

# Belemmeringen voor (zichtbare) bestuursrechtelijke rechtsvorming

A.T. Marseille\*

## 1 Inleiding

Van de geschiedenisles op de middelbare school herinner ik mij dat ooit, in de 18<sup>de</sup> eeuw in Pruisen, een poging is ondernomen een wetboek te maken waarin elke denkbare conflictueuze situatie was geregeld. Het *Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten*, dat in 1794 tot stand kwam, bevatte ruim 19.000 voorschriften.<sup>1</sup> De rechter zou zich kunnen beperken tot een mechanische en volstrekt voorspelbare toepassing van het recht. En toch deed zich al spoedig een geschil voor dat niet zonder meer kon worden beslist aan de hand van één van die vele duizenden regels. Alleen door een eigen interpretatie te geven van de relevante bepalingen van het Gesetzbuch kon de rechter het geschil beslechten. Sindsdien weten we dat de rechter, of hij dat wil of niet, onder omstandigheden tot wetsinterpretatie is geroepen. Hij kan er niet steeds mee volstaan het recht simpelweg op de feiten toe te passen, maar moet zo nu en dan, voordat hij dat doet, beslissen hoe hij de relevante rechtsregels zal interpreteren. De rechter is behalve rechtstoepasser ook rechtsvormer.

Van rechtsvorming is in het algemeen sprake als de betekenis van een rechterlijke uitspraak verder strekt dan het geschil dat er mee wordt beslecht, doordat in de uitspraak bepaalde rechtsbegrippen of rechtsbeginselen worden geconcretiseerd en de betreffende uitspraak daarmee een bijdrage levert aan de rechtseenheid en/of rechtsontwikkeling.<sup>2</sup>

## Rechtsvorming kan worden gezien als een noodzakelijk kwaad

Rechtsvorming kan worden gezien als een noodzakelijk kwaad. Idealiter zou de rechter zich niet hoeven in te laten met het 'vormen' van recht; dat is immers de taak van de

wetgever. Echter, vanwege de onmogelijkheid het recht volledig in de wet vast te leggen, moet de rechter de lacunes vullen. Over de wijze waarop hij dat zou moeten doen, vallen twee wensen te koesteren. De eerste is dat de rechter zijn verantwoordelijkheid neemt (van belang vanwege de rechtszekerheid van de rechtssubjecten), de tweede dat zijn oordelen een grote mate van overtuigingskracht bezitten (van belang voor de legitimiteit van zijn rechtsvormende beslissingen).

Deze bijdrage gaat over de Nederlandse bestuursrechter als rechtsvormer. In hoeverre voldoet hij aan de twee hiervoor geformuleerde wensen: neemt hij zijn verantwoordelijkheid, en weet hij daarbij te overtuigen? En voor zover hij niet geheel en al aan die wensen voldoet: valt zijn feilen te verklaren, en valt er iets aan te doen? Startpunt van de beantwoording van die vragen is een van de Raad van State afkomstig rapport over de eisen die zijn te stellen aan de motivering van rechtsvormende uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, *Motivering bij rechtsvorming*.<sup>3</sup>

## 2 De belemmeringen geïnventariseerd

Het rapport *Motivering bij rechtsvorming* neemt de verplichting van de rechter om zijn uitspraken afdoende te motiveren als startpunt. In navolging van de Amerikaanse jurist Sunstein maken de auteurs, De Poorter en Van Roosmalen, daarbij een onderscheid tussen de breedte en de diepte van een motivering. De motivering van een uitspraak is breder, naarmate de rechtsvormende keuze die daarin wordt gemaakt, betekenis heeft voor een groter aantal in de toekomst te beslissen zaken. Tegenover 'brede' staan 'casuïstische' uitspraken. Daarvan is sprake als de reikwijdte van de beslissing van de rechter niet verder strekt dan het geschil dat in de uit-

\* Mr.dr. A.T. Marseille is als universitair hoofddocent bestuursrecht verbonden aan de vakgroep Bestuursrecht en bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen.

- 1 Zie daarover: J.H.A. Lokin & W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, Den Haag: BJu 2006, p. 225 e.v.
- 2 Asser/J.B.M. Vranken, *Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 1995, p. 41; Asser/J.B.M. Vranken, *Algemeen deel. Een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005, p. 9-12.
- 3 J.C.A. de Poorter & H.J.Th.M. van Roosmalen, *Motivering bij rechtsvorming. Over de motivering van uitspraken met een rechtsvormend element door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2009. Zie ook: J.C.A. de Poorter & H.J.Th.M. van Roosmalen, 'Motivering van rechtsvormende uitspraken door de Afdeling bestuursrechtspraak', *NTB* 2009, 30, p. 219-228.



Foto © Marten Hoogstraat

vormend karakter, is er meer reden voor zowel een brede als een diepe motivering. Breed, zodat de gebruikers van het recht herkennen dat de uitspraak rechtsvormend van karakter is. Diep, ten behoeve van de legitimiteit van de rechtsvormende beslissing.<sup>5</sup>

Welke factoren kunnen belemmeren dat de Afdeling in situaties waarin rechtsvorming is geboden, ook daadwerkelijk tot overtuigend onderbouwde en expliciet rechtsvormende uitspraken komt? Vijf belemmeringen zijn te onderscheiden

In hoeverre lukt het de Afdeling bestuursrechtspraak om in gevallen waarin rechtsvorming geboden is, uitspraken met een voldoende brede en diepe motivering te doen? Deze vraag wordt beantwoord door te inventariseren welke factoren kunnen belemmeren dat de Afdeling in situaties waarin rechtsvorming is geboden, ook daadwerkelijk tot overtuigend onderbouwde en expliciet rechtsvormende uitspraken komt. Vijf belemmeringen zijn te onderscheiden. De eerste drie zorgen ervoor dat rechtsvorming achterwege blijft, de laatste twee dat die niet (voldoende) zichtbaar wordt.

Een eerste belemmering is dat een rechtsvraag die zich bij uitstek leent voor rechtsvorming de Afdeling niet bereikt

spraak aan de orde is. De motivering is dieper, naarmate de rechter de argumenten die tot zijn beslissing hebben geleid, beter zichtbaar maakt. De grootste diepte bereikt de rechter als zijn motivering 'discursief' is, dat wil zeggen dat hij de verschillende argumenten die in de procedure naar voren zijn gebracht met elkaar confronteert en vervolgens aangeeft waarom hij het ene argument overtuigender vindt dan het andere. Tegenover 'discursieve' staan 'apodictische' uitspraken. Daarin beperkt de rechter zich tot het formuleren van een beslissing, zonder die te motiveren.<sup>4</sup>

Welke factoren bepalen de vereiste breedte en/of diepte van een uitspraak? Het antwoord van De Poorter & Van Roosmalen is eigenlijk heel eenvoudig: naarmate de rechtsvraag die aan de rechter wordt voorgelegd in sterkere mate noopt tot een beslissing met een rechts-

Een eerste belemmering is dat een rechtsvraag die zich bij uitstek leent voor rechtsvorming de Afdeling niet bereikt. Stel dat verschillende bestuursorganen in vergelijkbare situaties uiteenlopende beslissingen nemen, omdat de wettelijke bepaling die ze toepassen voor meerdere uitleg vatbaar is, dan is niet ondenkbaar dat ze hopen dat de rechtmatigheid van die beslissingen ooit aan de hoogste bestuursrechter zal worden voorgelegd, zodat ze weten welke van de verschillende interpretaties de juiste is. Ze zijn echter afhankelijk van de bereidheid van belanghebbende burgers om de rechtsvraag die zij beantwoord willen zien, tot in hoogste instantie bij de rechter aan de orde te stellen.<sup>6</sup> Gebeurt dat niet, dan blijft rechtsvorming achterwege.

4 De Poorter & Van Roosmalen 2009, p. 28-29.

5 De Poorter & Van Roosmalen 2009, p. 43 e.v.

6 J.B.M. Vranken, 'Toeval of beleid. Over rechtsvorming door de hoogste rechters', *NJB* 2000, p. 1-5.

Als een geschil met een rechtsvraag die zich voor rechtsvorming leent bij de hoogste bestuursrechter terecht komt, is niet gegarandeerd dat die als rechtsvormer kan gaan optreden. De beoordeling van de rechtmatigheid van een overheidsbesluit is beperkt tot de beroepsgronden die daartegen zijn aangevoerd.<sup>7</sup> Als een appelland bij de bestuursrechter allerlei aspecten van een besluit ter discussie stelt, maar niet het aspect dat tot rechtsvorming kan leiden, moet de rechter zich noodgedwongen op de vlakke houden.<sup>8</sup>

## Een tweede belemmering betreft de onzekerheid van de rechter over de gewenste reikwijdte van zijn beslissing

Een tweede belemmering betreft de onzekerheid van de rechter over de gewenste reikwijdte van zijn beslissing. In het hoofdstuk waarin De Poorter & Van Roosmalen de jurisprudentie van de Afdeling analyseren, wordt met regelmaat over een uitspraak opgemerkt dat die weliswaar rechtsvormend van aard is, maar dat de Afdeling verzuimt dit ook duidelijk te laten merken.<sup>9</sup> Waarom doet de Afdeling dat niet? De auteurs noemen eigenlijk als enige reden, de complexiteit van de rechtsvraag die aan de orde is. De rechter kan niet steeds overzien wat de gevolgen zijn als hij op basis van de in een concrete zaak gemaakte keuze een algemene regel formuleert en houdt de uitspraak zo casuïstisch mogelijk. Het valt op dat De Poorter & Van Roosmalen nogal eens geen verklaring kunnen geven voor het feit dat de Afdeling geen 'brede' uitspraak doet waarin ze haar rechtsvormende keuze expliciteert, bijvoorbeeld door het verwijzen naar eerdere gelijklopende of juist andersluidende jurisprudentie.<sup>10</sup>

Hun bevindingen op dit punt komen overeen met een kwantitatief onderzoek van Neerhof uit 1994 naar de bruikbaarheid van jurisprudentie als kenbron van recht. Neerhof vond in de door hem onderzochte uitspraken dat slechts in drie op de tien gevallen waarin een verwijzing naar eerdere jurisprudentie of een standaardformulering mogelijk was, daarvan gebruik werd gemaakt.<sup>11</sup> Ook Neerhof heeft geen sluitende verklaring voor het achterwege blijven van 'brede' uitspraken in situaties waarin dat goed mogelijk zou zijn.<sup>12</sup> Wel vond hij dat rechters vaker verwijzen naar eerdere jurisprudentie als zij daar zelf bij betrokken waren. Dat wijst erop dat het

expliciteren van rechtsvormende keuzes in veel gevallen eerder een kwestie van toeval dan van beleid is.

## Een derde belemmering betreft de constitutionele positie van de rechter

Een derde belemmering betreft de constitutionele positie van de rechter. In geschillen waarover de bestuursrechter een beslissing moet nemen, kunnen zich vragen voordoen waarvan hij vindt dat die meer bij de wetgever dan bij hem als rechter thuishoren. De Poorter en Van Roosmalen noemen als voorbeeld een zaak over een aan de gemeente Haarlem opgelegde bestuurlijke boete, waarin de strafrechtelijke immuniteit van de overheid aan de orde was. De Afdeling ging bewust niet in op de vraag naar de toepasbaarheid van de Pikmeer-jurisprudentie van de Hoge Raad ter zake van bestuurlijke boeten, en motiveerde dat door te wijzen op de nog onbekende uitkomst van het daarover gevoerde publieke debat.<sup>13</sup>

De auteurs noemen geen voorbeelden van de omgekeerde situatie. Die doet zich voor als de rechter zich niets aantrekt van de constitutionele grenzen en rechtsvormende uitspraken doet waar dat geen pas geeft. Of daarvan sprake is, is uiteraard een kwestie van appreciatie. Kandidaten zijn de al wat oudere uitspraak van de Afdeling waarin werd geoordeeld dat een beslissing van het bestuur over de vergoeding van schade, geleden als gevolg van een door de bestuursrechter vernietigd besluit, bij de bestuursrechter appellabel is,<sup>14</sup> en de uitspraak waarin de Afdeling besliste dat de 'feitelijke werkzaamheden' die ideële organisaties moeten verrichten om de status van belanghebbende te verdienen,<sup>15</sup> meer moeten omvatten dan het voeren van juridische procedures en het verrichten van activiteiten die kunnen dienen ter voorbereiding daarvan.<sup>16</sup>

## Een vierde belemmering heeft te maken met het gegeven dat er in het bestuursrecht meerdere hoogste rechterlijke instanties zijn

Een vierde belemmering heeft te maken met het gegeven dat er in het bestuursrecht meerdere hoogste rechterlijke instanties zijn.<sup>17</sup> In het civiele recht en het strafrecht is het er maar één, de Hoge Raad. Die spreekt per

- 7 Zie art. 8:69 lid 1 Algemene wet bestuursrecht (Awb).
- 8 Dat is alleen anders als het een aspect van het geschil betreft dat de rechter ambtshalve moet beoordelen. Zie daarover: M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer, 2008, p. 309-315.
- 9 De Poorter & Van Roosmalen 2009, p. 49, 50, 52, 53, 58, 59, 65, 66, 69, 71, 73, 79 en 89.
- 10 De Poorter & Van Roosmalen 2009, met name p. 66 en voorts p. 49, 50, 52, 59 en 69.
- 11 A.R. Neerhof, *Het geschil voorbij. Een studie naar de bruikbaarheid van bestuursrechtelijke jurisprudentie als kenbron van recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994, p. 367.
- 12 Neerhof 1994, p. 369-370.
- 13 ABRvS 22 november 2006, AB 2007, 25 m.nt. Duikersloot & Ortlep, JB 2007/11 m.nt. Albers. Zie De Poorter & Van Roosmalen 2009, p. 44-45.
- 14 ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. Van Buuren; C.A.J.M. Kortmann, 'De grondwet en de jurisprudentie inzake het zelfstandig schadebesluit', *NJB* 1997, p. 1327-1328; Th.G. Drupsteen, 'Het zelfstandig schadebesluit en de ondragelijke lichtheid van de Nederlandse grondwet', *NJB* 1997, p. 1596-1598.
- 15 Zie art. 1:2 lid 3 Awb: 'Ten aanzien van rechtspersonen worden als hun belangen mede beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen.'
- 16 ABRvS 1 oktober 2008, AB 2008, 348 m.nt. Michiels; K.J. de Graaf, J.H. Jans & H.D. Tolma, 'Milieuorganisaties door de mangel. De wetgever gepasseerd?', *NJB* 2009, p. 80-87.
- 17 Behalve de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State zijn dat de Hoge Raad in diens hoedanigheid als belastingrechter, de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en het gerechtshof Leeuwarden (verkeersboetes, zie art. 14 Wet administratieve handhaving verkeersvoorschriften).



definitie met één mond. In het bestuursrecht is het niet ondenkbaar dat de hoogste rechters er verschillende visies op dezelfde rechtsvraag op nahouden.<sup>18</sup> Er is wel onderling overleg, maar dat leidt er niet altijd toe dat één lijn wordt getrokken.<sup>19</sup>

Het probleem speelt met name als elk van de verschillende hoogste bestuursrechters zich voor het eerst moet uitlaten over eenzelfde rechtsvraag. Voor de instantie die als eerste een beslissing neemt, is er weinig reden om niet met een 'brede', expliciet rechtsvormende uitspraak te komen. Als de andere instanties over diezelfde rechtsvraag moeten oordelen en ze komen tot een andere beslissing, staan ze voor een dilemma. Enerzijds ligt het voor de hand klip en klaar te melden dat hun visie afwijkt van die van de andere hoogste bestuursrechter. Dat schept duidelijkheid. Anderzijds bestaat er een sterke (en op zich begrijpelijke) neiging de verschillende visies op dezelfde rechtsvraag niet aan de grote klok te hangen.<sup>20</sup> Want dat er niet één, maar verschillende hoogste rechterlijke instanties zijn, is tot daar aan toe, maar het gebrek aan rechtseenheid dat daarvan het gevolg is, is uiteindelijk onverkoopbaar. Het paradoxale resultaat is dat waar explicitering van rechtsvormende keuzes door de rechter het meest aangewezen is, dit lang niet altijd gebeurt.

### Een vijfde belemmering is aan de orde als de rechter eigenlijk niet wil toegeven dat de eerdere jurisprudentie onjuist was

Een vijfde belemmering is aan de orde als de rechter eigenlijk niet wil toegeven dat de eerdere jurisprudentie onjuist was. De Poorter en Van Roosmalen noemen als voorbeeld, de uitspraak van de Afdeling waarin de jurisprudentie over de betekenis van artikel 3 EVRM in het vreemdelingenrecht werd bijgesteld, naar aanleiding van de *Salah Sheek*-uitspraak van het EHRM. De bijstelling werd als 'nuancering' gepresenteerd.<sup>21</sup>

### 3 De belemmeringen beoordeeld

De analyse van De Poorter en Van Roosmalen geeft een goed beeld van de factoren die ertoe kunnen leiden dat in situaties waarin de bestuursrechter zich als rechtsvormer zou moeten afficeren, dit toch niet gebeurt. Soms gebeurt het niet omdat hij het *niet kan*

(de zich voor rechtsvorming lenende vraag bereikt hem niet), soms omdat hij vindt dat hij het *niet mag* (rechtsvorming zou de grens tussen rechtspraak en wetgeving overschrijden), soms omdat hij het *niet durft* (hij kan de consequenties niet overzien) of wellicht omdat het hem *te veel moeite* is, soms omdat hij *niet onbeleefd wil zijn* (hij heeft het gevoel dat hij andere hoogste bestuursrechters voor het hoofd stoot) en ten slotte soms omdat hij *zich schaamt* (hij vindt dat hij het eigenlijk niet fout had mogen doen).

### Het minste wat kan worden geconcludeerd, is dat in een substantieel aantal gevallen niet wordt voldaan aan de eisen die aan rechtsvormende uitspraken mogen worden gesteld

Hoe vaak is van elk van die belemmeringen sprake? De studie van De Poorter en Van Roosmalen is er niet op gericht de belemmeringen kwantitatief in beeld te brengen, maar op grond van hun analyse van 101 Afdelingsuitspraken waarin rechtsvormende beslissingen zijn te vinden, valt daar – uiteraard met de nodige slagen om de arm – wel iets over te zeggen. Het hoofdstuk waarin de jurisprudentie wordt geanalyseerd doorlezend, telde ik in totaal 56 opmerkingen van de auteurs over de kwaliteit van door hun besproken uitspraken; 29 daarvan hielden een positieve kwalificatie in, 27 een negatieve. Het minste wat daaruit kan worden geconcludeerd, is dat in een substantieel aantal gevallen niet wordt voldaan aan de eisen die aan rechtsvormende uitspraken mogen worden gesteld.

Voor de weinige uitspraken waarin de de Afdeling tot de conclusie komt dat rechtsvorming *niet mag*, concluderen de auteurs dat die beslissingen te billijken zijn en afdoende zijn gemotiveerd. Uitspraken waarin de Afdeling de constitutionele grenzen heeft overschreden door een rechtsvormende beslissing te nemen, hebben ze niet gevonden. Dan zijn er de uitspraken waarin de rechtsvormende keuze onvoldoende wordt gemotiveerd omdat de Afdeling *niet durft*, het haar *te veel moeite* is, zij *niet onbeleefd wil zijn* of *zich schaamt*. Voor zover explicitering van de rechtsvormende keuze achterwege blijft uit schaamte of beleefdheid ten opzichte van de andere hoogste bestuursrechter(s), hebben De Poorter en Van Roosmalen daar wel begrip voor.<sup>22</sup> Begrip hebben ze ook voor de keuze van de

18 Zie bijvoorbeeld: A. T. Marseille, 'Discrepancie en convergentie tussen hoogste bestuursrechters', AA 2005, p. 572-579, AA20050572.

19 Een voorbeeld biedt de jurisprudentie over de verhouding tussen de artikelen 3:45 (dat het bestuur verplicht bij een besluit een rechtsmiddelenverwijzing op te nemen) en 6:11 Awb (dat bepaalt wanneer een termijnoverschrijding in een bezwaar- of beroepsprocedure verschoonbaar is). Zie Rb. Utrecht 13 januari 2009, AB 2009, 139 m.nt. Ortlep. Zie De Poorter & Van Roosmalen 2009, p. 76.

20 De Poorter & Van Roosmalen 2009, p. 111.

21 De Poorter & Van Roosmalen 2009, p. 112.

22 De Poorter & Van Roosmalen 2009, p. 111, 112 en 113.

rechter in complexe zaken voor een 'casuïstische' in plaats van een 'brede', rechtsvormende motivering. Maar daarnaast passeren in het onderzoek opvallend veel uitspraken de revue waarvan onduidelijk is waarom de rechtsvormende beslissing niet helder voor het voetlicht wordt gebracht. Voor zover niet blijkt dat het gaat om zaken met ingewikkelde rechtsvragen, kan niet anders worden geconcludeerd dat het de Afdeling het *te veel moeite* vond om een 'brede' motivering voor haar rechtsvormende beslissing te geven.

Als ik een gokje mag wagen, denk ik dat: *a.* het aantal zaken waar rechtsvorming achterwege blijft omdat constitutionele grenzen worden overschreden, verwaarloosbaar klein is, dat *b.* van de zaken waarin rechtsvorming plaatsvindt, in ongeveer de helft van de gevallen sprake is van een afdoende motivering en dat *c.* als de motivering tekort schiet, dat heel af en toe het geval is omdat de Afdeling *zich schaamt*, in ten hoogste een kwart van de gevallen als reden heeft dat de Afdeling *niet durft*, in eveneens ten hoogste een kwart van de gevallen dat zij *niet onbeleefd wil zijn* ten opzichte van de andere hoogste bestuursrechters, en in ten minste de helft van de gevallen dat het de Afdeling om wat voor reden dan ook *te veel moeite* is.

## Belemmeringen kunnen onvermijdelijk, gerechtvaardigd of begrijpelijk zijn. Soms zijn ze echter onaanvaardbaar

### 4 De belemmeringen weggenomen?

Belemmeringen kunnen onvermijdelijk, gerechtvaardigd of begrijpelijk zijn. Soms zijn ze echter onaanvaardbaar. Dat niet alle relevante rechtsvormende vragen de raadkamer van de hoogste bestuursrechter bereiken, is tot op zekere hoogte onvermijdelijk. Dat een hoogste bestuursrechtelijke instantie vanwege constitutionele overwegingen of vanwege de complexiteit van de zaak afziet van het doen van een rechtsvormende uitspraak, kan te rechtvaardigen of ten minste te begrijpen zijn. Maar als een hoogste bestuursrechter het expliciteren van de rechtsvormende keuzes te veel moeite vindt, en met name als hij die keuze liever niet aan de grote klok hangt, uit schaamte of om niet onbeleefd te hoeven zijn ten opzichte van collega-hoogste bestuursrechters, is dat onaanvaardbaar.

De meest rigoureuze oplossing van het beleefdheidsprobleem is een herziening van de rechtelijke organisatie, er toe leidend dat er nog maar één hoogste bestuursrechter is. Dat lijkt in de nabije toekomst onhaalbaar.<sup>23</sup> Een alternatief is een rechtseenheidvoorziening, inhoudend dat rechtsvragen die bij meerdere hoogste bestuursrechtelijke instanties spelen, worden beslist door een 'grote kamer', bestaande uit rechters van die verschillende instanties.<sup>24</sup> Maar ook zonder die institutionele wijzigingen is het beleefdheidsprobleem op te lossen. De meest simpele oplossing is om het niet langer als probleem te zien. Hoe je het ook wendt of keert, in Nederland zijn er meerdere hoogste bestuursrechtelijke instanties. De buitenwacht roept vaak dat dat eigenlijk niet kan en dus moet veranderen, maar mede door de opstelling van de instanties zelf zit dat er niet in. Het minste wat de hoogste bestuursrechters kunnen doen, is open kaart spelen ten opzichte van hun publiek. Dat heeft er recht op precies te weten op welke punten hun jurisprudentie uiteenloopt. In plaats van de verschillen te verhullen, zou men zo veel mogelijk duidelijkheid over de divergentie moeten bieden. Vinden de hoogste bestuursrechters het onverteerbaar dat die verschillen in het volle licht komen, dan vormt dat hopelijk een stimulans om op zo veel mogelijk punten tot gelijklopende rechtsvormende uitspraken te komen.

Tot slot nog een opmerking over de zaken die de hoogste bestuursrechters te complex vinden voor rechtsvorming, of waarin ze het te veel moeite vinden om hun rechtsvormende keuze afdoende te motiveren. Hier zou hulp van een openbaar ministerie voor bestuursrechtelijke zaken uitkomst kunnen bieden. De Hoge Raad in zijn hoedanigheid als belastingrechter kan als voorbeeld dienen. Daar kiest de procureur-generaal uit het geheel van de aan de Hoge Raad voorgelegde geschillen die zaken waarin vragen van rechtsvorming aan de orde zijn. Hij neemt daarin conclusie, die de Hoge Raad vervolgens bij zijn oordeelsvorming betreft. Met behulp van een openbaar ministerie kan voor de praktijk inzichtelijker worden gemaakt welke overwegingen doorslaggevend zijn geweest bij het uiteindelijke oordeel over de toepassing van het recht in het concrete geval. Er is geen enkele reden om deze faciliteit, waarvan de hoogste civiele, straf- en belastingrechters al sinds mensenheugenis profiteren, niet ook aan alle hoogste bestuursrechters te gunnen.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Zie de brief van de ministers van Justitie en BZK van 28 april 2004, *Kamerstukken II* 2003/04, 25 427, nr. 7. Zie echter ook *Kamerstukken I* 2008/09, 30 585, B, waaruit blijkt dat de Eerste Kamer heropening van de discussie wil.

<sup>24</sup> De introductie van een 'grote kamer' is opgenomen in het conceptwetsvoorstel 'Wet aanpassing bestuursprocesrecht': *www.justitie.nl / onderwerpen / wetgeving / awb / Voorontwerpen*. Zie A.T. Marseille, K.J. de Graaf & A.J.H. Smit, *Ruimte voor rechtsvorming*, Den Haag: BJu 2007, p. 38-39.

<sup>25</sup> Zie voor suggesties over de vormgeving van een openbaar ministerie onder meer: Marseille, De Graaf & Smit 2007, p. 175-179, B.J. van Ettekoven, 'Rechtseenheid en de advocaat-generaal in het bestuursrecht', *NJB* 2008, p. 14-18.