter is in het regelen van procedures dan van materieel bestuursrecht. Het deed Koopmans in zijn mooie slotwoord tijdens de staatsrechtconferentie van 1998 verzuchten: 'Bestudeert men de tekst van de Awb dan lijkt het wel of alles eigenlijk wel kan, als het maar netjes en volgens de voorgeschreven procedures gebeurt' daarbij wijzend op het feit dat het staatsrecht tenminste de grondrechten heeft, die 'echte' grenzen stellen aan de bevoegdheidsuitoefening van de overheid.²⁹ Voor dit onderwerp is met name van belang de wijze waarop de codificering van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – samen met wettelijke voorschriften de toetsingsnormen voor de bestuursrechter van de te beoordelen besluiten – heeft plaatsgevonden. Het is opvallend, dat de meer materiële beginselen van behoorlijk bestuur (nog) niet, dan wel vrij gebrekkig en de meer procedurele beginselen overvloedig en heel duidelijk zijn gecodificeerd. Niet zijn gecodificeerd het beginsel dat opgewekte verwachtingen moeten worden gehonoreerd, het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel, terwijl dat toch wezenlijke, zo niet de meest wezenlijke algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn.

-
- 28 Zie voor de discussie over de vraag of de opzet van het vernietigingsberoep tegen een overheidsbesluit moet blijven onder veel meer: M. Schreuder-Vlasblom, *Het nieuwe bestuursprocesrecht*, VAR preadvies 1994, 'Heroriëntatie bestuursrechtspraak', waarbij zij op p. 38 en 39 ingaat op het door A.Q.C. Tak in een aantal geschriften uiteengezette andere benadering van commentaar voorziet. Zie ook hun discussie tijdens de vergadering op 29 april 1994 blijkens het verslag van de Algemene vergadering VAR-geschrift nr. 113, de interventie van Tak staat op p. 20 e.v. en de reactie van Schreuder-Vlasblom, p. 55 e.v. Zie voor mijn standpunt dat vooralsnog van een aan te vechten overheidshandeling als model voor het bestuursprocesrecht moet worden uitgegaan, mijn proefschrift *Burgerlijke rechter of bestuursrechter*, diss. UvA, Deventer 1999, m.n. p. 156, waarbij uitbreiding van de competentie van de bestuursrechter en ook uitbreiding van de mogelijkheid om hem in bepaalde gevallen met verzoekschriftprocedures te benaderen, worden bepleit. Zie in dezelfde zin ook mijn bijdrage, 'De rechtsbescherming in het bestuursrecht in 2010: naar een poldermodel voor de rechtsbescherming', *NTB* 2000, pag 55 e.v. Dat neemt niet weg dat ik thans niet zou willen vooruitlopen op de bevindingen van een VAR-werkgroep, die zal bezien hoe ons rechtsbeschermingssysteem er idealiter uit zou moeten zien. Het kan heel wel zijn dat alsdan blijkt dat wij toch een andere weg moeten inslaan, maar vooralsnog lijkt mij het, gelet op het bestaan van de Awb en de energie die daarin is gestoken, niet erg vruchtbaar om daarvan uit te gaan.
- 29 T. Koopmans, 'Staatsrecht, bestuursrecht, Awb. Een poging tot synthese', in: *Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht*, Deventer 1999, p. 193-201, i.h.b. p. 194.

Nu weet ik wel dat het feit dat deze beginselen niet zijn gecodificeerd niet wegneemt dat de rechter daaraan wel mag c.q. moet toetsen (de Awb regelt niet uitputtend welke beginselen van behoorlijk bestuur geldend recht zijn), maar de eerste oriëntatie van de rechter vormt terecht nog altijd de wet en stimulerend voor een meer materiële geschillenbeslechting is in ieder geval niet een Awb die de meest materiële beginselen van behoorlijk bestuur (nog) niet kent!

13. De samenhang met het onderwerp van de finale geschillenbeslechting is evident: algemeen wordt erkend dat bij vernietiging vanwege een “zwaar” beginsel van behoorlijk bestuur’ de mogelijkheid van het bestuur om een materieel zelfde besluit te nemen beperkt is, zodat kan worden aangenomen dat in zo’n geval de rechter ook gemakkelijker in de zaak zal kunnen voorzien.³⁰ Weliswaar zijn de eveneens zware vernietigingsgronden van het verbod van willekeur en het materiële zorgvuldigheidsbeginsel, dat vergt dat er sprake is van een behoorlijke belangenafweging, wel gecodificeerd en wel in artikel 3:4 lid 1 Awb; vernietigingen wegens strijd met deze beginselen zijn echter beperkt. Drupsteen heeft in de al genoemde Konijnenbelt-bundel geschreven dat artikel 3:4 lid 1 ‘een artikel (is), dat naar mijn gevoel meer vragen oproept dan het beantwoordt.’³¹ Daarnaast wijst hij er terecht op dat het probleem bij de afweging van belangen steeds is dat wij niet weten welk gewicht aan de diverse belangen moet worden gehecht:

Wij stuiten hier op een moeilijk punt. Heel gemakkelijk beaamt ieder dat een bestuursorgaan de bij het te nemen besluit betrokken belangen zorgvuldig moet afwegen. Maar hoe moet een bestuursorgaan het belang van het voortbestaan van een populatie vroedmeesterpadden afwegen tegen het belang van recreatie kunnen beoefenen van de motorcross-sport?

(Drupsteen behandelt de casus van de Motorclub Berg en Terblijt die de als beschermd natuurmonument aangewezen ‘Meertenshoeve’ als motorcrossterrein gebruikt, voor welk gebruik een vergunning ex artikel 12 Natuurbeschermingswet nodig is.)

30 Zie reeds P.J.J. van Buuren, ‘De hantering van algemene beginselen van behoorlijk bestuur door de administratieve rechter’, *Bestuurswetenschappen* 1979, p. 143-153. Ik zie er niet aan voorbij, dat vooral Schueler (t.a.p. p. 151 e.v.) steekhoudende kritiek heeft uitgeoefend op de gedachte dat de door de rechter gehanteerde vernietigingsgrond beslissend is voor de vraag welke beslissing na de vernietiging moet worden genomen. Het betreft hier echter in wezen een nuancering, nu hij stelt dat de vernietigingsgrond moet worden geplaatst in het licht van de overwegingen van de rechter. Ook hij stelt dat van vernietigingsgronden die berusten op het motiveringsbeginsel of het formele zorgvuldigheidsbeginsel kan worden vastgesteld dat zij in geen geval een definitief oordeel geven over de juridische houdbaarheid van het dictum. Voor een benadering waarbij de rechter zelf in de zaak voorziet is het veelvuldig gebruik van die beginselen dus wel degelijk een obstakel.

31 Th.G. Drupsteen, ‘En de gemeenteraad maar belangen afwegen’, in: *In de sfeer van administratief recht*, (zie noot 3), p. 69-83, i.h.b. p. 71.

Ongetwijfeld zijn dan aspecten als de zeldzaamheid van de populatie en mogelijke aanwezige alternatieven voor de motorclub van belang. Het komt niet vaak voor dat een besluit wordt vernietigd wegens een verkeerde belangenafweging. Meestal heeft de onzorgvuldigheid betrekking op de formele kant van de zaak en is er sprake van een gebrek in de besluitvormingsprocedure. Anderzijds kan een onzorgvuldige inhoudelijke belangenafweging ook verscholen zijn achter een gebrekkige motivering of kan zij worden aangeduid als willekeurig.

Vernietiging wegens schending van artikel 3:4 lid 1 Awb komt dan ook relatief weinig voor.

14. Mocht de mening postvatten dat hier een tegenstander van de Awb aan het woord is, dan moet ik mij haasten dat tegen te spreken. De Awb is een succesvol project. Het bestuursrecht is met al zijn bijzondere delen – van sociale wetgeving tot het economisch bestuursrecht, van Huisvestingswet tot tarieven in de gezondheidszorg – een onoverzichtelijk rechtsgebied. Ook hoogleraren (en zeker nieuwe) kunnen niet de pretentie hebben het zelfs maar gedeeltelijk te beheersen. Daarom is het verstandig dat mijn leeropdracht de beperking tot het ‘algemeen’ bestuursrecht kent. De Awb heeft in ieder geval op het zogenaamde algemeen deel van het bestuursrecht een eenheid gebracht, die tot ver in de jaren '80 niet voor mogelijk zou zijn gehouden. Maar zoals vaker bij successen het geval is, dreigt de ontwikkeling van het bestuursrecht in een zeker opzicht het slachtoffer te worden van zijn eigen succes. Ik bedoel dit: bij alle terechte aandacht voor de Awb moet men niet vergeten dat het vooral aandacht is voor de vorm en niet voor de inhoud. Men leze er een bijdrage van de regeringscommissaris voor de Awb aan de afscheidsbundel voor De Haan op na:

Men bedenke daarbij dat een algemene wet uitsluitend een regeling kan bevatten van verschillende vormen van bestuurshandelen en van procedures. De inhoud van het beleid dat de overheid moet voeren is niet aan de orde. De beleidsinhoudelijke kant staat daarentegen voorop in de afzonderlijke wetten.³²

De enorme aandacht die gedurende de laatste decennia naar het algemeen bestuursrecht is uitgegaan heeft daarmee tegelijk iets armoedigs: het is aandacht die naar zijn aard meer is gericht op de vorm dan op de inhoud. Dat is nog versterkt door het feit dat de Awb-wetgever er tot nu toe nog niet in is geslaagd om, waar het algemeen bestuursrecht meer inhoudelijke normen te bieden heeft, deze op een bevredigende wijze in de wet neer te leggen. Hiervoor werden als voorbeelden genoemd dat het vertrouwensbeginsel, het

32 M. Scheltema, 'Harmonisatie en coördinatie van wetgeving in verband met de Algemene wet bestuursrecht', in: *Rechtsvorming in de sociale rechtsstaat*, onder redactie van Th.G. Drupsteen & R. Fernhout (bundel opstellen aangeboden aan P. de Haan t.g.v. zijn afscheid van de TU Delft en de VU Amsterdam), Deventer 1989, p. 79-84.

rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel niet (en het beginsel van behoorlijke belangenafweging niet zo duidelijk) in de wet zijn vastgelegd. Daarnaast biedt de Awb voor een belangrijk inhoudelijk probleem als dat van de toetsing van vage normen door de rechter – waarop ik hierna nog nader zal ingaan – mijns inziens geen begin van oriëntatie. Of het zou moeten zijn dat ook dit probleem tengevolge van de procedurele gerichtheid van de Awb door de bestuursrechter vaak met een toetsing aan motiverings- en zorgvuldigheidsnormen tegemoet wordt getreden, zoals nog zal worden aangegeven.

Kortom, de grote aandacht voor het algemeen bestuursrecht dient niet het zicht – ook niet dat van de bestuursrechter – te beletten op de inhoudelijke vragen van bestuursrecht die zich veelal op de bijzondere delen van het bestuursrecht afspelen.³³

Hebben wij hiermee de procedurele gerichtheid van de Awb besproken en daarmee vanuit die wet enige verklaringen aangereikt waarom de mogelijkheden van de bestuursrechter om tot materiële geschillenbeslechting te komen tot dusver beperkt zijn gebleken, wij komen daarmee toe aan de vraag welke houding de bestuursrechter zelf inneemt.

33 Zie ook N.S.J. Koeman, 'Bestuursrecht is meer dan procedurerecht', *NTB* 1995, p. 94.

III | De rechterlijke attitude bij de toetsing

A. *Voorkeur voor motiverings- en formele zorgvuldigheidsbeginsel*

15. De rechterlijke attitude bij de toetsing van overheidsbesluiten kan niet los worden gezien van de wijze waarop wetgeving haar beslag heeft gekregen als in het vorige hoofdstuk beschreven. Blijkt de Awb en meer in het bijzonder artikel 3:4 Awb niet uit in duidelijkheid waar deze de meer materiële toetsing door de bestuursrechter vorm zou moeten geven, in het verlengde daarvan heeft de rechter, ook als hij de wijze waarop de belangen zijn afgewogen niet adequaat acht, de neiging te kiezen voor een vernietiging op grond van een minder zware grond. Zijn keuze valt dan op het formele zorgvuldigheidsbeginsel, (zoals gecodificeerd in artikel 3:2 Awb dat voorschrijft dat het bestuur besluiten goed voorbereidt en kennis omtrent de af te wegen belangen vergaart) of op schending van één van de bepalingen in de Awb (met name de artikelen 3:46 e.v.), waarin de verschillende vormen van het motiveringsbeginsel zijn gecodificeerd.³⁴
16. Zwart heeft in een preadvies voor de staatsrechtconferentie uitvoerig betoogd dat de Nederlandse bestuursrechter er de voorkeur aan geeft om de zaak op formele gronden af te doen, waarbij hij stelt dat ook als er inhoudelijke gronden zijn de bestuursrechter zijn inhoudelijke bezwaren in formele bezwaren 'verpakt'.³⁵ Boukema heeft daarop tijdens die conferentie gerepliceerd met de stelling dat de neiging tot formele toetsing sinds de invoering van de Awb op de terugtocht is, zulks onder verwijzing naar het hiervoor reeds gereleveerde artikel van Allewijn. Niettemin stelt Boukema, die het wel kan weten na meer dan twee decennia rechterlijk werk in de frontlinie bij respectievelijk de Afdeling rechtspraak en de Afdeling bestuursrechtspraak:

34 Zie reeds de Groningse onderzoeksrapporten van Van Buuren, Bolt & Scheltema; rapport van de vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde Groningen over Kroonberoep en Arob-beroep, Deventer 1981 en D.J. Hutter e.a., *Na de vernietiging*, Groningen 1989, met name p. 272.

35 T. Zwart, 'De republiek der rechters', in: *Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht*, Staatsrechtconferentie 1998, p. 87-120. Zie voor het door M.P. Jongsma bewerkte referaat van P.J. Boukema naar aanleiding van het betoog van Zwart, 'De bestuursrechter: tussen Scylla en Charybdis', in hetzelfde boek p. 123-27.

Soms komt het voor dat de rechter inderdaad over verschillende vernietigingsgronden beschikt (o.a. inhoudelijke) maar dat hij niet verder komt dan een formele toetsing. Daar kunnen allerlei verklaringen voor zijn. Te denken valt aan de behoefte van een definitieve afdoening van een zaak. Dit kan leiden tot een niet-volledig onderzoek naar alle mogelijkheden. Soms wordt echter ook bewust aan het bestuur de mogelijkheid geboden om de zaak zelf correct op te lossen. Anders dan Zwart zou ik dit beslist geen 'lippendienst' aan het bestuur willen noemen. Dit getuigt nu juist van respect voor het bestuur. Ook de behoefte – die zeker bij de Afdeling rechtspraak in de beginfase bestond – om het bestuur duidelijk te maken dat ook aan formele vereisten voor het nemen van een besluit de hand dient te worden gehouden, kan leiden tot een formele toetsing. Verder kan ook het beroepschrift beperkt zijn tot formele gronden. Ten slotte kan de verklaring wellicht in sommige gevallen worden gevonden in de gemakzucht van de rechter.

Het is enigszins merkwaardig, dat hier als eerste verklaring voor de formele benadering van de bestuursrechter wordt genoemd de behoefte 'aan een snelle definitieve afdoening van een zaak'. Erg overtuigend is dat argument niet, nu het omgekeerde veel vaker aan de orde is, namelijk dat door de formele toetsing er juist geen snelle definitieve afdoening van de zaak is. Het tweede argument, namelijk om bewust aan het bestuur de mogelijkheid te bieden de zaak zelf correct op te lossen, is heel herkenbaar, namelijk dat de rechter als het even kan de zaak niet echt beslist, maar dit aan het bestuur overlaat. Het derde argument (dat het bestuur duidelijk moet worden gemaakt dat ook aan formele vereisten voor het nemen van een besluit de hand dient te worden gehouden), zou minder gewicht moeten hebben dan het belang voor de burger van materiële toetsing van het besluit als hij door die formele toetsing niet echt wordt geholpen. De vierde reden, die hij aanvoert – de gevallen dat het beroep beperkt zal zijn tot formele gronden – is in de onderzoeksrapporten en evaluaties – hoewel zulks meetbaar zou zijn geweest – nooit als verklaring gegeven. Zij speelt mijns inziens kwantitatief geen belangrijke rol bij al die vernietigingen wegens strijd met het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel. De voorzichtig genoemde laatste reden voor de toetsing aan formelere criteria, dat wellicht 'in sommige gevallen de verklaring' kan worden gevonden 'in de gemakzucht van de rechter' is van de door deze ervaren rechter genoemde redenen evenals de tweede (het aan het bestuur overlaten om te beslissen) herkenbaar (en wordt bovendien in de hand gewerkt door het feit dat de rechter die zo'n beslissing neemt zijn productie ziet stijgen, al is het geschil dus veelal nog niet opgelost).

Voor de achtergrond van deze voorkeur moeten wij terugkeren naar de staatsrechtelijke notie, waarover hier werd gesproken: het beleid moet door het bestuur worden gemaakt en de rechter is daarom terughoudend om een keuze voor het bestuur af te snijden. Daardoor is hij geneigd bij een keuze tussen een zware en een minder zware kwalificatie van een gebrek in de

besluitvorming te kiezen voor de minder zware. Dit wordt tenminste in de meeste boeken en artikelen die de bestuursrechtspraak op dit punt evalueren als de meest voorkomende verklaring gegeven.³⁶ Daarbij is het overigens opvallend dat boeken die als onderwerp hebben de beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het fraaie standaardwerk van Nicolai en meer recent het boek van Addink daarover, aan deze voor de rechtspraak zo wezenlijke ‘prioriteitsvraag’ niet of nauwelijks aandacht besteden.³⁷ Die literatuur behandelt niet zozeer het probleem dat hier aan de orde is, namelijk wat is de betekenis van de schending van zo’n norm voor het uiteindelijk resultaat en welk rechterlijk beleid dient daarbij te worden gehanteerd? Het gehanteerde rechterlijk beleid is intussen – zoveel is wel aannemelijk – dat wanneer gekozen kan worden tussen een minder zware vernietigingsgrond en een zware vernietigingsgrond, de keuze veelal op de eerste valt. Dat nu draagt bij aan een situatie die haaks staat op de doelstelling van de Awb-wetgever om tot finale geschillenbeslechting te komen.

17. Hoezeer eisen van motivering en zorgvuldigheid sinds de Wet-Arob van bijna 25 jaar geleden zich in een grote populariteit mogen verheugen, blijkt niet alleen uit het onderzoek van de jurisprudentie, waaruit duidelijk wordt dat deze vernietigingsgronden veruit de meest populaire zijn. Dit is ook mijn ervaring met de studenten die net van de universiteit komen. Als thans ervaren advocaat valt mij vaak op dat de beginnende stagiaire geneigd is een basisfout te maken door – overigens wel in lijn met de jurisprudentie – de door hem of haar gestelde gebreken in de besluitvorming in een aan mij voorgelegd conceptberoepschrift vrijwel steevast te kwalificeren als in strijd met het motiveringsbeginsel en het formele zorgvuldigheidsbeginsel. Na lezing van zo’n concept heb ik altijd de neiging om tegen de betreffende stagiaire te verzuchten dat de rechter zal denken dat het wel meevalt met de gebreken in de besluitvorming, wanneer de ergste verwijten schending van het motiverings- en formele zorgvuldigheidsbeginsel betreffen. En – zo voeg ik de betreffende stagiaire dan altijd toe – bedenk wel: bij schending van die beginselen is het maar zeer de vraag of jouw cliënt er überhaupt iets mee opschiet.

Het denken in de wereld van het bestuursrecht, zowel in de rechtspraak, als in de wetenschap lijkt aldus meer gericht geraakt op de meer procedurele

36 Zie noot 34. Zie verder met name de dissertaties van Schueler (t.a.p. noot 8, onder meer p. 159-160) en A.P. Klap, *Vage normen in het bestuursrecht*, diss. Leiden, Zwolle 1994, die onder meer uit zijn jurisprudentieonderzoek concludeert dat de toetsing door de bestuursrechter van vage normen vaak via het motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel zal verlopen, opdat het bestuurlijk oordeel kan worden gediskwalificeerd ‘zonder dat de rechter er zijn eigen oordeel voor in de plaats behoeft te stellen’ (p. 252).

37 P. Nicolai, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer 1990; G.H. Addink, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Monografieën AWB, Deventer 1999.

dan op de inhoudelijke kanten van de besluitvorming. Naar mijn oordeel moet men in een goed beroepschrift juist precies de omgekeerde weg bewandelen en beginnen met de verdedigbare 'ergste schendingen' te formuleren, zoals strijd met de wet, strijd met het verbod van willekeur dan wel strijd met een ander materieel beginsel als het vertrouwens- en het gelijkheidsbeginsel, alvorens ten slotte meer subsidiair aan schending van het motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel toe te komen. Intussen moet de betreffende stagiaires worden toegegeven dat de bestuursrechter dezelfde benadering lijkt te hebben, hetgeen niet bepaald ten faveure van finale geschillenbeslechting is.³⁸

B. De rechterlijke attitude bij de interpretatie van de wet

18. Over het onderwerp beleids- en beoordelingsvrijheid is veel geschreven.³⁹ Wij weten dat Duk daaromtrent pregnante opvattingen heeft, die er uiteindelijk op neerkomen dat beleidsvrijheid voor het bestuur door de rechter in hoge mate moet worden gerespecteerd en dat bij door het bestuur te hanteren vage termen een betrekkelijk integrale toetsing door de rechter kan plaatsvinden. In de in deze zaal verdedigde dissertatie van Klap wordt geconcludeerd, dat

de Nederlandse rechters bij de toetsing aan vage normen niet vanuit een bepaalde (expliciete) theoretische invalshoek te werk gaan.⁴⁰

De grote lijn van zijn boek is dat, anders dan bijvoorbeeld de Duitse rechter, de Nederlandse rechter in het algemeen niet is geneigd tot een integrale toetsing van de wijze waarop het bestuur vage normen heeft geïnterpreteerd, zij het dat daarbij – toen nog – een uitzondering zou moeten worden gemaakt voor de toetsing zoals deze plaats had door de toenmalige Afdeling voor de Geschillen van bestuur van de Raad van State, met name in het kader van milieugeschillen. Inmiddels heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State – zoals hierna onder punt 28 nog zal worden besproken – op 21 april 1998 ook bij die geschillen de meer integrale toetsing vervangen door

38 En ook hier is een passend citaat van T. Koopmans voorhanden, nu hij in zijn in noot 29 genoemde bijdrage aan de staatsrechtconferentie 1998 na een aantal voorbeelden van jurisprudentie van de Hoge Raad als civiele rechter, waaruit hij afleidt dat er een 'stuk reële zeggenschap in handen van de rechter is terechtgekomen', laat volgen: 'Het ziet er nog steeds naar uit dat de bestuursrechter althans voorzover belichaamd in de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, minder indringend bezig is dan de civiele rechter' al laat hij daarop volgen dat het niet onmogelijk is dat dit aan het veranderen is onder meer omdat zij als appèlrechter een taak zal zien in het leidinggeven aan de rechtsontwikkeling.

39 Zie vooral W. Duk, 'Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid', *R.M. Themis* 1998, p. 156 e.v. Zie daarover uitvoerig het proefschrift van Klap (t.a.p. noot 36) en ook G.H.L. Weesing, 'Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid: gegeven of gelaten vrijheden?', in: *In de sfeer van administratief recht* (t.a.p. noot 15), p. 429-442 alsmede natuurlijk alle bestuursrechtelijke handboeken.

40 A.P. Klap, diss., zie noot 36, p. 253

een meer afstandelijke waarbij het bestuur beoordelingsruimte heeft bij de vraag wat een formule in de wet als ‘nodig in het belang van het milieu’ inhoudt. Het belang van de wijze waarop de bestuursrechter omgaat met vage wettelijke termen en formules voor het onderwerp van de effectieve geschillenbeslechting is evident. Naarmate de bestuursrechter indringender zelf de inhoud van vage termen bepaalt en de interpretatie ervan dus primair als rechtsvraag ziet, kan hij het geschil ook integraal afdoen.

19. Hier zijn vele voorbeelden van te geven. Ik kies daaruit de zaak van de nota's en bonnen van ex-minister Peper, (maar dan niet in zijn tijd als burgemeester maar als minister). Zoals bij velen bekend, vroeg de journalist Berts op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) alle declaraties en de daarbij behorende nota's en formulieren op. Dat verzoek werd geweigerd. Na een ongekend snelle en uit dat oogpunt derhalve ook efficiënte rechtsgang oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak in de bodemprocedure in hoger beroep daarover op 25 april van dit jaar.⁴¹ Uiteindelijk was niet meer zozeer in geschil dat de declaratieformulieren openbaar moesten worden gemaakt, maar met name of ook de nota's en bonnen van de geplaagde ex-bewindsman openbaar moesten worden. De minister had bij monde van zijn raadsman E.J. Daalder het standpunt ingenomen, dat zich hier de (relatieve) weigeringsgronden van artikel 10 lid 2 Wob voordeden. Daarbij ging het er met name om of de gronden die een afweging tussen het belang van de persoonlijke levenssfeer en de openbaarheid en tussen het belang van het voorkomen van onevenredige benadeling van natuurlijke of rechtspersonen en de openbaarheid voorschrijven, aan de orde waren. Het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de ex-bewindsman en zijn eventuele gesprekspartners en het belang van het goed functioneren van het openbaar bestuur zouden meebrengen dat bewindspersonen met betrekking tot de goede vervulling van hun taak in vertrouwelijkheid en zonedig in een minder formele context met derden contacten kunnen onderhouden. De Afdeling bestuursrechtspraak was het – anders dat de President van de rechtbank Alkmaar – met de minister eens dat die belangen wel degelijk onder artikel 10 lid 2 Wob konden vallen. De Afdeling deelde dus niet het oordeel van de President dat de door de minister genoemde belangen zich in het geheel niet zouden voordoen. De Afdeling vervolgde dat daarbij per document – dat wil zeggen per nota en bon – zou moeten worden nagegaan of aan de betreffende belangen zodanig gewicht zou toekomen dat openbaarmaking van de gegevens achterwege zou mogen blijven. Dat had de minister niet gedaan: die had de in de wet voorgeschreven afweging tussen het belang van de openbaarmaking en de belangen van privacy of het voorkomen van

41 Afdeling bestuursrechtspraak 25 april 2000, AB 2000, 210 (m.nt. S.E. Zijlstra). Zie ook de kritische bespreking van L.J.A. Damen, 'De Peper-bonnetjes', *Gemeentestem*, nr. 7126 van 15 september 2000, p. 445-450.

onevenredige benadeling in haar algemeenheid per categorie gegevens gemaakt en in hoge mate negatief beantwoord en dus niet per concreet document.

20. De Afdeling maakte zich er vervolgens een beetje van af. De vraag of in een concreet geval een stuk openbaar moet worden gemaakt is in beginsel geheel en al een rechtsvraag: als het belang van openbaarmaking prevaleert boven dat van de andere in de wet genoemde belangen als privacy moet openbaarmaking volgen. Een effectieve afdoening van het geschil zou dus met zich hebben gebracht, dat de Afdeling bestuursrechtspraak voor alle stukken zou hebben uitgemaakt of zij openbaar zouden worden of niet. De Afdeling maakt evenwel een principiële andere keuze door na de bevestiging van de vernietiging van de beslissing van de minister te overwegen:

Het is aan appellant [de minister: JP] om de belangenafweging te maken en aan de rechter om haar te toetsen, waarbij aan het uitgangspunt van de Wob – openbaarheid is regel – het nodige gewicht toekomt. De Afdeling merkt naar aanleiding van het verhandelde ter zitting in dat verband op, dat zij het in ieder geval gerechtvaardigd acht dat strikt persoonlijke gegevens als huisadres en privé-bankrekeningnummer worden doorgehaald.

21. Voor ons onderwerp betekent dat dus dat ook wanneer de wet een afweging in strikt juridische termen formuleert en daarbij geen beleidsvrijheid laat, het bestuur als eerste geroepen wordt aan rechtsvinding te doen.

Annotator Zijlstra zegt daarover:

Het is van belang daarbij nauwkeurig te bezien wat de Afdeling op dit punt overweegt of beter wat zij niet overweegt. De Afdeling beperkt zich – mede gelet op het verhandelde ter zitting – tot de overweging dat zij het in ieder geval gerechtvaardigd acht dat strikt persoonlijke gegevens als huisadres en privé-bankrekening worden doorgehaald.

En even verderop:

In het verlengde van het voorgaande kan worden opgemerkt dat van daadwerkelijke geschillenbeslechting, ook wel ‘finaliteit’ genoemd, (...) bij deze uitspraak wel erg weinig sprake is. De wetgever heeft met artikel 10 lid 2 Wob weliswaar in abstracto aan het bestuur een belangenafweging opgedragen, maar van beleidsruimte is daarbij geen sprake, nu de af te wegen belangen objectief zijn geformuleerd. Er is wel beoordelingsruimte, maar de invulling daarvan is volledig toetsbaar door de rechter. Als de rechter dan kennis neemt van de betrokken stukken via artikel 8:29 Awb en daarmee in staat is zich een oordeel te vormen over wat rechtens wel en niet had mogen worden achtergehouden, respectievelijk onleesbaar gemaakt, dan ligt het in beginsel voor de hand dat hij zelf in de zaak voorziet (artikel 8:72 lid 4 Awb). In de onderhavige casus, waar het gaat om talloze documenten zal dat wellicht van een rechter niet verwacht mogen worden, maar de stelling ‘het

is aan appellant om de belangenafweging te maken en aan de rechter om haar te toetsen' die de Afdeling hier betreft, is wel wat erg zuinig. Dat klemmt temeer, nu de Afdeling de minister bijzonder weinig handvaten geeft over hoe het nu wel moet. Ik verwacht dat hier het laatste rechterlijke woord nog niet over gezegd is.

22. Daarmee komen wij op het kernpunt dat mij bezighoudt: als de Awb-wetgever inderdaad de bedoeling had om tot meer finale geschillenbeslechting te komen, dan kan men zich afvragen of het niet de bedoeling is, dat de bestuursrechter, wanneer hij voor de vraag staat of het bestuur wettelijke criteria die geen beleidsvrijheid laten, juist heeft toegepast, tracht het geschil af te doen: dat is toch in principe een typisch rechterlijke taak. Indien wij ook in dit soort gevallen weer doorgaan met het 'pingpongspel', dan levert dat een beeld op dat *niet* alleen niet getuigt van een streven naar effectieve geschillenbeslechting (zou niet ook de heer Peper meer tevreden zijn geweest, wanneer het geschil door de Raad van State meteen zou zijn afgedaan?), maar ook uit een oogpunt van het leidinggeven aan de rechtsontwikkeling niet bevredigend is.

Het is natuurlijk ongetwijfeld waar dat het rechtsvindingsdebat in het bestuursrecht van andere aard is dan in het privaatrecht, nu het bestuur een belangrijke rol heeft bij de rechtsvinding, maar een benadering als in de Peperzaak is – in de woorden van Zijlstra – inderdaad wel erg zuinig. Het gaat immers om de toepassing van een rechtsvraag en de praktijk staat er juist bij een algemene bestuurswet als de Wob om te springen dat de rechter leiding geeft aan het antwoord op de vraag wanneer de uitzonderingsgronden zich voordoen. De huidige benadering van de Raad van State ligt weliswaar in lijn met het betoog van Klap, dat de Nederlandse bestuursrechter meer niet dan wel tot een integrale toetsing overgaat bij zulke vage wettelijke termen, hetgeen in dat betoog wordt toegejuicht, maar bevestigt het beeld van Koopmans in zijn bewerking van het beroemde boek van Wiarda *Drie typen van rechtsvinding*. Daarin stelt hij dat

in de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de voorgangers daarvan weinig te vinden (is) van het bewust van geval tot geval ontwikkelen van rechtsregels; ieder geval lijkt veeleer geheel op de eigen merites te worden afgedaan. Dat kan misschien worden verklaard uit de omstandigheid dat de Afdeling tot voor kort rechter in eerste aanleg was; als dat de verklaring is zou het karakter van de uitspraken kunnen veranderen, nu de Afdeling vooral appèlrechter is geworden.⁴²

23. De benadering van de bestuursrechter waarbij een toetsing aan het motiverings- en formele zorgvuldigheidsbeginsel dominant is, bevordert mijns inziens een rechtspraak waarin van geval tot geval wordt gekeken. Nu is het natuurlijk

42 G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, vierde druk, bewerkt en van een nabeschuiving voorzien door T. Koopmans, Deventer 1999, p. 128.

goed dat rechters zaken van geval tot geval bekijken, maar het voorbeeld van de zaak van Peper laat zien dat naar mijn oordeel daardoor ook kansen worden gemist om aan rechtsvorming te doen, waar de praktijk daaraan behoefte zou hebben en bovendien effectieve geschillenbeslechting zou worden bevorderd. Daarmee zou voorts een eventueel verwijt dat de rechter ‘op de stoel van het bestuur’ gaat zitten mijns inziens misplaatst zijn, omdat de rechter – om bij de driedeling van Wiarda’s drie typen van rechtsvinding te blijven – alsdan niet als een goede man naar redelijkheid en billijkheid oordeelt, doch hoogstens als ‘wetsvertolker’. Zoals het proefschrift van Klap laat zien en ook in andere literatuur wordt bevestigd, heeft de bestuursrechter de neiging om ook vage termen te lijf te gaan met toetsing aan het motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel, hetgeen in ieder geval niet bevorderlijk is voor een efficiënte afdoening van het geschil. Als de bestuursrechter om begrijpelijke redenen aan het belang van de bestuurlijke inzichten groot gewicht wil toekennen, kan dat ook op een andere manier door tijdens het proces het bestuur de gelegenheid te geven uiteen te zetten op welke wijze vanuit zijn beleidsmatige invalshoek invulling moet worden gegeven aan de vage normen. Uiteindelijk moet de rechter echter in een rechtsstaat bij de interpretatie van dat soort normen wel de knoop durven doorhakken.

IV | De rechtspraak en het zelf voorzien

24. Het feit dat de bestuursrechter ook bij toetsing van de wijze waarop het bestuur invulling heeft gegeven aan de vage wettelijke termen, veelal een toetsing aan motiverings- en zorgvuldigheidseisen verkiest boven een indringende toetsing, is niet de enige reden waarom zelfs bij ‘gebonden beschikkingen’ de rechter slechts zelden zelf in de zaak voorziet. Ook het argument van het gebrek aan specialistische kennis wordt gehanteerd. Een illustratief voorbeeld is de voor vele bestuursrechtjuristen bekende zaak over de bebouwing van het Muiderkerk-terrein in Amsterdam-Oost. Nadat het dagelijks bestuur van het Stadsdeel Oost van de gemeente Amsterdam was afgeweken van het negatieve oordeel van haar eigen welstandscommissie en toch een bouwvergunning had verleend en de Amsterdamse rechtbank de beslissing had vernietigd omdat op niet toereikende wijze gemotiveerd was afgeweken van het negatieve welstandsadvies, voorzag de rechtbank zelf in de zaak door zelf een bouwvergunning te verlenen op basis van tijdens de bezwaarschriftenprocedures ingebrachte gewijzigde bouwtekeningen. Deze hadden van een andere instantie – de Adviescommissie Welstandszorg Noord-Brabant – een positief welstandsadvies gekregen. Dat de rechtbank in deze zelf in de zaak voorzag was veel minder revolutionair dan het lijkt: aanvrager en stadsdeelbestuur waren het erover eens dat het bouwplan conform die gewijzigde tekeningen, die dus door deskundigen op het terrein van de welstand een positief oordeel hadden verkregen, zou moeten worden uitgevoerd. In het door volhardende omwonenden ingediende hoger beroep haalde de Afdeling bestuursrechtspraak een streep door dit ‘zelf voorzien’ met de dogmatische benadering dat de administratieve rechter als regel niet op de voet van artikel 8:72, 4e lid Awb behoort over te gaan tot het verlenen of wijzigen van een bouwvergunning, omdat de bevoegdheid daartoe bij burgemeester en wethouders berust.

De uitoefening ervan [zo vervolgt de Afdeling] vereist een dikwijls veel omvattende en gecompliceerde toetsing aan de in artikel 44 Woningwet aangegeven maatstaven. Voorzover daarbij toepassing moet worden gegeven aan een wettelijke norm, zoals in dit geval redelijke eisen van welstand, die een zekere marge van beleids- en beoordelingsvrijheid impliceert, behoort zulks primair tot de verantwoordelijkheid van het gemeentebestuur. Dit beschikt in het algemeen bovendien over de nodige specialistische kennis, waar het gaat om de beoordeling van feitelijke en/of technische aspecten, waaronder de genoegzaamheid van de bouwtekening. Dit is temeer van belang, nu de uitvoering van een bouwvergunning veelal ingrijpende

gevolgen heeft en geredelijk aanleiding kan geven tot interpretatieverschillen die door een juiste technische vormgeving van de vergunning kan worden tegengegaan. Het ligt derhalve in de rede dat de rechter zich ten aanzien van bouwvergunningen beperkt tot de toetsing van de vergunning zoals deze door burgemeester en wethouders is verleend en eventueel bij de beslissing op het bezwaarschrift is gewijzigd. In het onderhavige geval bestaat voor het maken van een uitzondering op dit uitgangspunt geen plaats. Onder meer de omstandigheid dat het bouwplan ter verkrijging van de positieve welstandsadviezen moest worden aangepast, had de rechtbank ervan dienen te weerhouden om in de plaats van verweerder in de zaak te voorzien.⁴³

25. Deze uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak leidde er vervolgens toe dat het dagelijks bestuur zelf deed wat de rechtbank al had gedaan, namelijk de bouwvergunning verlenen op basis van de gewijzigde tekeningen zonder dat omwonenden daartegen met enige kans op succes zouden kunnen opkomen.
26. Men kan zich met annotator Van Buuren dan ook afvragen of de door de Raad van State gekozen benadering om juist in deze zaak de dogmatische benadering van de 'preciezen' te verkiezen boven effectieve geschillenbeslechting, aantrekkelijk is. De problematiek van de beleids- en beoordelingsvrijheid van het bestuur speelt toch niet of nauwelijks, wanneer het bestuur zelf aangeeft dat men daarvan, hangende de procedure, op deze wijze gebruik wenst te maken. Ook het argument van de specialistische kennis spreekt in deze zaak niet erg aan. Het punt van geschil was juist immers beperkt tot de welstandskwestie. Er lag een (specialistisch) advies dat het dagelijks bestuur blijkens zijn standpunt ter zitting wenste over te nemen. Kortom, de casus lijkt nu juist een voorbeeld van een geval, waarbij de rechter zonder in de beoordelingsvrijheid en het punt van de specialistische kennis van het dagelijks bestuur te treden in de zaak kon voorzien, omdat de rechter wist op welke wijze het bestuur daartegen aankeek. Het gehanteerde argument dat de rechter dan op de stoel van het bestuur zou gaan zitten is dan feitelijk niet aan de orde.
27. De 'preciezen' grijpen onder meer deze uitspraak aan om te stellen 'dat de Afdeling bestuursrechtspraak de verhouding bestuur/rechter constitutioneel duidelijk juist vaststelt.'⁴⁴ Ik zou daaraan evenwel willen toevoegen, dat die juiste vaststelling van de constitutionele verhoudingen de rechter soms in de praktijk geenszins behoeft te weerhouden om tot een effectieve afdoening te komen. Het gaat erom dat ook tijdens het proces door de rechter dat uitgangspunt gerespecteerd blijft.

43 Afdeling bestuursrechtspraak 8 juli 1996, AB 1996, 344, m.nt. P.J.J. van Buuren, JB 1996, 158, m.nt. R.J.N. Schlössels.

44 Zie bijvoorbeeld F.A.M. Stroink, *Kern van de bestuursrechtspraak*, 's-Gravenhage 1997, p. 191.

28. Met name ten aanzien van de mogelijkheid om meer ‘zelf in de zaak te voorzien’ wordt in het in 1996 verrichte Utrechts-Tilburgse evaluatieonderzoek gesteld dat de indruk bestaat, dat ‘deze grosso modo minder wordt toegepast dan ten tijde van de totstandkoming van de Awb wel werd verondersteld’.⁴⁵ Gesteld wordt dat die indruk niet bij de ex TwK-geschillen bestaat, vooral in milieugeschillen wordt – zo stellen de onderzoekers – deze bevoegdheid nog steeds op vrij ruime schaal toegepast. Inmiddels, ongeveer vier jaar later, weten wij dat in verband met de wijziging van de jurisprudentie van de Raad van State van 21 april 1998 ook daar terughoudendheid bij het ‘zelf in de zaak voorzien’ aan de orde is.⁴⁶ Voor 21 april 1998 werd de wijze waarop de vergunningverlener van de bevoegdheid om ‘in het belang van het milieu’ voorschriften aan de vergunning te stellen gebruik had gemaakt, integraal door de Raad van State getoetst, sinds 21 april 1998 wordt een beoordelingsvrijheid erkend. Werd dus met de invoering van de Awb een toename van het ‘zelf in de zaak voorzien’ verwacht, geconstateerd kan worden dat in vergelijking met de situatie van daarvoor, de eenheid die de Awb heeft gebracht juist op sommige punten een teruggang heeft bewerkstelligd (als we de zaken van na 1 januari 1994 waarin wel zelf in de zaak wordt voorzien als er technisch-juridisch maar één oplossing is, buiten beschouwing laten). In het Utrechts-Tilburgse evaluatierapport wordt gesteld dat er in veel gevallen goede redenen bestaan voor het niet ‘zelf in de zaak voorzien’ in verband met het feit dat ‘na vernietiging nog sprake is van een zekere discretionaire bestuurlijke vrijheid en specialistische kennis bij rechterlijke organen veelal niet aanwezig is’, het bestaan van derden-belanghebbenden en de rechterlijke attitude waarbij een bestuurlijke activiteit van het zelf voorzien zich slecht laat verenigen met de rechterlijke rol. Aan de andere kant wordt gesteld dat intussen wel het gevaar bestaat dat vele malen heen en weer zal worden geschoven tussen bestuur, de rechter in eerste aanleg en/of de appèlrechter.

Een en ander maakt het niet ondenkbaar dat het Straatburgse Hof op een kwade dag tot een veroordeling zal komen, omdat de redelijke termijn in de totale procedure wordt overschreden. In elk geval biedt ons stelsel geen garantie dat geschillen binnen een redelijke termijn worden beslecht.

Nu het ‘zelf voorzien’ op dit punt kennelijk voor veel zaken geen oplossing biedt, zullen – zo stelt het rapport – andere wegen moeten worden gezocht om een meer definitieve geschillenbeslechting te bevorderen.⁴⁷ Daarbij wordt gewezen op het voorstel van Schueler dat inhoudt dat, indien een bestreden

45 *Het bestuursprocesrecht*, in de serie *Ervaringen met de Awb*, zie noot 2, p. 405.

46 Afdeling bestuursrechtspraak 21 april 1998, *AB* 1998, 199 m.nt. G. Jurgens.

47 Het Bestuursprocesrecht, zie noot 2, p. 406. De Straatburgse jurisprudentie leert dat ook de voorprocedures meetellen bij het bepalen van de redelijke termijn, waarbinnen op grond van artikel 6 EVRM een berechting van het geschil moet plaatsvinden. Zie bijv. EHRM 9 december 1994 *AB* 1995, 599 (m.nt. I.C. van der Vlies).

besluit voor vernietiging in aanmerking komt, het bestuursorgaan in de gelegenheid wordt gesteld om een vervangend besluit voor te dragen. Geconcludeerd wordt verder dat naar de mogelijkheden van de ‘bestuurlijke lus’ (waarbij het bestuur een nieuw besluit neemt tijdens de procedure na een geconstateerd gebrek aan het in rechte aangevallen besluit, ook bij het voorstel van Schueler is daarvan sprake) nader onderzoek moet worden gedaan. In het verslag van de Commissie evaluatie Algemene wet bestuursrecht wordt gesteld dat bestuursrechters hun schroom om zelf in de zaak te voorzien wat meer zouden moeten laten varen.⁴⁸ Dat is achteraf beschouwd wellicht een wat gratuite opmerking, omdat daarbij niet wezenlijk wordt ingegaan op het probleem dat ons bestuursrecht nu eenmaal met name bevoegdheden aan bestuurders toekent met een zekere beleids- en beoordelingsvrijheid. Nu in de wetsgeschiedenis is gesteld dat de bevoegdheid om ‘zelf in de zaak te voorzien’ slechts mag worden gehanteerd als er nog maar één mogelijkheid is om te beslissen, kan de bestuursrechter in veel gevallen naar huidig recht bij een vernietiging niet zelf in de zaak voorzien.

48 Verslag van de Commissie Evaluatie Awb, 18 december 1996, p. 61. Schrijver dezes was lid van die Commissie.

V | De discussies over de plaats van de rechter en het ‘zelf voorzien’: terug naar het staatsrecht

29. De vraag kan worden gesteld of het systeem, dat de uitspraak van de bestuursrechter nog niet het einde van het geschil betekent en er in beginsel een eindeloos ‘gepingpong’ tussen bestuur en rechter mogelijk is, in overeenstemming is met eisen die het internationale recht stelt. In het rijke boek *50 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens*, schrijven Barkhuysen, Van Emmerik en Loof in hun bijdrage ‘50 jaar EVRM en het Nederlands staats- en bestuursrecht’ dat uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens met betrekking tot de artikelen 6 en 13 EVRM valt af te leiden dat de rechter de vaststelling van de feiten en de toepassing van alle rechtsnormen volledig moet kunnen toetsen. Ik plaats daarbij de kanttekening dat, hoewel de Nederlandse bestuursrechter wel de bevoegdheid heeft tot een volledige rechtmatigheidstoetsing, hij daar vaak – zoals uit dit betoog volgt – niet aan toekomt. De auteurs schrijven verder dan ook dat het gelet op deze jurisprudentie wenselijk is dat de bestuursrechter meer dan hij nu doet een geschil in volle omvang beoordeelt en het niet laat bij de vaststelling dat een besluit onrechtmatig is wegens een formeel gebrek, indien het besluit ook in materiële zin gebreken vertoont. Verder betogen zij in vervolg daarop dat de rechter meer gebruik zou moeten maken van de mogelijkheid om ‘zelf in de zaak te voorzien’.⁴⁹

Artikel 6 is ook nog vanwege een tweede reden van belang, namelijk dat daarin de eis staat van een berechting binnen ‘redelijke termijn’: als wij maar lang genoeg heen en weer ‘pingpongen’ zal er – in de woorden van laatstgenoemde drie auteurs – op een kwade dag een uitspraak vanuit Straatsburg kunnen worden verwacht, waarin wordt vastgesteld, dat de ‘redelijke termijn’ van artikel 6 EVRM om een bindende uitspraak te krijgen over de omvang van burgerlijke rechten in de zin van dat artikel (dat kunnen ook kwesties zijn ten aanzien van publiekrechtelijke vergunningen, zoals wij in Nederland met name sinds het Benthem-arrest weten) is overschreden.

49 T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof, ‘50 jaar EVRM en het Nederlandse staats- en bestuursrecht – ontwikkelingen en vooruitzichten’, in: *50 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens*, Special *NJCM-Bulletin*, maart 2000 onder eindredactie van R.A. Lawson & E. Myjer, p. 327-408, i.h.b. p. 389-390.

Daarbij is van belang dat de voor(- en na)procedures immers bij de bepaling van de redelijke termijn meetellen.⁵⁰

Stelt artikel 6 EVRM dus de eis dat de rechter over het geschil in zijn volle omvang een beslissing moet kunnen nemen en heeft de inrichting van ons bestuursproces onmiskenbaar het gevaar in zich, dat de bestuursrechter dat in ieder geval in eerste instantie niet doet en bovendien dat pas na wat heen en weer ‘gepingpong’ te laat doet om van een redelijke termijn te kunnen spreken, artikel 13 EVRM stelt meer in het algemeen de eis dat er sprake is van een effectief rechtsmiddel. Hierbij moet evenwel worden bedacht dat artikel 13 zich beperkt tot de rechten van het verdrag: als de klacht over schending van één van de in het EVRM gewaarborgde rechten en vrijheden gegrond is moet de betreffende instantie door middel van een bindende beslissing in beginsel in staat zijn te zorgen voor een volledig rechtsherstel (*restitutio in integrum* dan wel volledige schadevergoeding). Zonder dat wij op dit punt kunnen stellen, dat het Nederlands bestuursproces in strijd is met artikel 13 – daarvan is geen sprake – kan wel worden gezegd dat dit artikel evident uitdrukking geeft aan de internationaal erkende gedachte, dat wil er sprake zijn van rechtspraak, een proces ook op effectieve wijze ergens toe moet leiden.⁵¹

Ook in verband van het recht van de EG heeft de effectiviteit van de naleving van die rechtsorde in de jurisprudentie van het Luxemburgse Hof een duidelijke plaats: ook daarin wordt erkend dat het strijdig kan zijn met die beoogde effectiviteit, wanneer de rechter het laat bij de constatering dat het Verdrag is geschonden.⁵²

Wat ik over het internationale recht gezegd heb houdt dus niet in dat ons huidige bestuursprocesrecht in abstracto in strijd is met internationale verdragsbepalingen, maar wel dat het kan voorkomen dat er in een concreet geval door het heen en weer ‘gepingpong’ strijd ontstaat met name met artikel 6 van het EVRM doordat de rechter niet het geschil materieel in volle omvang heeft beslist en niet tijdig tot een eindoordeel is gekomen. Er is dus ook vanuit internationaalrechtelijk oogpunt gezien bepaald reden om het probleem dat in deze rede aan de orde is, serieus te nemen. Wij zijn er in Nederland goed

50 Zie voor de redelijke-termijnjurisprudentie de in noot 49 genoemde bijdrage van Barkhuysen, Van Emmerik & Loof, i.h.b. p. 334 e.v. en de daar genoemde jurisprudentie met name EHRM 9 december 1994 (Schouten/Nederland), AB 1995, 599. Het Benthem-arrest is van 23 oktober 1985, NJ 1986, 102, m.nt. E.A. Alkema, AB 1986, 1 m.nt. E.M.H. Hirsch Ballin.

51 Zie over artikel 13 EVRM: T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten*, diss. Leiden, Lelystad 1998.

52 Zie over effectieve rechtsbescherming in jurisprudentie van het HvJEG het belangrijke preadvies van R.J.G.M. Widdershoven, *Europees Recht en het Nederlands bestuursrecht*, VAR 1996, VAR-geschrift, nr. 116, Alphen aan den Rijn.

in om in de overtuiging voort te leven dat ons rechtssysteem boven iedere twijfel vanuit internationale maatstaven is verheven, maar hebben al verschillende malen moeten ervaren, dat voor zo'n hautaine houding geen plaats is.⁵³

30. Ook op een geheel andere wijze biedt de invloed van het internationale recht op het nationale recht stof tot nadenken. Te denken valt aan de discussie in hoeverre de nationale rechter, wanneer wetgeving in formele zin in strijd wordt geacht met internationale bepalingen, zoals het gelijkheidsbeginsel, 'zelf in het rechtstekort kan voorzien' en daarmee aan de burger direct een effectieve rechtsbescherming kan bieden dan wel voorrang moet geven aan het belang dat 'in de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen de rechter bij ingrijpen in een wettelijke regeling een terughoudende opstelling past'.⁵⁴ Die discussie is met name in 1984 begonnen toen de Hoge Raad oordeelde over de stelling dat er sprake zou zijn van een verboden discriminatie dat buitenlandse mannen, wanneer zij met Nederlandse vrouwen huwden, niet voor het Nederlanderschap konden opteren. Buitenlandse vrouwen die met Nederlandse mannen huwden konden dat wel. De Hoge Raad liet in het midden of er sprake was van discriminatie door te overwegen dat ook als daar sprake van was, die discriminatie niet met zich zou kunnen brengen dat de rechter deze discriminatie zou kunnen opheffen door een voorziening dat zo'n buitenlandse man ook het Nederlanderschap zou verkrijgen: de wetgever zou immers ook de keuze maken om de discriminatie op te heffen door ook die buitenlandse vrouwen de mogelijkheid om voor het Nederlanderschap te opteren, te ontnemen.⁵⁵ De parallel met de benadering in het bestuursprocesrecht dringt zich op: de rechter mag slechts zelf in de zaak voorzien, wanneer er nog maar één mogelijkheid is om in de zaak te voorzien. Die benadering is echter in die zaken nog meer prangend, omdat degene die met zijn stelling dat de overheid heeft gediscrimineerd gelijk krijgt, doch met lege handen blijft staan.

Wanneer wij de kwestie van het 'zelf voorzien' door de rechter bij een geconstateerde strijdigheid van nationale regelgeving met internationale regelgeving vergelijken met de kwestie van het 'zelf voorzien' in het

53 Zie daarover de in noot 49 genoemde bijdrage van Barkhuysen, Van Emmerik & Loof, i.h.b. p. 383 e.v., alsmede de bijdrage van N. Verheij aan hetzelfde boek, 'De toegang tot de rechter in het bestuursrecht' (Bentham, Van Marle, Oerlemans & Van de Hurk), p. 183-203.

54 Zie recentelijk HR 12 mei 1999, *BNB* 1999, 271 C en *NJ* 2000, 170 met instructieve (ook bij twee andere arresten horende) noot van A.R. Bloembergen. Zie voorts over dit arrest en de hier aan de orde zijnde problematiek in het bijzonder de afscheidsrede als president van de Hoge Raad S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *NJB* 2000, pag 747 e.v. Inmiddels is de vraag of deze benadering van de Hoge Raad conform met name artikel 13 EVRM is aan het Hof te Straatburg voorgelegd.

55 HR 12 oktober 1984, *NJ* 1985, 230 (m.nt. Van der Grinten). Zie over de vraag hoe de rechter het recht moet vormen bij dit soort conflicten ook de in noot 42 genoemde nabeschuiving van T. Koopmans in *Drie typen van rechtsvinding*.

bestuursprocesrecht, dan is er de hiervoor gesignaleerde overeenkomst dat de rechter terughoudend is om het belang van effectieve rechtsbescherming te laten prevaleren boven het uitgangspunt dat de andere staatsmachten – de wetgever en het bestuur – eerder geroepen zijn het recht te vormen. Men zou kunnen zeggen dat voor dat ‘zelf voorzien’ in het bestuursprocesrecht minder aanleiding is, omdat na een nieuwe beslissing van het bestuur na een vernietiging de burger die nieuwe beslissing wederom aan de rechter kan voorleggen, zodat ook als de rechter niet ‘zelf in de zaak voorziet’, hij niet met lege handen hoeft te blijven staan. Aan de andere kant is er echter naar mijn oordeel veel minder aanleiding voor terughoudendheid om ‘zelf in de zaak te voorzien’ in het bestuursprocesrecht dan wanneer een tekort in een wet in formele zin is geconstateerd. De belangrijkste reden is, dat het voor de bestuursrechter veel eenvoudiger is om tijdens het proces het oordeel van het bestuur over de vraag hoe het bestuur meent dat het door de bestuursrechter geconstateerde gebrek beleidsmatig zou moeten worden opgelost in zijn eindbeslissing te verdisconteren. Dat is voor de rechter die een strijdigheid tussen een wet in formele zin en een verdragsbepaling constateert, veel minder eenvoudig: het proces leent zich niet, althans in veel mindere mate, voor een discussie daarover met de wetgever. Bovendien dient men te bedenken dat wanneer de bestuursrechter zelf in de zaak voorziet, de gevolgen daarvan zich in het algemeen op microniveau zullen afspelen en het in het algemeen eenvoudiger zal zijn, om wanneer bestuur en wetgever het resultaat daarvan onaanvaardbaar vinden, zulks te corrigeren. De bestuursrechter kan dan in een incidentele zaak zelf in de zaak voorzien, dat neemt niet weg dat de wetgever, wanneer de bestuursrechter daarmee in een incidenteel geval een de wetgever onwelgevallige uitspraak zou doen, door een aanpassing van de desbetreffende wetgeving kan ingrijpen en de rechtsvorming voor de toekomst zelf ter hand kan nemen. Weliswaar is de in de literatuur⁵⁶ en rechterlijke attitude teruggevonden dogmatische benadering om grote terughoudendheid bij finale geschillenbeslechting te betrachten wel begrijpelijk, ik herhaal dat voor die uit dogmatisch oogpunt aan te voeren bezwaren wel oplossingen kunnen worden gevonden: in de eerste plaats hoeft de rechterlijke attitude om het bestuur bij de beleidsvoering niet voor de voeten te lopen er niet toe te leiden dat wordt afgezien van het ‘zelf in de zaak voorzien’, wanneer de bestuursrechter zich maar de moeite getroost om tijdens het proces het bestuur de gelegenheid te geven dat beleid op een behoorlijke wijze uiteen te zetten en te verdedigen en aldus aan te geven waartoe dat beleid dient te leiden, ook als een door de bestuursrechter geconstateerd gebrek in motivering dan wel zorgvuldige voorbereiding aan

56 Zie bijv. Stroink, noot 44, maar ook M. Schreuder-Vlasblom in haar preadvies uit 1994, *Heroriëntatie bestuursrechtspraak*, VAR reeks 112, m.n. p. 63. Zie voor een zeer duidelijk anti-zelf voorzien betoog ook de redactionele kanttekeningen van H. Franken, ‘Zelf in de zaak voorzien’, *RM Themis* 1995, p. 301-302.

de orde is geweest; dat alles is dus meer een kwestie van goede communicatie dan van dogmatisch niet-kunnen. Daarbij dient de bestuursrechter er steeds op toe te zien, dat de belangen van derden, die niet aan het geding deelnemen niet tussen wal en schip kunnen geraken. In de tweede plaats behoeft zo'n benadering van de rechter om primair geschillen op te lossen en tot een definitief einde te brengen de verhouding met de wetgever niet te verstoren. De wetgever behoudt immers altijd (behoudens indien de oplossing gegrond is op een rechtstreeks werkende internationale bepaling of EG-recht) de mogelijkheid om, wanneer zich een geval zou voordoen dat de bestuursrechter tot een het bestuur of en/of de wetgever onwettelijke oplossing komt, voor toekomstige gevallen te corrigeren.⁵⁷ Om een voorbeeld te geven: wanneer de bestuursrechter er weer toe zou overgaan om, zoals tot 1998 geschiedde, in milieugeschillen zelf in de zaak te voorzien en daarbij voor de aan de vergunning te verbinden voorschriften zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij geobjectiveerde beleidsdocumenten, dan zou – wanneer daarbij tot een oplossing zou worden gekomen die de wetgever niet wettelijk is – daarin door wetgeving kunnen worden voorzien. Het voorbeeld van het 'zelf in de zaak voorzien', zoals de bestuursrechter dat (in navolging van de Kroon) in milieuzaken placht te doen, toont overigens al aan dat de rechter dat in het geheel niet doet door zijn eigen visie in de plaats te stellen van het bestuur, maar door zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij geobjectiveerde (rechts)bronnen.⁵⁸ Dat laat de mogelijkheden van wetgever en bestuur om waar nodig in de normstelling bij te sturen onverlet.

31. Wij stuiten hier overigens op een merkwaardige paradox. In het debat over de vraag of de hoogste rechters een ruimere rechtsvormende rol dienen te krijgen, wordt de primaire taak van de rechter als geschillenbeslechter soms geplaatst tegenover de taak van met name de hoogste rechter als rechtsvormer.⁵⁹ Dat zou betekenen dat als er wegen worden gevonden, die ertoe leiden, dat bestuursrechters geschillen ook daadwerkelijk finaal beslechten, de rechtsvormende rol van de bestuursrechter kleiner zou worden. Ik vraag mij sterk af of dat juist is. Als Koopmans stelt dat de rol van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in de rechtsvinding een

57 Dit sluit aan bij de interventie van R. de Lange tijdens de *NJB*-salon Rechtsvorming door de hoogste rechters. Toeval of beleid? op 18 februari 2000 blijkt het verslag daarvan van Peter Rijkema, 'Rechtsvorming en geschillenbeslechting', *NJB* 2000, p. 719 e.v. De Lange pleit ervoor om rechtsvorming door de rechter te beperken en erop te richten 'om impulsen tot rechtsvorming uit te doen gaan naar de wetgever' (zie i.h.b. p. 720, linkerkolom).

58 Zie m.n. R.J.G.M. Widdershoven, G.T.J.M. Jurgens, P.J.J. van Buuren & G.H. Addink (red.), *Bestuursrechtspraak in milieugeschillen*, Utrecht 1991, i.h.b. p. 242 e.v.

59 Zie recentelijk het aan rechtsvorming door de rechter gewijde nummer 13 van het *NJB* van 31 maart van dit jaar en daarin voor wat betreft het bestuursrecht A.F.M. Brenninkmeijer, 'Rechtsbescherming en rechtsvorming door de hoogste bestuursrechters', *NJB* 2000, p. 699-705 en W. Konijnenbelt, 'Rechtsvorming door de bestuursrechters', *NJB* 2000, p. 715-716.

bescheiden rol is – Koopmans spreekt van een minder indringende rol dan die van de Hoge Raad – dan is dat naar ik meen in belangrijke mate toe te schrijven aan de procedurele benadering van geschillen, zoals deze door de combinatie van de Awb en de rechterlijke attitude aan de orde is.⁶⁰ Wanneer de bestuursrechter in zijn toetsing de nadruk legt op het motiveringsbeginsel en het formele zorgvuldigheidsbeginsel, dan komt hij niet alleen niet toe aan definitieve geschillenbeslechting, maar bovendien niet aan rechtsvorming en is in die zin – om met Koopmans te spreken – niet sprake van indringende rechtsvinding en rechtsvorming. Naar mijn oordeel is derhalve voor het bestuursrecht de tegenstelling tussen geschillenbeslechting en rechtsvorming in ieder geval voor een deel juist een schijntegenstelling. Als bestuursrechtters geschillen ook echt zouden oplossen, zou dat juist ten goede komen aan de rechtsvorming.

Daarmee is dit betoog geenszins een betoog voor een in verhouding tot de wetgever ruimere rechtsvormende taak van de rechter. Integendeel, wanneer de wetgever erin zou kunnen slagen adequate goed toepasbare normen te formuleren, zal de bestuursrechter beter in staat zijn om tot een definitieve geschillenbeslechting te komen. Als de wetgever daartoe niet kan komen, bijvoorbeeld omdat hij de normstelling in onze sociale rechtsstaat veelal aan het bestuur moet overlaten, wordt het bestuur aldus een grote mate van vrijheid gegund. Het belang van een effectieve rechtsbescherming behoort dan met zich te brengen dat er niet een ‘pingpongspel’ ontstaat tussen bestuur en burger, maar dat de rechter het geschil finaal oplost, zij het met respect voor de opvattingen van het bestuur over de invulling van de door de wetgever gelaten vrijheid. Als dat ertoe leidt dat de rechter op een wijze in de zaak voorziet, die de wetgever onwelgevallig is, dan gaat daarvan hoogstens een impuls uit tot rechtsvorming naar de wetgever, die daartoe naar mijn oordeel als eerste geëquipeerd blijft.⁶¹ Het bestuur heeft de mogelijkheid om na een hem onwelgevallige uitspraak te trachten de bevoegde wetgever (bij gedelegeerde wetgeving veelal bestuursorganen!) voor toekomstige gevallen tot aanpassing te brengen. Dat proces dat de rechtsontwikkeling ten goede komt, blijft evenwel geheel achterwege, wanneer het proces bij de bestuursrechter zich voornamelijk bezighoudt met ‘de buitenkant van het geschil’, waarbij in sommige gevallen uiteindelijk eerst na een aantal keren heen en weer geschuif tot een materiële oplossing wordt gekomen.

60 Zie zijn slotwoord ‘Staatsrecht, bestuursrecht, Awb. Een poging tot synthese’ (p. 193-201) tijdens de staatsrechtconferentie, Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht, gehouden op 11 december 1998, gepubliceerd in de publicaties van de staatsrechtelijke staatsrechtconferenties nr. 3, i.h.b. p. 195 en in dezelfde richting zijn in noot 42 genoemde nabeschuiving in de vierde druk van *Drie typen van rechtsvinding*, i.h.b., p. 128.

61 In dezelfde lijn de dissertatie van R. de Lange, *Publieke rechtsvinding*, Zwolle 1991. Zie ook onder meer de oratie van B.W.N. de Waard, *Samenwerkende machten, wetgeving en rechtspraak*, Zwolle 1994 en de opmerkingen van Th.G. Drupsteen tijdens de *NJB*-salon genoemd in noot 57.

De rechtsvormende taak van de bestuursrechter wordt thans veelal beperkt tot het afhouden van materiële geschillenbeslechting, zoals blijkt uit de hierboven behandelde zaak van de bebouwing van het Muiderkerk-terrein: die uitspraak is wél een voorbeeld van rechtsvorming door de bestuursrechter, in die zin dat een algemene regel wordt geformuleerd over de vraag of de rechter bevoegd is om 'zelf voorziende' een bouwvergunning te verlenen, doch dat is dan wel rechtsvorming van de soort die de rechtsontwikkeling 'in materiële zin' niet verder brengt.

VI | Tussenconclusies

32. Als ik probeer kort samen te vatten welke met elkaar samenhangende redenen hiervoor werden genoemd, waarom de ten tijde van de totstandkoming van de Awb wel beleden doelstelling dat de bestuursrechter meer tot finale geschillenbeslechting zou moeten komen, maar beperkt is gerealiseerd, kom ik tot de volgende conclusies:
- 1 De Awb zelf is concreter, waar het gaat om de in acht te nemen procedurele voorschriften als die van een adequate motivering en zorgvuldige voorbereiding dan waar het betreft de door het bestuur meer inhoudelijk in acht te nemen normen. Toetst de rechter als gevolg daarvan met name aan de meer procedurele normen, dan wordt uit de aard der zaak niet aan finale geschillenbeslechting toegekomen. Daarbij speelt bovendien een rol dat de grote aandacht voor de Awb het 'procedurele denken' heeft bevorderd en dat vragen van meer inhoudelijke aard minder aandacht krijgen van bestuursrechtjuristen.
 - 2 De rechterlijke attitude is in het algemeen terughoudend om wanneer een keuze bestaat tussen een vernietiging vanwege een meer procedurele norm dan vanwege een meer materiële norm te kiezen voor een meer procedurele benadering. Dit hangt samen met het onder 1 gestelde, maar past ook bij de traditionele plaats van de rechter in ons staatsbestel.
 - 3 Die minder materiële benadering komt in het bijzonder tot uiting wanneer men de benadering van de bestuursrechter in Nederland ziet in situaties, waarin toetsing van vage termen aan de orde is: ook de toetsing of het bestuur de vage term juist heeft ingevuld wordt vaak niet als een volledige rechtsvraag gezien, maar geschiedt via de vraag of voldaan is aan eisen van deugdelijke motivering en zorgvuldige voorbereiding.
 - 4 Het sluitstuk van de drie vorige conclusies: hoewel de wetgever in het algemeen wel een meer finale geschillenbeslechting voor ogen stond, heeft hij tegelijkertijd aangegeven, dat slechts zelf in de zaak moest worden voorzien, wanneer na vernietiging nog maar één uitkomst mogelijk zou zijn. Dat uitgangspunt levert in verband met 1) de qua normstelling procedureel gerichte Awb; 2) de rechterlijke attitude die eveneens meer procedureel dan materieel is gericht en 3) een procedurele benadering van vage termen, een situatie op waarin van dat algemene uitgangspunt om tot een meer finale geschillenbeslechting te komen niet zoveel terecht kon komen.

- 5 De achtergrond van de vier hier genoemde conclusies is een staatsrechtelijke: kort gezegd hebben zij allemaal in meer of mindere mate te maken met het ‘leerstellig cliché’ – de kwalificatie is van Brenninkmeijer – dat de rechter niet op de stoel van het bestuur mag zitten. Ook als men aanvaardt dat de rechterlijke taak een andere is dan besturen en dus het gedachtegoed van het cliché (dat de rechter niet op de stoel van het bestuur mag zitten) niet overboord wil gooien en men bovendien blijft uitgaan van het huidige besluitmodel, bestaan er goede mogelijkheden om het bestuursprocesrecht zo te transformeren, dat tot meer finale geschillenbeslechting wordt gekomen.⁶²

⁶² Ook als men ‘blijft uitgaan van het huidige besluitmodel’: wanneer in het bestuursrecht zou worden overgegaan tot het vorderingenmodel zou het probleem zijn opgelost omdat de rechter dan altijd finaal beslist over de betreffende vordering. Het betoog gaat evenwel uit van de handhaving van het besluitmodel, althans de handhaving van het bestuursproces, waarbij een aan te vechten overheidshandeling centraal staat. Zie het gestelde onder II-B (ex tunc) en met name noot 28.

VII | Concrete remedies?

33. In zijn diepgaande dissertatie doet Schueler een onderbouwd voorstel om, ingeval de bestuursrechter gebreken constateert, het bestuur na een tussenuitspraak van de bestuursrechter de gelegenheid te geven een nieuwe beslissing te nemen, waarna de einduitspraak een finaal oordeel geeft over die nieuwe beslissing.⁶³ Het is opmerkelijk, dat dit soort voorstellen onder de benaming ‘de bestuurlijke lus’ ook van de zijde van het bestuur wel als een aantrekkelijke optie wordt gezien. Het bestuur ziet immers in die benadering de mogelijkheid om in geval van formele fouten deze hangende de procedure te herstellen, zodat het de procedure alsnog tot een goed einde kan brengen.⁶⁴ De benadering van Schueler verschilt in zoverre wezenlijk van de ‘bestuurlijke lus’-optie als door bestuurders voorgestaan, dat Schueler na een vernietiging de rechter de regie wil laten houden over een adequate afhandeling van het geschil met inachtneming van de taak van het bestuur daarbij.
34. Hoewel ik gecharmeerd ben van het idee van Schueler en qua denkrichting op hetzelfde spoor zit – partijen moeten na een uitspraak van de bestuursrechter weten waaraan zij toe zijn – heb ik toch de behoefte om enige twijfels ten aanzien van zijn oplossing voor te dragen. Is het wel zo gewenst, dat het bestuur wordt gehouden om nog hangende de procedure een nieuw voor beroep vatbaar besluit te nemen? Het ‘gepingpong’ tussen bestuur en rechter wordt dan weliswaar in de procedure ingekapseld, maar het feit dat er achtereenvolgens meer besluiten worden genomen tijdens de procedure wordt niet verholpen, met alle complicaties van dien. Zo is er de mogelijkheid voor het bestuur om in hoger beroep te gaan en bij een hogere rechter te trachten het eerste vernietigde besluit alsnog te doen herleven. Nu zal men tegenwerpen: dat probleem speelt ook nu wanneer het bestuur een nieuwe beslissing moet nemen na een vernietiging en die vernietiging tegelijkertijd in hoger beroep aanvecht. Dat is dan evenwel ook een probleem, waar de praktijk mee worstelt: het is vaak ongelukkig dat er twee besluiten na elkaar zijn die ieder voor zich voorwerp van debat bij de rechter kunnen vormen. Hoewel de artikelen 6:18 en 6:19 Awb daarvoor een oplossing beogen te

63 Zie B.J. Schueler, t.a.p. noot 8.

64 Zie het rapport Bestuur in geding van de werkgroep-Van Kemenade, genoemd in noot 1, p. 83: § 2.2: Gelegenheid tot herstel van gebreken hangende beroep: de ‘bestuurlijke lus’.

bieden, slagen zij daarin maar gedeeltelijk.⁶⁵ De oplossing van Schueler zou die problematiek eerder vergroten dan verkleinen: aan die oplossing is inherent dat er twee bestuursbesluiten zullen zijn. Men zou aan deze problematiek wellicht tegemoet willen komen door na een vernietiging het bestuur eerst de gelegenheid te geven in hoger beroep te gaan en te trachten aldaar de vernietiging ongedaan te maken alvorens het bestuur te verplichten een nieuwe beslissing te nemen, maar dat is onaantrekkelijk, omdat gedurende al die tijd onduidelijkheid zou bestaan over wat op dat moment zou gelden en de appellante te weinig recht wordt gedaan, omdat het door de eerste rechter uitgesproken oordeel in die tussentijd zonder gevolg zou blijven.

35. Voordat ik inga op mijn (van het voorstel-Schueler wat afwijkende) voorstel voor meer finale geschillenbeslechting bij de bestuursrechter, wil ik, sprekende over het probleem van de elkaar opvolgende bestuursbeslissingen, van de gelegenheid gebruikmaken om te bepleiten dat van het systeem van een primaire beslissing van het verwerende bestuursorgaan en een beslissing op bezwaar, zoals het huidige proces dat kent voordat de bestuursrechter ten gronde kan worden benaderd, wordt afgestapt. Het is niet goed, dat na een vernietiging van een beslissing op bezwaar in beginsel de primaire beslissing van meestal dezelfde materiële inhoud herleeft. Dat heeft onder meer tot bizarre consequentie dat een nog oudere beslissing dan de vernietigde beslissing voor de duur dat nog niet opnieuw door het bestuur een besluit is genomen weer van kracht is geworden. Hiermee wordt geïllustreerd dat het huidige bestuursproces vaak achter de feiten aanloopt. Bovendien wordt door velen, ook in kringen van het bestuur, gewezen op het feit dat de bezwaarschriftenprocedure is gejuridiseerd en te weinig geschiloplossend vermogen heeft. De voordelen van de bezwaarschriftenprocedure – met name zeefwerking en gemakkelijk herstel van fouten zonder dat de rechter eraan te pas hoeft te komen – kunnen ook anders worden ondervangen. Het zou mijns inziens een belangrijke verbetering zijn, wanneer de mogelijkheid van herstel aan het bestuur wordt geboden naar aanleiding van bedenkingen tegen ontwerpbesluiten, zoals ook Hennekens heeft bepleit.⁶⁶ Daardoor zou het verschijnsel van een primair besluit en een besluit op bezwaar uit ons rechtsleven verdwijnen en wordt het voor het bestuur vanuit het oogpunt van aansprakelijkheid voor onrechtmatige besluitvorming in vergelijking met de

65 Zie *Het bestuursprocesrecht*, Deventer 1996, t.a.p. noot 2, p. 218: 'Overziet men de jurisprudentie en de interviews dan ontkomt men niet aan de conclusie dat de complicaties van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb door de wetgever ernstig zijn onderschat'. zie ook H. Bolt, 'De artikelen 6:18 en volgende van de Awb', *JB Plus* 2000, p. 26 e.v.

66 H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'De Awb in de revisie. Een degelijker beurt is nu vereist', *Gemeentestem* nr. 7118 van 21 april 2000. Ondertussen wordt dit model bereikt in alle gevallen, dat de nieuwe afdeling 3.4 van de Awb (waarin de afdelingen 3.4 en 3.5 worden samengevoegd) van toepassing zal zijn. Zie over die ineenschuiving verder: E.C. Aalders, 'Hoe het lelijke jonge eendje een mooie zwaan werd', *NJB* 2000, p. 1427-1431.

huidige bezwarenprocedure ook minder riskant om met de opmerkingen waartoe een ontwerpbesluit bij de verschillende partijen aanleiding gaf, rekening te houden. Voorzover het werken met een ontwerpbesluit over de hele linie van het bestuursrecht onnodig zwaar wordt gevonden, biedt de regeling van artikel 4:7 en verder in combinatie met de artikelen 4:12 e.v. Awb, een goed aanknopingspunt voor een regeling in welke gevallen het werken met zo'n ontwerpbesluit, waartegen dan binnen 4 of 6 weken bedenkingen kunnen worden geuit, wel en wanneer zo'n procedure niet nodig is. Het is voorstelbaar dat de effectiviteit van een bezwarenprocedure vóór het nemen van het besluit veel groter is dan daarna, wanneer het bestuur eenmaal tot een afgerond oordeel is gekomen en het, al was het maar vanwege de aansprakelijkheid, niet spoedig zal zijn geneigd, van zijn oorspronkelijk standpunt terug te komen.

De juridisering van de bezwaarschriftenprocedure wordt mijns inziens soms ook onnodig in de hand gewerkt doordat de bestuursrechter vormen van meer materiële geschillenbeslechting tijdens de bezwaarschriftenprocedure 'afstraft', wanneer dat naar zijn oordeel niet past binnen het bestuursproces van de Awb. Een voorbeeld: als het bestuur bij een beslissing op bezwaar van mening is dat wordt opgekomen tegen iets dat geen besluit is en om die reden het bezwaarschrift niet-ontvankelijk verklaart, pleegt het soms toch inhoudelijk op het geschil in te gaan, meestal door de bezwaren inhoudelijk uitdrukkelijk ongegrond te verklaren. De bestuursrechter vindt dat het bestuursorgaan zich dan strikt had dienen te beperken tot een niet-ontvankelijkverklaring. Die wijze van benadering leidt soms tot een wel zeer extreme vorm van 'pingpongen'. Immers in een situatie dat de bestuursrechter vervolgens naar aanleiding van het beroep tegen de beslissing op bezwaar, houdende een niet-ontvankelijkverklaring, oordeelt dat het primaire besluit wél een besluit in de zin van de Awb was, wordt de zaak weer terugverwezen naar het bestuursorgaan, dat inhoudelijk al heeft geoordeeld dat de bezwaren ongegrond zijn. De bestuursrechter weigert dan de juistheid van de subsidiaire ongegrondverklaring van de bezwaren te toetsen. Dat betekent dan dat er voor de vorm (we weten immers al dat het bestuur de bezwaren inhoudelijk ongegrond vindt) weer een rondje bezwarenprocedure dient te volgen, alvorens de zaak weer aan de bestuursrechter (maar dan voor het eerst voor wat betreft de inhoudelijke ongegrondverklaring van de bezwaren!) kan worden voorgelegd. Intussen zijn wij soms al twee jaar of soms nog aanzienlijk langer verder. Dat alles had kunnen worden voorkomen, wanneer het het bestuursorgaan wel degelijk was toegestaan om subsidiair de bezwaren ongegrond te verklaren: dan zou de bestuursrechter na te hebben geoordeeld dat het bezwaarschrift wel degelijk ontvankelijk was, zich terstond hebben kunnen buigen over de materiële ongegrondverklaring van de bezwaren. Dit

soort excessen zou door materiële geschillenbeslechting voorop te stellen moeten worden voorkomen.⁶⁷

36. Als wij terugkeren naar het proces bij de bestuursrechter wordt het tijd om mijn eigen voorstel, dat in het verlengde ligt van al hetgeen hierboven is uiteengezet, te onthullen. Uitgaande van de gedachte dat een rechter en dus ook de bestuursrechter in principe geschillen definitief moet beslechten, moeten wij naar een systeem toe, waarbij de bestuursrechter, in een situatie dat hij gebreken heeft geconstateerd maar materieel (nog) geen eindbeslissing kan nemen, in staat wordt gesteld, vooral door het bestuur, om dat wel te doen. Dat kan mijns inziens als volgt. In een ‘preparatoire’ tussenuitspraak geeft hij aan welke problemen hij heeft met het besluit en verzoekt het bestuur om uitgaande van die gebreken in een schriftelijk stuk (vergelijkbaar met het geven van inlichtingen in een civiel proces, dus geen nieuw besluit!) aan te geven hoe het bestuur meent, dat gelet op die gebreken in het bestreden besluit rekeninghoudend met de situatie van nu zou moeten worden voorzien. Daarbij moet het bestuur tevens aangeven of belangen van derden, niet-procespartijen, daarbij zijns inziens aan de orde kunnen zijn. De rechter heeft dit uiteraard ook zelf in de gaten te houden. Op die door het bestuur te geven inbreng kunnen de andere partijen (ook eventuele derden, die eerder geen procespartij waren, mits hen niet kan worden verweten niet eerder aan het proces te hebben deelgenomen) uiteraard reageren. Vervolgens zou de rechter een bindende einduitspraak moeten doen. Daarmee zou op adequate wijze een evenwicht kunnen worden gevonden met betrekking tot kwesties van beleids- en beoordelingsvrijheid: de bestuursrechter kan daarbij alle noodzakelijke input van het bestuur krijgen en zal deze in overeenstemming met onze tradities waar nodig respecteren en tot een einduitspraak komen. Indien hoger beroep wordt ingesteld geldt voor de periode totdat de rechter in hoger beroep uitspraak heeft gedaan dat de eerste immers vernietigde en door de uitspraak van de rechter vervangen beschikking van het terrein verdwijnt. In hoger beroep is het bestuur uiteraard geheel vrij om zowel de tussenuitspraak als de einduitspraak te bevechten. De tussenuitspraak is niet vatbaar voor hoger beroep, zolang er in eerste aanleg geen einduitspraak is: de aangevochten beschikking van het bestuur geldt, behoudens schorsing, ook nog tot die einduitspraak in eerste aanleg. Dit alles leidt tot een minder bureaucratisch systeem, omdat de rechter die dan de zaak bindend heeft vastgesteld (in de woorden van artikel 8:72 lid 4 ‘zelf in de zaak heeft voorzien’) duidelijk heeft gemaakt wat er alsdan heeft te gelden. Aan de bezwaren van de ‘preciezen’ tegen het ‘zelf voorzien’ is tegemoetgekomen door (voorzover op zijn plaats) de beleids- en beoordelingsvrijheid van het bestuur dat na de tussenuitspraak

67 Afdeling bestuursrechtspraak 17 mei 1999, *JB* 1999, 137 m.nt. Neerhof. Vergelijk ook Centrale Raad van Beroep 17 februari 1998, *JB* 1998, 81 en over overwegingen ten overvloede Afdeling bestuursrechtspraak 23 maart 2000, *JB* 2000, 136.

volop de gelegenheid heeft gekregen de beleidsmatige kant te belichten, te respecteren. Nu het bestuur evenwel geen tweede beslissing heeft genomen, blijft het uiteraard geheel vrij om in hoger beroep zijn vernietigde en door de uitspraak vervangen beslissing te verdedigen. Thans ontstaat regelmatig de situatie dat verschillende besluiten van het bestuur zich opstapelen, een probleem dat het voorstel-Schueler niet oplost, maar in feite in geval van vernietiging tot de normale gang van zaken 'verheft'. Ik ben mij ervan bewust, dat de 'preciezen' zullen blijven tegenwerpen dat mijn voorstel in strijd is met de leer van de machtenscheiding, omdat de rechter uiteindelijk de rechtsbetrekking constitueert, waar het bestuur beleids- en beoordelingsvrijheid heeft, doch ik ben van die tegenwerping vooralsnog niet erg onder de indruk. Het gaat er immers om dat de rechter bij het uiteindelijk vaststellen van de rechtsbetrekking de beleids- en beoordelingsvrijheid naar aanleiding van hetgeen het bestuur daarover naar voren heeft gebracht, respecteert op een wijze die daaraan recht doet. Op die manier wordt in het proces een situatie ingebouwd, waarbij goeddeels sprake is van wat 'Ermessen Reduzierung auf Null' (in dit geval dan vooral door het bestuur zelf) wordt genoemd.⁶⁸ Ook nu al zijn er natuurlijk uitspraken van bestuursrechters, waarbij 'zelf in de zaak wordt voorzien', ondanks het feit dat de betreffende wettelijke bevoegdheden beleids- of beoordelingsvrijheid c.q. 'ruimte geven':⁶⁹ indien het bestuur door beleidsregels of anderszins is gebonden, kan de rechter dat doen zonder staatsrechtelijk te zondigen. De stap die moet worden gezet, is dat het bestuursproces in principe steeds wanneer een besluit gebreken vertoont zelf ruimte geeft aan opvulling van de bestuurlijke ruimte. Aldus wordt een concept gerealiseerd dat binnen het besluitmodel ook werkelijk een einde maakt aan het geschil op een manier, die recht doet aan zowel het uitgangspunt van 'effectieve geschillenbeslechting' als aan de eigen taken van rechter en bestuur.

37. Een van de hoofdredenen, waarom de bestuursrechter thans niet tot materiële geschillenbeslechting kan komen, is dat hem daartoe de mogelijkheden ontbreken om zonder op de stoel van het bestuur te gaan zitten, zo'n bindende uitspraak te doen. Het voorgestelde concept voorziet daarin. Onder ogen moet worden gezien dat het thans voor de bestuursrechter in veel gevallen, indien er gebreken worden geconstateerd aan het bestreden besluit, niet mogelijk is om tot een bindende einduitspraak te komen, waarbij 'zelf in de zaak wordt

68 Zie reeds E.M.H. Hirsch Ballin, 'In de zaak voorzien. Beschouwing over de taak van de administratieve rechter ingevolge artikel 70 van de Beroepswet en artikel 73 van de Wet op de Raad van State', in: *Blinde vlekken in het sociale recht*, Deventer 1986, p. 176-197. Zie vervolgens ook T. ter Brugge, J. Veltman, H.E. Bröring, K.F. Schuiling & M. Scheltema, *Kroongeschillen en het nieuwe bestuursprocesrecht, Evaluatie van de Tijdelijke wet Kroongeschillen*, Deventer 1991 en B.J. Schueler, *Vernietigen en opnieuw voorzien*, t.a.p. onder meer p. 148 en p. 170.

69 Zie onder meer M. Schreuder-Vlasblom, *De a.w.b.; het bestuursprocesrecht*, zesde druk, Deventer, 1999, p. 203, laatste alinea en de daar genoemde jurisprudentie, D. Allewijn, t.a.p. noot 19.

voorzien'.⁷⁰ Er zijn thans gevallen van vernietiging wegens schending van de motiveringsplicht dan wel het formele zorgvuldigheidsbeginsel waarbij ook een vernietiging wegens een zwaardere vernietigingsgrond tot de mogelijkheden had behoord. In een aantal van die gevallen zijn er meer mogelijkheden om terstond zelf in de zaak te voorzien. Dat neemt niet weg, dat er een groot aantal gevallen resteert, waarbij de bestuursrechter dat eenvoudige niet zal kunnen *zonder* dat over de wijze waarop aan het geschil een einde moet komen door partijen nader wordt gedebatteerd. Alleen dan kan immers het bestuur ook op adequate wijze input leveren over de wijze waarop het meent dat een nadere beslissing zou passen binnen door het bestuur vaak ook eerder getrokken beleidskaders. Ook feiten en omstandigheden die zich voordoen na de bestreden beslissing maken zo'n nader debat om tot een eindbeslissing te komen nodig. Daarbij bedenke men dat dit betoog uit de aard der zaak alleen van belang is *als* er gebreken in de besluitvorming zijn geconstateerd: als het beroep ongegrond is, blijft het bestuursbesluit natuurlijk bestaan.

Een verandering naar een bestuursproces dat zich ten doel stelt het geschil op te lossen en niet slechts een fase te zijn in een daarna zich voortslappend geschil, is naar mijn mening heel wel mogelijk. Vertegenwoordigers uit de wereld van het bestuur doen er naar mijn mening goed aan om hetgeen hiervoor is uiteengezet niet terstond te verwerpen als zijnde een aanval op hun bevoegdheden.⁷¹ Zo moet mijn betoog niet worden opgevat. Integendeel, de wijze van afdoening als hierboven geschetst zal in een groot aantal gevallen ertoe leiden dat, ook al zijn er gebreken in de besluitvorming geconstateerd, het uiteindelijk resultaat niet ver zal afstaan van het oorspronkelijke besluit. Het systeem van de bestuursrechtspraak is er zowel in het belang van het bestuur als van de rechtzoekende thans mee gebaat, dat ook op de hiervoor uiteengezette wijze tot een effectieve afdoening van geschillen wordt gekomen. Bestuur en burger weten dan terstond waaraan men toe is en gevallen waarbij burgers blij worden gemaakt met een dode mus zullen vaker tot het verleden gaan behoren. Zo bezien betekent hetgeen hiervoor werd uiteengezet voor burger en bestuur een vooruitgang. Men dient daarbij te bedenken, dat het bezwaar van de opeenstapeling van bezwaar- en beroepsprocedures – vooral geuit van de kant van bestuurders, zoals bleek uit het citaat uit het rapport van de werkgroep-Van Kemenade aan het begin van dit stuk – belangrijk wordt gereduceerd, wanneer herhalingen van zetten op deze wijze wordt voorkomen en de rechter tot een eindoordeel over het geschil kan komen.

70 Zie daarover uitgebreid en gedocumenteerd de dissertatie van B.J. Schueler, t.a.p. noot 8.

71 In het rapport van de werkgroep-Van Kemenade wordt weliswaar gepleit voor de 'bestuurlijke lus', zoals hierboven betoogd, doch wordt aan 'het zelf voorzien' door de rechter geen plaats toegedacht, wanneer er meer oplossingen na een vernietiging denkbaar zijn. Dit probleem wordt echter in mijn gedachtegang ondervangen.

38. Deze wijze van geschillenbeslechting, waarbij de bestuursrechter gehouden is om in goede communicatie met bestuur en andere belanghebbenden tot een eindoordeel te komen, sluit ook meer aan bij moderne inzichten ten aanzien van geschillenbeslechting dan het vasthouden aan het dogmatisch adagium dat de bestuursrechter als hijzelf in de zaak voorziet ‘op de stoel van het bestuur gaat zitten’. Ik hoop bovendien duidelijk te hebben gemaakt, dat ook in mijn optiek dat adagium nog steeds betekenis heeft, voorzover het inhoudt dat de bestuursrechter in het proces om ‘zelf in de zaak te voorzien’ zich van zijn positie (en die van het bestuur) bewust moet zijn. Uiteindelijk is deze wijze van afdoening niet in strijd met de eisen van de rechtsstaat, waarin, als partijen er niet uitkomen, de rechter het laatste woord behoort te hebben. Ik besef dat veel bestuursrechters eraan zouden moeten wennen, dat van hen wordt verlangd dat zij geschillen ook echt oplossen en dat zij niet langer hun productie op papier zien stijgen, wanneer een zaak met een formele vernietiging is afgedaan. Dat offer zal mijns inziens moeten worden gebracht.
39. De door mij bepleite wijze van geschillenbeslechting betekent een modernisering van het bestuursprocesrecht binnen het bestaande systeem van het ‘besluitmodel’, waarin zoveel mijns inziens nuttige tijd en energie is gestoken. Het zou voorwaar niet een revolutionaire maar toch wel zeer wezenlijke stap voorwaarts zijn, die aansluit bij de teneur van een aantal wetenschappelijke debatten:
- Uit de moderne bestuurskundige literatuur valt te leren, dat een zogenaamde reflexieve controlestijl, waarin een uitwisseling van elkaars denkbeelden plaatsvindt, doelmatiger is dan een repressieve controlestijl. Bij zo’n reflexieve controlestijl behoort veel nadruk te liggen op communicatie.⁷² Het transformeren van het bestuursproces naar een proces, waarin de bestuurlijke, beleidsmatige benadering door het bestuur wordt ingebracht op een wijze die de rechter helpt tot het bindend beslechten van het geschil, sluit hierbij aan. De paradox hierbij is natuurlijk, dat het lijkt alsof de rechter door ‘zelf in de zaak voorzien’ terrein afpakt van het bestuur, doch het is – mede gelet op de ervaringen ten tijde van het Kroonberoep en de Twk-rechtspraak⁷³ – maar de vraag of dat ook zo wordt gevoeld, wanneer de communicatie tijdens het proces tussen het bestuur en rechter adequaat geschiedt en leidt tot een

72 Zie onder meer M.L.M. Hertogh, *Consequenties van controle*, diss. Leiden 1997. Ik ben mij ervan bewust dat deze zich juist een tegenstander van het ‘zelf voorzien’ toont, omdat hij dat als een repressieve controlestijl ziet. Ik hoop dat duidelijk is dat dat zeker niet noodzakelijkerwijs zo is wanneer immers op – om zijn terminologie te hanteren – ‘reflexieve’ wijze tot die uitspraak wordt gekomen.

73 Zie R.J.G.M. Widdershoven, G.T.J.M. Jurgens, P.J.J. van Buuren & G.H. Addink (red.), *Bestuursrechtspraak in milieugeschillen, Evaluatie van de Tijdelijke wet Kroongeschillen op het gebied van het milieurecht*, Zwolle 1991, met name hoofdstuk 10.

eindproduct, waarin het bestuur zich wellicht daarom mede zal kunnen herkennen, ook al is het anders dan het besluit waarmee het proces werd ingegaan.

- Al is er natuurlijk een principieel verschil met het burgerlijk proces namelijk dat de positie van het bestuur altijd in het geding is en moet worden geëerbiedigd, dat neemt niet weg dat een model, waarin bestuursrechters geschillen ook in de kern beslechten, verwantschap vertoont met gedachten die bijvoorbeeld Barendrecht voor het civiele proces heeft ontwikkeld. Als het proces er meer op is gericht om het werkelijke geschil en de werkelijke belangen aan de oppervlakte te krijgen, dan wordt het mogelijk om na de tussenuitspraak, waarin een gebrekkige motivering of een onzorgvuldigheid in de initiële besluitvorming is blootgelegd, gezamenlijk tot de meest voor de hand liggende oplossing te komen: dat vergt wel dat de bestuursrechter niet zoals thans veelal geschiedt stopt bij de constatering van dat gebrek en het materiële geschil laat voorbestaan. Al deel ik niet de benadering dat de binding aan het recht minder centraal zou moeten worden gesteld – de legitimatie van het optreden van de rechter zal mijns inziens altijd daarin moeten worden gezocht – verwijs ik naar de bijdrage van Barendrecht aan de door het *Nederlands Juristenblad* georganiseerde discussie over de rechtsvorming. Hij beschrijft een ontwikkeling naar probleemoplossend onderhandelen en bemiddelen, waarbij in de rechtspraak de werkelijke belangen steeds centraler komen te staan en steeds meer geschiloplossende vaardigheden beschikbaar komen.⁷⁴ Hierdoor wordt vaak meer succes geboekt bij pogingen de barrières voor geschiloplossing te verlagen en tot de werkelijke belangen van partijen door te dringen. Ten slotte ontstaan kansen voor een situatie waarbij de verschillende partijen er allemaal beter van worden. De parallel met de ‘alternatieve geschillenbeslechting’ dringt zich op: het bestuursproces zoals wij dat traditioneel kennen staat haaks op de tegenwoordig gesignaleerde voordelen van de alternatieve geschillenbeslechting, waarbij wordt gezocht naar een oplossing, die tegemoet komt aan de werkelijke problemen van partijen. Dit betoog strekt er niet toe dat het bestuursproces van zijn wortels zou moeten worden ontdaan (de positie van het bestuur is te verschillend van andere partijen om oplossingen in de sfeer van alternatieve geschillenbeslechting zo te transformeren), het kan wel trachten aan overtuigingskracht te winnen door zich binnen een nog steeds betrekkelijk klassiek concept dat ook door mij wordt voorgestaan, te moderniseren met als doel meer inhoudelijk te worden, daardoor meer aan te spreken en zijn geschiloplossend vermogen te vergroten.

74 J.M. Barendrecht, ‘Rechtsvorming naar behoefte. Welke normen hebben partijen in civielrechtelijke geschillen nodig?’, *NJB* 2000, p. 690-698.

- Ten slotte meen ik dat een model, waarbij de zaak inhoudelijk aan de orde komt, stimuleert dat partijen gezamenlijk tot een eindoplossing komen. Als het erop aankomt moet de knoop uiteindelijk door de rechter worden doorgehakt. Deze gang van zaken sluit aan bij hetgeen in ook de politicologische en staatsrechtelijke literatuur wordt geventileerd met betrekking tot de machtscheiding en waarin bijvoorbeeld wordt gesproken van – naar de woorden van Willem Witteveen – ‘evenwicht van machten’.⁷⁵ Die theorieën komen er in de kern op neer dat de leer van de klassieke *machtscheiding* van zijn dogmatische kanten moet worden ontdaan en moet worden getransformeerd naar een benadering, waarbij de drie machten elkaar, ieder vanuit zijn eigen rol en plaats met behoud van ieders specifieke invalshoek aanvullen in een systeem van *checks en balances*.
40. De concrete uitwerking van dit gemoderniseerde bestuursproces roept associaties op met de wijze waarop in het verleden de Kroon en vervolgens de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State als zogenaamde TwK-rechter met name in milieugeschillen tot bindende uitspraken kwamen. Van de zijde van de ‘preciezen’ is op de wijze van opereren van de TwK-rechter kritiek geuit: de TwK-rechter zou teveel op de stoel van het bestuur zijn gaan zitten door als rechter hele milieuvergunningen met voorschriften af te geven. Toch is het oordeel over die bestuursrechtspraak in milieugeschillen van de TwK-rechter veelal positief. Aan het evaluatieonderzoek van de TwK-rechtspraak ‘Bestuursrechtspraak in milieugeschillen’ van Widdershoven, Jurgens, Van Buuren en Addink (een heel verstandig gezelschap) ontleen ik:

Vatten wij het voorafgaande samen, dan is het oordeel over het zelf voorzien door de Afdeling Geschillen overwegend positief. Het is in het algemeen in het belang van het milieu en partijen. Vanuit staats- en bestuursrechtelijke optiek ontmoet de wijze waarop de Afdeling Geschillen zelf voorziet – namelijk waarbij de instemming van partijen een belangrijke rol speelt – in het algemeen geen bezwaar. Naar onze opvatting zijn uit de Afdeling Geschillen-rechtspraak juist op het punt van het zelf voorzien onverwachte en belangrijke mogelijkheden gebleken voor een verdere ontwikkeling van de administratieve rechtspraak. Het feit dat een rechter heeft aangetoond zonder overwegende bezwaren en in ruime mate zelf te kunnen voorzien, kan zelfs worden beschouwd als de belangrijkste bijdrage van

75 W.J. Witteveen, *Evenwicht van machten*, zie noot 14. Zie ook de meer juridisch getinte oraties van B.W.N. de Waard, *Samenwerkende machten*, oratie Tilburg, Zwolle 1999 en R. de Lange, *Concurrerende rechtsvorming*, oratie Rotterdam, Nijmegen 1999 en R.M. van Male, *Onvoltooid recht*, oratie Rotterdam, Zwolle 1993.

de TwK aan de *vernieuwing van de administratieve rechtspraak in het algemeen*.⁷⁶
[cursief JP]

41. Het is opmerkelijk, dat hoewel de Awb-wetgever oog had voor het belang van de effectieve geschillenbeslechting, de koers van de Afdeling voor de Geschillen van bestuur van voor 1994 na 1 januari 1994 is verlaten. Die koers heeft geenszins breder toepassing gevonden: denkbaar was geweest, dat zij ook zou worden gevolgd bij bijvoorbeeld geschillen over bouwvergunningen, maar de Raad van State heeft die gedachte – zoals wij zagen – niet toegelaten. Die koers is dus niet verbreed: zij is ook ten aanzien van milieugeschillen verlaten door de beoordelingsruimte van de vergunningverlener een ruimere plaats te geven en in lijn daarmee niet dan wel in veel mindere mate dan in het verleden zelf in de zaak te voorzien.⁷⁷ Nu was er tegen de wijze van afdoening van de Afdeling Geschillen ook heus wel wat in te brengen. Zo schreef collega Schreuder-Vlasblom in haar VAR-preadvies *Het nieuwe bestuursprocesrecht*:

Overigens ben ik niet zo'n bewonderaar van de TwK-gedragslijn. Kort gezegd meen ik dat de rechter wel zeer voorzichtig moet zijn om ten gerieve van hen die als partijen optreden en op hun inhoudelijke overeenstemming afgaand de zaak kort te sluiten, ben ik het oneens met de te generaliserende benadering door de Afdeling Geschillen van de betekenis van evaluatieve normen en heb ik twijfels over de zware rol van de vaste deskundigen ten behoeve van de Afdeling naar wie de afdoening van zaken soms in hoge mate verschuift.⁷⁸

Al worden daarmee de grote voordelen van het zelf-voorzien door de TwK-rechter die in het geciteerde Utrechtse onderzoek worden beschreven en die in de praktijk veelal door bestuursorganen en appellanten naar mijn ervaring werden gedeeld wel erg vanuit een theoretisch perspectief 'weggeschreven', onzinnig zijn deze bezwaren natuurlijk geenszins. De hiervoor door mij aangegeven benadering om tot 'zelf voorzien' te komen verschilt dan ook wel enigszins van de TwK-benadering, omdat de rechter daarbij heel wel de wijze waarop het bestuur de zogenaamde evaluatieve normen (als een 'goede ruimtelijke ordening' en 'nodig in het belang van het milieu'), die een zekere beoordelingsruimte van het bestuur kunnen impliceren, wenst in te vullen 'kan overnemen'. Daarbij ligt het voor de hand, dat voor de specialistische kennis in belangrijke mate wordt gevaren op kennis die bij het betrokken bestuursorgaan aanwezig is (of is ingehuurd). Het is echter in mijn optiek te betreuren dat van die TwK-rechtspraak, die toch in ieder geval voor het gezichtspunt van de effectieve afdoening van geschillen een aanzet gaf tot een benadering waarbij de bestuursrechtspraak werd vernieuwd en

⁷⁶ R.J.G.M. Widdershoven e.a., *Bestuursrechtspraak in milieugeschillen*, t.a.p. noot 73, p. 361.

⁷⁷ Zie noot 46.

⁷⁸ M. Schreuder-Vlasblom, 'Heroriëntatie bestuursrechtspraak', t.a.p. noot 28, p. 63 onderaan.

‘pingpongen’ tussen bestuur en rechter werd voorkomen, thans zo hard afstand lijkt te zijn genomen. Het is mijns inziens goed mogelijk de beleids- en beoordelingsvrijheid van het bestuur te respecteren en te onderkennen dat de rechter de specialistische kennis vaak ontbeert om toch tot finale afdoening van de geschillen te komen. Het vereist wel, dat het bestuursproces meer een interactief proces wordt. Het Utrechtse onderzoek laat overigens ook zien dat de Twk-rechter bij het ‘zelf voorzien’ al vaak de inzichten van het betrokken bestuursorgaan een dominante plaats deed hebben. Wel verdient uiteraard de positie van derden aandacht. Dat probleem is echter te regelen: in milieu- en ruimtelijke ordeningsgeschillen weet men vaak wie die betrokken derden zijn, zodat het mogelijk moet worden geacht deze tijdig in staat te stellen tijdens het proces hun belangen naar voren te brengen. Ik ben mij ervan bewust dat dit probleem nog diepgaand zal moeten worden bekeken en aan de hand daarvan zal moeten worden geregeld. Het zal neerkomen op waarborgen, dat derden niet-procespartijen na de tussenuitspraak partij kunnen worden. Bedacht moet worden dat eenzelfde problematiek nu ook kan spelen als door het bestuur opnieuw moet worden beslist na een vernietiging en van een nieuwe aanvraag, die bijvoorbeeld aan het begin wel werd gepubliceerd, ook veelal geen sprake is.

42. Naar ik meen wordt het bestuursprocesrecht werkelijk verder gebracht, wanneer de rechter aldus tot een bindende einduitspraak komt. Er komen in principe geen nadere bestuursbesluiten naar aanleiding van een vernietiging die met name tot complicaties leiden wanneer hoger beroep wordt ingesteld. Soms zijn er in het huidige proces wel meer dan twee beslissingen waartegen afzonderlijke procedures lopen met bovendien nog de complicaties van primaire besluiten en besluiten op bezwaar. Ook bijvoorbeeld in sociale verzekeringsgeschillen zie ik niet in waarom, wanneer de rechter een gebrek heeft vastgesteld, hij niet aan het bestuur zou kunnen vragen tot welke uitkomst dat naar het oordeel van het bestuur zou moeten leiden, de reactie van de appellant kan verlangen en vervolgens tot een eindbeslissing zou kunnen komen. Daarbij heeft uiteraard het oordeel van het bestuur over de invulling van beleids- en beoordelingsruimte een bijzondere, door de rechter in beginsel te respecteren betekenis.
43. Hoe zou een en ander gestalte moeten krijgen? Is voor deze wijze van afdoening een aanzienlijke wetswijziging nodig? Strikt genomen biedt de tekst van de Awb in feite reeds de mogelijkheid om geschillen op deze wijze tot een eind te brengen waar artikel 8:72 lid 4 Awb de bestuursrechter een discretionaire bevoegdheid geeft om zelf in de zaak te voorzien. Voorts zou men kunnen redeneren dat, waar uit wetsgeschiedenis bij de Awb voortvloeit dat moet worden gestreefd naar een groter geschiloplossend vermogen van het bestuursproces, de huidige wet deze oplossing mogelijk maakt.

Niettemin meen ik dat in redelijkheid van de bestuursrechter niet kan worden verlangd, dat daartoe zonder wetswijziging zou worden overgegaan. Immers, hiervoor bleek dat de bestuursrechter met de lijn in de jurisprudentie, dat 'zelf voorzien' slechts de mogelijkheid is, wanneer er nog maar één mogelijkheid voor het bestuur resteert, de wetsgeschiedenis evenzeer aan zijn kant heeft. Wij zagen reeds dat hoewel de wetgever wel in algemene zin een meer effectieve geschillenbeslechting voor ogen heeft gestaan, de wetgever bij de bespreking van de concrete instrumenten die de rechter daarbij werden verschafte, aangaf, dat van die bevoegdheden (en met name die van artikel 8:72 lid 4 Awb) door de bestuursrechter een terughoudend gebruik zou moeten worden gemaakt. Tegen die achtergrond valt de bestuursrechter van het feit dat de vorderingen op dit punt sinds de inwerkingtreding van de Awb met ingang van 1 januari 1994 gering zijn, nauwelijks een verwijt te maken. De aan het slot van hoofdstuk IV aangehaalde conclusie van de Evaluatiecommissie-Awb dat van het 'zelf voorzien' wellicht wat meer gebruik zou moeten worden gemaakt, is wel begrijpelijk, doch heeft zo bezien weinig om het lijf, wanneer niet tegelijkertijd wordt aangegeven hoe dat zou moeten gebeuren. Wij zagen bovendien, dat de geschiedenis van de Awb ook aanleiding geeft tot de terughoudende praktijk. Ook de sterke nadruk in de Awb op de procedurele kant van de besluitvorming maakt dat het niet terecht is, wanneer de bestuursrechters, die de huidige Awb toepassen, een groot verwijt zou worden gemaakt, dat materiële geschillenbeslechting slechts moeizaam van de grond is gekomen.

Daarbij komt dat het juist omdat het gaat om de taakverdeling tussen bestuur en rechter voor de hand ligt dat de wetgever terzake duidelijk maakt dat de wetgever die materiële geschillenbeslechting echt wil en in zoverre ook afstand neemt van de wetsgeschiedenis, voorzover daaruit blijkt dat de wetgever een terughoudend gebruik van de instrumenten om tot een materiële geschillenbeslechting te komen – zoals bij het 'zelf voorzien' – voor ogen heeft gestaan. Nu kan men wel zeggen dat de tekst van de Awb de bestuursrechter terzake ruimte geeft, het is constitutioneel niet gewenst dat de rechter minder terughoudend zou worden dan de wetgever blijkens de wetsgeschiedenis, met name bij de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien, voor ogen stond. Zoals de Grondwet uit 1983 de toetsing van wetgeving in formele zin aan algemene rechtsbeginselen louter afgaande op de tekst van artikel 120 van de Grondwet niet verbiedt, verbiedt de letterlijke tekst van de Awb (zie met name artikel 8:72 lid 4) het niet om in veel ruimere mate te komen tot materiële geschillenbeslechting. Historisch gezien staan zowel de Grondwet als de Awb aan zulke vernieuwingen van de rechterlijke taakopvatting in de weg. Dus is het juist wanneer de rechter in zo'n geval een wijziging aan de (Grond)wetgever overlaat, zoals de Hoge Raad ten

aanzien van de toetsing van wetgeving in formele zin aan algemene rechtsbeginselen liet uitkomen.⁷⁹

44. De Awb is in 2002 al weer aan een nieuwe evaluatie toe. Net als in de eerste evaluatie zal alsdan worden geconcludeerd dat er weliswaar verbeteringen zijn voor wat betreft de materiële geschillenbeslechting, doch dat deze bescheiden zijn. In die evaluatie dient naar mijn oordeel werk te worden gemaakt van de in de eerdere evaluatie reeds gedane oproep om geschillen materieel tot een einde te brengen en dienen aanbevelingen te worden gedaan aan de wetgever om dit probleem, dat misschien minder door juristen als wel door de spelers in het veld als prangend wordt ervaren, aan te pakken. Daarvoor zijn slechts bescheiden wetswijzigingen nodig. Het komt er meer op aan dat de wetgever dat beginsel vastlegt en daarbij in concreto afstand neemt van het aan artikel 8:72 lid 4 Awb thans nog ten grondslag liggende uitgangspunt dat slechts zelf in de zaak zou mogen worden voorzien, wanneer er nog maar één mogelijkheid resteert. Om dat mogelijk te maken zou het meer interactieve proces tussen bestuur en bestuursrechter teneinde het geschiloplossend vermogen van het bestuursproces te bevorderen, voorop moeten staan. Wil men het besluitmodel handhaven met als een van de belangrijkste nadelen dat toetsing van een reeds genomen besluit daarin centraal staat, dan ontkomt men er naar mijn oordeel niet aan om de belangrijkste nadelen daarvan, onder meer dat besluiten *ex tunc* worden beoordeeld, te ondervangen. Ik gaf evenwel al aan, dat een overstappen op een heel ander model van rechtsbescherming (bijvoorbeeld het door Tak bepleite vorderingenmodel) naar mijn opvatting meer nadelen dan voordelen heeft.

Bij het nader vormgeven van het interactieve proces behoort ook dat in het bestuursrecht – het wordt de laatste tijd veelvuldig opgemerkt – aandacht wordt gegeven aan het bewijsrecht.⁸⁰ Een vernietiging wegens schending van het motiverings- of zorgvuldigheidsbeginsel is in die zin ook vaak een gelegenheidsoplossing. De bestuursrechter constateert wel dat het bestuur de feiten verkeerd heeft vastgesteld dan wel onzorgvuldig onderzoek heeft gedaan, maar oordeelt het niet passend in het huidige bestuursproces om tijdens het proces zelf tot een juiste feitenvaststelling c.q. zorgvuldig onderzoek te komen. Het kan best zijn dat het ook niet de rechter zelf moet zijn die daartoe zelfstandig moet komen, maar dat hij dat wel meer moet regisseren. De verdere ontwikkeling van het bewijsrecht, dat in het bestuursrecht nog in zijn

79 HR 19 april 1989, *NJ* 1989, 469 (M.S.), Harmonisatiewetarrest. Zie echter voor toetsing aan het evenredigheidsbeginsel via het eerste Protocol van het EVRM, HR 14 april 2000, *JB* 2000, 196, m.n. B. van den Berg.

80 Zie H.J. Simon, 'Bewijzen in het bestuursrecht', *JB Plus*, 11 september 1999-1, p. 25-39 met een als altijd zeer gedocumenteerd notenapparaat.

kinderschoenen staat, past zo bezien dan ook bij het vormgeven van een bestuursproces dat moet leiden tot materiële geschillenoplossing.

45. Enkele maanden geleden schreef collega Alkema in het *Nederlands Juristenblad* een mooi artikel over de rechtsvinding getiteld 'Gedifferentieerde rechtsvinding door de rechter in veranderende staatkundige verhoudingen'.⁸¹ Daarin gaat hij in op het feit dat een rechterlijke uitspraak twee sterk verweven momenten kent. In de eerste plaats is er het voorgelegde geschil dat de rechter tot een oplossing moet brengen. In het tweede of institutionele moment staat de positie van de rechter zelf (en met name zijn plaats ten opzichte van de andere staatsmachten) centraal. In het bestuursrecht is dat bij de vraag van het zelf voorzien bij uitstek aan de orde. De rede van vanmiddag ging op een geheel andere manier in feite over hetzelfde onderwerp als Alkema besprak en trachtte, aan het mijns inziens belangrijke en actuele thema om in het bestuursrecht tot een meer effectieve geschillenbeslechting te komen, inhoud te geven op een wijze die voldoende recht doet aan de traditioneel sterke barrière die de rechter daarbij heeft om aan het institutionele moment (waarin zijn eigen positie aan de orde is) vorm te geven door in plaats van het bestuur, zelf in de zaak te voorzien.
46. Schueler heeft er terecht op gewezen dat ongetwijfeld tegen een meer definitieve geschillenbeslechting in stelling zal worden gebracht dat het leidt tot overbelasting van de rechter.⁸² Hij had vermoedelijk gelijk toen hij – sprekend over zijn overigens van mijn voorstel enigszins afwijkende voorstel – mede daarom opmerkte dat enige realiteitszin vermoedelijk met zich brengt dat het voorlopig nodig is de mogelijkheid open te laten dat de rechter wel terugverwijst. Ik maak mij geen illusie dat de wetgever dat, ook als mijn voorstel serieus zou worden genomen, zal doen: de weg van de geleidelijkheid zal vermoedelijk worden gevolgd. Ongetwijfeld is het voor de bestuursrechter bij de constatering van een schending van een motiveringsbeginsel c.q. van het beginsel dat besluiten op een behoorlijke wijze moeten zijn voorbereid, eenvoudiger om het bestuur vervolgens een nieuw besluit te laten nemen. Ook zal de duur van de procedure, waarbij tot een materiële uitkomst wordt gekomen, vaak langer zijn dan wanneer volstaan wordt met een vernietiging wegens een formeel gebrek. Aan de andere kant is het juist vaak onbevredigend dat een soms langdurige procedure nog geen einduitkomst biedt. Naar mijn oordeel kan men zich met recht de vraag stellen of een dergelijke wijze van geschillenbeslechting nog wel van deze tijd is. Juristen laten zich naar mijn oordeel te zeer in de hoek drukken van de mensen, wier inbreng beperkt zou zijn tot het bezien of besluiten wel formeel in orde zijn, een hoek

81 E.A. Alkema, 'Gedifferentieerde rechtsvinding door de rechter in veranderende staatkundige verhoudingen', *NJB* 2000, p. 1053 e.v.

82 B.J. Schueler, diss. 1994, t.a.p. noot 8.

waarin sommige beleidsmakers ons graag willen hebben. Tussen een bestuursrechter die ‘op de stoel van het bestuur gaat zitten’ enerzijds en de rechter die louter de vorm van een besluit controleert en het bij constatering van een gebrek laat en toeziet hoe het geschil voortleeft en voorwerp blijft van nadere discussie anderzijds is er plaats voor een bestuursrechter die tot finale geschillenbeslechting komt. Zo’n taakopvatting komt de rechtsvorming en rechtsvinding ten goede. Het kan zijn dat de belasting toeneemt, daartegenover staat dat in veel gevallen een geschil ook niet meer bij de rechter behoeft terug te komen, wanneer aan het ‘pingpongen’ een eind komt. Al ben ik geneigd het de tegenstanders van een dergelijke rechterlijke regiefunctie bij de beëindiging van het geschil toe te geven dat het meerwerk voor de bestuursrechter vermoedelijk groter zal zijn dan de afname door het niet terugkomen van het geschil (dat valt overigens nog te bezien!), naar mijn vaste overtuiging is de maatschappelijke winst aanmerkelijk, wanneer geschillen tot een eind komen. Het rechtsbedrijf moet uiteindelijk vooral op zijn maatschappelijke en niet alleen op zijn economische betekenis worden beoordeeld. Natuurlijk mag men kijken naar de economische effecten en lijkt dat in deze tijd zelfs de meest dominante benadering geworden. Maar juist wie de effectiviteit van maatschappelijke processen hoog in het vaandel heeft staan, kan de ogen er niet voor sluiten dat dat vereist, dat van de bestuursrechter een meer actieve houding wordt verlangd om tot definitieve geschillenbeslechting te komen, teneinde te voorkomen dat zijn werkzaamheden te zeer aan de rand van het echte geschil blijven steken, hetgeen door partijen niet als een bijdrage aan de oplossing van het geschil wordt ervaren.

Hiermee is het gedeelte van mijn rede dat als wetenschappelijk heeft te gelden beëindigd. De traditie wil dat ik nu een ieder bedank die aan mijn benoeming heeft bijgedragen. Dat is in de eerste plaats het *College van Bestuur*, dat mij heeft benoemd. In vroegere tijden ging zo’n benoeming nog bij Koninklijk Besluit, maar dat had het nadeel dat het betreffende dankwoord zelden werd uitgesproken aan het adres van iemand die in de zaal aanwezig was. Dat kan nu wel, want de koningin is hier niet, maar de rector-magnificus wel.

De huidige decaan van onze faculteit, *Alex Brenninkmeijer* heeft mij met enthousiasme benaderd – om niet te zeggen – overvallen, toen ik in de zomer van 1998 druk bezig was mijn promotie bij *Inge Van der Vlies* (ook nogmaals veel dank!) af te ronden. Zelf had hij aan zijn decanaat de voorwaarde gesteld dat zijn afwezigheid bij staats- en bestuursrecht zou kunnen worden opgevuld, daarmee voor mij de weg effenend, waarvoor ik hem dank. *Thijs Drupsteen* was voorzitter van mijn benoemingscommissie, maar is bovenal een collega van formaat. Ook *Evert Alkema* heeft mij, net als trouwens de andere leden van de afdeling staats- en bestuursrecht, die ik niet allen bij naam kan noemen, met veel sympathie begroet. Ik verheug mij op verdere samenwerking. Al

is van organisatie misschien wel een beetje weinig sprake, ik heb met genoeg en soms ook met verbazing gezien hoezeer met grote inzet en collegialiteit de onderzoeks- en onderwijstaken worden vervuld, terwijl middelen en tijd veelal ontbreken.

Het verschil in middelen met de commerciële advocatuur alwaar ik 21 jaar werk en die zorgen van wel heel andere aard kent, is soms schrijnend. Juist vanwege die andere zorgen, ben ik mijn compagnons van *Stibbe* dankbaar, dat het klimaat op kantoor gedurende die 21 jaar mij in staat stelde ook iets van wat nu wel een wetenschappelijke carrière mag heten op te bouwen. Ik noem van onze kantoorgemeenschap in het bijzonder mijn meest directe collegae van de praktijkgroep bestuursrecht *Robert Samkalden*, die mij 21 jaar geleden van de Leidse Universiteit naar *Stibbe* haalde, *Niels Koeman*, die ook de praktijk en de wetenschap op stimulerende wijze combineert, *Aaldert ten Veen* en *Jan-Reinier van Angeren* die door in de praktijk veel werk van mijn schouders te nemen dit nieuwe Leidse bestaan mogelijk maken en *Jane Mulder*, zonder wiens dagelijkse hulp bij het combineren van alle activiteiten deze combinatie voor mij niet goed denkbaar lijkt.

Ik hoop oprecht dat de *dames en heren studenten* er veel aan zullen hebben dat mijn wetenschappelijke belangstelling ook en vooral door de ervaringen in de praktijk is gevoed. Voor mij geldt in elk geval, dat mijn inzichten in de afgelopen 15 maanden – of het nu ging om colleges voor eerstejaars, werkcolleges in de laatste fase van de studie of scriptiebegeleiding – al erg werden gescherpt.

Dames en heren, wanneer de orator ten slotte aan zijn privé-leven toekomt, krijgt een traditionele gebeurtenis als een oratie iets wat aan zeer hedendaagse t.v.-programma's als *Big Brother* doet denken: het publiek kijkt al dan niet besmuikt, maar in ieder geval met gretigheid in de huis- en liefst in de slaapkamer. Ik wil dat vanmiddag dus niet doen. Ook ga ik wellicht tot teleurstelling van enkelen niet in op het feit dat mijn vader, die in 1981 overleed, mijn moeder is hier gelukkig wel, de leerstoel bestuursrecht – toen nog administratief recht geheten – tussen 1951 en 1967 bekleedde.

Natuurlijk zijn de personen in de directe omgeving altijd het meest belangrijk in het leven. Als het goed is ontnemen zij een nieuwe hoogleraar in ieder geval de kans om gevoelig te worden voor enige gewichtigdoenerij. Dat kost *Marjan*, die het concept voor deze oratie grondig becommentarieerde en onze kinderen, *Sven* en *Lara* nooit enige moeite. Het privé-domein en het werkdomein hebben soms interessante momenten van overgang. Zo bewaar ik een goede herinnering aan die ochtend in januari 1999, dat ik 's avonds de benoemingscommissie-Drupsteen moest bezoeken. Ik bracht mijn zoon *Sven*

naar school en op het schoolplein werd mij door een andere leerling toegeschreeuwd: 'Een gabber in een pak'.

Dames en heren, mij nog net bewegend binnen de grenzen van wat bij een plechtigheid hoort, meen ik dat de tijd is gekomen om deze oratie te beëindigen. Ik heb gezegd.