

Formele en materiele rechtskracht : de kleren van de Keizer

Citation for published version (APA):

van der Linden, E. C. H. J. (1998). *Formele en materiele rechtskracht : de kleren van de Keizer*. Sdu Uitgevers. <https://doi.org/10.26481/dis.19981028el>

Document status and date:

Published: 01/01/1998

DOI:

[10.26481/dis.19981028el](https://doi.org/10.26481/dis.19981028el)

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Samenvatting

Vanuit verschillende invalshoeken werd in dit boek de (formele en materiële) rechtskracht van bestuursbesluiten benaderd. Wat kan de lezer zoal aantreffen? De formele rechtskracht is hier te lande niet gecodificeerd, maar komt in de jurisprudentie wel (veelvuldig) voor. Een analyse daarvan treft u in dit boek aan. De wijze waarop de formele en materiële rechtskracht hun plaats vinden in het Duitse debat wordt ook besproken, evenals de implicaties van de in Duitsland gemaakte onderscheidingen voor ons land. Daarnaast komt het onderscheid tussen formele en materiële rechtskracht aan de orde. De betekenis van traditionele onderscheidingen (zoals toetsing *ex nunc* en *ex tunc*, rechtmatigheids- en doelmatigheids-toetsing, werking *erga omnes* en werking *inter partes*, objectieve en relatieve toetsing, eenzijdigheid en wederkerigheid, non-contentieuze en contentieuze fase of feit, norm en gevolg) voor rechtskracht wordt onderzocht. Hoe is dit boek opgebouwd?

In deze studie werd een poging ondernomen om de betekenis van de rechtskracht van bestuursbesluiten voor de publiekrechtelijke en in het bijzonder voor de bestuursrechtelijke werkelijkheid te inventariseren en helder te krijgen.

De eerste betekenis van rechtskracht zoals in deze studie is besproken, is de betekenis die de burgerlijke rechter er aan geeft. Formele rechtskracht wordt door de burgerlijke rechter gehanteerd als afbakeningsinstrument van zijn rechtsmacht met die van de bestuursrechter. Het betekent dan *inter partes*-onaantastbaarheid, zodat bij aanwezigheid van formele rechtskracht de burgerlijke rechter niet tot zelfstandig toetsen overgaat. De burgerlijke rechter neemt dan het bestuursrechtelijke oordeel over.

De burgerlijke rechter heeft zich laten inspireren door de bestuursrechter bij zijn definitie van formele rechtskracht als *inter partes*-onaantastbaarheid. De bestuursrechter zal immers eveneens niet ontvangen bij aanwezigheid van formele rechtskracht. Behalve dat formele rechtskracht in het bestuursrecht in een benadering vanuit het processuele (*procesdenken*) aldus beschouwd wordt als ontvankelijkheidsinstrument is er ook een betekenis die uitgaat van het denken vanuit de bevoegdheidsuitoefening. In deze bevoegdheidsbenadering is formele rechtskracht een eigenschap van een beschikking die deze heeft op het moment van het nemen van een besluit. Daardoor geeft het bestuursorgaan iets authentieks, een geldigheidsstempel mee aan de beschikking. Deze bevoegdheidsuitoefening als gezagsuitoefening heeft – als product van objectief recht – *erga omnes*-werking.

Een andere definitie van rechtskracht die in het bestuursrecht de ronde doet is duurzaamheid. Enerzijds is deze duurzaamheid verbonden met het juridisch bestaan (formele rechtskracht) en anderzijds is deze verbonden met – in tijd en naar personen gespreide – effecten (materiële rechtskracht).

Weer een andere betekenis van rechtskracht definieert formele rechtskracht op een – aflopend – moment (eigenschap van de rechtshandeling) en materiële rechtskracht als blijvend (eigenschap van het rechtsgevolg).

Deze laatste twee betekenissen zijn niet door de burgerlijke rechter als inspiratiebron gebruikt voor zijn eigen definitie van formele rechtskracht als synoniem met onaantastbaarheid.

In dit boek is de vraag gesteld of de burgerlijke rechter wanneer hij het bestuursrechtelijke oordeel overneemt, of hij dat compleet overneemt (1) en of hij daarmee ook wel hetzelfde overneemt (2)?

De eerste vraag leidt naar de omvang van formele rechtskracht en in het bijzonder naar de uitzonderingen op formele rechtskracht. De uitzonderingsmogelijkheid op de hoofdregel van formele rechtskracht fungeert als een hardheidsclausule.

De tweede vraag concentreert op het verschil in bestuursrechtelijke en burgerrechtelijke oordelen. Het bestuursrechtelijke oordeel houdt in een oordeel over een rechtssituatie *ex tunc* (feit), dat objectief van aard is (norm) en dat *erga omnes*-werking heeft (gevolg). Neemt de burgerlijke rechter deze 'publiekrechtelijke benadering' over? Het antwoord is dat de burgerlijke rechter niet hetzelfde oordeel overneemt. Een bestuursrechtelijk vaststaand gegeven over een beschikking op een bepaald moment (een *ex tunc*-oordeel) wordt *ex nunc* gekwalificeerd in het burgerlijk recht. De burgerlijke rechter kiest (en dat is terecht) steevast voor het verbinden van *inter partes*-werking (gevolg) aan zijn uitspraken.

Nadat de historische betekenis(sen) van rechtskracht in kaart is gebracht, werd de vraag naar de vreemde herkomst van het begrip voor het voetlicht geplaatst. Naast het begrip 'Rechtskracht' dat voortkomt uit het procesdenken onderscheidt met in Duitsland het begrip 'Bestandskracht' dat voortkomt uit het bevoegdheidsdenken. Deze begrippen worden beide weer ingedeeld in een formele en een materiële variant.

Omdat we in Nederland geen equivalent kennen van het begrip 'Bestandskracht', maar wel met de daarmee verband houdende problematiek worden geconfronteerd, heb ik het begrip *rechtsbestendigheid* voorgesteld.

Naast rechtsbestendigheid is er dan rechtskracht. Rechtsbestendigheid is er vóór de contentieuze fase. Wanneer deze contentieuze fase aanvangt, spreken we van rechtskracht.

De vraag waarvan rechtskracht eigenlijk de eigenschap is, werd daarna bestudeerd. Vanuit systematische wijze werd de rechtsbestendigheid en de rechtskracht van verschillende rechtsfiguren geanalyseerd. Als conclusie kan gelden dat er grote verwarring, onduidelijkheid, heerst in de discussie over welke rechtsfiguren als drager van welke eigenschap aangemerkt kunnen worden. Dat komt doordat steeds met een andere bril naar het probleem wordt gekeken. Als men zich bewust is met welke bril er gekeken wordt, is het heel goed mogelijk om met de verschillende begrippen (formele en materiële rechtsbestendigheid en formele en materiële rechtskracht) om te kunnen gaan.

In de analyses vanuit de rechtstheorie en rechtsfilosofie werden de mogelijke achtergronden van het leerstuk besproken. De rechtskracht van bestuursbesluiten werd zowel als rechtspositivistisch, als autopoietisch, als transcendentiaal als spectraal vraagstuk geanalyseerd. Elke benadering bracht eigen invalshoeken die leidden tot soms meer en soms minder nuttige inzichten in het leerstuk.

Ten aanzien van de vraag hoe of door wie recht ‘gemaakt’ wordt antwoorden de rechtspositivisten dat recht door mensen is gemaakt, de autopoiëten dat recht door het recht zelf is gemaakt, de transcendentalisten dat recht door God is gemaakt en in de spectrale theorie is recht gemaakt door mensen in hun verband en is het in de loop van de geschiedenis gestalte gegeven. Hoe dat recht er dan uit kan zien, wordt ook verschillend opgevat. De rechtspositivisten zeggen dat recht alles zijn kan, dat wil zeggen elke inhoud kan hebben. De autopoiëten gaan ervan uit dat de bouwstenen van nu vorm geven aan nieuwe oplossingen voor het recht van morgen. De transcendentalisten stellen voorop dat recht maar één aspect van het leven is; de inhoud ervan heeft relaties met alle andere aspecten en is zodoende afhankelijk van de verbanden waarin men verkeert bepaald (vorm gegeven); geloof is de allesbepalende creator van de inhoud van het recht. Hoe het recht er uit ziet is in de spectrale theorie een, volledig aan de menselijke (gelijk)waardigheid ten dienste staand, gegeven.

Zowel rechtspositivisten als transcendentalisten beschouwen rechtskracht als een vorm van rechtsgelding van normen. Dat is opvallend, want in deze studie is de eigenschap steeds benaderd als verbonden met een feit.

Teubners autopoiëtische benadering leert dat autopoiëtische geslotenheid de eenheid en eigenheid van een systeem garandeert. Zo bezien doet het hanteren van formele rechtskracht door de burgerlijke rechter deze autopoiëtische geslotenheid geweld aan.

In Van Eikema Hommes’ transcendentalistische benadering wordt een poging gedaan tot het opnieuw definiëren van formele en materiële rechtskracht. Formele rechtskracht is de eigenschap van normen die ontstaat doordat de norm op een correcte wijze door een bevoegd rechtsvormer is tot stand gekomen (gelding van de vorm). Materiële rechtskracht betekent de eigenschap van normen die ontstaat doordat de norm in overeenstemming is met de bovenwillekeurige materiële rechtsbeginselen (gelding van de inhoud).

In mijn eigen visie blijven na beschouwing van rechtskracht vanuit deze verschillende perspectieven twee centrale stellingen overeind. Allereerst is rechtskracht erkenning: rechtskracht is altijd in het publiekrecht aanwezig, ook al is het onzichtbaar. Rechtskracht hebben is immers de erkenning dat er recht is. Ten tweede is rechtskracht als onzichtbaar, maar altijd aanwezig fenomeen vluchtig. Vluchtig typeren in juridische termen komt het dichtst bij het karakteriseren van rechtskracht als een ‘illusie’, een fictie. Juist omdat rechtskracht als altijd aanwezige eigenschap van rechtsfeiten zo ‘onzichtbaar’ is, blijft het mysterieus, moeilijk grijpbaar, elastisch, flexibel. Beide stellingen culminerend in de metafoor van rechtskracht als de kleren van de Keizer uit het sprookje, want al was de Keizer dan wel naakt, hij had toch niet niets aan...

Summary

This book examines the concept of substantive and formal (procedural) legal force of administrative decisions from different perspectives. Formal legal force has not been codified in the Netherlands. However, it frequently features in case law, an analysis of which is made in this book. The author discusses the discourse on formal and substantive legal force as developed in Germany and the implications for the Netherlands of the distinctions which have been made in Germany. In addition, she deals with the differences between formal and substantive legal force. The author examines the meaning of the traditional distinctions relating to legal force, such as testing *ex tunc* and *ex nunc*, the lawfulness and 'best solution' tests, the *erga-omnes* effect, the *inter-partes* effect, objective and subjective testing, unilaterality and reciprocity, the non-contentious and contentious stage, or act, norm and legal effect.

An attempt is made in this book to make an inventory of and to clarify the different meanings of the legal force of administrative decisions in the public-law domain, especially in administrative law. The meaning of legal force first discussed in this dissertation is the meaning created by the civil judge. Formal legal force is employed by the civil judge as a tool for distinguishing his own jurisdiction from that of the administrative judge. Legal force here stands for *inter-partes* inviolability, which prevents the civil judge from applying his own test in cases of formal legal force. In such cases, the civil judge will adopt the administrative judgment.

In defining formal legal force as *inter-partes* inviolability, the civil judge has been inspired by the administrative judge. The latter will also not admit the case in the event of formal legal force. In addition to the fact that formal legal force under administrative law is viewed as a tool to assess admissibility -a procedural approach-, there is also the meaning which came about as a result of approaching it in terms of exercise of administrative authority. In this competence approach, formal legal force is a feature of decision at the moment that decision was taken, by which the administrative authority confers authenticity, renders validity, to the administrative decision. This exercise of administrative power in the form of exercise of authority has an *erga-omnes* effect, since it is a product of objective law.

Another definition of legal force, which circulates in administrative law, is continuity. In the case of formal legal force, continuity is linked to legal reality and in the case of substantive legal force it is linked to legal effects, dispersed over time and persons.

Yet another meaning of legal force defines formal legal force as finite (feature of *rechts-handeling* [an act having the legal effect intended by the parties]) and substantive legal force as permanent (feature of legal effect).

The latter two meanings have not been used by the civil judge as a source of inspiration for his own definition of formal legal force as synonymous to inviolability. The author poses the question as to whether the civil judge, in adopting the judgment of the administrative judge, (1) does so in full and (2) whether he renders the same judgment.

The first question leads us to the scope of formal legal force and in particular to the exceptions to legal force. The exceptions to the principal rule of formal legal force serve as a hardship clause.

The second question focuses on the difference between civil and administrative judgments. A judgment rendered by an administrative judge is an assessment of the legal reality *ex tunc* (act), which is objective in nature (norm) and which has an *erga-omnes* effect (legal effect). Does the civil judge adopt this public-law approach? The answer is that he does not. A fact established in public law about an administrative decision at a specific moment in the past (an *ex-tunc* judgment) is assessed *ex nunc* in private law. The civil judge will consistently, and rightly so, opt for the *inter-partes* effect (legal effect) of his decisions.

After having mapped out the historical definitions of legal force, the author highlights the foreign origins of the concept. In addition to the concept of '*Rechtskracht*', which developed from the procedural approach, the concept of '*Bestandskracht*' is distinguished, which derives from the competence approach. Both concepts consist of a formal and a substantive variety. No equivalent exists in the Netherlands of the concept of '*Bestandskracht*'. However, the relevant problems do occur there, which has caused the author to propose the term '*rechtsbestendigheid*' (a time-honoured quality). In addition to *rechtsbestendigheid*, there is legal force (*rechtskracht*); where *rechtsbestendigheid* is a pre-contentious concept, *rechtskracht* pertains to the contentious phase.

She proceeds by investigating the question of legal force as a feature. The *rechtsbestendigheid* and legal force of various legal concepts are analyzed from a systematic angle. One conclusion may be that there is great confusion and a lack of clarity as to what legal concepts possess what features. This is the result of the fact that the matter is viewed differently by different people. If one is aware of the specific angle from which the problem is viewed, then is it very well possible to deal with the concepts of formal and substantive *rechtsbestendigheid* and formal and substantive legal force.

In her analyses based on legal theory and legal philosophy, the author discusses the theories on which the doctrine may be based. The legal force of administrative decisions is analyzed as a legal positivist, an autopoietic, a transcendental and a 'spectral' issue. Each approach provides its own perspective, which yields a number of useful and a not so useful insights into the doctrine.

The legal positivists' answer to the question as to how law originates or who creates it, is that law is man-made. The autopoietes entertain the view that law creates itself (autopoiesis), whereas the transcendentalists believe that God creates the law. In spectral theory, law is created by humans within their particular circles and shaped by history. The face of law is therefore also a matter of opinion. Legal positivists propose that law can be anything, that is to say, it can have any content. Autopoietes assume that the building blocks of current law form new solutions for future law. Transcendentalists presume that law is but one aspect of life; its content relates to all of life's other aspects. Thus, it depends on the circles in which

humans exist. Faith is the all-ordaining creator of the content of law. In spectral theory, law is a given fully subservient to human dignity and equality.

Both the legal positivists and the transcendentalists view legal force as a form of validity of norms. This is remarkable, because in this dissertation this feature has been consistently approached in connection with 'act'.

Teubner's autopoietic approach teaches us that the autopoietic cocoon protects the unity and individuality of the system. From this perspective, the civil judge's use of formal legal force upsets the autopoietic cocoon. In the transcendentalist approach of van Eikema-Hommes, an attempt is made to redefine formal and substantive legal force. In this approach, formal legal force is a norm feature, which comes about as a result of the norm having been correctly created by the competent lawmaker (force of form). Substantive legal force is then a norm feature, which comes into existence because the norm conforms with the non-fortuitous, substantive legal principles (force of content).

After having studied legal force from these different angles, the author submits that two central propositions remain. First, legal force is the result of acknowledgement: legal force is always, be it not visibly, present in public law. Force of law follows from acknowledgment of law. Second, legal force, the invisible, ever-present phenomenon, is elusive. Characterizing 'elusive' in legal terms is almost like saying legal force is an illusion, fiction. Precisely because of the invisibility of legal force, the ever-present feature of *rechtsfeiten* (acts having legal effect), it remains mysterious, elusive, resilient and flexible. Both propositions culminate in the metaphor of legal force as the Emperor's clothes. The Emperor may be naked, he is not without array...