

Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht, Albertjan Tollenaar: Praktijk van rechtsontwikkeling door de bestuursrechter

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Vindplaats:	NTB 2015/18	Bijgewerkt tot:	13-04-2015
Auteur:	Nico Verheij ^[1]		

Albertjan Tollenaar: Praktijk van rechtsontwikkeling door de bestuursrechter

1 Inleiding

Het derde preadvies is van Albertjan Tollenaar, universitair docent te Groningen. In de beste tradities van de Groningse school probeert hij het debat over rechtsvorming van een empirische basis te voorzien. Dat is zeer te prijzen, want bij een abstract onderwerp als rechtsvorming dreigt altijd het gevaar dat onze theoretische bespiegelingen zich loszingen van de werkelijkheid. Ik heb steeds weer bewondering voor de wijze waarop de Groningers ons met beide benen op de grond houden. Die traditie begon al 35 jaar geleden met een studie over Kroonberoep en Arob-beroep (P.J.J. van Buuren, H. Bolt, M. Scheltema, Kroonberoep en Arob-beroep, Deventer 1981). Ik vermoed dat Tollenaar toen hooguit op de kleuterschool zat, maar hij toont zich een waardig vertegenwoordiger van die traditie.

Tollenaar begint met uit te leggen dat hij het liever over rechtsontwikkeling dan over rechtsvorming heeft. De redenen daarvoor vind ik niet heel overtuigend, maar dat is niet zo belangrijk. Het is maar een etiket. Duidelijk is dat het gaat over rechterlijke uitspraken die betekenis hebben voor andere zaken, doordat zij iets meer doen dan louter het voorliggende geschil beslechten. Bij de Afdeling krijgt zo'n concept de code "dw": documentatiewaardig, omdat je er misschien bij een latere zaak nog eens op kunt terugrijpen in een overweging die dan begint met de woorden: "Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen..."

Vervolgens onderzoekt Tollenaar het fenomeen "rechtsontwikkeling door de bestuursrechter" in twee stappen: eerst kwantitatief en dan kwalitatief. Daar loopt hij meteen tegen zijn eerste probleem aan: om het fenomeen rechtsontwikkeling kwantitatief te onderzoeken, heb je een enigszins operationele definitie van "rechtsontwikkeling" nodig. Dat is nog niet zo gemakkelijk, want in werkelijkheid is "rechtsontwikkeling" geen digitaal, maar een analoog fenomeen. Dat wil zeggen: er is geen scherp onderscheid tussen wel of niet "rechtsontwikkende" uitspraken. Het is een gradueel onderscheid. Het is een spectrum met aan het ene uiterste de routinematige toepassing van rotsvaste jurisprudentie en aan het andere uiterste gevallen waarin de rechter bij gebrek aan bestaande rechtsnormen nieuwe paden baant. Een voorbeeld van het eerste is toepassing van de regel dat het bij planschade niet gaat om de feitelijke situatie, maar om de maximale invulling van het oude en het nieuwe bestemmingsplan. Een voorbeeld van het tweede is de uitvinding van het zuiver schadebesluit.

2 Drie perspectieven

Tollenaar schetst drie perspectieven om het begrip "rechtsontwikkeling" handen en voeten te geven:

- het procedureel perspectief;
- het systematisch perspectief;
- het rechtersperspectief.

Het procedureel perspectief (par. 2.2) knoopt aan bij de procedure die de rechter heeft toegepast. De meest duidelijke voorbeelden zijn sinds kort gevallen waarin een uitspraak wordt gedaan door een grote kamer van vijf leden (artikel 8:10a Awb) en/of met een voorafgaande conclusie van een advocaat-generaal (8:12a Awb). Dan weet je in ieder geval dat het rechterlijk college het zelf een richtinggevende uitspraak vond. Soms kun je het ook aan de samenstelling van de zittingskamer zien. De Afdeling, CRvB en CBb hebben al jaren de gewoonte om over en weer leden van het ene college als plaatsvervanger in het andere college te benoemen. De Afdeling doet hetzelfde met

leden van de Hoge Raad (omgekeerd is wettelijk nog niet mogelijk). Als daarvoor wordt gekozen, kun je er vergif op innemen dat de colleges een gezamenlijke lijn willen uitdragen. Maar zoals Tollenaar terecht opmerkt: dat is slechts voor geofende “Kremlin-watchers” zichtbaar. Ik weet trouwens niet of dat erg is: annotatoren moeten ook wat te doen hebben.

Wezenlijker is dat je aldus maar een klein deel van de rechtsvormende uitspraken vindt. Een grote kamer of een conclusie zijn zware instrumenten die maar in een kleine fractie van de zaken kunnen worden ingezet. Er zijn veel meer zaken waarin in meer of mindere mate rechtsvorming plaatsvindt, maar waaraan je dat niet “aan de buitenkant” kunt zien.

Het tweede perspectief dat Tollenaar bespreekt noemt hij het systematisch perperspectief (par. 2.3) Het is mij niet helemaal duidelijk geworden wat hij daarmee bedoelt. Zo kan ik zijn betoog over de vraag of het buiten toepassing laten van een regeling wegens strijd met hoger recht nu wel of niet als rechtsontwikkeling moet worden aangemerkt, in dit verband niet plaatsen. Het voorbeeld dat ik wel begrijp ziet op gevallen waarin een wettelijke norm zo vaag is, dat je kunt zien aankomen dat de rechter die nader zal moeten invullen. Soms is dan zelfs sprake van wat Tollenaar treffend “pseudo-delegatie” noemt: de wetgever laat bepaalde vragen expliciet aan de rechter over. “Dit moet aan de rechtsontwikkeling worden overgelaten”, schrijft de wetgevingsjurist dan in zijn toelichting. Ofwel: ik kom er niet uit, dus lost u het maar op, rechter.

Dat is overigens niet per se verkeerd. Ikzelf ben ruim twintig jaar wetgevingsjurist geweest en inmiddels bijna vier jaar rechter. Daardoor ben ik mij bewust geworden van de sterke en zwakke punten van beide vormen van rechtsvorming. De sterke punten van de wetgever zijn zijn democratische legitimatie en zijn overzicht. De wetgever kan alle beschikbare informatie bij zijn beslissingen betrekken. Maar wetgeven blijft droogzwemmen: je neemt beslissingen in abstracto. De rechter heeft het grote voordeel dat hij een concrete zaak voor zijn neus heeft. Zijn beslissingen treffen echte mensen met echte belangen. Die “reality check” is zeer nuttig. Maar de rechter kan vaak de gevolgen van zijn beslissingen voor andere gevallen dan het voorliggende geval niet overzien, omdat het procesdossier niet de daarvoor benodigde informatie bevat. Wij blijven dus beide vormen van rechtsvorming nodig hebben.

Het derde perspectief dat Tollenaar noemt is dat van de rechter zelf. Daar vermeldt Tollenaar dat de meeste door hem geïnterviewde rechters de enkele uitleg van een wettelijke bepaling niet zien als rechtsvorming, ook niet als zij dat voor de eerste keer doen. Daar kun je in sommige gevallen over twisten, maar verder doet Tollenaar eigenlijk niets met deze constatering.

3Kwantitatief deel

In hoofdstuk 3 probeert Tollenaar een kwantitatief beeld van de rechtsontwikkeling door de rechter te schetsen. Hij telt hier de uitspraken waarin een bijzondere procedure is gevolgd en uitspraken die een expliciete overweging over de rechtsvormende taak van de rechter bevatten. Dat zijn er maar heel weinig. Wel valt bij de laatste categorie op de civiele en de strafrechter vaker zo'n overweging gebruiken dan de bestuursrechters, maar een echte verklaring heeft Tollenaar daar niet voor. Belangrijker is dat, zoals Tollenaar er ook meteen bij zegt, op deze manier maar een klein deel van de rechtsvormende uitspraken wordt gevonden. Om een beter beeld te krijgen, moet je naar de inhoud van de uitspraken kijken. Daartoe grijpt Tollenaar terug op een onderzoek van Neerhof (ook uit de Groningse school) uit 1994. Die heeft destijds geprobeerd te meten in welk percentage van de gevallen de rechter een min of meer scherpe regel formuleert waarvan de betekenis de individuele zaak overstijgt. Hij kwam toen uit op een percentage van 39. Recenter onderzoek is er niet. Het “overall” percentage zegt ook niet heel veel, omdat de verschillen tussen colleges en tussen rechtsgebieden nogal groot zijn. Daarnaast maakt Tollenaar nog gebruik van een recent onderzoek van Marseille c.s. naar de nieuwe zaaksbehandeling, waarin onder meer is gevraagd hoe vaak appellanten *verwachten* dat de rechter een uitspraak met zaaksoverstijgende betekenis zou doen. Dat komt uit op 26 %.

Heel veel kunnen wij met deze cijfers niet, want de onzekerheidssmarges zijn nogal groot. Maar zij geven wel enige bevestiging aan wat de naar ik vermoed de meeste juristen intuïtief al dachten: rechtsvorming door de rechter gebeurt maar in een minderheid van de zaken, maar wel in een relatief grote minderheid. Het is dus zeker geen marginaal verschijnsel.

4Kwalitatief: de case studies

In hoofdstuk 4 beschrijft en analyseert Tollenaar een aantal voorbeelden van rechtsontwikkeling – de ontwikkeling van jurisprudentielijnen – door de bestuursrechter, met speciale aandacht voor diens interactie met wetgever en bestuur. Het gaat om de rechtsvorming door de CRvB rond de Wet maatschappelijke ondersteuning, de rechtsvorming door de Afdeling bestuursrechtspraak rond een aantal thema's uit het vreemdelingenrecht en de rechtsvorming door het CBb rond enkele thema's uit de Wet op het financieel toezicht. Ik vind dat zelf het leukste deel van het preadvies, omdat het de materie een stuk concreter maakt. En omdat ik de rechtsvorming rond de vreemdelingenrechtelijke thema's ook van binnenuit heb meegemaakt, kan ik zeggen dat Tollenaar er in is geslaagd om in kort bestek een goed beeld van zo'n proces te geven.

Het levert ook een paar interessante conclusies op. De eerste is dat de aard van de wettelijke context nauwelijks van belang lijkt voor de mate waarin rechterlijke rechtsvorming voorkomt. De Wmo en de Wft zijn wetten die het bestuur nogal wat beleidsvrijheid bieden, de Vreemdelingenwet 2000 doet dat veel minder. Toch speelt op alle drie de onderzochte terreinen rechterlijke rechtsvorming een belangrijke rol, hoewel je misschien zou verwachten dat dat bij een meer "dichtgetimmerde" wet als de Vw 2000 minder het geval zou zijn. De verklaring daarvoor zoekt Tollenaar – m.i. terecht – in de grote rol die de Europeesrechtelijke ontwikkelingen in het vreemdelingenrecht spelen. Nieuwe regelgeving uit Brussel en nieuwe uitspraken uit Luxemburg of Straatsburg dwingen de Afdeling regelmatig tot rechtsontwikkeling in het vreemdelingenrecht. En dan is er soms enige lenigheid nodig om dat nog binnen het kader van de Vw 2000 te passen.

Minder verrassend vind ik de conclusie dat bestuursorganen een veel grotere invloed op de rechtsontwikkeling door de rechter hebben dan appellanten. Hoewel op twee van de drie terreinen – vreemdelingenrecht en financieel toezicht ook appellanten veelal door gespecialiseerde rechtshulpverleners worden bijgestaan, zijn die toch minder "repeat player" dan de betrokken bestuursorganen.

De meest opmerkelijke conclusie vind ik dat de dialoog over rechtsvorming tussen rechter en wetgever, waartoe onder meer De Poorter heeft opgeroepen, blijkens de case studies in de praktijk nauwelijks plaatsvindt. Concreter: de wetgever reageert nauwelijks op rechtsvorming door de rechter, maar aanvaardt die veelal als een gegeven. Die conclusie kan ik vanuit mijn eigen ervaring aan beide zijden van de dialoog alleen maar bevestigen. Dat geldt zelfs als de rechter door rechtsvorming een probleem oplost dat eigenlijk beter door de wetgever had kunnen worden opgelost (hetgeen m.i. in ieder geval in de vreemdelingenrechtelijke casus het geval was). De wetgever gaat dan niet alsnog de gevonden oplossing in de wet vastleggen, maar redeneert eenvoudig dat het probleem is opgelost.

5Slot

Ik eindig waar ik begon. Het preadvies van Tollenaar brengt ons geen schokkende of verbazende nieuwe inzichten. De verdienste ervan is vooral dat het concreter maakt waar het debat over rechtsvorming door de bestuursrechter over gaat.

Voetnoten

Voetnoten

- [1] Nico Verheij is lid van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en redacteur van dit blad.