

HANDELINGEN
DER
NEDERLANDSE
JURISTEN-VERENIGING
1950

ACHT-EN-ZEVENTIGSTE JAARGANG

I

N.V. UITGEVERS-MAATSCHAPPIJ
W. E. J. TJEENK WILLINK - ZWOLLE - 1950

BEHOORT BIJ ONDERWERPEN GELIJK B.V. DIE VAN
DE WOONRUIMTEWET 1947 EN HET ALGEMEEN VOR-
DERINGSBESLUIT 1940 DE BURGERLIJKE RECHTER
CONTROLE TE HEBBEN OP BESLUITEN EN HANDE-
LINGEN VAN DE ADMINISTRATIE. EN ZO JA.
HOE BEHOORT DIE CONTROLE
TE WORDEN GEREGLD?

Praeadvies van

Prol. Mr. N. OKMA

De vraag naar de richtige verhouding tussen Rechter en Administratie is al oud. Dat zij thans opnieuw aan de orde wordt gesteld, vindt zijn verklaring in de omstandigheid, dat die verhouding heden ten dage feitelijk een totaal andere is, dan die welke onze vaders voor ogen stond. Wie rondneust in de annalen van vóór 50 jaar, gevoelt zich als een kat in een vreemd pakhuis. Buys en Heemskerk en al die anderen, die nog stonden te weifelen op de grens van publieken privaatrecht, zouden verbaasd opkijken, als zij konden zien, hoe ver de burgerlijke rechter deze grens reeds achter zich heeft gelaten. Hun zouden de haren te berge rijzen, als zij konden weten, hoe deze rechter op het veroverd terrein te werk gaat, de Overheid niet slechts aansprakelijk stellend voor publiekrechtelijke wetsschending, doch zelfs hare gedragingen toetsend aan buitenwettelijke maatstaven!

Deze sterk gewijzigde positie van de burgerlijke rechter vindt haar tegenhanger — en rechtvaardiging tevens — in een radicaal veranderde functionering van de Overheid. De ten onrechte onder dienst geroepen milicien, die omstreeks 1880 nog algemene gevoelens van deernis wist te wekken, doet ons niets meer. Zijn lot was een herenbestaan, vergeleken bij dat van de moderne burgerman, die geen voet meer kan verzetten zonder toestemming van de Staat en wiens rechten goeddeels ondergeschikt zijn geworden aan de bevoegdheden der administratie.

En welke bevoegdheden! Het ideaal van een aan de Wet gebonden Overheid is vervlogen. Het keurslijf bleek te nauw. Vaag geformuleerde bevoegdheden, een macht, die wordt bepaald door de aard van de taak en/of door de omstandigheden, waaronder zij moet worden volbracht, staatsnoodrecht in allerlei vorm, ziedaar het juridiek gewaad van de huidige Staat.

De verzuchting van Krabbe,¹⁾ dat het vraagstuk slechts op geringe belangstelling bogen kan, zou hij thans niet meer slaken. Integendeel: de oplossing van het probleem is voor velen geworden een kwestie van leven of dood.

Dit probleem is vóór alles een sociaal probleem. Er cirkelen rondom de vraag van Administratie en Rechter allerhande, opzichzelf beschouwd hoogst eerbiedwaardige, belangen en strevingen: handhaving van een historisch gegroeide positie van de rechterlijke macht, vrijheid voor een doelmatige en ongehinderde administratie, het ideaal van een aan de burgerlijke rechtspraak gelijkwaardige administratieve jurisdictie, de ontwikkeling van een zelfstandige wetenschap van het administratief recht. Maar op de achtergrond staat steeds de kleine man; de man, die tevergeefs een woning zoekt; de man, die van de intimiteit van zijn huis wordt beroofd; de man, die in de doolhof der regelingen en beslissingen geen weg meer weet, anders dan van het kastje naar de muur. Om hem gaat het. Hij is er niet om de Staat, de Staat is er om hem. Hij is er ook niet voor de juristen, de juristen zijn er voor hem. Zolang hij rondloopt met de gedachte, dat er in Nederland geen recht meer is (— en zo zijn er velen —), mogen wij niet gerust zijn.

Het Bestuur vraagt een antwoord op de vraag, of bij onderwerpen als de Woonruimtetwet 1947 en het Algemeen Vorderingsbesluit 1940 de burgerlijke rechter controle behoort te hebben op besluiten en handelingen van de administratie en — indien deze vraag bevestigend zou worden beantwoord — hoe dan die controle behoort te worden geregeld.

Het komt mij voor, dat men zich, alvorens deze vraag of vragen te kunnen beantwoorden, eerst rekenschap dient te geven van het beeld, hetwelk die controle in het heden vertoont.

§ 1. *De rechtsmacht (art. 2 R.O.)*

De jurisdictie van de burgerlijke rechter tegenover de Overheid steunt uit hoofde van art. 2 R.O. op twee pijlers. Hij neemt kennis van alle geschillen over eigendom of burgerlijke rechten en hij berecht alle geschillen over schuld-vorderingen.

Wat het eerste aangaat: het kan nut hebben, eraan te

¹⁾ „Administratieve Rechtspraak”, R.M. 1911, blz. 432.

herinneren, dat een „geschil over eigendom” niet altijd gepaard behoeft te gaan met een „inbreuk op de eigendom”. Het is opvallend, hoe vaak in de korte gedingen betreffende de Woonruimtetwet zowel partijen als rechters argumenteren met deze „schending van een subjectief recht”, blijkbaar van mening, dat zij (deze schending) aanwezig moet zijn, om te kunnen besluiten tot de onverbindendheid of ongeldigheid van de betrokken vordering.¹⁾ Of deze mening juist is, kan hier in het midden blijven. In ieder geval is deze schending van een subjectief recht geen noodzakelijke voorwaarde voor de *sundering van de rechtsmacht*. Ook een betwisting of een bedreiging van recht is daartoe voldoende.²⁾

Wat betreft de geschillen „over schuldvorderingen”, veelal verstaat men onder „schuldvordering”, een *geldvordering* en wel een geldvordering, die als *rechtisvordering* in het betrokken proces aanhangig is gemaakt.³⁾ Met betrekking tot het handelen of nalaten van de Overheid betekent dit, dat de burgerlijke rechter — indien er geen sprake is van aantasting of bedreiging van een burgerlijk recht — alleen dan rechtsmacht heeft, indien de gedupeerde alreeds vermogensschade heeft geleden, waarvan hij (op grond van art. 1401 B.W.) geldelijke vergoeding eist.

Deze zienswijze is echter niet die van de Hoge Raad. Reeds in het arrest Schouwen c/a Westernen Ban van 20 April 1923⁴⁾ bleek de Hoge Raad van mening, dat onder schadevergoeding (schuldvordering) ook is te verstaan (een vordering tot) opruiming en herstel in de oude toestand. In het arrest van 18 Augustus 1944 (Gemeente Alkmaar tegen de Provincie Noord-Holland)⁵⁾ werd een vordering

¹⁾ Men leze in dit verband het vonnis van de President, het arrest van het Hof, de cassatiemiddelen en de conclusie van de P.G. in de Doetinchemse zaak: 1947 No. 677, 1948 No. 573 en 1949 No. 558.

²⁾ H.R. 18 Aug. 1944, 45 No. 598.

³⁾ Zie bijv. Kranenburg, in „Ned. Bestuursrecht” blz. 265: „Een geldsom als petitum beslist over de competentie” (dit nog wel na de bespreking van het arrest Schouwen-Westere Ban!); Meyers, „Het Kort Geding”, blz. 118/19: „...en uit dien hoofde geldelijke vergoeding wordt gevorderd”; P. G. Wijnveldt in zijn conclusie v.a. het in de vorige noot genoemde arrest: „De burgerlijke rechter is slechts bevoegd, indien bescherming wordt gevraagd in een burgerlijk recht of wanneer een geldvordering is ingesteld.”

⁴⁾ N. J. 1923, blz. 689.

⁵⁾ N. J. 44/45 No. 598.

tot levering van electriciteit als „schuldvordering” aangemerkt. Ging het in het arrest Schouwen/Westeren Ban om reeds geleden schade, het laatstbedoelde arrest breidde de rechtsmacht van de burgerlijke rechter *ook over toekomstige schade* uit. Ik denk hier aan de overwegingen:

„dat de Gemeente niet heeft gevorderd schadevergoeding geleden door een reeds gepleegde onrechtmatige handeling van de Provincie, doch een verklaring voor recht, hierop neerkomende, dat stopzetting (van de electriciteitslevering. O.) een onrechtmatige daad zou opleveren, met veroordeling op straffe van dwangsom, om zich te onthouden van zoodanige handeling, stellende de Gemeente daartoe gerechtigd te zijn, omdat de Provincie kenbaar had gemaakt tot die stopzetting te zullen overgaan, waaruit voor de Gemeente en haar inwoners onherstelbaar groot ongemak en schade zoude ontstaan;

„dat ook deze vorderingen hun grond zoeken in art. 1401 B.W., daar de bescherming, die dit artikel geeft, niet is uitgeput met de daarin met zooveel woorden gegeven aanspraak op schadevergoeding na begaan onrecht, doch zich ook uitstrekt tot maatregelen van preventie voor het geval ernstig dreigt, dat onrecht staat te geschieden;

„dat hieruit voortvloeit, dat bij dezen tweeden grondslag van de vordering als voorwerp van het geschil is aan te merken een verbintenis, die naar art. 1401 — derhalve een bepaling van burgerlijk recht — zoude rusten op de Provincie bij te verwachten optreden harerzijds ten nadele van de Gemeente, en aan de rechter de bescherming wordt gevraagd, welke dat artikel daartegen zoude verlenen;

„dat mitsdien wat betreft deze grondslag aanwezig is een geschil over een burgerlijk recht als vermeld in art. 2 R.O.”

Het is mij niet recht duidelijk, waarom deze omweg via het „burgerlijk recht” nodig is.¹⁾ Art. 2 R.O. noemt naast het burgerlijk recht de schuldvordering. Deze schuldvorde-

¹⁾ De gedachtengang is ontleend aan het arrest Schouwen/Westeren Ban.

ring (in casu die ex art. 1401) nu weer als burgerlijk recht te betitelen schijnt mij overbodig.

Hoofdzaak is echter, dat deze schuldvordering niet als rechtsvordering behoeft te worden ingesteld. Art. 2 R.O. zegt dat ook niet. Het artikel spreekt zonder onderscheid van *geschillen over* eigendom, resp. burgerlijke rechten, en van *geschillen over* schuldvordering.

Op deze wijze wordt opnieuw een belangrijke uitbreiding van de rechtsmacht van de burgerlijke rechter verkregen. Niet slechts, wanneer reeds vermogensschade is teweeggebracht, maar ook, indien deze dreigt te ontstaan, kan de rechter ingrijpen. Men behoeft niet langer te wachten tot het kalf verdrongen is, alvorens de put wordt gedempt.

Zo gezien, berust de rechtsmacht van de burgerlijke rechter in de woonruimte-zaken op beide pijlers: de vordering van woonruimte betekent de bedreiging van een burgerlijk recht (eigendom of huur), zij kan tevens aanleiding geven tot vermogensschade en schept mitsdien de mogelijkheid van een schuldvordering ex art. 1401 B.W.

Wel wint door deze nieuwe uitbreiding der rechtsmacht aan belang de vraag, *welke uitspraak* de burgerlijke rechter kan geven, zowel wanneer een veroordeling tot schadevergoeding nog niet mogelijk is, omdat de schade wel dreigt te ontstaan, maar nog niet is ontstaan, als in de gevallen, dat reeds geleden schade geldelijk niet doeltreffend kan worden vergoed.

De Hoge Raad spreekt in het algemeen van „maatregelen van preventie”. Daartoe rekent hij blijkbaar in de eerste plaats de (door de Gemeente Alkmaar ook ingestelde) declaratoire vordering.

Als praeludium van een schadevergoeding ex 1401 B.W. was de declaratoire vordering reeds geen onbekende.¹⁾ Thans zal zij ook zelfstandig mogelijk zijn, zelfs in de gevallen, waarin geen sprake is van aantasting of bedreiging van een burgerlijk recht.

Ten aanzien van het verbod, gepaard met een dwangsom, bevat het arrest geen restrictie. Toch zou het m.i. verheugend zijn, indien algemeen (en dus ook bij aantasting van burgerlijke rechten) de controle van de burgerlijke rechter op

¹⁾ Vgl. hijv. H. R. 8 Febr. 1929, N. J. 1929, blz. 378; H. R. 22 Mei 1936, 1936 No. 1060.

de gestie van de Overheid zich meer dan tot dusverre tot de declaratoire vorm beperkte. Het opleggen van verboden, al of niet gepaard met dwangsommen,¹⁾ — in het rechtsverkeer tusschen private personen onmisbaar — strookt weinig met de verhouding tusschen rechter en Overheid, beide gezagsdragers, beide onderworpen aan de hoogheid van het recht, met slechts dit verschil, dat aan de rechter de taak is toebedeeld, dat recht te vertolken ook tegenover een dwalende Overheid.

Soortgelijke overwegingen zouden m.i. moeten gelden, wanneer van de rechter een bevel tot een positieve verrichting wordt geëist, hetzij, om daarmee (verdere) schade te voorkomen, hetzij om zodoende reeds geleden schade te beteren. Wanneer het gaat om handhaving van burgerlijke rechten, ziet de Hoge Raad er geen been in, om aan de Overheid feitelijke verrichtingen op te dragen,²⁾ zulks op grond, dat die handhaving „noodzakelijkerwijs de bevoegdheid tot het gelasten van herstel in de vorige toestand insluit”.

Hoe staat de rechter tegenover publiekrechtelijke rechtshandelingen van de Overheid? Die rechtshandelingen tenietdoen, nietig-verklaren, kan hij niet; hoogstens kan hij hare werking tegenover de gelaedeerde keren door buiten-effectstelling of schorsing.³⁾ Veel min kan hij van de Overheid verlangen, dat zij een door de eiser gewenste rechtshandeling verrichten zal.⁴⁾ Ten opzichte van het eerste (de nietig-verklaring) zou men kunnen aanvoeren, dat deze een constitutieve beslissing ware, waartoe de rechter bij de wet rechtsmacht zou moeten zijn verleend.⁵⁾ Met betrekking tot het tweede zal men een beroep moeten doen op algemene beginselen van het staatsrecht, krachtens welke de rechter niet mag treden in de plaats van het bestuur.⁶⁾

¹⁾ Met betrekking tot de astreinte is er reeds aarzeling; zie bijv. Rb. Amsterdam (K. G.) 28 Jan. 1949, No. 471: „dat, waar het hier geldt een overheidsorgaan, een dwangsom natuurlijk niet nodig is.”

²⁾ H.R. 14 Juni 1935, N.J. 1935, blz. 1475 (Drielse Veer).

³⁾ A. M. Donner, „Rechtskracht van administratieve beschikkingen”, blz. 264.

⁴⁾ Voorzover de wet niet uitdrukkelijk het tegendeel bepaalt, als bijv. in de artt. 13 e.v. der Kieswet.

⁵⁾ Meyers, a.w. blz. 86.

⁶⁾ Vgl. A. M. Donner, t.a.p.

Indien echter dit laatste zo is, dan valt moeilijk in te zien, waarom deze beginselen niet zouden gelden voor feitelijke gedragingen van de Overheid. Het beroep van de Hoge Raad op de noodzaak klinkt mij niet erg overtuigend in de oren. In ieder geval zal men de macht van de rechter dienen te beperken tot „herstel in de vorige toestand”. Dit herstel kan dan als vorm van schadevergoeding ex art. 1401 B.W. worden gezien. Het begrip „preventieve maatregelen” uit het arrest van 1944 mag niet tot alle mogelijke — feitelijke — gedragingen van de Overheid worden uitgebreid.

Belangrijk zijn de consequenties van het geciteerd arrest ook voor de *President, rechtsprekend in kort geding*. Men ontzegt hem tot dusverre rechtsmacht tegenover de Overheid in de gevallen, waarin geen burgerlijk recht wordt bedreigd of aangetast, omdat bij hem geen „schuldvordering” kan worden ingesteld.¹⁾

Wanneer echter geen schuldvordering *behoeft* te worden ingesteld, doch het voldoende is, indien zulk een schuldvordering bestaat of kan ontstaan, dan valt niet in te zien, waarom de preventieve maatregelen, waarvan de Hoge Raad spreekt, niet ook van de President zouden kunnen worden gevorderd.

Natuurlijk is dit voor de woonruimte- en soortgelijke processen zonder belang. De President kan die berechten op grond van het in art. 2 R.O. eerstgenoemde aanknopingspunt: geschillen over eigendom of burgerlijk recht.

Ook dan echter blijft hem ontzegd één der vormen van berechting, welke hierboven als de ideale werd voorgesteld: de declaratoire uitspraak. Zulks niet wegens art. 2 R.O., doch op grond van art. 289 Rv., hetwelk spreekt van „voorzieningen”, waaronder het declaratoir niet begrepen zou zijn.²⁾

Het mag met recht verwondering wekken, in een tijd, waarin de grammatische en historische wetsinterpretatie zo-

¹⁾ Meyers, a.w., blz. 121; anders R. J. Polak, „Aanspraak en aansprakelijkheid”, blz. 129, noot 1.

²⁾ Meyers, a.w., blz. 82 e.v. Zie ook blz. 53: „dit verbod ligt besloten in de regel van art. 289 Rv., die de taak van de President omschrijft als het treffen van „voorzieningen” en in de Franse term *ordonnance*, waaronder een declaratoir van rechten niet begrepen is.”

veel plaats heeft moeten ruimen aan de eisen der doelmatigheid, op dit punt de oude methode met zulk een hardnekkigheid te zien gehandhaafd. Doch zelfs indien men tegen de methode op zichzelf geen bezwaar zou hebben: welk historisch of grammaticaal argument verzet er zich tegen, om de (voorlopige) uitspraak van de President, dat een gepleegde of voorgenenomen handeling hem rechtmatig of onrechtmatig, verbindend of onverbindend, voorkomt, te beschouwen als een „voorziening” in de zin van art. 289 Rv.? Bevat niet *elke* rechterlijke uitspraak, uitdrukkelijk of stilzwijgend, zulk een declaratoir? Waarom zou dan de President, als het meerdere (het bevel, het verbod, de machtiging) hem overbodig of zelfs schadelijk lijkt, niet met het mindere mogen volstaan? Zitten wij nu nog vast aan een Fransche uitdrukking (ordonnance), die door onzen wetgever niet is vertaald, maar vervangen door de ruimere term, „voorziening”?

Hetgeen hiervoor werd opgemerkt ten aanzien van de burgerlijke rechter in het algemeen, geldt a fortiori voor de lagere rechter. Zijn minder hoge positie, zijn plaatselijk contact met de betrokken Overheidsorganen, maken het dubbel gewensd, dat in zijn uitspraken elk irriterend element achterwege blijft. De declaratoire uitspraak nu is de meest milde vorm, waarin hij zijn oordeel kan hullen. Zij is daarom ook de meest geschikte.

Wat aangaat de overige „voorzieningen” van de President: hij zal aan dezelfde restricties onderworpen blijven als de gewone rechter. Hetgeen Meyers¹⁾ over bestuursdaden opmerkt, kan goeddeels onveranderd blijven gelden. Echter niet langer op den grond, dat bij de President slechts over burgerlijke rechten zou kunnen worden geageerd, doch wegens het feit, dat de rechter in het algemeen — en dus ook de President — het positief ingrijpen in het bestuur niet vrijstaat.

§ 2. *Het handelen van de Overheid.*

De veelsoortigheid van het Overheidsoptreden plaatst de rechtswetenschap voor de noodzaak van een zekere systematiek. Zo vinden wij bij Minister Loeff een scheiding tussen „materiële daden” en „uitspraken”.²⁾ Deze laatsten vielen

¹⁾ a.w. blz. 121.

²⁾ Belinfante, blz. 66 e.v.

dan weer uiteen in uitspraken zonder publiekrechtelijk rechtsgevolg (b.v. adviezen, niet bindende aanbevelingen e.d.) en uitspraken met publiekrechtelijk rechtsgevolg of wilsverklaringen.

In latere tijd is deze onderscheiding losgelaten en vervangen door een andere, waarbij het al of niet beoogd zijn van rechtsgevolg op de voorgrond staat.¹⁾ Merkwaardigerwijs is daarbij de term „materiele daden” — die als tegenstelling tegenover „uitspraken” wel paste — behouden gebleven, hoewel thans allerlei uitspraken, die geen wilsverklaringen zijn (bijv. de bovengenoemde adviezen) tot de rubriek der „materiele daden” zijn gaan behoren, en omgekeerd wilsverklaringen kunnen worden geuit in materiele gedaante (bijv. de verkeersagent, die het stopbord omwendt).

Het zou verleidelijk zijn, eens na te gaan, in hoeverre deze nieuwere onderscheiding strookt met de uit het privaatrecht bekende indeling naar feitelijke handelingen en rechtshandelingen. Ik moge volstaan met de opmerking, dat de verwantschap meer theoretisch dan practisch bestaat. Reeds het feitelijk handelen van de Overheid verschilt aanmerkelijk van dat van de particulieren burgerman. Terwijl deze laatste bij zijn optreden de rechten van anderen heeft te eerbiedigen, op straffe van schadevergoeding, en zich dan ook beijvert, om naast doch niet tegen de medeburger zich een plaats te veroveren, zien wij de Overheid juist voortdurend en goeddeels straffeloos in botsing met andermans lijf en goed. Zij beschikt, anders dan de particulier, veelal over *bevoegdheid* om zulks te doen.

Iets dergelijks is er ook aan de zijde der wilsverklaringen. Het komt hoogst zelden voor, dat een particulier éézijdig zijn wil aan anderen kan opleggen (partijbeslissing e.d.). Bij de Overheid is dat regel. Haar wilsverklaringen zijn voor het leeuwendeel éézijdige normstellende handelingen, hetzij van algemene dan wel van bijzondere strekking. En evenals haar aantasting van andermans rechten moet worden gerechtvaardigd, zal ook hier de Overheid moeten kunnen aantonen, dat zij tot het opleggen van deze bindingen *bevoegdheid* bezit.

¹⁾ v. d. Pot, in „Ned. Bestuursrecht”, blz. 201 e.v.; dezelfde, „Handboek v. h. Ned. Staatsrecht”², blz. 323 e.v.; A. M. Donner, Inleiding a.w.

Een en ander heeft tot gevolg, dat de beschouwingen — van rechter of rechtsgeleerde — over het handelen van de Overheid, zowel naar de feitelijke zijde als naar de kant van de wilsverklaringen, onophoudelijk met deze vraag naar de bevoegdheid zijn doorspekt.¹⁾

Evenmin als in het privaatrecht is in het publiekrecht het onderscheid tussen feitelijke handelingen en rechtshandelingen altijd even scherp. Met name het verschil tussen de feitelijke handeling en de wilsverklaring voor het bijzonder geval („beschikking”) is niet steeds evident. Wat onderscheidt bijv. de afwijzende beschikking van de weigering om te beschikken? Bij een mondelinge vorm van beschikken kan het onderscheid neerkomen op de vraag, of de betrokken ambtenaar al of niet met zijn hoofd heeft geschud. En wat de gevolgen betreft: afgezien van de mogelijkheid van administratief beroep, zal het voor de verzoeker niet veel uitmaken, of hij in het geheel geen, dan wel een weigerende beschikking op zijn verzoek ontvangt.

Van meer belang is nog, dat dit juridisch onderscheid tot den niet-jurist niet spreekt. Feitelijke handelingen en rechtshandelingen maken afwisselend deel uit van de samenhangende en ononderbroken activiteit van de Overheid. De belastingaanslag zaait niet minder schrik en ontsteltenis dan de deurwaarder. Er is maar één schrede tusschen het bevel tot winkelsluiting en de posterende agent, tussen de vorde-

¹⁾ Daarbij dreigt niet zelden verwarring met een andere vraag, die eveneens als vraag van „bevoegdheid” wordt aangeduid. Sinds men de Staat, de Provincie, de Gemeente, is gaan zien als rechtspersoon en de gezagsdragers als organen van die rechtspersoon, werd het nodig, het terrein af te bakenen, waarop deze organen konden handelen (rechtmatig of onrechtmatig) met zodanig gevolg, dat hunne handelingen aan de rechtspersoon konden worden toegerekend. Deze „bevoegdheid” is een begrip, dat enkel begrenzing inhoudt en niets zegt over het al of niet geoorloofde of verbindende van de betrokken handelingen. In de tekst gaat het om een rechtsoordeel, krachtens hetwelk de verrichte of te verrichten handelingen worden goedgekeurd, gerechtvaardigd, met gelding bekleed.

Dat ook deze terrein-afbakenende, taak-toedelende en taakverdelende „bevoegdheid” een zaak is van groot gewicht, behoeft geen betoog.

Trouwens, zodra men uit de „aard van de taak” de bevoegdheid in praegnante zin afleidt, zijn de twee bevoegdheidsgrenzen tot één geworden.

ring van woonruimte en de ontruiming met de sterke arm.

Dit moge er voor behoeden, deze rechtsconstructie zwaarder te belasten, dan zij dragen kan. Hoezeer ook logisch verdedigbaar (waarover hieronder nader), in wezen is het niet te rechtvaardigen, dat men wel een (belastende) beschikking uit de weg kan ruimen op grond van onbehoorlijk optreden, doch deze maatstaf niet mag gebruiken, als het gaat om feitelijke handelingen en het goedmaken van de schadelijke gevolgen daarvan.¹⁾

Niettemin zal men bij het opstellen van een overzicht van de rechterlijke controle over het handelen van de Overheid, het bewuste onderscheid niet uit het oog mogen verliezen. Bij de rechtshandelingen, inzonderheid de verplichtende of belastende rechtshandelingen, gaat het primair om de opheffing van een (beweerdelijk ten onrechte) opgelegde binding. Die opheffing wordt alreeds verkregen, wanneer de eiser aantoon, dat bevoegdheid tot de oplegging ontbrak. Als grond kan hij daartoe bijv. aanvoeren, dat de bevoegdheid op onredelijke wijze is gebruikt.

Veelal zal de eischer voldaan zijn, als hij deze opheffing verkrijgt. Pas wanneer hij zou beweren, tengevolge van de (onverbindende) maatregel schade te hebben geleden, zou aan de orde komen de vraag, of die maatregel wellicht ook opleverde een onrechtmatige daad in de zin van art. 1401 B.W. Onbevoegdheid op zichzelf sluit deze onrechtmatigheid niet in. Daarvoor zullen zelfstandige gronden moeten worden bijgebracht, bijv. (bij de huidige stand der rechtspraak in zake 1401 B.W.) aantasting van subjectief recht of overtreding van de (gebiedende of verbiedende) wet.

Bij de feitelijke handelingen ligt de zaak anders. Daar gaat het juist alleen om die onrechtmatigheid in de zin van art. 1401 B.W. Weliswaar kan het ook daar vaak van belang zijn, aan te tonen, dat er geen bevoegdheid tot handelen bestond. En ook daar kan als argument dan worden gebezigd de stelling, dat een (in het algemeen bestaande) bevoegdheid in casu niet op de juiste manier is gebruikt. Doch hier heeft (anders dan bij de rechtshandelingen) het constateren van die onbevoegdheid geen enkele zelfstandige

¹⁾ Vgl. het Rapport v. d. Ver. voor Adm. Recht over „Nietigheid en vernietigbaarheid van beschikkingen“, 1944, blz. 4: „De tegenstelling (tussen besluiten en handelingen, O.) is er trouwens meer ene van vorm dan van beginsel“.

waarde. Hier is onvermijdelijk (hetgeen bij de beschikking veelal als een overbodig surplus verschijnt), dat dan voorts wordt aangetoond, dat deze — niet langer door bevoegdheid gedekte — handeling tevens onrechtmatig is in de zin van art. 1401 B.W.

Het lijkt niet overbodig, om daarop nog eens de nadruk te leggen. Het woord „onrechtmatig” is dubbelzinnig; het kan zowel betekenen „strijdend tegen een rechtsregel, gebod of verbod” als „niet door een (veroorloven)de norm gedekt”. Die twee zijn niet hetzelfde. Ertussen ligt het grote terrein der rechtens irrelevante handelingen, die weliswaar niet uitdrukkelijk zijn goedgekeurd, doch evenmin verboden.

Met name de woonruimte-rechtspraak gaat aan onduidelijkheid in dit opzicht mank. Als voorbeeld zij verwezen naar de Zandvoortse zaak.¹⁾ Wij citeren uit het arrest:

O. „dat de *aantasting van de rechten* van hen, die naar burgerlijk recht tot het gebruiken of in gebruik geven van woonruimte gerechtigd zijn, gelegen in het vorderen van het gebruik van die woonruimte door de burgemeester, *rechtmatig* is, voorzover deze aantasting wordt gedekt door de bevoegdheid, welke op dit stuk het Vorderingsbesluit Woonruimte aan de burgemeester heeft toegekend.²⁾

„dat echter van een bevoegdheid als de onderhavige niet een ander gebruik gemaakt mag worden dan tot de doeleinden, waarvoor die bevoegdheid is gegeven;

„dat de rechter, die bevindt dat kennelijk dit laatste het geval was, een oordeel geeft over de *rechtmatigheid* van 's burgemeesters handelen, immers beslist, dat dit handelen *niet gedekt wordt door de wettelijke bepalingen*, waarin die bevoegdheid is toegekend”.

Uit de conclusie van de P. G. Wijnveldt in dezelfde zaak:

„Ik acht onder de werking van het Vorderingsbesluit de taak van de rechter beperkt tot het onderzoek van

¹⁾ N.J. 1949, No. 557.

²⁾ Soortgelijke overweging in het arrest Kweldergronden (1949 No. 559): „dat dan ook te deze, waar de vordering het recht van de eigenaar aantast, de rechter vermag te beoordeelen, of die vordering rechtmatig is, dat wil zeggen: of zij wordt gedekt door de bevoegdheid, welke in deze door het Besluit aan de vorderende autoriteit is toegekend.”

de vraag of de burgemeester met zijn vordering is gegaan buiten doel en strekking van het Besluit.

Wanneer blijkt, dat dit het geval is, dan is *er een onrechtmatige daad gepleegd*". (cursivering van mij. O.)

Boven¹⁾ werd er reeds op gewezen, (in verband met de rechtsmacht), hoe in de Doetinchemsche zaak, met name in de conclusie van de P. G. Berger telkens wordt gewaagd van een „schending van een subjectief recht”, als ware deze schending onmisbare voorwaarde voor het bestaan van rechtsmisbruik en daarmee voor de ongedigtheid van de Woonruimtevordering.

De Burgemeester, eiser tot cassatie, sprak trouwens onomwonden van „*onrechtmatig in de zin van art. 1401 B.W.*”.

Het mag na al deze formuleringen geen wonder heten, wanneer dan tenslotte de annotator, Veegens, in zijn noot vooropstelt „dat deze uitspraken in de legkaart van 's H. R.'s jurisprudentie over de onrechtmatige Overheidsdaad behoren te worden ingepast bij de rubriek van handelingen, die inbreuk maken op een subjectief recht”, enz., waaraan hij dan nog toevoegt: „Op de beide andere rubrieken, de handelingen in strijd met des daders wettelijke plicht of indruisende tegen de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid, hebben de beslissingen geen betrekking”.

Naar mijn gevoelen is het precies andersom: de inbreuk op het subjectief recht heeft er niets-, de maatschappelijke zorgvuldigheid heeft er alles mee te maken. De stukken behoren in de legkaart van de onrechtmatige Overheidsdaad helemaal niet thuis. Is men op een dwaalspoor geraakt, misleid door de dubbelzinnige term „onrechtmatig” en door een (overbodige; ook voor de fundering der rechtsmacht overbodige) vermelding van „aantasting”, „inbreuk” of „schending” van subjectieve rechten, die als van zelf de gedachten moest heenleiden naar art. 1401 B.W.?

Wat was er in deze processen aan de hand? Een Overheidsorgaan had krachtens wettelijke bevoegdheid door middel van een beschikking aanspraken doen gelden op andermans goed en aan de gerechtigde zodoende de verplichting opgelegd, om dat goed, resp. het gebruik daarvan, af te staan.

Wat werd er nu geëist? Buiten-effectstelling van deze

¹⁾ Zie blz. 4/5.

beschikkingen, resp. opschorting van hare gevolgen.

Op welke grond? In het ene geval de stelling, dat de betrokken autoriteit (subjectief of objectief) was gegaan buiten het doel der bevoegdheid, in het andere geval, dat zij van die bevoegdheid een onredelijk gebruik had gemaakt.

Het subjectief recht komt daaraan niet te pas. Hoe zou het ook kunnen? De bevoegdheid hield immers in, dat schending van het subjectief recht geoorloofd zou zijn? Dan kan men toch niet weer die schending als argument gebruiken, om de bevoegdheid te ontkennen?

De waarheid is, dat de vraag naar de verbindendheid der beschikking (die weer afhangt van de vraag, welk gebruik men van een bevoegdheid mag maken) zelfstandige betekenis heeft, naast de vraag naar de (on)rechtmatigheid in de zin van art. 1401.

Een en ander schijnt mij niet slechts van belang voor een juiste terminologie of een richtige systematiek. In de hierboven bestreden formuleringen staat tevens al te lezen, dat de onverbindende beschikking zal moeten worden beschouwd als een onrechtmatige daad in de zin van art. 1401 B.W. Ik geloof niet, dat dit nodig is en ik geloof ook niet, dat het juist is. Waarom zou een ongemotiveerde aanspraak, afkomstig van de Overheid, per sé ook reeds moeten zijn een onrechtmatige daad, die tot schadevergoeding verplicht? In het privaatrecht, waar men het toch met andermans recht over 't algemeen nauwer neemt dan in het publiekrecht, is dat al niet zo. De Overheid, aan wie niet slechts het recht, maar ook de plicht is gegeven tot handelen, dient men niet terstond met het zwaar geschut van art. 1401 te bekogelen, wanneer zij zich te goeder trouw vergist.

Bovendien: de reminiscentie aan art. 1401 B.W. moet er toe leiden, dat de rechtsmacht van de burgerlijke rechter en de mogelijkheid van rechtsmisbruik worden beperkt tot die gevallen, waarin de rechter „inbreuk” op een subjectief recht meent te constateren, zelfs al wordt een uitspraak over die „inbreuk” niet met zoveel woorden verlangd. Geen van beide schijnt mij nodig of ook maar gewenst.

Het overzicht van de rechterlijke controle over de handelingen van de Overheid moet dan ook van het onderscheid tussen feitelijke daden en rechtshandelingen en van het onderscheid tussen onrechtmatigheid en onverbindendheid uitgaan. De „legkaart” komt er dan uit te zien als volgt:

§ 3. *De rechterlijke contrôle.*

A. De rechterlijke contrôle over feitelijke handelingen of verzuimen.

a) *feitelijke handelingen in het algemeen.*

Gelijk gezegd, gaat het bij feitelijke handelingen en verzuimen uitsluitend om de vraag der (on)rechtmatigheid in de zin van art. 1401 B.W. Ook zó is de geschiedenis al ingewikkeld genoeg.

De rechtspraak van de Hoge Raad over de onrechtmatige Overheidsdaad vertoont een sterke afwisseling van aspecten. Van 1928 tot 1940 is er bijv. een reeks van arresten, waarin de aansprakelijkheid van de Overheid afhankelijk wordt gesteld van de strekking van het als overtreden genoemde wetsvoorschrift (Zwecknormen-leer). De reeks vangt aan met het arrest Marchant ¹⁾ en eindigt met het arrest Wormgoor/Zutphen. ²⁾

Met de arresten de Boer ³⁾ en Heldenkermis ⁴⁾ komt weer meer op de voorgrond de gedachte, dat de Overheid — zelfs zonder uitdrukkelijk daartoe gegeven wettelijke machtiging — tot wetsschending en aantasting van subjectieve rechten wel gerechtigd kan zijn uit hoofde van de aard van haar taak en van de omstandigheden, waaronder die moet worden volbracht. ⁵⁾

Inmiddels heeft — met het Meerboeienarrest ⁶⁾ ook het, reeds in het Strooppotarrest ⁷⁾ aangekondigde, onderscheid zijn intrede gedaan tussen de Overheid als zodanig en de Overheid, die op gelijken voet als een bijzonder persoon deelneemt aan het maatschappelijk verkeer.

En eindelijk ligt er in het arrest Jochems/'s Gravenhage ⁸⁾ een nog niet geheel opgehelderde zienswijze, volgens welke de (on)rechtmatigheid van het Overheidsoptreden (mede) af-

¹⁾ H.R. 25 Mei 1928, N.J. 1928, blz. 1688.

²⁾ H.R. 23 Nov. 1939, 1940 No. 242.

³⁾ H.R. 13 Nov. 1936, 1937 No. 182.

⁴⁾ H.R. 29 Mrt. 1940, No. 1128.

⁵⁾ De gedachte was niet nieuw, vgl. H.R. 12 Jan. 1923, N.J. 1923, blz. 307 (Schieland).

⁶⁾ H.R. 5 Mei 1933, N.J. 1933, blz. 875.

⁷⁾ H.R. 20 Dec. 1928, N.J. 1928, blz. 1138.

⁸⁾ H.R. 18 Febr. 1944, No. 226; vgl. ook H.R. 19 Maart 1941, No. 312 (Voorste Stroom).

hankelijk kan zijn van het vergoeden van de aangerichte schade.

De neiging is groot, om na te gaan, in hoeverre het éne gezichtspunt het andere verdringt, vooral wanneer bekend is, dat van de zittende leden van de Hoge Raad er sommige zijn, die voor dit of dat gezichtspunt geen grote sympathie koesteren.¹⁾ Ongetwijfeld is het ook zó, dat een oud beginsel aan betekenis kan inboeten door de invoering van een nieuw. In de gevallen, waarin de Overheid vrijheid heeft, om de wet te overtreden, heeft bijv. een onderzoek naar het doel van de overtreden bepaling geen nut meer.

Toch geloof ik, dat men het beste doet, de in de rechtspraak naar voren komende gedachten rustig naast elkander te laten staan, zolang niet duidelijk blijkt dat de Hoge Raad zelf een bepaalde opvatting prijsgeeft. Het handelen van de Overheid is dermate veelzijdig en het heeft onder zó verschillende omstandigheden plaats, dat een adaequate rechtspraak ook zelve noodwendigerwijze wel afwisselend en veelzijdig zijn moet, wil zij de gegeven materie op bevredigende wijze omspannen.

Afgedacht van speciale, geschreven of ongeschreven, rechtvaardigingsgronden en aangenomen, dat het betrokken orgaan heeft gehandeld binnen de kring van zijn bevoegdheid (in de hierboven²⁾ aangegeven, terreinafbakenden zin) is dan de Overheid (het openbaar lichaam) aansprakelijk:

- 1) wegens overtreding van wettelijke voorschriften, hetzij van privaatrechtelijken, hetzij van publiekrechtelijken aard, voorzover niet die voorschriften beogen uitsluitend andere dan de gelaedeerde belangen te beschermen;
- 2) wegens schending of aantasting van andermans subjectief recht;
- 3) wegens inbreuk op ongeschreven recht (maatschappelijke zorgvuldigheid), doch dit slechts dan, indien de Overheid op gelijken voet als een bijzonder persoon deelneemt aan het maatschappelijk verkeer.

¹⁾ Zie bijv. met betrekking tot de Zwecknormenleer: Smits, W.P.N.R. 3586 e.v.; J. Donner, „Rechtsbescherming tegen de Overheid”, blz. 30.

²⁾ Zie blz. 12, noot 1.

In verband met het in de vorige § besprokene zij opgemerkt, dat onder (onrechtmatige) overtreding van een wetsvoorschrift *niet* begrepen is de overschrijding van een wettelijke bevoegdheid.¹⁾ Die bevoegdheid moge door de overschrijding als rechtvaardigingsgrond wegvallen, omtrent de onrechtmatigheid van de gepleegde handeling is daarmee nog niets gezegd. Zij zal c.q. op een andere grond dan deze overschrijding moeten worden gebaseerd, bijv. de aantasting van een subjectief recht. Wij komen hierop nog nader terug.

Wat precies schending of aantasting is van een subjectief recht, valt moeilijk te zeggen. De terminologie van onze rechtspraak is soms meer verwattrend dan verhelderend. Sinds het arrest van 31 Januari 1919 leerden wij onderscheiden tussen drieërlei: inbreuk op eens anders recht, strijd met des daders rechtsplicht of een indruisen tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed. Blijkbaar werd met die laatste aanduiding bedoeld op iets anders, althans iets meeromvattends, dan de inbreuk op eens anders recht. Maar in verschillende uitspraken betreffende de onrechtmatige Overheidsdaad wordt met deze termen kennelijk niets meer aangegeven dan juist een inbreuk op een subjectief recht!²⁾

Ook afgezien van deze terminologie is de zaak niet eenvoudig. Reeds in de louter feitelijke sfeer. Er is een breed veld van nog-niet-onrechtmatige hinder, alvorens de grens der rechtsaantasting is bereikt.³⁾

Op grond van onzorgvuldig handelen alléén kan nog steeds geen actie ex art. 1401 B.W. tegen de Staat of een ander openbaar lichaam worden gebaseerd. Weliswaar werd in het arrest van de Hoge Raad d.d. 11 Februari 1944⁴⁾ de Gemeente Amsterdam aansprakelijk geacht, indien zou blijken, dat B. en W. desbewust zouden hebben gehandeld tegen een door een hoofdambtenaar gedane toezegging, en werd zulk optreden gequalificeerd als „in strijd met regelen

¹⁾ Vgl. H.R. 18 Januari 1940, 1940 No. 262 (Onbewoonbaarverklaring); H.R. 22 Mei 1936, 1936 No. 1060 (Gemeenteverordening Haarlem).

²⁾ Vgl. H.R. 19 Maart 1943, 1943 No. 312 (Voorste Stroom); H.R. 18 Febr. 1944, 1944 No. 226 (Jochems tegen 's Gravenhage).

³⁾ Vgl. Meyers, noot onder H.R. 20 Dec. 1940, N.J. 1941 No. 366.

⁴⁾ N.J. 44/45 No. 200.

van betamelijkheid", doch de daad, waarom het hier ging, was het aangaan van een civiel contract en zal wel zijn te rekenen als vallende binnen de kring der handelingen, welke ook door een particulier persoon kunnen worden verricht.

Intussen is er alle aanleiding de vraag van deze derde onrechtmatigheidsgrond opnieuw in overweging te nemen, met name sinds de aanvaarding der leer van het „misbruik van macht”.

b. gerechtvaardigde rechtsinbreuken.

Het optreden van de Overheid wordt gekenmerkt door het verschijnsel, dat zij telkens nadeel toebrengt aan de rechten van particulieren en/of wetten overtreedt en niet minder door de omstandigheid, dat zij dit *mag*, dat haar daartoe in den praegnanten zin des woords „bevoegdheid” toekomt.

Een tweede kenmerk is, dat in vele gevallen de Overheid vrij is, om zelf te bepalen wanneer, in welke mate, door welke middelen, jegens wien zij deze bevoegdheden zal uitoefenen.

Het ware theoretisch misschien wenselijk deze beide (bevoegdheid en vrijheid) te onderscheiden. Zij gaan niet altijd samen. De Overheid kan bevoegd zijn tot rechtsinbreuk, doch zonder bewegings- en oordeelsvrijheid.¹⁾ Aan de andere kant is er ook vrijheid, waar speciale bevoegdheid tot rechtsinbreuk ontbreekt.

Intussen hangen zij ten nauwste samen: het is dezelfde zorg voor een ongehinderd en doelmatig Overheidsbeleid, die aan beide (bevoegdheid en vrijheid) het aanzijn gaf. Dikwijls gaan zij hand in hand.²⁾ Practisch hebben zij (tegenover rechter en burger) hetzelfde effect: onmogelijkheid van redres.

Zij worden ook aan dezelfde rechtsbronnen ontleend:

- wettelijk voorschrift;
- aard van de taak;
- omstandigheden, waaronder die taak moet worden volbracht.³⁾

De regels, geput uit de beide eerste rechtsbronnen omschrijven bevoegdheid en vrijheid in het algemeen, die, ontnomen aan de laatste, alleen voor het concreet geval.

¹⁾ H.R. 20 Dec. 1940, N.J. 1941, No. 365 (Ontvangersarrest).

²⁾ H.R. 13 Nov. 1936, N.J. 1937, No. 182 (de Boer).

³⁾ Zie het arrest, genoemd in de vorige noot.

Ik geloof, dat deze opsomming volledig is. In een fraai opstel,¹⁾ waarin terecht de nadruk wordt gelegd op het geheel eigenaardige van het doen en laten van de Overheid, heeft G. J. Scholten de beide laatste rechtsbronnen (aard van de taak en de omstandigheden) gerangschikt onder de noemer „algemeen belang”.²⁾ Dit „algemeen belang” zou dan de algemene rechtvaardigingsgrond opleveren, waarvan „de aard van de taak” en „de omstandigheden” niet anders dan specimina of nadere maatstaven zijn.

De schr. is zich de draagwijdte van deze opvatting zeer wel bewust. „Wanneer men nu bedenkt, dat als de Overheid handelend optreedt zij dat krachtens haar wezen altijd in het algemeen belang doet, blijkt daaruit in hoe hoge mate deze als uitzondering geformuleerde regel (!) inbreuk maakt op de overheidsaansprakelijkheid. Deze rechtvaardigingsgrond, het algemeen belang, is niet anders dan dynamiet onder de overheidsaansprakelijkheid.”

Nu, dynamiet is een gevaarlijk goedje en zou zo spoedig mogelijk moeten worden opgeruimd. Ik betwijfel echter, of men, gravende in de jurisprudentie van de Hoge Raad, daar zulke explosieve stoffen vinden zou. De *regel*, welke de Hoge Raad telkens vooropstelt, is deze, dat de Overheid aan haar functie (— inclusief dus het algemeen belang, hetwelk aan die functie, naar G. J. Scholten terecht opmerkt, inhaerent is —) gemeenlijk *niet* het recht kan ontien en om wetten of subjectieve rechten te schenden. Ook op deze regel zijn echter uitzonderingen. De aard van de taak en/of de omstandigheden kunnen die medebrengen. Bij die aard van de taak en die omstandigheden is derhalve ook aan uitzonderlijke dingen te denken. Van het „algemeen belang” als universele rechtvaardigingsgrond is weinig of niets te bespeuren. Wanneer al van een zodanig belang wordt gesproken, geschiedt dat met een geheel ander doel en in ander verband.

¹⁾ W.P.N.R. 4071 en 4072.

²⁾ Ten onrechte beroept de schr. zich daarbij op het Zakenrecht van wijlen prof. P. Scholten. T.a.p. (blz. 119) spreekt prof. Scholten met geen woord over het „algemeen belang”, doch verwijst hij slechts naar de „ongeschreven rechtvaardigingsgronden” (meervoud!), zulks met aanhaling van het arrest Heldenkermis, waarin evenmin van dat „algemeen belang” wordt gerept. Van de bewuste rechtvaardigingsgronden (aard van de taak en omstandigheden) zegt prof. Scholten dan, dat die „niet dan met de uiterste reserve kunnen worden aanvaard.”

Het arrest de Boer noemt specifiek „het belang van de landsverdediging”. Het arrest Heldenkermis spreekt in het geheel niet over „algemeen belang”. Het arrest Voorste Stroom van 20 Dec. 1940¹⁾ roert het „openbaar belang” slechts aan in verband met de afbakening van toelaatbaren en ontoelaatbaren hinder. In het arrest Ferwerderadeel²⁾ wordt, evenals in het voorgaand arrest, vooropgesteld, dat een geschreven of ongeschreven rechtvaardigingsgrond niet bestaat. Het „finantieel belang der gemeente” wordt te berde gebracht, doch slechts om de grenzen tussen goed en slecht wegenonderhoud te bepalen. In het arrest Voorste Stroom van 19 Maart 1943³⁾ en in het arrest Jochems/s Gravenhage⁴⁾ vertoont zich voor het eerst het openbaar belang in algemene zin (gemeentebelang) en in een gedaante, die men „rechtvaardigingsgrond” zou kunnen noemen. Op het cardinale punt (de aansprakelijkheid, resp. de daaruit resulterende schadevergoeding) blijkt echter deze „rechtvaardigingsgrond” juist *niet* afdoende te zijn. De arresten worden dan ook door G. J. Scholten bestreden.

De rechtspraak van de Hoge Raad biedt aan de opvatting van de schrijver dus generlei steun. Dat is gelukkig, want de erkenning van „het algemeen belang” als universele rechtvaardigingsgrond zou onherstelbare schade betekenen voor de structuur van de rechtsstaat. Recht en wet dienen de perken te blijken, waarin ook het „algemeen belang” zich heeft te bewegen. Dat is een „algemeen belang” van de allerhoogste orde.

Intussen kan niet worden ontkend, dat de beide laatstgenoemde arresten (Voorste Stroom 1943 en Jochems) een schrede zijn in de hier bestreden richting. Ik heb tegen die arresten niet het bezwaar, dat zij een logomachie opleveren: de rechtmatige handeling, die tegelijkertijd onrechtmatig is.⁵⁾ Waarom zou — *indien* er reden is tot rechtvaardiging — de rechter die rechtvaardiging niet afhankelijk mogen stellen van een voorwaarde, bijv. schadeloosstelling in de gevallen

¹⁾ N.J. 1941, No. 366.

²⁾ 9 Jan. 1942, N.J. 1942 No. 259.

³⁾ N.J. 1943 No. 312.

⁴⁾ 18 Februari 1944, 1944 No. 226.

⁵⁾ Scholten: Aanvullingen Zakenrecht 8; Rb. 's Gravenhage, 3 April 1946, N.J. 1947 No. 81 („Venus” c/a de Staat).

dat de Overheid zelve finantieel profijt heeft van de handeling? (Zowel Tilburg als 's Gravenhage hadden dat profijt). Evenmin zou ik bezwaar hebben tegen aanvaarding van het risico-principe, eveneens in die gevallen, waarin het Overheidsoptreden niet onrechtmatig kan worden geoordeeld en een enkele onderdaan ten bate van velen onevenredig zwaar wordt getroffen.¹⁾

Het groot bezwaar tegen de genoemde uitspraken schijnt mij hierin gelegen, dat bij volkomen normale Overheidsge-dragingen, waarbij rechten van anderen werden geschonden, een (zij het ook vooralsnog slechts voorwaardelijke) verontschuldiging werd gevonden in het algemeen (in casu gemeentelijk) belang. Wat voor bijzonders is er aan waterlozing en watervoorziening te bekennen, dat uit dien hoofde aan de gemeente een vrijbrief zou moeten worden gegeven, om maar heen te lopen over andermans eigendom? Zijn er niet tal van gemeenten, die voor die belangen min of meer kostbare werken moeten aanleggen, met inachtneming van de rechten van anderen? En staat — wanneer dat onmogelijk blijkt — althans voor de watertoevoer de weg der ont-eigening niet open?²⁾

De hierboven weergegeven ontwikkeling der gedachten in litteratuur en rechtspraak doet wel zien, dat het beroep op „de aard van de taak” als rechtvaardigingsgrond voor overigens onrechtmatig optreden gevaarlijke kanten heeft. Een nadrukkelijke specificatie van deze taak en een uiteenzetting, waaruit blijkt, dat juist deze taak het onvermijdelijk maakt om (straffeloos) wet en recht te schenden, is wel het minste,

¹⁾ Zie over de risico-gedachte in verband met de Overheids-aansprakelijkheid: Drion, W.P.N.R. 3992-3996; Waline, Revue du Droit Public LXV (1949) blz. 587 e.v.

²⁾ Tot welke bedenkelijke redeneringen het op de voorgrond stellen van het „algemeen belang” kan voeren, leert het arrest van het Gerechtshof 's Gravenhage d.d. 19 Jan. 1949, N.J. 1949 No. 582 (appél in zake de „Venus”). In naam van het „algemeen belang” loopt het arrest het eigendomsrecht van de schippers zonder veel omhaal onder de voet, zulks hoewel het Hof nog even te voren had blijk gegeven het subjectief recht als principiële begrenzing van het Overheidsoptreden zeer wel te zien en juist op dit punt het vonnis der Rechtbank (op m.i. niet geheel billijke wijze) aan critiek had onderworpen. M.i. was er in casu wel aanleiding, om (met de Rechtbank) de Staat vrij te pleiten op grond van de omstandigheden. Practisch zal dit ook de bedoeling zijn geweest van het Hof.

wat van de rechter mag worden verlangd, indien hij meent zulk een beroep te moeten doen.

Intussen heeft dezelfde rechter, die hier en daar de Overheid heenhielp over de scheidsmuur van wet en subjectief recht, een nieuwe heining opgetrokken, waardoor niet slechts de door ongeschreven recht (aard van de taak), maar ook de door een wettelijke bevoegdheid gerechtvaardigde rechtsinbreuk binnen zekere perken wordt gehouden: de leer van de *détournement de pouvoir*, resp. van het misbruik van Overheidsmacht.

Aan zulk een nadere begrenzing bestaat vooral daar behoefte, waar de bevoegdheid ruim is toegemeten. Een nauwe formulering of interpretatie van wettelijke of buiten-wettelijke bevoegdheid maakt een begrenzing-uit-anderen-hoofde overbodig.¹⁾

Het dichtst bij zulk een nauwe formulering staat de leer van de *détournement de pouvoir*. Zij incorporeert a.h.w. de doeleinden, waarvoor de bevoegdheid werd gegeven, in de omschrijving dier bevoegdheid en gaat dan na, of de gewraakte handeling nog onder de aldus nader gepreciseerde bevoegdheid valt. Er is dan ook van de zijde der voorstanders van een uitsluitend legale controle op de Overheidsdaden tegen *deze* begrenzing weinig of geen bezwaar geweest: zij scheen een verlengstuk van de controle aan de hand van de wettelijke bevoegdheidsomschrijving.

De afwijking van het doel kan gelegen zijn in (de strekking van) de handeling zelve: er is dan objectieve d. de p. Zij kan ook schuilen in de subjectieve bedoelingen, „drijfveren” of „oogmerken” van het betrokken Overheidsorgaan. Beide, objectieve en subjectieve d. de p. zijn thans door de Hoge Raad als bevoegdheidsoverschrijding aanvaard.²⁾

Ietwat anders staat het met die grensbepaling, waarbij de rechter niet direct uitgaat van de omvang van de bevoegdheid om dan daaraan de handeling te toetsen, maar waarbij hij die handeling eerst op zichzelf beoordeelt naar maatstaven van behoorlijk optreden, om pas dan terug te keren

¹⁾ H.R. 20 Dec. 1940, N.J. 1941 No. 365 (fokvee); H.R. 3 April 1947, N.J. 1947 No. 381 (botenhuys).

²⁾ H.R. 2 April 1942, N.J. 1942 No. 467 (Waterschap de Regge); H.R. 14 Jan. 1949, N.J. 1949 No. 557 (Woonruimte-vordering Zandvoort); 11.R. 24 Juni 1949, N.J. 1949 No. 559 (Groninger Kweldergronden).

tot de bevoegdheid en c.q. te constateren, dat die bevoegdheid zich niet uitstrekt tot „willekeur” of iets dergelijks.

In aansluiting aan de formulering uit het arrest-de Boer werd in de Doetinchemse zaak „willekeur” bestempeld als de figuur, die zich voordoet, indien „moet worden aangenomen, dat de (vorderende) autoriteit bij afweging van de in aanmerking komende belangen in redelijkheid niet tot een vordering heeft kunnen komen, en dus afweging van die belangen geacht moet worden niet te hebben plaats gehad”.

Ter verduidelijking werd aan deze omschrijving nog toegevoegd, dat er van willekeur nimmer sprake kan zijn, zolang maar „de mogelijkheid aanwezig is, dat redelijk denkende mensen bij de afweging van de tegenover elkaar staande belangen tot verschillend resultaat komen”.

Er bestaat een opvallende tegenstelling tussen deze enge opvatting van het „misbruik van macht” enerzijds en anderzijds de resultaten van de eerst-gereleveerde methode van bevoegdheidsbeperking, krachtens welke de rechter door een rechtstreekse, nauwe, formulering of interpretatie der bevoegdheid de Overheid aan banden legt. Het is wel zaak op deze tegenstelling te letten. Het gaat bij die rechtstreekse methode alles zeer onopvallend en eenvoudig toe. In het arrest aangaande de vastgehouden autobus¹⁾ heet het, dat de bevoegdheid om (krachtens art. 13 der Wet Openbare Vervoermiddelen) het houden van een autobusdienst „te beletten”, aan de Overheid het recht geeft ter bereiking van dat doel die maatregelen toe te passen „welke als redelijk zijn te beschouwen”. In het Ontvangers-arrest²⁾ wordt gezegd, „dat ook de Overheid bij de verkoop van eens anders goed (krachtens art. 29 Tarieven in Strafzaken) voor diens belangen heeft te waken”.

En inderdaad: is het zoiets buitengewoons, dat de Overheid van haar bevoegdheden een redelijk gebruik moet maken? De Gemeente Loosdrecht heeft het in de procedure over het botenhuis niet eens betwist.³⁾ Van Loosdrecht begint de victorie!

¹⁾ H.R. 18 April 1935, N.J. 1935, blz. 887.

²⁾ H.R. 20 December 1940, N.J. 1941 No. 365; hoe dicht men hier staat bij het misbruik van bevoegdheid, blijkt wel uit de conclusie van de P.G. Berger, die het geval vanuit dit leerstuk wilde beschouwen.

³⁾ H.R. 3 April 1947, N.J. 1947, No. 381.

Waren de bevoegdheden, waarom het in deze gevallen ging, niet zeer ruim toegemeten? Integendeel. Wat de rechter hier deed, was in wezen niets anders, dan naast en boven hetgeen in de wettelijke omschrijving aan begrenzing mocht zijn gelegen, nadere maatstaven van behoorlijkheid invoeren en daaraan de uitoefening der bevoegdheid toetsen. D.w.z., wat de rechter hier deed, was precies hetzelfde, als hetgeen van hem verlangd wordt, indien een beroep wordt gedaan op „misbruik van macht”.

Maar waarom moet dan die rechter zulk een grimmige houding aannemen, zodra deze term wordt gebruikt? Ik begrijp heel goed, dat de éne Overheidstaak de andere niet is. Met name bij de woonruimte-vorderingen hebben de autoriteiten bewegingsvrijheid nodig. Ook kan het streven van de wetgever naar uitschakeling van de rechter de Hoge Raad tot bijzondere voorzichtigheid hebben geleid. De lagere rechter zal er dan ook m.i. goed aan doen, met deze bijzondere omstandigheden rekening te houden en de formuleringen uit het Doetinchemse arrest niet op te vatten als algemenen stelregel.

Maar zelfs zó beschouwd, gaan mij deze formuleringen toch rijkelijk ver. De Hoge Raad geeft hier de teugels, welke hij terecht had gegrepen, weer uit handen en dat nog wel aan een abstractie: de „redelijk oordelende mens”. Ik kan mij daarbij niets werkelijks voorstellen. Het gaat niet om rationele schimmen, het gaat om levende mensen in concrete situaties: ambtenaren en burgers. En om hun redelijk en barmhartig, hun *rechtvaardig* oordeel. De rechter is het aangewezen orgaan, om toe te zien, dat deze rechtvaardigheid worde betracht. In concreto: een andere rechtvaardigheid is er niet. Maar dan moet hij ook de strijdige belangen kunnen en willen afwegen. En die afweging moet relevant zijn. Waarom zou hij zich met ernst nog in de mérites van het geval verdiepen, wanneer hij uiteindelijk toch gedwongen wordt, zich te refereren aan het oordeel van een fictie?

Het gevolg van deze al te abstracte en fictieve formules moet zijn, dat óf de lagere rechter zich aan zijn contrôlerende taak onttrekt óf dat hij de terminologie van de Hoge Raad gaat gebruiken als een vlag, die de lading niet dekt.¹⁾

¹⁾ Zie de arresten van de H.R., N.J. 1950, nrs. 246, 247 en 248.

Rechtsongelijkheid, ontmoediging van de rechter, (goedbedoelde) veinzerij: de zo veelbelovende introductie van het leerstuk van het machtsmisbruik heeft niet tot onverdeeld gunstige gevolgen geleid. Vrees voor al te vergaand ingrijpen in het beleid der administratie staat op de achtergrond. Maar vrees is een slechte raadgeefster.¹⁾

Gevolg van het misbruik der bevoegdheid is, dat de handeling niet langer door de bevoegdheid wordt „gedekt”. Veelal zal daarmee ook vaststaan, dat zij een onrechtmatige daad oplevert in de zin van art. 1401 B.W., n.l. dan, wanneer zij tevens vormt een (niet meer door de bevoegdheid gerechtvaardigde) rechtsinbreuk. In de gevallen de Boer en Heidenkermis was er zowel inbreuk op een subjectief recht als schending van de wet.

Na en naast het constateren van het rechtsmisbruik als bevoegdheidsoverschrijding kan dan de rechter aan de daad al die gevolgen verbinden, welke art. 1401 B.W. toelaat: schadevergoeding, herstel in de oude toestand, verbod voor de toekomst.

B. De rechterlijke contrôle op beschikkingen.

Het schema van de rechterlijke contrôle, ingedeeld naar de scheiding tussen feitelijke daden en rechtsvaststellende handelingen,²⁾ vertoont in zijn beide helften geen overeenkomstig beeld.

Eenzijds is er bij de beschikkingen geen reden voor een onderverdeling, alnaarmate die beschikkingen al of niet door een speciale bevoegdheid zouden zijn „gedekt”. Het opleggen, wijzigen of opheffen van verplichtingen heeft steeds een rechtvaardiging van node, evenals de rechtsinbreuk.³⁾

¹⁾ Dat zij ook in feite niet gegrond is, althans voorzover betreft de rechtspraak in woonruimte-zaken, komt hieronder nog ter sprake.

²⁾ In verband met de opgegeven vraag worden daarvan alleen de rechtsvaststellende-handelingen-in-het-bijzonder-geval, de beschikkingen, in de beschouwing betrokken.

³⁾ Overigens is aan te nemen, dat ook deze bevoegdheid niet uitsluitend behoeft te berusten op de wet. Ook hier zullen de aard van de taak en de omstandigheden, waaronder zij moet worden volbracht, als aanvullende bevoegdheidsbron dienen te worden aangemerkt. Een definitie van de beschikking als gegeven uitsluitend „overeenkomstig of krachtens de wet” lijkt mij dan ook niet volledig.

Anderzijds dient hier een nieuwe onderverdeling te worden ingevoerd, omdat de rechterlijke controle tweeërlei strekking heeft: zij kan zich richten op de vraag naar de geldigheid of verbindendheid der beschikking; zij kan ook die beschikking (als „daad”) toetsen aan de regel van art. 1401 B.W.

a. (on)geldigheidsoordeel.

Rechtsmacht ten aanzien van de geldigheid van een beschikking heeft de burgerlijke rechter krachtens art. 2 R.O. slechts dan, indien een oordeel over die geldigheid nodig is, om een ander geschil (bijv. over de uitvoering) op te lossen (praealabele rechtsvraag) of indien de beschikking zelve oplevert een geschil over eigendom of burgerlijk recht dan wel aanleiding kan geven tot een schuldvordering, bijv. omdat zij vermogensschade teweegbrengt.

De gronden, waarop de geldigheid van een beschikking kan worden bestreden zijn vele en velerlei.¹⁾ Zonder aanspraak op volledigheid mogen hier worden vermeld:

- 1) Vormgebreken.
- 2) Proceduregebreken.
- 3) Onbevoegdheid *ratione materiae*.
- 4) *Idem ratione loci*.
- 5) *Détournement de pouvoir*.
- 6) Misbruik van macht.
- 7) Wilsgebreken.
- 8) Strijd met de wet.

Welke van deze gebreken de nietigheid of vernietigbaarheid der beschikking tengevolge moeten hebben, is een vraag, die de burgerlijke rechter niet raakt. Hem interesseert slechts de kwestie, of eiser de bedreiging, betwisting of aantasting van zijn burgerlijke rechten, eventueel: de hem berokkende vermogensschade, zal moeten lijden of niet. Er kunnen allerlei motieven zijn, om administratief-rechtelijk een beschikking in stand te laten²⁾; voor de burgerlijke rechter geldt, dat

¹⁾ Zie de noot van Veegens onder H.R. 5 Maart 1948, N.J. 1948 No. 200 (woonruimtevordering Kornhorn) en de in die noot genoemde literatuur, waarbij nog zijn te noemen: A. M. Donner, „Administratief-rechtelijke nulliteiten”, Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen, Jg. 1947, blz. 4 e.v. en S. J. Fockema Andreae, „Hoofddlijnen van Waterschapsrecht”, 2e dr., 1946, blz. 46 e.v.

²⁾ A. M. Donner, t.a.p.

alleen perfecte beschikkingen in staat zijn, om aan de burger lasten op te leggen. Zijn oordeel zal dan ook allicht strenger zijn, dan dat van een administratieven of beroepsrechter.¹⁾

Het gevolg van de uitspraak, waarbij aan de beschikking geldigheid tegenover de eiser wordt ontzegd, zal zijn, dat deze niet langer door of aan haar gebonden kan worden geacht en dat de beschikkende autoriteit in haar beschikking niet langer een rechtvaardiging kan vinden voor verder (feitelijk) optreden (wegruiming, ontruiming, etc.).

Intussen zal, gelijk boven reeds werd opgemerkt, de eiser door zulk een uitspraak en de daarmee verbonden gevolgen, slechts gebaat en doorgaans ook bevredigd zijn bij een belastende beschikking gelijk de woonruimteverbodding er ene is.

In geval van een negatieve, weigerende beschikking schiet hij met dit rechterlijk oordeel niet op. Aan een „geweigerde weigering” heeft hij niet veel.

Dan zal voor hem van belang worden de vraag, of hij niet via de weg van art. 1401 B.W. tot zijn doel kan geraken, m.a.w. of de (weigerende) beschikking kan worden beschouwd als een onrechtmatige daad. Uiteraard is deze vraag ook bij belastende beschikkingen denkbaar; zij kan daar van betekenis zijn, indien door de beschikking alreeds schade is teweeggebracht, die enkel door de buiten-effectstelling nog niet is goedge maakt.

b. (on)rechtmatigheidsoordeel.

Systematisch zou de vraag naar de (on)rechtmatigheid der beschikking in de zin van art. 1401 B.W. reeds kunnen zijn besproken in rubriek A., waar het ging om feitelijke handelingen. Immers: wanneer men de beschikking beziet vanuit art. 1401 B.W., beschouwt men haar niet naar haar rechtsvaststellend karakter, maar naar haar feitelijk gehalte, als „daad”.

Er is echter wel reden, om de vraag maar apart en in aansluiting aan de geldigheidsvraag te behandelen; in de eerste plaats om het onderscheid tussen beide vragen goed in het licht te stellen, en in de tweede plaats, omdat juist bij die kwestie van de (on)rechtmatigheid der beschikkingen de ontoereikendheid der hedendaagse burgerrechtelijke controle zo duidelijk aan den dag treedt.

¹⁾ In gelijke zin: Veegens t.a.p.

Zal men aan een contrôle op grond van art. 1401 B.W. kunnen denken, dan moet men beginnen met in die beschikking, geldig of ongeldig, een „daad” te zien. Met betrekking tot de ongeldige beschikking is die qualificatie niet altijd aanvaard. Enige malen heeft de jurisprudentie het standpunt ingenomen, dat een ongeldige beschikking rehtens een niets betekent, geen „daad” in de zin van art. 1401 B.W.¹⁾ Dit standpunt is onjuist. Even goed als een, bijv. wegens overtreding van de Geldschieterswet, nietige rechtshandeling een strafbare daad kan opleveren, blijft de ongeldige beschikking feitelijk en rehtens een gedraging, die aan het „burgerlijk strafrecht” kan worden getoetst.

Ook overigens bestaat er tussen de vraag der (on)geldigheid der beschikking en de vraag naar haar (on)rechtmatigheid in de zin van art. 1401 B.W. weinig of geen verband. Het laat zich denken, dat een volkomen geldige beschikking toch oplevert een onrechtmatige daad,²⁾ evenzeer als zij c.q. zou kunnen worden beschouwd als wanpraestatie, indien zij inbreuk zou maken op een eerder door het betrokken openbaar lichaam gesloten overeenkomst.³⁾

Omgekeerd zal veelal het uitspreken van de ongeldigheid ener beschikking niet préjudiciëren op de beoordeling van die beschikking naar de maatstaven van art. 1401 B.W.

Onrechtmatig in de zin van art. 1401 B.W. is een daad, die in strijd is met des daders rechtsplicht, d.w.z. met een wettelijk voorschrift, dat hem iets gebiedt of verbiedt. Voorts is onrechtmatig de daad, die inbreuk maakt op eens anders subjectief recht.

Een enkele blik op het hierboven neergeschreven rijtje ongeldigheidsgronden maakt het duidelijk, dat die criteria met deze onrechtmatigheidsgronden merendeels geen verband houden. Ten aanzien van de schending van een subjectief

¹⁾ Vgl. H.R. 2 Jan. 1931, N.J. 1931, blz. 571; Hof 's Hertogenbosch 10 Mei 1927, N.J. 1928, blz. 1074, waarover Polak, a.w. blz. 153. Ten onrechte ziet Meyers in zijn annotatie onder het eerstgenoemde arrest hier een verschil tussen publiek- en privaatrecht: ook in het privaatrecht kan een nietige rechtshandeling (bijv. een nietig besluit) tegelijkertijd opleveren een onrechtmatige daad, die tot schadevergoeding verplicht.

²⁾ Men denke bijv. aan het hiervóór besproken geval van de Amsterdamse hoofdambtenaar.

³⁾ G. J. Wiarda, „Overeenkomsten met overheidslichamen”, blz. 203 e.v.

recht behoeft dat zelfs geen betoog. Schijn van het tegendeel kan slechts opkomen ten aanzien van des daders rechtsplicht.

Wat betreft vorm- en proceduregebreken: men heeft hier inderdaad te doen met verwaarlozing van wettelijke voorschriften, in bevelenden vorm gegeven, doch het is zonder meer duidelijk, dat deze voorschriften niet anders zijn dan de voorwaarden, waaraan moet worden voldaan, zal de beschikking rechtskracht erlangen. Op zich zelf steekt er in het handelen tegen zulk een voorschrift niets onrechtmatigs.

Wat betreft de onbevoegdheid: wanneer de bevoegdheid op de wet berust, kan men desverkiezend het handelen buiten deze bevoegdheidsomschrijving om kenschetsen als „strijdig met de wet”, mits men maar in het oog houdt, dat daarmee niet méér wordt bedoeld, dan het betreden van een terrein, waartoe niet uitdrukkelijk toegang was verleend. Dat dit terrein ook een verboden terrein is, is daarmee nog niet gezegd.¹⁾

Hetzelfde geldt voor de *détournement de pouvoir*. In het spraakgebruik heeft deze term een ongunstige klank gekregen. Mede daardoor kan de indruk van iets verbodens worden gewekt. Re vera behoeft echter d. de p. zelfs niet iets moreel afkeurenswaardig in te houden (men kan met de beste bedoelingen het doel van een bevoegdheid voorbijschieten), laat staan, dat d. de p. een onwettige handeling zou betekenen. De (wettelijke) bevoegdheid is wel overschreden, maar er is geen wet overtreden in de zin van art. 1401 B.W.

Moreel afkeurenswaardig is zonder twijfel het misbruik van macht, het grovelijk onredelijk gebruik van een bevoegdheid. Zolang echter de Hoge Raad de onzorgvuldigheid zelve niet als onrechtmatigheidsgrond erkent, zal ook de „willekeur” niet méér gevolgen hebben, dan dat de betrokken autoriteit het gebied, waarop zij rechtsgeldige beschikkingen kon geven, verlaat. Een wettelijk verbod van onredelijk handelen ligt in de toekenning van de bevoegdheid niet opgesloten.

Afgedacht van de wilsgebreken, die uiteraard met art. 1401

¹⁾ In dit opzicht acht ik het Onbewoonbaarverklaringsarrest (H.R. 18 Jan. 1940, 1940 No. 262) juist geweest; vgl. ook de conclusie van de A.G. Wijnveldt: „Het staat wel vast, dat het besluit van Hilversum vernietigd is wegens strijd met de wet, maar dit sluit niet in, dat de wet in die zin zou geschonden zijn, dat de raad zijn rechtsplicht niet heeft nageleefd.”

B.W. geen verband houden, blijft dan alleen over de ongeldigheidsgrond, hierboven aangeduid als „strijd met de wet”, de gevallen omvattend, waarin het geven of niet-geven van de beschikking dan wel de inhoud van de beschikking inderdaad indruist tegen een wettelijk gebod of verbod.

Doet dit laatste geval zich niet voor, dan zal men — om een actie ex art. 1401 B.W. te kunnen beginnen op grond van strijd met de wet — geheel buiten de geldigheidsvereisten om moeten zoeken naar een overtreden wetsvoorschrift. Zo zag de Hoge Raad in een onbevoegdlijk door de militaire autoriteiten gegeven beschikkingsverbod een inbreuk op art. 284 S.r.!¹⁾

Slaagt men er niet in, zulk een wetsvoorschrift te vinden, dan blijft er niets anders over, dan het te proberen met een schending van subjectief recht. Dit levert vooral bij de negatieve, weigerende, beschikkingen (waarbij juist de actie ex art. 1401 B.W. onmisbaar is, omdat de ongeldigverklaring van zulk een beschikking op zich zelve niet baat) de grootste moeilijkheden op.

In de zaak Russell *c/a* de Staat nam de A.G. Besier inbreuk op de eigendom aan, maar zulks speciaal met het oog op de staat van beleg, waardoor het beschikkingsverbod een bijzonder dreigend karakter verkreeg.

In de Ostermann-zaak, waarin geklaagd werd over gebrek aan medewerking tot de uitvoer van goederen, overwoog het Hof,²⁾ dat zulks nog geen krenking inhield van Ostermann's eigendomsrecht, o.m. op grond van de (nietszeggende) overweging, dat „die weigering slechts oplevert een niet medewerken aan een door de eigenaar met zijn goed gewenste handeling”. De P.G. Noyon was daarentegen van mening, dat ene handeling, die de vrije beschikking onmogelijk maakt, een onrechtmatige daad kan opleveren.³⁾

In het Egeman-arrest⁴⁾ besliste de Hoge Raad — in tegenstelling tot Rechtbank, Hof en P.G. —, dat het niet-medewerken aan de exploitatie van bouwrijpe grond overeenkomstig de Bouwverordening en het bestaande uitbreidingsplan

¹⁾ Arrest van 4 April 1929, N.J. 1929, blz. 1444 (Russell *c/a* de Staat).

²⁾ Hof 's Gravenhage, 1 Mrt. 1923, blz. 1229.

³⁾ Conclusie v. a. H.R. 20 Nov. 1924, N.J. 1925, blz. 89.

⁴⁾ H.R. 16 Febr. 1934, N.J. 1934, blz. 313.

geen inbreuk betekende op het eigendomsrecht van de grondeigenaar.

Het Gerechtshof te Amsterdam¹⁾ zag in de onbewoonbaarverklaring buiten de Woningwet om geen aantasting van het subjectief recht van de eigenaar, zolang en omdat administratief beroep tegen de betrokken beschikking openstond.

In een recent geval betreffende weigering van een vergunning tot geldinvoer²⁾ bleken de Kantonrechter en de Rechtbank van oordeel, dat zulk een weigering, indien berustend op détournement de pouvoir, aan een toewijzing der vordering tot afgifte der gelden (?) niet in de weg stond, een standpunt, dat — gelijk de P.G. Berger terecht opmerkt — slechts te verklaren is, indien men aanneemt, dat de ongemotiveerde weigering der vergunning een onrechtmatige daad oplevert, en de actie tot uitbetaling als een vordering tot schadevergoeding opvat. Het onjuist gebruik der bevoegdheid tot dispensatie heft toch het wettelijk verbod van invoer niet op.

Ook de President van de Rechtbank Maastricht acht het mogelijk, dat in een weigering van de vergunning ex art. 1 der Woonruimtetwet 1947 een onrechtmatige daad wordt gezien, n.l. een inbreuk op het eigendomsrecht.³⁾

Het is wel duidelijk, dat er bij de vraag naar de onrechtmatigheid van (belastende of weigerende) beschikkingen iets schort. Het geval van de weigerachtige Rijksverzekeringsbank⁴⁾ is wel één van de meest sprekende voorbeelden.

Dat de rechter niet spoedig „schending” van een subjectief recht aanwezig acht, is begrijpelijk. Niet elk ongerief, dat ons van Overheidswege wordt berokkend bij het gebruik van onze rechten, is reeds dadelijk als een „inbreuk” op die rechten te beschouwen. De ongeldige beschikking vervliegt in rook. Maar ook hier zal de fumus wel gravis moeten zijn, om als rechtsinbreuk te kunnen worden gequalificeerd.

¹⁾ Arrest van 26 Jan. 1939, N.J. 1939 No. 704.

²⁾ Kanton 's Gravenhage 27 Febr. 1948, N.J. 1948, No. 735; Rb. 's Gravenhage, 9 Mrt. 1949, N.J. 1949, No. 611; Arrest H.R. 13 Jan. 1950, N.J. 1950, No. 266; de P.G. achtte de onrechtmatigheid gelegen in de aantasting van eisers eigendomsrecht (?); de Hoge Raad kwam aan een beslissing ter zake niet toe.

³⁾ Rb. Maastricht (K.G.) 22 Juni, N.J. 1949 No. 768.

⁴⁾ H.R. 25 Mrt. 1938, N.J. 1938 No. 1050.

Moeten wij dan, om uit de impasse te geraken, het begrip „strijd met eigen rechtsplicht” of „strijd met de wet” gaan uittrekken, zodanig, dat het óók de gevallen omvat van handelen zonder bevoegdheid, van onbehoorlijk gebruik van een bevoegdheid en van (onbehoorlijk) niet-gebruik van een bevoegdheid? Men zal dan in de wettelijke toekenning en omschrijving van een bevoegdheid allerlei regelen moeten in-lezen: het (wettelijk!) *verbod* om buiten zijn boekje te gaan, het (wettelijk!) *verbod* om onredelijk te handelen, het (wettelijk!) *gebod*, om van een bevoegdheid, bijv. tot dispensatie, ook inderdaad gebruik te maken, etc. etc.

Deze methode is telkens weer bepleit, wanneer er — wegens gebrek aan rechtsinbreuk — weer eens een onbevredigende beslissing was gevallen. ¹⁾ De Hoge Raad, die in het arrest Rijksverzekeringsbank nog een scherp onderscheid had gemaakt tussen bevoegdheid en rechtsplicht, toonde in het Ontvangersarrest enige neiging in deze richting, door te gewagen van een bevoegdheid, die „vordert”, enz.

M.i. moeten wij deze kant niet uit. We zouden belanden in een situatie, die noch voor de Overheid, noch voor de rechtzoekenden bevrediging schenkt. Het arbeidsveld van de ambtenaar zou gaan gelijken op die fraaie Hollandse plantsoenen, waar men bij ieder grasveld een bord „Verboden Toegang” aantreft: elke handeling, die niet precies de grenzen der bevoegdheid volgt, ware ook reeds terstond een anti-wettelijke daad.

De onderdaan ware met deze extensieve interpretatie (die zou doen denken aan de wijze waarop de rechter overeenkomsten „interpreteert”) slechts ten dele geholpen. Op zijn minst genomen, zal men toch de een of andere wettelijke bevoegdheidsregeling moeten kunnen aanhalen, wil er van toepassing van deze methode sprake kunnen zijn. Maar hoe met die bevoegdheden, die *niet* op de wet, maar op de aard van de taak of op de omstandigheden berusten? En hoe met die gevallen, als in het Strooppotarrest, waar er van een gebruik of niet-gebruik van een speciale bevoegdheid geen sprake is?

Het hoofdbezwaar is hierin gelegen, dat men (evenals trouwens in het overeenkomstenrecht ²⁾) zodoende heenloopt

¹⁾ Men vergelijke de annotaties onder de geciteerde arresten.

²⁾ Zie daarover laatstelijk Houwing in zijn noot onder H.R. 20 Mei 1949, N.J. 1950 No. 72.

om datgene, waarom het eigenlijk gaat: *niet* om de legaliteit, maar om het weren van onrecht in de vorm van onredelijk en onbehoorlijk bestuur.

De leer van de *détournement* de pouvoir of van het misbruik van Overheidsmacht heeft op zichzelf in het systeem geen verandering gebracht. Zij zijn gronden voor bevoegdheidsbeperking, doch geen (nieuwe) grondslagen voor een actie uit onrechtmatige daad.

Wel kan men zeggen, dat de erkenning met name van misbruik van Overheidsmacht (willekeur) als bevoegdheidsopheffenden factor onweerstaanbaar in de richting van een nieuwe onrechtmatigheidsgrond drijft. Het water van de zee wast niet af, dat de rechter — het bestaan van bevoegdheid ontkennend wegens misbruik — zulks doet nadat en omdat hij de betrokken handeling heeft getoetst aan maatstaven van behoorlijkheid. Dat daarmee niet tevens een oordeel zou zijn geveld over de rechtmatigheid dezer handeling, wil er bij ons rechtsbewustzijn toch maar moeilijk in. Dat dan die onrechtmatigheid eerst nog weer moet worden vastgeknoot aan de schending van een wetsbepaling of van een subjectief recht doet ons als iets overbodigs en gekunstelds aan. Het behoeft dan ook niet te verbazen, telkens weer dat misbruik als „onrechtmatigheidsgrond” te zien bestempeld. ¹⁾

Bovendien heeft de aanvaarding van de leer van het misbruik van macht *het* grote argument ondergraven, hetwelk tegen de erkenning van een derde onrechtmatigheidsgrond werd aangevoerd: de vrijheid van beleid. Het beperkt terrein, waarop die leer toepassing vindt — n.l. het terrein der bevoegdheden in engeren zin — is wel een ander, maar geen andersoortig terrein, dan dat van het Overheidshandelen in het algemeen. Wanneer binnen het kader der bevoegdheden de vrijheid van beleid door regels van behoorlijkheid wordt ingeperkt, dan valt niet in te zien, waarom dat niet evengoed zou kunnen op het ruimere gebied, waarop de Overheid — zonder speciale bevoegdheid — optreedt.

Bij de aanvaarding van „willekeur” als derde onrechtmatigheidsgrond zou de rechter dezelfde grenzen in acht moeten nemen als bij de hantering van dit begrip ter beperking van bevoegdheden. Het gaat niet om een algehele behoorlijkheden-

¹⁾ Laatstelijk R. J. Polak, a.w. blz. 131.

contrôle, om een zorgvuldigheid, als in het maatschappelijk verkeer betaamt tussen burgers onderling. Het gaat om de zorgvuldigheid, welke *aan de Overheid* past in haar verkeer met de onderdanen, onder voorbehoud van de vrijheid, die zij ter volbrenging van haar taak behoeft. De beginselen en criteria, welke de rechtspraak ten aanzien van het misbruik van macht heeft gewonnen in verband met de bevoegdheidsbeperking zouden ook in verband met de onrechtmatigheidsvraag dienst kunnen doen.

In ieder geval blijft het eventueel oordeel van de rechter, n.l. dat er misbruik van gezag is gemaakt, waard te worden uitgesproken, zelfs al zou daarop een veroordeling tot schadevergoeding ex art. 1401 B.W. niet kunnen volgen. Dit oordeel zou dan kunnen worden uitgesproken in declaratoiren vorm.¹⁾

Men mag toch verwachten, dat de Overheid zulk een oordeel niet naast zich neer zal leggen. De uitspraak van de Hoge Raad in het geval van de geweigerde Statutenwijziging,²⁾ dat n.l. „de burgerlijke rechter door een afwijkend oordeel..... de (aan de Minister) bij art. 45 d. K. gegeven vrijheid van oordelen niet zou vermogen aan te tasten”, bevat een *petitio principii*. De omvang van die vrijheid komt in concreto eerst door de rechterlijke uitspraak vast te staan. Indien de Hoge Raad mocht hebben bedoeld, dat bij verschil van mening omtrent dien omvang, de administratie zich van de rechter niets behoeft aan te trekken, schijnt mij die opvatting onjuist.

Natuurlijk kan zulk een declaratoir het veel krachtiger oordeel op grond van art. 1401 B.W. met de daarmee gepaard gaande sancties niet vervangen. Maar zolang dit meerdere onbereikbaar blijft, dient men van het mindere althans te maken, wat er van te maken is.

¹⁾ Vgl. Scholten, noot onder H.R. 25 Mrt. 1938, N.J. 1938 No. 1050, die eveneens een uitspraak mogelijk acht in de gevallen van rechtsmisbruik buiten rechtsinbreuk, doch dan in de vorm van een veroordeling tot schadevergoeding, hetgeen met de huidige opvatting van de Hoge Raad aangaande art. 1401 B.W. niet te rijmen valt. De declaratoire uitspraak is dat wel.

²⁾ H.R. 15 Dec. 1939, N.J. 1940 No. 206.

§ 4. *Bezwaren tegen de rechterlijke contrôle.*

Uit het voorgaande is wel gebleken, dat ik geenszins in alle opzichten kan onderschrijven het gunstig oordeel, hetwelk Wolfsbergen geeft over de huidige contrôle van de burgerlijke rechter op de handelingen van de administratie.¹⁾ De vrees, dat de burgers niet voldoende tegen Overheids-onrecht beschermd zijn, is wel ter dege gegrond. Bij de weigeringen (van vergunning of dispensatie), voorzoverre zij geen inbreuk opleveren op de wet of een subjectief recht, is dat evident. Maar ook daar, waar de rechter in principe bereid is, om in te grijpen, maken zijn neiging om enerzijds de Overheid in ruime mate te verontschuldigen door een beroep op de aan die Overheid toekomende vrijheid en anderzijds de daartegenover gestelde begrenzungen angstvallig en bescheiden te formuleren, het beroep op de rechter maar al te dikwijls illusoir. Terwijl dan bovendien de President, rechtsprekend in kort geding, zichzelf slechts de helft toemeet van de rechtsmacht, door art. 2 R.O. aan de burgerlijken rechter toegedacht.

Nochtans blijf ik overtuigd, dat wij voor deze contrôle erkentelijk mogen zijn. Zij heeft de Overheid gebonden aan de perken van de wet; zij heeft onze rechten tegen inbreuk verdedigd; zij heeft — toen de wet niet langer een grens bleek voor de macht van de Overheid — de Overheidsbevoegdheid getoetst aan de normen van een redelijk optreden. Daardoor werden wij gevrijwaard voor ongemotiveerde bindingen; daardoor herkreeg de rechtsinbreuk dikwijls weer haar volle betekenis als onrechtmatige daad. Dat zulk een onredelijk optreden nog niet zonder meer en op zichzelf beschouwd als onrechtmatige daad kan worden gequalificeerd, moge men betreuren, doch zulks mag toch niet onze waardering verminderen voor hetgeen wel werd bereikt. Ook dient men, om billijk te zijn, in het oog te houden, dat de lacunes in de rechtsbescherming van de burger goeddeels voortvloeien uit de grote schroom van de rechter, de Overheid bij het volbrengen van haar taak méér te belemmeren, dan de wet vereist.

Het mag, gezien deze terughoudendheid, verwonderlijk heten, als een der hoofdbezwaren tegen de rechterlijke con-

¹⁾ „Onrechtmatige Daad“, blz. 126.

trôle te horen aanvoeren, dat zij de Overheid in een doelmatig bestuur belemmert, een grief, die wel in de eerste plaats gericht is tegen de President, rechtsprekend in kort geding. Toen ik geroepen werd tot het schrijven van dit praeadvies, werd mij van hooggeleerde zijde met volle ernst verzekerd, dat vele gemeentebesturen dusdanig door deze rechtspraak waren geïntimideerd, dat de richtige uitvoering van de Woonruimtetwet stagneerde en de sociaal zo belangrijke taak van de woonruimte-voorziening niet naar behoren kon worden vervuld.

Ten einde mij omtrent de stand van zaken te vergewissen, legde ik aan een 30-tal grotere gemeenten de vraag voor, of naar het inzicht en de ervaring van B. en W. door het ingrijpen van de burgerlijke rechter (repressieve contrôle) de uitvoering van de Woonruimtetwet noemenswaard was belemmerd, dan wel — met het oog op de eventualiteit van zulk een ingrijpen — de betrokken autoriteiten hadden moeten afzien van vorderingen, welke zij anders wenselijk en doelmatig zouden hebben geoordeeld (preventieve contrôle).

Het kan wellicht van nut zijn, omtrent de ontvangen antwoorden iets mede te delen.

De 26 colleges, die zo vriendelijk waren, mijn vraag te beantwoorden, bleken éénstemmig van mening, dat er van belemmering door repressief ingrijpen van de burgerlijke rechter niet kon worden gesproken. Slechts drie gemeenten gewaagden van een zekere preventieve invloed der jurisprudentie, waarbij met name werd gewezen op het arrest van de Hoge Raad van 17 Juni 1949 No. 448.¹⁾ Van een bijzondere werking van het criterium „misbruik van macht” bleek nergens. Eerder kreeg ik de indruk, dat de gemeenten — indien ze al eens in het ongelijk werden gesteld — het proces veelal verloren op anderen grond.

De mij verstrekte gegevens²⁾ spreken trouwens een duidelijke taal:

¹⁾ Herhaaldelijk werd gewezen op het ingrijpen van de Kanton-rechter krachtens art. 18 der W.W., resp. het Huurbeschermingsbesluit; dit punt raakt echter niet de gestelde vraag en kan in het verband buiten beschouwing blijven. Eén gemeente maakte attent op de verhoogde onwilligheid van huiseigenaren na een door de gemeente verloren kort geding.

²⁾ De opgaven betreffen niet alle dezelfde periode; waar het echter gaat om de verhoudingsgetallen, hindert dat niet.

	Aantal vorderingen:	Aantal processen:	Nog aanhangig:	Vorderende autoriteit in het ongelijk gesteld: ¹⁾
1	83	1		0
2	1069	0		0
3	56	0		0
4	74	10		6
5	140	5		1
6	1039	14		2
7	265	2		1
8	640	5		2
9	320	5	1	0
10	95	4		0
11	572	12		3
12	936	4		4
13	28	4		0
14	110	4		0
15	20	1		0
16	780	1		1
17	51	4		1
18	306	1		0
19	175	4		0
20	153	7	1	1
21	12	2		1
22	44	1		0
23	393	8		4
24	106	1		0
25	28	0		0
26	21	0		0
Totalen:	7516	100	2	27

Iets meer dan één op de honderd woonruimte-vorderingen gaf dus aanleiding tot een procedure. Slechts in een kwart van die procedures werd de gemeente in het ongelijk gesteld. Zulks wijst wel allerminst op een voor de Overheid ondragelijke hinder.

¹⁾ In de cijfers van deze rubriek zijn dus ook begrepen de gevallen, waarin de vordering ongeldig werd geacht om zuiver wettelijke redenen (verzuim van formaliteiten, enz.).

Eerder wettigt deze stand van zaken het vermoeden, dat het met de bescherming van de burger tegen door hem onge-rechtvaardigd geachte Overheidsmaatregelen slechts matig is gesteld. Deze indruk wordt versterkt, wanneer men de bovenstaande statistiek vergelijkt met enige cijfers betreffende de rechtspraak van Gedeputeerde Staten onder vigeur van de Woonruimtetwet 1947. Ik beperk mij tot de provincies Utrecht, Zuid-Holland en Overijssel.

	Aantal verzoeken:	Nog aanhangig:	B. en W. in het ongelijk gesteld: ¹⁾
<i>Utrecht:</i>	30	0	14
<i>Z.Holland:</i>	89	9	37
<i>Overijssel:</i>	34	0	13

Terwijl de burgerlijke rechter baat bracht in amper een kwart van de bij hem aangebrachte zaken, konden Gedeputeerden hulp verlenen in bijkans de helft. ²⁾

In ieder geval is wel duidelijk, dat — globaal gezien — de Hoge Raad best de teugels wat minder strak zou kunnen aanhalen, zonder dat daardoor de bewegingsvrijheid van de Overheid zou worden bedreigd.

Slechts éénmaal bleek iets van twijfel aan des rechters deskundigheid, met name van twijfel aan des rechters vermogen, om de betrokken belangen zó te doorzien en te overzien, als voor een juiste oordeelvelling aangaande het Overheidsoptreden gewenst moest worden geacht.

Daarentegen gewaagden verschillende colleges van een goede verhouding tussen rechterlijke macht en burgerlijk bestuur en van waardering voor het door de rechter betoond begrip.

De taak van de civiele rechter is stellig niet gemakkelijk. Zulks geldt reeds voor de rechtspraak tussen private personen. Van alle markten moet hij thuis zijn: als kamergeleerde komt hij in aanraking met velerlei soort handel en bedrijf; als

¹⁾ Met inbegrip van de gevallen, waarin B. en W. na de indiening van het request hun vordering van woonruimte introkken.

²⁾ Literaard is de vergelijking niet zuiver: Gedeputeerden oordelen over zaken, waarin de Commissie niet éénstemmig was en die dus in doorsnee voor B. en W. minder sterk zullen staan dan de gemiddelde zaak, die voor de burgerlijke rechter komt.

niet-theoloog moet hij zich verdiepen in de ragfijne questies van de een of andere kerkstrijd; als niet-technicus berecht hij ingewikkelde octrooi-problemen.

Is het terrein van lands-, provinciaal- of gemeentebestuur zoveel ontoegankelijker? Ik zou eerder geneigd zijn, het tegen-deel staande te houden.

Ongetwijfeld zijn er takken van dienst, waaraan een grote technische en wetenschappelijke kennis te pas komt. Daarvoor dienen de deskundige ambtenaren. Daarvoor dienen niet in de eerste plaats de bekwame bestuurders. Niet alle Ministers van Oorlog zijn oud-generaals. Niet elk land of tijdvak kan bogen op een hoogleraar in de economie aan het hoofd van het Departement van Financiën.

Van de rechter wordt zelfs niet verlangd, dat hij een goed bestuurder zij. Zijn taak is het een goed *rechter* te wezen. Hij moet zich het standpunt, de bedoelingen, de taak, soms ook de deskundigheid, van anderen weten eigen te maken.

Ik wil echter niet tegenspreken, dat soms — zowel voor de bestuurder als voor de rechter — een zekere deskundigheid bevorderlijk kan zijn voor een snel en juist oordeel.¹⁾

Maar wat ik met kracht zou willen bestrijden is de opvatting, als zoude het Overheidsbeleid als zodanig, over de gehele linie, voor de leek een gesloten boek betekenen. Onze gehele democratische staatsinrichting logenstraft deze mening. Nauwelijks meerderjarig, worden wij geacht een zodanig inzicht te hebben in de algemene lijnen van het bestuur, dat wij onze voorkeur in deze of gene richting kunnen kenbaar maken. Tot allerlei besturende functies kunnen wij als eenvoudig burger worden geroepen. Zelfs tot rechtsprekende functies. Wat zouden Gedeputeerden moeten antwoorden, indien zij eens hoofd voor hoofd aan de maatstaf der „deskundigheid” werden getoetst?

Er steekt achter het streven naar vervanging van de burgerlijke rechter door meer „deskundige” krachten m.i. iets geheel anders dan de zuivere begeerte naar een betere rechtspraak, n.l. de — verhulde of onverhulde — wens naar een meer-ongemoeide-Overheid, de hoop op een oordeel, dat meer dan dat van de burgerlijke rechter in de richting van

¹⁾ Zie daarover laatstelijk A. Mulder, „De handhaving van de sociaal-economische wetgeving”, pft. Gron. 1950, passim. De opmerkingen van de schrijver over de straf- of tuchtrechtspraak zijn ook voor de geschillenrechtspraak van betekenis.

het heersend beleid zal zijn georiënteerd. Die wens is volkomen begrijpelijk. Men noeme hem echter bij zijn eigen naam.

§ 5. *De ontwerpen O.D.O.L. en B.A.B.*

Intussen heeft de Staatscommissie de Monchy twee voorontwerpen het levenslicht doen aanschouwen, luisterend naar de idyllische namen van O.D.O.L.¹⁾ en B.A.B.,²⁾ in welke ontwerpen het verlangen naar vervanging van de burgerlijke rechter door een administratieve beroepsinstantie tot op zekere hoogte is belichaamd.

Het ontwerp B.A.B. heeft uitsluitend betrekking op „beschikkingen”, waaronder wordt verstaan „de éézijdige schriftelijke wilsverklaring van een administratief orgaan, gegeven krachtens een staats- of administratiefrechtelijk voorschrift, en gericht op de vaststelling, de wijziging of de opheffing van een bestaande, of het scheppen van een nieuwe rechtsverhouding, dan wel inhoudende de weigering tot zodanig vaststellen, wijzigen, opheffen of scheppen” (art. 2).³⁾ Met een beschikking wordt de weigering om te beschikken gelijkgesteld (art. 3).

Tegen deze beschikkingen — voorzover niet alreeds een andere voorziening daartegen openstaat — zal ieder belanghebbende binnen 30 dagen in beroep kunnen komen bij de Kroon, de Raad van State, Afdeling Geschillen, gehoord.

De gronden voor beroep zijn: „feitelijk of rechtens strijden met de toepasselijke wettelijke voorschriften” of wel „strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur” (art. 4).

Aan de behandeling van de klacht gaat vooraf een poging tot minnelijke afdoening door middel van herziening (artt. 11, 12, 13, 14).

Voorts kan de Kroon in de gevallen, dat tenuitvoerlegging van de aangevallen beschikking „voor de klager onherstelbaar of in verhouding tot het door de beschikking te dienen belang onevenredig nadeel met zich zou brengen”, de beschikking voorlopig schorsen, de Raad van State, Afdeling Geschillen, in spoed-procedure gehoord (artt. 16, 17).

1) „Onrechtmatige daden openbare lichamen.”

2) „Beroep administratieve beschikkingen.”

3) Vgl. over deze definitie hiervoor blz. 27, noot 3.

De Kroon is bevoegd om, na gehele of gedeeltelijke vernietiging der beschikking, zelfstandig „in de zaak” te voorzien. De gevolgen van de vernietigde beschikking kunnen eventueel intact worden gelaten. Vernietiging van Rijksbeschikkingen of van beschikkingen in zelfbestuur kan gepaard gaan met een schadevergoeding uit 's Rijks kas „zo daartoe termen zijn”.

Het ontwerp O.D.O.L. beoogt blijkens de toelichting op artt. 3—8 in de eerste plaats om de gevolgen, welke invoering van het ontwerp B.A.B. krachtens de bestaande jurisprudentie van de Hoge Raad zou hebben voor de competentie van de burgerlijken rechter, nog eens (zij het ten overvloede) in de wet vast te leggen.

Daartoe wordt bepaald, dat een beschikking niet is een „daad” in de zin der wet; zij wordt pas „daad”, wanneer zij overeenkomstig het ontwerp B.A.B. door de Kroon is vernietigd, dan wel door het betrokken orgaan is herzien. M.a.w. zolang de beschikking nog leeft, is zij burgerlijk dood; wanneer zij administratief is onthalsd en begraven, komt zij tot burgerlijk leven.

Het komt mij voor, dat dit ingenieuze stelsel enerzijds minder, anderzijds meer gevolgen meebrengt, dan de jurisprudentie van de Hoge Raad.

Wat er door de qualificatie „geen-daad” wordt uitgesloten, is alleen een actie op grond van art. 1401 B.W. Verweer tegen een beschikking behoeft echter geenszins met behulp van dat artikel en die actie plaats te vinden. Waarom het de aanlegger bij een (belastende) beschikking in de eerste plaats te doen zal zijn, is: uitgemaakt te zien, dat zij hem niet bindt. De gehele Woonruimtejurisprudentie zou rustig voortgang kunnen vinden, onverschillig of men in de wet O.D.O.L. aan de woonruimte-vordering het karakter van „daad” wilde ontzeggen of niet. Naar de leer van de Hoge Raad echter zou juist in de eerste plaats het oordeel over de geldigheid der beschikking aan de burgerlijken rechter zijn onttrokken, zodra voor de beslissing van deze rechtsvraag een speciale rechtsgang werd ingesteld.¹⁾

¹⁾ Misschien zou men een aanvulling van het hiaat kunnen zien in art. 19 j^o art. 17, lid 1, van het ontwerp, waarin naast de acties op grond van art. 1401 óók worden uitgesloten vorderingen ex. art. 1395 B.W. „of gedaan ter zake van inbreuk of dreigende inbreuk op enig subjectief recht”, voorzover een op grond van dezelfde

Anderzijds gaat de uitsluiting van de burgerlijken rechter in het ontwerp O.D.O.L. verder, dan uit de rechtspraak van de Hoge Raad zou voortvloeien. Uit die rechtspraak blijkt, dat men dezelfde rechtsvraag, ter beantwoording waarvan de administratieve rechtsgang dient, niet nogmaals aan de burgerlijke rechter kan voorleggen: in het geval B.A.B. dus de vraag naar de nietigheid of geldigheid van de beschikking. Bovendien mag men aannemen, dat de burgerlijke rechter een uitspraak over de (on)rechtmatigheid van de beschikking niet zou willen geven, alvorens eerst langs administratieven weg was gepoogd, om die beschikking ongedaan te maken.¹⁾ Doch ná een dergelijk beroep of na het verstrijken van de daarvoor gestelde termijn bestaat er geen reden meer, om de vraag der onrechtmatigheid niet aan de orde te stellen, onverschillig, of de aangevochten beslissing in beroep werd vernietigd of niet.

Het ontwerp O.D.O.L. echter sluit de rechter uit, tenzij eerst de beschikking in administratief beroep is vernietigd. Het schijnt mij minder juist, deze uitsluiting aan te dienen als een eigenlijk vanzelfsprekende zaak.²⁾

feiten ingestelde vordering uit onrechtmatige daad tegen dat lichaam niet ontvankelijk zoude zijn. Maar dan wordt de toelichting op art. 19, die zegt, dat het hier gaat om „bescheiden secondanten” van de actie ex 1401 toch wel volkomen onbegrijpelijk. De vordering tot buiten-effectstelling (of schorsing of hoe men het ook noemen wil) van een beschikking is geen secondant van een vordering ex 1401 B.W. Zij is iets geheel anders.

¹⁾ Zie R. J. Polak, a.w. blz. 136/137.

²⁾ De vereenzelviging van nietigheidsoordeel en onrechtmatigheidsoordeel is kenmerkend voor het gehele O.D.O.L. ontwerp.

Zij blijkt o.m. bij de definitie van de onrechtmatige Overheidsdaad in art. 9:

- 1) „Een daad van een openbaar lichaam is onrechtmatig, wanneer zij in strijd is met de wet of met de zorgvuldigheid, welke het openbaar lichaam betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed.”
- 2) „Onder strijd met de wet wordt begrepen het gebruik maken van een bevoegdheid voor een ander doel, dan waarvoor zij kennelijk is gegeven.”

Hier wordt de uitdrukking „strijd met de wet” twee maal in hetzelfde artikel gebruikt in geheel verschillende betekenissen, n.l. de eerste keer als „door de wet verboden” en de tweede keer als „vallende buiten een wettelijke bevoegdheidsomschrijving”. Bevoegdheidsoverschrijving is op zichzelf nog niet verboden; zij mist slechts het beoogde rechtsgevolg.

Dezelfde gedachtengang vindt men in art. 7, waarin zonder

In ieder geval zal — aangenomen, dat de ontwerpen tot wet worden verheven — voortaan, voorlopig of definitief, de burgerlijke rechter zijn uitgeschakeld, zodra er sprake is van een schriftelijke „beschikking”. Zulks betekent, dat de Overheidsorganen (voorlopig) buiten schot blijven, zolang zij maar zorgen, hun optreden of niet-optreden in het gewaad der beschikking te hullen, dan wel aan hun optreden zulk een beschikking te doen voorafgaan (ook de uitvoering van de beschikking is immers onaantastbaar, zolang de beschikking zelve niet kan worden aangevochten, art. 8). Het zou mij niet verwonderen, indien wij — naast de reeds bekende keuromanie — in de toekomst een nieuwe kwaal zagen opdoemen: de beschikkomanie.

De advocaat, die een actie tegen een openbaar lichaam overweegt, zal — nadat hij heeft nagegaan, of de actie valt binnen de grenzen van art. 2 R.O. — moeten weten, of er ook ergens tussen de bestreden handelingen een beschikking schuilt. Het is te hopen, dat de cliënten hunne van Overheidswege ontvangen schrifturen goed bewaren. Mijn ervaringen op dat punt zijn niet moedgevend. Van de advocaat wordt dan verlangd, dat hij het verschijnsel „beschikking” weet te determineren. Hij zal dat verschijnsel naar twee kanten moeten afbakenen: naar boven moet het worden gescheiden van de „algemene regelingen”, naar beneden van al die feitelijke- en rechtshandelingen, die geen beschikkingen zijn. Ten aanzien van algemene regelingen en ten aanzien van feitelijke handelingen blijft de burgerlijke rechter immers bevoegd; alleen het middenstuk valt uit.

Nu zijn er advocaten, die althans de eerste kunst (de onderscheiding tussen algemene regeling en beschikking)

meer elke beschikking, die berust op een nietige, resp. onverbindende, algemene regeling als onrechtmatige daad wordt gequalificeerd. Zo zou een aanslag krachtens een ongeldige belastingverordening van gemeente, provincie of waterschap steeds een onrechtmatige daad opleveren. Geen wonder, dat men dan genoopt wordt, de gevolgen van dit uitgangspunt weer te mitigeren (art. 13).

Hier en daar blijkt ook van een andere (en m.i. zuiverder) beschouwing. De vernietigde beschikking is volgens art. 6 nog niet meer dan een „daad”. Of zij ook een onrechtmatige daad is zal nog nader (en veelal uit andere gronden, dan die, welke tot vernietiging hebben geleid) moeten worden waargemaakt. Het kan best zijn, dat de vernietigde beschikking niet meer is dan een rechtens irrelevante handeling (zie de Toelichting op artt. 3—8).

verstaan: de cassatie-advocaten in verband met art. 99 R.O. Overweging van cassatiemogelijkheid is echter nog wat anders dan afbakening van rechtsmacht; bij de laatste zijn alle advocaten betrokken.

Dat hun taak eenvoudig zou zijn, betwijfel ik. Men neme eens als voorbeeld het werk van het College van Rijksbemiddelaars, waarvan Langemeyer onlangs terecht schreef, dat zij een taak vervullen, die ligt „op de grens van wetgeving en uitvoering”.¹⁾

Volgens art. 12 van het B.B.A. kan het College, hetzij op verzoek van organisaties van werkgevers en werknemers, hetzij ambtshalve, regelingen van lonen en andere arbeidsvoorwaarden vaststellen. Volgens art. 14 B.B.A. behoeven nieuwe collectieve arbeidsovereenkomsten en wijzigingen in bestaande de goedkeuring van het College. Practisch is de uitwerking van regeling en van goedkeuring geheel gelijk.

Grensgeval is zeker ook de dispensatie. Volgens art. 17 lid 3 B.B.A. mag men van bindende loonregelingen of goedgekeurde C.A.O.'s afwijken, indien voor de afwijking door of vanwege het College toestemming is verleend. Als er een algemene loonregeling bestaat, kan zowel aan ondernemer X voor zijn werknemer Y een dispensatie gegeven worden, als aan ondernemer X voor al zijn werknemers, als aan een groep van ondernemingen te samen, die formeel weliswaar onder de algemene regeling vallen, doch in feite toch beter afzonderlijk geregeld kunnen worden. Die afzonderlijke, regeling wordt dan genoemd of een „dispensatie” ex art. 17, lid 3 of een „nieuwe loonregeling” ex art. 12. In deze betiteling bestaat generlei regelmaat: de ene keer heet het „Gelet op art. 17 lid 3—”, de andere keer „Gelet op art. 12—”. Het College zou zelf niet kunnen zeggen, of het een beschikking dan wel een algemene regeling heeft tot stand gebracht.²⁾

Aan de onderkant (de overgang van „beschikking” naar feitelijke handeling) schijnt mij de zaak niet veel beter. De kwestie ten aanzien van de weigering hebben de ontwerpen tot oplossing gebracht, door krachtens wetsduiding deze tot beschikking te stempelen. Maar daarmee zijn niet alle moei-

¹⁾ Conclusie v.a. H.R. 14 Dec. 1948, N.J. 1949 No. 550; A.R.B. 1949, 743.

²⁾ Soortgelijke moeilijkheden ontmoet de administratieve rechter reeds nu, bijv. bij de toepassing van art. 58, lid 4, ambtenarenwet; A. M. Donner, a.w. blz. 8 e.v.

lijkheden opgelost. Nog levendig herinner ik mij, dat het — in een tijdperk, waarin een bepaalde categorie kooplieden door een zeker openbaar lichaam werd overstroemd met een reeks van opeenvolgende „circulaires” — praktisch ondoenlijk bleek uit te vinden, of men hier te doen had met (bindende) voorschriften (van algemenen of van individuen aard) dan wel met (onverbindende) „instructies”, „aanwijzingen” of wat dies meer zij. Een antwoord bleek pas mogelijk, nadat eerst was uitgemaakt, of het betrokken lichaam „als Overheid” optrad, dan wel als koopman deelnam aan het maatschappelijk verkeer, n.b. het onvindbare onderscheid, waarvan de Commissie de Monchy hoopt, ons eens voor goed te hebben verlost! ¹⁾ ²⁾

De Commissie is uiterst sober in de toelichting op de vraag, waarom nu juist de beschikkingen en derzelver uitvoering aan de beoordeling van de burgerlijke rechter moeten worden onttrokken. Zij volstaat met de verklaring, dat de Overheidsorganen hierbij volbrengen „een publiekrechtelijke taak, die uitsluitend hun toekomt”.

Ik moge hier in het midden laten, of het publiekrechtelijk karakter van een Overheidshandeling een reden mag zijn om haar beoordeling te onttrekken aan een onafhankelijke rechter. Er ligt hier een innerlijke tegenspraak met het standpunt, hetwelk de Commissie vlak daarop inneemt tegenover feitelijke handelingen van de Overheid: het meer of minder publiekrechtelijk karakter daarvan speelt hoegenaamd geen rol.

Hetgeen echter boven werd opgemerkt in verband met de toepasselijke en toegepaste beoordelingsmaatstaven, moge hier in verband met de verdeling van rechtsmacht worden herhaald: de schematische indeling van het Overheidshandelen in algemene regelingen — beschikkingen — feitelijke handelingen is een wetenschappelijke indeling. Maar introductie van de wetenschap in de wetgeving heeft slechts zelden tot bevredigende resultaten gevoerd.

¹⁾ Inleiding tot de ontwerpen, in fine.

²⁾ Voorbeelden van tussenvormen zijn er meer; men denke aan de „onverbindende mededeling van een standpunt” (C.R.v.B. 10 Oct. 1935, A.R.B. 1936, 20); aan verschijnselen als de „voorlopige bouwvergunning”, „toestemming tot woningruil” e.d.; aan „interpretatieve beschikkingen”, enz.

Wat er aan rechtsmacht voor de burgerlijke rechter nog overschiet (contrôle op algemene regelingen, contrôle op vernietigde beschikkingen, contrôle op feitelijke handelingen, voorzover niet gedekt door een nog geldige beschikking) zal krachtens het ontwerp O.D.O.L. (art. 16 en 17), voorzover aangaat het hoger beroep, worden geconcentreerd bij het Gerechtshof te 's Gravenhage. De Commissie wenst, dat een „speciale, zeer deskundige” Kamer bij het Gerechtshof zal worden gevormd. Daartoe zullen enkele Raadsheren worden benoemd, die geacht mogen worden „zeer bijzondere bekwaamheden” te bezitten voor de taak, die het ontwerp aan het Hof opdraagt (Toelichting op art. 16).

De „grote voordelen” van zulk een oplossing in deze „zeer moeilijke en gespecialiseerde materie” liggen naar de mening van de Commissie voor de hand (Toelichting t.a.p.). Zij onthoudt er zich dan ook van, die voordelen nader aan te duiden. In de (algemene) Inleiding werd in dit verband alleen gesproken van de wenselijkheid op dit gebied ener zo groot mogelijke éénheid van rechtsbedeling.

Men wrijft zich toch wel de ogen uit, als men zulke zinsneden leest. De gehele strekking van de ontwerpen en hunne toelichting was toch deze, dat de moeilijkheid der materie, het typisch publiekrechtelijke, school in de beschikkingen. Waren die er maar uitgeligt, dan was de baan vrij van hindernissen. Dan gold niet meer het bezwaar tegen ingrijpen door de onafhankelijke rechter. Dan werd het voor de onrechtmatige daad van een openbaar lichaam rechtens geheel onverschillig of wij ons op zuiver-privaatrechtelijk, zuiver publiekrechtelijk dan wel op gemengd terrein bevinden (Inleiding in fine).

Helaas: bij nadere beschouwing blijkt ook deze oase van eenvoud, waarin zelfs de domste rechter zich op zijn gemak scheen te zullen gevoelen, een gebied vol voetangels en klemmen, een zeer moeilijke en gespecialiseerde materie, alleen maar toegankelijk voor zeer deskundige, bijzonder bekwame, speciale raadsheren.

Men moge het mij ten goede houden, indien ik zeg, dat deze toelichting mij al zeer weinig overtuigend voorkomt. Er is op dit gebied niets moeilijks, of het moest zijn de door de Commissie uiterst moeilijk gemaakte competentievraag.

Opnieuw rijst dan ook de vraag, welke motieven hier — bewust of onbewust — een rol spelen. Die vraag stellen, is

haar beantwoorden. Men wil in wezen de contrôle van de onafhankelijke rechter niet, tenzij die rechter eerst weer en op zijn beurt is geselecteerd, d.w.z. bij voorbaat gecontrôleerd.¹⁾

¹⁾ Het ontwerp O.D.O.L. bevat nog een middenmoot (artt. 9-15), houdende enige bepalingen van materiëlen aard. De behandeling daarvan valt buiten het bestek van dit praeadvies. Slechts op één punt moge hier de aandacht worden gevestigd. In art. 9 wordt — gelijk gezegd — de onrechtmatige Overheidsdaad gedefinieerd als „in strijd met de wet of met de zorgvuldigheid, welke het openbaar lichaam betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed”. Toegevoegd is dus de zorgvuldigheid als maatstaf (hetgeen ik toejuich); verdwenen is de aantasting van het subjectief recht als maatstaf van onrechtmatig handelen, hetgeen ik betreurt.

Deze weglating heeft in verband met art. 12 tot onaanvaardbare gevolgen geleid. Daar wordt gezegd, dat een overigens niet onrechtmatige daad niet strijdt met de zorgvuldigheid, in art. 9 bedoeld, indien het openbaar lichaam binnen de grenzen der redelijkheid heeft kunnen oordelen, dat de daad in het algemeen belang moest worden verricht.

De formulering is ontleend aan het Doetinchemse arrest. Maar daar ging het om de hantering van een *wettelijke bevoegdheid* n.l. de speciale bevoegdheid om subjectieve rechten aan te tasten. Bij het gebruikmaken van deze wettelijke bevoegdheid komt inderdaad aan de Overheid ruime vrijheid toe.

Het gaat echter niet aan, deze vrijheid óók toe te kennen, waar subjectieve rechten worden aangetast buiten elke wettelijke bevoegdheid om.

De troost, dat de gelaedeerde zich wellicht in zulk een geval zal kunnen beroepen op de overtreding van een wetbepaling, is te schraal. Niet alle, zelfs niet de meeste, schendingen van subjectief recht zijn *expressis verbis* in de wet verboden.

BESLUIT

Een disqualificatie van de burgerlijke rechter als competent contrôlerend orgaan ten aanzien van de Overheidshandeling (inclusief de beschikking) behoeft niet voetstoots te worden aanvaard. Wij bezitten in onze burgerlijke rechterlijke macht een apparaat, dat voor de vervulling van deze contrôlerende taak over 't algemeen zeer wel berekend is. Dat het bestuur door haar ingrijpen meer dan dragelijk in zijn gestie zou worden belemmerd, is een onbewezen stelling.

In het midden gelaten, of een ontwerp als de „Wet beroep administratieve beschikkingen” uitvoerbaar zou blijken,¹⁾ heeft de concentratie der contrôle bij één centraal, niet onafhankelijk, college, hetwelk dan bovendien nog slechts een adviserende rol speelt, voor mij niets aantrekkelijks.

Ik zou verre de voorkeur geven aan een onafhankelijk apparaat, dat in zijn vertakkingen plaatselijk en provinciaal is georiënteerd en dat beschikt over de ervaring en de uitrusting, nodig voor datgene, hetwelk voor elke rechtspraak toch fundamenteel blijft: de nauwkeurige vaststelling der feiten.²⁾

Dit standpunt sluit niet uit, dat het gewenst kan blijken, om voor bijzondere takken van bestuur of onderdelen daarvan een speciaal contrôlerend orgaan in het leven te roepen. Zo zou ik — ofschoon ik in dit geval de contrôle ook gerust aan de civiele rechter zou durven toevertrouwen — er geen bezwaar tegen hebben, indien in ruimere mate dan tot dusver Gedeputeerde Staten met een beroep tegen woonruimte-vorderingen konden worden geadieerd, ook al zou dientengevolge de competentie van de burgerlijke rechter verminderen. Gedeputeerde Staten bleken — voorzoveel ik kon nagaan — bij uitstek voor deze taak berekend.

¹⁾ Over die uitvoerbaarheid matig ik mij geen oordeel aan. Enige twijfel dienaangaande schijnt mij gewettigd. Zal een uitbreiding van de Afdeling Geschillen met drie leden de stroom van beroepen kunnen opvangen en tijdig verwerken, met name ook wat betreft de voorlopige (spoedeisende) schorsingen?

²⁾ De Commissie de Monchy geeft zelve toe, dat de administratie voor de vaststelling der feiten niet de outillage heeft, waarover de rechterlijke macht beschikt. Maar is dan voor de beoordeling van een beschikking die vaststelling minder noodzakelijk, dan voor de contrôle op feitelijke daden? Mij dunkt, de rechtspleging zowel bij de President als bij Gedeputeerde Staten betreffende de woonruimte-vorderingen, leert wel het tegendeel.

Slechts één argument zou mij nopen, de voorkeur voor de burgerlijke rechter prijs te geven en om te zien naar een andere rechtsbedeling: de stelling, dat de onderdaan niet voldoende tegen Overheidsrecht is beschermd.

Die stelling is voor het tegenwoordige niet geheel ongegrond. De burgerlijke rechter betoont zich, waar het de Overheid betreft, zelfs tegenover willekeur nog maar al te dikwijls machteloos.

De strekking van dit praeadvies was echter, aan te tonen, dat zulks — binnen het kader van de bestaande wetgeving — niet nodig is. Daarmede werd tevens gepoogd, een antwoord te geven op het tweede onderdeel van de door het Bestuur gestelde vraag.

Gemakshalve moge ik dat antwoord nog eens kortelijks samenvatten in de navolgende verlangens:

- 1) aanvaarding van een ruime opvatting van art. 2 R.O., in dier voege, dat reeds bij dreigend vermogensnadeel de bescherming van de burgerlijke rechter kan worden ingeroepen, óók wanneer niet aanwezig is een geschil over eigendom of burgerlijk recht;
- 2) toekenning aan de President, rechtsprekend in kort geding, van dezelfde rechtsmacht, als aan de gewone rechter krachtens art. 2 R.O. toekomt;
- 3) toekenning aan de President van de bevoegdheid tot het geven van een declaratoire uitspraak;
- 4) aansprakelijkstelling van openbare lichamen wegens onrechtmatige daad óók in geval van gemis aan de zorgvuldigheid, welke de Overheid bij de volvoering van haar taak jegens de onderdanen betaamt;
- 5) verlening aan de burgerlijke rechter van een ruimere armslag, dan hem in het Doetinchemse arrest werd vergund, zowel bij de begrenzing van bevoegdheden als bij de constatering van de onzorgvuldigheid in het voorgaand nummer bedoeld, een en ander in dier voege, dat ook reeds bij grove onevenredigheid van belangen gemis aan bevoegdheid resp. onrechtmatigheid kan worden aangenomen.¹⁾

¹⁾ De lezer zal hebben bemerkt, dat — voorzoveel de keus tussen burgerlijke en administratieve controle betreft — bovenstaand prae-advies dezelfde gedachtengang inhoudt, als die van Gerbrandy (Gedenkboek B.W. blz. 579 e.v.).

INHOUD

	blz.
Inleiding	3
§ 1: de rechtsmacht	4
§ 2: het handelen van de Overheid	10
§ 3: de rechterlijke contrôle:	17
A. de rechterlijke contrôle over feitelijke handelingen of verzuimen	
a. feitelijke handelingen in het algemeen .	
b. gerechtvaardigde rechtsinbreuken . .	
B. de rechterlijke contrôle op beschikkingen	
a. (on)geldigheidsoordeel	
b. (on)rechtmatigheidsoordeel	
§ 4: bezwaren tegen de rechterlijke contrôle . .	37
§ 5: de ontwerpen O.D.O.L. en B.A.B.	42
Besluit	50

BEHOORT BIJ ONDERWERPEN GELIJK B.V. DIE VAN
DE WOONRUIMTEWET 1947 EN HET ALGEMEEN VOR-
DERINGSBESLUIT 1940 DE BURGERLIJKE RECHTER
CONTROLE TE HEBBEN OP BESLUITEN EN HANDE-
LINGEN VAN DE ADMINISTRATIE, EN ZO JA,
BEHOORT DIE CONTROLE TE WORDEN
GEREGELD?

Praeadvies van

Mr. Ir. M. M. VAN PRAAG

Wat is te verstaan onder Administratie?

Het vraagstuk, dat in discussie wordt gebracht, is terug te voeren tot een van ietwat algemener aard. Het is het probleem omtrent de verhouding tussen twee complexen van organen: de rechterlijke macht en de administratie. Dat dit een vraagstuk is, nog steeds, vindt zijn oorzaak in de onzekerheid, die bestaat ten aanzien van het wezen der administratieve functie.

Met de karakterisering van de functies wetgeving en rechtspraak heeft men weinig of geen moeite. De definities houden verband met de techniek der rechtsproductie, d.w.z. ten opzichte van de functies wetgeving en rechtspraak maakt men gebruik van maatstaven van formele aard, betrekking hebbende dus op de wijze, waarop de rechtsorde wordt tot stand gebracht. Wetgeving (in de zin van Laband's materieel wetsbegrip) en rechtspraak hebben beide betrekking op een bepaald stadium in de totale procedure, waarin het recht tot stand komt.

Anders is het gesteld met de derde Staatsfunctie in Montesquieu's trias: die der Uitvoering, later vereenzelvigd met die der Administratie of van het Bestuur.

Zoals herhaaldelijk is opgemerkt, zegt de term Uitvoering weinig of niets. Het is een relatie-begrip, vooronderstelt iets dat uitgevoerd kan of moet worden. In de laatste jaren is men echter de derde in de trias der Staatsfuncties als Bestuur gaan aanmerken.¹⁾

Het is opmerkelijk, dat, als het er op aankomt deze derde Staatsfunctie te definiëren, men een ander procédé volgt als ter zake van de twee eerstgenoemden. Men springt over op

¹⁾ Zie Prof. Mr Dr J. H. T. M. van der Grinten: De begrippen „bestuur” en „uitvoering” in het Ned. Jur. blad 1932, pag. 121 vlg.

min of meer vage kenmerken van materiële natuur, kenmerken, die buiten de juridieke sfeer zijn gelegen. Het prototype van deze soort van definities is de veel geciteerde van Fritz Fleiner: ¹⁾ „Nach den vorangegangenen Erörterungen versteht man unter Verwaltung die ganze Tätigkeit die der Staat oder ein anderer öffentlich-rechtlicher Verband zur Erreichung seiner Lebenszwecke unter seiner eigenen Rechtsordnung entfaltet und die weder in den Bereich der Gesetzgebung noch der Rechtssprechung fällt.”

Deze definitie is de neerslag van de verwarring en het gemis aan methode, die de rechtswetenschap op sommige punten ontsieren.

Een dergelijke definitie toch is een verzameling van vraagtekens. Wat toch is de Staat, wat is het levensdoel van die Staat? Wat is de aard der werkzaamheden, welke die Staat met in achtneming van „zijn” rechtsorde verricht?

Een zodanige definitie of beschrijving, zo menen wij, is niet van juridieke natuur: d.w.z. zij houdt geen enkel verband met het recht, met de rechtsorde of met de totstandbrenging der rechtsorde.

Terwijl de definities van de Staatsfuncties wetgeving en rechtspraak in verband staan met het specifieke middel, dat in wezen het recht is, een middel, dat kan dienen tot het bereiken van allerlei doeleinden, wordt in Fleiners definitie van de bestuursfunctie niet gerept van dat middel, maar verwezen naar doeleinden, die verwezenlijkt worden, echter met in achtneming van de rechtsorde. Hier wordt de rechtsorde derhalve beschouwd als een beperking ter zake van de te bezigen middelen, maar niet als het specifieke middel zelve. Welke die middelen zijn, dat wordt door Fleiner in het midden gelaten.

Het komt ons voor, dat Fleiners karakteristiek der derde Staatsfunctie als een complex van niet gedefinieerde werkzaamheden van de Staat, waarop de rechtsorde een door die zelfde Staat gefabriceerde breidel is, onbruikbaar is. De rechtsorde daarentegen is zelve een middel ter bereiking van vele doeleinden.

Ook de wijze, waarop Nederlandse schrijvers het begrip administratie of bestuur definiëren, gaat veelal aan hetzelfde euvel mank: terwijl de definities der functies wetgeving en

¹⁾ „Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts” 1911, pag. 8.

rechtspraak betrekking hebben op de rechtsorde of liever op de wijze, waarop de rechtsorde wordt tot stand gebracht, wordt dit juridiek procédê verlaten, als het er op aankomt de derde Staatsfunctie te definiëren.

Prof. Mr. R. Kranenburg meent de bestuursfunctie te moeten beschrijven in nauw verband met die der wetgeving; zijnde „het feitelijk verwezenlijken van de doeleinden dier regeling (te weten: „de min of meer duurzame regeling van het leven der groep, die aan zekere, voorzienbare handelwijzen behoefte heeft, zodra de groep een zekere trap van ontwikkeling en intensiteit van onderling verkeer heeft bereikt”), de daadwerkelijke tenuitvoerlegging dier regelingen”.¹⁾

Kranenburg sluit zich blijkbaar nauw aan bij Montesquieu. Volgens hem is de derde Staatsfunctie uitvoering, uitvoering van regelingen. Maar „uitvoering” zonder meer is geen juridiek begrip. Uitvoering van een regeling, van een wet kan bestaan uit het vaststellen van rechtsregels, al dan niet in de algemene, onpersoonlijke vorm, maar kan ook bestaan in het verrichten van materiële handelingen.

Zelfs het zich gedragen in overeenstemming met een algemene rechtsregel, zou men uitvoering van die regeling kunnen noemen.

Ook van Vollenhove's beschrijving: „het spontaan en zelfstandig behartigen van het belang van het land en volk door lagere of hogere overheden”²⁾ en die van Kleintjes: „Het spontaan en zelfstandig behartigen van 's lands welzijn”³⁾ zijn o.i. alles behalve definities van juridieke natuur.

Het is ook opmerkelijk, dat, terwijl in definities der wetgeving en in het bijzonder in die der judiciele functie de Staat gewoonlijk niet genoemd wordt, het Staatsbegrip aldaar klaarblijkelijk onnodig is, bij de definities van de administratieve functie daarentegen, soms uitdrukkelijk, soms stilzwijgend de „Staat” wordt betrokken als degene, die tot taak heeft het z.g. algemeen welzijn of algemeen belang te behartigen.

Anderzijds heeft men er wel van afgezien, het wezen der bestuursfunctie te beschrijven of te definiëren, maar noemt

1) „Het Nederlands Staatsrecht”, 1e deel, zesde druk, pag. 25.

2) „Staatsrecht Overzee.”

3) „Staatsinstellingen van Nederlands Indië I.”

men bestuur alles, dat niet tot de wetgevende noch tot de judiciële functie is te rekenen; m.a.w. de administratieve functie zou een rest, een residu zijn. Op dit standpunt stelde zich de regering in het jaar 1848. Zij was van mening, dat tot de uitvoerende macht te brengen is alles, dat noch tot de wetgevende, noch tot de rechterlijke macht is te rekenen.

Het spreekt van zelf, dat deze opvatting ons niet verder brengt en voor de Staats- en rechtswetenschap een testimonium paupertatis is. Immers, onmiddellijk rijst de vraag, welk complex van handelingen dan tot de Staatswerkzaamheid te rekenen is. Welke verrichtingen zijn verrichtingen van de Staat? Een dergelijke onbepaaldheid t.a.v. de bestuursfunctie is slechts geoorloofd, als men voor de totale, in te delen stof een scherp omljnde karakterisering wist te geven. Maar dit is geenszins het geval. En daardoor is het niet meer dan een slag in de lucht, de administratieve functie aan te merken als een rest, die over blijft na afscheiding der functies wetgeving en rechtspraak.

In wezen komt de zienswijze, die de opvatting was van de regeerders van het jaar 1848, neer op een indeling naar organen. Alle verrichtingen van het complex van organen, dat men als administratie aanmerkt, vormen in het licht van deze opvatting de administratieve- of bestuursfunctie. Maar onbeantwoord blijft daarbij de vraag, wat dan wel deze organen tot Staatsorganen stempelt, uit welke hoofde men hun verrichtingen als Staatsfuncties kan aanmerken.

De bron der verwarring en onvastheid schuilt hierin, dat men het begrip recht definieert door middel van het begrip Staat, dat men als gegeven en niet nader te verklaren accepteert, terwijl men omgekeerd de Staat wil verklaren door middel van een niet nader verklaard begrip Recht.¹⁾

¹⁾ Hoe weinig omljnd, hoe vaag en onzeker de voorstellingen betreffende Staat en recht ook heden ten dage nog zijn, moge worden gedemonstreerd aan hetgeen daaromtrent staat te lezen in de voor het overige zeer te waarderen dissertatie „De rechtskracht van administratieve beschikkingen” van Prof. Mr. A. M. Donner (Vrije Universiteit Amsterdam 1941).

„De Staat,” zo heet het, „is naar zijn aard een rechtsinstituut.” Wat bedoelt de geachte schrijver met deze uitspraak? Is de Staat een creatie van het recht dan wel creator van het recht?

Ook Prof. Donners toelichting van boven geciteerde uitspraak

De verrichtingen, die in de rechtswetenschap als administratieve handelingen worden samengevat, zijn heterogeën. Blijkbaar is het enige, dat ze gemeen hebben en hen doet verenigen in één groep, het feit dat zij uitgaan van één en dezelfde groep van organen.

Neemt men als voorbeeld een willekeurige, als administratieve handeling aangemerkte verrichting: het verlenen van een bouwvergunning krachtens art. 6 der Woningwet, dan springt het in het oog, dat geen van de kenmerken, die Fleiner, Kranenburg, van Vollenhoven en anderen noemen als zijnde karakteristiek voor de administratieve functie, hier aanwezig zijn. Er is hier geen sprake van een feitelijke bevordering van het belang des lands, of van 's lands welzijn of van het algemeen belang, terwijl het niet noodzakelijk en zelfs niet goed mogelijk is hier te opereren met een Staatsbegrip of dit zelfs hierbij op enigerlei wijze te pas te brengen. Het bestuur der Gemeente, deze handeling verrichtende, gaat alleen na of de verrichting, die een burger zich voorstelt te volvoeren, niet in strijd is met bepaalde rechtsregels, met name met de verordeningen, uitgevaardigd op de grondslag van de Woningwet (verordening ex. art. 1 Ww., rooilijnvoorschriften, uitbreidingsplan etc.).

Nu zal hier geenszins ontkend worden, dat aan het feit, dat bouwvergunning moet worden gevraagd en dat de voorgenomen verrichting getoetst wordt aan een geheel van voorschriften, een groot complex van belangen ten grondslag ligt. Maar deze belangen hebben reeds erkenning en verzorging gevonden door het uitvaardigen der Woningwet en de daarop berustende plaatselijke verordeningen en bij de individuele handeling, waarbij vergunning wordt verleend of geweigerd, bij de beslissing daaromtrent spelen deze belan-

vermag niet daaromtrent ook maar enige opheldering te geven.

„Niet slechts spelen de Staatsorganen een leidende rol bij de rechtsvorming”, zo zegt de hooggeleerde schrijver, „maar zij voeren al hun werkzaamheden in den weg van het recht uit en elk hunner handelingen wordt in het keurslijf der rechtsvormen gegeren.”

Hier duikt weer op de reeds door Laband als ondeugdelijk verworpen voorstelling, als zou de administratieve functie bestaan uit een complex van handelingen binnen een kader van rechtsregels.

Maar met beeldsprakige uitdrukkingen als „verrichtingen in een keurslijf”, komt men er niet. Immers een deel van de administratieve functie bestaat juist uit het stellen van rechtsregels.

geen geen rol meer. Op deze quaestie zullen wij nog terugkomen.

Met de stichting van een gemeentelijk slachthuis wordt daarentegen beoogd het „algemeen belang”, waaronder wij menen te moeten verstaan, de belangen van een onbepaald aantal personen, die niet direct aanwijsbaar zijn. Ook deze handeling is een, die tot de administratieve functie gerekend wordt.

Het is nu een uitvloeisel van de onklarheid ten aanzien van het onderling verband tussen de verschijnselen Recht en Staat, voor een ogenblik aannemende, dat dit twee afzonderlijke verschijnselen zijn, dat de vraag, die ons hier bezig houdt, gesteld moet worden. Men ziet in de Administratie, meer dan in de wetgever en de rechterlijke macht, de Staat vertegenwoordigd; in de verrichtingen der organen, die men als Administratie aanmerkt, de handelende Staat.

En, in overeenstemming met de negentiende-eeuwse ideologie van de Rechtstaat, is ook de Staat, gelijk een ieder, onderworpen aan het recht. Derhalve, zo redeneert men, heeft de rechterlijke macht ook de handelingen der administratie, in welke men de Staat belichaamd ziet, te beoordelen en aan het recht, zij het in sommige gevallen dan ook een speciaal recht, te toetsen.

In het bovenstaande is o.i. de fout gelegen. En dit in tweeërlei zin. In de eerste plaats zijn Recht en Staat geen twee afzonderlijke verschijnselen; in de tweede plaats zijn de verschillende verschijnselen, die men rekent tot het gebied, dat de rechtswetenschap heeft te bewerken, niet met één enkel Staatsbegrip te verklaren.

Een uiteenzetting ter zake van de verhouding van of het verband tussen de begrippen Staat en Recht moet hier noodzakelijkerwijze voorafgaan, omdat het standpunt dat men te dien aanzien inneemt, de grondslag vormt voor de oplossing van verschillende problemen, zoals dat van de onrechtmatige Overheidsdaad (de z.g. Staatsaansprakelijkheid) en ook dat van de verhouding of het verband van de verrichtingen der administratie met de bevoegdheid der rechterlijke macht.

Het komt er op aan de massa der verschijnselen en feiten, die de rechtswetenschap tot haar object kiest, te ordenen en daarmee een in zich zelf logisch en sluitend systeem op te bouwen. Werkhypothesen zullen daarbij noodzakelijk zijn.

Schrijver dezes staat op het door Hans Kelsen geïnaugureerde standpunt, dat rechtsorde en Staatsorde geen afzonderlijke, ten hoogste met elkaar in zeker verband staande verschijnselen zijn, doch dat Staatsorde en rechtsorde identiek zijn. D.w.z. Kelsen bepaalt zich ten aanzien van deze stelling tot het indirecte bewijs, dat gelegen is in het door hem geconstateerde feit, „dasz alle typischen, in den bisher lancierten Theorieën verkörperten Versuche, den Staatsbegriff fest zu setzen, auf eine Begriffsbestimmung der Rechtsordnung münden”.¹⁾

Hetgeen wij als Staat aanmerken is slechts de personificatieve eenheidsuitdrukking der rechtsorde. Men verdicht de rechtsorde-in-werking tot een persoon, wier handelingen bestaan in deze werking; gelijk het begrip „schatkist” is de eenheidsuitdrukking, een symbool van een complex van economische waarden van zeer uiteenlopende natuur.

Het is echter een grote vraag, of de invoering van dit Staatsbegrip van enig nut is. Afgezien van deze mogelijkheid staat het vast, dat deze hypostasering van de rechtsorde-in-haar-werking tot veel en te vermijden verwarring aanleiding heeft gegeven. Te constateren is, dat het Staatsbegrip in de branche der rechtswetenschap, die zich met het privaatrecht bezig houdt, geheel buiten gebruik blijft; dat het in de Staatsrechtwetenschap, die zich bezig houdt met de „Staat in rust”, alleen in de definitie voorkomt, maar verder geen rol speelt en ook volkomen overbodig is.

Slechts in de wetenschap van het administratief recht staat dit begrip „Staat” in het middelpunt en juist daar leidt het gebruik daarvan tot verwarring. En wel omdat, naar het ons voorkomt, twee wel te onderscheiden Staatsbegrippen met elkaar worden vermengd. Terwijl het begrip Staat in de zin van personificatieve eenheidsuitdrukking der rechtsorde als werkhypothese zeer misbaar is, is het toch niet mogelijk alle verschijnselen, die de rechtswetenschap tot haar object kiest, zonder een ander Staatsbegrip aan een te rijgen tot een systeem. Een tweede, een ander begrip Staat is hiervoor noodzakelijk en wel om daarmee te verklaren het zg. onmiddellijk bestuur. Hierop zal worden teruggekomen.²⁾

¹⁾ Hans Kelsen: „Das Problem der Souveränität”, 2e Auflage, pag. 13, voetnoot.

²⁾ Ons tweede Staatsbegrip is niet identiek met Kelsens tweede Staatsbegrip. Zie hiervoor M. M. van Praag: „Algemene Rechts-

Een met dat van de verhouding tussen Staat en Recht samenhangend probleem, de keuze der oplossing waarvan op dezelfde wijze de richting beïnvloedt, waarin men de oplossing zoekt van bovengenoemde vraagstukken, is dat der Staatsorganen of liever dat der orgaansqualiteit. Aan welke kenmerken moet een individu of college beantwoorden om Staats-, respect. Provinciaal-, Gemeente-, Waterschapsorgaan te zijn? Gewoonlijk stelt men de vraag in het geheel niet, of wel men geeft zich geen rekenschap van datgene, op grond waarvan men bepaalde individuen of colleges de orgaansqualiteit toekent. Bewust dan wel onbewust beschouwt men de orgaansqualiteit als te zijn primair, niet nader te verklaren en bepaalde verrichtingen van deze individuen of colleges rekent men zonder nadere verklaring de Staat, respect. de Provincie of de Gemeente toe.

In verband met de identiteit van Staatsorde en rechtsorde noemen wij orgaan of Overheid het individu of College, dat de bevoegdheid heeft rechtsregels vast te stellen. Gewoonlijk komt dit neer op „uitvoering” van een andere, hiërarchisch hoger geplaatste rechtsregel. Genoemd individu of college is dus orgaan, d.w.z. heeft de bevoegdheid rechtsregels vast te stellen op grond van een hogere, toe te passen regel.

Primair is dus de functie, afgeleid is de kwaliteit van orgaan. Rechtsorgaan of Overheid is een individu of college slechts doordat en voor zover het rechtsregels vaststelt. Bijna steeds geschiedt dit op grond van een regel, die het daartoe de bevoegdheid verleent.

Dat echter de wijze, waarop op grond van een hogere rechtsregel een andere rechtsregel wordt vastgesteld, niet steeds dezelfde is, dit zal nog worden gereleveerd.

Dat rechtsregels worden vastgesteld op de grondslag van een toe te passen rechtsregel, m.a.w. dat een individu of college Staatsorgaan of rechtsorgaan is op grond van een delegerende regel, lijdt uitzondering in een enkel geval, ten minste voor zover het betreft de hedendaagse rechtsorden. De eerste grondwetgever namelijk vervulde de functie van

leer”. 1949, en M. M. van Praag: „Die Rechtsfunktionen”, academisch proefschrift, 1932.

Van vier verschillende Staatsbegrippen is sprake in „Inleiding tot de studie van het Nederlandse Recht”, bewerkt door Prof. Mr. G. E. Langemeyer, 8e druk, pag. 197/198.

rechtsvaststelling, zonder dat een door een „hoger orgaan” vastgestelde regel hem daartoe de bevoegdheid verleende. Elk rechts- of Staatssysteem heeft een revolutionnaire oorsprong, aangezien van positiefrechtelijk standpunt gezien — anders dan van ideologisch standpunt — niets het eerste orgaan van rechtsvaststelling als zodanig legitimeert.

Zoals gezegd is, is het reeds genoemde Staatsbegrip, zijnde dit de personificatieve eenheidsuitdrukking der rechtsorde, niet onmisbaar, waar het er op aankomt te verklaren de verschijnselen, die het karakter hebben van rechtsvaststelling. Er zijn echter andere verschijnselen, door de rechtswetenschap mede tot object van bewerking gekozen, waarvoor dit Staatsbegrip zelfs onbruikbaar is. En wel omdat, wanneer men de verschijnselen, die het karakter hebben van rechtsvaststelling, en de nog te noemen verschijnselen uit een en hetzelfde Staatsbegrip tracht te verklaren, tegenstrijdigheden niet zijn te vermijden.

Wij hebben hier het oog op de „Staat” (respect. Gemeente, Provincie, etc.) die scholen doet bouwen, wegen doet aanleggen, de volkshuisvesting behartigt door credieten te verlenen, in verband met het ene en het andere overeenkomsten sluit met zg. natuurlijke personen of rechtspersonen.

Noodzakelijk is daardoor de invoering van een tweede Staatsbegrip, misschien het enig noodzakelijke, zijnde deze Staat een juridiek instituut, een rechtspersoon, een creatie der rechtsorde gelijk een naamloze vennootschap, een vereniging, zelfs een stichting. Deze instituten, „rechtspersonen” naar de gebruikelijke terminologie, zijn toerekeningspunten, gelijk de zg. natuurlijke-persoon.

Het vereenzelvigen van dit Staatsbegrip met het eerstgenoemde, zijnde dit de personificatieve eenheidsuitdrukking der rechtsorde, heeft tengevolge de invoering van gelegenhedsconstructies, gelijk de zg. Twee-zijdentheorie, een begrip ontleend aan de realiteit der natuur. En ook de bekende theorie van de zelfverplichting of zelfbeperking van de Staat (George Jellinek), de leer van de zich zelf in de boeien slaande Staat, de leer van de Staat, die gebiedt maar zich vrijwillig onderwerpt aan de door hem voor „zijn” onderdanen uitgevaardigde geboden of verboden, dit logisch monstrem is een product van de vermenging of vereenzelviging van twee zeer te onderscheiden Staatsbegrippen. Het leidt tot constructies als vonnissen, die geëxecuteerd

worden tegen de Staat in naam van de Staat of van diens eenheidssymbool (de Kroon).

Door het begrip Overheid of Overheidsorgaan tot uitgangspunt te nemen, d.w.z. de Overheids- of orgaansqualiteit als originair, niet nader te verklaren noch afleidbaar zijnd gegeven te aanvaarden, komt men tot onaanvaardbare consequenties. B.v., bij het sluiten van overeenkomsten zou de „Overheid” van haar troon afdalen, en zich met de burger encanaileren”.¹⁾

Niets nu is onjuister dan dat. Een individu of college is slechts orgaan of Overheid voor zover het rechtsregels vaststelt binnen het kader van of overeenkomstig zijn bevoegdheid, vastgelegd in een „toe te passen” regel. Dat ditzelfde individu of college tevens orgaan is van de openbare rechtspersoon „Staat” (respect. Provincie, Gemeente, Waterschap) is een van logisch standpunt bezien toevallige, ofschoon historisch verklaarbare coïncidentie.

Dat tenminste tweërlei Staatsbegrip noodzakelijk is — zo men tenminste geen afstand wil doen van het gebruik van het begrip Staat, in den zin van personificatieve eenheidsuitdrukking der rechtsorde, om de verschijnselen of ervaringsfeiten, die de rechtswetenschap tot haar object kiest, tot een systeem samen te voegen, heeft men steeds gevoeld. Maar men meende de verschillende tegenstrijdigheden te elimineren, weg te werken of te paralyseren door te werken met constructies als de Staat „als” dit en de Staat

¹⁾ Zo Prof. Mr A. M. Donner: „De rechtskracht van administratieve beslissingen”, pag. 6: „De beschikking is dan ook uiteraard een eenzijdige handeling. Van *overeenkomsten met Overheidslichamen* kan in dit verband geen sprake zijn; die komen eerst tot stand wanneer de Overheid in meerdere of mindere mate van hare troon afdaalt en op voet van gelijkheid aan het rechtsverkeer der particulieren deel gaat nemen”... „Omdat de Overheid toch vrijwel nimmer geheel het kleed harer hoogheid kan afleggen, kunnen zij niet zonder meer tot de rechtshandelingen van het gewone rechtsverkeer worden gerekend, maar omdat de Overheid zich op een andere dan haar natuurlijke plaats stelt, komen er toch weer zoveel vreemde factoren in het spel, dat van een normale Overheids-handeling al evenmin kan worden gesproken.”

Wij willen er de aandacht op vestigen, dat het funeste gevolg moet hebben voor de zuiverheid der rechtswetenschap, wanneer men uit beeldspraak consequenties trekt. Voor het overige spreekt voor zichzelf het gebruik van begrippen als de „Overheid, die zich op een andere dan haar natuurlijke plaats stelt.”

„als“ dat. Zo b.v. de Staat „als“ fiscus en de Staat „als“ Overheid.

Het zou te ver voeren om hierop in te gaan; echter zij gereleveerd, dat Krabbe in zijn bekende brochure van het jaar 1904, „Administratieve rechtspraak“, de door ons gehuldigde zienswijze zeer nabij komt.

Verschillende individuen of colleges, die organen zijn, door dat zij belast zijn met het vaststellen van rechtsregels, zijn tevens belast met verrichtingen, die de Staat-rechtspersoon worden toegerekend. Zij zijn tevens orgaan, — helaas zijn wij genoodzaakt ook hier het woord orgaan te bezigen — van een openbare rechtspersoon.¹⁾

In het bijzonder is dit het geval met het complex van organen, dat men tesamen als Administratie aanmerkt.

Zoals reeds gezegd is, is de structuur van de totale procedure, waarin het recht wordt tot stand gebracht, vanaf de vaststelling der eerste Grondwet tot aan het rechterlijk, condemnatoir vonnis, niet overal van dezelfde natuur.

Wij noemen als eindpunt dezer procedure het rechterlijk condemnatoir vonnis, dat logisch de vorm heeft: aangezien A

¹⁾ Wij kunnen op deze quaestie hier niet dieper ingaan. Zij slechts gereleveerd, dat een minimum aan rechtsorde voorafgaat aan de creatie van rechtspersonen; ook aan die van de openbare rechtspersoon „Staat“.

²⁾ Karakteristiek voor het verschijnsel recht is de sanctie, d.i. de dwangmaatregel: straf of executie. Maar hiermede karakteriseert men het recht toch nog onvoldoende. Immers, men spreekt ook van kerkrecht, van verenigingsrecht. Deze gemeenschappen — het zijn werkelijk reeds gemeenschappen vóór dat er van een orde ten aanzien van de deelgenoten sprake is, aangezien zij zijn gebaseerd op vrijwilligheid — hebben hun regels ter zake van de gedragingen der deelgenoten en bepaalde, aan deze regels tegengestelde gedragingen der deelgenoten kunnen ook de voorwaarden zijn van dwangmaatregelen.

Toch liggen deze orden niet op hetzelfde niveau als de geldende Staatsorde. Daar toch is krachtens de orde zelve de sanctie een gedraging of verrichting, die in *alle andere* omstandigheden een onwettige, een onrechtmatige handeling zou zijn, een strafbaar feit, hetwelk zelve weer de voorwaarde is voor de uitoefening van een sanctie.

Terzake van het kerkelijk recht, het verenigingsrecht, kunnen sancties, dwangmaatregelen worden toegepast, echter mits deze niet door de Staatsorde verklaard zijn tot onrechtmatige, onwettige handeling of strafbaar feit. D.w.z. *mits* de Staatsorde hieraan geen dwangmaatregel verbindt.

Dit juist is kenmerkend voor de Staatsorde, d.i. voor het „gel-

zich zo en zo gedragen heeft, zal (of behoort) jegens hem een dwangmaatregel (de sanctie) (te) worden voltrokken. Dit is de rechtsregel in zijn uiteindelijke vorm, logisch een *onvoorwaardelijk oordeel*.

Een rechtsorde, waarbij slechts geval voor geval de rechtsregel wordt vastgesteld, d.w.z. waarbij geconstateerd wordt, dat een niet van te voren bekend geweest zijnde rechtsplicht werd geschonden en derhalve de voorwaarde voor het uitoefenen van een sanctie wordt geacht te zijn vervuld, is denkbaar. Hierbij wordt dus niet de gedraging, door welke de sanctie is te vermijden, van te voren vastgesteld, noch in de vorm van een algemene, onpersoonlijke, abstracte rechtsregel, noch geval voor geval.

Dit echter beantwoordt niet aan het postulaat, dat men stelt terwille der rechtszekerheid: *nulla poena sine lege* (art. 2 W. v. Str.).

Van ietwat gecompliceerder structuur is een rechtsorde, waarbij de rechtsregel wordt uitgevaardigd in de algemene, onpersoonlijke vorm. Hier reeds is rechtsvaststelling op een tweede, lagere trede noodzakelijk: de rechtsregel in de algemene, onpersoonlijke vorm moet „toegepast” worden op het concrete geval. De verrichting van de rechtstoepasser is in hoofdzaak van sylogistische aard.

De toe te passen rechtsregel wijst hier niet de rechtstoevend” recht, dat het de suprematie heeft boven alle andere mogelijke, schijnbaar concurrerende orden, d.w.z. orden, die betreffen de gedragingen van hen, van wie bepaalde gedragingen ook de inhoud vormen van de Staatsorde.

Wanneer van twee orden, die de gedragingen van dezelfde mensen betreffen, de ene de sanctie van de andere als onrechtmatige handeling of strafbaar feit aanmerkt, daarop een sanctie stelt en deze weet door te zetten, is de eerste orde „de” rechtsorde.

Evenzeer is dit het geval, als beide orden elkanders sanctie wederkerig als onrechtmatige handelingen of strafbare feiten beschouwen en daaraan een sanctie verbinden, terwijl slechts éne, laatstgenoemde sanctie weet door te zetten.

Het is daarom niet juist te spreken van verenigingsrecht, kerkelijk recht etc. als zijnde van dezelfde natuur als de „Staatliche Ordnung”. Dergelijk „recht” kan in elke kring verschijnen. Ook in het gezin bestaat gewoonlijk een dergelijke „rechtsorde”. De vader kan aan de bepaalde gedragingen van zijn kinderen een sanctie verbinden, b.v. een pak slaag, echter mits deze sanctie niet is een strafbaar feit voor de Staatsorde en het karakter van mishandeling aanneemt, waarop in het Wetboek van Strafrecht straf is gesteld. En het zelfde geldt voor de regels, zegge het „recht” der vereniging, der kerk etc.

passer aan. Deze oefent zijn functie uit op de grondslag van een buiten de toe te passen rechtsregel gelegen algemene competentieregel. De rechtsregel zelf delegeert niet. Toepassing van de rechtsregel is hier echter een logische noodzakelijkheid.

Het hier getekende is in het algemeen de werkwijze van de burgerlijke en de strafrechter, die hun werkzaamheden verrichten op de basis van een algemene competentieregel; de burgerlijke rechter op de grondslag van art. 2 R.O.

Een dergelijk rechtssysteem wordt voltrokken in ten hoogste drie of vier treden:

- 1^o Vaststelling van de rechtsregel in de algemene onpersoonlijke vorm.
- 2^o Vaststelling in het concrete geval van de gedraging, waardoor de sanctie wordt vermeden, d.w.z. de rechtsplicht (declaratoire uitspraak).
- 3^o De uitspraak, waarbij wordt vastgesteld, dat de rechtsplicht werd geschonden en derhalve de voorwaarde voor het voltrekken van de sanctie is vervuld.

Dikwijls echter valt de middelste trede uit, wordt de rechtsplicht voor het concrete geval niet explicite vastgesteld, maar zonder meer geconstateerd, dat in het concrete geval de sanctie behoort te worden toegepast. Dit is de methode der rechtspraak in strafzaken.

Als vierde en hoogste trap kan men beschouwen het uitvaardigen van de regel, die de competentie tot het vaststellen van de rechtsregel in de algemene onpersoonlijke vorm verleent.

Er zijn echter nog andere vormen van toepassing van rechtsregels en deze andere vorm maakt de rechtsorde tot een getrappt delegatiesysteem, bestaande uit een aantal treden, dat, althans in theorie, niet is beperkt.

Beide methoden vinden in onze rechtsorde toepassing, al dan niet gecombineerd. De eerstgenoemde methode, d.i. die van de rechtsregel in de algemene, onpersoonlijke vorm, vindt men belichaamd in het B.W., in het Wetboek van Strafrecht en in vele wetten. De Grondwet delegeert de wetgever daartoe (onder delegatie willen wij verstaan zowel bevoegdheid als opdracht).

Echter niet alleen de Grondwetgever, ook de wetgever delegeert op zijn beurt. Wij willen er op wijzen, en dit tussen haakjes, dat uit de aard der zaak deze delegatie behoudens

een nog te noemen uitzondering alleen kan en mag plaats hebben als de delegerende instantie de gedelegeerde uitdrukkelijk machtigt tot verdere delegatie.

Op grond van art. 168 jo. art. 195 der Gemeentewet is de Raad bevoegd verordeningen uit te vaardigen. Wij zouden art. 146, 2e lid der Grondwet willen opvatten als een door de Grondwetgever aan de wetgever verleende bevoegdheid tot delegatie aan de Raad, ofschoon mogelijk is de zienswijze, dat de gemeentelijke wetgever zijn verordenende bevoegdheid onmiddellijk aan de Grondwetgever ontleent. Duidelijker is art. 153 der Grondwet. Hier machtigt de Grondwetgever de wetgever met zoveel woorden, aan de lichamen voor het beroeps- en bedrijfsleven verordenende bevoegdheid te verlenen.

Ter zake van de delegatie zijn twee onderscheidingen te maken, welke elkaar in de practijk doorkruisen, d.w.z. zij sluiten elkaar niet uit.

A¹ Op de grondslag van de delegatieregels zijn meer dan één rechtsregel mogelijk, of wel:

A² Op de grondslag van de delegatieregels is slechts één rechtsregel mogelijk.

B¹ De bevoegdheid wordt verleend tot het uitvoeren van rechtsregels, resp. één rechtsregel in de algemene, abstracte, onpersoonlijke vorm.

B² Het uitvoeren van rechtsregels, resp. één rechtsregel voor het concrete geval.

Tot geval A behoort de delegatie van de Grondwetgever aan de centrale wetgevende organen en ook die van de centrale wetgever aan het gemeentelijk verordenend orgaan. Het kader, waarbinnen de bevoegdheid ligt, kan ruim of nauw zijn — een onbepaalde bevoegdheid verleent zelfs onze Grondwet niet — wanneer er een kader bestaat voor het individu of college, aan wie de bevoegdheid tot het uitvoeren van rechtsregels is verleend, bestaat de mogelijkheid tot keuze. Hoe die keuze uitvalt, dit is een vraag van beleid. Hier, maar ook alleen hier, dit is dus waar verschillende rechtsregels gelijkelijk hun grondslag vinden in de regel die de bevoegdheid verleent, doet zich de beleidsvraag voor, is er sprake van beleid. Dit is dus daar het geval — en daar alleen —, waar twee of meer rechtsregels gelijkelijk „legaal”, de ene zowel als de andere, misschien elkaars tegengestelden, hun grondslag vinden in één en de zelfde competentieregel.

Het geval, dat op de grondslag van een competentieregel slechts één rechtsregel in de algemene, onpersoonlijke vorm mogelijk is, doet zich niet veelvuldig voor in onze rechtsorde, maar is niettemin niet ondenkbaar. Een voorbeeld is te construeren: wanneer in de bebouwde kom van de Gemeente het verkeer een bepaalde, in de delegatieregels genoemde intensiteit heeft bereikt, moet een maximum snelheid van 40 km door de Raad worden voorgeschreven.

Als bij het bereiken van de genoemde intensiteit de Raad verplicht is een maximum snelheid van 40 km voor te schrijven, dan is er geen keuze.

Wel is dit het geval, als het hier geen verplichting, doch slechts een bevoegdheid betreft. Dan toch is er keuze tussen twee elkaar uitsluitende mogelijkheden en is het voor de Raad der Gemeente een quaestie van beleid te kiezen tussen beide mogelijkheden.

Dat er geen mogelijkheid van keuze bestaat, doet zich echter veelvuldiger voor in verband met delegatie tot vaststelling van rechtsregels voor het concrete geval.

Het begrip „beleid“ is hier identiek met vrije keuze terzake van het te behartigen belang.

De scheiding, die te maken is tussen gevallen van delegatie, waarbij al dan niet sprake is van beleid, valt, wat betreft de delegatie aan de lagere wetgever, slechts gedeeltelijk samen met de scheiding tussen het gebied der autonome bevoegdheid en dat van het zelfbestuur, m.a.w. tussen dat der bevoegdheid en dat der verplichting. Dit toch is slechts het geval, als het betreft de delegatie tot het uitvaardigen van één bepaalde rechtsregel. Is gegeven een *bevoegdheid* tot het vaststellen van deze bepaalde rechtsregel, m.a.w. een autonome bevoegdheid, dan is er sprake van beleid, omdat de rechtsvaststeller de keuze heeft tussen het uitvaardigen en het niet-uitvaardigen van deze regel. Dit laatste komt echter niet zo heel veel voor in onze rechtsorde. Een voorbeeld vindt men belichaamd in art. 14 der Begrafeniswet. De vergunning tot het aanleggen van een niet-kerkelijke begraafplaats kan door B. en W. worden verleend dan wel worden geweigerd. De wet geeft niet aan, naar welke maatstaf B. en W. in deze hebben te handelen. Hier is dus een geval, waarbij er sprake is van beleid. Het betreft hier vaststelling van een rechtsregel voor het concrete geval. (Op het juridiek karakter der vergunning zal worden teruggekomen).

Zijn echter op grond van een delegatieregél verschillende rechtsregels mogelijk, d.w.z. gelijkelijk legaal, dan is er steeds sprake van beleid aan de zijde van de gedelegeerde, onverschillig of de gedelegeerde *bevoegd* is tot het uitvaardigen van rechtsregels gelijk op de basis van art. 168 jo. 195 der Gemeentewet, dan wel daartoe is *verplicht*, gelijk het geval is uit hoofde van art. 1 der Woningwet. Hier vallen de grenzen tussen „beleid” en „geen beleid” dus niet samen met die tussen het gebied der autonomie en dat van het zelfbestuur.

In hoofdzaak houden ons hier bezig de gevallen, dat op de grondslag van de delegatieregél slechts één rechtsregel mogelijk is en wel een rechtsregel voor het concrete geval.

De procedure heeft plaats in verschillende vormen en het behoort niet alleen tot de verrichtingen van de als administratie aangemerkte organen, maar evenzeer tot die van de judiciële organen. Enige voorbeelden mogen dit verduidelijken:

A. Art. 267 B.W. 2e lid: „De regtbank zal het huis aanwijzen alwaar de vrouw verplicht zal zijn haar verblijf te houden”.

Deze delegatieregél, — delegatie aan de rechter — legt in verband met het bepaalde in art. 268, 2e lid, op de rechter de verplichting een rechtsregel voor het concrete geval uit te vaardigen.

Art. 285 B.W. „De regtbank kan, op grond van omstandigheden, ontstaan nadat het vonnis tot echtscheiding in kracht van gewijsde is gegaan, de krachtens het tweede lid van het voorgaande artikel gegeven beschikkingen wijzigen...”.

Van diezelfde aard is art. 1302 B.W., laatste lid. Hier stelt de rechter niet de rechtsregel vast bij wijze van toepassing van een rechtsregel in de algemene, abstracte onpersoonlijke vorm, op de grondslag van de algemene competentieregel, vervat in art. 2 R.O., maar van een delegatieregél — hier een competentieregel. Hier wordt gesproken van een bevoegdheid en niet van een verplichting, maar het komt ons voor, dat het de rechter niet vrijstaat, de verweerder een termijn te gunnen dan wel niet te gunnen, als de omstandigheden het gunnen daarvan wettigen. Evenzeer vestigt art. 285 B.W. naar de letter een bevoegdheid, terwijl in werkelijkheid bedoeld is een verplichting: de verplichting tot

het wijzigen van de in art. 284, 2e lid genoemde beschikkingen als de omstandigheden zich hebben gewijzigd.

Van dezelfde soort zijn de vonnissen tot echtscheiding en die tot scheiding van tafel en bed. Hier wordt niet de rechtsregel voor het concrete geval vastgesteld op grond van een algemene abstracte rechtsregel, maar in wezen, geval voor geval, op grond van een bijzondere delegatieregel.

B. Art. 7 der Woonruimtetwet 1947: Burgemeester en Wethouders zijn met uitsluiting van iedere andere autoriteit bevoegd, met in acht neming van ter zake door de Minister van Binnenlandse Zaken voor zover deze zulks nodig oordeelt, te geven voorschriften of richtlijnen, lettende op de rechtspositie van partijen en alle overige in aanmerking te nemen belangen ter bevordering van een doelmatige verdeling van woon-gelegenheid in de Gemeenten, het gebruik te vorderen van al of niet bewoonde woningen.

De judiciële functie.

Zoals reeds gezegd is, wordt door de rechter in het algemeen een rechtsregel voor het concrete geval vastgesteld op de grondslag van een algemene, abstracte, onpersoonlijke rechtsregel. Deze verrichting is van syllogistische natuur: de major vindt men in de toe te passen rechtsregel, de minor in het constateren der in de major genoemde feiten, de conc'usie is de uitspraak. Daaruit volgt, dat op de grondslag van de toe te passen algemene rechtsregel slechts één rechtsregel voor het concrete geval mogelijk, dus legaal is. Voor zover het deze functie betreft, kan niet gesproken worden van beleid, aangezien hiervan slechts sprake is, wanneer de rechtstoepasser meer dan ene mogelijkheid openstaat; derhalve wanneer aan hem keuze is gelaten, hetgeen bij toepassing van een rechtsregel in de algemene abstracte vorm niet mogelijk is. De situatie wordt er niet anders door, wanneer de rechtsregel zg. elastische termen bevat, gelijk goede trouw, onrechtmatig, billijkheidshalve, buitensporigheden etc.

Gewoonlijk zal de rechter wel rekening houden met hetgeen in de samenleving of in bepaalde kringen voor billijk, goede trouw, etc. wordt gehouden, maar het zou niet anders zijn als het de bedoeling was, dat de rechter te rade gaat

met zijn eigen subjectief oordeel daaromtrent. Ook dan is er slechts één rechtsregel mogelijk, d.i., legaal, op de basis van de toe te passen algemene rechtsregel.

Wanneer de rechter constateert, dat de rechtsplicht is geschonden en tevens uitsprekt, dat de sanctie behoort te worden voltrokken, heeft de door hem vastgestelde rechtsregel logisch het karakter van een onvoorwaardelijk oordeel: Aangezien X zich zo en zo heeft gedragen, zal sanctie worden toegepast. Een dergelijke uitspraak, het condemnatoir vonnis, impliceert wat in het concrete geval rechtsplicht geweest zou zijn, maar explicite werd deze niet vastgesteld.

Maar er zijn ook andere soorten van vonnissen, te weten het constitutief en het zuiver declaratoir vonnis. Bij het constitutief vonnis wordt een rechtsplicht vastgesteld, nadat werd geconstateerd, dat de in een rechtsregel genoemde omstandigheden zijn ingetreden. Beide, declaratoir en constitutief vonnis, hebben logisch het karakter van een voorwaardelijk oordeel, gelijk dit evenzeer het geval is met de algemene, abstracte rechtsregel: Ten aanzien van hem, die zich zo en zo zal gedragen, behoort die en die sanctie te worden toegepast. Op de grondslag van rechtsregels in de algemene, onpersoonlijke vorm *kan* een rechtsregel voor het concrete geval worden vastgesteld, inhoudende de rechtsplicht (de gedraging, waardoor de dwangmaatregel kan worden vermeden). De vorm is: als A. zich zo of zo gedraagt, behoort die of die dwangmaatregel te worden toegepast. Zoals gezegd is, is deze declaratoire uitspraak voor het concrete geval een mogelijke doch niet noodzakelijke trede tussen de vaststelling van de algemene, abstracte, onpersoonlijke rechtsregel en de uiteindelijke rechtsregel voor het concrete geval: het condemnatoir vonnis. De strafrecht-spraak kent, zoals gezegd is, deze trede niet.

Kenmerkend voor de judiciële functie is de aanleiding tot het vaststellen van de rechtsregel voor het concrete geval: het geschil. Daarop is sinds eeuwen de inrichting der rechterlijke macht toegesneden. Zij doet „recht” tussen twee partijen, die het niet eens zijn ter zake van hetgeen rechtens is. De procedure, waarin de rechter de rechtsregel voor het concrete geval vaststelt, heeft het karakter van een twistgeding. Als resultaat van een twistgeding wordt de rechtsregel vastgesteld. De traditie van de rechterlijke macht, haar onpartijdigheid, dit alles houdt verband met deze zeer

speciale aanleiding tot het vaststellen van de rechtsregel voor het concrete geval. Het een en ander is kenmerkend voor de rechterlijke macht en misschien ook wel de beste wijze, waarop op grond van een algemene rechtsregel of een delegatieregel de rechtsregel voor het concrete geval wordt vastgesteld. Maar deze, inderdaad zeer belangrijke uiterlijkheid der procedure voor de rechter mag ons niet doen vergeten, hetgeen au fond de rechter verricht en dat geze functie: het vaststellen van de rechtsregel voor het concrete geval, ook door andere individuen of colleges wordt verricht; met name door de administratie, zij het dan ook in andere vorm en met andere feiten tot aanleiding. En afziende van de oneigenlijke rechtspraak of extra-judiciële verrichtingen, heeft ook het zuiver declaratoir vonnis niet noodzakelijkerwijze het geschil tot aanleiding.

De administratieve functie.

Het wezen der administratieve of bestuurlijke functie is sinds lang de crux der juristen. Dit is te verklaren uit het feit, dat de aard der verrichtingen van het complex, dat men als administratie aanmerkt, zich in de loop der tijd heeft gewijzigd. Zo zijn de verschillende karakteristieken, die men voor de administratieve functie heeft voorgesteld, uit de historie te verklaren, maar zij staan naast en niet in de hedendaagse realiteit, terwijl bij vele gangbare definities ook de noodzakelijke exactheid niet steeds voldoende is in acht genomen.

Om te doen uitkomen het verschil tussen rechtspraak en uitvoering beschrijft Prof. Kranenburg de rechtspraak als reactie tegen gedragingen, welke tegen de normen strijden. Uitvoering: „de actie tot het feitelijk verwezenlijken van de doeleinden der normen.” De vraag rijst t.a.v. de definitie der rechtspraak: waaruit bestaat die reactie?

Ter zake van de definitie der Uitvoering rijst de vraag: welke actie tot het feitelijk verwezenlijken is hier bedoeld? Zo men de rechtsregel in zijn geheel beschouwt, bestaat die feitelijke verwezenlijking in de tenuitvoerlegging der sanctie. Beperkt men zijn beschouwingen tot de rechtsplicht, d.i. de gedraging, waardoor men sanctie vermijdt, dan verwezenlijkt een elk, die de rechtsplicht niet schendt, in feite de inhoud van de rechtsregel. Maar ook het orgaan, dat een rechtsregel

uitvaardigt op grond van een delegatieregél, volbrengt een actie tot het feitelijk verwezenlijken van de doeleinden dier regels.

In de laatste tijd heeft men getracht, de administratieve handeling van een naam te voorzien. Een benaming heeft echter alleen enige zin, als de verrichtingen, die men er onder wil laten vallen, van homogene natuur zijn. Bij de verrichtingen der zg. legislatieve en rechtsprekende organen, waarvoor men de termen wet en vonnis gebruikt, is dit min of meer het geval. Bij de verrichtingen der als administratie aangemerkte organen — uitgangspunt toch is steeds het complex van organen — is dit zeker niet het geval en een benaming — men heeft daarvoor de term „beschikking”¹⁾ opgediept uit het verleden — heeft hier slechts de tendenz, functionele affiniteit te suggereren, die in werkelijkheid niet bestaat. Want terwijl de verrichtingen der legislatieve organen en de rechtsprekende organen, de eerste hoofdzakelijk, de laatste geheel en al, in verband staan met de vaststelling van rechtsregels, is dit met de handelingen der administratie zeker niet het geval. Echter over de verrichtingen van de als Administratie aangeduide individuen of colleges in hun hoedanigheid van organen van juridieke instituten: (openbare) rechtspersonen — Staat, Provincie, Gemeente etc., welke verrichtingen het onmiddellijk bestuur vormen (het bouwen van scholen, woningen, het aanleggen

¹⁾ Prof. Mr C. W. van der Pot heeft in zijn „De besturen” in „Nederlands Bestuursrecht 1932” gebruik gemaakt van het woord beschikking ter kenmerking van de administratieve functie. Prof. Mr A. M. Donner neemt in zijn reeds genoemde dissertatie met graagte de in die betekenis vrijwel vergeten term „beschikking” door Prof. v. d. Pot „onder het stof vandaan gehaald” en ontleend aan het reeds lang verdwenen artikel 150 van de Gemeentewet 1851, over.

Ons inziens betekent deze benaming geen gewin. Het woord beschikking toch is te algemeen en heeft niet noodzakelijk betrekking op de vaststelling van rechtsregels. Bovendien vindt het woord reeds toepassing in het B.W., in artikel 285, terwijl het zeer gebruikelijk is bij Franse schrijvers als Duguit, die de term gebruiken in verband met de uitvaardiging van rechtsregels in de algemene vorm. Prof. Donner gebruikt het woord in feite in verband met de uitvaardiging van rechtsregels voor het concrete geval op de grondslag van een delegatieregél en dit is inderdaad in overeenstemming met de betekenis die het woord in het B.W. artikel 285 heeft. Echter dan als judiciele verrichting, niet als een verrichting van een administratief orgaan.

van wegen, het sluiten van contracten dienaangaande, het verlenen van subsidies), hoe belangrijk ook ten aanzien van bepaalde vraagstukken als de onrechtmatige Overheidsdaad, zullen wij het niet hebben. Wel over enkele van de handelingen dier colleges of individuen, die het karakter hebben van vaststelling van rechtsregels of daarmede in verband staan en die in functioneel opzicht niets met de eerstgenoemde handelingen te doen hebben.

a. Vele handelingen van administratieve organen hebben het karakter van vaststelling van een rechtsregel voor het concrete geval op grond van een delegatieregels, die slechts éne mogelijkheid laat.

Tot deze handelingen hoort de aanslag door de Inspecteur van de Rijksdirectie belastingen. Evenzeer de vaststelling van het huurbedrag door het Hoofd van een Prijzenbureau. En eveneens de verrichting van Burg. en Weth. op grond van art. 7 der Woonruimtetwet 1947.

Geval voor geval is er slechts éne mogelijkheid, is slechts één rechtsregel legaal. Deze rechtsregel is echter niet uiteindelijk. Slechts de rechtsplicht, de gedraging, waardoor dwang wordt vermeden, wordt vastgesteld. De logische vorm is dus een voorwaardelijk oordeel: Als A zich niet zo en zo gedraagt, zal of behoort een sanctie te worden toegepast. Wordt de rechtsplicht geschonden, dan wordt een sanctie bevolen, of door de strafrechter, of door het administratief orgaan, dat ook de rechtsplicht, d.i. de gedraging, waardoor een dwangmaatregel wordt vermeden, heeft vastgesteld; of door een ander orgaan.

Dit behoeft nadere toelichting.

Op grond van art. 7 der Woonruimtetwet worden rechtsregels uitgevaardigd, d.w.z. regels, die voorzien zijn van een sanctie. Het niet voldoen aan de vordering, bedoeld in art. 7, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaar of geldboete van ten hoogste tienduizend gulden. Art. 7 vindt dus zijn noodzakelijk complement in art. 24: de strafbepaling. Maar niet alleen in art. 24, evenzeer in art. 12, dat bepaalt, dat indien bij woonruimtevoordering of gebouwenvoordering het gevorderde niet binnen de gestelde termijn ter beschikking wordt gesteld, door of namens de Burgemeester het gevorderde op kosten van de nalatige en zo nodig met behulp van de sterke arm in gebruik wordt genomen.

Dit is een zg. maatregel van politiedwang, gevoegd door parate executie. Ook dit is een sanctie, een sanctie voltrokken op last van een administratief orgaan, implicerende het door de wetgever autoritatief verklaard oordeel van dit orgaan, dat een rechtsplicht is geschonden.

Het doet vreemd aan, dat het verlenen der bevoegdheid tot politiedwang op grond van schending van de door B. en W. uitgevaardigde rechtsregel voor het bijzondere geval niet zijn plaats heeft gevonden in H. III, houdende strafbepalingen en bepalingen, daarmede verband houdende, terwijl dit wel het geval is met betrekking tot de maatregelen van politiedwang wegens overtreding van de algemene, onpersoonlijke rechtsregel vervat in art. 1, houdende het verbod een woongelegenheden in gebruik of medegebruik te nemen of te geven, tenzij door B. en W. voor het in gebruik nemen schriftelijk vergunning is verleend.

Het uitvaardigen van het bevel tot politiedwang, of beter gezegd: het constateren, dat een rechtsplicht is geschonden en derhalve de voorwaarden voor het ten uitvoerleggen van de sanctie — hier een maatregel van politiedwang — vervuld zijn, is de derde van de hier aan te stippen methoden waarop of gevallen, waarin de administratieve organen rechtsregels voor het concrete geval uitvaardigen. Hierop zal hieronder worden teruggekomen. Thans echter zal worden overgegaan tot een korte bespreking van de 2e, hier in het kort te behandelen methode van rechtsvaststelling. Wij hebben op het oog de door de Administratie te behandelen verzoeken om vergunning en dispensatie.

b. Het preventieve systeem is wel kenmerkend voor de administratieve functie, voor zover het betreft het middellijke bestuur (rechtsvaststelling). De wetgever, rijkswetgever dan wel de provinciale- of gemeentelijke, begint met het verbieden van een zekere handeling. Het is echter geen absolute verbodsbepaling. Men wil slechts de gelegenheid scheppen, geval voor geval te onderzoeken en aan het een of ander te toetsen. Hier wordt onderzocht, of de handeling of gedraging, waarvoor vergunning wordt verzocht, toelaatbaar is in verband met bepaalde omstandigheden. Er zijn verrichtingen, waarvan de gevolgen — en dit van een bepaald standpunt uit gezien — slechts geval voor geval te beoordelen zijn en te wier aanzien slechts geval voor geval rechtsregels te stellen zijn.

De vorm is gewoonlijk deze, dat de verrichting of gedraging verboden is, tenzij daarvoor door een orgaan van rechtsvaststelling vergunning wordt verleend. Zo in art. 1 der Hinderwet, art. 6 der Woningwet, art. 2 der Wet op de Verveningen.¹⁾

De vergunning is derhalve een handeling, die het karakter heeft van rechtsvaststelling. Voor het concrete geval wordt een als voorlopig bedoelde rechtsregel in de algemene vorm of opheffen of geabsoluteerd, d.w.z. definitief gemaakt, terwijl eventueel in het eerste geval speciale rechtsregels kunnen worden gesteld. De laatstgenoemde rechtsregels, d.z. de voorwaarden aan de vergunning verbonden, zijn van voorwaardelijke of declaratoire aard: vastgesteld wordt de rechtsplicht in een concreet geval; een sanctie *zal* worden toegepast, *als* deze rechtsplicht zal worden geschonden.

Sancties zijn verbonden aan schending der rechtsplicht (zie art. 11 der Verveningwet, straf; art. 12 dier wet, politiedwang).

Wat is nu de maatstaf voor het al of niet verlenen van de vergunning? Dit is verschillend. Het project, waarvoor bouwvergunning wordt gevraagd ingevolge art. 6 der Woningwet, wordt getoetst aan de verordeningen, die gebaseerd zijn op de Woningwet. Als er strijd is met een dezer verordeningen, (bouwverordening, uitbreidingsplan, bouwverbod, verordening ex art. 43 W.w.) mag slechts en moet de vergunning worden geweigerd. Hier wordt de verrichting dus getoetst aan regels van positief recht, hetgeen niet uitsluit, dat hierbij elastische termen te interpreteren zijn. B.v. de gebruikelijke bepaling, dat het project moet beantwoorden aan te stellen eisen van welstand. Er is dus reeds nauwkeurig bepaald, aan welke rechtsregels de verrichting, waarvoor vergunning wordt gevraagd, gebonden is.

In andere gevallen wordt het belang, dat door de verrichting, waarvoor vergunning moet worden gevraagd, niet geschaad mag worden, genoemd, zonder dat er algemene rechtsregels zijn vastgesteld, die tot doel hebben dit belang te beschermen, gelijk dit het geval is met de belangen, waaraan de Woningwet en de daarop gebaseerde verordeningen

¹⁾ Zie hiervoor uitvoeriger van schrijver: „Algemene Rechtsleer” 1949. Hoofdstuk X; en „Algemeen Nederlands Administratief recht”, 1950, Hoofdstuk IV.

hun bestaan danken. Dit is o.a. het geval ter zake van de vergunning, bedoeld in de Hinderwet. Ter voorkoming van niet gewenste gevolgen kunnen krachtens art. 12 voorwaarden aan de vergunning worden verbonden. Art. 4 der Verveningenwet bevat bepalingen tot waarborg van een juiste werkwijze, zodat geen schade zal worden veroorzaakt door de verrichting, waarvoor vergunning wordt gevraagd.

Het bepaalde in art. 8 § 2 en art. 9 § 1 der Rivierenwet weerspiegelt wel zeer duidelijk het juridiek karakter der administratieve vergunning.

Deze wordt namelijk alleen geweigerd en de tot wederopzegging verleende vergunning alleen opgezegd, indien dit nodig wordt geoordeeld op gronden, aan het openbaar Rivier- of Stroombelang ontleend. Aan de vergunning mogen geen andere voorwaarden worden verbonden, dan die strekken tot bescherming van het openbaar Rivier- of Stroombelang.

c. De handeling van politiedwang. Naar het ons voorkomt wordt het karakter van deze verrichting in de Rechts- en Staatsliteratuur ten zeerste miskend. Naar onze mening is politiedwang een vorm van sanctie. In de meest stringente vorm bestaat zij uit het doen wegnemen, beletten en verichten of in de vorige toestand herstellen van hetgeen in strijd met wettelijke bepalingen is of wordt gemaakt of gesteld, ondernomen, nagelaten, beschadigd of weggelaten. (Formulering van art. 14, 2e lid der Keurenwet).

Zoals gezegd is, werd en wordt verschillend gedacht over het wezen der politiedwang. Thorbecke rekende de uitoefening van politiedwang tot de uitvoering van wettelijke bepalingen, in casu verordeningen van de Raad. In de Memorie van Toelichting van het Ontwerp Gemeentewet bepleit hij de noodzakelijkheid de Gemeentebesturen de bevoegdheid daartoe te geven, aangezien anders „zorg voor de uitvoering inzonderheid van politieverordeningen, gelijk de plaatselijke verordeningen veelal zijn, weinig te betekenen had”.

De doeltreffendheid dezer institutie behoeft niet in twijfel te worden getrokken, maar het leidt op dwaalwegen, juridieke beschouwingen vast te knopen aan de wegens haar algemeenheid zo weinig zeggende term *uitvoering*, in de bevoegdheid waartoe ter zake van een politienorm volgens Mr. B. H. Vos (Nederlands Bestuursrecht 1932, pag. 246) de politiedwang is besloten. De politiedwang is een dwang-

maatregel, verbonden aan een bepaalde gedraging, die het tegenovergestelde is van de rechtsplicht, en derhalve is het een sanctie. Een sanctie is een handeling, die onder alle andere omstandigheden krachtens de zelfde rechtsorde een onrechtmatige daad zou zijn, een strafwaardig feit, schending van een rechtsregel, welke de aanleiding zou zijn tot een dwangmaatregel.

Dat de uitoefening van de politiedwang ten doel heeft de wettige toestand te herstellen of te bewerkstelligen, doet aan het karakter van sanctie niet af. Evenals het geschikt maken voor of het dienstbaar maken van de strafsancie aan verbetering, de straf niet het karakter van sanctie doet verliezen.

Het is te enenmale onjuist, het „recht” van politiedwang te kwalificeren als het recht om een rechtsnorm met dwang te handhaven.¹⁾ Immers, de rechtsregel *werd* reeds geschonden en van handhaving zou slechts dan te spreken zijn, wanneer degene, voor wie het een rechtsplicht is, alsnog die rechtsplicht vervulde. Van handhaving is in het geval van de politierechtelijke sanctie dus geen sprake. Slechts wordt een sanctie toegepast, die tot effect heeft, alsnog te bewerkstellingen, hetgeen de rechtsregel, die werd geschonden, ten doel had.

Daarom ligt het niet in de aard der zaak, dat de Administratie die sanctie beveelt. Het geven van dit bevel impliceert immers het oordeel, dat de voorwaarden voor toepassing der sanctie werden vervuld. Naar vorm en wezen is dan ook de handeling der administratie, waarbij politiedwang wordt bevolen, volkomen analoog aan die van de strafrechter.

Politiedwang kan, evenals straf, volgen op de schending van een algemene, onpersoonlijke rechtsregel zowel als op de schending van een rechtsregel voor het concrete geval, gelijk het niet voldoen aan een vordering van woongelegenheid door het college van Burgemeester en Wethouders (art. 12 Woonruimtetwet). In verband met de algemene rechtsregel, vervat in art. 1 (het in gebruik nemen van woonruimte zonder vergunning) bepaalt art. 12, dat de Burgemeester *bevelen* kan, dat personen, die in strijd daarmee woongelegenheid in gebruik hebben genomen, deze

¹⁾ Mr N. W. van den Brandhof: „Het recht van politiedwang”, diss. Leiden 1924, pag. 12.

binnen een door hem te bepalen termijn moeten ontruimen. Hij is bevoegd zodanig bevel na verloop van bedoelde termijn, zo nodig met behulp van de sterke arm op kosten van de nalatige, te doen uitvoeren.

Deze bepaling illustreert duidelijk het karakter der politiedwang. Hier wordt, dit in tegenstelling tot de vorm in oudere wetten gelijk de Gemeentewet, het *bevel* tot ontruiming afzonderlijk genoemd en daarna, maar dit als tweede, de bevoegdheid tot executie.

Wij zeggen, dat dit het wezen der politiedwang duidelijk tot uiting brengt. Immers, terwijl het bevel tot executie het oordeel, dat een rechtsplicht is geschonden, impliceert, wordt dit oordeel hier door de Burgemeester explicite gegeven in genoemd bevel tot ontruiming.

Het zou te ver voeren, op dit onderwerp dieper in te gaan. Met name moet de houding van de burgerlijke rechter in verband met art. 1401 B.W. tegenover de handeling van politiedwang hier onbesproken blijven.

Andere handelingen van de Administratieve organen, die het karakter hebben van rechtsvaststelling.

Het kan niet de opzet zijn, hier volledigheid te betrachten. Ongetwijfeld zijn er nog andere handelingen, die het karakter hebben van rechtsvaststelling. Wij hebben als onze mening uitgesproken, dat het geen voordeel biedt de handelingen, die door de als Administratie aangeduide individuen of colleges verricht worden, samen te vatten onder een algemene benaming, b.v. die van *beschikking*. Wij zijn — anders dan velen — niet van oordeel, dat met deze benaming de steen der wijzen op het gebied van het administratief recht is gevonden, ontdekt of herontdekt.

In de eerste plaats niet, omdat, zoals de feiten uitwijzen, onder deze benaming heterogene verrichtingen worden samengevat, b.v. materiële handelingen, behorende dus tot het zg. onmiddellijk bestuur, door de als Administratie aangemerkte individuen of colleges verricht in hun qualiteit van orgaan van een openbare rechtspersoon. Zo rekent Prof. Mr. C. W. van der Pot in zijn bijdrage in het „Nederlands Bestuursrecht”, 1932 ook „de praestatie door de Overheid (subsidie)”, kennelijk een handeling van onmiddellijk bestuur, d.w.z. een handeling van een openbare rechtspersoon,

tot de beschikkingen. En hoe licht wordt een algemene benaming voor zeer heterogene verrichtingen niet het uitgangspunt van beschouwingen, die van onwaarde zijn wegens de ongelijksoortigheid van hetgeen men onder die benaming begrijpt. Immers, hetgeen deze handelingen gemeen hebben, is slechts, dat zij verricht worden door een en de zelfde groep van individuen of colleges.

Hetzelfde geldt als men de term beschikking zou reserveren voor de handelingen der Administratie, die het karakter hebben van rechtsvaststelling, uit hoofde van welke functie de Administratie rechtsorganen zijn. Ook deze groep van handelingen, ofschoon alle deze handelingen van rechtsvaststelling zijnde, vertonen zoveel punten van verschil — men denke aan de genoemde voorbeelden: enerzijds de vordering ex art. 7 der Woningwet, de vaststelling van de huurprijs door het directoraat-generaal der prijzen of het hoofd van een prijzenbureau, de aanslag in de directe belastingen, anderzijds de beslissing omtrent het al dan niet verlenen van een administratieve vergunning en ten derde het besluit tot uitoefening van politiedwang, implicerende het oordeel, dat een rechtsplicht werd geschonden en dat een sanctie behoort te worden voltrokken, dat het weinig voordcel biedt en groot nadeel kan opleveren, hen samen te vatten onder één en dezelfde benaming.

Een algemene wettelijke regeling, tot object hebbende de reeds genoemde en andere handelingen van rechtsvaststelling, b.v. de statusverlening (een z.g. acte-condition), samen gevat onder éne algemene benaming, zou evenzeer een vergroving van ons rechtssysteem betekenen.¹⁾

Rechtsstaatsgedachte en administratieve functie.

De inrichting van onze rechtsorde is zodanig, dat aan de organen, die te onderzoeken hebben, of de algemene rechtsregel, waarbij een zekere handeling wordt verboden totdat

¹⁾ Prof. Mr C. W. van de Pot deelt de beschikkingen aldus in: 1e het Bevel, 2e. Statusverlening, 3e. Praestatie door de Overheid (subsidie), 4e. Dispensatie, vergunning en concessie, 5e. Goedkeuring.

Prof. Mr A. M. Donner noemt dit schema „noch volledig, noch geheel evenwichtig” en stelt een andere verdeling voor („De rechtskracht van administratieve beschikkingen”, dissertatie Vrije Universiteit, 1941, pag. 84 vlg.).

in concreto een onderzoek is ingesteld, al dan niet kan worden opgeheven geval voor geval, geen arbitraire bevoegdheid wordt verleend. M.a.w., het staat de Administratie niet vrij, naar believen de vergunning te verlenen dan wel te weigeren. En dit geldt evenzeer voor zover de Administratie volgens de onder a. genoemde methode rechtsregels voor het concrete geval vaststelt, waarvan een voorbeeld is, toepassing van art. 7 der Woonruimtetwet 1947.

Dit nu is in overeenstemming met het postulaat van de Rechtsstaat: te weten, dat aan Rechts- of Staatsorganen, wier taak het is rechtsregels voor het concrete geval vast te stellen op de grondslag van een algemene, abstracte, onpersoonlijke regel, dan wel op de grondslag van een delegatieregel, geen arbitraire bevoegdheid wordt verleend, d.w.z. geen keuze ter zake van de vast te stellen rechtsregels voor het concrete geval. Voor zover het betreft rechtsvaststelling voor het concrete geval op grond van de regel in de algemene abstracte vorm, is het een dwingende eis van logica; het zou niet anders kunnen. Postulaat is het echter ter zake van de delegatieregel als grondslag van rechtsvaststelling. Geen keuze, dus geen ruimte voor beleid, geen vrijheid ter zake van het te behartigen belang.¹⁾

Keuze, beleid is in de Rechtsstaat de zaak van de organen, die de rechtsregel in de algemene, abstracte vorm, dan wel delegatieregels vaststellen, m.a.w. van de organen, die recht vaststellen op hogere trede en het democratisch beginsel wil, dat dit geschiedt door vertegenwoordigende organen.

Het zijn in het bijzonder de *administratieve* organen, die rechtsregels voor het concrete geval vaststellen op de grondslag van een delegatieregel en het is dan ook in het bijzonder ten aanzien van de administratie, dat men het postulaat van de Rechtsstaat stelde. Voor zover de individuen of colleges belast zijn met het verrichten van materiële handelingen, m.a.w. fungeren als organen van openbare rechtspersonen, in het bijzonder als orgaan van de openbare rechtspersoon Staat, stelde men nu de eis, dat ook de „Staat” onder-

¹⁾ Art. 6 (oud. 5) vertoonde na de wetswijziging van 1921 tot aan de wetswijziging van 1931 een ander beeld. Ter zake van bouwvergunning bestond in dit tijdvak voor het administratief gezag een arbitraire bevoegdheid. Hier was ruimte voor beleid, voor keuze. Zie H.R. 30 Juni 1926 N.J. 1926, 1127 en W. 11564; H.R. 27 April 1928 N.J. 1928, 1244, W 11831 en H.R. 19 Maart 1931 N.J. 1931, 490, W. 12266.

worpen zij aan het recht, in het bijzonder aansprakelijk zij voor onrechtmatige handelingen. Voorzover deze individuen of colleges fungeren als rechtsvaststellingsorganen, d.w.z. rechtsorganen zijn, stelde men de eis, dat hun geen arbitraire bevoegdheid worde gelaten, geen keuze, geen zelfstandigheid ter zake van de keuze van de door middel van het vaststellen van rechtsregels te behartigen belangen of na te streven doelen. Door het een en ander is de functie der administratieve organen, voor zover het betreft het vaststellen van rechtsregels, een gans andere geworden, is zij volkomen van karakter veranderd. Voorheen de dienaren van de absolute vorst, met een nauwelijks begrensde of vaag omlijnde bevoegdheid, was het de rechterlijke macht, in het bijzonder de Franse parlementen, die — daartoe bevoegd dan wel niet bevoegd — de burger tegen hen in bescherming nam.

Thans is echter de functie der Administratie geworden tot een, die parallel loopt en gelijksoortig is aan die van de rechter, al wordt de administratieve functie ook in vele gevallen onder andere omstandigheden verricht en is de aanleiding tot de uitoefening ook gewoonlijk een andere dan het geval is ter zake van de judiciële functie.

Niet zoals Struyken stelde, is de positie van de Administratie tegenover de administrable een andere geworden, doordat de Administratie voortkomt uit de administrablen, maar de aard der administratieve functie heeft zich gewijzigd.

Toetsingsbevoegdheid.

Waar men dit onderwerp aangeroord vindt, is het oog gericht op des rechters gepretendeerde bevoegdheid, de door hem toe te passen regels te toetsen op hun legaliteit, d.w.z. te onderzoeken, of het orgaan dat deze regels uitvaardigde, bevoegd was dit te doen en of de daarbij voorgeschreven formaliteiten wel werden in acht genomen. De verrichtingen van dit orgaan moeten dus in materieel zowel als in formeel opzicht en règle zijn geweest. Twee eigenaardigheden vallen hierbij op. In de eerste plaats, dat men het als vanzelfsprekend beschouwt, dat de rechter deze bevoegdheid bezit, tenzij een bepaling van positief recht zich uitdrukkelijk hier tegen verzet. In de tweede plaats, dat men deze toetsingsbevoegdheid beperkt tot de judiciële organen.

Men behoort en het is ook mogelijk de vraag algemeen te

stellen: is een orgaan van rechtsvaststelling bevoegd of misschien verplicht te onderzoeken, of het orgaan, dat de door het eerstgenoemde orgaan toe te passen, „hogere” rechtsregel uitvaardigde, daartoe de bevoegdheid bezit en zich gehouden heeft aan de daarvoor gestelde eisen van formele en materiele aard?

Art. 121 der Grondwet (1948) verklaart de wetten onschendbaar. De rechter vermag niet de wet op haar grondwettigheid te toetsen. Maar geldt dit verbod niet evenzeer voor het college van Burg. en Weth., het orgaan van zelfbestuur, dat geroepen is medewerking te verlenen aan de uitvoering van wetten, b.v. de Hinderwet? Evenzo voor de Gemeenteraad, die verordeningen vaststelt op de grondslag van een wet, b.v. op grond van art. 4 der Hinderwet? En mede voor de openbare lichamen voor beroep of bedrijf, bedoeld in het vijfde Hoofdstuk der Grondwet en voor de lichamen, die bedoeld zijn in het zesde hoofdstuk, voor zover het betreft de wetten, die aan deze lichamen, in dit verband beter rechtskringen te noemen, verordenende bevoegdheid verlenen?

Algemene maatregelen van bestuur en provinciale verordeningen zijn niet onschendbaar en waarom zou dus de toetsingsbevoegdheid niet toekomen aan de administratieve organen, die deze rechtsregels hebben toe te passen, voor zover die toepassing bestaat in het vaststellen van andere, „lagere” rechtsregels, als men wel de rechter dit toekent ter zake van de door hem toe te passen rechtsregels?

Natuurlijk zal geen enkele rechtstoepasser een minimum aan toetsingsbevoegdheid kunnen ontberen. Aan enkele kenmerken zal het toe te passen materiaal toch moeten beantwoorden, wil het wet of verordening worden genoemd. Wil b.v. iets voor een wet kunnen doorgaan, dan zal moeten worden voldaan aan het vereiste, dat dit iets door de Staten Generaal is aangenomen en door de Kroon is goedgekeurd en afgekondigd.¹⁾

Theoretisch zou men misschien ieder orgaan van rechtsvaststelling en zeker niet uitsluitend de rechterlijke organen, toetsingsbevoegdheid moeten toekennen. Immers een individu of college, dat op grond van een rechtsregel recht vaststelt, moet er zeker van zijn, dat hetgeen hij toepast ook werke-

¹⁾ H.R. 25 November 1912 W. 9419.

lijk een regel van positief recht is. Het zou echter de procedure, waarin de rechtsorde wordt tot stand gebracht, verlammen, wanneer aan elke schakel in de hiërarchie der organen, die trapsgewijze de rechtsorde tot stand brengen, van af de Grondwet tot aan de rechtsregel voor het concrete geval (als b.v. het strafrechterlijk vonnis), het autoritatief oordeel was gelaten betreffende de rechtsqualiteit van hetgeen uiterlijk, d.i. op grond van een of ander formeel kenmerk, gelijk ter zake van hetgeen zich als wet aandient de afkondiging is, een rechtsregel schijnt te zijn.

Niettemin moet er één instantie zijn, die daartoe de bevoegdheid heeft.

Op grond van art. 124 Grondwet (1948) oordelen de wetgevende organen autoritatief over de rechtsqualiteit van hun eigen producties, d.w.z. over het in overeenstemming zijn daarvan met de Grondwet. Men neemt verder aan, dat de rechter autoritatief heeft te oordelen over de rechtsqualiteit van al hetgeen hij heeft toe te passen, maar evenzeer van alles, dat hij meent aan zich te moeten of kunnen trekken aan de hand van de bevoegdheidsregel, vervat in art. 2 R.O. Want terwijl het wetgevend orgaan op grond van een regel van positief recht, met name art. 124 Grondwet (1948) bevoegd is, zijn eigen bevoegdheid te beoordeelen, is het niet positief-rechtelijk gefundeerd, dat ook de rechter daartoe competent is.

Deze twee zaken dienen goed uit elkaar te worden gehouden: de rechter bepaalt zijn eigen bevoegdheid en bovendien de bevoegdheid van de organen, wier emanaties hij toepast.

Een andere methode van toetsing van hetgeen uiterlijk de kenmerken van de rechtsregel heeft.

Wij doelen hier op de toetsing door een instantie, staande op hogere trede dan het orgaan, dat de regel vaststelde. Het prototype van deze methode is de bevoegdheid van de Kroon de gemeentelijke verordeningen te toetsen op hun wetmatigheid. Deze methode is, naar het ons voorkomt, te verkiezen boven de contrôle door de rechter, die niet te oordelen krijgt over de kwaliteit der verordening in het algemeen, maar uit de aard der zaak slechts geval voor geval, nl. voor zover hij geroepen wordt de verordening toe te passen.

Tot deze methode zouden wij niet willen rekenen de goedkeuringsbevoegdheid van verschillende instanties. Dit geldt zowel ten aanzien van de noodzakelijkheid van de goedkeuring van de Kroon ter zake van provinciale verordeningen — hoe men dit recht van placet ook zou willen interpreteren — als van het vereiste der goedkeuring van op de Woningwet gebaseerde verordeningen door Gedeputeerde Staten. En wel omdat nergens vermeld wordt, waaraan de tot keuring bevoegde organen de aan hun goedkeuring onderworpen rechtsregels hebben te toetsen.

De toetsingsbevoegdheid van de rechter.

Voor het geval, dat er een mogelijkheid tot toetsing bestaat — dit is niet het geval waar de rechter de wet toepast — is het doelmatig, dat de bevoegdheid daartoe wordt verleend aan het orgaan, wiens verrichting de laatste schakel vormt in de procedure, die aanvangt met het geven van de eerste Grondwet tot aan de rechtsregel voor het concrete geval. In het bijzonder omdat de rechter in de meeste gevallen de uiteindelijke rechtsregel vaststelt, waarvan het prototype is het strafrechtelijk vonnis. Maar ook de burgerlijke rechter stelt de sanctie vast, waarbij echter gewoonlijk tegelijkertijd de rechtsplicht in het concrete geval wordt vastgesteld.

Hoe past de rechter een rechtsregel toe? In de eerste plaats doet dit de strafrechter, die constateert dat een algemene, abstracte rechtsregel, dan wel een rechtsregel voor het concrete geval, zijnde de laatste declaratoir van aard (waarbij dus de rechtsplicht in concreto wordt vastgesteld) al dan niet werd geschonden. Voorbeelden: a. een algemeen voorschrift uit de politieverordening of de bouwverordening; b. een vordering van woongelegenheid door B. en W. krachtens art. 7 der Woonruimtetwet. Daarbij kan ook een rol spelen het al dan niet wettig zijn van deze bepalingen. In het eerste geval is het niet bezwaarlijk; het betreft hier toch een algemene, abstracte, onpersoonlijke rechtsregel, die nog op het bijzonder geval moet worden toegepast. Bovendien werd deze gewoonlijk vastgesteld binnen een meer of minder ruimte biedend kader, b.v. het kader gevormd door art. 168 der Gemeentewet, zodat, mocht men de bevoegdheid van de rechter tot toetsing van gemeentelijke verordeningen aan art. 168 der Gemeentewet accepteren, dit in ver-

band met het bepaalde in art. 193, hier slechts daarvan sprake is, of de rechtsregel binnen dit kader valt. M.a.w. hier is te spreken van een periphere toetsing.

Een ander geval is echter een behandeling door de rechter van een gepretendeerde onjuistheid ter zake van de toepassing van art. 7 der Woonruimtetwet door Burg. en Weth. De verrichting van B. en W. heeft het karakter van vaststelling van een rechtsregel voor het concrete geval, in diër voege, dat voor dit geval wordt vastgesteld de rechtsplicht, d.i. de gedraging, waardoor de dwangmaatregel wordt vermeden. Hier bestaat geen keuze, hier is — hoe anders veler opvattingen daaromtrent ook mogen zijn, — geen sprake van beleid.

In één bepaald geval toch is slechts één rechtsregel mogelijk, d.i. legaal. Eén van twee, *of* een doelmatige verdeling van woonruimte eist, dat eigenaar of huurder een bepaalde woongelegenhed afstaat of ontruimt, of wel dit is niet het geval. Een *wet*, die dus terug te voeren is op de hoogste regeling, d.i. de Grondwet, geeft B. en W. de bevoegdheid hierover te oordelen, te deze autoritatief te beslissen.

Wij zeggen autoritatief; inderdaad zou men op goede gronden kunnen volhouden, dat ieder individu of college, dat op grond van een delegatieregels of bevoegdheidsregels rechtsregels vaststelt, hetzij in de algemene abstracte, onpersoonlijke vorm, hetzij voor het concrete geval, of wel rechtsregels voor het concrete geval als toepassing van een algemene, abstracte rechtsregel krachtens een algemene competentieregel als vervat in art. 2 R.O., krachtens die bevoegdheid autoritatief oordeelt. Maar de door hem vast te stellen rechtsregels moeten nu eenmaal, behalve in het laatstgenoemde geval, toegepast worden door andere organen. En is nu het oordeel van deze laatste organen autoritatief ten aanzien van de producties van het orgaan, welks producties worden toegepast, of wel beslist ieder orgaan autoritatief ten aanzien van eigen productie en heeft de opvolger, d.i. het orgaan, dat het geproduceerde toepast, daarmede rekening te houden?

Van een standpunt van logica gezien is dit vraagstuk onoplosbaar. Het doet zich voor, daar waar de rechtsorde tot stand komt in verschillende treden, geleed is, d.w.z. het karakter heeft van een in meerdere of mindere mate doorgevoerd delegatiesysteem. Het doet zich niet voor, daar waar

op grond van de hoogste rechtsregels onmiddellijk de uiteindelijke rechtsregel voor het concrete geval wordt vastgesteld, d.w.z. wordt geconstateerd, dat een rechtsplicht is geschonden en op die grond toepassing van een sanctie wordt bevolen. Immers, de eerste grondwetgever ontleent niet zijn bevoegdheid aan een „hogere”, toe te passen rechtsregel en de vraag betreffende het al dan niet legaal zijn van de eerste Grondwet kan dus logisch niet worden gesteld.

Zoals gezegd is, zijn twee systemen logisch volkomen gelijkwaardig:

a. Ieder individu of college, dat op grond van een delegatieregél (bijzondere of algemene) rechtsregels vaststelt, oordeelt autoritatief. Het is een ongerijmdheid de mogelijkheid tot aanvechting van hetgeen het vaststelde te openen, waar men het de bevoegdheid tot vaststelling van rechtsregels toch verleende.

b. Ieder individu of college, dat bevoegd of verplicht is rechtsregels vast te stellen op grond van een „toe te passen” regel of wel krachtens een regel, die een algemene competentie vestigt (art. 2 R.O.), kan alleen zelf autoritatief oordelen, of hetgeen het als toe te passen rechtsregel wordt voorgesteld, dit ook werkelijk is en of het dit al dan niet zal toepassen.

De rigoureuze doorvoering van het ene zowel als van het andere systeem leidt tot moeilijkheden en de praktijk der moderne rechtssystemen vertoont op de verschillende treden in het proces der rechtsvoortbrenging nu eens het ene, dan weer het andere systeem. Het is dus in feite een quaestie van compromis, gebaseerd op opvattingen en oordelen ter zake van doelmatigheid of bruikbaarheid.

Ten aanzien van hetgeen het legislatieve orgaan produceert, de wet, heeft men het eerste gekozen. Niet alleen dat de wetgever autoritatief oordeelt over het al of niet conform zijn aan de hogere regeling, in casu de Grondwet (immers zo oordeelt ieder orgaan van rechtsvaststelling), maar ook de toepasser der wet heeft dit oordeel te aanvaarden en vermag niet zijn eigen oordeel omtrent het al of niet in overeenstemming zijn met de Grondwet daarvoor in de plaats te stellen.

Het tweede systeem wordt gevolgd ten aanzien van de judiciële organen en komt tot uiting in de toetsingsbevoegdheid van de rechter. En, zoals gezegd is, het is slechts een

quaestie van doelmatigheid, dat deze toetsingsbevoegdheid wordt aanvaard. Geenszins volgt des rechters toetsingsbevoegdheid uit de aard der zaak.

Een andere vraag is deze: Hoever moet uit een oogpunt van doelmatigheid des rechters toetsingsbevoegdheid gaan? Een vraag, die hier samenvalt met de vraag, of de rechter ongelimiteerd zijn eigen bevoegdheid vermag te bepalen.

En hiemede komen wij terug op de vraag, of, als men aanvaardt, dat doelmatigheidshalve de strafrechter bij een gepraetendeerde overtreding van een algemene rechtsregel, b.v. van een politie- of bouwverordening, niet alleen autoritatief bepaalt, of al dan niet overtreding heeft plaats gehad, maar ook vermag te oordelen over de legaliteit van die algemene rechtsregels, men tevens heeft te aanvaarden diens bevoegdheid tot het toetsen van een door een administratief orgaan vastgestelde rechtsregel voor het concrete geval, in casu een vorderingsbevel krachtens art. 7 der Woonruimtetwet 1947, aan de delegatieregels van art. 7.

En ons oordeel zou zijn: dit gaat te ver, dit is niet meer doelmatig. Waar een college of individu geroepen is een rechtsregel voor het concrete geval vast te stellen op de grondslag van een competentieregel en in het bijzonder daar waar op grond van die competentieregel slechts één rechtsregel voor het geval in quaestie mogelijk, d.i. legaal is, is hetgeen dit individu of college verricht analoog aan des rechters verrichting, zij het dan ook, dat eerstgenoemde verrichting van declaratoire aard is. Het is daarom ondoelmatig, dat het rechterlijke college vrij zou staan, zijn oordeel te stellen in de plaats van dat van het administratief orgaan. Dit klemmt des te meer, waar in bepaalde gevallen beroep mogelijk is van de uitspraak van Burg. en Weth. op het College van Gedeputeerde Staten.

De ongerijmdheid van des rechters ingrijpen, daar waar de Administratie fungeert als orgaan van rechtsvaststelling, waar de Administratie rechtsregels voor het concrete geval vaststelt, werd in vele gevallen door de rechterlijke macht erkend. Daarop zal nog worden teruggekomen.

Terzake van het bovenstaande was steeds sprake van „toepassing” van een rechtsregel. De strafrechter had toe te passen een rechtsregel in de algemene, onpersoonlijke vorm of wel een onvolledige rechtsregel voor het concrete geval, d.w.z. een declaratoire uitspraak, waarbij dus een

rechtsplicht werd vastgesteld (logisch een voorwaardelijk oordeel). Het eindpunt was in beide gevallen dus nog niet bereikt. Dit toch, het eindpunt, is de rechtsregel voor het concrete geval, waarbij vastgesteld wordt, dat een rechtsplicht is geschonden en hiermede de voorwaarde voor de tenuitvoerlegging van een sanctie is vervuld (logisch een onvoorwaardelijk oordeel).

Er zijn echter ook gevallen, dat van *toepassing* van een rechtsregel door de rechter geen sprake is, maar de rechter de verrichting der Administratie, bestaande uit de vaststelling van een rechtsregel voor het concrete geval, aan zich trekt. Te weten: niet de strafrechter, maar de burgerlijke rechter op grond van de bevoegdheidsregel, neergelegd in art. 2 R.O.

Het bevoegdheidsartikel.

Voor de afbakening van de competentie tussen administratie en rechterlijke macht moet men nog steeds te rade gaan met het veelbesproken art. 2 R.O. De waarde van deze bepaling zal zeer in het kort worden aangeroerd. In de eerste plaats willen wij een enkel woord wijden aan de probleemstelling: „Afbakening van de bevoegdheden der Administratie en die der Rechterlijke macht” en daarbij de mening uitspreken, dat deze probleemstelling op zijn zachtst gezegd niet exact is. Immers, de préalable vraag is, of de verrichtingen van beide groepen van organen vergelijkbaar zijn, of zij elkaar kunnen raken, of de verrichtingen der administratieve organen de rechter gelegenheid geven in te grijpen.

Het fundament van de probleemstelling is Locke's en Montesquieu's trias politica: het postulaat dat in een verdeling der functies van rechtsvaststelling over van elkaar onafhankelijke organen, de beste waarborg is gelegen tegen onderdrukking, d.w.z. tegen een rechtssysteem, dat, in stede van de vrije ontwikkeling der persoonlijkheid te waarborgen niettegenstaande het feit, dat de levenskringen der mensen elkaar snijden, een breidel legt op aller persoonlijkheid of op de persoonlijkheid van velen. Men ging echter in deze meer uit van bestaande complexen van organen dan van te onderscheiden functies. En men bleef in gebreke een juiste analyse te geven van de drie vooronderstelde functies, in het

bijzonder van de derde, waaraan men de in juridiek opzicht zo heel weinig zeggende term Uitvoering verbond.

Zoals gezegd is, liep de theorie veelal dood in de definitie der derde functie, als zijnde deze de rest die overblijft, wanneer men uit de totale Staatswerkzaamheid de functies der wetgeving en der rechtspraak uitscheidt; daarmede zowel het begrip Bestuur of Administratie als het begrip Staat van alle contouren ontdoende en zwevend makende.

In het kader van dit praeadvies kan hierop niet dieper worden ingegaan. Slechts kan de conclusie worden getrokken, dat, alvorens het probleem der afbakening tussen de competenties van Administratie en Rechterlijke macht kan worden gesteld, een onderzoek behoort te worden ingesteld naar het karakter van de verrichtingen der administratieve organen. Zegt men met Kranenburg, dat „de executieve macht, de Administratie, nu eenmaal (het is haar functie) *handelt*, dus *feitelijke macht uitoefent*, en die handeling, deze feitelijke machtsoefening evenals feitelijke machtsoefening van enig natuurlijk persoon met de rechts- en belangensfeer der burgers in botsing kan komen”, ja dan zou „als de uitvoerende macht geheel buiten de contrôle van de rechterlijke macht staat, de burger rechteloos aan haar (zijn) overgeleverd”.¹⁾ Echter, de bewoordingen *handelen*, *feitelijke macht uitoefenen* zeggen ons niets, als het er op aan komt het wezen der administratieve functie in tegenstelling met dat der judiciële functie te karakteriseren. En dit onderscheid aan te geven, zodanig dat het evenzeer geldt voor de tijd van het ancien régime als voor het heden, is niet goed mogelijk, want, zooals gezegd is, heeft het juridiek karakter van de verrichtingen der colleges of individuen, die men thans, voor het heden zowel als met oog op het verleden, als administratie aanduidt, zich gewijzigd.²⁾

Zonder te dezer plaatse hierop dieper in te gaan, willen wij releveren, dat een scherpe onderscheiding dient te worden gemaakt tussen het zg. onmiddellijk en het middellijk bestuur.³⁾

¹⁾ „Het Nederlands Staatsrecht”, 2e deel, 6e druk, pag. 36.

²⁾ René Jacquelin: „Les principes dominants du contentieux administratif”, première partie, chap. II § 1 pag. 22-24 L’ancien régime.

³⁾ Zie hiervoor M. M. van Praag, „Algemene Rechtsleer” 1949 en M. M. van Praag, „Algemeen Nederlands Administratief Recht”, 1950.

Ter zake van eerstgenoemde functie fungeert de Administratie als orgaan van de openbare rechtspersoon Staat (Respectievelijk Gemeente, Provincie), creatie der rechtsorde, aan welke dus de rechtsorde of liever een minimum aan rechtsorde logisch en historisch vooraf gaat.

Hier, ter zake van hetgeen onmiddellijk bestuur is te noemen, is sprake van de Staat-rechtspersoon, die materiële handelingen verricht, huizen en scholen bouwt, wegen doet aanleggen, ambtenaren in dienst heeft.

Het spreekt vanzelf, dat *deze* Staat of zijn organen onderworpen zijn aan het recht, in beginsel aan het recht waaraan een ieder is onderworpen; dit tenzij een bepaling van positief recht dit uitsluit, terwijl de mogelijkheid bestaat, dat de verrichtingen en gedragingen van deze Staat aan een speciaal recht worden onderworpen of naar een speciaal recht worden beoordeeld. (Bv. de wet van 31 October 1924, houdende voorschriften nopens de verjaring van geldvorderingen ten laste van het Rijk, de Provincie, de Gemeenten, de Waterschappen, de Veenschappen en Veenpolders, stbl. 482; evenzeer art. 62 Waterstaatswet 1900.)

Maar de colleges of individuen, die men als Administratie aanmerkt, fungeren ook als organen der rechtsorde, organen van rechtsvaststelling: te weten vaststelling van rechtsregels voor het concrete geval en in dit opzicht is hun functie analoog aan die van de rechter.

Naar het ons voorkomt heeft men dit scherp in het oog gehouden, als men stelt het probleem van de afbakening der functies van de twee complexen van organen: Justitie en Administratie.

En nu de bepaling, die de afbakening der bevoegdheden zou moeten beheersen. „Alle twistgedingen over eigendom of daar uit voorspruitende regten, over schuldvordering of burgerlijke rechten behoren bij uitsluiting tot de kennis van de regterlijke macht”.

Men is dus bij de bepaling van des rechters bevoegdheid uitgegaan van het begrip „subjectief recht”. Ook van het 2e en 3e boek van ons B.W. is het subjectief recht het kernpunt. Het lag in de lijn van de individualistisch getinte 19e eeuw. Tegen de attributieve voorstellingswijze van het recht behoeft ook geen bezwaar te bestaan. Van het standpunt van een bepaalde ideologie uit, namelijk die van de personalistische, is er veel voor te zeggen, maar men be-

denke wel, dat het begrip „recht in subjectieve zin” een afgeleid begrip is. Ofschoon het woord recht in subjectieve zin in velerlei betekenis wordt gebruikt, zou men als criterium kunnen aanvaarden de private actio. Daarmede in overeenstemming is het, dat men het privaatrecht grotendeels heeft kunnen opbouwen als een systeem van subjectieve rechten. Maar primair is en blijft toch het begrip rechtsregel. Iedere actio toch vooronderstelt rechtsregels, die geschonden zijn of dit kunnen worden. Daarom moet een systeem, waarbij de afbakening der competenties gebouwd is op het begrip „subjectief privaatrecht”, mislukken.

Het subjectief privaatrecht toch vooronderstelt de mogelijkheid van een actio en art. 2 R.O. zegt niet anders, dan dat men in verband hiermede een actio heeft. Het is echter juist de vraag, *wanneer* er gesproken kan worden van een subjectief privaatrecht en dat wordt door dit tautologisch gestelde art. 2 R.O. niet beantwoord.

Het is verwonderlijk, hoe deze bepaling, waarover de discussies niet van de lucht waren, nog steeds de grondslag is van de afbakening der competenties, gezien de gebrekkige voorstellingen, die men zich aan het begin der 19e eeuw maakte van het wezen van het burgerlijk recht.

Thorbecke, art. 165 der Grondwet 1815 verklarende, zegt: „De gedingen, die het artikel bedoelt, worden gevoerd over vaste, d.i. van de openbare zaak onafhankelijke regten van bijzondere personen; regten, welke uit dien hoofde alleen volgens de burgerlijke wet en niet volgens de regels van een in het algemeen belang handelend Staatsgezag kunnen worden beoordeeld.”

Een dergelijke zienswijze berust, *salva reverentia*, op een misverstand. Maakt het burgerlijk recht, de burgerlijke wet, niet evenzeer deel uit van de Staatsorde als de andere branches van het recht?

Alsof de „Burgerlijke wet” „vaste” rechten zou kunnen creëren, onafhankelijk van een in het algemeen belang handelend Staatsgezag.

Alsof men niet steeds te doen heeft met het Staatsgezag, d.w.z. de organen van rechtsvaststelling, vanaf de top tot de laatste phase, vanaf de Grondwetgever tot aan hem, die de onvoorwaardelijke rechtsregel voor het concrete geval, *ook* de rechtsregel voor het concrete geval op grond van de „burgerlijke wet” vaststelt.

In de vergadering van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 15 November 1871, verklaart Thorbecke: „De Grondwet zegt, dat schuldvorderingen en andere burgerlijke rechten uitsluitend ter kennisneming van de burgerlijke rechter zijn. Welnu, schuldvordering kan uit een privaatrechtelijke maar ook uit een publiek-rechtelijke grond ontstaan en wanneer nu de burgerlijke rechter, omdat het een schuldvordering is, zich bevoegd verklaart, dan loopt men gevaar, dat verwarring van attributie ontstaat.”¹⁾

Thorbecke spreekt over schuldvorderingen uit een „publiekrechtelijke” grond ontstaan en mede over „van de openbare zaak onafhankelijke rechten van bijzondere personen.” In *deze* bewoordingen nu, schuilt o.i. de oorzaak van de heersende verwarring omtrent de zin van het bevoegdheidsartikel: is de maatstaf het fundamentum petendi, is dit de grondslag der vordering, dan wel het gevorderde: het petitum? Blijkbaar wenst Thorbecke des rechters bevoegdheid niet, wanneer een vordering haar grondslag vindt in het publiek recht. Het is niet ten onrechte, dat Prof. Kranenburg hier spreekt van een zekere tweeslachtigheid in Thorbeckes woorden²⁾; min of meer toch vallen de twee criteria bij Thorbecke samen. Het zijn bij hem inderdaad geen twee volkomen gescheiden, van elkaar onafhankelijke begrippen. Bij Thorbecke overlappen ze elkaar gedeeltelijk. Daar waar de „Staat” optreedt als vertegenwoordiger van het „algemeen belang”, zouden des rechters bemoeiingen zijn uitgesloten. Dit zou *dan* het geval zijn, als de vordering zijn grondslag vindt in zg. publiekrechtelijke wetten. Maar daar ook kan het, volgens Thorbecke, geen rechten van bijzondere personen betreffen, die immers volgens hem steeds onafhankelijk zouden zijn van de „openbare zaak” en niet bestaan, zo er wel afhankelijkheid bestaat. Want, „publiekrechtelijke wetten betreffen — altijd volgens Thorbecke — de openbare zaak; des rechters inmenging is dus uitgesloten, wanneer het fundamentum petendi in het publiek-

¹⁾ Aangehaald door Mr C. W. de Vries in „Het arrest van de Hoge Raad van 31 December 1915, W. v. h. R. 1947, aangaande de bevoegdheid van de rechterlijke macht krachtens art. 2 der Wet van de Rechterlijke Organisatie”, in Themis 1917, pag. 337 vlg.

²⁾ Prof. Mr R. Kranenburg „Staatsrecht”... Anders Prof. Mr C. W. van der Pot in „Handboek van het Nederlands Staatsrecht”, 1940, pag. 346.

recht is gelegen, hetgeen hetzelfde betekent als dat er van „burgerlijke rechten” geen sprake is. M.a.w., dat het petitum de rechter er toe moet leiden, zich niet met de zaak in te laten.

Klaarblijkelijk vereenzelvigt Thorbecke hier de twee Staatsbegrippen. De Staat-openbare rechtspersoon, vertegenwoordigende het „algemeen belang”, is voor hem *ook* Overheid.

Het is hier niet de plaats om op het begrip „algemeen belang” als maatstaf voor het optreden der openbare rechtspersonen in te gaan. Geconstateerd kan worden, dat de rechterlijke macht terecht in het algemeen geen halt maakt voor de handelingen van de openbare rechtspersonen Staat, Provincie of Gemeente, welk belang ook met hun verrichtingen moge gemoeid zijn.

Rechter en Administratie.

Hoe kan nu de burgerlijke rechter te oordeelen krijgen over de verrichtingen en gedragingen der Administratie?

a. In de eerste plaats terzake van de handelingen, waarbij de Administratie optreedt als orgaan van een openbare rechtspersoon.

Het spreekt vanzelf — het is reeds gezegd — dat hier geen sprake is van Overheidshandelingen, van een Overheid, die voor een ogenblik het hermelijn van haar waardigheid aflegt, haar majesteit vergeet, van haar troon afdaalt en zich tussen het vulgus begeeft, op gelijke voet met haar onderdanen aan het verkeer deelneemt. Meestal worden deze verrichtingen de rechter ter beoordeling voorgelegd in verband met art. 1395 of met art. 1401 vlg. B.W. En er kan geen sprake van zijn, dat hier een andere maatstaf geldt dan aan elke natuurlijke persoon of rechtspersoon moet worden aangelegd, mits in dezelfde omstandigheden verkerende en waarbij rekening is te houden met de bijzondere omstandigheden, waarin de openbare rechtspersoon verkeert, alsmede de bijzonderheden van haar taak.¹⁾ Dit, tenzij een derogerende bepaling van positief recht anders

¹⁾ Zie M. M. van Praag: „Algemeen Nederlands Administratief Recht”, 1950.

bepaalt. Wij kunnen hierop niet verder ingaan, maar willen volstaan met de opmerking, dat het laten staan van een bus met verf, waarvan het vee kon snoepen, in dier voege dat dit de dood tengevolge heeft, het hebben van ondeugdelijke meerboeien in een haven, onder wiens beheer deze ook staat, niet ophoudt onrechtmatig te zijn als inplaats van een „gewoon” burger, de „Staat” of de „Gemeente” (openbare rechtspersonen) de bedrijver is.

b. Handelingen, die het karakter hebben van rechtsvaststelling. Zoals gezegd is, valt het in het algemeen niet binnen het kader van de werkkring van de burgerlijke rechter, rechtsregels in de algemeen, abstracte, onpersoonlijke vorm, die niet afkomstig zijn van de centrale legislatieve, toe te passen. Slechts de strafrechter komt hiertoe in de gelegenheid. Niet ondenkbaar echter zou zijn, dat men aan de burgerlijke rechter zijn oordeel vroeg over de legaliteit van een algemene maatregel van bestuur of verordening, waarbij dit oordeel bij wijze van declaratoire uitspraak zou kunnen worden gegeven. Maar dit zal wel uitzondering blijven.

Voor het overige is van toepassing van verordeningen door de burgerlijke rechter geen sprake. Evenmin is dit het geval met rechtsregels voor het concrete geval, vastgesteld door de Administratie. Echter, terwijl niet van „toepassing” kan worden gesproken, trekt toch de burgerlijke rechter deze door de administratieve organen vastgestelde rechtsregels binnen de kring van zijn beoordeling. Te dien aanzien nu zijn twee gevallen mogelijk. De burgerlijke rechter trekt aan zich de beoordeling van:

1. Een rechtsregel die logisch de vorm heeft van een onvoorwaardelijk oordeel: geconstateerd wordt, dat een rechtsplicht is geschonden, dat de voorwaarde voor de toepassing van de sanctie, van de dwangmaatregel is vervuld; het een en ander gepaard gaande met het bevel tot uitvoering der sanctie.

Wij hebben hier het oog op de institutie der politiedwang, waartoe verschillende wetten de Administratie de bevoegdheid verlenen. O.a. art. 210 der Gemeentewet, art. 70 der Woningwet, art. 20 der Hinderwet; terzake van de handelingen van zelfbestuur art. 152 der Gemeentewet; ook art. 14 der Keurenwet, etc.

Hier is de functie der Administratie geheel analoog aan die van de strafrechter. Er wordt geconstateerd, dat of een

algemene abstracte rechtsregel, of een rechtsregel voor het concrete geval van *déclaratoire* aard (waarbij dus de rechtsplicht werd vastgesteld) geschonden is.

Het is, zoals is gezegd, onze mening, dat deze instelling: de toepassing van politiedwang, het karakter heeft van een sanctie. Het doel der sanctie doet niet ter zake. Hier is dit gericht op reparatie, op het te niet doen van de in strijd met bepaalde rechtsregels in het leven geroepen toestanden. Maar het is niet daarin, dat deze vorm van sanctie zich onderscheidt. Ook de strafrechtelijke sanctie kan, zoals gezegd is, ondergeschikt gemaakt worden aan bepaalde doeleinden.

Nogmaals zij gezegd, dat de sanctie is een gedraging, die in alle andere omstandigheden, op grond juist van de rechtsorde in quaestie, de voorwaarde zou zijn voor de voltrekking van een dwangmaatregel, m.a.w. van een sanctie; dit echter alleen thans, uitsluitend in de onderhavige omstandigheden, niet is.

Onder alle andere omstandigheden zou dus een handeling, die thans het karakter van een sanctie heeft, een onrechtmatige daad zijn. In elk ander geval zou de daad van sanctie, hetgeen ook de handeling van politiedwang in wezen is, een inbreuk zijn op de persoonlijkheid, een schending van het subjectief recht van eigendom betekenen; een handeling dus, die op grond van art. 1401 B.W. de bedrjver tot vergoeding der toegebrachte schade zou verplichten, of wel een strafbaar feit.

Echter, de rechter verklaart nu, dat de omstandigheden, die de handelingen in quaestie het karakter zouden verschaffen van te zijn een sanctie (dwangmaatregel), niet aanwezig waren. B.v., dat de verordening, de overtreding waarvan aanleiding is geweest tot de uitoefening van politiedwang, niet zijn grondslag zou vinden in de wetsbepaling, die tot de verordenende bevoegdheid delegeerde. Of wel dat van schending van een rechtsregel geen sprake was.

Derhalve zou de sanctie, voltrokken wegens het achterwege blijven van de gedraging, waardoor de dwangmaatregel te vermijden was, in werkelijkheid geen sanctie, maar een onrechtmatige daad zijn geweest, verplichtende tot vergoeding van de hierdoor veroorzaakte schade.

En deze bevoegdheid van de rechter zou dan voortvloeien uit het bepaalde in art. 2 R.O., of, zo men wil, uit art. 160

der Grondwet (1948). Het geval zou te rekenen zijn onder „twistgedingen over eigendom of daaruit voortspruitende rechten, over schuldvordering en andere burgerlijke rechten.”

Twistgedingen, inderdaad. Als men het niet eens is met de door de Administratie vastgestelde rechtsregel en men roept daarom het oordeel in van een rechterlijk orgaan, dan is er een twistginging gecreëerd.

De bevoegdheid tot het uitoefenen van politiedwang door het administratief gezag impliceert de bevoegdheid tot de vaststelling van de uiteindelijke, dus onvoorwaardelijke rechtsregel, waarbij — gelijk de strafrechter dit doet — geconstateerd wordt, dat de voorwaarde voor de toepassing van de sanctie, de dwangmaatregel is vervuld, m.a.w. dat een rechtsplicht werd geschonden.

De rechterlijke macht echter doet nu niet anders dan opnieuw beoordelen, of een rechtsregel werd overtreden. Dit nu leidt tot onaanvaardbare consequenties. Immers, de sanctie werd in casu reeds voltrokken en zo de rechterlijke macht tot een ander oordeel komt dan de Administratie, ontzegt zij aan de handeling der Administratie het karakter van sanctie en verklaart zij deze tot een, tot vergoeding der toegebrachte schade verplichtende onrechtmatige daad (arrest H.R. 10 Mei 1901 W. 7007; vonnis Rb. Zwolle, 24 Mei 1916 N.J. pag. 1158) of wel zij gelast herstel in de oude toestand. Naar het ons voorkomt is het een en ander, dat een innerlijke tegenstrijdigheid in ons rechtssysteem zou zijn, onaanvaardbaar.

2. Een rechtsregel van declaratoir karakter; d.w.z. een regel, waarbij in het concrete geval een rechtsplicht, d.i. de gedraging, waardoor de dwangmaatregel kan worden vermeden, wordt vastgesteld. Deze regel heeft, evenals de rechtsregel in de algemene abstracte vorm, logisch de vorm van een voorwaardelijk oordeel.

Zulk een rechtsregel kan zijn de beslissing omtrent een aanvraag om vergunning, of wel een rechtsregel voor het concrete geval, waaraan geen voorlopige verbodsregel vooraf gaat. Voorbeelden: een onbewoonbaarverklaring op grond van art. 25 der Woningwet; een vordering van woonruimte op grond van art. 7 jo artt. 12 en 24 der Woonruimtwet 1947.

In de eerste plaats moet worden gesteld: hoe kan in het kader van art. 2 R.O. de vastelling van een rechtsregel van

declaratoir karakter voor het concrete geval door de Administratie, door de burgerlijke rechter binnen het gebied van zijn beoordeling worden getrokken?

Van *toepassing* van een rechtsregel — gelijksoortig aan de verrichting van de strafrechter, die een sanctie verbindt aan overtreding van de voorwaarden door B. en W. verbonden aan een vergunning krachtens de Hinderwet — is hier geen sprake. Het moet worden geconstrueerd tot een twistgeding over eigendom of andere daaruit voortvloeiende rechten. Het komt ons echter voor, dat de uitvaardiging van een rechtsregel voor het concrete geval *niet* kan worden aangemerkt als een schending van het recht van eigendom. Echter doet zich het onaanvaardbare feit voor, dat als zodanig — nogmaals, van toepassing van een rechtsregel is hier geen sprake — de burgerlijke rechter deze verrichtingen van de Administratie binnen de kring van zijn bemoeiingen trekt.

De positie is deze: terwijl het administratief orgaan op grond van een rechtsregel, die dit orgaan daartoe de bevoegdheid verleent, bepaalt, dat X zich zo en zo heeft te gedragen, zo hij een sanctie wenst te vermijden, zegt het rechterlijk orgaan, — vaak de President van de rechtbank in référé —, dat de rechtsplicht van X niet is zoals het administratief orgaan, dit volkomen binnen de kring van zijn bevoegdheid, bepaalde. Zoals gezegd is, is deze figuur die neerkomt op een tegenstrijdigheid, binnen het kader van ons rechtssysteem, onaanvaardbaar en ook onnodig.

Hoe staat de rechterlijke macht tegenover de verrichting van de Administratie, waarbij al dan niet een vergunning wordt verleend?

Zoals gezegd is, is in de categorie, waarbij rechtsregels voor het concrete geval van declaratoir karakter worden uitgevaardigd door een administratief orgaan, op grond van een competentieregel, de beslissing omtrent de aanvraag van een administratieve vergunning een veelvoorkomende figuur. Wij menen, dat er in de jurisprudentie slechts enkele gevallen bekend zijn, dat een weigering op zulk een verzoek, waarvan de juridieke betekenis deze is, dat de voorlopige verbodsregel thans voor het concrete geval definitief is geworden, de aanleiding is geweest tot inmenging van de rechter. Niettemin zou een veelvuldiger ingrijpen door de

rechter, gezien de gevallen waarin de rechter zich regelmatig mengt, niet onmogelijk zijn. Immers ten eerste worden de eigendomsbevoegdheden beïnvloed door een verbod te bouwen, zelfs door een vergunning verleend onder voorwaarden, door de weigering van een Drankwetvergunning, door de weigering van een vergunning ingevolge de Hinderwet. Dit alles tast aan de mogelijkheden, voortvloeiende uit het recht van eigendom, al zou men dit alles misschien kunnen brengen onder de verordeningen, bedoeld in art. 625 B.W. Het bebouwen van een terrein beïnvloedt ook de eigendomsmogelijkheden terzake van het naastgelegen terrein. Zo zou de eigenaar van dit terrein, als hij meent, dat de bouwvergunning ten onrechte werd verleend, zijnde het bouwproject in strijd met de verordeningen, uitgevaardigd op grond van de Woningwet, zich tot de rechter kunnen wenden.

Met het oog op het nog te behandelen zeer veelvuldig rechterlijk ingrijpen inzake vorderingen van woonruimte door Burg. en Weth. op grond van art. 7 der Woonruimtetwet 1947, zou men kunnen vragen, waarom de rechter eerstgenoemde materie zo zelden getrokken heeft binnen de kring van zijn bemoeiingen, dit in elk geval nooit dan zeer aarzeland heeft gedaan.

Wij zouden ons kunnen voorstellen, dat men geneigd is te antwoorden: de rechter heeft zich verre te houden van beleidsvragen. Dit is inderdaad de 19e eeuwse zienswijze, die men meende tot uiting te brengen in de tegenstelling van art. 39 tegenover art. 41 der Waterstaatswet 1900. Het is hier niet de plaats daarop in te gaan, maar wij willen volstaan met als onze mening te vermelden, dat de hier gemaakte onderscheiding al te grond mist. Immers, de noodzakelijkheid der uit te voeren werkzaamheden is een element, dat in casu deel uitmaakt van de rechtmatigheid van de krachtens art. 38 vastgestelde rechtsregel voor het concrete geval en er is geen enkel motief om in tegenstelling met het geval van art. 41, in dat van art. 39 de rechter voor de Kroon als beroepsinstantie te passeren.

Voor het overige is hier — dit zij tussen haakjes gezegd — een geval aanwezig, dat een rechtsregel van declaratoir karakter voor het concrete geval wordt uitgevaardigd, waarbij de Kroon, respectievelijk de rechterlijke macht als beroepsinstantie is gesteld *door een bepaling van positief recht*.

Om op de administratieve vergunning terug te komen, bepaalde doelmatigheidsoverwegingen moeten dikwijls de beslissing bepalen omtrent het al of niet verlenen van deze. Maar, zoals reeds gezegd is, in dit verband is de onderscheiding tussen rechtsvragen en beleidsvragen vals. De doeltreffendheid toch is een der elementen van de competentie, verleend in de regels, waaraan het administratief orgaan de bevoegdheid ontleent. Bovendien bevat zeker niet elke competentieregel terzake van administratieve vergunningen een doelmatigheidselement. Art. 6, lid 2 der Woningwet geeft limitatief de gronden, waarop weigering mag, maar dan ook moet plaats hebben ((vóór de wetwijziging van 1921 en sinds de wetwijziging van 1931)).

De vergunning moet worden verleend, als het bouwproject niet in strijd is met de verordeningen, d.z. rechtsregels, die krachtens de Woningwet worden uitgevaardigd.

Maar, zoals gezegd is, ook wanneer de verrichting, waarvoor men vergunning vraagt, moet worden getoetst aan een rechtsregel, die elastische termen bevat, zoals het geval is met de handelingen, waarvoor krachtens de Hinderwet vergunning nodig is, is van beleid geen sprake, aangezien de rechtstoepasser geen keuze heeft, omdat in casu *niet* twee verschillende rechtsregels (hier: 1e het voorlopig verbod wordt gehandhaafd, 2e het voorlopig verbod wordt niet gehandhaafd voor het geval in quaestie) gelijkelijk legaal zijn. M.a.w. van beleid of bestuursbeleid is hier geen sprake.

Hoe staat de rechter tegenover deze materie? Voor zover ons bekend is, werd zelden met succes een beroep gedaan op de burgerlijke rechter terzake van de beslissingen van het administratief orgaan, dat al dan niet een bouwvergunning verleende. Geen enkel geval, dat men zich met succes tot de burgerlijke rechter wendde met de pretentie, dat de bouwvergunning ten onrechte zou zijn geweigerd, omdat het administratief orgaan ten onrechte het bouwplan in strijd zou hebben geoordeeld met verordeningen, gebaseerd op de Woningwet; zelfs niet met de pretentie van onwettigheid dier verordeningen: van het uitbreidingsplan, van de bouwverordening, van verordeningen ex art. 43 der Woningwet etc. De mogelijkheid van administratief beroep zou hiervoor geen beletsel zijn.

Maar de rechterlijke macht houdt zich blijkbaar gaarne

verre van deze materie. Bij zijn arrest van 17 Augustus 1917 (W. 10128) sprak de Hoge Raad als zijn mening uit, dat de Hinderwet aangeeft tot welk gezag en op welke wijze tegen de beslissing dier autoriteit beroep open staat. Tevens, dat het met de wettelijke voorschriften in strijd zou zijn, wanneer de rechter met de beslissingen der in de wet aangewezen autoriteit geen rekening hield en dat er geen reden bestaat om dit inzonderheid niet te doen, wanneer zulk gezag op een aanvraag om vergunning heeft beslist, dat voor het verlenen daarvan geen aanleiding bestaat, wijl de aanvrager die niet nodig heeft.

Uit de aard der zaak kan hier van toetsingsbevoegdheid van de rechterlijke macht geen sprake zijn. Voor „toepassing” van deze, door de Administratie vastgestelde rechtsregels voor het concrete geval, bestaat voor de burgerlijke rechter niet de gelegenheid. Onaantastbaar verklaarde de H.R. de beslissing van de Administratie, waarbij vergunning wordt verleend of geweigerd en bovendien de beslissing waarbij verklaard wordt, dat de Hinderwet niet van toepassing is.

Naar het ons voorkomt ontweek de H.R. de beantwoording der vraag, of de beslissing van de Administratie ter zake van de aanvraag om vergunning, als zijnde dit in wezen de vaststelling van een rechtsregel voor het concrete geval, onaantastbaar is en de rechter niet ter beoordeling staat, in zijn arrest van 27 April 1928 (A.B. 1928, pag. 433).

Het is bekend, dat van af de wijziging der Woningwet in het jaar 1921 tot aan die in het jaar 1931 art. 5, lid 2 der Woningwet (thans art. 6) dusdanig geredigeerd was, dat men daaruit lezen moest, dat slechts de gronden werden genoemd, waarop Burg. en Weth. de bouwvergunning moesten weigeren, maar dat het hun vrijstond dit tevens te doen op andere dan de in de wet genoemde gronden. De Kroon¹⁾ dacht hierover anders en hield vol, dat, ondanks het schrappen van het woordje „alleen”, in de Woningwet, de gronden van weigering niettemin limitatief werden opgenoemd. Maar ongetwijfeld was het gelijk in deze aan de rechterlijke macht, die dit ontkende.

Hoe de wetgevende macht er toe gekomen was, de Administratie hier een arbitraire bevoegdheid te verlenen, blijft

¹⁾ K.B. van 23 Februari 1925.

een raadsel. Maar hier bestond voor de Administratie ongetwijfeld een beleidsprobleem; aan haar kwam toe de keuze van het te behartigen belang. Inderdaad een uitzonderlijke toestand in ons rechtssysteem. Dit zij hier ter plaatse tussen haakjes opgemerkt.

Door Burg. en Weth. van Ede nu was een bouwvergunning geweigerd op gronden, niet genoemd in art. 5 (thans art. 6) der Woningwet en de beslissing werd door de Raad in beroep bekrachtigd. Later werd op herhaalde aanvraag de vergunning alsnog verleend en nu werd de Gemeente aangesproken om vergoeding der schade, veroorzaakt door het aanvankelijk niet verlenen der bouwvergunning, met de pretentie als zou dit een onrechtmatige handeling zijn geweest in de zin van art. 1401 B.W.

In hoger beroep was de vordering niet-ontvankelijk bevonden. Echter niet omdat de beslissing van het administratief orgaan onaantastbaar werd geacht, maar wijl het Hof meende, — dit o.i. ten onrechte — dat er van een beslissing van de Raad in beroep, nog een tweede beroep op de Kroon mogelijk was geweest en dit beroep niet was doorgezet. Niet-ontvankelijkheid derhalve, omdat niet alle administratieve beroepsinstanties zouden zijn doorlopen.

De Hoge Raad meende blijkbaar, evenals het Hof, dat deze quaestie binnen het kader van zijn bevoegdheid viel, verklaarde echter eiser in cassatie in zijn vordering niet-ontvankelijk en sprak als zijn mening uit, dat het administratief orgaan de vergunning mocht weigeren, wijl art. 5, 2e lid slechts enunciatief zou zijn.

De cardinale vraag werd wel aangeroerd door de Adv. Gen., Mr. Besier: „Een andere — en zeer belangrijke — vraag is, of de omstandigheid, dat de wetgever bij weigering van bouwvergunning althans één administratieve instantie (het beroep op de Gemeenteraad) heeft opengesteld, niet tengevolge kan hebben, dat de vraag omtrent de rechtmatigheid der weigering niet nog eens aan de burgerlijke rechter mag worden onderworpen in de vorm ener vordering uit onrechtmatige daad van het weigerend Overheidsorgaan”.

De Adv. Gen. meende echter, aangezien eiser toch reeds door het Hof op zekere gronden en terecht niet-ontvankelijk was verklaard, deze vraag te kunnen laten rusten.

Een zeer speciaal geval is het wel, wanneer schadevergoeding wordt toegekend op grond van schade of hinder,

toegebracht door een inrichting, waarvoor een vergunning krachtens de Hinderwet is verleend.¹⁾

Terecht noemt Prof. Mr. G. E. Langemeyer deze gevallen in het kader van zijn studie in W.P.N.R. nos 3706 en 3707 bijzonder illustratief. Dit zijn zij mede in verband met de quaestie, die ons hier bezig houdt. Immers, het verlenen der vergunning, betekent, dat het administratief gezag de als voorlopig bedoelde algemene verbodsregel opheft voor het concrete geval, omdat, eventueel met inachtneming der aan de vergunning verbonden voorwaarden, naar de mening van het administratief orgaan geen schade of hinder zal worden toegebracht, noch in verband met de belangen van min of meer uitgebreide groepen (het z.g. algemeen belang), noch aan de omwonenden.

„Wil men niet komen tot de systematisch onaantrekkelijke opvatting, dat de rechter hier het oordeel der Administratie verbetert”, zo zegt Prof. Langemeyer (W.P.N.R. no. 3707, pag. 11), „dan zal men de zaak zo moeten zien, dat deze laatste (de Administratie) alleen beslist, dat alle belangen in aanmerking genomen (ook het bijzonder nut van het bedrijf, het belang om dat juist op die bepaalde plaats te vestigen enz.), de vergunning verleend moet worden, terwijl de burgerlijke rechter beslist, dat de buurman de daaruit voortvloeiende vermogensschade niet behoeft te dragen.”

Wij kunnen het met Prof. Langemeyer in deze niet geheel eens zijn. Met de door de hooggeleerde schrijver genoemde belangen, te weten het bijzonder nut van het bedrijf, de wenselijkheid of onwenselijkheid het bedrijf in de Gemeente te krijgen, heeft het administratief gezag ter zake van de beslissing omtrent het al dan niet verlenen der hinderwetsvergunning niets te maken.²⁾

Zou de zienswijze daaromtrent van invloed zijn op de te

¹⁾ Geciteerd door Prof. Langemeyer: Rb. Amsterdam 1 Maart 1915, pag. 820; Rb. Amsterdam, 14 Januari 1916, N.J. 1916, pag. 822; Hof Amsterdam 7 Januari 1921, N.J. 1922, pag. 108; Rb. Dordrecht 20 Juni 1922 N.J. 1922 pag. 1187.

²⁾ Wel zal dat van invloed mogen zijn in verband met andere aangelegenheden. B.v. bij het vaststellen van de prijs voor de door de gemeente aan de ondernemers te verkopen grond. Het zal het gemeentebestuur er toe mogen leiden, aan het bedrijf bijzondere faciliteiten te verlenen, mits de vergunning krachtens de Hinderwet reeds is verleend, waarbij slechts het in de competentieregel van art. 11 genoemde van invloed mag zijn geweest.

nemen beslissing, dan maakt dit gezag zich schuldig aan détournement de pouvoir. Immers, art. 11 der Hinderwet zegt, dat tot weigering *alleen* leiden de bezwaren, ontleend aan vrees voor gevaar, schade aan eigendommen, bedrijven of de gezondheid, hinder van ernstige aard. Er blijft over als de enige juiste zienswijze, aan welke niet is te ontkomen, de door Prof. Langemeyer terecht systematisch onaantrekkelijk genoemde opvatting, dat de rechter hier een oordeel der Administratie corrigeert. M.a.w., dat hij voor het concrete geval vaststelt, dat de rechtsplicht een andere is dan de Administratie vaststelde.^{1) 2)}

Interessant is in dit verband de vraag, of zou kunnen slagen een verbodsactie ter zake van een inrichting, waarvoor de Administratie vergunning ingevolge de Hinderwet verleende.

Thans is te behandelen de vraag, of de rechterlijke macht op grond van de bevoegdheidsregel van art. 2 R.O. haar bemoeiingen uitstrekt tot gevallen, waarbij de Administratie niet bijwijze van vergunning, doch op directe wijze een rechtsregel voor het concrete geval vaststelt op grond van een regel, die haar daartoe de bevoegdheid verleent.

Over het bevel vervat in art. 38 Waterstaatswet, is reeds gesproken. Hier bestaat de mogelijkheid van beroep op de judiciele organen in een bepaald geval. Maar bij het beroep kan de aangevallen beslissing nooit gequalificeerd worden als schending van het eigendomsrecht, doch moet, zoals in elk beroep, gesproken worden van onjuiste toepassing van een rechtsregel, die hier is een competentieregel (b.v. de situatie was een andere dan werd aangenomen).

Ten aanzien van de onbewoonbaarverklaring door het administratief orgaan op grond van art. 25 der Woningwet, werd de quaestie der verbindendheid van de administratieve uitspraak, waarbij dus een rechtsregel voor het concrete geval wordt vastgesteld, aan de orde gesteld. Met name, of

¹⁾ Dit nu vormt een innerlijke tegenstrijdigheid in ons rechtssysteem.

²⁾ Jurisprudentie zowel als Nederlandse en Franse literatuur ter zake van dit onderwerp bij: M. M. van Praag: „Is de vergunning ingevolge de Hinderwet van invloed op de acties der bouw?“, „Gemeentebestuur“, 7e jaargang no. 9 (30 Sept. 1927). Ook: M. M. van Praag: „Enige opmerkingen over het burendrecht“, „Themis“ 1929 no. 2.

er van een onrechtmatige handeling gesproken kan worden, wanneer Gedeputeerde Staten als administratieve beroepsinstantie, of de Kroon uitoefenende haar bevoegdheid tot vernietiging, de onbewoonbaarverklaring door de Raad heeft bevonden te zijn in strijd met de regel, waaraan de competentie wordt ontleend.

Het Hof te Amsterdam beantwoordde deze vraag in ontkennende zin in zijn arrest van 26 Januari 1939 (A.B. 1939, pag. 1131) en handhaafde het vonnis van de Rechtbank, waarbij eiser niet-ontvankelijk werd verklaard in zijn vordering.

Onbeantwoord helaas bleef de vraag, of het rechterlijk orgaan een onbewoonbaarverklaring als zijnde in strijd met de wet als een onrechtmatige daad zou kunnen aanmerken, waar het administratief gezag in beroep een aangevochten onbewoonbaarverklaring heeft gehandhaafd. Het Hof overwoog bij deze gelegenheid, dat door de besluiten van de door de wet aangewezen beroepsinstantie voor de burgerlijke rechter op bindende wijze is vastgesteld, dat de inhoud van het Raadsbesluit was in strijd met de wet.

Ook de H.R. sprak zich over deze quaestie uit in zijn arrest van 18 Januari 1940 (N.J. en W. 1940, no. 262). Gesteld was schending van een rechtsplicht door de Gemeente. Echter, de H.R. kwam tot de bevreedende uitspraak, dat art. 25 W.w. de Gemeente verplicht tot onbewoonbaarverklaring over te gaan, wanneer de omstandigheden, in dit artikel genoemd, aanwezig zijn, maar dat aan de Gemeente in art. 25 W.w. niet de rechtsplicht is opgelegd, zich te onthouden van een onbewoonbaarverklaring van woningen, welke niet onder de daarin gelegen omschrijving vallen.

M.a.w., er zou te dien aanzien een arbitraire bevoegdheid bestaan, gelijk van af 1921 tot 1931 art. 6 (oud art. 5) W.w. zulk een arbitraire bevoegdheid vestigde.

Gelijk ten aanzien van de beslissing van het administratief orgaan betreffende de aanvraag om bouwvergunning op grond van art. 6 der Woningwet, menen wij, dat, evenmin als het civiel-rechterlijk vonnis, dat in beroep werd geoordeeld te zijn gewezen in strijd met toe te passen rechtsregels, waarbij dus rechtsregels onjuist werden toegepast, kan worden gequalificeerd als een onrechtmatige daad, dit het geval kan zijn met een onbewoonbaarverklaring — zijnde dit evenzeer vaststelling van een rechtsregel voor het concrete geval op grond van een hogere, toe te passen regel — welke

door een administratieve beroepsinstantie wordt vernietigd op grond van het niet in overeenstemming zijn met de regel, waaraan de competentie wordt ontleend. Beide gevallen betreffen vaststelling van een rechtsplicht, welke vaststelling achteraf onjuist werd bevonden.¹⁾

Het zijn echter de beslissingen van de Burgemeester op grond van het Vorderingsbesluit Woonruimte van 11 September 1944 (Stbl. 103) en van Burgemeester en Wethouders op grond van art. 7 der Woonruimtetwet 1947, die herhaaldelijk aanleiding geven tot rechterlijk ingrijpen. En dit, terwijl uit de geschiedenis der totstandkoming der wet, alsmede uit de tekst blijkt, dat men des rechters inmenging hier niet wenste en deze wilde voorkomen. Dit terecht of ten onrechte; hierop zal nog worden teruggekomen.²⁾

Art. 7 zegt uitdrukkelijk, dat Burg. en Weth. met uitsluiting van iedere andere autoriteit bevoegd zijn tot vordering van woongelegenheid in de Gemeente. Naar luide van art. 32 worden vorderingen, door Burg. en Weth. gedaan in gevolge art. 7, geacht een doelmatige verdeling van woongelegenheid in de Gemeente te bevorderen en dat tegenbewijs voor de rechter in burgerlijke zaken niet is toegelaten.

Een fictie? In het geheel niet. In zoverre tenminste, dat zonder een dergelijk als fictie aangemerkt slot of eindpunt, een rechtsorde niet mogelijk is. Het is een fictie van dezelfde soort als de kracht van het rechterlijk gewijsde. Er moet eens een eindpunt zijn en dat eindpunt is uit de aard der zaak de uiteindelijke rechtsregel voor het concrete geval in de vorm van een onvoorwaardelijk oordeel (het condenmatoir vonnis). Weliswaar hebben we in gevallen gelijk de vordering van woonruimte krachtens art. 7 der Woonruimtetwet, te doen met een declaratoire uitspraak, waarbij de rechtsplicht voor het concrete geval wordt vastgesteld. Hierop toch kan weer volgen het vonnis, bedoeld in art. 24, vastgesteld door de strafrechter of (en) de maatregel van politiedwang als bedoeld in art. 12, bevolen door een

¹⁾ Zie noot van Prof. Mr E. M. Meyers in W en N.J. 1940 no. 262. Prof. Mr. G. van den Bergh in N.J.B. 1940, pag. 375 vlg. Mr J. Kruseman in N.J.B. 1940, pag. 404 vlg. Mr J. Kruseman in N.J.B. 1940, pag. 497 vlg.

²⁾ Zie in het bijzonder over de Woonruimtetwet 1947: Mr F. A. Helmstrijd „Woonruimtetwet 1947”, 1948.

administratief orgaan, zij het ook niet het orgaan dat de rechtsplicht vaststelde. Betreffende de wenselijkheid van een toetsing van de door het administratief orgaan vastgestelde rechtsplicht aan de competentieregel, vervat in art. 7, is reeds het een en ander gezegd. In elk geval is het niet te plaatsen, dat de burgerlijke rechter — niet als beroepsinstantie, maar als censor morum — zegt, dat het zusterorgaan de rechtsplicht abusievelijk vaststelde, of misbruik van „recht” maakte.

Want op welke wijze weet de rechterlijke macht zich in deze zaken te mengen? Te weten: daar waar een administratief orgaan een analoge functie uitoefent als die van de rechter, die een *déclaratoire* of, zo men wil, een constitutieve uitspraak doet en van logisch standpunt bezien des rechters bemoeiingen derhalve uitgesloten zouden moeten zijn. En dit terwijl ten overvloede krachtens positief rechterlijke bepalingen dit evenzeer het geval is en bovendien bij de totstandkoming der wet van des wetgevers bedoeling in deze ten duidelijkste is gebleken.

De *trouvaille* is nu: de rechter — meestal de president van de rechtbank in *référé* — constateert misbruik van recht.

Misbruik van recht, van recht in subjectieve zin; kan men zich een scherper gesteld *testimonium paupertatis*, door rechtswetenschap en rechtspraktijk zichzelf gegeven, indenken? De situatie, die daarin bestaat, dat aan iemand of enkelen iets niet verboden is, terwijl alle anderen zich hiervan hebben te onthouden, geeft aanleiding te spreken van het subjectieve recht van die iemand of die enkelen. En terecht doet men dit, want de verbods- en gebodsregels ten aanzien van de overigen hebben juist ten doel mogelijkheden te scheppen voor die iemand of die enkelen. Maar wij hebben hier in de eerste plaats te doen met het middel: de rechtsregels, die het mogelijk maken dit, het gestelde doel, te verwezenlijken en daarom zij men indachtig, dat van juridiek standpunt gezien, het werken met het begrip „subjectief recht” in dien zin (het wordt nl. gebruikt voor situaties, die, gezien van juridiek standpunt, onderling zeer verschillend zijn) tot moeilijkheden kan leiden. Het is steeds gevaarlijk een begrip van secundaire orde, een afgeleid begrip als uitgangspunt te nemen. Immers het begrip „misbruik van recht” bewijst, dat het begrip subjectief recht slechts een zeer beperkte bruikbaarheid bezit. Men heeft het „recht”

zekere handelingen te verrichten, maar in bepaalde gevallen of onder bepaalde omstandigheden zou men dit blijkbaar toch weer niet hebben. M.a.w., de z.g. veroorlovende regel zou toch slechts voorwaardelijk gelden.

Het is hier niet de plaats te treden in een beschouwing over het onderscheid tussen misbruik van recht en onrechtmatigheid van een handeling of dieper in te gaan op de houdbaarheid van het begrip misbruik van recht. Wij willen volstaan met als onze mening uit te spreken, dat de noodzakelijkheid van het begrip geheel zou komen te vervallen, als men het objectieve recht op geschikte wijze wist uit te breiden en te verfijnen, in dier voege, dat het afgeleid begrip „subjectief recht”, in de zin van een geoorloofdheid, geen uitzondering leed.¹⁾

Hoe het ook zij, het gaat zeker de draagwijdte van het begrip subjectief recht verre te boven, als men de bevoegdheid of de verplichting van een college of individu tot het vaststellen van rechtsregels voor het concrete geval en dat uit dien hoofde en slechts uit dien hoofde rechtsorgaan of Overheid is, gaat aanmerken als diens „recht”. Hierdoor vervaagt het begrip en gaat hetgeen het misschien aan bruikbaarheid bezit volkomen teloor. Evengoed of liever slecht zou men kunnen spreken van het „recht” van de rechter om recht te spreken (d.i. rechtsregels voor het concrete geval vast te stellen).

Laten wij het liever eens proberen met het begrip *détournement de pouvoir*.

Men spreekt van *détournement de pouvoir* als een bevoegdheid wordt gebruikt tenbehoeve van doeleinden, voor welke die bevoegdheid klaarblijkelijk niet is verleend. Wie kan zich schuldig maken aan *détournement de pouvoir*? Wij zullen in dit verband het niet hebben over de gestie van colleges of individuen, fungerende als organen der openbare rechtspersonen Staat, Provincie, Gemeente, etc., maar ons bepalen tot de gestie der Overheid, d.z. de organen van rechtsvaststelling. Zowel ten aanzien van het leerstuk van de *détournement de pouvoir* als van dat der onrechtmatig-

¹⁾ Dat het begrip „subjectief recht” zelfstandige waarde, zij het niet in juridiek-technische, dan toch in ideologische zin, is toe te kennen, willen wij geenszins ontkennen. Wel dat het mogelijk is de rechtsorde opgebouwd te denken uit twee van elkaar zelfstandige elementen: de rechtsregel en daarnaast het subjectief recht.

Overheidsdaad is het van cardinaal belang, het een en ander ter dege te scheiden.

Ter zake van de functie der rechtsvaststelling kan van *détournement de pouvoir* geen sprake zijn, daar waar de competentieregel ruimte biedt voor beleid, d.w.z. daar waar keuze is. De centrale wetgever heeft rekening te houden met de beperkingen, die de Grondwet bevat, te weten, de Grondrechten. Maar in zijn keuze ter zake van te behartigen belangen en na te streven doelen is hij vrij. Men kan nooit beweren, dat hij zijn bevoegdheid gebruikt voor een doel waarvoor deze bevoegdheid hem niet is verleend. Immers het positief recht geeft niet aan een doel, waarvoor deze bevoegdheid hem is verleend. Welk doel hij zichzelf stelt, of hetgeen de kiezers van hem verwachten, het is een quaestie van ideologie of wereldbeschouwing.

Hetzelfde geldt voor de Provinciale en voor de Gemeentelijke wetgever. De laatste blijft binnen de perken van de gemeentelijke huishouding; zijn bevoegdheid is territoriaal bepaald en bovendien moeten de verordeningen de huishouding der Gemeente betreffen. Maar van een bepaald doel kan hier niet worden gesproken.

Alleen ten aanzien van de vaststelling van een rechtsregel voor het concrete geval, mits daarbij bovendien slechts één rechtsregel mogelijk is, derhalve geen mogelijkheid tot keuze bestaat, *daar* kan *détournement de pouvoir* plaats hebben, en dit zelfs niet steeds. Ook hier moet men onderscheiden: wordt de rechtsregel voor het concrete geval vastgesteld op de grondslag van een algemene, abstracte rechtsregel krachtens een algemene competentieregel als art. 2 R.O., dan wel op grond van een bijzondere competentieregel.

Laten wij als voorbeeld van het eerste geval nemen het bepaalde in art. 1401 B.W. Wij kiezen met opzet een rechtsregel, die een elastische term bevat als onrechtmatig. Elke onrechtmatige daad, waardoor aan een ander schade wordt toegebracht, stelt degene door wiens schuld die schade veroorzaakt is in de verplichting om dezelve te vergoeden.

Zelfs al zou de rechter de term „onrechtmatig” interpreteren buiten de gangbare opvattingen, dan toch kan men niet zeggen, dat hij zijn competentie, die trouwens te deze een algemene is (art. 2 R.O.), d.w.z. niet vervat is in de toe te passen rechtsregel, bezigt voor een doel, waarvoor die bevoegdheid hem niet werd verleend.

Hier kan misschien sprake zijn van een onjuiste wetsinterpretatie of wetstoepassing.

Slechts waar een bijzondere competentie is verleend, daar kan sprake zijn van détournement de pouvoir, omdat de mogelijkheid bestaat, dat die competentieregel een bepaald doel noemt. Als voorbeeld is te nemen de regel van art. 11 der Hinderwet, waarbij Burg. en Weth. de bevoegdheid is verleend, de vergunning te weigeren, als de handeling of reeks van handelingen, waarvoor men vergunning verzoekt, gevaar, hinder of schade kan opleveren.

Gebruiken B. en W. die bevoegdheid om een inrichting uit andere hoofde te weren, dan wordt de bevoegdheid misbruikt. Ongetwijfeld is dan de rechtsregel door B. en W. voor dit geval uitgevaardigd onjuist, onwettig, omdat zij niet in overeenstemming is met het doel, dat in de competentieregel wordt genoemd.

Détournement de pouvoir is dus een vorm van onwettigheid, echter een speciale onwettigheid. Détournement de pouvoir is dus steeds een onwettigheid, maar niet elke onjuiste, onwettige toepassing van een rechtsregel heeft het karakter van détournement de pouvoir.

Van détournement de pouvoir is eveneens sprake, wanneer de Raad een onbewoonbaarverklaring uitspreekt, zonder dat de kenmerken, die de onbewoonbaarverklaring wettigen, aanwezig zijn; dit ten einde een bestemmingsplan op gemakkelijker en goedkoper wijze te kunnen realiseren (anders H.R. 18 Januari 1940 N.J. 1940 no. 262).

Ongetwijfeld zal een vordering ingevolge art. 7 der Woonruimtetwet 1947 dikwijls van die aard zijn, dat er van détournement de pouvoir te spreken is.

Aangezien de functie van rechtsvaststelling der administratieve organen gewoonlijk bestaat in het vaststellen van rechtsregels voor het concrete geval op de basis van een bijzondere competentieregel, zal er reeds daarom vaak gelegenheid zijn tot détournement de pouvoir. Maar evenzeer bestaat de mogelijkheid, de gelegenheid, dat de *rechter* zich daaraan schuldig maakt, namelijk in de spaarzame gevallen, dat hij een rechtsregel uitvaardigt op grond van een bijzondere competentieregel. Als voorbeeld moge dienen art. 280 B.W. „Indien de echtgenoot, op wiens verzoek de echtscheiding is uitgesproken, gene genoegzame inkomsten heeft, tot zijn levensonderhoud, zal de regtbank hem uit de goede-

ren van de andere echtgenoot ene uitkering tot onderhoud mogen toekennen. (Het „zal mogen” in deze tekst zouden wij willen lezen als „zal” zonder meer).

Dat de kans op *détournement de pouvoir* bij de Administratie oneindig veel groter is dan bij de rechter, spruit voort — afgezien nog van het feit dat de rechter hoofdzakelijk rechtsregels voor het concrete geval vaststelt als toepassing van algemene, abstracte onpersoonlijke rechtsregels — uit nog enige andere, nader te noemen oorzaken. Alvorens daartoe over te gaan, zullen wij enkele gevallen memoreren, waarin de rechter vorderingen van woongelegenheid, door B. en W. verricht, binnen de kring van zijn beoordeling trok.

„Al kan de rechter niet meer onderzoeken, of het vorderend orgaan zijn bevoegdheid heeft gebruikt voor een ander doel, dan waartoe de wet dit heeft gegeven, dit sluit geenszins uit de mogelijkheid van misbruik van recht op grond dat het orgaan zijn formele bevoegdheid niet redelijk heeft gebruikt in die zin, dat de belangen van anderen onevenredig worden geschaad of een te grote onevenredigheid bestaat tussen het gediende en het geschonden belang, daar er toch een algemeen beginsel is, dat een grens stelt aan de toepassing der wet en niet toelaat, dat alles wat logisch uit een wettelijke bepaling kan worden afgeleid, als geoorloofd mag worden beschouwd.” Hof Arnhem 22 Juni 1948 (bekrachtigd en uitspraak Pres. Rechtbank Arnhem 8 Nov. 1947), AB 1948, pag. 164, N.J. 1948, no. 573, overgenomen uit Woonruimtwet 1947 S. en J. editie).

De rechter is dus volgens het Arnhemse hof niet bevoegd te onderzoeken, of van *détournement de pouvoir* sprake kan zijn; dit zou echter niet uitsluiten, dat de rechter de zaak aan zich kan trekken als hij meent, dat „misbruik” gemaakt is van „recht”.

Bij het vonnis van de rechtbank te Arnhem d.d. 6 April 1949 (kort geding) werd beslist, dat onder de gegeven omstandigheden de vorderende autoriteit bij afweging van de in aanmerking komende belangen in redelijkheid niet tot deze vordering had *kunnen* komen, zodat zij in dit stadium als een daad van willekeur moest worden beschouwd. (O.B. v.d. F.v. Nederl. Gemeenten no. 6131 XI 23). Gedaagde, d.w.z. het Gemeentebestuur, werd veroordeeld tot het nalaten van alle maatregelen ten opzichte van eiseres ter effectuering van de vordering van het pand en zulks op straffe

van een dwangsom van f 10000.— op de enkele overtreding gesteld.

N.B., de vaststeller van de rechtsregel voor een concreet geval werd door de rechter op straffe van een dwangsom verboden van zijn wettelijke bevoegdheid gebruik te maken, zonder dat het rechterlijk orgaan ook slechts de gronden noemde, waarop het zijn bevoegdheid zulks te doen, baseerde.

Wij nemen allerminst de gestie van het administratief orgaan in casu in bescherming, maar een dergelijk ingrijpen van de rechterlijke macht zou het verlangen doen opkomen naar het weder in werking brengen van het Conflictenbesluit van 1822.

In het vonnis van de Rechtbank te Haarlem d.d. 2 Maart 1949 (kort geding) werd de mening uitgesproken, dat weliswaar de naam van degeen, te wiens behoefte wordt gevorderd, niet in de vordering behoeft te worden opgenomen, maar ter beoordeling van de vraag, of van misbruik van bevoegdheid sprake is, deze omstandigheid wél van belang is. (O.B. no. 6140 XI 23). M.a.w. de rechter baseerde zijn mening, dat hier misbruik van bevoegdheid gemaakt was, o.a. op het ontbreken van iets, dat de regel, waaraan het administratief orgaan van rechtsvaststelling zijn bevoegdheid ontleent, niet vordert. Ook hier werd het administratief orgaan bevolen op straffe van een dwangsom zijn uitspraak niet te doen effectueren.

Ook de H.R. heeft zich meermalen ingelaten met de toepassing der Woonruimtetwet. Zo o.a. bij zijn arrest van 17 Juni 1949 (O.B. no. 6193) waarbij cassatie werd gevorderd in het belang der wet.

De Hoge Raad sprak in zijn arrest d.d. 25 Februari 1949 (O.B. no. 5799 XI 23) de mening uit, dat uit de artikelen 7 en 32 van de Woonruimtetwet in onderling verband valt af te leiden, dat de waardering in een bepaald geval van de in aanmerking komende belangen ter beslissing van de vraag, of voor een vordering grond is te vinden, overgelaten is aan het beleid van de Administratie en dat de rechter daar niet uit hoofde van een andere appreciatie dier belangen kan tussenkomen.

Sprak echter ons hoogste college zichzelf niet tegen, toen het hier aan toevoegde, dat voor tussenkomen van de rechter reden zou kunnen zijn, indien de vordering als een daad van willekeur zou zijn aan te merken? Of de rechter kan de be-

slissing van het administratief orgaan corrigeren *of* hij vermag dit niet, maar wanneer het laatste juist is, dan ook in geen enkel geval.¹⁾

Bij de jongste rechterlijke uitspraken terzake van de vorderingen op grond van art. 7 der Woonruimtetwet 1947 heeft de rechterlijke macht getracht, de qualificatie misbruik van recht nader te motiveren. Misbruik van recht werd aangenomen, omdat bij een behoorlijke afweging van alle in het geding zijnde belangen, de Administratie redelijkerwijze niet tot de beslissing in quaestie zou hebben kunnen komen.

Op dit punt kunnen echter de waarderungen uiteenlopen. In verband met een zaak, waarin de H.R. uitspraak deed in zijn arrest van 23 December 1949 (N.J.B. 14 Januari 1950), concludeerde de procureur generaal Mr. Berger, dat het — en dit in tegenstelling met hetgeen het Hof had aangenomen, — in het onderhavige geval allerminst kon worden geacht uitgesloten te zijn, dat redelijk oordelende mensen bij afweging van de hier tegenover elkaar staande belangen, tot verschillend resultaat zouden kunnen komen; (N.J.B. 19 November 1949, no. 87, pag. 776).

De Hoge Raad oordeelde echter anders. Nu B. en W. niet tot een resultaat gekomen was, dat de H.R. blijkbaar voor ogen stond, besliste ons Hof van Cassatie, dat, gelijk „het Hof blijkbaar had willen zeggen“, „nu B. en W. bij afweging van de in aanmerking komende belangen in redelijkheid niet tot de vordering hebben kunnen komen, een afweging van die belangen, al heeft het college deze inderdaad voor ogen gehad, geacht moeten worden niet te

¹⁾ Prof. Mr Dr G. van den Bergh meent, dat uit dit arrest zou blijken, dat volgens de H.R. niet des rechters subjectief oordeel beslissend zou zijn, maar dat het oordeel moet worden geobjectiveerd in dier voege, dat slechts de rechter dan niet gebonden is aan het oordeel der administratie, als geen redelijk denkend mens tot zulk een beslissing zal kunnen komen. (De Nederlandse Gemeente, 4e jrg. no. 2, 13 Januari 1950). Wij menen, dat het onjuist is hier van objectivering te spreken. De hooggeleerde schrijver bedoelt, dat slechts dan de rechter zou mogen ingrijpen, wanneer naar communis opinio de beslissing voor de administratie al te wonderlijk is. In principe kan dit niet van invloed zijn. Of het is steeds aan de rechter, de administratie te corrigeren, *of* het is dit nooit, maar de mening van Prof. van den Bergh *impliceert reeds* de bevoegdheid van de rechterlijke macht de door de administratie vastgestelde rechtsregels voor het concrete geval autoritatief te beoordeelen.

hebben plaats gevonden, en wel omdat een belangenafweging, welke naar het inzicht van redelijk oordelende mensen niet tot de gegeven beslissing heeft kunnen voeren, met niet-afweging moet worden gelijkgesteld."

Ook hier dus corrigeerde in wezen de rechter de rechtsregel voor het concrete geval, gesteld door de Administratie. Hier wordt uit de beslissing afgeleid de stelling, dat de Administratie niet aan alle in de competentieregel van art. 7 gestelde vereisten kon hebben voldaan. Alleen een fictie dus leidde tot deze uitspraak.

In een conclusie d.d. 9 December 1949 (N.J.B. 17 December 1949) concludeerde de advocaat-generaal Prof. Mr. G. E. Langemeyer tot verwerping van het verzoek tot cassatie, aangezien de feitelijke omstandigheden dusdanig waren „dat de vorderende autoriteit in redelijkheid niet tot de vordering heeft *kunnen* komen en dat deze derhalve misbruik van bevoegdheid oplevert en daardoor onrechtmatig is". (Eiser in cassatie Burgemeester van Apeldoorn).

In een ander geval, eveneens gedateerd 9 December 1949, komt Prof. Langemeyer tot een andere conclusie. Z.i. was het Hof getreden in een afweging van het belang van verweerster om de door haar gehuurde woonruimte te behouden, tegen het belang dat was gelegen in een kans op vermeerdering van de beschikbare woonruimte in de Gemeente Doetinchem en deze afweging achtte Prof. Langemeyer bij uitsluiting aan B. en W. opgedragen, waarom z.i. het Hof ten onrechte misbruik van bevoegdheid zou hebben aangenomen.

In de Apeldoornse zaak besliste de Hoge Raad in zijn arrest van 20 Januari 1950 (rechtspraak van de week no. 4), en dit in strijd met de conclusie van de advocaat-generaal, dat hetgeen het Hof omtrent de in deze zaak betrokken belangen had vastgesteld, niet behoefde uit te sluiten, dat de vorderende gemeente, lettende op alle door haar in aanmerking te nemen bijzondere en algemene belangen, in redelijkheid tot de vordering (van de gehele 1e étage) had kunnen komen. Tenslotte, dat moest worden aangenomen, dat te dezen de mogelijkheid aanwezig was, dat redelijk denkende mensen bij de afweging van de hier tegenover elkaar staande belangen tot een verschillend resultaat konden komen.

In overeenstemming met de conclusie van de advocaat-

generaal werd op dezelfde dag (20 Januari 1950) uitspraak gedaan in de Doetinchemse zaak. Overwogen werd „dat zeker niet gezegd kon worden, dat onder die omstandigheden, de gemeente in redelijkheid niet heeft kunnen vorderen, immers onzekerheid met betrekking tot de uitvoering door de eigenaar van de nodige voorzieningen aan het gevorderde, de redelijkheid van een vordering niet behoeft uit te sluiten.”

Het Algemeen Vorderingsbesluit (Besluit van 22 Augustus 1940, Verordeningenblad 110, betreffende het vorderen van goederen in buitengewone omstandigheden, gehandhaafd bij K.B. van 9 October 1944 E. 140) heeft, voor zover ons bekend is, niet veelvuldig aanleiding gegeven tot rechterlijk ingrijpen. Van enige bekendheid is geworden de zaak omtrent het buiten Kareol te Bloemendaal, welke het onderwerp was van het vonnis der arrondissementsrechtbank te Den Haag, d.d. 30 Juni 1948 (N.J. 1949 no. 107 en in beroep van het arrest van het Hof te Den Haag d.d. 30 Juni 1949 (N.J. 1949 no. 708).¹⁾

Op het buiten Kareol, eigendom van de Staat der Nederlanden (voormalig Duits bezit) rustte een servituut, hetwelke o.a. tot inhoud had:

a. Geen verwijdering van het opgaand hout (dit tot behoud van de achtergelegen bossen).

b. Geen gebruik als sanatorium of ziekenhuis.

Beschikbaarstelling van deze servituten nu werd gevorderd ten behoeve van de (rechtspersoon) Staat door een gemachtigde van de Minister van Sociale Zaken.

De eigenaar van een der heersende erven, alsmede de Gemeente Bloemendaal eiste tegen de Staat onrechtmatig-verklaring der vordering. De rechter achtte, dit in tegenstelling met eiser, de vordering der beschikbaarstelling van een servituut wel mogelijk, maar toepassing van het Vorderingsbesluit niet noodzakelijk, nu het door de Staat beoogde doel ook door middel van de Onteigeningswet was te bereiken. Dies werd de gestelde vordering tot beschikbaarstelling van het ten processe bedoelde servituut als onrechtmatig aangemerkt en de vordering buiten effect gesteld.

Vraag: waaraan ontleent de rechterlijke macht de be-

¹⁾ Zie ook H.R. 24 Juni 1949, N.J. 1949 no. 559 betreffende vordering van de Groninger kweldergronden.

voegdheid te oordelen over de gebodenheid van de toepassing van een rechtsregel voor een concreet geval, uitgevaardigd door de centrale executieve, fungerende als orgaan van rechtsvaststelling (ten behoeve van de Staat- rechtspersoon) en deze rechtsregel onrechtmatig te verklaren en buiten effect te stellen?

Anders dan de Rechtbank meende het Hof, dat aan de toepassing van het Algemeen Vorderingsbesluit niet in de weg stond, dat de Staat het beoogde doel ook door een toepassing van de Onteigeningswet had kunnen bereiken. Echter niet mogelijk wordt geacht vordering tot ter beschikkingstelling van een servituut. M.a.w. geen toepassing naar analogie van art. 4 Onteigeningswet. Bovendien werd niet toelaatbaar geacht verlenging van de termijn, bedoeld in art. 3 van het Besluit, na afloop van de eerst verleende termijn.

Wij zullen hierbij de korte bloemlezing van rechterlijke beslissingen inzake deze materie afsluiten. Het zijn alle variaties op hetzelfde thema, al vertonen de verschillende beslissingen wel enige nuancering. Wij moeten echter thans tot een conclusie komen.

Resumerende is het volgende te zeggen: Wij spraken de mening uit, dat waar van toepassing van een rechtsregel door de rechterlijke macht sprake is, kan worden aanvaard de bevoegdheid van de rechter de toe te passen rechtsregel te toetsen op zijn wettigheid, ofschoon het tegenovergestelde, nl. dat elke instantie, die een rechtsregel vaststelt op grond van een regel, die hem daartoe bevoegd of verplicht verklaart, van logisch standpunt even aanvaardbaar is.

Wij hebben aanvaardbaar geacht het begrip recht in subjectieve zin, dit echter — ofschoon zijnde van zelfstandige waarde — als een afgeleid begrip, waarvan de inhoud zoveel of zo weinig is, als door de dit recht encaderende of begrenzend rechtsregels wordt bepaald. Onaanvaardbaar hebben wij derhalve geacht een verzelfstandiging van bepaalde inhouden, zodat de vaststelling van een der encaderende rechtsregels, die een dergelijke inhoud verkleint, zou kunnen worden aangemerkt als inbreuk op een recht, gelijk geschiedde door het Hof te Leeuwarden in zijn arrest van 7 Januari 1948 (O.B. no. 6243 XI 23), stellende dat „een voorlopig verbod tot inbreukmaking op een recht kan ge-

vraagd worden tegen ieder, die van zins blijkt, die inbreuk te plegen, derhalve ook tegen de Burgemeester, onverschillig of deze misschien die inbreuk zou plegen krachtens machtiging van en namens een andere Overheidsinstantie (Minister, Staat of Gemeente).

Onaanvaardbaar is een inmenging van het rechterlijk orgaan, daar waar niet van *toepassing* van een rechtsregel sprake is, maar de vaststelling van een rechtsregel voor het concrete geval door een administratief orgaan dat daartoe bevoegd is, wordt verklaard te zijn een onrechtmatige daad, die de bedrijver tot vergoeding van schade verplicht.

Onaanvaardbaar achten wij eveneens, de vaststelling van de rechtsregel aan te merken als de schending van een recht, in casu het eigendomsrecht, of wel de executie te verbieden op straffe van dwangsom.

Waar zulks geschiedt, moet van ons rechtssysteem worden gezegd, dat het mank gaat aan innerlijke tegenstrijdigheid.

Wat nu beweegt de rechterlijke macht in te grijpen in een materie, van welke zij zich logisch, zomede uit hoofde van een voorschrift van positief recht, verre heeft te houden?

Wij zouden deze vraag als volgt willen beantwoorden:

Er is gezegd, dat de kans op *détournement de pouvoir* bij de administratieve organen groter is dan bij de judiciële, doordat de administratieve organen in de meeste gevallen rechtsregels uitvaardigen voor het concrete geval op de basis van een bijzondere competentieregel.

De belangrijkste oorzaak is echter gelegen in het feit, dat de colleges of individuen, die men als Administratie aanduidt, behalve als organen van rechtsvaststelling tevens fungeren als organen van de openbare rechtspersonen, van de juridieke instituten: Staat, Provincie, Gemeente, etc. M.a.w. als vertegenwoordigers van grote belangencomplexen. Dit kan van invloed zijn op de wijze, waarop door hen de functie der rechtsvaststelling wordt uitgeoefend. De wenselijkheid van de vestiging van een belangrijke industrie in de Gemeente kan er gemakkelijk toe leiden, het gevaar, de schade of de hinder, waarmede de omwonenden of zelfs grotere groepen bedreigd worden, niet al te zwaar te doen wegen.¹⁾

¹⁾ Een zodanige situatie is ook belichaamd in de zaak der Groninger kweldergronden. Een staats-(rechts)-orgaan vorderde ten behoeve van de rechtspersoon staat (H.R. 24 juni 1949, N.J. 1949 no. 559).

Vordering van woonruimte krachtens art. 7 der wet is het middel tot het verwezenlijken van een project, waarbij het gevaar dreigt, dat elk geval op zichzelf minder op zijn eigen mérites wordt beoordeeld, dan wel in het kader van het project. Het geschiedt ambtshalve, zodat naast de mogelijkheid van een onjuiste toepassing, ook staat de mogelijkheid, dat van gevallen, waar de omstandigheden dezelfde zijn, het ene geval wel, het andere niet of op een veel later gelegen tijdstip in behandeling wordt genomen.

In zijn beschikking d.d. 30 Augustus 1947 no. U 50912 schreef de Minister van Binnenlandse Zaken (onder B. Vordering): „Het oordeel van Burgemeester en Wethouders over de doelmatigheid van de verdeling van woongelegenheid in de Gemeente en over de doelmatigheid van een vordering tot bevordering van deze verdeling moet steeds mede worden bepaald door overwegingen van rechtvaardigheid en billijkheid, met name ook voor wat betreft de volgorde, waarin tot vordering wordt overgegaan". De enige contrôle echter, die de wet vestigt, is de Commissie van Advies, genoemd in art. 8. Is de Commissie niet eenstemmig in haar advies, dan bestaat er beroep op Gedeputeerde Staten.

De praktijk, het feit dat de rechterlijke macht zich genoodzaakt heeft gevoeld, ondanks de stellige bewoordingen der wet, die dit te eenmale uitsluiten, in deze materie in te grijpen, bewijst wel, dat deze regeling volstrekt ontoereikend is.

Het valt te betreuren, dat te onzent thans meer dan ooit gegrepen wordt naar dit middel, naar het inschakelen van commissies die bewindslieden hebben te adviseren, daar waar de aanwezigheid van een deskundig ambtelijk apparaat dit volkomen overbodig, ja zelfs schadelijk doet zijn. Ter zake van de materie die ons thans bezig houdt, is het afhankelijk stellen van de mogelijkheid van beroep van het al dan niet eenstemmig zijn van de leden van een commissie, waar uit hoofde van de wijze van samenstelling politieke en persoonlijke quaesties in zo sterke mate de beslissingen beïnvloeden.¹⁾ uit den boze.²⁾

Het komt ons voor, dat de toepassing van het vertegen-

1) Zie Ministeriële beschikking van 30 Augustus 1947 sub 14 en die van 27 November 1947.

2) Het gevaar bestaat, dat de behandeling der gevallen gaat geschieden volgens het do ut des beginsel.

woordigend stelsel, hoe juist en doelmatig het ook moge zijn, haar grenzen heeft en dat deze grenzen gelegen zijn juist achter de samenstelling der legislatieve van Rijk, Provincie en Gemeente en de samenstelling der respectievelijke executieven in verband met de verhoudingen in de legislatieven. Voor commissies, die wederom een weerspiegeling zijn van geestesrichtingen of wel standen vertegenwoordigen en die Ministers, Colleges van Gedeputeerde Staten of het dagelijks bestuur der Gemeente moeten adviseren, maar wier advies men dikwijls niet wil of durft te passeren, zodat deze commissies van adviserende tot deciderende dreigen te worden, behoorde in ons Staatsbestel geen ruimte te zijn. Maar dit tussen haakjes.

Hoe nu tot een goede regeling te komen ter zake van de materie, die ons hier bezig houdt, te weten de vaststelling van rechtsregels voor het concrete geval door de Administratie in het algemeen en de bevoegdheid van het Gemeentebestuur op grond van art. 7 der Woningwet in het bijzonder?

De huidige situatie — dat de Nederlandse Juristenvereniging deze materie aan de orde stelt, in het bijzonder de wijze waarop de rechterlijke macht hier ingrijpt, bewijst het reeds — behoort niet te worden gehandhaafd.

Hoe hieraan tegemoet te komen?

Eerste oplossing. De gehele materie gaat over naar de rechterlijke organen. Het is een regeling, die, naar het schijnt, tijdens de behandeling van het ontwerp van wet in de secties der IIe Kamer door verschillende leden werd voorgestaan.

Aan deze regeling zijn wel enkele voordelen verbonden. Er zouden geen conflicten meer kunnen ontstaan tussen het administratief orgaan, hanterende art. 7 der Woonruimtetwet en de kantonrechter, hanterende het contractenrecht en in het bijzonder het Huurbeschermingsbesluit.

Men verwerpe deze regeling niet a priori. Het komt ons voor, dat thans, gezien de transformatie van de Administratie in de loop der tijden tot een orgaan, belast met vaststelling van rechtsregels voor het concrete geval in de déclaratoire vorm (vaststelling van de rechtsplicht) op de grondslag van delegerende regels, waarbij slechts één rechtsregel mogelijk d.w.z. legaal is, dit denkbeeld voor verschillende gevallen zeker niet zonder meer is te verwerpen. Aanvragen terzake van de administratieve vergunningen, zoals

die ingevolge de Woningwet, de Hinderwet, etc. zouden zeer goed door de rechterlijke macht kunnen worden behandeld, welke zich zeer wel technische voorlichting weet te verschaffen, gelijk o.a. het geval is inzake onteigeningsprocedures.

Des te meer zou de vervulling van deze taak door de rechterlijke macht hier niet tot de onmogelijkheden behoren, waar ook bij de vigerende regeling het Overheidsorgaan fungeert op verzoek, geval voor geval. D.w.z. *hier*, waar het aanvragen van vergunning betreft, staat elk geval op zichzelf, terwijl daar, waar de verrichting deel uitmaakt van de tenuitvoerlegging van een project, de verrichting ambtshalve geschiedt.

Zeker zouden bij-oogmerken, die détournement de pouvoir, tengevolge kunnen hebben, bij de rechterlijke macht minder te vrezen zijn dan bij de Administratie, mede het orgaan van een groot belangencomplex, het orgaan van een juridiek instituut: de openbare rechtspersoon Gemeente.

Waar de vaststelling van de rechtsregel ambtshalve geschiedt en deze verrichting dikwijls behoort tot de verwezenlijking van een algemeen project, is het misschien moeilijker, daarmede, in plaats van de Administratie, de rechterlijke macht te belasten, ofschoon juist hier het gevaar voor détournement de pouvoir veel groter is dan terzake van opzichzelfstaande gevallen. Wij denken hier aan onbewoonbaarverklaring op grond van art. 25 jo art. 23 der Woningwet en ook aan de vordering van woongelegenheid ex art. 7 der Woonruimtwet. Wat betreft de onbewoonbaarverklaring, deze maakt dikwijls, ofschoon niet steeds, deel uit van de verwezenlijking van een saneringsplan. De kans, dat men scheef gaat wat betreft de volgorde der onbewoonbaarverklaringen, is evenmin denkbeeldig als de mogelijkheid, dat men in verband met de verwezenlijking van het saneringsplan minder ernstige vóór ernstige gevallen van ongeschiktheid ter bewoning laat gaan.

Gelijk art. 7 der Woonruimtwet reeds aangeeft, maakt elke vordering steeds deel uit van een project: de doelmatige verdeling van woongelegenheid in de Gemeente en dit doet misschien de rechterlijke macht minder geschikt zijn, deze materie over te nemen. Immers, onze rechterlijke macht is niet gewoon een project uit te voeren en beziet de hem voorgelegde quaesties uit de aard der zaak geval voor

geval.¹⁾ Anders dan aan de Strafrechter, staat de burgerlijke rechter geen ambtelijk opsporingsapparaat ten dienste. Aan dit laatste zou wel tegemoet zijn te komen, maar het past kwalijk bij de rechterlijke traditie, met name die van de rechter in burgerlijke zaken, wiens functie zich kenmerkt door een grote mate van passiviteit, — naar onze opvatting een vaak al te grote — ambtshalve een zaak te entameren.

Zou men de functie van de administratieve organen willen overbrengen op de burgerlijke rechter, dan zou aan het gehele procédé toch een andere vorm moeten worden gegeven. Men zou aan de woningbehoefigen het initiatief moeten laten, de huns inziens passende woongelegenheden op te zoeken en tot het verkrijgen daarvan een vordering in te stellen. Het is mogelijk, dat reeds thans deze methode in bepaalde gemeenten in meerdere of mindere mate toepassing vindt en dat daarbij misschien het administratief orgaan de woningbehoefigen lijsten verstrekt van adressen, waar woongelegenheden te vergeven is, maar het komt ons voor, dat het geen aanbeveling verdient, dit systeem tot het wettelijke te verheffen.

Naast niet te loochenen voordelen zijn er o.i. dus grote nadelen aan verbonden, de materie der distributie van woongelegenheden in de gemeente van de Administratie over te brengen naar de judiciële organen.

Als een niet licht te achten bezwaar is aan te merken, dat zodoende de strafsanctie en de mogelijkheid van politiedwang zouden wegvallen; dat bovendien de materie geheel in de civielrechtelijke sfeer wordt getrokken, dat het uit

¹⁾ In de vordering zijn de eisen, die het algemeen project stelt, naar men mag aannemen, verwerkt. Er kunnen zich nu, nadat de vordering is geschied en het daarmee beoogde is verwezenlijkt, nieuwe omstandigheden voordoen: dringende behoefte voor eigen gebruik, onbehoorlijk gebruik door hem ten behoeve van wie werd gevorderd, ernstige overlast, die het wenselijk en billijk doen zijn — dit ten aanzien van hem van wie woonruimte is gevorderd — geheel en gedeeltelijk de toestand te herstellen, zoals deze was vóór dat aan de vordering werd gevolg gegeven of deze door middel van de sterke arm werd geëffectueerd. Hier heeft men uitsluitend te maken met de mérites van de zaak, deze op zich zelve beschouwd, zonder enig verband met het gehele plan van distributie van woonruimte in de gemeente, tot de verwezenlijking waarvan de plaats gehad hebbende vordering moest bijdragen.

De wetgever heeft hiermede inderdaad rekening gehouden en het ongedaan maken der vordering op grond van nieuwe omstandigheden opgedragen aan de rechter en niet aan de administratie.

te voeren project, te weten een doelmatige verdeling van woonruimte in de gemeente naar de achtergrond zal worden gedrukt en dat de procedure in eerste instantie reeds een zaak zal worden tussen twee burgers onderling.

En dit mag het in eerste aanleg nu juist niet zijn.

Het is de dwaling, die men belichaamd vindt in het ahangige ontwerp Huurwet (regelen nopens de huurprijzen van onroerend goed en de bescherming van de huurders), ingediend bij Koninklijke Boodschap d.d. 19 Januari 1950.

Het is een ontwerp vol van innerlijke contradicties. Zoals de M.v.T. het uitdrukt, is het doel, hetwelk de wetgever zich stelt: consolidatie van het huurprijsniveau op een verantwoord peil. M.a.w. de wet bedoelt de uitvoering van een *project*.

Maar door de verwezenlijking van het doel der wet afhankelijk te stellen van het al dan niet instellen van een actio van de huurder, wordt deze op losse schroeven gezet.

In de M.v.T. spreekt men zichzelf dan ook tegen, wanneer men hetgeen men bereiken wil met de wet, te weten de verwezenlijking van het bovengenoemd project, te niet doet met de bewering, dat „niet ontkend kan worden, dat de toepassing van de normen van de wet op de tussen de burgers bestaande rechtsverhouding in beginsel thuis behoort bij de rechter”, al is ook o.i. juist de opmerking dat de rechter „ook meer waarborgen van objectiviteit biedt dan de administratie”.

Echter, geenszins zijn de maatregelen tot het handhaven van een algemeen huurpeil op één lijn te stellen met gewone huurquaesties tussen twee partijen en is een gelijke procedure voor het ene en voor het andere niet te verdedigen en ook inopportuun.

A fortiori zou zulks het geval zijn terzake van de materie van een doelmatige distributie van woonruimte in de gemeente, wanneer men het in het ontwerp Huurwet ontworpen systeem te deze zou willen toepassen.

Wij zeggen: a fortiori, en wel omdat, anders dan terzake van de materie die de Huurwet zal bestrijken, hier geen voorafgaande contractuele verhouding bestaat tussen degene ten behoeve waarvan en hem van wie wordt gevorderd.

Tweede oplossing: Men opent de onvoorwaardelijke mogelijkheid tot hoger beroep op een rechterlijk orgaan, zij het

op een gewoon gerecht, zij het op een administratieve rechter. Een regeling derhalve, analoog aan die van de artt. 39 en 41 der Waterstaatswet 1900, met dien verstande, dat niet moet worden onderscheiden tussen rechtmatigheid en doelmatigheid, aangezien ook hier overeenstemming met het in de delegerende regel genoemde doel bestanddeel is van de rechtmatigheid en het gepretendeerde onderscheid, dat men in art. 39 tegenover art. 41 der Waterstaatswet heeft gemeend tot uitdrukking te moeten brengen, hier niet worde gemaakt.

In beroep zou dus een uitspraak van het administratief orgaan kunnen worden vernietigd, maar niet onverbindend worden verklaard. En nooit en te nimmer kan de handeling, waarbij het administratief orgaan een rechtsregel vaststelt voor het concrete geval, worden bevonden te zijn een onrechtmatige daad, die een gehoudenheid zou creëren tot vergoeding der daardoor veroorzaakte schade. Zelfs niet, als de beroepsrechter meent, dat de interpretatie van de delegerende regel een foutieve is geweest, noch wanneer de competentie werd overschreden. Dit evenmin als de rechter wordt geacht een onrechtmatige daad te hebben gepleegd in de zin van art. 1401 B.W., als de beroepsrechter of de Hoge Raad overschrijding van rechtsmacht constateert.

Men heeft wel eens voorgesteld - - bij de totstandkoming der wet — hier collegiaal te doen beslissen, in die voege, dat het lekenelement hier een plaats worde ingeruimd om te samen met de kantonrechter te beslissen. Een en ander in analogie met de werkwijze der pachtkamers.

Het komt ons voor, dat zulks geen aanbeveling verdient. De situatie is hier een andere dan die ten aanzien van de pachtzaken. In het geval dat ons hier bezig houdt toch, *werd* reeds een rechtsregel vastgesteld, welke rechtsregel wordt aangevochten. Er is o.i. geen aanleiding om het leken-element hier een plaats in te ruimen.

Wij hebben er de aandacht opgevestigd, dat het vaststellen van rechtsregels voor het concrete geval, al is ook voor elk geval slechts één rechtsregel mogelijk (legaal), vaak samenhangt met een reeks van dergelijke handelingen, waarmede men de verwezenlijking van een zeker project beoogt. Zeker, elke delegerende regel of rechtsregel in de algemene vorm heeft tot achtergrond een project tot het bereiken van een algemeen doel. De rechtsregel, die op diefstal straf stelt, belichaamt een project om de samenlevende individuen te

beschermen tegen diefstal. Echter, waar *op verzoek* de rechter of een administratief orgaan de rechtsregel voor het concrete geval vaststelt, heeft hij met het aan de toe te passen regel ten grondslag liggende project niets te maken. Dit geldt voor de strafrechter zowel als voor het College van Burg. en Weth., die beslist over de aanvraag om bouwvergunning.

Wij hebben er op gewezen, dat vooral daar, waar de Administratie ambtshalve, dus niet op verzoek, een rechtsregel voor het concrete geval vaststelt, dikwijls die rechtsvaststeller met deze handeling bewust een project aan het verwezenlijken is. Dit is enigszins het geval ten aanzien van het hoofd van een prijzenbureau, dat een huurprijs vaststelt. Het is zeker het geval met het College van Burg. en Weth., handelende uit hoofde van art. 7 der Woonruimtetwet.

Stelt men beroep op een rechterlijke instantie open, waarbij dus op verzoek de rechtsregel voor het concrete geval, en thans opnieuw, wordt vastgesteld, dan treedt zeker het algemeen project, te weten: een doelmatige verdeling van woonruimte in de Gemeente, daarbij terug, is daardoor détournement de pouvoir minder te vrezen en wordt slechts beoordeeld, of de delegerende regel van art. 7 ten aanzien van het individu, dat zich voorziet in beroep, op juiste wijze is toegepast. Het is daarom onder meer, dat justiciablen en ook administrablen bij rechterlijke organen, hetzij burgerlijke dan wel administratieve gerechten, hun belangen gewaarborgd achten: namelijk niet alleen omdat deze, anders dan de actieve Administratie, geen vertegenwoordigers zijn van belangencomplexen, maar ook omdat zij, anders dan in vele gevallen de actieve Administratie, slechts op verzoek van hen die daarbij belang hebben of menen te hebben, de rechtsregel voor het concrete geval vaststellen, waardoor zij minder het oog gericht hebben op het grote, algemene project, dat aan de toe te passen rechtsregel ten grondslag ligt of daarin is belichaamd en meer op hetgeen rechtens is ten aanzien van de individuele verzoeker.

Ook op het volgende zij nog de aandacht gevestigd. Anders dan bij hetgeen thans te onzent administratieve rechtspraak wordt genoemd, moet de rechtsvaststeller in eerste aanleg, b.v. het College van Burg. en Weth. dat beschikt heeft over een aanvraag om vergunning krachtens de Hinderwet, hetzelfde college woongelegenheid vorderende

op grond van art. 7 der Woonruimtetwet, volkomen terugtreden en niet als partij voor de beroepsrechter verschijnen. Evenmin als dit het geval is met de rechter in eerste aanleg, moet het administratief orgaan of diens gemachtigde zijn aangevochten handeling verdedigen. Vermeden moet worden de procedure, zoals die b.v. thans plaats heeft voor de afdeling contentieux van de Raad van State.

Wie zal de beroepsrechter moeten zijn? Het is niet de taak van de strafrechter, de rechtsplicht vast te stellen. Hij constateert dat een rechtsplicht is geschonden en dientengevolge een sanctie moet worden toegepast.

Moet dan de burgerlijke rechter de vordering van de Administratie in beroep bevestigen of vernietigen?

Geen bezwaar, *mits* daarbij in tact zou kunnen worden gelaten de strafsanctie en de mogelijkheid tot uitoefening van politiedwang. En dit is wel zeer moeilijk te verwezenlijken.

Met het oog daarop zij de voorkeur gegeven aan een onafhankelijke administratieve rechter.