

Dient de wet ten aanzien van ten algemene nutte strekkende zaken bijzondere regelen te bevatten en zo ja, welke?

Praeadvies van Mr. D. van der Wel.

De vraagstelling zal in dit praeadvies worden benaderd vanuit de gezichtshoek van de overheid, van de functie, de taak, die de overheid in het maatschappelijk gebeuren heeft te vervullen: het behartigen van het algemeen belang¹. De bij deze behartiging van het algemeen belang direct betrokken roerende en onroerende zaken zijn aan te merken als ten algemene nutte strekkende zaken².

Men pleegt ten algemene nutte strekkende zaken te onderscheiden in:

- a) zaken, waarvan het publiek gebruik kan maken en
- b) de overige zaken waarvan de overheid voor de uitoefening van haar taak gebruik kan maken³.

Tot de eerste categorie zijn te rekenen de openbare wegen en vaarten, de stranden van de zee, scholen, musea, postkantoren, sportterreinen, openbare zwembaden enz. Ten dele dus zaken, die voor ieder toegankelijk zijn, ten dele zaken, waarvan onder bepaalde omstandigheden en voorwaarden gebruik kan worden gemaakt. In de terminologie van de Duitse wetenschap: Sachen in Gemeingebruch en Anstalten⁴.

Onder de tweede categorie vallen voor een overwegend deel de dienstgebouwen van de overheid, de daar aanwezige apparatuur, doch evenzeer waterkeringen, fortificatiën, enz.

De hier bedoelde zaken behoren voor een belangrijk deel

¹ Vergl. hierover uitvoeriger A. A. Brasz, A. Kleyn en J. in 't Veld, Inleiding tot de bestuurswetenschap (1962), blz. 46 v.v.

² In deze ruime zin R. Kranenburg, Inleiding in het Nederlandsch Administratief Recht (1941), blz. 134; zie in dit verband mede M. M. van Praag, Algemeen Nederlands Administratief Recht (1950), blz. 274 e.v.

³ In deze zin Donner in het Algemeen deel van Nederlands Bestuursrecht (1962), blz. 154.

⁴ Vergl. Donner, t.a.p. blz. 154 en zijn reserves t.a.v. de onderscheiding in Sachen in Gemeingebruch en Anstalten op blz. 155.

aan de overheid. De vraag, of hier gesproken kan worden van eigendom is in de vorige eeuw onder invloed van in Frankrijk door Proudhon ontwikkelde theorieën ontkend. Naar huidig inzicht zijn de openbare lichamen normaal eigenaar van de hun ten behoeve van de uitoefening van hun overheidstaak toebehorende zaken⁵.

De vraagstelling wordt intussen gecompliceerd door de omstandigheid, dat een niet onbetekenend aantal ten openbare nutte strekkende zaken niet toebehoren aan de overheid, doch eigendom zijn van natuurlijke personen of van (niet met overheidsgezag beklede) rechtspersonen⁶. Historisch gegroeid t.a.v. openbare wegen en dijken, uitdrukkelijk gecreëerd t.a.v. tal van openbare voorzieningen, waarvan de verzorging bewust aan particuliere instellingen is overgelaten (de geconcessioneerde onderneming) of met financiële medewerking van de overheid mogelijk gemaakt, althans in zeer sterke mate bevorderd (men denke bijv. aan de schoolgebouwen met hun inventaris, toebehorend aan een schoolvereniging, de woningen, in eigendom en exploitatie bij een woningbouwvereniging, de eigendommen van allerlei instellingen, die maatschappelijk werk bedrijven)⁷.

De zaken, strekkende ten algemene nutte, enerzijds onderscheidend in zaken, waarvan het publiek gebruik kan maken en in de overige zaken, waarover de overheid voor de uitoefening van haar taak kan beschikken en anderzijds deze ten algemene nutte strekkende zaken verdelend in zaken, toebehorend aan de overheid en in zaken, welke eigendom zijn van particulieren, komt men dus tot de volgende verdeling van de ten openbare nutte strekkende zaken:

⁵ Zie hierover uitvoerig W. G. Vegting, *Publiek domein en zaken buiten de handel*, (1946); J. B. Sens, *Eigendom van zaken voor den openbaren dienst bestemd*, (1934); Asser-Beekhuis, blz. 75; zeer onlangs nog eens uitdrukkelijk erkend in het arrest van de Hoge Raad van 19 januari 1962, N.J. 1962, No. 151.

⁶ Vergl. K. B. 21 september 1928, S 378. In dezelfde zin het K. B. van dezelfde datum, opgenomen in S 379.

⁷ In beschouwingen over de overheidssubsidiëring heeft deze indirecte vorm van besturen, van dienen van het algemeen belang, na de laatste wereldoorlog de bijzondere aandacht gekregen. Verwezen zij naar F. Hartog en S. O. van Poelje, *Bestuur door middel van subsidiëring*, in *Bestuurswetenschappen*, maart 1952, blz. 117 e.v.; zie in dit verband ook Brasz, Kleyn en In 't Veld, t.a.p. blz. 93 v.v. en blz. 313 v.v.

- | | |
|--|----------------------------------|
| I zaken waarvan het publiek gebruik kan maken | 1) toebehorend aan de overheid |
| | 2) toebehorend aan particulieren |
| | 3) toebehorend aan de overheid |
| II zaken, waarvan het publiek geen gebruik kan maken | 4) toebehorend aan particulieren |

In de inleidende opmerkingen zijn als ten algemene nutte strekkende zaken aangemerkt de bij de behartiging van het algemeen belang betrokken roerende en onroerende goederen.

De term „ten algemene nutte” komt in een aantal wetsbepalingen voor. Genoemd mogen worden art. 19, sub A, IX, c van de Waterstaatswet 1900, hetwelk aan de Commissaris van de Koningin en aan alle belanghebbenden recht van beroep op de Kroon toekent van krachtens provinciale verordeningen betreffende de waterstaat of reglementen van waterschappen, veenschappen en veenpolders genomen besluiten van gedeputeerde Staten, houdende beslissingen „betreffende de vraag of en in hoeverre waterstaatswerken liggen ten algemeenen nutte”⁸.

De meest bekende vindplaats is echter zonder twijfel artikel 165 van de Grondwet, waarin gesteld wordt, dat onteigening *ten algemenen nutte* niet kan plaats hebben dan na voorafgaande verklaring bij de wet, dat *het algemeen nut* de onteigening vordert en tegen vooraf genoten of vooraf verzekerde schadeloosstelling, een en ander volgens de voorschriften der wet. De door dit grondwetsartikel gevorderde Onteigeningswet begint met in artikel 1 te stellen: „*Onteigening ten algemeenen nutte* kan in *het publiek belang* van den Staat, van eene of meer provinciën, van eene of meer gemeenten, en van een of meer waterschappen plaats vinden.” Met kleine nuanceverschillen vindt men deze terminologie in de verdere bepalingen van de Onteigeningswet terug, zo in de artt. 5, 6 en 10. Dit is evenzeer in verschillende andere wetten het geval. Men zie bijv. art. 1, lid 1, van de Belemmeringenwet Verordeningen, en art. 1, lid 1 van de

⁸ Vergl. voor deze bepaling: De Goede, Het beheer in het Waterstaatsrecht, blz. 21 en Schilthuis, Waterschapsrecht, 2e dr, 1960, blz. 465.

Belemmeringenwet Privaatrecht, waar sprake is van openbare werken, waarvan „het algemeen nut uitdrukkelijk bij de wet is erkend”, art. 9 van de Electriciteitswet⁹ („Ten behoeve van bepaalde doeleinden van algemeen nut”), art. 4, lid 1, sub d van de Wet op de personele belasting 1959, inhoudende, dat onder de hier nader omschreven omstandigheden geen belasting wordt geheven wegens het gebruik van percelen als inrichting tot algemeen nut en art 351 van het Wetboek van Strafrecht („voor zoover deze werken, leidingen of riolen ten algemeenen nutte gebezigd worden”).

Men kan globaal zeggen, dat de woorden „ten algemene nutte” of „het algemeen nut” hier gebruikt worden in de zin van dienen van het algemeen belang. Zo begrijpt de Memorie van Toelichting ad art. 19, sub A, IX, c Waterstaatswet 1900 onder ten algemene nutte liggende waterstaatswerken „een dijk, die, hoewel niet rechtens voor een ieder toegankelijk, toch dient tot bescherming van het algemeen”, en zegt de Memorie van Toelichting met betrekking tot art. 1 van de Ontheeningswet „Ten algemeenen nutte duidt niets anders aan, dan dat ontheening alleen door het publiek belang van den Staat, de provincie, het waterschap of de gemeente moet bevolen worden.”

De Minister van Financiën verklaarde in zijn resolutie van 18 januari 1897 t.a.v. het begrip algemeen nut in de Wet op de personele belasting, dat dit is op te vatten als tegenstelling met het bijzonder belang van particulieren.

Naast de omschrijving van ten algemene nutte strekkende zaken treft men met betrekking tot de bij de behartiging van het algemeen belang betrokken zaken in een aantal artikelen omschrijvingen aan als „voor de openbare dienst bestemde zaken” (men zie bijv. art. 778 van het Wetboek van Koophandel, de artt. 438a en 721, 2e lid van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering en art. 275 lid 1 en 3 van de gemeentewet) en „tot gemeenen dienst van allen bestemd” (art. 209, sub h van de gemeentewet).

Het begrip „algemeen belang” in de verschillende onderdelen van het administratief recht vormde het onderwerp van de op 19 mei 1950 gehouden algemene vergadering van de Vereniging voor Administratief Recht.

⁹ Dit artikel is nog niet in werking getreden.

S.O. van Poelje, één van de praeadviseurs over dit onderwerp, schrijft, wanneer hij „tracht een balans op te maken naar aanleiding van de bijeengelezen resultaten van wetenschap en wetgeving”, dat men uit het in zijn praeadvies verzamelde materiaal „moeilijk het bestaan (kan) afleiden, hetzij van één, duidelijk te definiëren, begrip algemeen belang, dat op alle onderdelen van het publiek recht zijn invloed doet gelden, hetzij van verschillende interpretaties of duidelijk te onderscheiden aspecten van het begrip algemeen belang, die ieder voor een bepaald onderdeel van het publiek recht een belangrijke rol spelen. De zaak schijnt integendeel zo te liggen, dat de term algemeen belang enerzijds gebruikt wordt, indien, ter bepaling van de gedachten en min of meer ter geruststelling van het publiek, een verwijzing nuttig geacht wordt naar de totaliteit van hoge beginselen, die het openbaar bestuur, ook als dit niet in de wet uitgesproken wordt, toch altijd in acht moet nemen, en anderzijds een inderdaad specifieke betekenis heeft gekregen in het raam van het vernietigingsrecht. Hierdoor vindt men dan tevens, aldus nog steeds S. O. van Poelje, de verklaring en rechtvaardiging van het feit, dat de juridische literatuur zich met de vernietiging wegens strijd met het algemeen belang zo ruimschoots heeft beziggehouden, doch overigens aan dit begrip buiten het terrein van de vernietiging, weinig of geen aandacht heeft besteed. De erkenning immers van het algemeen belang als richtsnoer voor het openbaar bestuur is noodzakelijk, doch geeft geen aanleiding tot juridische problematiek” ¹⁰.

En C. H. F. Polak komt in zijn praeadvies voor dezelfde vergadering tot overeenkomstige conclusies, wanneer hij schrijft ¹¹:

„Maar deze beide voorbeelden bewijzen nogmaals, zo dit nodig mocht zijn, hoe vaag, hoe weinig zeggend de woorden „algemeen belang” zijn en hoe een enigszins bevredigende omschrijving daarvan, welke enig houvast geeft voor toetsing van bestuurshandelingen, niet is te geven. Duizend en één zijn de onderwerpen waaron trent gemeenteverordeningen regelen stellen en mogen stellen. Ondoenlijk is het hier een scherpe grens te trekken tussen algemene belangen enerzijds, groep- en individuele belangen anderzijds, daar

¹⁰ t.a.p., blz. 21

¹¹ t.a.p., blz. 45

een belang van een groepje of categorie van ingezetenen, bijv. de melkbezorgers of de postduivenhouders, een algemeen belang kan zijn." En enkele regels verder schrijft Polak „In welke mate algemeen- en bijzonder belang kunnen samenvallen, blijkt wel zeer duidelijk in een tijd, waarin de overheid grote bedragen geeft aan personen, die zich een woning laten bouwen. Naarmate de overheid krachtiger streeft naar het ideaal van een welvaartsstaat¹², naarmate men in breder kring het als taak van de Staat gaat zien de bestaanbaarheid van zijn burgers te waarborgen, de onzekerheden en wisselvalligheden van het leven voor hen op te vangen en de voorziening in vele van hun behoeften en de behartiging van tal van hun belangen op zich te nemen, worden individuele belangen getrokken in de sfeer van of volledig gemaakt tot een algemeen belang."

De uitbreiding van hetgeen de maatschappelijke ontwikkeling geleidelijk aan binnen de kring van het algemeen heeft getrokken heeft tevens het aandeel van anderen dan overheidslichamen, dus van private natuurlijke en rechtspersonen in de verzorging van dit algemeen belang vergroot. Of, zoals Donner het uitdrukt in Nederlands Bestuursrecht in zijn hoofdstuk over de zaken van het openbaar bestuur, „dat in het bestuur de politiemans en de inspecteurs allengs een grote plaats hebben moeten inruimen voor de producent of de grossier in levensbehoeften, welke verschaaffing op zo groot mogelijke schaal als een zaak van openbaar belang wordt gezien"¹³.

Het algemeen belang is — de enkele citaten uit meer recente litteratuur mogen daartoe voldoende zijn — geen duidelijke rechtsnorm. Het is primair een vraag van politiek inzicht wat men tot het algemeen belang, resulterend in wetgeving¹⁴ en bestuursbeleid, rekent. Daarbij is tevens duidelijk, dat men niet algemeen belang kan stellen tegenover bijzonder belang. Integendeel: in tal van gevallen impliceert — men zie het hiervoor aan Prof. Polak ontleende

¹² Zie over de term „welvaartsstaat" A. M. Donner in zijn beschouwing onder deze titel in de Mededelingen der Koninklijke Akademie van Wetenschappen, afd. Letterkunde, nieuwe reeks, deel 20, no. 15 (1957).

¹³ Algemeen deel (1962), blz. 156.

¹⁴ Vergl. J. in 't Veld, Doelmatigheid in de bestuursinrichting in Staatswetenschappelijke opstellen, aangeboden aan Prof. Mr. R. Kranenburg bij zijn aftreden als hoogleraar, blz. 167.

citaat — het algemeen belang het behartigen van bepaalde particuliere of groepsbelangen.

In de omschrijving van ten algemene nutte strekkende zaken speelt als tweede element een rol, dat de zaken waar het om gaat, bij de behartiging van het algemeen belang zijn betrokken. Het is in beginsel aan de overheid uit te maken welke roerende en onroerende zaken zij bij de behartiging van het algemeen belang wenst te betrekken. In deze zin kan men een heel eind met Van Geleijn Vitringa meegaan, wanneer hij de bestemming van zaken tot de publieke dienst kwalificeert als „eene bloote handeling, die de eigenaar verricht met zijn eigendom”. Bepaald te ver gaat Van Geleijn Vitringa, wanneer hij hieraan de consequentie verbindt, dat de bestemming tot de publieke dienst, „als voorvallende tussen persoon en zaak” geen rechtskarakter bezit ¹⁵.

Voor zover het betreft zaken, waarvan het publiek gebruik kan maken, creëert de bestemming van overheidswege een gebruiksrecht van dit publiek overeenkomstig de gegeven bestemming en onder de daarvoor geldende voorwaarden ¹⁶.

Met betrekking tot één van de allerbelangrijkste voor publiek gebruik openstaande zaken, de openbare wegen, heeft de bestemming een zorgvuldige wettelijke regeling gevonden in de Wegenwet. Het aan de openbaarheid van de wegen gewijde tweede hoofdstuk van deze wet regelt allereerst de positie van de bij de invoering van de wet bestaande wegen (art. 4). Zij aanvaardt daarbij, aansluitende aan historisch gegroeide situaties, de door particulieren gegeven bestemming van openbare weg (zie art. 4, lid 1, sub III). Na het inwerking treden van de wet is de bestemming door particulieren (of beter door anderen dan Rijk, provincie, gemeente of waterschap) echter slechts mogelijk met medewerking van de raad van de gemeente, waarin de weg is gelegen (art. 5, lid 1). De wet geeft nauwkeurig, met termijnen en mogelijkheid van beroep, de hierbij te volgen procedure (zie art. 5, lid 3 en volgende). Als grondregel kan men intussen stellen, dat de bestemming tot openbare weg in handen is gelegd van de drie, territoriaal bepaalde, corporaties Rijk, provin-

¹⁵ Onteigening van publiek domein, Rechtsgeleerd Magazijn 1903, blz. 177; zie in dit verband mede Donner, Algemeen deel Nederlands Bestuursrecht (1962) blz. 151.

¹⁶ Zie over het karakter van dit gebruiksrecht mijn mede-praeadviseur en de door hem geciteerde literatuur.

cie en gemeente, alsmede van de waterschappen (vergl. art. 5, lid 2).

Dit alles geldt voor *openbare* wegen. De Wegenwet is uitsluitend op deze wegen van toepassing (vergl. art. 1, lid 1 Wegenwet). De Wegenverkeerswet hanteert een ruimer begrip weg. Zij heeft blijkens art. 1, sub 1 c, betrekking op alle voor het openbaar rij- of ander verkeer openstaande wegen of paden". Onder deze omschrijving vallen dus ook wegen, die niet openbaar zijn in de zin van de Wegenwet, doch wel feitelijk, al dan niet ingevolge een uitdrukkelijke wilsverklaring van de eigenaar, voor het openbaar verkeer openstaan. Ook deze wegen, die niet openbaar zijn in de zin van de Wegenwet, zijn zolang zij voor het openbaar verkeer openstaan, aan te merken als ten openbare nutte strekkende zaken. Dat dit zolang deze situatie voortduurt, vèrgaande consequenties kan hebben t.a.v. de bevoegdheden van de eigenaar leert het hierna te bespreken arrest van de Hoge Raad van 6 november 1962, N.J., 1963, no. 57.

In de vorige alinea werd reeds even aangestipt, dat bestemming ten openbare nutte ook zonder uitdrukkelijke wilsverklaring uit de feitelijke omstandigheden kan voortvloeien, soms gecombineerd met een officiële constatering van deze situatie¹⁷. Een voorbeeld van een uit de feitelijke omstandigheden voortvloeiende bestemming vormt mede de openbaarheid door verjaring, waarvan sprake is in art. 4, lid 1, sub I en II van de Wegenwet. Als voor de duur van de verjaring relevante omstandigheid wordt hier onder II genoemd onderhoud door Rijk, provincie, gemeente of waterschap. Dit brengt de termijn van 30 jaar, genoemd onder I, terug tot 10 jaar.

Bestemming ten openbare nutte vormt in art. 1 de vooronderstelling voor de hantering van de Ontheigeningswet. Zij ligt eveneens ten grondslag aan de toepassing van de Belemmeringenwet Privaatrecht en de Belemmeringenwet Verordeningen.

In het kader van de bestemming ten algemene nutte liggen evenzeer de talrijke voorschriften, die het gebruik van een bepaalde roerende of onroerende zaak ten algemene nutte slechts toestaan, indien de zaak aan bepaalde eisen voldoet. In dit verband moge bijv. genoemd worden art. 6 van de

¹⁷ Zie in deze zin B. de Goede, Het beheer in het waterstaatsrecht, blz. 25.

Lager-onderwijswet 1920, inhoudende, dat bij algemene maatregel van bestuur t.a.v. scholen, die geheel of gedeeltelijk uit de openbare kas worden onderhouden, zowel in het belang van de gezondheid als van het onderwijs algemene regelen worden vastgesteld omtrent de bouw en de inrichting van de lokalen, waar lager onderwijs wordt gegeven en omtrent de inrichting der terreinen voor het onderwijs in de lichamelijke oefening.

Behalve dat de lokalen van uit de openbare kassen gefinancierde scholen aan bepaalde eisen moeten voldoen, is het verboden (zie art. 7 Lageronderwijswet 1920) schoolonderwijs te geven in lokalen, welke door de krachtens de Gezondheidswet aangewezen inspecteur van de volksgezondheid zijn afgekeurd als schadelijk voor de gezondheid of van onvoldoende ruimte voor het aantal schoolgaande kinderen.

Hetgeen in art. 6 van de Lager-onderwijswet 1920 wordt bepaald t.a.v. de lokalen van de lagere scholen geldt ook voor de lokalen, waarin Middelbaar en Nijverheidsonderwijs wordt gegeven (zie art. 2 wet 25 april 1879 S. 67 en art. 6 Nijverheidsonderwijswet) ^{17a}. Financiële sancties hierop vindt men in Middelbaar Onderwijswet. Geen exploitatievergoeding wordt gegeven voor gebouwen of terreinen, die niet geschikt zijn voor hun bestemming (zie art. 36 quater lid 8 en art. 45 sexies, lid 10 van de Middelbaar Onderwijswet).

Interessant materiaal biedt evenzeer onze wetgeving met betrekking tot het openbaar vervoer. Een spoorwegdienst mag niet worden geopend zonder voorafgaande ministeriële machtiging. Een machtiging, welke niet wordt verleend zonder dat eerst een opneming van de spoorweg en de daartoe behorende werken heeft plaats gevonden. Gelijke opneming gaat vooraf aan het in gebruik nemen van nieuwe of herstelde locomotieven, tenders, rijtuigen of wagens (art. 7 Spoorwegwet). Een autobus wordt niet in dienst gesteld of na wijziging opnieuw in dienst gesteld dan na vanwege de Directeur-generaal van het verkeer te zijn onderzocht en goedgekeurd (art. 66 Uitvoeringsbesluit Autovervoer personen 1939).

Evenzeer als het in beginsel aan de overheid is uit te

^{17a} Zie over dit alles uitvoeriger: G. A. van Poelje, De Wetgever en de Scholenbouw, Bestuurswetenschappen, November 1953, ook opgenomen in de bundel Wet en Wezen II, blz. 78 e.v.

maken, welke roerende en onroerende zaken zij bij de behartiging van het algemeen belang wenst te betrekken, c.q. betrokken kunnen zijn, is het in beginsel aan de overheid t.a.v. bepaalde roerende of onroerende zaken te bepalen, dat zij verder niet bij de behartiging van het algemeen belang zijn betrokken. Deze onttrekking aan de verzorging van het algemeen belang is al evenmin als de bestemming daartoe een zuiver interne aangelegenheid. Op tal van punten komt dit in de wetgeving tot uiting in voorschriften, die de onttrekking van bepaalde zaken aan de dienstbaarheid aan het algemeen belang aan beperkende bepalingen onderwerpen.

Ook hier geeft de Wegenwet een met veel waarborgen omklede regeling. Tot onttrekking wordt niet besloten zonder dat belanghebbenden in de gelegenheid zijn gesteld van het voornemen tot onttrekking kennis te nemen en hun bezwaren tegen de onttrekking in te dienen (Vergl. art. 10 en art. 11, lid 2).

In de gevallen, waarin de bevoegdheid tot onttrekking van de weg aan het openbaar verkeer bij de Provinciale Staten (art. 8, lid 2) of bij de gemeenteraad (art. 9) berust, zijn deze besluiten resp. aan de goedkeuring van de Kroon en van Gedeputeerde Staten onderworpen. Voorts staat van de beslissingen van Gedeputeerde Staten in deze beroep open op de Kroon (zie art. 11a).

Naast onttrekking krachtens een uitdrukkelijke beschikking kent de Wegenwet ook de mogelijkheid (zie art. 7, sub I), dat een weg ophoudt openbaar te zijn, wanneer hij gedurende dertig achtereenvolgende jaren niet voor een ieder toegankelijk is geweest.

Met het vorenstaande zijn, naar het voorkomt, de verschillende elementen van de vraagstelling voldoende aangegeven. De vraag zelf: „Dient de wet ten aanzien van ten algemene nutte strekkende zaken bijzondere regelen te bevatten en zo ja welke?” kan hij, die in navolging van Hamaker en Scholten¹⁸ het privaatrecht ziet als het gemene recht ook aldus formuleren: Is het gemene recht toereikend om de ten algemene nutte strekkende zaken aan hun bestemming te laten beantwoorden?

¹⁸ Vergl. Scholten in zijn Algemeen deel in de Asser-serie, 2e dr, blz 40 e.v.

Dit laten beantwoorden aan de bestemming houdt tweemaal in. In de eerste plaats, voor zover de bestemming impliceert een bepaald gebruik (dit kan dus zowel zijn een gebruik vanwege de overheid, als een publiek gebruik) de mogelijkheid van een ongestoord gebruik overeenkomstig de gegeven bestemming. In de tweede plaats vordert dit de instandhouding van de zaak.

Het eerste punt inzake de mogelijkheid van een ongestoord gebruik overeenkomstig de gegeven bestemming heeft zowel consequenties t.a.v. het gedrag van degene, die de zaak toebehoort, als t.a.v. degene die van de zaak gebruik maakt. De eigenaar van de zaak, in de meeste gevallen een overheidslichaam, ziet zich door de bestemming van de zaak ten openbare nutte en de op grond hiervan door het bevoegd gezag gegeven voorschriften beperkt in zijn vrije beschikkingsmogelijkheid over de zaak. De gebruiker van de zaak is gehouden zulks evenzeer te doen in overeenstemming met de bestemming, die de zaak heeft en de met het oog hierop gegeven regelen of gestelde voorwaarden.

Niet slechts voor de eigenaar en gebruiker doch ook voor de Rijks-, provinciale- of gemeentelijke overheid is de aard van de bestemming ten algemene nutte, al naar gelang van haar positie rechtens, c.q. feitelijk bepalend voor de vraag hoever zij met haar regelings- en bestuursbevoegdheid kan gaan.

De meest belangrijke voor publiek gebruik openstaande zaken zijn zonder twijfel de voor ieder toegankelijke openbare wegen.

Prins¹⁹ ziet het recht om van de openbare weg gebruik te maken als één van de voornaamste bestanddelen van hetgeen Vegting²⁰ noemt „het meer algemene subjectieve recht op persoonlijke bewegingsvrijheid”. Een duidelijke definitie van het begrip openbare weg zal men intussen in de Wegenwet, die, zoals hiervoor reeds werd aangestipt, uitsluitend op openbare wegen van toepassing is, tevergeefs zoeken. De erkenning, dat de toegankelijkheid voor ieder het wezen van de openbaarheid vormt, vindt men intussen in art. 7, sub I van de Wegenwet; zij vindt strafrechtelijke bescherming in

¹⁹ In zijn artikel Rechtsgelijkheid en Willekeur, opgenomen in Bestuurswetenschappen 1961, blz. 137.

²⁰ Administratief Recht II, blz. 316.

art. 427, sub 6°, van het Wetboek van Strafrecht²¹.

Deze toegankelijkheid van de openbare weg voor een ieder zal de overheid bij de uitoefening van haar wetgevende bevoegdheden en van haar bestuurstaak duidelijk in het oog dienen te houden. Daarbij vindt de overheid bovendien enkele zeer essentiële bepalingen uit de Grondwet op haar weg, met name de artt. 4, lid 1. (Allen, die zich op het grondgebied bevinden, hebben gelijke aanspraak op bescherming van persoon en goederen) en 7 (het artikel betreffende de drukpersvrijheid).

Artikel 4 van de Grondwet speelde een rol in het bekende arrest van de Hoge Raad van 12 februari 1940, N.J. 1940, 622, inzake het Haagse tippelverbod. De Hoge Raad verklaarde in dit arrest in afwijking van de conclusie van zijn advocaat-generaal, die hier ook nog strijd zag met art. 171 van de Grondwet, „dat art. 4 van de Grondwet zich geenszins verzet tegen een bij gemeentelijke verordening aan alle vrouwen, die zich aan prostitutie overgeven, opgelegde beperking in hare bewegingsvrijheid.”

Dit art. 4 van de Grondwet was mede in het begin van deze eeuw in het geding bij de debatten over de vraag of de bekende Amsterdamse postenorder rechtmatig was²².

Artikel 7 van de Grondwet is vele malen aan de orde geweest bij de vraag, in hoeverre de gemeente bevoegd is voorschriften te geven met betrekking tot de verspreiding van drukwerken. Beperking naar tijd, plaats en wijze van verspreiding in het belang van de openbare orde, in het bijzonder van het verkeer, zou de lagere wetgever geoorloofd zijn; beperking naar de inhoud is aan Koningin en Staten-Generaal voorbehouden²³.

Een bekend twistpunt is voorts in hoeverre openbare wegen, wegen dus, die rechte tens voor ieder toegankelijk zijn, mogen worden afgesloten ten behoeve van feesten, tentoon-

²¹ Zie uitvoeriger over de openbaarheid: Damen, Een kritische beschouwing over de Wegenwet, (1959), blz. 13 e.v.

²² Met betrekking tot de Amsterdamse postenorder en het Haagse tippelverbod moge, behalve naar de handboeken over het staatsrecht, worden verwezen naar blz. 137 e.v. van het zojuist geciteerde artikel van Prins in Bestuurswetenschappen.

²³ Vergl. Van der Pot, Handboek van het Nederlandse Staatsrecht, 7e druk, blz. 484 e.v. en de daar op blz. 488 genoemde arresten van de Hoge Raad van 28 november 1950, N.J. 1951, nrs 137 en 138.

stellingen, motorraces, vuurwerk en dergelijke. In het bijzonder werd deze vraag discutabel, wanneer men tegen betaling van een bepaalde som aan de organisatoren van het feest de afgesloten wegen wel mag betreden.

Tijdelijke afsluiting van de weg voor bepaalde vormen van verkeer of voor alle verkeer ten behoeve van feesten, tentoonstellingen en dergelijke lijkt mogelijk voor zover de vrijheid van het verkeer of de veiligheid op de weg zulks vordert²⁴. Met Troostwijk²⁵ meen ik, dat het ongeoorloofd is de organisatoren van het feest of de wegwedstrijden toe te staan tegen betaling ontheffing te verlenen van de uitgevaardigde tijdelijke gesloten verklaring. Ook de wijze waarop het gemeentebestuur van Etten en Leur in 1948 deze zaak meende te kunnen oplossen²⁶ door de verordening op de gemakkelijksbelasting in die zin te wijzigen, dat iedere bezoeker belastingplichtig werd tot het tevoren als entree geheven bedrag, waarna de belastingopbrengst als subsidie aan de organiserende instantie werd uitgekeerd, kan m.i. niet door de beugel. Ik deel Troostwijks mening dat deze heffing — die blijkbaar Koninklijke goedkeuring verkreeg — zich niet verdraagt met het in hoofdstuk VII van de Wegenwet opgenomen verbod inzake tolheffing.

Geoorloofd daarentegen is een partiële ingebruikneming van de weg tegen betaling van een retributie.

Het gedrag van de weggebruiker vindt in hoofdzaak zijn regeling in de Wegenverkeerswet, het daarop steunende Wegenverkeersreglement en de ter uitvoering daarvan getroffen maatregelen. Deze voorschriften zijn niet slechts van toepassing, zoals hiervoor bleek, op openbare wegen in de zin van de Wegenwet, doch op alle voor het openbaar rij- of andere verkeer openstaande wegen of paden. Uit dit gehele complex van regelen is in het kader van dit praeadvies van betekenis, dat de toegankelijkheid van een weg — ook van een openbare weg in de zin van de Wegenwet — geen beletsel vormt voor het creëren van een systeem van verbodsbepalingen met de mogelijkheid van dispensatie voor indivi-

²⁴ Aldus ook Duchemin in Verkeersrecht 1954, blz. 90; Troostwijk leek in zijn bijdrage in dezelfde jaargang, blz. 21 v.v. te aarzelen, zie echter ook zijn onderschrift onder het artikel van Duchemin.

²⁵ Zie zijn in noot 24 aangehaald artikel.

²⁶ Vergl. Burgemeester van Rooy in De Nederlandse Gemeente van 4 juni 1948.

duelc weggebruikers. Zo kan aan bepaalde weggebruikers worden toegestaan met een vrachtauto met een wioldruk van meer dan 2400 kg of een breedte van meer dan 2,20 m niettemin over een B-weg te rijden. Zowel het persoonlijk belang van de weggebruiker als het algemeen belang kunnen zulks rechtvaardigen. Uiteraard zal men t.a.v. gelijksoortige gevallen gelijksoortige beslissingen behoren te nemen. Zeker is intussen, dat openbaarheid van een weg niet inhoudt, dat iedere gebruiker tot een zelfde gebruik gerechtigd is.

Voor de draagwijdte van de toepasselijkheid van de Wegenverkeerswet en de daarop steunende voorschriften op voor het openbaar rij- of ander verkeer openstaande wegen of paden, die geen openbare wegen zijn in de zin van de Wegenwet, is van betekenis het arrest van de Hoge Raad van 6 november 1962, N.J. 1963, no. 57. De gemeente Amsterdam had met betrekking tot de toegang tot het haar in privaat eigendom toebehorende Amsterdamse bos (welk bos gelegen is in de gemeente Nieuwer Amstel buiten de bebouwde kom) borden geplaatst met het opschrift: „Het is verboden in het bos te rijden met motorrijtuigen (art. 461Sr). Dit verbod is niet van toepassing op bestuurders van personenauto's, motorrijwielen, bromfietsen die met geen grotere snelheid dan 40 km per uur rijden". De H.R. vernietigde bij zijn zo juist genoemd arrest een vonnis van de Amsterdamse rechtbank, die iemand had veroordeeld, die met een snelheid van ± 80 km door het bos had gereden. Deze cassatie vond plaats in afwijking tot de conclusie van de advocaat-generaal. De H.R. overwoog nl. met een beroep op de artikelen 1 en 7 van de Wegenverkeerswet, dat uit deze artikelen volgt „dat beperkingen betreffende het gebruik van voor het openbaar rij- of ander verkeer openstaande wegen, voor zover bestaande in het vaststellen van een maximum-snelheid voor motorrijtuigen, alleen kunnen worden getroffen met inachtneming van de W.V.W. en de ter uitvoering daarvan vastgestelde regelen."

Dit arrest gaat wel zeer ver. Dat de eigenaar van een bos of park aan een openstelling voor het publiek niet een complex van afwijkende gedragsregels voor de weggebruikers kan verbinden lijkt duidelijk. Uit een oogpunt van verkeersveiligheid zou zulks niet aanvaardbaar zijn. Bovendien valt niet in te zien, dat hij hierbij als eigenaar enig belang zou hebben. Dat hij echter ten einde een gebruik van zijn bos

te verzekeren in overeenstemming met de bestemming, die hij als eigenaar aan het bos heeft gegeven, de toegang niet zou kunnen binden aan een maximumsnelheid gaat m.i. bepaald te ver en is zeker bij het van toepassing verklaren van de Wegenverkeerswet en zijn uitvoeringsvoorschriften op alle voor het openbaar rij- of ander verkeer openstaande wegen of paden niet de bedoeling geweest ²⁷.

Behalve de Wegenverkeerswet, het Wegenverkeersreglement en de daarop steunende geboden en verboden is men bij zijn gedrag op de openbare weg gebonden aan regelen van lagere organen. Voor zover deze regelen het verkeer op de weg betreffen verklaren de artt. 5 en 6 van de Wegenverkeerswet de provinciale staten en de gemeenteraad daartoe uitdrukkelijk bevoegd voor zoveel het betreft punten, waaromtrent niet door hoger gezag is voorzien.

Bij het gebruik van een openbare weg in de zin van de Wegenwet staat de persoonlijke bewegingsvrijheid voorop. De reden, waarom iemand op een bepaald moment van de openbare weg gebruik wenst te maken doet, zolang hij zich naar de gestelde normen gedraagt, niet ter zake. In dit opzicht wijkt de status van de openbare weg in de zin van de Wegenwet duidelijk af van vrijwel alle andere zaken, waarvan het publiek gebruik kan maken. Bij deze laatste is het gebruik slechts geoorloofd voor zover dit in overeenstemming is met de functie van deze zaken en de voor het gebruik daarvan geldende regelen.

In een aantal gevallen blijkt dit uitdrukkelijk of impliciet uit de op deze zaken betrekking hebbende rechtsregels; in andere gevallen moet men aannemen, dat dit voortvloeit uit de bestemming.

Het meest voor de hand liggende is hierbij wel de bevoegdheid tot het betreden van de gebouwen, waarin overheidsorganen zijn gevestigd, ten einde bij deze organen of hun ambtelijk apparaat bepaalde zaken af te handelen, zijn belangen te bepleiten, c.q. informaties in te winnen. Een klare, allesomvattende regeling zal men tevergeefs zoeken. allesomvattende regeling zal men tevergeefs zoeken.

Het meest duidelijk zijn in dit opzicht wellicht de bepalingen inzake de openbaarheid van de vergaderingen van de vertegenwoordigende lichamen, waarin vast ligt de be-

²⁷ Zie in gelijke zin Prof. van Eck in *De Gelderlander* van 5 maart 1963.

voegdheid van de burger tot het betreden van de daarvoor aangewezen gedeelten van de vergaderzalen tijdens de vergaderingen.

De bevoegdheid tot het betreden van de openbare gebouwen ten einde zich mondeling tot de bestuursorganen en de ambtelijke apparatuur te kunnen wenden zal men voor een belangrijk deel moeten afleiden uit de functie, die deze gebouwen hebben. De mate, waarin het publiek gerechtigd is naar tijd en plaats deze gebouwen te betreden vindt ten dele nadere precisering in ordevoorschriften van het betrokken bestuur of het bevoegde diensthoofd, ten dele steunt dit op gegroeide gewoonten. Daarnaast vindt men verspreid in de wetgeving een aantal bepalingen, die ervan uitgaan, dat het publiek het bestuursapparaat moet kunnen benaderen, daartoe de gebouwen, waar de bestuursorganen zijn gevestigd, mag betreden en daarbij eventueel van officiële bescheiden kennis kan nemen. Zo bepaalt art. 79 van de gemeentewet, dat de burgemeester er voor heeft te zorgen, dat elke bewoner der gemeente, dit vragende ter secretarie inzage kan nemen en te zijnen koste afschrift kan doen nemen van de besluiten van de raad, waaromtrent geen geheimhouding is opgelegd.

Wat de uren van openstelling betreft vindt men in art. 183 lid 7 van de gemeentewet de uitdrukkelijke verplichting voor de gemeenteraad dit t.a.v. de bureaux van de burgerlijke stand te regelen. In andere gevallen is de tijd van openstelling slechts indirect geregeld. Zo bepaalt het Zeeuws reglement op de inrichting van de provinciale griffie in het artikel, handelende over de werktijden van de ambtenaren, dat de griffie buiten deze uren voor het publiek is gesloten. Soms vindt men de openstellingsuren in ambtelijke instructies.

Ook de voorschriften omtrent het gedrag van het publiek in de voor hem toegankelijke ruimte vindt men op allerlei plaatsen verspreid, zonder dat deze bepalingen daarbij een sluitend geheel vormen. Voorschriften betreffende het gedrag van de toehoorders bij openbare vergaderingen van vertegenwoordigende colleges treft men aan in de diverse reglementen van orde.

Wat de orde verder in het raadhuis aangaat vindt men in kleinere gemeenten het handhaven van de orde in het gemeentehuis soms aan de gemeentebode opgedragen in zijn,

door de gemeenteraad vastgestelde, instructie.

Het betreden van openbare gebouwen teneinde het openbaar bestuur te raadplegen is kosteloos. Anders wordt de zaak wanneer het openbare gebouw een monument is en men dit betreedt om het gebouw te bezichtigen. Voor zulke gevallen kennen verschillende gemeenten verordeningen, waarbij voor bezichtiging van het raadhuis een bepaalde vergoeding wordt gevraagd.

Een zeer moeilijk punt vormt de openbaarheid van de wateren. De in 1956 door het bestuur van de Vereniging voor Administratief Recht ingestelde, onder voorzitterschap van Mr. S. J. Fockema Andreae staande, commissie ter bestudering van het waterrecht, stelt in haar dezer dagen verschenen rapport terecht, „dat bij de wateren het begrip openbaarheid veel meer gedifferentieerd is dan bij de wegen”. Zij zegt ter motivering van deze uitspraak: „bij de wegen betekent openbaarheid openstaan voor het algemene verkeer; bij de wateren kan openbaarheid ook beduiden toegankelijkheid voor het scheepvaartverkeer, eventueel beperkt tot bepaalde categorieën, maar wateren die niet voor het verkeer open staan hebben veelal toch in andere zin een openbare functie zij strekken in het openbare belang van waterafvoer, watertoevoer, waterlozing, wateronttrekking etc.” In verband hiermede meent de commissie — en m.i. terecht — „dat het zeker voorhands te bezwaarlijk zou zijn om ten aanzien van deze openbaarheid van wateren voorschriften te geven die zouden moeten resulteren in vastlegging van die openbaarheid in onderscheidene opzichten in de leggers.” Wat dit betreft zou de commissie, althans voorlopig, willen volstaan „met benadering van deze zaak van de andere zijde, in verordeningen die beperkende voorschriften geven ter handhaving van deze functies in het algemene belang”²⁸.

Verbrokkeld vindt men in wettelijke regelingen van de centrale overheid en in voorschriften van lagere organen een groot aantal voorschriften ter verzekering van de openbare bestemming van onze wateren.

Aanvankelijk hebben deze regelen in hoofdzaak betrekking op de bestrijding van de wateroverlast²⁹ en de zorg voor de scheepvaart met de daarbij onvermijdelijke gedragsregels.

²⁸ aldaar blz. 41; vergl. mede conclusie IV op blz. 53.

²⁹ Vergl. in dit verband blz. 2 v.v. van het zo juist geciteerde rapport van de Commissie Waterrecht.

Naarmate het water in de openbare belangenvoorziening een grotere rol gaat spelen, wordt het beschikbare water in steeds sterkere mate een ten algemene nutte strekkende zaak, en wordt daarbij tevens het aantal punten dat om regeling vraagt groter. Men denke — om slechts een enkel voorbeeld te noemen — aan de noodzaak van een regeling ter verzekering van een verantwoord en doelmatig gebruik van onze beperkte zoetwatervoorraad — voor zover betreft de onttrekking van water ten behoeve van de drinkwatervoorziening in 1952 geregeld in de Grondwaterwet Waterleidingbedrijven — en aan de behoefte aan een deugdelijke regeling ter bestrijding van de watervervuiling.

Wat het lager onderwijs betreft valt uit het bestaan van leerplicht en de zorg van iedere gemeente voor voldoende openbaar onderwijs af te leiden de verplichting de kinderen, die aan de eisen van leeftijd voldoen, tot de openbare lagere scholen toe te laten.

Voor de verschillende vormen van openbaar voortgezet onderwijs vindt men in een uitvoerig complex van voorschriften onder welke voorwaarden men dit onderwijs kan volgen en dan van de daarvoor bestemde gebouwen met hun uitrusting gebruik kan worden gemaakt. Met name valt daarbij aan te stippen, dat tot de openbare gymnasia en hogere burgerscholen op gelijke voet toegang hebben leerlingen, afkomstig uit de gemeenten, die de school in stand houden en leerlingen, afkomstig uit andere gemeenten, waar geen zodanige openbare school is gevestigd (vergl. art. 22 quater lid 2 H.O-wet en art. 36bis van de M.O.-wet).

In gemeenten, die niet een of meer overeenkomstige openbare lagere scholen in stand houden, mag — aldus het eerste lid van art. 106 van de Lageronderwijswet 1920 — de toegang tot een bijzondere school, waarvan de kosten van instandhouding volgens de artt. 97 tot en met 103 van de Lageronderwijswet 1920 uit de openbare klassen worden vergoed, tenzij de school uitsluitend voor interne leerlingen bestemd is, aan geen leerlingen worden geweigerd op grond van godsdienstige gezindheid. Het tweede lid van art. 106 voegt daar nog aan toe, dat indien op grond van het vorenstaande leerlingen van andere godsdienstige gezindheid zijn toegelaten dan voor wie krachtens de statuten de school wordt in stand gehouden, deze leerlingen zijn vrijgesteld van de verplichting tot het volgen van godsdienstonderwijs. Overeenkomstige

voorschriften als vervat in art. 106, lid 1 van de Lageronderwijswet vindt men in art. 45 quinvicies van de Middelbaaronderwijswet en in art. 168 duovicies van de Hogeronderwijswet, en — nog ruimer geredigeerd — in art. 14 van de Nijverheidsonderwijswet. Men vindt een soortgelijk voorschrift eveneens in art. 48 van de dit jaar tot stand gekomen nicuwe wet op het voortgezet onderwijs.

Wat vastere grond krijgt men onder de voeten, wanneer van overheidswege of met medewerking van de overheid bepaalde concrete diensten aan het publiek worden verleend.

Zo bepaalt art. 14 van de Telegraaf- en Telefoonwet 1904 (S.no. 7), dat het aan een ieder geoorloofd is met inachtneming van de hieromtrent vast te stellen bepalingen van de voor het openbaar verkeer bestemde telegrafen en telefonen gebruik te maken. Die nadere voorschriften vindt men in het Rijkstelegraaf- en in het Rijkstelefoonreglement. Men vindt daarin o.m. de diensturen, geheimhouding en tarieven geregeld.

De lagere organen kennen overeenkomstige regelingen t.a.v. door hen verleende diensten. Men raadplege slechts om enkele voorbeelden te noemen verordeningen op bibliotheken, musea, op badhuizen, zwembaden, slachthuizen. Men vindt hierin voor wie deze inrichtingen toegankelijk zijn, gedurende welke uren, tegen welke tarieven, hoe men zich heeft te gedragen, enz.

Aparte vermelding vragen in dit verband de openbare belangenvoorzieningen krachtens concessie met de daaraan verbonden monopoliepositie voor de concessionaris.

Men denke in dit verband aan het openbaar vervoer. Zowel voor het spoorwegvervoer, als voor het vervoer per tram of bus houdt het bezit van de concessie de verplichting tot vervoer in. (Men zie bijv. art. 9 van het op de Spoorwegwet steunende Algemeen Reglement Vervoer en art. 22 en 29 van de Wet autovervoer personen). Verder is uitvoerig geregeld hoe ondernemer en reiziger zich hebben te gedragen.

Openbare voorzieningen als gas, water en electriciteit steunen ten dele op rijksconcessies, waaraan geen wettelijke basis ten grondslag ligt. Daarnaast is de provinciale wetgever op dit terrein regelend opgetreden, terwijl vervolgens de rijkswetgever zich met deze zaken heeft geoccupeerd. In 1938 kwam de Electriciteitswet tot stand, waarvan tot dusver

nog maar drie artikelen in werking zijn getreden. In 1957 gaf de Waterleidingwet nadere regelen omtrent het toezicht op de waterleidingbedrijven en de organisatie van de openbare drinkwatervoorziening. Een nadere bespreking van beide wetten moge hier achterwege blijven; volstaan moge worden met de constatering, dat ook hier de zorg van de overheid, met name van centrale overheid, voor een betrouwbare en doelmatige voorziening in deze elementaire behoeften noopte tot het stellen van nadere voorschriften, zowel omtrent de wijze waarop de eigenaar van deze ten openbare nutte strekkende zaken zijn goederen heeft te beheren als t.a.v. de rechten, die het publiek heeft om van deze zaken gebruik te maken en de wijze, waarop het zich daarbij heeft te gedragen.

Het tweede punt: de instandhouding van de zaak ligt voor het betrokken overheidslichaam of de betrokken particuliere instelling het eenvoudigst, indien dit lichaam of deze instelling zonder daarbij aan nadere voorschriften gebonden te zijn een bepaalde zaak ten algemene nutte kan bestemmen en daaraan deze bestemming kan ontnemen. Zolang het overheidslichaam of de particuliere instelling deze bestemming handhaaft zal in het algemeen dat lichaam of die instelling ook bereid zijn voor die instandhouding zorg te dragen. Het gemene recht geeft hem daartoe voldoende mogelijkheden. Hoogstens kan behoefte bestaan aan een verhoogde bescherming van de zaak tegen vernietiging of onbruikbaarmaking door derden. Men denke in dit verband aan voorschriften als de artt. 351 en 351 bis van het Wetboek van Strafrecht.

Anders wordt dit, wanneer men t.a.v. het ontnemen van de bestemming ten algemene nutte niet vrij is, doch aan bepaalde voorschriften is gebonden. De logische consequentie van deze situatie is, dat evenzeer de instandhouding van de zaak, zolang daarop de bestemming ten algemene nutte rust, verzekerd moet zijn en eventueel geëffectueerd moet worden, indien degene, die daartoe gehouden is, in gebreke mocht blijven. Hetzelfde kan zich voordoen, wanneer een bepaalde ten algemene nutte strekkende zaak uit overheidskassen wordt gesubsidieerd, of de eigenaar een monopolistische positie inneemt.

³⁰ Vergl. Scholten in zijn algemeen deel in de Asser-serie, 2e dr., blz. 40 e.v.

De vraag in hoeverre de burger als direct belanghebbende bij een ten algemene nutte strekkende zaak bepaalde mogelijkheden heeft, c.q. behoort te hebben de instandhouding van de zaak te verzekeren ligt op het terrein van mijn medepraeadviseur. Hier dient aan de orde te komen in hoeverre in het raam van ons gedecentraliseerde staatsbestel hoger gezag over bepaalde bevoegdheden dient te beschikken om een t.a.v. het onderhoud nalatig lager orgaan tot de orde te roepen. En voorts, indien een natuurlijk of een rechtspersoon voor het onderhoud heeft te zorgen, welke machtsmiddelen de overheid daarbij ten dienste staan om dit onderhoud te verzekeren.

De Wegenwet regelt in art. 15 de gevallen, waarin het Rijk, de provincie, de gemeente en een waterschap verplicht is een openbare weg te onderhouden. Voor de gemeente nog nader in art. 16 en voor het waterschap in art. 17 geaccenteerd.

De Wegenwet bevat geen voorschriften, waarbij hoger gezag bevoegd wordt verklaard in het onderhoud te voorzien, indien de gemeente of het waterschap t.a.v. de uitoefening van zijn onderhoudsplicht in gebreke mocht blijven. Indien zich deze situatie mocht voordoen kan de Commissaris der Koningin krachtens art. 156 van de gemeentewet op kosten van de nalatige gemeente in het onderhoud voorzien.

Voor het geval de onderhoudsverplichting van een weg niet bij Rijk, provincie, gemeente of waterschap berust, regelt de Wegenwet in de reeds geciteerde artikelen 16 en 17 evenzeer wie er zorg voor heeft te dragen, dat de wegen in goede staat verkeren. Deze zorg berust krachtens laatstgenoemd artikel bij het waterschap, indien dit hetzij krachtens zijn inrichting, hetzij krachtens zijn reglement er op heeft toe te zien, dat deze werken in goede staat verkeren. Voor alle overige niet bij Rijk, provincie, gemeente of waterschap in onderhoud zijnde wegen berust deze zorg ingevolge art. 16 van de Wegenwet bij de gemeente.

Wat het waterschap betreft ontlene gedeputeerde staten aan art. 38 van de Waterstaatswet 1900 de bevoegdheid het waterschap de uitvoering van het onderhoud te bevelen, terwijl art. 42 van de Waterstaatswet 1900 gedeputeerde staten de bevoegdheid verleent „bij weigering of verzuim”, zoals het daar heet „het bevolene te doen bewerkstelligen op kosten van hen, aan wie de uitvoering is bevolen”. De gehele

procedure is met de nodige waarborgen omkleed. Het bevel tot uitvoering van de werken moet met redenen zijn omkleed (art. 39, lid 1 Waterstaatswet 1900). Tegen het bevel staat beroep open, indien de werken niet noodzakelijk zijn (art. 39, lid 2). Bovendien kan men zich tot de burgerlijke rechter wenden, indien de verplichting tot het ondernemen of doen verrichten van de werken wordt ontkend (art. 41).

De Waterstaatswet 1900 beoogt niet slechts waarborgen in het belang van degene tot wie het bevel is gericht, doch geeft omgekeerd, indien gedeputeerde staten niet eigener beweging tot bevelen van de uitvoering van noodzakelijke waterstaatswerken mochten overgaan, de Commissaris der Koningin de bevoegdheid gedeputeerde staten te verzoeken zulk een bevel uit te vaardigen.

Mochten gedeputeerde staten weigren aan zulk een verzoek te voldoen of nalaten zich uit te spreken dan kan de Commissaris der Koningin bij de Kroon voorziening vragen (art. 40).

De hier geciteerde bepalingen uit de Waterstaatswet 1900 zijn evenzeer van toepassing, indien het waterstaatswerk in onderhoud is bij particulieren.

Op het terrein van het onderwijs moge worden genoemd art. 83 van de Lager onderwijswet 1920, dat aan de instelling of vereniging, die een bijzondere school heeft gesticht, o.m. de verplichting oplegt het gebouw behoorlijk te onderhouden. Blijkt de inspecteur, dat deze verplichting niet wordt nageleefd, dan kan, aldus het tweede lid van art. 83, de zgn. vergoeding per leerling, bedoeld in art. 101 van de L.O. wet, worden ingehouden, totdat het schoolbestuur terzake de nodige voorzieningen heeft getroffen. De Lager-onderwijswet waakt in dit artikel evenzeer tegen overdreven onderhoud: worden aan het schoolgebouw meer kosten besteed, dan voor een behoorlijk onderhoud nodig is dan kan de vergoeding per leerling worden verminderd.

Uit de wetgeving met betrekking tot het openbaar vervoer zij in dit verband gewezen op de artt. 13 vv van de Spoorwegwet. Zij, die met het toezicht zijn belast, geven de bestuurders van de spoorwegdienst schriftelijk kennis van hetgeen naar hun oordeel tot instandhouding van de spoorweg behoort te worden gedaan. Wordt aan deze kennisgeving geen gevolg gegeven, dan wordt de beslissing van de Minister van Verkeer en Waterstaat ingeroepen. Wordt

niet voldaan aan de beslissing van de Minister tot herstel of vernieuwing van de spoorweg c.a. of van de voor de spoorwegdienst bestemde locomotieven, rijtuigen enz, dan kan de Minister de spoorwegdienst staken, c.q. het gebruik van locomotieven, rijtuigen enz. beletten. Ook kan de Minister de vereiste voorzieningen op kosten van de betrokken spoorwegonderneming tot stand brengen.

In het Uitvoeringsbesluit Autovervoer Personen 1939 vinden wij in art. 77 voorgeschreven, dat een autobus, welke tot vervoer van personen wordt gebezigd, behoorlijk moet worden gereinigd en onderhouden.

Tot besluit van dit praeadvies wil ik thans trachten tot enkele conclusies te komen en daarmee een antwoord te geven op de vraag of de wet ten aanzien van ten algemene nutte strekkende zaken bijzondere regelen dient te bevatten en zo ja welke.

In het vorenstaande is, nadat aandacht was geschonken aan de verschillende elementen van de vraagstelling, deze nader aldus geformuleerd: Is het gemene recht toereikend om de ten algemene nutte strekkende zaken aan hun bestemming te laten beantwoorden. Deze vraag is niet van de theoretische zijde benaderd, doch van de kant van het recht zoals dit feitelijk geldt, mede teneinde aldus een beeld te krijgen van de aard van de getroffen regelingen. Daarbij is het bijeengebrachte materiaal gegroepeerd om twee punten en wel:

- 1) de mogelijkheid van ongestoord gebruik overeenkomstig de gegeven bestemming;
- 2) de instandhouding van de zaak.

Bij 1) kreeg voorts afzonderlijke aandacht het gebruik van ten openbare nutte bestemde zaken door het publiek. In het bijeengebrachte materiaal zijn aan de orde gekomen de openbare wegen en wateren, de gebouwen, waarin de overheidsorganen zijn gevestigd, scholen en musea, openbare slachthuizen en badhuizen, openbare nutsbedrijven en openbare middelen van vervoer.

Uit het bijeengebrachte materiaal valt, naar mij voorkomt, duidelijk af te leiden aan welke soort voorschriften behoefte bestaat om een ten openbare nutte strekkende zaak aan haar bestemming te laten beantwoorden. Daarbij is tevens duidelijk, dat zulks zonder speciale voorschriften, binnen het raam van het gemene recht, onvoldoende ver-

zeker is; onvoldoende naar de kant van de eigenaar, onvoldoende evenzeer naar de kant van de gebruiker.

Wat de eigenaar betreft moge gewezen worden op de in een aantal gevallen uit de bestemming van zake ten algemeene nutte voortvloeiende gebruiksrechten voor het publiek. Naarmate hierbij meer essentiële belangen in het geding zijn, zal men niet zonder een bepaalde, van de eigenaar onafhankelijke, regeling van het gebruiksrecht kunnen. De gegeven voorbeelden laten zien, dat hierbij een geheel scala van mogelijkheden denkbaar is, waarbij o.m. de financiële medewerking van de overheid en de op een concessie steunende monopolistische positie een rol spelen.

De regelingen van de eisen, waaraan de ten algemene nutte strekkende zaken moeten voldoen, zijn duidelijk afgestemd op de normen, die gelden t.a.v. de bevoegdheid van de zaak gebruik te maken. Ook hier zagen wij een gehele reeks van mogelijkheden.

Met de mate, waarin en de voorwaarden, waaronder een zaak voor het publiek openstaat, hangen evenzeer nauw samen de normen, die gesteld zijn t.a.v. de wijze, waarop men zich bij het gebruik van de zaak heeft te gedragen. De uit het eigendomsrecht voor de eigenaar voortvloeiende mogelijkheden zijn daartoe naarmate het gebruik intensiever is en de eigenaar dit gebruiksrecht in sterker mate heeft te respecteren voor de eigenaar ontoereikend.

Met deze conclusies en de daarin vervatte beantwoording van de gestelde vraag moge ik mijn praeadvies besluiten. Op verschillende punten heb ik met een schematische behandeling of een summier aanduiding moeten volstaan. De beperkte tijd, die de praeadviseurs kon worden gegeven, gevoegd bij het feit, dat schrijver dezes in deze zelfde periode van werkkring veranderde, lieten niet meer toe. Uw praeadviseur betreurt dit in hoge mate. Gaarne was hij op verschillende punten dieper ingegaan. Moge niettemin het vorenstaande, naast de bijdrage van zijn mede-praeadviseur, bruikbaar zijn als uitgangspunt voor een vruchtbare discussie.

Dient de wet ten aanzien van ten algemene nutte strekkende zaken bijzondere regelen te bevatten en zo ja, welke?

Praeadvies Mr. H. van der Linden.

Afbakening.

Gelijk een openbare weg stelt een praeadvies het niet zonder afbakening; zeker niet wanneer het gaat om een complex vraagstuk als het onderhavige, met een sterk verbrokkelde en weinig overzichtelijke rechtsachtergrond¹.

Een eerste afbakeningsvraag, welke de probleemstelling opwerpt, en die hieronder dan ook bij voorrang aan de orde komt, is: wat te verstaan onder „ten algemene nutte strekkende zaken”.

Het onderwerp veronderstelt voorts in de wet verankerde algemene regelen; een tweede punt, dat tot prealabele standpuntbepaling noopt. Daarbij aansluitend kan dan worden bezien of de t.a. nutte s. zaken – zoals ik de term verder gemakshalve bekorten zal – in beginsel zonder meer aan die algemene regelen onderworpen zijn, dan wel of deze zich in dit opzicht onderscheiden van andere zaken.

Verdere beschouwingen lenen zich voor tweeërlei benadering. Men kan, zoals mijn mede-praeadviseur doet, het uitgangspunt kiezen in de behartiging van het algemeen nut. Men kan ook centraal stellen hem, die in diverse relaties met zaken als de onderhavige te maken krijgt: het individu alsmede de vanuit een andere taakbehartiging in aanraking komende overheidsinstelling. Deze gezichtshoek overweegt in onderstaande beschouwingen.

De talrijke verschijningsvormen, waarin de t.a. nutte s. zaak zich presenteert, alsmede de niet veel minder verscheidene reguleringssystemen laten in het kader van een praeadvies slechts fragmentarische behandeling toe. De korte spanne tijds, die voor het schrijven van dit stuk aanwezig was,

¹ Vgl. laatstelijk o.m. Prof. Mr. W. G. Vegting, *Algem. Ned. Admin. Recht* II, 1957, blz. 322 e.v., Asser-Beekhuis, *Zakenrecht*, 9e dr. 1957, blz. 74 e.v. en Prof. Mr. A. M. Donner, *De zaken van het openbaar bestuur*, *Ned. Bestuursrecht*, 1962, I, blz. 140 e.v., alwaar ook de voornaamste verdere literatuur.

nootte ook anderszins tot sterke beperkingen. Meer dan een bescheiden verkenning rond enige kardinale vragen wil deze verhandeling dan ook niet zijn.

Ten algemene nutte strekkende zaken.

Zaken zijn stoffelijke voorwerpen, die voor bezit vatbaar zijn, aldus het ontwerp B.W., art. 3. 1. 1. 1.² Wanneer strekken zij ten algemene nutte?

In verschillende wetten, als de Waterstaatswet 1900 (art. 19), de Belemmeringenwet Privaatrecht (art. 1), de Belemmeringenwet Verordeningen (art. 1), de Wet op de grondbelasting (art. 4), de Wet op de personele belasting (art. 4) en het Wetboek van strafrecht (art. 351, 374 bis) wordt gesproken van zaken „ten algemenen nutte”. Waar Grondwet (art. 165) en Onteigeningswet (art. 1) het hebben over onteigening ten algemene nutte wordt daarmede, zij het voor het toekomende een zelfde stempel op zaken gedrukt.

Definities trof ik in de wetten zelf niet aan. Officiële toelichtingen brengen verder. „Geen werk”, aldus de memorie van toelichting op de Onteigeningswet³, „waartoe onteigening noodig kan wezen, mag plaats hebben dan nadat de wet verklaard heeft, dat het algemeen nut aanwezig is en ontzetting van den bijzonderen eigendom voor het algemeen belang gevorderd wordt. Ten algemeenen nutte duidt niets anders aan dan dat onteigening alleen door het publiekbelang van de Staat, de provincie, het waterschap of de gemeente moet bevolen worden”. De memorie van toelichting op de Waterstaatswet 1900, waarin bij art. 19 sub A, IX, c, beroep wordt opengesteld tegen beslissingen van Gedeputeerde Staten inzake de vraag of en in hoeverre waterstaatswerken liggen ten algemene nutte, geeft eveneens uitsluitel.

Hoewel bij het opstellen van deze bepaling in eerste instantie beslissingen betreffende openbaarheid voor ogen stonden werd, aldus de gedachtengang⁴, een ruimere omschrij-

² Handelingen IIe Kamer, 1954-55, stuk 3770, nr. 2. Men vergelijkte overigens het Voorl. verslag, Hand. 1958-59, id. nr. 4, blz. 2, waarin aangedrongen wordt op vervanging van de juridisch geladen term „bezit” door een kleurlozer uitdrukking.

³ Wet van 28 aug. 1851, Stbl. 125; ed. S. en J., 17e dr., blz. 14.

⁴ Zie Mr. G. J. C. Schilthuis, Waterschapsrecht, 2e dr. 1960, blz. 465 e.v.

ving nodig geacht om deze mede te doen gelden voor werken, die hoewel niet openbaar, niet rechtens voor een ieder toegankelijk, tóch dienen ter bescherming van het algemeen, zoals bepaalde dijken en waterafvoerkanalen.

„Algemeen nut” identiek dus met „algemeen belang”. Aldus ook de conclusie, waartoe ter vergadering van de Vereniging voor administratief recht in 1950 haar voorzitter Prof. Mr. G. J. Wiarda kwam, toen daar het begrip algemeen belang in de verschillende onderdelen van het administratief recht aan de orde was ⁵.

Erg veel verder is men daarmee nog niet. „Is”, zo vroeg een der praeadviseurs Prof. Mr. C. H. F. Polak zich destijds na een minutieuze systematische verkenning van het terrein af, „algemeen belang uit juridisch oogpunt niet een lege huls, waarvan de vulling wordt bepaald door de opvattingen van degenen, die in een bepaalde periode het gemeenschaps- en in het bijzonder het staatsleven beheersen?” ⁶

De Hoge Raad zou deze rhetorische vraag nadien in wel zeer positieve zin komen beantwoorden, toen het College in een der eerste beslissingen over de Wet op de grondbelasting, waartoe het in het kader van het nieuwe stelsel van beroep in belastingzaken ⁷ geroepen werd, uitmaakte:

„dat voorop gesteld zij, dat voor de beantwoording van de vraag, of een bepaalde inrichting als een inrichting ten algemeenen nutte in den zin van art. 25, eerste lid, letter f, van de Wet op de grondbelasting mocht worden aangemerkt, weinig betekenis toekomt aan hetgeen de wetgever van 1870 als zodanig voor ogen heeft gestaan, daar het begrip algemeen nut niet voor elk tijdsgewricht een zelfde inhoud heeft en de draagwijdte der in de vermelde wetsbepaling vervatte vrijstelling behoort te worden beoordeeld in het licht van de opvattingen, geldend ten tijde, dat omtrent haar toepasselijkheid mocht worden beslist;

dat de in de toelichting tot het middel voorkomende stelling, dat te dezen onder inrichtingen ten algemeenen nutte slechts dienen te worden verstaan inrichtingen, die er op ingesteld zijn de ontwikkeling, beschaving, orde, zedelijkheid en dergelijke van alle inwoners van de Staat, de provincie of de gemeente te bevorderen, en instellingen, die de stoffelijke belangen van bepaalde personen dienen, niet tot de inrichtingen ten algemeenen nutte

⁵ Geschriften V.A.R. nr. XX, blz. 23.

⁶ id. nr. XIX, blz. 101.

⁷ Wet administratieve rechtspraak belastingzaken, 1956, Stbl. 323.

kunnen worden gerekend, met de huidige opvattingen omtrent het begrip algemeen nut in strijd is;

dat sedert de inwerkingtreding van de Wet op de grondbelasting de maatschappelijke ontwikkeling ertoe heeft geleid, dat zowel de provinciale als de gemeentelijke overheid in steeds sterker mate tot haar taak is gaan rekenen de zorg voor een aantal stoffelijke belangen van de ingezetenen van haar gebied, waarvan de doelmatische verzorging van zulk een algemene betekenis voor de welvaart van dat gebied werd beschouwd, dat zij bezwaarlijk aan het particulier initiatief kon worden overgelaten”⁸.

Legt men dan uit het rijke materiaal, dat de belastingsector in deze biedt, naast dit pregnante doch voor een rechterlijke beslissing in wel zeer algemeen gestelde bewoordingen vervatte⁹ arrest, nog een sedertdien in de rechtspraak gevolgde resolutie van de Minister van Financiën waarbij als benedengrens van het algemeen nut het bijzonder belang van particulieren wordt aangewezen¹⁰, dan zijn daarmee de van aktuele inzichten afhankelijke grenzen, waarbinnen men de objecten van onderzoek zal hebben te zoeken, wel gemarkeerd.

Naast de zich in eerste instantie aandienende t.a. nutte s. zaken als wegen, pleinen, plantsoenen, stranden, rivieren, vaarten, bruggen, havens, dijken, militaire werken, departementsgebouwen, provincie- en gemeentehuizen, musea, kerkgebouwen, universiteiten en schoolgebouwen mogen dan thans bijvoorbeeld mede als zodanig worden aangemerkt politie-bureaux, brandweerkazernes, postkantoren, gehoorzalen, openbare nutsbedrijven met hun buizen- en kabelnetten, ziekenhuizen, sanatoria, rusthuizen, groepshuizen, wijkcentra, culturele centra, overheids-dienstwoningen, begraafplaatsen, abattoirs, beschutte werkplaatsen, natuurreservaten, voor het publiek opengestelde buitenplaatsen, niet-commerciële radio- en televisiestudio's, dito zenders, vuurtorens, lichtschepen; voorts ook roerende goederen als

⁸ A.B. 1959, blz. 298 e.v., besproken door Prof. Mr. C. H. F. Polak in Bestuurswetenschappen, 1962, blz. 74 e.v.

⁹ Prof. Mr. C. H. F. Polak, loc. cit. plaatst het arrest in de sfeer van de bij art. 12, Wet A.B. verboden uitspraken bij wege van algemene verordening, dispositie of reglement.

¹⁰ Resolutie dd. 18 januari 1897, nr. 35, houdende inlichtingen omtrent de toepassing der Wet op de personele belasting; i.c. art. 4, 1e lid, d.; S. en J. 1951, blz. 34.

archivalia, roerende monumenten, openbare vervoersmiddelen, brandweer-materiaal, overheids-kantoomateriaal, school-materiaal, leidingwater, distributiegas ¹¹.

Ten publieke dienst bestemde zaken.

Binnen het geheel der t.a. nutte s. zaken valt een engere categoric zaken die men pleegt te onderscheiden als *de ten publieke of openbare dienst bestemde zaken* ¹².

Ook voor nader inzicht omtrent de vraag, wat daaronder naar huidig Nederlands recht valt te verstaan, kan men bij de belasting-jurisprudentie terecht. Richting gevend is hier het arrest van de Hoge Raad van 2 februari 1921, gewezen in een personele belastingkwestie ¹³. Daarbij wordt beslist, dat het begrip publieke dienst zich beperkt tot de verrichtingen, welke uitsluitend door de wet tot takken van overheidszorg zijn gestempeld. Op basis van deze uitspraak ontwikkelde zich een omvangrijke casuïstiek rond de vrijstelling, welke krachtens art. 25 van de Wet op de grondbelasting wordt genoten voor „de eigendommen van den Staat, en van provinciën, gemeenten, polders en waterschappen, uitsluitend gebezigd voor den publieken dienst”. Een analyse van dit omvangrijke, uit ministeriële resoluties en beslissingen van Gedeputeerde Staten samengestelde materiaal ¹⁴ zou te ver voeren. Bovendien zijn de uitspraken van genoemde, tot 1 maart 1957 ter zake in enige instantie recht sprekende

¹¹ Voor deze in genen dele als uitputtend bedoelde opsomming is gedeeltelijk ontleend aan Donner, t.a.p., alsmede aan de belasting-jurisprudentie.

¹² Vgl. in het bijzonder Mr. J. B. Sens, eigendom van zaken voor den openbaren dienst bestemd, diss. Nijmegen, 1934, en Prof. Mr. W. G. Vegting, Publiek domein en zaken buiten den handel, 1946.

¹³ A.B. 1921, blz. 18. Het ging hier om de vraag wat te verstaan onder percelen of perceelsgedeelten uitsluitend gebruikt voor de dienst van het Rijk of andere publiekrechtelijke lichamen, zoals deze krachtens art. 4, lid 1, onder a, van de Wet op grondbelasting van deze belasting zijn vrijgesteld. In tegenstelling tot het begrip publieke dienst (zie tekst) omvat het begrip dienst in deze, volgens dit arrest, iedere werkring van den publiekrechtelijke lichamen ten algemene nutte en in het openbaar belang, onverschillig op welk gebied zich deze werkring beweegt.

¹⁴ Zie cd. S. en J., nr. 19, blz. 38 e.v., waar in korte annotatie bijkans 20 pagina's uitspraken worden gegeven.

Colleges bij herhaling met elkaar in tegenspraak, terwijl deze jurisprudentie door binding aan de wettelijke premissen van „eigendom van” en „uitsluitend gebezigd” zich binnen een enger kader beweegt dan dat van de Hoge Raad. Men denke alleen al aan de binnen dit laatste raam vallende ten publieke dienst bestemde zaken, die geen eigendom van enig overheidslichaam zijn, zoals m.b.t. wegen en dijken bij herhaling het geval is.

Overigens heeft men de beperkende criteria in deze wel ruim geïnterpreteerd. Zo zagen overheidsbedrijven in de vorm van N.V.'s, waarvan overheidslichamen enig aandeelhouder waren, hun eigendommen vrijgesteld van grondbelasting¹⁵. Zo plachten ook dienstwoningen te worden aangemerkt als uitsluitend gebezigd voor de publieke dienst¹⁶.

Men mag verwachten dat de Hoge Raad deze laatste jurisprudentie niet zal dekken, nu dit College in ander verband liet blijken ambtswoningen niet als uitsluitend voor de publieke dienst gebezigd te achten, aangezien deze mede ten bate van de privé-belangen van de bewoners worden gebruikt¹⁷.

Van breder belang voor ons onderwerp lijkt voorts nog de ministeriële beslissing, dat voor aanleg van publieke werken als wegen en kanalen verworven gronden, mits niet verhuurd, reeds vanaf het moment van aankoop als ten publieke dienste zijn aan te merken¹⁸.

Deze summiere aantekeningen om te doen zien, dat ook de ten publieke (of openbare) dienst bestemde zaken – voor den vervolge af te korten als: t.p. dienst b. zaken – zich in de Nederlandse rechtssituatie slechts grosso modo laten aanwijzen; dat ook hier, bij gebreke van limitatief uitsluitel van de wetgever, de afbakening aan de periferie een zaak is van interpretatie door wetenschap, administratie en rechtspraak.

¹⁵ t.a.p. blz. 39.

¹⁶ t.a.p. blz. 46 e.v.

¹⁷ H.R. 18 febr. 1938, A.B. '38, blz. 459 e.v.; het betrof hier de toepasselijkheid van vrijstellingen van de Utrechtse Heffingsverordening straatbelasting.

¹⁸ Resolutie Minister van Financiën 19 maart 1934, no. 76; S. en J. nr. 19, 17e dr., blz. 42.; in gelijke zin Hof 's-Hage 26 sept. 1961; A.B. '63, blz. 207; anders Gedeputeerde Staten van Noordbrabant en Friesland in uitspraken van veel oudere datum, resp. Prov. versl. 1890, blz. 2 en 1896, blz. 103.

Prof. Mr. F. G. Scheltema kwam ongeveer tot dezelfde conclusie¹⁹. Hij bezigde in deze nog als criterium of zaken van de overheid het algemeen belang indirect dienen (een weiland als beleggingsobject) dan wel ter behartiging daarvan min of meer direct noodzakelijk en onontbeerlijk zijn (een weg). Slechts in het laatste geval zou sprake zijn van t.p. dienst b. zaken. De grens zou overigens in de praktijk moeilijk scherp te trekken zijn. Hoewel deze onderscheiding mogelijk op zichzelf nog enig nader houvast kan geven, zie ik niet in waarom op basis daarvan een departementsgebouw nog wel tot de onderhavige zaken zou zijn te rekenen, doch het daar gebezigde kantoormateriaal „stellig” niet.

M.i. zijn alle hulpzaken zonder welke de overheidsdienst zich niet wel laat uitoefenen tot de t.p. dienst b. zaken te rekenen, of dit nu een dienstwoning is of een schrijfmachine.

Prof. Mr. J. Ph. Suijling verdeelde de t.p. dienst b. zaken in administratief en wettelijk t.o.d. bestemd.

Bij de eerste groep (departementsgebouwen, kazernes, openbare scholen, musea, museumstukken etc.) zou de publieke bestemming berusten op een eenvoudig besluit van het uitvoerend gezag, bij de tweede (openbare wegen en wateren, waterstaatswerken, vestingwerken, stranden, territoriale zee) op een in wet of gewoonte verankerde regel van publiekrecht. Deze laatste goederen zouden aldus onder het blijvend gezag van de overheid zijn geplaatst; onverschillig wie privaatrechtelijk eigenaar is. De schrijver verbond aan deze onderscheiding belangrijke rechtsgevolgen. Anders dan bij de eerste groep zou bij de tweede o.m. het gemene recht moeten wijken voor op gewoonterecht berustende overheidsbevoegdheden²⁰.

Terecht m.i. is deze onderscheiding in Asser-Beekhuis van de hand gewezen²¹. Met het door Suijling geponeerde beheersrecht wordt, zo stelt men, niet veel anders gezegd, dan dat de openbare bestemming de t.p. dienst b. zaken onderwerpt aan een aantal geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht, die de werking van het privaatrecht beperken of uitsluiten; een opvatting, die de gebruikelijke is en die

¹⁹ Ncd. Bestuursrecht 1932, De zaken der openbare lichamen, blz. 117.

²⁰ Inleiding tot het burgerl. recht, 5e st. 1940, blz. 137 e.v.

²¹ t.a.p., blz. 81 e.v.

hierna in de tekst zal worden onderschreven. Bovendien zou de bijzondere rechtspositie van de t.p. dienst b. zaken niet uitsluitend tot uiting komen in een bijzondere beheersbevoegdheid van de overheid. Er zou voorts geen enkele reden zijn de invloed van de bestemming in het algemeen uit te schakelen bij de eerste door Suijling onderscheiden categorie. Inderdaad, wet en jurisprudentie bieden daarvoor ook m.i. geen steun. Overigens berust de creëring van verschillende zaken van Suijling's eerste groep lang niet altijd op een eenvoudig besluit van het uitvoerend gezag. In vele gevallen gaat een beslissing van het vertegenwoordigend lichaam vooraf. Daarentegen sticht het uitvoerend gezag ook wel „bij eenvoudig besluit” werken van de tweede categorie, bijv. vestingwerken.

Voor de goede orde zij tenslotte nog opgemerkt, dat in de term „publieke of openbare dienst” in dit verband geen element van openbare toegankelijkheid schuilt. Het accent ligt hier op het publieke of openbare karakter van het gezag, waaronder de zaken ressorteren ²².

Voor publiek gebruik bestemde zaken.

Voor wat de rechtsregels betreft waaraan de t.p. dienst b. zaken onderworpen zijn, speelt overigens een onderscheidende rol of deze zaken als zodanig „openbaar” zijn, voor een ieder toegankelijk zijn, zoals de Wegenwet, art. 4, nader definiëert, of, zoals de Gemeentewet, art. 209 h, en de Telegraaf en Telefoonwet, art. 1, het uitdrukken „tot gemeenen dienst van allen bestemd zijn”. T.p. dienst b. zaken, die aan dit criterium voldoen, worden hierna aangeduid als: *v(oor) publiek g(ebruik) b(estemde) zaken*.

Zodanig publiek gebruik draagt overigens, voor de goede orde zij het reeds hier opgemerkt, steeds een beperkt karakter, afhankelijk allereerst van de bestemming (een postkantoor is slechts toegankelijk voor gebruikmaking van dienstverlening door de P.T.T.); voorts veelal ook van voorschriften, die het gebruik binnen het kader van de bestemming nader

²² Anders Sens, t.a.p. blz. 12 e.v., die „openbaar” in deze m.i. minder juist interpreteert als „bestemd tot den dienst van iedereen”. Onder dit hoofd begrijpt hij dan alle t.p. dienst bestemde zaken; óók niet openbaar toegankelijke als vestingwerken.

reguleren (wegenverkeerswetgeving bijv.). Zo verstaat dan ook de toelichting op het B.W.-ontwerp-Meijers onder een openbaar water in de zin van boek V, „ieder water, dat voor enig gebruik openstaat voor het publiek” ²³.

In deze van „openbare zaken” te spreken zou verwarring wekken, gelet op de ingeburgerde betekenis van de term „openbare werken”. Daaronder pleegt men nu eenmaal werken ressorterende onder het openbare gezag, het overheidsapparaat, te verstaan, ongeacht of deze openbaar toegankelijk zijn of niet. Ook in het B.W.-ontwerp is de algemene term „openbare zaken” vermeden. Er wordt gesproken van: (onroerende) zaken, die openbaar zijn ²⁴.

De benaming „publiek domein” kan in deze eveneens misverstand wekken. Hoewel gezaghebbende schrijvers daaronder de zojuist onderscheiden v. publiek g.b. zaken hebben begrepen, is de uitdrukking ook bij herhaling in ruimere zin gebezigd, met name als omvattende alle t.p. dienst b. zaken ²⁵.

In de Duitse wetenschap pleegt men de v. publiek g.b. zaken nader te onderscheiden in zaken „in Gemeingebrauch”, die uitsluitend zijn bestemd voor publiek gebruik (openbare wegen, plantsoenen etc.) en zaken, die ten doel hebben, veelal tegen betaling, alleen bepaalde diensten aan het publiek te verschaffen, „Anstalten” (scholen, musea, postkantoren etc.). Zoals Prof. Donner terecht in het licht stelde ²⁶, markeert deze tweedeling geen scherp, juridisch relevant onderscheid. Er zal hierna geen gebruik van worden gemaakt.

Algemene regelen.

Als de algemene regelen, tegen de achtergrond waarvan de beschouwingen zich overeenkomstig de vraagstelling zullen hebben af te spelen, dienen zich de rechtsregels aan, welke naar Nederlands recht de zaken in het algemeen reguleren: het privaatrecht.

In de lijn van wat sinds Prof. Mr. P. Scholten de gang-

²³ Ontw. nieuw B.W. Prof. Mr. E. M. Meijers, Toelichting 2e ged. 1955, bew. d. Prof. Mr. J. Drion, Prof. Mr. J. Eggens en Mr. F. J. de Jong, blz. 405.

²⁴ Ontw. B.W., Boek 5. Hand. IIe Kamer 1956-'57. II, 4572, 1, art. 5.3.8.

²⁵ Zie o.m. Sens, t.a.p., op vele plaatsen; Kranenburg-Vegting, t.a.p. blz. 162. Donner, t.a.p., blz. 150 e.v. bezigt de term in laatst bedoelde zin.

²⁶ t.a.p. blz. 154 e.v.

bare opvatting mag heten, wordt dit privaatrecht hieronder als het gemene recht beschouwd, als het recht, dat in beginsel mede geldt voor verhoudingen, waarbij de overheid als zodanig betrokken is. Mèt Prof. Mr. A. M. Donner zij dan vervolgens het andere recht, dat valt te onderscheiden, het publiekrecht, niet als uitzonderingsrecht geklasseerd, doch als het recht, dat uitsluitend geldt voor verhoudingen, waarbij ten minste één der partijen overheidsinstantie is.

Immers, Prof. Donner heeft er terecht op gewezen, — zoals overigens ook in de toelichting op het ontwerp-Meijers tot uitdrukking komt ²⁷ — dat privaatrecht en publiekrecht over en weer bevruchtend werken, al is dan de beïnvloeding van het privaatrecht door het publiekrecht minder sterk dan omgekeerd. Hierdoor geeft voor dit laatste recht de typering „uitzonderingsrecht” een te eenzijdig gekleurd beeld; een beeld niet in overeenstemming ook met de praktijk, waarin het publiekrecht niet altijd als uitzonderingsrecht, als naar zijn aard steeds eng te interpreteren categoric, functionneert ²⁸.

Relatie gemene recht/ten algemene nutte strekkende zaken.

Zijn de t.a. nutte s. zaken, zo hebben wij ons vervolgens af te vragen, in beginsel zonder meer aan het gemene recht onderworpen?

Is dit voor de overige t.a. nutte s. zaken, voor zover kon worden nagegaan, nooit in discussie geweest, bekend is, dat de t.p. dienst b. zaken ten onzent sedert de codificatie op dit punt tot diepgaand verschil van opvatting aanleiding hebben gegeven ²⁹.

Wrijfpunt van deze controverse vormde de leer van het „domaine public”, zoals deze in de eerste helft van de 19e eeuw door de Franse hoogleraar Proudhon werd gelanceerd. Onder dit „domaine public” verstond men de v.a. gebruik b. zaken. Deze zouden als zodanig niet aan het privaatrecht onderworpen zijn, doch slechts onder beheer en toezicht van de overheid staan, die zijn bevoegdheden in deze uitoefende in naam van en ten behoeve van het publiek.

²⁷ B.W.-ontwerp-Meijers, Toelichting 1e ged., 1954, blz. 13.

²⁸ t.a.p. blz. 56 e.v.

²⁹ Vgl. voor hetgeen hierna in de tekst zeer summier is samengevat, Vegting, t.a.p. blz. 182 e.v. en Sens, t.a.p. blz. 45 e.v. Een bondig, helder overzicht geeft o.m. Vegting-Kranenburg, t.a.p. blz. 161 e.v.

Deze opvattingen zouden het Franse rechtsleven op dit punt blijvend gaan beheersen; zij het met de nodige modulaties en verfijningen en met voorzichtige, geleidelijke uitbreiding tot bepaalde t.p. dienst b. zaken, die niet voor publiek gebruik zijn bestemd ³⁰.

Thorbecke en een aantal van zijn leerlingen hebben deze doctrine ook voor Nederland ingang trachten te doen vinden. In Frankrijk had men zich ter zake, zij het met weinig sluitende redeneringen, in hoofdzaak gebaseerd op de bepalingen in de Code civil betreffende het aan de Staat toebehoren van verschillende t.a. gebruik b. zaken. In Nederland ging dat niet. De Nederlandse bepalingen op dit terrein, de artikelen 576 e.v. B.W., laten in hun samenhang slechts ruimte voor de interpretatie, dat de betreffende zaken in beginsel aan het gemeene recht onderworpen zijn.

Neen, men moest daarom hier wel de B.W.-bepalingen te hulp roepen, waarin voor „zaken buiten den handel” uitzonderingsrecht is neergelegd: 593: geen voorwerp van bezit, 1210: niet vatbaar voor hypotheek, 1368: geen onderwerp van overeenkomst en 1990: niet vatbaar voor verkrijging door verjaring.

Door t.p. dienst b. zaken te identificeren met „zaken buiten den handel” leidde men uit het „geen bezit” etc. af, dat deze evenmin voorwerp van privaatrechtelijke eigendom konden zijn.

Wetenschap en rechtspraak bleven op twee gedachten hinken tot het vermaarde in 1893 verschenen artikel van Mr. C. G. von Reeken ³¹ de stoot gaf tot een snelle evolutie naar een heersende leer, zoals wij deze thans nog kennen: de onderworpenheid in het algemeen óók van t.p. dienst b. zaken aan het gemene recht.

Sedert de jongste onderzoeken, met name die van Prof. Mr. W. G. Vegting, is de discussie op dit punt verstomd. Aan de hand van een zeer diepgaande historische analyse werd door deze schrijver aangetoond, dat de B.W.-artikelen inzake het buiten de handel zijn naar hun oorsprong niet meer willen zijn dan een belemmering voor de geldigheid

³⁰ Zie behalve Vegting t.a.p., blz. 188 e.v., o.m., ook de z. schr. Algem. Ned. Admin. Recht II, blz. 283 e.v.

³¹ Uitoefening van private rechten op zaken met eene publieke bestemming, Themis, 1893, blz. 25. e.v.

van bepaalde rechtshandelingen tussen of van private personen met betrekking tot de onderhavige zaken. Zij beogen noch beperking van de overheidsbevoegdheden te dien aanzien, noch, zoals Prof. Mr. E. M. Meijers aannam³², bescherming van de publicke bestemming daarvan³³.

In dit licht bezien wekken de woorden „zaken buiten den handel” verwarring; zij suggereren ten onrechte, dat op de betreffende goederen rechten van private personen zouden zijn uitgesloten³⁴. In het ontwerp-nieuw B.W. is van deze terminologie dan ook terecht geen sprake meer³⁵.

Men mag verwachten, dat te eniger tijd ook de tekst van art. 491 RV, waar dit onder 1e. alleen onteigening bij executie toelaat m.b.t. „zaken in den handel”, zal worden aangepast.

De meest markante wettelijke vrucht van de leer van het domaine public in het Nederlandse recht, art. 267 Gemeentewet – vervreemding, bezwaring of verpanding van gemeentelijke t.p. dienst b. zaken afhankelijk stellende van deklassificatie door de raad – is inmiddels geschiedenis geworden³⁶, evenals overigens enkele verdere wetsartikelen, die de invloed dier leer verraadden³⁷.

T.p. dienst b. zaken in beginsel dus onderworpen aan het privaatrecht. In beginsel. Naast de beperkingen, die uit vele geschreven publiekrechtelijke regelen voortvloeien, is er een ongeschreven criterium dat in deze een algemeen beperkende invloed doet gelden. Terwijl de toenmaals op dit terrein onvaste rechtspraak daarvoor reeds enige incidentele aanknopingspunten had opgeleverd³⁸, heeft Mr. Von Reeken

³² Publickrecht en zaken buiten den handel, W.P.N.R. 2543-47, inz. 2547, blz. 470.

³³ Publiek domein en zaken buiten den handel, inz. blz. 253 e.v.

³⁴ Aldus ook Asser-Beekhuis, t.a.p. blz. 77.

³⁵ Mogelijk ware dit anders geweest indien het het vijfde boek van het ontwerp Meijers niet eerst na diens heengaan zou zijn verschenen. Deze achtte de terminologie niet ondienstig; vgl. W.P.N.R., 2543, blz. 432.

³⁶ Wet van 22 april 1937, Stbl. 311. Het doen vervallen geschiedde overigens niet om doctrinaire reden, doch in het kader van bezuinigingsmaatregelen. Zie Prof. Mr. W. G. Vegting, Publiekdomein en zaken buiten den handel, blz. 215.

³⁷ Vegting, t.a.p. blz. 228 e.v.

³⁸ id. blz. 224.

dit criterium in 1893 een beslissende introductie gegeven ³⁹.

„Bij voor den publieken dienst bestemde eigendommen kan m.i. niemand,” aldus Von Reeken, „eenig recht, strijdend met bedoelde bestemming, op deze zaken uitoefenen. Alle rechten daarentegen, welke door een eigenaar of andere rechthebbenden, behoudens de publieke bestemming, kunnen uitgeoefend worden, blijven ongeschonden bestaan, en bedoelde zaken kunnen, behoudens de publieke bestemming ... in eigendom overgedragen en verkregen worden. Bedoelde zaken zijn, voor zover zij voor het publiek gebruik bestemd zijn, onttrokken aan het privaatrecht, aan het verkeer, en zijn dus gedeeltelijk buiten den handel.”

De hoofdgedachte, die in deze bekende passage ligt vervat, zou voor de Nederlandse rechtsontwikkeling van blijvende betekenis worden. Wel is de verwarring wekkende benaming „gedeeltelijk buiten den handel” niet overgenomen ⁴⁰. Ook is terecht opgemerkt, dat het gestelde in zijn algemeenheid, aangezien een overheidslichaam als eigenaar van een t.p. dienst b. goed, ondanks de bestemming daarvan, zelf ten behoeve van derden geheel of gedeeltelijk over de zaak kan beschikken ⁴¹. De crux van het betoog echter, dat t.p. dienst b. zaken slechts aan het privaatrecht zijn onderworpen, voorzover dit verenigbaar is met de bestemming daarvan, werd sedertdien geleidelijk aan de meest gangbare opvatting en vaste jurisprudentie ⁴².

Het strekt in de rechtspraak niet alleen tot richtsnoer bij de interpretatie van de bepalingen inzake het buiten den handel zijn ⁴³. Ook verder, en met name ten aanzien

³⁹ t.a.p. blz. 25 e.v.

⁴⁰ Vgl. Vegting, t.a.p. blz. 232 e.v., 256.

⁴¹ dez. blz. 257.

⁴² Vgl. o.m. Scholten in Asser-Scholten, Handl. beoef. Ned. Burg. Recht, 2e dl. Zakenrecht, 8e dr., 1945, blz. 138 e.v., Goudekot in diens bewerking van Mr. C. P. Opzoomer, Het Burgerlijk Wetboek verklaard, dl. 3, 3e druk, 1918, blz. 150, die de regel echter doet steunen op de wet A-B, art. 14; Asser-Beekhuis, t.a.p. blz. 77 e.v.; Kranenburg-Vegting, t.a.p. blz. 168 e.v. De bestrijding, die de leer heeft gevonden, komt in de tekst aan de orde.

⁴³ Vgl. H.R. 15 febr. 1918, W. 10244, en H.R. 17 jan. 1941, N.J. nr. 644. In het eerste arrest werd het verkrijgen door verjaring van een erfdienstbaarheid verworpen, welke zich niet met de bestemming van een weg verdroeg. Het tweede, dat op overeenkomsten m.b.t. een t.p. dienst b. zaak (vaarwater) betrekking heeft, komt nader aan de orde. Vgl. overigens voor de verdere jurisprudentie op dit terrein o.m. Meijers, W.P.N.R. nr. 2547, F. G. Schel-

van het burendrecht is het tot maatstaf geworden bij de privaatrechtelijke plaatsbepaling van t.p. dienst b. zaken.

Zo besliste ons hoogste rechtscollege bij arrest van 15 febr. 1918, N.J. blz. 385, dat de wet niet uitsluit, dat op openbare straten zakelijke rechten gevestigd zijn. Deze mogen alleen niet van dien aard zijn, dat zij de bestemming ten openbare nutte te loor doen gaan. Het ging in deze om het recht om op openbare pleinen en zijkanten van openbare wegen in de gemeente Oost- en West Souburg bomen te planten en te hebben en om daar gras te hebben en te maaien.

In de lijn van een oudere beslissing van het Hof te Arnhem⁴⁴ sprak de Hoge Raad bij arrest van 28 april 1961, N.J. 1961, nr. 433, onomwonden uit, dat het in het B.W. vervatte burendrecht, ook al sluit dat naar bewoordingen, aard en strekking toepasselijkheid met betrekking tot ten openbare nutte bestemde onroerende goederen in beginsel niet uit, niettemin buiten toepassing moet blijven „ingeval die toepassing onverenigbaar is met die bestemming of met de voorzieningen, welke met het oog op de verwezenlijking daarvan vereist zijn”. De keus van dergelijke voorzieningen staat ter beoordeling van de overheidsorganen, die met de zorg over de goederen zijn belast. Voor tussenkomst van de rechter ter handhaving van burendrecht, waarmee een door de overheid gegeven voorziening in strijd is, zal slechts plaats zijn, indien onder de gegeven omstandigheden moet worden aangenomen, dat het betrokken overheidsorgaan bij de afweging van het overheidsbelang tegen het particuliere belang in redelijkheid niet tot het treffen of de instandhouding van die voorzieningen had kunnen komen.

Het ging hier om bomen, die de gemeente Gorssel op bermen van haar toebehorende en door haar onderhouden wegen had geplant en onderhield. Eigenaren van aangrenzende landbouwgronden ondervonden hinder van deze bomen. Hen werd de eis tot veroordeling van de gemeente tot verwijdering ontzegd.

Een klare uitgebalanceerde beslissing, waarmee de algemene opbouw van een jurisprudentie op dit punt naar

terna, W.P.N.R. 2533/4, Ned. Bestuursrecht, 1932, blz. 125 e.v. en J. Ph. Suijling, t.a.p., blz. 146 e.v. Een analyse daarvan zou in dit verband te ver voeren.

⁴⁴ d.d. 25 okt. 1933, N.J. '34, blz. 189.

huidige rechtsontwikkeling een eindfase schijnt te hebben bereikt: verenigbaarheid met de bestemming de normale door de overheid in concreto af te bakenen grens van toepasselijkheid van burennrecht op t.o. dienst b. zaken; rechterlijke tussenkomst slechts in geval van overheids-willekeur.

Het bestemmingscriterium heeft overigens gedegen bestrijding gevonden. Volgens de opposenten, Mr. C. J. H. Schepel⁴⁵, Mr. J. Goudekct⁴⁶ en Prof. Mr. F. G. Scheltema⁴⁷ gaat het niet aan om aldus via een ongeschreven rechtsregel de handhaving van de publieke bestemming tegenover het privaatrecht aan de rechter over te laten. Wel erkende men, dat de overheid met aanwending van haar privaatrechtelijke bevoegdheden niet voldoende waarborg kan scheppen voor het veilig stellen van de publieke dienst. De opvulling van de lacune echter „ware niet te zoeken in één ongeschreven regel van publiek recht, maar in de talloze bestaande geschreven regelen, die beoogen, de publieke bestemming der t.o.d.b.z.⁴⁸ te waarborgen; het zgn. „onus publicum' berust niet op ongeschreven, maar op geschreven recht”.

„Het praktisch voordeel van de aanvaarding van deze opvatting”, zo vervolgt Prof. Scheltema, aan wien in deze wordt ontleend⁴⁹, „is in de eerste plaats hierin gelegen, dat zij het oordeel omtrent de vereischten van den publieken dienst in stede van bij den rechter, brengt bij de publiekrechtelijke corporaties, die in dezen zeker wel het best tot oordeelen in staat zijn”. Voorts zou aldus de rechtszekerheid bevorderd worden. De verplichtingen waartoe de publieke dienst dwingt, de beperkingen, welke deze de rechthebbende oplegt, de objecten ook, welke t.p. dienst bestemd zijn, zouden geen vragen meer opwerpen, doch zonder meer geschreven vastliggen.

De schrijver erkent, dat het bestemmings-criterium geldend recht mag heten. Hij verwijst in deze met name naar H.R. 12 jan. 1923, N.J. blz. 307, W. 11060. In deze bekende beslissing ging het om de vraag of onrechtmatig inbreuk

⁴⁵ Wegenrecht in Nederland, diss. Groningen 1895, blz. 71 e.v.

⁴⁶ t.a.p., blz. 150 e.v.

⁴⁷ Ned. Bestuursrecht, 1932, blz. 124 e.v.

⁴⁸ ten openbare dienst bestemde zaken.

⁴⁹ t.a.p., blz. 128.

was gemaakt op eiser's eigendom van Schielands Hooge Zeedijk, doordat het hoogheemraadschap tot verzwarend van de dijk was overgegaan, gepaard gaande met de nodige vergravingen en het dempen van een sloot. Waterschapsreglement noch keur verleenden een basis voor dit optreden. De Hoge Raad besliste niettemin, dat, wanneer het gaat om de handhaving van het algemeen nut van een waterstaatswerk als het onderhavige, alleen reeds een aloud recht van beheer voor de eigenaar de verplichting meebrengt om beperking van zijn eigendomsrecht te gedogen als uitvloeisel van de op het werk rustende publieke last.

Volgens Prof. Scheltema, die in het proces de belangen van eiser verdedigde had, zou hiermede in het algemeen uitgemaakt zijn, dat de eigenaar van een t.p. dienst b. zaak als het ware automatisch in de uitoefening van zijn eigendomsrecht zou zijn beperkt in de mate en de omvang, welke de publieke bestemming vereist. De Hoge Raad verwees echter voor wat de onderhavige gedoogplicht aangaat uitdrukkelijk naar de ongeschreven inrichting van het hoogheemraadschap, zoals deze door grondwet en wet, naast de in het reglement vastgelegde geschreven inrichting, als grondslag voor taak, bestemming en organisatie van het waterschap wordt aangewezen ⁵⁰.

Het ging hier in het Schieland-arrest dus om uitzonderlijk ongeschreven recht, met een uitdrukkelijke basis in de wetgeving. Voor de stelling, dat de Hoge Raad daarmede het bestemmings-criterium in zijn algemeenheid zou hebben aanvaard, biedt deze beslissing, aldus ook Prof. Donner ⁵¹, geen steun.

Zoals reeds gestipuleerd, biedt latere jurisprudentie daarvoor echter wel de nodige aanknopingspunten.

Wat van de kritiek van Prof. Scheltema c.a. te zeggen? Steun van gezaghebbende zijde heeft zij nadien, voor zover kon worden nagegaan, moeten ontberen ⁵².

⁵⁰ Vgl. Schilthuis, Waterschapsrecht, 2e dr. 1960, blz. 60 e.v.

⁵¹ t.a.p. blz. 152, n. 1.

⁵² Vgl. Vegting, t.a.p. blz. 256 e.v.; Kranenburg, *Int. Admin. recht*, 1941, blz. 140 e.v.; De Goede, *Het Beheer in het waterstaatsrecht*, diss. Leiden 1951, blz. 64, n. 2; Kranenburg-Vegting, t.a.p. blz. 168 e.v.; Asser-Beckhuis, t.a.p., blz. 78. Ook Prof. Meijers stond op een ander standpunt; vgl. o.m. diens *Publiek domein en zaken buiten den handel*, W.P.N.R., 1918, nr. 2544.

Uitvoerige bestrijding gaf Prof. Mr. R. Kranenburg. Verwijzende naar de Wegenwet, vestigde deze er de aandacht op, dat wetsbepalingen zeer dikwijls bestaand, minder vast omlijnd gewoonterecht fixeren. Het zou nu niet aangaan om op (nog) niet door de wetgever bestreken punten de bestemming ten openbare nutte tegenover privaatrechtelijke aantasting onverzekerd te doen blijven. Weliswaar zou het de voorkeur verdienen om de beperkingen, waartoe die bestemming in de privaatrechtelijke sfeer noopt, zo mogelijk wettelijk te reguleren. Voor het niet door zodanige regulatie bestreken terrein zou men het ten deze echter niet zonder ongeschreven recht kunnen stellen. Wel zou men het bestaan daarvan in de praktijk niet te gemakkelijk dienen aan te nemen ⁵³.

Aldus Prof. Kranenburg, wiens redenering mij juist voorkomt. De publieke dienst, wortelend in het algemeen belang, dient nu eenmaal, ook als het geschreven recht in de steek laat, naar redelijkheid te worden beschermt tegen privaatrechtelijke verkorting. Waar mogelijk echter bakene men de grenslijnen te deze wettelijk af. Het is, — en daarin zij gaarne Prof. Scheltema gevolgd —, zaak, de omlijning van wat het algemeen belang vergt zoveel mogelijk door de vertegenwoordigende lichamen te doen reguleren en de rechter in beginsel slechts randvragen ter beslissing over te laten.

Zo zou er m.i. wat voor te zeggen zijn het geschetste rechters-recht op het onderhavige terrein over te nemen in een algemene regel, te vervatten in boek 5 B.W., hetzij elders.

Men zou dan wellicht kunnen denken aan een bepaling, die eigenaren van onroerende t.p. dienst b. zaken en daaraan grenzende erven enerzijds verplicht al dat gene te dulden, wat het aan de bestemming doen beantwoorden van zodanige zaken redelijkerwijs vereist, en hen anderzijds de uitoefening van eigenaars-bevoegdheden verbiedt voor zover zulks redelijkerwijs niet te verenigen is met die bestemming, of met de voorzieningen, welke met het oog op de verwezenlijking daarvan vereist zijn.

De bepaling zou dan voorts ruimte moeten laten voor afwijkende detailregelingen, zoals bijvoorbeeld reeds ver-

⁵³ Inl. admin. recht, 1941, blz. 140 e.v.

vat in het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering op het punt van het beslag⁵⁴ en in de Wegenwet op het punt van het dulden van verkeer op weg en bermen⁵⁵. Dit zou kunnen worden bereikt door inlassing van de clausule „voor zover wet of verordeningen ter zake geen bijzondere regelen geven”.

Mogelijk zou een dergelijke algemene wettelijke vastlegging gepaard kunnen gaan met een regeling van schadeloosstelling of tegemoetkoming in geval van uitzonderlijke rechtsverkorting, zoals ook vervat in de Wegenwet⁵⁶. Dit laatste uiteraard slechts voor geval de wetgever de door deze kring geformuleerde verlangens naar meer algemene regelingen ten deze op het terrein van de rechtmatige overheidsdaad⁵⁷ niet mocht honoreren.

B.W. ontwerp.

Wetgeving in die trant ware mij liever dan de veel ruimere bepaling, opgenomen in het ontwerp-B.W., *Inl. titel, art. 9*: „Een bevoegdheid, die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met de geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht”⁵⁸.

Volgens de toelichting beoogt deze regel niet anders dan vastlegging van de leer van de Hoge Raad. Verwezen wordt naar het zo juist ter sprake gekomen Schieland-arrest⁵⁹. Ik schaar mij aan de zijde der critici, die menen, dat de consequenties van een dergelijke algemene regel niet te peilen zijn⁶⁰.

Zo heeft Prof. Mr. C. H. F. Polak reeds enkele mogelijke,

⁵⁴ artikelen 438a, 479a, 721 en 758.

⁵⁵ art. 14.

⁵⁶ art. 14, lid 4.

⁵⁷ *Handelingen N.J.V.* 1955, blz. 105 e.v.; stemming vraagpunten n.a.v. praeadviezen van Prof. Mr. W. G. Vegting en Jhr. Mr. J. H. de Brauw over het onderwerp: In hoeverre en naar welke beginselen behoort schadeloosstelling te worden toegekend bij rechtmatige aantasting van rechten of belangen door de overheid? Zijn hieromtrent nadere wettelijke regelingen wenselijk?

⁵⁸ *Handelingen IIe Kamer*, stuk 3766, nr. 2.

⁵⁹ *Toel. ontwerp B.W.-Meijers*, I, blz. 32.

⁶⁰ *Handelingen IIe Kamer*, 1955-'56, stuk 3766, nr. 4, Voorl. verslag, blz. 11. De Mem. v. antw. id. nr. 5, blz. 11, bleef in de lijn van de aanvankelijk gegeven toelichting.

doch vermoedelijk niet voorziene gevolgtrekkingen gesignaleerd, die te denken geven.

Zo wees hij voor het onderhavige terrein op de bestaande vaste jurisprudentie, die niet toelaat dat bij verordening de uitoefening van burgerrechtelijke bevoegdheden volledig onmogelijk wordt gemaakt. In die lijn wordt een verordening, die bomen planten in wegbermen verbiedt, door de rechtspraak dan ook buiten toepassing gelaten ten aanzien van hem, die een pootrecht bezit. De nieuwe bepaling zou nu de redenering toelaten, dat de uitoefening van zodanig recht in het gestelde geval achterwege moet blijven als in strijd met een geschreven rechtsregel.

Voorts zou men in de nieuwe bepaling kunnen lezen, dat ook de overheid zelf zich bij de uitoefening van zijn civiele bevoegdheden zal dienen te houden aan de regels van het publiekrecht, met inbegrip van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ook dit op zich zelf wellicht heel redelijk beginsel heeft de ontwerper, aldus spr., niet voor ogen gestaan ⁶¹.

Voorts mag men m.i. vrezen, dat het uitdrukkelijk wettelijk fiat bij de rechter de praedispositie zal wekken om wellicht meer dan uit een oogpunt van rechtszekerheid gewenst ware, te gaan werken met constructies van ongeschreven recht.

In het kader van onze vraagstelling verdient het B.W.-ontwerp nader de aandacht. Prof. Meijers zelf had voor het vijfde boek daarvan (zakenrecht) nog een gehele titel ontworpen betreffende zaken, die aan de Staat toebehoren of die t.p. dienst zijn bestemd. De bewerkers volstonden met opnemng van enkele na te bespreken detailregelingen. Wel zou een algemene regeling in beginsel in het B.W. op haar plaats zijn. Het ontstaan en teniet gaan van de bestemming en de rechtsgevolgen daarvan, zoals dit onus publicum thans voor openbare wegen in de Wegenwet is vervat, zou zich echter niet lenen voor uniforme regulering. Daarvoor zouden de desbetreffende objecten als land- en waterwegen,

⁶¹ Geschriften V.A.R. nr. XXV, verslag vergadering 18 mei 1956, blz. 15 e.v. Het betrof de bespreking van praeadviezen van de hand van Prof. Dr. B. de Goede en Dr. M. Troostwijk over: Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen.

waterkeringen, defensiewerken, regeringsgebouwen etc. te zeer uiteen lopen. Bovendien achtte men het bezwaarlijk de desbetreffende bepalingen uit een wet als de Wegenwet af te splitsen van de verdere daarin vervatte stof. De verschillende bepalingen zouden slechts in onderlinge samenwerking begrepen kunnen worden.

Daarom geen algemene regeling. Men mag verwachten, aldus de toelichting, dat al naar gebleken behoefte naast de Wegenwet voor nauwkeurig omschreven groepen van zaken, zoals de openbare wateren, afzonderlijke wettelijke regelingen tot stand zullen komen. Overigens leende zich wel voor veralgemening de bewijslast-regel van art. 13 van de Wegenwet⁶².

De redenering, die stilzwijgend in het ingediende ontwerp⁶³ wordt onderschreven, komt naar strekking plausibel voor. Inderdaad kan op het onderhavige terrein, gezien de zeer uiteenlopende aard en functie der betrokken objecten, moeilijk een algemene regeling worden getroffen. Bovendien zou het uit een oogpunt van evenwichtige rechtsbedeling inderdaad minder dienstig zijn een materie als vervat in de Wegenwet op te splitsen. Wel vraag ik mij af of, zoals gesteld, bepalingen omtrent het ontstaan en tenietgaan van bestemmingen als zodanig, in het B.W. thuis zouden horen. Het gaat hier toch in eerste instantie om distributie van overheidsmacht.

In boek 5 van het wets-ontwerp is nu allereerst voorzien in vervanging van de onevenwichtige, destijds uit een compromis tussen weinig belijnde divergerende rechtsopvattingen geboren artikelen 577 e.v. B.W. Deze is gecombineerd met de reeds gememoreerde veralgemening van het eigendomsvermoeden uit de Wegenwet.

In artikel 5.3.7 is een eigendomsvermoeden ten gunste van de Staat vervat voor de stranden der zee tot aan de duinvoet; in artikel 5.3.7a voor openbare vaarwateren, zij het dat het vermoeden voor deze laatste objecten niet werkt tegenover andere openbare lichamen waarvan het onderhoud is overgenomen of die het vermoeden van artikel 5.3.8 tegen de Staat kunnen invoeren.

Dit laatste artikel creëert voor andere onroerende zaken,

⁶² B.W.-ontwerp Meijers, 2e ged. 1955, bew. door Prof. Mr. J. Drion, Mr. J. Eggens en Mr. F. J. de Jong, blz. 1 e.v., 400.

⁶³ Handelingen IIe Kamer, 1956-'57, stuk 4572, nrs 1-3.

die openbaar zijn, het vermoeden, dat deze wanneer zij door een openbaar lichaam worden onderhouden, eigendom van dat lichaam zijn. Het vermoeden werkt niet tegen hem van wie het onderhoud is overgenomen.

Opvalt allereerst, dat de bepalingen uit het B.W. die verdedigingswerken eigendom verklaren van de Staat niet zijn overgenomen. Dubia kunnen in deze thans inderdaad niet meer worden gevreesd.

Het bestaande staatseigendomsvermoeden m.b.t. de stranden is gehandhaafd, zij het met een doelmatige detaillering: de duinvoetregel.

Deze bepaling correleert met art. 5.3.13, waarin voor geval van toeneming of afnemning van duinen, de duinvoet wordt aangewezen als grens van het duineigendom.

Opgemerkt is ⁶⁴, dat verlijning op zijn plaats zou zijn voor gevallen van plotselinge aanmerkelijke grenswijziging door natuurlijke oorzaken c.q. mede door kunstmatige te- weegbrenging, voorzover – hetgeen niet geheel duidelijk is – de regel ook het laatste geval omvat. Er zou dan gelegenheid moeten worden geboden voor restitutio in integrum.

De kritiek schijnt juist, al zou zodanige gelegenheid m.i. alleen bij duinafslag op zijn plaats zijn. Bij duinvoetver- plaatsing naar zee zou herstel in de oude toestand in verzet brengen met de belangen der kustverdediging.

Toc te juichen valt voorts, dat „de bevaarbare en vlot- bare stroomen en rivieren”, die tot zovcel – in hoofdzaak Visserijwet – jurisprudentie aanleiding hebben gegeven, plaats hebben gemaakt voor het relatief minder dubia latende begrip „openbaar vaarwater” ⁶⁵.

Naast deze vermoedensregel en die voor alle zaken die openbaar zijn ten behoeve van de onderhoudende over- heidslichamen, konden voorts de detail-regels voor wegen, havens en redden worden geschrapt.

⁶⁴ De Ned. Gemeente, 1955, blz. 577; vgl. Handelingen IIe Kamer, 1961-62, stuk 4572, nr. 4, B.W. 5e boek, voorl. verslag, blz. 10.

⁶⁵ Terecht m.i. volgde het wetsontwerp in deze niet het ontwerp Meijers dat het vermoeden van staatseigendom op alle openbare wateren deed slaan. Dit laatste zou gezien de ruimheid van het be- grip „openbaar” te ver gaande konsekwenties hebben.

Het ontwerp gaat er zonder meer vanuit, dat, wanneer een zaak, die openbaar is, van overheidswege wordt onderhouden, zulks altijd door één instantie geschiedt. Dit is in zijn algemeenheid niet houdbaar. Mij althans zijn vooreerst openbare wateren bekend, die door twee overheidslichamen worden onderhouden. Zo bijvoorbeeld de Oude Rijn tussen Leiden en Bodegraven. Beheer en onderhoud daarvan als *vaarwater* berust vanaf 1882 bij de provincie, die het sedertdien op vaardiepte houdt⁶⁶. Daarentegen beheert en onderhoudt het hoogheemraadschap van Rijnland hetzelfde water als *boezemwater*. Dit op grond van de bij reglement opgedragen taak om Rijnlands boezem in stand te houden, waaronder o.m. begrepen het op zodanige afmetingen houden van de boezemwateren als nodig is voor een goede afstroming van het water, de regeling van het peil en de bescherming van de hoedanigheid van het boezemwater⁶⁷.

Doordat bedoelde afmetingen in casu kleiner zijn dan de afmetingen benodigd voor de scheepvaart kan het Rijnlandse onderhoudswerk in casu beperkt blijven tot het – voor zoveel nodig – schoonmaken en ophalen der kanten.

Tweeërlei overheidsonderhoud ten aanzien van één t.p. dienst b. zaak komt men voorts ook tegen bij dijklichamen, die tevens fungeren als openbare weg. Er bestaat dan een wegenrechtelijke verplichting tot onderhoud als weg naast een waterschapsrechtelijke verplichting tot onderhoud als waterkering.

Deze voorbeelden om aannemelijk te maken, dat de besproken vermoedensregel m.b.t. alle zaken, die openbaar zijn, wijziging behoeft.

Deze ware niet te zoeken in een primaat voor één soort onderhoud per categorie tweeledig onderhouden objecten. Allereerst zijn alle onderhoudende overheidslichamen – voor zover althans, wat veelal het geval is, tevens publiekrechtelijk beheerder – gebaat bij eigendomsrecht. Dit vergroot de greep op de zaak. Het kan voorts, zo dit met de te behartigen bestemming(en) te verenigen is, revenuen inbrengen via eigendomsbeschikkingen ten behoeve van

⁶⁶ Prov. verslag 1882, blz. 16.

⁶⁷ Reglement voor het hoogheemraadschap, Buitengew. Prov. blad Z.H. nrs. 1293/2043; 1376/2126; 1654/2404; 1773/2523; 1892/2642 en 1992/2742, art. 1, lid 1, d en lid 2.

bijzonder gebruik. Men denke alleen al aan de gestadig wassende stroom van benzinstations, patatten-kramen en woonboten.

Tenslotte laat zich niet in algemene zin uitmaken of het ene onderhoud met betrekking tot een bepaald object en daarmee de betreffende tak van overheidszorg in belang uitgaat boven het andere. Dit ligt van object tot object verschillend.

Er komt daarom, dunkt me, slechts een oplossing in aanmerking: men houde gevallen, waarin een zelfde object door meer dan een openbaar lichaam wordt onderhouden, buiten de regeling.

Vervolgens rijst de vraag of het juist is het onderhavige vermoeden ten gunste van het onderhoudend openbaar lichaam te vestigen en niet ten gunste van de publiekrechtelijke beheerder.

Deze laatste heeft de zorg, dat een werk aan zijn bestemming(en) of – ook ten deze ontmoet men de publiekrechtelijke Janus⁶⁸ – aan een zijner bestemmingen blijft beantwoorden. Een zorg, die geen onderhoud behoeft te omvatten. Er kan een ander zijn die onderhoudt, zoals bij wegen, waterkeringen en t.p. dienst b. wateren nog veelvuldig voorkomt.

Laat men de vermoedensregel derhalve, zoals in het ontwerp-B.W. ten gunste van een onderhoudend openbaar lichaam werken, dan schakelt men de regel allereerst uit voor objecten die door derden-particulieren worden onderhouden. Voorts werkt zij dan in geval het ene openbaar lichaam als zodanig onderhoudt en het andere beheert⁶⁹ ten gunste van eerst bedoelde instantie.

Wat daarvan te zeggen? De zaak ligt genuanceerd. Voorop zij gesteld, dat de eigendom van objecten als de onderhavige, van overheidswege bezien, niet begerenswaardig is met het oog op het onderhoud, doch met het oog op het

⁶⁸ In het besproken geval bijvoorbeeld van de Oude Rijn dienen m.i. zowel de provincie Zuid-Holland als het hoogheemraadschap van Rijnland als beheerder te worden aangemerkt.

⁶⁹ Zo worden verscheidene boezemwateren binnen het hoogheemraadschap van Rijnland als zodanig door gemeenten onderhouden, terwijl Rijnland het betreffende beheer uitoefent. Vgl. Rijnlands reglement, art. 163 juncto art. 6 van Rijnlands Algemene keur en de daarbij behorende staat B.

beheer. Eigendomsrecht verschaft extra middelen om een object aan de betreffende bestemming(en) te doen beantwoorden. Voor onderhoud als zodanig is het, naar mijn gevoelen, irrelevant. Zo gezien schijnt dus een eigendomsvermoeden ten gunste van de beheerder het meest doelmattige. Ten aanzien van t.p. dienst b. wateren en waterkeringen kent men echter de figuur, dat eigendomsrecht onderhoudsverplichting meebrengt; een verplichting, waarvan bij wateren de kosten vaak niet opwegen tegen de reventuen. Een eigendomsvermoeden ten gunste van de publiekrechtelijke beheerder zal in dergelijke omstandigheden derhalve gemakkelijk invloed kunnen oefenen op het verdelingspatroon van onderhoudslasten.

Een dergelijke invloed op het publiekrechtelijk vlak behoort mijns inziens van een burgerrechtelijke regel niet te kunnen uitgaan.

Wanneer men zich dan tenslotte nog voor ogen stelt, dat, in geval een openbaar lichaam onderhoudt, dit als regel ook beheert, dan lijkt me, een en ander afwegende, het in het B.W.-ontwerp neergelegde vermoeden ten gunste van de onderhoudende overheidsinstantie relatief de voorkeur te verdienen. Voor gevallen, waarin het ene overheidslichaam onderhoudt en het andere beheert zou het vermoeden echter — voor zover ook daarvoor al niet geheel buiten toepassing te verklaren — ten gunste van de beherende overheid dienen te werken.

Is er aanleiding het eigendomsvermoeden mede niet openbare t.p. dienst b. zaken te doen bestrijken?

De vraag ware m.i. ontkennend te beantwoorden. Dit alleen reeds omdat de grote variatie in aard en functie der objecten de consequenties van een dergelijke stap onoverzichtelijk maken.

De publiekrechtelijke beperkingen van het eigendomsrecht zullen voor dergelijke objecten over het algemeen aanzienlijk minder ingrijpend zijn dan bij v.p. gebruik b. zaken. Zo is in veeteelt-gebieden aan de eigenaars van niet-openbare waterkeringen in de praktijk vaak een niet veel beperkter genot gelaten dan bij gebreke van een publieke bestemming zou worden geoefend.

Een eigendomsvermoeden ten gunste van de onderhoudende overheid zou in dergelijke omstandigheden een veel

sterkere potentiële ingreep op het civielrechtelijke vlak betekenen dan met betrekking tot openbare objecten. Uit de genotsmogelijkheden, die de eigenaar worden gelaten, blijkt anderzijds dat eigendom van het openbare lichaam in deze van minder gewicht is te achten voor het doen beantwoorden aan de bestemming. Een eigendomsvermoeden ten gunste van de laatste lijkt daarom in dergelijke omstandigheden onvoldoende gewettigd.

Het wetsontwerp behelst nog enige bijzondere regelen met betrekking tot openbare wateren.

Volgens art. 5.4.3 mag de eigenaar van een erf o.m. gebruik maken van een aangrenzend openbaar water voor bespoeling, drenking van vee en andere dergelijke doeleinden, tenzij hij daardoor aan eigenaars van andere erven nadeel toebrengt in een mate of op een wijze, die volgens regels van ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer niet betaamt; alles voorzover wet, verordening of bestemming van dat water zich daartegen niet verzet.

Een doelmatige vastlegging van een ongeschreven regel, waarbij terecht ook ruimte wordt gelaten voor beletselen, welke uit de bestemming als zodanig kunnen voortvloeien.

Mede gelet op de term „niet verzetten” mag men er van uitgaan, dat de onderhavige regel alleen gevallen beoogt te reguleren, waarin het betreffende gebruik niet reeds kan worden uitgeoefend uit hoofde van de bestemming; dat het met andere woorden om bijzonder gebruik gaat. Aldus opgevat voegt de bepaling zich althans in de bestaande wetgevingspraktijk, volgens welke uit de bestemming voortvloeiende gebruiksrechten met betrekking tot v.p. gebruik b. zaken niet met zoveel woorden worden vastgelegd.

Een belangrijke consequentie van de onderhavige bepaling lijkt mij, dat daardoor heffingen krachtens eigendomsrecht voor het bedoelde gebruik worden uitgesloten. Zulks als uitzondering op de jurisprudentie-regel, volgens welke dit met betrekking tot bijzonder gebruik van zaken als de onderhavige geoorloofd is⁷⁰.

Overigens een gelukkige afwijking. Het betreffende gebruik ligt, ook voor zover in een gegeven situatie als bijzonder aan te merken, zo niet binnen dan toch aan de

⁷⁰ H.R. 17 januari 1941, N.J. nr. 644.

rand van hetgeen de burger tot zijn normale vrijheden mag rekenen ⁷¹.

Het onderhavige gebruik van openbaar water wordt in het wetsontwerp voorts terecht ook uitdrukkelijk gegarandeerd voor geval de oeverlijn van het water zich, na vastlegging van de grens ervan, in de richting van het water verplaatst. De eigenaar van het erf kan dan vorderen, dat hem op de drooggekomen grond een of meer erfdienstbaarheden worden verleend, waardoor hij zijn gebruiksbevoegdheden ten aanzien van het water kan blijven uitoefenen ⁷².

Anderzijds, – een logisch complement – heeft de eigenaar van een erf, naar waar binnen de oeverlijn van een openbaar water zich na grensvastlegging verplaatst, op de overspoelde grond het gebruik van het water overeenkomstig de bestemming te dulden ⁷³.

De toelichting acht een schadevergoedingsregeling op haar plaats voor geval de landwaartse oeververplaatsing door overheidsmaatregelen veroorzaakt is. De bewerkers endosseren deze, als niet in het B.W. thuis behorende, aan de bijzondere wetgeving ⁷⁴.

Hierbij zal zijn gedacht aan wetgeving inzake de openbare wateren die reeds zo lang node wordt gemist ⁷⁵. Gezien de jongste ontwikkeling in de rechtspraak op het punt van de (on)rechtmatige overheidsdaad, de bekende H.R.-arresten Voorste Stroom VI ⁷⁶ en Haagse duinwaterleiding ⁷⁷ zal men zich ten deze vooralsnog waarschijnlijk niet zonder succes tot de burgerlijke rechter kunnen wenden.

De even geschetste bijzondere burgerrechtelijke ontwerp-regelen gelden, zoals tot uitdrukking kwam, slechts voor gevallen, waarin de grens van het openbaar water – over-

⁷¹ Vgl. Mr. S. J. Fockema Andreae, Tien stellingen van waterrecht, 1955, blz. 19, waar wateronttrekking in het algemeen wordt gerekend tot „het redelijk watergebruik” te behoren, dat belanghebbenden rechtens en niet qua gunst toekomt.

⁷² art. 5.3.11.2.

⁷³ art. 5.3.11.1.

⁷⁴ Toelichting, 2e ged. (1955), blz. 405.

⁷⁵ Vgl. met name Mr. S. J. Fockema Andreae, De Oude Rijn, Rechtskundige opstellen aangeb. aan Prof. Mr. E. M. Meijers, 1935, blz. 712 e.v., en ongetwijfeld ook het dezer dagen verschijnende rapport van de Commissie Waterrecht, in 1956 ingesteld door de Ver. v. Administratief recht.

⁷⁶ 19 maart 1943, N.J. nr. 312.

⁷⁷ 18 februari 1944, N.J. 1944/45 nr. 226.

eenkomstig een daartoe in het ontwerp opgenomen regulering⁷⁸ – tevoren is vastgelegd. In andere gevallen doen zich ter zake geen problemen voor, omdat de eigendoms-grens zich dan volgens het ontwerp met de oeverlijn pleegt te verplaatsen. Voor zover dit niet het geval is – bij opzettelijke drooglegging of tijdelijke overstroming – bestaat aan bescherming van meer bedoeld gebruik geen behoefte.

Voor wat het burennrecht aangaat stuit men in een tweetal bepalingen (5.4.11, scheidsmuur; 5.4.12.3, uitzichtsob-jecten op eens anders erf) nog op logische uitzonderingen voor gevallen waarin een openbare weg of een openbaar erf in het geding is. Geschreven recht dus, dat, waar zulks zonder bezwaar mogelijk is, de werking van het ongeschreven bestemmingscriterium inperkt. In art. 5.4.14.2, waar, be-houdens verbod bij wet of verordening, afwatering op de openbare weg geoorloofd wordt verklaard, is hetzelfde ge-daan, zij het in omgekeerde richting, door een onderdeel van de bestemming positief vast te leggen⁷⁹.

Het in het leven roepen van t.a. nutte s. zaken.

Voor het in het leven roepen van een t.a. nutte s. zaak is in vele gevallen de volledige beschikking over onroerend goed nodig. Voorzover de initiatief nemende overheid, par-ticulier of particuliere instelling daarover dan niet reeds be-schikt zal eigendomsverwerving noodzakelijk zijn.

Zou men ten deze aangewezen zijn op vrijwillige mede-werking van derden, dan zouden de onderscheidene alge-mene belangen, die met het totstandbrengen van t.a. nutte s. zaken gemoeid zijn, vaak niet, tegen onevenredig hoge financiële offers of niet in de meest gewenste vormgeving kunnen worden gediend.

Het primaat, dat in een Staat als de onze wordt toege-kend aan het algemeen belang boven privé belangen, laat

⁷⁸ art. 5.3.10. Het ontwerp geeft hier twee mogelijkheden, 1^e door de eigenaar van het land en die van het water bij notariële akte (in de lijn van de praktijk der delimitatiecontracten bijv. m.b.t. kweldergronden), 2^e op vordering van een hunner door de rechter. Art. 19 j° 23 Rivierenwet 1908, Stbl. 329, kent, zoals de toelichting (blz. 403) vermeldt, reeds een facet-regeling op dit punt.

⁷⁹ Het bestaande B.W. kent deze vastlegging overigens reeds, zij het beperkt tot regenwater-ontvangst (art. 700).

zulks niet toe. Vandaar dat de grondwetgever de mogelijkheid heeft geopend voor gedwongen overgang van eigendom, voor onteigening ten algemene nutte.

Het is hier niet de plaats op de mérites van de vormgeving van dit onmisbare rechtsinstituut in te gaan. Stellen wij slechts vast, dat de grondwetgever en de wetgever dit ultimum remedium met stringente waarborgen voor de burger heeft omgeven ⁸⁰.

Voorzover de wetgever niet zelf over de opportuniteit van enige voorgenomen onteigening beslist, is ter zake steeds inschakeling van de Kroon voorgeschreven, die ter zake de Raad van State dient te horen.

De belanghebbenden krijgen voorts alle gelegenheid om in verschillende stadia hun belangen te bepleiten, terwijl hun zo nodig door de rechter te bepalen, vooraf genoten of vooraf verzekerde schadeloosstelling is gegarandeerd.

Constateren wij voorts nog, dat onteigening bij eenvoudige procedure krachtens de wet, behalve voor het scheppen, verbeteren of uitbreiden van bepaalde meer traditionele t.a. nutte s. zaken als vestingwerken, dijken, wegen, bruggen en kanalen, sedert 1922 mede mogelijk is gemaakt voor het in meer geëigende handen brengen van onroerende monumenten, aanvankelijk alleen van uit een oogpunt van natuurschoon waardevolle bossen en andere houtopstanden ⁸¹, sedert 1942 mede van verdere natuurmonumenten en andere onroerende monumenten ⁸².

Een duidelijk blijk van de opmerkelijke groei van hetgeen de Staat in de loop van deze eeuw binnen het terrein van zijn positieve zorg is gaan betrekken.

Met betrekking tot gronden, die niet voor het werk als zodanig nodig zijn doch alleen tijdens de voorbereiding of uitvoering mochten worden betreden of gebruikt, is eigendomsverwerving niet nodig. Onteigening zou in deze gevallen een niet gerechtvaardigde inbreuk in de privaatrechtelijke sfeer betekenen.

Hetzelfde geldt voor gronden waar kleine t.a. nutte s.

⁸⁰ Grondwet, art. 165; Onteigeningswet 1851, Stbl. 125.

⁸¹ Wet van 19 mei 1922, Stbl. 349.

⁸² Besluit 5 maart 1942, Stbl. S 350, gehandhaafd bij Wet bezettingsmaatregelen IV, Stbl. 1955, nr. 18.

zaken als een peilschaal, een duiker of een kabel moet worden geplaatst c.q. door heen moet worden gelegd.

De sterke ontwikkeling van de techniek en daarmee van mogelijkheden van collectieve voorziening in bestaande of nieuw opkomende maatschappelijke behoeften (drinkwater, telegraaf, telefoon, gas, elektriciteit etc.) deed in de tweede helft van de negentiende eeuw snel het inzicht rijpen dat in dergelijke gevallen op dit terrein zo nodig afgedwongen medegebruik van particuliere eigendom in de samenleving niet kan worden gemist ⁸³.

Van de wettelijke vruchten van deze nieuwe ontwikkeling vindt men de eerste belangrijke voorbeelden in de Telegraafwet van 1852 ⁸⁴, de Waterstaatswet 1900 ⁸⁵, de Telegraaf en Telefoonwet 1904 ⁸⁶ en de Rivierenwet 1908 ⁸⁷. Een meer algemene regeling volgde in 1927.

Sedert 1911 hadden vele provinciën elektriciteitsverordeningen in het leven geroepen, die gedoogplichten creëerden voor de aanleg en instandhouding van elektriciteitswerken. Het Lantaarnpaal-arrest van 1904 had echter uitgemaakt, dat een eigenaar het plaatsen van een paal in zijn grond uit hoofde van een gemeente-verordening niet behoefde te dulden. Hem werd daarmee het gebruik van het bewuste stukje grond volledig ontnomen, hetgeen de Hoge Raad in strijd achtte met art. 625 B.W. ⁸⁸. Om in deze een ondubbelzinnige rechtsbasis te scheppen volgde de Elektriciteitswet 1918 ⁸⁹, die in 1927 werd vervangen door de Belemmeringenwet Privaatrecht van veel ruimer strekking ⁹⁰.

⁸³ Vgl. Jhr. Mr. B. de Jonge, *Moderne eigendomsbeperking*, in *Nederlandsch Administratief recht*, 1919, blz. 458 e.v.

⁸⁴ Stbl. 48. Deze wet kende een duldplicht m.b.t. palen en geleidingen voor alle gronden; dit in tegenstelling tot de Telegraaf en Telefoonwet 1904, die behoudens enkele uitzonderingen alleen geldt voor openbare gronden. Vgl. Mr. C. W. van der Pot, *Het Verkeer*, *Ned. Bestuursrecht*, 1953, blz. 406.

⁸⁵ Stbl. 176, art. 6 e.v.

⁸⁶ Stbl. 7, art. 4 e.v.

⁸⁷ Stbl. 339, art. 15 e.v.

⁸⁸ H.R. 14 maart 1904, W. 3050; vgl. Donner, t.a.p. blz. 148 en het daar aangehaalde artikel van Mr. J. van Geleijn Vitringa, *Verordening en burgerlijk recht*, *Ned. Adm. Recht* 1919, blz. 447 e.v.

⁸⁹ Stbl. 276.

⁹⁰ Stbl. 159. Min of meer uitvoerige besprekingen van de wet vindt men bij Mr. M. W. Scheltema, *Werken in het algemeen belang*, *Nederlandsch Bestuursrecht* 1932, blz. 608 e.v.; Mr. Dr. J.

Deze heeft betrekking op openbare werken, die door rijk of provincie worden of zijn ondernomen dan wel krachtens de wet bevolen; door gemeente of waterschap worden of zijn ondernomen of bevolen, alsmede die, welke krachtens een door het openbaar gezag verleende concessie of op grond van een wettelijke erkenning van algemeen nut worden of zijn tot stand gebracht. Behalve in geval van optreden krachtens waterschapsreglement is voor door gemeente of waterschap ondernomen of bevolen werken voorafgaande erkenning van het openbaar belang door of vanwege de Kroon nodig.

Moet voor dergelijke werken duurzaam of tijdelijk gebruik worden gemaakt van onroerende goederen dan kunnen de rechthebbenden daarop onder aanspraak op schadevergoeding worden verplicht het werk te gedogen. Dit echter alleen voor zover hun belangen redelijkerwijs geen onteigening vorderen en zij in het gebruik der goederen niet meer worden belemmerd dan redelijkerwijs nodig is.

Wordt geen minnelijke overeenstemming bereikt dan volgt een met alle waarborgen voor belanghebbenden omklede procedure in de trant van die van de Onteigeningswet. Het opleggen van de gedoogplicht is in handen gelegd van de minister van Waterstaat, die vooraf Gedeputeerde Staten moet horen. De met redenen te omkleeden beslissing heeft, doordat zij mede opvolgende gerechtigden bindt, een zakelijk karakter. Van de rechterlijke macht kan een uitspraak worden uitgelokt zowel voor wat betreft de vraag of aan beide in de vorige alinea genoemde voorwaarden is voldaan (gerechtshof), als op het punt van de schadevergoeding (kantongerecht).

De wet reguleert voorts onder meer nog verplaatsing en opruiming der werken alsmede betreding van gronden bij voorbereiding en uitvoering. Ook voor al deze gevallen is voorzien in een schadevergoedingsregeling.

Hoewel zeer uitgesponnen en in toepassing tijdrovend kan men het stelsel van procedures der wet m.i. niet beknotten zonder te kort te doen aan de rechtszekerheid en een evenwichtige rechtsbedeling.

P. Winsemius, Inleiding tot het waterstaatsrecht, 1959, blz. 132 e.v. en bij Mr. G. J. C. Schilthuis, Waterschapsrecht, 2e druk, 1960, blz. 417 e.v.

De wet laat terecht ruimte voor regelingen van lagere wetgevers. Deze zullen zich daarbij dienen te bewegen binnen de grenzen ten deze door de jurisprudentie aan eigendomsbeperking bij verordening gesteld. Opmerking verdient, dat de Hoge Raad in deze het opleggen van gedoogplichten tot het bevestigen en behouden van straatnaamborden, aanhechtingen van tramleidingen etc. aan gebouwen toelaatbaar acht⁹¹. Doch ook voor andere gevallen van minder ver strekkende eigendomsbeperkingen — men denke bijvoorbeeld aan gedoogplichten inzake betreding — zal de verordening bij de aanleg van t.a. nutte s. zaken dienst kunnen bewijzen.

Overigens heeft de werkgever m.i. goed gedaan de onderhavige wet ook anderszins niet uit te bouwen tot een alomvattende, exclusieve regeling.

Enerzijds kan voor weinig ingrijpende gedoogplichten als die tot betreding ter bij voorbereiding of uitvoering van werken, met een eenvoudiger regeling kunnen volstaan, die dan het beste zijn plaats vindt in de betreffende bijzondere wet. Een voorbeeld daarvan levert art. Onteigeningswet.

Anderzijds kan de bijzondere geaardheid der objecten om een nader toegesneden regeling vragen. Deze mag dan het meest op zijn plaats worden geacht in het kader van de bijzondere wet die het overheidsoptreden op het betreffende terrein ook anderszins reguleert.

Zo is de bijzondere regeling die voor telegraaf en telefoonwerken nodig is — met name omdat voor de aanleg daarvan in hoofdzaak van reeds bestaande v.p. gebruik b. zaken en spoorwegen wordt gebruik gemaakt — terecht in de Telegraaf- en Telefoonwet 1904 vervat gelaten⁹². Een

⁹¹ H.R. 16 juni 1930, W. 12165. Vgl. Scheltema, t.a.p. blz. 618. Een Commissie aangewezen door het Bestuur van de Nederl. Ver. v. Gem. belangen, die tot opdracht had na te gaan of een wettelijke voorziening nodig was ter regulering van de bevoegdheden van de lagere wetgever op het onderhavige terrein, stelde deze gevallen juridisch geheel op een lijn met de casuspositie behandeld in het Lantaarnpaal-arrest; Gemeentebelangen, 1919, bijvoegsel bij nr. van 15 april, blz. 22 e.v. Dit lijkt niet wel houdbaar. Anders dan bij een door een paal in beslag genomen stukje grond laat een aanhechting van een verkeersbord, zoals de Hoge Raad in het aangehaalde arrest terecht overwoog, de vrijheid onverlet om het perceel en de betreffende muur op andere wijze te gebruiken.

overeenkomstige gedragslijn werd bijvoorbeeld gevolgd bij het totstand brengen van wettelijke voorzieningen op het punt van de aanleg van werken, nodig ter voorkoming en beperking van gevolgen van beschadigingen van waterstaatswerken door oorlogshandelingen. Een afwijkende procedure was hier aangewezen in verband met de nodige geheimhouding, de vaak vereiste spoed en de veelal geboden realisatie in op of bij bestaande waterstaatswerken. Ook deze eigen regeling is opgenomen in de wet, die het gehele overheidshandelen op dit punt reguleert, de Wet bescherming waterstaatswerken in oorlogstijd ⁹³.

Voor het tot stand brengen van t.a. nutte s. zaken zijn in vele gevallen niet alleen privaatrechtelijke doch ook publiekrechtelijke hindernissen te nemen.

Zo zal vaak moeten worden gehandeld in strijd met verbodsbepalingen van verordeningen. Voor het leggen van een openbare elektriciteitskabel bijvoorbeeld zal doorgaans in strijd met een desbetreffend verbod moeten worden gegraven in dijken of wegen. De aanleg van een dergelijk werk van algemeen belang en de voorwaarden waaronder zulks kan plaats hebben mogen echter niet uitsluitend afhangen van de wil van het tot ontheffing- of vergunningverlening bevoegde orgaan. Ook verdraagt het betrokken belang niet, dat alleen reeds het ontbreken van een ontheffingsmogelijkheid het totstandbrengen van het werk zou beletten.

Vandaar, dat de wetgever een algemene regeling in het leven heeft geroepen om in die gevallen het door het werk gediende algemene belang, voor zover nodig te doen prevaleren boven de door de verordeningen gediende belangen.

De opsomming, die deze Belemmeringenwet Verordeningen van 1899 ⁹⁴ geeft van de werken, waarop zij betrekking heeft, is in hoofdzaak dezelfde als die van de reeds ter sprake gekomen veel jongere Belemmeringenwet Privaatrecht.

Er zijn afwijkingen. Anders dan in laatstgenoemde wet is hier voor waterschapswerken, ook voor zover krachtens re-

⁹² Stbl. 7, art. 4 e.v.

⁹³ Wet van 23 juni 1952, Stbl. 367, besproken door Winsemius t.a.p. blz. 176 e.v.

⁹⁴ Stbl. 129.

glement geëntameerd een erkenning van het openbaar belang vereist; een erkenning, die anders dan in de andere wet slechts door of vanwege de Kroon kan worden gegeven. Voorts is hier alleen sprake van concessies door of vanwege de Kroon verleend.

De Belemmeringenwet Privaatrecht sterkt zijn werking mede uitdrukkelijk uit tot eerder ondernomen werken; terecht omdat bestaande openbare werken bescherming verdienen tegen eventuele latere intrekkingen van de vergunningen, krachtens welke ze werden tot stand gebracht.

Spreekt de Belemmeringenwet Verordeningen alleen van werken door een waterschap of gemeente „bevolen”; in de andere wet is sprake van „ondernomen of bevolen”. Daar is dus duidelijk vastgelegd, dat het, behalve om werken door bedoelde openbare lichamen zelf ondernomen, mede gaat om werken door derden krachtens hun bevel uit te voeren.

Merkwaardig is, dat men de Belemmeringenwet Verordeningen op dit punt inmiddels niet heeft verrijkt met de ruimere, meer logische en minder vragen latende opsomming van de andere wet. Materiële gronden voor de verschillen kan men tenminste niet ontwaren.

Ten behoeve van de opgesomde openbare werken wordt nu, zo bepaalt de Belemmeringenwet Verordeningen, op verzoek ontheffing verleend. In geval het een absoluut verbod geldt, dient dit te geschieden door het hoogste orgaan van het betreffende lichaam, dat het verbod in het leven riep. Is ontheffing mogelijk, dan verleent het tot ontheffing bevoegde orgaan de medewerking. Hoewel de wet imperatief spreekt van „wordt verleend”, blijkt uit de verdere inhoud daarvan, dat ook kan worden geweigerd. De wet strekt niet tot opheffing van alle belemmeringen, doch alleen tot het breken van onredelijk verzet⁹⁵. Wordt vergunning geweigerd of worden te ver gaande voorwaarden gesteld, dan kunnen, wanneer het gemeente- en waterschapsverordeningen betreft, Gedeputeerde Staten desgevraagd ontheffing verlenen; ingeval het om een provinciale verordening gaat, de minister van Waterstaat, na raadpleging van de afdeling contentieux van de Raad van State. In beide gevallen is voorzien in de mogelijkheid om

⁹⁵ Vgl. Kranenburg-Vegting, t.a.p. blz. 195.

binnen een bepaalde termijn een uitspraak te verkrijgen, ingeval het betrokken lagere orgaan talmt. Van beslissingen van Gedeputeerde Staten staat beroep open op de Kroon, zodat ook in dat geval inschakeling van de afdeling contentieux is verzekerd.

Aanvankelijk had de regering voorgesteld alleen voorwaarden toe te laten, die volstrekt noodzakelijk zijn in het belang van de betreffende instelling. Op aandrang uit de Kamer is dit verruimd tot de voorwaarden, die in het belang van het lichaam moeten worden gesteld⁹⁶. Deze omschrijving laat in beginsel minder speelruimte dan de eis die de Keurenwet op dit punt stelt: uitsluitend strekken tot bescherming van de belangen, om welke het vereiste van vergunning is gesteld⁹⁷. Dank zij een in de richting van de Keurenwet gaande interpretatie van de Kroon⁹⁸ heeft het verschil zich in de praktijk niet scherp doen voelen. Niettemin vraagt men zich af, of de duidelijk als stringent beperkend bedoelde omschrijving van de onderhavige Belemmeringenwet gemotiveerd is.

Dat niet zonder meer bepaald werd, dat ten deze dezelfde voorwaarden kunnen worden gesteld als ingeval van vrijwillige ontheffingsverlening, laat zich verstaan. Meer dan de Keurenwet laat de Gemeentewet, bij gebreke van het goedkeuringsvereiste, op het punt van de inhoud der strafverordeningen de nodige speelruimte. Hoewel die ruimte in de praktijk door de jurisprudentie wordt begrensd, mag men van de wetgever niet verwachten, dat hij in geheel ander verband dan de Gemeentewet, in zekere zin de wijze zou legaliseren, waarop gemeenteraden van hun verordnungsbevoegdheid gebruik maken.

Waarom echter in deze het weergegeven, uit een oogpunt van evenwichtige belangenafweging meer bevredigende criterium van de Keurenwet niet overgenomen? Een maatstaf, die men naar heersend gevoelen ten aanzien van alle vergunningsvoorwaarden mag aanleggen⁹⁹ en die daarom ook hier niet misplaatst zou lijken.

⁹⁶ Winsemius t.a.p. blz. 128.

⁹⁷ Wet van 20 juli 1895, Stbl. 139, art. 18.

⁹⁸ Vgl. K.B. 11 december 1930, A.B. '31, blz. 75 en K.B. 20 februari 1948 Stbl. I, nr. 63; besproken door Schilthuis t.a.p. blz. 224 e.v., 245.

⁹⁹ Vgl. Mr. J. A. Hagen, De voorwaardelijke beschikking, praeadvies V.A.R. 1951; Geschriften nr. XXII, blz. 60.

Het ontgaat mij althans, waarom de ondernemer van een t.a. nutte s. werk zodra hij het pad van de Belemmeringenwet gaat betreden, op dit punt in een gunstiger positie moet komen te verkeren.

De wet schakelt in eerste of eindbeslissing op rijksniveau steeds uitsluitend de minister van Waterstaat in, ook wanneer het werken betreft op het terrein van bemoeiingen van andere ministers, zoals bijvoorbeeld werken van nutsbedrijven. Uitvoering van een regeling als de onderhavige kan inderdaad moeilijk anders dan in één ministeriële hand berusten. Niettemin zou men de waarborgen voor een juiste afweging van de strijdende en zo mogelijk te coördineren algemene belangen duidelijk versterken, indien de aangewezen bewindsman in zodanige gevallen verplicht zou zijn om, alvorens het advies van de afdeling contentieux in te winnen, zijn betreffende ambtgenoot te raadplegen en diens advies aan de afdeling over te leggen.

De wet voorziet in doorbreking van publiekrechtelijke belemmeringen uit verordeningen voortvloeiende. Voor belemmeringen, die uit een wet voortspruiten, biedt zij geen soulaas. Voor opheffing daarvan is men aangewezen op de mogelijkheden, welke de betreffende wet zelf biedt.

De wetgever gaat er klaarblijkelijk van uit, dat zijn produkten op dit punt steeds een adaequate belangenafweging garanderen.

Is er eindberoep op de Kroon, zoals bijvoorbeeld in de Rivierenwet¹⁰⁰ en het ontwerp-Natuurbeschermingswet¹⁰¹, dan kan daarvan inderdaad worden gesproken. Wel zou, naar mijn gevoelen ook in dergelijke gevallen, voor vergunningplichtige werken die voldoen aan de criteria van de Belemmeringenwet Verordeningen, enigerlei inschakeling op zijn plaats zijn van de minister, onder wiens bemoeiingsfeer het betreffende werk valt. Een Kroonbeslissing bijvoorbeeld of en zo ja onder welke voorwaarden door een natuurmonument, aangewezen overeenkomstig evenbedoeld ontwerp, een onderdeel van het landelijk elektriciteitsnet mag worden gelegd, zal toch moeilijk kunnen bevredigen, zonder dat een advies van de minister van

¹⁰⁰ Wet van 9 november 1908, Stbl. 339, art. 14.

¹⁰¹ Ingediend bij de IIe Kamer op 9 juli 1962; stukken nr. 6764; in casu nr. 2, art. 18.

economische zaken zal hebben meegewogen, ook al mag dan voorzien zijn in het horen van de Vaste commissie van de rijksdienst voor het nationale plan.

Verschillende wetten, waar de ondernemer van een t.a. nutte s. zaak mee te maken kan krijgen, voorzien niet in (cind)beroep op de Kroon.

Zo is men voor aanleg in of door rijkswegen en rijkskanalen afhankelijk van een vergunning door of namens de minister van Waterstaat te verlenen¹⁰²; waarbij dan „namens” een uit een oogpunt van zorgvuldigheid bedenkelijke vrijbrief betekent om de afweging der wederzijds betrokken algemene belangen in handen te geven van n' importe welke lagere ambtenaar¹⁰³.

Zo zal, wanneer de nieuwe Ruimtetwet eenmaal van kracht zal zijn, eventuele doorbreking van belemmeringen gelegen in gemeentelijke bestemmingsplannen gewoonlijk in laatste instantie afhangen van een beslissing van de gemeenteraad¹⁰⁴.

Gewoonlijk, niet altijd. Voor in nader omschreven noodomstandigheden onmiddellijk vereiste waterstaatswerken geldt de wet niet, evenmin als voor bepaalde door de Kroon aan te wijzen defensiewerken of -werkzaamheden. Voor werken of werkzaamheden, waarvan het algemeen belang spoedige uitvoering vordert kan de minister voorts vrijstelling verlenen van voorschriften van een bestemmingsplan, terwijl deze via Gedeputeerde Staten, evenals dat Colloge zelf, dwingende aanwijzingen kan geven tot wijziging van een bestemmingsplan wanneer bovengemeentelijke belangen zulks vorderen.

Een ingebouwde regeling dus voor belemmeringen-op-

¹⁰² Rijkswegenreglement van 4 juli 1927, Stbl. 240, art. 5; Algemeen reglement van politie voor rivieren en rijkskanalen van 24 november 1919, Stbl. 765, art. 87. Beide regelingen berusten op de Wet tot vaststelling van bepalingen betreffende 's Rijks waterstaatswerken van 28 februari 1891, Stbl. 69.

¹⁰³ Voor de Nederlandse „rommelkast” op het punt van publiekrechtelijke overdracht, machtiging en opdracht vgl. men de praeadviezen ter zake door Mr. W. F. Leemans en Mr. W. M. J. C. Phaf uitgebracht voor de algemene vergadering van de V.A.R. van 1962, alsmede het vergaderingsverslag, geschriften V.A.R. nrs. XLVI en XLVII. De geciteerde typering is ontleend aan Mr. Phaf, t.a.p. blz. 101.

¹⁰⁴ Wet van 5 juli 1962, Stbl. 286, art. 44 e.v.

heffing. Van aanzienlijk beperkter strekking echter dan de Belemmeringenwet Verordeningen.

Is het gemotiveerd, dat de ondernemer van een t.a. nutte s. werk in gevallen als deze beroep op het hoogste administratieve orgaan ontbeert? Naar het voorkomt slechts als men er van uitgaat, dat de door of krachtens een wet geregleerde belangen a priori van hogere orde zijn.

Dit lijkt in zijn algemeenheid niet wel houdbaar. Afgezien van het naar belangrijkheid onderling sterk uiteenlopen van rijkswegen en -kanalen, kan men toch bijvoorbeeld moeilijk volhouden, dat de daarbij betrokken algemene belangen als zodanig prevaleren boven andere algemene belangen; zoals die welke een rol spelen bij het buizenet dat straks ons gehele land van het Groningse aardgas zal voorzien.

Mijn conclusie: men geve de behartigers der algemene belangen, betrokken bij de aanleg van t.a. nutte s. zaken in de zin van de Belemmeringenwet Verordeningen, steeds de gelegenheid op het hoogste administratieve niveau een afweging dier belangen uit te lokken tegenover de belemmeringen opwerpende, wettelijk geregleerde belangen.

Dit zou kunnen worden bereikt door de Belemmeringenwet Verordeningen te verruimen tot Belemmeringenwet Publiekrecht. Daarbij zou dan, de Belemmeringenwet Landsverdediging¹⁰⁵ daargelaten, de regeling ter doorbreking van uit wetten voortspruitende belemmeringen in beginsel beperkt kunnen blijven tot de gevallen, waarin de wetten niet zelf reeds beroep of eindberoep op de Kroon openstellen.

De wetgever behoudt dan de keus of hij de voordracht aan de Kroon van de minister van Waterstaat wil doen komen danwel, door het scheppen van een bijzondere procedure in de andere wet, van de minister onder wiens ressort deze laatste wet valt.

Zowel in de Belemmeringewet Publiekrecht als in de andere wetten zou dan echter steeds enigerlei inschakeling dienen te worden voorgeschreven van de minister voor het mede betrokken terrein van overheidszorg. Dit zou doorgaans in verplicht advies vragen kunnen bestaan en

¹⁰⁵ Wet van 26 juli 1951, Stbl. 323.

bij uitzondering in de eis, dat de voordracht aan de Kroon moet worden vastgesteld in overeenstemming met de betreffende ambtgenoot.

De Unie van Waterschapsbonden heeft in de laatste tijd bij herhaling zijn stem verheven tegen de tendens van de wetgever om de waterstaatszorg en daarmee ook de waterschapsfunctiëring in te bouwen en afhankelijk te maken van complexen van voorschriften, welke tegennatuurlijke belemmeringen aan de uitoefening van die zorg en die functiëring in de weg leggen. Dit geschiedde onder meer bij de parlementaire behandeling van de Ruimtetwet ¹⁰⁶ en het aanhangige ontwerp-Natuurbeschermingswet ¹⁰⁷.

Er werd op gewezen, dat met name de behartiging van de belangen van waterkering en waterbeheersing in ons land een levensreis van eerste orde is en eerst bij volledige veiligstelling daarvan de bestaansvoorwaarden aanwezig zijn voor de ontwikkeling van het maatschappelijk leven. Daarbij werd niet voorbij gezien, dat bij toenemende onderlinge verwevenheid der vele facetten van staatsbeheersing, ook bij de behartiging van de waterstaatszaak zo veel mogelijk rekening wordt gehouden met andere belangen. Bij belangenconflicten zou echter de primaire betekenis van de waterstaatszorg dienen te worden gerespecteerd.

Voor wat de Ruimtetwet aangaat werd o.m. gepleit voor onttrekking van waterschapswerken rakende waterkering of waterbeheersing, aan de werking van de wet, zo mogelijk volledig doch eventueel voor door de Kroon aan te wijzen incidentele gevallen. Toen dit denkbeeld geen ingang had gevonden werd inzake het ontwerp-Natuurbeschermingswet op dit punt om een objectieve beroepsgang gevraagd. Tenminste zouden, evenals in de Ruimtetwet, onmiddellijk vereiste nood-waterstaatswerken en -werkzaamheden van de werking der wet moeten worden uitgezonderd.

Het uitgangspunt van deze kritiek komt mij juist voor.

Tracering en wijze van uitvoering van werken, nodig om

¹⁰⁶ Adressen aan de IIe Kamer d.d. 27 aug. 1956, Waterschapsbelangen 1956, blz. 150 e.v., en 22 april 1959.

¹⁰⁷ Adres aan de IIe Kamer d.d. 27 nov. 1962; Waterschapsbelangen 1962, blz. 292. Vgl. voorts het adres aan de IIe Kamer, inzake het inmiddels wet geworden ontwerp-Monumentenwet; Waterschapsbelangen 1956, blz. 150.

het land tegen overstroming te beveiligen, kan men m.i. in laatste instantie niet doen afhangen van beslissingen van gemeenteraden of – in de figuur van de ontwerp-Natuurbeschermingswet – van een door de minister van Onderwijs, Kunsten en Wetenschappen voorgedragen Kroonbeslissing.

In de memorie van antwoord inzake het ontwerp-Ruimtetwet is de kritiek van waterschapszijde als volgt bestreden. Na erkenning van het primaat met name van waterkeringsbelangen werd er op gewezen, dat er in tal van gevallen waterstaats technisch gelijkwaardige oplossingen denkbaar zijn, bij de keuze waartussen andere dan waterstaatsbelangen een aanzienlijke rol spelen. Voorts zou bij verschil van mening tussen gemeente en waterschap het oordeel van Gedeputeerde Staten beslissend zijn, terwijl bovendien desnoods de Belemmeringenwet Verordeningen in het geweer zou kunnen worden geroepen ¹⁰⁸.

Deze argumentatie overtuigt niet. Gelijkwaardige oplossingen als bedoeld zijn lang niet altijd aanwezig. Bovendien zal bij de keus daartussen het waterstaatsbelang toch de crux van de overwegingen moeten blijven vormen. Hoe Gedeputeerde Staten voorts kunnen beslissen in een geschil rond een aangevraagde aanlegvergunning is niet duidelijk. Het waterstaatsorgaan heeft geen beroep op Gedeputeerde Staten, doch op de gemeenteraad. Eerstgenoemd college kan aanpassing van het bestemmingsplan aan boven gemeentelijke belangen afdwingen, doch is daartoe niet verplicht. De verwijzing tenslotte naar de Belemmeringenwet Verordeningen moet op een vergissing berusten. Deze kent, zoals reeds uiteengezet, geen beroep tegen andere dan uit verordeningen voortspuitende belemmeringen.

Hoe het ook zij de werkgever heeft m.i. goed gedaan door tot nog toe geen gehoor te geven aan het denkbeeld van gehele of incidentele onttrekking van bepaalde waterstaatswerken aan de werking van de Ruimtetwet, anders dan voor in noodgevallen.

Er lijkt althans alles voor te zeggen, dat de daarbij betrokken belangen in normale omstandigheden in eerste aan-

¹⁰⁸ Stukken IIe Kamer 1958-1959, nr. 4233, 6, blz. 5.

leg binnen het normale kader der bijzondere wet worden afgewogen. Wel kan men voor waterkering- en waterbeheersingswerken met klem pleiten voor een beroepsregeling, die de uiteindelijke afweging van de diverse in het spel zijnde algemene belangen in handen legt van de Kroon, op voordracht van de minister van Waterstaat. Gezien de veelzijdige algemene belangen die bij de ruimtelijke ordening een rol spelen, ware dan in geval van beroep – ingevolge de te verruimen Belemmeringenwet Verordeningen – tegen beslissingen ingevolge de Ruimtetwet overeenstemming te verlangen tussen de beide betrokken ministers.

Voor wat het ontwerp-Natuurbeschermingswet aangaat is het wachten op de memorie van antwoord.

Daargelaten nog, dat men met het Landbouwschap kan betwijfelen of er aan deze wettelijke regeling, voor zoveel althans de aanwijzing en verdere regulering van natuurmonumenten betreft, behoefte bestaat naast de doeltreffende beschermingsmiddelen biedende nieuwe Ruimtetwet¹⁰⁹, kan dit ontwerp allerminst bevredigen op het punt van de belemmeringen, die het aan de aanleg van waterkerings- en waterbeheersingswerken – om ons daartoe in deze verder te bepalen – in de weg legt. Over de vergunning van de minister van Onderwijs, Kunsten en Wetenschappen, die voor bedoelde aanleg nodig is, behoeft deze geen overleg met zijn ambtgenoot van Verkeer en Waterstaat te plegen, terwijl overigens inschakeling van de Natuurbeschermingsraad en de Vaste commissie van de rijksdienst voor het nationale plan afhangt van de minister zelf. Deze gaat tot deze raadpleging over, aldus het ontwerp, indien vergunningverlening *naar zijn oordeel* zou leiden tot ernstige aantasting van een beschermd natuurmonument, doch weigering een ander algemeen belang zou schaden.

Het beroep op de Kroon, dat het ontwerp in deze dan voorts biedt, lijkt bepaald onvoldoende ter waarborging van een evenwichtige afweging van de belangen, gediend in de strijd tegen overstroming, tegenover die van de natuurbescherming. Laatst bedoelde belangen mag men toch in laatste instantie van secundaire orde achten, vergeleken bij de eerste. Naar mijn gevoelen zou de voordracht aan de Kroon bij een dergelijk belangenconflict afkomstig dienen te zijn van de

¹⁰⁹ Adres aan de IIe Kamer, dd. 13 december 1962.

minister van Waterstaat. Wel zou ook hier verplicht advies inwinnen van de andere minister op zijn plaats zijn.

In de gesuggereerde opzet van een Belemmeringen Publiekrecht zou het beroep dan via deze wet dienen te lopen. Dit zou kunnen worden bereikt door in de Natuurbeschermingswet te bepalen, dat de daarin voorziene beroepsregeling in deze niet van toepassing is.

Nog een enkel woord over een ander facet van de nieuwe Ruimtetwet. In de procedure-regelen inzake voorbereiding en vaststelling van bestemmingsplannen noch in die betreffende beroep na vaststelling wordt met een woord gerept van de waterschappen. Van die zijde is men aangewezen op de mogelijkheden van bezwaar maken, welke ieder staatsburger is toegemeten.

Dat de wetgever geen preponderantie van waterschapsbelangen heeft willen suggereren door vooroverleg met waterschappen verplicht te stellen, kan men billijken. Minder valt te begrijpen waarom geen toezending van bekendmakingen van tervisielegging van een ontwerp en van zodanig ontwerp zelf is voorgeschreven; een service die de wetgever de gemeenten met betrekking tot de waterschapskeuren wel heeft verleend ¹¹⁰.

Naar aanleiding van kritiek van overeenkomstige strekking, geuit in het kader van de behandeling in de Tweede Kamer, is van regeringszijde gewezen op de verwachting, dat de gemeentebesturen in deze met de inrichting van de waterschappen ten volle rekening zullen houden ¹¹¹. Wie geen vreemde in Jeruzalem is, weet helaas, dat de praktijk deze verwachting niet bevestigt. Vóóroverleg is uitzondering.

Verzoeken van waterschapszijde om toezending, alleen nog maar van bekendmakingen, worden wel vaker, doch lang niet altijd gehonoreerd. Daardoor is men van waterschapszijde vaak gedwongen in korte tijd een bezwaarschrift te produceren, waarin dan spoedshalve wel eens scherper en op meer punten wordt gereclameerd dan bij een tegemoetkomender houding van gemeentewege het geval zou zijn geweest.

Het gaat hier niet om een formele kwestie. Bij herhaling komt het voor, dat ontwerp-uitbreidingsplannen – ten

¹¹⁰ Keurenwet, Stbl. 139 van 1895, art. 7.

¹¹¹ Handelingen IIe Kamer 1958-1959 stuk 4233, nr. 6, blz. 5.

detrimente van de vaak spoedeisende, daardoor gediende belangen – aanzienlijk moeten worden omgewerkt dan wel geheel van de tafel worden genomen, eenvoudig omdat met kardinale, in bezwaarschriften naar voren gebrachte, waterstaatkundige aspecten niet of zeer onvoldoende rekening is gehouden.

Schepping van de mogelijkheid, zoals gesuggereerd, om belemmeringen, welke bestemmingsplannen voor de aanleg van t.a. nutte s. zaken opwerpen, door de Kroon te doen elimineren, zou wellicht niet nalaten ook op dit punt een werking ten goede te oefenen.

Recht van een ieder op gebruik en instandhouding?

Een voorgenomen systematische verkenning van het verdere terrein van onderzoek, en daarmee een evenwichtige uitbouw van deze verhandeling, moet om der tijdszake helaas achterwege blijven.

Gezien de speciale gerichtheid ervan zou het betoog echter al te onvolledig blijven, indien niet nog werd stilgestaan bij de vraag of en zo ja binnen welke grenzen het individu een gebruiksrecht heeft ten aanzien van v. publiek g. b. zaken.

Positieve vastlegging van zodanig recht is in ons recht hoge uitzondering. De zeer schaarse voorbeelden die te vinden zijn – zo die inzake gebruik van instellingen van wetenschappelijk en hoger onderwijs voor het bijwonen van lessen en het afleggen van examens¹¹² – hebben dan nog het karakter van een relatief recht, afhankelijk van het voldoen of voldaan hebben aan bepaalde vereisten. In enkele andere gevallen laat het recht zich afleiden uit verplichtingen van derden. Zo bij art. 14 Wegenwet¹¹³, dat de rechthebbende c.q. en de onderhoudsplichtige van openbare wegen onder bepaalde restricties verplicht alle verkeer over weg en berm te dulden. Zo ook bij art. 31 Spoorwegwet¹¹⁴, dat de ondernemer verplicht om de reizigers en de aangeboden, wettelijk toegelaten vrachten te vervoeren op bepaalde voorwaarden en tegen bepaalde tarieven.

¹¹² Wet op het wetenschappelijk onderwijs dd. 22 december 1960, Stbl. 559, art. 77, 26; wet Hoger Landbouwonderwijs dd. 1 augustus 1956, Stbl. 459; ontleend aan Donner, t.a.p. blz. 156.

¹¹³ dd. 31 juli 1930, Stbl. 342.

¹¹⁴ dd. 9 april 1875, Stbl. 67.

Betreden wij even het ruimere terrein van de t.p. dienst b. zaken dan valt nog te wijzen op gebruiksrechten vastgelegd in de meeste concessies voor openbare nutsbedrijven. Deze plegen de verplichting op te leggen om ieder die aan bepaalde voorwaarden voldoet tegen bepaalde tarieven te leveren ¹¹⁵. Daargelaten nog de vaak gecombineerde verplichting tot aansluiting zijn dergelijke rechten in de praktijk bij herhaling van betrekkelijke waarde gebleken. De gemeentelijke wetgever stelt de levering van gas of elektriciteit wel afhankelijk van voorwaarden, die met de bestemming van de onderhavige zaken niets te maken hebben.

Zo het door de Hoge Raad gedekte Leeuwarder voorschrift, dat geen gas en elektriciteit wordt geleverd in percelen die niet aan wegen liggen, welke aan bepaalde vereisten voldoen ¹¹⁶.

Zo recente Tilburgse en Dordtse bepalingen, die beëindiging van leveringen als de onderhavige mogelijk maken ingeval men als huurder van een gemeentewoning zijn huur niet of niet geregeld betaalt ¹¹⁷.

Détournement de pouvoir législatif zal men zeggen. Inderdaad ¹¹⁸, doch zolang de Kroon niet met vernietiging tussenbeide komt, tekenen aan de wand hoe weinig men in de Nederlandse rechtssituatie staat kan maken op vervulling van essentiële moderne levensbehoeften.

Ondanks de zeer beperkte positieve steun, die men voor de gedachte aan een individueel gebruiksrecht ten aanzien van v. publiek g. b. zaken in de wetgeving aantreft, pleegt men ten onzent zodanig gebruiksrecht wel te aanvaarden ¹¹⁹. Dit in het voetspoor van de ontwikkeling in Duitsland en Frankrijk, waar de administratieve rechter de gebruikers

¹¹⁵ Donner, t.a.p. blz. 155 e.v.

¹¹⁶ H.R. 8 februari 1929, W. 11969. Vgl. Donner loc. cit.

¹¹⁷ Zie voor het Tilburgse geval o.m. artikelen in het Tijdschrift van Overheidsadministratie, van de hand van Dr. J. R. Stellinga, 19e jrg. 1963, nr. 885, Dr. H. Kahrel en Mr. F. J. Meyer Drees, 19e jrg. nr. 896; voor het Dordtse geval N.R.C. 8 mei 1963.

¹¹⁸ Aldus voor wat de Leeuwarder verordening betreft o.m. ook Donner, loc. cit. en m.b.t. de Tilburgse verordening Stellinga, loc. cit.

¹¹⁹ Kranenburg-Vegting, t.a.p. blz. 187 e.v.; Vegting, Publiek domein en zaken buiten den handel, blz. 240 e.v., 258 e.v.; Damen, t.a.p. blz. 13 e.v.; Prof. Mr. W. F. Prins, Rechtsongelijkheid en willekeur, Bestuurswetenschappen 1961, blz. 137.

allengs behoorlijke rechtsbescherming is gaan bieden ¹²⁰.

Het individuele gebruiksrecht wordt afgeleid uit de aard van de onderhavige zaken zelf. „Een openbare zaak”, aldus Prof. mr. W. F. Prins, „staat per definitie ten dienste van een ieder, die daarvan overeenkomstig haar bestemming en met inachtneming van de geldende gebruiksregels wenst gebruik te maken” ¹²¹. Men beschouwt dit recht dan als een essentieel onderdeel van „de persoonlijke vrijheid, welke in de samenleving is gelaten” ¹²², of enger „van het meer algemene subjectieve recht op persoonlijke bewegingsvrijheid” ¹²³.

Prof. Donner neemt een afwijkend standpunt in. Bij gebreke van een rechtsmiddel betwijfelt deze of hier naar Nederlands recht van een recht kan worden gesproken ¹²⁴.

Inderdaad is in deze formeel geen rechtsmiddel aanwezig. De burgerlijke rechter heeft echter uit de openbaarheid wel gebruiksrechten afgeleid ¹²⁵. Plaatst men de figuur dan voorts, zoals weergegeven, in de sfeer van de grondrechten, dan lijkt het geen bezwaar te ontmoeten in deze van een recht te spreken.

Het gebruiksrecht is verre van absoluut. Allereerst is het afhankelijk van de bestemming van de betreffende v. publiek g. b. zaak. Zo staat en valt het recht met de bestemming als zodanig. Met de bestemming vervalt ook het gebruiksrecht. Het staat de beheerder vrij de bestemming naar goeddunken op te heffen, voorzover publiekrechtelijke regelen zich daartegen niet verzetten ¹²⁶.

Zo is, om het bekende voorbeeld van dit laatste te geven, de opheffing van de openbaarheid en daarmee van de bestemming van openbare wegen in de zin van de Wegenwet aan procedures gebonden, die belanghebbenden gelegenheid bieden bezwaren in te dienen en, voorzover de beslissing niet aan de Kroon is opgedragen (rijkswegen) of aan de goedkeuring van de Kroon is onderworpen (provinciale en water-

¹²⁰ Kranenburg-Vegting, loc. cit.; Donner, t.a.p. blz. 155.

¹²¹ loc. cit.

¹²² Vegting, t.a.p., blz. 260.

¹²³ Prins, loc. cit.

¹²⁴ t.a.p. blz. 157.

¹²⁵ Damen, t.a.p., blz. 23.

¹²⁶ Vgl. o.m. Vegting, Publiek domein en zaken buiten den handel, blz. 261, en Kranenburg-Vegting, t.a.p. blz. 171.

schapswegen) beroep of eindberoep op de Kroon in te stellen ¹²⁷.

Ook voor wateren met publieke bestemming kent men dergelijke waarborgen voor de gebruikers. Zo in de vorm van leggerstelsels, die bezwaarmaking of beroep tegen afvoering van de legger kennen ¹²⁸. Zo ook via geschreven of ongeschreven vastligging in de waterschapsinrichting van beheers-taken met betrekking tot voor enig publiek gebruik openstaande wateren. Dit laatste brengt dan mede, dat beëindiging van zodanig beheer en daarmee van het publiek gebruik niet kan geschieden dan bij door de Kroon goedgekeurd Statenbesluit, na voorafgaande mogelijkheid voor belanghebbenden tot het indienen van bezwaren.

Heeft de beheerder van een voor publiek toegankelijke zaak contractueel bepaald gebruik gewaarborgd, dan is hij niettemin vrij de bestemming te niet te doen, al zal de contractsbreuk tot veroordeling tot schadevergoeding kunnen leiden ¹²⁹.

Het gebruiksrecht is voorts in dier voege afhankelijk van de bestemming, dat het karakter van de bestemming de aard van het gebruiksrecht of de gebruiksrechten bepaalt.

Zo heeft men met betrekking tot openbare wegen het recht daarvan gebruik te maken ter uitoefening van het verkeer en mede, naar op goede gronden wordt aangenomen ¹³⁰, het recht deze van ter zijde te betreden, de daartoe nodige uitwegwerken te maken en daarop andere wegen aan te sluiten.

¹²⁷ Wegenwet, Stbl. 1930, nr. 342, art. 8 e.v. Overigens kan de openbaarheid ook door non-usus gedurende dertig achtereenvolgende jaren teniet gaan. Voor dergelijke gevallen behoeft uiteraard geen rechtsbescherming te worden geboden buiten die vervat in de leggerproceduur van de wet (art. 27 e.v.). Vgl. voor dit alles Damen, t.a.p. blz. 47 e.v.

¹²⁸ Vgl. omtrent deze stelsels Mr. D. C. Boele van Hensbroek, Korte samenvatting van het waterstaatsrecht, 1939, blz. 29 e.v.; Mr. B. de Goede, Het beheer in het waterstaatsrecht, 1952, blz. 21 e.v.

¹²⁹ Vgl. o.m. Vegting, t.a.p. blz. 361, Mr. H. Mulderije, Het gebruik van openbare onroerende zaken, W.P.N.R. 4697 en 4698; i.c. nr. 4697, blz. 463 e.v.

¹³⁰ Damen, t.a.p. blz. 13 e.v. Anders, doch m.i. op onvoldoende gronden, H. Nijssen, Het „uitwegen” op openbare wegen, Tijdschr. v. Overheidsadministratie, 25 april 1963, blz. 161 e.v. en Mulderije, t.a.p. blz. 464, die echter, anders dan Damen, niet alle jurisprudentie op dit punt in de beschouwingen betreft.

Zo heeft men ten aanzien van een openbare archiefbewaarplaats het recht om ter plaatse archiefstukken in te zien en daarvan afschriften te maken of te doen maken.

Het gebruiksrecht is voorts gebonden aan beperkende gebruiksregelen uit hoofde van diverse algemene belangen gesteld. Deze kunnen vastliggen in de Grondwet (processiebeperking), in de wet (bijv. Wegenverkeerswet), in Koninklijke besluiten krachtens de wet (bijv. Wegenverkeersreglement), of in provinciale, gemeentelijke of waterschapsverordeningen.

De regelen kunnen naar Nederlands recht zelfs zover gaan, dat zij een bepaalde categorie van personen gedurende bepaalde tijden het gebruik van bepaalde openbare wegen geheel ontfeggen. Gedoeld wordt op de verblijfsverboden voor prostituee's, zoals deze door de Hoge Raad zijn gesanktionneerd ¹³¹.

Met de advocaat-generaal Rombach en Prof. mr. W. F. Prins kan men zich afvragen of dergelijke verboden, die geen toestand of gedraging doch alleen een broodwinning als criterium hebben, zich wel verdragen met „het recht van ieder mens om te gaan en te blijven en te vertrekken naar verkiezing zonder te kunnen worden gearresteerd of vastgehouden dan ingevolge de wet”, zoals men dit vervat kan achten in artikel 4 van de Grondwet ¹³².

De beperkende regelen kunnen het gebruik ook aan betaling van een retributie binden. Of zulks in concrete gevallen geboden en gerechtvaardigd mag heten, is een zaak van politiek, evenals de vraag of en in hoeverre naar draagkracht zal worden geheven ¹³³.

Naast gebruik overeenkomstig de bestemming staat het bijzonder gebruik van v. publiek g. b. zaken. Men denke bijvoorbeeld aan het plaatsen van marktkramen, tijde-

¹³¹ H.R. 12 febr. 1940, N.J. nr. 622. Het betrof hier een bepaling uit de Haagse politieverordening. Overeenkomstige bepalingen komen in gemeentelijke politieverordeningen van verscheidene andere gemeenten voor, zoals in die van Arnhem, Apeldoorn, Ede, Voorburg, Rijswijk en Wassenaar.

¹³² Prins, t.a.p. blz. 138 e.v.

¹³³ Vgl. Kranenburg-Vegting, t.a.p. blz. 191; Donner, t.a.p. blz. 158 e.v.

lijke café-terrassen en kiosken of aan het ligplaats innemen door een parlevinker.

Voor dergelijk oneigenlijk gebruik kan men geen aanspraak ontlenen aan de publieke bestemming, omdat het nu eenmaal van die bestemming geen onderdeel vormt.

Daargelaten of – zoals doorgaans – in deze een publiekrechtelijke vergunning benodigd is, kan zodanig bijzonder gebruik steeds worden belet of voorwaardelijk worden toegestaan krachtens het eigendomsrecht op de v. publiek g. b. zaak. Het privaatrecht ligt in deze niet onder het beslag van de bestemming. Deze meest gangbare opvatting¹³⁴, is door de Hoge Raad duidelijk onderschreven in het zogenaamde Parlevinker-arrest van 1941¹³⁵.

Daarbij werd opgekomen tegen de omstandigheid, dat men voor het innemen van ligplaatsen in het Merwedekanaal met schepen bestemd voor verkoop van waren naast een publiekrechtelijke vergunning ex art. 56 van het Algemeen reglement van politie voor rivieren en Rijkskanalen nog een privaatrechtelijke vergunning van Domeinen had moeten aanvaarden, waarbij betaling van vergoeding was gevraagd.

De Hoge Raad besliste, dat uit de publiekrechtelijke vergunning als zodanig in casu niet was af te leiden, dat de Staat, deze verlenende, afstand had willen doen van de hem in zijn kwaliteit van eigenaar toekomende aanspraak op vergoeding van het niet aan ieder reeds vrijstaand gebruik van zijn eigendom. Tot dit laatste gebruik behoorde uitsluitend het gebruik als vaarwater. Zelfs al zou de Staat het kanaal mede voor handelsdoeleinden hebben bestemd, dan zou daaruit nog niet volgen, dat ook het gebruik als zodanig aan een ieder vrij zou staan.

Laatstelijk is door Prof. Donner, in het voetspoor van Prof. Van der Grinten, kritiek op deze leer geoeffend¹³⁶. Niet vanwege de privaatrechtelijke ligging daarvan¹³⁷, doch ge-

¹³⁴ Vgl. o.m. Scheltema, De zaken der openbare lichamen, Ned. Bestuursrecht, 1932, blz. 129 e.v. en Vegting, Publiek domein en zaken buiten den handel, blz. 263; Kranenburg-Vegting, t.a.p., blz. 171 en Prof. Mr. P. Scholten in zijn aantekening onder het direkt te noemen arrest.

¹³⁵ d.d. 14 november; N.J. nr. 644.

¹³⁶ t.a.p. blz. 160.

¹³⁷ Zoals eerder door Mr. H. Vos wel was gedaan, echter uitgaande van de thans geheel verlaten leer van het publiek domein, Weekbl. Gem. belangen, 1930, blz. 327.

zien de ontduiking van de publiekrechtelijke voorschriften op het punt van retributieheffing, welke deze zou sanktioneren. Zo zou er in casu ontduiking zijn van het voorschrift van artikel 188, 2e lid, Grondwet, dat heffingen voor het gebruik van rijkswerken en -inrichtingen niet dan krachtens de wet toelaat. Bij het ontbreken van een wettelijke basis zou men nu ten onrechte zijn toevlucht zoeken tot het heffen van eigendomsrecognities. De waarborgen voor de gebruiker, gelegen in de stringente voorschriften omtrent retributieheffing, zouden aldus volkomen worden ondermijnd.

Deze kritiek op overigens zeer veelvuldig voorkomende overheidspraktijken komt mij juist voor. Wanneer het publiekrecht eenmaal een bepaalde materie reguleert, behoort het privaatrecht op hetzelfde terrein niet meer aan bod te mogen komen. „Maar het gebruik van privaatrechtelijke vormen”, aldus Prof. Mr. F. J. A. Huart in zijn bekende opstel *Misbruik van burgerlijk recht door de administratie*¹³⁸, „zal niet geoorloofd zijn, indien een wet of wettelijke verordening de blijkbare bedoeling heeft voor een bepaalde materie een regeling te treffen, waarvan afwijking niet geoorloofd is.” Men mag nu, dunkt me, inderdaad stellen, dat de onderhavige wettelijke voorschriften deze blijkbare bedoeling hebben. In het andere geval zou het in het leven roepen daarvan geen enkele zin hebben gehad¹³⁹.

De Hoge Raad heeft de lijn doorgetrokken in het recente *Huizer vuilwaterarrest*¹⁴⁰.

De gemeente Huizen loosde zijn gemeenteriolering vanouds op de open Zuiderzee. Was deze voor de afsluiting naar gangbare opvatting *res nullius*, na de schepping van het IJsselmeer werd het water ingevolge art. 577 B.W. staats-eigendom¹⁴¹.

De gemeente had nu van de Staat een publiekrechtelijke

¹³⁸ Verspr. Geschriften, 1949, blz. 13 e.v., i.c. blz. 24.

¹³⁹ Anders Scheltema, t.a.p., blz. 131, die er in casu op wijst, dat het Rijk niet noodwendig eigenaar van de onderhavige kanalen is, zodat het derhalve onaannemelijk is, dat de onderhavige algemene maatregel van bestuur zich met de eigenaarsbevoegdheden heeft willen inlaten.

¹⁴⁰ d.d. 19 januari 1962, N.J. 1962 nr. 151, met noot Prof. Beekhuis.

¹⁴¹ Vgl. Prof. Beekhuis in de noot onder het arrest en het daar geciteerde.

en een privaatrechtelijke vergunning aanvaard voor de lozing, onder voorwaarde dat een zuiveringsinstallatie zou worden gesticht en voor de afvoer van het effluent daarvan een speciale afvoerleiding zou worden gelegd. Deze beloften waren niet nagekomen. De Staat vorderde nu, na opzegging van de privaatrechtelijke vergunning, onrechtmatigverklaring van de lozing en staking daarvan op straffe van een dwangsom.

Het zou te ver voeren het gehele proces op de voet te volgen. Men veroorlove het citeren van de beslissende overwegingen uit het arrest van de Hoge Raad:

„dat daarmede onverenigbaar is dat de Staat als eigenaar van het IJsselmeer tegenover zich zou moeten laten gelden een door den Staat niet in het leven geroepen bestemming van dat meer tot het opnemen van rioolwater – ook in ongezuiverden staat – welke bestemming slechts zou kunnen worden beëindigd of beperkt „langs publiekrechtelijken weg”, waarmede het Hof blijkbaar doelt op het gebruik van de publiekrechtelijke bevoegdheden van den Staat;

O. dat, ook indien zou moeten worden aangenomen dat tot de publieke bestemming van het IJsselmeer, welke in algemeenen zin blijkens 's Hofs arrest ook door den Staat wordt erkend, mede het opnemen van rioolwater zou behoren, niettemin de Staat bij zijn zorg over dit meer zou hebben te bepalen hoe ver deze bijzondere bestemming in verband met de andere belangen welke bij het IJsselmeer zijn betrokken, behoort te gaan en op welke wijze daarvan door de belanghebbenden kan worden gebruik gemaakt, terwijl de Staat ter verwezenlijking van hetgeen hij te dien aanzien nodig acht, daarbij gebruik kan maken van alle bevoegdheden, welke hem als eigenaar van het IJsselmeer toekomen;

dat de wijze waarop de Staat het belang van de afvloeiing van rioolwater tegenover die andere belangen afweegt, daarbij, voor zover geen bijzondere rechtsregels bestaan, die de vrijheid van den Staat in dit opzicht beperken, in beginsel aan het oordeel van den rechter is onttrokken;

dat voor tussenkomen van den rechter slechts plaats zou zijn, indien onder de gegeven omstandigheden zou moeten worden aangenomen dat de Staat na afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot de beslissing had kunnen komen dat de Gemeente Huizen, alvorens het rioolwater in het IJsselmeer te lozen, voor de zuivering van dat water diende zorg te dragen;

dat mitsdien, nu geen rechtsregel als bovenbedoeld is aan te wijzen, welke den Staat dwingt het belang van de Gemeente Huizen om ongezuiverd rioolwater in het IJsselmeer te lozen boven de andere in aanmerking komende belangen te laten prevaleren, het Hof op onjuiste gronden den Staat verplicht heeft geacht de gemeente Huizen het lozen van ongezuiverd rioolwater op het IJsselmeer toe te staan.”

Zoals ook reeds in het eerder ter sprake gebrachte Parlevinker-arrest werkt de Hoge Raad hier met het begrip bijzondere bestemming en mede met het criterium of deze bijzondere bestemming al dan niet door de Staat zelve in het leven is geroepen. Het arrest wekt de indruk, dat, zo dit laatste wel het geval zou zijn geweest, het beroep van de Staat op eigendomsrecht niet zou zijn gehonoreerd¹⁴².

Deze constructie leent zich voor kritiek van verschillende aard. Het lijkt allereerst een gekunstelde en aanvechtbare weg, dat binnen het geheel der bestemmingen onderscheiden wordt tussen algemene en bijzondere. Indien iets, zoals in deze voor wat het ontvangen van rioolwater betreft onbestreden bleef, onderdeel van de bestemming is, ware dit, naar mijn indruk, voor wat de rechtsgevolgen betreft, op een lijn te stellen met de andere onderdelen daarvan. Waarom men, zoals ook de procureur-generaal Prof. Langemeijer en de annotator Prof. Beekhuis doen, in deze aan de hoofdfunctie van verkeersweg te water onderscheidende betekenis dient te hechten, ontgaat me.

Het criterium voorts, of de Staat enig onderdeel van de bestemming al dan niet zelf in het leven heeft geroepen, lijkt evenmin relevant. Voor zeer vele v. publiek g. b. zaken geldt, dat de bestemming ervan niet door de overheid in het leven is geroepen. Vele wegen bijvoorbeeld zijn er, die als zodanig door langdurig gebruik zijn ontstaan. Zelfs de huidige Wegenwet erkent nog met zoveel woorden het ontstaan van openbare wegen door langdurig (i.c. dertigjarig) openstaan voor *usus publicus*¹⁴³. Ook van de bestemmingen van natuurlijke stromen kan men m.i. veelal niet aannemelijk maken, dat deze door de overheid daaraan te eniger tijd positief zijn gegeven.

De in het arrest gehuldigde leer bergt daardoor moeilijk aanvaardbare consequenties in zich. Zij geeft de overheid in beginsel een vrijbrief om notoire bestemmingen van v. publiek g. b. zaken privaatrechtelijk te reguleren.

Bevredigend lijkt echter de leer in deze door het Amsterdamse Hof aangehangen. Waar het ontvangen van rioolwater deel uitmaakt van de bestemming van het onderhavige openbare water en Huizen bij de onderhavige rioollozing handelde ter uitvoering van haar overheidstaak, zou de vor-

¹⁴² Aldus ook Prof. Beekhuis in zijn noot onder het arrest.

¹⁴³ Art. 4, lid 1, onder I.

dering van de Staat alleen kunnen worden toegewezen, indien Huizen door de lozing een daad van willekeur zou begaan ofwel misbruik zou maken van de publieke bestemming van het IJsselmeer tot het opnemen van rioolwater ten koste van andere openbare bestemmingen van dat meer. Ook hier dus het bekende willekeur-criterium, doch nu op de van bestemmingen *gebruik makende* overheid toegepast.

Met het vorenstaande wil niet gezegd zijn, dat de Staat niet gerechtigd zou zijn om aan een bestemming als de onderhavige een einde te maken. Zolang echter de bestemming gelaten wordt, gaat het naar mijn gevoel bepaald te ver, deze bij gebreke van toereikende publiekrechtelijke reguleringen, zoals in casu ¹⁴⁴, geheel aan het privaatrecht uit te leveren. De gebruiker ontbeert dan toch, behoudens in geval van willekeur, iedere rechtsbescherming.

Men vraagt zich van dit arrest kennis nemende af of het geen zaak wordt om de gebruikers van v. publiek g. b. zaken positieve rechtsbescherming te bieden bij de wet, om met zoveel woorden – in Grondwet of wet A.B. – vast te leggen, dat een ieder het recht heeft om, behoudens het bepaalde bij of krachtens de wet of bij verordening, overeenkomstig de bestemming gebruik te maken van voor de publieke dienst en mede voor publiek gebruik bestemde zaken. Dan althans, zou, naar mijn indruk, het accent in deze gehele materie juist zijn gelegd. Dan zou, naar het wezenskenmerk van de v. publiek g. b. zaken, het publiek gebruik de dominante zijn en niet de al fond toch secundaire omstandigheid of de beheerder al dan niet mede eigenaar is.

De gesuggereerde bepaling zou tot consequentie hebben, dat men publiek gebruik slechts publiekrechtelijk zou mogen reguleren. Zo zou derhalve, om een enkel voorbeeld te noemen, de orde in een postkantoor slechts langs publiekrechtelijke weg kunnen worden gehandhaafd. Niet het huisrecht doch regels en middelen van openbare orde zouden dan in deze te baat moeten worden genomen. Enig bezwaar lijkt dit niet te ontmoeten. Integendeel. Op het punt van de rechts-

¹⁴⁴ De reeds vele decennien verbeide wet op de afvalwaterzuivering is er nog altijd niet. De Staat heeft ook anderszins geen publiekrechtelijke voorschriften op basis waarvan het zuiveringsprobleem adequaat kan worden aangepakt. Zo maakte de Hoge Raad in het onderhavige arrest uit, dat ook het Rijksbaggerreglement als zodanig niet kan worden gehanteerd, als voor een ander doel gecreëerd.

zekerheid en van evenwichtigheid van rechtsbedeling zou duidelijk winst worden geboekt.

Tenslotte zij nog een enkel woord gewijd aan de vraag of een ieder aanspraak kan maken op geëigende instandhouding van een v. publiek g. b. zaak.

Voor zoveel er schade wordt geleden kan deze vraag in zekere zin bevestigend worden beantwoord. Bij het Meerboei-arrest¹⁴⁵ en het Wegdek-arrest¹⁴⁶ is toch in beginsel uitgemaakt, dat zodra men op goede gronden mag aannemen, dat een weg te land of te water in behoorlijke staat verkeert, men ook van de overheid mag verwachten, dat hij geëigende maatregelen neemt, om de veiligheid van het verkeer niet in gevaar te brengen. Overigens accentueerde nadien nog het Vios-arrest, dat men in deze niet alles van de overheid mag verwachten; of concreter: niet meer dan redelijke zorg. Daarbij wordt dan – al zegt de Hoge Raad dit niet met zoveel woorden – gemeten met de zorgvuldigheidsnorm¹⁴⁷.

Buiten gevallen van schade kan de gebruiker van v. publiek g. b. zaken de overheid niet aanspreken voor geëigende instandhouding.

Men zal zijn grieven ten deze vooralsnog via ingezonden stukken of de vertegenwoordigende lichamen onder de aandacht en tot mogelijke honorering moeten brengen. Vooralsnog. Ook hier lijkt een dankbaar werkterrein te liggen voor de, naar de opmerkelijke ontwikkeling van zijn ahang in de publiciteit te oordelen, snel naderende Nederlandse ombudsman.

¹⁴⁵ H.R. 5 mei 1933, N.J. blz. 593.

¹⁴⁶ H.R. 9 januari 1942, N.J. nr. 295.

¹⁴⁷ H.R. 7 januari 1955 nr. 92. Vgl. o.m. Mulderije, t.a.p. en Dr. J. H. Bast, De aansprakelijkheid van de gemeente naar burgerlijk recht, Blauwe reeks (Ver. Ned. Gem.) nr. 30, blz. 107.