

LIBER AMICORUM

IN VELE KWALITEITEN

Ter gelegenheid van het afscheid van

mr. H. van Leeuwen

van de Centrale Raad van Beroep

In vele kwaliteiten



mr. H. van Leeuwen

LIBER AMICORUM

IN VELE KWALITEITEN

Ter gelegenheid van het afscheid van

mr. H. van Leeuwen

van de Centrale Raad van Beroep

Redactie:

T. Hoogenboom
M.M. van der Kade
T.L. de Vries
B.C. Rog

© 2007 Centrale Raad van Beroep, Utrecht

Omslagontwerp: B.C. Rog

Opmaak: L. Nieuwenhuis

ISBN: 978-90-812064-1-9

Alle rechten voorbehouden.

Behoudens de door de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke andere wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de Centrale Raad van Beroep.

Bij de toepassing van artikel 16b en 17 Auteurswet 1912 wettelijke verschuldigde vergoedingen wegens fotokopiëren dienen te worden voldaan aan de Stichting Reprerecht, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, tel.: 023-7997810. Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van artikel 16 Auteurswet 1912 dient men zich te wenden tot de Stichting PRO, Postbus 3060, 22130 KB Hoofddorp, tel.: 023-7997809. Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te richten tot de Centrale Raad van Beroep.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de aanwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en Centrale Raad van Beroep deswege geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van eventueel voorkomende fouten en onvolledigheden.

All right reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without prior consent of the Administrative High Court.

While every effort has been made to ensure the reliability of the information presented in this publication, the authors, the editors and the Administrative High Court guarantee the accuracy of the data contained herein, nor accept responsibility for any errors or omissions or their consequences.

Citeertitel: In vele kwaliteiten.

Voorwoord

Per 1 juni 2007 verlaat mr. H. van Leeuwen de Centrale Raad van Beroep. Daarmee komt een einde aan een langdurige wetenschappelijke en rechterlijke carrière.

Henk van Leeuwen legde in 1970 in Groningen het doctoraalexamen Nederlands Recht af. Na het vervullen van de (vervangende) militaire dienstplicht was hij enkele jaren werkzaam als gemeenteambtenaar. Van 1974 tot 1978 was Henk van Leeuwen wetenschappelijk medewerker inleiding recht en algemene rechtsleer bij de Katholieke Universiteit Nijmegen. In 1978 trad hij toe tot de raad van beroep en het ambtenarengerecht te Arnhem, aanvankelijk als gerechtsauditeur. In 1980 werd hij aldaar tot ondervoorzitter benoemd. Begin 1988 maakte Henk de overstap naar de Centrale Raad. In 1995 werd hij benoemd tot vice-president en in 1997 ging hij als coördinerend vice-president deel uitmaken van het bestuur van de Centrale Raad. In 2004 nam hij ontslag als lid van het bestuur.

Henk van Leeuwen is binnen de Centrale Raad lange tijd belast geweest met de behandeling van geschillen op het gebied van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering. Gedurende ruim twee jaar maakte hij deel uit van de bijstandskamers. Eind 2001 werd Henk voorzitter van de internationale kamer van de Centrale Raad.

Binnen het bestuur van de Centrale Raad had Henk van Leeuwen als portefeuille (de bewaking van de) kwaliteit. Het is geen toeval dat hij deze portefeuille onder zich had. Wie met Henk heeft mogen samenwerken, weet dat hij kwaliteit hoog in het vaandel heeft staan. Theoretische onderbouwing en consistentie van rechtspraak zijn voor Henk belangrijke thema's, hetgeen gezien zijn wetenschappelijk achtergrond geen verbazing kan wekken. Door zijn rustige en aimabele optreden wist Henk de mensen om hem heen te enthousiasmeren om gezamenlijk zijn hoge streefniveau te bereiken. Niet alleen in zijn werkzaamheden bij de Centrale Raad, maar ook daarvoor en daarbuiten heeft Henk door zijn enthousiasme voor de wetenschap in het algemeen en het juridische vak in het bijzonder velen aan zich weten te binden. Een groot aantal van hen heeft dan ook graag gevolg gegeven aan de oproep een bijdrage te leveren aan dit boek. Het zijn vogels van divers pluimage, mensen die Henk in verschillende periodes van zijn leven heeft leren kennen en die hem in die periode gewaardeerd hebben. De bijdragen zijn al even divers: persoonlijke herinneringen, beschouwingen over algemene thema's, bespiegelingen over diverse terreinen van het recht en/of wetenschappelijke artikelen wisselen elkaar af.

'In vele kwaliteiten' is een boek om het einde van het werkzame leven van Henk van Leeuwen te markeren. De titel refereert zowel aan de kwaliteiten van Henk als de vele kwaliteiten waarin de schrijvers hem hebben leren kennen. Ter ere van Henk van Leeuwen, die thans weer een nieuwe wetenschappelijke uitdaging zoekt in de studie klassieke talen.

De redactie.

Inhoudsopgave

	blz.
Voorwoord	7
1. Taal en rechtspraak	11
2. De bronzen platen uit Heraclea	19
3. Nut, positivisme en natuurrecht	39
4. Rond 1968	48
5. Gelijkheidsbeginsel en leeftijdsdiscriminatie in de openbare dienst	55
6. Het recht op bijstand in internationaalrechtelijk perspectief (een inventarisatie)	64
7. Termijnoverschrijdingen bij procederen vanuit het buitenland	72
8. De tanden van het internationale recht: het individueel klachtrecht	81
9. Het griffierecht en de toegang tot de rechter	88
10. Zallemenut nog 'n keertje overdoen, want het was niet naar m'n zin, lanemenut nog een keertje overdoen, en begin maar bij 't begin, of Past dit bij de ontwikkelingen in en de toekomst van het bestuursrechtelijk appel?	100
11. Kanttekeningen bij de Awb	107
12. Wanneer passende arbeid bedongen wordt...	111
13. Sollicitatieplicht en oorzakelijk verband	119
14. De activerende werking van de Werkloosheidswet	131
15. Sancties en een traag of onzorgvuldig beslissend bestuursorgaan	140
16. Geluk en recht	147
Auteurslijst	151
Afkortingenlijst	152

1. Taal en rechtspraak

H.A.A.G. Vermeulen

1. Inleiding

Een vriendenboek¹ bij het afscheid van Henk van Leeuwen als coördinerend vice-president van de Centrale Raad van Beroep (verder: Centrale Raad) is niet compleet zonder een bijdrage over de taal in de rechtspraak.² Henk is immers, zo is mijn ervaring met hem geweest in de tijd dat hij samen met mij deel uitmaakte van de AAW/WAO-kamer onder voorzitterschap van mr. C.G.L. Plomp³, iemand die niet alleen analytisch sterk is en gericht op rechtspraak op een hoog niveau om richtinggevend te kunnen zijn als hoogste rechter. Hij is ook - in modern Nederlands gezegd - gefocust op zuiver en helder taalgebruik. Zijn interesse in zijn vrije tijd voor de klassieke talen en de omstandigheid dat hij al jaren gehuwd is met een docente Nederlands, zullen aan die taalgerichtheid en -gevoeligheid niet vreemd zijn.

Deze bijdrage zal beperkt blijven tot enkele losse opmerkingen over aspecten van taalgebruik in de rechtspraak. Ik zal iets zeggen over de wettelijke voorschriften daarover. Vervolgens sta ik stil bij het gebruik van titels door rechters. Daarna behandel ik de recente aandacht voor de leesbaarheid van uitspraken en tot slot beschrijf ik wat er in ‘mijn eigen praktijk’ op dit gebied gebeurt.

2. Wettelijke voorschriften

Blijkens het intitulé van de Spellingwet van 15 november 2005⁴ bevat deze wet regels over de verplichting om onder meer bij de overheidsorganen de schrijfwijze van de Nederlandse taal te volgen, waartoe de Nederlandse Taalunie beslist. Onder een overheidsorgaan wordt verstaan een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, of een ander persoon of college met enig openbaar gezag bekleed. De Nederlandse rechter is dus een instantie waarvoor de plicht geldt om zijn uitspraken te schrijven in voorgeschreven Nederlands. De voorschriften worden vastgesteld door het Comité van Ministers bedoeld in het Verdrag inzake de Nederlandse Taalunie.⁵ Voor Nederland maakt de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap de beslissingen van dat comité bekend.

1. Ik vermijd hier nog het Latijnse *liber amicorum*, niet omdat Henk het Latijn niet machtig zou zijn, maar om in lijn te blijven met wat onder 5 wordt gezegd over het gebruik van Latijnse woorden.
2. Ik beperk me in beginsel tot de rechtspraak door de Centrale Raad.
3. Van 1 juli 1988 tot eind 1991.
4. Stb. 2005, 66.
5. Trb. 1980, 147.

In Stcrt. 2006, nr. 49, is het door deze minister op 6 januari 2006 genomen Besluit bekendmaking spellingvoorschriften 2005 gepubliceerd. Behoudens de bepaling betreffende de citeertitel bevat dat besluit één artikel, luidende:

“Met ingang van 1 augustus 2006 geschiedt de schrijfwijze van de Nederlandse taal bij de (...) overheidsorganen (...), volgens:

- a. de leidraad die is opgenomen in de bijlage bij het besluit, en
- b. de woordenlijst die ter inzage is gelegd in de bibliotheek van het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap.”

Bij de leidraad gaat het om ruim 28 bladzijden met beginselen van de spelling en regels over onder andere het gebruik van klinkers, medeklinkers, accent- en koppeltekens, hoofdletters of kleine letters, samenstellingen met of zonder tussenletters, Engelse woorden in het Nederlands en afkortingen en letterwoorden.

In de woordenlijst gaat het, blijkens de toelichting van de minister, om “die woorden uit het Groene boekje⁶, ten aanzien waarvan de opname vanuit een oogpunt van de spelling noodzakelijk is. De woorden in deze woordenlijst komen ook voor in de woordenlijst van het Groene boekje.” Bij nadere beschouwing blijkt dat tot het voorgeschreven Nederlands dus ook behoort de herziene Woordenlijst Nederlandse Taal. Deze is opgenomen in de op 15 oktober 2005 gepubliceerde editie van het Groene boekje. Deze Woordenlijst bevat ruim 100.000 trefwoorden.

Interessant is dat de Spellingwet zelf de overheidsorganen, dus ook de rechter, niet verplicht tot het gebruik van het Nederlands. Zij schrijft slechts voor dat indien daarvan gebruik gemaakt wordt, alleen de hiervoor uiteengezette Nederlandse taal geoorloofd is.

Voor bestuursorganen is bij wet van 4 mei 1995, Stb. 302, bepaald dat zij de Nederlandse taal moeten gebruiken. Dat is neergelegd in artikel 2:6 van de Awb. Tot dan toe werd de hoofdregel dat het Nederlands de taal is in het bestuurlijk en rechtsverkeer, ontleend aan de rechtspraak.⁷ De ABRS heeft in een uitspraak van 17 januari 1985⁸ overwogen dat “zolang niet bij wettelijke regeling uitdrukkelijk het tegendeel is bepaald, het Nederlands hier te lande geldt als de in het rechts- en bestuurlijk verkeer aangewezen taal.”.

6. Sdu Uitgevers, ISBN 90-12-10590-0.

7. Zie de MvT bij wetsvoorstel 23 543, TK, vergaderjaar 1993-1994.

8. AB 1985, 73 (Spithorst).

Er is niet een met artikel 2:6 Awb vergelijkbare algemene bepaling voor de rechtspraak. De rechter zal dus nog moeten terugvallen op de jurisprudentiële hoofdregel.

Zoals voor het bestuurlijk verkeer met bestuursorganen, voor zover deze in de provincie Friesland⁹ zijn gevestigd, is bepaald dat de Friese taal kan worden gebruikt, zo zijn ook - reeds langer - voor het rechtsverkeer enkele regels gegeven betreffende het gebruik van het Fries. In de Wet gebruik Friese taal in het rechtsverkeer¹⁰ is bepaald dat de eed of belofte mag worden afgelegd in het Fries. Op terechtzittingen die worden gehouden in de provincie Fryslân mag in het Fries het woord worden gevoerd en dit gesprokene wordt opgenomen in het proces-verbaal, eventueel met een vertaling in het Nederlands. Verder biedt die wet de mogelijkheid om de (meeste) processtukken in zaken die aanhangig zijn bij een in de provincie Fryslân gevestigd gerecht, in het Fries te stellen.

Niet is bepaald dat de rechterlijke uitspraak ook in het Fries mag worden geschreven. Daarom moet ook hier weer worden teruggegrepen op de hoofdregel, dat de taal in het rechtsverkeer - dus ook van de rechterlijke uitspraken in gedingen bij gerechten in de provincie Fryslân - het Nederlands is.

3. Titulatuur

Ik wil het hier niet hebben over de titulatuur die rechters volgens het Kostuum- en titulatuurbesluit rechterlijke organisatie moeten voeren.¹¹ Ofschoon nog recent gewijzigd en aangepast, lijkt hier toch – met termen als “edelhoogachtbare heer” en “edelgrootachtbare vrouwe” – sprake van gedateerde regelgeving. Hoewel ik niet zou willen voorstellen dat de rechter in het vervolg in de zittingzaal met zijn voornaam wordt aangesproken, vereisen goede omgangsvormen naar mijn mening niet veel meer dan een “mijnheer of mevrouw de voorzitter/de rechter”. Vreemd is verder, dat in het titulatuurbesluit is bepaald dat de rechters de titulatuur voeren. Het gaat hier immers slechts om aanspreektitels; het zijn dus voorschriften voor degenen die rechters aan- of toespreken.

9. De wetgever gebruikt hier niet de officiële eigenaam Fryslân.

10. Wet van 11 mei 1956, Stb. 242, laatstelijk gewijzigd bij wet van 9 september 2004, Stb. 493.

11. Besluit van 22 december 1997, Stb. 763, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 5 november 2003, Stb. 460.

Op de Centrale Raad is dat besluit niet van toepassing. Een bepaling als artikel 4, eerste lid, aanhef en onder a, Beroepswet waaruit blijkt dat de raadsheren van de Centrale Raad rechten hebben als was sprake van een gerechtshof, wijst niet naar overeenkomstige toepassing van het Kostuum- en titulatuurbesluit. In het - ook al verouderde - Beroepsreglement, dat wel een eigen kledingvoorschrift bevat, ontbreekt een voorschrift over titulatuur. Gewacht zal moeten worden op het moment waarop de Centrale Raad gerangschikt zal worden onder de (gewone) rechterlijke macht van artikel 2 Wet RO.

Wel zal ik het hebben over de academische en andere titels die rechters in hun uitspraken schrijven. Daarvoor is een eerste aanleiding gelegen in de omstandigheid dat Henk van Leeuwen bij de Centrale Raad drie varianten heeft meegemaakt. Verder is er de recente kritiek op rechters die ook andere titels vermelden dan die welke zijn verbonden met de wettelijk vereiste, juridische, opleiding.

Toen Henk zijn loopbaan in 1988 bij de Centrale Raad begon, was het gebruik dat de namen van de rechters die een uitspraak deden, voorafgegaan werden door de vermelding: “Mr.”. Toen de WHW in artikel 7.20 in 1992¹² als schrijfwijze voorschreef: “mr”, zonder punt, werd dit gevolgd. Na de tekstplaatsing van de gewijzigde WHW in Staatsblad 2000, 11,¹³ werd de afkorting van de meestertitel weer voorgeschreven met een punt: “mr.”. De Centrale Raad volgde weer.

Vanaf april 2006 worden in de uitspraken van de Centrale Raad de namen van de rechters niet meer voorafgegaan door een titel. Ook wordt geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid¹⁴ om achter de naam de aanduiding te plaatsen van de graad Master: “MA”. Kennelijk heeft de recente introductie van het onoverzichtelijke stelsel van Nederlandse titels en internationale mastergraden, welke laatste nog naar believen kunnen worden aangevuld met een door het betrokken instellingsbestuur mogelijk gemaakte toevoeging, tot die versimpeling geleid. Het gebeurde op het moment dat ook gekozen werd voor een moderner uitspraken-format.¹⁵ Een ieder kan uit de wet afleiden welke kwalificatie de rechters moeten bezitten. Meer is niet nodig.

Dat laatste is de uitdrukkelijke opvatting van de advocaten Gerard Hamer en Chana Grijsen.¹⁶ Zij beargumenteren dat het er voor een functie als rechter in het geheel niet toe doet hoeveel en welke titels men in het verleden heeft verworven. Zij stellen dat vermelding soms schadelijk kan zijn. Daarbij maken zij geen onderscheid tussen wetenschappelijke titels en adellijke titels en predikaten. Zoals door hen wordt betoogd, kan in het voorschrift dat een schriftelijke uitspraak de namen van de rechter(s) bevat¹⁷, niet een rechtvaardiging worden gevonden voor vermelding van andere titels dan die van mr.

12. Stb. 1992, 593.

13. (Ook) op deze wijze van wetgeving door het ministerie van OC&W zal ik hier maar niet verder ingaan. In een reactie in het NJB van 29 september 2000, p. 1711, spreekt C. de Munck in dit verband van “Zoetermeerse koekenbakkers”.

14. In artikel 7.19a van de WHW.

15. Bij deze gelegenheid is ook het rijkswapen met het ‘Je Maintiendrai’ van het uitspraakpapier verdwenen.

16. In “Spiegeltje spiegeltje aan de wand, wie is de knapste van het land?”, NJB 2007, p. 227.

17. Bijvoorbeeld artikel 8:77, aanhef en onder d, van de Awb.

4. Leesbaarheid van uitspraken

In een interessante beschouwing over rituelen en symbolen in de rechtspraak komt Hol¹⁸ tot de conclusie dat rituelen en symbolen wezenlijke bestanddelen zijn van de rechtspraak en voorwaarden voor haar functioneren. Of de thans aanwezige symbolen en rituelen als de toga, het podium waarop de rechters zitten en het staande of zittende functioneren in de huidige vorm moeten worden gehandhaafd, wordt niet zonder meer bevestigend beantwoord. Deze vragen komen op in de discussie over grotere openheid en betere toegankelijkheid van de rechtspraak. In dat kader stelt Hol ook de – retorische? – vraag of de rechterlijke uitspraken niet in eenvoudig Nederlands gesteld kunnen worden.

Die vraag krijgt ook aandacht in Lopend Vuur, een éénmalige uitgave van ‘De Bende’, van maandag 11 december 2006.¹⁹ Gewezen wordt op een manier die kan helpen bij het helder en begrijpelijk schrijven: de Fleschscore. De score is uitgevonden door Rudolf Flesch, een Weense advocaat die een formule voor leesbaarheid ontwierp. Hij ging er hierbij van uit dat een tekst moeilijker leesbaar wordt naarmate de gebruikte woorden en zinnen langer zijn.

Leesbaarheid = $206,835 - (1,015 \times \text{gemiddeld aantal woorden per zin}) - (84,6 \times \text{gemiddeld aantal lettergrepen per woord})$.

Als men de Fleschscore op een tekst loslaat, krijgt de tekst een score van 0 tot 100. Hoe hoger de score, hoe leesbaarder de tekst is. Een tekst met een score van 65 is voor de gemiddelde Nederlander goed leesbaar.

Bij het niveau van de basisschool hoort een score van 80 tot 90;
bij het niveau van het vwo hoort een score van 50 tot 60;
bij universitair niveau hoort een score van 30 tot 40.

Ik testte²⁰ een aantal willekeurige uitspraken van de Centrale Raad. Van de eerste vijf in RSV, jaargang 2006, gepubliceerde uitspraken was de score gemiddeld 23,8 bij een score van 100 voor zeer eenvoudige lezing. Van de eerste vijf in RSV, jaargang 2006, gepubliceerde uitspraken van de Centrale Raad gedaan onder voorzitterschap van Henk van Leeuwen was de gemiddeld score 26,4 op de 100. Er lijkt dus (ook) binnen de Centrale Raad werk aan de winkel om tot enige vereenvoudiging te komen.

18. A.M. Hol, Rituelen en symbolen in de rechtspraak, AAe 55 (2006) 11, p. 805.

19. Ik ontleen het volgende aan de bijdrage van Marre Walter: “Hoe leesbaar is uw tekst?”.

20. U kunt de test in een versie van Word voor Office 2003 zelf uitvoeren op uw pc: u opent een tekst in Word en drukt op F7 (Spelling en Grammatica). In het scherm klikt u op “Opties”. In het gedeelte “Grammatica” vinkt u “leesbaarheidsstatistieken weergeven” aan. Daarna kiest u bij “Schrijfstijl” voor “Zeer strikt”. Daarna klikt u op “OK”. U krijgt allerlei tips en tot slot ziet u uw Fleschscore.

Aan het artikel van Marre Walter ontleen ik het onderstaande overzicht van woorden die rechters vaak gebruiken en die een tekst moeilijk leesbaar maken. Er blijken goede, eenvoudige alternatieven beschikbaar²¹ te zijn:

Niet zo	Maar zo	Niet zo	Maar zo
aldus	zo	navolgende	volgende
algehele	volledige	nimmer	nooit
anderzijds	van de andere kant	omtrent	over
behoudens	behalve	onderhavige	dit, deze
bescheiden	stukken	persisteren	volharden
betwisten	tegenspreken	sedert	sinds
bij dezen	hierbij	staven	aantonen
derhalve	daarom	stringent	aftdoend
des dat	in die zin dat	te	in
deswege	daarom	ten aanzien van	voor, op, over
dictum	beslissing	ten behoeve van	voor
doch	maar	thans	nu
enerzijds	van de ene kant	vanwege	door, van
genoegzaam	krachtig, overtuigend	verstaan	begrijpen
heden	vandaag	vigeren	gelden
hetwelk	dat wat	voldoen	betalen
ingevolge	volgens	voorheen	vroeger
juncto	in verband met	voormalig	vorig, vroeger
jurisprudentie	rechtspraak	voorschands	voorlopig
limitatief	beperkt	voorts	verder, vervolgens
met betrekking tot	voor, over	vorenstaande	hiervoor
mitsdien	daarom, daardoor	vorenbedoeld	bovengenoemd
		zulks	dit, dat.

21. Dat kan voor bepaalde woorden anders liggen. Zo antwoordde minister Remkes op een vraag van de Tweede Kamer of in een wettekst niet het woord “outplacement” vervangen kan worden “door een mooi Nederlands equivalent”: “(...) heeft de regering aangegeven van mening te zijn dat dit een in de Nederlandse taal ingeburgerde term betreft. Dit mede gezien het gegeven dat dit woord is opgenomen in de Woordenlijst Nederlandse Taal.” Na de definitie gegeven te hebben uit de Van Dale, vervolgt hij: “Naar weten van de regering is er geen mooi Nederlands begrip voorhanden dat deze lading dekt” (TK, 2005-2206, 30 424, nr. 7). Dat kamerleden gevoelig zijn voor taalgebruik, blijkt ook uit de wat brutale vraag van de leden van de CDA fractie aan de minister van Justitie (in het verslag op wetsvoorstel 30 327, nr. 6) “of ook hij hoofdpijn kreeg toen hij de definitie van het begrip “gerelateerde gegevens” in artikel 11 [van het voorstel van Wet politiegegevens] probeerde te ontcijferen”.

Natuurlijk kan er gediscussieerd worden over de vraag of het alternatief tot uitdrukking brengt wat bedoeld wordt met het oorspronkelijke woord. Dat zal zeker niet steeds het geval zijn. Ook is voorstelbaar dat bepaalde begrippen of uitdrukkingen in verband met de toepasselijke wettelijke bepalingen juist wel of niet in dezelfde context gebruikt kunnen worden. Toch is het de moeite waard hieraan aandacht te besteden.

5. De praktijk in de werkstroom van de ambtenarenkamers

Over aandacht voor de leesbaarheid van uitspraken kan ik iets zeggen uit mijn eigen ervaring in het werk van de ambtenarenkamers van de Centrale Raad. Daar wordt, in de eerste plaats uit een oogpunt van doelmatigheid, maar zeker ook met het oog op uniformiteit en consistentie, gewerkt met wat genoemd wordt “de schrijfwijzer”²². Omdat verschillende kamers in telkens wisselende samenstelling uitspraken doen, is het noodzakelijk gebleken afspraken te maken over de schrijfwijze in uitspraken. Zo worden onnodige of juist telkens vereiste correcties in concept-uitspraken voorkomen.

Tevens wordt vermeden dat verschillende schrijfwijzen worden gebruikt voor instellingen of regelingen die vaak aan de orde zijn. Bij de opstelling is daarom ook gekeken naar de Leidraad voor juridische auteurs.²³ Een enkele keer wordt daarvan afgeweken, zoals dat ook gebeurt van de Van Dale wanneer deze afwijkt van de Woordenlijst Nederlandse Taal. De gekozen aansluiting bij deze laatste bron behoeft na de uiteenzetting onder 2. geen betoog.

De schrijfwijzer wordt periodiek opnieuw vastgesteld in een vergadering van rechters en juridische ondersteuning. Ieder kan daarin met voorstellen komen tot aanpassing.

In de schrijfwijzer wordt aandacht besteed aan de thans geldende officiële spelling. Er worden enkele veel gebruikte woorden vermeld, zoals “voor zover” en “ter zake”, en ook te vermijden woorden, zoals “bij dezen, zijdens, deswege en derhalve”. Aanbevolen wordt geen Latijnse woorden te gebruiken en geen Latijnse uitdrukkingen als “in casu”. Er zijn afspraken opgenomen over het gebruik van afkortingen, ook van titels, en van hoofdletters. Er is een paragraaf gewijd aan de aanduiding van voorschriften - zo mogelijk met hun citeertitel - en van bestuursorganen en openbare lichamen. Nadat is gezegd dat de overwegingen van de Centrale Raad in rubriek II van de uitspraken (de motivering) worden genummerd²⁴, eindigt de schrijfwijzer met enkele schrijftips.

Zo wordt de aanbeveling gedaan tangconstructies te vermijden.²⁵

22. Ook andere instrumenten zijn natuurlijk voorhanden zoals uitsprakenformats, bouwstenen en diverse andere voor intern gebruik bestemde afspraken betreffende gecoördineerde en uniforme werkwijzen.

23. Versie 2004. Uitgave van Kluwer, ISBN 90-13-02022-4.

24. Dit is een goed en uit een oogpunt van kwaliteit onmisbaar gebruik bij welhaast alle gerechten in Nederland en bij de Internationale gerechtshoven, maar helaas niet bij de Centrale Raad. N.B. In verband met de gewenste eenvormigheid van de bundel is de oorspronkelijke nummering van de onderdelen van deze bijdrage weggelaten.

25. Ook hierbij is dankbaar gebruik gemaakt van de echte "Schrijfwijzer" van Jan Renkema, Sdu Uitgevers (ISBN 90 12 09 0237).

6. Slot²⁶

Henk van Leeuwen heeft in verschillende hoedanigheden belangrijke bijdragen geleverd aan het functioneren van de Centrale Raad. In al die hoedanigheden, als raadsheer, als kamervoorzitter en als bestuurslid dat in het bijzonder belast was met de inhoudelijke kwaliteit, speelde aandacht voor taal en taalgebruik een rol. Van veel van die activiteiten heeft de Raad en heb ook ik profijt gehad. Als dank voor die plezierige ervaring heb ik graag bijgedragen aan dit liber amicorum²⁷.

26. De Fleschscore van deze bijdrage is 37. Ook ik heb dus nog wel wat te leren.

27 Nu wel in het Latijn, omdat Henk die taal in de komende jaren nog meer meester wil worden.

2. De bronzen platen uit Heraclea

J.E. Spruit

1. Inleiding

In 1732 en 1734 werden in het gebied van de voormalige antieke gemeente Heraclea in Zuid-Italië kort na elkaar twee bronzen platen opgedolven, waarop naast een Griekstalig besluit van deze gemeente uit de vierde eeuw v. Chr. op de ene zijde, op de andere zijde een groot stuk van een wettelijke regeling was geïnscribeerd. Juist omdat het begin van de inscriptie verloren is gegaan, bestaat er over de oorspronkelijke omvang, de datering, het rechtskarakter en het doel van de inscriptie geen enkele zekerheid en wordt tot op de huidige dag gepolemiseerd over al deze vragen, waarbij alle intelligente wetenschappelijk beredeneerde hypothesen ten spijt, het definitieve antwoord door niemand gegeven kan worden.¹ Enkele indicaties maken, vergeleken met gegevens uit andere bronnen, een ruwe datering toch wel mogelijk. De tekst moet afkomstig zijn uit de periode na 90 v. Chr., althans na de proscripties van Sulla, gezien het gebod dat personen die tegen een geldelijke of andere beloning mensen hadden aangebracht niet in aanmerking mogen komen voor het raadslidmaatschap.² Omdat voorts de maand juli nog wordt aangeduid als Quinctilis³, impliceert dit dat de bepalingen zijn opgesteld vóór 43 v. Chr., nadat Caesar eerder in zijn hoedanigheid van pontifex maximus zijn kalenderhervorming had ingevoerd. Het zou overigens ook goed mogelijk zijn, dat de nieuwe tijdrekening nog niet overal in de provincies werd gevolgd en dat de redactoren van de tekst en de steenhouwer niet ‘bij de tijd’ waren. Een andere datum ante quem is te vinden in een brief van Cicero aan Q. Lepta uit 45 v. Chr., waarin hij schrijft dat hij van Balbus de informatie had ontvangen dat praktiserende herauten (*praecones*) niet, maar voormalige herauten wel verkiesbaar waren als lid van een gemeenteraad⁴; ook op de *Tabula Heracleensis* worden voormalige herauten niet uitgesloten.⁵ F.C. von Savigny kwam o.a. op grond hiervan tot de conclusie dat het ging om een uit de tijd van Caesar stammende, aannemelijkerwijze in 45 v. Chr. te dateren gemeenteverordening, waarvan het de bedoeling was dat deze als model zou fungeren om unificatie te brengen in de statuten van de steden en gemeenten in Italië en Gallia Cispadana en daarmee ook in het stedelijk bestuur. Steun voor deze stellingname werd bovendien gevonden in enkele generale aanduidingen in de *Digesten* en de *Codex Justinianus* alsmede in een inscriptie, waarin steeds sprake is van een *Lex (Iulia) municipalis*.⁶

1. De meest recente uitputtende opgave van de lit., tekstuitleg, beschrijving van de inscriptie, vertaling in het Engels en beknopt commentaar: *Roman Statutes*, ed. by M.H.Crawford, Londen 1996, deel I, p. 344-357.
2. *Tab. Her. r. 122*: *queive ob caput c(ivis) R(omanei) referendum pecuniam praemium aliudve quid cepit cepit.*
3. *Tab. Her. r. 98*. Op voorstel van Marcus Antonius werd in 43 v. Chr. deze maand (juli) naar C. Iulius Caesar vernoemd.
4. Cicero, *Epist. ad fam.* 6,18,1: *simul accepi a Seleuco tuo litteras, statim quaesivi a Balbo per codicillos, quidesset in lege: rescripsit eos qui facerent praeconium, vetari esse in decurionibus, qui fecissent non vetari.*
5. *Tab. Her. r. 94*: *Neve quis, quei praeconium ... faciet, dum eorum quid faciet...*
6. *Ulp. Dig.* 50,9,3; *Cod.* 7,9,1; *Corp. inscriptionum Latinarum* V, 2864 (*III vir aediliciae potestat(is) e lege Julia municipalis*); zie ook nog *Fragm. Vaticana* 237; 243.

2. Dateringen en orthografie

Von Savigny's stelling dat het zou gaan om een – overigens ongeoorloofde – *lex satra*, een wet houdende een aantal basisregelingen die zou hebben moeten dienen als een model om in municipieis coloneis praefectureis foreis conciliabuleis c(ivium) R(omanorum) – aldus o.a. in r. 83 – tot uniforme regelingen te komen, lijkt niet houdbaar. De vondst in 1894 van een aantal bronzen fragmenten met een Latijnse tekst in een put in Tarente ondergroef de houdbaarheid van het uitgangspunt. Het bleek te gaan om een gedeelte van een *Lex municipii Tarentini*, een gemeentewet die afkomstig is uit de eerste helft van de eerste eeuw voor Chr. mogelijk van na 62 v. Chr. toen Tarente de status van Romeinse gemeente had.⁷

Waar het in deze *lex satra* dan wel om gaat blijft duister en voorlopig nog voorwerp van wetenschappelijke speculatie. In ieder geval lijkt, gezien de inhoud van de wettelijke bepalingen alsmede het taalgebruik en de orthografie, de tekst afkomstig te zijn uit de tijd van Caesar. Hoewel gesuggereerd is⁸ dat het taalgebruik en de spelling in de wet wijzen op een ontstaansgeschiedenis ver vóór deze tijd, het feit dat ook andere fragmenten van wetten die wel met enige zekerheid te dateren zijn, hetzelfde taaleigen manifesteren – zo bijvoorbeeld de *Lex Rubria de Gallia Cisalpina*, die na 49 v. Chr. en vóór 42 v. Chr. is opgetekend⁹ – ontkracht dit argument. Inderdaad is met name de orthografie archaïsch te noemen: de o wordt gebruikt, waar wij een u zouden verwachten (*queiquomque*; *suom*); ei wordt geschreven, waar het klassieke Latijn een i gebruikt (*profiterei*; *ieis*; *nei*; *ubei*; *utei fruei*); de u in plaats van de i (*proxumeis*); qu in plaats van c (*quom*; *queiquomque*). *Causa* wordt steeds als *caussa* geschreven; *apud* als *aput*. Assimilatie, later gebruikelijk, heeft vrijwel nergens plaatsgevonden (*inmolitum*; *conmode*; *adtribuendam*). In regel 112 wordt de *lex Plaetoria* genoemd; bedoeld is de *Lex Laetoria* uit omstreeks 200 v. Chr., waarbij aan personen die nog geen 25 jaar zijn – *minores viginti quinque annis*, ‘minderjarigen’ – extra bescherming wordt verleend.¹⁰

Een vaste spelling was er niet; met name in de provincie zal er bij het aanvaarden van modernere spellingswijzen vertraging zijn opgetreden. En of alle steenhouwers en oorkondenschrijvers zo vertrouwd waren met hun taal, dat zij niet af en toe fouten maakten, daaraan kan men met recht twijfelen. In de tekst staan verscheidene fouten.

Om er enkele te noemen: *dabunt* waar *dabit* behoort te staan (r. 17); *urbe* waar *urbem* juist zou zijn (r. 20); *eius* waar alleen *eum* grammaticaal goed is (r. 52); *rex* in plaats van *regem* (r. 62); *ludicam* in plaats van *ludicram* (r. 123).

7. Cicero, *Pro Archia* 5,10; de tekst van en lit. over de *Lex municipii Tarentini* is te vinden in Crawford I (zie nt.1), p. 209-219; FIRA I (zie nt. 24), p. 166-169.

8. E. Schönbauer, *Die Inschrift von Heraclea: ein Rätsel*, *Revue internationale des droits de l'antiquité* 1954, p. 373 e.v. (met een overzicht van alle oudere theorieën).

9. Deze wet bevat bepalingen op het stuk der rechterlijke organisatie en het formulaproces. Tekst in Crawford I (zie nt. 1), p. 461-477; FIRA I (zie nt. 24), pag. 169-176.

10. Details: J.E. Spruit, *Cunabula iuris. Elementen van het Romeins privaatrecht*, Deventer 2003, p. 107-108.

In regel 159 staat het in het Latijn niet bekende woordje *evit* geschreven, dat door alle uitgevers van de tekst met recht tot fuit is geëmend. In regel 46 lezen wij *quamtam pecuniam*, terwijl in regel 32 grammaticaal juist *quamta pecunia* staat geschreven. Illustratief in dit verband is ook regel 18, waar het de vraag is of daar niet het woordje *non* vergeten is. Een korte toelichting op de globale inhoud van de verschillende secties waarin de wettelijke regeling verdeeld is, moge het lezen ervan vergemakkelijken. Bij nadere lezing kan de tekst verdeeld worden in een aantal secties, die ieder hun eigen inhoud hebben, welke geen relatie heeft met hetgeen opgenomen is in de andere secties.

3. Sectie I: graanuitdeling

In de eerste sectie zouden dan de regels 1-20 gebracht kunnen worden. Deze hebben vermoedelijk betrekking op de graanuitdelingen (*frumentationes*) in Rome.¹¹ Geëist wordt dat bepaalde personen een verklaring (*professio*) afleggen ten overstaan van de consul of een andere functionaris. De namen van de betrokkenen worden op het publieke bord bekendgemaakt; bepaald wordt dat degenen wier naam aldus gepubliceerd zijn geen recht hebben op een gratis graanrantsoen (r. 18). Een bizarre procedure: vermogende lieden en eigenaren van omvangrijke onroerende goederen zouden derhalve verplicht zijn hun naam op te geven om vervolgens niet in aanmerking te komen voor een graanquotum? Waarom zouden zij zich dan de moeite geven een verklaring af te geven? Eerder zou men verwachten dat juist degenen die gebrek aan financiële armslag hadden door het afleggen van een verklaring in aanmerking wensten te komen voor een graanrantsoen, dat zij dan wellicht na een controleprocedure, door als daartoe gerechtigden geregistreerd te staan, in ontvangst konden nemen. Zij die niet geregistreerd waren, konden niet participeren bij de gratis uitdelingen van graan. Dit zou de logische exegese geweest zijn, ware het niet dat deze strandt op het ontbreken van het woordje *non* in regel 18, waar dan *proposito non* erunt had moeten staan. Dit staat er niet; en op de bronzen plaat bevindt zich ook geen ruimte, waar dit zo essentiële woordje dan zou kunnen (hebben ge)staan. Temeer waar Suetonius later schrijft dat Caesar het aantal ontvangers (*accipientes*) van graanrantsoenen drastisch reduceerde¹² – van 320.000 naar 150.000 – is het invoegen van *non* verleidelijk. Zou degene die de tekst aanbracht op het origineel, waarvan de bronzen plaat werd gegoten inderdaad een omissie hebben begaan? Of zou het in deze rubriek gaan om het afgeven van een verklaring door personen die uit Rome vertrokken, met als doel om bedriegelijke claims te voorkomen en afwezig en weg te houden van de publieke graanvoorzieningen? Ook deze visie vindt steun bij Suetonius. In dat geval is het woordje *non* niet nodig en is de regeling verklaarbaar. Andere pogingen om de door de tekst opgeworpen problematiek van een exegese te voorzien laten wij hier ter zijde.

11. P. Garnsey, *Famine and Food Supply in the Graeco-Roman World*, Cambridge 1988, p. 208-217; 236-239.

12. Suet., *Caesar* 41,3.

4. Sectie II: het onderhoud van wegen

In de tweede sectie¹³ – r. 20-56 – wordt een regeling gegeven omtrent het onderhoud van de straten en wegen in Rome en de banlieu.¹⁴ De daartoe verantwoordelijke ambtsdragers worden aangewezen; in het bijzonder wordt in r. 39 de fungerende thesaurier – queive aerario praerit – genoemd. Ook hier is het weer Suetonius¹⁵ die mededeelt dat Caesar tussen januari en september van het jaar 45 v. Chr. aan praefecti de leiding over de schatkist (aerarium) toevertrouwde, en daarna aan de aedielen. Evenals de regeling in de eerste rubriek, kan ook deze maatregel derhalve vrij nauwkeurig in de tijd van het bewind van Caesar geplaatst worden. Over het onderhoud en het herstel van de openbare wegen wordt later ook door de juristen geschreven.¹⁶

5. Sectie III: verkeersvoorschriften

De derde sectie – r. 56-68 – bevat een aantal verkeersvoorschriften, waarbij het verkeer overdag in Rome aan banden wordt gelegd. De stad wordt overdag verkeersluw gemaakt, waarbij enkele religieuze functionarissen – de rex sacrorum, Vestaalse maagden en priesters – wettelijk ontheffing krijgen. Het vervoer van afval en puin alsmede de aanvoer van bouwmaterialen voor tempels en openbare gebouwen vallen niet onder het verbod. Ook voor het vervoer door middel van draagstoelen geldt de bepaling niet. Het gaat in deze rubriek niet om tegen overdaad en luxe gerichte voorschriften (leges sumptuariae) en zeker niet om een herhaling van het verbod uit de Lex Oppia uit 215 v.Chr. om gebruik te maken van plostra, tweewielige door ossen of ezels voortgetrokken wagens die vooral bestemd waren voor het vrachtvervoer. De tekst op de Tabula Heracleensis betreft een zuiver verkeersvoorschrift ter bescherming van de vele voetgangers, ter voorkoming van onoplosbare verkeersopstoppen – parkeerplaatsen waren er niet – en van beschadigingen aan publieke voorzieningen en particuliere gebouwen. Overigens lijkt het verbod, dat in de keizertijd dikwijls is herhaald, slecht gehandhaafd. Zo beklagt Seneca zich later over het lawaai in Baia van passerende karren.

13. De regeling, opgenomen in Tab. Her. r. 20-61 vertoont enige analogie met een soortgelijke regeling in de stad Pergamum: vertaling en toelichting van deze Wet van de Astynomoi bij Legras, La Table Latine d'Héraclée, Parijs 1907, p. 373-382 (tekst); 63-77 (commentaar).

14. Het ging om het gebied binnen de sacrale stadsgrens, het pomerium en het gebied tot op 1478 m. hieromheen.

15. Suet., Caesar 76; Cassius Dio 43,28,2;48.

16. Ulp. Dig. 43,11,1.

6. Sectie IV: politietoezicht

In de vierde sectie – r. 68-83 – gaat het over het politietoezicht op het publieke domein van de stad. Dit berustte bij de aedilen. Zij hebben de zorg voor een goed gebruik van de openbare ruimte, waar zij blokkades dienen te voorkomen. Daarbij gingen zij soms rigoreus te werk, getuige een casus in de Digesten over de verdeling van het risico bij koop, nadat de aediel gekochte bedden die op de openbare weg waren neergezet, kapot had geslagen omdat zij een obstakel vormden bij de doorstroming van het verkeer.¹⁷ Het is verboden om openbare terreinen in bezit te nemen, er versperringen aan te brengen of het zodanig te omheinen dat de publieke toegankelijkheid erdoor wordt bemoeilijkt, tenzij er uitdrukkelijk een vergunning is verleend of door een daartoe bevoegde ambtsdrager een pacht- of huurovereenkomst is aangegaan.¹⁸ Het is een verbod dat ook in andere gemeentelijke wetten te vinden is.¹⁹ Een uitzondering van het verbod om opstellen op openbare grond op te richten geldt voor diegene die het volk vermaak wil brengen. Hem is het vergund tijdelijk een podium te doen optrekken om daarvan op de dagen dat de spelen gegeven worden gebruik te maken. Een speciale vergunning was in dit geval niet nodig; wel was vooraf toestemming van de aedilen vereist.²⁰ Ook voor het plaatsen van standbeelden, borstbeelden en andere monumenten was een voorafgaande vergunning vereist.²¹ Aan het slot van deze rubriek wordt aan publieke slaven de plaats in de openbare ruimte gegarandeerd, die hun door de censoren is aangewezen. Veelal ging het om schrijvers, die vanuit hun stalletjes aan het ongeletterde en analfabetische publiek hun diensten verleenden.

7. Sectie V: lidmaatschap van de gemeentelijke raad

In de vijfde sectie – r. 83-143 – worden de kwalificaties en diskwalificaties vastgelegd, op basis waarvan men al dan niet in aanmerking kon komen voor een plaats in de lokale raad (*ordo decurionum*) of kon fungeren als bestuursfunctionaris in de diverse typen Italische gemeenten, die in r. 83 worden onderscheiden in *municipia*, *coloniae*, *praefecturae*, *fora* en *conciliabula*. Het uitgangspunt is, dat nieuwe gemeenteraadsleden door de magistraten alleen worden gekozen ingeval van overlijden en een veroordelend vonnis van een zittend raadslid dan wel ingeval van het verlies van de kwalificaties die krachtens de wet voor het bekleden van een positie als *decurio* vereist waren. Belangwekkend is de catalogus van degenen die niet bevoegd waren om in de stedelijke magistratuur of de stedelijke raad een rol te vervullen.

17. Paul. en Jul. Dig. 18,6,13-15.

18. In gelijke zin Ulp. Dig. 43,9,1.

19. Pap. Dig. 43,10; *Lex coloniae Genetivae* 104.

20. Th. Mommsen, *Das römische Staatsrecht II*, Leipzig 18873 (herdruk 1952), p. 508 nt. 1.

21. Pom. Dig. 35,1,14; Paul. Dig. 43,9,2.

Daarbij wordt systematisch een onderscheid gemaakt tussen tijdelijk en blijvend werkende gronden van onbevoegdheid.²² Onder de tijdelijk uitgesloten bevinden zich jongeren onder de 30 jaar, tenzij zij hebben voldaan aan de in de wet omschreven militaire verplichtingen. Voorts worden enkele categorieën personen die een infamerend beroep uitoefenen – dat van heraut, van regelaar bij publieke evenementen en begrafenissen, en van begrafenisondernemer uitgesloten gedurende de tijd dat zij hun functies daadwerkelijk uitoefenen. Onder de blijvend uitgesloten zijn personen opgenomen die zich schuldig hebben gemaakt aan onterende civielrechtelijke inbreuken op andersmans absoluut of relatief recht of aan bepaalde strafbare feiten. Ook hier worden infamerende beroepen opgenomen: de drillmeester van gladiatoren (*lanista*), de gladiatoren zelf, koppelaars, personen die zich prostitueren of die in het theater optreden. De bepalingen maken in hun wijdlopijge formulering duidelijk dat diegenen die geen zitting kunnen nemen in lokale raden, ook gediskwalificeerd zijn om in de desbetreffende gemeente een bestuursfunctie te bekleden (r.126-135). Voorts mogen dergelijke personen bij de publieke spelen en gladiatorengevechten in het (amphi)theater niet tussen de lokale raadsleden zitten en niet gezamenlijk met laatstgenoemden aan banketten aanzitten (r. 135-142).

8. Sectie VI: belastingregistratie

In de zesde sectie – r. 142-158 – wordt een regeling gegeven om op basis van een te houden volkstelling te komen tot een stedelijke belastingregistratie (census). Op gedetailleerde wijze wordt de administratieve procedure aangegeven die bij de registratie in het openbare gemeenteregister, gevolgd door het verzenden van copieën van de censuslijsten naar Rome, in acht genomen dient te worden. In regel 157 wordt aangegeven dat dubbel burgerschap tot de mogelijkheden behoort. In deze sectie wordt opeens niet meer gesproken over de fora en conciliabula, maar resteren nog slechts de drie andere categorieën nederzettingen. In deze drievoudige indeling zijn bij de laatstgenoemde typen onder het begrip *praefectura* gebracht.

22. Tab. Her. r. 89-98 geeft de tijdelijke gronden; in r. 108-125 worden de gronden van permanente onbevoegdheid weergegeven.

9. Sectie VII: *municipium fundanum* of *municipium Fundanum*

De zevende sectie – r. 159 e.v. – biedt haar eigen exegetische problematiek.

Wat dient te worden verstaan onder een *municipium fundanum*? Deze terminologie wordt uitsluitend hier gebruikt en nergens anders in antieke teksten. De Oxford Latin Dictionary (1982) is, met een bronverwijzing naar alleen de Tabula Heracleensis, lapidair kort in het verklaren van het begrip *fundanus*: ‘having the status of *fundus*’, waarbij *fundus* dan de betekenis heeft van ‘*civitas foederata* accepting a law passed at Rome’. Geschreven met een hoofdletter – *Fundanus* – heeft het, met bronverwijzingen naar o.a. Cicero, Plinius en Martialis, de betekenis van ‘belonging to *Fundi*’. Dat het in deze slotsectie opeens zou gaan om de in Latium gelegen gemeente *Fundi*, die al sedert 188 v. Chr. het Romeinse burgerrecht deelachtig was, lijkt, nu het in alle secties gaat om algemene en ten dele op Rome betrekking hebbende maatregelen en niet om een op één gemeente toegespitste regeling, ver gezocht en in de context niet aannemelijk. Juist omdat in de voorafgaande secties steeds over *municipia c(ivium) R(omanorum)* wordt gesproken, lijkt *fundanus* verstaan te moeten worden in de zin van *fundus* (*fieri*), dat wil zeggen doelend op gemeenten die gerechtigd zijn om, als nietafvallige Italische gemeenten, op grondslag van de na de *Bellum sociale* door Caesar geïnstigeerde *Lex Iulia de civitate* (90 v. Chr.)²³ en een aanvaarde onderworpenheid aan de Romeinse regelgeving, het burgerrecht te verkrijgen, wanneer het lokale bestuur daartoe het besluit nam.

Bovenstaande aantekeningen zullen wellicht voldoende zijn om de tekst, waarvan nu voor het eerst een vertaling in het Nederlands verschijnt, met enig inzicht te kunnen lezen.

23. Cicero, *Pro Balbo* 21.

[1.] ...²⁴ Quem h(ac) lege) ad co(n)s(ulem) profiteri oportebit, sei is, quom eum profiteri oportebit, Romae non erit, tum quei eius | negotia curabit, is eadem omnia, quae eum, quouis negotia curabit, sei Romae esset, h. l. profiteri | oportebit, item isdemque diebus ad cos. Pro-fitemino. |

[4.] Quem h. l. ad cos. profiteri oportebit, sei is pup(illus) seiue ea pu(pilla) erit, tum quei eius pup(illi) pu(pillae)ue tutor erit, item eadem | que omnia in iisdem diebus ad cos. profitemino, ita uti et quae quibusque diebus eum eamue, sei pup(illus) pu(-pilla)ue non | esset, h. l. profiteri oporteret. |

[7.] Sei cos., ad quem h. l. professiones fieri oportebit, Romae non erit, tum is, quem profiteri oportebit, quod eum profiteri | oportebit, ad pr(aetorem) urb(anum) aut, sei is Romae non erit, ad eum pr(aetorem), quei inter peregrinos ius deicet, profitemino, ita uti | eum ad cos., sei tum Romae esset, h. l. profiteri oporteret. |

[10.] Sei ex eis cos. et pr(aetoribus), ad quos h. l. professiones fieri oportebit, nemo eorum Romae erit, tum is, quem profiteri oportebit, | quod eum profiteri oportebit, ad tr(ibunum) pl(ebei) profitemino, ita uti eum ad cos. pr(aeto-rem)[que] urb(anum) eumque quei inter peregrinos ius deicet, sei tum Romae esset, h. l. profiteri oporteret. |

[13.] Quod quemquem h. l. profiteri oportebit, is, apud quem ea professio fiet, eius quei profitebitur nomen, et ea quae professus erit, et quo die professus sit, in tabulas publicas referenda curato, eademque omnia, quae utique in tabulas | rettulerit, ita in tabulam in album referenda

[1.] ... Indien een persoon, die krachtens deze wet de verklaring ten overstaan van de consul behoort af te leggen, niet in Rome aanwezig zal zijn op het moment dat hij deze behoort af te leggen, zal degene die zijn belangen behartigt precies dezelfde verklaring ten overstaan van de consul moeten afleggen op dezelfde wijze en op dezelfde dagen als de persoon wiens belangen de betrokkene behartigt zou behoren af te leggen, indien hij wel in Rome aanwezig zou zijn.

[4.] Indien degene die krachtens deze wet de verklaring ten overstaan van de consul behoort af te leggen een persoon van het mannelijk of vrouwelijk geslacht zal zijn die onder voogdij staat, zal degene die zijn resp. haar voogd is op dezelfde wijze en op dezelfde dagen precies dezelfde verklaring ten overstaan van de consul moeten afleggen, als de betrokkene krachtens de onderhavige wet zou behoren af te leggen, indien hij resp. zij niet onder voogdij zou staan.

[7.] Indien de consul ten overstaan van wie krachtens deze wet de verklaringen afgelegd behoren te worden, niet in Rome aanwezig zal zijn, zal de persoon die de verklaring behoort af te leggen, de verklaring die hij behoort af te leggen afleggen ten overstaan van de stadspraetor of, indien deze niet in Rome aanwezig zal zijn, ten overstaan van de praetor die de rechtsmacht tussen vreemdelingen heeft, en wel op dezelfde wijze als hij krachtens deze wet de verklaring ten overstaan van de consul zou behoren af te leggen, indien deze op dat moment wel in Rome aanwezig zou zijn.

[10.] Indien van de consuls en van de praetoren ten overstaan van wie krachtens deze wet de verklaringen afgelegd behoren te worden niemand in Rome aanwezig zal zijn, zal de persoon die de verklaring behoort af te leggen de verklaring die hij behoort af te leggen afleggen ten overstaan van een volkstribuun op dezelfde wijze als hij deze verklaring krachtens deze wet zou moeten afleggen ten overstaan van een consul, de stadspraetor of de praetor die rechtsmacht heeft tussen vreemdelingen, indien deze op dat moment wel in Rome aanwezig zou zijn.

[13.] Bij iedere verklaring die iemand krachtens deze wet behoort af te leggen, zal de ambtsdrager ten overstaan van wie de verklaring geschiedt erop toe dienen te zien dat de naam van degene die de verklaring aflegt, datgene wat hij zal verklaren en de datum waarop hij zijn verklaring heeft afgelegd in het register worden opgenomen; en hij zal erop dienen toe te zien dat al deze gegevens die hij in het register heeft

24. Afgedrukt is de tekst zoals deze is uitgegeven door S. Riccobono in: *Fontes iuris Romani antejustiniani I* (leges), Florence 1941. p. 140-152. De woorden tussen vierkante haakjes zijn aanvullingen van lacunes in de tekst; letters die invullingen zijn van in de tekst gebruikte afkortingen staan tussen ronde haakjes. Alle emendaties van de overgeleverde tekst zijn cursief afgedrukt.

[*curato*], idque apud forum, et quom frumentum populo dabitur, ibei ubei frumen|tum populo dabitur, cottidie maiorem partem diei propositum habeto, u(nde) d(e) p(lano) r(ecte) l(egi) p(ossit). |

[17.] Queiquomque frumentum populo dabit damdumue curabit, nei quoi eorum, quorum nomina h. l. ad cos. pr(aetorem) tr(ibu-num) pl(ebei) in talbula in albo proposita erunt, frumentum dato neue dare iubeto neue sinito. Quei aduersus ea eorum quoi frumentum | dederit, is in tr(itici) m(odios) singulos sestertium quinquaginta milia populo dare damnas esto, eiusque pecuniae quei uolet petitio esto. |

[20.] Quae uiae in urbe Rom(a) propiusue u(rbem) R(omam) p(assus) M, ubei continente habitabitur, sunt erunt, quouis ante aedificium earum quae | uia erit, is eam uiam arbitratu eius aed(ilis), quoi ea pars urbis h. l. obuenerit, tueatur; isque aed(ilis) curato, uti, quorum | ante aedificium erit, quamque uiam h. l. quemque tueri oportebit, ei omnes eam uiam arbitratu eius tueantur, neue eo | loco aqua consistat, quominus conmode populus ea uia utatur. |

[24.] Aed(iles) cur(ules) aed(iles) pl(ebei), quei nunc sunt, queiquomque post h. l. r(ogatam) factei createi erunt eumue mag(istratum) inierint, iei in diebus V proxumeis, | quibus eo mag(istratu) designatei erunt eumue mag(istratum) inierint, inter se paranto aut sortiunto, qua in partei urbis quisque | eorum uias publicas in urbem Romam, propiusue u(rbem) R(omam) passus M, reficiundas sternendas curet, eiusque rei

ingeschreven ook zo worden geschreven op het witte publiciteitsbord; en hij zal dit op het marktplein dagelijks gedurende het grootste deel van de dag²⁵ in het openbaar tentoongesteld houden, en wel op het moment dat er graan aan het volk wordt uitgedeeld, daar ter plaatse waar deze uitdeling aan het volk zal plaatsvinden, en zodanig dat het vanaf de begane grond goed gelezen kan worden.

[17.] Een ieder die graan aan het volk uitdeelt of erop toeziet dat de uitdeling plaatsvindt, zal geen graan uitdelen noch gelasten of toelaten het uit te delen aan iemand van degenen wier namen krachtens de onderhavige wet vanwege een consul, praetor of volkstribuun op het witte publiciteitsbord bekendgemaakt zijn. Wie in strijd met deze bepaling aan iemand van zulke personen graan heeft uitgedeeld, zal worden veroordeeld tot betaling aan de staat van een boete van 50.000 sestertiën voor iedere schepel koren en zal voor dit bedrag met een actie aangesproken kunnen worden door iedere willekeurige burger.

[20.] Betreffende wegen die in de stad Rome of binnen de eenmijlszone rondom de stad gelegen zijn of zullen zijn waar aaneengesloten woongebied zal zijn, zal de persoon die een gebouw bezit voor hetwelk een dergelijke weg loopt die weg moeten onderhouden naar believen van de aediel aan wie het desbetreffende gedeelte van de stad krachtens de onderhavige wet is toegewezen; en de aediel in kwestie dient ervoor zorg te dragen dat al die personen op wie krachtens deze wet de plicht rust bedoeld stuk weg voor hun gebouw te onderhouden, deze weg naar zijn believen zullen onderhouden, en dat er op een dergelijke plaats geen water zal blijven staan als gevolg waarvan de bevolking die weg niet zonder ongemak kan gebruiken.

[24.] De curulische aedielen en de volksaedielen die op dit moment in functie zijn of die na de totstandkoming van deze wet verkozen en benoemd zullen zijn en dit ambt zullen hebben aanvaard, dienen binnen vijf dagen, onmiddellijk nadat zij voor dit ambt aangewezen zijn of dit ambt hebben aanvaard, onderling een vergelijk te treffen dan wel door loting te bepalen in welk deel van de stad ieder van hen erop dient toe te zien dat de openbare wegen in de stad Rome en binnen de eenmijlszone rondom de stad Rome hersteld en bestraat worden en bij wie van hen het bestuur van die zaak berust. In het gedeelte dat aan iedere aediel krachtens deze wet is toegewezen, daar dient de

25. Zie Paul. Dig. 50,16,2,1.

procuracionem | habeat. Quae pars quoique aed(ilei) ita h. l. obuenerit, eius aed(ilis) in eis loceis, quae in ea parte erunt, uiarum refici-en|darum tuemdarum procuratio esto, utei h. l. oportebit. |

[29.] Quae uia *inter* aedem sacram et aedificium locumue publicum et inter aedificium priuatum est erit, eius | uiae partem dimidiam is aed(ilis), quoi ea pars urbis obuenerit, in qua parte ea aedis sacra erit seue aedificium | publicum seue locus publicus, tuemdam locato. |

[32.] Quemquomque ante suum aedificium uiam publicam h. l. tueri oportebit, quei eorum eam uiam arbitrato eius aed(ilis), | quouis oportuerit, non tuebitur, eam uiam aed(ilis), quouis arbitrato eam tuerei oportuerit, tuendam locato; | isque aed(ilis) diebus ne minus X, antequam locet aput forum ante tribunale suum propositum habeto, quam | uiam tuendam et quo die locaturus sit, *et* quorum ante aedificium ea uia sit; eisque, quorum ante aedificium | ea uia erit, procuratoribusue eorum domum denuntietur facito, se eam uiam locaturum, et quo die locaturus | sit; eamque locationem palam in foro per q(uaestorem) urb(anum), eumue quei aerario praeit, facito. Quamta pecunia eam | uiam locauerit, tamtae pecuniae eum eosque, quorum ante aedificium ea uia erit pro portioni, quamtum | quouisque ante aedificium uiae in longitudine et in latitudine erit, q(uaestor) urb(anus), queiue aerario praeit, in tabulas | publicas pecuniae factae referundum curato. Ei quei eam uiam tuendam redemerit, tamtae pecuniae eum eos|ue adtribuito sine d(olo) m(alo). Sei is, quei adtributus erit, eam pecuniam diebus XXX proxumeis, quibus ipse aut pro|curator eius sciet adtributionem factam esse, ei, quoi adtributus erit, non soluerit neque satis fecerit, is | quamtae pecuniae adtributus erit, tamtam pecuniam et eius dimidium ei, quoi adtributus erit, dare debeto, | inque eam rem is, quo quomque de ea re aditum erit,

bestuursbevoegdheid voor het herstel en het onderhoud van de wegen op alle plaatsen die zich in dat gedeelte bevinden aan die aediel toe te komen, zoals dit krachtens deze wet zal behoren te geschieden.

[29.] Voor een weg die tussen een gewijde tempel, een openbaar gebouw of terrein enerzijds en een particulier gebouw anderzijds gelegen is of zal komen te liggen, zal de aediel aan wie het desbetreffende gedeelte van de stad waarin die gewijde tempel, het openbaar gebouw of openbaar terrein gelegen is, is toegewezen, de helft van het onderhoud aanbesteden.

[32.] Een ieder die krachtens deze wet de openbare weg vóór zijn gebouw zal behoren te onderhouden en die weg niet naar wiens believen van de terzake competente aediel onderhoudt, voor hem zal de aediel naar wiens believen die weg onderhouden had moeten worden het onderhoud ervan aanbesteden. De betrokken aediel dient niet korter dan tien dagen vóór de aanbesteding op het marktplein vóór zijn ambtszetel bekend te laten maken om het onderhoud van welke weg het gaat, op welke dag de aanbesteding zal plaatsvinden, en voor wier gebouw die weg loopt. Hij dient ervoor te zorgen dat aan degenen voor wier gebouw de betrokken weg loopt alsmede aan hun vertegenwoordigers thuis kennis wordt gegeven dat hij het voornemen heeft die weg aan te besteden en op welke dag hij de aanbesteding zal verrichten. Hij dient die aanbesteding openlijk op het marktplein door bemiddeling van de stadsquaestor of de fungerende thesaurier te verrichten. Voor de hoogte van het bedrag waarvoor deze de betreffende weg heeft aanbesteed, dient hij of dienen zij vóór wier gebouw die weg loopt door de stadsquaestor of de fungerende thesaurier in het grootboek van aan de staatskas verschuldigde kapitalen te worden ingeboekt naar verhouding tot de omvang, in de lengte en in de breedte, van het deel van de weg dat vóór ieders gebouw ligt. Aan de aannemer die het onderhoudscontract voor die weg is aangegaan dient hij zonder boos opzet de betrokkene of betrokkenen voor betaling van een som van die hoogte bindend te assigneren. Als degene die aldus is geassigneerd binnen dertig dagen, nadat hij zelf of zijn vertegenwoordiger de wetenschap heeft verkregen dat die betalingsopdracht is gedaan, dat bedrag niet zal hebben betaald aan of zekerheid heeft gesteld jegens degene aan wie hij is geassigneerd, zal hij verplicht zijn het bedrag waarvoor hij geassigneerd is plus de helft daarvan te betalen aan degene aan wie hij geassigneerd is; en in deze kwestie zal de ambtsdrager op de plaats waar en ten tijde dat over deze aangelegenheid rechtsingang is gezocht, een rechter en een procesformulier verlenen op dezelfde wijze als

iudicem iudiciumue ita dato, uti de pecunia credita | [*iudicem*] iudiciumue dari oportebit. |

[46.] Quam uiam h. l. tuendam locari oportebit, aed(ilis), quem eam uiam tuendam locare oportebit, is eam uiam per |q(uaestorem) urb(anum), queiue aerario praeit, tuendam locato, uti eam uiam arbitratu eius, quei eam uiam locandam | curauerit, tueatur. Quamtam pecuniam ita quaeque uia locata erit, t(amtam) p(ecuniam) q(uaestor) urb(anus), queiue aerario praeit | redemp-torei, quoi e lege loca-tionis dare oportebit, heredeiue eius damdam adtribuendam curato. |

[50.] Quo minus aed(iles) et IIIuir(ei) uieis in urbem purgandis, IIuir(ei) uieis extra propiusue urbem Rom(am) passus [*M*] | purgandis, queiquomque erunt, uias publicas purgandas curent eiusque rei potestatem habeant, | ita uti legibus pl(ebei)ue sc(itis) s(enatus)[*ue*] c(onsultis) oportet oportebit, *eius* h. l. n(ihilum) r(ogatur). |

[53.] Quoius ante aedificium semita in loco erit, is eam semitam eo aedificio perpetuo lapidibus perpetueis | integreis continentem constratam recte habeto arbitratu eius aed(ilis), quoius in ea parte h. l. uiarum | procuratio erit. |

[56.] Quae uiae in u(rbe) R(oma) sunt erunt intra ea loca, ubi continenti habitabitur, ne quis in ieis uieis post k. Ianuar. | primas plostrum interdiu post solem ortum, neue ante horam X diei ducito agito, nisi quod aedium | sacrarum deorum immortalium causa aedificandarum operisue publice faciumdei causa aduehei porta|ri oportebit, aut quod ex urbe exue ieis loceis earum rerum, quae publice demoliendae locatae erunt, publi|ce exportarei opor-tebit, et quarum rerum causa plostra h. l. certeis hominibus cer-teis de causeis agere | ducere licebit. |

[62.] Quibus diebus uirgines Vestales regem sacrorum, flamines plostreis in urbe sacrorum publicorum p(opuli) R(omani) causa | uehi oportebit, quaeque plostra triumphii causa, quo

aangaande geldleenkwesties een rechter en een procesformulier verleend behoren te worden.

[46.] Betreffende een weg waarvan krachtens deze wet het onderhoud aanbesteed behoort te worden, dient de aediel die verplicht zal zijn het onderhoud van die weg aan te besteden, het onderhoud ervan door tussenkomst van de stadsquaestor of de fungerende thesaurier aan te besteden ten einde die weg te doen onderhouden naar believen van degene die zal toezien op de aanbesteding van het onderhoud van die weg. Voor de hoogte van het bedrag waarvoor iedere weg aldus is aanbesteed, dient de stadsquaestor of de fungerende thesaurier erop toe te zien dat een even groot bedrag aan de aannemer, aan wie het op grond van de bepalingen van het aanbestedingscontract gegeven zal moeten worden – of aan diens erfgenaam – gegeven en geassigneerd wordt.

[50.] Dat de aedielen en de viermannen, belast met het schoonhouden van de wegen in de stad, en de tweemannen, belast met het schoonhouden van de wegen buiten en binnen de eenmijslzone rondom de stad Rome, wie dit ook zullen zijn, voor het reinigen van de openbare wegen zorg dragen en voor deze aangelegenheid bevoegd zijn conform de geldende of toekomstige voorschriften in wetten, plebiscieten en senaatsbesluiten, daaraan staat krachtens deze wet geen enkele bepaling in de weg.

[53.] Degene vóór wiens gebouw op [openbaar] terrein een voetpad gelegen is, zal dit voetpad over de gehele lengte van het gebouw op de juiste wijze bestraat houden met een duurzaam één geheel vormend steenplaveisel, naar believen van de aediel aan wie krachtens deze wet in dat gedeelte [van de stad] de zorg voor de wegen toekomt.

[56.] Op de wegen die in de stad Rome gelegen zijn of komen te liggen tussen plaatsen waar ononderbroken bewoning plaatsvindt, daar zal na de eerstkomende eerste januari niemand overdag na zonsopgang, of vóór het tiende uur van de dag een kar voorttrekken of laten rijden. Dit geldt niet wanneer ten behoeve van de bouw van gewijde tempels van de onsterfelijke goden of van de uitvoering van [publieke] werken bouwmaterialen moeten worden aangedragen of aangevoerd of wanneer er uit de stad – en wel van die [hierboven genoemde] plaatsen – ten publieken nutte materialen moeten worden weggebracht van zaken die op publieke kosten voor de sloop zijn aanbesteed: met betrekking tot deze zaken zal het krachtens deze wet aan bepaalde mensen om wélbepaalde redenen toegestaan zijn karren te doen rijden of voort te trekken.

[62.] Voor de dagen waarop de Vestaalse maagden, de offerkoning en de priesters de stad rondgereden moeten worden vanwege de officiële offerplechtigheden van het Romeinse volk, of er wegens een triomftocht wagens moeten rijden op de dag dat iemand die

die quisque triumphabit, ducei oportebit, quaeque | plostra ludorum, quei Romae aut urbei Romae [*p(ropius) p(assus) M*] publice feient, inue pompam ludeis circiensibus ducei agei opus | erit : quo minus earum rerum caussa eisque diebus plostra interdiu in urbe ducantur agantur, e(ius) h(ac) l(ege) n(ihilum) r(ogatur). |

[66.] Quae plostra noctu in urbem inducta erunt, quo minus ea plostra inania aut stercoris expor-tandei caussa | post solem ortum h(oris) X diei bubus iumenteisue iuncta in u(rbe) R(oma) et ab u(r-be) R(oma) p(assus) M esse li-ceat, e(ius) h. l. n(ihilum) r(oga-tur). |

[68.] Quae loca publica por-ticusue publicae in u(rbe) R(oma) p(ropius)ue u(rbei) R(omae) p(as-sus) M sunt erunt, quorum loco-rum quousque porticus | aedilium eorumue mag(istratuom), quei uieis loceisue publiceis u(rbis) R(omae) pr(opius)ue u(rbei) R(omae) p(assus) M purgandeis praerunt, legibus | procuratio est erit, nei quis in ieis loceis inue ieis porticibus quid inaedificatum inmolitumue habeto, | neue ea loca porticumue quam possideto, neue eorum quod saeptum clausumue habeto, quo minus eis | loceis porticibusque populus uta-tur pateantue, nisi quibus uteique leg(ibus) pl(ebei)ue sc(itis) s(ena-tus)ue c(onsultis) concessum per-missumue est. |

[73.] Quibus loceis ex lege locationis, quam censor aliusue quis mag(istratus) publiceis vectigalibus ultroue tributeis | fruedeis tuendeisue dixet, dixerit, eis, quei ea fruenda tuendaue conducta habebunt, ut utei fruei liceat | aut utei ea ab eis custodiantur, cautum est: ei quo minus ieis loceis utantur fruantur ita, utei quoique eorum | [*ex l[e]ge loca[t]ionis ieis [sine d(olo) m(alo)]*] utei fruei licebit ex h. l. n(ihilum) r(ogatur). |

[77.] Quos lud[os] quisque Romae

triomftocht houdt, of waarop het met het oog op de spelen die in Rome of binnen de eenmijlszone van de stad Rome op publieke kosten plaatsvinden, of voor de processie tijdens de Circensische spelen nodig zal zijn dat er wagens moeten worden getrokken of gereden: dat om deze redenen op die dagen overdag wagens in de stad getrokken of gereden worden, daaraan staat krachtens deze wet geen enkele bepaling in de weg²⁶

[66.] Dat het voor karren die 's nachts de stad zijn binnengereden, als zij leeg zijn dan wel bestemd om afval af te voeren, toegestaan is om zich met het erbij behorende span ossen of ezels na zonsopgang gedurende de eerste tien uren van de dag in de stad Rome of binnen de eenmijlszone rondom de stad Rome te bevinden, daaraan staat krachtens deze wet geen enkele bepaling in de weg.

[68.] Met betrekking tot die bestaande of toekomstige publieke terreinen en openbare galerijen in de stad Rome en binnen de eenmijlszone rondom de stad Rome, voor welke terreinen en galerijen op grond van de wetten de zorg ligt of zal liggen bij de aedilen of bij die ambtsdragers die belast zullen zijn met het schoonhouden van de wegen en publieke ruimten binnen de stad Rome en binnen de eenmijlszone rondom de stad Rome, zal niemand op die terreinen en in die galerijen enig bouwswel of enige optrek hebben, die terreinen of enige galerij in bezit nemen, of iets daarvan geblokkeerd of afgesloten houden als gevolg waarvan de bevolking niet het gebruik en de vrije toegang tot die terreinen en galerijen heeft, uitgezonderd de personen aan wie en op de manier waarop dit bij wetten, plebiscieten of senaatsbesluiten is vergund en toegestaan.

[73.] Met betrekking tot de plaatsen waarvoor – overeenkomstig de bepalingen in de pachtvereenkomst, die door de censor of enige andere magistraat was of wordt opgesteld voor het vruchtgenot en de handhaving van de van staatswege gevorderde accijnsen en verdere heffingen – ten behoeve van de personen die het vruchtgenot en de handhaving daarvan in pacht zullen hebben bedongen, erin voorzien is dat zij daarvan het gebruik en het genot mogen hebben resp. deze door hen in stand gehouden worden, staat krachtens deze wet niets eraan in de weg dat die personen het gebruik en het genot van die plaatsen op zodanige wijze hebben als ieder hunner daarvan op grond van de bepalingen van de pachtvereenkomst zonder arglist het gebruik en het genot zal mogen hebben.²⁷

[77.] Met betrekking tot de spelen, die iemand in Rome

26. Het gaat hier om een al ouder verbod: Livius, *Ab urbe condita* 34,1,3: ne qua mulier ... iuncto vehiculo in urbe oppidove aut propius inde mille passus nisi sacrorum publicorum causa veheretur.

27. Bescherming verleende de praetor met het interdictum de loco publico fruendo: Ulp. Dig. 43,9,1,pr.

p(ropius)ue u(rbei) R(omae) p(assus) M faciet, quo minus ei eorum ludorum caussa scaenam pulpitu[m] ceteraque, | quae ad eos ludos opus erunt, in loco publico ponere statuere, eisqu[e] diebus, quibus eos faciet, loco publico utei | liceat, e(ius) h. l. n(ihilum) r(ogatur). |

[80.] Quei scribae librarei magistratibus apparebunt, ei quo minus locis publicis, ubi is, [quoi] quisque eorum apparebunt, | iuserit, apparendi caussa utantur, e(ius) h. l. n(ihilum) r(ogatur). |

[82.] Quae loca serueis publicis ab cens(ori)bus habitandi utendei caussa adtributa sunt, ei quo minus eis locis utantur, e(ius) h. l. n(ihilum) r(ogatur). |

[83.] Queiquomque in municipiis colonis praefectureis foreis conciliabulis c(iuium) R(omano)rum IIuir(ei) IIIuir(ei) erunt alioe | quo nomine mag(istra)tu[m] potestatemue sufragio eo-rum, qui quousque municipi coloniae praefecturae | fori conciliabuli erunt, habebunt: nei quis eorum quem in eo municipio co-lonia praefectura foro conciliabulo [in] senatum decuriones conscriptosue legito neue sub-legito neue coptato neue recitandos curato, | nisi in demortui damnateiue locum eiusue, qui confessus erit, se senatorem decurionem conscriptumue | ibei h. l. esse non licere. |

[89.] Quei minor annos XXX natus est erit, nei quis eorum post k. Ianuar. secundas in municipio colonia praefectura IIuir(atum) IIIuir(atum) neue quem alium mag(istratu)m petito neue capito neue gerito, nisei qui eorum stipendia | equo in legione III, aut pedestria in legione VI fecerit, quae stipendia in castris inue provincia maiorem | partem sui quousque anni fecerit, aut bina semestria, quae ei pro singulis annis procedere oporteat, | aut ei uocatio rei militaris legibus pl(ebei)ue sc(itis) exue foidere erit, quocirca eum inueitum merere non | oporteat. Neue quis, quei praconium dissignationem

of binnen de eenmijlszone van de stad Rome zal organiseren, staat krachtens deze wet geen enkele bepaling eraan in de weg dat deze persoon vanwege die spelen een toneel of podium en alle andere voorzieningen die voor die spelen nodig zullen zijn op een publieke plaats mag neerzetten en opstellen en dat hij van die openbare ruimte gebruik mag maken op de dagen waarop hij die spelen zal organiseren.

[80.] Alle schrijvers en secretarissen die de ambtsdragers ten dienste staan, jegens hen staat krachtens deze wet geen enkele bepaling eraan in de weg dat zij van die openbare plaatsen, waar degene aan wie ieder van hen diensten zal verlenen, gebruik maken teneinde deze diensten te verrichten.

[82.] Met betrekking tot de plaatsen welke door de censoren aan tot het staatspersoneel behorende slaven ter bewoning en ten gebruike zijn toegewezen, staat krachtens deze wet geen enkele bepaling eraan in de weg dat zij van die plaatsen gebruik maken.

[83.] Van al diegenen die in een gemeente, kolonie, prefectuur, marktplaats of dorp van Romeinse burgers tweeman of vierman zullen zijn of onder een andere naam een openbaar ambt of bevoegdheid zullen bekleden, krachtens verkiezing door degenen die tot de desbetreffende gemeente, kolonie, prefectuur, marktplaats of dorp behoren, laat van hen niemand enige persoon in die gemeente, kolonie, prefectuur, marktplaats of dorp als lid of plaatsvervangend lid van de senaat, de gemeenteraad of het bestuurscollege kiezen, coöpteren of zorgen dat hij op de voordracht staat dan alleen ter vervanging van een overledene, een veroordeelde of iemand die heeft bekend dat het hem krachtens deze wet niet toegestaan is om als senator, raadslid of bestuurder op te treden.

[89.] Wie onder de dertig jaar is of zal zijn, van hen zal na 1 januari van het tweede jaar na heden niemand in een gemeente, kolonie of prefectuur de functie van twee- of vierman of enig ander ambt nastreven, aanvaarden of bekleden dan alleen diegene onder hen die drie dienstjaren in de cavalerie van een legioen of zes dienstjaren in de infanterie van een legioen heeft gediend, welke dienstjaren hij voor het grootste deel van ieder van zijn jaren in een militair kamp of in een provincie heeft meegemaakt of voor twee perioden [te velde] van telkens zes maanden die elk als gelijkwaardig aan een periode van één jaar toegerekend behoren te worden op de dienstdad die hij krachtens de wetten en plebiscieten zal behoren te vervullen, dan wel indien hij krachtens de wetten en plebiscieten of op grond van een verdrag een vrijstelling van militaire dienst zal genieten, als gevolg waarvan hij niet tegen zijn wil als soldaat behoeft te dienen. Voorts zal

libitinamue faciet, dum eorum quid faciet, in municipio colonia praefectura Iluir(atum) IIIIuir-(atum) aliumue quem mag(is-tratum) petito neue capito neue gerito neue habeto, | neue ibei senator neue decurio neue con-scriptus esto, neue sententiam dicito. Quei eorum ex eis, quei s(upra) s(criptei) s(unt), | aduersus ea fecerit, is *singulos sestertium quinquaginta milia* p(opulo) d(are) d(amnas) e(sto), eiusque pecuniae quei uolet petitio esto. |

[98.] Queiquomque in municipio colonia praefectura post k. Quinc(tiles) prim(as) comitia Iluir(eis) IIIIuir(eis) aleiue quoi mag(istratui) | rogando subrogandoue habebit, is ne quem, quei minor aneis [XXX] natus est erit, Iluir(um), IIIIuir(um), quei[ue] ibei | alium mag(istratum) habeat, renuntiatio neue renuntiari iubeto, nisi quei stipendia equo in legione III, aut stipendia pedestria in legione VI fecerit, quae stipendia in castreis inue prouincia ma-iorem partem sui | quouisque anni fecerit, aut bina semestria, quae ei pro singuleis annueis procedere oporteat, cum eo | quod ei legibus pl(ebei)ue sc(iteis) procedere o-portebit, aut ei uocatio rei mili-taris legibus pl(ebei)ue sc(iteis) exue foedere | erit, quo circa eum inuitum merere non oporteat. Ne-ue eum, quei praeconium dissignationem libitinamue faciet, dum eorum quid | faciet, Iluir(um) IIIIuir(um), queiue ibei mag(istratus) sit, renuntiatio, neue in senatum neue in de[]curionum conscriptorum[ue] numero legito, sublegito coptato neue sententiam rogato neue dicere neue | ferre iubeto sc(iens) d(olo) m(alo). Quei aduersus ea fecerit, is *singulos sestertium quinquaginta milia* p(opulo) d(are) d(amnas) esto, eiusque pecuniae quei uolet petitio esto. |

[108.] Quae municipia coloniae praefecturae fora conciliabula c(iuium) R(omanorum) sunt erunt, nei quis in eorum quo municipio | colonia praefectura [fora] conciliabulo [in] senatu decurionibus

niemand die het beroep van omroeper, regelaar bij publieke evenementen²⁸ of begrafenisondernemer zal uitoefenen gedurende de tijd dat hij een van deze beroepen uitoefent, in een gemeente, kolonie of prefectuur het ambt van tweeman of dat van vierman of enig ander ambt nastreven, aanvaarden, bekleden of uitoefenen, noch aldaar senator, raadslid of bestuurder zijn of vonnissen wijzen. Wie van hen, onder degenen die hierboven genoemd zijn, in strijd hiermee zal handelen, zal veroordeeld worden om aan de staat 50.000 sestertiën te betalen, en voor dit bedrag zal hij door iedere willekeurige burger met een actie aangesproken kunnen worden.²⁹

[98.] Alwie in een gemeente, kolonie of prefectuur die na de eerste van de komende maand juli een volksvergadering bijeen zal roepen voor de verkiezing of vervanging van tweemannen, viermannen of enige andere ambtsdrager, die zal geen persoon die jonger is of zal zijn dan 30 jaar tot tweeman, vierman of enige andere functie verkozen verklaren of doen verklaren, tenzij de betrokkene drie dienstjaren in de cavalerie van een legioen of zes dienstjaren in de infanterie van een legioen heeft gediend, welke dienstjaren hij voor het grootste deel van elk van zijn jaren in een militair kamp of in een provincie heeft meegemaakt of voor twee perioden [te velde] van telkens zes maanden die elk als gelijkwaardig aan een periode van een jaar toegerekend behoren te worden op de diensttijd die hij krachtens de wetten en plebiscieten zal behoren te vervullen, dan wel indien hij krachtens de wetten en plebiscieten of op grond van een verdrag een vrijstelling van militaire dienst zal genieten, als gevolg waarvan hij niet tegen zijn wil als soldaat behoeft te dienen. Voorts zal hij iemand die het beroep van omroeper, regelaar bij publieke evenementen of begrafenisondernemer zal uitoefenen, gedurende de tijd dat hij een van deze beroepen uitoefent, niet tot tweeman, vierman of een andere ambtsdrager aldaar verkozen verklaren noch hem als lid of plaatsvervangend lid van de senaat, de gemeenteraad of het bestuurscollege kiezen, coöpteren en evenmin hem om zijn oordeel verzoeken of hem welbewust en arglistig mondeling of schriftelijk zijn stem laten uitbrengen. Wie in strijd hiermede zal handelen, zal veroordeeld worden om aan de staat 50.000 sestertiën te betalen, en voor dit bedrag zal hij door iedere willekeurige burger met een actie aangesproken kunnen worden.

[108.] In iedere bestaande of toekomstige gemeente, kolonie, prefectuur, marktplaats of dorp van Romeinse burgers zal niemand lid zijn van de senaat, de gemeenteraad of het bestuurscollege van zo'n gemeente, kolonie, prefectuur, marktplaats of dorp, of aldaar in het genoemde college zijn stem mondeling of

28. Dat het bij de dissignator en de preco om verschillende beroepen gaat, die overigens dicht tegen elkaar aan liggen, wordt duidelijk uit Ulp. Dig. 3,2,4,1.

29. De mogelijkheid van het instellen van een actio popularis wordt ook gegeven in r. 107; 125; 140.

conscripteisque esto, neue quoi ibi in eo ordine | sententiam deicere ferre liceto ; quei furtei, quod *ipse* fecit fecerit, condemnatus pactusue est erit ; | queiue iudicio *fiduciae* pro socio, tutelae, mandatei, iniuriarum, deue d(olo) m(alo) condemnatus est erit ; queiue lege *Plaetoria* ob eamue rem, quod aduersus eam legem fecit fecerit, condemnatus est erit ; queiue depugnandei | *caussa auctoratus* est erit fuit fuerit ; queiue in iure [*bonam copiam abiurauit*] abiurauerit, bonamue copiam iurauit iurauerit ; quei[ue] | sponsoribus creditoribusue suis renuntiauit renuntiauerit, se solum soluere non posse, aut cum eis | pactus est erit, se solum soluere non posse ; proue quo datum depensum est erit ; quouisue bona ex edicto | eius, quei i(ure) d(eicundo) praefuit praefuerit, praeterquam sei quouis, quom pupillus esset reiue publicae *caussa* abesset, | neque d(olo) m(alo) fecit fecerit quo magis r(ei) p(ublicae) c(aussa) a(besset), possessa proscriptae sunt erunt ; queiue iudicio publico *Romae* | condemnatus est erit, quo circa eum in Italia esse non liceat, neque in integrum restitutus est erit ; queiue in eo | municipio colonia praefectura foro conciliabulo, quouis erit, iudicio publi-co condemnatus est erit ; quemue | k(alumniae) praearicationis *caussa* accusasse fecisseue quod iudicatum est erit ; queiue apud exercitum ingnominae | *caussa* ordo ademptus est erit ; quemue imperator ingnominae *caussa* ab exercitu decedere iusit iuserit ; | queiue ob caput c(iuis) R(omanei) referundum pecuniam praemium aliudue quid cepit ceperit ; queiue corpore quaestum | fecit fecerit ; queiue lanistaturam artemue ludi-cram fecit fecerit ; queiue lenocinium faciet. Quei | aduersus ea in municipio colonia praefectura foro conciliabulo [*in senatu*] decurionibus conscripteisue fuerit | sententiamue dixerit, is *singulos sestertium quinquaginta milia* p(opulo) d(are) d(amnas) esto,

schriftelijk uit mogen brengen,

– die voor een diefstal die hij zelf heeft begaan of zal begaan veroordeeld is resp. zal worden, of te dier zake met de betrokkene een schikking heeft resp. zal hebben getroffen;

– of die op grond van een actie wegens eigendomsoverdracht tot zekerheid, wegens vennootschap, voogdij, lastgeving, onrechtmatige krenking of wegens bedrog veroordeeld is resp. zal worden;

– of die op grond van de *lex Plaetoria* terzake van het feit dat hij in strijd met deze wet heeft gehandeld of zal handelen veroordeeld is resp. zal worden;

– of die zich onder ede ertoe verbindt, zal verbinden, heeft of zal hebben verbonden om als zwaardvechter op te treden;

– of die ten overstaan van de praetor onder ede het bestaan van een geldlening heeft geloofend of zal loochenen dan wel onder ede verklaard heeft resp. zal verklaren dat hij tot betaling daarvan voldoende middelen heeft;

– of die aan zijn schuldeisers of borgen aanzegging heeft gedaan resp. zal doen dat hij niet volledig kan betalen, of met de genoemden een schikking heeft getroffen resp. zal treffen terzake van het feit dat hij niet volledig kan betalen;

– of wiens vermogen, op grond van het edict van de magistraat die met jurisdictiebevoegdheid belast is of zal zijn, in beslag genomen en publiekelijk verkocht is, uitgezonderd het geval dat de beslaglegging en publieke verkoop iemand betrof ten tijde dat deze onder voogdij stond of voor staatszaken afwezig was, en hij niet met boos opzet heeft bewerkt of zal bewerken dat hij voor staatszaken afwezig was;

– of die in een strafproces in Rome veroordeeld is of zal worden, als gevolg waarvan hij niet meer in Italië mag verblijven, en hij niet in zijn oorspronkelijke positie is of zal zijn hersteld;

– of die in de gemeente, kolonie, prefectuur, marktplaats of het dorp waartoe hij behoort in een strafproces veroordeeld is of zal worden;

– of te wiens aanzien gevonnist is of zal worden dat hij wegens chicaneuze redenen of in samenspel met een derde een aanklacht heeft ingediend of daartoe iets heeft gedaan;

– of aan wie in het leger wegens oneervol gedrag zijn rang is of zal worden ontnomen;

– of aan wie door een generaal wegens oneervol gedrag gelast is of zal worden het leger te verlaten;

– of die geld of beloning heeft ontvangen of zal ontvangen voor het feit dat hij het hoofd van een Romeins burger aanbrengt;

– of die met zijn lichaam gewin heeft gemaakt of zal maken;

– of die als trainer van zwaardvechters is opgetreden of

eiusque pecuniae quei volet pe-titio esto. |

[126.] Quoi h. l. in municipio colonia praefectura foro conciliabulo senatorem decurionem conscriptum esse | inque eo ordine sententiam dicere ferre non licebit, nei quis, quei in eo municipio colonia praefectura | foro conciliabulo senatum decuriones conscriptos habebit, eum in senatum decuriones conscriptos | ire iubeto sc(iens) d(olo) m(alo) ; neue eum ibei sententiam rogato neue dicere neue ferre iubeto sc(iens) d(olo) m(alo) ; neue quis, quei | in eo municipio colonia praefectura foro conciliabulo su-fragio eorum maxumam potestatem habebit, | eorum quem ibei in senatum decuriones conscriptos ire, neue in eo numero esse neue sententiam ibei dicere | ferreue sinito sc(iens) d(olo) m(alo) ; neue quis eius rationem comitibus concilioune [*habeto, neue quis quem, sei aduersus ea comitibus concilioune*] creatum est renunti-ato ; neue quis, quei ibei mag(is)-tratum potestatem habebit, eum cum senatu decurionibus conscriptis ludos spectare neue in conuiuium | publico esse sinito sc(iens) d(olo) m(alo). |

[135.] Quibus h. l. in municipio colonia praefectura foro conciliabulo in senatu decurionibus conscriptis esse | non licebit, ni quis eorum in municipio colonia praefectura foro conciliabulo liuir(atum) Illiur(atum) aliamue | quam potestatem ex quo honore in eum ordinem perueniat, petito neue capito ; neue quis eorum ludeis, | cumue gladiatores ibei pugnabunt, in loco senatorio decurionum conscriptorum sedeto neue spectato ; | neue conuiuium publicum is inito ; neue

zal optreden, of de toneelkunst heeft beoefend of zal beoefenen;

– of die als bordeelhouder optreedt.

Wie in strijd met deze bepalingen in een gemeente, kolonie, prefectuur, marktplaats of dorp zitting heeft genomen in de senaat, de gemeenteraad of het bestuurscollege of zijn stem heeft uitgebracht, zal veroordeeld worden om aan de staat 50.000 sestertiën te betalen, en voor dit bedrag zal hij door iedere willekeurige burger met een actie aangesproken kunnen worden.

[126.] Wat betreft een persoon die krachtens deze wet niet in een gemeente, kolonie, prefectuur, marktplaats of dorp als senator, raadslid of bestuurder zal mogen optreden of in dat college zijn stem mondeling of schriftelijk uitbrengen, geen ambtsdrager die in die gemeente, kolonie, prefectuur, marktplaats of in dat dorp de senaat, de raad resp. het bestuurscollege in vergadering bijeen zal roepen, zal welbewust en met boos opzet zo'n persoon bevelen om zich in de senaat, de raad of het bestuurscollege te begeven; en hij zal hem daar niet om zijn oordeel verzoeken of hem welbewust en met boos opzet gelasten zijn stem mondeling of schriftelijk uit te brengen. En niemand die in een dergelijke gemeente, kolonie, prefectuur, marktplaats of dorp op grond van verkiezing door de inwoners het hoogste gezag uitoefent, zal welbewust en met boos opzet toelaten dat iemand van de genoemde personen zich daar in de senaat, de raad of het bestuurscollege begeeft of in dat college aanwezig is en er mondeling of schriftelijk zijn stem uitbrengt; geen ambtsdrager zal de kandidatuur van zo iemand voor de volksvergadering of het volksoverleg erkennen; en geen magistraat zal, indien in strijd met dit verbod in de volksvergadering of in het volksoverleg een verkiezing heeft plaatsgevonden, de betrokkene gekozen verklaren; en niemand die aldaar een bestuursfunctie bekleedt of het gezag zal uitoefenen, zal welbewust en met boos opzet toelaten dat zo iemand te samen met leden van de senaat, de raadsleden of bestuurders de spelen bezoekt of aan een publiek banket aanzit.

[135.] Van degenen die krachtens deze wet niet in een gemeente, kolonie, prefectuur, marktplaats of dorp zitting mogen hebben in de senaat, de gemeenteraad of het bestuurscollege, van hen zal in een gemeente, kolonie, prefectuur, marktplaats of dorp niemand zich kandidaat stellen als of de functie aanvaarden van tweeman of vierman of enige andere bestuursfunctie, als gevolg waarvan hij in genoemde colleges terecht komt; niemand van deze personen zal bij de spelen of wanneer daar gladiatorengevechten plaatsvinden, zitting nemen in de ruimte gereserveerd voor senatoren, gemeenteraadsleden of bestuurders en daar toeschouwer zijn, of aanzitten aan een publiek banket; niemand die in strijd met deze bepalingen zal zijn

quis, quei aduersus ea creatum renuntiatum erit, ibei Iluir IIIuir | esto, neue ibei m(agistratum) potestatemue habeto. *Quei* aduersus ea fecerit, is *singulos sestertium quinquaginta milia* p(opulo) d(a-re) d(amnas) esto, eiusque pecuniaie quei | uolet petitio esto. |

[142.] Quae municipia coloniae praefecturae c(iuium) R(omano-rum) in Italia sunt erunt, quei in eis municipieis coloneis | praefectureis maximum mag(istratum) maximumue potestatem ibei ha-bebit tum, cum censor aliusue | quis mag(istratus) Romae populi censum aget, is diebus LX proxumeis, quibus sciet Romae censum populi | agi, omnium municipium colonorum suorum queique eius praefecturae erunt, q(uei) c(iues) R(omanei) erunt, censum | agito, eorumque nomina praenomina, patres aut patronos, tribus, cognomina, et quot annos | quisque eorum habet, et rationem pecuniae ex formula census, quae Romae ab eo, qui tum censum | populi acturus erit, proposita erit, *ab* ieis iurateis accipito ; eaque omnia in tabulas publicas sui | municipi referunda curato ; eosque libros per legatos, quos maior pars decurionum conscrip-torum | ad eam rem legarei mittei censuerint tum, cum *ea* res consuleretur, ad eos, quei Romae censum agent, | mittito ; cura-toque, utei, quom amplius dies LX reliquei erunt, ante quam diem ei, queiquomque Romae | censum aget, finem populi cen-sendi faciant, eos *adeant* librosque eius municipi coloniae prae-fecturae | edant ; isque censor, seiue quis alius mag(istratus) censum populi aget, diebus V proxumeis, quibus legatei eius | municipi coloniae praefecturae adierint, eos libros census, quei ab ieis legateis dabuntur, accipito | s(ine) d(olo) m(alo), exque ieis libreis, quae ibei scripta erunt, in tabulas publicas referunda curato, easque tabulas | eodem loco, ubi ceterae tabulae publicae erunt, in quibus census populi perscriptus erit, condendas curato. |

benoemd en verkozen verklaard zal aldaar tweeman of vierman zijn of daar enigerlei bestuursfunctie bekleden of gezag uitoefenen. Wie in strijd met deze bepalingen heeft gehandeld, zal veroordeeld worden om aan de staat 50.000 sestertiën te betalen, en voor dit bedrag zal hij door iedere willekeurige burger met een actie aangesproken kunnen worden.

[142.] In de huidige of toekomstige gemeenten, koloniën en prefecturen van Romeinse burgers in Italië zal degene die in die gemeenten, koloniën en prefecturen de hoogste bestuursfunctie en het grootste gezag aldaar zal uitoefenen ten tijde dat de censor of een andere magistraat in Rome een volkstelling houdt, binnen 60 dagen nadat hij de wetenschap heeft verkregen dat er in Rome een dergelijke volkstelling wordt gehouden, een volkstelling doen houden onder alle inwoners van hun respectieve gemeente, kolonie resp. degenen die tot de betrokken prefectuur zullen behoren en die Romeins burger zijn. Van al die personen zal hij de namen en voornamen, hun vaders of beschermheren, hun kiesdistrict en hun bijnamen, het aantal jaren dat een ieder oud is en een omschrijving van hun vermogens onder ede doen opgeven, volgens het registratieformulier dat in Rome door de ambtsdrager die bij de betrokken gelegenheid de inschrijving zal gaan houden, vastgesteld is; hij zal zorg dragen dat al deze gegevens in het publieke register van zijn eigen gemeente worden opgenomen; en hij zal die lijsten door middel van zendboden, die door de meerderheid van de raadsleden resp. bestuurders bij een speciaal voor deze aangelegenheid gehouden vergadering met het oog op deze aangelegenheid zijn aangewezen om als boden te fungeren en uitgezonden te worden, naar de ambtsdrager die in Rome de inschrijving zal verrichten opsturen; en hij zal zorg dragen dat, wanneer er nog meer dan 60 dagen resteren vóór de datum waarop de betrokken ambtsdrager, wie het ook zij, die in Rome de inschrijving zal verrichten, deze inschrijving van het volk zullen voltooiën, de bedoelde zendboden bij hen hun opwachting zullen maken en de lijsten van de betrokken gemeente, kolonie of prefectuur afleveren. En de censor in kwestie of welke andere ambtsdrager de inschrijving zal verrichten, zal binnen vijf dagen nadat de zendboden van die gemeente, kolonie of prefectuur hem benaderd hebben, de bedoelde tellingslijsten die door die zendboden zullen worden afgegeven zonder boos opzet in ontvangst nemen; en hij zal de gegevens die in die lijsten genoteerd zijn in de publieke registers doen opnemen en er zorg voor dragen dat die registers op dezelfde plaats bewaard zullen worden waar alle andere publieke registers zich zullen bevinden waarin de registratie van het volk vastgelegd is.

[157.] Qui pluribus in municipiis coloneis praefectureis domicilium habebit, et is Romae census erit, quo magis | in municipio colonia praefectura h. l. censeatur, e(ius) h. l. n(ihilum) r(ogatur). |

[159.] Quei lege pl(ebeiue) sc(ito) permissus est fuit, ut ei leges in municipio fundano municipibus ei municipi daret, | sei quid is post h. l. r(ogatam) in eo anno proximo, quo h. l. populus iuserit, ad eas leges [*addiderit commutauerit conrexit*], muni-cipis funda nos | item teneto, ut ei oporteret, sei eae res ab eo tum, quom primum leges eis muni-cipibus lege pl(ebeiue) sc(ito) dedit, | ad eas leges additae com-mutatae conrectae essent ; neue quis intercedito neue quid facito, quo minus | ea rata sint, quoque minus municipis fundanos teneant eis que optemperetur.

[157.] Wie zijn domicilie in meer dan één gemeente, kolonie of prefectuur heeft en bij een volkstelling in Rome zal zijn geregistreerd, dat deze niettemin overeenkomstig deze wet zal worden geregistreerd in een gemeente, kolonie of prefectuur, daaraan staat krachtens deze wet geen enkele bepaling in de weg.

[159.] Wie het bij wet of plebisciet wordt of is toegestaan om voor een gemeente die in afwachting is van wetgeving op Romeinsrechtelijke grondslag, voor de gemeentenaren van een dergelijke gemeente een statuut te ontwerpen en vervolgens na de totstandkoming van deze wet in het jaar volgend op de bevestiging krachtens deze wet door de bevolking, iets aan dat statuut heeft toegevoegd, veranderd of gecorrigeerd, zal dit de leden van een dergelijke gemeente evenzeer binden als zou behoren te geschieden, indien deze toevoegingen, veranderingen en correcties door de betrokkene dadelijk op het moment dat hij het statuut voor die gemeentenaren krachtens wet of plebisciet ontwierp bij dat statuut waren gemaakt. Niemand zal door verhinderend tussenbeide te komen of anderszins iets te doen, met het doel te voorkomen dat de genoemde wijzigingen geldig zijn en dat zij de toekomstige gemeentenaren binden en door hen nageleefd worden.

11. Slotoverweging

Het dateren van deze tekst en het bepalen van het rechtskarakter van de op de platen geïnscribeerde regeling blijft 275 jaar nadat deze in Zuid-Italië te voorschijn kwamen een onmogelijke opgave. De gedachte dat het hier om een coherente wettelijke regeling gaat die als een van Caesar afkomstige Lex Iulia municipalis de sjabloonregeling had – of zou – moeten vormen voor lokale gemeentelijke statuten is niet houdbaar.

De in de verschillende secties opgenomen regelingen houden niet of nauwelijks verband met elkaar; een innerlijk systematische samenhang ontbreekt en niets wijst erop dat het om een eenvormige wettelijke regelgeving gaat. De oorspronkelijk gemaakte indeling in vijf typen vestigingen maakt in de zesde sectie opeens plaats voor een indeling in drie categorieën: de fora en conciliabula zijn opgegaan in de praefecturae. Zijn deze en de volgende sectie wellicht door een latere hand aan het te inscriberen totaal toegevoegd? De willekeurig ogende ordening van de tekstblokken, die op de Tabula Heracleensis bijeengebracht zijn, vertonen geen samenhang met of inhoudelijke correlatie met de – overigens karige – verwijzingen naar een Lex (Iulia) municipalis in o.a. de Digesten en de Codex Justinianus. De dateringsvraag is slechts globaal te beantwoorden: de tekst stamt uit de periode dat Caesar politiek en bestuurlijk invloed had. Gezien de zevende sectie zou dit direct na 89 v. Chr. kunnen zijn, direct na de totstandkoming van de Lex Iulia de civitate.

Voor de vijfde sectie zou de datering in 46 v. Chr. te stellen zijn, gezien de uitsluiting van praktiserende omroepers (*praecones*) en hetgeen Cicero daarover bericht aan Q. Lepta.³⁰ De tweede sectie maakt datering in 45 v. Chr. mogelijk. De aanduiding van de maand juli als Quinctilis in de vijfde sectie, kan tot de conclusie leiden dat de datering *ante quem* het jaar 43 v. Chr. moet zijn.³¹ De bepaling in de vijfde sectie – r. 122 – waarin personen die geld of een andere vorm van beloning hebben ontvangen voor het aanbrengen van Romeinse burgers, rechtvaardigt de gevolgtrekking dat deze sectie in ieder geval te dateren is na 80 v. Chr. Geheel los van de vele aanknopingspunten voor een individuele datering van de verschillende secties, die niet uit te breiden is tot een vaste datering van de tekst in zijn volledige omvang, rijst de vraag of de conceptie van een eenvormige wet, houdende basisregelingen die als model ter uniformering van gemeentelijke regelgeving in Italië zou kunnen dienen niet veel te veel geïnspireerd is door eigentijds, op moderne systematiek en uitgekiende wetgevingstechniek gebaseerd gedachtengoed. Uit de antieke oudheid horen wij nergens over dit soort centralistische directieven op legislatief gebied. Zou een dergelijke standaardwet zijn sporen niet hebben achtergelaten in een of meer van de duizenden in de *Digesten* en daarbuiten bewaard gebleven fragmenten uit het oeuvre van de Romeinse juristen? Of in referenties in een van de duizenden keizerlijke verordeningen die o.a. in de *Codex Theodosianus*, de *Codex Justinianus* en de *Novellen* behouden bleven? Ook het verlies van het begin van de tekst – wellicht één bronzen plaat? – bemoeilijkt het beantwoorden van de vraag naar de datering en het rechtskarakter van de inscriptie. De bestuurders van Heraclea vonden de teksten belangrijk genoeg om ze, afgegoten op bronzen platen, publiekelijk op te stellen. Zou het zijn gegaan om fragmenten van stedelijk- Romeinse regelgeving uit verschillende perioden uit de eerste eeuw voor Chr. die ongewijzigd ter kennisneming van en voorbeeld aan de eigen gemeenschap op een openbare plek werden geplaatst? Ongewijzigd: waarom anders de regelmatige verwijzing naar de stad Rome in de eerste secties? Of zou het gaan om stedelijk-Romeinse regelgeving uit verschillende fasen van de eerste eeuw voor Chr., die door het bestuur van Heraclea, na het schrappen van hetgeen voor de gemeente niet van belang was en het toevoegen van hetgeen voor de lokale gemeenschap van betekenis werd geacht, aan de inwoners publiekelijk werd gepresenteerd? Zijn de verwijzingen in de stad Rome in de tekst wellicht blijven staan om na de *Bellum sociale* en het verkrijgen van de status van *municipium* de verbondenheid van Heraclea met Rome weer te geven? Deze en dergelijke vragen kan men bij de huidige stand van onze kennis steeds weer opwerpen; wat na alle speculatie resteert is een *non liquet*.

30. Zie noot 4.

31. Zie noot 3.

3. Nut, positivisme en natuurrecht

J.H.M. Klanderman

1. Inleiding

Henk van Leeuwen leerde ik in 1976 kennen aan de Katholieke Universiteit Nijmegen (nu Radboud Universiteit). Zijn wetenschappelijke belangstelling gold het werk van de achttiende-eeuwse Engelse filosoof Jeremy Bentham. Ik hield me bezig met dat van de twintigste-eeuwse Oostenrijkse rechtspositivist Hans Kelsen. Over Bentham had ik ooit (per ongeluk) een boek van de Groningse lector A.M Bos gelezen en ik wist ook nog dat Benthams gemummificeerde lichaam, conform zijn uiterste wil, bij congressen in Engeland over zijn werk in de congres-ruimte (nog steeds) wordt neergezet. Op zoek naar een onderwerp voor deze bundel vond ik een artikel waarin werd gewezen op de overeenkomst van de opvattingen van Bentham met het werk van de twintigste-eeuwse Angelsaksische rechtspositivisten.¹ Een nader onderzoek naar de opvattingen van Kelsen en Bentham leek me interessant.² In deze bijdrage zal ik Benthams argumenten tegen de natuurrechtsleer en het rechtvaardigheidsbegrip behandelen. Daarnaast bespreek ik de argumenten die de rechtspositivist Kelsen in de twintigste eeuw tegen deze stroming aanvoert. Ten slotte zal ik kort ingaan op het centrale beginsel in het werk van Bentham: het nutsbeginsel.

2. Natuurrecht en rechtspositivisme

Een van de belangrijkste rechtsfilosofische discussies in de twintigste eeuw is die tussen de natuurrechtsleer en het rechtspositivisme. Deze ging over de vraag of er eeuwige en onveranderlijke normen zijn die toetssteen zijn voor de gelding van het positieve recht. Daarnaast was de vraag of rechtvaardigheid ook die functie heeft en of onrechtvaardig positief recht gehoorzaamd moet worden. Natuurrechtsaanhangers beantwoorden deze vragen positief, maar rechtspositivisten zoals Kelsen geven een negatief antwoord.³ Deze kwestie werd vooral vlak na de Tweede Wereldoorlog actueel: sommige Duitse Natuurrechtsaanhangers schoven de gruwelen van het nazi regime in de schoenen van het rechtspositivisme.

1. Zie daarover bijvoorbeeld het artikel van Philip Schofield: Jeremy Bentham, the principle of utility, and legal positivism Ivi (2003), 1-39. Zie ook: www.ucl.ac.uk/laws/academics/profiles/docs/schofield_inaug_060203.pdf.
2. Ik heb me heel erg sterk moeten beperken wat betreft de literatuur. Zeker wat Bentham betreft had ik graag veel meer bronnen gebruikt.
3. Rechtspositivisten zoals Hans Kelsen zeggen niet dat het positieve recht gehoorzaamd moet worden, maar proberen te bepalen wanneer er sprake is van positief recht. Er zijn ook rechtspositivisten die stellen dat positief recht omdat het positief recht is, gehoorzaamd moet worden, zoals de Duitse rechtsfilosoof Gustav Radbruch vóór de Tweede Wereldoorlog. Vlak na de Tweede Wereldoorlog bekeerde hij zich in zijn bekende artikel *Drei Minuten Rechtsphilosophie* tot de natuurrechtsleer.

Het door rechtspositivisten beleden waardenrelativisme zou er (mede) verantwoordelijk voor zijn geweest dat (Duitse) juristen weerloos waren tegenover de Duitse wetten die indruisten tegen de menselijkheid. De ironie wil dat vooral de Oostenrijkse Joodse rechtsfilosoof Hans Kelsen op de korrel werd genomen.⁴ Toch begint het verzet tegen de opvattingen van de natuurrechtsleer al veel eerder. In de achttiende eeuw verwierp Bentham al deze opvatting. Hij deed dat op grond van andere argumenten dan in de twintigste eeuw Kelsen naar voren bracht. Bentham ging hiermee dwars in tegen het toen heersende continentale rationalisme van de verlichtingsfilosofen en het daaraan gepaard gaande rationalistische natuurrecht. Toch ging het hem er net als de verlichtingsfilosofen om de mens te bevrijden van bijgeloof, mythen en misvattingen.⁵

3. Bentham over rechtvaardigheid

Hoe staat Bentham tegenover het begrip rechtvaardigheid?

Bentham heeft het in zijn uitgebreide werk *An Introduction to the principles of morals and legislation* nauwelijks over rechtvaardigheid. Er is maar één korte passage te vinden waarin hij daarover iets zegt en dat staat nog wel in een hoofdstuk dat zijdelings de godsdienst op de korrel neemt.⁶ Hij typeert daarin rechtvaardigheid, net als het natuurrecht, als een droom-beeld. Dit droombeeld heeft vaak alleen maar de functie voor regels die de voorschriften van benevolence⁷ opzij zetten. De enige zinnige betekenis van het begrip rechtvaardigheid is die van een denkbeeldig per-soon wiens voorschriften het nut in een bepaald geval op het oog hebben. Voorschriften van rechtvaardigheid zijn dus niets anders dan regels van benevolence.⁸ Hieruit volgt dat nut en rechtvaardigheid voor hem samenvallen, althans dat rechtvaardigheid onder het begrip nut gebracht wordt.

4. In Nederland was dat bijvoorbeeld W. Luijpen: *Fenomenologie van het natuurrecht*, Het Spectrum Utrecht 1966 en 1969 p. 29. Van Haersolte gaat in: *Het formele positivisme*, in: *De mens en het zijne*, Tjeenk Willink Zwolle 1984 p. 187 e.v. in op het verwijt dat het rechtspositivisme de weerstand tegen moreel onrecht in het Derde Rijk verzwakt zou hebben. Wat betreft het formele positivisme is dat ongegrond zoals al vaker naar voren is gebracht.

5. Zie H.L.A. Hart: *Essays on Bentham* p. 2.

6. J. Bentham: *An introduction to the principles of morals and legislation* p. 120 voetnoot b2.

7. De term benevolence zou men kunnen vertalen met: het beste met een ander voor hebben. In “*An introduction to the principles of morals and legislation*” p. 44 behandelt Bentham: *the pleasures of benevolence*.

Andere termen die hij hiervoor gebruikt zijn: *sympathie* of *sociale affectie*. Het tegendeel van benevolence is *malevolence*: *antipathie*, *kwaadwillendheid*, uit zijn op andermans ongeluk.

8. Bentham gebruikt de term *justice* ook in de betekenis van *justitie*. Zie J. Bentham: *An introduction to the principles of morals and legislation* p. 196, 198, 200. en 260.

4. Bentham over de natuurrechtsleer

De opvatting dat de mens van nature bepaalde rechten (of plichten) heeft, verwerpt Bentham op grond van verschillende overwegingen.⁹ Hij vindt het een begripsmatige verwarring om te spreken van rechten die niet door het positieve recht geschapen zijn. Verwarrend is het volgens hem ook dat deze 'rechten' als toetssteen voor het positieve recht gebruikt kunnen worden, om het positieve recht te kritiseren en zich er tegenover op te stellen. Daar voegt hij aan toe dat die verwarring nog groter wordt doordat het natuurrecht ook in het positieve recht opduikt. Hij verwijst naar de constituties van de Amerikaanse staten North Carolina en Virginia en naar die van Frankrijk waarin wordt verwezen naar natuurlijke rechten. Bentham beseft wel dat hiermee zijn eerste bezwaar dat natuurrecht geen positief recht is in dit geval niet opgaat; hiermee zou in dit geval het eerste bezwaar weerlegd zijn. Hij wijst er vervolgens op dat natuurrecht dat in het positieve recht is opgenomen, een politiek dwaalbegrip (political fallacy) is dat politieke discussies en opvattingen vertroebelt. Vooral als deze natuurechtelijke opvattingen het optreden van de wetgever en bestuur regelen.¹⁰ Vervolgens gaat hij in op artikel 1 van de 'Declaration of Rights' van North Carolina uit 1788.¹¹ Daarin staat dat mensen bij het aangaan van een sociaal contract hun nageslacht bepaalde natuurlijke rechten niet kunnen ontfangen of hen daarvan kunnen beroven. Zulke natuurlijke rechten zijn onder andere: het genot van leven, de vrijheid om eigendom te verkrijgen, te bezitten en te beschermen en het streven naar en verkrijgen van geluk en veiligheid.¹² Benthams kritiek is dat de formulering 'het genot van leven en vrijheid' met zich meebrengt dat elke wet of elk ander besluit dat hiermee in strijd is, nietig is. Dat geldt voor elke wet die dwang oplegt. Elke belastingbeschikking en elke privaatrechtelijke schuldbekentenis zijn dan nietig omdat ze een inbreuk maken op de menselijke vrijheid en wel de vrijheid om een schuld wel of niet te betalen zoals dat iemand uitkomt.

9. Zie H.L.A. Hart: *Essays on Bentham. Jurisprudence and political theory* p. 80.

10. Bentham moest dus ook niets hebben van grondrechten waarop de overheid geen inbreuk mag maken.

11. J. Bentham: *An introduction to the principles of morals and legislation*, Clarendon Press Oxford 1996 p. 309.

12. "That there are certain natural rights, of which men, when they form a social compact, cannot deprive or divest their posterity, among which are the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring, possessing and protecting property, and pursuing and obtaining happiness and safety."

Dat geldt al helemaal voor de situatie dat dwang, zoals detentie, toegepast wordt om iemand toch te laten betalen. Ook in een oorlog heeft elk bevel om een gewapende vijand aan te vallen geen gelding omdat zo'n bevel betekent anderen te beroven van het leven.¹³ Ook de Engelse rechtspositivistische rechtstheoreticus Hart gaat op deze kwestie van de political fallacy in; dat doet hij aan de hand van Benthams geschrift *Anarchical Fallacies*.¹⁴ Benthams opvatting is, volgens Hart, dat regeringen ook slechte wetten kunnen maken. Dat zijn wetten die leed berokkenen of kunnen berokkenen in een concreet geval.

Op grond hiervan verdedigt Bentham de stelling dat ongehoorzaamheid aan de wet soms gerechtvaardigd is. Dat betekent overigens niet dat in dit laatste geval automatisch een recht om niet te gehoorzamen zou ontstaan.¹⁵ Hart stelt vast dat Bentham nog om andere redenen niets moet hebben van onschendbare en onvervreembare rechten (natuurrecht) die de burger beschermen ten opzichte van de overheid, in een grondwet. Deze hebben echter meer een juridisch technisch karakter.

De eerste is dat onschendbare rechten voortdurend met elkaar in conflict komen.

De tweede is dat regeren nu eenmaal per definitie bestaat in de beperking van grondrechten, dat wil zeggen: de vrijheden van burgers.¹⁶ Elders formuleert Bentham nog andersoortige bezwaren tegen het natuurrecht en wel in een kort stukje waarin hij zich keert tegen de theorieën van Grotius, Puffendorf¹⁷ en de nu vergeten Jean Jacques Burlamaqui.¹⁸ Om te beginnen wijst hij op de onduidelijke status van hun theorieën en vraagt zich af of het ethische, politieke, historische, juridische, morele of verklarende geschriften zijn. Dit gebrek kleeft volgens hem ook aan de theorie van Montesquieu en noodzakelijk aan alle werken die gaan over de 'pretended laws of nature'.

13. "Not to dwell on the oversight of confining to posterity the benefit of the rights thus declared, what follows? That – as against those whom the protection, thus meant to be afforded, includes – every law, or other order, divesting a man of the enjoyment of life or liberty, is void. Therefore this is the case, amongst others, with every coercive law. Therefore, as against the persons thus protected, every order, for example, to pay money on the score of taxation, or of debt from individual to individual, or otherwise, is void: for the effect of it, if complied with, is to "deprive and divest him", pro tanto, of the enjoyment of liberty, viz., the liberty of paying or not paying as he thinks proper: not to mention the species opposed to imprisonment, in the event of such a mode of coercion's being resorted to: likewise of property, which is itself a "means of acquiring, possessing and protecting property, and of pursuing and obtaining happiness and safety." Therefore also, as against such persons, every order to attack an armed enemy, in time of war, is also void: for, the necessary effect of such an order is to "deprive some of them of the enjoyment of life." The above-mentioned consequences may suffice for examples, amongst an endless train of similar ones. Leaning on his elbow, in an attitude of profound and solemn meditation, "What a multitude of things there are" (exclaimed the dancingmaster Marcel) "in a minuet!" – May we now add? – and in a law."

14. H. Hart: *Essays on Bentham* p. 80.

15. Ik wil er graag op wijzen dat Bentham hier hetzelfde argument gebruikt dat de rechtspositivist Kelsen honderd jaar later aanvoert en wel dat verwijzingen naar het natuurrecht in een constitutie ten doel hebben het positieve recht te rechtvaardigen of beogen een absolute gehoorzaamheidspflicht te verlenen aan het positieve recht.

16. H. Hart: o.c. p. 14 en 15.

17. In de uitgave staat Puffendorf maar dat moet Pufendorf zijn.

18. J. Bentham: *An introduction to the principles of morals and legislation* p. 298.

Daarnaast signaleert hij dat het object van die theorieën onduidelijk is. Het ‘obscure droombeeld van het natuurrecht’ heeft soms betrekking op fatsoensregels (manners), soms op rechtsregels. In dit laatste geval is dat de ene keer het recht zoals het is, de andere keer het recht zoals het behoort te zijn.

5. Het nutsbeginsel

Bentham zelf wil in zijn *Introduction to the principles of morals and legislation* komen tot een: (...) universele natuurlijke codificatie gebaseerd op het nutsbeginsel dat moet dienen als een kritiek op bestaande rechtssystemen en als basis voor de constructie van nieuwe rationele wetboeken.¹⁹ Dit nutsbeginsel legt hij ten grondslag aan zijn theorieën over moraal en wetgeving.²⁰ Het eerste deel van het eerste hoofdstuk van *An introduction to the principles of morals and legis-lation* behandelt dit ‘principle of utility’. Onder ‘nut’ verstaat hij:

“...that property in any object, whereby it tends to produce benefit, advantage, pleasure, good or happiness (all this in the present case comes to the same thing) or (what comes again to the same thing) to prevent the happening of mischief, pain, evil or unhappiness to the party whose interest is considered: if that party be the community in general, than the happiness of the community: if a particular individual, then the happiness of the individual party”.²¹

Nut is dus het gevolg van een eigenschap van een object. Maar niet alleen hiervan; het is ook van toepassing op handelingen en overheidsbesluiten.²² Deze kunnen geluk of ongeluk teweegbrengen voor een individu of voor een optelsom van individuen oftewel een gemeenschap. Bentham onderscheidt verschillende vormen van geluk en leed (pleasures and pains).²³ Geluk bestaat uit maar liefst veertien primaire soorten, leed uit twaalf primaire vormen van ongeluk. En deze verfijnt hij vervolgens. De lijst van geluk en leed die Bentham opstelt, heeft de pretentie uitputtend te zijn. Allereerst onderscheidt hij de eenvoudige en samengestelde vormen van (on)geluk. Daarmee bedoelt hij dat een handeling soms meer soorten van geluk oplevert of meer soorten ongeluk. Een voorbeeld: zintuiglijk geluk (genot) is verdeeld in: smaak, roes (intoxication), reuk, tastzin, gehoor, zien, voortplanting, gezondheid en bevrediging van de nieuwsgierigheid.²⁴ Hiertegenover staat zintuiglijk leed: honger en dorst en een vieze smaak, stank etc. De vraag is of het criterium dat Bentham gebruikt als doel en toetssteen van menselijk handelen en regelgeving niet aan hetzelfde euvel lijdt als de Beëlzebub van het natuurrecht: het rechtvaardigheidsbeginsel.

19. H. Hart: o.c. p. 3.

20. Zie bijvoorbeeld R. Harrison: *The greatest happiness principle* in G.J. Postema: *Bentham: Moral political and legal philosophy Volume I* Ashgate Dartmouth 2002 p. 64.

21. J. Bentham: *An introduction to the principles of morals and legislation* p.12.

22. J. Bentham: o.c. p. 12 en 13.

23. J. Bentham: o.c. p. 42.

24. J. Bentham: o.c. p. 43.

6. Kelsen over rechtvaardigheid en natuurrecht

De argumenten die Kelsen hanteert tegen de natuurrechtsleer, zijn radicaler dan Bentham's argumenten. Het zijn de klassieke rechtspositivistische tegenargumenten zoals die in de Engelse doctrine ook worden aangehangen.²⁵ De natuurrechtsleer leidt via observatie (ervaring) van de aard van de mens eeuwige en onveranderlijke normen af. Uit het feit dat iets het geval is, kun je niet concluderen dat dat ook het geval behoort te zijn. Uit een feit (Sein) kan logisch geen norm (Sollen) afgeleid worden. Er is ook een methodisch argument: de natuurrechtsleer komt tot zijn conclusies op deductieve wijze. Dan leidt men uit een hoger beginsel of uit een hogere theorie bijvoorbeeld over de aard van de mens het natuurrecht af. Het argument dat hiertegen in wordt gebracht is dat de intrinsieke waarde van de mens gepostuleerd wordt en hieruit normen afgeleid worden. Anders gezegd: eerst neemt men een aantal beginselen 'zo maar' aan en vervolgens worden daar andere beweringen of normen uit afgeleid zonder dat duidelijk is op welke wijze deze daaruit afgeleid worden. Maar daarmee zijn de laatste net zo zeker of onzeker als de eerste. Kelsen verwierpt het rechtvaardigheidsbegrip allereerst op grond van argumenten die met zijn bezwaren tegen de natuurrechtsleer samenhangen. Dat zijn de volgende. De natuurrechtsleer is metafysisch omdat uitgegaan wordt van een transcendente menselijke natuur of van een transcendente instantie (Godheid). Beide liggen buiten de menselijke empirische ervaring. Het bestaan van zo'n natuur of zo'n instantie kan men daarom niet op empirische wijze aantonen en kan men ook niet wetenschappelijk kennen.²⁶ Dus is het ook geen object van wetenschap. Dat geldt dus ook voor een rechtvaardigheidsbegrip dat opgesloten ligt in zo'n transcendente natuur of afkomstig zou zijn van een transcendente instantie. Een ander bezwaar tegen de natuurrechtsleer betreft de opvatting dat 'rechtvaardigheid' een absolute waarde is. Ook deze stelling valt niet empirisch te verifiëren. Analyse van de empirische werkelijkheid leert juist het tegendeel: in normatieve systemen komen verschillende waarden voor die relatief zijn. In het recht en in morele systemen komen altijd verschillende waarden voor. Deze verschillende waarden vertonen geen hiërarchie. Soms zijn ze onverenigbaar in abstracto met een andere waarde en soms botsen ze in het concrete geval. Verder constateert Kelsen dat er verschillende natuurrechtsleren zijn met hun eigen opvattingen over de inhoud van het begrip rechtvaardigheid. Deze verschillende rechtvaardigheidsbegrippen zijn niet altijd compatibel. Dat toont aan dat eensgezindheid over de evidentie van één absolute waarde zelfs in natuurrechtskringen ontbreekt.

25. Schofield: Hoofdstuk V zegt, onder verwijzing naar Hart,; "Substantive legal positivism is the view that there is no necessary connection between morality and the content of law. Methodological legal positivism is the view that legal theory can and should offer a normatively neutral description of a particular social phenomenon, namely law."

26. Kelsen: *Reine Rechtslehre* Verlag, Franz Deuticke, Wien 1967 p. 403.

Een ander punt van kritiek Kelsens aan het adres van de natuurrechtsleer is dat deze stroming een ideologische functie zou hebben. Hij stelt vast dat de hoogtijdagen van de natuurrechtsleer samenvielen met het achttiende-eeuwse absolutisme.²⁷ De waarden die natuurrechtaanhangers als absoluut voorstelden spiegelen zich echter alleen maar aan de waarden die men toen belangrijk vond. Mede daarom zou de natuurrechtsleer de functie hebben om dit absolutisme te legitimeren en dus een ideologische functie hebben.

Kelsens kritiek richt zich vervolgens in het bijzonder op een aantal formuleringen van rechtvaardigheid van het rationele type.²⁸ Daaronder verstaat hij rechtvaardigheidsbegrippen die de menselijke rede kan begrijpen. Ik zal niet ingaan op Kelsens kritiek op alle rechtvaardigheidsbegrippen die hij de revue laat passeren. Een paar zal ik behandelen om duidelijk te maken welk soort kritiek Kelsen han-teert. Het eerste rechtvaardigheidsbegrip is het bekende 'suum cuique'.²⁹ Deze formulering zegt dat men ieder het zijne moet geven. De vraag is vervolgens wat met 'het zijne' bedoeld wordt. Kelsen antwoordt hierop dat dit niets anders is dan: dat wat van hem is, dat wil zeggen dat waarop iemand recht heeft. 'Suum cuique' betekent dus niets anders dan: dat men een ieder moet geven waarop hij recht heeft. Anders gezegd: men moet eenieder geven wat men eenieder moet geven. En dat is een tautologie. Zijn conclusie is dan dat 'suum cuique' geen betekenis heeft.

De gulden regel 'wat gij niet wilt dat u geschiedt, doe dat ook een ander niet' vertoont andersoortige mankementen.³⁰ Formuleert men de gulden regel op positieve wijze dan houdt het in dat men een ander zo moet behandelen als men zelf behandeld wil worden. Kelsens kritiek op de gulden regel houdt in dat op grond van deze regel geen misdadiger nog gestraft kan worden. Geen enkele misdadiger wil immers gestraft worden. Zonder de mogelijkheid om te straffen is er echter geen rechtsorde mogelijk. Analooq hieraan, zegt hij, zijn er mensen die graag gevlijd willen worden of een onaangename waarheid niet willen horen. Kan men daaruit afleiden dat men verplicht of dat het toegestaan is anderen te vlijen en onaangename waarheden te besparen? Zijn conclusie is dat mensen verschillende opvattingen (kunnen) hebben over de wijze waarop ze behandeld willen worden. Wat de een goed vindt, vindt de ander slecht. Dus geeft ook dit rechtvaardigheidsbeginsel geen algemeen en objectief richtsnoer voor handelen. Kelsen kritiseert ook het gelijkheidsbeginsel. Daaraan wijdt hij een groot aantal bladzijden en komt tot de conclusie dat het gelijkheidsbeginsel niets anders is dan een logische eis. Het is het logische gevolg van het algemene karakter van een norm³¹ die voorschrijft dat bepaalde individuen onder bepaalde omstandigheden altijd op een bepaalde wijze behandeld moeten worden.

27. Kelsen: o.c. p. 435.

28. Kelsen: o.c. p. 365 en 366 maakt onderscheid tussen twee soorten rechtvaardigheidsbegrippen.

De eerste soort noemt hij metafysisch. Deze worden gefundeerd op een transcendente instantie, die buiten de menselijke ervaring ligt. Ze kunnen ook niet door de menselijke rede begrepen worden. In deze rechtvaardigheid moet men geloven; men kan deze niet begrijpen. De tweede soort vooronderstellen geen transcendente instantie. Hun inhoud kan ook rationeel begrepen worden.

29. Kelsen: o.c. p. 366.

30. Kelsen: o.c. p. 367 en 368.

31. Kelsen: o.c. p. 393.

7. Kanttekeningen bij het nutsbeginsel

Ten slotte wil ik nog kort ingaan op het nutsbeginsel van Bentham en daarbij een paar kritische kanttekeningen maken. De eerste betreft de betekenis van deze definitie, dat wil zeggen: de eigenschappen van het begrip nut. Betekenen in deze (opsommende) definitie de termen benefit, advantage, pleasure, good en happiness hetzelfde? Er is reden om daaraan te twijfelen. De begrippen 'voordeel' en 'genot' bijvoorbeeld hoeven niet hetzelfde te betekenen. Ze kunnen zelfs met elkaar in strijd zijn. Het roken van sigaretten geeft genot, schijnt het, maar kan grote nadelen opleveren, zoals ook van overheidswege op de verpakking wordt geproclameerd. Dus niet alles wat genot geeft is, is daarmee ook voordelig. Het omgekeerde geldt ook: lang niet alles wat voordelig is, geeft altijd genot. Sparen is voordelig zou je kunnen zeggen maar bestaat vaak in het je ontfemen van genot. In elk geval van het genot dat consumenten schenkt. Het is duidelijk dat deze twee elementen dus niet identiek zijn. Overigens betekent dat niet dat ze elkaar uitsluiten: soms geeft voordeel genot en omgekeerd heeft genot ook voordeel. De tweede kanttekening is dat een handeling zowel ongeluk (unhappiness) als geluk (happiness) kan opleveren. Soms kunnen deze gevolgen tegelijkertijd optreden, maar het is ook mogelijk dat eerst unhappiness optreedt en later pas happiness. Een cosmetische operatie levert eerst de unhappiness van pijn op, maar leidt later tot de happiness van schoonheid. Het omgekeerde is natuurlijk ook mogelijk: eerst is er de roes van het geluk en later het ongeluk. Het roken van sigaretten geeft eerst genot, maar kan leiden tot leed. De derde kanttekening is dat een handeling geluk kan opleveren voor persoon A maar voor B ongeluk of vermindering van geluk. Waarop moet de handelende dan letten: het grootste geluk voor het grootste aantal of het minste leed voor het kleinste aantal?

Ten slotte kan een handeling weliswaar objectief geluk of voordeel opleveren maar subjectief geen enkel geluksgevoel. En een handeling kan normaliter geluk opleveren maar in dit concrete geval niet. Waarop moet een handelende dan letten? Bentham zal op al deze bezwaren antwoorden dat je moet vaststellen wat het grootste geluk voor het grootste aantal oplevert. De principiële vraag is of je geluk of ongeluk wel altijd kunt bepalen. Een tweede vraag is hoe je dat bepaalt of meet. Hoe meet je het gevoel van geluk? Ben je daarvoor aangewezen op de mening van betrokkenen? Het lijkt me duidelijk dat het bepalen van het nut van een handeling niet altijd eenvoudig is. In sommige gevallen is dat niet te bepalen door gebrek aan objectieve meetmethoden maar ook door gebrek aan kennis over toekomstige gevolgen. Dat betekent echter ook weer niet dat het criterium van Bentham in alle gevallen zinloos is. Het geeft in elk geval in bepaalde situaties aan, waarop gelet moet worden bij het verdelen of het onttrekken van geld en economische goederen.

8. Conclusie

Zowel Kelsen als Bentham wijzen de natuurrechtsleer af. Ze doen dat echter op andere gronden. Kelsen verwerpt ook het rechtvaardigheidsbegrip als maatstaf om het positieve recht te kritiseren. Bentham wil het positieve recht wel kritiseren maar doet dat op grond van zijn nutsbeginsel. Duidelijk is dat aan de toepassing van dit beginsel allerlei problemen kleven die in de lijn liggen van de bezwaren die Kelsen heeft tegen het rechtvaardigheidsbegrip. Dat betekent niet dat dit beginsel in alle gevallen problematisch is.

4. Rond 1968

J. Schönau

Het Academiegebouw aan de Broerstraat in Groningen is nog geen honderd jaar oud, het dateert uit 1909. Maar het is gebouwd in de stijl van de Noord-Nederlandse Renaissance. Deze bouwstijl verplaatst degene die zich in dit gebouw bevindt niet naar een 19e- of 20e-eeuwse, maar naar een 17e-eeuwse omgeving. Nadat het vorige Academiegebouw in 1906 was afgebrand, koos men voor een nieuw gebouw in deze 17e-eeuwse stijl omdat deze vermoedelijk zou zijn gebruikt voor het eerste Academiegebouw uit 1614, als daar toen voldoende geld voor was geweest. Wie zich voor de sfeerindrukken van het imposante marmeren interieur openstelt, voelt zich als het ware deel van een academische traditie waarin het nog niet zo heel ver in het verleden ligt dat studenten op straat herkenbaar waren doordat zij degens droegen.



Academiegebouw RU Groningen

Ik dwaal door het Academiegebouw en zie in toga gehulde professoren die ik vaag herken. Plotseling realiseer ik me dat ik er volstrekt niet aan heb gedacht hun colleges te bezoeken. Bij iets wat aan een loket doet denken spreek ik een medewerker aan, ook hij draagt een zwarte toga.

Ik kan de medewerker moeilijk volgen, maar het wordt me wel duidelijk dat ik verondersteld word zeer binnenkort examen te doen. Maar ik heb geen enkel boek bestudeerd en weet zelfs niet op welke vakken het examen eigenlijk betrekking heeft. Langzaam dringt het tot me door dat ik al jaren in de universiteitsstad woon en als rechtenstudent sta ingeschreven, maar geheel verzuimd heb te studeren. Ik realiseer me dat ik mijn studietijd voornamelijk slapend heb doorgebracht. Terwijl dit pijnlijke besef me begint te verlammen zie ik Henk van Leeuwen opgewekt op me afkomen. We kennen elkaar goed, maar dat ik mijn studie al die jaren heb verzaakt lijkt hem niet te zijn opgevallen. Henk daarentegen is helemaal bij, van alles

op de hoogte en zal binnenkort afstuderen ... Gelukkig komt het de laatste jaren minder vaak voor dat deze examendroom mijn nachtrust verstoort. Met opluchting vernam ik van de redactie van dit *Liber Amicorum* dat bijdragen ook van meta-juridische aard mogen zijn. Ik heb het voorrecht Henk van Leeuwen te kennen vanaf het moment van de allereerste stappen die hij op de juridische rijstrook van zijn levensweg heeft gezet; ik doel op de aanvang van onze rechtenstudie, september 1965 in Groningen. Tijdens onze studie trokken wij intensief met elkaar op, en daarna zo intensief als de afstand tussen onze woonplaatsen toeliet. Maar onze latere werkzaamheden hebben zich nimmer op dezelfde terreinen van het recht geconcentreerd. Een inhoudelijke bijdrage die ook maar enigszins betekenisvol raakt aan de juridische werkzaamheid van Henk zou voor mij een te moeilijke opgave zijn geweest. Ik kies dan ook voor het aaneenrijgen van wat herinneringen en bespiegelingen, waarvan ik weet dat zij Henk bepaalde herkenningspunten bieden, ook al zullen andere lezers zich af en toe afvragen: 'waar gaat dit heen?'.

Het voorgaande brengt mij direct op een de jurist Henk van Leeuwen kenmerkende kwaliteit, of liever: combinatie van kwaliteiten. Biedt een weerzien ons de gelegenheid voor meer dan oppervlakkig gesprek, dan neemt de gedachtewisseling over juridische onderwerpen vaak een belangrijke plaats in. Het gesprek over het vak, en onze ervaringen en gevoelens naar aanleiding van het daarin werkzaam zijn, boeit ons zeker niet minder dan, bijvoorbeeld, de lotgevallen in de ontwikkeling van ons beider loopbanen. Ik vermoed zelfs dat het gegeven dat wij altijd op verschillende rechtsgebieden actief zijn geweest daartoe extra heeft geprikkeld. Daarbij kan het voorkomen dat ik, om een inzicht te geven in de aard van de vraagstukken waar ik me mee bezig houd, een of meer van de bij mij onderhanden casussen uiteenzet. Henk zal daarop – of ik daar nu om vraag of niet – doorgaans reageren met een eigen visie op het voorgelegde geval. Die visie is, ook al betreft het mogelijk een geheel buiten zijn beroepsma-tige aandachtsgebieden gelegen onderdeel van het recht, nimmer oppervlakkig en hij pleegt de discussie daarover lang vol te houden. Hier manifesteren zich de brede belangstelling, de on-afhankelijkheid, de scherpste, maar ook de onvermoeibaarheid van geest die Henk kenmerken. Tevens komt het voor dat de observaties van Henk mij, ook wanneer het onderwerp uit mijn professionele werkzaamheid is geput en ik dat mogelijk zelfs tot mijn specialisme reken, kanten van de zaak laten zien waar ik zelf niet op was gekomen, en die mij nieuwe perspectieven bieden voor oplossingen. De gevoelens van minderwaardigheid die dit ook wel bij mij heeft opgeroepen, hebben plaatsgemaakt voor inspiratie door Henk's wijze van denken. Op zoek naar de bron van dit vermogen kom ik uit bij twee Henk karakteriserende eigenschappen. In de eerste plaats komt zijn oordeel professioneel gezien op juiste wijze tot stand. Het juridisch handwerk houdt hij in ere, zijn juridisch redeneren is correct. Is hij minder vertrouwd met het betrokken deelgebied van het recht, dan baseert hij zijn observaties op een adequaat inzicht in de wijze waarop de systematiek van het betrokken rechtsgebied in elkaar moet zitten. In de tweede plaats toetst hij de uitkomst van zijn redeneren aan het maatschappelijk nut. Hier manifesteert zich zijn utilitaristische instelling. De rechtsregels moeten een nuttig, welzijnsbevorderend, effect hebben. Zijn de rechtsregels een gegeven, dan moet hun toepassing zodanig vorm krijgen dat een positief maatschappelijk saldo wordt bereikt. Veelvuldig heb ik Henk horen redeneren langs de lijnen van het waarderen en 'salderen' van voor- en nadelen – in termen van welzijn – van de verschillende mogelijke uitkomsten, aan de hand van Jeremy Bentham's 'principle of utility'¹ dus.

De colleges 'Inleiding in de rechtswetenschap' die Henk en ik in ons eerste studiejaar volgden werden gegeven door Cluysenaer². Niet makkelijk te vergeten is de wijze waarop Cluysenaer ons inzicht gaf in het belang van begripsvorming in het recht. Hij hield ons daartoe het begrip 'Woesin' voor. Daaronder diende het volgende geval te worden verstaan: een neger loopt te middernacht over een brug.

1. 'An act is right if and only if it tends to maximise the net overbalancing sum total of pleasure over pain for all parties concerned.'
2. J.L.H. Cluysenaer (1911-1979) was hoogleraar aan de RU Groningen van 1959 tot 1976. Voordien was hij secretaris van de universiteit.

De volgende gevallen:

- iemand, geen neger zijnde, loopt te middernacht over een brug;
- een neger loopt over een brug, maar op enig ander tijdstip dan middernacht;
- een neger loopt te middernacht, maar niet over een brug;
- een neger staat te middernacht stil op een brug,

zijn dus niet als Woesin aan te merken, ook al stemmen zij daarmee op maar liefst drie punten overeen. Aan dit voorbeeld moet ik nog steeds denken als een discussie tussen juristen maar geen vrucht wil afwerpen doordat de gehanteerde begrippen onduidelijk zijn of niet goed uit elkaar worden gehouden.³ Of doordat discussianten er vooral een punt van maken aan een begrip de door henzelf gewenste inhoud mee te geven, zonder daarbij voldoende verbinding te leggen met het doel, waartoe het begrip dient te worden onderscheiden. Het juridisch denken en discussiëren van Henk kenmerkt zich onder meer door de weldadige afwezigheid van dergelijke, in de praktijk toch veel voorkomende, verschijnselen. Dat hij dit speciaal aan Cluysenaer te danken heeft vermoed ik echter niet. De wens tot duidelijkheid over het onderwerp van gesprek en de te bespreken vraagstelling, de behoefte aan, en de vaardigheid tot, ordening van datgene wat overdacht of besproken wordt, waren naar mijn indruk bij Henk reeds sterk aanwezig voordat hij aan zijn studie begon. Geïnspireerd mogelijk ook door zijn voorkeur om zich bezig te houden met fundamentele vragen die tot het gebied van de filosofie of de rechtsfilosofie gerekend kunnen worden en wat bij uitstek om een heldere en gestructureerde manier van redeneren vraagt. Intussen zal het de lezer niet zijn ontgaan dat Cluysenaer in zijn voorbeeldbegrip zomaar een ‘neger’ liet optreden. Tegenwoordig zouden velen dit als te gevoelig aanmerken, en sommigen zouden het discriminerend achten. Ik kan me niet herinneren dat dergelijke gedachten in het studiejaar 1965/1966 bij ons opkwamen.

Had het woord destijds een neutrale betekenis? In Nederland wel, zo lijkt te worden bevestigd door W.F. Hermans in ‘De laatste resten tropisch Nederland’.⁴ Verhalend van een reis naar Suriname en de Nederlandse Antillen schrijft hij in 1969: “ ‘Neger’ heeft in deze streken wel degelijk een minachtende klank. Het is geen neutrale rasaanduiding, zoals in Nederland.” Dus, in Suriname en de Nederlandse Antillen wel een beladen woord, in Nederland toen (nog) niet. Overigens werden de Groningse collegebanken in die tijd in aanmerkelijke mate medebevolkt door studenten uit Suriname en de Antillen.

Eveneens uit ons eerste studiejaar dateert de herinnering aan de ronduit 19e-eeuwse atmosfeer tijdens de colleges Romeins recht van Scheltema.⁵ De wekelijkse werkcolleges vonden laat op de dag plaats. In een spaarzaam verlichte kamer in het Juridisch Instituut aan de Turftorenstraat vertaalden wij, gezeten rond een rechthoekige, door Scheltema statig gepresideerde tafel, Latijnse teksten. Naar aanleiding van de vertaalde passages probeerde Scheltema ons vervolgens tot enig juridisch denkwerk aan te zetten.

3. Het is mij niet bekend waarom dit vooral ook lijkt voor te komen op prijzige seminars.

4. De Bezige Bij, 1969, p. 135.

5. H.J. Scheltema (1906-1981) was hoogleraar Romeins recht aan de RU Groningen van 1945 tot 1977. Over deze uitzonderlijk kleurrijke hoogleraar, dichter, pianist, componist, verstokte vrijgezel en practical joker schreef E.W.A. Hensen de biografie ‘Langs zelf gekozen paden’ (Querido, 1992).

Onze pogingen daartoe bleven soms wel erg aan de primitieve kant. Daarop reageerde Scheltema door met een vriendelijke glimlach – maar vaak wel met een licht satanische vonk in de ogen – op afstandelijk klinkende wijze zijn commentaar te prevelen. Zo werd ik er door Scheltema eens op geattendeerd over ‘boete’ te hebben gesproken waar dit ‘schadevergoeding’ had moeten zijn. Ik was blij dat het vertrek zozeer in schemer was gehuld dat mijn blozen niet zichtbaar kan zijn geweest. Gaf Scheltema geen college, dan bevond hij zich doorgaans aan zijn bureau in de ‘tuinkamer’ aan de achterzijde van het Juridisch Instituut. Daar was hij, onafgebroken pijprokend, bezig met zijn levenswerk, een nieuwe uitgave van de ‘Basilica cum scholiis’.⁶ Daarnaast wist hij toch ook zelf steeds nog degenen te observeren die het Juridisch Instituut, door de achtertuin langs Scheltema’s grote raam lopend, langs deze weg benaderden. Zijn opvolger Lokin verhaalt dat men Scheltema zo ook op de dag van zijn overlijden, 2 december 1981, nog in de tuinkamer heeft zien werken. Hoewel Henk de colleges Romeins recht met interesse volgde, heb ik niet de indruk dat zijn latere fervente belangstelling en leergierigheid op het gebied van de klassieken en het Romeinse recht speciaal door Scheltema zijn geïnspireerd. Terwijl ikzelf in dat eerste studiejaar tijdelijk onder de bekoring kwam van de academische verdieping in het verleden – maar misschien vooral ook van het romantische beeld dat academische arbeid op deze wijze kon plaatsvinden: solitair, in het isolement van stille, schemerachtig verlichte kamers gevuld met oude geschriften –, herinner ik me van Henk in die periode een overwegende belangstelling voor meer moderne gedachten over de grondslagen van het recht.

De colleges macro-economie van Pen⁸ brachten bij ons beiden een groot enthousiasme teweeg. Dat zat hem vooral in de pakkende wijze waarop Pen het lucide gedachtegoed van Keynes op ons wist over te brengen. Wij raakten onder de indruk van de genialiteit daarvan: een stap verder denken over de keten van oorzaak en gevolg in de economie leidde tot soms paradoxaal aandoende aanwijzingen voor een economische politiek. Maatregelen die vanuit Keynesiaans oogpunt wenselijk zouden zijn, waren nogal eens tegengesteld aan die voortvloeiend uit andere economische inzichten. Inmiddels weten we dat de aanbevelingen van Keynes sterk moeten worden gerelativeerd vanwege de invloed van vele factoren waar hij geen rekening mee hield. Hier zien we de verleiding die briljant denkwerk kan oproepen: misschien zijn we geneigd te denken dat iets dat geniaal is, ook wel waar moet zijn. Het denkmodel van Keynes was weliswaar geniaal maar, naar nu algemeen wordt aangenomen, te gesloten, en hield onvoldoende rekening met tal van factoren uit de zeer diffuse economische realiteit. Ons enthousiasme van destijds was, achteraf gezien, jeugdig enthousiasme. Meer dan twintig jaar later, in 1988 – hij was al met emeritaat – maakte Pen bekend zijn Keynesiaanse geloof deels te hebben afgezworen, nu de beurscrisis van 1987 niet tot desastreuze gevolgen voor de economie bleek te hebben geleid.⁸

6. De door de Byzantijnse keizer Leo de Wijze omstreeks 900 vastgestelde Griekse versie van de in het Latijn gestelde wetgeving van Justinianus, die in de 6e eeuw keizer van Byzantium was.

7. J. Pen (1921) was hoogleraar economie aan de RU Groningen van 1956 tot 1986.

8. ‘Het geloof der Keynesianen’, Het Parool, 7 oktober 1988, opgenomen in J. Pen: ‘Wie heeft er gelijk?’, Academic Service, 1989.

Het burgerlijk recht werd in ons tweede studiejaar gedoceerd door de zojuist in Groningen tot hoogleraar benoemde Cahen⁹. Diens colleges stonden op een zeer hoog peil en verlangden veel van de beginnende student. P. Ingelse verhaalt daarover in de J.L.P. Cahen-bundel¹⁰ onder meer dat de behandelde materie zonder uitzondering moeilijk was, zozeer dat Cahen soms zelf het spoor bijster raakte. Een van de thema's in Cahen's colleges was dat hij in de rechtspraak een geleidelijke vermindering zag optreden van de rigide verschillen tussen de kenmerken van het verbintenissenrecht en het goederenrecht (dat in die tijd nog 'zakenrecht' heette). Ik herinner me dat ik Henk regelmatig te hulp heb geroepen om aan de hand van onze collegedictaten de weg te vinden in deze materie. Achteraf bezien was het niveau waar deze colleges op mikten voor tweedejaars studenten misschien te ambitieus. De discussie over het ontdekken en interpreteren van trends in de rechtspraak op het gebied van het burgerlijk recht stond wellicht enigszins in de weg aan de mogelijkheden voor het opbouwen van kennis en inzicht in de meer basale elementen van het vak. In ieder geval geldt voor mij dat ik aan de hand van mijn latere werk in de juridische praktijk pas het gevoel kreeg echt inzicht te krijgen in de grondslagen van deze materie, waarover wij tijdens onze studie al op een veel hoger niveau hadden gediscussieerd. Maar daar staat weer tegenover dat er bezieling uitging van de wijze waarop Cahen ons naar de toppen van het juridisch redeneren trachtte te gidsen, en zichzelf daarin geheel gaf. Ook dat neemt men als een waarde en latere bron van inspiratie mee uit zijn studietijd.

Bij het kandidaatsexamen werden wij aaneensluitend in drie vakken mondeling geëxamineerd, waarbij de drie betrokken hoogleraren aan de gehele sessie deelnamen en de (mannelijke) geëxamineerde in jacquet diende te verschijnen. De omstandigheden van de situatie zijn nu, 40 jaar later, nog maar moeilijk voorstelbaar. De sfeer was nog eens extra pontificaal doordat de examinering plaatsvond in het statige en imponerende hoofdgebouw van de universiteit, het Academiegebouw aan de Broerstraat, dat dan vermoedelijk ook niet zonder reden in mijn examendroom figureert. Het was in 1967 dat wij zo het kandidaatsexamen aflegden. In mei van het daaropvolgende jaar kwamen studenten in Parijs onder leiding van Daniel Cohn-Bendit massaal in actie tegen het universiteitsbestuur. Hun eisen richtten zich op democratisering van de universiteit, maar ook streefden zij naar politisering: de universiteit zou in de maatschappij een centrum van politieke discussie en meningsvorming moeten worden. Betoogd werd ook dat objectieve wetenschapsbeoefening niet mogelijk is. Wij volgden de gebeurtenissen met grote belangstelling, en namen dorstig kennis van de ideeën die daaraan ten grondslag lagen. De inspiratie voor veel van die ideeën was terug te voeren op Marx, zodat tal van neo-marxistische auteurs plotseling veel aandacht kregen. Ook ontstond er grote belangstelling voor landen waar zich een revolutie had afgespeeld, zoals Cuba, maar ook voor het toenmalige Joegoslavië, waar geëxperimenteerd werd met democratische bestuursvormen in de vorm van raden, ook in de ondernemingen.

9. J.L.P. Cahen vertrok later weer uit Groningen en nam in 1997 afscheid als hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

10. Gouda Quint, 1997.

In datzelfde jaar 1968 raakten Henk en ik betrokken bij het bestuur van de juridische faculteitsvereniging. Daaraan gaven wij vooral inhoud door een juridisch faculteitsblad op te richten. Na zeer lang delibereren kozen wij voor de naam ‘Terecht Gesteld’. Het doet goed om later te kunnen vaststellen dat dit blad zich een permanent bestaansrecht heeft veroverd¹¹; ik denk dat wij er als oprichters destijds nog niet zo van overtuigd waren dat het ons afstuderen lang zou overleven. Ook het gegeven dat Terecht Gesteld het eerste juridische faculteitsblad in Nederland was, is naar mijn herinnering niet iets waar wij toen ook maar een moment bij stil stonden. In de eerste nummers, die wij zelf met armzalige stenciltechniek produceerden, namen wij artikelen op van onder meer onze hoogleraar handelsrecht J. Wiarda. Dat Wiarda vervolgens het splinternieuwe blad tijdens een van zijn colleges direct tot ‘het beste juridische tijdschrift van Nederland’ bestempelde, namen wij niet serieus, maar ervoeren we toch als een stimulans. Ook voor een van de eerste uitgaven was het, dat Henk en ik gezamenlijk de pas benoemde hoogleraar strafrecht Van Veen¹² interviewden, die we vooral ook interessant vonden omdat hij voordien hoofdredacteur van het socialistische dagblad Het Vrije Volk was geweest.

In de nacht van 17 op 18 februari 1969 kalkte een tot op heden onbekend gebleven groep Tilburgse studenten in rode menie ‘KARL MARX UNIVERSITEIT’ boven de hoofdingang van de Katholieke Hogeschool Tilburg. Dit had op dat moment geen ander



Tilburg, februari 1969 (foto Rien Siers)

gevolg dan dat de Hogeschool een kleine duizend gulden moest besteden voor het verwijderen van de menie. Maar op 28 april van datzelfde jaar werd de Tilburgse Hogeschool door studenten bezet. Dit was het eerste blijk van overslaan van de Parijse studentenacties naar Nederland. Henk en ik hadden nauwelijks tijd nodig voor ons besluit om onmiddellijk naar Tilburg af te reizen om, als verslaggevers van Terecht Gesteld, getuige te zijn van deze bezetting. Daar aangekomen confisqueerden wij, als gasten van de bezetters, de werkkamer

van de hoogleraar sociaal recht F.J.H.M. van der Ven om te gebruiken als werk- en overnachtingsruimte. We begaven ons langs de diverse activiteiten in het gebouw om bezetters te interviewen, indrukken op te doen en alles te noteren. Ook wisten we ons als verslaggevers toegang te verschaffen tot een persconferentie die het universiteitsbestuur over de situatie gaf, hoewel het ontbreken van een perskaart betekende dat we onze aanwezigheid met overtuigingskracht moesten legitimeren. Uiteindelijk deden we in Terecht Gesteld in dynamische reportagestijl verslag van onze indrukken van deze op dat moment voor Nederland zeer opzienbarende gebeurtenis.

11. Th.W. van Veen (1920-2006) was hoogleraar strafrecht aan de RU Groningen van 1968 tot 1987.

Kort na de bezetting van de Tilburgse Hogeschool, op 16 mei 1969, begon in Amsterdam de bezetting van het Maagdenhuis. De politiek reageerde snel op “1968” (voor Nederland dus eigenlijk 1969): in 1970 keurde het parlement de WUB goed. Maar de roep om democratisering plantte zich snel voort naar andere sectoren, allereerst werd ‘inspraak’ geëist. Zo werd in 1971 de medezeggenschap in ondernemingen geheel opnieuw vormgegeven door een ingrijpende herziening van de Wor. Kronieken uit die tijd geven blijk van een door regering en parlement sterk gevoelde urgentie om tot hervormingen te komen. Dit werd gedragen door steun voor de wenselijkheid van die hervormingen, maar ook door vrees voor al te extreme omwentelingen. Het laatste leidde tot wat de studentenactivisten in die tijd ‘repressieve tolerantie’ noemden. Vanuit het heden terugkijkend heeft de Marxistisch georiënteerde inspiratie van destijds inmiddels wel volstrekt afgedaan. De behoefte aan ‘inspraak’ en democratisch bestuur zijn echter gebleven en het is gemeengoed geworden om belangrijke besluiten met alle stakeholders ‘af te kaarten’, zoals we het nu misschien eerder zouden zeggen. Wat de universiteit betreft: een mij bekende hoogleraar (inmiddels zeven jaar met emeritaat) is van mening dat de democratisering uiteindelijk vooral bureaucratisering heeft opgeleverd:

“Wat ik aan wetenschappelijk werk geschreven heb, is grotendeels in vrije tijd ’s avonds, in weekenden of tijdens vakanties tot stand gekomen. Mijn werktijd als hoogleraar is in eindeloze bestuursvergaderingen, en in de leiding van de vakgroep en van de faculteit gaan zitten. Van dat werk zijn de sporen alleen nog in verstofte archieven te vinden. Hadden wij in 1968 geweten dat de democratisering van de universiteit ook een verstikkende bureaucratisering met zich mee zou brengen, dan hadden we daar misschien van afgezien. Nu zijn de democratische structuren weer vrijwel afgeschaft, maar de bureaucratisering is zo mogelijk nog toegenomen. Wat academische vrijheid betekent heb ik pas na mijn emeritaat ervaren.”

Overigens verwierf Daniel Cohn-Bendit in 1997 een eredoctoraat. Het werd toegekend door de Katholieke Universiteit Brabant te Tilburg.

5. Gelijkheidsbeginsel en leeftijdsdiscriminatie in de openbare dienst

Ch.J.G. Olde Kalter

1. Gelijkheidsbeginsel en verbod van discriminatie

“Het gelijkheidsprincipe: bewegende kracht van het maatschappelijke en politieke leven”, de titel van een lezing van Paul Schnabel.¹ Uit de constitutionele geschiedenis van het gelijkheidsbeginsel blijkt hoe juist deze typering is. De Grondwet van 1814 opent nog met het hoofdstuk “Van den Souvereinen Vorst”. Bij de grondwetsherziening van 1983 zijn de grondrechten op de eerste plaats gezet en het gelijkheidsbeginsel als nummer één: “Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.” Deze constitutionele opmars van het gelijkheidsbeginsel weerspiegelt de maatschappelijke en politieke ontwikkeling vanaf de vestiging van de moderne eenheidsstaat. De oude corporatistische staat met zijn regentenklasse en de dominantie van de hervormde godsdienst is grondwettelijk vanaf 1815 verleden tijd.² De daadwerkelijke emancipatie van de burger, ongeacht stand of afkomst, en de emancipatie van groeperingen als katholieken en Joden zal zich gedurende de gehele negentiende eeuw en daarna afspelen. Het algemeen kiesrecht geldt vanaf 1917-1922. In de laatste decennia van de negentiende eeuw komt ook de emancipatie en de gelijkberechtiging van de vrouw op gang. De emancipatie en gelijkberechtiging van de homoseksuelen volgt vanaf de zestiger jaren van de twintigste eeuw. Vanaf de jaren zeventig komt het vraagstuk van de gelijkberechtiging en non-discriminatie van de allochtoon op de politieke en maatschappelijke agenda. De laatste golfbeweging van het gelijkheidsbeginsel start in de tachtiger jaren onder de noemer “ageism” of leeftijdsdiscriminatie.

Deze constitutionele en maatschappelijk-politieke ontwikkeling van het gelijkheidsbeginsel heeft haar doorwerking gehad op het recht op toegang tot de openbare dienst. De Grondwet van 1815 legt uitdrukkelijk vast (in de artikelen 8, 9, 11 en 192) dat ieder, zonder onderscheid van rang, geboorte of godsdienst, tot alle ambten benoembaar is.³ In de negentiende eeuw is nog herhaaldelijk in het parlement gedebatteerd over de praktische toepassing van dit recht.⁴ Zo uitten katholieken klachten over hun achterstelling bij benoeming in de overheidsdienst.

1. Trouw 27 januari 2007.

2. Zie voor een beeld van deze overgangstijd Maarten Prak, *Republikeinse veelheid, democratisch enkelvoud, Sociale verandering in het Revolutietijdvak 's-Hertogenbosch 1770-1820*, Nijmegen 1999.

3. De Grondwet van 1815 kent de uitzondering m.b.t. de ridderschap, een van de standen waaruit de Staten der provinciën zijn samengesteld; artikel 11 in hfst. 4.

4. Zie mijn preadvies *Overheidspersoneel en grondrechten*, voor de VAR 1979, p.129.

Ook de positie van politiek kritische, socialistische ambtenaren is onderwerp van openbaar debat geweest.⁵ De toetreding van vrouwen tot de openbare dienst brengt de vraag naar het recht van de gehuwde vrouw op behoud van haar aanstelling op de politieke agenda.⁶ Het gelijkheidsbeginsel is ook een bewegende kracht bij de totstandkoming van wetgeving over de rechtspositie van ambtenaren. De wet legt in algemene zin rechtsposities vast en bant daardoor willekeur uit. Wetgeving is daarom hét middel om gelijkheid van kansen, van behandeling en van toegang tot voorzieningen te waarborgen. Rond 1870 beginnen ambtenaren vakverenigingen op te richten voor de gezamenlijke behartiging van hun belangen. Vanaf 1896 wordt de wens te komen tot een algemene regeling van de ambtelijke rechtspositie – onder andere ter bestrijding van willekeur bij aanstelling, overplaatsing en ontslag – uitdrukkelijk uitgesproken.⁷ Het stelsel van het ambtenarenrecht met regels over aanstelling, functiewaardering, loonschalen, periodieke verhogingen, loopbaanbeleid, bevordering, ontslag en pensioen is het resultaat van het verlangen naar rechtsgelijkheid en rechtszekerheid. Leeftijd (en anciënniteit, een indirecte vorm van onderscheid naar leeftijd) is hierbij als een van de objectieve middelen gezien om rechtszekerheid en rechtsgelijkheid te bereiken. Denk aan de wettelijk vastgelegde ontslag- en pensioenleeftijd. Ambtelijke protesten tegen leeftijdsdiscriminatie beginnen rond 1990 juridisch op het tableau te komen. De Centrale Raad van Beroep (verder: Centrale Raad) heeft in maart 1993 (TAR 1993, 99) zijn eerste belangwekkende uitspraak gedaan over het verbod van discriminatie naar leeftijd. Uit de hierna te bespreken jurisprudentie van de ambtenarenrechter blijkt de toegenomen aandacht voor leeftijdsdiscriminatie. In mei 2004 treedt de Wgbl voor de private en publieke sector in werking. De CGB rapporteert (op grond van deze wet) dat meer dan één-derde van alle CGB-oordelen in 2005 leeftijdsdiscriminatie betreffen.⁸

2. Leeftijdsdiscriminatie ⁹

Het verbod van discriminatie vormt het hart van het gelijkheidsbeginsel. Het is een dragende kracht van de moderne staat. Burgers mogen niet worden achtergesteld of uitgesloten van allerlei terreinen van maatschappelijk leven omdat zij behoren tot een bepaalde stand, geloof, klasse of op grond van persoonlijke karakteristieken als geslacht, ras, seksuele gerichtheid of lichamelijke handicap. Het verbod van discriminatie beoogt “groepsdenken” en vooroordelen te doorbreken.

5. O.c. p. 138 e.v.

6. O.c. p. 154-156.

7. O.c. p.134-135, 143-146.

8. Mr. drs. M. Heemskerk, Leeftijdsdiscriminatie bedreigt arbeidsvoorwaarden, NJB 2006, nr. 8, p. 412.

9. Literatuur: mr. dr. ir. E. Mot, Leeftijdsdiscriminatie van werknemers, Budel, 2004; Prof. mr. I.P. Asscher-Vonk en prof. mr. A.C. Hendriks, Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid, Deventer 2005, passim; mr. drs. M. Heemskerk, nt.8; mr. K. van Kranenburg-Hanspian, Leeftijdsdiscriminatie en ontslagrecht, Arbeidsrecht, 2005, p. 3-8; mr. A. Joosten, Senioren dagen onder vuur!?, Arbeidsrecht 2005, blz. 39-44; mr. dr. W.G.M. Plessen, Ouderen op de bank; of aan de bak?, SMA 2006, p. 289-290.

Het is gericht op de bescherming van de persoonlijke waardigheid. De burger moet op grond van (relevante) individuele eigenschappen, verworvenheden en inzet zijn plaats in het maatschappelijke leven kunnen vinden.

Gelet op deze strekking, is het verbod niet van toepassing op bijkomstige differentiatiecriteria (wel of niet houden van jazz, pop of pasta) maar op eigenschappen, kenmerken die mensen in sterke mate maken tot wie zij zijn: man, vrouw, huidskleur, geloof, land van herkomst. Dergelijke karakteristieken ontwikkelen zich in het maatschappelijke en het rechtsleven tot non-discriminatiegronden, indien zij leiden tot achterstelling of uitsluiting. Uit de historische schets van het verbod van discriminatie blijkt dat een sluitende catalogus van non-discriminatiegronden moeilijk te geven is. Patronen van samenleven veranderen steeds en roepen nieuwe vragen van gelijke behandeling op. Denk aan de opkomst van alternatieve leefvormen naast het huwelijk en de daarop volgende wens tot gelijke behandeling. Daarom heeft bij de grondwetsherziening van 1983 het verbod van discriminatie, in aansluiting aan de non-discriminatiebepalingen in mensenrechtenverdragen, door toevoeging van de woorden “op welke grond dan ook” een open karakter gekregen.

Non-discriminatiegronden hebben elk een eigen maatschappelijke problematiek. Vergelijk het emancipatie- en non-discriminatiebeleid voor vrouwen enerzijds en allochtonen anderzijds. Het bestuurlijke beleid en de juridische inbedding kunnen dienovereenkomstig verschillen. Zo heeft ook leeftijdsdiscriminatie haar eigen vragen en oplossingen. Onderscheid naar leeftijd in de wetgeving berust op de gedachte dat mensen in hun leven achtereenvolgens fasen van rijping, scholing, ontplooiing en rust doormaken. Deze fasen zijn leeftijdsgebonden, zij het globaal. Wettelijke regels in verband met leeftijd zijn veelal gericht op de bescherming van jeugdigen en senioren: de beginfase en slotfase van het leven. Een deel van de juridische en politieke strijd rond leeftijd heeft betrekking op dergelijke wettelijke faseringsbepalingen: in het bijzonder op de pensioen- en ontslagleeftijd van 65 jaar. In deze gevallen botst het belang van ordening met de individuele wens aan het wettelijk keurslijf te ontsnappen. Daarnaast blijkt dat leeftijd steeds meer onder vuur komt te liggen als onderscheidend criterium op het terrein van de arbeid: bij selectie, werving, aangaan van de arbeidsverhouding, scholing, carrière, arbeidsvoorwaarden, ontslagregelingen. Hierbij botsen beeldvorming (jong: creatief, actief, energiek en oud:?) kostenbewaking (jeugdlonen), en de beschermingsbelangen van verschillende leeftijdsgroepen (periodiekensysteem, anciënniteit, seniorendagen, ontslagprincipe: “last in – first out”) met elkaar.

3. Leeftijdscriminatie en ambtenarenrecht

Centrale Raad van Beroep

In een uitspraak van 25 maart 1993 heeft de Centrale Raad de lijn uitgezet voor de beoordeeling van leeftijdscriminatie. De Rijksdienst voor het wegverkeer had bij een reorganisatie de nieuwe functie gecreëerd van districtshoofd, waarvoor de leeftijdsgrens van 55 jaar was gesteld. Tijdens de beroepsprocedure voert de minister van Verkeer en Waterstaat als gronden voor deze leeftijdsgrens aan: de lange inwerktijd voor de functie en de continuïteit van de reorganisatie; het dynamische karakter van de functie en de voor de functie vereiste flexibiliteit. Een voormalig dienstkringhoofd – ouder dan 55 jaar – stelde tegen zijn uitsluiting voor deze functie beroep in en kreeg van de Centrale Raad gelijk. De categorische uitsluiting van kandidaten van 55 jaar en ouder achtte de Centrale Raad in strijd met het verbod van discriminatie in artikel 1 van de Grondwet en artikel 26 van het IVBPR. De Centrale Raad oordeelt dat het ingevolge deze artikelen niet alleen op de in die artikelen met name genoemde gronden, maar op welke grond dan ook verboden is onderscheid te maken tussen vergelijkbare gevallen, “tenzij zulks wordt gerechtvaardigd door redelijke en objectieve gronden”.¹⁰ Deze zinsnede wordt het centrale criterium van de Centrale Raad. Toetsend aan dit criterium achtte de Centrale Raad de veronderstelling dat voor een adequate bezetting van de functie van districtshoofd de functie (ten minste) tien jaar door eenzelfde persoon wordt bezet, allerm minst aannemelijk. Een dynamische instelling en flexibiliteit zijn voorts psychische en fysieke eigenschappen van de individuele sollicitant. Zij kunnen niet worden afgeleid uit de gehanteerde leeftijdsgrens van 55 jaar. De toetsingsmaatstaf “wordt het onderscheid gerechtvaardigd door redelijke en objectieve gronden?” sluit aan bij de in het non-discriminatierecht ontwikkelde doelmiddelen toetsing.¹¹

Zij houdt de volgende stappen in:

- dient het onderscheid een legitiem doel. Beantwoordt dit doel aan een werkelijke behoefte van de onderneming of aan een noodzakelijke doelstelling van sociaal beleid van de overheid?
- is het middel passend, geschikt om dit doel te bereiken? (doelmatigheidsvereiste);
- is het middel ook noodzakelijk voor het bereiken van het doel; kan het doel niet worden gerealiseerd door een ander middel dat geen onderscheid meebrengt? (proportionaliteitsvereiste).

Deze toetsingsmethodiek dwingt tot een systematisch, precies onderzoek van de betrokken belangen van werknemer enerzijds en onderneming of overheidsdienst anderzijds en een expliciete verantwoording van gemaakte keuzen.

10. CRvB 25 maart 1993, TAR 1993, nr. 99; zie ook mijn annotatie TAR 1993, p. 445 e.v.

11. Zie de vermelde annotatie, p. 448-449. Deze toetsingsmethodiek is bij de parlementaire behandeling van het ontwerp van Wgbl uitvoerig besproken, TK 2001-2002, 28 170, nr. 3, p. 24 e.v.; nr. 5, p. 14 e.v.; nr. 7, p. 1 e.v.

In november 1993 volgt een tweede belangrijke uitspraak van de Centrale Raad over leeftijdsdiscriminatie. Een hoogleraar staats- en bestuursrecht is in beroep gekomen tegen zijn verplichte ontslag op 65-jarige leeftijd wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. De Centrale Raad overweegt in deze uitspraak in algemene zin dat leeftijd geen uitdrukkelijk in Grondwet en verdragen genoemde non-discriminatiegrond is. Naar het oordeel van de Centrale Raad is er enig waardeverschil tussen wel uitdrukkelijk genoemde non-discriminatiegronden (als ras, geslacht of godsdienst) en niet uitdrukkelijk genoemde gronden (als leeftijd). De (rechterlijke) toetsing is bij de niet vermelde gronden terughoudender, voor het bevoegde gezag is de motiveringsplicht van redelijke en objectieve gronden lichter, voor de belanghebbende ambtenaar is de stelplicht en bewijslast dat sprake is van discriminatie zwaarder. De Centrale Raad oordeelt vervolgens dat het stelsel van een vaste pensioen- en ontslagleeftijd in het ambtenarenrecht gebaseerd is op het inzicht dat op gevorderde leeftijd krachten en creativiteit afnemen. Hij wijst op het belang dat in een arbeidsorganisatie doorstroming plaatsvindt, en op de verschaffing na een arbeidzaam leven van een niet-arbeidsgebonden (pensioen-)inkomen. De Centrale Raad memoreert dat de sociale zekerheidswetgeving ook op de leeftijdsgrens van 65 jaar is geënt. Wijziging van dit stelsel is geen taak van de rechter maar van de wetgever.

Deze overwegingen ten aanzien van de vaste pensioen- en ontslagleeftijd sluiten aan bij de hierna te bespreken Wgbl. De terughoudende toon van de uitspraak is gelet op de veelzijdige problematiek van het verplichte pensioenontslag begrijpelijk. De Centrale Raad had daarvoor evenwel geen algemeen betoog over het verschil in rechtsbescherming voor wel uitdrukkelijk en niet uitdrukkelijk genoemde non-discriminatiegronden hoeven te geven. De toetsingsmaatstaf: “wordt het onderscheid gerechtvaardigd door redelijke en objectieve gronden” geeft voldoende ruimte om bij algemene vraagstukken van sociaal beleid de accenten anders te leggen dan bij de toetsing van een concreet geval van onderscheid op grond van leeftijd bij bijvoorbeeld selectie en werving. Uit de praktijk van de jurisprudentie blijkt ook dat de rechter dit verschil heel goed weet te maken. Het algemene onderscheid dat de Centrale Raad maakt met betrekking tot de mate van rechtsbescherming van wel en niet uitdrukkelijk in Grondwet en verdragen genoemde non-discriminatiegronden komt in mijn visie ook in strijd met tekst en strekking van het verbod van discriminatie. Artikel 1 van de Grondwet bepaalt uitdrukkelijk dat discriminatie wegens godsdienst (...) of op welke grond dan ook, niet is toegestaan. Het discriminatieverbod maakt derhalve geen onderscheid tussen wel en niet genoemde gronden. Indien bepaalde persoonlijke karakteristieken, leidende tot maatschappelijke en politieke achterstelling en uitsluiting, in het proces van rechtsvorming als non-discriminatiegrond zijn bestempeld, dan is een categorisch verschil in niveau van rechtsbescherming tussen deze “nieuwelingen” en de uitdrukkelijk in artikel 1 van de Grondwet genoemde gronden in strijd met het algemene verbodskarakter van die bepaling. Dit betekent uiteraard niet dat er tussen of binnen non-discriminatiegronden geen verschillen bestaan bij de uitwerking van de rechtsbescherming. Non-discriminatiegronden kunnen raken aan een grote verscheidenheid aan maatschappelijke en juridische problemen. De uitwerking in wetgeving, rechtspraak en beleid kan daarom eveneens differentiëren.

De Algemene wet gelijke behandeling toont dit reeds. Er is voorts niet zonder reden naast de Algemene wet gelijke behandeling een afzonderlijke wet voor leeftijdsdiscriminatie vastgesteld. Voor discriminatie op grond van handicap en chronische ziekte geldt hetzelfde. Ik memoreer ten slotte als argument tegen het verschil dat de Centrale Raad maakt tussen de wel en niet uitdrukkelijk vermelde gronden, de niet uitdrukkelijk in de Grondwet vermelde non-discriminatiegronden: rang, stand, afkomst en geboorte.

De aan het begin van de negentiende eeuw nog sterk spelende problematiek van de elitaire standenmaatschappij en het daaraan inherente onderscheid bij de toegang tot ambten en betrekkingen, is in de moderne tijd op de achtergrond geraakt. Daarom zijn deze “oude” non-discriminatiegronden niet meer uitdrukkelijk in de Grondwet van 1983 vermeld. Maar ik twijfel er niet aan dat elke ambtenarenrechter zonder terughoudendheid de uitsluiting van een belanghebbende voor een functie “omdat de betrokkene niet uit het juiste milieu afkomstig is” ten volle in strijd zal achten met het verbod van discriminatie. Voorts zal bijvoorbeeld onderscheid bij een bevordering in de bestuursdienst wegens homoseksuele gerichtheid – een niet uitdrukkelijk genoemde grond – evenmin leiden tot een terughoudender toetsing.

De verdere jurisprudentie van de Centrale Raad in verband met leeftijdsdiscriminatie volgt de lijnen die in deze twee uitspraken zijn aangegeven. Deze jurisprudentie (tot en met 2006) betreft besluiten van voor de inwerkingtreding per 1 mei 2004 van de Wgbl:

a. Het verzoek van twee meerderjarige, studerende, niet van het inkomen van hun moeder afhankelijke kinderen om een overlijdensuitkering is afgewezen. Het ARAR regelt in artikel 102, tweede lid, dat na het overlijden van de ambtenaar aan de achtergebleven partner een overlijdensuitkering kan worden verstrekt. Bij ontstentenis van de partner wordt de uitkering ten behoeve van de minderjarige kinderen gedaan; ontbreken zodanige kinderen, dan kan de uitkering, indien de overledene kostwinner was van meerderjarige kinderen, aan deze kinderen geschieden. De Centrale Raad oordeelt dat de extra voorwaarde voor een meerderjarig kind – het kostwinnerschap van de ambtenaar/ouder voor deze kinderen – berust op redelijke en objectieve gronden en geen discriminatie oplevert. Ouders hebben voor hun minderjarige kinderen een verzorgingsplicht. Meerderjarigen worden in beginsel geacht¹³ in hun eigen onderhoud te voorzien¹².

b. Een 49-jarige onderofficier heeft op zijn verzoek om toewijzing van een functie bij de MID met de rang van eerste luitenant een afwijzing gekregen op de grond dat hij de maximum leeftijd van 45 jaar voor de functie was gepasseerd. Het bevoegd gezag voert als argument voor deze leeftijdsgrens aan de noodzakelijke doorstroming in hogere functies en het vermijden van scheefgroei in de leeftijdsopbouw van de MID. De Centrale Raad constateert dat deze argumenten niet cijfermatig en beleidsmatig zijn onderbouwd en daarom de toetsing niet kunnen doorstaan. Het onderscheid wordt discriminerend geacht.

12. CRvB 4 november. 1994, TAR 1994, nr. 4.

13. CRvB 18 januari 2001, TAR 2001, nr. 30.

14. CRvB 16 december 2004, TAR 2005, nr. 38.

- c. De weigering een wachtmeester specifiek bij de Koninklijke Marechaussee toe te laten tot een omscholingscursus voor wachtmeester categoriaal wegens zijn geboortjaar is voldoende cijfermatig en beleidsmatig onderbouwd. De weigering levert daarom geen discriminatie naar leeftijd op.¹⁴
- d. Het ontslag op 55-jarige leeftijd van een lid van de vrijwillige brandweer wordt door de Centrale Raad niet discriminerend geacht. Bij het uitoefenen van brandweertaken dienen de veiligheid en de gezondheid van collega's en van derden die hulp zoeken, te worden gewaar-borgd. Brandweertaken stellen hoge fysieke eisen. De gezondheid en krachten nemen met het vorderen der jaren af. Een op de individuele brandweerman toegespitste adequate belastbaarheidstest is niet beschikbaar.¹⁵
- e. Het ontslag van een leraar bij het voortgezet onderwijs op 65-jarige leeftijd wordt – geheel in de lijn van de uitspraak van november 1993 – geaccepteerd.¹⁶

Rechtbanken

- a. De politiemedewerker die vóór het 18e jaar een gebitsregulatie heeft aangevangen, heeft ingevolge de Regeling geneeskundige verzorging politie 1975 recht op een tegemoetkoming in de kosten. De weigering van deze tegemoetkoming aan een 25-jarige medewerkster levert geen discriminatie naar leeftijd op. De resultaten van een op jeugdige leeftijd aangevangen regulatie zijn doorgaans beter dan die van een op latere leeftijd ingezette behandeling en de behandelperiode van een op jeugdige leeftijd aangevangen regulatie is in de regel korter van duur.¹⁷
- b. Het verbod van regelmatige nachtarbeid voor rijksambtenaren van 55 jaar en ouder brengt mee dat medewerkers in die leeftijdscategorie niet meer in functies met regelmatige nachtarbeid kunnen worden benoemd. Nachtarbeid is in betekenende mate (fysiek) belastend voor medewerkers van 55 jaar en ouder. Deze belasting kan ook risico's van ziekte en arbeidsongeschiktheid meebrengen. Het onderscheid berust op objectieve en redelijke gronden.¹⁸
- c. Er is geen redelijke en objectieve rechtvaardigingsgrond voor het hanteren van de leeftijds-grens van 55 jaar voor het verstrekken van een verhuiskostenvergoeding.¹⁹
- d. Voor de regel dat een militair vlieger ouder dan 40 jaar een lagere bonus krijgt dan jongere collega's, is onvoldoende objectieve en redelijke grond.²⁰

15. CRvB 17 februari 2005, TAR 2005, nr. 70.

16. CRvB 22 december 2005, TAR 2006, nr. 58.

17. Rb Rotterdam 1 oktober 1993, TAR 1993, nr. 289; zie ook Rb Zwolle 12 maart 1999, TAR 1999, nr. 83.

18. Rb Roermond 21 december 1993, TAR 1994, nr. 68.

19. Rb 's-Gravenhage 25 mei 1994, TAR 1994, nr. 166.

20. Rb 's-Gravenhage 10 januari 2001, TAR 2001, nr. 24.

Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid

Wetgeving ter bestrijding van leeftijdsdiscriminatie is vanaf de parlementaire behandeling van de Algemene wet gelijke behandeling in 1992/1993 onderwerp van discussie geweest. Na een tweetal eerdere pogingen in 1997 en 1999/2000 is ter uitvoering van EG-richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep het voorstel van Wgbl ingediend. Dit wetsvoorstel is, zoals opgemerkt, op 1 mei 2004 in werking getreden. Deze wet heeft betrekking op de arbeid in de private sector en in de openbare dienst.

De wet verbiedt in de artikelen 1-3 het maken van onderscheid op grond van leeftijd (direct en indirect) bij: werving, selectie, en arbeidsbemiddeling; het aangaan en de beëindiging van de arbeidsverhouding; de aanstelling en het ontslag van de ambtenaar; de arbeidsvoorwaarden; onderwijs, scholing en vorming in verband met arbeidsverhouding; de bevordering; de arbeidsomstandigheden.

Dit verbod geldt ingevolge artikel 7 niet indien het onderscheid:

- a. is gebaseerd op werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën, voor zover dit beleid is vastgesteld bij of krachtens de wet;
- b. betrekking heeft op het beëindigen van een arbeidsverhouding of dienstverband van een ambtenaar in verband met het bereiken van de leeftijd waarop op grond van de AOW recht op ouderdomspensioen ontstaat, of op een bij of krachtens de wet of tussen partijen overeengekomen hogere leeftijd;
- c. anderszins objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

Het bepaalde onder a heeft onder meer betrekking op de regeling van het minimumloon voor jeugdigen.²¹ Het bepaalde onder b betreft het ontslag bij de AOW-gerechtigde leeftijd.²²

Het bepaalde onder c betreft onder meer de aanvaardbaarheid van leeftijdsgrenzen ter bescherming van de gezondheid en de veiligheid (voor jeugdigen kunnen bijvoorbeeld in verband met bepaalde risicovolle werkzaamheden bijzondere beperkingen gelden); het functioneel leeftijdsontslag, dat in de regel is ingegeven door gezondheids- en veiligheidseisen (denk aan de beroepsvlieger en de brandweerman); anciënniteit als criterium in bijvoorbeeld arbeidsvoorwaarden of bij ontslag om bedrijfseconomische redenen; maximumleeftijd voor de aanwerving (denk aan de toelatingsregels voor de opleiding van de rechterlijke macht of de buitenlandse dienst); leeftijdsvakantiedagen²³; seniorenverlof.

21. TK 2001-2002, Wetsontwerp 28170, nr. 3, p. 28 e.v.

22. Tap. p. 30 e.v.

23. De CGB heeft n.a.v. verschillende zaken op 30 maart 2006 een advies uitgebracht; Seniorenregelingen als onderdeel van leeftijdsbewust personeelsbeleid. Blijkens het advies is de CGB er – inmiddels – van overtuigd dat in het algemeen de belastbaarheid van werknemers bij het ouder worden afneemt.

Het verbod onderscheid te maken is ingevolge artikel 8 niet van toepassing op in pensioenvoorzieningen vastgelegde toetredingsleeftijden en op pensioengerechtigde leeftijden, en op actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen. Artikel 12 legt vast dat voor vermeende slachtoffers van leeftijdsdiscriminatie een verlichte bewijslast geldt. Indien degene die meent dat te zijnen nadeel een onderscheid is gemaakt, in rechte feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden, dient de wederpartij te bewijzen dat niet in strijd met deze wet is gehandeld. Deze bewijslastverlichting wordt aan belanghebbenden gegeven omdat het voor hen vaak, bijvoorbeeld in een sollicitatieprocedure, moeilijk is discriminatie te bewijzen.

4. Slotopmerking

Vergelijking van de Wgbl met de hierboven beschreven – aan die wet voorafgaande – jurisprudentie laat het volgende zien:

- de uitspraak van maart 1993 vormt een goede anticipatie op de wet. De interpretatie van het discriminatieverbod en de toetsingsmaatstaf in die uitspraak passen bij het verbod van onderscheid in de artikelen 1-3 en de toetsingsmethodiek in verband met artikel 7 van de wet;
- de concrete rechterlijke oordelen passen eveneens binnen het kader van de artikelen 1-3 en 7. Met betrekking tot de ontslagleeftijd van 65 jaar is, gelet op artikel 7, onder b, in beginsel geen ruimte voor toetsing aan het verbod om onderscheid te maken. Overigens blijft toetsing van ontslagregelingen aan artikel 26 van het IVBPR steeds mogelijk.
- de stelling in de uitspraak van november 1993 over een terughoudender toetsing aan het discriminatieverbod naar leeftijd is door de wet achterhaald.
De Wgbl verbiedt in de artikelen 1-3 uitdrukkelijk elk onderscheid naar leeftijd binnen het ambtenarenrecht. Artikel 7 geeft de toetsingsregels met betrekking tot de uitzonderingen op het verbod. Artikel 12 bevat zelfs een bewijslastverlichting voor de klagende ambtenaar.

Mijn slotsom is dat de jurisprudentie van de ambtenarenrechter een goede opstap vormt naar de Wgbl. Het gelijkheidsbeginsel heeft in de belangenafweging door de rechter al als bewegende kracht gewerkt. En terecht. Het gelijkheidsbeginsel is niet alleen bewegende kracht van het maatschappelijke en politieke leven maar evenzeer van het rechtsleven.

6. Het recht op bijstand in internationaalrechtelijk perspectief (een inventarisatie)

Th.C. van Sloten

1. Inleiding

De Centrale Raad van Beroep (hierna: de Centrale Raad) heeft in het kader van de toepassing van de Abw menigmaal te maken gehad met internationaalrechtelijke bepalingen. Voor de belangrijkste onderdelen van de bijstandswetgeving zal door middel van een systematische weergave van de tot nu toe gevormde jurisprudentie een overzicht worden gegeven van de invloed die het internationale recht heeft op de dagelijkse bijstandspraktijk. Verreweg de meeste van de hierna vermelde uitspraken van de Centrale Raad hebben betrekking op de Abw. Inmiddels is de Abw met ingang van 1 januari 2004 ingetrokken en per die datum opgevolgd door de WWB. Waar de bepalingen van de Abw en de WWB identiek dan wel nagenoeg identiek zijn, kan er redelijkerwijs van worden uitgegaan dat de onder de de Abw gevormde jurisprudentie ook van invloed is bij de toepassing van de WWB. De vermelde uitspraken worden aangegeven met het zogeheten Landelijk Jurisprudentienummer (LJN). Alle uitspraken met een LJN aanduiding kunnen worden teruggevonden op de website www.rechtspraak.nl. De Centrale Raad publiceert sinds enige jaren op deze wijze (vrijwel) alle door hem gedane uitspraken. Internationaal rechtelijke kennis binnen de Centrale Raad is in het bijzonder aanwezig bij de zogeheten internationale kamer. Doen zich op het terrein van andere kamers van de Centrale Raad kwesties met een internationaalrechtelijke component voor, dan geldt de afspraak dat hierover overleg plaatsvindt. Op die manier wordt voor de Centrale Raad als geheel een eenvormige uitleg van het internationale recht en de doorwerking daarvan binnen het nationale recht zo goed mogelijk gewaarborgd. Een voorbeeld hiervan is de jurisprudentie met betrekking tot de toepassing van de zogeheten Koppelingswet (Wet van 26 maart 1998, Stb. 203). De Centrale Raad heeft op 26 juni 2001 in (nagenoeg) dezelfde formulering uitspraken gedaan op het terrein van de Abw (LJN AB2276), de Akw (LJN AB2324) en de werknemersverzekeringen (LJN AB2323). De eerstgenoemde uitspraak is afkomstig van de bijstandskamer en de tweede en de derde van de internationale kamer.

2. Nederlander/vreemdeling

De vraag wie recht heeft op een bijstandsuitkering heeft de wetgever getracht te beantwoorden in - onder meer - artikel 7 van de Abw. In de WWB is dat artikel 11. Heeft een persoon geen recht op bijstand dan kan het bijstandsverlenende orgaan in het geval zeer dringende redenen daartoe noodzaken toch bijstand verlenen. Deze bepaling (neergelegd in artikel 11, eerste lid van de Abw en thans in artikel 16, eerste lid, van de WWB) is een uitwerking van het zogeheten vangnetprincipe en van het maatwerkprincipe die aan de bijstandswetgeving ten grondslag liggen. Altijd moet - uiteraard binnen zekere grenzen - de feitelijke behoefte in het individuele geval centraal staan. In dit verband kan ook worden verwezen naar artikel 13 van de Abw, respectievelijk artikel 18 van de

WWB. De al eerder genoemde Koppelingswet heeft grote invloed op de omvang van de personenkring van de bijstandswetgeving.

De Koppelingswet beperkt het recht op bijstand tot personen die rechtmatig in Nederland verblijven, waarbij voor de vraag of sprake is van het “rechtmatig verblijf” wordt aangesloten bij de Vw. Met de Koppelingswet is beoogd dat alleen nog maar rechtmatig in Nederland verblijvende personen recht hebben op een bijstandsuitkering. Artikel 16, tweede lid, van de WWB (evenals het vroegere artikel 11, tweede lid, van de Abw) houdt in dat de bevoegdheid van het bijstandsverlenend orgaan om in het geval van zeer dringende redenen bijstand te verlenen als bedoeld in het eerste lid van dit artikel niet geldt voor - kort gezegd - illegale vreemdelingen. In de reeds genoemde uitspraak LJN AB2276 heeft de Centrale Raad de uitwerking van de Koppelingswet binnen de Abw getoetst aan artikel 26 van het IVBPR alsmede aan artikel 4 van het EVRM. Geoordeeld is dat primair een onderscheid naar nationaliteit aan de orde is en dat dit onderscheid gelet op de doelstelling van de Koppelingswet verenigbaar is met de non-discriminatievoorschriften van onder meer het IVBPR en het EVRM. De Centrale Raad heeft nadien in diverse uitspraken dit standpunt herhaald. In dat kader zijn ook vele andere internationaal rechtelijke regelingen besproken zoals artikel 11, onder a, van het Europees Verdrag voor Sociale en Medische Bijstand (zie LJN AJ9959), de artikelen 11 en 12 van het IVESCR, (zie LJN AP0561), het Associatiebesluit 1/80 van de Associatieraad EEG/Turkije (zie LJN AV1179) en artikel 13 van het ESH (eveneens LJN AV1179).

3. Minderjarige kinderen

Kinderen onder de 18 jaar hebben geen recht op bijstand (zie artikel 9, eerste lid, aanhef en onder e, van de Abw en artikel 13, eerste lid, aanhef en onder e, van de WWB). Achtergrond van deze bepaling is dat primair de ouders ten aanzien van hun minderjarige kinderen onderhoudsplichtig zijn en derhalve verantwoordelijk voor de voorziening in hun algemene noodzakelijke kosten. Verwant aan de hierboven genoemde Koppelingswetzaken zijn de uitspraken waarin het IVRK aan de orde is voor zover het gaat om kinderen die niet in het bezit zijn van de Nederlandse nationaliteit of daarmee zijn gelijk te stellen. In zijn uitspraak LJN AV1097 heeft de Centrale Raad geoordeeld dat de toepassing van het tweede lid van artikel 16 van de WWB ten aanzien van kinderen die rechtmatig in Nederland verblijven maar niet tot Nederland zijn toegelaten, onder omstandigheden in strijd komt met artikel 2, eerste lid, van het IVRK. Het in deze bepaling gewaarborgde recht van non-discriminatie strekt zich uit tot alle in het Verdrag beschreven materiële rechten van het kind, waaronder het recht op sociale zekerheid. De Centrale Raad heeft bij die uitspraak tevens overwogen dat dit in beginsel niet het geval is bij kinderen die niet rechtmatig in Nederland verblijven. In de uitspraak LJN AY9940 was een dergelijke kwestie aan de orde. Naar het oordeel van de Centrale Raad rechtvaardigde in dit geval het gehele complex van feiten en omstandigheden geen uitzondering op de hoofdregel dat toepassing van artikel 16, tweede lid, van de WWB op kinderen die niet rechtmatig

hier te lande verblijven in beginsel geoorloofd is. Verlening van bijstand aan appellanten zou het gezin er juist van kunnen afhouden al het redelijkerwijs mogelijke te doen om terug te keren naar het land van herkomst, dan wel de onmogelijkheid van een dergelijke terugkeer via de hiertoe geëigende procedures te doen vaststellen. Ten aanzien van kinderen met de Nederlandse nationaliteit, dan wel kinderen die hiermee zijn gelijk te stellen, heeft de Centrale Raad diverse uitspraken gedaan waarbij de inhoud van het begrip “zeer dringende redenen” als bedoeld in van artikel 11, eerste lid, van de Abw, respectievelijk artikel 16, eerste lid, van de WWB is ingekleurd door artikel 3, eerste en tweede lid, en artikel 27, derde lid, van het IVRK. Zie in dit verband de uitspraken LJN AT3468, LJN AT8038 en LJN AT 9963. In deze zaken is artikel 16, eerste lid, van de WWB als het ware verdragsconform uitgelegd. Een en ander houdt verband met de omstandigheid dat de Centrale Raad van oordeel is dat artikel 27 van het IVRK niet een bepaling vormt die naar haar inhoud eenieder kan verbinden als bedoeld in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. In de hierboven genomen uitspraak betreffende de niet rechtmatig in Nederland verblijvende kinderen (LJN AY9940) heeft de Centrale Raad dit laatste met zoveel woorden overwogen.

4. Staatlozen en EU-onderdanen

In de uitspraak LJN AO3607 staat centraal de vraag hoe staatloosheid in de zin van het Verdrag betreffende de status van staatlozen (Trb. 1955, 42 en 1957, 22) moet worden aangetoond. Een en ander was van belang omdat de betrokkenen meenden als staatloze een recht op bijstand te ontleen aan artikel 23 van datzelfde verdrag.

Met betrekking tot EU-onderdanen is onder meer de uitspraak LJN AS2100 van belang waarin artikel 18 van het EG-verdrag aan de orde is. De Centrale Raad stelt in deze uitspraak voorop dat de rechtmatigheid van het verblijf van een EU-onderdaan rechtstreeks voortvloeit uit het gemeenschapsrecht zoals dat is neergelegd in het EG-verdrag en de daaruit voortvloeiende richtlijnen en verordeningen. Ook de uitspraak LJN AY3868 is in dit verband relevant. Bij een EU-onderdaan kan het bijstandsverlenend orgaan niet volstaan met een verwijzing naar een code in de gemeentelijke basisadministratie maar het dient het zelf te onderzoeken of de betrokkene bijvoorbeeld behoort tot de kring van de “economisch actieven”.

5. Gehuwden/ongehuwd samenwonenden

Met de inwerkingtreding van de Abw met ingang van 1 januari 1996, ter vervanging van de oude ABW, zijn de bepalingen met betrekking tot de gezamenlijke huishouding (het ongehuwd samenwonen) uitgebreid met een opsomming van een viertal situaties waarin het bijstandsverlenend orgaan zonder nader onderzoek ervan mag uitgaan dat betrokkenen een gezamenlijke huishouding voeren. De Centrale Raad heeft in verschillende uitspraken geconcludeerd dat een dergelijk rechtsvermoeden niet in strijd is met artikel 6 van het EVRM. Zie de uitspraken LJN AE0165 en LJN AE6057. De WWB kent een soortgelijke bepaling. In de uitspraak LJN AU7657 was de grief aan de orde dat sprake is van ongelijke behandeling van de groep ex-gehuwden in vergelijking met de groep van personen die eerder voor de verlening van bijstand als gehuwden zijn aangemerkt. De Centrale Raad heeft ten aanzien van die laatste groep in zijn uitspraak LJN AJ9653 vastgesteld dat de term “eerder” in artikel 3, vierde lid, onder a, van de Abw nader moet worden gepreciseerd door aansluiting te zoeken bij de uitwerking zoals die geldt voor de toepassing van onderdeel d van dit artikelonderdeel (de registraties). Door deze precisering is de rechtsongelijkheid ten aanzien van de temporele beperking opgeheven. De Centrale Raad concludeert vervolgens dat bij de toepassing van het onweerlegbaar rechtsvermoeden van artikel 3, vierde lid, van de Abw geen rechtvaardigingsgrond is te vinden voor het onderscheid tussen ex-gehuwden en personen die eerder als gehuwden zijn aangemerkt, zodat deze bepaling in zoverre wegens strijd met artikel 26 van het IVBPR buiten toepassing dient te blijven.

6. Leeftijdsgrenzen

Op diverse plaatsen in de bijstandswetgeving en de hierop gebaseerde uitvoeringsregelingen komen leeftijdsgrenzen voor. Een beroep op het discriminatieverbod zoals dat onder meer is verwoord in artikel 26 van het IVBPR ligt dan al gauw voor de hand. De Centrale Raad heeft hiermee in verschillende zaken te maken gehad, bijvoorbeeld in de gevallen waarin het ging over de maximaal toegestane duur van het verblijf in het buitenland met behoud van uitkering. In de uitspraak LJN AE7389 stond centraal de leeftijdsgrens zoals die grond van artikel 9, eerste lid, aanhef en onder d, van de Abw in samenhang met artikel 1 van de op artikel 9, derde lid, van de Abw gebaseerde Regeling gebruikelijke vakantieduur gold, te weten voor personen van 57,5 jaar en ouder maximaal 13 weken per jaar en voor alle anderen maximaal vier weken per jaar. Uit de wetsgeschiedenis van artikel 9 van de Abw bleek de Centrale Raad dat ten aanzien van degenen die op grond van artikel 113, vierde lid, van de Abw zijn vrijgesteld van verplichtingen gericht op arbeidsinschakeling, in voorkomende gevallen een iets langer verblijf in het buitenland dan (de destijds in het algemeen gebruikelijke) vier weken kan worden toegestaan. De Centrale Raad heeft in de wetsgeschiedenis geen argumenten aangetroffen ter rechtvaardiging van het onderscheid naar leeftijd tussen enerzijds bijstandsgerechtigden van 57,5 jaar en ouder en anderzijds

jongere bijstandsgerechtigden, ten aanzien van wie buiten twijfel is dat het voldoen aan de arbeidsverplichtingen niet mag worden gevergd gedurende de periode dat men in het buitenland verblijft. Gelet hierop kan, indien de betrokkene tot de laatstgenoemde groep van bijstandsgerechtigden behoort, naar het oordeel van de Centrale Raad niet worden gezegd dat het gemaakte onderscheid naar leeftijd gerechtvaardigd wordt door objectieve en redelijke gronden. Bij voorstel van wet (Kamerstukken II, 30936, nr. 2) is het vierde lid artikel 13 van de WWB (waarin is opgenomen dat voor personen van 57,5 jaar en ouder aan wie ontheffing van de arbeidsverplichtingen is verleend en personen van 65 jaar en ouder voor een periode van maximaal 13 weken buiten Nederland mogen verblijven) gewijzigd. De categoriale uitzonderingspositie van personen van 57,5 en ouder met ontheffing van de arbeidsverplichtingen wordt in dit voorstel ongedaan gemaakt. Wel kan op individuele gronden nog een uitzondering worden gemaakt, waarbij zwaarwegende bijzondere omstandigheden los van leeftijd en de plicht tot arbeidsinschakeling een langer verblijf buiten Nederland noodzakelijk maken. Die omstandigheden moeten zich dan wel voordoen nadat het verblijf buiten Nederland is begonnen.

Op grond van artikel 39, tweede lid, van de Abw kon het bijstandsverlenend orgaan zogeheten categoriale bijstand verlenen. Een dergelijke bepaling is in de WWB niet meer teruggekomen. Dat heeft tot veel kritiek geleid, vooral van gemeentezijde. De categoriale bijstand was kort gezegd een vorm van bijzondere bijstand voor groepen die in dezelfde bijzondere omstandigheden verkeren. Veel gemeenten hebben ter invulling van deze bevoegdheid beleidsregels opgesteld, met daarin een aanduiding van de categorieën. In de uitspraak LJN AQ6681 ging het om de leeftijdsgrens van 65 jaar die het bijstandsverlenend orgaan in zijn beleidsregels had gehanteerd. De rechtbank achtte het onderscheid dat in het gemeentelijke beleid werd gemaakt met personen van 65 jaar of ouder niet op redelijke en objectieve gronden gebaseerd. De Centrale Raad heeft dit standpunt vervolgens onderschreven.

7. Arbeidsmarktperspectief

Artikel 36 van de WWB biedt de gemeenten de mogelijkheid om - onder zekere voorwaarden - een zogeheten langdurigheidstoeslag te verstekken. Het gaat hier om een inkomensondersteuning voor personen die langdurig zijn aangewezen op een inkomen op het sociaal minimum en die op grote afstand staan tot de arbeidsmarkt, waardoor zij geen uitzicht hebben op inkomensverbetering. Als gedurende een ononderbroken periode van zestig maanden het inkomen niet hoger is geweest dan de toepasselijke bijstandsnorm (onderdeel a van artikel 36 van de WWB), er geen inkomen uit of in verband met arbeid is ontvangen (onderdeel b) en voldoende is getracht algemeen geaccepteerde arbeid te verkrijgen (onderdeel c), is er in beginsel recht op een zogenoemde langdurigheidstoeslag. Over deze voorwaarden en enkele andere aspecten van artikel 36 van de WWB heeft de

Centrale Raad een aantal uitspraken gedaan. Centraal in die uitspraken stond het begrip arbeidsmarktperspectief. In twee uitspraken (LJNAY0161 en LJNAY0173) werd onderdeel b wegens strijd met het in artikel 26 van het IVBPR neergelegde discriminatieverbod buiten toepassing gelaten. De Centrale Raad acht de doelstelling, te voorzien in een inkomenssuppletie voor personen die langdurig zijn aangewezen op een inkomen op bijstandsniveau en die geen perspectief hebben op de arbeidsmarkt, aanvaardbaar. De Centrale Raad acht het in de referteperiode hebben ontvangen van inkomsten uit arbeid in beginsel een geschikt en evenredig middel om vast te stellen dat arbeidsmarktperspectief aanwezig is. Dit is anders indien in de referteperiode sprake is geweest van zeer geringe inkomsten uit arbeid en deze arbeid van zeer geringe duur is geweest. Onder dergelijke omstandigheden kan uit het ontvangen hebben van inkomsten niet worden afgeleid dat er sprake is van een reëel arbeidsmarktperspectief. Ook het zonder meer aanwezig achten van een reëel arbeidsmarktperspectief bij personen die in de referteperiode inkomen in verband met arbeid ontvingen, bestaande uit een gedeeltelijke WAO-uitkering, acht de Centrale Raad niet aanvaardbaar. Niet is gebleken dat het voor gedeeltelijk arbeidsongeschikte personen eenvoudiger is om daadwerkelijk arbeid te verwerven dan voor personen ten aanzien van wie geen gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid is vastgesteld.

8. Boetes

Onder de Abw kon het bijstandsverlenend orgaan naast maatregelen (artikel 14 van de Abw) ook boetes opleggen (artikel 14a van de Abw). Vóór 1 februari 2001 gold ter zake van de zwaarte van de boete over het algemeen een zwaarder rechtsregime dan vanaf die datum, toen het Boetebesluit sociale zekerheidswetten (Stcrt. 2000, 462) inwerking trad. Gelet op artikel 15, eerste lid, laatste volzin, van het IVBPR heeft de Centrale Raad het tot zijn taak gerekend om ambtshalve na te gaan of het Boetebesluit voorziet in een lagere boete dan het geval was onder het oude boeteregime (zie onder meer LJN AK0040). De Centrale Raad beschouwt de boete in dit verband als een “penalty” in de zin van artikel 15 van het IVBPR, een punitieve sanctie derhalve. Met de inwerkingtreding van de WWB heeft de wetgever het maatregelen- en boeteregime vervangen door een stelsel van verlagingen (zie artikel 18 van de WWB). Hierbij is de regering ervan uitgegaan dat de verlaging van de uitkering wegens schending van de inlichtingenplicht geen punitieve sanctie inhoudt (Kamerstukken II 28 870, nr. 3, p. 49, nr. 13, p. 161-163). In de uitspraak LJN AP6288 kwam voor het eerst de toetsing aan artikel 15, eerste lid, van het IVBPR aan de orde nadat de WWB inwerking was getreden. De Centrale Raad heeft daar overwogen dat de wegens de schending van de inlichtingplicht opgelegde verlaging van de bijstand voor de toepassing van artikel 15, eerste lid, derde volzin, van het IVBPR geacht moet worden een “penalty” te zijn in de zin van dat artikel. Een “voorzichtige” benadering. Inmiddels is de Centrale Raad een stap verder gegaan en heeft in de uitspraak LJN AZ4922 met zoveel woorden geoordeeld dat de verlaging wegens schending van de inlichtingplicht evenals de ingevolge artikel 14a van de Abw opgelegde boete een

punitieve sanctie is. De verlaging is immers, zo is overwogen, gericht op sanctionering van schending van de inlichtingenverplichting boven op de intrekking van de bijstand en de terugvordering van hetgeen als gevolg van de schending van de inlichtingenverplichting onverschuldigd is betaald.

9. Informatieplicht/controlebevoegdheid

Degene die aanspraak maakt op een bijstandsuitkering en degene die reeds een dergelijke uitkering ontvangt, is gehouden op verzoek van het bijstandsverlenend orgaan of uit eigen beweging mededeling te doen van alle feiten en omstandigheden die van invloed kunnen zijn op het recht op bijstand. Ook bestaat er voor de betrokkene een zogeheten medewerkingsverplichting. Hij is gehouden aan het bijstandsverlenend orgaan desgevraagd medewerking verlenen die redelijkerwijs nodig is voor de uitvoering van de bijstandswetgeving (zie artikel 17, eerste en tweede lid, van de WWB, en hun voorgangers artikel 65, eerste en derde lid, van de Abw). Aan de andere kant is het bijstandsverlenend orgaan bevoegd onderzoek in te stellen naar de juistheid en de volledigheid van de verstrekte gegevens (zie artikel 53a, tweede lid, van de WWB en artikel 66, tweede lid, van de Abw waar sprake was van een onderzoeksplicht). De informatieplicht van de burger en aan de ene kant en de controlebevoegdheid van de overheid aan de andere kant levert geregeld spanningen op daar waar het gaat om het recht op eerbiediging van het privéleven, het familie- en gezinsleven en het zogeheten huisrecht, zoals onder meer is neergelegd in artikel 8 van het EVRM. Ten aanzien van diverse aspecten van dit artikel heeft de Centrale Raad op het gebied van het bijstandsrecht uitspraken gedaan: de problematiek van het onaangekondigde huisbezoek (onder meer LJN ZB6026, LJN AF3007, LJN AT1614 en recentelijk LJN BA2410), het verlangen van inzage in bankafschriften (ZB8128) het noemen van de naam van de vriend van de betrokkene (LJN AU7275), het onderzoek van de inhoud van een auto (LJN AU9232), stelselmatige observaties (LJN AL3651), het gebruik van een videocamera (LJN ZB5609), het recht op gezinsleven (LJN ZB8013, LJN AE4370).

10. Overige

Voor het overige zijn door de Centrale Raad op het terrein van het bijstandsrecht vele andere uitspraken met internationaalrechtelijke aspecten gedaan, zoals onder meer op het gebied dat door artikel 6 van het EVRM wordt bestreken: redelijke termijn, toegang tot de rechter, “fair trial” en “equality of arms”. Het betreffen echter niet typisch bijstandskwesties zodat deze zaken hier verder onbesproken blijven.

11. Slot

Op vele terreinen van het bijstandsrecht werken internationaalrechtelijke bepalingen in meer of mindere mate door. In de praktijk blijkt dat uitvoeringsorganen deze bepalingen (veelal) niet uit zichzelf als eerste toepassen, maar hiertoe eerst overgaan indien dit uit een rechterlijke uitspraak volgt. Dat is niet onbegrijpelijk. In eerste instantie voert men de wet uit. Voorts is het niet zelden dat eerst in de fase van beroep of hoger beroep een advocaat wordt ingeschakeld die pas dan in de daarvoor in aanmerking komende gevallen de aandacht vraagt voor een of meer verdragsbepalingen. Uit de jurisprudentie van de Centrale Raad volgt dat een bij een zaak betrokken partij uitdrukkelijk een beroep op een internationaalrechtelijke bepaling moet doen om een oordeel van de rechter op dit punt te verkrijgen. Het komt geregeld voor dat een in zeer algemene bewoordingen een beroep wordt gedaan op een keur aan alle mogelijke internationale verdragen. Op een dergelijke niet nader onderbouwde algemene verwijzing blijkt de Centrale Raad in de regel niet in te gaan. Nadat het in een bepaalde uitspraak een beroep op een of meer verdragsbepalingen eenmaal is gehonoreerd, zal de Centrale Raad in volgende, soortgelijke zaken via de weg van artikel 8:69, tweede lid, van de Awb (de verplichting voor de rechter tot ambthalfve aanvulling van de rechtsgronden) zelf aan die bepaling toetsen. Het is dan niet meer nodig op dit punt onderbouwde beroepsgronden in te dienen. Hierbij geldt uiteraard wel dat een en ander moet passen binnen de omvang van het geding zoals dat door het eerste lid van artikel 8:69 van die wet wordt aangegeven.

7. Termijnoverschrijdingen bij procederen vanuit het buitenland

*M.M. van der
Kade*

1. Inleiding

In het Nederlandse bestuursrecht komt een belangrijke rol toe aan de formele rechtskracht. Het rechtens onaantastbaar worden van besluiten van bestuursorganen en rechterlijke uitspraken¹ is van grote betekenis in het maatschappelijk verkeer. Daarmee worden de rechtsverhoudingen tussen burger en overheid bepaald. Duidelijkheid omtrent het in rechte vaststaan van besluiten is uit een oogpunt van rechtszekerheid dan ook van groot belang. In dit licht bezien is het niet verwonderlijk dat eisen worden gesteld aan het instellen van rechtsmiddelen tegen een besluit, die erop gericht zijn dat binnen beperkte tijd helderheid ontstaat over de vraag of een procedure aanhangig is dan wel of het besluit rechtskracht heeft verkregen. Voorts ligt het vanuit dit oogpunt voor de hand dat deze eisen in de jurisprudentie streng worden gehanteerd. De internationale kamer van de Centrale Raad van Beroep (hierna: Centrale Raad) ziet zich door de aard van haar werkzaamheden met enige regelmaat gesteld voor de beoordeling van ontvankelijkheidsproblemen van belanghebbenden die vanuit het buitenland (hoger) beroep hebben ingesteld.²

Daarbij valt met name op dat deze justitiabelen problemen ervaren om zich te houden aan de termijn voor het indienen van een beroepschrift.³ Dit vormt aanleiding te bezien op welke wijze bij de totstandkoming van deze termijn in de Awb met deze doelgroep rekening is gehouden en hoe met deze bepalingen van de Awb moet worden omgegaan in het licht van de jurisprudentie van het EHRM ten aanzien van het recht op de toegang tot de rechter.

2. De totstandkoming van de relevante bepalingen in de Awb

In artikel 6:7 van de Awb is vastgelegd dat de termijn voor het indienen van een beroepschrift zes weken bedraagt. Blijkens de wetsgeschiedenis heeft bij de keuze voor deze termijn met name de uniformiteit een rol gespeeld, de harmonisatie van de voorheen in diverse regelingen neergelegde verschillende beroepstermijnen⁴. Kennelijk was dit streven naar harmonisatie zo sterk, dat niet is overwogen een uitzondering te creëren voor hen die vanuit het buitenland hun recht zoeken.

1. In deze bijdrage zal hierna korthedshalve worden gesproken over besluiten; daaronder worden dan mede uitspraken begrepen.
2. De internationale kamer behandelt internationaal-rechtelijke zaken, zaken op het gebied van AKW, ANW en AOW en zaken op het gebied van arbeidsongeschiktheid, met name van in het buitenland gevestigden.
3. Voorts doen zich met enige regelmaat problemen voor bij de betaling van het griffierecht, zowel wat de termijn betreft als met betrekking tot de hoogte ervan. Zie voor dit laatste de bijdrage van H.J. Simon in deze bundel.
4. Nader rapport, TK 1988-1989, 21 221, B, p. 43 en 44; MvT, TK 1988-1989, 21 221, nr. 3, p. 124 t/m 126; VV, TK 1989-1990, 21 221, nr. 4, p. 45; MvA, TK 1990-1991, 21 221, nr. 5, p. 85 t/m 87

Dit is opmerkelijk omdat tegelijk met de totstandkoming van de Awb in sommige bijzondere wetten een van artikel 6:7 van de Awb afwijkende beroepstermijn van dertien weken is opgenomen voor de belanghebbende die in het buitenland is gevestigd.⁵ Kennelijk heeft de wetgever geen aanleiding gezien deze uitzondering voor justitiabelen in het buitenland in het algemeen te doen gelden en in de Awb vast te leggen.

De termijn voor het instellen van beroep vangt blijkens artikel 6:8 van de Awb aan op de eerste dag na de dag waarop het besluit is bekendgemaakt. Blijkens de MvT heeft bij deze keuze een rol gespeeld dat dit doorgaans de dag zal zijn waarop het per post verzonden besluit door de belanghebbende zal worden ontvangen.⁶ Voor de in het buitenland wonende justitiabele kan deze dag evenwel aanmerkelijk later liggen.

In het bijzonder vermelding verdient de totstandkoming van artikel 6:9 van de Awb. De tekst van dit artikel luidde in het oorspronkelijke wetsontwerp als volgt.⁷

“Een bezwaar- of beroepschrift is tijdig ingediend indien het voor het einde van de termijn is ontvangen of, bij verzending binnen Nederland, indien het voor het einde van de termijn ter post is bezorgd”.

Blijkens de MvT⁸ werd met deze bepaling wat betreft per post verzonden geschriften aangehaakt bij de door de meeste administratiefrechtelijke colleges vóór de inwerkingtreding van de Awb gehanteerde verzendtheorie. Daarbij werd voor de beoordeling van de tijdigheid van een beroepschrift doorslaggevend geacht op welk moment dat ter post was bezorgd. Met betrekking tot postbezorging vanuit het buitenland is in de MvT opgemerkt dat de verzendtheorie daar tot grote onduidelijkheden zou kunnen leiden, omdat de duur van de verzending per land kan verschillen en het voor de Nederlandse organen moeilijk zou zijn vast te stellen op welk moment het bezwaar- of beroepschrift ter post is bezorgd. De nadelen zijn gemakkelijk op te vangen door een gemachtigde in Nederland aan te stellen. Mocht de in het buitenland gesitueerde rechtzoekende dit niet hebben gedaan, dan kan worden beoordeeld of het bezwaar- of beroepschrift zo spoedig is ingediend als redelijkerwijs verlangd kon worden, aldus de MvT.

5. Zie bijvoorbeeld artikel 3 van de Militaire ambtenarenwet 1931 en de beroepstermijn in een aantal wetten voor oorlogsgetroffenen, zoals artikel 44 van de Wet uitkeringen vervolgingsslachtoffers 1940-1945 en artikel 56 van de Wet uitkeringen burger-oorlogsslachtoffers 1940-1945.

6. TK 1988-1989, 21 221, nr. 3, p. 126.

7. TK 1988-1989, 21 221, nrs. 1-2, p. 11, artikel 6.2.3.

8. TK 1988-1989, 21 221, nr. 3, p. 127 en 128.

Nog voor de inwerkingtreding van dit artikel werd evenwel ingezien dat de tekst ervan op gespannen voet zou kunnen staan met het communautaire recht. De oplossing hiervoor had kunnen worden gezocht in het schrappen van de woorden ‘bij verzending binnen Nederland’. Daarmee werd echter niet volstaan, omdat geschriften bij verzending uit het buitenland soms wekenlang onderweg kunnen zijn en het onverkort hanteren van de verzendtheorie in dat geval de periode van onzekerheid omtrent de rechtmatigheid van een besluit te zeer zou verlengen. Daarmee zou afbreuk worden gedaan aan de bezwaar- en beroepstermijn. Gekozen werd daarom voor de huidige tekst van artikel 6:9 van de Awb, volgens welke een bezwaar- of beroepschrift bij verzending per post tijdig is ingediend indien het voor het einde van de termijn ter post is bezorgd en het niet later dan een week na afloop van die termijn is ontvangen. In de toelichting bij de NvW werd opgemerkt dat voor verzending uit het buitenland deze regeling gunstiger is omdat op grond van de oude tekst het geschrift binnen de termijn zelf moest zijn ontvangen. De termijn is in feite met een week verlengd, mits het geschrift tijdig ter post is bezorgd. De bepaling dwingt de verzender het tijdstip van verzending zodanig te kiezen dat tijdige aankomst is verzekerd. Ten overvloede wordt nog opgemerkt dat ook een geschrift dat binnen de termijn is verzonden maar langer dan een week onderweg is, onder omstandigheden ontvankelijk kan zijn, namelijk als de termijnoverschrijding verschoonbaar is (artikel 6:11 van de Awb). Dit zal echter in het algemeen niet het geval zijn als de gekozen wijze van verzenden een niet te verwaarlozen risico in zich draagt dat het geschrift langer dan een week onderweg is, aldus de toelichting bij de NvW.⁹

Volgens de NEV moet onder ‘ter post bezorgen’ worden verstaan de verzending via de officiële postdienst van het land van verzending. Voorts wordt opgemerkt dat van buitenlandse appellanten in redelijkheid gevergd kan worden dat zij hun geschriften zonodig per expresse of op een andere bijzondere wijze verzenden om ervoor te zorgen dat deze binnen de gestelde termijn ter bestemde plaatse arriveren.¹⁰

Artikel 6:11 van de Awb bepaalt dat ten aanzien van een na afloop van de termijn ingediend bezwaar- of beroepschrift niet-ontvankelijkverklaring op grond daarvan achterwege blijft indien redelijkerwijs niet kan worden geoordeeld dat de indiener in verzuim is geweest. In de toelichting bij de NvW is aangegeven dat in drie situaties wel sprake is van verzuim:

- indien de oorzaak van de termijnoverschrijding aan de indiener kan worden toegerekend;
- indien de indiener niet het redelijkerwijs mogelijke heeft gedaan om de oorzaak van de termijnoverschrijding aannemelijk te (kunnen) maken en
- indien de indiener na het wegvallen van de omstandigheid die een tijdig bezwaar of beroep verhinderde, te lang talmt met het alsnog maken van bezwaar of beroep.¹¹

9. TK 1993-1994, 23 358, nr. 5, p. 79 en 80.

10. TK 1993-1994, 23 258, nr. 7, p. 7.

11. TK 1990-1991, 21 221, nr. 6, p. 7.

3. Problemen in de praktijk

Zoals hiervoor is aangegeven, is bij de totstandkoming van artikel 6:9 van de Awb gesignaleerd dat geschriften bij verzending uit het buitenland soms wekenlang onderweg kunnen zijn. In de situatie waarin zich dat voordoet, zal het besluit er doorgaans eveneens wekenlang over hebben gedaan om de geadresseerde te bereiken. Op grond van artikel 6:8, eerste lid, van de Awb is dan wel inmiddels de beroepstermijn gaan lopen. Daarvoor is het moment van ontvangst van het besluit niet van belang.¹² Voor de betrokken justitiabele gaat aldus een belangrijk deel van zijn beroepstermijn verloren.

Daarbij komt dat betrokkene zich geconfronteerd kan zien met een besluit in de Nederlandse taal.¹³ Beheerst hij deze taal niet, dan zal hij iemand moeten vinden die het voor hem kan vertalen. Tot slot speelt een rol dat betrokkene zich in het buitenland bevindt, waar een beroep op rechtshulp, met name op een hulpverlener met voldoende kennis van het Nederlandse recht, doorgaans minder gemakkelijk is.¹⁴

In de toelichting bij de NvW bij artikel 6:9 van de Awb is aangegeven dat bij een te laat ontvangen bezwaar- of beroepschrift geen beroep op artikel 6:11 van de Awb kan worden gedaan indien de gekozen wijze van verzenden een niet te verwaarlozen risico in zich draagt dat het geschrift langer dan een week onderweg is. De vraag rijst of dit het geval is indien betrokkene zijn geschrift heeft aangeboden bij de officiële postdienst. Bij de wetenschap dat de brief er in dat geval enkele weken over zal doen, zou betrokkene hiervan een verwijt kunnen worden gemaakt. Anderzijds moet er sprake zijn van ‘verzending per post’ om een beroep te kunnen doen op het tweede lid van artikel 6:9 van de Awb. Volgens vaste jurisprudentie betekent dit dat in Nederland gebruik moet worden gemaakt van de concessiehouder volgens de Postwet¹⁵ en in het buitenland van een vergelijkbare officiële postinstelling.¹⁶ De rechter heeft hiermee aangesloten bij de hiervoor weergegeven wetsgeschiedenis. Gebruik van fax of e-mail – voor zover voor betrokkene al toegankelijk – zou in een snellere wijze van indienen kunnen voorzien, maar aan het indienen van een beroepschrift langs die wegen kleven bewijsrisico’s¹⁷ die met verzending per post kunnen worden vermeden.¹⁸ In recente jurisprudentie van de Centrale Raad lijkt de bewijslast van de verzending per fax wat in het voordeel van de afzender afgebogen, maar geheel zonder risico is deze wijze van verzending nog steeds niet.¹⁹

12. CRvB 7-6-2005, LJN AT7061

13. Sommige bestuursorganen corresponderen in een voor betrokkene begrijpelijke taal, indien bekend is dat hij het Nederlands niet beheerst.

14. Zie noot 10.

15. HR 10-8-2001, LJN AB6596; CRvB 18-11-2004, LJN AR6248

16. CRvB 25-8-2005, LJN AU2002

17. Met betrekking tot faxverkeer: HR 22-9-2006, LJN AY8658; CRvB 3-4-2003, LJN AF7302; ABRS 9-3-2006, LJN AV7837; met betrekking tot e-mailverkeer: CRvB 23-3-2005, LJN AT3617, ABRS 17-12-2003, LJN AO0340.

18. De betekenis van afdeling 2.3 van de Awb voor de bezwaartermijn laat ik hier buiten beschouwing. Zie hierover de noot van M. O-V onder JB 2006/310 (CRvB 1-9-2006, LJN AY9485).

19. CRvB 7-2-2007, LJN BA0213 en LJN ZA8886.

4. De jurisprudentie van het EHRM

Vaste jurisprudentie van het EHRM is dat het in artikel 6 van het EVRM neergelegde recht op toegang tot de rechter geen absoluut recht is. Er kunnen op nationaal niveau beperkingen aan de ontvankelijkheid worden gesteld, zij het dat deze de toegang tot de rechter niet op zodanige wijze of in zodanige mate mogen beperken dat het recht in zijn kern wordt aangetast. De beperkingen moeten een legitiem doel hebben en er moet een redelijke verhouding bestaan tussen de middelen en het beoogde doel. Het is in eerste instantie aan de nationale autoriteiten en dan met name aan de nationale rechter om aan de wettelijke bepalingen uitleg te geven. De omstandigheden van het concrete geval zullen daarbij een belangrijke rol moeten spelen.²⁰

Voorts is vaste rechtspraak dat artikel 6 van het EVRM niet verplicht tot het in het leven roepen van een hoger beroeps- of cassatieprocedure, maar dat als de staat ervoor kiest deze beroepsmogelijkheden open te stellen, de garanties van artikel 6 van het EVRM ook voor die procedures gelden. Het EHRM tekent daarbij aan dat bij de toetsing alsdan het geheel van procedures en de rol van de cassatierechtspraak daarin zal moeten worden bezien. Denkbaar is dat aan de ontvankelijkheid van het cassatie beroep hogere eisen worden gesteld dan aan die van het beroep.

Beroepstermijnen zijn volgens het EHRM zonder meer acceptabel. Justitiabelen moeten er rekening mee houden dat de regels hieromtrent zullen worden toegepast. Het mag echter niet zo zijn dat deze regels of de toepassing ervan er aan in de weg staat dat een justitiabele gebruik maakt van een beschikbare rechtsgang.²¹ Zelfs een cassatietermijn van vijf dagen wordt door het EHRM geoorloofd geacht, maar er is sprake van schending van artikel 6 van het EVRM als niet-ontvankelijkverklaring volgt in het geval dat deze termijn reeds is verlopen op het moment dat de geadresseerde de uitspraak waarvan hij in cassatie wenst te komen, ontvangt.²² Ook overigens moet de betrokkene in staat zijn geweest van zijn beroepstermijn gebruik te maken. Dat was volgens het EHRM niet het geval bij een appellant die van de tien dagen die de termijn omvatte, er zeven in een psychiatrische inrichting was opgenomen terwijl er aanwijzingen waren dat hij gedurende die dagen en ook de resterende drie dagen niet in staat was geweest zijn belangen te (doen) behartigen.²³

20. Onder andere EHRM 19-5-2005, Kaufmann Italië, 14021/02, LJN AT9130, r.o. 31 t/m 33.

21. Bijvoorbeeld EHRM 28-3-2006, Melnyk v. Oekraïne, 23436/03.

22. EHRM 10-7-2001, Tricard v. Frankrijk, 40472/98, LJN AP0815, r.o. 31 e.v.

23. EHRM 26-9-2006, Labergère v. Frankrijk, 16846/02, LJN AZ4241.

Voorts acht het EHRM van belang dat de consequenties van het niet voldoen aan gestelde procedurele eisen vanuit het gezichtspunt van de betrokkene voorzienbaar zijn. Is dit niet het geval, dan is sprake van disproportionaliteit als het niet voldoen aan een eis tot niet-ontvankelijkheid leidt.²⁴ In ander verband heeft het EHRM overwogen dat (de toepassing van) een regel voorzienbaar is als deze met voldoende precisie is geformuleerd, zodat een ieder in staat is, zo nodig met behulp van geschikt advies, zijn gedrag daarop af te stemmen²⁵ dan wel zodat een ieder tot op redelijke hoogte duidelijk kan zijn welke consequenties aan zijn gedrag zullen worden verbonden.²⁶

In een aantal arresten heeft het EHRM als zijn oordeel gegeven dat excessief formalisme de toegang tot de rechter onaanvaardbaar belemmert. In deze gevallen werden naar het oordeel van het EHRM aan procederende partijen eisen gesteld die geen redelijk doel dienden of (in hun toepassing) disproportioneel waren ten opzichte van het doel, zodat sprake was van schending van artikel 6 van het EVRM.²⁷ In zijn noten onder een aantal van deze arresten, laatstelijk het arrest Liakopoulou, heeft F. Fernhout een aantal vuistregels geformuleerd die het EHRM bij de beoordeling of sprake is van excessief formalisme, lijkt te hanteren:

- a. als niet is voldaan aan de ontvankelijkheidsvereisten uitsluitend door toedoen van een staatsorgaan, mag de justitiabele daarvan niet de dupe worden;
- b. als de fout in de sfeer ligt van de justitiabele, mogen de regels bij een beoordeling in laatste instantie of bij zaken die vragen om een formele benadering tamelijk strikt worden toegepast;
- c. als er gelegenheid wordt gegeven een fout te herstellen, moet het spel eerlijk worden gespeeld;
- d. als er geen fout is gemaakt, mag die niet worden geconstrueerd;
- e. als een procesvertegenwoordiger een fout heeft gemaakt, moet deze zo mogelijk door een welwillende interpretatie of anderszins hersteld worden.²⁸

24. EHRM 2301001996, *Levages Prestations Services v. Frankrijk*, 51/1995/557/643, LJN AD2631, r.o. 42; EHRM 11-7-2002, *Osui v. Italië* (noot 21), r.o. 35.

25. Bijvoorbeeld EHRM 16-2-2000, *Amann v. Zwitserland*, 27798/95, LJN AP0622, r.o. 56; EHRM 4-6-2002, *Oliveira v. Nederland*, 33129/96, LJN AN7151, r.o. 52; EHRM 27-4-2004, *Doerga v. Nederland*, 50210/99, LJN AP1460, r.o. 50.

26. Bijvoorbeeld EHRM 25-1-2005, *Enhorn v. Zweden*, 56529/00 LJN AT3402, r.o.36; EHRM 8-11-2005, *Khudoyorov v. Rusland*, 6846/02, LJN AU9999, r.o.125.

27. Bijvoorbeeld EHRM 11-1-2001, *Platakou v. Griekenland*, 38460/97, LJN AP0651; EHRM 20-4-2004, *Bulena v. Tsjechië*, 57567/00, LJN AP1457; EHRM 25-5-2004, *Kadlec v. Tsjechië*, 49478/99, LJN AQ0334; EHRM 28-6-2005, *Zednik v. Tsjechië*, 74328/01, LJN AU4050; EHRM 24-5-2006, *Liakopoulou v. Griekenland*, 20627/04, LJN AY5285.

28. EHRC 2006, 97.

4. Betekenis van de jurisprudentie van het EHRM voor de geschetste ontvankelijkheidsproblemen

Het stellen van een termijn voor het instellen van beroep op zich ontmoet bij het EHRM geen bezwaren. Deze termijnen dienen een legitiem doel, namelijk de rechtszekerheid. In zijn algemeenheid zal, gezien de lengte van de in de wet vastgelegde termijn, voorts niet kunnen worden gezegd dat deze het gebruik van het recht op toegang tot de rechter illusoir maken. Indien de beroepstermijn door problemen, samenhangend met het procederen vanuit het buitenland, wordt overschreden, zal de rechter zich in het concrete geval de vraag moeten stellen of een redelijke verhouding bestaat tussen het middel, de gestelde termijn, enerzijds en het beoogde doel, de rechtszekerheid, anderzijds. Nationaalrechtelijk bezien vindt dit plaats in het kader van de beoordeling op grond van de artikel 6:11 van de Awb ‘of redelijkerwijs niet kan worden geoordeeld dat de betrokkene in verzuim is geweest’. De jurisprudentie van het EHRM zal bij deze beoordeling een belangrijke rol moeten spelen.

De te beoordelen situaties zullen doorgaans niet zo eenduidig zijn dat deze zonder meer op te lossen zijn met de door Fernhout geformuleerde vuistregels ter voorkoming van excessief formalisme. Voor zover bij de verzending van besluiten en beroepschriften al sprake is van overheidsorganen, zal het aan deze organen toerekenbare tijdsverlies doorgaans niet de gehele beschikbare termijn beslaan, zodat de termijnoverschrijding niet uitsluitend aan een overheidsorgaan valt toe te schrijven. Het verdere tijdsverlies zal meestal in de risicosfeer van de betrokkene liggen, zodat volgens vuistregel b de termijn tamelijk strikt mag worden toegepast. Bij de beoordeling mag evenwel niet buiten beschouwing blijven of van betrokkene sneller handelen mocht worden verwacht ofwel in hoeverre hem het tijdsverlies valt aan te rekenen.

In elk geval lijkt uit de jurisprudentie van het EHRM te kunnen worden afgeleid dat de justitiabele nog voldoende tijd moet resteren om zijn belangen te behartigen.

De omstandigheden van het geval – ontvangt betrokkene bijvoorbeeld een beslissing in een voor hem niet begrijpelijke taal – zullen moeten meewegen bij de beoordeling of hiervan sprake is.

De vraag is hoe bij de beoordeling omgegaan moet worden met de door het EHRM geformuleerde eis van voorzienbaarheid van de consequenties van het niet voldoen aan procedurele regels. Wordt aan deze eis niet voldaan en leidt het niet voldoen aan een procedurele eis tot niet-ontvankelijkheid, dan is volgens het EHRM sprake van disproportionaliteit tussen het middel en het daarmee beoogde doel. In het arrest *Levages Prestations Services* oordeelde het EHRM dat de daar aan de orde zijnde, in de jurisprudentie neergelegde procedurele eis van het overleggen van bepaalde stukken

voldoende bekend kon zijn aan betrokkenes rechtshulpverlener, zodat voorzienbaar was dat het niet voldoen aan die eis tot niet-ontvankelijkverklaring zou leiden.³⁰ In het arrest *Osu* was het EHRM van oordeel dat sprake was van schending van artikel 6 van het EVRM omdat voor betrokkene niet voorzienbaar was dat zijn beroep niet-ontvankelijk zou worden verklaard. Het EHRM wijst erop dat *Osu* bij verstek was veroordeeld en dat niet duidelijk was waarom op hem de algemene opschorting van termijnen gedurende de zomervakantie niet van toepassing was nadat hij van zijn veroordeling had kennis genomen.³¹ Dit alles ondanks het feit dat, zoals A.M.L. Jansen in zijn noot onder dit arrest terecht opmerkt, betrokkene ook wel het een en ander te verwijten viel: hij had zijn verhuizing naar het buitenland niet opgegeven en hij had kennelijk geen voeling gehouden met het door hem aan justitie opgegeven contactadres.³² Het arrest geeft dan ook de indruk dat in de ogen van het EHRM de mogelijkheid van ontvankelijkheid met grote welwillendheid moet worden gezien.

De eisen die aan de beroepstermijn worden gesteld, zijn in de wet vastgelegd en kunnen een ieder – zo nodig na het inwinnen van advies – duidelijk zijn. Opvallend is dat het EHRM in zijn jurisprudentie over het recht op toegang tot de rechter een andere formulering kiest dan in andere arresten over voorzienbaarheid van de gevolgen van wettelijke regels. Het Hof overweegt in de arresten *Osu* en *Levages Prestations Services* dat de aan het niet nakomen van de regel verbonden sanctie *vanuit het gezichtspunt van de betrokkene* voorzienbaar moet zijn en lijkt daarmee een subjectieve beoordeling te introduceren. Bij een dergelijke beoordeling zou er betekenis aan kunnen worden gehecht dat de betrokkenen om wie het hier gaat, zich in het buitenland bevinden en daar niet gemakkelijk deskundig advies omtrent het Nederlandse recht kunnen inwinnen. Bovendien zou een rol kunnen spelen dat in (hoger-)beroepsclausules doorgaans slechts is opgenomen dat ‘binnen zes weken na dagtekening van deze beschikking’ of ‘binnen zes weken na de verzending van deze uitspraak’ beroep respectievelijk hoger beroep kan worden ingesteld. Gezien de combinatie van deze omstandigheden, zal de justitiabele subjectief gezien doorgaans niet duidelijk kunnen zijn dat zijn beroepschrift binnen een week na afloop van de genoemde termijn van zes weken bij de beroepsinstantie ontvangen zal moeten zijn. In de overweging van het EHRM kan daarom wellicht aanleiding kunnen worden gevonden om een beroepschrift dat voor afloop van de beroepstermijn is gepost doch niet binnen de in artikel 6:9, tweede lid, van de Awb genoemde termijn is ontvangen, ontvankelijk te achten. Enige aarzeling is hier op haar plaats, nu niet zonneklaar is wat het EHRM met de gekozen formulering heeft bedoeld.

30. EHRM 23-10-1996, *Levages Prestations Services* (noot 25), r.o. 42.

31. EHRM 11-7-2002, *Osu* (noot 21), r.o. 35 e.v.

32. EHRC 2002, 80.

Ook indien deze weg wordt gekozen, resteren nog diverse dossiers waarin de rechter aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval zal moeten beoordelen of er aanknopingspunten zijn voor het oordeel dat betrokkene bij het instellen van zijn beroep niet in verzuim is geweest.

Probleem daarbij is dat het voor betrokkenen moeilijk is om aan te tonen op welk moment hij in het bezit van het besluit is gekomen. Bij de beoordeling daarvan zou een rol kunnen spelen hoe lang het beroepschrift van betrokkene erover heeft gedaan om de rechter te bereiken. De vaststelling daarvan zal doorgaans niet veel problemen opleveren: de ervaring leert dat de poststempels van buitenlandse postinstellingen vaak beter leesbaar zijn dan die van de Nederlandse.

5. Afronding

Ik hoop in het vorenstaande enig inzicht te hebben gegeven in de problemen bij de beoordeling van ontvankelijkheidsvraagstukken bij het procederen vanuit het buitenland. Pasklare antwoorden zijn er helaas niet te geven. De rechter zal in elk dossier aan de hand van de omstandigheden van het geval de ontvankelijkheid van het (hoger) beroep moeten beoordelen. Wel kan gesignaleerd worden dat het EHRM waar het de toegang tot de rechter betreft, een benadering lijkt voor te staan waarin niet snel tot niet-ontvankelijkheid wordt geconcludeerd. Ik sluit mij wat dat betreft graag aan bij hetgeen Heringa opmerkt over de overwegingen van het EHRM in zijn noot onder het arrest Platakou:

“Daarin komt tot uitdrukking dat een nationale rechter op het stuk van de toegang tot de rechter, in die gevallen waar dat recht door niet aan een procespartij toe te rekenen omstandigheden in het gedrang is gekomen, enige flexibiliteit moet betrachten teneinde de toegang alsnog mogelijk te maken. Het lijkt erop dat het Hof daarmee in feite inhoudelijke eisen stelt, via de boeg van artikel 6, lid 1, aan de verplichting van de staat om te zorgen voor effectieve nationale rechtsmiddelen.”³³

Teneinde de geschetste problemen te voorkomen zou het de voorkeur verdienen dat de wetgever in de Awb – of ten minste in een aantal sociale-verzekeringswetten – een langere beroepstermijn zou opnemen voor degenen die woonachtig zijn in het buitenland. Precedenten liggen er al in de onder 2. genoemde wetten. Niet valt in te zien waarom deze uitzondering slechts voor een beperkt aantal rechtzoekenden geldt en niet aan een ieder die zich in deze positie bevindt, een termijn van dertien weken kan worden gegend.³⁴

33. EHRC 2006, 97.

34. Denkbaar is dat verschillende termijnen worden gehanteerd voor diverse landen, zoals vroeger het geval was in de Algemene burgerlijke pensioenwet. Uit het oogpunt van uniformering verdient dit echter geen voorkeur.

8. De tanden van het internationale recht: het individueel klachtrecht.

T.L. de Vries

1. Inleiding

Bepalingen in internationale verdragen zijn vaak niet eenvoudig te doorgronden. Dat geldt des te meer als het bepalingen met betrekking tot het internationaal sociaal zekerheidsrecht betreft. Er zijn diverse factoren die leiden tot de vaak ingewikkelde of vage formuleringen. Zo is het soms moeilijk een afspraak tussen de verdragsluitende partijen zo te formuleren dat die in alle betrokken landen, met vaak zeer verschillende stelsels met betrekking tot economische en sociale rechten, toepasbaar zijn. Verder is een verdragstekst vaak een compromis tussen verschillende landen na een lang proces van onderhandelingen, hetgeen leidt tot soms wollige formuleringen. Ook gebeurt het regelmatig dat verdragsbepalingen worden aangepast naar aanleiding van een rechtsontwikkeling in het algemeen of uitspraken van rechters in het bijzonder. Dit alles maakt de taak voor de rechter bij de interpretatie van dergelijke bepalingen niet direct eenvoudig maar natuurlijk wel uitermate boeiend.

2. Betekenis van internationaal klachtrecht in het algemeen

Gelukkig staat de nationale rechter er bij de uitleg van diverse verdragsbepalingen niet steeds alleen voor. Zo bestaat binnen de EU de mogelijkheid prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EG. Voorts kennen diverse verdragen, zoals het EVRM, het IVBPR en het Vrouwenverdrag, ook een individueel klachtrecht voor burgers bij een internationaal hof of comité. Deze internationale colleges zijn voor de uitoefening van hun taak afhankelijk van de inbreng van burgers, advocaten, rechters en anderen. Het HvJ EG formuleerde dit aspect in het bekende Van Gend & Loos arrest reeds aldus, dat “de waakzaamheid der belanghebbenden op de verzekering van hun rechten een doelmatige controle verschaft, die zich paart aan het toezicht” dat ten aanzien van het communautair recht aan de EC is opgedragen.¹ Bij het EVRM is de bijdrage van de waakzame burgers aan de ontwikkeling van de grondrechten vermeld in dat verdrag, waarschijnlijk het meest duidelijk. Lawson heeft dit in zijn bijdrage in de bundel 50 jaar EVRM van het NJCM aldus verwoord dat juist het individueel klachtrecht het EHRM in staat heeft gesteld enerzijds individuele rechtsbescherming te bieden door diverse “weeffoutjes en -fouten in de rechtsorde van overigens goed functionerende rechtsstaten” op te sporen.² Anderzijds heeft dit klachtrecht het EHRM volgens hem in staat gesteld een rechtsvormende taak uit te oefenen, waarbij dit Hof bereid is geweest betrekkelijk vaag geformuleerde bepalingen op een dynamische wijze uit te leggen. Het EVRM is volgens Lawson nu dankzij dit Hof een ‘living instrument’ dat naar ‘present-day conditions’ moet worden verstaan en dat ook door de nationale rechters aldus wordt, althans moet worden, uitgelegd. Deze ontwikkeling was zonder een individueel klachtrecht niet mogelijk geweest!

1. Zaak 26/62, Van Gend & Loos, Jur. 1963, p. 3.

2. R. Lawson, 50 jaar EVRM in vogelvlucht, in: 50 jaar EVRM, bijzondere aflevering van het NJCM-Bulletin, jrg. 25 (2000), p. 15 e.v.

3. Individueel klachtrecht en het Comité voor de Mensenrechten

Bij andere verdragen met een individueel klachtrecht, zoals het IVBPR en het Vrouwenverdrag, zien we een soortgelijke ontwikkeling, zij het minder pregnant.

De Inzichten van het Comité voor de Mensenrechten spelen al geruime tijd een belangrijke rol in de Nederlandse rechtspraak bij de uitleg van bepalingen in het IVBPR. De inzichten van dit Comité in de zaken Broeks³, handelend over het (verboden) onderscheid in de WWV tussen gehuwde mannen en gehuwde vrouwen, en Danning⁴, handelend over het (gerechtvaardigde) onderscheid in de Nederlandse wetgeving tussen gehuwd en ongehuwd samenwonenden in de AAW, zijn door de Nederlandse uitvoeringorganen en de Centrale Raad van Beroep (hierna: Centrale Raad) steeds gevolgd. Het feit dat de geconstateerde schending van het IVBPR in de zaak Broeks door Nederland werd gerespecteerd, behoeft overigens geen verbazing te wekken, omdat ten tijde van het oordeel van het Comité de WWV reeds was gewijzigd met betrekking tot de aanspraken voor gehuwde vrouwen op uitkering krachtens die wet.

De zaak Vos leverde voor Nederland meer problemen op. In die zaak heeft het Comité geoordeeld dat Nederland artikel 26 van het IVBPR heeft geschonden, nu het aan Vos als gehuwde man betaalde pensioen krachtens de ABP-wet lager was dan het ABP-pensioen van een gehuwde vrouw in overigens gelijke omstandigheden.⁵ De Nederlandse regering heeft besloten de Inzichten van het Comité in deze zaak niet te volgen, op grond van dwingende redenen van rechtszekerheid en ter wille van een uniforme rechtstoepassing in de verhouding tot de EG.⁶ Daarbij is expliciet verwezen naar een uitspraak van de Centrale Raad van 26 november 1998⁷, waarin ten aanzien van een soortgelijke zaak onder verwijzing naar de arresten Barber⁸ en Beune⁹ van het HvJ EG is geoordeeld dat voldoende aanleiding bestaat om voor de toepassing van artikel 26 IVBPR een overeenkomstige beperking aan te brengen met betrekking tot het tijdstip waarop de gelijke behandeling moet worden gerealiseerd. In die arresten heeft het HvJ EG geoordeeld dat pensioenuitkeringen van mannen en vrouwen vanaf 17 mei 1990 gelijk moeten worden opgebouwd en dat op de rechtstreekse werking van artikel 119 EG-Verdrag slechts een beroep kan worden gedaan uit hoofde van vanaf die datum vervulde tijdvakken van verzekering.

3. Comité voor de Rechten van de Mens, 9 april 1987, nr. 172/1984, RSV 1987/ 245.

4. Comité voor de Rechten van de Mens, 9 april 1987, nr. 180/1984, RSV 1988/201

5. Comité voor de Rechten van de Mens, 29 juli 1999, nr. 786/1997.

6. Stert. 1999, nr. 214.

7. RSV 1999/92 en TAR 1999, 23.

8. Arrest Barber van 17 mei 1990, C-262/88.

9. Arrest Beune van 28 september 1994, C-7/93.

De beslissing van de Nederlandse regering om de Inzichten van het Comité in de zaak Vos niet te volgen heeft weliswaar geleid tot kritische beschouwingen¹⁰, maar niet tot een wijziging van de rechtspraak van de Centrale Raad.

Het voor zover mij bekend enige voorbeeld van een zaak waarin de Inzichten van het Comité hebben geleid tot een wijziging van de jurisprudentie van de Centrale Raad is de zaak *Derksen & Bakker*¹¹. Ook in die zaak besliste de Nederlandse regering de inzichten van het Comité niet te volgen.¹² In zijn noot bij dit oordeel van het Comité heeft M. Nowak zich zeer kritisch uitgelaten over het standpunt van Nederland.¹³ Een moeder van een andere halfwees stelde dit geschilpunt daarna opnieuw aan de orde in een procedure bij de Centrale Raad. Op 21 juli 2006 heeft de Centrale Raad in dat geschil geoordeeld, zulks in afwijking van diverse eerdere uitspraken, dat het onthouden van een halfwezenuitkering ingevolge de ANW aan de moeder van een kind waarvan de niet-gehuwde vader vóór 1 juli 1996 is overleden, een schending oplevert van artikel 26 IVBPR. Daarbij heeft de Centrale Raad overwogen dat “hoewel de Inzichten van het Comité formeel niet bindend zijn, dergelijke inzichten van een internationaal comité op het gebied van de mensenrechten in het algemeen als een gezaghebbend oordeel aangemerkt moeten worden, waaraan in nationale procedures een bijzondere betekenis toekomt. Van een dergelijk oordeel kunnen nationaal rechterlijke instanties slechts afwijken wanneer sprake is van zwaarwegende redenen die zulks rechtvaardigen.”¹⁴ Ook hier draagt het individueel klachtrecht dus bij tot een ontwikkeling van internationale normen binnen de nationale Nederlandse rechtsorde.

4. Verdragen zonder individueel klachtrecht

Het belang van het individueel klachtrecht voor een dynamische rechtsontwikkeling wordt waarschijnlijk nog het meest duidelijk als we kijken naar internationale verdragen die een soortgelijk klachtrecht niet kennen. Een mooi voorbeeld daarvan zien we bij diverse ILO-conventies met betrekking tot sociale (grond)rechten. Deze conventies maken in ieder geval wat betreft de uitleg ervan niet of nauwelijks een ontwikkeling door of mee. Het zijn in ieder geval geen living instruments en een uitleg naar present-day conditions is in ieder geval niet door middel van (semi-)rechterlijke controle door internationale colleges verzekerd.

10. Zie o.m. Ongelijke behandeling bij uitkering pensioenrechten: hoe zeker is het recht? Noot van A. Woltjer, NJCM-Bulletin, jrg. 25 (2000), nr. 5, p. 1012 e.v..

11. Comité voor de Rechten van de Mens, 1 april 2004, nr. 976/2001, NJCM-Bulletin, jrg. 30 (2005), nr. 2, blz. 186 e.v.

12. Stert. 2004, nr. 165.

13. NJCM-Bulletin, jrg. 30 (2005), nr. 2, p. 186 e.v.

14. LJN AY5560.

5. Ontwikkelingen ten aanzien van het individueel klachtrecht

Het hiervoor gesignaleerde belang van het individueel klachtrecht voor de ontwikkeling van het internationaal recht is door diverse internationale organisaties onderkend. Regelmatig wordt binnen dergelijke organisaties gesproken over de vraag of het instellen van een individueel klachtrecht met betrekking tot andere verdragen evenzeer wenselijk of noodzakelijk is. De Raad van Europa heeft inmiddels in een additioneel protocol een klachtenprocedure bij het ESH ingevoerd, zij het dat dit alleen voorziet in een collectieve klachtenprocedure die openstaat voor internationale en nationale werkgeversorganisaties en vakbonden en non-gouvernementele organisaties. Met betrekking tot ILO-conventies is recent in het boek “Between Soft and Hard Law”¹⁵, handelend over de invloed van internationale normverdragen over de sociale zekerheid op het nationale sociaal zekerheidsrecht, en tijdens een symposium dat in november 2006 in Tilburg is gehouden¹⁶, gepleit voor een adviesfunctie over de uitleg van bepalingen in deze conventies voor bijvoorbeeld het Internationaal Gerechtshof. Ten aanzien van het IVESCR bestaan al meer dan tien jaar plannen voor invoering van een individueel klachtrecht.¹⁷ Zo is in 1995 een expert meeting gehouden met als doel een aanzet te geven tot het toevoegen van een klachtrecht in een aanvullend protocol bij het IVESCR. In 2004 heeft een werkgroep van de Economic and Social Council van de VN een rapport uitgebracht over verschillende opties voor zo’n aanvullend protocol. Sindsdien lijkt een grote groep landen zich positief op te stellen ten opzichte van de invoering van een dergelijk protocol. Nederland heeft zich echter steeds op het standpunt gesteld dat een individueel klachtrecht bij het IVESCR niet wenselijk is. Als groot risico van zo’n klachtrecht wordt gesignaleerd dat Nederland geconfronteerd kan worden met extensieve interpretaties van de bepalingen van het IVESCR door een klachtencomité. Daarbij wordt verwezen naar ervaringen met het Europees Comité voor Sociale Rechten, dat belast is met de uitleg van bepalingen van het ESH. De uitleg van dit comité zou in een aantal gevallen weinig ruimte laten voor Nederlandse beleidsvorming, bijvoorbeeld ten aanzien van het stakingsrecht en het minimumloon.

6. Is een individueel klachtrecht bij het IVESCR wenselijk?

Zijn deze aarzelingen van Nederland met betrekking tot een individueel klachtrecht wel terecht?

15. Between Soft and Hard Law, The Impact of International Social Security Standards on National Social Security Law, Edited by Frans Pennings, 2006 Kluwer Law International.

16. Binnenkort zullen de bijdragen van dit symposium gepubliceerd worden.

17. Zie hierover uitgebreider: M.K.C. Arambulo en B.C.A. Toebes, “Valt er iets te klagen?”, De afdwingbaarheid van economische, sociale en culturele rechten in de mogelijkheid van klachtprocedure bij het IVESCR, NJCM-Bulletin jrg. 21 (1996), nr. 3, p. 396 e.v. en M.K. Arambulo, De lange weg naar een klachtprocedure: Een facultatief protocol bij het IVESCR, NJCM-Bulletin, jrg. 26 (2001) nr. 3, p. 307 e.v.

In dit verband is allereerst van belang dat het IVESCR een duidelijk ander verdrag is dan bijvoorbeeld het EVRM en IVBPR, nu daarin veel sociale grondrechten zijn opgenomen, die reeds naar hun aard meestal betrekkelijk vaag omschreven (kunnen) zijn.

Dergelijke normen kunnen doorgaans ook niet heel concreet omschreven worden, reeds omdat ze naar tijd en plaats van inhoud kunnen (en zullen) verschillen. Deze beide aspecten (vage normen en invulling afhankelijk van omstandigheden) leiden ertoe dat de bepalingen in het IVESCR, die vaak als intenties zijn geformuleerd, doorgaans geen rechtstreekse werking hebben binnen de Nederlandse rechtsorde. Voor zover bekend is in uitspraken van de Centrale Raad dan ook nimmer rechtstreekse werking toegekend aan enige bepaling van het IVESCR.

De rechter kan dus in het algemeen weinig met beroepen op bepalingen van het IVESCR; alleen via een verdragsconforme uitleg zou enige betekenis aan dit verdrag toegekend kunnen worden in de sociale zekerheid. Een treffend voorbeeld daarvan is te vinden in het arrest van de HR van 7 mei 1993.¹⁸ In die zaak oordeelde de HR dat artikel 7 van het IVESCR geen rechtstreekse werking heeft, maar koos de HR voor een verdrags conforme uitleg van deze bepaling, zij het mede met toepassing van artikel 2, lid 2. Het IVESCR bevindt zich dus wat betreft de betekenis van dit verdrag voor de rechtsbescherming van burgers in individuele zaken, in eenzelfde positie als de meeste ILO-conventies. Slechts in incidentele gevallen kan met succes een beroep worden gedaan op bepalingen uit dit verdrag.

7. Een risico voor de Nederlandse Staat?

Is er daadwerkelijk aanleiding te vermoeden dat het invoeren van een individueel klachtrecht ten aanzien van rechten omschreven in het IVESCR een groot risico vormt voor de Nederlandse Staat? Een antwoord op deze vraag is moeilijk te geven, reeds omdat de ontwikkelingen binnen dit rechtsgebied niet goed te voorzien zijn. Toch een poging mijnerzijds om hierover enige opmerkingen ter overdenking en/of verdere discussie te maken.

a. Een comité dat zich gaat buigen over sociale grondrechten in individuele gevallen, zal zich – zeker wanneer het de toepassing van algemene en vage normen betreft – in het algemeen zeer terughoudend opstellen ten aanzien van door de nationale wetgevers gemaakte keuzes om de gestelde normen te realiseren. Zulks temeer waar het in het sociaal zekerheidsrecht veelal gaat om de eventuele verplichting voor de Staat om rechten gewaarborgd in een verdrag te verwezenlijken.¹⁹

18. AB 1993, 440.

19. De Noorse mensenrechtenexpert Asbjorn Eide heeft een typologie van mensenrechten ontwikkeld, welke later door anderen nader is gedifferentieerd. Hij meent dat uit ieder mensenrecht drie verschillende 'niveaus' van statenverplichtingen voortvloeien: ten eerste een verplichting het betreffende recht te respecteren, ten tweede om het te beschermen en ten derde om het de verwezenlijken. Deze verschillende niveaus hebben implicaties voor de afdwingbaarheid van deze rechten: verplichtingen van de eerste twee niveaus zullen gemakkelijker in dwingbaar zijn dan verplichtingen van het derde niveau.

We zien dit reeds in de rechtspraak van het EHRM, waarin zelfs bij inbreuken op het eigendomsrecht een ruime beoordelingsmarge wordt toegekend aan de Staat bij de hantering van de criteria of sprake is van een evenwichtige afweging van het gemeenschapsbelang en het geschonden fundamentele recht en of er een redelijke proportionaliteitsrelatie bestaat tussen de gekozen middelen en het beoogde doel. In de eerste uitspraak van het Comité ingevolge het Vrouwenverdrag tegen Nederland lijkt ook sprake van een “wide margin of appreciation” voor de keuzes van de Nederlandse staat.

b. Een belangrijk voordeel van een internationaal comité lijkt mij dat zo’n comité geneigd zal zijn de verdragsbepalingen in een breder perspectief te bezien. Het gaat immers om bepalingen die gelden in landen van diverse pluimage. Een nationale rechter zal in het algemeen de natuurlijke neiging hebben de bepalingen meer te zien in het verband van de nationale omstandigheden en daardoor wellicht minder ruimte voor de wetgever aannemen.

c. Voorts kunnen inzichten van een dergelijk comité ook een positief effect hebben voor nationale staten. Bij een bestaand nationaal debat over de vraag of de nationale wet in strijd is met bijvoorbeeld een bepaling in het IVESCR, kan zo’n comité de vereiste duidelijkheid doen ontstaan. Zo hebben de Nederlandse uitvoeringsorganen de Inzichten van het Comité in de zaak Danning jarenlang (en deels nog) gebruikt om de ongelijke behandeling naar status in bepaalde gevallen gerechtvaardigd, althans niet in strijd met artikel 26 IVBPR, te achten. Aldus is door middel van een oordeel van dit Comité rust en duidelijkheid ontstaan over rechtsvragen die anders tot een langdurig debat hierover (hadden) kunnen leiden. Een treffend voorbeeld van zo’n ongewenst nationaal debat deed zich begin 90-er jaren in Nederland²⁰ voor toen de rechtspraak van de Centrale Raad over de datum met ingang waarvan de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ingevolge het IVBPR was geboden, uiteen liep.²¹

d. Ten aanzien van het IVESCR bestaan dergelijke debatten thans weliswaar niet of nauwelijks, mede omdat de bepalingen van dit verdrag doorgaans niet rechtstreeks werkend zijn, maar het blijft onvoorspelbaar hoe de ontwikkelingen ten aanzien van de rechtstreekse werking en met name de verdragsconforme uitleg van bepalingen binnen dit verdrag zal gaan verlopen.

20. Committee on the Elimination of Discrimination against Women, 14 augustus 2006, nr. 3/2004. In deze uitspraak, die is besproken in Sociaal Recht 2006, nr. 12, p. 372-374, oordeelt het Comité ten aanzien van een klacht die is ingediend naar aanleiding van een uitspraak van de Centrale Raad, dat geen sprake is van een schending van artikel 11 van het Vrouwenverdrag.

e. Verder kan het in de nabije toekomst van groot belang zijn om juist binnen een internationale context duidelijkheid te verkrijgen over de marges voor de verdragsstaten om al dan niet te voldoen aan de verdragsnormen. Ik denk daarbij met name aan de ontwikkeling in diverse westerse staten van een steeds verder terugtrekkende overheid ten aanzien van sociale rechten. Daardoor zien we een toenemende belangstelling voor de internationale minimumnormen binnen het sociaal zekerheidsrecht, zoals ook vastgelegd in diverse ILO-conventies en in de Europese Code inzake sociale zekerheid. Binnen deze ontwikkeling is het juist van groot belang dat duidelijk wordt binnen welke pijlpalen het IVESCR de verdragsstaten de ruimte biedt alsnog te voldoen aan de verdragsnormen. Interessant in dit verband zijn ten slotte de beschouwingen van K. Arambulo in haar proefschrift over de zogenoemde 'minimum core content' en de 'minimum threshold' van mensenrechten, die beide beogen het essentiële deel van een mensenrecht te bepalen, waaraan ten minste moet zijn voldaan.²² Deze concepten zouden als een bruikbare standaard kunnen dienen voor het bepalen van de juridische toetsbaarheid van een in een verdrag gewaarborgd recht door een rechter.

8. Conclusie

In de afgelopen decennia is gebleken dat het individueel klachtrecht bij diverse verdragen heeft geleid tot belangrijke ontwikkelingen van de normen omschreven in die verdragen, welke ontwikkelingen ook hebben bijgedragen aan (het begin van) een meer rechtvaardige internationale rechtsorde.

Het lijkt daarom een logische stap om thans ook ten aanzien van sociale grondrechten een ontwikkeling naar living instruments en een uitleg naar present-day conditions te gaan bevorderen. Daarbij kan natuurlijk niet uitgesloten worden dat zo'n ontwikkeling wel eens kan leiden tot een voor de Nederlandse staat niet gewenst advies of beslissing, maar alleen dat risico zou bij dit belangrijke onderwerp voor de internationale rechtsorde niet doorslaggevend mogen zijn. Zekerheden bestaan niet of nauwelijks in het leven en angst is doorgaans een slechte raadgever. De ambitie om in het huidige tijdsgewricht mede inhoud te geven aan de sociale grondrechten van het IVESCR kan en moet het juiste perspectief bieden om het individueel klachtrecht (in enigerlei vorm) positief tegemoet te treden.²³

22. K. Arambulo, *Strengthening the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Theoretical and procedural aspects*, Antwerpen/Oxford: Intersentia/Hart 1999.

23. Deze bijdrage voor de bundel ter gelegenheid van het afscheid van Henk van Leeuwen van de Centrale Raad in het algemeen en van de internationale kamer van de Centrale Raad in het bijzonder, is ten dele gebaseerd op een bijdrage die ik eerder dit jaar, mede namens de internationale kamer, heb geleverd tijdens een informele bijeenkomst op het Ministerie van Buitenlandse Zaken over de wenselijkheid van een individueel klachtrecht bij het IVESCR.

9. Het griffierecht en de toegang tot de rechter

H.J. Simon

1. Inleiding

In zijn uitspraak van 29 augustus 2005, LJN AU1857, oordeelt de Centrale Raad van Beroep (hierna: Centrale Raad) dat de grief van appellant dat het ingevolge artikel 22 van de Beroepswet te betalen¹ griffierecht de toegang tot de rechter belemmert, geen doel treft. Opgemerkt wordt dat, zoals de Centrale Raad reeds meermalen heeft overwogen, van het recht dat een belanghebbende ingevolge artikel 22 van de Beroepswet dient te betalen, niet kan worden gezegd dat het de toegang tot de rechter wezenlijk belemmert. Daarbij wijst de Centrale Raad op een uitspraak van de ECRM van 13 december 1989 (JSV 1991, 23). Volgens eveneens vaste rechtspraak van de Centrale Raad dient in gevallen waarin appellant zich binnen de (oorspronkelijk) voor de betaling van het griffierecht gestelde termijn beroept op betalingsonmacht, aan hem een betalingstermijn van acht weken te worden gegund (in plaats van de wettelijke termijn van vier weken). Bij niet-betaling binnen de (verlengde) termijn wordt appellant (alsnog) niet-ontvankelijk verklaard in het hoger beroep.

In het internationaal overleg van de internationale kamer is meermalen de vraag aan de orde gesteld of de regeling van het griffierecht, meer in het bijzonder de onmogelijkheid om vermindering of kwijtschelding van het griffierecht te krijgen, wel verenigbaar is met artikel 6 van het EVRM. Naar aanleiding van het arrest van het EHRM in de zaak Iorga² heeft de kamer de vraag aan de orde gesteld of als aannemelijk is te achten dat een betrokkene het griffierecht niet kan betalen afgezien dient te worden van niet-ontvankelijkverklaring van het (hoger) beroep.

In deze bijdrage zal ik, aan de hand van de rechtspraak van het EHRM, betogen dat artikel 6 van het EVRM noopt tot wijziging van de wettelijke regeling inzake het griffierecht. Die regeling dient de mogelijkheid tot vermindering en vrijstelling van het griffierecht te omvatten.

1. Zie onder meer CRvB 16 januari 2007, LJN AZ7205, in welke zaak, betrokkene (tevens) een verzoek had ingediend om bijzondere bijstand (ter betaling van het griffierecht). De verlenging van de termijn met vier weken is verleend in aansluiting op de afwijzing van de aanvraag om bijzondere bijstand. Zie voor een samenvatting van de rechtspraak van de ABRS, de uitspraak van 19 okt. 2005, LJN AV3185
2. EHRM 25 jan. 2007, n.g.

2. De reikwijdte artikel 6 van het EVRM

Voor het bestuursrecht is van belang dat het begrip ‘vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen’ door het EHRM zeer ruim wordt uitgelegd. Uitgangspunt is dat, uitzonderingen daargelaten, op geld waardeerbare (potentiële) aanspraken of verplichtingen, als ‘burgerlijk’ kunnen worden aangemerkt. Eén zo’n uitzondering gold tot nu toe voor het ambtenarenrecht. In het arrest *Pellegrin*³ heeft het EHRM de toepasselijkheid van artikel 6 van het EVRM in ambtenarenzaken ietwat verruimd, maar (eerst) baanbrekend is EHRM 19 april 2007, n.g. (*Vilho Eskelinen v. Finland*).

In dit arrest heeft de Grand Chamber van het EHRM bepaald dat artikel 6 van het EVRM van toepassing is in ambtenarenzaken, indien – kort gezegd – ter zake van het geschil naar nationaal recht beroep op de rechter openstaat.⁴

Opmerking verdient verder dat het EHRM op procedures die een ‘vervolg’ vormen op of zien op de tenuitvoerlegging van een eerdere procedure, artikel 6 van het EVRM zonder meer van toepassing acht. Dat in die procedures het recht zelf niet (meer) wordt vastgesteld doet voor het EHRM, dat redeneert vanuit de vaststelling ‘as a whole’/’effet utile’ van de vaststelling, niet ter zake.

3. Het recht op toegang tot de rechter

Het EHRM heeft, voor het eerst in het arrest *Golder v. het Verenigd Koninkrijk*⁵, uiteengezet dat artikel 6, eerste lid, van het EVRM, voor eenieder een effectief recht op toegang tot de rechter verzekert ter zake van het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen.⁶ Het recht is niet absoluut. Het mag worden onderworpen aan beperkingen ‘permitted by implication because the right of access by its very nature calls for regulation by the State’.⁷ In het arrest *Angelov v. Bulgarije*⁸ oordeelt het EHRM dat het recht op toegang tot de rechter niet alleen ‘as a principle’ verankerd dient te zijn in de wet, maar ook ‘in practice’ met voldoende zekerheid dient te zijn gewaarborgd.⁹ En in het arrest *Iorga* overweegt het EHRM:

3. EHRM 8 dec. 1999, EHRC 2000, 13.

4. Ik wijs op EHRM 23 sept. 1997, EHRR 1998, p. 527 (Robins), waar het ging om een (separate) procedure aangaande de proceskosten en EHRM 28 nov. 2006, n.g. (*Apostel v. Bulgarije*), waar het ging om een procedure aangaande de tenuitvoerlegging van een onherroepelijk geworden vonnis.

5. EHRM 21 febr. 1975, Series A, vol. 18.

6. Zie in verband met het recht op toegang tot de rechter ook de bijdrage van M.M. van der Kade in deze bundel.

7. EHRM 19 juni 2001, EHRC 2001, 54 (*Kreuz v. Polen*).

8. EHRM 15 febr. 2007, n.g.

9. Zie ook EHRM 13 juli 1995, NJ 1996, 544, m.nt. EJD (*Tolstoy Miloslavsky v. het VK*).

”La Cour doit examiner également si les modalités procédurales prévues en droit interne relativement à l'imposition et à l'exonération de taxes judiciaires peuvent passer pour suffisamment prévisibles aux yeux d'un justiciable (...).¹⁰

”De procedurele dimensie van artikel 6 van het EVRM brengt onder meer mee dat er een procedure dient te zijn waarin het recht van een belanghebbende op toegang tot de rechter effectieve bescherming vindt. Die procedure dient, vanuit het oogpunt van betrokkene, voldoende specifiek en toegankelijk te zijn en te zijn voorzien van waarborgen tegen willekeur.¹¹

Opmerking verdient wel dat artikel 6, eerste lid, van het EVRM, de verdragspartijen vrij laat in de keuze van de middelen ter realisering van dit recht, terwijl deze in dit opzicht (ook) een zekere ‘margin of appreciation’ genieten.

De uiteindelijke beslissing ter zake de nakoming van de verdragsverplichtingen rust echter bij het EHRM. Daarbij neemt het EHRM als uitgangspunt:

“the Court would finally reiterate that its scrutiny is based on the principle that the Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective. This is particularly so of the right of access to the courts in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial (see the *Airey v. Ireland* judgment cited above *ibid.* par. 24; (...).”¹²

Beperkingen mogen het recht op toegang tot de rechter niet in de kern aantasten. Het EHRM heeft meer malen uitgesproken dat ‘the court fee levied on the party to civil proceedings constituted a restriction that impaired the very essence of the applicants right to court guaranteed by Article 6 par 1’. Verder is een beperking van het recht op toegang niet verenigbaar met artikel 6 van het EVRM, tenzij deze beperking een legitiem doel nastreeft en er sprake is van een redelijke mate van proportionaliteit tussen de gebruikte middelen en het te realiseren doel. Bij de proportionaliteitstoets kent het EHRM (groot) gewicht toe aan ‘what is at stake’ voor betrokkene in de procedure. Ik wijs op het arrest *Kniat*, waar het EHRM overweegt:

”Assessing the facts of the case as a whole and having regard in particular to what was at stake for the applicant in the proceedings, the Court considers that the judicial authorities failed to secure a proper balance between, on the one hand, the interest of the State in collecting court fees for dealing with claims and, on the other hand, the interest of the applicant in pursuing her appeal against a divorce judgment.”¹³

11. EHRM 23 okt. 1996, r.o. 42, EHRR 1997, p. 351 (*Société Levages Prestations v. Frankrijk*); NJCM-bul p. 321).

12. EHRM 6 april 2006, n.g. (*Stankiewicz v. Polen*). Vgl. EHRM 12 dec. 2006, n.g. (*A. Zivulinskas v. Litouwen*): aantasting ‘very essence’ bij een ‘disproportionate financial burden upon an individual to bring a claim for damages against the State’.

13. EHRM 26 juli 2006, n.g. (*Kniat v. Polen*).

4. Financiële drempels

In het arrest Kreuz¹⁴ overweegt het EHRM:

”The Court has ruled that in some cases, in particular where the limitations in question related to the conditions of admissibility of an appeal, or where the interests of justice required that the applicant, in connection with his appeal, provide security for costs to be incurred by the other party to the proceedings¹⁵, various limitations, including financial ones, may be placed on the individual’s access to a “court” or “tribunal”.

In de zaak Resul Kaya¹⁶ wijst het EHRM er op dat de ‘court fee’ “serves the good administration of justice, namely in that it discourages prospectless complaints”. Het EHRM wijst verder op het beperkte bedrag van het recht en de mogelijkheid om ontheffing van het recht te krijgen.

“Accordingly, the Court finds that the requirement to pay a court fee in connection with a complaint with the Administrative Court cannot be regarded as a restriction on the right of access to a court that is incompatible *per se* with Article 6 of the Convention.” (*curs. HJS*). In het arrest Podbielski¹⁷ overweegt het EHRM dat, anders dan in de zaak Tolstoy Miloslavski¹⁸, waar het ging om de stelling van zekerheid ten behoeve van de wederpartij, het in die zaak ging om een beperking van zuiver financiële aard. Dergelijke beperkingen, die “are completely unrelated to the merits of an appeal or its prospects of success, should be subject to a particularly rigorous scrutiny from the point of view of the interests of justice.”¹⁹

In casu diende het financiële recht niet als barrière “protecting the system of justice against an unmeritorious appeal by the applicant. Indeed, the principal aim seems to have been the State’s interest in deriving income from court fees in civil cases.”

Ik wijs ook op EHRM 28 november 2006, n.g. (Apostel v. Georgië), waar het ging om een procedure met betrekking tot de tenuitvoerlegging van een onherroepelijk geworden vonnis:

”In the present case, the impugned financial restriction was not imposed on the applicant either at first instance, or at the appellate stage of the trial, and could not therefore be considered as being related to the merits of his claim or its prospects of success – considerations which might justify restrictions on the right of access to a court.”

14. Zie noot 7.

15. He10. EHRM 26 jan. 2007, n.g. (Iorga). Zie ook EHRM 8 juni 2006, n.g. (V.M. v. Bulgarije).

16. EHRM 24 febr. 2005, n.g. (Resul Kaya v. Oostenrijk).

17. EHRM 26 juli 2005, n.g. (Podbielski en PPU Polpure v. Polen).

18. Zie noot 9.

19. In dezelfde zin, EHRM 10 jan. 2006, RvdW 258 (Teltronic/CATV v. Polen).

In een procedure aangaande een financieel belang acht het EHRM een recht dat is gerelateerd aan de waarde van de vordering in geding op zich zelf niet uitgesloten. Anders oordeelt het EHRM in een procedure met betrekking tot de burgerlijke staat van een persoon. Ik wijs op het Kniat arrest:

”The Court first observes that the present case was not of a pecuniary nature but it concerned the applicant’s civil status. (...) While in cases relating to pecuniary claims it can be said that there is a direct relationship between the object of the proceedings and the court fee, since that fee depends on the amount that the person concerned has chosen to claim, there is no such link in cases involving claims for non-pecuniary rights.”²⁰

In casu oordeelde het EHRM:

”Moreover, it does not seem that the obligation to make a special payment for handling a divorce case was justified by the interest of justice.”

Dient de heffing van een ‘court fee’, gezien het legitieme doel dat ermee wordt nagestreefd, in abstracto geoorloofd te worden geacht, dan wordt vervolgens getoetst of ook in het concreet voorliggende geval de heffing niet een ontoelaatbare beperking van belanghebbendes recht op toegang tot de rechter meebrengt. Uit de onder 1 kort besproken rechtspraak van het EHRM moet naar mijn mening worden afgeleid dat het EHRM eist dat de mogelijkheid van vermindering en ontheffing van het griffierecht in de regeling van het griffierecht zelf is neergelegd. In het arrest Iorga v. Roemenië²¹ toetst het EHRM de wettelijke regeling aangaande het griffierecht op verdragsconformiteit. Het EHRM stelt vast dat over de vrijstelling van het griffierecht werd beslist door de Minister van Financiën, terwijl tegen diens besluit (onder het toen geldende recht) geen beroep op een rechterlijke instantie openstond. Op die grond constateerde het EHRM dat Roemenië:

”n’a pas satisfait à ses obligations de réglementer le droit d’accès à un tribunal d’une manière conforme aux exigences de l’article 6 § 1 de la Convention, et qu’il a ainsi outrepassé la marge d’appréciation dont il dispose en la matière.”²²

20. EHRM 26 juli 2006, n.g. (Kniat v. Polen).

21. Zie noot 10.

22. Zie ook V.M. v. Bulgarije (noot 9): ”La Cour observe ensuite que le droit interne prévoit la possibilité de demander l’exonération du paiement de la taxe judiciaire en cas de moyens insuffisants et que le requérant a fait usage de cette possibilité. (...) Elle note au demeurant que cette tâche [het bepalen van de draagkracht van betrokkene bij een verzoek om ontheffing van het griffierecht] est confiée aux autorités judiciaires et que les personnes concernées disposent d’une recours devant la juridiction supérieure.”

5. De toetsing in concreto door het EHRM

Hiervoor is reeds opgemerkt dat het EHRM (steeds) het subsidiaire karakter van zijn rechtsbescherming benadrukt. Het wil expliciet niet fungeren als ‘vierde instantie’. In het arrest *Kreuz v. Polen*²³ overweegt het EHRM:

”56. The Court further recalls that, when assessing compliance with the above-mentioned standards, its task is not to substitute itself for the competent domestic authorities in determining the most appropriate means of regulating access to justice, nor to assess the facts which led those courts to adopt one decision rather than another. The Court’s role is to review under the Convention the decisions that those authorities have taken in the exercise of their power of appreciation and ascertain whether the consequences of those decisions have been compatible with the Convention (...).”

Kennisneming van de rechtspraak van het EHRM leert echter dat ‘the prominent place held by the right to a court in a democratic society’²⁴ sterk bepalend lijkt voor de ‘scrutiny’ waarmee het EHRM beslissingen terzake van de nationale autoriteiten toetst.²⁵

Voorop staat dat het EHRM aan beslissingen als hier aan de orde strikte motiveringseisen stelt. In de zaak *Mucjova v. Slowakije*²⁶ achtte de nationale rechter voldoende aannemelijk dat betrokkene niet voldoende financiële draagkracht had om het griffierecht te betalen. Ontheffing werd echter geweigerd omdat de rechter de zaak kansloos achtte. Dit laatste oordeel werd niet of nauwelijks gemotiveerd. Het EHRM constateert een schending van artikel 6 van het EVRM. Nu de beslissing omtrent de vrijstelling bepalend is voor het recht op toegang en het wettelijk begrip ‘lack of prospects of success of an action’ een beoordeling van de feiten vergt, had de nationale rechter zijn oordeel grondiger moeten motiveren.

23. Zie noot 7.

24. EHRM 10 jan. 2006, RvdW 258 (noot 17).

25. Vgl. het arrest *Kreuz* (noot 7): ”The Court does not find those grounds persuasive, in particular if weighed against the importance of securing to a person ‘effective’ access to a court.”.

Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt dat het EHRM de feitelijke beoordeling van de nationale rechter nagenoeg (volledig) over doet om op grond van zijn eigen bevindingen veelal tot een tegenovergestelde conclusie te komen. In de zaak *Jedamski & Jedamska v. Polen*²⁷ accepteerden de nationale autoriteiten betrokkene's verklaring dat hij niet in staat was het griffierecht te betalen niet, omdat zij deze verklaring dubieus achtten. Het EHRM:

"however, they failed to obtain any evidence contradicting the facts which the applicants stated in their declarations of means (...). In that context, the Court argues that under Polish law, in case of doubt as to the real financial situation of the party requesting the exemption from court fees, the court may order a verification of the declaration (...)." ²⁸

Juist het ingrijpen door het EHRM in de beoordeling van de feiten door de nationale rechter heeft ertoe geleid dat in een aantal zaken niet unaniem is beslist en 'dissenting opinions' zijn uitgebracht.²⁹

6. 'The ability to pay'

Bij een financiële drempel gaat het EHRM, op basis van de hiervoor beschreven uitgangspunten, na of betrokkene, gezien de hoogte van (de) het recht(en) "assessed in the light of the particular circumstances of a given case, including the applicant's ability to pay them, (...) enjoyed his right of access and had 'a (...) hearing by [a] tribunal.'" ³⁰

Het EHRM onderzoekt in dit verband allereerst of 'the applicant's ability to pay' door de lidstaat correct is vastgesteld. Ik wijs in dit verband op het onder 5 gememoreerde. Als voorbeeld hier wijs ik op het arrest *Jedamski en Jedamska v. Polen*.³⁰

"It [het EHRM] observes, firstly, that the findings which the relevant courts made in respect of the applicants' financial situation appear to have been based on their hypothetical earning capacity rather than on the facts they supplied. In particular, it clearly appears from the presented facts that the applicants had no possibility to dispose of their funds as the order attaching their most valuable assets was still in force at the material time."

26. EHRM 13 juni 2006, n.g.

27. EHRM 26 juli 2005, n.g.

28. Zie m.b.t. de vaststelling van de feiten door het EHRM ook het arrest *Kreuz* (noot 7); EHRM 10 jan. 2006 (noot 17); EHRM 23 jan. 2007, n.g. (*Kozłowski v. Polen*).

29. Zie de arresten *Teltronic-CATV v. Polen* (noot 17 en *Kozłowski v. Polen* (noot 24).

30. Zie noot 22.

31. Zie noot 17.

32. Ik kan niet nalaten te wijzen op het rapport 'Feitenvaststelling in beroep', Derde evaluatie van de Awb, 's-Gravenhage 2006, waar de 'nalatige' feitenvaststelling door de bestuursrechter als een van de grondproblemen van de bestuursrechtspraak wordt aangemerkt.

In de zaak *Teltronic-CATV v. Polen*³¹ werd door de staat Polen een vijftal gronden opgeworpen waaruit moest blijken dat het betrokken bedrijf wel degelijk in staat geacht moest worden om het vereiste griffierecht te betalen. Alle vijf gronden worden door het EHRM verworpen. In de kern op de grond dat de nationale rechter geen feiten heeft vastgesteld, maar is uitgegaan van speculaties.³² Zo overweegt het EHRM ten aanzien van de stelling dat het bedrijf het geld had kunnen lenen van de bank:

”However, it appears questionable how the applicant company, which had been on the verge of insolvency, could obtain such a loan. In addition, the applicant company submitted that it had attempted to obtain such loan but to no avail (...).”

Interessant is ook de zaak *Podbielsky-PPU Populaire v. Polen*. In deze zaak voerde de Staat aan dat het betrokken bedrijf twee jaar na dato, in een andere procedure, wel in staat was gebleken om de vereiste zekerheidsstelling te betalen. Het EHRM antwoordt:

“the Court can hardly accept that such an event ‘retrospectively’ proved the applicant’s company’s ability to pay the fee³³ at the material time, in particular given the particular situation in which it found itself and the time-limit for paying the fee”.

Van groot belang voor ‘the ability to pay’ ten gronde is het arrest in de zaak *Iorga*.³⁴ Het ging in deze zaak om een recht van € 21,- bij een maandinkomen van € 22,-.

Het EHRM overweegt:

” Si ce montant n’apparaît pas très important au premier abord, il représentait néanmoins une somme considérable pour le requérant, à savoir l’intégralité des revenus mensuels de sa famille. (...) ”

Ayant à l’esprit le principe selon lequel la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs (...), la Cour estime que le montant de la taxe représentait une charge excessive pour le requérant, dans la mesure où ses revenus étaient moindres que la pension de retraite mensuelle moyenne en Roumanie, à savoir 55 EUR et il est difficile d’imaginer comment il aurait pu se procurer par ses propres moyens la somme imposée.”.

33. Vgl. echter EHRM 4 juli 2006 (*Rylski v. Polen*), waar het EHRM daar anders over oordeelde.

34. Zie noot 2.

In de zaak *Koslowsky v. Polen*³⁵ had de Poolse Staat aangevoerd dat betrokkene geld opzij had kunnen zetten om (toekomstig) griffierecht te betalen. Het EHRM overweegt:

”The Court further observes that the applicant received on average PLN 1,400 per month and his monthly expenditures amounted to PLN 1,300 (...). Nevertheless, this sum was apparently his only asset and it does not seem reasonable to demand that he spend it on the payment of court fees rather than on his basic living needs.”

In de zaak *Kniat*³⁶ overweegt het EHRM:

“In the present case the Court considers that the judicial authorities refused to accept the applicant’s argument that she was unable to pay the court fees and they assessed her financial situation solely on the basis of the lump sum of PLN 300,000 which she had received or was to receive from her ex-husband in the proceedings for the division of marital property (...). In this respect the Court observes that the applicant received payments from her husband for her share in the parties’ matrimonial property. Nevertheless this sum constituted apparently her only asset and it did not seem reasonable to demand that she spend part of it for court fees, rather than build her future and secure her and her minor children’s basic needs after the divorce.”³⁷

Ik wijs echter ook op het arrest *V.M. v. Bulgarije*³⁸ waarin het EHRM minder coulant lijkt:

”L’intéressé indique par ailleurs qu’il percevait certaines aides sociales et bénéficiait du soutien financier de ses proches.”

Ik wijs ten slotte op het arrest *Resul Kaya*³⁹ waaruit blijkt dat (ook) van een belanghebbende de nodige activiteit mag worden verwacht. Het EHRM overwoog onder meer:

”The Court notes in this regard that the applicant actually lodged a complaint which was considered by the Administrative Court. Furthermore, the applicant never submitted that he lacked the necessary means to pay the court fee and, in particular, did not file a request for legal aid in the context of which he would have been exempted from paying the court fees.”

35. Zie noot 24.

36. Zie noot 18.

37. Vgl. echter *V.M. v. Bulgarije* (noot 10), waar het EHRM minder coulant lijkt: ‘L’intéressé indique par ailleurs qu’il percevait certaines aides sociales et bénéficiait du soutien financier de ses proches.’

38. Zie noot 10.

39. Zie noot 15.

8. De fase van de procedure

Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt dat het EHRM belang hecht aan de fase van de procedure waarin een drempel ligt. Een (hoge) financiële drempel is minder aanvaardbaar indien betrokkene zijn zaak inhoudelijk nog niet aan een rechter heeft kunnen voorleggen. Ik wijs op het arrest *Teltronic-CATV v. Polen*⁴⁰:

”It is also of significance for the Court that the refusal to grant exemption took place at the preliminary stage of the proceedings before the first-instance court and resulted in the applicant company’s claims never being examined on the merits.”⁴¹

Hiermee is echter niets gezegd ten nadele van beroepsprocedures, aangezien deze, indien door de verdragspartij in hoger beroep is voorzien, in het algemeen dienen te voldoen aan de eisen voortvloeiend uit artikel 6 van het EVRM.⁴² In het arrest *Iorga*, in welke zaak het EHRM een griffierecht van € 21,- een ontoelaatbare belemmering op het recht op toegang tot de rechter achtte, ging het om een procedure in hoger beroep.

9. De griffierechtregeling

Artikel 8:41 van de Awb en de corresponderende bepalingen in de beroepswetten, welke de verschuldigdheid van het griffierecht regelen, kennen geen regeling inzake de vermindering of ontheffing van het griffierecht. Uit de in het voorgaande besproken rechtspraak van het EHRM vloeit naar mijn mening voort dat die regelingen daarmee niet voldoen aan de eisen welke voortvloeien uit artikel 6 van het EVRM. Daarbij wijs ik erop dat strijdigheid van genoemde regelingen met het recht op toegang tot de rechter al jaren geleden door de wetgever is onderkend. Dit blijkt uit de wetsgeschiedenis van de Wet Aanpassing Algemene wet rijksbelastingen aan de Awb (TK 1997-1998, 25175). Juist om strijdigheid met artikel 6 van het EVRM te voorkomen had de Raad van State geadviseerd een voorziening in de wettelijke regeling op te nemen.⁴³ De regering repliceerde:

”Het moet niet uitgesloten worden geacht dat onverkorte toepassing van de regeling in een concreet geval strijd zou kunnen opleveren met het in artikel 6 EVRM gegarandeerde recht op toegang tot de rechter. Indien de rechter van oordeel is dat toepassing van de regeling in een concrete zaak dat recht belemmert, kan hij bepalen dat van de belanghebbende een zodanig recht wordt geheven dat die rechtsgang in die zaak verzekerd is.

40. Zie noot 17.

41. In dezelfde zin, EHRM 24 mei 2006, EHRC 2006, 84 (Weismann).

42. In deze zin reeds het EHRM in het arrest *Tolstoy Miloslavsky v. het VK* (noot 8); zie ook EHRM 20 febr. 2000, n.g. (*Garcia Manibardo v. Spanje*) en *Teltronic-CATV v. Polen* (noot 17).

43. Zie het Nader rapport, TK 1996-1997, 25175, p. 3.

Het is aannemelijk dat de rechter bij die beslissing rekening houdt met de financiële omstandigheden van de betrokken belanghebbende en nagaat of die omstandigheden de betaling van het ingevolge de Awb verschuldigde recht in de weg staat (vgl. HR 28 juni 1994, NJ 567 en HR 31 jan. 1995, NJ 19).⁴⁴

Zie ook TK 1997-1998, 25926, nummer 7. Het Voorstel tot verhoging van de griffierechten wordt door het nieuwe kabinet gehandhaafd. De betrokken minister was het met D'66 eens dat er geen onoverkomelijke drempels voor de minder draagkrachtigen tot en met de middeninkomens mogen ontstaan. Maar "de toegankelijkheid van de rechtspraak blijft ook in dit wetsvoorstel gewaarborgd. (...). In het bijzondere geval waarin vanwege de inkomenspositie van de rechtzoekende betaling van het gehele griffierecht een onoverkomelijk bezwaar zou zijn, is het juist aannemelijk te achten dat de rechter wordt benaderd met het verzoek een lager bedrag vast te stellen."

10. Gevolgtrekkingen

Bij het ontbreken van een wettelijke regeling ter zake van vermindering of ontheffing van het griffierecht zal, gezien artikel 1 van het EVRM, de rechter het recht op toegang tot de rechter ex artikel 6 van het EVRM dienen te waarborgen. Bij de beoordeling van zo'n verzoek zal voldaan moeten worden aan de formele en inhoudelijke maatstaven die zijn af te leiden uit de rechtspraak van het EHRM. Het verdient uit een oogpunt van kenbaarheid aanbeveling om de mogelijkheid van vermindering en ontheffing van het griffierecht vast te leggen in de diverse procesregelingen. Uitstel voor een termijn van zes of acht weken zou bij een beroep op financieel onvermogen zonder nader onderzoek verleend kunnen worden. Ondertussen dient door de rechter een onderzoek te worden opgestart naar 'the ability to pay' van betrokkene. De rechter zal daarbij ruim van zijn onderzoeksbevoegdheden gebruik moeten maken. Aan belanghebbende dient door de rechter duidelijkheid te worden verstrekt over wat in bewijsrechtelijk opzicht van hem wordt verlangd. Bij de beoordeling van het verzoek om ontheffing kan de rechter zich beperken tot de beoordeling van betrokkene's 'ability to pay' het griffierecht. Na afronding van het vooronderzoek dient het verzoek – tenzij de inwilliging van het verzoek voorligt – separaat op een zitting ter behandeling aan de orde te worden gesteld. Er lijkt mij geen bezwaar tegen dat het verzoek wordt beoordeeld door dezelfde kamer die de hoofdzaak behandelt. Ten aanzien van de beoordeling ten gronde lijkt niet onaannemelijk dat daarbij de financiële positie van het gezin van betrokkene in aanmerking mag worden genomen. Daarentegen mag niet worden geëist dat betrokkene zich in de schulden steekt. Hij hoeft geen gelden aan griffierecht te besteden die hij nodig heeft voor het normale levensonderhoud of noodzakelijke reserveringen. (Enig) vermogen hoeft niet aan de toewijzing van het verzoek in de weg te staan.

44. Ik wijs erop dat genoemde rechtspraak betrekking heeft op de WAHV, waar wordt geoordeeld over 'criminal charges'.

De beslissing inzake het verzoek dient (afdoende) te worden gemotiveerd.

Blijkt betrokkene draagkracht te beperkt om het (gehele) griffierecht te voldoen, dan wordt het griffierecht in zoverre buiten toepassing gelaten als overeenstemt met zijn draagkracht. Zonodig wordt aan betrokkene een nadere termijn gesteld om het griffierecht alsnog te betalen.⁴⁵

Op een gehele of gedeeltelijke afwijzing van het verzoek wordt bij (tussen)beschikking beslist. Daarna wordt aan betrokkene een nadere termijn gesteld om het (door de rechter vastgestelde) griffierecht te betalen. Komt het (verminderde) griffierecht dan niet tijdig binnen, dan wordt het beroep niet-ontvankelijk verklaard.

Gezien het feit dat de Centrale Raad recentelijk nog vele malen – na een toetsing in abstracto – heeft uitgesproken dat het griffierecht in hoger beroep geen wezenlijke inbreuk maakt op het recht op toegang tot de rechter, verdient het aanbeveling in een richtinggevende uitspraak neer te leggen dat een beroep op financieel onvermogen, waar het in concreto leidt tot een belemmering van de toegang tot de rechter, in zoverre door de rechter buiten toepassing wordt gelaten.

45. Conform HR 31 jan. 1995, DD 96.185.

10. Zallemenut nog 'n keertje overdoen, want het was niet naar m'n zin, lanemenut nog een keertje overdoen, en begin maar bij 't begin, of

Past dit bij de ontwikkelingen in en de toekomst van het bestuursrechtelijk appel?

J.G. Treffers

1. Inleiding

De functies die aan de appelrechtspraak kunnen worden toegedacht, zijn in te delen in de functie van herkansing (rehearing) en die van controle (review). Het kenmerk van de procesregelingen die de hoofdtakken van de Nederlandse rechtspraak beheersen, is dat de herkansingsfunctie de meest wezenlijke functie van het appel is. De invulling van deze functie heeft in de loop der tijden ontwikkelingen doorgemaakt.

Het is niet mijn bedoeling de geschiedenis van deze ontwikkelingen te beschrijven. Eerst scheer ik kort over de tijd van de “oude” Beroepswet (tot 1994) heen, verwijl langer in de periode van 1994 tot heden, maar hoop langer stil te staan niet alleen bij wat komt maar ook bij wat zou moeten komen. In de tussentijd heb ik de vraag die in de titel van dit opstel ingesloten is, beantwoord.

De keuze voor het onderwerp van de functie van het bestuursrechtelijk appel vond ik in de lezing van het boek, getiteld “Verbetering van het hoger beroep?”, onder redactie van J.M. Barendrecht en M.W. de Hoon² en de reactie van de Minister van Justitie erop.³

2. Hoe het was

De eenmalige bijdrage hierboven van Adèle Bloemendaal bedoelt de herkansingsfunctie van het bestuursrechtelijke appel te bezingen. Onder de oude Beroepswet was herkansing: herkansing zonder veel poespas. Anders gezegd, de devolutieve werking van het bestuursrechtelijk appel stond voorop: al wat in de procedure in eerste aanleg was aangebracht en overgelegd gaat zonder beperking met het appel naar het appelcollege mee. Dit is hoogstwaarschijnlijk ook het model waarbinnen de iudex viator zijn werk doet, zo fraai beschreven in het opstel dat Van Leeuwen aan de feestbundel Centrale Raad van Beroep 1903-2003⁴ heeft toevertrouwd. Dit model wás.⁵

1. Adèle Bloemendaal.

2. De volledige titel is: “Verbetering van het hoger beroep? Kosten en baten van voorstellen uit twaalf systemen van procesrecht”, Den Haag 2006, verder: Barendrecht/De Hoon 2006.

3. Brief van 17 oktober 2006, kenmerk 5446337/06, aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

4. Den Haag 2003, p. 81 e.v.

5. Zie veel ruimer De Jong e.a., De Beroepswet, Lelystad 1984, p.379-387. Lezing hiervan leert dat de overgang (van artikel 69 van de Beroepswet) naar artikel 8:69 van de Awb geen diepe kloof moest overbruggen.

10. ZALLEMENUT NOG 'N KEERTJE OVERDOEN, WANT HET WAS NIET NAAR M'N ZIN, LANEMENUT NOG EEN
KEERTJE OVERDOEN, EN BEGIN MAAR BIJ 'T BEGIN,
OF
PAST DIT BIJ DE ONTWIKKELINGEN IN EN DE TOEKOMST VAN HET BESTUURSRECHTELIJK APPEL?

Wat was, komt, althans in de zuivere oude vorm, niet meer terug. Hiermee is niet gezegd dat “Als das war, von dem wir jetzt sagen, dass es gewesen sei, haben wir nicht gewusst, dass es ist”⁶. Want:

3. Hoe het is

in het bestuursprocesrecht.

Ook onder het regiem van de Awb is er het herkansingsmodel van het appel. Deze wet heeft aan het bestuursrechtelijke geding de primaire functie van het bieden van rechtsbescherming gegeven. Omdat artikel 8:69 van deze wet ook voor het bestuursrechterlijk appel geldt, heeft het appel zeker niet de uitsluitende functie van controle van de uitspraak in eerste aanleg gekregen. Vergeleken met de regeling van de Beroepswet heeft de Awb wel de nuancering gebracht dat de rechter doende is binnen de grenzen van het hem voorgelegde geschil: hij moet zich beperken tot dit geschil. De appelrechter volgt dit. Maar hij doet meer. Indien in appel de grenzen van de rechtsstrijd aangetrokken worden, volgt die rechter dit en treedt hij niet erbuiten.⁷ Er zijn in de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep (verder: Centrale Raad) zeker aanwijzingen te vinden dat deze hoofdregel niet een absolute is.

Ik doel hierbij op de jurisprudentie in arbeidsongeschiktheidsgeschillen, waarin de samenhang tussen de medische en de arbeidsdeskundige component bij een arbeidsongeschiktheidsbeoordeling ertoe leidt dat de in appel niet aangevochten component toch mede in de beoordeling wordt betrokken.⁸

Maar ook hierbij blijft de appelrechter welbeschouwd binnen de bedoelde, door artikel 8:69 van de Awb bepaalde, grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep. Hiermee is het uitgangspunt in hoger beroep niet meer het in eerste aanleg bestreden besluit, maar de in hoger beroep aangevallen uitspraak. Eerst bij vernietiging wordt het bestreden besluit bereikt als de appelrechter moet doen wat de rechtbank had behoren te doen.

6. Martin Walser, *Ein springender Brunnen*, Frankfurt am Main 1998, p. 9, al staan deze woorden daar in een ander verband.

7. Deze aanpak zou (ook) moeten volgen uit het gelaagde karakter van de Algemene wet bestuursrecht. Heeft echter de wetgever bedoeld hiermee artikel 8:69 van deze wet de functie van het appel in het bestuursprocesrecht apart te bepalen, dan is hij tekort geschoten. Gaat het om de invulling van deze functie, dan dient de wetgever uit oogpunt van wetszekerheid niet te volstaan met een verwijzing naar de opbouw van de wet.

8. Aldus CRvB 18 december 1998, RSV 1999/198. Aanpassing van deze benadering wordt in het kader van artikel 8:69.2 van de Awb heroverwogen. Inmiddels is op 17 april 2007 de uitspraak LJN BA2955 gedaan waarbij naar buiten toe kenbaar is gemaakt dat we “om” zijn.

Nochtans werd in het Verslag van de Commissie Evaluatie AWB II (de commissie-Boukema)⁹ geconstateerd dat de Centrale Raad de herkansingsfunctie van het bestuursrechtelijk appel ruimhartig pleegt in te vullen, zeker vergeleken met de wijze waarop de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dit deed.

De Commissie presenteerde een gedifferentieerde invulling van de herkansingsfunctie. Met de in appel bestreden uitspraak als uitgangspunt voorziet de invulling in een ruime toepassing van deze functie, in beginsel slechts begrensd door het beginsel van een goede procesorde in enge zin. In geschillen waarin, in appel, meer dan twee partijen en belanghebbenden betrokken zijn, geldt dat beginsel dan strenger.¹⁰

Deze invulling van de herkansingsfunctie van het bestuursrechtelijk appel is tijdens de vergadering van het Extern Voorzittersoverleg op 2 juli 2002 door alle deelnemers onderschreven.

in het civiele procesrecht.

Hier doet zich eveneens het model voor dat de appelrechter binnen de grenzen van de rechtsstrijd aan de appellant een ruime herkansing geeft.¹¹

in het strafprocesrecht

Bij wet van 5 oktober 2006, Stb. 2006, 470, is het Wetboek van Sv in onderdelen gewijzigd met het doel het hoger beroep in strafzaken te stroomlijnen. In de toelichting bij het ontwerp van wet vinden wij moderne taal: beoogd wordt de middelen voor de strafrechtspleging doelmatig in te zetten en dubbeling van werkzaamheden zoveel mogelijk te voorkomen en voorzien wordt het hoger beroep in strafzaken van enig gewicht vorm te geven als een “voortbouwend appel”.¹² De doelmatige inzet van de middelen is onder andere uitgewerkt in het nieuwe artikel 410a van het Wetboek van Sv dat een verlostelsel inhoudt. In bepaalde “bagatelzaken” bepaalt in appel de voorzitter van de strafkamer of de zaak kan worden aangenomen; dit is het geval indien dit naar het oordeel van die voorzitter in het belang van een goede rechtsorde is vereist. Ik ga hierop niet verder in.

9. Den Haag 2001.

10. Verslag p. 27.

11. Zie, recent, M.W. de Hoon, Barendrecht/De Hoon 2006, p. 125.

12. TK 2005-2006, 30320, nr. 3 p. 1.

10. ZALLEMENUT NOG 'N KEERTJE OVERDOEN, WANT HET WAS NIET NAAR M'N ZIN, LANEMENUT NOG EEN
KEERTJE OVERDOEN, EN BEGIN MAAR BIJ 'T BEGIN,
OF
PAST DIT BIJ DE ONTWIKKELINGEN IN EN DE TOEKOMST VAN HET BESTUURSRECHTELIJK APPEL?

Het voortbouwend appel komt overeen met de vorm van appel in de bestuursrechtspraak, nu de hoger-beroepsrechter de herkansingsfunctie van het appel moet toepassen binnen de door de appellant aangegeven grenzen. Met andere woorden: waarover in appel geen geschil bestaat, behoeft geen bespreking. Hiermee is vanuit het bestuursrechterlijk appel bezien de functie van het hoger beroep in het strafprocesrecht niet wezenlijk aangepast, maar gemoduleerd.¹³ De vergelijking met de invulling van de herkansingsfunctie van het appel in het bestuursprocesrecht dringt zich op.

in het fiscale procesrecht.

Sinds de Wet van 15 december 2004, Stb. 2004, 672, kent dit rechtsgebied rechtspraak in twee feitelijke instanties. Bij de regeling ervan heeft de vraag aandacht gekregen wat de functie van de appelrechter is. Het antwoord van de wetgever is het waard onthouden te worden:

“De gedifferentieerde benadering van het hoger beroep betekent voor de belastingrechtspraak dat, in hoger beroep, evenals bij de CRvB, de herkansingsfunctie voorop staat. Ook in het belastingrecht gaat het immers om financiële geschillen, waarbij slechts zelden derden betrokken zijn. Daarbij komt dat de rechtseenheidfunctie van het hoger beroep voor het belastingrecht veel minder belangrijk is dan voor het overige bestuursrecht. In het algemeen bestuursrecht is deze functie belangrijk, omdat de appelrechter daar tevens de hoogste rechter is. In het belastingrecht is het bevorderen van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling bij uitstek de taak van de Hoge Raad.”¹⁴

Deze beschrijvingen overziende kan de conclusie zijn¹⁵ dat in ons land van de herkansingsfunctie van het appel in alle hoofdtakken van de rechtspraak heden ten dage, al is zij gemoduleerd, nog de voornaamste is. Zo gemoduleerd, dat we niet meer met Adèle Bloemendaal kunnen meezingen “(...) en begin maar bij ‘t begin”.

13. Aldus ook J.B.H.M. Simmelink, Barendrecht/De Hoon 2006, p. 161-162.

4. Hoe het kan worden

Grosso modo biedt lezing van “Verbetering van het hoger beroep?” houvast voor de blik in de toekomst. In enige landen om ons heen (Duitsland, Frankrijk en Engeland) ziet de lezer veranderingen in het politieke denken over en wetgevers handelen ter zake van de functies van het hoger beroep. Het gaat hierbij dan om woorden als “slagvaardiger” en “efficiënter”. De conclusies in genoemd¹⁶ boek zijn gebaseerd op de economische methodiek van de kosten/batenanalyse, al vindt de lezer geen cijfers die dit onderbouwen.

Die conclusies van de onderzoeken zijn :

- . Verschuiving van de appelfunctie van herstel naar controle met “fuiken”.
- . De uitspraak in eerste aanleg is eindbeslissing.
- . Verbetering van interactie tussen de procesfase voorafgaand aan de rechterlijke procedure en tussen eerste, tweede en derde aanleg in de rechterlijke procedure.
- . Strafrechtelijke hoger-beroepsprocedures kennen minder beperkingen dan de civiele en bestuursrechtelijke.
- . Het hoger beroep is doorgaans uitgesloten in bagatelzaken.

In zijn al genoemde brief van 17 oktober 2006 poneert de Minister van Justitie dat dit al het beleid van het kabinet ondersteunt. Dit beleid behelst dan het opwerpen van drempels voor een volledige en onbeperkte behandeling van alle zaken in hoger beroep. Als voorbeeld wordt een voorstel tot verhoging van de griffierechten in civiele zaken in hoger beroep en in cassatie ten opzichte van de griffierechten in eerste aanleg genoemd. Dit laatste spoort evenwel niet met een van de conclusies van “Verbetering van het hoger beroep?”. Althans, aangetekend wordt dat verhoging van griffierecht enkel dan zoden aan de dijk zet indien het om forse verhogingen gaat en niet om de meestal zichtbare kleine verhogingen. De lezer kan het vervolgens zo begrijpen dat, anders dan de normale verhoging van griffierechten, wel veelbelovend is het verbeteren van prikkels voor advocaten om de kosten (van de appelrechtspraak) te beheersen, zodat deze professionals niet tegen alles wat rijp en groen is in appel gaan ... wat kennelijk het geval is.

14. TK, 2003-2004, 29251, nr. 3 p. 9.

15. Barendrecht/De Hoon 2006, p. 73-74.

16. Niet mede genoemd wordt het strakke appelsysteem van de Vreemdelingenwet 2000, waaraan K.F. Bolt en B.W.N. de Waard in hun bijdrage aan Barendrecht/De Hoon veel nieuws ontleenen. Het is meer dan te vermoeden dat daarmee dit systeem geen voorbeeldfunctie heeft.

10. ZALLEMENUT NOG 'N KEERTJE OVERDOEN, WANT HET WAS NIET NAAR M'N ZIN, LANEMENUT NOG EEN
KEERTJE OVERDOEN, EN BEGIN MAAR BIJ 'T BEGIN,
OF
PAST DIT BIJ DE ONTWIKKELINGEN IN EN DE TOEKOMST VAN HET BESTUURSRECHTELIJK APPEL?

In zijn brief van 17 oktober 2006 passeert de Minister van Justitie schijnbaar gemakkelijk langs een andere conclusie van “Verbetering van het hoger beroep?”. Op pagina 82 is het letterlijk, gelardeerd met een voorbeeld waarin de kans is verwezenlijkt: “Bij het aanbrengen van beperkingen in het aanvoeren van nieuwe feiten, stellingen en bewijzen bestaat een reële kans op verhoogde selectiekosten, die mogelijk niet opwegen tegen de voordelen (...) Daarbij komt dat deze maatregel kan leiden tot nieuwe procedures.

Het meest klemmende nadeel van de maatregel is echter dat het kan leiden tot een front-loading aan kosten. Partijen zullen geneigd zijn alle mogelijke stellingen, weren en bewijzen in eerste aanleg aan te voeren, waardoor de kosten in een eerdere fase aanzienlijk zullen toenemen.”. In het in deze brief toegezegde overleg over mogelijke en kennelijke politieke voornemens ook met de bestuursrechtelijke beroepscolleges, zal dit punt niet onderbelicht mogen blijven. Het lijkt weinig nut te hebben een appelsysteem tot stand te brengen waarin allerhande voorvragen, wegens de aangelegde belemmeringen, primair zijn.

Er is meer. Het is weliswaar voorstelbaar dat ook in het bestuursrechtelijke appel de controlefunctie (meer en meer) centraal komt te staan. Als met deze functie gepaard moet gaan het inlassen van allerhande inhoudelijke “fuiken”, kan dit enkel dan aanvaard worden indien in het bestuursprocesrecht de verplichte procesvertegenwoordiging wordt¹⁷ ingevoerd, zo al niet in de bezwaarschriftprocedure dan toch al in de fase van de eerste aanleg. Hierover valt in “Verbetering van het hoger beroep?” niets te lezen en te vrezen valt dat dit, kostbare, aspect in de kosten/batenanalyse niet is meegeteld.

Maar ook moet dan van de eerste aanleg worden gevergd dat een kwaliteitsslag wordt gemaakt, vooral erin voorzienende dat beduidend meer dan thans rechtspraak in meervoudige kamers plaatsvindt.¹⁸ Dit zijn zeker geen randvoorwaarden.

Ook verder kan ik met de brief van de Minister van Justitie niet heel goed uit de voeten. Een koude uitsluiting van bagatelzaken spreekt mij, vanuit het sociaalzekerheidsrecht en het bijstandsrecht, niet aan. De vorm die ervoor gekozen is in artikel 410a van het Wetboek van Sv, zal in het bijzondere bestuursrecht zonder de invoering van verplichte procesvertegenwoordiging weinig kostenbesparend zijn.

17. Barendrecht/De Hoorn 2006, p. 83.

18. De huidige kwaliteitsslag reikt (niet verder dan) tot verhoging van het aantal meervoudige zittingen van 10% tot 13% van het totaal aantal zittingen per rechtbank!

Laat ik de brief van de Minister van Justitie verder rusten en mij weer richten op “Verbetering van het hoger beroep?”. Op pagina 84 vindt de lezer deze zin: “Gespecialiseerde gerechtshoven hebben grote voordelen, bijvoorbeeld meer en betere rechtsvorming, lagere kosten en een betere zelfselectie door de betrokkenen.”.

Weliswaar is in het boek hierbij niet gerefereerd aan de Centrale Raad, maar het is bepaald geen illusie te doen alsof dit wel zo zou zijn. Hierbij komt dat een van de publieke functies van het hoger beroep, het bewaken van de rechtseenheid, bij zo’n gerechtshof gewaarborgd is. Dit is bij de Centrale Raad niet anders.

Voor het vervolg kan ik “Verbetering van het hoger beroep?” gesloten naast mij leggen. Het boek heeft geen uitgewerkte ruimte geboden aan baten/lastenonderzoek naar het systeem waarin een gespecialiseerd gerechtshof tevens laatste rechter is. Barendrecht en De Hoon zullen zo’n systeem stellig niet appreciëren maar de herinrichting van de Nederlandse rechtspraak op dit punt valt buiten het kader van het boek.

Tot uitgangspunt neem ik de Centrale Raad als laatste rechter op het hem bij wet toegemeten terrein. Het waarmaken van de publieke appeltaken van het vormen van recht en het bewaren van rechtseenheid is nog beter te realiseren bij een werkvoorraad die gelijk is aan een gemiddelde doorlooptijd van zaken van een tot anderhalf jaar, naar huidige maatstaven 8000 zaken en een gematigde instroom van 6500 tot 7000 zaken per jaar. Voorwaarde hierbij is een kwalitatief goede eerste lijn.

Nieuwe wettelijke beperkingen van het hoger beroep wijs ik af. Over de regeling van afdoening van zogenoemde bagatelzaken in het strafprocesrecht sprak ik mij al uit. Dit zal, dus, zonder ingrijpende andere wijzigingen, geen zoden aan de dijk zetten. Eveneens en zeker zonder die bijkomende wijzigingen bepleit ik niet een overgang van de herkansingsfunctie naar de controlefunctie van het appel. In feite vormen beide functies een functie van hoger beroep: zij sluiten elkaar niet uit maar vullen elkaar aan. Maar, niet terug naar de herkansingsfunctie à la Bloemendaal, wel naar een verdere precisering van deze functie zoals zij er nu is, al zijn de grenzen van deze precisering bij dit gedifferentieerde model wel in zicht.¹⁹

Ik ben ervan overtuigd dat ook in dit toekomstbeeld de iudex viator zijn maatschappelijk zo nodige maatwerk kan doen.

19. Wel dient in dit kader verdere aandacht te worden besteed aan de figuur van de werkgever als medepartij in een toenemend aantal sociale zekerheidszaken ten gevolge van voortschrijdende jurisprudentie. Voor de casus zie de uitspraken van 3 maart 2004, LJN AO6487, 14 juni 2006 LJN AY0163 en 10 oktober 2006, LJN AZ0127.

11. Kanttekeningen bij de Awb

F.P. Zwart

1. Inleiding

De afscheidsbundel voor Henk van Leeuwen is voor mij aanleiding enkele gedachten over de Awb en het functioneren van die wet gedurende twaalf jaar op papier te zetten. Voor een deel zijn het meningen die ik al ten tijde van de invoering van die wet had, voor een deel gedachten die zich in de loop der tijd hebben ontwikkeld.

Ik werk niet of zo min mogelijk met noten en literatuurverwijzingen, zodat het stuk - hopelijk - meer de frisheid van een persoonlijke opinie dan het karakter van een wetenschappelijke verhandeling zal hebben. Mocht het betoog weerklink vinden, dan zal ik het misschien nog eens op gedegen en meer verantwoorde wijze uitwerken.

De feitelijke basis van mijn meningen zal de lezer doorgaans wel bekend voorkomen; met die meningen zelf mag hij het natuurlijk eens of oneens zijn.

2. Het rechtsbeschermingsperspectief van de Awb; een paradox?

Vrijwel iedere beschouwing over de totstandkoming van de Awb begint met de constatering dat deze in het teken stond van de verschuiving in de bestuursrechtspraak (toen nog administratieve rechtspraak geheten) van rechtmatigheidscontrole naar rechtsbescherming. Die laatste term veronderstelt dat iemand tegen iets of iemand anders beschermd moet worden. In dit geval betreft dat duidelijk de burger/het individu tegen 'de overheid'. Zo geformuleerd, was dat eigenlijk niets nieuws: het hele concept van de rechtsstaat gaat ervan uit, dat de deelgenoten van de samenleving zich op het recht kunnen beroepen om hun positie, hun lijf en goed, te beschermen en dat macht niet naar willekeur mag worden uitgeoefend. In die zin is rechtmatigheidscontrole evenzeer rechtsbescherming. Het ging dus waarschijnlijk meer om een perspectiefverschuiving (weliswaar met ingrijpende gevolgen, waarover meer) vanuit sociaal-psychologische en sociologische noties die te maken hadden met de toenemende aandacht voor het individu en de emancipatie van de mondige burger, zoals die zich na de jaren '60 van de vorige eeuw hadden ontwikkeld.

Twaalf jaar na dato kunnen we de vraag opwerpen, of het primair gestelde doel: meer daadwerkelijke rechtsbescherming voor de burger, is bereikt. Tevens kan de vraag rijzen, of deze aanpak van de bestuursrechtspraak vanuit de samenleving als geheel gezien een positief effect heeft gehad. Het zal duidelijk zijn dat in dit bestek deze vragen niet uitputtend, zo ik daartoe al in staat zou zijn, kunnen worden behandeld.

Om met de laatste vraag te beginnen: als de tekenen niet bedriegen, kunnen we anno nu vaststellen dat het accent op de individuele positie van de burger een alweer enigszins gedateerd idee is. Inmiddels gaat de slinger van de klok weer de andere kant op en komt er meer aandacht voor de rol en de taak van de burger in de samenleving. Hoe valt nu die voorgaande ontwikkeling, specifiek gezien vanuit de bestuursrechtspraak, te waarderen?

Niet onverdeeld positief, is mijn indruk.

Een negatief aspect van het rechtsbeschermingsperspectief acht ik de daaraan verbonden beeldvorming van de bestuursrechtelijke procedure als een belangenconflict tussen twee op hetzelfde niveau functionerende partijen, en daarmee, uiteindelijk, van de overheid als tegenstander van de burger. Met deze reductie wordt de werkelijke rol van de overheid miskend. Idealiter, maar wat mij betreft ook in praktische zin richtinggevend, zou het zo moeten zijn dat ook de procederende burger er primair van doordrongen is dat de overheid niet tegenover hem staat om een eigen belang te verdedigen, maar opkomt voor het algemeen belang, dat uiteindelijk ook het belang van de burgerlijke partij in de procedure is. En het is wellicht ook niet zo gek als die burger beseft dat handhaving van regels, al ervaart hij dat in een concreet geval als een aantasting, uiteindelijk ook in zijn belang is. Dit punt raakt wellicht ook aan de discussie over de eigen aard van de bestuursrechtspraak en aan de vraag of het wenselijk is die rechtspraak aan de gewone rechter op te dragen, maar dat laat ik voor dit moment rusten.

Het verlaten van de rechtmatigheidscontrole als primaire functie van de bestuursrechtspraak is overigens niet tot in al zijn consequenties doorgevoerd. Zo blijft het mogelijk dat een burger, als hij ten opzichte van een besluit eenmaal als belanghebbende is aanvaard, ook de onderdelen en aspecten van dat besluit kan aanvechten die met zijn belang niets uitstaande hebben. Als de geplande uitbouw van mijn buurman mijn bezonning wegneemt, hoef ik me in mijn verzet tegen de bouwvergunning niet te beperken tot de afmetingen van het bouwwerk, maar kan ik ook aanvoeren dat de aanvraag niet volgens de voorgeschreven procedure is behandeld, of dat de kelder eronder niet in overeenstemming is met de voorschriften van het bestemmingsplan. Dit staat haaks op het idee dat de bestuursrechtspraak vooral rechtsbescherming aan de burger biedt en leidt tot onbegrip en wrijving tussen rechtsgenoten, van wie er één zijn gelijk over de band van het bestuursrecht wil halen.

3. Beter voor de burger?

Dat het de bedoeling van de Awb was dat de burger er beter van zou worden, staat denk ik buiten kijf. Eén van de elementen van die beoogde verbetering was het 'open systeem' van de wet; niet langer werd in de bijzondere wet bepaald tegen welke besluiten ingevolge die wet en door wie beroep kon worden ingesteld, maar elk besluit dat aan de Awb-definitie voldeed, was vatbaar voor bezwaar en beroep door iedere belanghebbende. Grote winst hiervan is, dat we er een interessante boekenplank vol beschouwingen over het besluit- en belanghebbendebegrip bij hebben gekregen, maar of de justitiabele daarmee nu echt is opgeschoten, is de vraag. Belangrijk nadeel is, dat hij mede door de dynamiek in de jurisprudentie over die begrippen, nauwelijks meer in staat is om zonder rechtskundige bijstand te procederen (wat overigens niet alleen voor dit aspect geldt).

Bovendien is het zaak geworden om tegen ieder, ook vermeend, besluit bezwaar/beroep in te stellen, omdat anders het risico bestaat dat men in een volgende fase met voldongen (rechts)feiten wordt geconfronteerd.

Verder zijn het open systeem en het ruime belanghebbendebegrip er mede de oorzaak van, dat er allerlei procedures over de band van het bestuursrecht worden gevoerd die daar in de kern niets mee uitstaande hebben. Ruzies tussen burens over wederzijdse (bouw-)activiteiten en concurrentiegeschillen tussen middenstanders kunnen, bijvoorbeeld met als inleiding een handhavingsverzoek aan het bestuur, de grondslag vormen voor eindeloze procedures, die een aanmerkelijk tijdsbeslag voor de bestuursrechter vormen. De vraag rijst of de leemte in de rechtsbescherming vóór 1994 groot genoeg was om deze omslag met zijn numerieke gevolgen te rechtvaardigen. Om het tij enigszins te keren, wordt nu overwogen om een relativiteitsvereiste in het bestuursprocesrecht in te voeren. Afgezien van de niet geringe problemen die de vormgeving daarvan meebrengt, zijn daar ook bedenkingen van velerlei aard tegen in te brengen; zie bijvoorbeeld het artikel van De Waard in de eerste aflevering van NTB 2007 (Relativiteit en rechtsbescherming). Bovendien zal het leiden tot een nieuw omvangrijk chapter in de jurisprudentie rond de vraag: strekt deze norm/regel tot bescherming van de belangen van de eiser?

4. De gelaagde besluitvorming

Het laatste punt dat ik wil bespreken is het door de Awb in vrijwel het gehele bestuursrecht geïntroduceerde model waarbij de beslissing op bezwaar als voorwerp van de beroepsprocedure figureert, terwijl daarnaast in de rechtswerkelijkheid nog een primair besluit bestaat, althans in zover dat na bezwaar niet is herroepen.

Tegen dit model zijn verschillende bezwaren in te brengen.

In de eerste plaats dwingt de wet niet tot deze constructie. Wie artikel 7:1 van de Awb leest, zal allereerst denken, dat het besluit waartegen beroep kan worden ingesteld en het besluit waartegen bezwaar moet worden gemaakt, een en hetzelfde is. Het tweede lid maakt duidelijk dat er zo iets als een zelfstandige beslissing op bezwaar in het leven wordt geroepen, maar zegt niet dat er vervolgens twee besluiten zijn die dezelfde materie regelen. In artikel 7:11 wordt het hybride karakter duidelijk: bij de beslissing op bezwaar kan het primaire besluit worden herroepen – en dan is er nog maar één besluit – maar dat hoeft niet (en gebeurt ook lang niet altijd), en dan zijn er dus twee besluiten, die beide, mogelijk verschillende, rechtsgevolgen voor hetzelfde onderwerp hebben.

In de tweede plaats is het bestuurlijk gezien merkwaardig, dat een orgaan een besluit neemt, vervolgens na heroverweging in bezwaar tot het inzicht komt dat het beter een ander besluit kan nemen en dat ook daadwerkelijk neemt, maar vervolgens ook nog verantwoordelijk wordt gehouden voor het eerste besluit, waar het niet meer achter staat; althans, zo moeten we het toch vanuit juridisch oogpunt zien.

Zou het niet veel logischer zijn om het eerste besluit door het tweede te laten absorberen? Na bezwaar is er dan nog maar één besluit, dat wellicht een aantal elementen van het oorspronkelijke besluit bevat, voor andere iets in de plaats stelt en eventueel elementen eraan toevoegt; maar dus niet twee, mogelijk deels tegenstrijdige, besluiten. Een bezwaar van meer fundamentele aard is het volgende. Het systeem waarin de beslissing op bezwaar het voorwerp is van de gerechtelijke procedure kan ertoe leiden dat de uitspraak van de rechter niet volledig bepalend is voor de rechtsverhouding tussen overheid en burger. Bijvoorbeeld, de gemeente geeft een bouwvergunning af, waartegen door een derde bezwaar wordt gemaakt. Het bezwaar wordt ongegrond verklaard, waarna de derde zijn beroep bij de bestuursrechter ziet slagen. Die rechter handelt volkomen correct en Awb-conform als hij het beroep gegrond verklaart, de beslissing op bezwaar vernietigt en het daarbij laat. De juridische toestand echter is dan, ervan uitgaande dat de uitspraak in kracht van gewijsde gaat, dat er nog steeds een bij primair besluit verleende vergunning ligt, waarvan de werking niet door het bezwaar en beroep is geschorst (artikel 6:16 van de Awb) en die dus nog steeds een geldige bouwtitel oplevert. Dit nu lijkt mij op gespannen voet te staan met artikel 6 van het EVRM. Inzet van de rechtsstrijd voor de derde is, dat zal duidelijk zijn, de verleende bouwvergunning, die hem, nemen we aan, in een “civil right” aantast; het gaat hem er niet slechts om een ongegrond verklaard bezwaar uit de wereld te krijgen. Toch leidt zijn gegrond verklaarde beroep niet tot het beoogde resultaat. Hoe laat zich dit rijmen met een overweging van het Hof te Straatsburg als de volgende: “That right (dat wil zeggen het de burger ex artikel 6 EVRM toekomende recht een procedure voor de rechter aan te spannen ter bewaring van zijn civil right) would be illusory if a Contracting State’s domestic legal system allowed a final, binding judicial decision to remain inoperative to the detriment of one party.” (citaat uit het arrest *Hornsby vs Griekenland*, onder meer in JB 1997/ 98). Op dit punt lijkt mij het Awb-systeem dus niet EVRM-proof. Wie tegenwerpt dat de wet toch wel voorziet in de mogelijkheid om in de rechterlijke uitspraak partijen werkelijk te binden, die roep ik in herinnering dat het Nederlandse Kroonberoep in het Benthem-arrest om minder gesneuveld is.

12. Wanneer passende arbeid bedongen wordt...

S.B. Bijkerk-Verbruggen

1. Inleiding

Aan het eind van een loopbaan blikt men terug op een werkzaam leven en maakt de balans op. Dan ligt het voor de hand om zich af te vragen: wat heb ik met mijn leven gedaan. Het antwoord hierop – “ik heb de afgelopen 30 jaar gewerkt” – biedt weinig houvast, zeker voor een jurist, want wat is werk juridisch gezien eigenlijk? Het navolgende stuk gaat in op de vraag wat werk nu eigenlijk is, en dan meer in het bijzonder wat bedongen werk inhoudt en daarnaast wat passend werk is en wanneer passende arbeid de bedongen arbeid wordt. Op deze wijze wordt getracht een kleine bijdrage te leveren aan een zinvolle en plezierige (civielrechtelijke) terugblik.

2. De arbeidsovereenkomst

De definitie van een arbeidsovereenkomst is gegeven in artikel 7:610 BW:

“De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten”.

De arbeidsovereenkomst bestaat derhalve uit de componenten loon, gedurende zekere tijd, een werknemer en werkgever (gezagsverhouding) en arbeid. Het begrip loon wordt in de wet nauwkeurig gedefinieerd tot en met de verplichting tot het verstrekken van een loonstrook en sancties bij niet juiste of niet tijdige betaling. Het aspect ‘zekere tijd’ heeft in de loop der tijd aan betekenis ingeboet en wordt nauwelijks nog als zelfstandige component van de arbeidsovereenkomst beschouwd. De begrippen werknemer en de gezagsverhouding zijn daarentegen zo breed uitgemeten in de literatuur, dat deze nu even buiten beschouwing blijven. Daarentegen blijft de tegenprestatie van de werknemer en tevens de kern van de overeenkomst in de meeste artikelen onderbelicht; de (verplichting tot het verrichten van) arbeid zelf. Toch kan ook de arbeid onderwerp van geschillen zijn, hoewel niet vaak. Het arrest Van der Male/Den Hoedt uit 2003 is hier een voorbeeld van.¹ Dit arrest had betrekking op een rechtsverhouding tussen gewezen echtgenoten, die bij wijze van invulling van de alimentatieverplichting van de man een arbeidsovereenkomst waren aangegaan, waarbij de onderneming van de man zich verplichtte om ‘loon’ aan de vrouw te betalen. De vrouw is bij het begin van de arbeidsovereenkomst vrijgesteld van het verrichten van werk en heeft nimmer feitelijk de werkzaamheden verricht. De HR oordeelt hierover:

1. HR 10 oktober 2003, JAR 2003, 263.

“De overeenkomst had klaarblijkelijk geen andere strekking dan aan Den Hoedt een bijdrage in de kosten van haar levensonderhoud te verschaffen. Derhalve bevat de tussen partijen gesloten overeenkomst niet de verplichting tot het verrichten van arbeid en behelst zij evenmin het element van de gezagsverhouding, zodat de overeenkomst niet als een arbeidsovereenkomst kan worden getypeerd.”

Voor het overige is de jurisprudentie omtrent de aanwezigheid/afwezigheid van feitelijk werk als zodanig schaars. In de regel vormt de plicht tot het verrichten van werk in het kader van een arbeidsovereenkomst een vanzelfsprekendheid en is het onderdeel arbeid een onbetwist onderdeel van de arbeidsovereenkomst.

3. De arbeid

Wanneer er eenmaal een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen, blijkt het BW nauwelijks voorschriften te geven omtrent de feitelijke eigenschappen van werk als bedoeld in artikel 7:610 BW, over wat arbeid precies is. Het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst (artikel 7:610a BW) en met name de omvang van de bedongen arbeid ex artikel 7:610b BW vormen hierop een uitzondering.

De rechtsvermoedens zijn ingevoerd bij de Wet flexibiliteit en zekerheid, in januari 1999. Het doel van het rechtsvermoeden is een omkering van de bewijslast van het bestaan van de omvang van de arbeidsomvang ten laste van de werkgever, waar voorheen de werknemer de omvang diende te bewijzen. Over de inhoud van de arbeid en de verplichting tot het verrichten van arbeid wordt niets gezegd.

Voor het overige zijn alle eisen die specifiek zien op de feitelijke eigenschappen van arbeid (en dan met name wat de werknemer niet mag en waartoe de werkgever ter bescherming van de werknemer gehouden is) in andere wetten opgenomen, zoals onder andere in de ARBO-wet en vele andere specifieke wetten. De vraag naar de juridische betekenis van het woord ‘arbeid’ in het BW, leidt niet tot relevante definities, hooguit tot ‘ bezig zijn ’ of ‘ waarde scheppen ’. Juridisch relevant is deze constatering nauwelijks, ook omdat in de praktijk nauwelijks problemen blijken te bestaan over de vraag of iets al dan geen arbeid is.

4. De bedongen arbeid

Interessanter is de bredere vraag naar de verbintenis om arbeid te verrichten zoals omschreven in artikel 7:610 BW. Waar het in boek 7 van het BW gaat over ‘ de bedongen arbeid ’ wordt gedoeld op deze verbintenis. De verbintenis verwijst naar het feit dat partijen overeenstemming hebben bereikt en dat de werknemer zich jegens de werkgever

heeft verbonden. De bedongen arbeid is het totaal aan afspraken die partijen hebben gemaakt over de arbeid, inclusief de aard en omvang van de arbeid, de voorwaarden en de omstandigheden waaronder de arbeid verricht zal worden. De term bedongen arbeid ziet dus niet op de inhoud van het werk, maar slechts op het feit dat er sprake is van een overeenkomst. De overeenstemming is niet bij uitsluiting bepalend voor de vraag waartoe partijen over en weer gehouden zijn, de bedongen arbeid wordt aangevuld met de wettelijke regelingen, zoals de gezagsverhouding, de instructiebevoegdheid ex artikel 7:660 BW en het wijzigingsbeding ex artikel 7:613 BW, evenals de bepalingen omtrent goed werknemer- en werkgeverschap ex artikel 7:611 BW. Deze bepalingen vullen de contractuele bepalingen aan. Dat leidt tot de stelling dat de bedongen arbeid het samenstel is van tussen partijen gemaakte afspraken, aangevuld met de wettelijke en buitenwettelijke rechten, plichten en normen die tussen partijen gelden.

Wat de bedongen arbeid precies inhoudt, blijkt echter niet uit de wet. Dit ligt op zich voor de hand, nu boek 7 van het BW oorspronkelijk tot doel had (uitsluitend) de contractuele verplichtingen over en weer te regelen en het minder voor de hand lag om ook de inhoud van de bedongen arbeid te regelen. Wat de inhoud van de verbintenis is, wat de werknemer gaat doen om waarde te scheppen en hoe partijen de inhoud van het werk willen regelen en vorm willen geven is aan hen zelf overgelaten. Partijen hebben binnen de marges van de overige wettelijke rechten en beperkingen, zoals arbeidstijden, arbeidsomstandigheden, het recht op vakantie et cetera de keuze hoe nauwkeurig of globaal zij dit wensen te regelen. Dit zal ertoe leiden dat de werkgever in de ene situatie een minutieuze overeenkomst zal willen vaststellen, waarin gedetailleerd de verplichtingen met betrekking tot de arbeid zijn vastgelegd, terwijl de andere werkgever volstaat met een globale indicatie van het takenpakket.

Het gebrek aan duidelijke definitie wordt echter een gemis op het moment dat de werkgever van mening is dat de werknemer onbekwaam is en niet in staat is om bepaalde essentiële taken van zijn functie uit te oefenen. Ook zal deze vraag aan de orde zijn wanneer de werknemer in verband met ongeschiktheid ten gevolge van ziekte buiten staat is zijn arbeid te verrichten. Blijkens artikel 7:629 BW is daarvan immers eerst sprake als de werknemer verhinderd is de bedongen arbeid te verrichten. Pas wanneer vast staat wat de inhoud van de bedongen arbeid is, kan ook worden vastgesteld of een werknemer verhinderd is deze te verrichten. Het is ook denkbaar dat de persoonlijke omstandigheden van de werknemer wijzigen, waardoor deze niet langer de bedongen arbeid kan verrichten. Hier kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een werknemer die verhuist of een werknemer die door toegenomen belastingen in de privé-sfeer niet meer in staat is aan de eisen die de functie stelt, te voldoen. Ook kunnen wijzigingen in de risico-sfeer van de onderneming liggen. Het kan zijn dat de onderneming bijvoorbeeld automatiseert of er kan een wijziging in het productie-proces – in de meest brede zin van het woord – optreden, waardoor de werknemer ‘niet meer meekomt’. In deze gevallen zal steeds gedefinieerd moeten worden of de werknemer nog in staat is om de bedongen arbeid te verrichten. Hierbij is onder meer relevant wat partijen hebben afgesproken.

Hoe ruimer en globaler het takenpakket geformuleerd is, des te moeilijker zal het zijn om vast te stellen dat de werknemer de bedongen arbeid niet meer verricht.

Hoe gedetailleerder het takenpakket, des te eerder zal de werknemer niet in staat geacht worden om het bedongen werk te verrichten en zal hij bijvoorbeeld arbeidsongeschikt worden geacht. In de praktijk leidt dit regelmatig tot afbakeningsproblemen, bijvoorbeeld wie verantwoordelijk is voor het feit dat de werknemer niet langer de bedongen arbeid kan verrichten. In het geval van een organisatiewijziging ligt het voor de hand dat dit binnen de risico-sfeer ligt van de werkgever, bij een verhuizing van degene die verhuist en in geval van ziekte ligt het primair binnen de risico-sfeer van de werknemer, ook al is de werkgever gehouden loon door te betalen. Daarentegen deed zich recentelijk het geval voor dat een werknemer niet in staat was met de stress van zijn veranderde werksituatie om te gaan. Hierdoor was hij arbeidsongeschikt geworden en stelde zijn werkgever aansprakelijk voor de schade (ex artikel 7:658 BW), die hij had geleden doordat hij ongeschikt was geworden door het werk. Het Gerechtshof overwoog ten aanzien van de psychische schade het volgende:

“Stress kan door vele omstandigheden ontstaan en is sterk individueel bepaald. Onder gelijke omstandigheden zal de ene persoon geen stressklachten krijgen en de andere wel. Voorts kan stress ook worden veroorzaakt door persoonlijke omstandigheden en kan bijvoorbeeld bij (sic) een minder goede lichamelijke conditie maken dat iemand minder goed bestand is dan normaal tegen de eisen die zijn werkzaamheden aan hem stellen, zodat de werkdruk als te zwaar – als stress – wordt ervaren. (...) Immers, wanneer sprake is van een volstrekt normale werksituatie en een werknemer niettemin niet tegen de werkdruk bestand is, kan niet gezegd worden dat zijn stress door zijn werkzaamheden is veroorzaakt. Ook kan in een dergelijke situatie van de werkgever niet worden verwacht dat hij maatregelen neemt ter voorkoming van stress. Maatregelen zijn pas dan geïndiceerd, wanneer voor de werkgever duidelijk is (gemaakt) dat een bepaalde (wijziging in de) werksituatie het risico van stressklachten met zich brengt.”²

In deze situatie was er dus sprake van een predispositie die leidde tot ongeschiktheid voor eigen werk, een omstandigheid die niet voor risico van de werkgever kwam. Onbetwist was overigens het feit dat de werksituatie van de werknemer door de komst van de nieuwe manager was gewijzigd en dat deze ‘de teugels strakker aanhaalde’. Hierdoor was de inhoud van de bedongen arbeid (in brede zin) gewijzigd, het werk was stressvoller geworden. Het uitsluitend protesteren van de werknemer tegen de wijziging van het feitelijke werk en het feit dat door de wijziging de bedongen arbeid – dus de inhoud van het contract – wijzigde, had de werknemer zeker niet gebaat.

2. Gerechtshof 's Gravenhage, 16 februari 2007, JAR 2007,69.

In de jurisprudentie is een absoluut recht op arbeid door de Hoge Raad niet geaccepteerd³ en al accepteert de lagere rechtspraak deze lijn niet zonder meer, het primaat van de ondernemer om zijn organisatie zo in te richten als noodzakelijk om de organisatie winstgevend te maken geldt nog steeds en prevaleert in de meeste gevallen boven het recht van de werknemer op ongewijzigd behoud van de bedongen arbeid. In de jurisprudentie is dit vastgelegd in het Taxi-Hofman arrest, waarin de Hoge Raad bepaald heeft dat van de werknemer kan worden verwacht dat deze in het algemeen positief behoort in te gaan op redelijke voorstellen van de werkgever die verband houden met gewijzigde omstandigheden op het werk.⁴ Kortom, de werknemer is gehouden in het algemeen in te stemmen met een voorstel van de werkgever om de bedongen arbeid aan te passen, dus het contract te wijzigen, mits dit binnen de grenzen valt van hetgeen van een goed werknemer verwacht kan worden. Dit veronderstelt dat partijen helder voor ogen staat wat de bedongen arbeid is en dat hierover tussen partijen overeenstemming bestaat. Alleen wanneer duidelijk is wat exact de inhoud van de overeenkomst is, kan sprake zijn van een wijziging ervan. Wanneer partijen spreken over de bedongen arbeid, wordt daarmee derhalve uitsluitend bedoeld dat er een overeenkomst bestaat ten aanzien van het verrichten van werk, bij gebrek aan een duidelijke definitie in het wetboek waar de “bedongen arbeid” aan dient te voldoen.

5. Passende arbeid⁵

Tegenover de bedongen arbeid staat de passende arbeid. Wanneer de werknemer ongeschikt is tot het verrichten van de bedongen arbeid wegens ziekte, is de werkgever gehouden (...) zodanige maatregelen te treffen en voorschriften te geven als redelijkerwijs nodig is, opdat de zieke werknemer in staat wordt gesteld de eigen of andere passende arbeid te verrichten (artikel 7:629 jo. 7:658a, lid 1 BW). Artikel 7:658a, lid 3, BW definieert passende arbeid als volgt: “Onder passende arbeid als bedoeld in lid 1 wordt verstaan alle arbeid die voor de krachten en bekwaamheden van de werknemer is berekend, tenzij aanvaarding om redenen van lichamelijke, geestelijke of sociale aard niet van hem kan worden gevergd.” Het begrip is ontleend aan de WW en niet aan de Ziektewet, zoals voor de hand zou hebben gelegen, hetgeen tot de nodige discussie heeft geleid. Concreet schrijft de parlementaire geschiedenis voor dat het bij passend werk moet gaan om arbeid die in redelijkheid aan de werknemer kan worden opgedragen, gelet op onder meer het arbeidsverleden, de opleiding, de gezondheidstoestand, de afstand tot het werk, het loon en hetgeen waartoe de werknemer nog in staat is.⁶ Dit is de enige definitie die gegeven wordt over de inhoud van de arbeid in boek 7 BW, er is in het wetsartikel overigens niet vereist dat er overeenstemming moet bestaan tussen partijen over (het verrichten van) passende arbeid.

3. Zie echter voor nuance hierop, HR 17 januari 2003, JAR 2003,41.

4. HR 26 juni 1998, JAR 1998,199.

5. Zie het in dit kader uiterst lezenswaardige artikel van mr. D.R. van der Meer “Wisselende arbeids(on)geschiktheid, werkhervatting en loondoorbetaling; een reïntegratiedoolhof” in het Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht, april 2002, p. 108 e.v.

6. MvT, TK 2003/2004, 29231, nr. 3, p.20-21.

Wat het verschil is tussen de bedongen arbeid en passende arbeid kan aan de hand van de wet niet worden vastgesteld. Is de bedongen arbeid de optimale vorm van de passende arbeid? Dat wil zeggen, waarbij de loonwaarde optimaal correspondeert met het overeengekomen loon, de werknemer belast wordt op de wijze waarop partijen dat oorspronkelijk zijn overeengekomen en partijen het eens zijn over het feit dat dit de bedongen arbeid is? In dat geval is passende arbeid een glijdende schaal tussen de bedongen arbeid en geen enkele restverdiencapaciteit. Of kunnen passende arbeid en de bedongen arbeid naast elkaar bestaan, omdat beide een geheel andere lading dekken; de bedongen arbeid het feit dat partijen het eens zijn over het feit wat de eigen bedongen arbeid is en passende arbeid waarbij wordt voorgeschreven hoe de arbeid er inhoudelijk behoort uit te zien? Dan zou het mogelijk moeten zijn dat de passende arbeid niet bedongen is (hetgeen regelmatig het geval is), maar ook omgekeerd; dat de bedongen arbeid niet passend is? In het geval van de werknemer met stress zal hiervan mogelijk sprake geweest zijn.

Terug naar de wet. Wanneer de werknemer beperkt is en niet in staat is zijn eigen werk uit te voeren, zal de werkgever verplicht zijn de werknemer passend werk te laten verrichten⁷ en is de werknemer verplicht zijn resterende verdienmogelijkheid aan te bieden. Hij dient voldoende specifiek aan te geven waartoe hij nog in staat is en te laten blijken dat hij bereid is daadwerkelijk het passende werk te accepteren, wanneer dit wordt aangeboden.⁸ Het moet dus gaan om een reëel aanbod tot het verrichten van werk. Gedurende de tijd dat de werknemer passend werk verricht, is de werknemer geheel ongeschikt voor zijn eigen werk in de zin van artikel 7:629 BW, aangezien in het civiele recht de ongeschiktheid voor het eigen werk een ondeelbaar begrip is. Pas wanneer de werknemer geheel hersteld is en de bedongen arbeid weer volledig verricht, zal de werknemer hersteld zijn.

Wanneer echter, zoals voorheen gesuggereerd, het begrip passende arbeid een glijdende schaal is en de bedongen arbeid de ultieme vorm is van passende arbeid, dan zal er een ondeelbaar moment zijn, waarop de werknemer weer geschikt wordt en alle verplichtingen die gelden voor arbeidsongeschikte werknemers, de aparte status, niet langer van toepassing zijn.

Of – wanneer de begrippen een andere lading dekken – de werkgever en werknemer zullen zelf de vorm (bedongen arbeid) met de inhoud (passende arbeid) in overeenstemming moeten brengen; expliciet of stilzwijgend, waardoor de passende arbeid bedongen wordt.

7. Zie o.a. het arrest Van Haaren/Cehave, HR 8 november 1985, NJ 1986, 309.

8. Zie o.a. de arresten Roovers/De Toekomst, HR 3 februari 1978, NJ 1978, 248 en Vendex/Van Roosmalen, HR 17 oktober 1997, JAR 1997, 246.

De werkgever heeft voldoende belang bij het transformeren van de passende arbeid in de bedongen arbeid, gezien alle kosten en verplichtingen die uit de ziekte van een werknemer voortvloeien. Gedurende de eerste twee ziektejaren gaat het hierbij om de administratie (het plan van aanpak, het re-integratieverslag, de tussentijdse controles, de aanmelding bij het Uvw), de re-integratieverplichtingen intern of bij een andere werkgever en – afhankelijk van de overige omstandigheden van het geval – het bestaan van het opzegverbod bij ziekte. Na afloop van de twee jaar zal de vraag rijzen naar de loonaanspraak die de werknemer heeft jegens de werkgever (het loon voor het passende werk gedurende de eerste twee ziektejaren wordt gerelateerd aan het loon behorend bij de bedongen arbeid). Voor de ziekteverzuimcijfers binnen een bedrijf is het in de regel ook van belang om zo min mogelijk werknemers als arbeidsongeschikt geregistreerd te hebben staan. Voor de werknemer is het van belang om te weten of hij nog gehouden is controles van de ARBO-dienst te ondergaan en gehouden is passend werk te aanvaarden.

Wanneer hij nog als arbeidsongeschikt geregistreerd is, zal hij op enig moment de belastende WIA-keuring moeten ondergaan. Verder blijkt uit de praktijk dat werkgevers regelmatig de stelling betrekken dat de werkzaamheden van de werknemer geen loonwaarde vertegenwoordigen en slechts zijn aangeboden op arbeidstherapeutische basis. De achterliggende reden hiervoor is voor de hand liggend; wanneer de werkzaamheden geen loonwaarde vertegenwoordigen, zal het de werkgever aanzienlijk minder moeite kosten om te komen tot een einde van de arbeidsovereenkomst.

6. Passende arbeid bedongen?

Wanneer de werknemer niet de bedongen arbeid verricht, maar wel passende arbeid tegen enige loonwaarde waaraan binnen de organisatie behoefte bestaat, zal na 104 weken ziekte een eindsituatie tussen partijen zijn ontstaan, waarbij de werkgever het bij de passende werkzaamheden behorende loon betaalt en de loonbetalingsverplichting uit de oude werkzaamheden is geëindigd. Lid 12 van artikel 7:629 BW bepaalt dat de arbeidsovereenkomst onverkort in stand blijft, indien de werknemer passende arbeid verricht. Dit geldt ook, of met name, wanneer de werknemer bij een derde tewerkgesteld is in passend werk. Hieraan is wettelijk geen termijn verbonden, zodat in theorie de onwenselijke situatie zou kunnen ontstaan dat de werknemer volledig gereïntegreerd is bij een derde werkgever, doch dat er een sluimerend dienstverband blijft bestaan met de eerste werkgever. Dat kan bezwaarlijk als bevredigende eindsituatie worden gekwalificeerd.

Een mogelijke oplossing kan zijn dat partijen overeenkomen dat de passende arbeid voortaan de bedongen arbeid is, zoals eerder al gesuggereerd. Dit heeft als voordeel dat de werkgever niet langer een apart regime op de werknemer hoeft toe te passen, partijen weten waar zij aan toe zijn en wat zij van elkaar kunnen verwachten. Voor de werknemer kan een dergelijke overeenkomst het nadeel hebben dat hij geen aanspraak

meer kan maken op de bedongen arbeid en het bijbehorend salaris, mocht hij ooit weer geheel herstellen. Voor de werkgever heeft een dergelijke overeenkomst het nadeel dat een hernieuwde uitval de periode van 104 weken loondoorbetaling (in principe) opnieuw doet beginnen. Wanneer de werknemer slechts passend werk verricht, wordt hij geacht nog steeds arbeidsongeschikt te zijn. Het is dan nog maar zeer de vraag of een nieuwe periode van 104 weken begint. De werkgever heeft immers al 104 weken loon doorbetaald. Wettelijk is voor deze situatie niets geregeld, terwijl de problematiek onder de WIA, waarbij de werknemer een aanzienlijk belang heeft bij behoud van passend werk (zeker onder de loonaanvullingsregeling), waarschijnlijk alleen maar zal toenemen. Suggestie zou dan ook kunnen zijn hiervoor een aanvulling op artikel 7:629, lid 12, BW op te nemen, waarin bijvoorbeeld een op artikel 7:610 BW gestoeld rechtsvermoeden geïntroduceerd wordt. Dit weerlegbaar rechtsvermoeden zou als volgt kunnen luiden: “Het werk dat de werknemer gedurende de laatste drie maanden van de eerste 104 weken van de arbeidsongeschiktheid verricht, wordt bij het einde van de wachttijd geacht de bedongen arbeid te zijn”. Kortom, de werknemer wordt geacht de passende arbeid structureel en op basis van een overeenkomst te verrichten, wanneer hij die arbeid de laatste 3 maanden voor afloop van de 104-weeken termijn heeft verricht. Het rechtsvermoeden zou een reeds vaak bestaande en regelmatig problematische situatie reguleren en sluit voor het overige zo veel mogelijk aan bij de bestaande situatie. Wanneer de werknemer bij een derde in passende arbeid tewerkgesteld is, wordt de situatie geacht een reguliere detachering te zijn en het werk dat de werknemer verricht bij de derde, de bedongen arbeid. Partijen kunnen in dat geval de arbeidsverhoudingen arbeidsrechtelijk reguleren, zonder rekening te hoeven houden met de medische en arbeidskundige componenten; de arbeid wordt gedemedicaliseerd. Met een dergelijk rechtsvermoeden zou de cirkel rond zijn. In het zeer complexe vraagstuk rondom arbeidsongeschiktheid kan dit wellicht een kleine bijdrage leveren aan het vereenvoudigen van de verhoudingen tussen werkgever en werknemer.

13. Sollicitatieplicht en oorzakelijk verband

T. Hoogenboom

1. Oorzakelijk verband als probleem

Een a priori van alle publiekrecht is het beginsel dat oorzakelijk verband moet bestaan tussen het bestaan, handelen of nalaten van het rechtssubject en de van overheidswege voorziene reactie op dat bestaan, handelen of nalaten. Nu gaat het in juridische discussies meestal niet over de vraag of een bepaalde gebeurtenis in oorzakelijk verband staat tot bepaalde gevolgen, maar in hoeverre bepaalde gevolgen moeten worden toegerekend aan die gebeurtenis. Voor zover het handelen of nalaten van burgers betreft, kan de vraag rijzen hoe relevant de factoren zijn die alle voorkomen in de causaliteitsketen voorafgaand aan het gevolg. Al redenerend moet vanuit een veelheid van de oorzaken tot een keuze worden gekomen. Het oorzakelijk verband moet derhalve juridisch functioneel worden opgevat. Het juridische begrip oorzakelijk verband houdt, voor zover het de relatie tussen een oorzaak en een gevolg uitdrukt, daarom niet per se een natuurkundige wetmatigheid in.¹ Dit is een belangrijke constatering in het bijzonder voor de gevallen waarin een wettelijk voorgeschreven reactie volgt op het nalaten of stilzitten van iemand. In een positivistische causaliteitsopvatting staat immers een partij die een oorzakelijk verband moet bewijzen tussen het nalaten van iemand en het niet intreden van het door de wetgever gewenste gevolg, voor een bijna onmogelijke taak, omdat, ook wanneer de betrokken burger wel heeft voldaan aan de wettelijke eisen, daarmee nog niet vaststaat dat het door de wetgever gewenste resultaat bereikt wordt.

2. Oorzakelijk verband en sollicitatieplicht in de oWW

Artikel 31, eerste lid, aanhef en onder e, sub III, onder a, van de oWW schreef voor dat geen wachtgeld wordt toegekend aan de werknemer die “geacht moet worden werkloos te zijn of te blijven, doordat hij in onvoldoende mate heeft getracht arbeid te verkrijgen”.² Uit het woord “doordat” leidt de Centrale Raad van Beroep (hierna: de Centrale Raad) het vereiste van oorzakelijk verband af tussen het niet of onvoldoende ontplooiën door de betrokken verzekerde van sollicitatieactiviteiten en het ontstaan en voortduren van werkloosheid.³ Het bestaan van oorzakelijk verband werd dus opgevat als een van de voorwaarden voor het rechtmatig toepassen van deze bepaling. De term “geacht moet worden” laat intussen wel zien dat de wetgever, in artikel 31 van de oWW geen positivistische causaliteitsleer voorstaat.

1. Het oorzakelijkheidsbegrip dat nog het dichtst bij zo’n wetmatigheid in de buurt komt, vindt men in de leer van de *causa proxima*. In deze leer is de relevante oorzaak de omstandigheid die in tijd het dichtst bij het gevolg ligt. Zie over de relevantie van de causaliteitstheorieën voor het verzekeringsrecht A. Blom, *Causaliteit in het verzekeringsrecht*, diss. Rotterdam/Deventer 2006, p. 246-266.
2. Deze bepaling is ontleend aan reglementen van werklozenkassen. Zie MvT bij het ontwerp van wet, kamerstukken II, 7736.
3. CRvB 9 december 1979, RSV 1970/48.

Maar die term houdt tevens in dat de wetgever een zekere marge van onzekerheid over het bestaan van oorzakelijk verband tussen oorzaak en gevolg voor lief heeft genomen. Immers het komt nooit volledig vast te staan dat wanneer de betrokken verzekerde wel zou hebben gesolliciteerd, dit ook zou hebben geleid tot een dienstverband met de werkgever bij wie is gesolliciteerd. De betrokkene moet namelijk ook nog voldoen aan de eisen die de werkgever stelt aan een sollicitant. Bovendien, ook al zou de sollicitant aan die eisen voldoen, dan nog kan de werkgever de voorkeur geven aan een andere, bijvoorbeeld een nog meer gekwalificeerde kandidaat. Theoretisch kan een veronderstelde werkgever achteraf wel gevraagd worden of hij een bepaalde sollicitant al of niet in dienst zou hebben genomen, maar dat neemt het enigszins speculatieve van de uitkomst niet weg. Het equivalent van de in de oWW vervatte sollicitatieplicht is nu neergelegd in artikel 24, eerste lid, aanhef en onder b, ten eerste van de WW.⁴ Volgens die bepaling moet de werknemer voorkomen dat hij werkloos is of blijft, doordat hij in onvoldoende mate tracht passende arbeid te verkrijgen. Het valt onmiddellijk op dat in deze bepaling de woorden “geacht moet worden” ontbreken. Heeft dit tot gevolg dat de wetgever nu een meer positivistische benadering voorstaat, die de kennistheoretische leemte bij het vaststellen van het oorzakelijk verband relativeert of zelfs teniet doet? De Centrale Raad beantwoordt deze vraag ontkennend. Uit de tekst noch uit de ontstaansgeschiedenis van artikel 24 van de WW kan volgens de Centrale Raad de conclusie worden getrokken dat de wetgever het causaliteitsvereiste heeft willen aanscherpen ten opzichte van de vergelijkbare bepaling in de oWW. In de huidige WW heeft de wetgever ernaar gestreefd een zo concreet mogelijke en positieve omschrijving te formuleren van de medewerkingsverplichtingen van de werknemer. Het moet er volgens de Centrale Raad dan ook voor worden gehouden dat het niet langer voorkomen van de woorden “geacht moet worden” in de huidige tekst uitsluitend zijn oorzaak vindt in de omstandigheden dat de wetgever dezelfde inspanningsverplichting, die uit de vroegere wettekst impliciet voortvloeide, thans expliciet als zodanig heeft willen formuleren.⁵ Die leemte blijft partijen en rechter nog immer parten spelen bij het bepalen of is voldaan aan de voorwaarden voor het toepassen van een maatregel, zoals die van het opleggen van een korting op de uitkering wegens het in onvoldoende mate trachten passende arbeid te verkrijgen.

4. Zoals dat luidde tot 1 oktober 2006.

5. CRvB 14 mei 1991, LJN ZB1639, RSV 1991/224.

3. Onzekerheid troef

Het bestaan van deze leemte in de precieze kennis omtrent oorzaak en gevolg, leidend tot feitelijke en rechtsonzekerheid, wordt in procedures menigmaal door de verzekerde als argument ingezet. Dit betekent dat de rechter daarop een antwoord moet hebben.

Moge de vraag naar oorzaak en gevolg en de uitwerking daarvan in de praktijk in de filosofische literatuur een prominente plaats innemen, zoals meestal het geval is in de rechtspraak staat de rechter niet op een abstract theoretisch niveau stil bij dit soort vragen en zoekt hij naar een aanvaardbare oplossing voor het aan hem voorgelegde geschil, waarbij recht wordt gedaan aan – het doel van – de algemeen verbindende regeling en het daarop gebaseerde bestuursbeleid enerzijds en de eisen die de rechtsbescherming van de burger stellen anderzijds. Ter ere van Henk van Leeuwen, die zich sterk interesseert voor rechtsvindingskwesaties, problematiseer ik de oplossingen die de Centrale Raad heeft gekozen om deze kennistheoretische leemte, die deze onzekerheid blijft produceren, te neutraliseren. Ik doe dat aan de hand van de jurisprudentie van de Centrale Raad en ik maak tot slot ter vergelijking een uitstapje naar het burgerlijk recht en het strafrecht. Daarbij blijf ik de wettelijke vormgeving van de verplichting sollicitatieactiviteiten te ontplooiën als representatief probleem hanteren.

4. De kwestie van het oorzakelijk verband verschijnt als een bewijslast-probleem

In de kern houdt de bevoegdheid van het uitvoeringsorgaan van de sociale verzekering met betrekking tot de sollicitatieplicht in dat een korting op de uitkering (vroeger kon, thans:) moet worden opgelegd als de betrokkene geen of onvoldoende sollicitatieactiviteiten heeft verricht en daardoor werkloos is geworden of gebleven.⁷ De vraag of een bepaald oorzakelijk verband aanwezig is, verschijnt veelal als bewijsprobleem nadat een maatregel is opgelegd. In die situatie zal degene die de maatregel wil aantasten beweren dat het geen zin had om sollicitatieactiviteiten te ontplooiën omdat er bijzondere omstandigheden waren die het solliciteren belemmerden. Er werden bijvoorbeeld geen banen aangeboden of ook al zou hij hebben gesolliciteerd dan nog zou hij niet zijn aangenomen en dus kan hem niet worden verweten dat de werkloosheid niet is voorkomen of opgeheven. Vaak wordt daarbij gewezen op ongunstige factoren, zoals een te hoge leeftijd of een eenzijdig dan wel juist te veelkleurig arbeidsverleden. Dan rijst de vraag wie aannemelijk dient te maken dat, ook al staat vast dat er in onvoldoende mate is getracht arbeid te verkrijgen, het intreden of voortduren van de werkloosheid niet of niet uitsluitend het gevolg is van factoren die de betrokkene niet in de hand heeft of die hem niet mogen worden toegerekend.

6. Zie voor een adequaat overzicht R. Groff (red.), *Revitalizing Causality. Realism about Causality in Philosophy and Social Science*, Oxford etc., 2006. Een interessante zienswijze op de causaliteit vanuit de evolutionaire leer geeft Chr. Buskes, *Evolutionair denken; de invloed van Darwin op ons wereldbeeld*, Amsterdam, 2006, p 248-249 en 251.

7. Artikel 24, eerste lid, aanhef en onder b, ten eerste, van de WW in verbinding met artikel 27, derde lid, van de WW.

De Centrale Raad heeft in de loop van de tijd deze kwestie in een zich geleidelijk ontwikkelende lijn opgelost. Aangezien het erom gaat vast te stellen of de betrokken verzekerde door zijn – in het wettelijk stelsel genormeerde – handelen of nalaten zijn toestand van werkloze werknemer heeft veroorzaakt of gecontinueerd, moet idealiter eerst worden vastgesteld of hij al of niet aan de wettelijke norm heeft voldaan. Luidt het antwoord ontkennend, dan moet worden bepaald of die overtreding *conditio sine qua non* is voor het gevolg van, althans geacht moet worden debet te zijn aan, het ontstaan of voortduren van de werkloosheid. De wet bevat geen maatstaf voor de vraag wanneer een verzekerde in onvoldoende mate heeft getracht passende arbeid te verkrijgen. De Centrale Raad heeft onder de oWW de vraag of de werknemer aan het desbetreffende voorschrift had voldaan beantwoord aan de hand van het doel van de oWW, dat ertoe strekt een verzekering te bieden tegen de gevolgen van onvrijwillige werkloosheid.⁸ Derhalve is het volgens de Centrale Raad de vraag of de betrokken verzekerde in zodanige mate heeft getracht arbeid te verkrijgen dat te zijnen aanzien nog kon worden gesproken van een geëffectueerd risico van onvrijwillige werkloosheid. Oorzaak en gevolg zijn in deze benadering enigszins tautologisch ineengeschoven.

In andere uitspraken wordt een duidelijker onderscheid gemaakt in het overtreden van het voorschrift enerzijds en het gevolg anderzijds. Het is vaste rechtspraak van de Centrale Raad geworden dat een oorzakelijk verband tussen het niet nakomen van de verplichting door de verzekerde en het ontstaan of voortduren van werkloosheid niet met onomstotelijke bewijzen door het uitvoeringsorgaan behoeft te worden aangetoond. Twijfel of een dergelijke samenhang zich voordoet kan volgens de Centrale Raad in het algemeen niet ten voordele van de verzekerde gelden, nu dergelijke onzekerheid veelal juist het gevolg is van het feit dat deze verwijtbaar tekort is geschoten.⁹ Iemand die aan het studeren was voor diploma machinist voor de kustvaart zei geen tijd te hebben om te solliciteren. Dat deed hij dan ook niet. Het stond dus vast dat de student de norm had overtreden. De Centrale Raad overweegt vervolgens dat enige onzekerheid bestaat met betrekking tot het antwoord op de vraag, of en zo ja in welke mate een oorzakelijk verband heeft bestaan tussen het onvoldoende pogen enerzijds en het voortduren van de werkloosheid anderzijds. Deze onzekerheid hangt echter nauw samen met de door de betrokkene tijdens zijn werkloosheid gevolgde gedragslijn en die onzekerheid kan daarom niet ten voordele van de betrokkene strekken.¹⁰ Dit is een tamelijk eenvoudige en overtuigende lijn die het in de jurisprudentie lang heeft uitgehouden. Eerst wordt bekeken of de betrokkene, gezien vanuit de toepassing van de WW, verwijtbaar in onvoldoende mate heeft getracht arbeid te verkrijgen.

8. CRvB 8 december 1964, RSV 1965/11.

9. CRvB 10 januari 1984, RSV 1984/90.

10. CRvB 30 oktober 1959, RSV 1959/253; zo ook CRvB 29 november 1966, RSV 1967/28; CRvB 2 juli 1968, RSV 1968/171; CRvB 7 november 1969, RSV 1970/27; CRvB 30 december 1969, RSV 1970/76; zie ook CRvB 22 maart 1983, RSV 1983/154.

In het bevestigende geval is de norm geschonden. Dan wordt vastgesteld dat je “natuurlijk” nooit zeker weet of wanneer dit niet het geval zou zijn geweest, betrokkene wel een baan zou hebben gevonden, maar dat die onzekerheid voor risico van de betrokkene blijft. Deze vorm van redeneren laat de mogelijkheid van tegenbewijs door de betrokken verzekerde onverlet.¹¹ Die lijn komt ook duidelijk naar voren in het geval van iemand die na een vakantie ongeoorloofd in het buitenland was gebleven en van daaruit in het geheel niet had gesolliciteerd. Hij voerde aan dat er geen of nauwelijks passende arbeid voorhanden was. Ook in deze zaak was de Centrale Raad van oordeel dat, nu de betrokkene meer dan twee maanden uit Nederland afwezig is geweest, hij moet worden geacht werkloos te zijn gebleven doordat hij in onvoldoende mate heeft getracht arbeid te verkrijgen. Indien twijfel zou bestaan, of betrokkene, indien hij eerder was teruggekeerd en weer voor de Nederlandse arbeidsmarkt beschikbaar was geweest, hij op korte termijn passend werk zou hebben gevonden, moet die twijfel voor rekening en risico van hem worden gelaten.¹² Dat risico is echter niet onbegrensd. Als in de persoonlijke omstandigheden van de betrokkene factoren zijn aan te wijzen die er inderdaad op duiden dat pogingen om aan het werk te komen wegens die omstandigheden illusoir zijn, blijven de gevolgen niet voor zijn rekening. In het geval van een verzekerde die ten gevolge van aangeboren degeneratieve voetafwijkingen slecht liep, na een ongeval een niet geconsolideerde middelvoetfractuur had opgelopen en ook nog eens een misvormde rechterhand had omdat delen van de derde, vierde en vijfde vinger na een ongeval waren geamputeerd, sprak de raad van beroep weliswaar twijfel uit over de bemiddelbaarheid maar oordeelde tevens dat die twijfel onder de gegeven omstandigheden niet ten voordele van betrokkene kon strekken. Dat ging de Centrale Raad te ver. Hij oordeelde dat de duidelijk waarneembare en op het oog ook tamelijk ernstig aandoende defecten, de persoon van de betrokkene en zijn status van gastarbeider mede in aanmerking genomen, potentiële werkgevers zo weinig aanmoedigden betrokkene (ook voor arbeid die hij naar medisch oordeel nog kon doen) in dienst te nemen, dat het de realiteit geweld zou aandoen te veronderstellen, dat betrokkene, indien hij wel in voldoende mate had getracht arbeid te verkrijgen, ook maar enige kans zou hebben gehad daarin te slagen.¹³

Een enkele uitzondering daargelaten, zoals het geval van de verzekerde met de ernstige lichamelijke klachten, is de rechtspraak van de Centrale Raad deze dat voorop blijft staan dat twijfel over de aanwezigheid van oorzakelijk verband niet ten voordele van de betrokkene verzekerde kan werken indien eenmaal vaststaat dat deze de norm heeft geschonden.

11. Zoals blijkt uit CRvB 9 december 1969, RSV 1970/48.

12. CRvB 12 februari 1980, RSV 1980/144; CRvB 16 februari 1982, RSV 1982/142.

13. CRvB 3 juni 1980, RSV 1980/273.

5. Verfijning van de causaliteitseis

De Centrale Raad verfijnt deze rechtspraak in 1984.¹⁴ Een werkneemster kreeg half december 1981 per 1 februari 1982 ontslag ten gevolge van het opheffen van haar arbeidsplaats. Zij had als werkzoekende bij het arbeidsbureau ingeschreven gestaan van 29 april 1980 tot 4 november 1981. Zij had echter verzuimd haar inschrijvingskaartje per die datum in te sturen. Vervolgens had zij ingeschreven gestaan sedert 11 januari 1982. Met ingang van 18 maart 1982 vond zij weer werk. Haar werd per 1 februari 1982 uitkering ingevolge de oWW geweigerd onder andere omdat zij in onvoldoende mate had getracht passende arbeid te verkrijgen. De Centrale Raad ziet in deze casus aanleiding uiteen te zetten hoe naar zijn oordeel het systeem van artikel 31, eerste lid, onder e, III, van de oWW in elkaar zit. Een op dat artikel gebaseerde weigering moet haar rechtvaardiging vinden in de aanwezigheid van twee elementen: in de eerste plaats een verwijtbaar nalaten van de verzekerde en vervolgens een zekere causale samenhang tussen dat nalaten en (het voortduren van) de werkloosheid. De verwijtbaarheid van de betrokkene wordt door de Centrale Raad vervolgens gezien tegen de achtergrond van haar arbeidsleven. De Centrale Raad memoreert dat betrokkene sinds het eind van haar schoolgaande periode vrijwel continu als werkzoekende bij het arbeidsbureau ingeschreven heeft gestaan met uitzondering van de periode van 8 november 1981 tot 11 januari 1982. Dat betrokkene na de aanzegging van het ontslag en voor het intreden van werkloosheid niet of nauwelijks heeft gesolliciteerd, zou alleen dan kunnen worden gekwalificeerd als “in onvoldoende mate trachten arbeid te verkrijgen” indien ook maar enigszins aannemelijk is dat in genoemde periode in (of in de omgeving van) de woonplaats van de betrokkene sprake was van openstaande arbeidsplaatsen waar betrokkene toen op had kunnen reflecteren. Naar het oordeel van de Centrale Raad is uit de gedingstukken, waaronder informatie van het arbeidsbureau, veeleer het tegendeel aannemelijk geworden.¹⁵ Desondanks is betrokkene vooral na de aanvang van haar werkloosheid op eigen initiatief diverse bedrijven langs gegaan met de vraag of er werk voor haar was en heeft zij zelfs een advertentie geplaatst waarin zij zich voor werk aanbood. Al met al kon de Centrale Raad tot geen andere conclusie komen dan dat de betrokkene slechts verweten kon worden dat zij zich niet direct na de ontslagaanzegging weer bij het arbeidsbureau heeft laten inschrijven. Vervolgens onderzoekt de Centrale Raad of er een genoegzame causale samenhang is tussen hetgeen aan de betrokkene viel te verwijten en het bestaan of voortbestaan van haar werkloosheid. De Centrale Raad herhaalt dat het vaste rechtspraak is dat een dergelijk causaal verband door het uitvoeringsorgaan niet met onomstotelijke bewijzen behoeft te worden aangetoond. Twijfel of die samenhang zich voordoet, kan immers in het algemeen niet ten voordele van de verzekerde gelden, nu dergelijke onzekerheid veelal juist het gevolg is van het feit dat deze verwijtbaar is tekortgeschoten.

14. CRvB 10 januari 1984, RSV 1984/90.

15. Zie echter reeds CRvB 30 oktober 1959, RSV 1959/253; met betrekking tot de kans dat iemand werk zou kunnen krijgen, zegt de CRvB: “kunnende in ieder geval niet worden gezegd, dat die kans zodanig gering was, dat deze valt te verwaarlozen.”; zie ook J. Riphagen in zijn noot onder CRvB 24 april 1984, RSV 1985/69.

Anderzijds zal de tekst en de strekking van de desbetreffende bepaling van de oWW geweld worden aangedaan indien bij ieder verwijtbaar nalaten van een verzekerde zonder enige argumentatie en ongeacht de feitelijke omstandigheden een causale samenhang met (het voortduren van) de werkloosheid voorondersteld zal worden. Naar het oordeel van de Centrale Raad zal van een voor rekening van de betrokkene te laten onzekerheid daarom slechts dan sprake kunnen zijn, indien de verzekerde – ware er geen sprake geweest van een onder de wettelijke omschrijving vallende nalatigheid – ten minste een meer dan hypothetische kans zou hebben gehad passende arbeid te verkrijgen. Op grond van informatie van het arbeidsbureau, waaruit bleek dat er toen maar één vacature was, waarvoor de dame in kwestie waarschijnlijk niet in aanmerking kwam, achtte de Centrale Raad het in strijd met de realiteit aan te nemen dat betrokkene, indien zij zich reeds half december 1981 bij het arbeidsbureau had laten inschrijven, erin geslaagd zou zijn eerder dan op 18 maart 1982 ander werk te vinden. Deze uitspraak betekent in zoverre een verfijning dat, indien de premisse zich voordoet, het oorzakelijk verband slechts aanwezig wordt geacht indien voor de verzekerde een ten minste meer dan hypothetische kans zou hebben bestaan passende arbeid te verkrijgen.¹⁶ Deze uitspraak luidt een periode in waarin in procedures partijen veelal strijden om de vraag of voor de verzekerde een meer dan hypothetische kans zou hebben bestaan passende arbeid te verkrijgen. Daarbij neemt de betrokkene verzekerde niet zelden het standpunt in dat het op grond van de – sedert 1 januari 1994 wettelijke – verplichting besluiten zorgvuldig voor te bereiden het aan het uitvoeringsorgaan is om aan te tonen dat die kans aanwezig was.¹⁷

6. Het Besluit sollicitatieplicht werknemers WW

Sedert 1 april 1998 is het “Besluit sollicitatieplicht werknemers WW”¹⁸ van toepassing.¹⁹ In deze beleidsregel zijn de maatstaven neergelegd die het uitvoeringsorgaan toepast ter bepaling of iemand al of niet in onvoldoende mate heeft getracht passende arbeid te verkrijgen. Van een werkloze werknemer wordt verlangd dat hij gemiddeld per vier weken vier concrete sollicitatieactiviteiten verricht.²⁰ Deze beleidsregel heeft de Centrale Raad niet in strijd geacht met een juiste toepassing van artikel 24, eerste lid, aanhef en onder b, ten eerste, van de WW.²¹ Bij het niet nakomen van de verplichting één concrete sollicitatie per week te verrichten, mag volgens de Centrale Raad in beginsel zelfs worden uitgegaan van het bestaan van een causaal verband tussen de mate waarin de betrokkene heeft gesolliciteerd en het bestaan of voortduren van de werkloosheid, in die zin dat er bij het voldoen aan de gestelde norm een meer dan louter hypothetische kans had bestaan om passende arbeid te verkrijgen.²²

16. CRvB 21 juli 1998, LJN AL0903, RSV 1998/268; CRvB 14 november 2001, LJN AD7121, USZ 2002/20, RSV 2002/53.

17. CRvB 1 september 2004, LJN AR2257, RSV 2005/5.

18. Dit besluit is thans vervangen door het “Besluit sollicitatieplicht werknemers WW 2007”.

19. Regeling van het Landelijk instituut sociale verzekeringen, van 7 januari 1998, Stcrt. 1998, 22.

20. Sedert 1 augustus 2003, daarvoor was de maatstaf ten minste één sollicitatieactiviteit per week.

21. CRvB 16 mei 2001, LJN AE8626, RSV 2001/181; CRvB 25 oktober 2000, LJN ZB9001, RSV 2001/10.

22. CRvB 16 mei 2001, LJN AE8626, RSV 2001/181; CRvB 22 mei 2002, LJN AE6606, USZ 2002/225; CRvB 1 september 2004, LJN AR2257, RSV 2005/5; CRvB 15 december 2004, LJN AR8519, USZ 2005/97.

Dit standpunt van de Centrale Raad betekent niet dat aan de discussies in de rechtszaal een einde is gekomen over het al of niet bestaan van een oorzakelijk verband tussen het gedrag van betrokkene en het voortduren van werkloosheid. Het “Besluit sollicitatieplicht werknemers WW” zelf vermeldt dat persoonlijke omstandigheden van de betrokkene verzekerde in ogenschouw moeten worden genomen en op grond van artikel 3:2 van de Awb blijft uiteraard op het uitvoeringsorgaan de rechtsplicht rusten om bij de voorbereiding van een besluit, leidend tot het opleggen van een maatregel, de nodige kennis te vergaren omtrent de relevante feiten. Onder deze feiten zijn er natuurlijk die welke van belang zijn voor de vraag of het door de wettelijke bepaling gevorderde oorzakelijk verband aanwezig moet worden geacht.²³

7. Verdere verfijning van jurisprudentie van de Centrale Raad

De Centrale Raad heeft recentelijk aanleiding gezien zijn jurisprudentie te verduidelijken, nu hem was gebleken dat “deze kan worden misverstaan”.²⁴ Een werkloze werknemer had niet voldaan aan de voor hem geldende eis van één concrete sollicitatieactiviteit per week. Er werd een maatregel op zijn uitkering toegepast door het uitvoeringsorgaan. De rechtbank achtte deze maatregel in strijd met artikel 3:2 van de Awb. Nu het ging om een werknemer van 57 jaar oud, die een verouderde opleiding en een specialistisch arbeidsverleden had, die in verband met de korte duur van zijn werkloosheid ook nog zekere eisen mocht stellen aan aard en niveau van de te accepteren arbeid en die bovendien gedurende een aantal uren per week een eigen bedrijf runde, achtte de rechtbank niet op voorhand aannemelijk dat er een causaal verband bestond tussen de mate waarin de werknemer had gesolliciteerd en het bestaan of voortduren van de werkloosheid. Het had volgens hem dan ook op weg van het uitvoeringsorgaan gelegen om nader onderzoek te verrichten of zich “potentiële” voor de werknemer passende functies voordeden en op die wijze vast te stellen of aan de causaliteitseis is voldaan. De Centrale Raad was het met deze redenering niet eens. Na op zijn vaste jurisprudentie te hebben gewezen overweegt hij dat volgens deze jurisprudentie ten aanzien van de werkloze werknemer in beginsel mag worden aangenomen dat met het verrichten van voldoende sollicitatieactiviteiten de kans toeneemt dat arbeid wordt verkregen en dat daarmee het werkloosheidsrisico wordt verkleind. Het is deze vooronderstelling die de grondslag vormt voor de sollicitatieplicht. Indien, zo vervolgt de Centrale Raad, gelet op uitzonderlijke individuele omstandigheden, moet worden aangenomen dat deze vooronderstelling en de uitwerking daarvan in de vorm van de sollicitatieplicht voor een betrokkene niet opgaat, kan niet worden geoordeeld dat deze betrokkene de verplichting van artikel 24, eerste lid, aanhef en onder b, ten eerste, van de WW niet is nagekomen en mag het uitvoeringsorgaan geen maatregel opleggen. In zo’n uitzonderlijke situatie heeft die vooronderstelling, gelet op de persoon en de positie van de betrokkene op de arbeidsmarkt, nog slechts een hypothetisch karakter.

23. CRvB LJN AN9602, USZ 2003/347.

24. CRvB 25 januari 2006, LJN AV1635, USZ 2006/105, nt. red, RSV 2006/141; CRvB 25 januari 2006, LJN AV1632, USZ 2006/106, RSV 2006/142.

De Centrale Raad is van oordeel dat het uitvoeringsorgaan in beginsel ten aanzien van een werkloze werknemer van de juistheid van die vooronderstelling mag uitgaan en derhalve niet is gehouden de juistheid ervan te onderbouwen. Dat is slechts anders in het geval de voorhanden zijnde gegevens er in genoegzame mate op wijzen dat die vooronderstelling niet kan worden gehanteerd, dan wel in het geval een betrokkene, gelet op diens persoonlijke omstandigheden en positie op de arbeidsmarkt, zich op het standpunt stelt dat de in artikel 24, eerste lid, aanhef en onder b, ten eerste, van de WW neergelegde verplichting niet voor hem zou gelden en deze betrokkene de stelling dat meergenoemde vooronderstelling ten aanzien van hem niet kan worden gehanteerd, genoegzaam aannemelijk heeft gemaakt. In het onderhavige geval was dit niet aan de orde. Een andere eveneens door de Centrale Raad in die uitspraak beantwoorde vraag is of, indien een werkloze werknemer niet heeft voldaan aan de sollicitatieplicht, er voldoende grond is om te oordelen dat het niet-nakomen van deze verplichting hem niet kan worden verweten omdat er geen aanbod van passende arbeid was waarop de betrokkene kon en behoorde te solliciteren. Bij de beantwoording van deze vraag gaat het om het al dan niet aanwezig zijn in de in geding zijnde periode van aanbod van voor de betrokkene passende arbeid. Het uitvoeringsorgaan dient, in het geval een werkloze werknemer stelt dat er voor hem geen aanbod van passende arbeid voorhanden was, vast te stellen of deze stelling aannemelijk is te achten. Zo ja, dan kan het uitvoeringsorgaan de betrokkene het niet nakomen van de verplichting slechts dan tegenwerpen, wanneer het het bestaan van voldoende vacatures in de ten aanzien van de betrokkene in aanmerking te nemen passende arbeid genoegzaam heeft aangetoond.²⁵ Deze jurisprudentie legt, ervan uitgaande dat de werknemer zijn verplichting om in voldoende mate te solliciteren niet is nagekomen, sterk het accent op de gehoudenheid van de betrokken verzekerde zijn stelling dat passende arbeid niet voorhanden is te onderbouwen indien die stelling niet zonder meer aannemelijk is.

8. Is de jurisprudentie van de Centrale Raad de uitdrukking van een algemener rechtsbeginsel?

Grote voorzichtigheid is geboden bij vergelijkingen van bestuursrechtelijke vondsten met hetgeen uit burgerrechtelijke en strafrechtelijke jurisprudentie naar voren komt. De bewijspositie van partijen in het bestuursrechtelijke proces verschilt te zeer van die in de andere twee genoemde rechtsgebieden, die onderling ook weer sterk verschillen qua bewijslastregels. Toch doet de beschreven jurisprudentie van de Centrale Raad denken aan de wijze waarop de Hoge Raad de zogenoemde omkeringsregel hanteert. In die zin was de jurisprudentie van de Centrale Raad, in het bijzonder die tot en met 1984, waarin die Raad betrekkelijk weinig woorden nodig had voor zijn oordeel over de causaliteit, opmerkelijk modern. De omkeringsregel in het burgerlijk recht is een regel van bewijslastverdeling.

25. Zo ook CRvB 24 mei 2006, LJN AX8871, USZ 2006/226 en CRvB 24 september 2006, LJN AY9759.

Zij houdt in dat, indien door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven en dat het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, is om te stellen en de bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan. In de rechtspraak van de Hoge Raad wordt tot uitdrukking gebracht dat op grond van een bijzondere, uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende regel een uitzondering dient te worden gemaakt op de hoofdregel dat hij die stelt ook moet bewijzen, in dier voege dat het bestaan van causaal verband (in de zin van *conditio sine qua non* verband) tussen de onrechtmatige gedraging of tekortkoming en het ontstaan van schade wordt aangenomen, tenzij degene die wordt aangesproken bewijst of aannemelijk maakt dat de bedoelde schade ook zonder die gedraging of tekortkoming zou zijn ontstaan.²⁶ Voor het maken van deze uitzondering is alleen plaats als het gaat om schending van een norm die ertoe strekt een specifiek gevaar terzake van het ontstaan van schade bij een ander te voorkomen en als dit gevaar door de normschending in aanmerkelijke mate wordt vergroot. In dat geval is het immers, gelet op de bescherming die een dergelijke norm beoogt te bieden, redelijk, behoudens tegenbewijs, ervan uit te gaan dat, als het specifiek gevaar waartegen de norm beoogt te beschermen, zich heeft verwezenlijkt, zulks een gevolg moet zijn geweest van deze normschending. Vereist is dus dat komt vast te staan dat sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm, welke norm strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar terzake van het ontstaan van schade, en dat degene die zich op schending van deze norm beroept, ook bij betwisting aannemelijk maakt dat in het concrete geval het (specifieke) gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt. Dat de Hoge Raad spreekt van een uitzondering maakt niet de vergelijking met het door mij behandelde bestuursrechtelijke probleem ongeldig. Het gaat weliswaar om een uitzondering maar deze heeft nu juist betrekking op de vrij veel voorkomende algemene situatie waarin een bepaalde norm wordt geschonden die erop is gericht een bepaald gevaar te voorkomen of beteugelen. Vertaald naar de sollicitatiekwestie: de geschonden norm, de verplichting in voldoende mate trachten passende arbeid te verkrijgen, dient ervoor het ontstaan of laten voortbestaan van werkloosheid te voorkomen. Nu die norm is geschonden en de werkloosheid is ontstaan of zich continueert, mag in beginsel van oorzakelijk verband worden uitgegaan tussen het nalaten van de betrokkene en dat ontstaan of zich continueren van werkloosheid.

26. HR 26 januari 1996, LJN AD2476, NJ 1996, 607 (Dicky Trading II); HR 29 november 2002, LJN AE 7351, NJ 2004, 305 (Kastelijn/Achtkarspelen); zie ook HR 25 november 2005, LJN AU4042, NJ 2007, 141 (Eurosportief/Wesselink).

Interessant ook is een vergelijking met het strafrecht waarin de omkeringsregel zich soms eveneens lijkt voor te doen. In het strafrecht wordt eveneens de leer van de toerekening naar redelijkheid gehanteerd.²⁷

Daar was het geval van de verdachte die was veroordeeld wegens het “opzettelijk iemand tot wiens onderhoud, verpleging en verzorging hij krachtens de wet verplicht is, in hulpeloze toestand laten, terwijl het feit de dood tengevolge heeft”, waarop de artikelen 255 en 257 Wetboek van Sr zien. In het bijzonder werd de verdachte verweten niet tijdig een arts te hebben ingeschakeld waardoor zijn pas twee maanden oude kind, dat eerder hersenletsel had opgelopen, ter zake waarvan geen veroordeling van de verdachte is gevolgd, is overleden. De Hoge Raad stelt voorop dat de artikelen 255 en 257 Sr er onder meer toe strekken de lichamelijke gezondheid en het leven van hulpbehoevenden te beschermen.

Verder stelt de Hoge Raad vast dat de verdachte, hoewel zijn zoontje in de bewezen verklaarde periode in toenemende mate ernstige ziekteverschijnselen vertoonde, gedurende die periode heeft nagelaten adequate medische hulp in te roepen. Dan onderschrijft de HR de overwegingen van het gerechtshof dat op grond daarvan heeft geoordeeld dat de verdachte het gevaar dat zijn zoontje zou komen te overlijden – welk gevaar zich heeft verwezenlijkt – in zodanige mate heeft verhoogd dat dat overlijden redelijkerwijs aan de verdachte kan worden toegerekend, als gevolg van diens nalaten tijdig adequate medische hulp in te roepen. De verdachte had voorts aangevoerd dat voor het aannemen van het oorzakelijk verband tussen het bewezen verklaarde nalaten van de verdachte en de dood van zijn zoontje de mogelijkheid dat het slachtoffer ook bij tijdige inschakeling van medische hulp zou zijn overleden, uitdrukkelijk door het gebezigde bewijsmateriaal zou moeten worden uitgesloten. Dit betoog kan volgens de HR niet als juist worden aanvaard.²⁸ In zijn noot onder dit arrest ziet Knigge het belang ervan gelegen in het feit dat de HR zich niet waagt aan een hypothese of voorspelling over wat er met het kind zou zijn gebeurd als de vader er wel tijdig een arts bij zou hebben gehaald. Het enkele feit dat het verzuim het risico van overlijden (in een bepaalde mate) heeft vergroot, vormt, nu het risico zich heeft verwezenlijkt, voldoende reden om oorzakelijk verband aan te nemen. Ook hier is een norm geschonden die ertoe strekt een specifiek gevaar terzake van het ontstaan van schade bij een ander te voorkomen. Ook hier heeft het gevaar zich gerealiseerd en dus wordt het causaal verband aanwezig geacht, uiteraard wederom behoudens tegenbewijs. De vraag vervat in de titel van deze paragraaf kan bevestigend worden beantwoord gezien de behandelde jurisprudentie van de Centrale Raad en die van de Hoge Raad.

27. HR 12 september 1978, LJN AC2616, NJ 1979, 60, nt. Th.W.v.V. (longembolie); HR 23 december 1980, LJN AC7087, NJ 1981, 534, nt. G.E.M.(aorta-perforatie); HR 26 november 1985, LJN AC9121, NJ 1986, 368; HR 30 maart 2004, LJN AO3231; HR 20 september 2005, LJN AT8303, NJ 2006, 86. Voor kritiek op het hanteren van de toerekening naar redelijkheid, zie N.J.M. Kwakman, De causaliteit in het strafrecht. Het vereiste van *conditiosine qua non* als enige bruikbare criterium, in: NJB 2007, p. 992-999; zie echter al eerder de annotatie in NJ 1981, 534.

28. HR 30 september 2003, LJN AF9666, NJ 2005, 69, nt. Knigge (Battered child).

9. Slot

De jurisprudentie van de Centrale Raad over het oorzakelijk verband tussen het niet of niet volledig voldoen aan de sollicitatieplicht en het ontstaan of voortduren van werkloosheid, heeft zich vanuit een aanvankelijk rudimentair geformuleerd maar nog steeds in acht genomen procesrechtelijk beginsel ontwikkeld. Dat beginsel houdt in dat, indien aan de sollicitatieplicht niet is voldaan het niet zonder meer aan het uitvoeringsorgaan is om aan te tonen dat daardoor de werkloosheid is ontstaan of voortduurt. Die jurisprudentie voegt zich in een meer algemene jurisprudentiële ontwikkeling met betrekking tot de bewijslastverdeling ten aanzien van het causale verband tussen het schenden van een specifieke norm en een bepaald gevaar dat zich heeft verwezenlijkt. Het moet dan gaan om schending van een norm die ertoe strekt een specifiek gevaar terzake van het ontstaan van schade bij een ander te voorkomen en aannemelijk moet zijn dat dit gevaar door de normschending in aanmerkelijke mate wordt vergroot. In dat geval is het gelet op de bescherming die een dergelijke norm beoogt te bieden, redelijk, behoudens tegenbewijs, ervan uit te gaan dat, als het specifiek gevaar waartegen de norm beoogt te beschermen, zich heeft verwezenlijkt, zulks een gevolg moet zijn geweest van deze normschending.

14. De activerende werking van de Werkloosheidswet

A.W.M. van Bommel

1. Inleiding

In het socialezekerheidsstelsel heeft van oudsher het bieden van inkomensbescherming voorop gestaan. Zo biedt de WW een verzekering voor werknemers tegen de geldelijke gevolgen van werkloosheid. Het afgelopen decennium is het accent in de sociale zekerheid verschoven van inkomensbescherming naar activering en re-integratie. Daarbij valt te denken aan de Wvp, de WWB en de nieuwe WIA. In deze wetten zijn diverse maatregelen getroffen die erop zijn gericht het beroep op de sociale zekerheid te verminderen en terugkeer in het arbeidsproces te bevorderen.

Deze accentverschuiving zien we ook in de Wet wijziging WW-stelsel en ontslagrecht,¹ waarbij de WW ingrijpend is gewijzigd. Blijkens de MvT² streeft de regering met deze wet een vierledige doelstelling na. De wijzigingen maken de WW meer activerend, dat wil zeggen meer gericht op uitstroom uit de WW naar betaalde arbeid. De wet beoogt tevens een bijdrage te leveren aan een beter preventiebeleid. De verantwoordelijkheid voor employability van werknemers en voor werkloosheidspreventie ligt in hoofdzaak bij werkgevers en sociale partners; de voorgestelde maatregelen bevorderen dat deze partijen hun verantwoordelijkheid daadwerkelijk nemen. Voorts wordt beoogd met deze wet een versoepeling van de ontslagpraktijk te bewerkstelligen. Als tussen partijen overeenstemming bestaat over de beëindiging van hun arbeidsovereenkomst dienen de WW en het ontslagrecht daarvoor geen onnodige belemmeringen op te werpen. Ten slotte wil de regering met deze wet de uitvoering van de WW vereenvoudigen en de regeling inzichtelijker maken voor werkgevers en werknemers. Hieruit blijkt dat de activerende werking een belangrijke doelstelling vormt van de wet.

De regering kiest voor twee typen maatregelen om de activerende werking in het nieuwe WW-stelsel te bevorderen. Enerzijds wordt gekozen voor een wijziging van de polisvoorwaarden³ van de WW. Anderzijds zijn maatregelen getroffen om de re-integratie aanpak te verbeteren. Dit artikel bevat een beschrijving van deze maatregelen. Tevens wordt gezien welke gevolgen deze maatregelen hebben voor oudere werknemers, omdat bij hen het meest duidelijk blijkt dat de doelstelling van activerende werking kan botsen met het oorspronkelijke doel van de WW om inkomensbescherming te bieden bij werkloosheid.

1. Stb. 2006, 303.

2. TK 2005-2006, 30 370, nr. 3, p. 7.

3. De term polisvoorwaarden wordt in de kamerstukken gehanteerd en om die reden ook hier gebruikt.

2. Wijziging van de polisvoorwaarden

De wijzigingen in de polisvoorwaarden hebben betrekking op het systeem, de hoogte en de duur van de uitkering. Voor een goed begrip eerst een kort overzicht van het oude systeem van de WW. Eén van de ontstaansvoorwaarden voor het recht op WW-uitkering betreft de eis dat de werknemer in de 39 weken (met ingang van 1 maart 2006: 36 weken⁴) onmiddellijk voorafgaande aan de eerste dag van werkloosheid in ten minste 26 weken als werknemer arbeid heeft verricht (referte-eis). In dat geval maakte men voorheen aanspraak op een kortdurende uitkering. De duur van deze kortdurende uitkering bedroeg zes maanden; de hoogte van deze uitkering bedroeg 70% van het wettelijke minimumloon. Indien de werkloze werknemer daarnaast kon aantonen dat hij in de periode van vijf kalenderjaren onmiddellijk voorafgaande aan het jaar waarin zijn eerste werkloosheidsdag was gelegen in ten minste vier kalenderjaren over 52 of meer dagen per jaar loon had ontvangen (arbeidsverledeneis), kwam de werknemer in aanmerking voor een loongerelateerde uitkering. De duur van deze uitkering bedroeg, afhankelijk van het arbeidsverleden, minimaal 3 maanden en maximaal 5 jaar. Na het bereiken van de maximale duur van de loongerelateerde uitkering bestond aansluitend recht op een vervolguitkering. De duur van de vervolguitkering bedroeg voor de werknemer die op de eerste dag van werkloosheid jonger was dan 57,5 jaar, twee jaar en de werknemer die op de eerste WW-dag ouder was dan 57,5 jaar had gedurende drieëneenhalf jaar recht op vervolguitkering. De hoogte van de vervolguitkering bedroeg 70% van het wettelijke minimumloon. Aldus kende de WW drie soorten uitkering: de kortdurende uitkering, de loongerelateerde uitkering en de vervolguitkering.

Nadat de vervolguitkering al eerder met ingang van 11 augustus 2003 was afgeschaft,⁵ is bij de Wet wijziging WW-stelsel en ontslagrecht het systeem van de wet verder aangepast. Per 1 oktober 2006 is de kortdurende uitkering komen te vervallen en vervangen door een basisuitkering. De basisuitkering betreft een loongerelateerde uitkering van drie maanden. Volgens de regering versterkt deze wijziging de activerende werking van de WW voor groepen van werknemers, die voor deze uitkering in aanmerking komen omdat de beperkte duur van de uitkeringsperiode werknemers prikkelt om van aanvang af actief en voortvarend op zoek te gaan naar werk. Tegelijkertijd biedt de uitkering gedurende die periode een relatief hoge mate van bestaanszekerheid, doordat de uitkering gebaseerd wordt op het dagloon en niet op het wettelijk minimumloon.⁶ Daarmee is het aantal soorten WW-uitkering teruggebracht van drie naar een.

4. Wet van 30 maart 2006 tot wijziging van de Werkloosheidswet en enige andere wetten in verband met aanscherping van de wekeneis (Stb. 2006, 167).

5. Wet van 19 december 2003 tot wijziging van de Werkloosheidswet in verband met afschaffing van de vervolguitkering (Stb. 2003, 546).

6. TK 2005-2006, 30 370, nr. 3, p. 12.

Ook de hoogte van de WW-uitkering is per 1 oktober 2006 gewijzigd. Voorheen bedroeg de hoogte van de loongerelateerde uitkering 70% van het dagloon. Thans bedraagt die uitkering gedurende de eerste twee maanden 75% van het dagloon en vervolgens 70% van het dagloon. Volgens de regering biedt deze verhoging van de uitkering in de eerste twee maanden van werkloosheid de uitkeringsgerechtigde een relatief hoge mate van bestaanszekerheid en levert de verlaging van die uitkering na twee maanden een financiële prikkel op om actief op zoek te gaan naar werk.⁷

Ten slotte is met ingang van 1 oktober 2006 de duur van de WW-uitkering veranderd. In het nieuwe systeem vormt het voldoen aan de arbeidsverledeneis een voorwaarde voor een verlenging van de uitkering na drie maanden (loongerelateerde) basisuitkering. Daarbij is de duur van de verlenging, meer dan voorheen, afhankelijk van de duur van het feitelijke arbeidsverleden van de werknemer. Ieder jaar extra arbeidsverleden leidt tot een maand extra uitkeringsduur met een maximum van in totaal 38 maanden, dat wil zeggen 3 maanden basisuitkering en 35 maanden verlengde uitkering. Dit betekent dat de maximale duur van de uitkering wordt teruggebracht van maximaal 5 jaar tot maximaal 38 maanden. Ook het verkorten van de uitkeringsduur versterkt volgens de regering de activerende werking van de WW. Dit geldt met name voor groepen werknemers die langdurig gebruik moeten maken van de WW, in het bijzonder voor ouderen. Volgens de regering heeft het feit dat voor ouderen een verhoudingsgewijs lange potentiële uitkeringsduur van toepassing is, een negatief effect op hun re-integratie prikkel.⁸ De wetgever heeft gekozen voor een maximale uitkeringsduur van 38 maanden om te bereiken dat ook werknemers met een moeilijke positie op de arbeidsmarkt in het algemeen nog tijdens de looptijd van de WW-uitkering kunnen re-integreren.

3. Re-integratie-inspanningen

Naast een wijziging in de polisvoorwaarden tracht de regering de activerende werking van de WW te versterken door een betere re-integratie aanpak. Deze verbeterde aanpak bestaat er in de eerste plaats uit dat het Uvw een grotere mate van vrijheid wordt gegeven bij de handhaving van de sollicitatieplicht, waarbij nadrukkelijk rekening wordt gehouden met de reële arbeidsmarktperspectieven van de werkloze werknemer (maatwerk). Daarnaast wordt een zogeheten poortwachertoets geïntroduceerd, waarbij na drie maanden werkloosheid wordt beoordeeld in hoeverre de re-integratie inspanningen die de betrokkene heeft geleverd als adequaat zijn te bestempelen. Daarbij kan met name worden beoordeeld in hoeverre er gebruik is gemaakt van het door de sector, het CWI en/of het Uvw beschikbaar gestelde instrumentarium.

7. TK 2005-2006, 30 370, nr. 3, p. 13.

8. TK 2005-2006, 30 370, nr. 3, p. 13.

Ook zijn er belangrijke wijzigingen aangebracht in de regelgeving met betrekking tot het starten als zelfstandige vanuit de WW, welke re-integratie van de werkloze werknemer naar de arbeidsmarkt kan bevorderen.

Ter uitvoering van de in artikel 24, eerste lid, aanhef en onder b, ten eerste, van de WW neergelegde sollicitatieplicht voert het Uwv met ingang van 1 januari 2007 een nieuw beleid zoals weergegeven in de bijlage bij het Besluit sollicitatieplicht werknemers WW 2007.⁹ Bij dat beleid wordt eerst, op grond van artikel 26 van de Wet SUWI, van iedere werkloze werknemer de kans op werk beoordeeld. Voor de invulling van de sollicitatieplicht wordt een onderscheid gemaakt tussen twee groepen werknemers: (a) Werknemers met een korte afstand tot de arbeidsmarkt, van wie aangenomen wordt dat zij zonder specifieke begeleiding in staat zijn om zelf werk te zoeken. Zij kunnen bij het zoeken naar werk gebruik maken van de bemiddelende diensten die het CWI biedt. (b) Werknemers met een grotere afstand tot de arbeidsmarkt, die wel specifieke begeleiding nodig hebben om werk te vinden. Deze groep kan gebruik maken van re-integratiediensten die het Uwv kan bieden. Aan de verschillende groepen werknemers kunnen verschillende eisen worden gesteld. Bij aanvang van de werkloosheid wordt gelijk beoordeeld tot welke categorie de werkloze werknemer behoort. De gedachte is dat met deze indeling naar afstand tot de arbeidsmarkt een meer gerichte aanpak kan plaatsvinden van re-integratie-instrumenten. Daarmee wordt een efficiënt en effectief re-integratiebeleid bevorderd.

Van werknemers met een beperkte afstand tot de arbeidsmarkt wordt verwacht dat zij solliciteren door potentiële werkgevers te benaderen, omdat dit de kortste weg naar werk vormt (a-route). Evenals in het oude beleid geldt ook hier dat sollicitaties vormvrij zijn, maar dat een sollicitatieactiviteit te allen tijde concreet en verifieerbaar moet zijn. De vraag of de betrokken werkloze werknemer in voldoende mate heeft gesolliciteerd hangt af van de individuele omstandigheden. Hierbij wordt rekening gehouden met de regionale arbeidsmarktsituatie en het aantal beschikbare vacatures, de mogelijkheden van de werknemer en eventueel aanwezige medische beperkingen en het begrip passende arbeid. Het CWI bepaalt in samenspraak met de werknemer het aantal sollicitaties dat van hem kan worden verlangd. Bij het eerste contact tussen het CWI en de werknemer worden deze afspraken gemaakt. Deze worden ook schriftelijk vastgelegd en blijven van kracht tot het moment dat een andere norm tussen beide partijen afgesproken wordt.

Van werknemers met een grotere afstand tot de arbeidsmarkt kan de sollicitatieverplichting anders ingevuld worden (b-route). Om de kans op werk te vergroten moet die afstand verkleind worden. Dat kan op verschillende manieren gebeuren, bijvoorbeeld door het volgen van een opleiding, het volgen van workshops of door het verrichten van vrijwilligerswerk. Daarnaast kan van de werknemer worden gevergd dat hij concrete sollicitaties verricht.

9. Stcrt. 2006, 242.

Ook hier geldt dat sollicitaties vormvrij zijn, maar steeds concreet en verifieerbaar dienen te zijn. Het Uvw bepaalt in samenspraak met de werknemer welke mix van activiteiten ingezet moet worden en in welke hoeveelheid om de afstand tot de arbeidsmarkt te verkleinen. Bij het bepalen van de activiteiten wordt rekening gehouden met de mogelijkheden en beperkingen van de werknemer, de regionale arbeidsmarkt, het aantal beschikbare vacatures en het begrip passende arbeid. Deze activiteiten worden in de re-integratievisie vastgelegd en vormen de inhoud van de sollicitatieverplichting waaraan de werknemer moet voldoen op grond van de WW. De inhoud van de re-integratievisie blijft van kracht tot het moment dat een andere norm tussen beide partijen wordt afgesproken.

Met het nieuwe Besluit sollicitatieplicht werknemers WW 2007 geeft het Uvw een nieuwe invulling aan de sollicitatieplicht, waarbij overeenkomstig de bedoeling van de wetgever de mogelijkheid wordt geopend om “maatwerk” te leveren aan de werkloze werknemer. Daar waar voorheen in beginsel voor iedere werkloze werknemer dezelfde minimumnorm gold van (gemiddeld) één concrete sollicitatieactiviteit per week,¹⁰ is nu sprake van een norm die volledig wordt afgestemd op de individuele omstandigheden van de betrokken werknemer.

Indien de werknemer na drie maanden nog werkloos is, vindt er door het CWI een poortwachertoets¹¹ plaats. Beoordeeld wordt of de WW-gerechtigde zich gedurende deze periode voldoende heeft gehouden aan de formele re-integratieverplichtingen (eerste periode). Daarbij wordt niet alleen bezien of de betrokkene het overeengekomen aantal sollicitaties heeft gehaald, maar vindt ook een kwalitatieve beoordeling van de re-integratieinspanningen plaats.¹² Bij een negatieve uitkomst zal het Uvw hierover worden geïnformeerd en wordt een maatregel opgelegd. Daarnaast dient de poortwachertoets om te beoordelen of er met het oog op de re-integratie nieuwe afspraken moeten worden gemaakt (tweede periode). De poortwachertoets markeert derhalve de overgang van de eerste periode naar de tweede periode van werkloosheid. In de eerste periode ligt de nadruk op initiatieven van de WW-gerechtigde zelf, welke gekenmerkt worden door een (her)oriëntatie op de arbeidsmarkt¹³ in de sector waarin men werkzaam was, terwijl in de tweede periode deze sectorale gerichtheid wordt losgelaten en veel algemener wordt gekeken welke opties er zijn in de richting van de arbeidsmarkt.

10. Op grond van het Besluit sollicitatieplicht werknemers WW (Stb. 1998, 22) werd van een werkloze werknemer verlangd dat hij in beginsel ten minste één concrete sollicitatieactiviteit per week verrichtte. Het Uvw heeft dit beleid per 1 augustus 2003 iets versoepeld. Vanaf die datum voldeed een werkloze werknemer aan de sollicitatieplicht indien hij “gemiddeld één sollicitatie per week” verrichtte. Dit beleid is neergelegd in een landelijke mail van het Uvw van 28 juli 2003 (kenmerk: 2003/WW/055).
11. De poortwachertoets is op voorstel van de SER in de wet opgenomen. Zie hierover: SER 05/05: Toekomstbestendigheid Werkloosheidswet, p. 92.
12. TK 2005-2006, 30 370, nr. 8, p. 44.
13. SER 05/05: Toekomstbestendigheid Werkloosheidswet, p. 86.

Met betrekking tot het starten als zelfstandige vanuit de WW werd in de praktijk een aantal belangrijke knelpunten in de regelgeving gesignaleerd.¹⁴ Weliswaar konden werklozen zich met behoud van WW-uitkering oriënteren op het zelfstandig ondernemerschap, maar zij mochten tijdens deze oriëntatieperiode geen werkzaamheden verrichten voor hun eigen bedrijf. Ook werd de oriëntatieperiode van maximaal 3 maanden als te kort ervaren om de levensvatbaarheid van een eigen bedrijf te beoordelen en leidde het verrichten van werkzaamheden als zelfstandige (blijvend) tot een beëindiging van de WW-uitkering over die uren zonder dat daar veelal redelijke inkomsten tegenover stonden. Verder werd de duur van de herlevingstermijn van anderhalf jaar om bij volledige beëindiging van het zelfstandig ondernemerschap de status van werknemer te herkrijgen en te kunnen terugvallen op de oude WW-rechten als te kort ervaren.

Om deze belemmeringen weg te nemen is de WW op een aantal punten gewijzigd. Het wordt de WW-gerechtigde toegestaan, na toestemming van het Uvv, om gedurende zes maanden te starten als zelfstandige en dus ook werkzaamheden te verrichten, met behoud van uitkering. Eventuele inkomsten worden voor 70% verrekend met de uitkering. Na deze startperiode van zes maanden kan er nog een (gedeeltelijk) recht op WW-uitkering blijven bestaan, namelijk voor het deel van de uitkering dat (nog) niet als zelfstandige wordt gewerkt. Voor dat deel behoudt de werknemer dus ook zijn hoedanigheid van werknemer. Voorts geldt voor werknemers die willen starten als zelfstandige dat de activiteiten die gericht zijn op de start van het bedrijf en de werkzaamheden in de startperiode aangemerkt kunnen worden als activiteiten waarmee getracht wordt passende arbeid te verkrijgen zodat voldaan wordt aan de sollicitatieplicht.¹⁵ Tot slot is de herlevingstermijn verlengd tot een periode gelijk aan de duur van de WW-uitkering (maximaal 38 maanden) met een minimum van anderhalf jaar. Deze wijzigingen kunnen als een belangrijke verbetering van de wet worden beschouwd en zij passen in de doelstelling van de wetgever de activerende werking van de WW te bevorderen.

4. Ontheffing arbeidsverplichtingen

Uit het vorenstaande blijkt dat de verplichting voor de WW-gerechtigde om zo snel mogelijk weer aan het werk te komen een belangrijk fundament vormt voor de activerende werking van de WW. De Wet wijziging WW-stelsel maakt het echter mogelijk om bepaalde ontheffingen te verlenen door aan de WW twee bepalingen toe te voegen, namelijk artikel 24, negende lid, en artikel 26, zesde lid.

14. TK 2005-2006, 30 070, nr. 5, p. 4.

15. In het Besluit sollicitatieplicht werknemers WW 2007 wordt hierover opgemerkt dat als op voorhand niet is uit te sluiten dat een werknemer in de toekomst structureel met werkzaamheden als zelfstandige in zijn bestaan kan voorzien het Uvv met de werknemer kan afspreken dat het voorbereiden op deze mogelijkheid gedurende enige tijd als invulling van de sollicitatieplicht beschouwd zal worden. De duur van deze periode wordt door Uvv na overleg met de werknemer vastgesteld.

Deze bepalingen bieden de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur regels te stellen waarmee het Uvw de bevoegdheid wordt gegeven aan WW-gerechtigden een tijdelijke ontheffing te verlenen van uit de WW voortvloeiende verplichtingen, waaronder de sollicitatieplicht. Blijkens de Memorie van Toelichting¹⁶ gaat het daarbij om individuele ontheffingen indien sprake is van een, door individuele omstandigheden, gebleken onmogelijkheid om arbeid te vinden.

De Minister heeft van deze mogelijkheid gebruik gemaakt door middel van het Besluit ontheffing verplichtingen WW en WIA.¹⁷ Het besluit biedt het Uvw de mogelijkheid om een uitkeringsgerechtigde in bepaalde gevallen tijdelijk ontheffing te verlenen van uit de WW voortvloeiende verplichtingen in verband met vrijwilligerswerk, mantelzorg en calamiteiten.

Hier wordt volstaan met een verwijzing naar dit besluit en de nadere Regeling mantelzorgforfait WW en WIA.¹⁸

5. De oudere werkloze werknemer

De wijzigingen in het nieuwe WW-stelsel zijn ongetwijfeld het meest ingrijpend voor de oudere werkloze werknemers. In korte tijd zijn hun polisvoorwaarden sterk verslechterd. In het oude stelsel hadden de oudere werkloze werknemers die voldeden aan de arbeidsverledeneis, recht op een loongerelateerde uitkering van maximaal 5 jaar en aansluitend een vervolguitkering van 2 jaar dan wel 3,5 jaar. Hierdoor konden zij veelal tot hun pensioen aanspraak maken op een uitkering zonder partnerinkomenstoets. Bovendien waren oudere werkloze werknemers tot 1 januari 2004 vrijgesteld van een aantal arbeidsverplichtingen waaronder de sollicitatieplicht.¹⁹

In het nieuwe stelsel kan de oudere werkloze werknemer aanspraak maken op een loongerelateerde uitkering van maximaal 38 maanden, terwijl het recht op vervolguitkering is komen te vervallen. Weliswaar kan deze werknemer in aansluiting op zijn loongerelateerde WW-uitkering in aanmerking komen voor een uitkering ingevolge de IOAW, maar daarbij is sprake van een partnerinkomenstoets terwijl een beroep op de WWB veelal zal afstuiten op de vermogenstoets.

16. TK 2005-2006, 30 070, nr. 3, p. 22.

17. Stb. 2006, 526.

18. Stcrt. 2006, 130.

19. Zie: Besluit vrijstelling verplichtingen WW (Stcrt. 1998, 248) op grond waarvan werknemers van 57,5 of ouder waren vrijgesteld van de sollicitatieplicht en enkele andere arbeidsverplichtingen.

Door middel van deze verslechtering in de polisvoorwaarden tracht de regering de deelname van ouderen aan het arbeidsproces te bevorderen. Daarnaast wordt de arbeidsparticipatie van oudere werklozen gestimuleerd door van hen te verlangen actief op zoek te gaan naar werk, waarbij het niet voldoen aan die verplichting leidt tot een forse maatregel. Alternatieve routes zoals VUT en prepensioen, zijn de afgelopen jaren veelal afgesneden.²⁰

Uit onderzoek blijkt evenwel dat oudere werknemers, indien zij eenmaal werkloos zijn geworden, erg moeilijk weer aan de slag komen. Uit een recent rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid.²¹ Blijkt dat de geringe uitstroom van oudere werknemers uit een uitkeringssituatie naar werk slechts ten dele kan worden toegeschreven aan de relatieve aantrekkelijkheid van de uitkeringen. In de praktijk geven werkgevers voor het vervullen van vacatures vaak de voorkeur aan jongeren. Oudere werknemers hebben vaak lange tijd in hun ontwikkeling stil gestaan. Er is weinig geïnvesteerd in hun arbeidsvaardigheden en zij hebben vaak zelf weinig gedaan om voorbereid te zijn op mogelijke wendingen in hun loopbaan (employability).²² Daarnaast zijn de gezondheidsrisico's voor oudere werknemers²³ groot, hetgeen voor bedrijven een financieel risico inhoudt. Gelet op deze zwakke arbeidsmarktpositie lijkt het gerechtvaardigd indien oudere werkloze werknemers extra (inkomens-) bescherming wordt geboden.

De regering is zich bewust van de kwetsbare positie van de huidige oudere werkloze werknemers en komt hen tegemoet door middel van het wetsvoorstel voor een IOW.²⁴ Het wetsvoorstel strekt tot invoering van een inkomensvoorziening voor oudere werklozen die op of na de leeftijd van 50 jaar werkloos zijn geworden en die er gedurende de WW-periode niet in zijn geslaagd (voldoende) inkomen te verwerven. De IOW wijkt op een aantal punten af van de IOAW. Dat betreft met name de uitvoering van de wet door het Uwv, in plaats van de gemeenten, en de afwezigheid van een partnerinkomenstoets voor werknemers die bij aanvang van de werkloosheid 60 jaar of ouder zijn. Binnen de IOW zijn er twee uitkeringsregimes.

20. De arbeidsmarktpositie van ouderen is ook verslechterd door een wijziging in het Ontslagbesluit per 1 maart 2006, waarbij als hoofdregel bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen niet meer het fifo-beginsel (first-in-first-out) doch het afspiegelingsbeginsel wordt gehanteerd. Dat lijkt niet in overeenstemming met de doelstelling van de regering de participatie van ouderen op de arbeidsmarkt te bevorderen.

21. WRR, Investeren in werkzekerheid, 2007, p. 127.

22. Zie ook: S. Bekker, P. Ester en A.C.J.M. Withagen, De oudere en jongere werknemer: (onder-)zoek de verschillen, Arbeid Integraal 2006-1, p. 15. Zij benadrukken dat deze problematiek voor toekomstige generaties niet hoeft te spelen. Er is volgens hen geen sprake van een leeftijdseffect maar van een cohorteffect.

23. Ter bevordering van de arbeidsdeelname van ouderen heeft de regering, naast de afschaffing van de vervolguutkeringen de herinvoering van de sollicitatieplicht, reeds specifieke maatregelen getroffen zoals de vrijstelling van de basispremie WIA voor oudere werknemers en de invoering van een fiscale ouderenkorting.

24. Wetsvoorstel 30 819.

De IOW 50+ is er voor werklozen die bij aanvang van hun werkloosheid 50 jaar of ouder zijn. Zij hebben, evenals onder de IOAW, recht op een IOW-uitkering ter hoogte van het sociaal minimum. Er vindt wel een partnerinkomenstoets plaats doch geen vermogenstoets. Daarnaast is er de IOW 60+ voor werklozen die bij aanvang van hun werkloosheid 60 jaar of ouder waren. Zij hebben, overeenkomstig de vroegere WW-vervolguitkering recht op een IOW-uitkering ter hoogte van 70% van het minimumloon. Voor deze categorie geldt geen partnerinkomenstoets of vermogenstoets. Het vorenstaande neemt niet weg dat van IOW-gerechtigden wordt verlangd dat zij, ongeacht hun leeftijd, beschikbaar zijn voor algemeen geaccepteerde arbeid²⁵ en dat zij voldoen aan hun sollicitatieplicht. Anders zou afbreuk worden gedaan aan de activerende werking van de WW die is beoogd met de verkorte uitkeringsduur en zou de IOW als route voor vervroegde uittreding kunnen gaan dienen. De IOW geldt voor werknemers die op of na 1 oktober 2006 werkloos zijn geworden.²⁶ De wet heeft, met het oog op de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt en de vergrijzing, een tijdelijk karakter. De wet wordt in 2010 geëvalueerd en eindigt in 2011. De wet biedt een vangnet voor oudere werknemers die er niet in zijn geslaagd om vanuit de WW te kunnen re-integreren op de arbeidsmarkt.

6. Conclusie

Met de Wet wijziging WW-stelsel en ontslagrecht wordt de activerende werking van de WW sterk bevorderd. Dit geschiedt door een aanpassing van de polisvoorwaarden en door het verbeteren van de re-integratie aanpak. De aanpassing van de polisvoorwaarden treft oudere werknemers het hardst. Om hen daarin tegemoet te komen stelt de regering de IOW voor, waarmee voor oudere werknemers die er niet in zijn geslaagd te re-integreren op de arbeidsmarkt een vangnet wordt geboden. De verbetering van de re-integratie aanpak ziet er veelbelovend uit. De nadruk ligt op het leveren van maatwerk. Of deze aanpak zal slagen, hangt niet alleen af van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt, maar ook van de WW-gerechtigden zelf alsmede de wijze waarop CWI en Uvw in de praktijk invulling geven aan hun re-integratietaak.

25. Hierin verschilt de IOW met de WW waar van een werkloze werknemer wordt verlangd dat hij solliciteert naar passende arbeid als bedoeld in artikel 24, vierde lid, WW. Het verschil laat zich verklaren doordat van een werknemer die langdurig werkloos is een zeer ruime beschikbaarstelling voor de arbeidsmarkt wordt verlangd.

26. Daarmee wordt aangesloten bij de ingangsdatum van de gewijzigde duurbepaling in de WW. Opvallend is dat werknemers die tussen 11 augustus 2003 en 1 oktober 2006 werkloos zijn geworden, ook als zij op laatstgenoemde datum 60 jaar of ouder waren, zijn aangewezen op een IOAW-uitkering met partnerinkomenstoets. Daar staat echter tegenover dat zij nog recht konden doen gelden op een loongerelateerde WW-uitkering van maximaal 5 jaar.

15. Sancties en een traag of onzorgvuldig beslissend bestuursorgaan

P.E. Broekman

1. Inleiding

Vanaf januari 1997 tot eind 2006 is Henk van Leeuwen voorzitter geweest van de Commissie Sancties van de Centrale Raad van Beroep (hierna: Centrale Raad). Deze commissie was belast met de advisering omtrent kwesties van algemeen juridische aard betreffende de toepassing van de Wet boeten, Stb. 1996, 248. Grofweg biedt deze wet een stelsel van boeten en maatregelen die moeten worden opgelegd wanneer een bestuursorgaan constateert dat een uitkeringsgerechtigde zich niet aan de voor hem geldende verplichtingen houdt.

Regelmatig wordt door een bestuursorgaan, mede op basis van deze wet, een sanctie opgelegd bij het te laat verstrekken van inlichtingen, zoals bijvoorbeeld te late herstelmeldingen na ziekte, te late indiening van inlichtingenformulieren door bijstandontvangers, te late belastingaangifte² of het te laat indienen van het re-integratieplan door werkgevers. De wetgever heeft de positie van het bestuursorgaan tamelijk adequaat geregeld. Maar hoe zit dat met de positie van de burger? Welke instrumenten geeft het bestuursrecht hem indien een bestuursorgaan zich niet aan de voor het bestuursorgaan geldende regels houdt¹? Wat als het bestuursorgaan bijvoorbeeld de verschillende wettelijke beslistermijnen niet in acht neemt of wat te doen als het bestuursorgaan in dit verband weigert uitvoering te geven aan een uitspraak van een rechter? Wat te doen als het bestuursorgaan tegen beter weten in besluit, of, door bij zijn beslissing te blijven, onzorgvuldig handelt? Of onzorgvuldig handelt door bepaalde op de zaak betrekking hebbende gegevens niet te verstrekken? Hierna wordt nader ingegaan op deze vragen. Een onderverdeling is gemaakt in niet tijdig beslissen, weigeren inlichtingen te verstrekken, weigeren een beslissing te nemen en onzorgvuldig genomen besluiten.

2. Niet tijdig beslissen

De vraag of sprake is van “een overheid die chronisch ziek is met termijnoverschrijding” wordt gesteld in een van de preadviezen, uitgebracht in het kader van de Jonge VAR 2006, en wordt indirect bevestigend beantwoord door de verwijzing in die preadviezen naar het grote aantal verschenen rapporten, adviezen, verslagen van evaluatiecommissies en diverse voorstellen met als onderwerp de niet tijdige bestuurlijke besluitvorming.³

1. Met de komst van de WWB geldt de Wet Boeten niet meer voor bijstandszaken en dient een gemeente zijn bevoegdheden tot het opleggen van sancties te regelen bij een zogenoemde Afstemmingsverordening.
2. De belastingdienst heeft de Awr tot zijn beschikking, waarin de vergrijp- en verzuimboetes zijn geregeld.
3. Mr. M. Vos, mr. C.M. Saris en mr. drs. Y.M. van der Vlugt, Preadviezen Jonge VAR 2006, www.verenigingvoorbestuursrecht.nl.

Bezwaar en beroep bij niet tijdig nemen van een besluit

Het eerste instrument dat de betrokkene ter beschikking staat in geval van een niet tijdig beslissend bestuursorgaan is art. 6:2, sub b, van de Awb. Daarin is bepaald dat bezwaar of beroep kan worden ingesteld indien niet binnen de bij wettelijk voorschrift bepaalde termijn wordt beslist. Het bezwaar- of beroepschrift kan worden ingediend vanaf het moment dat het bestuursorgaan in gebreke is tijdig een besluit te nemen. Het mag niet onredelijk laat ingediend worden (artikel 6:12 van de Awb). Vaak zal tevens een voorlopige voorziening worden gevraagd, indien een bezwaar- of beroepschrift in verband met niet tijdig beslissen wordt ingediend. De betrokkene kan de rechter in dat geval verzoeken om aan zijn uitspraak een dwangsom te verbinden. Volgens eerder genoemde preadviezen zal echter bij een eerste verzoek de rechter niet snel een dwangsom opleggen. Indien een bestuursorgaan evenwel de in de uitspraak vermelde termijn niet naleeft dan zal bij een tweede voorlopige voorziening bijna altijd een dwangsom aan de beslistermijn verbonden worden, aldus de preadviezen.

Prorogatie, in stand laten van rechtsgevolgen en het zelf voorzien in de zaak

De Awb geeft nog een aantal mogelijkheden dat zou kunnen bijdragen tot een versnelling van de besluitvorming. Er is sinds september 2004 de mogelijkheid om op grond van artikel 7:1a van de Awb de bezwaarschriftprocedure over te slaan. Uit een tijdens het eerste jaar na invoering van dit rechtstreeks beroep uitgevoerde evaluatie blijkt echter dat hiervan niet veel gebruik wordt gemaakt.⁴ In ongeveer één op de duizend zaken die aan de bestuursrechter zijn voorgelegd, is rechtstreeks beroep aan de orde.

Voorts kan de betrokkene er baat bij hebben dat de rechter ertoe overgaat een besluit (geheel of gedeeltelijk) te vernietigen en de rechtsgevolgen van het vernietigde gedeelte in stand te laten dan wel bij (geheel of gedeeltelijke) vernietiging van een besluit zelf in de zaak voorzien (artikel 8:72 van de Awb).

Klacht Ombudsman

Het klachtrecht, geregeld in hoofdstuk 9 van de Awb, heeft een tweeledig doel. Enerzijds is het klachtrecht een middel voor de burger om zijn ongenoegen te uiten en anderzijds levert het een bron van signalen uit de samenleving op. Een ombudsman kan naar aanleiding van een onderzoek een aanbeveling doen. De kracht van de aanbeveling is dat het bestuursorgaan verplicht is aan te geven op welke wijze aan de aanbeveling gevolg zal worden gegeven. Het oordeel van een ombudsman is evenwel rechtens niet afdwingbaar. Een ombudsman heeft ook geen formele machtsmiddelen om een aanbeveling dwingend op te leggen. Een aanbeveling van een ombudsman is zo dwingend als het gezag van zijn uitspraak, welk gezag steunt op verschillende pijlers. In de eerste plaats op de kracht van de aangevoerde argumenten en in de tweede plaats op de openbaarheid van de uitspraken en de publicatie van het jaarverslag.

4. JBplus, 2006, p. 58-68.

Het inschakelen van een ombudsman, ook bij klachten betreffende een traag beslissend bestuursorgaan, zal de individuele klager doorgaans wel helpen, maar deze draagt in het algemeen niet bij tot het oplossen van het achterliggende structurele probleem. Ook de andere genoemde instrumenten dragen daartoe in het algemeen niet bij.

De hierna vermelde nieuwe regelingen, “Dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen” en de voor de bijstand geldende voorschotregeling doen hiertoe een nieuwe poging.

Wetsvoorstel Dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen

De Tweede Kamer heeft op 7 juli 2006 het initiatiefvoorstel van de Kamerleden Wolfsen en Luchtenveld over een dwangsom bij niet tijdig beslissen aangenomen.⁵ Dit initiatiefvoorstel regelt de verbeurte van dwangsommen door bestuursorganen die wettelijk voorgeschreven beslistermijnen niet naleven. Via een amendement is aan het initiatiefvoorstel toegevoegd de regeling uit het regeringsvoorstel “Beroep bij niet tijdig beslissen”.⁶ Het initiatiefvoorstel heet nu “Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen”. De Eerste Kamer heeft over dit initiatiefvoorstel op 31 oktober 2006 een voorlopig verslag uitgebracht.⁷

De dwangsomregeling houdt kort gezegd het volgende in. Twee weken nadat de beslistermijn is verstreken en de belanghebbende het bestuursorgaan in gebreke stelt, wordt een dwangsom verbeurd. De dwangsom kan gedurende maximaal 42 dagen verbeurd worden en loopt dagelijks op van € 20 gedurende de eerste 14 dagen, tot € 30 gedurende de volgende veertien dagen en ten slotte tot € 40 voor de resterende dagen. Er kan dus maximaal een bedrag van € 1.260 verbeurd worden. Twee weken na de laatste dwangsomdag stelt het bestuursorgaan de dwangsom vast. Vervolgens moet het bestuursorgaan binnen zes weken tot betaling overgaan.

In het algemeen mag worden aangenomen dat deze regeling bestuursorganen zal aansporen tot snellere besluitvorming. Er kunnen echter ook kanttekeningen bij geplaatst worden. De kans bestaat namelijk dat bij zeer ingewikkelde procedures en/of procedures met een groot (financieel) belang, de hoogte van de uiteindelijk te verbeuren dwangsom het bestuursorgaan niet zal afschrikken de beslistermijn te overschrijden. Er is evenmin garantie dat na het verbeuren van de dwangsommen het bestuursorgaan overgaat tot het nemen van een besluit. Ook is het niet ondenkbaar dat ter voorkoming van het overschrijden van de beslistermijn het bestuursorgaan eerder een afwijzend besluit neemt.

5. Kamerstukken II 29 934.

6. Kamerstukken II 30 435.

7. EK 2006-2007, 29 934, nr. B.

De mogelijkheid om rechtstreeks beroep in te stellen indien een bestuursorgaan niet tijdig een besluit neemt, zal in sommige gevallen meer uitkomst kunnen bieden en werkt in essentie als volgt. Voordat de belanghebbende beroep kan instellen, moet hij het bestuursorgaan schriftelijk in gebreke stellen. De rechter behandelt het beroep in beginsel buiten zitting, met toepassing van artikel 8:54 van de Awb. Hij doet binnen acht weken na het instellen van dit beroep uitspraak en bepaalt dat het bestuursorgaan binnen twee weken alsnog een beslissing neemt. Als het bestuursorgaan na afloop van de door de rechter bepaalde termijn nog steeds niet heeft⁸ beslist, kan de belanghebbende via een eenvoudige procedure bij de voorzieningenrechter, waarvoor geen griffierecht is verschuldigd, de rechter verzoeken aan het bestuursorgaan een dwangsom op te leggen. Vastgesteld kan worden dat het bestuursorgaan op deze manier, overigens zonder enige consequentie, nog een extra beslistermijn van 10 weken heeft.

Wettelijk recht op een voorschot op de bijstandsuitkering tijdens de wettelijke afhandelingstermijn van de bijstandsaanvraag.

Per 1 januari 2007 bestaat er een wettelijk recht op een voorschot op de bijstandsuitkering tijdens de wettelijke afhandelingstermijn van de bijstandsaanvraag. Bij een trage afhandeling loopt het bedrag aan verstrekte voorschotten op en in geval van een afwijzing zullen deze voorschotten niet altijd even makkelijk terug te vorderen zijn. Dit zou een prikkel kunnen geven tot een snellere afhandeling van bijstandsaanvragen.

3. Weigeren inlichtingen te verstrekken

Als een bestuursorgaan weigerachtig blijft om door de rechter gevraagde inlichtingen te verstrekken of stukken over te leggen dan wel mee te werken aan een onderzoek als bedoeld in artikel 8:47, eerste lid, van de Awb, dan kan de rechter op grond van artikel 8:31 van de Awb daaruit de gevolgtrekkingen maken die hem geraden voorkomen. Hierover is niet veel jurisprudentie maar een paar mooie voorbeelden zijn er wel.

Zo weigerde het Uvw een aantal door de Centrale Raad opgevraagde stukken in te zenden en deelde naderhand mee hiertoe ook niet in staat te zijn. De Centrale Raad kwam vervolgens tot de conclusie dat nu de gevraagde stukken van essentieel belang waren voor de onderbouwing van het bestreden besluit en nu het bestuursorgaan evenmin op andere wijze het besluit had toegelicht, dit besluit niet in stand kon blijven.⁹

8. Zie voor een uitgebreide toelichting de Preadviezen Jonge VAR 2006.

9. CRvB 28 februari 2006, LJN AV3056.

Toen een bestuursorgaan persisteerde in zijn weigering de rechtbank de gevraagde gegevens te verstrekken, heeft de rechtbank hieraan de gevolgtrekking verbonden die haar geraden voorkwam. Het bestuursorgaan was blijkbaar niet blij met deze beslissing maar de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State gaf de rechtbank gelijk.¹⁰

Het niet voldoen door een bestuursorgaan aan een verzoek tot het verstrekken van inlichtingen leidde in een uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch tot een (definitieve) vernietiging van navorderingsaanslagen aan betrokkene.¹¹

De voorzieningenrechter van datzelfde Gerechtshof legde de Staat ambtshalve een dwangsom op van € 5.000 per werkdag (tot een maximum van € 410.000!) indien het bestuursorgaan niet binnen een termijn van zes weken aan de wederpartij alle relevante op de zaak betrekking hebbende gegevens en bescheiden zou overleggen.¹²

4. Weigeren een beslissing te nemen

Bij vernietiging van besluiten door de rechter wordt het bestuursorgaan regelmatig de opdracht gegeven een nieuwe beslissing op bezwaar te nemen. Artikel 8:72, vijfde lid, van de Awb in samenhang met het zevende lid van dit artikel, geeft de rechter de mogelijkheid om voor het nemen van het nieuwe besluit een termijn te stellen en daaraan een dwangsom te koppelen. Van deze bevoegdheid werd en wordt weinig gebruik gemaakt.¹³ De reden hiervoor zou zijn dat de rechter ervan uitgaat dat bestuursorganen over het algemeen loyaal gevolg geven aan de rechterlijke uitspraak. Uit een in 2004 door het (toenmalige) Bureau Kennis en Onderzoek van de Centrale Raad verricht onderzoek naar het aantal door de Centrale Raad opgelegde dwangsommen sinds de inwerkingtreding van de Awb bleek, dat in negen gevallen gebruik is gemaakt¹⁴ van deze mogelijkheid. In deze uitspraken werd tot het opleggen van een dwangsom overgegaan omdat een eerdere uitspraak niet door het bestuursorgaan werd uitgevoerd. De hoogte van de dwangsommen varieerde van f 50 tot f 500 per dag. Een recentelijk uitgevoerde “quick scan” geeft geen significant ander beeld te zien. In vijf andere zaken is van deze bevoegdheid gebruik gemaakt. De reden voor het opleggen van een dwangsom was onveranderd gelegen in het feit dat het bestuursorgaan geen gehoor gaf aan een opdracht van de rechter tot het nemen van een nieuw besluit. In die vijf uitspraken is wel de hoogte aangepast, namelijk variërend van € 250 tot € 500 per dag.

10. ABRvS 2 oktober 2002, JB 2002/334.

11. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 22 september 2005, JB 205/315, m.nt. mr. R.M.P.G. Niessen-Cobben.

12. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 april 2004, v-n 2004/38.2.

13. Noot A.J. Bok onder CRvB 13 februari 1996, Rawb 1996, nr. 67, zie ook noot mr. A.T. Marseille bij CRvB, 6 november 2006, AB 2007/48.

14. CRvB 29 december 2005, LJN AV6404, CRvB 23 januari 2006, LJN AV6431, CRvB 17 juli 2006, LJN AZ1878, CRvB 3 augustus 2006, LJNAZ1876 en CRvB 6 november 2006, LJN AZ1822.

Toen een bestuursorgaan weigerachtig bleef een beslissing te nemen binnen de hem door de rechter gegeven termijn, trok de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State de teugels strak aan door het betreffende bestuursorgaan een beslistermijn van een week te geven op straffe van een dwangsom.¹⁵ Uit de aangehaalde uitspraken blijkt dat het hiervoor vermelde vertrouwen van de rechter toch niet altijd terecht is.

5. Tegen beter weten in een besluit nemen dan wel onzorgvuldig handelen bij het handhaven van een beslissing

Een instrument dat ingezet kan worden bij een onzorgvuldig handelend bestuursorgaan, is de (gedeeltelijke) toewijzing door de rechter van een verzoek om een integrale proceskostenveroordeling. Artikel 2, derde lid, van het Bpb geeft hiertoe een mogelijkheid.¹⁶ Op grond van dit artikel kan ook het aantal punten dat is vastgesteld per proceshandeling verdubbeld worden. In belastingzaken wordt veel meer gebruik gemaakt van deze mogelijkheid dan in sociale verzekeringszaken. De irritatie van de rechter jegens een onzorgvuldig handelend bestuursorgaan wordt niet onder stoelen of banken gestoken. Zo laat de Hoge Raad een uitspraak van het Gerechtshof 's-Gravenhage in stand wat betreft de proceskostenveroordeling. Het Gerechtshof besloot in zijn uitspraak tot een verdubbeling van het puntenaantal op grond van de “negatieve proceshouding van de Inspecteur die stelselmatig, zelfs nadat het Gerechtshof hem daartoe had uitgenodigd, weigerde mee te werken aan een constructieve oplossing van het geschil”.¹⁷ In een andere uitspraak zag het Gerechtshof 's-Gravenhage in de “door de Inspecteur zowel ten opzichte van belanghebbende als ten opzichte van het Gerechtshof ingenomen, als tamelijk onbehoorlijk te kenschetsen proceshouding” aanleiding het bestuursorgaan te veroordelen in de proceskosten, begroot op maar liefst € 72.002,59.¹⁸

Misbruik van procesrecht was de aanleiding voor het Gerechtshof 's-Hertogenbosch in zijn uitspraak een integrale proceskostenveroordeling uit te spreken.¹⁹ Ondanks duidelijke jurisprudentie verkoos de Inspecteur toch de procedure voort te zetten en zo de wederpartij op (onnodige) kosten te jagen. Het maken van onnodige kosten door de wederpartij door het onzorgvuldig handelen van de Inspecteur was ook aanleiding om op grond van bijzondere omstandigheden in de zin van artikel 2, derde lid, van het Bpb af te wijken van het in het Bpb opgenomen tarief in uitspraken van het Gerechtshof Amsterdam en het Gerechtshof 's-Hertogenbosch.²⁰

15. RvS 8 juni 2005, JB 2005/235, m.nt. mr. A.M.L. Jansen, zie ook RvS 27 mei 2004, AB 2004/282, m.nt. mr. A.M.L. Jansen.

16. Het Bpb geldt vanaf 1 september 1999 ook voor fiscale zaken. Daarvoor bestond het gelijkkluidend artikel 2, derde lid van het Besluit proceskosten fiscale procedures.

17. HR 8 juli 1996, BNB 1996/329.

18. Gerechtshof 's-Gravenhage van 28 januari 2005, LJN AS7575.

19. Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 16 juli 2003, v-n 2003/36.5.

20. Gerechtshof Amsterdam van 30 januari 2002, v-n 2002/17.3.7. en Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 6 september 2006, LJN AZ1145.

Zoals hiervoor al aangegeven, komt de Centrale Raad eigenlijk nooit tot een veroordeling in de werkelijke proceskosten op de grond dat sprake is van een onzorgvuldig handelend bestuursorgaan. Sowieso lijkt het dat de Centrale Raad maar een zeer beperkte mogelijkheid ziet voor toepassing van artikel 2, derde lid, van het Bpb, althans dat valt op te maken uit zijn uitspraak van 29 september 2005.²¹ Daarin verwijst de Centrale Raad naar de toelichting bij het Bpb, waarin is aangegeven dat slechts in uitzonderlijke gevallen plaats is voor strikte afwijking van de limitatieve en forfaitaire tarieven. Als voorbeeld van een dergelijk uitzonderlijk geval wordt in die toelichting genoemd de situatie waarin door gebrekkige informatieverstrekking door de overheid de burger op uitzonderlijk hoge kosten voor het verzamelen van het benodigde feitenmateriaal is gejaagd. Omdat hiervan in de genoemde uitspraak geen sprake was, zag de Centrale Raad geen aanleiding het verzoek tot integrale proceskostenveroordeling te honoreren.

Bij grote clusterzaken wil de Centrale Raad nog wel aanleiding zien om tot afwijking van de forfaitaire vergoeding uit het Bpb over te gaan.^{22 / 23}

Het ongenoegen van de Centrale Raad over een onzorgvuldig handelend bestuursorgaan komt hooguit in een enkel geval in een uitspraak tot uitdrukking als de Centrale Raad het bestuursorgaan mededeelt dat een betreffende gedraging “geen schoonheidsprijs” verdient. Zo kon de besluitvorming van een gemeente deze prijs niet verdienen en in een ander geval ging deze prijs een Uwv voorbij door haar processuele houding!²⁴ In de enkele gevallen dat op een dergelijke manier commentaar op het bestuursorgaan wordt geleverd, heeft deze handelwijze overigens geen enkel gevolg voor het betrokken bestuursorgaan gehad.

6. Concluderend

In tegenstelling tot de burger, die zich strikt aan de hem gegeven termijnen dient te houden op straffe van niet-ontvankelijkheid van zijn bezwaar- en beroepschriften dan wel ten koste van een hem op te leggen boete, heeft de wetgever de burger minder goede instrumenten in handen gegeven om een bestuursorgaan voortvarender te laten beslissen. De verschillende mogelijkheden die een burger tot nu toe ter beschikking staan, leiden in ieder geval niet tot een structurele oplossing voor het probleem van de traag beslissende bestuursorganen. De rechter lijkt van de hem (indirect) gegeven mogelijkheden een bestuursorgaan een “sanctie” op te leggen indien sprake is van trage en/of onzorgvuldige besluitvorming slechts zelden gebruik te maken. Ondanks enkele bedenkingen mag meer verwacht worden van het wetsvoorstel Dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen.

21. CRvB 29 september 2005, LJN AU4018.

22. CRvB 30 juni 2006, LJN AY0194.

23. De Centrale Raad lijkt zelfs eerder ertoe te neigen de proceskosten te matigen, zie bijvoorbeeld CRvB 28 september 2001, LJN AD5995 en CRvB 8 januari 2004, LJN AO2083.

24. CRvB 17 februari 2004, LJN AO4211 en CRvB 20 januari 2005, LJN AS4814.

16. Geluk en recht

J.W.E. Pinckaers-Smink

1. Inleiding

Wat is geluk? Iets waar de meeste mensen (on)bewust naar streven. Het is het onderwerp van vele volkswijsheden en filosofische verhandelingen. Het is in ieder geval iets wat mensen interesseert en bezig houdt. Reden waarom in het kader van deze bijdrage, die juridisch van aard moest zijn, maar die ik luchtig wil houden, mijn zoektocht naar het geluk, naar de mogelijke verschijningsvormen daarvan, zich afspeelt in het decor van de Nederlandse rechtspraak.

2. Het woord geluk in de Nederlandse rechtspraak

Het enkele feit dat er in Nederland geen wetsartikel of rechtsregel is waarin is bepaald dat mensen recht hebben op geluk, of iets van die strekking, weerhoudt mij er niet van om te willen weten of het geluk toch niet een rol speelt in onze rechtspraak, en zo ja, welke? Mijn eerste onderzoeksactiviteit is geweest het loslaten van de zoekterm ‘geluk’ op de vele juridische databanken die tegenwoordig via de computer eenvoudig zijn te raadplegen en het bestuderen van de zoekresultaten. Daarbij is mij gebleken dat het woord ‘geluk’ in onze rechtspraak niet zo heel veel voorkomt, en als dat wel het geval is, vooral in de betekenis van ‘toeval’ en van ‘geluk bij een ongeluk’. Een voor de hand liggend voorbeeld van eerstvermelde betekenis is te vinden in jurisprudentie met betrekking tot de Wet op de Kansspelen.¹ Daarin speelt het begrip ‘geluk’ een rol bij de vraag in hoeverre het behalen van winst bij een (kans)spel kan worden beïnvloed dan wel slechts afhankelijk is van geluk.² Voorbeelden van de tweede betekenis zijn te vinden in het civiele recht, op het terrein van de onrechtmatige daad en in het strafrecht in welke rechtsgebieden toevallige omstandigheden mede bepalend kunnen zijn voor de omvang van de (schadelijke) gevolgen van onrechtmatig dan wel strafbaar handelen. Zie bijvoorbeeld navolgende overweging in een recent arrest van het Gerechtshof ’s-Gravenhage:³

“Door op de bewezen verklaarde wijze te handelen heeft de verdachte, gelet op het steekwapen en de plaatsen op het lichaam waar de verdachte het slachtoffer raakte dan wel probeerde te raken, - op zijn minst het voorwaardelijke - opzet gehad om de verdachte zwaar lichamelijk letsel toe te brengen, waarbij van geluk gesproken mag worden dat het handelen van de verdachte uiteindelijk heeft geresulteerd in slechts kleine verwondingen bij het slachtoffer.”

1. Wet van 10 december 1964, houdende nadere regelen met betrekking tot kansspelen.

2. Zie bijvoorbeeld NJ 1986/719.

3. Arrest van 19 april 2007 van het Gerechtshof ’s-Gravenhage, LJN BA341.

Het lijkt erop dat de Nederlandse rechter het woord ‘geluk’ niet snel in een andere betekenis dan die van ‘toeval’ en als tegenhanger van ‘pech’, in een uitspraak zal gebruiken.⁴

In conclusies bij arresten van de Hoge Raad in civiele zaken wordt het woord ‘geluk’ nog wel eens gebruikt in de conclusies van het Openbaar Ministerie. Misschien wel omdat een conclusie, anders dan een arrest, in spreektaal is opgesteld en het in dat verband minder belangrijk is dat het woord ‘geluk’ de in uitspraken vereiste eenduidige betekenis ontbeert. Twee voorbeelden van dergelijke uitspraken zijn: “Een geluk bij een ongeluk laat het ongeluk onverlet.”⁵ en: “Het argument dat gehandicapt leven misschien altijd nog waardevoller is dan niet-leven (...) of dat het bestaan van het kind misschien meer geluk kent dan een buitenstaander geneigd is te denken (...), kan derhalve naar mijn mening niet in de weg staan aan toekenning van vergoeding van vermogensschade aan het kind.”⁶

Al met al heeft deze (bescheiden) zoektocht naar het in de Nederlandse rechtspraak voorkomende woord ‘geluk’ niet veel opgeleverd. Mij gaat het om het échte geluk in de zin van het menselijke vermogen tot geluk.⁷

3. Geluk en grondrechten

Het enige, mij bekende, gecodificeerde recht dat rechtstreeks betrekking heeft op geluk, is vermeld in de Amerikaanse Onafhankelijkheidsverklaring, de Declaration of Independence van 1776. Daarin werd duidelijk aangegeven dat als hoger recht werd erkend het gelijkheidsbeginsel, het recht op leven, het recht op vrijheid en het recht op het nastreven van geluk: “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.”⁸ Een hoger recht, als hiervoor bedoeld, wordt ook wel grondrecht of mensenrecht genoemd.⁹

4. Opgemerkt zij dat ook verschillende vormen van ‘toeval’ kunnen worden onderscheiden. Zie het artikel van Heico Kerkmeester, voornoemd, p. 254.

5. Conclusie mr. Wattel bij arrest HR 18 oktober 2000, LJN AA8072.

6. Conclusie mr. A.S. Hartkamp bij arrest HR 18 maart 2005 (Kelly), LJN AR5213.

7. Deze term wordt gebruikt door P.H. van den Brandhof in: Fragment van een vertoog over vrijheid, gelijkheid & geluk, een bijdrage tot een ‘andere geschiedenis’ in: “Interpretatie in het staatsrecht, interimverslag van een onderzoek naar rechtsvorming in relatie tot grondrechten”, Mededelingen van het Juridisch Instituut van de Erasmus Universiteit, nr. 31, september 1985.

8. P.B. Cliteur, De filosofie van mensenrechten, tweede druk, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1999, p. 43-64.

9. Interessant voor liefhebbers van de klassieke oudheid: Volgens de rechtsfilosoof P.B. Cliteur (in voormelde –gedeeltelijk via internet te raadplegen- uitgave) is één van de vroegste manifestaties van dat denken over hoger recht te vinden in de Griekse oudheid bij de dichter Sophocles in de door hem geschreven tragedie Antigone. Antigone stoorde zich niet aan het verbod van Koning Kreon om haar broer Eteocles een eervolle begrafenis te geven. Zij beriep zich op een hoger recht, een goddelijk recht, een recht dat superieur is aan dat van de vorst.

Vandaag de dag hebben we te maken met moderne mensenrechten of grondrechten, zoals deze voornamelijk na de Tweede Wereldoorlog in verdragsteksten zijn vastgelegd.¹⁰ Deze zijn door P.B. Cliteur gedefinieerd als 'hoger recht' dat het recht van alledag terzijde kan stellen, dat in verband met de rechtszekerheid moet zijn gecodificeerd, dat niet door de reguliere wetgever kan worden veranderd, dat afdwingbaar is voor de rechter én universele strekking heeft.

Mij komt het voor dat het in de Amerikaanse Onafhankelijkheidsverklaring vermelde (grond)recht op het nastreven van geluk in Nederland geen grondrecht is (geweest) in de zin van voormelde definitie. Het recht op (nastreven van) geluk is in ieder geval niet vastgelegd in de Nederlandse Grondwet of in het in Nederland rechtstreekse werking hebbende EVRM. Wel zijn daarin grondrechten gecodificeerd die kunnen worden beschouwd als deelrechten van een recht op geluk. Het in het EVRM neergelegde recht op leven (artikel 2), verbod op martelen (artikel 3), verbod op slavernij en dwangarbeid (artikel 4), recht op vrijheid en veiligheid (artikel 5), recht op een eerlijk proces (artikel 6), legaliteitsbeginsel (artikel 7), recht op privacy (artikel 8), vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst (artikel 9), vrijheid van meningsuiting (artikel 10), vrijheid van vergadering (artikel 11), recht op huwelijk (artikel 12), recht op daadwerkelijk rechtsmiddel (artikel 13) en verbod op discriminatie (artikel 14) kunnen naar mijn mening allen geschaard worden onder de noemer 'recht op geluk'.

4. Conclusie: het begrip geluk in de Nederlandse rechtspraak

Uitgaande van de redenering dat de verschillende grondrechten deelaspecten bevatten van het geluk en gelet op het feit dat er legio uitspraken zijn waarin overwegingen zijn gewijd aan het beroep van partijen op een grondrecht, is het begrip 'geluk' in de Nederlandse jurisprudentie in grotere omvang aanwezig dan mij aanvankelijk voorkwam. Recht op geluk is (wegens het ontbreken van codificatie) geen grondrecht, maar wordt belichaamd door verschillende andere grondrechten. Dit leidt mij tot de gedachte dat ook in zaken waarin het juridische toetsingskader niet een aanspraak op een grondrecht omvat, in de rechtspraak bij de beoordeling en de weging van de feiten, mede rekening wordt gehouden met de het recht op welbevinden of geluk van de rechtzoekende natuurlijke persoon. Zo niet om de rechtzoekende te faciliteren in zijn zoektocht naar geluk, dan toch wel ter vaststelling van hetgeen in het kader van zijn welbevinden als 'ondergrens' heeft te gelden. Een voorbeeld uit het sociale verzekeringsrecht is het volgende. De werknemer die zelf zijn dienstverband heeft beëindigd wordt in het kader van de Werkloosheidswet (sinds de wetwijziging per 1 oktober 2006) slechts niet verwijtbaar werkloos geacht als redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd dat hij zijn dienstbetrekking voortzet. Een afweging wordt gemaakt tussen de belangen van de werknemer bij beëindiging van de dienstbetrekking enerzijds en het (financiële) belang van het werkloosheidsfonds bij de voortzetting van de dienstbetrekking anderzijds.

10. Met name de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (1948), P.B. Cliteur, p. 45.

Wanneer de dienstbetrekking leidt tot schade aan de gezondheid van de werknemer, zal geoordeeld kunnen worden dat voortzetting van de dienstbetrekking redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd. Hiervan kan ook sprake zijn als een werknemer ontslag heeft genomen wegens verhuizing als gevolg van een baanwisseling van zijn partner.¹¹ Al met al kom ik tot de conclusie dat het geluk als steeds terugkerend motief in de Nederlandse rechtspraak is terug te vinden.

11. Zie US2 2001/58; uit: mr. A.C. Damsteegt, De werkloosheidswet anno 2007, Actualiteiten Sociaal Recht, p. 48.

Lijst van auteurs

- 1 **mr. H.A.A.G. Vermeulen**, coördinerend vice-president bij de Centrale Raad van Beroep
- 2 **prof. mr. J.E. Spruit**, emeritus-hoogleraar Rechtsgeschiedenis, in het bijzonder Romeins recht
- 3 **mr. drs. J.H.M. Klanderman**, verbonden aan de Universiteit Utrecht, Faculteit Recht, Economie en Bestuurs- en organisatiewetenschap, Disciplinegroep Rechtstheorie
- 4 **mr. J. Schönau**, directeur Directie Concentratiecontrole van de Nederlandse Mededingingsautoriteit
- 5 **mr. Ch.J.G. Olde Kalter**, voormalig raadsheer in de Centrale Raad van Beroep en eerder plaatsvervangend Chef van de Stafafdeling Constitutionele Zaken en Wetgeving van het Ministerie van Binnenlandse Zaken
- 6 **mr. Th.C. van Sloten**, vice-president bij de Centrale Raad van Beroep
- 7 **mr. M.M. van der Kade**, vice-president bij de Centrale Raad van Beroep
- 8 **mr. T.L. de Vries**, vice-president bij de Centrale Raad van Beroep
- 9 **mr. H.J. Simon**, raadsheer in de Centrale Raad van Beroep
- 10 **mr. J.G. Treffers**, president van de Centrale Raad van Beroep
- 11 **mr. F.P. Zwart**, staatsraad i.b.d. bij de Raad van State
- 12 **mr. S.B. Bijkerk-Verbruggen**, gerechtsauditeur bij de Centrale Raad van Beroep
- 13 **mr. T. Hoogenboom**, vice-president bij de Centrale Raad van Beroep
- 14 **mr. A.W.M. van Bommel**, gerechtsauditeur bij de Centrale Raad van Beroep
- 15 **mr. P.E. Broekman**, senior-gerechtssecretaris bij de Centrale Raad van Beroep
- 16 **mr. drs. J.W.E. Pinckaers-Smink**, gerechtsauditeur bij de Centrale Raad van Beroep

Afkortingenlijst

AAe	Ars Aequi
AAW	Algemene Arbeidsongeschiktheidwet
ABRS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
Abw	Algemene Bijstandwet
ABW	Algemene Bijstandwet (oud)
Akw	Algemene Kinderbijslagwet
ANW	Algemene Nabestaande wet
AOW	Algemene ouderdomswet
ARBO	(Wet) Administratieve Rechtspraak Bedrijfsorganisatie
ARBO-wet	Arbeidomstandighedenwet
Awb	Algemene wet bestuursrecht
AWBZ	Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten
Awr	Algemene wet inzake rijksbelastingen
AWW	Algemene weduwe- en wezenwet
B.	Belastingblad
B&W	(College van) burgemeester en wethouders
Bab	(Wet) Beroep administratieve beschikkingen
bas	besluit van algemene strekking
Bb	Binnenlands bestuur
BGH	Benelux Gerechtshof
BNB	Beslissingen in belastingzaken – Nederlandse belastingrechtspraak
Bpb	Besluit proceskosten bestuursrecht
Bpfp	Besluit proceskosten fiscale procedures
BR	Bouwrecht
B.V.	besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BW	Burgerlijk Wetboek
Bw	Bestuurswetenschappen
c.a.	cum annexis
CAO	collectieve arbeidsovereenkomst
CBA	Centraal Bestuur voor de Arbeidsvoorziening
CBB	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CGB	Commissie Gelijke Behandeling
CJIB	Centraal Juridisch Incassobureau
COOA	(wet) Centraal orgaan opvang asielzoekers
COTG	Centraal orgaan tarieven gezondheidszorg
CPB	Centraal Planbureau
CRvB	Centrale Raad van Beroep
CSV	Coördinatiewet Sociale Verzekering
CvBSf	College van Beroep Studiefinanciering

CWI	Centrum voor werk en inkomen.
d.d.	de dato
DD	Delict en Delinkwent
diss.	Dissertatie
EC	Commissie van de Europese Gemeenschappen
ECRM	Europese Commissie voor de rechten van de mens
EG	Europese Gemeenschap(pen)
EHRM	Europees Hof voor de rechten van de mens
EHRC	European Human Rights Commission
EHRR	European Human Rights Reports
EK	Eerste Kamer der Staten-Generaal
ESH	Europees Sociaal Handvest, Trb. 1963,9v
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden, Trb. 1951, 154; 1990, 156
FED	FED's Fiscaal Weekblad
FIOD	Fiscale inlichtingen- en opsporingsdienst
FutD	Fiscaal up to Date
GAB	gewestelijk arbeidsbureau
GAK	Gemeenschappelijk administratiekantoor
GBA	Gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens
GS	Gedeputeerde Staten
GSD	Gemeentelijke Sociale Dienst
Gst.	(de) Gemeentestem
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
ILO	International Labour Organisation
IOAW	Inkomensvoorziening oudere arbeidsongeschikte werknemers
IOW	Inkomensvoorziening voor oudere werklozen
IVBPR/BUPO	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, Trb. 1978, 172
IVESCR	Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten, Trb. 1990, 170
IVRK	Internationaal Vedrag inzake de Rechten van het kind, Trb. 1990, 178

AFKORTINGENLIJST

JABW	Jurisprudentie Algemene Bijstandwet en Rijksgroepsregelingen
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
JBplus	Jurisprudentie Bestuursrecht
Jrg.	Jaargang
JSV	Jurisprudentie sociale voorzieningen
LJN	Landelijk Jurisprudentie nummer
MID	Militaire Inlichtingendienst
MvT	memorie van toelichting
NEV	nota naar aanleiding van het eindverslag
n.g.	niet gepubliceerd
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJCM	Nederlands Juristencomité voor de Mensenrechten
NJCM-bul	NJCM-bulletin
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
NvW	nota van wijziging
OWW	(oude) Werkloosheidswet
Rawb.	Rechtspraak Algemene wet bestuursrecht
Rb	Rechtbank
r.o.	rechtsoverweging
RSV	Rechtspraak Sociale Verzekeringen
RvdW	Rechtspraak van de Week
RvS	Raad van State
SER	Sociaal Economische Raad
SMA	Sociaal Maandblad Arbeid
Wetboek van Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Nederlandse Staatscourant
Wet SUWI	Wet Structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen
TAR	Tijdschrift voor ambtenarenrecht
Trb.	Tractatenblad
TK	Tweede Kamer der Staten-Generaal
Uwv	Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen

VAR	Vereniging voor Administratief Recht
vgl.	vergelijk
v-n	Vakstudienieuws
VN	Verenigde Naties
VUT	Vrijwillige uittreding
Vw	Vreemdelingenwet
WAHV	Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften
WAO	Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering
Wet Boeten	Wet Boeten, maatregelen, terug- en invordering sociale zekerheid
Wet RO	Wet op de rechterlijke organisatie
Wgbl	Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid
WHW	Wet op het Hoger en Wetenschappelijk Onderwijs
WIA	Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen
Wor	Wet op de ondernemingsraden
WUB	Wet Universitaire Bestuurshervorming
Wvp	Wet verbetering poortwachter
WW	Werkloosheidwet
WWB	Wet Werk en Bijstand
WWV	Wet Werkloosheidsvoorziening

