

Op zoek naar het passende procesmodel

(Prof. mr. Dick Allewijn, MfN-registermediator, trainer, en bijzonder hoogleraar mediation aan de juridische faculteit van de Vrije Universiteit (VU) van Amsterdam).

1) Inleiding: “Ze hebben ruzie”

“Bij het lezen van de geschilbeschrijvingen dient voor ogen te worden gehouden dat partijen ‘ruzie hebben’”.¹

Een citaat uit het proefschrift van Ben Schueler, gepubliceerd in het jaar 1994, het jaar waarin de Algemene wet bestuursrecht van kracht werd. Schueler was met mensen gaan praten die een bestuursrechtelijke rechtszaak hadden gevoerd tegen de overheid. Wat hij aantrof was een reeks venijnige, langlopende conflicten, waarin niet alleen de burger de strijdbijl tegen zijn overheid had opgenomen, maar waarin de overheid ook terugvocht.

De vraag of de deelnemers aan een bestuursrechtelijke procedure al dan niet ruzie met elkaar hebben, had, in de tijd waarin de Awb tot stand kwam, geen relevantie. De overheid had tot taak besluiten te nemen, burgers hadden het recht die besluiten ter toetsing voor te leggen aan de bestuursrechter, de bestuursrechter had tot taak de rechtmatigheid van die besluiten te toetsen. Hoe burgers en (ambtenaren van) de overheid over elkaar dachten en hoe zij zich jegens elkaar gedroegen, dat deed er niet toe. Het was de tijd van het autonome recht.² Het feit dat overheid en burger zich in aparte sferen bevonden werd als een grote waarde beschouwd. Degene die suggereerde dat burger en overheid los van de formele besluitvorming tot elkaar in een relatie stonden die je een rechtsbetrekking zou kunnen noemen, stuitte op heftige tegenstand, eens temeer als hij die rechtsbetrekking ook nog eens als een wederkerige aanmerkte.³

¹ B.J. Schueler, Vernietigen en opnieuw voorzien, diss. Zwolle 1994, blz. 72.

² Zie voor de begrippen repressief recht, autonoom recht en responsief recht Nonet en Selznick, Law and society in transition, Transaction Publishers 2009, met een voorwoord van A. Kagan. Zie ook D. Allewijn, Het rapport “De praktijk van de nieuwe zaaksbehandeling”, een stap in de richting van responsieve bestuursrechtspraak? In: NTB 2016, blz. 222 e.v.

³ Van der Linden en Tak (red.), eenzijdig of wederkerig, Beschouwingen over de wederkerige rechtsbetrekking als basisconcept in het bestuursrecht, Deventer 1995.

Toch is dat juist wat de Awb-wetgever deed: “Weliswaar is in geval van besluiten formeel nog steeds sprake van eenzijdige rechtsvaststelling door het bestuur, materieel is, ook door de veranderende verhouding tussen burger en bestuur, een onmiskenbare tendens naar een meer wederkerige wijze van rechtsvaststelling ontstaan”.⁴ In overeenstemming met deze nieuwe visie zou het bestuursprocesrecht voortaan enkel nog een adequaat kader bieden voor het bindend beslechten van een rechtsgeschil in de *verhouding* tussen burger en bestuursorgaan.⁵ De gedachte dat de bestuursrechter ook een soort van juridisch toezicht op het openbaar bestuur hield, werd verlaten.⁶ De indieners van het wetsontwerp achtten het denkbaar om het procesmodel (dat nog uitging van de toetsing van het eenzijdig genomen bestuursbesluit) daarbij aan te passen, en over te stappen van het *toetsingsmodel* naar een *geschilbeslechtingsmodel*. De indieners van de Awb hebben die stap niet willen zetten.⁷ De procedure werd gericht op geschilbeslechting, het procesmodel bleef het toetsingsmodel. Moet dat zo blijven? Over deze vraag gaat deze bijdrage.

In een procedure die gericht is op geschilbeslechting is het makkelijker om relevantie te verlenen aan het feit dat partijen ruzie hebben dan in een procedure waarin een bestuursbesluit aan het recht wordt getoetst. Het nemen van een besluit is een eenzijdige handeling, het elkaar bevechten in een geschil is een spel voor twee. Ten minste, als we onder een geschil mogen verstaan een gejuridiseerd conflict. Die wijze van zien wint veld.⁸ Daarom zal ik in het navolgende allereerst aandacht besteden aan de verhouding tussen het geschil en het onderliggende conflict, en enkele hoofdlijnen van een conflictenleer voor bestuursrechtjuristen schetsen. Daarna kom ik terug bij de vraag welk procesmodel het meest wenselijke procesmodel is voor het bindend beslechten van rechtsgeschillen tussen burger en overheid. In dat kader

⁴ Daalder, de Groot en Van Breugel, de parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht, tweede tranche, Alphen aan den Rijn 1994, blz. 170 e.v.

⁵ TK 1991/92, 22 495, nr. 3, blz. 30.

⁶ Verheij, Een klantvriendelijke rechter, in: Nieuw bestuursprocesrecht (bundel) Deventer 1992, blz. 131 e.v.

⁷ Zie voor deze geschiedenis mijn dissertatie (RU Leiden) “Tussen partijen is in geschil, de bestuursrechter als geschilbeslechter”, Den Haag 2011, blz. 48 e.v.

⁸ Zie bijvoorbeeld Van Ettekoven en Marseille, Afscheid van de klassieke procedure in het bestuursrecht?” NJV-
preadvies 2017, blz. 231.

besteed ik ook aandacht aan voor- en nadelen van het recentelijk verguisde zg. toernooimodel.⁹

2) Het geschil als gejuridiseerd conflict

Wie 25 jaar geleden de woorden “het onderliggende conflict” in het juridisch domein zou hebben gebezigd, zou louter onbegrip hebben geogst. De begrippen “onderliggend conflict”, “onderliggende belangen” of “achterliggende belangen” hebben inmiddels, ongetwijfeld dankzij de opmars van mediation in de afgelopen 25 jaar, een plaats gekregen in het juridisch discours.¹⁰ De gedachte is als volgt: twee partijen hebben een meningsverschil, bijvoorbeeld over de vraag of een bestuursbesluit al dan niet rechtmatig is. Of zij hebben tegengestelde belangen, bijvoorbeeld bij het al dan niet verlenen van een omgevingsvergunning. Dit enkele meningsverschil of deze enkele belangentegenstelling vormt geen reden om een rechtszaak te beginnen. Partijen kunnen het meningsverschil oplossen, bijvoorbeeld door samen een expert te raadplegen, of zij kunnen hun belangentegenstelling overbruggen, bijvoorbeeld door te onderhandelen. Een conflict ontstaat, wanneer ten minste een van beiden het gevoel krijgt, dat de ander hem dwarsboomt. Het gevoel te worden gedwarsboomd leidt tot een defensieve reactie, die leidt ook weer tot een reactie, en zo ontstaat een patroon van actie- en reactie, dat we conflictescalatie noemen. Een conflict bestaat dus (vrijwel) altijd uit een meningsverschil of belangentegenstelling, gecombineerd met emotionele uitingen of emotie-gestuurde gedragingen. Dat kunnen uitbundige uitingen of gedragingen zijn (warm conflictgedrag), maar ook ingehouden uitingen of gedragingen (koud conflictgedrag).

Tot het conflictgedrag behoort het positie innemen, het zich op standpunten stellen, en het, alsmaar, beargumenteren van die standpunten. Er ontstaat een geschil. De strijd gaat zich meer en meer concentreren op de vraag wie daarin het gelijk aan zijn zijde heeft. Inhoudelijk adviseurs en juridisch adviseurs worden ten tonele gevoerd. Niet zozeer om uit te zoeken hoe het zit, maar om te helpen “winnen”. In dit juridiseringsproces van conflict naar geschil wordt de emotionele laag er weer uit gefilterd. Voor de vraag wie inhoudelijk gelijk

⁹ Zie “Rechtsstaat is er vooral voor juristen”, samenvatting van het HIL-rapport “menselijk en rechtvaardig”, NJB 2017, , blz. 1370 e.v.

¹⁰ Zie mijn oratie (VU): “Tussen recht en vrede, mediation in de responsieve rechtsstaat”, Den Haag 2018.

heeft, doen de onderliggende emoties er immers niet toe: alleen zakelijke argumenten tellen. En zo komt het, dat een gejuridiseerd geschil eerder lijkt op een meningsverschil dan op het onderliggende conflict. Veel juristen reageren aanvankelijk dan ook ongelovig op de stelling dat aan de meeste rechtszaken een conflict met emotionele lading ten grondslag ligt.¹¹ Totdat zij partijen uitnodigen hun geschil bij te leggen of door onderhandelingen te overbruggen. Dan blijkt, bij een hoge escalatiegraad, dat het partijen al lang niet meer om de inhoud te doen is, maar om “het principe”. Van de ander winnen (althans: niet van hem verliezen) is in hoog ge-escaleerde geschillen letterlijk van het grootste belang geworden. Het is een ere-kwestie. Gezichtsbehoud is het voornaamste belang..

Over het onderscheid tussen conflict en geschil is nog het volgende te vermelden: een conflict is vloeiend, het meandert, verandert van gedaante en van kracht.¹² Het geschil daarentegen is statisch. De vraag naar de houdbaarbaarheid van een bestreden besluit blijft, zeker bij een ex nunc toetsing, door de jaren heen dezelfde vraag. Een geschil wordt beëindigd door een gezaghebbend woord over de vraag wie het gelijk aan zijn zijde heeft. Een conflict wordt niet beëindigd door het aanwijzen van een winnaar en een verliezer, maar door de erkenning en waardering van de onderlinge verschillen.¹³

3) Conflictescalatie en juridisering

In Nederland zijn we gewend het proces van conflictescalatie te beschouwen volgens de escalatietrapp van Glasl.¹⁴ Glasl onderscheidt drie hoofdfasen van conflictescalatie:

- De win/win-fase (nerveuze fase, meningsverschil) partijen kunnen zich zelf nog uit het conflict bevrijden
- De win/lose-fase (neurotische fase, tegenstanders) partijen hebben hulp van derde(n) nodig om te de-escaleren

¹¹ Tenzij ze partijen thuis opzoeken zoals Schueler deed. Dan zie je: “Ze hebben ruzie”.

¹² M. Pel, Belangen in de strijd en in de tijd, belangenbehartiging in de dagelijkse praktijk, in: Pel en Emaus (red.): Het belang van belangen, Den Haag 2007, blz. 95 e.v.

¹³ Mac Gillavry, handboek Mediation, eerste druk, Den Haag, blz. 19.

¹⁴ Zie bijvoorbeeld F. Glasl, Help! Conflicten, heb ik een confloct of heeft het conflict mij? Zeist 2001, blz. 82 e.v.

- De lose/lose-fase (pathologische fase, vijanden) alleen een ingreep vanuit macht kan een einde aan de strijd maken.

Het zijn altijd betekenisvolle gebeurtenissen die ervoor zorgen dat partijen in een volgende fase van conflictescalatie terechtkomen: fysiek geweld bijvoorbeeld, een artikel in de krant, een diffamerende tweet, maar ook juridische middelen, zoals een advocatenbrief, een dagvaarding, of, in de verhouding tussen overheid en burger, een verzoek om handhaving of een handhavingsbesluit.¹⁵

Juist in de verhouding overheid/burger gaat de conflictescalatie gepaard met een pijlsnelle juridisering. Het conflict transformeert in een oogwenk naar een geschil. In die transformatie van conflict naar geschil spelen juristen aan beide zijden een belangrijke rol.¹⁶ Deze juridisering heeft voordelen. Zij maakt het mogelijk de kwestie voor een beslissing aan een derde voor te leggen. Er komt dan in elk geval een einde aan de (rechts-)strijd. Maar het heeft ook nadelen. Het vragen van juridisch advies, het laten schrijven van brieven door juristen, en het (laten) beargumenteren van standpunten door juristen, het zijn allemaal gedragingen die door de ander als “dwarsbomen” kunnen worden beschouwd, en die dus bijdragen aan de conflictescalatie. Eens te meer geldt dat voor het opstellen van procesdocumenten. Kunnen we dat de juridische discipline aanrekenen? Dat is een lastige vraag. Bij een bepaalde mate van conflictescalatie beleven mensen¹⁷ het belang om van de ander te winnen als het grootste belang. En een rechtsbijstandverlener heeft het belang van zijn cliënt te dienen.¹⁸

Voor een jurist is het dus een begrijpelijke beroepsvatting dat hij zijn cliënt helpt om zijn zaak te winnen. Dat geldt ook voor overheidsjuristen. Bij een bepaalde mate van conflictescalatie wordt het conflict altijd tweezijdig: indien iemand de overheid met alle middelen bestrijdt, is het voor (ambtenaren van) de overheid psychologisch onmogelijk om niet te gaan terugvechten. Bij een hoge escalatiegraad wil de overheid van de burger winnen, en beschouwt de overheidsjurist het als zijn taak om dat voor elkaar te krijgen.

¹⁵ Zie voor dit alles uitgebreid mijn proefschrift, a.w. blz. 131 e.v.

¹⁶ Juristen, maar ook het recht. Bijvoorbeeld de verplichte beroepsclausule.

¹⁷ Waaronder de mensen die als ambtenaren de overheid vormen.

¹⁸ Regel 2, lid 2 van de Gedragsregels Advocatuur 2018: Het belang van de cliënt, geen enkel ander belang, bepaalt de wijze waarop de advocaat zijn zaken behandelt. In de aanhef heet dit het gebod van partijdigheid.

Echter, maatschappelijk wordt deze beroepsopvatting op sommige domeinen niet meer aanvaard. Vooral natuurlijk in het familierecht. Advocaten die de vader helpen van de moeder te winnen, en de moeder helpen om van de vader te winnen, werken eraan mee dat kinderen in de knel komen en blijven. In dat domein wordt dan ook gezocht naar meer verbindende alternatieven voor de splitsende en escalerende juridische procedures volgens het toernooimodel.¹⁹

4) Procesmodel

In de tijd voor de invoering van de Awb onderscheidde Brenninkmeijer drie procesmodellen: het verificatiemodel, het arbitragemodel en het strijdmodel.²⁰ In het verificatiemodel toetst de rechter, ongeacht de opstelling van partijen, of een besluit of gedraging door de beugel kan. In het arbitragemodel formuleren partijen hun verschil van inzicht en dragen dat aan de rechter voor met het verzoek de knoop door te hakken. In het strijdmodel gaan partijen binnen de regels van het spel voluit voor de winst.

Het is niet moeilijk de verschillende escalatiefasen naast deze drie procesmodellen te leggen. De verificatiefase past bij het eenzijdige conflict en bij het laag ge-escalerde meningsverschil. De inhoud staat nog voorop, partijen zijn constructief. In bestuursrechtelijke kwesties is de overheid nauwelijks een conflictpartner, zij werkt sportief mee aan de verificatie van haar besluiten. Het arbitragemodel past bij de tweede fase van conflictescalatie. Partijen zijn elkaars tegenstanders, maar weten desondanks het oog op de bal te houden. Brenninkmeijer beschouwde de civiele verzoekschriftprocedure als het voorbeeld hiervan. Het strijdmodel (we zouden nu zeggen: het toernooimodel) past bij de derde escalatiefase, die van vijandschap. Partijen bestrijden elkaar en elkaars standpunten waar en zolang zij maar kunnen. Als ze een slag verliezen gaan zij “ongezien” in hoger beroep. Brenninkmeijer zag de civiele dagvaardingsprocedure als het voorbeeld bij uitstek van een procedure volgens het strijdmodel. Partijen willen vooral van elkaar winnen. De rechter positioneert zich in deze strijd als scheidsrechter, die bewaakt dat partijen zich binnen de regels van het spel blijven gedragen.

¹⁹ Platform “Scheiden zonder schade”(Rouvoet): Scheiden, en de kinderen dan? Agenda voor actie, februari 2018.

²⁰ Brenninkmeijer, Het procesrecht als proces, Preadvies NJV, Zwolle 1991, blz. 22-23.

Het gedrag van partijen varieert in deze modellen, en zo ook het meest wenselijke gedrag van de rechter. In het verificatiemodel onderwerpt de rechter degene wiens besluit of gedraging wordt beoordeeld, aan een scherpe, vaak socratische ondervraging. In het arbitragemodel is de rechter zowel empathisch als kritisch naar beide partijen, hij vraagt bij hen beiden door. Bij het strijdmodel past de sfinx, die partijen uit laat razen. Hij doet pas bij vonnis of uitspraak inhoudelijke uitspraken. Partijen staan op scherp (“Wie niet voor mij is is tegen mij”), en een rechter die zich voortijdig laat verleiden tot inhoudelijke uitspraken, loopt het risico als partijdig te worden gezien en te worden gewraakt.

In het strijdmodel maken partijen maximaal gebruik van hun recht op hoor en wederhoor. Het is een letterlijk een procedure op tegenspraak. Partijen hebben het recht op elke uitlating van de wederpartij te reageren, en bij een onderstroom van vijandigheid zullen zij steeds van die gelegenheid gebruik maken. Het alsmaar reageren op elkaars uitlatingen werkt escalierend. Het is dus riskant om conflicten die niet in de hoogste escalatiefase verkeren, in het strijdmodel te behandelen. Als partijen bij aanvang van het proces nog geen vijanden waren, dan zijn ze het aan het eind wel. Is het strijdmodel dan een disfunctioneel model? Neen. Voor partijen die bij aanvang van de procedure al als vijanden tegenover elkaar staan, werkt het model juist de-escalierend. Dat komt door de duidelijke regels, de equality of arms, en de aanwezigheid van een onpartijdige scheidsrechter die opereert op basis van institutioneel vertrouwen.

5) Ontwikkelingen rond het procesmodel van de Awb

De Awb-wetgever heeft het verificatie-model dat tot 1 januari 1994 voor alle bestuursrechtelijke procedures gold, in stand gelaten. Kort na invoering van de Awb ontstond echter de roep om een strijdmodel. In het juridisch domein werd bijvoorbeeld gevraagd om invoering van een geschreven bewijsrecht en van het recht om tegenvorderingen in te stellen. Typisch instrumenten uit de procedure op tegenspraak. Onderliggend waren twee tendensen te bespeuren. In de eerste plaats verhardde de verhouding tussen overheid en burger. Niet alleen werd het vertrouwen van de burger in de overheid minder, maar op steeds meer domeinen ging de overheid meer en meer haar burgers wantrouwen. In de tweede plaats vond er, daarmee samenhangend, een

toenemende juridisering plaats. Juridisering is berusten in vertrouwensverlies. In een procedure op tegenspraak volgens het strijdmodel hebben juristen optimaal de ruimte om zich te laten gelden. Naar later bleek zat de burger helemaal niet op procedures volgens het strijdmodel te wachten. Die wilde gezien en gehoord worden door een betrouwbare beslisser in een eenvoudige en begrijpelijke procedure.²¹ Het strijdmodel voorziet maar matig in die behoefte aangezien het daarin niet gaat om horen en gehoord worden, maar om winnen of verliezen. En zoals bekend wint de overheid veruit de meeste bestuursrechtelijke rechtszaken. De meeste burgers hebben wel een punt, maar geen gelijk. Het is dus belangrijk om procedures zo in te richten, dat het punt dat de burger wil maken, niet verdwijnt achter de strijd om het juridisch gelijk. Het punt dat de burger wil maken heeft vaak betrekking op “de manier waarop...”. De mogelijkheid voor burgers om op dit vlak succes te boeken (formele vernietiging na toetsing aan formele voorschriften en beginselen) is juist verminderd door het streven naar finale geschilbeslechting. Bij finale, materiele geschilbeslechting gaat het om de knikkers, niet om het spel.

Deze toenemende vlucht in het strijdmodel lijkt echter op haar retour te zijn. Neem de inrichting van de procedure inzake de mijnbouwschade door de Groningse gaswinning. In het verleden werden deze schadeclaims behandeld in een bindend adviesprocedure of in civiele dagvaardingsprocedures, met gedupeerde burgers en de Nederlandse Aardoliemaatschappij als partijen.²² Het arbitrage- of het strijdmodel dus. Op zichzelf passend, want partijen stonden tegenover elkaar: het onderliggende wantrouwen en de vijandschap waren groot. Zo groot, dat de uitspraken van de civiele rechter wel de rechtsstrijd konden beëindigen, maar niet leidden tot het beëindigen van het onderliggende conflict. Als stap in de richting van vertrouwensherstel en van uitkomsten die als rechtvaardig worden aanvaard, is nu het strijdmodel verruild voor het verificatiemodel, het model derhalve voor eenzijdige of licht gescaleerde conflicten.²³ Vanuit de conflictenleer zal het interessant zijn om te volgen in hoeverre de overheid, op wie ongetwijfeld scherpe uitingen van

²¹ Laemers, de Groot-Van Leeuwen en Fredriks, *Awb-procedures vanuit het gezichtspunt van de burger, stand van zaken in theorie en eerder onderzoek*, Den Haag 2007 (Evaluatie Awb III)

²² Van Dunné, “Gaswinning in Groningen”, een drama in vele bedrijven, in: *NJB* 2018, blz. 1191 e.v.

²³ Zie voor dit alles Kuipers en Tjepkema, “Publieke regie” in Groningen, publiekrechtelijke schade afhandeling en het vertrouwen in de overheid. In: *NJB* 2017, blz. 2059, en Van de Bunt en Tjepkema, Een nieuw schadeprotocol voor de mijnbouwschade in Groningen, in: *NJB* 2018, blz. 792 e.v.

escalatie en juridisering blijven afkomen, erin slaagt niet mee te gaan in die strijd, en een “sportieve” wederpartij te blijven die haar gedupeerde burgers het volle pond gunt.²⁴ Een belangrijke rol zal hier zijn weggelegd voor de zaakbegeleiders, die uitleg over de procedure geven en als taak hebben “om de bewoners te ontzorgen en hen proactief en ruimhartig bij te staan”.²⁵

Een tweede experiment op dit vlak is ingeluid in het advies van regeringscommissaris Scheltema genaamd: “Integrale geschilbeslechting in het sociaal domein”.²⁶ Scheltema stelt vast dat sinds de invoering van de WMO een aantal grenzen rond de maatschappelijke ondersteuning is weggevallen. Bijvoorbeeld de grens tussen de verantwoordelijkheid van de overheid en die van de door haar ingeschakelde private partijen. Evenals de grens tussen klachten (over gedragingen) en bezwaren (over besluiten). Hij stelt voor om die grenzen ook in de geschilbeslechtingskolom te laten vervallen. Een gevolg daarvan zal zijn, dat “spel” en “knikkers” weer in één procedure worden verenigd. Ook hier weer interessant studiemateriaal voor degene die geïnteresseerd is in conflictdynamiek: de operatie is alleen kansrijk bij een overheid die – ook hier – kans ziet niet defensief te reageren op de verontwaardiging die ongetwijfeld ook in deze geschillen op haar afkomt. Op haar vermogen, derhalve, ook hier, om een “sportieve” tegenpartij te zijn. Ook hier zien we een institutionele bruggenbouwer, de onafhankelijke clientondersteuner.

Heeft de overheid het vermogen om niet mee te gaan in de strijd, om in positie te blijven, ook als de gemoederen hoog oplopen? De uitdaging staat in elk geval, anders dan 25 jaar geleden, “op de kaart”. Experimenten met mediation en met een de-escalerende behandeling van bezwaarschriften²⁷ hebben tot bewustwording geleid. Geen bestuursorgaan kan meer ontkennen dat het eigen gedrag, het gedrag van ambtenaren, en juist ook van overheidsjuristen, een essentiële factor is bij de toe- of afname van de vechtlust van burgers. Wie weet, heeft de toegenomen aandacht voor het leerstuk van procedurele rechtvaardigheid tot gevolg dat de overheid haar neiging om terug te vechten

²⁴ Ruimhartigheid is een officiële doelstelling in het schadeprotocol mijnbouwschade, zie Van de Bunt en Tjepkema, a.w. blz. 793.

²⁵ A.w. blz. 794.

²⁶ Advies van de Regeringscommissaris aan de Minister van BZK d.d. 30 mei 2017 (internetconsultatie).

²⁷ Gebundeld in het programma “Prettig contact met de overheid” WWW.prettigcontactmetdeoverheid.nl.

als de burger zich op verontwaardigde toon tot haar wendt, meer en meer gaat onderdrukken, al dan niet door het ontwerpen van verbindende en op vertrouwensherstel gerichte procedures.

6) Maatwerk en proeftuinen

Het ene conflict is het andere niet. Zoals we zagen, zijn er eenzijdige conflicten, licht ge-escaleerde conflicten, matig ge-escaleerde conflicten en hoog ge-escaleerde conflicten. Het gedrag van partijen is in al die soorten conflicten verschillend. Het gedrag van de beslisser zou idealiter daarbij moeten aansluiten. Sluit het gedrag van de beslisser niet aan bij de mate van conflictescalatie, dan is de kans groot dat de conflictescalatie in de loop van de procedure eerder toe- dan afneemt. Ideaal is dan ook een flexibele procedure die erop gericht is om maatwerk te leveren. Eerst wordt het conflict gediagnostiseerd, daarna wordt de meest geëigende procedure in gang gezet, met het bijbehorende meest geëigende gedrag van de beslisser. Dat is de inzet van het conflicthanteringspalet van Prettig contact met de overheid (PCMO): op een signaal van onvrede van de burger wordt allereerst gereageerd door telefonisch het gesprek met die burger aan te gaan. Samen met die burger wordt in dat gesprek onderzocht wat de beste aanpak is. Het was oorspronkelijk ook de inzet van de Nieuwe zaaksbehandeling van de bestuursrechter. Op een regiezitting zou met partijen worden gezocht naar de beste aanpak. De ontwikkeling in de richting van dit procesmodel is nog volop gaande. En een nieuwe invalshoek dient zich aan, want de nog altijd toenemende digitalisering van het maatschappelijk verkeer biedt nieuwe kansen om, tegen geringe kosten, nieuwe, de-escalerende procedures te bedenken. Zo fantaseren Van Ettehoven en Marseille over een digitale toegang tot de bestuursrechtprocedure, waarin partijen onder andere kunnen kiezen voor een “ODR-track”, die niet gericht is op de “juiste” juridische oplossing (en dus op het aanwijzen van een winnaar en een verliezer), maar op het vinden van een legale minnelijke oplossing onder leiding van een expert in dispute resolution.²⁸

De roep om maatschappelijk effectievere rechtspraak beperkt zich niet tot het bestuursrecht. Vooral in het familierecht, maar ook in andere deelgebieden van

²⁸ Bart Jan van Ettehoven en Bert Marseille, Afscheid van de klassieke procedure in het bestuursrecht? NJV-
preadvies 2017.

het recht, zoals het burendrecht, bestaat een groot verlangen naar experimenten met nieuwe, oplossingsgerichte procedures. Inmiddels heeft een concept-wetsvoorstel Experimentenwet rechtspleging het licht gezien, maar helaas wordt daarbij een experimenteerbepaling alleen ingevoerd in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. De bestuursrechter zal dus nog niet al te veel buiten de kaders mogen denken. Dat ligt anders bij de bezwaarprocedure. De inrichting daarvan is immers niet tot in detail geregeld, en dat maakt de ruimte voor experimenten daar groot. Mijn aanbeveling zou zijn om die experimenteerruimte optimaal te benutten en de experimenten goed te monitoren.²⁹ Op zoek naar verbindende procedures in het bestuursrecht.

7) Slotsom

Bij de invoering van de Awb is “nog” vastgehouden aan het toetsingsmodel, alhoewel werd ingezien dat het verzoekschriftmodel en/of het toernooimodel beter paste bij de verhouding burger/overheid als rechtsbetrekking. Het verlangen naar een toernooimodel heeft een opleving gekend, maar is op haar retour, nu het besef doordringt dat overheid en burger hierin nodeloos tegenover elkaar komen te staan, en dat in een strijd om de winst de overheid meestal de langste adem heeft dan wel aan het langste eind trekt. De zoektocht naar procedures die meer gericht zijn op vertrouwensherstel, op erkenning van het punt dat de burger wil maken, op genoegdoening na ondervonden onrecht, kortom, niet slechts op (objectieve) rechtmatigheid maar op (subjectieve) rechtvaardigheid, is begonnen. We gaan het meemaken, de komende 25 jaar!

²⁹ Er gebeurt op dit gebied natuurlijk al een hoop in het kader van PCMO, maar een structurele opzet en wetenschappelijke monitoring van experimenten zou een nieuwe impuls kunnen geven.