

Vorm en inhoud

over de keuze tussen formele
en materiële normomschrijvingen
in het publiekrecht

INAUGURELE REDE DOOR PROF. MR. R.J.B. SCHUTGENS

INAUGURELE REDE

PROF. MR. ROEL SCHUTGENS



Wie een rechtsregel wil vaststellen, kan de rechtsfeiten waarop die regel van toepassing is meestal formeel of juist materieel omschrijven. Beide typen rechtsfeitomschrijvingen hebben voor- en nadelen. Deze keuze tussen vorm of inhoud roept vooral in het publiekrecht vaak vragen op. Dit hoorcollege formuleert hiervoor enkele gezichtspunten.

Prof. mr. R.J.B. Schutgens (Heerlen, 1978) studeerde Nederlands recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Daarna was hij als onderzoeker verbonden aan de sectie staatsrecht van deze universiteit. In 2009 promoveerde hij cum laude op het proefschrift 'Onrechtmatige wetgeving'. In datzelfde jaar werd hij benoemd tot universitair hoofddocent Inleiding tot de rechtswetenschap. Zijn onderzoek beweegt zich op het grensgebied van privaat- en publiekrecht. Deze inaugurele rede werd op 1 november 2011 uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar Algemene rechtswetenschap.

VORM OF INHOUD

Vorm of inhoud
over de keuze tussen formele en materiële
normomschrijvingen in het publiekrecht

*Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar Algemene rechtswetenschap
aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit Nijmegen op vrijdag
11 november 2011*

door prof. mr. R.J.B. Schutgens

Vormgeving en opmaak: Nies en Partners bno, Nijmegen
Fotografie omslag: Bert Beelen
Drukwerk: Van Eck & Oosterink

© Prof. mr. R.J.B. Schutgens, Nijmegen, 2012

Niets uit deze uitgave mag worden vermenigvuldigd en/of openbaar worden gemaakt middels druk, fotokopie, microfilm, geluidsband of op welke andere wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de copyrighthouder.

Mijnheer de rector, dames en heren,

Alle ambten die recht vormen, staan voor de vraag hoe zij de regels die ze tot stand willen brengen het beste kunnen formuleren. Daarbij moet met enige regelmaat worden gekozen of een nieuwe regel formeel of juist materieel wordt omschreven. De tegenstelling tussen formeel en materieel omschreven normen – ik leg die begrippen zo dadelijk beter uit – speelt in alle rechtsgebieden, maar roept vooral in het publiekrecht vaak vragen op.

Nu is het interessante, dat verschillende vertegenwoordigers van de leerschool waar ik mijn wetenschappelijke adolescentenjaren heb doorgebracht – die van het Nijmeegs staatsrecht – een uitgesproken voorkeur hebben voor formele normen. Zo bevat bijvoorbeeld de bundel *Nijmeegs staatsrecht* de aanbeveling om bij de beoefening van het staatsrecht sterk de nadruk te leggen op de formele zijde van het recht, want:

‘Formele onderscheidingen bieden dikwijls helderheid, materiële zelden. (..) Zodra men (..) begrippen gaat ‘vullen’ met materiële criteria (..) verliezen zij licht hun functie. Dit blijkt uit de voorgaande beknopte bespreking [van een leerstuk uit het Franse recht, *RS*], waar men ondanks de historische voorkeur voor heldere onderscheidingen, gebaseerd op formele criteria, in het moeras van materiële distincties is beland.’¹

Een helder standpunt: materieel geformuleerde normen zijn drijfzand waar degene die de norm moet toepassen, al snel in wegzakt. Formeel omschreven normen daarentegen bieden de rechtszekerheid die de praktijk vereist.²

In dit college onderwerp ik de tegenstelling tussen formeel en materieel omschreven normen aan een nadere beschouwing. Ik leg eerst uit wat deze begrippen betekenen (I), daarna ga ik aan de hand van een beperkt aantal ‘casestudies’ in op de eigenschappen van die twee categorieën (II) en ik formuleer enige gezichtspunten voor de keuze tussen beide normtypen (III en IV). In verband met de tijd en mijn grotere vertrouwdheid met dat rechtsterrein beperk ik mij grotendeels tot het publiekrecht.

1 Kortmann 1987, p. 59–63.

2 Zie voor het tegenovergestelde standpunt: Tak 1984, p. 9 en 13, die de afbakening van de rechtsmacht van de burgerlijke en de bestuursrechter wil laten aanknopen bij de ‘werkelijke gevolgen van de daardoor getroffen personen, in plaats van het etiket dat (...) moet worden toegekend aan [het bestreden] overheidshandelen’. Hierna, bij IV.3 wordt toegelicht waarom regels voor rechterlijke competentieverdeling volgens mij juist zoveel mogelijk formeel moeten worden omschreven.

I. FORMEEL VERSUS MATERIEEL OMSCHREVEN NORMEN

Om het verschil tussen formeel en materieel omschreven normen³ duidelijk te maken hebben wij enige – eenvoudige – theorie nodig over de structuur van een rechtsregel.

Rechtsregels bestaan doorgaans uit twee delen. Zij hebben een als/dan-structuur, die aan de aanwezigheid van een bepaald rechtsfeit een rechtsgevolg verbindt.⁴ Het rechtsfeit kan zijn omschreven door een of meer bestanddelen:⁵ afzonderlijke feiten die samen als regelvoorwaarden fungeren.⁶

Art. 7 van de Algemene ouderdomswet biedt een duidelijk voorbeeld.

Als

rechtsfeit:

(B1) een persoon

(B2) de leeftijd van 65 jaar heeft bereikt en

(B3) ingevolge deze wet verzekerd is geweest tussen zijn 15e en zijn 65e levensjaar;

dan

rechtsgevolg:

heeft hij recht op ouderdomspensioen op grond van de Algemene ouderdomswet.

Je kunt dat ook meer schematisch weergeven:

$(B1 \wedge B2 \wedge B3) \rightarrow AOW$

3 Ter wille van de beknoptheid spreek ik hierna meestal over ‘formele norm’ en ‘materiële norm’.

4 Natuurlijk zijn er ook normen met een andere structuur, zoals definitiebepalingen en dergelijke.

5 De term ‘bestanddelen’ wordt vooral gebruikt in het strafrecht. Daarbuiten spreekt men eerder over ‘normcondities’ of men noemt de afzonderlijke deelfeiten waaruit een rechtsfeit is samengesteld, op zichzelf ook weer ‘rechtsfeiten’ (zo Brouwer e.a. 2004, p. 117). Het zijn verschillende termen voor hetzelfde verschijnsel.

6 Dit verschijnsel is vaak beschreven, zie bijv. Smith 2007, p. 115-117 en p. 193-195; en Brouwer e.a. 2004, p. 117.

Een rechtsfeit is dus een omstandigheid of een reeks omstandigheden die zich in de werkelijkheid moeten voordoen, voordat een rechtsregel een aanspraak of verplichting laat ontstaan.

Welnu, een formele norm is een rechtsregel waarvan de rechtsfeitomschrijving bij een *vormkenmerk* aansluit. Zo'n formeel omschreven norm verbindt zijn rechtsgevolg aan het doorlopen van een bepaalde procedure, aan het opschrift van een besluit of aan een ander uiterlijk verschijnsel.⁷ Een materiële norm daarentegen heeft een rechtsfeitomschrijving die aanknoopt bij een intrinsieke eigenschap, een 'echte' kwaliteit.⁸

Er zijn legio voorbeelden.

Zo is formeel omschreven de regel, dat een burger aan wie een overheidsbesluit is geadresseerd, daartegen automatisch als belanghebbende bezwaar kan maken;⁹ materieel omschreven is de regel dat ook anderen belanghebbend zijn mits hun belangen 'voldoende rechtstreeks' bij het betreffende besluit zijn betrokken.¹⁰ Formeel is de norm dat je door een 'huwelijk' erfgenaam wordt van je echtgenoot (art. 4: 10 lid 1 BW), een materiële omschrijving zou bijvoorbeeld luiden dat je erft van degene met wie je 'duurzaam samenleeft', of – nog leuker – 'van degene van wie je houdt.'¹¹ Formeel is de regel

7 Zie voor een beknopte beschrijving van deze fenomenen ook p. 118-120 van het Rapport van de Staatscommissie Grondwet 2010.

8 Dit betoog gaat verder niet in op gevallen waar het rechtsgevolg van een rechtsregel slechts in formeel opzicht verschilt van het rechtsgevolg van een andere rechtsregel. Dit zou men 'formalisme' of symboolpolitiek kunnen noemen: een complicering van vormen die geen betekenis heeft buiten het terminologische onderscheid zelf. Denk aan het nieuwe art. 3:2a BW, dat 'dieren' in het vermogensrecht onderscheidt van de 'zaken' in de zin van art. 3:2 BW – om vervolgens aan het behoren tot de 'dieren' dezelfde rechtsgevolgen te verbinden als aan het behoren tot de 'zaken' waartoe die dieren voorheen werden gerekend. Natuurlijk kan dit nieuwe onderscheid – dat juridisch slechts extra begripsmatige complexiteit oplevert – voor sommigen uitdrukking geven aan een 'morele' of 'levensbeschouwelijke' waarde. Dat is waarschijnlijk ook de politieke drijfveer achter deze wetwijziging. Toch ben ik er niet van overtuigd dat de rechtsdogmatiek hiervoor gebruikt moet worden. Dit is immers symboolpolitiek: vormen van het recht worden veranderd zonder dat dat in werkelijkheid een gevolg van enige betekenis sorteert. Wat mij betreft zijn formele veranderingen zonder materieel gevolg slechts wenselijk als daardoor de rechtsdogmatiek *vereenvoudigd* wordt. Zie over deze problematiek J.E. Jansen 2011.

9 ABRvS 5 november 2003, JB 2004/8, r.o. 2.1. Dit heldere formele kenmerk wordt ook in buitenlandse rechtsstelsels toegepast, zie bijv. Kjellevoid 2011, p. 318.

10 Zie bijv. CbB 2 december 2008, JB 2009/51, r.o. 6.2.1.

11 Zie over formele en materiële criteria voor de beoordeling van het bestaan van duurzame relaties Quispel 2005. Zie voor een begrijpelijke weigering om het bestaan van een 'huwelijk' als aanknopingspunt voor de verplichting om stiefkinderen te onderhouden (art. 1: 395 BW) te vervangen door een materieel criterium Gerechtshof Leeuwarden 17 februari 2011, LJN: BQ8148, r.o. 12-14.

dat Kamerleden niet strafbaar zijn voor wat zij zeggen ‘in de vergaderingen’ van het parlement (art. 71 Gw);¹² materieel is de regel dat iedere Nederlander strafbaar is als hij (buiten het parlement) ‘aanzet tot haat’ (art. 137d Sr). Formeel is het criterium dat je met je zangkoor zoekt naar iemand met een masterdiploma koordirectie, materieel is het criterium dat je een nieuwe dirigent zoekt met gevoel voor muziek.

De belangrijkste tegenstelling tussen beide normtypen wordt uit deze voorbeelden waarschijnlijk al duidelijk.

Omdat een formele norm aansluit bij een uiterlijkheid is doorgaans snel duidelijk of aan de rechtsfeitomschrijving is voldaan. Formeel omschreven normen zijn *hard and fast rules*. De toepasselijkheid van een formele norm is ook voor leken eenvoudig te beoordelen en leidt daarom tot weinig discussie. Dit is het grote voordeel van formele normen: door hun eenduidige toepasbaarheid scheppen zij duidelijkheid en rechtszekerheid.¹³

Een materiële norm sluit daarentegen juist aan bij de vraag of een bepaalde eigenschap, een ‘inhoudelijke’ kwaliteit daadwerkelijk aanwezig is. Daarom bevat zij haast onvermijdelijk evaluatieve termen: woorden als ‘voldoende rechtstreeks’, ‘duurzaam’, ‘in overwegende mate’, of ‘redelijkerwijs’. Iemand die de toepasselijkheid van zo’n evaluatieve term beoordeelt, moet een waardeoordeel vellen.¹⁴ Omdat waardeoordelen van persoon tot persoon kunnen verschillen, is de toepasselijkheid van een materiële norm niet onmiddellijk duidelijk, niet voor leken maar ook lang niet altijd voor juridisch onderlegden.¹⁵ Deze onzekerheid kan de neiging voeden om de kwestie dan maar aan de rechter voor te leggen, zeker als het belang dat van toepasselijkheid van de norm afhangt groot is. Materiële normen werken dan ook juridisering in de hand.^{16,17}

12 Zie voor een vorm van dubieuze (overigens slechts door uitzonderlijke omstandigheden mogelijke) rechterlijke *Etikettenschwindel* met deze norm Bovend'Eert & Kummeling 2010, p. 145.

13 De term ‘eenduidige toepasbaarheid’ is van de Staatscommissie Grondwet 2010, p. 119.

14 Zo Groenewegen 2006, p. 28 met verdere verwijzingen.

15 Na verloop van tijd en veel rechtspraak verder worden de onduidelijkheden aanzienlijk kleiner, zie daarover II.4.

16 Dit valt heel aardig te zien voor wie zich verdiept in bijvoorbeeld het reeds genoemde belanghebbende-begrip in het bestuursrecht.

17 De Aanwijzingen voor de regelgeving bevatten de instructie dat ‘conflictoplekkende’ bepalingen bij het ontwerpen van regelgeving zoveel mogelijk moeten worden vermeden, zie Aanwijzing nr. 12. Juist materiële normen kunnen conflictoplekkend zijn.

II. TOEPASSINGEN

Laten wij eens enkele toepassingen van formele en materiële normen nader beschouwen. Ik onderscheid vier categorieën. Die zijn zeker niet uitputtend, maar mij lijkt dat er toch wel het een en ander van te leren is. Zoals wel vaker in de rechtsgeleerdheid is ook hier het bestuderen van enkele 'schoolvoorbeelden' een goede manier om inzicht te verwerven in de werking van het geheel.

Ik onderscheid (1) de fundamenteën van het recht; (2) het probleem van *Etikettenschwindel*; (3) het fenomeen van de materiële hulpnorm en (4) zuiver materieel omschreven normen als onvermijdelijk verschijnsel in een rechtssysteem dat streeft naar rechtvaardigheid.

II.1 DE FUNDAMENTEN VAN HET RECHT

Om met het belangrijkste te beginnen: wil een complex en efficiënt rechtssysteem als het onze tot ontwikkeling kunnen komen, dan is het essentieel dat de basisstructuren daarvan met formele normen gestalte krijgen. Dit valt te verduidelijken met enige theorie uit het beroemde *The Concept of Law*, waarin Herbert Hart de eigenschappen van een modern rechtssysteem onderzoekt.

Harts drie typen secondary rules

Als gedachte-experiment schetst Hart een primitieve leefgemeenschap zonder staatsorganen, waarin het recht uitsluitend bestaat uit ongeschreven *primary rules*. Deze *primary rules* zijn door traditie gedragen regels die rechtstreeks rechten en verplichtingen opleggen aan de leden van de gemeenschap. Een dergelijk rechtssysteem lijdt volgens Hart aan drie ernstige kwalen.

Ten eerste heerst er rechtsonzekerheid. Omdat de primaire rechtsregels in zo'n rechtssysteem slechts voortvloeien uit traditie en gewoonte, ontstaat vaak onduidelijkheid over de vraag of een bepaalde regel geldt en wat precies zijn inhoud is.¹⁸ Ten tweede is het primitieve rechtssysteem uiterst statisch.¹⁹ Rechtsregels ontstaan slechts door geleidelijke groei en aanvaarding waardoor zij niet gericht kunnen worden aangepast aan veranderende omstandigheden. Tot slot is haast onvermijdelijk dat er een kwaal optreedt die Hart wat eufemistisch *inefficiency* noemt. Omdat de gemeenschap geen overheidsfunctionarissen kent, passen de mensen het recht zelf toe. Door deze eigenrichting dreigt altijd het gevaar voor verscheurende conflicten en generaties durende vendetta's.²⁰ Daarom kan zo'n systeem eigenlijk alleen overeind blijven in kleine gemeenschappen waarin iedereen elkaar persoonlijk kent.

18 Hart 1994, p. 92.

19 Hart 1994, p. 92-93.

20 Hart 1994, p. 93-94.

Complexere samenlevingen hebben een rechtssysteem nodig dat beschikt over *secondary rules*. Secundaire regels hebben betrekking op het recht zelf. Zij regelen hoe andere regels worden erkend, gewijzigd en toegepast.²¹ Er zijn drie soorten secundaire regels, die het medicijn zijn tegen de drie kwalen van een primitief rechtssysteem. Erkenningsregels (*rules of recognition*) regelen welke (primaire) gedragsregels tot het geldende recht behoren en gaan dus de rechtsonzekerheid tegen.²² Veranderingsregels (*rules of change*) geven een methode voor wijziging van de geldende regels en verhelpen de starheid. Berechttingsregels (*rules of adjudication*) wijzen de autoriteit aan die geschillen beslecht en bevorderen daarmee een vreedzame conflictoplossing.²⁴

Deze drie typen *secondary rules* samen bewerkstelligen de overgang van een 'prejuridisch' systeem van ongeschreven, slechts door moraal en traditie gedragen regels naar een volwaardig rechtssysteem. Hart zegt het niet zo uitdrukkelijk, maar uit zijn theorie vloeit onmiskenbaar voort dat de secundaire regels – als zij althans hun functie naar behoren willen vervullen – zoveel mogelijk formeel moeten zijn omschreven. In het Nederlandse recht is dat vaak het geval. Dit is vooral goed te zien bij de erkennings- en de veranderingsregels, die in de praktijk goeddeels samenvallen – dat laatste moet u maar even van mij aannemen.²⁵

Erkennings- en wijzigingsregels

Erkenningsregels wijzen de normen aan die tot het geldende recht behoren. Zij geven een criterium waarmee rechtsregels zijn te onderscheiden van juridisch niet bindende gedragsregels. Zo wordt de inhoud van het recht kenbaar voor de leden van een rechtsgemeenschap. Om dit resultaat te kunnen bereiken, moet aan een belangrijke voorwaarde zijn voldaan: de toepasselijkheid van de erkenningsregel zelf moet zo min mogelijk discussie oproepen. Een 'discutabele' erkenningsregel levert geen meerwaarde op ten

21 Hart 1994, p. 94.

22 Hart 1994, p. 94-95. Welke regel regelt de *recognition* van de *rules of recognition* zelf? Dat zou de *Grundnorm* van Kelsen kunnen zijn.

23 Hart 1994, p. 95-96.

24 Hart 1994, p. 96-98.

25 Dat komt doordat een regel uit een bepaalde rechtsbron altijd kan worden gewijzigd door een nieuwe rechtsregel uit diezelfde bron (*lex posterior*-regel). De erkenningsregel die een gedragsregel aanwijst als behorend tot het geldende recht is daarmee meteen zijn eigen veranderingsregel. Jurisprudentie- en gewoonterecht kan (naast de mogelijkheid dat de rechter 'om gaat' respectievelijk dat een gewoonte in onbruik raakt) tevens worden gewijzigd door de wetgever, dus door een regel uit een andere rechtsbron; ook deze veranderingsregel vloeit echter voort uit een erkenningsregel, te weten de hiërarchie van rechtsbronnen (hetzelfde geldt voor 'wijziging' van een wettelijke bepaling door een wettelijke bepaling van hogere orde). Veranderingsregels vormen dus alleen in theorie een afzonderlijke categorie.

opzichte van de primitieve situatie waarin er discussie is over de gelding van primaire rechtsregels als zodanig. Een discutabele erkenningsregel zal de discussies slechts verplaatsen, niet beëindigen. Erkenningsregels zijn daarom bij uitstek gebaat bij een formele omschrijving.²⁶

Van de vier bekende bronnen van geldend recht in Nederland voldoen er drie aan deze voorwaarde.²⁷

De gelding van *wetgeving* en *verdragen* wordt bij uitstek bepaald door heldere vormenmerken. Er moet een welomschreven totstandkomingsprocedure zijn doorlopen en voorts is bekendmaking in een speciaal publicatieblad verplicht. Zo is ieder door regering en Staten-Generaal volgens de procedure van art. 81 t/m 87 Gw genomen besluit na publicatie in het *Staatsblad* geldig als wet in formele zin;²⁸ zo treedt een verdrag in

- 26 Natuurlijk is dat slechts een eerste stap: in een rechtssysteem waarin heldere *rules of recognition* primaire rechtsregels aanwijzen die op hun beurt in uiterst vage bewoordingen zijn geformuleerd, wordt de rechtsonzekerheid eveneens verplaatst, maar nu van de vraag naar de gelding van een primaire rechtsregel naar vraag naar de toepasselijkheid daarvan (dus naar de *adjudication*). Zie hierna, bij II.3 onder c, over de verhouding tussen het (formele) legaliteitsbeginsel en het (materiële) *lex certa*-gebod.
- 27 Rechtsbronnenleer komt voornamelijk in handboeken inleiding en encyclopedie aan de orde. De meeste noemen het bekende rijtje wetgeving, verdragen, jurisprudentie en gewoonte, zie Verheugt 2011, p. 5, Cliteur & Ellian 2009, p. 16-31 en Hage 2010, p. 43 e.v.
- 28 Een nuancering: de *totstandkoming* van regelgeving is formeel bepaald, maar de *inhoud* van regelgeving kan getoetst worden aan vaak materieel omschreven hogere normen (EVRM-bepalingen, communautaire regelgeving, enzovoorts). Een klein deel van de formeel juist tot stand gekomen wet- en regelgeving zal later op materiële gronden onverbindend blijken. Dit lijkt mij een kwestie van hoofdregel en uitzondering, maar enige rechtsonzekerheid ten aanzien van de gelding van regelgeving blijft er dus wel.
- Overigens is de verhouding tussen twee (gebleken) tegenstrijdige normen afhankelijk van de formeel omschreven *lex superior*-regel: slechts de bron en niet de inhoud van de norm bepaalt haar positie in de normenhiërarchie. Dit levert een eenvoudig voorrangstelsel op. Recent valt wel te lezen dat dit schema niet meer zou voldoen. Het zou moeten worden vervangen door een materiële voorrangsregel waarbij de vraag welke norm bepaalde grondrechtelijke belangen het beste beschermt, meeweegt bij de vaststelling van voorrang (zie het lovende artikel van Adams over het algemeen deel van Van Gerven en Lierman, *NJB* 2011, p. 540). Inderdaad zet de rechter de klassieke normenhiërarchie tegenwoordig af en toe opzij ten faveure van de fundamentele rechten van de burger (Hof Den Haag, 26 april 2011, *JB* 2011/160; HvJ EG 3 september 2008, *EHRC* 2008, 128 (Kadi)) maar mijns inziens gaat het hier om zeldzame uitzonderingen. Een kleine, materiële correctie op de normenhiërarchie kan de rechtvaardigheid dienen, maar het lijkt mij niet aantrekkelijk daarom het klassieke schema overboord te zetten. Het klassieke, formele normenschema blijft (zeker kwantitatief) de hoofdregel, en zou ook als hoofdregel gepresenteerd *moeten blijven worden*: zo blijft de rechtsdogmatiek gestructureerd volgens een model dat de rechtspraktijk inzichtelijk maakt.

werking na ondertekening, goedkeuring en ratificatie, gevolgd door publicatie in het *Tractatenblad*.²⁹

Ook *jurisprudentie* is als rechtsbron afhankelijk van een tamelijk duidelijke formele regel: doorgaans wordt ervan uitgegaan dat uitspraken van de (hoogste) rechter – behoudens evidente vergissingen of veranderde omstandigheden – nieuw recht vormen.³⁰

Slechts het *gewoonterecht* wordt beheerst door een materiële erkenningsregel.³¹ Dat is dan ook een problematische rechtsbron die in de voorbije twee eeuwen sterk is teruggedrongen door het wettenrecht.³²

Naar algemene opvatting vloeit gewoonterecht voort uit (1) een bestendige praktijk (*usus*) in combinatie met (2) rechtsovertuiging (*opinio necessitatis*): de in een relevante kring breed gedragen opvatting dat breken met de gewoonte onrechtmatig is.³³

29 Art. 16 Rgbv. Ook hier een nuancering: ex art. 93 en 94 Gw is de *inroepbaarheid* van verdragsbepalingen voor de rechter (een aspect van hun gelding) afhankelijk van de vraag of zij 'naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden'. Zo wordt een belangrijke erkenningsregel materieel omschreven. De rechtspraak worstelt met dit criterium (zoals blijkt uit de hoeveelheid jurisprudentie hierover, die bovendien de indruk wekt dat het criterium zo om de twee decennia anders wordt ingevuld, cf. Fleuren 2004). Onbevredigend lijkt mij niet zozeer, dat de rechter lastige materieel-evaluatieve vragen moet beantwoorden (dat is voor een rechtvaardige rechtsbedeling onvermijdelijk, zie hierna), maar dat die energie wordt geïnvesteerd in abstracte, 'intern-juridische' kwesties. Het ware beter *hetzij* het begrip te schrappen (zoals Fleuren voorstelt), zodat de rechter zich kan bezighouden met de zinvollere materiële vraag hoe een bepaalde verdragsnorm met het oog op een concrete casus moet worden geïnterpreteerd, *hetzij* – bij handhaving van het begrip – dat de goedkeuringswet voor een verdrag tevens vastlegt welke daarin de een ieder verbindende bepalingen zijn. In dat laatste geval wordt de inroepbaarheid van een bepaling afhankelijk van een formeel criterium.

30 Omdat de rechter altijd kan om gaan als hij meent dat eerdere jurisprudentie onjuist is – en de lagere rechter daarop kan preluderen – is de gelding minder zeker dan bij wetgeving.

31 Sommigen zien ook rechtsbeginselen als zelfstandige rechtsbron; ook hiervoor geldt een materiële erkenningsregel (een rechtsbeginsel is immers een algemeen principe dat aan zo veel verschillende concrete wetsbepalingen ten grondslag ligt dat het gezien kan worden als een fundamenteel uitgangspunt van het recht). Daarvoor geldt hetzelfde als wat hierna wordt opgemerkt voor het gewoonterecht.

32 Niettemin lijkt het in een nieuwe vorm terug te komen: bij de vaststelling van standaarden van maatschappelijk zorgvuldig gedrag (art. 6: 162 lid 2 BW) worden allerhande niet tot het 'recht' behorende richtlijnen en convenanten van vak- en beroepsorganisaties meegewogen. Zolang de burgerlijke rechter daarbij teruggrijpt op geschreven richtlijnen van voldoende representatieve organisaties zijn de 'materiële' problemen die dit veroorzaakt nog altijd veel geringer van omvang dan die bij het klassieke gewoonterecht.

33 Elzinga & De Lange 2006, p. 193 (die overigens bereid zijn om 'usus' uit één precedent af te leiden). Cliteur & Ellian 2009, p. 25-26 en Brouwer e.a. 2004, p. 135 beschouwen dit als een historische situatie.

Deze erkenningsregel roept natuurlijk onmiddellijk vragen op: wanneer is een gewoonte immers ‘voldoende lang’ gevolgd om te kunnen gelden als ‘bestendig’,³⁴ wie behoren tot de ‘relevante’ maatschappelijke kring waarbinnen de rechtsovertuiging moet bestaan,³⁵ welk gedeelte van die personen moet die rechtsovertuiging onderschrijven, enzovoorts. Kortom: gewoonterecht is een glibberige rechtsbron en dat komt doordat de regels die bepalen wát daartoe behoort, materieel zijn omschreven.

Die glibberigheid is vooral goed te zien in het parlementaire staatsrecht. In de meeste andere rechtsgebieden kan altijd de rechter nog de knoop doorhakken of een regel van gewoonterecht geldt – waarmee het materiële geldingscriterium *de facto* is vervangen door een formeel³⁶ – maar die oplossing kent het parlementaire staatsrecht niet. Nederland kent immers geen rechter die geschillen tussen politieke staatsorganen beslecht. Parlementair staatsrecht wordt uitsluitend toegepast door de politieke ambten zelf. Het gevolg is, dat over het bestaan van ‘bestendig gebruik’ of ‘rechtsovertuiging’ ten aanzien van parlementaire gewoonten in politieke praktijk én doctrine permanent verschil van mening bestaat, waardoor er permanent discussies gevoerd worden over de gelding van regels van ongeschreven staatsrecht, zonder dat die discussies consensus naderbij lijken te brengen.³⁷ Duidelijk geldend gewoonterecht kan eigenlijk lastig bestaan zonder een formeel geldingscriterium, maar een zinvol formeel geldingscriterium voor gewoonterecht heeft tot op heden niemand weten te bedenken.³⁸

34 Het door de meeste handboeken onderschreven *usus*-criterium wordt overigens niet steeds volgehouden. Zo wordt doorgaans aangenomen dat de vertrouwensregel in één keer ontstond toen in 1868 het kabinet opstapte na de motie van afkeuring van Kamerlid Blussé (zie Bovend'Eert & Kummeling 2010, p. 410-412). Het is maar de vraag of de betrokkenen destijds meteen het ontstaan van de vertrouwensregel onderschreven, of dat deze regel berust op constructie achteraf door juristen. Inmiddels is wel duidelijk dat alle betrokken politici de gelding van de vertrouwensregel onderschrijven (dit blijkt ook uit de totstandkomingsgeschiedenis van de huidige Grondwet), wat de vraag oproept of het *usus*-criterium niet overbodig is naast de *opinio necessitatis*. Vgl. Dölle 1988, p. 184-185.

35 Vgl. Dölle 1988, p. 179-183.

36 Ofwel, neemt de jurisprudentie *de facto* de plaats in van het gewoonterecht. Zo Brouwer e.a. 2004, p. 139.

37 Over de gelding van de vertrouwensregel tussen de Tweede Kamer en het kabinet bestaat geloof ik weinig verschil van mening, maar dat is het dan ook wel. Zie voor verschillen van mening bijvoorbeeld de discussie tussen Sillen en Engels over de gelding van de vertrouwensregel in de Eerste Kamer, Sillen 2011 en Engels 2011.

38 En dat kan volgens mij ook niet. Wel stellen sommige auteurs voor gewoonterecht een andere materiële erkenningsregel voor: zo beschouwt Kortmann parlementaire gebruiken als gewoonterecht als zij ‘noodzakelijk zijn voor de bestendigheid van het staatsbestuur’ of bijdragen aan de ‘coherentie van het rechtsstelsel’, Kortmann 2008, p. 30-32. Zie ook de veertiende druk van het *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, p. 170. Ook dit materiële criterium kan de genoemde problemen niet wegnemen, mede omdat dit criterium niet algemeen wordt onderschreven zodat er weer discussie ontstaat over de erkenningsregel zelf. Wel zou dit criterium de hoeveelheid ongeschreven staatsrecht verminderen, wat Kortmann in de eerste plaats beoogt (a.w, p. 32).

Mijn tussenconclusie luidt dat ons rechtsstelsel maar weinig materiële erkennings- en wijzigingsregels verdraagt.

Rules of adjudication

Ook als de rechtsbronnen helder zijn gedefinieerd, ontstaat er nog geregeld verschil van mening over de vraag of een geldige rechtsregel in concreto van toepassing is. Als burgers een dergelijk geschil niet in onderling overleg kunnen oplossen, moeten zij niet zelf tot dwang of geweld hun toevlucht nemen. Voor geschillen wijzen berechtingsregels een onafhankelijke rechter aan. Ook de *berechtingsregels* zijn verankerd in formele begrippen. Voor de vreedestichtende rol die de rechter in ons staatsbestel is toebedacht, zijn vormen onontbeerlijk.

Een treffend voorbeeld is het verschijnsel van de executoriale titel in het burgerlijk proces. Een vonnis waarbij de rechter de eiser gelijk geeft, levert zo'n executoriale titel op. Dit is een eenvoudig aan uiterlijke eigenschappen herkenbaar document dat het recht van de eiser *vastlegt*.³⁹ Met dit document in de hand kan de burger een deurwaarder inschakelen die hem helpt op basis van de executoriale titel. Hoezeer de gedaagde ook meent, dat hij het gelijk aan zijn zijde had, hoezeer ook misschien redelijk denkende personen over de merites van het geschil van mening kunnen verschillen – het vonnis legt definitief vast wat eiser van gedaagde tegoed heeft en tot zo ver kan tot executie worden overgegaan; daarbuiten niet.⁴⁰

Daarmee fungeert geschilbeslechting door de onafhankelijke rechter als een soort sluis: de oneindige variëteit aan geschillen die zich tussen burgers voordoen, waarbij steeds weer andere materiële belangen tegen elkaar moeten worden afgewogen, wordt bij het passeren van de poort van de gerechtelijke procedure omgezet in de simpele vorm van een executoriale titel.

Daarnaast kennen wij een gesloten stelsel van formele rechtsmiddelen. Als die zijn uitgeput, verwerft een vonnis kracht van gewijsde dat slechts in zeer uitzonderlijke gevallen op materiële gronden kan worden aangetast. Zo worden geschillen bindend beslecht en zal de rechtsvrede zich – hopelijk – herstellen.⁴¹

39 Art. 430 Rv. Een beperkt aantal andere documenten kan eveneens fungeren als executoriale titel; daarvoor geldt eveneens het voordeel van de eenvoudige uiterlijke herkenbaarheid.

40 In het straf- en het bestuursrecht geldt *mutatis mutandis* hetzelfde: het OM kan een straf executeren als en voor zover het dictum van de strafrechter dat toelaat; het bestuur moet een nieuw besluit nemen als en voor zover het dictum van het bestuursrechtelijk vonnis het beroepen besluit vernietigt, et cetera. In het straf- en het bestuursrecht zijn ook de dicta die de rechter kan uitspreken limitatief omschreven in de wet: de rechter zet allerhande geschillen, met een eindeloze variatie aan omstandigheden, om in een beperkt aantal formeel omschreven dicta, die het geschil beëindigen.

Dames en heren, over dit alles is nog veel meer te zeggen, maar laat ik voorlopig concluderen dat in ieder geval voor de *secundaire regels* die het fundament van ons rechtssysteem vormen, vaak een formele omschrijving noodzakelijk is.

II.2 HET GEVAAR VAN FORMELE NORMEN

Helaas kleeft aan formele normen ook een groot nadeel: zij lenen zich vaak voor *Etikettenschwindel*. Het strafrechtelijke bewijsrecht bevat daarvan een akelig voorbeeld.

Als twee of meer personen ervan worden verdacht dat zij samen een strafbaar feit hebben gepleegd, getuigen zij niet belangeloos. Voor elk van hen kan het immers verleidelijk zijn om de eigen bijdrage aan het feit kleiner voor te stellen door een medeverdachte de zwartepiet toe te spelen. In art. 341 Sv heeft de wetgever daarom de verstandige regel opgenomen, dat de rechter de verklaring die een verdachte ‘op de terechtzitting’ (lid 1) aflegt, uitsluitend mag gebruiken als bewijs ‘te zijnen aanzien’ (lid 3) – en dus niet tegen een medeverdachte.

Deze rechtsfeitomschrijving bevat een duidelijk formeel element: verklaringen van een medeverdachte zijn geen bewijsmiddel voor zover zij *op de terechtzitting* worden afgelegd.⁴² Welnu, wie er ‘als verdachte’ verklaart ‘op een terechtzitting’, is afhankelijk van processuele vormen. Een strafzaak wordt aanhangig gemaakt door dagvaarding van de verdachte.⁴³ Door twee verdachten afzonderlijk te dagvaarden, kan de officier van justitie dus naar believen *twee* strafzaken met *twee* terechtzittingen (in formele zin) creëren. Medeverdachten (in materiële zin) kunnen dan gewoon tegen elkaar getuigen.

Maar het wordt nog fraaier. Als twee verdachten aanvankelijk wél terecht staan op dezelfde zitting, dan kan de rechter de zaak ook gedurende het proces nog administratief splitsen.⁴⁴ Dan ontstaan er *voor de vorm* twee afzonderlijke rechtszaken met officieel twee afzonderlijke zittingen, stomtoevallig op precies hetzelfde moment in dezelfde zaal worden behandeld. Door deze formele truc kan de rechter verklaringen van medeverdachten rustig tegen elkaar gebruiken. Onze Hoge Raad vindt dat goed.⁴⁵

41 Niet voor niets houdt de rechter strikt de hand aan (formele) bezwaar- en beroepstermijnen en is de Hoge Raad uiterst terughoudend met het toekennen van herziening (een aan materiële voorwaarden gebonden inbreuk op het (formele) verschijnsel van het gewijsde).

42 HR 27 mei 1928, NJ 1929, p. 1329. De Hoge Raad formuleert overigens iets ingewikkelder dan ik hier weergeef, maar het komt op hetzelfde neer.

43 Art. 258 Sv.

44 Art. 285 Sv.

45 HR 18 december 1933, NJ 1934, p. 324. Uitgebreid Corstens & Borgers 2011, p. 686-687, volgens wie de hier beschreven praktijk in strijd is met de bedoeling van de wetgever (zie p. 677).

Mij lijkt dit een schoolvoorbeeld van *Etikettenschwindel*: het omwisselen van naam-bordjes om de toepasselijkheid van een rechtsstatelijke beschermingsnorm te ontduiken. Formeel omschreven normen roepen dit gevaar steeds op, als zij (1) ertoe strekken, een bepaalde categorie personen te beschermen,⁴⁶ terwijl (2) degene tegen wie beschermd moet worden, de etiketten kan verwisselen. Anders gezegd: de werking van een formele beschermingsnorm komt in gevaar als degene tegen wie bescherming wordt geboden bij machte is om het vormkenmerk te manipuleren waarbij de norm aanknoopt.⁴⁷ En zoals bekend: juist uiterlijkheden *zijn* vaak eenvoudig te manipuleren.

Etikettenschwindel is het spiegelbeeld van 'letterknechterij': het bekende verschijnsel dat een onnatuurlijk letterlijke wetsinterpretatie de geest van de wet geweld aandoet – iets waar teksten over rechtsvinding veelvuldig tegen waarschuwen.⁴⁸ Bij een (te) letterlijke wetsinterpretatie wordt ten onrechte de grammaticale methode toegepast om de betekenis van een rechtsnorm zo terug te snoeien (soms: op te rekken), dat die norm-

46 Art. 341 lid 3 Sv biedt bescherming tegen de medeverdachte (die natuurlijk niet bij machte is de naam-bordjes te verhangen) maar ook tegen de officier, die geen medeverdachten tegen elkaar mag laten getuigen, en tegen de rechter, die geen verklaringen van medeverdachten voor het bewijs mag gebruiken. Samen zijn de officier en de rechter bij machte de naam-bordjes te verwisselen.

47 Dat geldt in heel veel rechtsgebieden. Zo kan het arbeidsrecht de werknemer alleen tegen de machtigere werkgever beschermen als de rechter de aanwezigheid van een arbeidsrelatie niet uitsluitend afleidt uit de benaming van de tussen hen gesloten overeenkomst ('overeenkomst van opdracht'), maar uit materiële criteria als de feitelijke aanwezigheid van een gezagsverhouding. In het belastingrecht bestaan allerlei bepalingen die belastbare feiten materieel omschrijven om te voorkomen dat de belastingplichtige de vormen van het privaatrecht misbruikt om de belastingwet te ontduiken. Het algemene verbod van *fraus legis* heeft het doel om *Etikettenschwindel* door de belastingplichtige te voorkomen.

48 De term is van Asser-Scholten 1974, p. 36-41; zie bijv. ook Smith 2006, p. 147-156 en Groenewegen 2006, p. 85-89. Scholten waarschuwt daarnaast tegen *fraus legis*.

49 In deze rede bekommer ik mij vooral om rechtsstatelijke normen die de burger beschermen tegen de overheid. Op zulke beschermingsnormen toegepast leiden letterknechterij en *Etikettenschwindel* er meestal toe dat een beschermende norm ten onrechte buiten toepassing blijft. Beide verschijnselen kunnen natuurlijk ook tot gevolg hebben dat een norm ten onrechte wél wordt toegepast. Naar het mij voorkomt, speelt dat laatste vooral bij financiële aanspraken van de burger op de overheid (denk aan het door de enkele inschrijving bij een of ander bemiddelingsbureau opstrijken van een zorgbudget of oppastoeslag; een vorm van overigens volstrekt voor- spelbare 'positieve' *Etikettenschwindel*). In het publiekrecht kan het oprekken van de letter van de wet onder omstandigheden natuurlijk leiden tot onterechte uitbreiding van overheidsbevoegdheid, maar dat is tegelijkertijd een vorm van ontduiking van het legaliteitsbeginsel (dus 'negatieve *Etikettenschwindel*'). Zie voor een mooi voorbeeld van letterknechterij dat – als de rechter het argument zou hebben overgenomen – de wet tot voorbij haar ratio zou oprekken in plaats van terugsnijden EHRM 24 juni 2010, AA 2011, p. 299 (Schalk & Kopf), r.o. 44 en 54-56.

gezien haar strekking ten onrechte een bepaalde situatie in de werkelijkheid niet langer 'dekt' (respectievelijk: ten onrechte wordt toegepast).⁴⁹ Bij *Etikettenschwindel* gebeurt het tegenovergestelde en manipuleert degene tegen wie een rechtsnorm zich richt juist een vormaspect van de werkelijkheid en wel zó, dat die werkelijkheid buiten het bereik van de rechtsnorm wordt gebracht (dan wel: ten onrechte daaronder wordt geschoven). Het een is knutselen aan de rechtsnorm, het ander is knutselen aan de rechtsfeiten. Die tweede vorm van manipulatie wordt door formele normen vaak mogelijk gemaakt.⁵⁰

II.3 MATERIËLE HULPNORMEN TER VERSTERKING VAN EEN FORMELE BASISNORM

Nou is het treurige lot van art. 341 Sv gelukkig een uitzondering. In de praktijk zie je vaak juist het tegenovergestelde. De meeste formele normen die de burger tegen de overheid beschermen, worden vroeg of laat door rechter of wetgever voorzien van een *materiële hulpnorm*. Uit tal van mogelijke voorbeelden kies ik er drie: discriminatieverboden, de *criminal charge* en het *lex certa*-beginsel.

a. discriminatieverboden

De (Grond)wet en vele internationale verdragen leggen de overheid een waaier aan discriminatieverboden op: onderscheid naar ras, geslacht, nationaliteit, seksuele oriëntatie of andere verdachte criteria is niet toegestaan. In wezen is een discriminatieverbod dus een lijst met verboden criteria en daarom is het een formele beschermingsnorm: wetgeving – of een ander overheidsbesluit – mag niet zo worden geformuleerd dat zij aanknoopt bij een criterium dat voorkomt op de 'zwarte lijst'.

Nu is wetgeving die direct onderscheid maakt op grond van een verboden criterium zeldzaam. Als de wet bijvoorbeeld vrouwelijke automobilisten een hogere maximumsnelheid toestaat dan mannelijke dan is de onrechtmatigheid door zijn formele karakter zo evident dat het eigenlijk nauwelijks zin heeft om die wet überhaupt uit te vaardigen. Discriminatieverboden lenen zich echter bij uitstek voor *Etikettenschwindel*. Regelmatig kiezen wetgevers namelijk voor een criterium dat op het eerste gezicht neutraal en objectief lijkt, maar in werkelijkheid toch een verboden onderscheid bewerkstelligt.

Illustratief is het geval van de Franse autobelasting. Iedere Franse autobezitter moest jaarlijks een belasting betalen die was gekoppeld aan de fiscale paardenkrachten van de motor. Het precieze aantal *chevaux* werd vastgesteld aan de hand van een gecompli-

50 *Etikettenschwindel* en letterknechterij lopen in elkaar over als de rechter een term die in een rechtsnorm voorkomt, interpreteert met een nadere uitleg die formeel van aard is; hij concretiseert de rechtsnorm dan zodanig, dat het een formele norm wordt, die op zijn beurt *Etikettenschwindel* mogelijk maakt.

ceerde berekening waarin allerlei technische kenmerken van de motor meewogen: het aantal cilinders, de cilinderboring, de cilinderinhoud, enzovoorts. De uitkomst van deze ingewikkelde exercitie was echter steevast dat de *traction avant*, de *déesse*, de *deux chevaux* en andere Franse prachtproducten zonder uitzondering onder een lager belasting-tarief vielen dan vergelijkbare auto's uit het verschrikkelijke Duitsland.

Op zeker moment legt een Franse importeur van Duitse auto's dit belasting-systeem aan het Hof van Justitie van de EU voor. Het Hof overweegt als volgt:

'Although the system embodies no formal distinction based on the origin of products, it manifestly exhibits discriminatory or protective features (...) since the power rating determining liability to the special tax has been fixed at a level such that only imported cars, in particular from other member states, are subject to the special tax whereas all cars of domestic manufacture are liable to the distinctively more advantageous differential tax.'⁵¹

Anders gezegd: door het verboden etiket 'herkomstland' te vervangen door het schijnbaar neutrale 'paardenkrachten' probeert de Franse overheid een Europese bepaling te ontduiken die autofabrikanten uit andere lidstaten beschermt tegen discriminatoire heffingen. Naar de vorm is er niets aan de hand, maar gelet op de werkelijke gevolgen wordt er wel degelijk gediscrimineerd. In jargon heet dit 'indirecte discriminatie' en ook die is verboden, althans zolang de overheid daarvoor geen objectieve rechtvaardiging kan aanvoeren.⁵²

Ik diep dit fenomeen hier niet verder uit,⁵³ want het gaat mij er vooral om, te laten zien dat het verbod op indirecte discriminatie een *ondergravingsverbod* is: een (onmisbare) materieel geformuleerde hulpnorm die *Etikettenschwindel* tegengaat en zo de

51 De genoemde '*special tax*' is het hoge tarief waar buitenlandse auto's in terechtkwamen; de '*differential tax*' was het veel gunstigere tarief voor Franse auto's; HvJ EG 9 mei 1985, zaaknr 112/84 (Humblot), r.o. 14. Zie Fairhurst 2010, p. 565-566. Het hof toetst overigens aan (de voorganger van) art. 110 VWEU, dat een verbod op invoerheffingen en heffingen van gelijke werking bevat. Strikt genomen is dat een *specialis* van het discriminatieverbod, maar dat maakt voor het voorbeeld niet uit.

52 Zie - om een van vele voorbeelden te noemen - HvJ EG 10 maart 2005, zaaknr C-196/02, *Jur.* 2005, p. I-1789 (Nikoloudi), r.o. 38. Het feit dat er een rechtvaardigingsgrond kan bestaan voor een indirect onderscheid dat *de facto* langs dezelfde lijnen onderscheid maakt als een verboden criterium, ondersteunt de gedachte dat het verbod op indirecte discriminatie inderdaad een ondergravingsverbod is dat de formele norm tegen *Etikettenschwindel* moet beschermen, immers: niet *ieder* onderscheid dat in werkelijkheid blijkt op te treden is verboden, maar alleen die onderscheidingen die hun grond niet vinden in objectief gerechtvaardigde factoren die geen verband houden met discriminatie (Nikoloudi, r.o. 38). Het Hof zegt dat niet zo, maar het gevolg is dat indirecte onderscheidingen waarvan het *motief* zuiver en alleen is, het formele discriminatieverbod te ondergraven, automatisch worden uitgesloten.

werkzaamheid beschermt van een rechtsstatelijke beschermingsnorm met een formeel omschreven kern.

b. art. 6 EVRM: de ‘criminal charge’

Ook art. 6 EVRM is de basis voor een in de rechtspraak ontwikkeld materieel ondergravingverbod. Het artikel garandeert iedere verdachte in een strafzaak het recht op een eerlijk proces. Nu hoeft niet iedere procedure van welke aard dan ook aan de waarborgen van dat artikel te voldoen. Zo hoeft de oplegging van een eenvoudige disciplinaire waarschuwing niet meteen te gebeuren conform de strenge eisen van artikel 6. Het artikel is er alleen voor de ‘echte’ strafzaken: de zaken waarin er sprake is van een *criminal charge*.⁵⁴

Maar wat is een echte strafzaak? Een eenvoudig antwoord luidt: strafrecht is wat in het Wetboek van Strafrecht staat. Je hoeft echter geen jurist te zijn om te zien welke mogelijkheden dit biedt: de nationale overheid zou, door een delict uit het wetboek van strafrecht van het opschrift ‘tuchtrecht’ of ‘bestuursrecht’ te voorzien, het recht op een eerlijk proces kunnen ontduiken. Het Straatsburgse mensenrechtenhof heeft deze uitweg dan ook al vrij vroeg dichtgetimmerd met materiële hulpnormen.

In de zaak *Deweer* is aan de orde of de Belgische overheid deze *Deweer* aan een *criminal charge* had blootgesteld. Het Hof overweegt:

‘The Court is compelled to look behind the appearances and investigate the realities of the procedure in question.’⁵⁵

Het Hof kijkt niet naar het kleed waarin de nationale overheid een proces hult, maar naar zijn werkelijke eigenschappen: de vraag is of de nationale overheid de burger heeft onderworpen aan iets wat in werkelijkheid het karakter van een strafproces bezit. Bij die beoordeling geeft het Hof logischerwijs de voorkeur aan

53 Zie uitgebreider Barnard 2010, p. 237-242 en Barents & Brinkhorst 2006, p. 331; de laatsten onderscheiden overigens tussen ‘verkapte discriminatie’, die ‘materieel hetzelfde effect’ heeft als directe/formele discriminatie, en ‘indirecte discriminatie’ waarbij ‘grotendeels’ dezelfde onderscheiding blijkt te worden gemaakt als bij een direct/formeel discriminatoir onderscheid; het verschil lijkt mij gradueel, niet principieel (zoals noot 28 op p. 331 ook impliceert).

54 Althans, de specifieke strafrechtelijke bescherming van de leden 2 en 3; de algemene vereisten van lid 1 gelden natuurlijk ook voor gedingen over burgerlijke rechten en verplichtingen.

55 EHRM 27 februari 1980, appl.nr. 6903/75 (*Deweer/België*), r.o. 44. In dit geval ging het overigens over een autonome interpretatie van het bestanddeel ‘charge’/ ‘accusation’, maar het citaat zegt precies waar het bij het bestanddeel ‘criminal’ ook om gaat: door vormen heen kijken.

‘a “substantive”, rather than a “formal”, conception of the “charge” contemplated by Article 6 par. 1.’⁵⁶

Er moeten materiële criteria worden gezocht aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of er (inhoudelijk gezien) sprake is van een echte strafrechtelijke vervolging. In een hele reeks procedures is dit idee uitgekristalliseerd tot een genuanceerde drietraps-raket voor de beoordeling of er van een (echte) strafvervolging sprake is.

(1) Het vertrekpunt van dat samengestelde criterium is nog altijd formeel: een strafproces is in ieder geval elke vervolging wegens overtreding van een bepaling uit het nationale Wetboek van Strafrecht.

Gaat het echter om een bepaling die de nationale wetgever zelf níet als strafrechtelijk bestempelt, dan komen de materiële criteria om de hoek kijken. (2) Het Hof beziet dan, of de overtreden bepaling een strafrechtelijk karakter heeft, wat wil zeggen dat zij is gericht tot het algemene publiek (of een substantieel daarvan, zoals ‘automobilisten’)⁵⁷ én dat de sanctie die zij in het vooruitzicht stelt tot doel heeft af te schrikken en te straffen. (3) Tot slot kan ook sprake zijn van strafvervolging als de maximale sanctie die de verdachte riskeert van zodanige ernst is dat zij het karakter heeft van een strafsanctie.⁵⁸

Deze door rechterlijke interpretatie aangevulde norm knoopt als uitgangspunt nog altijd aan bij een formeel criterium, maar de werkzaamheid van de norm wordt versterkt door een reeks materiële criteria die tegen *Etikettenschwindel* beschermen. De materiële hulpcriteria roepen echter ook hier evaluatieve vragen op. Wanneer richt een norm zich tot een zo groot deel van het publiek dat er geen sprake meer is van een tuchtrechtelijke maar een echte strafrechtelijke bepaling? Wanneer is de maximumstraf voldoende zwaar om te gelden als een echte strafsanctie? De prijs voor de bescherming van de effectiviteit van art. 6 EVRM is een zekere mate van onbepaaldheid.

56 Idem. De ‘autonome interpretatie’ die het Straatsburgse Hof toepast op bijna alle artikelen van het EVRM houdt in dat interpretaties worden gegeven die uit materiële normen bestaan; autonome interpretatie dient immers juist om *Etikettenschwindel* door de nationale autoriteiten te verhinderen.

57 EHRM 21 februari 1984, appl. nr. 8544/79 (Öztürk), r.o. 53.

58 Het Garyfallou-arrest (EHRM 24 september 1994, appl. nr. 18996/91) leert dat als niet een van beide criteria afzonderlijk tot de conclusie leidt dat sprake is van een *criminal charge*, vervolgens nog de beide criteria in onderlinge samenhang kunnen worden bezien. Dat is een nog ‘materiëlere’ beoordeling dan de afzonderlijke criteria.

c. Het legaliteitsbeginsel en het bepaaldheidsgebod

Art. 1 Sr bevat het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel: de rechter mag een burger uitsluitend bestraffen voor een gedraging die de wet al voorafgaand aan die gedraging verbodt.⁵⁹ Ook dit is een belangrijke formeel-rechtsstatelijke beschermingsnorm: slechts als aan de vorm is voldaan dat een wettelijke strafbaarstelling aanwezig is, mag de rechter straffen. Dit beginsel dient de rechtszekerheid.⁶⁰ De burger moet kunnen inschatten hoe de overheid op zijn gedrag zal reageren; als hij in de wet kijkt, komt hij daarachter.

Ook deze formeel-rechtsstatelijke norm kan echter ondergraven raken. Berucht is een (inmiddels vervallen) bepaling die luidde:

‘Het is verboden om op enig gedeelte van de stations of in de treinen te vechten, handtastelijkheden te plegen, vuurwerk af te steken, (...) *dan wel zich op andere wijze onbehoorlijk te gedragen*’⁶¹

Krijg ik een boete als ik mij op het perron begeef zonder deo? Ik hoop het niet, maar als ik naar de wetstekst kijk, ben ik er niet helemaal gerust op. De tekst laat juist zien dat het formele legaliteitsbeginsel niet verhindert, dat wetgever en rechter samenspannen om de ratio van dat beginsel te omzeilen. De wetgever heeft immers een uiterst ruime strafbepaling geformuleerd, waarnaar de strafrechter in zijn uitspraken voor de vorm zou kunnen verwijzen, terwijl hij *in werkelijkheid* straft op basis van een concrete norm die hij ter plekke uit zijn duim zuigt.

De Hoge Raad heeft daarom ook het formele legaliteitsbeginsel versterkt met een materieel ondergravingsverbod. In het Krulsla-arrest uit 2000 overweegt de Hoge Raad voor het eerst dat in de formele legaliteitseis een *bepaaldheidsgebod* ligt besloten, dat inhoudt:

‘dat de burger moet kunnen weten ter zake van welke gedragingen hij kan worden gestraft. De rechtszekerheid eist dit. Van de wetgever mag worden verlangd dat hij met het oog daarop op een zo duidelijk mogelijke wijze delicten omschrijft.’⁶²

59 Zie buiten het strafrecht o.a. art. 89 Gw, art. 104 Gw, art. 1 Sv, art. 5:4 Awb etc.

60 En de rechtsgelijkheid.

61 Art. 4 Algemeen Reglement Vervoer (oud); vgl. Borgers 2011, p. 121. Ook Borgers noemt dit een standaardvoorbeeld. Ook dat is inmiddels wellicht standaard.

62 HR 31 oktober 2000, NJ 2001, 14 (Krulsla), r.o. 3.4; zie ook HR 18 januari 2005, NJ 2006, 11 (Lekkichtheidsvoorschriften), r.o. 3.4. Zie Groenhuijsen & Kristen 2001, Borgers 2011, p. 121-124. Deze jurisprudentie lijkt geïnspireerd door het EHRM (zie daarover Groenhuijsen en Kristen), dat ook hier weer fungeert als motor van rechtsstatelijke innovatie door introductie van materiële normen. De praktische waarde van het bepaaldheidsgebod is overigens bescheiden. Zie Borgers 2011: de rechter erkent het beginsel, maar concludeert voortdurend dat hem voorgelegde strafbepalingen aan de eis van voldoende bepaaldheid voldoen.

Sinds het Krulsla-arrest figureert ook de legaliteitseis in ons recht als de helft van een normenpaar dat bestaat uit een formele basisnorm aangevuld met een materiële hulpnorm.^{63, 64}

d. Tussenbalans

Er zijn nog veel meer voorbeelden van zulke ‘normenparen’, maar het gaat mij eigenlijk niet om de voorbeelden maar om het algemene verschijnsel dat daarachter zit.⁶⁵

Formele rechtsnormen die de burger beogen te beschermen tegen machtsmisbruik door de overheid kunnen vaak door diezelfde overheid worden gemanipuleerd. In de praktijk moet de rechter ze daarom vaak voorzien van een materiële hulpnorm die ondergraving tegengaat. Deze materiële hulpnormen versterken de rechtsstaat, maar lijden aan het nadeel van alle materiële normen: zij bevatten evaluatieve bestanddelen die rechts-onzekerheid creëren.

- 63 Er is nog een tweede materiële hulpnorm die de legaliteitseis versterkt. Oorspronkelijk wil het legaliteitsvereiste dat de overheid over een wettelijke grondslag beschikt als zij inbreuk maakt op subjectieve rechten, grondrechten of andere vrijheden van burgers. De jurisprudentie breidt het toepassingsgebied van dit beginsel uit naar gevallen waar formeel geen, maar feitelijk wel een verplichting wordt opgelegd, dat wil zeggen dat de burger in een situatie wordt gebracht die op één lijn valt te stellen met een werkelijke juridische verplichting, zie HR 22 juni 1973, *NJ* 1973, 386; HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 898.
- 64 Overigens lijkt in de Straatsburgse jurisprudentie over de legaliteitseis de formele basisnorm vrijwel verdwenen: de vorm van een grondrechtsbeperkende regel doet nauwelijks ter zake, zolang de regel maar ‘adequately accessible and foreseeable’ is, zie bijv. EHRM 14 september 2010, appl. nr.38224/03 (Sanoma), r.o.81-83. Hier resteert alleen nog een materiële norm.
- 65 Bijvoorbeeld: de rechterlijke onafhankelijkheid (in de kern een verbod voor andere staatsmachten om de rechter concrete bevelen te geven) wordt in Straatsburg versterkt met de hulpnorm dat rechters gevrijwaard moeten blijven van ‘undue influence’, (EHRM 6 oktober 2011, appl. nr. 23465/03, Agrokompleks/Oekraïne), r.o. 136-137; grondwettelijke delegatieverboden zijn versterkt met een materieel hulpverbod (zie Kortmann 2008, p. 351-352), het verbod op toetsing van de wet aan de Grondwet wordt versterkt met een verbod op toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen (HR 14 april 1989, *NJ* 1989, 469), omdat de rechter het toetsingsverbod anders kan ondergraven door te toetsen aan hoger recht dat hij voorziet van het etiket ‘rechtsbeginsel’, maar dat materieel dezelfde inhoud heeft als een grondwettelijke norm (zie ook HR 19 november 1999, *NJ* 2000, 160, dat eveneens een ondergravingsverbod t.a.v. art. 120 Gw inhoudt), de drukpersvrijheid van art. 7 Gw, die oorspronkelijk zag op uitingen in de vorm van een gedrukt stuk, wordt uitgebreid tot iedere uiting die gelet op haar maatschappelijke functie met een gedrukt stuk ‘op één lijn valt te stellen’ (HR 24 januari 1967, *NJ* 1967, 270, Nederland ontwapent). Zie verder bijv. ABRvS 29 juni 2011, *LJN*: BQ9684 (Coffeshop Josemans), r.o. 2.12.2 waar de Afdeling door een vormtruc heen prikt die was bedoeld om de beperking van de aanvullende regelgevende bevoegdheid van de gemeente te omzeilen.

Je kunt je overigens afvragen waarom het zo is, dat je bij het formuleren van een ondergravingsverbod bijna onvermijdelijk uitkomt op een materiële hulpnorm. Waarom kun je – om de boel simpel te houden – niet een ondergravingsverbod in formele termen formuleren?

Dat komt doordat een ondergravingsverbod de normtoepasser de vraag wil laten beantwoorden of een concrete casus *ongeacht* de verschijningsvorm waarin hij zich toevallig aandient, inhoudelijk *zodanig* overeenkomt met de gevallen waar de norm voor is bedoeld, dat het rechtsgevolg hoort in te treden. Een ondergravingsverbod moet dus mogelijk maken om te beoordelen of een concrete casus *op voldoende relevante punten overeenkomt* met de gevallen waarvoor de norm is bedoeld. Die woorden hoeven niet exact in de formulering van een ondergravingsverbod voor te komen, maar wel moet een effectief ondergravingsverbod een dergelijke beoordeling mogelijk maken. Welnu: bij die beoordeling moet de normtoepasser beslissen welke eigenschappen van de hem voorgelegde situatie *in zijn ogen* relevant zijn, en of deze *volgens hem* in voldoende mate overeenkomen met de rechtswaarde die de norm wil bereiken. Het zij duidelijk dat dit altijd materiële vragen zijn.

II.4 ZUIVER MATERIEEL OMSCHREVEN NORMEN

Tot nu toe zagen wij verschillende normen waarvan de kern formeel omschreven is, al dan niet beschermd door een materiële hulpnorm. Ons recht zit echter vol met normen die al in de kern materieel zijn omschreven.

Er zijn legio voorbeelden. Burgers ontvangen een schadevergoeding als de overheid in het algemeen belang een maatregel neemt waarvan de nadelige gevolgen *in 'onevenredige mate'* bij een zeer beperkte groep burgers terechtkomen;⁶⁶ de inhoud van ieder overheidsbesluit moet berusten op een 'evenwichtige' belangenafweging zodat de kosten van het besluit opwegen tegen de baten daarvan; wettelijke bepalingen die een in het EVRM erkend grondrecht beperken moeten 'noodzakelijk' zijn in een democratische samenleving,⁶⁸ enzovoorts. Tientallen, zo niet honderden essentiële rechtsnormen die zien op de inhoud van overheidsbesluiten hebben een rechtsfeitomschrijving die grotendeels uit evaluatieve bestanddelen is opgebouwd.

Ondanks hun onscherpe begrenzing zijn dit soort normen vaak onvermijdelijk. De reden daarvoor is, dat wij van ons recht niet alleen verlangen dat het duidelijkheid biedt, maar dat het – als het even kan – ook de rechtvaardigheid dient. Voor de oneindige verschei-

66 HR 20 juni 2003, NJ 2005, 189 (Staat/Harrida); ABRvS 8 november 2006, JB 2007/8 (Coffeeshops Venlo).

67 Art. 3:4 lid 2 Awb, zie Schlössels & Zijlstra 2010, p. 411-413.

68 Art. 10 lid 2 EVRM.

denheid aan belangengeschillen die zich in de werkelijkheid voordoen, moet het recht rechtvaardige oplossingen opleveren. Nu waag ik mij maar niet aan een omschrijving van rechtvaardigheid, maar ik denk dat ik wel kan zeggen wat het praktische gevolg is van ons verlangen naar een rechtvaardig recht: wij willen graag dat de oplossingen die ons recht biedt aansluiten bij ons rechtvaardigheidsgevoel. Wat het recht voorschrijft, moet bij voorkeur stroken met rechtsopvattingen en -gevoelens die leven bij het publiek.⁶⁹

Nu is het probleem dat onze rechtvaardigheidsintuïties worden gevormd door empathische vermogens die zich niet volledig laten vangen in formele regels. Menselijke empathie laat zich niet of althans maar beperkt dwingen door abstracte regels. Waarschijnlijk is zij veeleer het resultaat van een intuïtieve weging van de belangen die spelen in de omstandigheden waarover wij oordelen.⁷⁰ Als wij aan het recht de eis stellen dat het resultaten oplevert die het rechtsgevoel bevredigen, dan is het onvermijdelijk dat het recht niet alleen *hard en fast rules* bevat, maar dat het ook op verschillende plaatsen de mogelijkheid biedt om evaluaties te verrichten met het oog op de bijzonderheden van het geval. Dát komt waarschijnlijk het beste tegemoet aan psychologische mechanismen die werken in de mens zelf. Zuiver materiële normen stellen de rechtstoepasser tot dit soort concrete evaluaties in staat en dat is hún grote meerwaarde.

De keerzijde van het invoeren van zuiver materiële normen met bestanddelen als ‘evenredig’, ‘noodzakelijk’, ‘spoedeisend’ is een verminderde rechtszekerheid. De rechter zal voor de afweging waartoe deze normen hem verplichten soms moeten teruggrijpen op zijn persoonlijke morele intuïtie en intuïties kunnen – zoals bekend – van persoon tot persoon verschillen. Wat de één een broodnodige compensatie vindt voor de onevenredige schade door het verbod op nertsenfok, beschouwt de ander als schade die voor eigen rekening moet blijven omdat het gaat om beëindiging van een verwerpelijke bedrijfstak. Wat de één ziet als een onevenredige aantasting van het recht op *family life* (Mauro mag blijven), ziet de ander misschien als een noodzakelijke aanscherping van

69 Ik wil hier niet beweren, dat de oplossingen die het recht geeft *altijd* moeten stroken met onze intuïtieve empathische gevoelens, als is het maar omdat ongefilterde empathische gevoelens soms geboren, slecht geïnformeerd, partijdig of ronduit xenofob zijn. Om maar een voorbeeld te noemen: het is een volstrekt natuurlijke neiging om familieleden voor te trekken, maar het publiekrecht verbiedt (juist daarom) alle overheidsfunctionarissen om aan die natuurlijke neiging gevolg te geven (het ab-intestaat erfrecht is er overigens juist op geënt). Van alle belangen die *de facto* meewegen in de intuïtief tot stand komende oordelen die wij vellen, erkent het recht maar een beperkt aantal als legitiem; met betrekking tot *die* belangen moet het recht echter bij voorkeur oplossingen opleveren die gevoelsmatig ‘kloppen.’

70 Toegegeven: deze bewering berust niet op empirisch onderzoek.

het vreemdelingenrecht (Mauro eruit). Rechterlijke beslissingen die worden genomen op geleide van dergelijke zuiver materiële normen, kunnen wel eens onvoorspelbaar uitpakken.

Nu moeten die onvoorspelbaarheid en rechtsonzekerheid ook niet overdreven worden. Ook waar zuiver materiële normen gelden, wordt de rechtstoepassing, zo leert de ervaring, doorgaans géén chaos. Dat komt door het volgende. Als een zuiver materiële norm een tijd lang in de rechtspraktijk is toegepast, ontstaat op den duur een aanzienlijk corpus aan rechterlijke uitspraken waarbij de materiële norm in uiteenlopende concrete gevallen is ingevuld. Wie al deze uitspraken bestudeert, kan zich een beeld vormen van de betekenis die de materiële norm in de praktijk heeft gekregen. Doordat rechters in ons land de gewoonte hebben elkaars rechtspraak zorgvuldig te bestuderen, lijkt via deze alternatieve route meestal toch een aanvaardbare mate van rechtszekerheid te worden bereikt. De rechter die een zuiver materiële norm toepast weet vaak hoe hij moet beslissen omdat zijn persoonlijke rechtvaardigheidsintuïtie wordt gevoed met het besef *hoe men doorgaans in een vergelijkbaar geval beslist*.^{71, 72}

Ondanks introductie van een zuiver materiële norm ontstaat zo op termijn toch een vrij helder beeld van de concrete betekenis daarvan. Dat vergt echter wel dat een grote hoeveelheid jurisprudentie beschikbaar komt, wat betekent dat de justitiabelen vele, zo niet talloze procedures moeten voeren. Bovendien ontstaat de gewenste duidelijkheid waarschijnlijk alleen als de materiële norm wordt toegepast door een college dat met

71 Over de intuïtie van een goed jurist Sieburgh 2008. Het lijkt mij juist dat, zoals Sieburgh zegt, een goed jurist een fijngevoelige intuïtie heeft die hem snel naar de juiste oplossing leidt, maar mij lijkt het daarbij te gaan en ook te moeten gaan om een *Fingerspitzengefühl* voor de vraag hoe anderen in dezelfde omstandigheden zouden beslissen. Zou de rechter in de loop van zijn opleiding gaan oordelen op geleide van een zuiver persoonlijke intuïtie, dan lijkt mij dat moeilijk te rechtvaardigen. Het intuïtieve kompas waarop juristen varen moet juist gelijk worden gesteld. Zie ook Groenewegen 2006, p. 31.

72 Juist hier is overigens ook voor de rechtswetenschap een zinvolle rol weggelegd: uit de veelheid aan besliste gevallen waarbij een materiële norm is toegepast kan zij een algemener beeld afleiden, vuistregels destilleren die bij nieuwe beslissingen de weg wijzen. Een mooi voorbeeld daarvan is de dissertatie van Van Dam, later bewerkt tot handboek, die de (volkomen materiële) ‘maatschappelijke zorgvuldigheid’ van art. 6: 162 lid 2 BW scherpte geeft, Van Dam 2000 en Van Dam 1989.

73 Bovendien moet één instantie het laatste woord hebben; zo niet, dan zal rechtszekerheid niet of slechts heel moeizaam ontstaan – reden waarom het in de literatuur op staatsrechtelijke gronden wel bekritiseerde verschijnsel als de ‘kantonrechtersformule’ en andere rechtersregelingen haast onvermijdelijk zijn in zaken waarvoor niet één hoogste rechter is aangewezen. Rechtersregelingen strekken er dan ook vaak toe (evaluatieve begrippen in) materiële normen in te vullen.

een voldoende frequentie beslissingen neemt die het voldoende precies motiveert.⁷³ Materiële normen kunnen de rechtvaardigheid dienen, maar de prijs daarvoor is op zijn minst dat vele procedures en veel tijd, geld en energie nodig zijn om de rechtsonzekerheid die zij introduceren, te temperen.⁷⁴

III. BALANS

Wat valt er uit het voorgaande te leren?

Wie kiest tussen een formele en een materiële norm, moet op één specifiek juridisch terrein beslissen welke van (de) twee kernwaarden van het recht hij daarbij vooropstelt: rechtszekerheid of rechtvaardigheid. Slechts zelden is een normomschrijving voorhanden die beide waarden volledig dient. Daarom komt het meestal aan op een keuze tussen vorm en inhoud, wat een beslissing vereist over een 'uitruil' tussen de twee genoemde juridische kernwaarden. Voor die uitruil zijn de volgende algemene gezichtspunten te geven.

III.1 ALGEMENE GEZICHTSPUNTEN

(1) Om te beginnen: zoals wij bij Hart zagen, rust een modern rechtsstelsel op het fundament van een aantal ordenende regels zoals de rechtsbronnenleer, regels voor de bevoegdheid van de drie staatsmachten en regels voor de rechtspleging. Juist dat fundament smeedt een enorme kluwen aan regels voor menselijk gedrag om tot een rechtsorde. Een *rechtsorde* biedt zekerheid en duidelijkheid en daartoe is zij gegrond op een formele basis.

Juristen worden door de buitenwacht wel gezien als formalisten, lieden die zelfs bij schijnbaar eenvoudige problemen al moeilijk doen over regeltjes en procedures. Dat lijkt mij even goed een compliment als een verwijt: formaliseren is ook wat een jurist hóórt te doen, want een fatsoenlijk rechtssysteem schept minimaal een formeel kader

74 Het dienen van het rechtvaardigheidsgevoelen van het publiek lukt overigens alleen op terreinen van het recht waar geen al te sterke politieke polarisatie bestaat. Immers, op 'niet-gepolariseerde' terreinen zal het invullen van materiële normen aan de hand van het *rechterlijk* rechtvaardigheidsgevoel wel ongeveer stroken met de ideeën die leven bij het publiek. HR 7 december 1990, NJ 1991, 593 (Onwaardige deelgenoot) is een fraai voorbeeld: de rechter beslist op grond van het zuiver materiële art. 6:2 BW dat een man die volgens een vooropgezet plan zijn echtgenote vermoordt, het recht verspeelt op zijn helft van de door het huwelijk reeds ontstane goederengemeenschap. Er was geen *hard and fast rule* waarop deze beslissing kon worden gebaseerd, maar waarschijnlijk had geen zinnig mens anders beslist. Het feit dat de rechter hier de norm die hij toepast eigenlijk zelf uitvindt, is tegen die achtergrond niet zo'n probleem. Juist op gepolariseerde terreinen van het maatschappelijk leven moet het toepassen van zuiver materiële normen mijns inziens met veel grotere voorzichtigheid gebeuren (als de rechter althans het verwijt wil vermijden dat hij een politicus in toga is); daarom is het – bijvoorbeeld – jammer, maar wel verstandig dat het Straatsburgse Hof niet heeft willen uitspreken dat het gelijkheidsbeginsel en het recht op *family life* verplichten tot openstelling van een homohuwelijk, zie EHRM 24 juni 2010, AA 2011, p. 299 (Schalk & Kopf).

waarbinnen de vele belangengeschillen die tussen mensen rijzen, op ordelijke wijze worden beslecht of, beter nog, worden voorkomen.

(2) Het (publiek)recht bevat vele rechtsstatelijke waarborgen die de burger beschermen tegen machtsmisbruik door de overheid. Als die normen zich lenen voor *Ettikettenschwindel*, versterkt de rechter ze vaak met een materieel ondergravingsverbod. Bij belangrijke rechtsstatelijke normen is het vaak onvermijdelijk dat de rechter dat doet: hij moet soms dóór uiterlijke verschijningsvormen heen kijken om te verzekeren dat in werkelijkheid wordt bereikt, wat de rechtsnorm beoogde. Ondergravingsverboden en andere materiële hulpnormen hebben echter een juridiserend effect en om die reden is wel degelijk terughoudendheid gepast bij het introduceren ervan.

Daar komt nog iets bij. Mét het loslaten van de vormen in de oorspronkelijke rechtsfeitomschrijving en een oriëntatie op intrinsieke eigenschappen in het licht van achterliggende rechtswaarden – en dat is wat een materiële hulpnorm doet – wordt ook een belangrijke rem op de expansie van rechtersrecht losgelaten. Dat legt een grote verantwoordelijkheid op de rechter: de verantwoordelijkheid om zichzelf soms af te remmen en bij het toepassen en uitbouwen van materiële normen niet al te ver voor de troepen uit te lopen.

(3) Tot slot. Normen die erop zijn gericht om te verzekeren dat overheidsbesluiten een rechtvaardige inhoud hebben, zijn vaak al in de kern materieel omschreven en dat is ook lastig te vermijden, althans áls en voor zover wij van het recht verwachten dat het de rechtvaardigheid dient.

Nu zijn dit drie algemene uitgangspunten. Voor specifieke gevallen waarin de wetgever of de rechter een nieuwe regel in het leven wil roepen, is over de keuze tussen een vorm en inhoud nog het volgende te zeggen.

III.2 SPECIFIEKE GEVALLEN

Voor een te reguleren onderwerp is altijd wel een materiële normomschrijving te geven door de ratio van de norm – hoe vaag ook – in haar rechtsfeitomschrijving op te nemen. Met dat gegeven in het achterhoofd is het dus altijd nuttig om te bezien of voor een beoogde norm een zinvol formeel alternatief is te vinden. Dat lukt zeker niet altijd: een formeel criterium is namelijk alleen *zinvol* als het correspondeert met de ‘bolk’ van de gevallen waarin de norm – gelet op haar ratio – van toepassing zou moeten zijn.⁷⁵ Voor die gevallen biedt de formele norm dan een *hard and fast rule*.

75 Een formele norm kan ten opzichte van de gevallen die zij gezien haar ratio zou moeten bestrijken tegelijkertijd enigszins *underinclusive* en enigszins *overinclusive* zijn.

geen zinvol formeel criterium voorhanden

Als er geen zinvol formeel criterium voorhanden is, blijft het in beginsel bij een materiële normomschrijving. Ook dan echter kan de rechtstoepassing onder omstandigheden nog aanzienlijk vereenvoudigd worden door het (onvermijdelijk gebleken) materiële criterium te combineren met een formeel criterium of door het gedeeltelijk 'in te vullen' met formele vuistregels.

Denk bijvoorbeeld aan het belanghebbendebegrip in het bestuursrecht. Op grond van de wet is belanghebbend een ieder wiens 'belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken.' De rechtspraak vult dit in met de formele vuistregel dat iedereen die adressaat is van een besluit, *sowieso* belanghebbend is.⁷⁶

De Staatscommissie Grondwet heeft zich gebogen over de wens om het briefgeheim techniekonafhankelijk te formuleren. Een meerderheid doet het volgende materieel geformuleerde voorstel: 'Ieder heeft recht op vertrouwelijke communicatie.' Het criterium is duidelijk 'vager' dan het oude briefgeheim, wat bij enkelen de vrees wekt dat de bescherming zou kunnen eroderen. Een mooie tussenoplossing was de volgende norm geweest: 'Het briefgeheim en andere vormen van vertrouwelijke communicatie worden geëerbiedigd.'

wel een zinvol formeel criterium voorhanden

Is er wel een zinvol formeel criterium voorhanden, dan volgt een afweging. Voor het formele criterium wordt gekozen als de kosten van rechtsonzekerheid en juridisering *niet* opwegen tegen de mogelijkheid om (nog ietsje verder) aan de ratio van de norm tegemoet te komen; voor het materiële criterium wordt gekozen in het omgekeerde geval.

IV. DRIE VOORBEELDEN

Tot slot bespreek ik drie voorbeelden waarbij volgens mij een zinvolle keuze mogelijk is tussen een formele en een materiële norm. Mijn oplossingen zijn zeker niet de enig juiste en bovendien zijn zij vast gekleurd door persoonlijke voorkeuren, maar de voorbeelden laten wel zien hoe een zinvolle afweging kan worden verricht.

IV.1 TOETSING VAN DE WET AAN DE GRONDWET

Zoals bekend is nog steeds het 'Voorstel-Halsema' aanhangig, dat de rechter de bevoegdheid wil verlenen om de wet te toetsen aan de klassieke grondrechten in de Grondwet. Nu kennen de meeste van deze grondwettelijke grondrechten een formeel

⁷⁶ ABRvS 5 november 2003, JB 2004/8, zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2011, p. 67.

beperkingsregime. Meestal is een besluit van de wetgever de voornaamste voorwaarde voor een rechtmatige beperking. Dit eenvoudige systeem garandeert betrokkenheid van de volksvertegenwoordiging bij de beknopping van grondrechten. Naar de letter wekt het systeem echter de indruk, dat de wetgever vrijwel een blanco cheque krijgt om grondrechten terug te snoeien.⁷⁷ Rechterlijke toetsing van de wet aan de Grondwet heeft zo natuurlijk weinig zin.

Mocht het Voorstel-Halsema worden aangenomen, dan lijkt het mij echter evident dat de rechter vanaf dat moment bevoegd is, de wet op zinvolle wijze aan de Grondwet te toetsen. Welnu, een grondwettigheidstoetsing van enige betekenis kan weinig anders beogen dan dat de rechter mag beproeven of een wet die een bepaald grondrecht beperkt, dat – eenvoudig gezegd – op *faire* wijze doet. Deze ratio van het toetsingsrecht kan niet op zinvolle wijze in een formeel criterium worden vertaald omdat de grondrechtenbescherming bij uitstek een rechtsterrein vormt dat beoogt redelijkheid te bewerkstelligen, rechtvaardigheid en respect voor de menselijke waardigheid. Anders gezegd: bij de grondrechtenbescherming staat voorop dat het recht waarborgen moet bevatten om wetten en andere overheidsbesluiten een rechtvaardige inhoud te geven.

Welnu, wil de rechter toetsing van de formele wet aan de Nederlandse Grondwet zinvol gestalte geven, dat zal hij gebruik *moeten* maken van in de Grondwet in te lezen materiële hulpnormen zoals het vereiste dat de beperking van een grondrecht proportioneel en subsidiair moet zijn, dat zij de kern van een grondrecht niet mag aantasten,⁷⁸ en het resultaat moet zijn van een ‘zorgvuldige’ afweging van belangen, et cetera. De letter van de Grondwet vermeldt over deze normen niets, maar de rechter zou deze materiële hulpnormen – na invoering van toetsingsbevoegdheid – in zijn jurisprudentie mogen en moeten aanvaarden.

Het is evident, dat materiële toetsing van de wet aan de Grondwet een aantal nieuwe gevallen van rechtsonzekerheid in het leven zal roepen. Dat is echter de noodzakelijke prijs voor een betere garantie dat de wetgever de grondrechten respecteert.

IV.2 VERDRAGEN DIE AFWIJKEN VAN DE GRONDWET

Het geldende art. 91 lid 3 Gw bevat een verzwaarde parlementaire goedkeuringsprocedure voor verdragen die afwijken van de Grondwet. Deze verdragen worden goedgekeurd met ten minste twee derde van de uitgebrachte stemmen. In de parlementaire

77 Natuurlijk bevatten niet alle beperkingsclausules een *volledige* blanco cheque; sommige kennen een delegatieverbod voor de wetgever (art. 7 Gw bijvoorbeeld) of bevatten een doelclausulering (zie bijvoorbeeld art. 8 en 9 Gw). Ook in die gevallen is er echter naar de letter nauwelijks sprake van materiële normstelling. Dit probleem wordt geanalyseerd in Schutgens 2007.

78 Ik zou de rechter overigens afraden om een kernrechttheorie te introduceren. Hij kan het beter laten bij een proportionaliteitstoets in het concrete geval, zie Schutgens 2011, p. 207-208.

praktijk geschiedt de beoordeling óf een verdrag van de Grondwet afwijkt door te bezien of dat verdrag een Nederlands ambt verplicht om een concrete grondwetsbepaling te overtreden.⁷⁹ Dat is een min of meer formeel en dus in de parlementaire praktijk tamelijk goed toepasbaar criterium. Deze maatstaf heeft echter tot gevolg dat verdragen die substantiële nationale bevoegdheden overdragen aan een internationale organisatie zónder dat zij tot overtreding van een concrete grondwetsbepaling verplichten, slechts goedkeuring met een gewone meerderheid behoeven. Daardoor kan het parlement veel verdragen die zonder meer de *impact* hebben van een grondwetswijziging goedkeuren met een eenvoudige meerderheid van 51 procent. Zo zijn tot nu toe het EEG-Verdrag en al zijn opvolgers via de gewone procedure goedgekeurd. De laatste jaren zoeken sommigen naar een alternatief criterium, dat ervoor zou moeten zorgen dat ook verdragen die het effect hebben van een grondwetswijziging, een tweederdemeerderheid behoeven.⁸⁰

Of dat een goede zaak zou zijn, is een politiek beladen kwestie die kan blijven rusten; het gaat hier immers op de eerste plaats om normformuleringen. Stel eens dát de politiek zou besluiten het constitutionele recht op deze manier te wijzigen. Dat zou een interessante keuze opleveren tussen formele en materiële normstelling.

De ratio van de gewenste nieuwe bepaling zou zijn, dat verdragen die een wezenlijke nationale bevoegdheid naar het internationale niveau verleggen en daarom feitelijk op één lijn zijn te stellen met een grondwetswijziging⁸¹ onder de bijzondere goedkeuringsprocedure komen te vallen. Anders gezegd: de bijzondere procedure zou moeten gelden voor verdragen die formeel geen grondwetswijziging inhouden, maar daar materieel wel op neerkomen.

In verschillende buitenlandse landen is ervaring opgedaan met grondwettelijke normen die een bijzondere, verzwaarde goedkeuringsprocedure voorschrijven voor verdragen waarmee die 'wezenlijke nationale bevoegdheden' of iets vergelijkbaars worden overgedragen. Er is hier onvoldoende tijd en ruimte om deze discussies over te doen; anderen

79 Kortmann 2008, p. 175; Fleuren 2002, p. 66-67. Elzinga & De Lange 2006, p. 694 omschrijven dit criterium als de vraag of het verdrag rechtsgevolgen beoogt of toelaat die de Grondwet niet beoogt of toelaat.

80 Zie het Rapport van de Staatscommissie Grondwet 2010, dat uitgebreid op deze problematiek ingaat alsmede op de kwestie van het kiezen tussen een formeel en een materieel criterium. Daarover ook Schutgens 2011.

81 Men zou ook de verdragen eronder kunnen begrijpen die een fundamentele wijziging aanbrengen in de constitutionele ordening van bestaande internationale instituties zonder aan die instituties extra nationale bevoegdheid over te dragen. Dan zou een wijziging van Europese verdragen met het gevolg dat, bijvoorbeeld, een parlementair stelsel tussen Europees Parlement en Europese Commissie tot stand komt, ook een tweede meerderheid behoeven. Hier beginnen de problemen natuurlijk al, en de problemen ontstaan door het streven om datgene wat *vergelijkbaar* is met een grondwetswijziging onder art. 91 lid 3 Gw te brengen.

hebben deze materie al prachtig geanalyseerd.⁸² Die analyses laten vooral zien dat een grondwettelijke regel die een bijzondere procedure vereist voor een verdrag dat 'inbreuk maakt op essentiële voorwaarden voor de uitoefening van de nationale soevereiniteit' of 'wezenlijke bevoegdheden overdraagt' erg moeilijk eenduidig toepasbaar is. Daardoor moet in het buitenland vaak een (constitutionele) rechter de knoop doorhakken. Die grijpt dan naar hulpcriteria als 'wezenlijke bevoegdheden' of overdracht van 'soevereiniteit' of hij stelt een lijstje op van bevoegdheden die exclusief bij de nationale staat zouden moeten berusten, zoals (wezenlijke) belastingheffing en zeggenschap over de landsverdediging. Duidelijkheid over de toepasbaarheid van een dergelijk criterium ontstaat zo slechts door goed gemotiveerde uitspraken van een constitutionele rechter, en dan nog is er vaak op die uitspraken af te dingen.

Ons land kent geen constitutionele rechter. Een nieuw art. 91 lid 3 Gw zou in beginsel door de politieke organen zelf worden toegepast. Deze zullen dus zelf moeten beslissen of een verdrag een 'wezenlijke' bevoegdheid overdraagt aan een internationale organisatie. Het lijkt mij voorspelbaar dat dat tot eindeloze en vooral onbevredigende debatten zal leiden, waarbij bovendien de kans groot is dat in de loop der jaren uit de gevallen waarbij het artikel is toegepast, geen duidelijke precedents naar voren komen die in nieuwe gevallen de weg wijzen, al is het maar omdat de kamers der Staten-Generaal hun beslissingen niet zo zorgvuldig kunnen motiveren als een constitutionele rechter en omdat zij ook niet hóeven te werken als een rechter, dat wil zeggen steeds aansluitend bij vroegere beslissingen teneinde door de jaren heen een harmonieus geheel van consistente beslissingen te scheppen. Kortom: een materieel criterium zal waarschijnlijk een aanzienlijke rechtsonzekerheid introduceren die niet door jurisprudentievorming kan worden teruggedrongen.

Nu wil het toeval dat hier een mooi en naar mijn oordeel zinvol formeel alternatief voorhanden is.⁸³ In de praktijk zijn het vooral de verdragen tot wijziging van de bevoegdheden van de Europese Unie die de impact hebben van een echte grondwetswijziging. Een aanhangig voorstel tot grondwetswijziging van het Kamerlid Van der Staaij verklaart de bijzondere goedkeuringsprocedure van toepassing op verdragen tot wijziging van de verdragen waarop de Europese Unie is gegrondvest. Dit is een betrekkelijk een-

82 Zie Kortmann 1987; Breillat 2002. Zie verder bijv. Højesteret 6 april 1998, SEW 1998, p.398, r.o. 9.8 en 9.9.

83 Een ander formeel alternatief is te vinden bij Sillen 2005, die de bijzondere procedure van art. 91 lid 3 Gw uitsluitend wil toepassen op verdragen zonder opzeggingsclausule. Dit lijkt mij een minder 'zinvol' alternatief in die zin dat het een (te) groot deel van de beoogde verdragen niet zal dekken; als gevolg van het in 'Lissabon' geïntroduceerde art. 50 EU (dat terugtrekking uit de Unie mogelijk maakt) zou bijvoorbeeld geen enkel Unieverdrag meer onder de bijzondere procedure vallen.

voudig formeel criterium, dat zich bovendien nauwelijks leent voor *Etikettenschwindel* door Nederlandse politieke ambten. Die zijn immers niet bij machte eenzijdig een dergelijk verdrag van een andere naam te voorzien. In vergelijking met de materiële variant zijn de baten van dit formele criterium aanzienlijk: het is zeer eenduidig toepasbaar en dat is juist doordat de politiek zelf dit criterium moet toepassen, een duidelijk voordeel.⁸⁵

Als men de procedure van art. 91 lid 3 Gw wil uitbreiden met het oog op verdragen die van wezenlijk belang zijn voor onze constitutionele ordening, dan lijkt mij bij de daartoe beoogde normstelling de keuze in het voordeel van een formeel criterium uit te vallen.

IV.3 DE COMPETENTIEVERDELING TUSSEN DE BURGERLIJKE RECHTER EN DE BESTUURSRECHTER

Ten derde een prachtig – eigenlijk een vreselijk – voorbeeld van een ontsprend samenstel van formele en materiële normen: de regels voor de rechtsmachtverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter. Om alleen maar uit te leggen hoe deze taakverdeling in elkaar zit, heeft een gemiddeld handboek vele pagina's nodig. Zonder het hele verhaal uitgebreid te willen herhalen, probeer ik de taakverdeling te analyseren in termen van formele en materiële normstelling.

De bestuursrechter is bevoegd als beroep wordt ingesteld tegen bepaalde typen overheidsbesluiten. Is van een dergelijk besluit geen sprake, dan treedt de civiele 'restrechter' op. Zo procedeer je bijvoorbeeld over een bouwvergunning (een beschikking) bij de bestuursrechter, maar moet je voor de niet-waargemaakte belofte dat je een verhuiskos-

84 *Kamerstukken II 2006/07, 30 874, nr.1 e.v.* De behandeling van het voorstel werd opgeschort in verband met het advies dat de Staatscommissie Grondwet over deze materie zou uitbrengen; mede gezien de lauwe kabinetsreactie op het rapport (*Kamerstukken II 2011/12, 31 570, nr. 20*) is het niet onwaarschijnlijk dat het voorstel uiteindelijk zal worden ingetrokken.

85 Hier is natuurlijk wel meer over te zeggen. Het criterium is *underinclusive* omdat er nog andere verdragen zijn met constitutionele impact, zoals verdragen die wijziging brengen in het EVRM of de VN. Dat kan gedeeltelijk worden opgelost door andere 'vormen' aan de rechtsfeitomschrijving toe te voegen. Zelfs een criterium als 'verdragen die strekken tot wijziging van de verdragen waarop de Europese Unie is gegrondvest of andere verdragen met een wezenlijk effect op de nationale constitutionele ordening' brengt al een behoorlijke rechtszekerheid. Van der Staaits criterium is daarnaast tevens *overinclusive* omdat ook onbeduidende wijzigingen in het Europese constitutionele bestel onder de verzwaarde goedkeuringsprocedure zullen vallen. Die prijs lijkt mij acceptabel, mede omdat onbeduidende wijzigingen wel kunnen wachten. Instructief is het Rapport van de Staatscommissie Grondwet 2010, p. 116-121.

tenvergoeding kunt krijgen (een feitelijke handeling) naar de burgerlijke rechter.⁸⁶ In de basis berust de taakverdeling dus op vrij overzichtelijke en min of meer⁸⁷ formele criteria.

Nu wordt deze eenvoudige formele basis aanzienlijk gecompliceerd doordat er materiële normen aan worden toegevoegd ter bescherming van twee concurrerende rechtswaarden. (a) Het streven naar *rechterlijke specialisatie* leidt tot introductie van materiële hulpnormen tegen ondergraving van het formele stelsel. (b) Het streven naar *effectieve rechtsbescherming* leidt ertoe, dat de specialisatiegedachte soms weer wordt gecorrigeerd ten behoeve van de toegankelijkheid van de rechter.

a. rechterlijke specialisatie: ondergravingsverboden

Bijna alle overheidsmaatregelen ‘werken’ door een *keten* van feitelijke handelingen en rechtshandelingen.⁸⁸ Voordat, bijvoorbeeld, een bedrag aan toeristenbelasting op de rekening van de gemeente staat, moet een belastingverordening worden vastgesteld, moet er informatie worden uitgewisseld tussen gemeente en belastingplichtige, moet een aanslag worden opgelegd⁸⁹ en moet de belastingplichtige het verschuldigde bedrag overboeken. Elke schakel van deze keten is noodzakelijk voor de uiteindelijke ontvangst van het verschuldigde bedrag. Slechts één schakel uit de keten heeft echter de geschikte *vorm* om daartegen bij de gespecialiseerde bestuursrechter⁹⁰ te procederen.

Tegelijk werkt een bepaalde interpretatie van het recht of appreciatie van de feiten ergens ‘vooraan’ in de keten, *materieel* dóór in alle schakels die volgen. Als bijvoorbeeld een gemeentelijke verordening toeristenbelasting oplegt aan de deelnemers van stadsrondvaarten – wat volgens de Gemeentewet niet mag⁹¹ – dan leidt die onjuiste rechts-

86 Zie voor het laatste HR 2 februari 1990, AB 1990, 223 (Staat/Bolsius).

87 ‘Min of meer’ omdat de *bulk* van de aldus appellabel verklaarde overheidsbesluiten aan zijn vorm valt te herkennen. Er zijn echter grensgevallen waar de vraag óf van een besluit sprake is, afhangt van een materieel criterium, zoals bijvoorbeeld het geval is bij besluiten afkomstig van sommige ‘b-organen.’ Zie ABRvS 30 november 1995, AB 1996, 136 (Stichting Silicose Oud-Mijnwerkers); b-organen zijn immers, anders dan a-organen, materieel gedefinieerd. Ook de begrenzing tussen de niet-appellabele algemeen verbindende voorschriften (en beleidsregels) enerzijds en de wel appellabele overige besluiten van algemene strekking anderzijds is gedeeltelijk afhankelijk van materiële criteria en levert daardoor soms wat ‘zwabberende’ jurisprudentie op, vgl. Kooper 2009.

88 Zie voor een recente, heldere analyse Schueler 2010.

89 Bij gemeentelijke belastingen is een aanslag niet altijd nodig, zie art. 233 Gemw, maar dat is hier niet relevant.

90 Het gaat i.c. om de belastingrechter die ik echter aanduid met zijn genusnaam ‘bestuursrechter.’

91 HR 16 oktober 1992, AB 1993, 40 (Vulhoph/Amsterdam); uit HR 30 maart 1983, BNB 1983, 191 blijkt de onrechtmatigheid van een dergelijke verordening.

opvatting tot onjuiste mededelingen van ambtenaren, onjuiste aanslagen en onverschuldigde betalingen. Materieel dezelfde, foutieve wetsinterpretatie komt in steeds andere vorm tot expressie.

Nu scheidt de – in beginsel bestaande – mogelijkheid voor de justitiabele om bij de burgerlijke rechter te klagen over de *niet*-appellabele ‘vormen’ uit de keten het gevaar dat de competentie van de bestuursrechter wordt ondergraven. Immers, de justitiabele zou met voorbijgaan aan de bestuursrechtelijke rechtsgang kunnen gaan procederen wegens onrechtmatige informatieverstrekking of onverschuldigde betaling.

Om deze uitholling van de rechterlijke specialisatie tegen te gaan heeft de burgerlijke rechter hulpnormen ontwikkeld die ertoe strekken om rechtsvragen die materieel aan de bestuursrechter kunnen of hadden kunnen worden voorgelegd, ook zoveel mogelijk door die rechter te laten beantwoorden. De burger is niet-ontvankelijk als hij bij de civiele rechter een geschil aanbrengt dat hij zonder problemen aan de bestuursrechter kan voorleggen (de niet-ontvankelijkheidsregel)⁹² en een besluit waartegen de termijn voor bezwaar en beroep is verstreken, geldt later automatisch als rechtmatig, waardoor aansprakelijkheid voor alle latere handelingen ter uitvoering van het betreffende besluit wordt ‘afgedekt’, ongeacht hun vorm (de leer van de formele rechtskracht).⁹³

Zo werd in de zaak Vulhop beslist, dat betaling van een aanslag voor gemeentelijke toeristenbelasting die berust op een later onverbindend gebleken verordening, na verstrijken van de beroepstermijn tegen de *aanslag*, niet bij de burgerlijke rechter ongedaan kan worden gemaakt met het argument dat de achterliggende *regeling* onverbindend en de betaling dus onverschuldigd is. Zou dat anders zijn, dan kan de burgerlijke rechter de onaantastbaar geworden aanslag materieel alsnog ongedaan maken en zo de competentie van de bestuursrechter ondergraven.

Zowel de regel van niet-ontvankelijkheid als de regel van de formele rechtskracht is dus te beschouwen als een ondergravingsverbod dat de rechterlijke specialisatie beschermt.

b. effectieve rechtsbescherming

Gelukkig streeft de rechtspraak in ons land niet alleen naar rechterlijke specialisatie, maar wil zij de burger ook een effectieve rechtsbescherming bieden. Dat wil zeggen dat

92 Bijvoorbeeld omdat hij het geschil verpakt als een onrechtmatige daad, terwijl het materieel neerkomt op de klacht dat een beschikking onjuist is.

93 Mijn verontschuldigen voor het feit dat de ‘leer van de formele rechtskracht’ in de hier gekozen terminologie (toevallig) een ‘materiële hulpnorm’ blijkt te zijn – het betreft immers een ondergravingsverbod met de strekking dat latere handelingen die inhoudelijk door het onaantastbaar geworden besluit worden gedekt, als rechtmatig hebben te gelden.

de burger de aanspraken die het materiële recht hem toekent, op een voldoende eenvoudige wijze in rechte moet kunnen afdwingen. Té ver doorvoeren van de rechterlijke specialisatie kan de toegang tot de rechter voor de justitiabele onaanvaardbaar beknotten. Ten behoeve van een effectieve rechtsbescherming neemt de burgerlijke rechter dan een uitzondering aan op de formele rechtskracht of de regel van niet-ontvankelijkheid.

Ik noem twee voorbeelden. Als een justitiabele een wettelijke regeling wil aanvechten, wordt van hem niet verwacht dat hij een op die regeling gebaseerde vergunning aanvraagt onder aantekening van zijn standpunt dat de regeling volgens hem onverbindend is, om vervolgens tegen de beschikking waarbij op die aanvraag wordt beslist bij de bestuursrechter te gaan procederen. De eisen van een 'doeltreffende rechtsbescherming tegen de overheid' brengen mee dat hij de vraag naar de verbindendheid van de regeling rechtstreeks aan de burgerlijke rechter kan voorleggen.⁹⁴

Als de overheid de burger confronteert met een besluit, maar de burger op het verkeerde been zet over het rechtskarakter daarvan door dat besluit de vorm te geven van een privaatrechtelijke rechtsfiguur, dan is de burgerlijke rechter eveneens bevoegd.⁹⁵

Het beginsel van rechterlijke specialisatie blijkt, kortom, niet absoluut: deze rechtswaarde kan en moet worden afgewogen tegen het belang van een effectieve rechtsbescherming en zij moet daarvoor in de praktijk soms wijken.

c. naar een zinvol formeel criterium voor competentieverdeling

Het grote nadeel van deze benadering⁹⁶ is, dat de interne competentieverdeling tussen twee rechterlijke kolommen afhankelijk wordt van een afweging van rechtswaarden die per geval kan verschillen en die naar mijn idee lang niet altijd even voorspelbaar of logisch uitpakt.⁹⁷ Daardoor ontstaat een uitermate complex stelsel, dat vaak slechts begrijpelijk is voor specialisten en dat bovendien nog steeds niet helemaal 'af' is, zodat er om de zoveel tijd weer gevallen opduiken waarin toch weer niet duidelijk is hoe de afweging concreet zal uitvallen.

94 HR 11 oktober 1996, AB 1997, 1 (Leenders/Ubbergen).

95 HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 (Heesch/Van de Akker).

96 Let wel: behalve in het arrest *Leenders/Ubbergen* wordt deze benadering door de Hoge Raad nauwelijks geëxpliciteerd. Niettemin lijkt het bovenstaande een adequate weergave van de afweging die de rechter in werkelijkheid verricht.

97 Een voorbeeld. Als gezegd, wordt de justitiabele niet al te snel niet-ontvankelijk verklaard als hij bij de burgerlijke rechter een wettelijke regeling aanvecht, die hij door het uitlokken, aanvragen of afwachten van een uitvoeringsbeschikking ook (exceptief) door de bestuursrechter kan laten toetsen, zie *Leenders/Ubbergen*. Een belangenorganisatie echter, die op de voet van art. 3: 305a BW de verbindendheid van een regeling wil aanvechten ten

Hiervoor is al betoogd, dat het ‘inbouwen’ van materiële normen in het recht onvermijdelijk is en zelfs valt toe te juichen als men voldoende flexibiliteit wil scheppen om in concrete gevallen rechtvaardige oplossingen te kunnen vinden. Daarom moet enige toename van de juridische complexiteit en onvoorspelbaarheid soms op de koop toe worden genomen. De complexe competentieverdelingsregels echter beantwoorden uiteindelijk slechts de vraag, of de burger bij loket A of bij loket B moet zijn – moreel een totaal oninteressante kwestie. De vraag hoe, gegeven het feit dat de burger bij *een* rechter terecht kan, die rechtsmacht tussen twee typen rechters is verdeeld, is een intern-juridische ordeningskwestie die voor de rechtvaardigheid van het recht tegenover de burger grotendeels indifferent is. De baten van materiële normstelling wegen hier niet tegen de kosten op. Iedere materiële norm die aan deze loketvraag wordt besteed, is er daarom een te veel.

Het probleem van het huidige stelsel is, dat de wetgever de *ratio* van de rechtsmachtverdeling – te weten: het bewerkstelligen van rechterlijke specialisatie – heeft verbonden aan een slecht gekozen formeel criterium, dat de ‘bulk’ van de beoogde gevallen niet dekt. De bestuursrechter is immers slechts bij bepaalde typen publiekrechtelijke (rechts)handelingen bevoegd. Als men vervolgens toch gaat proberen om vanuit dit slecht gekozen basiscriterium een rechterlijke specialisatie gestalte te geven, ontstaat een gewrongen en onnodig complex stelsel.

Het is dus zaak, als uitgangspunt voor de rechtsmachtverdeling een zinvol formeel criterium te kiezen, dat wil zeggen een formeel criterium dat de lading zoveel mogelijk dekt, om dan aan de ‘randen’ eventueel correcties aan te brengen.

behoefte van haar ‘achterban’, wordt wel degelijk niet-ontvankelijk verklaard als de leden van haar achterban de betreffende regeling eenvoudig zelf aan de bestuursrechter kunnen voorleggen, terwijl die organisatie doorgaans niet belanghebbend is bij dergelijke individuele uitvoeringsbeschikkingen, HR 9 juli 2010, *JB* 2010/174 (Leges Turkse immigranten) en Rb 's-Gravenhage 2 februari 2011, *JB* 2011/78 (Privacy First). De *ratio* van art. 3: 305a BW is, belangenorganisaties gemakkelijk ten behoeve van individuen te laten procederen. Daarom kan net zo goed kunnen worden geredeneerd dat een effectieve rechtsbescherming vergt dat deze organisaties niet de toegang tot de rechter mag worden ontzegd. Een volstreekte draak – anders kan ik het niet noemen – is de competentieverdeling bij onjuiste inlichtingen die aan een appellabel besluit voorafgaan. De vraag of daarover bij de burgerlijke rechter kan worden geprocedeerd is afhankelijk van het ondoorzichtige, materiële criterium of de betreffende inlichtingen een ‘onzelfstandig karakter’ dragen ten opzichte van de latere beschikking, zie HR 2 februari 1990, *AB* 1990, 223 (Staat/Bolsius) enerzijds en HR 9 september 2005, *NJ* 2006, 99 (Kuipers/Valkenswaard); HR 23 december 2005, *LJN* AU4526 en HR 25 april 2008, *JB* 2008/122 anderzijds.

98 Dat vereist overigens aanzienlijke aanpassingen in het bestuursprocesrecht, waar ik nu aan voorbij moet gaan; het resultaat zal uiteindelijk toch iets minder eenvoudig zijn dan ik het hier voorstel. Over andere aanknopingspunten voor de competentieverdeling tussen burgerlijke en bestuursrechter is veel te leren uit het proefschrift van Bart Roozendaal, zie Roozendaal 1998.

De ratio van de rechtsmachtverdeling is naar mijn idee, de bestuursrechter in ieder geval te laten oordelen over alle geschillen die publiekrechtelijk van aard zijn. Er zijn verschillende formele criteria denkbaar die deze lading beter dekken dan de huidige beperking van de competentie tot beschikkingen en besluiten van algemene strekking in enge zin.

Men kan de bestuursrechter competentie verlenen voor alle beroepen tegen publiekrechtelijke besluiten.

Een nog eenvoudiger formeel uitgangspunt lijkt mij, de bestuursrechter bevoegd te verklaren in alle rechtsgedingen waar *de overheid* gedaagd is, terwijl de burgerlijke rechter bevoegd is in geschillen waarin een particulier of een privaatrechtelijke rechtspersoon wordt gedaagd'.⁹⁸ Als gevolg van dit tweede criterium zullen er soms geschillen bij de bestuursrechter terechtkomen die zuiver privaatrechtelijk zijn of lijken, bijvoorbeeld als de gemeente een zaaltje verhuurt of een medewerker van de gemeentelijke plantsoendienst een passant letsel toebrengt door zijn hark te laten slingeren. Volgens mij kan de bestuursrechter dit soort zaken prima beoordelen,⁹⁹ maar als men dat wenselijker vindt, kan ter correctie een criterium worden toegevoegd dat de burgerlijke rechter toch competent is als de overheid optreedt op gelijke voet met een burger. Deze correctie is materieel geformuleerd en levert dus van tijd tot tijd onduidelijkheid op. Enige aanvulling met materiële normen zal, zo blijkt ook hier, nooit te vermijden zijn, wil men ondergraving tegengaan en onbillijkheden corrigeren.¹⁰⁰ De problemen die zich als gevolg van deze voorstellen zullen voordoen, lijken mij echter veel geringer van omvang dan de problemen met de huidige competentieverdeling. Het voorgestelde criterium is namelijk een betere formele vertaling van de ratio van de competentieverdeling. Daardoor komen in ieder geval de zaken die zich in het 'hart' van het publiekrecht afspelen bij de bestuursrechter terecht, en zo zal waarschijnlijk een groot deel van de huidige afstemmingsellende verdwijnen.¹⁰¹

99 Het is helemaal niet zo'n vreemde benadering om geschillen waarin de overheid 'op gelijke voet met een burger' optreedt, toch door een speciale overheidsrechter te laten beslechten. Juist die overheidsrechter heeft mogelijk (nog) meer oog voor de publiekrechtelijke beginselen waaraan de overheid altijd gebonden is, óók als zij privaatrechtelijk handelt, zie bijv. HR 26 april 1996, NJ 1996, 728 (Rasti Rostelli).

100 Een voorbeeld: als het criterium gaat luiden dat de bestuursrechter bevoegd is als de overheid wordt gedaagd, dan scheidt dat in theorie mogelijkheden voor overheden om de waarborgen van het publiekrecht te omzeilen door bepaalde activiteiten of besluiten bij een stichting onder te brengen. Ter voorkoming daarvan zijn dan weer materiële constructies nodig als 'stichtingen waarin de overheid een overwegende zeggenschap heeft.' Dit betreft echter niet het hart van de publiekrechtelijke besluitvorming. In het huidige stelsel doorsnijdt de competentieverdeling normale, alledaagse zaken.

101 Bovendien kunnen zij grotendeels worden opgelost met vrij eenvoudige interne verwijzingsregels waarmee de justitiabele niet hoeft te worden lastiggevallen.

V BESLUIT

Dames en heren, de kritische geesten onder u willen mij misschien tegenwerpen dat mijn richtlijn voor de keuze tussen vorm en inhoud eigenlijk neerkomt op een proportionaliteitsafweging – en dat is op zich een materieel criterium. Het gaat uiteindelijk immers om een keuze van normatieve aard, en daarvoor is geen *hard and fast rule* te geven.¹⁰² Toch is het blootleggen van de hier genoemde afweging zinvol. Dat kan namelijk leiden tot een explicietere afweging en een explicietere afweging is vaak ook een betere afweging – beter in die zin dat zij goed geïnformeerd tot stand komt, in het volle bewustzijn van de uitruil die tussen verschillende rechtswaarden plaatsvindt.

De rechtswetenschap – algemeen of niet – kan eigenlijk nooit *bewijzen* dat het recht zus of zo zou moeten luiden. Rechtswetenschappers moeten dat volgens mij ook niet proberen. Het streven moet wel zijn: juridische problemen analyseren, duiden en verklaren en binnen het rechtssysteem passende, consistente oplossingen voorstellen voor nieuwe problemen die zich in onze veranderlijke maatschappij steeds aandienen en dat alles – als het even kan – met een open oog voor de normatieve keuzes die aan al die problemen, uitspraken, regels, beginselen en oplossingen ten grondslag liggen. Mocht ik daar vanmiddag enigszins in zijn geslaagd, dan ben ik een tevreden mens.

Mijnheer de rector, aan het einde van deze rede gekomen wil ik graag een aantal bijzondere mensen noemen.

Dames en heren eerstejaars studenten. Het is eigenlijk een academische *faux pas* om met u te beginnen, maar ik doe het toch. Mijn leeropdracht – en dat is zeldzaam – is voor een belangrijk deel gericht op het onderwijs. Natuurlijk is ook mijn onderzoekstaak mij zeer dierbaar, maar het is wel zo, dat hier een hoogleraar voor u staat zich die uitdrukkelijk ook als een *leraar* beschouwt – maar dan wel een hele hoge. Dames en heren studenten, u paart een soms wat naïef verlangen naar recht aan een onbedorven verontwaardiging over onrecht – en dat zijn ervaringen die zelfs bij iemand die op 11 november 2011 pas 33 wordt, soms al een klein beetje zijn gesleten. U bent écht te raken, want voor u is alles nieuw. Ik vind het een eer dat ik van die belangrijke nieuwe ervaring voor vele generaties Nijmeegse juristen deel mag uitmaken.

Het college van bestuur van deze universiteit dat het vorig jaar heeft aangedurfd om een relatief jonge en eigenlijk nog maar pas gepromoveerde jurist tot hoogleraar te benoe-

102 Daarover terecht Smith 2011, p. 756-757. Zie ook paragraaf II.4 van deze rede.

men. Ik voel heel goed welk groot vertrouwen daaruit spreekt en ik zal mijn best doen om dat waar te maken.

De collega's van de kleine sectie Algemene rechtswetenschap en van het grote Onderzoekscentrum voor Staat en Recht, met wie het altijd de moeite waard is om van gedachten te wisselen over de vele boeiende kwesties waarin het recht een rol speelt. Het is stimulerend om in zo'n omgeving onderwijs te geven en onderzoek te verrichten en wat nog leuker is, ik krijg de indruk dat het de afgelopen twee jaar ook steeds stimulerender wordt.

Mijn oma. Het is natuurlijk best zeldzaam om op je 33e te oreren, maar – en mijnheer de pedel heeft dat speciaal voor mij uitgezocht – veel bijzonderder is het als de oma van een nieuwe professor bij zijn oratie aanwezig is. Geweldig dat jij er bent.

Vati und Mutti. Wat een voorrecht als je wieg staat in de Dokter de Weverlaan in Heerlen en als je daarna verhuist naar de Vruschemigerweg, en dat je dan mag opgroeien omringd door jullie liefde en zorg. Je krijgt dat zomaar in de schoot geworpen en je kunt er de rest van je leven op vooruit.

Stephan. Het is al eens in druk verschenen, maar ik heb het eigenlijk nooit tegen je gezegd en dat terwijl het nog altijd waar is, misschien nog wel meer dan toen ik het voor het eerst opschreef:

Samen met jou is het eten altijd lekkerder, smaakt de wijn altijd beter, heeft het herfstbos de mooiste kleuren en jij maakt me heel vaak heel vrolijk.

Mijnheer de rector,

ik heb gezegd.

LITERATUUR

- **Asser-Scholten 1974**

P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel, met feitelijke gegevens aangevuld door Mr. G.J. Scholten*, Zwolle: Tjeenk Willink 1974.

- **Barents & Brinkhorst 2006**

R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2006.

- **Barnard 2010**

Catherine Barnard, *The substantive law of the EU* (3rd ed.), Oxford University Press 2010, p. 237-242.

- **Borgers 2011**

M.J. Borgers, 'De communicatieve strafrechter', *Handelingen Nederlandse Juristenvereniging* 2011, p. 103-185.

- **Bovend'Eert & Kummeling 2010**

P.P.T. Bovend'Eert & H.R.B.M. Kummeling, *Het Nederlandse parlement* (11e dr), Deventer: Kluwer 2010.

- **Breillat 2002**

D. Breillat, 'Les engagements internationaux contraires à la constitution en France', in: Breillat, Kortmann & Fleuren 2002, p. 1-22.

- **Breillat, Kortmann & Fleuren 2002**

D. Breillat, C.A.J.M. Kortmann & J.W.A. Fleuren, *Van de constitutie afwijkende verdragen*, Deventer: Kluwer 2002.

- **Brouwer e.a. 2004**

P.W. Brouwer e.a., *Recht, een introductie* (2e druk), Den Haag: Bju 2004.

- **Cliteur & Ellian 2009**

P.B. Cliteur & A. Ellian, *Encyclopedie van de rechtswetenschap II. Positief recht* (2e dr), Deventer: Kluwer 2009.

- **Corstens & Borgers 2011**

G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht* (7e dr), Deventer: Kluwer 2011.

- **Van Dam 1989**

C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid: een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats, inhoud en functie van de zorgvuldigheidsnorm bij aansprakelijkheid voor letsel- en zaakschade* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989.

- **Van Dam 2000**

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht: een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Bju 2000.

- **Dölle 1988**

A.H.M.Dölle, *Over ongeschreven staatsrecht* (diss. Groningen), Groningen: Wolters-Noordhoff 1988.

- **Elzinga & De Lange 2006**

D.J. Elzinga & R. de Lange m.m.v. H.G. Hoogers, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht* (15e dr.), Deventer: Kluwer 2006.

- **Engels 2011**

H. Engels, 'Staatsrechtvinding rondom constitutionele instellingen niet gediend met positivistische dogmatiek' (reactie op Sillen 2011), *NJB* 2011, p. 2212-2213, met een naschrift van Sillen op p. 2213.

- **Fairhurst 2010**

John Fairhurst, *Law of the European Union* (8th ed.), Harlow: Pearson 2010.

- **Fleuren 2004**
J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: BJu 2004.
- **Fleuren 2002**
J.W.A. Fleuren, 'Verdragen die afwijken van de Nederlandse Grondwet', in: Breillat, Kortmann & Fleuren 2002, p. 43-78.
- **Groenewegen 2006**
Taco Groenewegen, *Wetsinterpretatie en rechtsvorming* (diss. UvA), Den Haag: BJu 2006.
- **Groenhuijsen & Kristen 2001**
M.S. Groenhuijsen & F.G.H. Kristen, 'Het Bestimmtheitsgebot bepaald', DD 2001, p. 330-346.
- **Hage 2010**
J.C. Hage (red.), *Recht, vaardig en zeker. Een inleiding in het recht* (5e dr.), Den Haag: BJu 2010.
- **Hart 1994**
H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (second edition), Oxford: Oxford University Press 1994.
- **J.E. Jansen 2011**
J.E. Jansen, 'Over de ontzakelijkheid van dieren en de grenzen van het zaaksbegrip', *RMThemis* 2011, p. 187-201.
- **Kjellefold 2011**
L.A. Kjellefold-Hoegge, *Rechtsbescherming tegen bestuurshandelen in Nederland, Noorwegen en Zweden* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011.
- **Kooper 2009**
R. Kooper, 'De mythe van de concrete norm', *NJB* 2009, 441.
- **Kortmann 1987**
C.A.J.M. Kortmann, 'Iets over soevereiniteit', in: B.F. de Jong, C.A.J.M. Kortmann & H.R.B.M. Kummeling (red.), *Nijmeegs staatsrecht: Bundel opstellen aangeboden aan mr. H.J.M. Beekman*, Nijmegen: GNI 1987, p. 59-63.
- **Kortmann 2008**
C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008.
- **Quispel 2005**
Y. Quispel, 'Niet geregistreerde samenwoners vanuit het perspectief van het huwelijksvermogens- en erfrecht', *FJR* 2005, p. 40-46.
- **Roozendaal 1998**
B.J.P.G. Roozendaal, *Overheidsaansprakelijkheid in Frankrijk, Duitsland en Nederland* (diss. Tilburg), Deventer: Gouda Quint 1998.
- **Schlössels & Zijlstra 2010**
R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *De Haan/Drupsteen/Fernhout. Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat* (6e dr.), Deventer: Kluwer 2010.
- **Schueler 2010**
B.J. Schueler, 'Aan de rechterlijke macht is opgedragen het verknippen van geschillen over publiekrecht en over schuldvorderingen', in: L.E.M. Besselink & R. Nehmelman (red.), *De aangesproken staat*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010.
- **Schutgens 2007**
R.J.B. Schutgens, 'Het Voorstel-Halsema en de toetsbaarheid van de wet', *RegelMaat* 2007, p. 12-27.

- **Schutgens 2011**
R.J.B. Schutgens, 'Het rapport van de Staatscommissie Grondwet', *RMThemis* 2011, p. 202-213.
- **Sieburgh 2008**
C.H. Sieburgh, 'L'art de la distinction. 'Alle oordeel is dat des ondersheids'', *NJB* 2008, p. 3-13.
- **Sillen 2005**
J.J.J. Sillen, 'Verdragen die afwijken van de Grondwet en beperking van soevereiniteit: een nieuwe benadering', *RegelMaat* 2005, p. 129-139.
- **Sillen 2011**
J.J.J. Sillen, 'Eerste Kamer en kabinet', *NJB* 2011, p. 1486-1492.
- **Smith 2007**
C.E. Smith, *Regels van rechtsvinding*, Den Haag: BJu 2007.
- **Smith 2011**
C.E. Smith, 'Meergelaagdheid van rechtsordes: oude wijn in nieuwe zakken? Twee kritische kanttekeningen bij het magistrale Algemeen Deel van Van Gerven en Lierman', *AA* 2011, p. 753-757.
- **Tak 1984**
A.Q.C. Tak, *Bevoegdheidsafbakening van de AROB-rechter; kunstig of gekunsteld?* (inaugurale rede Maastricht), Deventer: Kluwer 1984.
- **Verheugt 2011**
J.W.P. Verheugt, *Inleiding in het Nederlandse recht*, Den Haag: BJu 2011.
- **Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2011**
H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier Juridisch 2011.

