Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht LXXXVII

Onwetmatig Bestuur

Verslag van de algemene vergadering
gehouden op 5 maart 1981
ter behandeling van het preadvies van
Mr. F.W. ter Spill
en
Mr. A.Q.C. Tak

H.D. Tjeenk Willink
Alphen aan den Rijn

ONWETMATIG BESTUUR/VERSLAG

Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht
LXXXVII

VERSLAG VAN DE ALGEMENE VERGADERING
GEHOUDEN OP 5 MAART 1981
TER BEHANDELING VAN HET PREADVIES VAN

Mr. F.W. TER SPILL
EN
Mr. A.Q.C. TAK

H.D. TJEENK WILLINK ALPHEN AAN DEN RIJN 1981

ISBN 90 6092 101 1

Copyright © 1981 Vereniging voor Administratief Recht,'s-Gravenhage

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke andere wijze dan ook zonder de voorafgaande schriftelijke toestemming van H.D. Tjeenk Willink bv, gevestigd te Alphen aan den Rijn, die daartoe door de auteursrechthebbende met uitsluiting van ieder ander is gemachtigd.

Inhoud

Rede van de voorzitter, mr. W. Konijnenbelt 7

Interventies 12

mr. J.J. Oostenbrink 12
dr. mr. drs. A.P.J. van der Eyden 14
mr. S.F.L. Baron van Wijnbergen 16
mr. A.M. Donner 20
mr. J.H. van Kreveld 23
mr. F.H. van der Burg 27
mr. E.M. Gerdes 29
mr. Th.G. Drupsteen 32
mr. K. Groen 35
mr. A.R. Bloembergen 38
mr. A.F.M. Brenninkmeijer 40
mr. P. de Haan 41
mr. L.G. van Reijen 45
drs. J. van Ruler 46

Beantwoording door de preadviseurs 48

mr. F.W. ter Spill 48
mr. A.Q.C. Tak 54

Bestuur en ereleden 63

Preadviezen uitgebracht voor de VAR 64

Rede van de voorzitter, mr. W. Konijnenbelt

De beschikking als rechtshandeling

Wie veel met studenten omgaat, weet dat er naar hun besef een wereld van verschil is tussen de juridische dogmatiek en het terrein van de politiek. Die mening berust op een misvatting die met een eenvoudig voorbeeld is aan te tonen.

Het vraagstuk van de intrekbaarheid van vergunningen behoort tot de klassieke administratiefrechtelijke dogmatiek. Maar wat dunkt u van een betoog, in deze dagen te houden, over dit onderwerp, toegespitst op de intrekbaarheid van vrije vergunningen, met name van vergunningen voor een eenmalig handelen? Met als mogelijk voorbeeld de casus van een exportvergunning, verleend op grond van de in- en uitvoerwet? – Wat vandaag studeerkamerproblematiek is, kan morgen in het brandpunt van de politieke diskussies staan; het omgekeerde is evenzeer waar.

Vanmorgen wil ik kort uw aandacht vragen voor een ander onderdeel van de juridische dogmatiek, dat in de preadviezen die we vandaag bespreken zijdelings aan de orde komt en dat aktueel is in verband met de toepassing van de Wet AROB. De vraag namelijk, wanneer een besluit of een handeling niet als een puur feitelijke handeling maar als een beschikking moet worden beschouwd. Deze kwestie wordt ook wel aangeduid als de vraag, wanneer is er sprake van een *rechts*handeling.

De Wet AROB geeft, in overeenstemming met wat we in de algemene rechtsleer kunnen vinden, als kriterium dat het betrokken besluit moet zijn *"gericht op rechtsgevolg"*, d.w.z. op gevolgen die de objektieve rechtsorde aan het besluit verbindt. De wetsgeschiedenis leert ons, dat we onder dat rechtsgevolg niet iets anders hoeven te verstaan dan wat de Wet BAB bedoelde toen ze sprak over 'de vaststelling, de wijziging of de opheffing van een bestaande rechtsverhouding of het scheppen van een nieuwe rechtsverhouding.'

'Dan wel de weigering tot zodanig vaststellen enz.' voegde de Wet BAB daaraan toe. Dat ook de uitdrukkelijke weigering aan een verzoek te voldoen een beschikking kan zijn, is per ongeluk uit de Wet AROB gevallen, maar de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak heeft dat gat snel gedicht.

Wanneer is er sprake van rechtsgevolg? De vraag is in de literatuur vooral besproken in verband met het verstrekken van inlichtingen. Ik wil het probleem in een wat ruimer verband stellen door te kijken naar de verhouding tussen dat rechtsgevolg en het objectieve recht waaruit zulk gevolg zou moeten voortvloeien.

Waar het hier gaat om beschikkingen, moet het bij dat objectieve recht om een publiekrechtelijke norm gaan. Plausibel lijkt de stelling: *er is een beschikking indien het gaat om een besluit dat beoogt rechtsgevolg teweeg te brengen dat voortvloeit uit een publiekrechtelijke rechtsregel.*

Bijvoorbeeld: de verlening van een bouwvergunning, want dat besluit is gericht op het rechtsgevolg dat voortvloeit uit de Woningwet; de waarschuwing voor politiedwang, want volgens art. 152 gemeentewet (en vergelijkbare artikelen) ontstaat pas daarna de bevoegdheid tot het toepassen van de politiedwang; de vaststelling door B. en W. van de hoogte van de gemeentelijke subsidie aan een sportvereniging, waarvan een raadsverordening zegt dat ze recht heeft op subsidie naar gelang het aantal leden.

Tot zover is er niets aan de hand. Maar er rijzen vragen wanneer de elementen 'rechtsgevolg' en 'publiekrechtelijke titel' uit elkaar worden gehaald, zoals gebeurt in de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak en haar voorzitter. Want wat is er aan de hand?

a. Soms wordt de vraag of er in een bepaald geval een beschikking voorhanden is, uitsluitend afhankelijk gesteld van de vraag of het betrokken besluit berust op een publiekrechtelijke regeling, zonder dat er wordt gekeken naar een eventueel rechtsgevolg.
b. In andere gevallen daarentegen wordt uitsluitend gelet op het rechtsgevolg, zonder dat aandacht wordt geschonken aan een publiekrechtelijke norm of regeling waarop dat rechtsgevolg zou moeten berusten.

Ad a.
Is het besluit waarbij geweigerd wordt bepaalde stukken te publiceren een beschikking, een rechtshandeling? Scheltema[1] en Schelhaas[2] hebben betoogd van niet. De voorzitter van de Afdeling rechtspraak vraagt zich uitsluitend af of er een wettelijk openbaarheidsregiem bestaat; zo ja, dan is de weigering een beschikking[3]; zo nee, dan is ze een puur feitelijke handeling[4]. Wat is het verschil in rechtsgevolg in het ene en in het andere geval, zo vraag ik me af? Beers[5] zegt: je moet bij de toepassing van de WOB drie elementen onderscheiden, nl.
1. het besluit de gevraagde informatie te verstrekken;
2. de uit de wet voortvloeiende rechtsverhouding die als gevolg van het besluit in concreto bindend wordt vastgesteld, en
3. het feitelijk verstrekken van informatie als uitvoeringshandeling van het besluit.

Die redenering spreekt op zichzelf wel aan wanneer het gaat om een regeling als

de WOB die in beginsel een recht op informatie geeft. Maar hoe dan te verdelen in het geval van een regeling die uitsluitend zegt dat B. en W. inzage *kunnen* geven in bepaalde bescheiden, zoals art. 24 Model Bouwverordening doet? Ook in dat geval redeneerde de Afdeling eenvoudig: er is een publiekrechtelijke regeling, *dus* is de weigering van B. en W. in het voorliggende geval inzage te geven, een beschikking[6]. Wie hier nog het verschil in rechtsgevolg kan aangeven met de situatie waarin er geen rechtsregels bestaan – ook dan *kunnen* B. en W. inzage geven, ze hoeven het niet – mag het zeggen.

Een ander voorbeeld. Het definitief onttrekken van een weg aan het openbare verkeer is geregeld in de Wegenwet; het besluit daartoe zou dus een beschikking kunnen zijn maar het – bij wijze van proef – voor één jaar afsluiten voor het openbare verkeer, waarover de wet niets zegt, achtte de voorzitter van de Afdeling rechtspraak een feitelijke handeling[7]. En dat, terwijl de Wet AROB het uitdrukkelijke vereiste van een publiekrechtelijk *voorschrift* waarop het besluit zou moeten rusten om een beschikking te heten, heeft laten vallen juist om het verschil weg te nemen tussen het afsluiten van openbare wateren (niet in de wet geregeld en door het de BAB-jurisprudentie om die reden niet als beschikking aanvaard[8]) en het aan het openbare verkeer onttrekken van een weg. Dit laatste was wel in de wet geregeld en daarom als beschikking aanvaard.[9]

Ad b.

Anderzijds: waarom is een subsidiebesluit een beschikking, ook als het op geen enkel wettelijk voorschrift is gebaseerd – en de gevallen waarin een wettelijke basis wel bestaat, zijn betrekkelijk uitzonderlijk – ? Op die vraag is op zichzelf een eenvoudig antwoord mogelijk. Uit de wetsgeschiedenis, met name uit het bij amendement schrappen van de subsidies uit de lijst van uitgezonderde besluiten, blijkt dat kennelijk is beoogd AROB-beroep tegen subsidiebesluiten mogelijk te maken[10]; praktisch is er dus niet zo'n groot probleem. Maar hoe is het theoretisch te verklaren, nu de wet er niets uitdrukkelijk over zegt, maar volstaat met het algemene kriterium van het beschikkingsbegrip? Van een subsidiebeschikking-met-voorschriften kan men misschien zeggen dat ze een rechtsbetrekking schept tussen bestuur en bestuurde die het bestuur verplicht een bedrag te betalen en (tevens: indien) de bestuurde verplicht zich aan de voorschriften te houden. Hoe zit het met het subsidiebesluit zonder voorschriften? Zijn we naar Nederlands recht niet gewoon te zeggen dat die een betalingsverplichting van privaatrechtelijke aard schept, afdwingbaar met de middelen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering?

U moet niet denken dat ik op dit punt ongelukkig ben met het resultaat van de AROB-jurisprudentie; ze biedt op het subsidiegebied een rechtsbescherming die we onder de Wet-BAB smartelijk hebben gemist. Maar ik vraag: welke theoretische mouw passen we aan deze jurisprudentie, die zich in het geval van subsidies niet bekreunt om de wettelijke grondslag daarvan? Misschien brengen de debatten van vandaag ons iets dichter bij een oplossing, nu één van de oorzaken van de problematiek wel eens zou kunnen zijn gelegen in de omstandigheid, dat we

een strikt wetmatigheidsvereiste kennen bij de Eingriffsverwaltung maar er nog te weinig op dit punt kan worden gezegd over de Leistungsverwaltung. Ter Spill en Tak hebben er in hun preadvies ook op gewezen.

Ik noem een laatste voorbeeld van de verwarring waarin we kunnen terechtkomen als er onvoldoende duidelijkheid is op het punt van de vereiste relatie publiekrechtelijke norm en rechtsgevolg. In één geval achtte de Afdeling rechtspraak de weigering, een niet-verkeersbord te plaatsen een feitelijke handeling, toen ging het om de aanduiding van een benzinepomp[11]. Even later vond de Afdeling – maar nu een andere enkelvoudige kamer – dat er in een soortgelijk geval wèl een beschikking voorhanden was; toen ging het om de aanduiding van een wegrestaurant[12]. De reden van het verschil? In het tweede geval had de wegbeheerder bij wege van Selbstbindung, d.m.v. pseudowetgeving, regels vastgelegd voor de aanvraag van zulke borden, kompleet met een soort inspraakprocedure; in het eerste geval was dat niet zo. Aldus krijgt het bestaan van pseudowetgeving een betekenis die we er gewoonlijk niet aan toekennen en die ook niet in overeenstemming is met de gebruikelijke karakteristiek die de Afdeling rechtspraak eraan geeft, nl. 'aankondiging van de voorgenomen beleid', niet minder, maar ook niet meer.

Het lijkt mij een voorbeeld van een uitglijder die kan worden teruggevoerd op een onvoldoende theoretische fundering van de uitspraken. Daartegenover zou ik willen wijzen op het belang van een duidelijke begripsvorming en van een nader onderzoek naar een fenomeen waarvan reeds Gaston Zèze in 1925 schreef:

'C'est pourquoi l'étude de l'acte juridique est le préliminaire indispensable de toute étude.'[13]

Noten

1. M. Scheltema, Twee jaren AROB-beroep, en hoe verder? in *AROB-aspecten, Jonge Balie Congres 1978,* blz. 14.
2. H. Schelhaas. Het wetsontwerp openbaarheid van bestuur en de Tweede kamer, *TvO* 1977, blz. 191 e.v.; dez. De informatieplicht van de overheid (prft. Utrecht 1979) blz. 112, 113.
3. Vz. AR 2 januari 1978, *AB* 85 m.n. Stellinga (verklaring van geen bezwaar Limburg); Vz. AR 10 oktober 1979, *AB* 1980 18 m.n. Stellinga (hinderwetvergunning); AR 29 juni 1979 *GS* 6583 (WWV-advies Oss).
4. Vz. AR 27 november 1979, *AB* 1980, 77 met uitvoerige noot van Borman (verordening passieve openbaarheid gemeente Utrecht).
5. A.A.L. Beers, De Wet openbaarheid van bestuur en de ontvankelijkheid van AROB-beroep, *NJB* 1980, blz. 199 e.v.
6. AR 30 augustus 1979, *Ten Berge/Stroink, beschikking,* blz. 500 (bouwvergunning Tilburg).
7. Vz. AR 2 decembger 1976, *Ten Berge/Stroink, beschikking,* blz. 22a (afsluiting Zijdeveld Uithoorn).
8. KB 20 juli 1970, *Kan/Van Maarseveen, beschikking,* blz. 96 (Oude Mindertrekvaert).
9. KB 23 augustus 1971 *Kan/Van Maarseveen, beschikking* 126 (Peperstraat, Bovenkarspel).

10. Waarom Van der Burg met dit aspekt van de wetsgeschiedenis geen rekening wil houden en alleen wil toetsen aan de *woorden* van art. 12, is mij niet duidelijk. *Ex nihilo nihil fit?* – maar de wetsgeschiedenis is toch geen nihil? (F.H. van der Burg, AROB-rechtsspraak terzake van overheidssteun, in *AROB-aspecten* blz. 103).
11. AR. 4 juli 1978, *Ten Berge/Stroink, beschikking,* blz. 319 (benzinepomp Rheden).
12. AR, 6 november 1979, *Ten Berge/Stroink, beschikking,* blz. 543 (Motel Breda).
13. *Les principes généraux du droit administratif* (3e druk), deel I, blz. 8. Steenbeek gebruikte dit citaat als motto voor zijn proefschrift over *Rechtshandeling en rechtsgevolg* (1958).

Interventies

mr. J.J. Oostenbrink

Wie, zoals de beide preadviseurs, omstreeks 1980 een verzoek ontvangt een preadvies uit te brengen over 'onwetmatig besturen', heeft, dunkt me, geen reden te klagen over gebrek aan stof. Integendeel. Wie, om slechts één voorbeeld te noemen, kennis neemt van het in augustus 1980 aan de minister van Volksgezondheid en Milieuhygiëne uitgebrachte rapport over de toepassing en handhaving van de Hinderwet, vindt al in één zo'n rapport illustratiemateriaal te over voor de bespreking van tal van facetten. En dat betreft dan in hoofdzaak nog maar één wet.

De preadviseurs hebben zich dan ook niet behoeven te verontschuldigen, zoals eens Albert Schweitzer, de latere arts van Lambarene, die op het verwijt dat zijn spreken slechts een kwartier duurde, antwoordde dat hij meende te moeten stoppen als hij niets meer te zeggen had. Een stelling die niet alleen waardering verdient, maar ook een voorbeeld kan heten van een algemeen beginsel, niet alleen van behoorlijk preken maar ook van behoorlijk spreken. U zult begrijpen dat ook ik het kort zal moeten houden, wat niet betekent dat ik vervolgens niets meer te zeggen zou hebben!

De beide preadviseurs hebben zich dus wel moéten beperken. Daarvoor alle hulde, evenals voor de wijze waarop zij zich van hun taak hebben gekweten. Gelukkig echter – dat zeg ik er ook bij – hebben zij zich met al hun beperkingen toch niet altijd aan een stringente uitleg van hun probleemstelling gehouden, maar zich soms ook op 'zij-paden', of misschien moet ik zeggen 'hoofd-wegen', begeven, waarbij zij zich hebben beziggehouden met aspecten van weidser en fundamenteler aard. Dit is hun preadvies ten goede gekomen en noodzaakt ons oude leerstukken, soms in nieuwe vorm, nog eens opnieuw en vanuit een andere gezichtshoek te bezien.

Een voorbeeld daarvan is, dunkt me, te vinden in de beschouwingen over de toelaatbaarheid van buitenwettelijk bestuur op de pagina's 45-55, en in het bijzonder in de uiteenzettingen over de twee zo uitdrukkelijk naar voren geschoven elementen die de beide preadviseurs wezenlijk achten voor wetgeving: het democratisch gehalte en het rechtsgehalte, het democratisch postulaat en het rechtspostulaat.

Ik zei al: een dergelijke benadering heeft één groot voordeel. Zij roept op tot be-

zinning, zij biedt vergezichten boven de dagelijkse praktijk van een ieder uit, maar zij kan ook het nadeel hebben dat menigeen wel instemt met de woorden doch dat men, daarna terugkerend tot de praktijk van alledag, zich de vraag stelt: wat heb ik eraan, hoe moet je dat nu uitwerken? Ik weet dat de beide preadviseurs in het vervolg in zekere zin een uitwerking hebben gegeven, maar het blijft toch wel zo dat deze elementen zeer uitdrukkelijk naar voren zijn geschoven. Het nadeel kan ook zijn dat je je achteraf afvraagt wat een en ander in feite, materieel, betekent voor de wetgever in zijn dagelijkse arbeid. Is het geheel niet veel complexer en ook veel chaotischer door de enorme diversiteit van problemen, terreinen, aspecten? Is er überhaupt wel tijd en aandacht, in het bijzonder bij politici, voor een meer algemene evaluatie, een goede, evenwichtige systematiek? Wie kan het geheel nog overzien en een evenwichtige, goed doortimmerde wetgeving tot stand brengen? Als we stellen dat politici soms de indruk vestigen meer aandacht te hebben voor de 'politieke krenten in de pap' – ik zou bijna zeggen: voor de vraag 'hoe kom ik morgen met een goede foto en uitspraak in de krant?' – dan voor een goed beleid en een evenwichtige wetgeving, is die stelling dan geheel zonder grond?

En bovendien: is ook dat democratisch postulaat, dat zo uitdrukkelijk naast het rechtspostulaat naar voren is geschoven, niet slechts een onderdeel van het geheel van waarborgen dat tot een goede besluitvorming en een verantwoorde en rechtvaardige wetgeving moet leiden? Verschilt de in dit democratisch postulaat gelegen waarborg inhoudelijk nu werkelijk wel zo heel veel van andere waarborgen, zoals een goede rechtsbescherming achteraf, een adequaat sturings- en handhavingsmechanisme en dergelijke? Kan het democratisch postulaat, hoe zeer ook van waarde, in zijn soms pregnante vorm ook niet iets vertonen van een 'offeren aan de waan van de dag'?

Een ander punt. De preadviseurs betogen op bladzijde 50 dat er iets onbevredigends schuilt in ons systeem waarin zowel de volksvertegenwoordiging als de rechter iets te zeggen heeft over het rechtsgehalte van het produkt wetgeving; hierbij wordt dan even afgezien van artikel 131, lid 2, van de Grondwet. Ook deze uitspraak lijkt mij een overschatting van de betekenis van het democratisch postulaat en een blijk van een al te grote fiducie in de wetgever. De geschiedenis, niet alleen in ons land maar zeker ook daarbuiten, leert ons wel eens iets anders. Het feit dat correctie mogelijk is van een geheel andere en vroeger zelfs onverdachte zijde, lijkt mij een zeer nuttige zaak. Uitspraken die in raadkamer wel plegen te worden aangeduid als een 'gele kaart voor de wetgever' kunnen bijzonder nuttig zijn.

Terecht leggen de preadviseurs dan ook vervolgens de nadruk op de mogelijkheid van wat zij 'negatieve competentiegeschillen' noemen. Aan een discussie hier over de toelaatbaarheid van de buitenwettelijk bestuur gaat een andere discussie vooraf, behoort ook een andere discussie vooraf te gaan, namelijk die over de functionering van de wetgever. Het lijkt mij dan echter beter niet te spreken van een competentie*geschil,* maar van een niet gebruik maken van bestaande competenties en een afschuiven van verantwoordelijkheden.

dr. mr. drs. A.P.J. van der Eyden

Ik zou bij het preadvies graag enige kanttekeningen willen maken. Op de eerste plaats stel ik vast dat de heren Ter Spill en Tak de verdienste toekomt een goed overzicht te hebben gegeven van de problematiek waartoe zij zich hebben *beperkt*. Het overzicht is – in ieder geval voor mij – verhelderend; in mijn interventie richt ik mij met name op de beperking, die door de preadviseurs op bladzijde 9 wordt gemotiveerd. Zij voeren daarbij aan dat de beschikking als bestuursinstrument een centrale plaats in het geheel inneemt, iets wat ik niet zou willen ontkennen. Ten tweede wijze zij erop dat de rechtsbescherming ten aanzien van de beschikking (voorlopig) is afgerond. Als dat zo is rijst de vraag wat er dan voor de VAR nog te doen valt. De conclusie zou dan immers kunnen zijn dat we zouden kunnen overgaan tot de rechtsbescherming buiten het terrein van de beschikking. Ik meen dat dat nu uitgerekend de problematiek is die het VAR-bestuur voor de ogen heeft gestaan. Op bladzijde 7 lees ik namelijk: 'De bedoeling was, dat een beeld zou worden gegeven van de spanning die kan bestaan tussen 'eisen van de praktijk' en de eis van rechtmatig bestuur, de geldende rechtsnormen. Gevraagd werd een inventarisatie van deze spanningen, zo mogelijk richtlijnen voor toelaatbare en ontoelaatbare normoverschrijdingen, waarborgen tegen ontoelaatbare illegaliteiten en ideeën voor het voorkómen of verminderen van deze spanning.'

Welnu, de vrijheid van de preadviseurs was zodanig, dat zij zich tot hun terrein hebben kunnen beperken, en zij hebben dat naar mijn oordeel voortreffelijk gedaan. Ik zou echter graag aandacht willen vragen voor het terrein dat zij hebben laten liggen. In dit verband noem ik de 'feitelijke handelingen', die zoals op bladzijde 8 staat in principe buiten beschouwing worden gelaten. Gelukkig houden de preadviseurs – zij geven dat ook zelf aan – zich niet geheel aan deze beperking, maar naar mijn mening komt het onderwerp van het besturen sine lege onvoldoende tot zijn recht als men zich beperkt tot het terrein, direct samenhangend met het terrein van de beschikking.

Een volgend punt van mijn interventie is dat ik moeite heb met de definitie van onwetmatig bestuur. De preadviseurs rekenen daaronder twee soorten overheidsgesties, die naar mijn oordeel verschillende categorieën vormen:
a. gesties die in strijd zijn met wettelijke voorschriften;
b. gesties die niet gesteld worden op grond van wettelijke voorschriften.
Ik meen dat daartussen een nogal duidelijk écart bestaat waarmee uitdrukkelijk rekening moeten worden gehouden. In het vervolg van het preadvies blijkt naar mijn gevoel ook wel dat het niet zo adequaat is deze twee zowel naar aard als anderszins verschillende categorieën onder één noemer te brengen. Mijn voorkeur zou ernaar uitgaan de tweede categorie, dus de overheidshandelingen die niet gesteld worden op grond van wettelijke voorschriften aan te duiden als 'niet-wetmatig bestuur'. Aan het begrip 'onwetmatig bestuur' is immers duidelijk het aspect verbonden dat er iets *tegen de wet in* wordt gedaan. Er is echter ook een groot terrein van het overheidsbestuur waarop we te maken hebben met hande-

len dat niet op de wet berust maar er ook niet mee in strijd is. Voor dat handelen kunnen we volstaan met de term 'niet-wetmatig bestuur'. Overigens valt daarover natuurlijk nog wel het een en ander te vertellen.

Er is in dit opzicht nogal wat aan de hand, want we kunnen spreken van een falende wetgevingsmachine, waardoor een ruim terrein van overheidshandelen geen adequate steun van wetgeving krijgt. Het gaat er daarbij in het bijzonder om dat men er niet in slaagt nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen in wetgeving op te vangen. Dit betekent voor mensen in de praktijk van het overheidsbestuur dat zij creatief en inventief op de nieuwe ontwikkelingen moeten ingaan, waarvoor zij onvoldoende instrumenten aangedragen krijgen. Een belangrijk deel van het bestuur wordt immers gevormd door de praktische wens, oplossingen te vinden voor problemen. Vaak is er alleen in de algemene zin steun, namelijk door het feit dat iets niet is geregeld. Als bestuurder in het overheidsbestel ben je dan al lang gelukkig, omdat je in zo'n situatie, rekening houdend met de regelingen die er nu eenmaal zijn, kunt proberen een praktische oplossing te vinden. Daarbij wordt je echter vaak in een goede uitoefening van de te vervullen functies gehinderd door regelingen die belemmerend op creatief bestuur werken. Het is van belang bij dit praktische probleem stil te staan en instrumenten ter verbetering aan te dragen.

Een volgend onderdeel van mijn interventie betreft enkele voorbeelden van wat overheidsinstanties in de praktijk doen. Het lijkt mij nuttig de lijst met andere voorbeelden aan te vullen en bovendien na te gaan wat een vereniging als de VAR ermee doet. Ik begin met de organisatie van de kinderbijslagverlening. Nog niet zo lang geleden is de situatie op dat terrein veranderd: elkeen die denkt recht te hebben op kinderbijslag, wordt gedwongen ieder kwartaal naar een kantoor van een overheidsinstantie te gaan om ervoor te zorgen dat de kinderbijslag hem wordt uitgekeerd. Dat is een wonderlijke zaak. Waarom dwingt men burgers tot deze operatie, die in deze tijd van computers heel simpel op een andere manier op te lossen is?

Een tweede praktisch probleem. Ziekenfondsen stellen als eis dat je elk kwartaal een betaalbewijs komt halen. De mensen hebben tegenwoordig allemaal veel te veel te doen, maar ze moeten zich voor dit doel wèl vrij maken, overdag, in ambtenarenuren, dus op zijn best tussen negen en vijf; als je pech hebt, is die tijd nog verder beperkt, want dan mag je ook tussen twaalf en twee niet aan het loket komen.

Het derde probleem komt uit de gezondheidszorg. Zoals men weet is op het ogenblik een vergunning voor verbouwing van ziekenhuizen nodig. Nu blijkt dat in een aantal gevallen ziekenhuizen ten behoeve van verbouwingswerkzaamheden alle vergunningen hadden verkregen, alle verplichtingen hadden vervuld en alle handtekeningen hadden verzameld, maar dan toch te horen kregen dat er geen geld was, onder mededeling dat er misschien wel van onbehoorlijk bestuur zou kunnen worden gesproken en dat men maar naar de rechter moest gaan.

Ik zou deze lijst van voorbeelden nog kunnen aanvullen, maar ik wil mij hiertoe beperken.

Tot slot nog het volgende. Ik zou ervoor willen pleiten dat de problematiek waarmee we hier te maken hebben, nader wordt uitgediept dan in het preadvies is gebeurd, en dan tevens in interdisciplinair verband. Met name de relatie tussen bestuursrecht en bestuurskunde komt naar mijn gevoel onvoldoende tot haar recht. Zoals men weet werd in 1955 voor de VAR gepreadviseerd over bestuursrecht en bestuurskunde. Sindsdien is er veel gebeurd, met name ook op het terrein van de bestuurskunde, of – ik refereer aan het pleidooi in mijn recente dissertatie over 'Overheidskunde en overheidswetenschap' (1980) – op het terrein van de interdisciplinaire overheidskunde. Ik zou het VAR-bestuur willen vragen:

1. het oorspronkelijk bedoelde onderwerp alsnog aan de orde te stellen;
2. preadviezen uit te doen brengen over bestuursrecht en bestuurskunde c.q. overheidskunde.

mr. S.F.L. Baron van Wijnbergen

De vorige spreker heeft al gezegd dat het preadvies zeer verhelderend is en een goed overzicht geeft van de problematiek waarover wij het vandaag hebben. Een preadvies heeft nog een tweede functie: het moet ook grondslag kunnen zijn voor discussie. Ik geloof dat het preadvies ook die functie zeer goed kan vervullen. Ik heb namelijk nogal wat vraagtekens bij allerlei onderdelen gezet.

Op bladzijde 12 van het preadvies is sprake van twee pijlers van onze democratie: kwesties over algemene gevolgen voor rechtsposities moeten in het algemeen door vertegenwoordigende lichamen worden behandeld en geschillen over bijzondere gevolgen voor rechtsposities van bijzondere personen behoren door een onafhankelijke rechter te worden beoordeeld. Ik heb mij afgevraagd waarom dit nu pijlers van onze democratie zouden zijn. Naar mijn mening is het in ieder geval feitelijk bij ons zo niet geregeld; dat zou dan een gebrek aan onze democratie zijn. De wetgever geeft inderdaad algemene regels, maar we weten dat ook de rechter dat doet, ook al mag hij dan volgens de Wet Algemene Bepalingen geen algemene verordeningen maken. Hij kan echter niet anders, want als hij verband wil leggen tussen zijn uitspraak van vandaag en zijn uitspraken van gisteren en die van morgen, is daarmee de regel al gegeven. Eén van de vragen waarop de rechtswetenschap een antwoord probeert te geven, is het probleem, wanneer uit zo'n concrete uitspraak een algemene regel kan worden afgeleid. En handelt de gemeenteraad, beslissend in beroep, in strijd met de beginselen van de rechtsstaat? Als er een onderscheid moet worden gemaakt tussen rechter en vertegenwoordigend lichaam, zou ik willen zeggen: bij de rechter horen de geschillen thuis die je met rechtscategorieën kunt oplossen en bij vertegenwoordigende lichamen, alsmede bij daaraan verantwoordelijke besturen, horen vraagstukken thuis die van politieke aard zijn, en die niet met rechtscategorieën kunnen worden opgelost. Laatstgenoemde vraagstukken, waarover men in de rechtsgemeenschap nog van mening verschilt, moeten op het politieke vlak door vertegenwoordigende colleges, of door besturen aan die colleges verantwoordelijk, wor-

den opgelost. Misschien kunnen de preadviseurs op dit punt een nadere toelichting geven.

Een bladzijde verder wordt opgemerkt dat de omschrijving van het beschikkingsbegrip in artikel 2 Wet AROB onvoldoende basis voor de afbakening van de staatsrechtelijke bevoegdheidsverdeling zou geven. Dit brengt mij enigszins op het terrein dat door u, mijnheer de voorzitter, is aangesneden. Wat is eigenlijk een beschikking? Het eigenaardige geval doet zich voor dat wij tot aan de inwerkingtreding van de Wet AROB allemaal wisten wat een rechtshandeling was – in aansluiting daarop is Wiarda gekomen tot zijn voorstel dat de AROB – definitie heeft opgeleverd –, terwijl we het daarna eigenlijk niet meer weten doordat we ons in verwarring hebben laten brengen door de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak. Toch beseffen we nog heel goed dat een rechtshandeling een handeling is die zich dáárdoor van andere handelingen onderscheidt, dat de zin die een stukje gedrag tot handeling maakt, het in het leven roepen van rechtsgevolgen is. Als we het zo zien, is natuurlijk een waarschuwing geen rechtshandeling, want de zin van de waarschuwing is het waarschuwen en niet het in het leven roepen van rechtsgevolgen. Ik sluit mij, in iets andere bewoordingen, aan bij een uitspraak die u, mijnheer de voorzitter, zojuist hebt gedaan. Het zou misschien goed zijn de Afdeling rechtspraak voorzichtig de raad te geven zich bewust te zijn van de theoretische grondslagen van haar uitspraken. Die grondslagen hoeft een rechter niet te noemen, maar wij moeten later proberen al die verschillende uitspraken toch weer in één systeem onder te brengen. Een systeem is immers een essentiële voorwaarde, willen we het verwarde geheel van het recht begrijpen.

Vervolgens wil ik ingaan op de term 'onwetmatig bestuur', die al even ter sprake is geweest. De term is afkomstig van de opdracht aan de preadviseurs, maar tegen de manier waarop zij er inhoud aan geven heb ik toch wel bezwaren. Op bladzijde 15 wordt 'onwetmatig bestuur' onderscheiden in enerzijds – ik heb daar geen moeite mee – bestuur in strijd met wettelijke voorschriften en anderzijds bestuur dat niet wordt gevoerd op grond van wettelijke voorschriften. Ik vraag mij af of het wel in overeenstemming met het spraakgebruik is, de tweede vorm van bestuur onwetmatig te noemen. In het voorvoegsel 'on-' zit toch een pejoratief element. Wordt hier niet gedoeld op bestuur dat buiten de wet om wordt gevoerd? Zulk bestuur, dat niet onwetmatig hoeft te zijn, kan men 'buitenwettelijk' noemen.

Dit speelt in het vervolg van het preadvies verder door, aangezien er wordt gesuggereerd dat onwetmatig toch eigenlijk wel onrechtmatig zou kunnen zijn, ook al wordt er dan op gewezen dat dat niet altijd het geval is. De vraag die ik mij bij het lezen van het preadvies heb gesteld, is of het onderscheid tussen onwetmatig en niet-onwetmatig bestuur nu wel zo relevant is en of we niet veel meer geïnteresseerd zouden moeten zijn in het onderscheid tussen rechtmatig en onrechtmatig bestuur. Daarbij spelen onder andere de ongeschreven rechtsregels een rol en ik vraag mij af of het onderscheid tussen een bestuurshandeling in strijd met een geschreven regel en een bestuurshandeling in strijd met een ongeschreven regel nu wel zo van belang is.

In de jaren '30 heeft de Centrale Raad van Beroep, ook weer bij wijze van door de rechter uitgesproken algemene regel, uitgemaakt dat onder de algemene verbindende wettelijke voorschriften 'algemene rechtsbeginselen' moeten worden gerekend. Wat de Raad toen 'algemene rechtsbeginselen' noemde, is men later gaan aanduiden als de 'beginselen van behoorlijk bestuur'. Dit was een vrij stoutmoedige interpretatie, omdat het woord 'voorschrift' toch wel aan een geschreven regel doet denken. De Raad bracht er de opvatting mee tot uiting – en ik kan mij daar geheel achter scharen – dat de ongeschreven regels van even groot belang zijn als de geschreven regels. Ik vind hierin een bevestiging van mijn veronderstelling dat het onderscheid onwetmatig/wetmatig niet van zo groot belang is.

In aansluiting op mijn opmerking van zojuist over het systeem van ons rechtsbetel wil ik nu ingaan op de problematiek die op bladzijde 21 van het preadvies aan de orde wordt gesteld. Het gaat daar om de beschikking die aan goedkeuring onderworpen is en om de vraag, hoe moet worden geoordeeld over het handelen volgens de beschikking zonder dat de vereiste goedkeuring is verkregen. De preadviseurs merken op dat men misschien geneigd zou zijn hier van onwetmatig handelen te spreken, maar zij geven de voorkeur aan de term 'handelen zonder wettelijke grondslag', omdat het niet zeker zou zijn dat de betreffende goedkeuringsvoorschriften externe werking hebben. In dat verband wordt verwezen naar het arrest De Bourbon-Naundorff, waarin werd uitgemaakt dat de aanwezigheid van een begrotingspost niet noodzakelijk was voor het binden van de staat. De grondslag van de uitspraak moet toch wel gelegen zijn in het feit dat er bijzondere regels waren – zij het toen minder duidelijke dan nu, sinds de Comptabiliteitswet – omtrent de vraag, wie de staat civielrechtelijk kon binden, en dat de begroting bij de regels geen rol speelde, zodat de begroting als een interne zaak moest worden beschouwd. Zo'n redenering kun je in de meeste gevallen van goedkeuring van beschikking niet funderen.
Bij het lezen van het preadvies is bij mij ook de vraag gerezen, of niet in bepaalde gevallen het bestaan van wenselijkheden meteen wordt vertaald in de constatering dat de situatie ook rechtens zo is als men wenselijk zou vinden. Misschien doet ook de Afdeling rechtspraak dat wel eens een keer, maar hier gebeurt het naar mijn mening eveneens. In het preadvies wordt even ingegaan op de bekende vraag van de twee wegen: of het bestuur bij keuzen tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke weg de vrijheid zou hebben elk van beide wegen in te slaan. De preadviseurs herinneren eraan dat deze vraag verleden jaar al is behandeld en delen mee dat zij er nu niet op doorgaan, waarna zij het probleem opnieuw beginnen te behandelen, hetgeen mij enige vrijheid geeft er nu iets over te zeggen.

Voor de opvatting van de Hoge Raad, inhoudend dat de keuze vrij zou zijn, kunnen tamelijk goede gronden worden gevonden in de wetgeving. Aan de diverse publiekrechteljke lichamen wordt rechtspersoonlijkheid verleend, hetgeen volgens ons systeem inhoudt dat ze alle vermogensrechtelijke rechtshandelingen kunnen verrichten. Dit is ook in het nieuwe B.W. neergelegd. Je zou kunnen concluderen: als de wetgever dit in een bepaald geval niet juist vindt, moet hij dat uitdrukkelijk uitspreken of moet hij op andere wijze laten merken dat dit

zijn bedoeling niet is. De preadviseurs nemen een enigszins ander standpunt in, in navolging van de Afdeling rechtspraak. Het is de vraag of hier niet de wens de vader van de gedachte is geweest.

Overigens: als men constateert dat er op de privaatrechtelijke activiteiten van de overheid te weinig controle is, ligt het mijns inziens niet erg voor de hand die activiteiten als publiekrechtelijk te gaan beschouwen of de opvatting te verkondigen dat de keus tussen privaatrechteljke en publiekrechtelijk weg niet vrij is. De meest voor de hand liggende conclusie zou zijn dat men in gevallen waarin controle nodig is, controle moet inbouwen, daarbij rekening houdend met het wettelijk systeem. Dit is bijvoorbeeld bij de Pachtwet gebeurd. Men wilde controle op de pachtovereenkomsten en er is toen met behoud van het civielrechtelijk karakter van de Pachtwet een goedkeuring voor de Pachtkamer ingebouwd. Zoiets zou men bijvoorbeeld ook moeten doen ten aanzien van exploitatie-overeenkomsten van gemeenten. Het is naar mijn mening goed dat gemeenten proberen de kosten van bouwrijp maken te verhalen op degenen die daarvan profiteren. De baatbelasting is daar meestal veel te ingewikkeld voor, maar een nadeel is het ontbreken van controle. Als de gemeente van degenen die willen exploiteren – meestal verkeren zij in een dwangpositie – te veel vraagt, is er geen rechter die dat kan controleren.

Een voorbeeld ter illustratie. De Nijmeegse universiteit kreeg bij de bouw voor de alfa-faculteiten drie maanden voordat het bestemmingsplan in de raad kwam, de boodschap dat zij *f* 2 miljoen voor ontsluitingskosten moest betalen en dat anders de wijziging van het bestemmingsplan niet door zou gaan. Bij onderhandelingen ging er nog *f* 1 miljoen af, wat de zaak natuurlijk alleen maar bedenkelijker maakte, al was men met de 'winst' van *f* 1 miljoen wel verheugd. Er was hier een overeenkomst en nadat die was gesloten, zou de rechter hebben gezegd: als je het niet eens was, had je de overeenkomst niet moeten sluiten. In feite had echter de universiteit geen keus. Ook met het oog op dergelijke gevallen zou men met behoud van het systeem een controle kunnen inbouwen: bij wet zouden zulke exploitatieovereenkomsten bijvoorbeeld aan de goedkeuring van gedeputeerde staten kunnen worden gebonden, met de mogelijkheid dat de burger die een overeenkomst niet in overeenstemming met recht en billijkheid acht, bij gedeputeerde staten zijn bezwaren op tafel legt.

Dit zou een betere oplossing zijn dan de oplossing waarvoor de Afdeling rechtspraak heeft gekozen. De Afdeling heeft een exploitatieverordening, die overigens geen verordening is maar een bekendmaking van de voorwaarden waaronder de gemeente tot medewerking bereid is, aangemerkt als een heffingsverordening en het stellen van de voorwaarde tot het betalen van een geldsom – die betaling zou dan onverschuldigd zijn geweest omdat de medewerking van de raad niet vereist was – als een beschikking die zou kunnen worden vernietigd. Het probleem is daardoor overigens helemaal niet opgelost. Een gemeente heeft allerlei methoden om een bijdrage af te dwingen. De uitwegvergunning is een vrij recent middel; in het geval van de gemeente Nijmegen was het het bestemmingsplan en daarmee zou waarschijnlijk de Afdeling rechtspraak iets meer moeite hebben gehad.

Tot slot nog het volgende. Op bladzijde 55 wordt een soort 'codex' gegeven van eisen waaraan toelaatbaar bestuur zou moeten voldoen. De verschillende maatstaven zijn, dunkt mij, te vaag om ooit als criteria te dienen voor bijvoorbeeld ontvankelijkheid of voor de uitspraak dat iets rechtens al dan niet geldig is. Zijn ook dit geen wenselijkheden die niet als rechtsmaatstaven mogen worden voorgesteld, maar die moeten worden gezien als politieke eisen, van belang voor de wetgever, maar niet voor de juristen die concreet handelen rechtens moeten beoordelen?

mr. A.M. Donner

Ik geloof dat we het bestuur en de preadviseurs mogen danken, omdat zij ons, na alle mogelijke onderwerpen voor preadviezen, vandaag weer eens 'voer voor dogmatici' hebben geboden. Zoals u al in uw openingswoord hebt gememoreerd, heeft het recht, en ook het bestuursrecht, zijn eigen dogmatiek, al plegen wij van 'algemene leerstukken' te spreken. Die algemene leerstukken zijn, ook in het preadvies, de kaders waarin we proberen datgene wat naar ons rechtsbesef hoort te gelden, in verband te brengen met de verschijnselen die zich in de praktijk en in onze ervaring voordoen.

In dat opzicht hebben we grote moeilijkheden met wat je één van de oudste dogma's van het bestuursrecht zou kunnen noemen: de kwestie van de heerschappij van de wet en van het wetmatig bestuur. Op dit gebied – en dat is naar ik meen de grondvraag van het preadvies – zijn de algemene leerstukken moeilijk meer te verzoenen met de verschijnselen. We hebben dat een hele tijd geprobeerd te doen door te onderscheiden tussen belastend en ander bestuur, of tussen Eingriffs- en Leistungsverwaltung, maar in de huidige verzorgingsstaat en bij het 'verzorgingsbestuur' zijn dat achterhaalde onderscheidingen. Zo rijst dan opnieuw de vraag: wat moet en wat kan eigenlijk nog met het dogma van de wetmatigheid van het bestuur worden begonnen?

De preadviseurs hebben zich in mijn ogen het behandelen van het probleem niet gemakkelijker gemaakt doordat zij aan het begrip 'wetmatigheid' een tamelijk ruime inhoud hebben gegeven. In het verleden heeft men zich nog wel eens gered door te betogen, dat de noodzaak van een wettelijke grondslag ook wordt gehandhaafd als het bestuur op basis van een enkele bevoegdheidsopdracht bij de wet geschiedt. Voor de preadviseurs is dat echter naar ik heb begrepen niet voldoende om van wetmatig bestuur te kunnen spreken. Zij verbinden aan het begrip 'wetmatig bestuur' de eis dat er ook inhoudelijk iets over de richting, de vorm en de procedures van het bestuur moet zijn geregeld. Veel belang wordt gehecht aan wetmatigheid en aan regelmatigheid in de zin van overeenstemming met een regel die bij de wet is gesteld. Daardoor maakt men zich het vinden van een oplossing zeker niet gemakkelijker, want de praktijk en onze bestuurservaring wijzen in een heel andere richting.

Of men nu veel verder komt door te retireren – want ik zie het toch als een zekere terugtocht, dogmatisch althans – op het 'democratisch postulaat' en het 'rechtspostulaat', waag ik te betwijfelen, al aanstonds omdat ik bij lezing van

het preadvies de indruk kreeg dat deze door de preadviseurs gebruikte termen tamelijk vage grootheden aanduiden, maar in de tweede plaats omdat eigenlijk met die twee postulaten naar mijn gevoel het probleem onvoldoende is gesteld. Er zouden mijns inziens minstens drie postulaten moeten zijn, wil men het probleem werkelijk enigszins adequaat in het vizier krijgen. Behalve van een rechtspostulaat en een democratisch postulaat zou men moeten uitgaan van wat ik nu maar bij gebrek aan beter het 'bestuurspostulaat' noem. Er moet per slot van rekening ook bestuurd worden!

Daarbij aanknopend – en dat is de bedoeling van mijn interventie – zou ik de vraag willen stellen of de rechtspraktijk en het rechtsleven al niet bezig zijn een andere weg te vinden om het probleem van het onwetmatig of niet-wetmatig bestuur juridisch op een behoorlijke manier onder de knie te krijgen. Wanneer men de jurisprudentie, met name die van de Afdeling rechtspraak leest, wordt men getroffen door de omstandigheid dat bepaalde uitspraken in de verzameluitgaven nog het Stichwort 'pseudo-wetgeving' meekrijgen terwijl men die term in de uitspraken zelf niet terugvindt. In de uitspraken komt hoe langer hoe meer een totnogtoe niet zo duidelijk begrip naar voren. Aanvankelijk spreekt men van 'richtlijnen' en op den duur wordt er – aan de hand van de toetsing aan beginselen van behoorlijk bestuur en van de toetsing aan het criterium van de kennelijke onredelijkheid – steeds vaker naar 'beleidslijnen' gevraagd. Ik denk daarbij aan situaties waarin het om zeer ruime bevoegdheden gaat en waarin een beroep op beleid wordt gedaan. In dit verband wil ik u niet onthouden dat een voormalige president van de rechtbank in Rotterdam in bepaalde gevallen, als de advocaat van de gemeente in kort geding voor hem verscheen, wel de vraag stelde: 'Mijnheer, wat gaat u pleiten? Is het beleid, of hebt u erover nagedacht?'

De Afdeling rechtspraak gaat uit van een zekere beoordelingsruimte, misschien zelfs een zekere beoordelingsvrijheid, in het kader waarvan men een beleid voert. In verband daarmee wordt naar beleidslijnen gevraagd. Hier komt iets naar voren dat altijd al heeft bestaan, maar dat nu pas juridisch boven water komt. Het spreken over de wetmatigheid, de regelmatigheid en de rechtmatigheid van het bestuur komt vaak voort uit de gedachte dat je het bestuur aan bepaalde regels moet binden, in het belang van de bestuurden, die moeten weten waar ze aan toe zijn. In het verschijnsel van de beleidslijnen, die er over het algemeen zijn, ook al worden ze niet uitgesproken, komt ons naar mijn mening een behoefte van het bestuur zelf tegemoet, een behoefte die convergeert met de behoefte aan regelmatigheid van de bestuurden. Ook het bestuur heeft behoefte aan regelmatigheid. Ook het bestuur heeft er behoefte aan dat er een lijn in zijn optreden zit: aan de top, doordat men wil weten wat er gebeurt en doordat men in staat wil zijn zijn verantwoordelijkheden te dragen, en aan de voet, doordat men enig houvast wenst te hebben bij de beantwoording van de vraag, in welke gevallen men tot een 'nee' moet komen en in welke gevallen een al dan niet geclausuleerd 'ja' mogelijk is.

In het verschijnsel van het beleidslijn, de 'regel' die uit de behoefte van het bestuur zelf voortkomt en die niet op een wet berust, komt iets naar voren van

een convergerende behoefte aan regels van bestuur en bestuurden. Dit is juist op het terrein van het bestuur dat door de preadviseurs en ook in het algemeen als onwetmatig of niet op de wet berustend wordt aangeduid, van belang. Je zou kunnen zeggen dat het bestuur tegenwoordig op grote terreinen door drie soorten regels wordt beheerst:

a. algemeen verbindende voorschriften. Deze hebben de preadviseurs op het oog wanneer zij spreken over wetmatig bestuur;
b. beleidslijnen;
c. de beginselen van behoorlijk bestuur. (Voor het gemak reken ik het criterium van het kennelijk onredelijk bestuur hierbij.)

Ad a. De algemeen verbindende voorschriften blijven naar mijn mening van het eerste belang. Zij hebben namelijk niet alleen uit een oogpunt van het 'rechtspostulaat' een groot gewicht, maar zij zijn ook uit een oogpunt van het 'democratisch postulaat' – het ondergeschikt blijven van het bestuur aan de politieke organen – van wezenlijke betekenis. Men is aan deze voorschriften volstrekt gebonden en zonder deze voorschriften bestaat er in beginsel geen bevoegdheid. Ik denk in dit verband niet alleen aan de wet en alles wat min of meer direct op de wet berust, maar terdege ook aan provinciale en gemeentelijke verordeningen. Bij het lezen van het preadvies krijgt men een beetje de indruk dat dergelijke verordeningen als min of meer op delegatie berustend worden beschouwd, maar het gaat hier toch om een duidelijke attributie, een erkenning van bestaande bevoegdheden. Ook de algemene maatregel van bestuur moet tot de categorie algemeen verbindende voorschriften worden gerekend.

Ad b. Ik heb de indruk dat onder de beleidslijnen veel valt dat men als ministeriële beschikkingen heeft geconstrueerd. Met zekerheid kunnen we vaststellen dat onder de beleidslijnen iets valt wat tegenwoordig her en der in de wetgeving, vooral in toelichtingen en ook wel in nota's opduikt namelijk richtlijnen en aanwijzingen die vanwegen de minister of iemand anders kunnen worden gegeven. Eigenlijk is ook hetgeen men als 'programma's' en 'plannen' pleegt aan te duiden, in belangrijke mate als beleidslijn te beschouwen.

Opvallend is dat de Afdeling rechtspraak – naar mijn mening terecht – een duidelijk verschil maakt tussen het voorschrift en de beleidslijn. Zo houdt men bijvoorbeeld het bestuur voor dat het gedekt is wanneer het zich op een voorschrift kan beroepen, maar dat het niet zonder meer gedekt is wanneer het zich beroept op een beleidslijn. De beleidslijn ontheft het bestuur naar de mening van de Afdeling namelijk niet van de verplichting om van geval tot geval te oordelen: de beleidslijn is op zichzelf maar een algemene lijn. Ik kan in dit verband de paspoortinstructie noemen, een typisch voorbeeld van een ministeriële beschikking die wordt gekwalificeerd als een beleidslijn waarvan men op een gegeven ogenblik kan afwijken. Wanneer men, ondanks de omstandigheden van het geval, weigert van de paspoortinstructie af te wijken, moet dat eventueel worden gemotiveerd.

Daarnaast hebben we dan natuurlijk te maken met de beginselen van behoorlijk bestuur.

Ik kan mij best begrijpen dat de preadviseurs en vele andere aanwezigen bij deze beschouwingen over drie soorten regels van zeer uiteenlopende aard de schrik om het hart slaat en dat men zich afvraagt waar we op deze manier terecht komen. Toch meen ik dat deze driedeling nuttig is en dat we er rekening mee moeten houden. Naar mijn mening – en daarmee kom ik terug op het begin van mijn betoog – hebben we hier te maken met één van de onderwerpen die grote aandacht verdienen en die een zekere mate van regeling en omschrijving moeten vinden in de Wet algemene bepalingen administratief recht die we in de toekomst over ons zullen zien komen. Omdat wij al naar die Wet toe behoren te denken acht ik het nuttig dat men vandaag eens een dogmatisch onderwerp heeft aangevat en dat het op de ons gepresenteerde wijze is behandeld.

Ik heb getracht een stuk aan het preadvies te bouwen en te betogen dat men er met het blijven vasthouden aan het dogma van de heerschappij van de wet waarschijnlijk niet zal komen, omdat men daarmee tekort doet aan het 'bestuurspostulaat'. Er is naar mijn mening grote behoefte aan nadere concretisering en precisering, waarvoor een Wet algemene bepalingen administratief recht de aangewezen plaats is.

mr. J.H. van Kreveld

Ik heb het preadvies met veel spanning en veel aandacht gelezen, gezien het onderwerp en de benadering waarmee dat onderwerp wordt behandeld. De benadering is nogal dogmatisch en dat lijkt mij met het oog op het onderwerp op zichzelf wel nuttig, maar ik heb met de wijze van behandelen toch op een aantal belangrijke punten moeite. Sommige beweringen kan ik niet goed volgen en ik denk dat bepaalde uitspraken onjuist zijn.

Het begint al bij de titel van het preadvies, 'Onwetmatig bestuur'. Onwetmatig bestuur blijkt niet per se hetzelfde te zijn als onrechtmatig bestuur, of, duidelijker gezegd: het hoeft niet zo te zijn dat iets wat onwetmatig is, tevens als het onrechtmatig moet worden bestempeld. Ik vind dat moeilijk te begrijpen en ik vind dat het ook niet erg duidelijk is aangetoond. In verband met de ene vorm van onwetmatigheid, te weten strijd met de wet, waarover hoofdstuk II handelt, wordt ter ondersteuning van het standpunt dat onwetmatig niet onrechtmatig hoeft te zijn een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep genoemd. In het geval van een beslissing, genomen door een onbevoegd orgaan (CRvB 17 maart 1965, *AB* 1966, 24, preadvies blz. 22), werd, omdat was gebleken dat het bevoegde orgaan het met de beslissing eens was, de nietigheid voor gedekt verklaard. De Centrale Raad van Beroep constateert dat een ongeboegd orgaan in strijd met de wet de beslissing heeft genomen en dat er derhalve reden is voor vernietiging. Omdat de nietigheid voor gedekt wordt verklaard, zijn de preadviseurs kennelijk van mening dat er sprake is van rechtmatig handelen. Dit lijkt mij een ongelukkig ge-

bruik van terminologie. Er is sprake van onwetmatigheid, mijns inziens dus ook van onrechtmatigheid, daarom vernietigt de rechter het bestreden besluit, maar omdat er niet zo veel belangen mee gediend zijn dat de vernietiging effect krijgt, wordt de nietigheid voor gedekt verklaard.

Tot mijn spijt is in hoofdstuk II weinig naar voren gekomen over de *spanning* tussen wat de bestuurspraktijk en wat de wet eist, een spanning die vaak in aanzienlijke mate aanwezig is. In de praktijk zit men nogal met de vraag, hoe ver men nog van de wet kan afwijken, ten nadele of ten gunste van de burger. Dit is ook een actueel probleem, omdat er langzamerhand jurisprudentie komt, inhoudende dat het bestuur onder omstandigheden verplicht is gunstige uitzonderingen op de wet te maken.

Heel interessant vond ik het betoog in hoofdstuk III over 'buitenwettelijk bestuur'. 'Buitenwettelijk bestuur' wordt gezien als voorbeeld van onwetmatig bestuur. Ik vind dat niet erg duidelijk, maar de term 'buitenwettelijk', die ook door de preadviseurs is gehanteerd, levert bij mij in principe geen problemen op, hoewel ik er toch nog wel enige moeite mee heb omdat de preadviseurs er twee vormen van bestuur onder laten vallen: enerzijds bestuur dat niet op een wettelijke grondslag gebaseerd is en anderzijds bestuur dat weliswaar op de wet gebaseerd is, maar dat omdat de wet erg veel speelruimte laat – als voorbeelden worden de Prijzenwet en de Wet op de Ruimtelijke Ordening genoemd – eigenlijk géén wettelijke grondslag heeft. Beslissingen en beschikkingen die in mijn gedachtengang op de Prijzenwet of de Wet op de Ruimtelijke Ordening gebaseerd zijn, worden door de preadviseurs onwetmatig genoemd omdat die wetten zo veel beleidsruimte laten. Ik vind dat een ongelukkige terminologie, ook al vind ik het wel weer gelukkig dat aandacht wordt gevraagd voor het probleem dat er misschien in veel gevallen wel een wettelijke grondslag is, maar dat die zo weinig inhoud heeft. Dat is op zichzelf een groot probleem, maar het lijkt mij verwarrend over 'onwetmatig bestuur' te spreken terwijl er wel een zekere wettelijke grondslag aanwezig is. Ik hoop van de preadviseurs te vernemen, of ik goed heb begrepen dat naar hun mening iedere discretionaire beschikking eigenlijk onwetmatig is. Zo vat ik namelijk hun betoog op (preadvies blz. 30). Is bijvoorbeeld een ontheffing op basis van de Prijzenwet per definitie 'onwetmatig'?

In dit verband wil ik nog opmerken dat ik de opvatting van de preadviseurs, dat wetten als de Prijzenwet en de Wet op de Ruimtelijke Ordening *geen externe werking* beogen, omdat de garanties voor de burgers die deze wetten bieden niet inhoudelijk van aard zijn maar slechts bestaan in bevoegdheden en procedures, onjuist acht. Deze wetten beogen wel externe werking, ook al is de *beleidsvrijheid* van het bestuur erg groot.

De preadviseurs noemen het ongelukkig als er voor beschikkingen een erg vage grondslag is, maar zij menen dat er in veel gevallen toch wel een inhoudrijker basis aanwezig is, te weten besluiten van algemene strekking die geen wettelijke voorschriften zijn. Ik heb de indruk dat de preadviseurs hierbij in het bijzonder aan pseudo-wetgeving en plannen denken: als er maar een plan of pseudo-

wettelijke regeling is dan beschik je als bestuursinstantie over een goede basis voor beschikkingsbevoegdheid. Met deze gedachtengang van de preadviseurs heb ik nogal wat moeite en ik wijs erop dat deze visie ook niet wordt ondersteund door de jurisprudentie die in het preadvies wordt aangehaald. Genoemd wordt bijvoorbeeld een uitspraak van de Afdeling rechtspraak inzake Von Herzberg (18 april 1978, *AB* 377), waarbij het om adeldomsverlening gaat. Uit deze uitspraak blijkt volgens de preadviseurs – ik verwijs naar bladzijde 73 – dat naar de mening van de Afdeling de beschikkingsbevoegdheid op het gebied van het verlenen van adeldom gebaseerd is op een besluit van de ministerraad. Het bedoelde besluit van de ministerraad werd, aldus de preadviseurs, zonder meer, zij het impliciet, als toereikende grondslag voor de beschikkingsbevoegdheid aangenomen. Het besluit van de ministerraad heeft zelf geen expliciete wettelijke grondslag en kan dus worden aangemerkt als pseudo-wetgeving. Dit blijkt een ondersteuning van het standpunt van de preadviseurs te zijn, maar bij raadpleging van de bedoelde uitspraak, die mij nogal intrigeerde, is mij gebleken dat de Afdeling uitgaat van artikel 74, eerste lid van de Grondwet, waarin wordt bepaald dat de Koning adeldom kan verlenen. Er kan derhalve worden gesproken van beschikkingsbevoegdheid, gebaseerd op een wettelijk voorschrift. Ook de Afdeling rechtspraak geeft er blijk van deze visie te hebben, waaraan zij toevoegt dat er op basis van de genoemde grondwetsbepaling een beleid wordt gevoerd dat is neergelegd in het algemene besluit van de ministerraad. In ieder geval wordt uit de uitspraak duidelijk dat de beschikkingsbevoegdheid inzake het verlenen van adeldom rechtstreeks gebaseerd is op artikel 74 van de Grondwet en *nader wordt gestructureerd* door pseudo-wetgeving.

Het gaat hier om het probleem, waarop de beschikkingsbevoegdheid nu is gebaseerd: op pseudo-wetgeving of op iets achterliggends. Hetzelfde probleem doet zich voor als er geen wettelijke grondslag voorhanden is, bijvoorbeeld bij subsidiëring. Volgens het preadvies zijn er twee situaties. De eerste houdt in dat er een subsidieregeling is, waardoor – misschien geef ik het betoog wat al te scherp weer – beschikkingsbevoegdheid *ontstaat,* te weten de bevoegdheid tot het verlenen van subsidie. Anderzijds zijn er gevallen waarin zelfs een pseudo-wettelijke subsidieregeling ontbreekt en waarin de beschikkingsbevoegdheid dus op iets anders gebaseerd is; aan die gevallen wordt dan nog een uitgebreide beschouwing gewijd (blz. 75 e.v.)

Deze benadering lijkt mij vreemd. Naar mijn mening kunnen we constateren dat de bevoegdheid tot het verlenen van subsidie bestaat. Het is een beetje moeilijk, te zeggen op grond waarvan die bevoegdheid er is. Ik zou zeggen: op grond van de algemene taak van de minister tot het voeren van beleid met behulp van middelen uit de rijkskas bestaat de bevoegdheid; anderen zeggen op grond van het bekende KB van 1950 of art. 29 Comtabiliteitswet. Het komt voor dat de minister ter structurering van de bevoegdheid tot subsidie-verlening regelingen maakt en daardoor ontstaan allerlei bindingen. Het is niet zo dat de beschikkingsbevoegdheid tot het verlenen van subsidie pas door die regelingen ontstaat. Ik hoop van de preadviseurs te vernemen of ik dit huns inziens verkeerd zie. Ik wil daar nog aan toevoegen dat in mijn opvatting heel begrijpelijk is wat de preadviseurs op blz. 75, eerste volle alinia, zo opvallend vinden, namelijk dat in

de jurisprudentie zo zelden de betekenis van de pseudo-wettelijke regeling voor de beschikkingsbevoegdheid aan de orde wordt gesteld en dat daarentegen zo vaak de pseudo-wettelijke regel een rol speelt bij de *toetsing* van de beschikking.

Vervolgens enkele vragen over een aantal punten op bladzijde 55, die eerder vandaag zijn aangeduid als de 'codex'. Ik ben het eens met de kritiek dat de gestelde eisen nogal vaag zijn, hoewel ik niet weet of het mogelijk is veel concreter zijn. Ook wat er wél staat is mij echter in bepaalde opzichten niet duidelijk. Er staat in de eerste plaats dat de wetsvorm voor bepaalde besluiten gereserveerd dient te blijven. Wordt hier bedoeld op de wet in formele zin, of ook op algemene maatregelen van bestuur en ministeriële verordeningen? Ik kan mij ook voorstellen dat er wordt gedoeld op een wet die voldoende 'inhoudrijk' is. Als een wet geen enkel criterium aangeeft – de Prijzenwet is als voorbeeld genoemd –, is zij volgens de omschrijving van de preadviseurs eigenlijk geen wet. Ik weet daarom niet hoe ik de term 'wetsvorm' in punt 1 moet opvatten.

Punt 2 luidt: 'Voor besluiten van algemene strekking die geen wettelijk voorschrift hoeven te zijn diene het democratisch postulaat tot richtsnoer v.w.b. de wijze van vaststellen ervan en de daartoe bevoegd te verklaren instantie.' Wat betekent het dat het democratisch postulaat tot richtsnoer ten aanzien van de wijze van vaststellen zou moeten dienen? Houdt dit in dat de pseudo-wetgeving en plannen in nauw overleg met de volksvertegenwoordiging of met belangengroepen tot stand moeten worden gebracht? Voorts moet volgens punt 2 het democratisch postulaat tot richtsnoer dienen met betrekking tot 'de daartoe bevoegd te verklaren instantie'. Het is voor mij volstrekt onduidelijk wie deze bevoegdverklaring zou moeten uitspreken. Met name als ik denk aan pseudo-wetgeving, waarvoor nu juist geldt dat er niet een instantie *uitdrukkelijk* wordt aangewezen om dergelijke regels te maken.

Punt 3 bouwt hierop voort: de bevoegdheid tot het vaststellen van dergelijke besluiten van algemene strekking moet gebaseerd zijn op een wettelijke grondslag. Als dat zo is, zijn daardoor dan niet *alle* besluiten van algemene strekking steeds wettelijke voorschriften?

Met de punten 4 en 5 ben ik het volkomen eens; het zal overigens moeilijk zijn deze punten goed uit te werken. Volgens punt 6 moet de rechtsbescherming met betrekking tot besluiten van algemene strekking zo veel mogelijk gelijkwaardig zijn aan de rechtsbescherming met betrekking tot beschikkingen. Het kernpunt ligt in de woorden 'zo veel mogelijk' en ik werd bij lezing van het preadvies dan ook nieuwsgierig nader te vernemen waar de preadviseurs aan denken. Denken zij aan een *rechtstreeks* beroep tegen plannen en allerlei pseudo-wettelijke regelingen, of bedoelen zij slechts dat de besluiten van algemene strekking (voorzover geen wettelijke voorschriften), zoals nu ook al gebeurt, moeten worden getoetst aan de beginselen van behoorlijk bestuur?

Tot slot wil ik nog één vraag stellen. Niet iedere grondslag voor het bestuursoptreden hoeft in de opvatting van de preadviseurs in de wet te worden neergelegd.

Veelal mag ook worden volstaan met een basis in andere besluiten van algemene strekking. Geldt dit nu alleen voor het positieve staatsbestuur, voor subsidiëring en dergelijke, of vinden de preadviseurs dat ook het opleggen van verplichtingen – gebods- en verbodsbepalingen die minder belangrijk zijn, zoals verkeersmaatregelen – niet op een wet gebaseerd hoeft te zijn? Ik zou ook daarover graag iets meer horen en ik zeg de preadviseurs veel dank voor hun prikkelend preadvies.

mr. F.H. van der Burg

Ik heb mij opgemaakt het een en ander over subsidies te zeggen, maar sommige punten van het preadvies zijn zó intrigerend, dat ik mij niet kan weerhouden ook daarover opmerkingen te maken.

Allereerst iets over de deus ex machina van bladzijde 12, zijnde het begrip 'besluit van algemene strekking'. Ik denk dat noch de mensen van de praktijk noch de studenten gebaat zijn met de gedachte dat er een begrip 'besluit van algemene strekking' zou zijn. In de Wet AROB immers wordt met de term 'besluit van algemene strekking' gedoeld op allerlei rechtsfiguren die vanwege hun min of meer algemeen karakter niet onder het begrip 'beschikking' kunnen worden gebracht. Daaronder vallen dan algemeen verbindende voorschriften, 'concrete normen' – een term van Belinfante – en plan die juist gericht zijn op gedifferentieerde, dus ongelijke behandeling van gevallen. Al die onderling sterk verschillende rechtsfiguren vallen onder de term 'besluit van algemene strekking' en het lijkt mij dan ook niet goed deze term als de aanduiding van een begrip te beschouwen.

Vervolgens wordt op bladzijde 12 een bouwkundige beeldspraak gebruikt, waarin twee pijlers van ons bestel, namelijk de democratie en de rechtsstaat aan de orde komen. Daarbij is sprake van bijzondere gevolgen voor bijzondere personen. Nu denk ik dat één van de moeilijkheden van de huidige administratieve rechtspraak is dat er beschikkingen zijn die helemaal volgens de regelen der kunst als beschikkingen moeten worden aangemerkt, maar die toch van belang kunnen zijn voor hele reeksen personen. Een besluit tot verlening van een milieuvergunning is een beschikking in juridisch-technische zin, maar een dergelijke milieuvergunning kan grote groepen van de bevolking aangaan. Ik wijs er bovendien op dat de Afdeling rechtspraak en andere rechters in ruime mate de mogelijkheid bieden dat organisaties in beroep komen. Als een organisatie zich maar een bepaald belang aantrekt en dat belang in haar statuten heeft staan, dan is zij ontvankelijk. Een en ander heeft tot gevolg dat beschikkingen die van belang zijn voor een ruimere kring, in de sfeer van de administratieve rechtspraak komen. De aanwezigheid van bijzondere gevolgen voor bijzondere personen, is derhalve helemaal niet zo specifiek kenmerkend voor de rechtspraak is als onderaan bladzijde 12 wordt geponeerd. De rechtspraak wordt juist in toenemende mate geconfronteerd met het feit dat belangen van grotere groepen in het geding zijn bij rechtshandelingen die formeel concrete beschikkingen zijn.

Ik kom nu op een hoofdpunt, namelijk de definitie van 'wet' die op bladzijde 14 wordt gegeven. In deze definitie is sprake van algemeen luidende, naar buiten werkende regels. Ik onderken hierin een zekere verwantschap met hetgeen Böthlingk heeft geschreven in het boek van Böthlingk en Logemann 'Het wetsbegrip in Nederland'. Böthlingk spreekt in dat boek van naar buiten werkende regels en stelt dat zijn wetsbegrip zowel op het centrale als op het lokale niveau van betekenis is. Böthlingk neemt stelling tegen de oudere Leidse School van Buys, die het wetsbegrip toespitst op handhaving door straf of ingrijpen in de rechtspositie van de burgers. Onder 'naar buiten werkende regels' laat Böthlingk dan ook allerlei regels vallen die van betekenis zijn voor de juridische positie van burgers. Om een voorbeeld te geven: bepalingen die betrekking hebben op het gebruik van overheidsgebouwen en overheidsinstellingen en bepalingen die betrekking hebben op het afnemen van door de overheid geproduceerde goederen en diensten, zijn naar het oordeel van Böthlingk wetten in materiële zin.

Welnu, als je zegt dat bepalingen betreffende het gebruik van door de overheid geproduceerde goederen en diensten wetten in materiële zin zijn, moet je je onmiddellijk afvragen of datgene wat de Hoge Raad doet met betrekking tot de twee-wegenleer en met betrekking tot het rechtskarakter van overeenkomsten inzake door de overheid geproduceerde goederen en diensten, wel verenigbaar is met het materiële wetsbegrip zoals Böthlingk dat heeft geformuleerd en zoals dat naar ik meen eigenlijk ook is overgenomen in het preadvies. Op bladzijde 14 van het preadvies wordt een omschrijving gegeven die naar mijn idee vrij sterk verwant is aan de formulering van Böthlingk, terwijl op bladzijde 43 wordt gesteld dat het pleidooi van Böthlingk voor een verruiming van het materiële wetsbegrip tot alle algemene regels nooit goed is aangeslagen. Het lijkt mij wenselijk dat de preadviseurs nog nader ingaan op de vraag, wat nu eigenlijk naar hun opvatting het materiële wetsbegrip is.

Ik wil dan nu iets zeggen over subsidies. De preadviseurs rangschikken subsidies onder het bestuur sine lege. Dat is naar mijn mening niet juist. Subsidies worden gegeven op basis van begrotingsposten, maar ook op grond van de bepaling van de Comptablilitеitswet, inhoudende dat de ministers de gelden van hun begrotingshoofdstukken mogen uitgeven. De ministers kunnen zich derhalve niet alleen beroepen op de begrotingshoofdstukken zelf, maar de Comptabiliteitswet bepaalt nog eens dat zij het geld dat voor bepaalde doeleinden is gevoteerd, ook inderdaad mogen besteden. Ik kan dan ook niet inzien dat het geven van subsidie niet op een wet zou steunen. Het steunt wel degelijk op een wet, namelijk op de Comptabiliteitswet. Het in dit verband door de Raad van State geponeerde beginsel dat een besluit door een daartoe bevoegd orgaan moet worden genomen, hebben we dus helemaal niet nodig: er is wel degelijk een wettelijke grondslag voor het geven van subsidies. Overigens ben ik het ermee eens dat die wettelijke grondslag wat mager is. Een interessant aspect van subsidies, namelijk de subsidievoorwaarden, wordt er niet mee bestreken. Een basis is er wel degelijk.

Als je ten aanzien van subsidies iets in de sfeer van de wetmatigheid van het bestuur wilt doen, zul je een andere weg moeten volgen, namelijk door het wetsbegrip uit te breiden. Die uitbreiding moet dan wellicht niet tot stand komen op

de manier die Böthlingk heeft voorgesteld, maar op een andere manier: in de Comptabiliteitswet zou moeten worden opgenomen dat voor het toedelen van subsidies bepaalde regels zullen gelden, in die zin, dat iedere begrotingspost nauwkeurig moet aangeven wat voor soort subsidie is bedoeld. Daaruit zou dan moeten blijken:

- of de subsidie tijdelijk is, of dat het de bedoeling is dat zij voor een aantal jaren werkt;
- of het de bedoeling is dat de subsidie 'uit de losse hand' zal worden gegeven, of dat de verstrekking op basis van een ministeriële regeling zal geschieden;
- of een ieder die in de termen valt, aanspraak op de subsidie heeft, of dat zal worden gehandeld volgens het principe 'wie het eerst komt, wie het eerst maalt', waarbij zich de situatie zal kunnen voordoen dat na een bepaalde termijn mensen die in principe binnen de termen vallen niet meer in aanmerking komen;
- of het om een subsidie gaat waarbij het evenredigheidsbeginsel geldt.

Het evenredigheidsbeginsel zou moeten gelden in situaties waarin subsidie wordt gegeven aan politiek of levensbeschouwelijk verscheidene groepen. In dergelijke gevallen kun je niet aanvaarden dat de overheid bepaalde groepen wèl en andere groepen niet subsidieert. Waar sprake is van levensbeschouwelijke en politieke verscheidenheid, moet de overheid alle in aanmerking komende groepen naar een bepaalde evenredigheidsmaatstaf subsidiëren. Ik zal dit verduidelijken: onlangs heeft de minister zonder portefeuille, belast met ontwikkelingssamenwerking, aangekondigd geld aan politieke partijen te willen geven voor ontwikkelingssamenwerkingsactiviteiten, waarbij de partijen hun zusterparijen zouden kunnen steunen. Een dergelijke subsidie mag alleen worden gegeven indien alle partijen naar evenredigheid meedelen.

Tenslotte zou in de Comptabiliteitswet de eis kunnen worden gesteld dat per begrotingspost wordt aangegeven of het de bedoeling is dat de subsidie onder voorwaarden wordt gegeven en, zo ja, wat voor karakter die voorwaarden dan zouden mogen hebben.

Met de nu genoemde punten, die proberenderwijs zijn geformuleerd, zou je naar mijn mening kunnen komen tot een uitbreiding van het wetsbegrip waarmee je het verschijnsel van de subsidies te lijf zou kunnen gaan. Graag zal ik hierover het oordeel van de preadviseurs vernemen.

mr. E.M. Gerdes

Bij lezing van het preadvies ben ik sterker dan voorheen tot het besef gekomen dat we het 'wetspostulaat' van het bestuur toch zeker niet uit het oog moeten verliezen. Persoonlijk ben ik van Donners leer van de wetmatigheid van het bestuur nog altijd wel enigszins onder de indruk, ook al is uitbreiding dan misschien mogelijk. De preadviseurs betogen dat we tegenwoordig niet alleen de Eingriffsverwaltung maar ook de Leistungsverwaltung kennen en dat tegenover

het nadeel van het één het voordeel van het ander staat. Dat moge zo zijn, besturen is echter iets waardoor aan de ene kant inbreuk op de levenssfeer van mensen wordt gemaakt terwijl er aan de andere kant bestuurshandelingen zijn waardoor de mensen verwachtingen moeten kunnen hebben. Zonder precies te kunnen aangeven wat rechtsgevoel is, constateer ik dat mijn rechtsgevoel mij zegt dat er algemene normen nodig zijn. Tot dusverre beschouw ik de wet als het slechtste middel, afgezien dan van alle andere middelen die we op het ogenblik aan het beproeven zijn. We zullen er met kracht voor moeten zorgen dat de wet wat dat betreft niet te kort gaat schieten. In dit verband zou ik mijn leermeester C.H.F. Polak hulde willen brengen: hij heeft in 1977 voor de Juristenvereniging een sterk pleidooi voor goede wetgeving en goede wetgevingsjuristen gehouden.

Ik zeg dit omdat ik gedurende tien jaar praktijk in het administratief recht criante voorbeelden heb meegemaakt van te kort schieten van wetgeving. De preadviseurs signaleren een veelheid van vage normen: er worden ook wettelijke kaders geschapen waarbinnen het bestuur zijn gang kan gaan. Men kan zich voorstellen wat voor nijpende normen er dan ontstaan. Deze staan dan wel op papier, maar ik heb gevallen meegemaakt waarin de justitiabelen zelf eigenlijk aan die normen niet te pas kwamen: zij kenden ze niet, maar ze werden er wèl aan opgehangen. Daaraan valt met het betere bestuursbegrip dat we hebben, wel iets te doen, maar ik geloof dat ook dat weer te kort schiet. De wetgever zelf zal in de verschillende sectoren moeten proberen normen te stellen.

Een ander facet. De wetgever zelf heeft wel eens gemaakt dat de geloofwaardigheid van de wet te kort schiet. Ik denk hier aan gevallen waarin wetsplichten voor het bestuur worden geschapen. Artikel 28, eerste lid van de Hinderwet legt bijvoorbeeld een plicht op het bestuur om Hinderwetplichtige bedrijven die geen vergunning hebben, te sluiten. Ik denk ook aan artikel 25 van de Woningwet, waarin burgemeester en wethouders worden verplicht eigenaren van woningen die niet aan eisen van bewoonbaarheid voldoen, aan te schrijven. Men zal zich kunnen voorstellen wat daarvan in de praktijk terecht komt. Uit een oogpunt van wetgevingspostulaat kunnen we zeggen dat het zo in ieder geval niet moet. Ik denk ook aan het voorbeeld van de vele woningen die onder de Wederopbouwwet zijn gebouwd en waaraan de bestemmingsplannen nooit zijn aangepast. Volgens de Wederopbouwwet moesten die woningen worden afgebroken, maar daar kwam in de praktijk niets van terecht. Dit is een regel waarbij de wetgever zichzelf te kort doet.

Er zijn voorts voorbeelden, zoals in bestemmingsplannen juncto de Woningwet waarbij de wetgever vormen van gebonden bestuur voorschrijft. Bestemmingsplannen zijn bedoeld om te waarborgen dat op bepaalde plaatsen op een bepaalde manier – of in het geheel niet – zal worden gebouwd, maar daarmee is de kous niet af, want er blijkt in de wetmatigheid nog wel een zekere rek te zitten. De preadviseurs hebben wat dit punt betreft hun ideeën wat meer op de beschikking willen toespitsen. In dit verband zou ik de aandacht willen vragen voor het volgende. Wanneer in rechte is geconstateerd dat een bepaald bouwwerk in strijd is met een bestemmingsplan, kun je het orgaan-in-kwestie niet altijd aan-

wrijven dat het onwetmatig heeft gehandeld. Een voorbeeld: een bepaald gebied heeft een agrarische bestemming en er mag alleen ten behoeve van agrarische bedrijven worden gebouwd; iemand heeft voor een bouwwerk in dat gebied een bouwvergunning gekregen, maar de verlening van die vergunning wordt door derden aangevochten. In zo'n geval eist de wet dat er geen niet-agrarische bebouwing tot stand komt, een bepaling die door een gemeentebestuur dat ervan uitgaat dat de betrokkene agrariër is, goed wordt toegepast. Is er nu, als vervolgens de Raad van State tot de bevinding komt dat de betrokkene geen agrariër is, onwetmatig bestuur gepleegd? Ik zou zeggen van niet.

Dit verklaart dat de Raad van State in het begin erg voorzichtig is geweest met het uitspreken van het oordeel dat beschikkingen in dergelijke gevallen onwetmatig zijn. Er moesten natuurlijk wel vernietigingen worden uitgesproken, maar daarbij zocht men het terecht meer in de motiveringen.

Met een echte onwetmatige beschikking hebben we in ieder geval te maken wanneer een lagere verordening geheid onverbindend is wegens strijd met een hogere wet. Wie echter kennis neemt van de jurisprudentie, weet dat er wel eens vragen kunnen rijzen, ook als in een bepaald geval de onverbindendheid wordt uitgesproken. Die onverbindendheid is niet altijd zo geheid. Ik zou dan ook een voorstel willen doen dat in studie zou kunnen worden genomen. Voor beschikkingen geldt op het ogenblik een rechtsnorm ter zake van strijdigheid met een wettelijk voorschrift, maar misschien verdient het aanbeveling die rechtsnorm wat meer toe te spitsen op een verwijtbare wetsovertreding van een beschikkend orgaan. Op grond van de praktijk gaan mijn gedachten in ieder geval in die richting.

Ik wijs er nog op dat onwetmatig beschikken iets anders is dan het uitvaardigen van een beschikking die niet op een wet berust. Hiermee kom ik op de vele ontvankelijkheidsvragen waarmee de Raad van State te maken heeft gehad In een uitspraak in een in Rotterdam spelend geval kon worden geconstateerd dat er geen wettelijke bepaling was waarop de beslissing berustte. Het betrof een beschikking die de Raad interpreteerde als het weigeren om op een bepaald terrein parkeren toe te staan. Er is overwogen dat de grond de gemeente in eigendom toebehoorde, maar aangezien de beslissing op grond van algemene bestuurstaken was genomen, kwam de Afdeling rechtspraak tot de conclusie dat er sprake was van een beschikking in de zin van de Wet AROB. Ten aanzien van het beschikkingsbegrip blijkt zich een kentering voor te doen en ik vraag mij dan ook af of het niet goed is het begrip 'publiek domein' opnieuw in studie te nemen. In sommige gevallen heeft een gemeente aangevoerd dat zij als eigenaar had gehandeld en dat is ook wel eens gehonoreerd. Het is naar mijn mening van belang dat in zulke gevallen de vraag wordt gesteld of er een duidelijk publieke taak wordt vervuld en of de beslissing-in-kwestie betrekking heeft op grond met een publieke bestemming.

Ik had er nog op willen ingaan – maar ik zal mij het oog op de tijd beperken – dat ook bestuurshandelingen langzamerhand van belang kunnen worden. Zo is in de jaren '20 in het Ostermann-arrest uitgemaakt dat het bestuur niet boven de

wet staat. Het ging daarbij niet om beschikkingen, maar om handelingen. Naar mijn mening wordt het nadat we het beschikkingsbegrip eindeloos hebben uitgebouwd, langzamerhand tijd wat meer aandacht aan de bestuurshandeling te schenken. De handeling is natuurlijk vaak minder grijpbaar, maar zij wordt interessant wanneer het handelen onwetmatig wordt en de rechter eraan te pas kan komen. Met dat gegeven zijn we al vrij lang vertrouwd.

De opmerking van prof. Donner over het bestuurspostulaat wil ik graag onderschrijven. Het invoeren van een bestuurspostulaat kan overigens nooit betekenen dat er op afdoende wijze een manco is weggenomen; ik neem ook aan dat prof. Donner dat niet heeft bedoeld. Het is begrijpelijk dat het bestuur, zodra op een bepaald gebied normen ontbreken, zelf normen gaat stellen. Zodra je echter gaat praten over plannen, over besluiten van algemene strekking, kortom, over het hele arsenaal van niet-wettelijke en semi-wettelijke regelingen, krijg je toch weer te maken met een wetgevingspostulaat. Met andere woorden: zodra er algemene regels zijn, moet de wetgever zich daarop in ieder geval bezinnen. We weten dat de machinerie wat dat betreft wat gebrekkig is. Het moge zo zijn dat men er soms niet in slaagt zeer moeilijke vraagstukken met wetgeving op te lossen, omdat men er niet doorheen komt, maar dat mag toch geen grond zijn om van wetgeving af te zien. Als we constateren dat er zich in het bestuur een probleem voordoet, moeten we het er niet op gooien dat de wetgever in dat opzicht dan maar niet regelend zou moeten optreden.

mr. Th.G. Drupsteen

Mij is gevraagd iets te zeggen over de positie van het plan als grondslag voor het bestuur. Voordat ik dat doe, wil ik een wat algemener aanknopingspunt kiezen, namelijk in de passage van het preadvies over de terugtred van de wetgever (bladzijde 41). Het betoog van de preadviseurs in deze passage is een bekend verhaal dat al twintig jaar geleden door Van Wijk naar voren is gebracht. Het is de vraag of het niet eens tijd wordt om een ander verhaal te gaan houden. Ik zou de stelling willen verdedigen dat er helemaal geen sprake is van een terugtred, maar integendeel juist van een geleidelijke en voortdurende vooruitgang van de wetgever. Ik noem in dit verband het ontwerp-Kaderwet specifiek welzijn, het ontwerp-Wet voorzieningen gezondheidszorg, de wijziging van de Wet ruimtelijke ordening ter zake van de regeling van de planologische kernbeslissing, het ontwerp-Wet op de bodembescherming, de Wet algemene bepalingen milieuhygiëne ter zake van de regeling van de coördinatie van de vergunningen en de Wet investeringsrekening. In al deze gevallen is er geen sprake van terugtred, maar juist van vooruitgang van de wetgever. Het was niet zo dat de wetgever op deze terreinen al regelend opgetreden was en op een gegeven ogenblik tot de conclusie kwam dat hij zich moest terugtrekken. Het kenmerkende was juist het ontbreken van wettelijke regelingen. Het bestuur was op deze terreinen werkzaam, er was sprake van pseudo-wetgeving, er was sprake van een bestuurspraktijk en wat men nu ziet is een geleidelijk terugwinnen van terrein: het geleidelijk brengen on-

der de klem van de wet van de bestuurspraktijk. Geen terugtred, maar geleidelijke vooruitgang van de wetgever.

Waarom noemen we dat dan toch terugtred van de wetgever? Omdat we denken dat er hier een bijzonder soort wetgeving tot stand komt. We hebben op deze terreinen te maken met raam- of kaderwetgeving en we denken dat dat iets bijzonders is. We denken dat daar iets mee mis is, omdat er in die raam- of kaderwetgeving zo weinig materiële normen voorkomen. Naar mijn mening moeten we echter beseffen dat raam- of kaderwetgeving voor bepaalde terreinen van bestuursactiviteiten het normale stramien van wetgeving is.

Het is ook zeer de vraag of er vroeger sprake was van een wetgever die *niet* terugtrad. De term 'terugtred van de wetgever' wekt de indruk dat het vroeger anders is geweest, maar als men de geschiedenis nagaat – ik heb dat niet serieus gedaan – kan men in de 19de eeuw voorbeelden van wetgeving tegenkomen waarbij er ook sprake is van een teruggetreden wetgever. Op bepaalde bestuursterreinen is de wetgever kennelijk – in de mijns inziens foute opvattingen over de terugtred van de wetgever – altijd teruggetreden. Deze laatste gedachte is niet van mijzelf: ik heb haar ontleend aan een syllabus van Nicolai, over algemene beginselen van behoorlijk bestuur die helaas weinig bekend is en waarin heel aardige gedachten staan, ook over de terugtred van de wetgever.

Hoe de preadviseurs tegenover raam- of kaderwetgeving staan, wordt niet helemaal duidelijk. Ingaand op dit onderwerp halen zij Donner en Koopmans aan, die beide bepaalde bezwaren tegen deze vorm van wetgeving formuleren. Het belangrijkste bezwaar is dat deze wetgeving geen materiële normen bevat, hetgeen te kort zou doen aan het beginsel van de wetmatigheid van bestuur. Dit beginsel vereist niet alleen dat de uitwendige kant van de zaak wettelijk wordt geregeld, maar ook dat de wettelijke regeling zich tot het inhoudelijke aspect uitstrekt en dus het beleid materieel normeert. Ik heb nu maar aangenomen dat de preadviseurs het met dat standpunt van Donner en Koopmans eens zijn.

Wie zich realiseert dat raam- of kaderwetgeving voor bepaalde bestuursterreinen een heel normaal soort wetgeving is, komt tot een wat vervelende conclusie als hij de door de preadviseurs gegeven definitie van 'wet' blijft hanteren. De preadviseurs definiëren 'wet' als 'wettelijk voorschrift' en kenmerkend voor een wettelijk voorschrift is dat het tot de burgers gericht is. Nu ik kenmerkend voor raam- of kaderwetgeving dat deze niet primair tot de burgers gericht is, maar zich in eerste instantie richt op het bestuur en pas in een latere fase de burgers bereikt. Als we nu bedenken dat voor een aantal terreinen raam- of kaderwetgeving de normale wetgeving is, dan moeten we, constaterend dat deze wetgeving niet aan de definitie van de preadviseurs voldoet, tot de conclusie komen dat er op alle bestuursterreinen die door raam- of kaderwetgeving worden bestreken, sprake is van onwetmatig bestuur. Dat lijkt mij een betrekkelijk onhandige conclusie, want er moet uit worden afgeleid dat ongeveer de helft van het bestuur onwetmatig zou zijn. Ik geloof niet dat men daar erg veel verder mee komt, vooral niet, omdat men dan later mèt de preadviseurs moet concluderen dat onwetma-

tig bestuur nog niet onrechtmatig hoeft te zijn. Ik denk dan ook dat de definitie van 'wet' die de preadviseurs geven, niet gelukkig is en ik begrijp trouwens niet waarom zij die definitie zouden moeten geven.

Eén van de redenen die men voor het geven van deze definitie zou kunnen aanvoeren is gelegen in het door de preadviseurs naar voren gebrachte rechtspostulaat: de raam- of kaderwetgeving zou aan dat postulaat te kort doen. In dat verband beweren de preadviseurs dat wij als schrijvers van het boek 'Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat' weinig oog voor het rechtspostulaat hebben. Daarover wil ik nu niet discussiëren; ik denk dat het wel meevalt, maar die discussie moeten we maar eens voeren met het boek op tafel.

Aan hun opmerking over ons boek verbinden de preadviseurs een wat merkwaardige gevolgtrekking. Zij gaan namelijk de werking van het rechtspostulaat volstrekt omdraaien. Normaal gesproken zou men denken dat het beginsel van de wetmatigheid van bestuur tot zo veel mogelijk wetgeving leidt. Op alle terreinen waarop het bestuur werkt, zal vanwege het democratisch postulaat en het rechtspostulaat in principe wetgeving tot stand moeten komen. De preadviseurs betogen echter dat het rechtspostulaat noodzaakt wetgeving voor te behouden voor die onderwerpen die, populair gezegd, zó belangrijk zijn dat ze aan dat rechtspostulaat voldoen. Hier maken de preadviseurs naar mijn gevoel een wonderlijke en gevaarlijke switch. Zij komen daartoe doordat ze op een gegeven ogenblik concluderen dat er te veel wetgeving is en dat er aan wetgeving bezwaren verbonden zijn. Er beginnen dan twee lijnen door elkaar te lopen: enerzijds eist het beginsel van de wetmatigheid van bestuur dat er op bestuursterreinen zo veel mogelijk wetgeving komt, anderzijds zou er eigenlijk al te véél wetgeving zijn en worden er bezwaren tegen de ingewikkeldheid van de wetgeving ingebracht. Die laatste lijn is naar mijn mening in het preadvies te weinig uitgewerkt. Er wordt beweerd dat er al te veel wetgeving is, maar ik heb geen voorbeelden gevonden van wetten die men overbodig acht en die zouden kunnen vervallen. Als men vindt dat er te veel wetgeving is, moet men die lijn goed uitwerken en moet men duidelijke voorbeelden geven.

In mijn ogen is het riskant de twee lijnen door elkaar te laten lopen. Het beginsel van de wetmatigheid van bestuur heeft een normatief karakter, maar de vraag of er te veel wetgeving is, of wetgeving effectief kan worden genoemd, betreft feitelijke aangelegenheden. Zo'n feitelijke vraag moet men niet gebruiken om het beginsel van de wetmatigheid van bestuur 180° te draaien. Men kan de twee lijnen veel beter dwars op elkaar laten staan. De gedachtengang is dan: de wetmatigheid van bestuur eist dat er op alle gebieden waarop het bestuur werkt wetgeving nodig is, maar aan de andere kant moeten we concluderen dat voor wetgeving beperkingen gelden; ergens – ik weet niet precies waar – komen die twee gedachten met elkaar in botsing. Het lijkt mij niet verstandig de lijnen zodanig met elkaar te verweven dat de ene lijn een radicale omdraaiing tot gevolg heeft van de andere. Hierover zou ik graag wat meer van de preadviseurs horen.

Ik zal nu in het kort nog iets over planning zeggen. Als men concludeert dat wetgeving te kort schiet, gaat men op zoek naar alternatieven. De gedachte zou dan

kunnen zijn dat het plan een alternatief voor wetgeving is. Aan die gedachte geven wij in ons boek ook wel enige voet, door te spreken over planning en wetgeving als parallelle en zelfs verwisselbare verschijnselen. Men moet echter goed begrijpen dat hierbij wordt geredeneerd vanuit een volstrekt instrumentele visie. Voor sommigen is dit taal die ze niet willen horen, waaraan dan het grote misverstand ten grondslag ligt dat wij zouden denken dat bestuursrecht instrumenteel zou moeten zijn. Dat is helemaal niet het geval. Het enige wat wij concluderen is dat grote delen van het bestuursrecht instrumenteel *zijn*. Daar zit geen waarde-oordeel of een norm aan vast: het is uitsluitend de conclusie dat grote delen van het bestuursrecht een instrumenteel karakter hebben.

Dat brengt echter niet met zich mee, dat over de hele linie wetgeving zou kunnen worden vervangen door planning. Daar is geen sprake van, eenvoudigweg vanwege het beginsel van de wetmatigheid van bestuur. Voorop staat – wie ons boek goed leest ziet dat dit ook *eerder* aan de orde komt dan de verhalen over planning en wetgeving als verwisselbare verschijnselen – het primaat van de wetgeving. Als het in ons boek voorgestelde wetgevingsprogramma zou worden uitgewerkt voordat wij aan een herziening van het boek zouden toekomen, zouden we met die herziening nog een jaar of twintig kunnen wachten. In het boek worden voortdurend gebieden genoemd waarop wetgeving tot stand zou moeten komen. We hebben ons niet afgevraagd wie die wetgeving tot stand zou moeten brengen, maar we stellen het primaat van de wetgeving bij voortduring. Er is dus geen sprake van dat men wetgeving als geheel zou kunnen vervangen door planning. Planning – en zeker normatieve planning – vraagt steeds om een basis in de wetgeving.

In bepaalde gevallen kan men echter wèl concluderen dat planning en wetgeving tot op zekere hoogte verwisselbaar zijn. Een bestemmingsplan bijvoorbeeld is een plan dat in feite voor een groot deel uit regelingen bestaat. Planning en wetgeving kan men dus in de instrumentele sfeer tot op zekere hoogte wel verwisselen. Ze horen bij elkaar, maar er is – ik herhaal het – geen denken aan dat planning de wetgeving volstrekt zou kunnen vervangen.

Tot slot nog iets over het resumé op bladzijde 55 van het preadvies. Mijn grote vraag is, of we hiermee nu niet weer terecht komen bij raam- of kaderwetgeving in optima forma. Als dat zo is, zou ik de preadviseurs de wat gemene vraag willen stellen waarom zij ons een exercitie van 25 bladzijden voorschotelen, met als resultaat dat ze terecht komen bij een systeem van wetgeving dat we al hebben, waarvan ze zeggen dat het onwetmatig is, onder aantekening dat ze dat niet zo erg vinden omdat onwetmatig nog niet onrechtmatig hoeft te zijn.

mr. K. Groen

Ik reken mij tot de practici – u hoort mij niet zeggen: 'maar' tot de practici – en u moet dus van mij in ieder geval geen 'voer voor dogmatici' verwachten. Mijn bijdrage bestaat uit enige opmerkingen die, toen ik het preadvies las, naar aanleiding van mijn eigen dagelijkse praktijk bij mij opkwamen.

Als kersvers lid van de Centrale Raad van Beroep werd ik indertijd geconfronteerd met een discussie over de vraag of de beroepsrechter een uitvoeringsorgaan eventueel zou kunnen nopen tot een beslissing contra legem. Daarbij dient men te bedenken, dat we in het kader van de sociale-verzekeringswetgeving veelal te doen hebben met gebonden beslissingen, zij het dat die moeten worden genomen binnen het kader van ruim bemeten bevoegdheden die in sterke mate van interpretatie afhankelijk zijn. Dat de Centrale Raad van Beroep toen althans in beginsel tot bevestigende beantwoording van de gestelde vraag kwam, bleek spoedig daarop uit enkele uitspraken die gepubliceerd zijn in *RSV* 1975/279 en 280. Min of meer verwante uitspraken zijn wellicht *RSV* 76/115, 76/284, 77/24, 77/26 en 77/255. Ik geef die opsomming natuurlijk niet omdat u er op zichzelf iets aan zou hebben, maar om te laten zien dat de beslissing niet op zichzelf staat. Misschien zijn er nog wel méér uitspraken te noemen, maar deze sorteerde ik voor de hand weg uit het kaartregister op de RSV ad artikel 69 lid 1 van de Beroepswet, rubriek N: Algemene rechtsbeginselen.

Het ging hier steeds om gevallen waarin, naar ook de Centrale Raad erkende – ik zeg dat er uitdrukkelijk bij –, het uitvoeringsorgaan een de justitiabele belastende beslissing had genomen *overeenkomstig* de wet. De Raad vond echter in deze gevallen reden te oordelen dat strikte toepassing van de inderdaad toepasselijke wetsbepaling in die mate in strijd zou komen met het ongeschreven recht, dat zij op grond daarvan geen rechtsplicht meer kon zijn. Nu pleegt de Centrale Raad de praktijk te volgen dat hij niet zijn eigen beslissingen in de plaats van die van het orgaan stelt, maar het orgaan opdraagt een nadere beslissing te nemen die voldoet aan de uitspraak van de Raad. Het gevolg van een uitspraak in bovenbedoelde zin is dan ook dat het uitvoeringsorgaan alsnog een nadere beslissing dient te nemen die in strijd is met een geschreven wetsbepaling, dus contra legem, zij het dan volgens de Raad niet contra maar juist secundum ius. Waar behoort deze figuur thuis in het schema dat de preadviseurs in hun preadvies hebben gehanteerd? Ik heb dat niet kunnen ontdekken, maar dat kan of zal wellicht aan mij liggen. Of behoort deze figuur in dat schema niet thuis en bleef zij daarom onvermeld? Als dat het geval is, rijst de vraag: waarom dan?

Ik hoop overigens dat de preadviseurs mij niet zullen antwoorden dat deze figuur in het hoofdstuk 'Inhoudsgebreken' thuis behoort. De genomen beslissingen was immers nu juist overeenkomstig de inhoud van de wetsbepaling en de Centrale Raad was van mening dat men om het goed te doen een beslissing 'in strijd met' de wetsbepaling zou moeten nemen. In dat verband kunnen we toch onmogelijk van een inhoudsgebrek spreken, tenminste niet wanneer we de wet als uitgangspunt beschouwen.

Mijn tweede opmerking. Op bladzijde 24 van het preadvies lees ik: 'Door te kiezen voor he niet-ontvankelijk verklaren heeft de beroepsrechter in feite een verplichte bezwarenprocedure in het leven geroepen, die, anders dan bijvoorbeeld bij artikel 7 Wet AROB, niet bij de wet is voorgeschreven.' Ik kan deze conclusie niet volgen. Misschien komt dat doordat het mij in dit verband niet duidelijk is wat de preadviseurs op de vorige bladzijde bedoelen met 'een voorlopige weigering van ziekengeld of van werkloosheidsuitkering'. Ik mijn praktijk als lid van

de werkloosheidskamer van de Centrale Raad van Beroep kom ik bij mijn weten ter zake van werkloosheidsuitkeringen geen andere 'voorlopige weigeringen' tegen dan de *administratieve* mededeling van de *administratie,* c.q. van het GAK als administrateur van de bedrijfsvereniging, dat er geen uitkering zal worden verleend en dat de betrokkene, als hij het daarmee niet eens is, een door het daartoe bevoegde orgaan van de bedrijfsvereniging voor beroep vatbare beslissing kan vragen. Dat is dan toch geheel in overeenstemming met in casu artikel 43 van de Werkloosheidswet, volgens hetwelk 'desverlangd' zulk een beslissing, die aan bepaalde eisen moet voldoen, wordt afgegeven. Dat er, naar mij bijstaat, aan de eerdere administratieve mededeling soms een voorlopige, eveneens administratieve mededeling vooraf gaat, inhoudende dat er vermoedelijk geen uitkering zal worden verleend – een mededeling die dan herhaaldelijk wordt gevolgd door de mededeling dat dat inderdaad niet het geval zal zijn –, brengt in het wettelijk geoorloofd zijn van de gang van zaken, naar het mij althans wil voorkomen, toch geen verandering?

Ingevolge de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering moet er *altijd* een voor beroep vatbare beslissing worden afgegeven, waaraan dan althans in sommige gevallen wel een, bij mij weten doorgaans mondelinge, vooraankondiging voorafgaat. De arbeidsdeskundige zegt meestal iets in de zin van: 'Mijnheer, het zit er u voor u niet in.'

In geen van de door mij genoemde gevallen is echter, naar ik meen, sprake van een buitenwettelijk verplicht gestelde bezwarenprocedure. Er wordt alleen gezegd: 'Mijnheer, u krijgt het niet en als u dat officieel wilt weten kunt u voor beroep vatbare beslissing vragen. Daartegen kunt u dan in beroep komen.' Daarbij hebben we dan toch niet te maken met een buitenwettelijk verplicht gestelde bezwarenprocuedure, welke dan zou voortvloeien uit de omstandigheid dat tegen de (i.c. voorlopige) administratieve mededeling geen beroep open staat en dat zulk een beroep, als het toch zou worden ingesteld, niet-ontvankelijk zou worden verklaard?

Mijn derde opmerking heeft betrekking op de bladzijden 41 en 42 van het preadvies. Hier is sprake van een terugtred van de wetgever, zich manifesterend in het bewust creëren van een algemeen wettelijk kader, teneinde zeer ruimte discretionaire bevoegdheden te scheppen voor het bestuur, waaronder de zogenaamde 'kan'-wetgeving. Inderdaad plegen 'kan'-bepalingen als discretionair te worden aangemerkt, weshalve de hantering ervan dan aan slechts marginale toetsing onderworpen wordt geacht. Bij wijze van voorbeeld uit mijn dagelijkse praktijk noem ik artikel 31, tweede lid van de Werkloosheidswet, waarbij niet meer dan marginale toetsing zeker voor de hand ligt, zo niet vanzelfzprekend is. Men kan zich echter de vraag stellen, of in een aantal andere gevallen de 'kan'-bepaling niet een blote attributie van bevoegdheid inhoudt, zodat er in die gevallen geen enkele reden is, de gebruikmaking van de bevoegdheid niet volledig – of niet althans aan de redelijkheid, hetgeen iets anders is dan marginale toetsing – te toetsen in plaats van slechts marginaal. Dit is, zoals men in de kring van de Centrale Raad wel weet, een stokpaardje van mij. Ik heb er totnogtoe niet veel succes mee, maar wellicht kan het bestuur overwegen dit punt tot een voorwerp van onderzoek te maken.

Ik kom tenslotte tot mijn vierde opmerking. Op de bladzijden 50 en 51, en ook reeds in het onderaan bladzijde 12 gestelde, lees ik een afwijzing van een ook naar mijn mening met de grondslagen van ons staatsbestel in strijd zijnde – wat ik al 15 jaar lang pleeg te noemen: – dikastokratie, die de rechter dan ook nog tegen zijn zin opgedrongen zou krijgen. Ik zal er nu niet dieper op ingaan, waarom het in strijd is met ons staatsbestel als men de rechter de voornaamste zeggenschap in de staat geeft. De afwijzing die ik in het preadvies lees, heeft in ieder geval mijn volledige instemming en ik onderschrijf haar van harte gaarne met een welgemeend en krachtig 'hear, hear'!

mr. A. R. Bloembergen

Ik zou mij willen afzetten tegen hetgeen op bladzijde 50 van het preadvies over het democratisch postulaat wordt opgemerkt. Naar aanleiding van die passage zal ik een bijzondere en een wat algemenere opmerking maken. Mijn bijzondere opmerking heeft betrekking op een bijzin die op bladzijde 50 tussen haakjes staat, waarbij ik aanneem dat het gebruik van haakjes niet aangeeft dat de bewuste woorden buiten de discussie worden geplaatst. Het gaat mij om de woorden: 'al lijkt bepaalde jurisprudentie van de belastingrechter het wat minder nauw met dit verbod te nemen'. Ik verkeer in zóverre in een iets andere positie dan de heer Groen, dat toen ik anderhalf jaar geleden in de belastingkamer van de Hoge Raad kwam, er rechtspraak van de belastingkamer was, inhoudende – ik zeg het nu heel ruw – dat beginselen van behoorlijk bestuur tegen de wet in moeten worden toegepast. In het belastingrecht betekent dit vooral dat voor de belastingrechter een beroep kan worden gedaan op tegemoetkomingen aan belastingplichtigen in afwijking van de wet, die in resoluties, richtlijnen en dergelijke zijn neergelegd.

In de aangehaalde zinsnede uit het preadvies gaat het erom dat deze rechtspraak – want daarop wordt bedoeld – het niet zo nauw zou nemen met artikel 11 Wet A.B. Nu laat ik de precieze betekenis van dit artikel maar grotendeels daar; ik geloof dat dit artikel niet meer is dan een gebod aan de rechter om eerbied te hebben voor de wet. Hoe dan ook, ik wil met nadruk zeggen dat de rechtspraak inzake toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur contra legem bepaald geen inbreuk op de eerbied voor de wet maakt, tenzij men 'wet' zou opvatten in strikt legistische zin. Deze rechtspraak komt er slechts op neer dat het op grond van de beginselen van behoorlijk bestuur in strijd met het recht kan zijn een belastingheffing die volgens de wet kan bestaan, ten uitvoer te leggen. Ik geloof bepaald niet dat dat getuigt van gebrek aan eerbied voor de wet.

Mijn algemene opmerking gaat over het democratisch postulaat. Misschien lees ik overigens in de tekst van bladzijde 50 iets meer dan er is bedoeld. De preadviseurs geven aan het democratisch postulaat de inhoud dat uiteindelijk de vertegenwoordigende lichamen moeten beslissen. Dat is natuurlijk waar, maar daartegenover – dat lees ik althans in de tekst van bladzijde 50 – wordt dan de niet-democratische rechter gesteld die zijn handen maar van de dingen moet afhou-

den. De heer Donner heeft vanmorgen terecht gezegd dat het democratisch postulaat erg vaag is; ik geloof dat je er inderdaad mee moet oppassen. We weten allemaal dat er in het democratische proces bij de vertegenwoordigende lichamen bijzonder veel 'ruis' zit en dat het helemaal niet zo goed loopt als je zou verwachten. Het contact met de kiezer, waar het om gaat, is gebrekkig, er zijn tegenwoordig nogal wat pressiegroepen aan het werk, de deskundigheid is niet altijd even groot: dergelijke klachten kunnen we regelmatig lezen.

Aan de andere kant staat dan de rechter. Natuurlijk kunnen we zeggen dat de rechter niet in die zin verantwoordelijk is, dat hij kan worden afgezet als hij het fout doet. Eén van de essentialia in ons democratisch bestel is dat je de rechter niet kunt afzetten en dat je hem in die zin niet ter verantwoording kunt roepen, maar hij is natuurlijk wel verantwoordelijk: zijn beslissingen moeten worden aanvaard, hij moet ervoor oppassen dat hij niet helemaal uit de pas gaat lopen en hij heeft een soort forum om zich heen dat hem bekritiseert en dat het hem heus wel duidelijk maakt als hij op een verkeerd spoor zit. Ik geloof dan ook dat je erg moet oppassen met de slogan van een democratisch postulaat, zeker als je dat gaat gebruiken om een rechter buiten spel te zetten.

Ik geef de preadviseurs toe dat het, zoals zij onderaan bladzijde 50 schrijven, erg ongelukkig is dat de wetgever niet tot uitspraken heeft kunnen komen over kwesties als het stakingsrecht en de fluoridering, maar ik geloof dat we ook hier weer zien hoe goed het is dat er dan nog een andere macht in de staat is die kan inspringen. We zien dat heel duidelijk bij de staking. De rechter mag het misschien vervelend vinden, maar het is erg goed dat hij op een gegeven ogenblik de verantwoordelijkheid neemt. Persoonlijk heb ik er niet de minste moeite mee een dergelijke verantwoordelijkheid in dat soort situaties te aanvaarden. Het alternatief is immers gewoon het recht van de sterkste. Als de keus op die weg zou zijn gevallen, zou men jarenlang rustig hebben kunnen staken en zou er in geen enkele situatie iets aan te doen zijn geweest. Iets soortgelijks zien we bij de fluoridering, waarbij de rechter nota bene in staat is geweest – het wordt ook in het preadvies vermeld – de wetgever erop te wijzen dat hij iets moest doen aan de situatie dat men gewoon het water kon fluorideren. De wetgever heeft dat niet kunnen doen, maar laten we toch beseffen dat het een groot goed is – misschien bedoelen de preadviseurs het ook zo – dat er rechters zijn.

Een Amerikaans auteur heeft in een toespraak voor een Engels gehoor eens gezegd dat de rechter en de wetgever 'partners in the law business' zijn. Zonder dat ik nu door het aanhalen van een Amerikaans auteur de opvatting tot uitdrukking wil brengen dat wij naar een situatie als die met het Amerikaanse Supreme Court toe zouden moeten, geloof ik dat deze uitspraak getuigt van een veel betere benadering dan het idee van de democratische wetgever en de niet-democratische rechter die geen verantwoording schuldig zou zijn. Laten we nu maar toegeven dat er allerlei terreinen zijn waarop die andere, 'niet-verantwoordelijke' macht hoogst belangrijk werk doet. Ik heb de fluoridering en de staking al genoemd, maar je zou ook de grondrechten kunnen noemen. Er is van de zijde van de Nederlandse regering heel hooghartig gezegd dat het Verdrag van Rome, toen dat indertijd in werking trad, voor ons land helemaal geen betekenis zou hebben,

omdat wij al lang aan de eisen van het verdrag zouden voldoen. Niettemin is de Nederlandse staat de laatste jaren al diverse malen vrij hard op de vingers getikt en de president van het Straatburgse Hof, de heer Wiarda, heeft al geschreven dat de rechtsgang voor schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad (planschade) eigenlijk met het Verdrag van Rome in strijd is. Op zo'n terrein zien we opnieuw dat er een 'partner' voor de wetgever moet zijn, die met hem samenwerkt om de rechtsstaat zo goed mogelijk te verwezenlijken.

mr. A.F.M. Brenninkmeijer

Ik zou graag een wat positievere benadering van het verschijnsel van het onwetmatig bestuur willen bepleiten. Je krijgt de indruk dat we te maken hebben met 'zwart geld', exclusief van de overheid, en dat zou ik toch ten dele willen weerspreken. Een niet te miskennen verschijnsel in deze tijd is dat de wetgever niet in staat is op alle momenten op alle punten adequaat te reageren. Zeer kort geleden is een commissie wetgevingsproblematiek ingesteld, die in het bijzonder zal nagaan op welke punten er problemen blijven liggen. Zeker is dat ideale wetgeving niet bestaat en ook nooit zal worden bereikt. Het uitgangspunt voor het bestuur is dat er wordt gewerkt met een wet die niet in alle gevallen tot in alle uithoeken kan regelen en bepalen hoe het moet. Aan de andere kant is er het rapport van de commissie-Vonhoff, waarin ook het bestuur op het schavot wordt geroepen en ernstige verwijten te horen krijgt. Naar aanleiding van het rapport van de commissie-Vonhoff en de opmerkingen van Van Thijn in 'Binnenlands Bestuur' zou ik de preadviseurs willen vragen wat in dat licht de betekenis van het democratisch postulaat is. Er wordt gezegd dat het functioneren van het bestuursapparaat in ieder geval niet zodanig is, dat je kunt spreken van een rechtstreekse lijn van de democratische instellingen naar het bestuur. Als dat een stippellijn wordt, wat is dan nog de betekenis van een democratisch postulaat?

Dit zijn de grenzen van een spanningsveld waarbinnen het bestuur zal moeten optreden. Wat ik zou willen zeggen, is dat het in een aantal gevallen een zeer slechte oplossing zou zijn wanneer het bestuur zonder meer alleen wetmatig wil handelen. De rechter hanteert de wetmatigheid niet meer als enige grens. De wetmatigheid – het is vanmorgen ook door prof. Van Wijnbergen aangegeven – verdwijnt en de rechtmatigheid begint een veel belangrijkere rol te spelen. Nu is mij in de discussie opgevallen dat met betrekking tot die verschuiving van wetmatigheid naar rechtmatigheid wel enige begripsverwarring mogelijk is. In het ene geval speelt de wetmatigheid een veel belangrijkere rol dan in het andere, maar het door de rechter afstand nemen van het bestuur en het hanteren van de rechtmatigheidscriteria leidt ertoe dat het bestuur zelf een grotere ruimte heeft gekregen. Ik vind dat het bestuur de taak heeft om juist die grotere ruimte, gelet op de maatschappelijke ontwikkelingen en de steeds massaler wordende taken van de overheid, zorgvuldig in te vullen. Op dat gebied zou het leerstuk van de onwetmatigheid, van het bestuur een belangrijke ontwikkeling moeten doormaken: men zal het bestuur moeten aangeven op welke manier het zorgvuldig onwetmatig zou kunnen gaan besturen.

In dit verband heeft prof. Donner de aandacht gevestigd op de vraag, welk beleid het bestuur voert en welke beleidslijnen het daarbij hanteert. Bij mij is de vraag gerezen, in hoeverre de overheid verplicht is het beleid te formuleren en naar buiten te brengen. Dit zou namelijk in het geheel een belangrijke rol kunnen spelen.

De preadviseurs zou ik willen vragen of het wel juist is het meetpunt van de problematiek waar we het hier over hebben, te leggen bij de jurisprudentie en de rol die de rechter daarbij speelt. In een belangrijk deel van de gevallen leidt immers onwetmatig bestuur, voor zover het voorkomt, niet tot een procedure. Onwetmatig bestuur is in veel gevallen een 'burgervriendelijke' daad van de overheid en er is geen burger die er in zo'n geval over peinst om naar de rechter te gaan. Alleen wanneer derdenberoep dan wel ambtelijk beroep mogelijk is, of wanneer eventueel in het kader van toezicht maatregelen worden genomen, kan de rechter of een bestuursinstelling een uitspraak doen.

Er is, met andere woorden, een 'circuit' van onwetmatig bestuur dat zich aan de directe blik van de jurisprudentie onttrekt. In verband daarmee is het problematisch dit onderwerp te bestuderen als men zich daarbij in heefdzaak concentreert op de rol die de rechter erbij speelt. Het gaat mij hier in het bijzonder om een aspect dat een praktijkjurist eerder zal noemen dan de theoreticus. In de praktijk van het bestuur doen zich ontwikkelingen voor waarbij het bestuur welwillend tegenover de burger staat en bijvoorbeeld een hardheidsclausule invoert zonder dat daarvoor rechtstreeks een aansluitingspunt in de wet te vinden is, waardoor het hele systeem wat vloeiender verloopt. Het functioneren van een dergelijke bestuurspraktijk onttrekt zich in de meeste gevallen aan het oog van de rechter. Vandaar dat ik de preadviseurs wil vragen of het, gelet op de formulering van het probleem van de onwetmatigheid van het bestuur die ik heb gegeven, verstandig is het thema 'rechtsbescherming' als uitgangspunt bij de benadering van het probleem te kiezen.

mr. P. de Haan

Op gevaar af dat de heer Akkermans mij in het Nederlands Juristenblad ontheoretisch, onpraktisch en zelfs weinig onderwijskundig zal noemen, heb ik er behoefte aan te verklaren dat ik het preadvies erg nuttig vind voor theorie, praktijk en onderwijs. Ik zeg dat niet alleen omdat het boek van De Haan cum suis – 'cum suis' heeft trouwens al gesproken – veelvuldig wordt aangehaald. Ik ben nog altijd niet oud en wijs genoeg om mij door aanhalingen niet meer gestreeld te voelen. Integendeel: dat is nog steeds het geval, ook al wordt ik herhaaldelijk verkeerd aangehaald, zoals ook hier is gebeurd. Gelukkig doet zich dat verschijnsel pas voor op bladzijde 47 van het preadvies, waarvoor ik dan ook de aandacht zou willen vragen. Wij worden daar min of meer uitgespeeld tegen de heer Steenbeek en dat nog wel ten onrechte. De heer Steenbeek heeft, toen hij het weer eens over ons boek had, terecht gezegd dat boven het als instrumenteel aangemerkte recht nog een andere, fundamentele rechtssfeer ligt die dan het rechtsgehalte van het recht zou uitmaken, of wat de preadviseurs het

'rechtspostulaat' noemen. Met dat rechtsgehalte en dat rechtspostulaat heb ik helemaal geen moeite. Wij hebben het wat anders genoemd, naar ik meen 'rechtsidee'; het is maar hoe je het noemt!

Ik heb er echter moeite mee dat de schrijvers het rechtspostulaat veel te beperkt opvatten, namelijk in de zin van wettelijke voorschriften, alsof die alleen het recht zouden uitmaken. Ook het begrip 'wetmatigheid van bestuur' – Drupsteen en andere hebben daar al op gewezen – vatten de schrijvers te beperkt op: zij noemen alles buitenwettelijk bestuur wat niet in wettelijke voorschriften is vervat. Zelfs worden wij op bladzijde 53, waar het om de rol van de wetgever ten aanzien van de planning gaat, helemaal verkeerd geciteerd, namelijk alsof wij zouden hebben voorgesteld de plannen in wetsvorm te gieten. Nu is het weliswaar een vraag of je, in verband met de democratische procedure van vaststelling bijvoorbeeld in het parlement, plannen in wet*vorm* moet gieten, maar die vraag is te aangehaalder plaatse helemaal niet aan de orde. Het gaat daar om de wets*inhoud* met betrekking tot de planning: wat moet de wet omtrent planning inhouden? Het opmerkelijke is nu dat op bladzijde 55 de schrijvers zelf aan wat zij, vanwege het beperkte wetmatigheidsbegrip, 'buitenwettelijk bestuur' noemen – bestuur via plannen en andere besluiten van algemene strekking –, eisen stellen die nagenoeg gelijk zijn aan de eisen die wij via de wet hadden willen stellen en die trouwens ook alleen maar via de wet *kunnen* worden gesteld. De eisen van bladzijde 55, te weten democratische besluitvorming, wettelijke grondslag, adequate bestuurlijke waarborgen, nauwkeurig afgebakende bestuursbevoegdheden en gelijkwaardige rechtsbescherming, zijn stuk voor stuk eisen die je bij de wet moet stellen. Dan is er geen sprake meer van buitenwettelijk bestuur, maar is er exact voldaan aan wat wij onder het beginsel van de wetmatigheid verstaan, namelijk dat men via wettelijke voorschriften de planning en andere nu ook nog vaak buitenwettelijke figuren moet gaan regelen.

Voor alle duidelijkheid stel ik nog eens voorop dat wij, zoals ook Drupsteen al heeft gezegd, met onze beschouwingen over het instrumentele karakter van het recht niet hebben bedoeld een pleidooi voor meer instrumenteel gebruik te houden. Wij hebben eenvoudig willen constateren dat de overheid èn als wetgever èn als bestuur op grote schaal het bestuursrecht als instrument gebruikt. Dat geldt trouwens niet alleen voor het bestuursrecht, maar ook voor het strafrecht. Wie daarvan een overzicht wil zien, raad ik aan kennis te nemen van de rede van Remmelink voor de Koninklijke Academie van Wetenschappen over de instrumentalisering van het strafrecht. Het verschijnsel doet zich daar wel in mindere mate voor dan bij het bestuursrecht, maar het is gewoon een hard gegeven. Vanuit die constatering houden wij een *pleidooi voor wederinvoering* – je kunt het ook 'herijking' noemen – *van het beginsel van de wetmatigheid van bestuur*, en wel door de hoofdcategorieën van buitenwettelijk bestuur aan dat beginsel te laten voldoen. Deze hoofdcategorieën zijn: naar buiten gerichte planning, voor zover nog niet wettelijk geregeld, pseudo-wetgeving en het gebruik van privaatrechtelijke middelen van publiekrechtelijke doeleinden. Het gaat mij daarbij wat de planning betreft om naar buiten gerichte planning, want wat de bureaucratie inwendig denkt of 'plant' kan mij geen lor schelen. Pseudo-wetgeving zou

zoveel mogelijk moeten worden omgezet in gewone wetgeving en het gebruik van privaatrechtelijke middelen gebonden aan publiekrechtelijke spelregels, zoals ik voor het grondbeleid al herhaaldelijk heb bepleit.

Het is beslist niet zo – wat Donner mij wel eens heeft verweten – dat ik zou lijden aan een soort bestuurseuforie of bestuursoptimisme. Integendeel: ik wantrouw de overheid net zo sterk als hij en ik acht haar macht beperkt, sterker nog, ik wil die ook beperkt houden. Maar dan wel beperkt door de wetgever en niet door buitenparlementaire acties of door wat voor andere feitelijkheden dan ook. De wet hoort de macht van de overheid te reguleren. Dat is, náást de regeling van het gedrag van burgers, een specifieke taak van het bestuursrecht. Ik stel dus uitdrukkelijk het *primaat van de wetgeving,* en niet dat van de planning, voorop. Daarom juist ook moet naar buiten gerichte planning wettelijk worden geregeld en behoort het beleid zo veel mogelijk op een wettelijke planningsleest te worden geschoeid. Dat geldt dan niet alleen voor normatieve, bindende planning, maar ook voor lichtere vormen zoals operationele, indicatieve en zelfs informatieve planning.

Het is misschien goed de verschillende planningsvormen eens wat meer inhoudelijk weer te geven. Tijdens het congres in Tilburg, waarbij u, mijnheer de voorzitter, ook voorzitter was, heb ik geprobeerd een meer formele definitie van planning in de zin van het besluitvormingsproces te geven: 'systematische voorbereiding, vaststelling, uitvoering en evaluatie van beleid'. Dat is een definitie die langzamerhand zelfs in de planningsliteratuur, waar je niet gauw iets verstandigs vindt, doordringt. Vandaag zou ik het niet formeel willen houden, maar zou ik willen proberen iets meer inhoudelijk te zijn. Ik heb begrepen van Van der Burg vanmorgen ook al een definitie heeft gegeven; ik geef nu een iets meer inhoudelijke definitie van het plan, namelijk als 'samenstel van besluiten of handelingen van de overheid met een programmatisch karakter'. Als je dit als kern van een plan beschouwt, kun je zes soorten plannen onderscheiden. Ik daag de zaal uit mij één plan te noemen dat niet in deze indeling zou kunnen worden ondergebracht. Uit een achtergrondstudie van de commissie-Vonhoff is gebleken dat in wetten en wetsontwerpen een zeventigtal plannen voorkomt: deze plannen kan men volgens mij allemaal in de navolgende indeling onderbrengen.

1. Een samenstel van *regelingen* met een programmatisch karakter. Dit type komt het minste voor. Er is er ook maar één van, namelijk het bestemmingsplan, en ik hoop dat het daarbij ook blijft, want met één zo'n plan heeft men al genoeg te stellen. Ik zou dit type plan beslist buiten de ruimtelijke ordening niet willen aanbevelen. Zeker niet op economisch gebied, nu zelfs de ervaringen in communistische landen met bindende economische plannen slecht zijn. Een land als Polen komt er dan ook van terug en schakelt nu over op indicatieve economische planning.

2. Een samenstel van *beschikkingen* met een programmatisch karakter. We hebben nu al vele van dergelijke plannen, bijvoorbeeld subsidieplannen, zoals scholenplannen en andere welzijnsplannen, onteigeningsplannen en plannen van toe-

deling en toewijzing en de ruilverkaveling, waarbij het vooral om toedeling van eigendom en gebruiksrechten gaat. Ik noem ook het plan van tijdelijk gebruik in de landinrichting.

3. Een samenstel van *afspraken* met een programmatisch karakter. Dit is contractuele planning, die evenals de vorige typen bindend is.
Als voorbeelden noem ik de ruilverkavelingsovereenkomst, de projectontwikkelingsovereenkomst en de meerjarenafspraken tussen minister Pais en de universiteiten. Vele andere bestuursovereenkomsten zullen een planningsachtig karakter hebben.

Na deze drie vormen van bindende planning krijgen we de operationele planning:

4. Een samenstel van *voorzieningen* met een programmatisch karakter. Het gaat hier niet om de ordenings-, maar om de verzorgingstaken van de overheid. Het belangrijkste voorbeeld is de planning van de uitvoering van werken: wegenplannen, bouwplannen, stadsvernieuwingsplannen, landinrichtingsplannen enzovoorts. Ook welzijnsvoorzieningen kunnen het voorwerp van deze planning zijn.

Een lichtere vorm is de indicatieve planning:

5. Een samenstel van *beleidsvoornemens* met een programmatisch karakter. Bijvoorbeeld: streekplannen, structuurplannen, PKB's, beleidsnota's en IMP's (indicatieve meerjarenprogramma's). Deze plannen binden niet rechtstreeks: er kunnen krachtens de wet rechtshandelingen en andere overheidshandelingen op worden gebaseerd.

De laatste vorm is de lichtste en je kunt erover twijfelen of daarvoor een wettelijke regeling tot stand zou moeten komen. Het gaat hier om de informatieve planning:

6. Een samenstel van *prognoses* met een programmatisch karakter. Het bekendste voorbeeld is het centraal economisch plan. In 1947 vond de wetgever al dat daarvoor een regeling zou moeten worden getroffen, maar dat is niet het dringendst.

De eerste vijf typen plannen vind ik – om in de termen van Donner te spreken: als beleidslijn, juridisch meer of minder hard – zó belangrijk, dat er naar mijn mening een wettelijke regeling voor moet komen. Als men er principieel toe besluit het bestuur dat door planning wordt bepaald wettelijk te regelen, zal men de reikwijdte van de wetmatigheid van het bestuur zeer veel groter maken dan zij op het ogenblik is en alleen al daarom verdient zo'n wettelijke regeling overweging.

Van de *pseudo-wetgeving* wil ik alleen zeggen dat zij zoveel mogelijk moet verdwijnen. Ik denk daarbij niet aan circulaires in het kader van de belastingen, want die dienen ter verfijning van een wettelijke regeling. Ik doel op pseudo-wetgeving die in de plaats treedt van wetgeving en die op grond van een enkele begrotingspost een enorm stuk beleid inhoudt. Zulke pseudo-wetgeving moet op den duur verdwijnen en men is er trouwens druk mee bezig daarvoor te zorgen. Zo zien we op ruimtelijk gebied en op welzijnsgebied de pseudo-wetgeving plaats maken voor kaderwetgeving, al dan niet met planning erin. Die lijn moet worden doorgetrokken. Het enige beleid dat achterblijft is het economisch structuurbeleid van Economische Zaken, dat – daarvoor wordt ook gepleit – nog een duwtje in de goede richting moet hebben.

mr. L.G. van Reijen

In de betrekkelijk korte tijd, die ons voor bestudering van het preadvies is gelaten, had ik nog een ander geschrift op tafel liggen. Dat was een doctoraal scriptie van een Amsterdamse student in de openbare financiën, gewijd aan de gemeente-financiën en in het bijzonder aan de financiële problematiek van de nieuwe gemeente Lelystad. De auteur zegt tot zijn keuze van juist dit onderwerp te zijn gekomen, omdat hij op colleges en verder tijdens zijn studie heel veel had gehoord over de rijksfinanciën en het financieel beheer op rijksniveau, doch heel weinig over gemeente-financiën en het gemeentelijk financieel beheer.

Toen ik het preadvies voor deze vergadering had gelezen, bekroop mij min of meer hetzelfde gevoel. De preadviseurs spreken over onwetmatig bestuur en over bestuur 'sine lege', maar naar mijn indruk zijn hun beschouwingen en wensen vooral gevoed door een bepaalde kijk op het rijksbestuur. En zo kom ik voor de vraag te staan, hoe je hun ideeën voor de praktijk in de gemeenten moet vertalen.

Sprekend over de oorzaken van buitenwettelijk bestuur en over de terugtred van de wetgever (blz. 41) voeren de preadviseurs een reeks van regelingen in, die beginnende bij de wet in formele zin, uiteindelijk uitmondt in de concrete beschikking. Die – uiteraard theoretische reeks – lijkt vrij compleet, al past daarbij aanstonds de opmerking dat in de praktijk wel altijd een of meer schakels ontbreken. Dat is met name het geval bij autonome gemeentelijke besluiten. En heel in het bijzonder bij gemeentelijke subsidiebesluiten; zo zijn ook mijn gedachten gegaan in de richting van het subsidiebeleid, dat hier al een en andermaal ter sprake is gekomen.

Op bladzijde 72 schrijven de preadviseurs: 'Bij subsidieverlening door organen van lagere rechtsgemeenschappen zal veelal gehandeld worden in medebewind. Afhankelijk van de inhoudelijke regeling der subsidiëring in de medebewind-vergende wet zal dan dienen te worden geconcludeerd tot het sine lege genomen worden of niet der daarop berustende beschikkingen'. Vooreerst nu hebben naar mijn gevoel de preadviseurs in deze passage ('veelal') het belang en de omvang van de gemeentelijke autonome subsidieverlening onderschat. Maar vooral

vraag ik mij af, wat ik aan moet met hun stelling, dat van buitenwettelijke subsidieverlening sprake is, wanneer een verordening ontbreekt die regels geeft voor subsidieverlening.

Lang niet alle gemeenten hebben subsidieverordeningen. En wáár ze bestaan, kunnen ze in twee grondtypen worden onderscheiden. Het ene type is de louter procedurele verordening, die slechts voorschriften inhoudt betreffende de wijze van aanvragen van subsidie, de daarbij over te leggen stukken, de verslaglegging betreffende de besteding daarvan en dergelijke meer. Het andere type is de subsidie-verordening, die voor bepaalde soorten van instellingen of activiteiten materiële aanspraken biedt.

Nu zullen ook de preadviseurs niet betwisten, dat een gemeenteraad zijn bevoegdheid tot subsidieverlening aan de formele wet ontleent, met name aan de artikelen 167 en 170 der gemeentewet. Dat is – het zij erkend – een niet-gespecificeerde bevoegdheid. Daarom als eerste deze vraag: 'Hoe ver moet een specifieke bevoegdheidstoedeling in de ogen van de preadviseurs gaan voordat een gemeente uit de sfeer van het sine-lege-optreden treedt?'.

Daar komt een uitermate praktische vraag bij. Begrijp ik de preadviseurs goed, dan achten zij bestuur sine lege vooral in strijd met wat zij noemen het 'democratisch postulaat'. Ik kan die stelling begrijpen voor wat betreft het rijksbestuur. Het bestuur in de rijkssfeer is – dat weten we allemaal – activiteit van een zeer complexe organisatie van ambten, diensten, instellingen enz. Maar de gemeenteraad bestuurt de huishouding van de gemeente en is tevens op het gemeentelijk niveau de volksvertegenwoordiging. Naarmate de afzonderlijke rechtsgemeenschappen kleiner worden, doet zich het verschijnsel voor, dat regelgeving en bestuur in één hand komen. Men kan er een vermenging, maar ook een versmelting van functies in zien. En mijn vraag is dan: 'Is dat nu zo'n bezwaar en moet dat werkelijk anders?'. Juist in de wat kleinere gemeenten is de raad zelf nog wel in staat incidenteel over subsidie-aanvragen te beslissen. Zo handelende is naar mijn mening ten volle voldaan aan het democratisch postulaat, waaraan de pre-adviseurs zoveel waarde hechten. Welke problemen zien zij in dit verband dan nog in die kleinere gemeenten?

drs. J. van Ruler

Ik zou in de eerste plaats de vraag willen stellen of de rechtsbescherming niet veel belangrijker is dan het onwetmatig bestuur. Als het bestuur in toenemende mate buiten de wet gaat, is dat helemaal niet zo erg, mits de burger zich voldoende kan verweren en in voldoende mate rechtsmiddelen tot zijn beschikking heeft om tegen het bestuur op te treden.

Een ander punt. Het wetmatig bestuur kan, zoals ook de preadviseurs signaleren, tevens onrechtmatig bestuur zijn. Is het daarom niet verstandig om in elke kaderwet aan te geven dat de mogelijkheid aanwezig is om in bepaalde gevallen van de wet af te wijken? Het belastingrecht kent de hardheidsclausule en is zoiets ook niet mogelijk in het administratieve recht?

De preadviseurs hebben gepleit voor het betrekken van bestuurskundigen bij deze problematiek. Ik zou ervoor willen pleiten ook andere disciplines in te schakelen. Met name denk ik aan een organisatiedeskundige, in verband met vragen als: hoe organiseer ik een wet, hoe zet ik hem in elkaar, hoe pas ik hem toe? Hierbij spelen allerlei problemen een rol, ook in het gemeentelijk apparaat. Het optreden van een organisatiedeskundige op het gebied van de milieuhygiëne is vaak voor veel mensen een eye-opener; het kan leiden tot een handleiding voor het bestuurlijk apparaat en ook voor het bedrijfsleven, dat immers op milieuwetgeving moet inspelen. Daarnaast zijn er op allerlei gebieden van wetgeving – ik denk aan het bouwrecht, het milieurecht en het vervoersrecht – de nodige technische vraagstukken. Ik zou ervoor willen pleiten ook technici, economen en dergelijke bij de wetgeving te betrekken.

Tot slot nog iets over de pseudo-wetgeving, in het bijzonder over de subsidiebeschikkingen. Ik kan mij niet genoeg keren tegen het standpunt van prof. De Haan, dat ik voor de praktijk buitengewoon schadelijk vind. Waarom is pseudowetgeving ontstaan en waarom is het nodig? Prof. Van der Hoeven heeft in zijn diesrede en in zijn preadvies aangegeven dat in bepaalde omstandigheden die snel veranderen en in bepaalde situaties geen andere weg dan die van de pseudowetgeving open staat. Wetgeving vereist een bepaalde tijd en als je snel moet optreden heb je iets nodig dat snel kan worden ingevoerd en snel kan worden toegepast. Pseudo-wetgeving is dan noodzakelijk en hoeft trouwens ook helemaal niet ondemocratisch te zijn. Er zijn genoeg voorbeelden te noemen van gevallen waarin de volksvertegenwoordiging over een stuk pseudo-wetgeving bijzonder enthousiast was. Ik noem in dt verband de subsidiebeschikking voor energiebesparende investeringen in bedrijven. De volksvertegenwoordiging was daar erg enthousiast over en heeft er zelfs voor gepleit het door de minister van Economische Zaken uitgetrokken bedrag te verhogen. Als prof. De Haan zijn zin krijgt, moeten er allerlei bepalingen, maatregelen en codices worden ingevoerd voor pseudo-wetgeving en voor subsidiebeschikkingen. Stijgt vervolgens bijvoorbeeld plotseling de energieprijs met 100%, dan moeten er allerlei problemen worden omzeild. Ik ben er huiverig voor dat er in de praktijk te veel wordt geregeld. Tegen een aantal hoofdregels zeg ik 'ja', maar ik ben tegen een regeling tot in detail. De mate waarin aan het democratisch postulaat wordt voldaan, valt naar mijn mening erg mee. De Kamer kan altijd de minister terugfluiten en bij de begrotingsbehandeling bijvoorbeeld de betrokken begrotingspost wegstemmen. Ik ben van mening dat de pseudo-wetgeving moet blijven bestaan en ik wil er nog op wijzen dat er een zekere leerschool in kan worden gevonden. Er worden nota's geschreven, men komt tot gedachtenvorming en tenslotte groeit daaruit een stuk wetgeving. Zo ziet men op het ogenblik uit de Nota Energiebeleid wetgeving op energiegebied voortkomen. Als je echter die spontante groei meteen al weer gaat kappen, is er geen mogelijkheid voor gedachtenvorming en het opdoen van ervaring in de praktijk. Ik pleit er dan ook voor de pseudo-wetgeving te handhaven. De argumenten vóór pseudo-wetgeving in het preadvies en de diesrede van Van der Hoeven gelden naar mijn mening nog steeds.

Beantwoording door de preadviseurs

mr. F.W. ter Spill

Oostenbrink heeft de vraag opgeworpen of de begrippen 'rechtspostulaat' en 'democratisch postulaat' niet veel te vaag zijn. Ik kan het wat dat betreft met hem eens zijn, maar ik kan hem op één punt geruststellen: het is niet onze bedoeling te betogen dat de rechter zou mogen toetsen in hoeverre het rechtspostulaat of het democratisch postulaat bevredigd is. Het lijkt mij overigens nuttig de noodzaak van wetgeving in het algemeen aan de orde te stellen en ik meen dat we hier te maken hebben met de twee vereisten waaraan moet worden voldaan, wil men van de noodzaak tot het plegen van wetgeving kunnen spreken.

Dat wij de beide postulaten in de eerste plaats bij het begunstigend bestuur aan de orde hebben gesteld, hangt samen met de ook door Steenbeek uitgesproken opvatting dat het begunstigend bestuur zó ingrijpend en belangrijk aan het worden is, dat er vertegenwoordigende lichamen aan te pas moeten komen om te bekijken of er niet aan andere, algemene belangen tekort wordt gedaan. Een vertegenwoordigend lichaam heeft in de eerste plaats tot taak daarop te letten. Van der Burg heeft er al eens voor gepleit dat burgers zich via de vertegenwoordigende lichamen kunnen uitspreken over de wenselijkheid van besteding van het door de burgers op te brengen geld aan bepaalde doelen ten bate waarvan begunstigend bestuur zal worden gepleegd.

Het gaat ons vooral om de vraag, wanneer er wetgeving nodig is, en dat is natuurlijk altijd een vrij vage kwestie. Ik zie op het ogenblik niet zo gauw, hoe ik nadere richtlijnen zou kunnen aangeven. Als ons zulke richtlijnen voor ogen hadden gestaan, zouden we die zeer zeker hebben aangegeven. Dat de vraag kan rijzen of de vertegenwoordigende lichamen het werk wel aan kunnen, geef ik Oostenbrink direct toe.

Hij heeft zich afgevraagd of het democratisch postulaat niet een onderdeel van de besluitvorming is en hij heeft, nog iets verder gaand, de vraag gesteld of het democratisch postulaat niet iets van een 'offeren aan de waan van de dag' vertoont. Ik geloof niet dat dat het geval is. De stelling van Van der Burg houdt in dat het alleen maar wenselijk is dat burgers via de daarvoor ingestelde organen kunnen meespreken over de besteding van het geld dat zij moeten opbrengen. Deze stelling lijkt mij voldoende grond op te leveren om te zeggen dat begunstigend bestuur, mits het een zekere continuïteit heeft en principieel gericht is, wel degelijk ook door het vertegenwoordigend lichaam moet worden bekeken.

Wij vragen de contaminatie van democratisch postulaat en rechtspostulaat. Men kan de vraag stellen wat het rechtspostulaat er nog aan toe doet als er toch al een beoordeling door het vertegenwoordigend lichaam wordt gegeven. In dat verband kan men bepleiten ook voor een naar de vorm wetgevend produkt te kiezen. Dat is natuurlijk op zichzelf wel vol te houden. Ik kan mij voorstellen dat ten aanzien van bepaalde kwesties van buitenwettelijk begunstigend bestuur niet met beoordeling door het vertegenwoordigend lichaam kan worden volstaan, maar voor de wetsvorm moet worden gekozen. Dit kan nodig zijn ten behoeve van de vereiste resistentie tegen andere wetten die op een gegeven ogenblik moeten kunnen overruled.

Ik wil er nog op wijzen dat het betoog, inhoudend dat men zich moet afvragen of wel aan democratisch postulaat en rechtspostulaat wordt voldaan, gericht wordt tot de 'dagelijkse besturen' zoals het kabinet en het college van burgemeester en wethouders; dat zijn de organen die een uitspraak van het vertegenwoordigend lichaam uitlokken en de aanzet geven tot een daad van wetgeving of van het creëren van algemene regelingen.

Van Wijnbergen acht de door ons in het preadvies omschreven taakverdeling tussen wetgever en rechter onadequaat, omdat in feite ook de rechter wel degelijk algemene regels heeft, door zijn uitlegging van de wet, in het bijzonder wanneer hij een huidige uitspraak in overeenstemming brengt met een vroegere uitspraak. Ik ben het hierover met Van Wijnbergen eens, maar ik wijs erop dat de rechter zich altijd blijft uitspreken naar aanleiding van een conflict tussen een bijzonder belang en één of meer algemene belangen. De rechter blijft zich altijd in de sfeer van de toepassing in concreto bewegen. Bij de wetgever horen, zo heeft Van Wijnbergen betoogd, politieke kwesties thuis. Ik geloof dat Van Wijnbergen eigenlijk de wetgever niet zo erg veel wil inschakelen en dat hij zich daarom verzet tegen ons idee om in gevallen van democratisch en rechtspostulaat de wetgever erbij te halen. Nu kun je het woord 'politiek' ook in een pejoratieve betekenis gebruiken, maar van tijd tot tijd is het wel eens nuttig om die pejoratieve betekenis even te ecarteren. Als het erom gaat bepaalde algemene belangen te identificeren en prioriteiten vast te stellen, dan kom je in de sfeer van de politiek. Dat is onvermijdbaar.

Sprekend over de afbakening tussen beschikking en wettelijk voorschrift, die gebrekkig blijkt te zijn, heeft Van Wijnbergen de oorzaak in de Wet AROB gezocht, waarbij hij eraan refereerde dat de Afdeling rechtspraak een waarschuwing als een rechtshandeling meent te moeten aanmerken. Dat men in de Wet AROB het besluit van algemene strekking van de beschikking heeft uitgezonderd, wordt door Van Wijnbergen betreurd: vroeger was het gemakkelijk de inhoud van het begrip 'rechtshandeling' aan te geven, maar nu is dat begrip dubieus geworden. Hij spreekt daarmee min of meer in ons straatje, want ook wij stellen vast dat het begrippenarsenaal een ruimte overlaat.

Ook de term 'onwetmatig bestuur' klinkt Van Wijnbergen pejoratief in de oren. Wij zijn het met hem eens dat die pejoratieve klank er kan zijn, maar aan de an-

dere kant hebben wij bij het woord 'onwetmatig' – wij hebben de door het bestuur voorgestelde titel, waarin dit woord voorkwam, overgenomen – niet alleen het oog op 'strijdig met de wet', maar ook op 'niet steunend op de wet en desondanks niet onrechtmatig'.

Dit brengt mij op de vraag van Van Wijnbergen, of het verschil tussen buitenwettelijk bestuur en contra-legem-bestuur nog wel relevant is en of het eigenlijk niet veel meer om rechtmatig en onrechtmatig bestuur gaat. Ik ben het met de heer Van Wijnbergen eens, maar ik wijs hem erop dat wij ons startpunt hebben gekozen in de vraag, of de wet de grondslag voor alle bestuursoptreden of slechts voor een speciaal bestuursoptreden moet zijn. Dat is onze benadering geweest.

De 'twee-wegen-leer' is naar de mening van Van Wijnbergen goed gegrond in de wetgeving: niet voor niets hebben alle overheidscorporaties rechtspersoonlijkheid gekregen, zodat zij kunnen fungeren als eigenaar van vermogen en daarover kunnen beschikken. Dit is juist, maar de vraag rijst of zij, handelend met hun privaat eigendom zoals iedere eigenaar met zijn eigendom kan handelen, geen bestuur plegen dat zich aan de beoordeling door de administratieve rechter onttrekt. De remedie die Van Wijnbergen ziet is dat exploitatieovereenkomsten goedkeuring van gedeputeerde staten zouden behoeven. Ik heb begrepen dat het niet zijn bedoeling is dat tegen de uitvoering van een exploitaiteovereenkomst beroep kan worden ingesteld bij gedeputeerde staten, met de mogelijkheid van hoger beroep bij de Kroon, maar dat hij voorstelt dat goedkeuring door gedeputeerde staten verplicht wordt gesteld. Het blijft natuurlijk de vraag of je op die manier het verkeerd ten uitvoer leggen van overeenkomst wel kunt keren. Bovendien vraag ik mij af of gedeputeerde staten wel kunnen voorzien wat er aan verkeerde uitvoering van de overeenkomst zo al te pas zou kunnen komen.

Van Wijnbergen: De verordening is algemeen, maar de overeenkomsten behoren tot de uitvoering en die zou ik aan goedkeuring willen onderwerpen.

Ter Spil: U wilt dus ook de wijze waarop de overeenkomst door de gemeente uitgevoerd wordt, nog weer laten goedkeuren door gedeputeerde staten. U schept dan natuurlijk weer een rechtsgang erbij. Acht u dit een betere oplossing dan beoordeling door de Afdeling rechtspraak?

Van Wijnbergen: De Afdeling kan nu alleen tot behandeling overgaan na het aanmerken van de betreffende uitvoeringshandeling als beschikking. Dat vind ik gekunsteld.

Ter Spill: Het is inderdaad gekunsteld, maar dit vloeit voort uit het systeem van de Wet AROB

Donner heeft er terecht op gewezen dat wij voor een dogmatische benadering hebben gekozen. Wij hebben dat gedaan, omdat het ons gaat om de vraag wat de legitimatie is van de wet als grondslag voor bestuurlijk optreden. Als je over die legitimatie gaat nadenken, kom je bij dogmatische en soms ook vage criteria terecht die wij hebben gemeend te kunnen vinden in het democratisch postulaat en

het rechtspostulaat. Donner is van mening dat er ook een bestuurspostulaat is, omdat het bestuur zelf er behoefte aan heeft richtlijnen bekend te maken; enerzijds streeft het bestuur daarbij naar zelfbinding, anderzijds is het voor ambtenaren bij wie de uitvoering berust plezierig te kunnen wijzen op bepaalde beleidslijnen die ze getrouwelijk hebben nageleefd. Ik geloof dat het vaststellen en openbaar maken van beleidslijnen door het bestuur inderdaad, ook voor het bestuur zelf, wenselijk is. Ik vraag mij alleen af of het bestuurspostulaat nu ook in de richting van het geven van een wettelijke vorm aan de beleidslijnen wijst. Dat betwijfel ik; ik heb de indruk dat het bestuur uit hoofde van het bestuurspostulaat nu niet staat te trappelen om die beleidslijnen een wetteljke vorm te geven.
In zekere zin zit er in de redenering van Donner een innerlijke tegenstrijdigheid. Hij wist erop dat de overheid die een vorm van pseudo-wetgeving, dus een beleidsregeling, toepast goed moet blijven beseffen dat zij elk geval in concreto moet bezien. Met toetsing aan de normen die bij de beleidsregeling zijn gesteld, is de administratie er niet af. Er kunnen zich altijd nog gevallen voordoen die zodanig bijzonder zijn of die zo zeer in het verlengde van de gestelde normen liggen, dat de administratie, de overheid, toch niet in redelijkheid zou mogen besluiten de gevraagde gunst, of iets anders waar het in concreto om gaat, te weigeren. Er is een uitspraak van de Afdeling rechtspraak die in dit verband vermelding verdient. Het ging naar ik meen om een cultuurtechnische aangelegenheid en de minister van Landbouw voerde aan dat de betreffende beleidsregeling niet voorzag in de mogelijkheid tot afwijging van de regelen. De Afdeling echter was van mening dat de minster de plicht had om in zeer extreme gevallen waarin subsidiëring niet in redelijkheid zou kunnen worden geweigerd, toch subsidie te verlenen. (Afd. Rspr. 10 juni 1977 – tB/St III, p. 33).

Wij zijn het helemaal met Donner eens dat men in de eerste plaats met algemeen verbindende voorschriften te maken heeft. Deze voorschriften blijven inderdaad de belangrijkste plaats innemen. Vervolgens zijn er dan de beleidslijnen of richtlijnen en in de derde plaats de beginselen van behoorlijk bestuur. Ook daarmee gaan we geheel akkoord, maar het lijkt juist erop te wijzen dat de beginselen van behoorlijk bestuur eigenlijk geen voorschrijvende werking hebben. Zij geven niet aan wat er moet gebeuren, maar ze hebben een terughoudende werking en vormen een toetsingsmiddel. De beginselen van behoorlijk bestuur kunnen aanleiding zijn om tot de conclusie te komen dat men een bepaalde begunstigende beschikking niet had mogen intrekken, of dat men onder de gegeven omstandigheden op een bepaalde toezegging niet had mogen terugkomen.

Drupsteen is van mening dat er in tegenstelling tot wat in ons preadvies wordt beweerd, in het geheel geen sprake van terugtred van de wetgever is en dat de wetgever juist met reuzepassen vooruit gaat. De wedervraag is dan: wat voor passen? Hier ligt het grote bezwaar dat ik tegen zijn betoog heb, ook al weer in verband met het begrip 'wettelijk voorschrift' waarvan wij zijn uitgegaan. In onze visie moet een wettelijk voorschrift een bevoegdheidsverlening zjn die niet puur organisatorisch is. Wij denken niet aan verantwoording van het orgaan tegeno-

ver andere organen over wat er met het overheidsgeld is gebeurd of over de wijze waarop er met het beleid is omgesprongen; wat ons voor ogen staat is dat kan worden geactualiseerd dat de regel naar buiten werkt. De bevoegdheid tot politiedwang is gebonden aan overtreding van wettelijke voorschriften: er moet eerst sprake van een dergelijke overtreding zijn, wil politiedwang kunnen worden uitgeoefend, maar het is wèl zo dat op de bevoegdheid tot politiedwang een beroep kan worden gedaan, wat in de praktijk ook gebeurt. Soms vraagt iemand om verwijdering van een bouwwerk dat zijn buren in strijd met de bouwverordening hebben opgericht. De bevoegdheidsgrondslag is een zeer glibberig terrein, te meer daar de grondslag in verschillende gevallen sterk kan variëren.

Ik zou Drupsteen willen vragen wat de door hem bedoelde kaderwetten inhouden. Gaat het hem om algemene bevoegdheden, waarbij slechts wordt vastgesteld dat tot het verrichten van een bepaald soort handelingen een bepaald orgaan bij uitsluiting bevoegd is, of denkt hij aan het verlenen van bevoegdheden waarop in voorkomende gevallen door de burgers, dus door buitenstaanders – ik wijs op het naar buiten werken in onze definitie – een beroep kan worden gedaan? Zoals men weet heeft de Hoge Raad in 1877 een arrest gewezen (H.R. 8 mei 1877, *W.* 4199) dat neerkomt op het omgekeerde van de Naundorff-zaak. De burger voerde aan dat men een post op de begroting had en dat men er maar gebruik van moest maken, maar het werd niet mogelijk geacht daarop een beroep te doen. Als er in een dergelijk geval iets wordt geweigerd valt er verder niet met vrucht aan een algemeen verbindend voorschrift te toetsen, want dat is er helemaal niet.

Overigens geloof ik wèl dat er bij de wetgevende organen, min of meer in samenwerking tussen centrale en plaatselijke wetgevende organen, een bezinning op gang is gekomen over het gaan uitoefenen van bepaalde materiële bevoegdheden. Het is alleen de vraag of hier sprake van een 'vooruitgang' van de wetgever is en of dit eigenlijk, voor zover het om naar buiten werkende bevoegdheden gaat, niet hetzelfde is als gedelegeerde wetgeving. Ik denk aan het begrip 'gelede normstelling'.

Aan het adres van *De Haan* zou ik willen zeggen dat zijn begrip voor het rechtspostulaat ons verheugt. Ook het democratisch postulaat is wat ons betreft van groot gewicht, vooral als het erom gaat bepaalde belangen als algemene belangen te identificeren en prioriteiten vast te stellen voor de volgorde van onderkende algemene belangen.

Wat de bijdrage van *Groen* betreft: inderdaad heeft de Centrale Raad van Beroep uitspraken gedaan waarbij beschikkingen werden vernietigd met de mededeling erbij dat er anders moest worden beslist. In zo'n geval was de beschikking in overeenstemming met de wet zoals die volgens de Centrale Raad moet worden uitgelegd, maar moest toch een andere beschikking tot stand komen.

Hierbij valt in de eerste plaats aan te tekenen dat het bijna altijd ging om een verder verwijderde wetsuitleg van de Centrale Raad. Zo is bij het begrip 'loondienst' overwogen dat er iets niet goed zit als een vader bij een zoon in loondienst

is. Dat is natuurlijk een interpretatie van de Centrale Raad die nogal ver van de tekst van de wet af ligt. Bovendien: de Centrale Raad bepaalt niet dat de vader alsnog zijn uitkering moet hebben, maar vernietigt wegens strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel. De bedrijfsvereniging moet het werk nog maar eens overdoen, omdat de beoordeling niet zorgvuldig genoeg is geweest, hetgeen impliceert dat de nieuwe beslissing wel in strijd met de wet zal zijn. Ik wil niet zeggen dat de Centrale Raad eromheen draait, maar hij doet wèl een uitspraak in zeer verzachte vorm. De Raad vernietigt op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel – wat dan impliceert dat er opnieuw moet worden beslist – en het betreft gevallen die berusten op een vrij ver van de wettekst verwijderde interpretatie, die overigens zeer constant is.

Met betrekking tot de voorlopige weigering van een uitkering is inderdaad – Groen heeft ons op dat punt terecht gecorrigeerd – niet door de rechter, maar door de wet zelf bepaald dat men een voor beroep vatbare beslissing moet aanvragen.

Ingaand op opmerkingen over terugtred van de wetgever en discretionaire bevoegdheden, heeft Groen betoogd dat bepaalde 'kan'-bepalingen attributie van wetgevende bevoegdheid inhouden. Ik heb althans begrepen dat hij dat bedoelde. Hij noemde artikel 31, tweede lid van de Werkloosheidswet, waarin het gaat om de bevoegdheid om de uitsluitingsgronden buiten werking te stellen. Ik neem aan dat hij hierin een soort wetgevende bevoegdheid ziet.

Groen: Nee, het gaat om twee soorten 'kan'-bepalingen. Bij de ene soort 'kan'-bepalingen hebben we inderdaad te maken met een discretionaire bevoegdheid: men kan iets doen, maar men kan het ook niet doen. Met betrekking tot het matigen van de weigering van uitkering gaat de Centrale Raad steeds uit van een bevoegdheid waarvan de hantering alleen marginaal kan worden getoetst.

Ik beweer dat er ook 'kan'-bepalingen zijn – het hoeven geen wetgevende bepalingen te zijn, maar het kan ook om hanteringen van de wet gaan – die voor volledige toetsing in aanmerking komen, omdat zij alleen een attributie van bevoegdheid inhouden waaraan niets discretionairs te ontdekken valt. Dat is de tegenstelling die ik heb geprobeerd te maken.

Ter Spill: Dus ook als er niet bij staat dat er bijvoorbeeld een beoordeling naar evenredigheid tot stand dient te komen. Heel in het algemeen zijn er naar uw idee 'kan'-bepalingen die moeten worden uitgelegd als een loutere bevoegdheidtoekenning, waarbij wordt bepaald dat de bedrijfsvereniging iets kan doen.

De *Voorzitter:* Mijnheer Ter Spill, past u op dat u niet in de kuil valt! De heer Groen heeft gezegd dat dit zijn hobby is en we zijn dus gewaarschuwd!

Ter Spill: Hobby's zijn juist de moeite waard! Hiermee ben ik aan het eind van mijn beantwoording gekomen.

Van der Eijden heeft in de kern een hoofdprobleem aan de orde gesteld dat ons bij het samenstellen van het preadvies steeds heeft beziggehouden en dat uit de eerste bladzijden te proeven valt. Er ligt, zoals ook door anderen is gezegd, een dogmatisch onderwerp ter tafel en het is de vraag – zeker omdat het, om een enigszins gestructureerde discussie mogelijk te maken, nodig is beperkingen aan te brengen – in hoeverre het mogelijk is het onderwerp in een breder verband te plaatsen. Van der Eijden blijkt daar behoefte aan te hebben en Ter Spill en ik hebben ook steeds de neiging gevoeld op een dergelijke behoefte in te gaan. Anderen hebben erop gewezen dat wij er niet helemaal aan zijn ontkomen aan die neiging toe te geven en dat wij ons inderdaad wel eens buiten het strikte kader hebben begeven van wat wij zelfs als 'de beschikking' betitelen. In dit verband wijst ik op de vrij uitvoerige beschouwing over buitenwettelijk bestuur in het algemeen. In dat gedeelte van het preadvies hebben wij ons beslist niet tot de beschikking beperkt. Pas in een later stadium gaan wij die algemene beschouwing ook op de beschikking toespitsen.

Van der Eijden vraagt in feite om een meer interdisciplinaire benadering van het vraagstuk van niet-wetmatig bestuur. Ik ben het overigens met enige sprekers eens dat men aan de term 'onwetmatig bestuur' een pejoratieve bijsmaak kan onderkennen. Aan de andere kant hebben wij juist bij de begripsvorming aangegeven er prijs op te stellen dat de begrippen uitsluitend als een communicatiemiddel worden gehanteerd; in onze begripsomschrijving zal men het pejoratieve element dat misschien in het normale spraakgebruik bij het begrip 'onwetmatig bestuur' wordt ervaren, niet aantreffen. Wij hebben gezocht naar een gezamenlijke noemer voor het contra-legem- en sine-lege-besturen. Of de titel gelukkig is, valt misschien te betwijfelen, maar de term 'niet-wetmatig bestuur' zou waarschijnlijk het contra-legem-bestuur weer onvoldoende dekken.

Ik keer terug naar de vraagstelling over de interdisciplinaire benadering en het soms overschrijden van de grenzen die wij onszelf ten aanzien van het beschikkingsbegrip hebben gesteld. Naar mijn mening is deze vraagstelling terecht opgeworpen. Van der Eijden heeft eraan gerefereerd dat bij onze Vereniging niet alleen het bestuursrecht de invalshoek dient te leveren, maar dat ook de bestuurskundige invalshoek dient te worden gekozen. Anderzijds geloof ik dat het juist voor juristen – en dat zijn de beide preadviseurs toch primair – van belang is de eigen beperking te onderkennen en te trachten het juridische in de juiste verhoudingen te zien. Wij hebben dan ook op diverse plaatsen in het preadvies ten aanzien van begrippen zeer nadrukkelijk gerelativeerd. Wij hebben als het ware getracht in het preadvies de grenzen van de macht van het juridische tot uitdrukking te brengen. Er ligt naar mijn mening dan ook inderdaad een enorm terrein braak voor bestuurskundigen, vooral met betrekking tot de eisen op bladzijde 55, die als de door ons ontwikkelde 'codex' zijn betiteld.

Er is o.a. door *Van Wijnbergen* en *Van Kreveld* gevraagd wat deze 'codex' in het preadvies doet en wat de rechtstoepasser ermee moet. Ik geef direct toe dat deze rechtlijnen niet primair voor de rechtstoepasser bedoeld zijn. Zij zijn be-

doeld om aan te geven onder welke condities buitenwettelijk bestuur naar onze mening toelaatbaar kan worden geacht. Het gaat daarbij dan om de voorlopige mening van enkele juristen die zich in feite op het zeer gevoelige terrein van de bestuurskunde begeven. Met name de bestuurskunde zal antwoord moeten geven op vragen als 'hoe moet een adequate garanties biedend besluitvormingsproces worden ontwikkeld?' (punt 4 bladzijde 55). De jurist komt dan geleidelijk aan weer in beeld bij het sanctioneren van een dergelijk proces.

Dit is een beperking in het preadvies, inherent aan het feit dat geen van beide preadviseurs zich erop kan beroemen ook bestuurskundig zódanig geschoold te zijn, dat zij zouden kunnen trachten hier dergelijke modellen ter tafel te leggen. Wèl is het de bedoeling hierover vandaag gezamenlijk eventuele suggesties te ontwikkelen. *Van der Eijden* heeft de hoop uitgesproken dat het hier niet bij zal blijven, maar dat de gedachtenvorming van vandaag zal dienen als een aanzet om te komen tot een verdere ontwikkeling en concretisering. Persoonlijk zie ik daarbij, als gezegd, primair een taak voor de bestuurskundigen. Wij betogen dat de wetgeving niet altijd als grondslag voor bestuurlijk handelen hoeft te dienen en dat wel degelijk andere besluiten als zodanige grondslag kunnen fungeren, mits aan bepaalde randvoorwaarden is voldaan. In een zestal criteria geven wij vervolgens aan wat die randvoorwaarden in onze ogen zouden moeten inhouden. Het gestalte geven aan die randvoorwaarden is niet primair een werkzaamheid voor juristen, maar voor mensen van andere disciplines.

Van der Eijden heeft ook nog enige vragen aan het VAR-bestuur gesteld. Ik denk niet dat ik de aangewezen persoon ben om die vragen te beantwoorden.

De overige door Van der Eijden aangevoerde punten liggen eigenlijk allemaal op hetzelfde vlak. Zo heeft hij twijfel uitgesproken over onze beperking tot het beschikkingsbegrip en heeft hij de vraag gesteld waarom wij zogenaamde feitelijke handelingen niet expliciet in de beschouwing hebben betrokken. De 'feitelijke handelingen' hebben bij het schrijven van het preadvies wel steeds meegespeeld, zeer zeker ook bij het opstellen van de passages over de algemene kaderstelling van het buitenwettelijk bestuur. Daarbij is onmiskenbaar eveneens gedacht aan de vraag, in hoeverre het bestuur zonder enige wettelijke grondslag 'feitelijke handelingen' zou mogen stellen wanneer uit die 'feitelijke handelingen' uiteindelijk – want het causaal verband kan ver verwijderd zijn – rechtgevolgen kunnen voortspruiten voor burgers in het algemeen of voor individuele burgers. Wij menen dat ook voor dergelijk buitenwettelijk bestuur een basis aanwezig moet zijn.
Als een dergelijke basis niet in een wet dient te worden gevonden – wij hebben een uitgesproken voorkeur voor beperking van wetten –, kan naar onze voorlopige mening worden gedacht aan besluiten van algemene strekking die aan minimale eisen zullen moeten voldoen. Er is gezegd dat de door ons gestelde eisen vaag zijn, maar men zou ze ook vrij zwaar kunnen noemen. Ik teken daarbij aan dat ze wel zwaar moéten zijn, niet alleen uit het oogpunt van de rechtsbescherming van de burger, maar ook uit het oogpunt van de interne bestuursorganisatie.

In zijn tamelijk geharnast betoog heeft *Van Kreveld* de vraag gesteld of onwetmatig bestuur niet als per definitie tevens onrechtmatig moet worden gekenschetst. Wij houden in ons preadvies de mogelijheid open dat onwetmatig bestuur niet onrechtmatig hoeft te zijn: Van Kreveld verzoekt ons in dat verband voorbeelden te geven. Ik wijs hem erop dat op bladzijde 22 van het preadvies enkele voorbeelden uit de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep worden gegeven, mat name op het gebied van contra-legem-beschikkingen. Voorts wordt op bladzijde 50 en in noot 105 gewezen op de jurisprudentie van de belastingrechter in deze. Van Kreveld zelf constateert overigens dat er jurisprudentie komt, inhoudende dat men onder omstandigheden verplicht is tot tegenwettelijke handelingen.

Van Kreveld signaleert spanning tussen wet en praktijk en hij betreurt het dat de preadviseurs daarop weinig zijn ingegaan. Ik hoop dat hij toch enig begrip voor de terughoudendheid op dit punt kan opbrengen. Er zijn namelijk zeker drie elementen die in de beschouwingen moeten worden betrokken: wet, recht en praktijk is een driehoeksverhouding en de complicaties die daaruit voortspruiten. Wij hebben gemeend deze elementen wel in de beschouwing te moeten betrekken, maar geen uitputtend onderzoek te moeten instellen naar wat de praktijk zo al aan spanningen te zien geeft. Naar wij aannemen zijn die bij het gemiddelde lid van de VAR meer dan bekend. De vraag die ons veel meer bezighoudt is, in hoeverre de maatschappelijke spanningen al dan niet toelaten dat er een inbreuk op wettelijke voorschriften wordt gemaakt. Wij hebben ons wat dat betreft aangesloten bij de opvatting van Jellinek, inhoudende dat een dergelijke inbreuk in ieder geval niet toelaatbaar is wanneer het gaat om essentiële, fundamentele rechten van de mens. Bij wijze van voorbeeld noem ik het K.B. van 3 juli 1980, *A.B.* 1980, nr. 521. Het ging bij deze uitspraak om een subsidieverlening door de gemeente, autonoom, doch in strijd met de Wet op het voortgezet onderwijs, die namelijk de financiering uitputtend regelt. De subsidieverlening betrof een avondschool die onvoldoende financiën had en die, zoals werd gesteld, door het verouderd zijn in dezen van de WVO geen mogelijkheden zou krijgen. De gemeentelijke subsidieverlening vond in de ogen van de Kroon geen genade en werd dan ook vernietigd.

Een vraag van Van Kreveld was, of wij het uitoefenen van bevoegdheden binnen de Prijzenwet of de Wet op de Ruimtelijke Ordening in het voetspoor van Koopmans beschouwen als buitenwettelijk bestuur, omdat deze twee wetten zo veel beleidsruimte laten. Ons criterium is niet de overgelaten beleidsruimte; wij vragen ons af of deze wetten geheel voldoen aan het criterium dat wij bij het begrip 'wettelijk voorschrift' aanleggen, namelijk dat een wettelijk voorschrift bindende regels voor zowel de overheid als de burger moet inhouden. Er is dus een samenhang met de afbakening van ons begrip 'wettelijk voorschrift' en ons begrip 'onwetmatig bestuur'. De conclusie moet zijn dat niet kan worden gesteld dat wij iedere uitoefening van descretionaire bevoegdheid per definitie buitenwettelijk zouden willen noemen.

Naar de mening van Van Kreveld zou er in de kwestie-Von Herzberg wel degeljik een wettelijke, zelfs een grondwettelijke basis aanwezig zijn; hij noemt artikel 74

van de Grondwet. In de zaak-Von Herzberg werd beslist op grond van een richtlijn van de ministerraad en werd de beslissing ook uiteindelijk door de ministerraad genomen. Artikel 74 van de Grondwet kent, zoals Van Kreveld zelf opmerkt, de bevoegdheid aan de Koning toe en ik meen dan ook dat zelfs in strijd met artikel 74 van de Grondwet is gehandeld. Wat de ministerraad deed, had als zodanig geen wettelijke basis, in ieder geval niet in artikel 74 van de Grondwet.

Van Kreveld heeft betoogd dat beschikkingsbevoegdheid tot het verlenen van subsidies zou bestaan op grond van de algemene taak van de overheid om met de middelen uit 's rijks kas beleid te voeren. Sommige sprekers van vanmiddag blijken daar anders tegenaan te kijken. Ook wij – dat zal bij lezing van het preadvies duidelijk zijn geworden – menen dat niet op grond van zo'n algemene bevoegdheid om middelen uit 's rijks kas aan te wenden tevens zonder meer beschikkingsbevoegdheid mag worden aangenomen. Wij sluiten ons in dit opzicht gaarne bij Van der Burg en Steenbeek aan en wij eisen wel degelijk dat er een inhoudelijke regeling is waarbij criteria worden gegeven. Duidelijk moet bijvoorbeeld zijn in hoeverre men voor subsidieverlening in aanmerking kan komen, aan welke voorwaarden men grosso modo zal moeten voldoen en onder welke voorwaarden de subsidiëring kan worden gestaakt. Dat er op zulke punten duidelijkheid is, lijkt ons niet alleen van belang voor de subsidie-ontvanger, die overigens in deze tijd steeds meer op subsidie aangewezen blijkt te zijn, maar ook van belang voor derden.

Door Van Kreveld en anderen zijn opmerkingen gemaakt over de zogenaamde 'codex' op bladzijde 55. Het gaat daarbij in feite om een uiteenzetting van onze kant van condities waaronder naar onze mening buitenwettelijk mag worden bestuurd. Sommigen, onder wie Van Kreveld, hebben deze 'codex' vaag genoemd, anderen hebben daarentegen betoogd dat hij te strak is en vrijwel weer op een wettelijke regeling neerkomt. Ik wijs erop dat er een verschil is tussen de eisen van bladzijde 55 en de eisen voor een wettelijk voorschrift in de zin van onze definitie. Het begrip 'wetsvorm' blz. 55 is puur formeel: bedoel is 'de vorm van een wettelijke voordracht'. Op bladzijde 55 eisen wij voor wat betreft de bevoegdheid tot het maken van plannen, programma's, etcetera niet dat in een wet de inhoudelijke criteria worden gegeven. Deze criteria kan men in het plan zelf neerleggen. Hierin ligt bij vergelijking met een wettelijk voorschrift het grote verschil, waardoor bijstelling of wijziging soepeler wordt. Een wettelijk voorschrift heeft bepaalde waarborgen in zich: een grotere rechtszekerheid, in het algemeen een grotere officialiteit, een betere toegankelijkheid voor de burger en een grotere continuïteit. Een wettelijk voorschrift zal niet zo gemakkelijk kunnen worden gewijzigd of bijgesteld als een ander besluit van algemene strekking. Naar onze mening moet worden gegarandeerd dat men de vorm van het wettelijk voorschrift reserveert voor 'zware' onderwerpen. In dit verband hebben wij gewezen op het democratisch postulaat in samenhang met het rechtspostulaat; één van de beide vereisten op zichzelf zou nog niet toereikend zijn. Voor de overige door Van Kreveld opgeworpen vraagpunten moge ik verwijzen naar het antwoord aan Van der Eijden.

Ik ga over naar de interventie van *Van der Burg,* die na met ons (blz. 11 e.v.) de betrekkeljkheid van begrippen te hebben onderstreept, onze definitie van het begrip 'wettelijk voorschrift' of 'wet' op bladzijde 14 ter discussie heeft gesteld. Hij leest in onze definitie een duidelijke verwantschap met de opvattingen van Böthlingk. Böthlingk nam stelling tegen de leer van de School-Buys, maar de leer van Böthlingk is eigenlijk nooit aangeslagen. Dit laatste – Van der Burg wijst er terecht op – constateren wij zelf op bladzijde 43 van het preadvies. Wij menen geen aanhangers van het wetsbegrip van Böthlingk te zijn. In onze omschrijving van het begrip 'wettelijk voorschrift' eisen wij namelijk èn inhoudelijke waarborgen èn formele waarborgen.

De stelling dat op het ogenblik subsidies veelal eigenlijk sine lege worden gegeven, acht Van der Burg niet juist, omdat de bevoegdheid is terug voeren op de Comptabiliteitswet. Deze opvatting heeft hij ook te kennen gegeven in een recente annotatie in A.B., die wij bij het schrijven van het preadvies nog niet ter beschikking hadden (onder Afd. R. RvS 2 okt. 1979, *AB* 1981 no. 25). Overigens geeft hij direct toe dat de basis van de Comptabiliteitswet toch wel mager moet worden genoemd. Men zou naar zijn mening kunnen overwegen het wetsbegrip uit te breiden en – zo heb ik het althans begrepen – in de Comptabiliteitswet meer waarborgen op te nemen, met name door het noemen van criteria waaraan bij subsidieverlening moet worden voldaan. Ik meen dat Van der Burg en wij hier vrijwel op hetzelfde spoor zitten, hetgeen onder meer uit de passage bovenaan bladzijde 72 van het preadvies blijkt.

Gerdes heeft zich een onverbloemd voorstander getoond van de leer van de wetmatigheid van het bestuur voor alle bestuur dat er in Nederland wordt gevoerd. Hij ziet wel in dat de wetgeving op bepaalde punten te kort schiet, maar dat is dan een kwestie van onvoldoende opleiding van de wetgevingsjuristen, of vindt zijn oorzaak dáárin, dat er niet tijdig wordt bijgesteld of dat de volksvertegenwoordiging of het bestuur het misschien wel eens laat afweten. In ons preadvies benaderen wij deze problematiek anders. Wij stellen primair de vraag aan de orde of het wel juist is, alles in Nederland in wettelijke voorschriften te willen regelen. Hoe meer wetten er zijn hoe geringer de bekendheid ervan onder de bevolking kan zijn. Steenbeek spreekt in dit verband van het gevaar van 'wetgevingsconstipatie'; in ons preadvies betogen wij dat de de burger aangeboren eerbied voor de wet sterker op proef wordt gesteld naarmate men met meer wettelijke regels en regelingetjes komt. In verband daarmee pleiten wij ervoor wettelijke voorschriften te beperken tot beslissingen die door de volksvertegenwoordiging dienen te worden genomen – het democratisch postulaat – maar die bovendien van een zodanig rechtsgehalte zijn, dat men ze de burger kan voorhouden en van hem kan verwachten dat hij zich eraan houdt – het rechtspostulaat.

Gerdes heeft verder gezegd dat de Raad van State zich erg voorzichtig opstelt en er niet gauw toe overgaat beschikkingen onwetmatig te noemen; men heeft een voorkeur voor het motiveringsbeginsel. Ik meen dat Gerdes hier op iets wijst dat ook in het preadvies, met name op bladzijde 70, wel wordt gesignaleerd. Met name wanneer er niet zeer duidelijk sprake is van wetsschennis, wordt het motive-

ringsbeginsel – maar ook het zorgvuldigheidsbeginsel – eerder aangegrepen. De vraag, of daarmee tevens is gezegd dat er geen sprake zou zijn van wetsschennis, zouden we, denk ik, aan de Raad van State moeten voorleggen.

Bloembergen heeft een felle aanval op het democratisch postulaat ingezet. De jurisprudentie van de belastingrechter die in noot 105 van het preadvies wordt vermeld – overigens wordt daar in één adem een in onze ogen tegengestelde uitspraak van de *civiele* kamer van de Hoge Raad genoemd – meent hij niet te moeten zien als een inbreuk op de wet, tenzij 'wet' in zuiver legistische zin wordt opgevat. Naar mijn mening is het een kwestie van appreciatie: de één zal de bedoelde jurisprudentie van de belastingrechter willen uitleggen als het laten prevaleren van algemene beginselen van behoorlijk bestuur tegen de wet in, de ander zal er geen inbreuk op de wet in zien. De bijdrage van Scheltens in het Nederlands Juristenblad van 1978, p. 717-729, leek mij in een wat andere richting te gaan dan de opvatting die hier door Bloembergen ter tafel is gelegd.

Daarnaast heeft Bloembergen zich nogal fel gekant tegen de mogelijke opvatting dat het democratisch postulaat zou inhouden dat de rechter niet democratisch zou zijn. Ik zal de laatste zijn om dat te beweren. Bloembergen heeft gezegd dat er bijzonder veel 'ruis' in onze Nederlandse democratie zit en dat het daarom maar goed is dat de rechter van tijd tot tijd de fouten van de wetgever herstelt. Het democratisch postulaat moet naar zijn mening niet worden verheven tot een slogan om de rechter buiten spel te zetten: gelukkig is er naast de wetgever nog een andere macht in de staat. In dit verband spreekt hij in navolging van Amerikaanse literatuur van 'partners in the law'. Gezien de indruk die Bloembergen kennelijk uit het preadvies heeft gekregen en de indruk die ik na het beluisteren van zijn betoog heb, neem ik aan dat de opvattingen beiderzijds te scherp tegenover elkaar zijn gesteld. We kennen in Nederland weliswaar dan niet meer onverkort de leer van de machtenscheiding, maar wel de leer van een systeem van 'checks and balances'. In onze constitutie, anders dan bijvoorbeeld in de Amerikaanse, kennen we daarbij een duidelijk primaat van de wetgever, waarbij het hoofdaccent op de volksvertegenwoordiging moet liggen. Hiermee is de speciale aandacht voor het democratisch postulaat verklaard. Dat er overigens gevallen zijn waarin systeem van checks and balances eventueel zelfs ook tegen de wetgever in moet werken, is in de jurisprudentie al enkele malen gebleken. In het preadvies zijn genoemd: het pocketbooks II-arrest en het fluorideringsarrest, waarvan het laatste ook door Bloembergen werd vermeld. Nog duidelijker vind ik de zeer befaamde uitspraak van de Hoge Raad inzake de Doetinchemse woonruimtevordering (HR 25 febr. 1949, *NJ* 1949, no. 558), waarin lijnrecht tegen de tekst van de Woonruimtewet in tot toetsing van een woonruimtevordering werd overgegaan. Minister Witteman heeft deze opstelling van lagere rechters zeer gelukkig voor de rechtsstaat genoemd (*Hand. II,* 1947/1948, blz. 426). Het komt dus incidenteel wel voor dat de rechter corrigerend optreedt, maar dat doet in mijn ogen niet te kort aan het primaat van de wetgever zoals onze constitutie dat toch nog steeds kent.

Brenninkmeijer zou het een slechte oplossing vinden wanneer er nog uitsluitend wetmatig zou worden gehandeld. Het is overigens duidelijk dat niet iedereen in deze zaal er zo over denkt. De rechtmatigheid begint volgens de opvatting van Brenninkmeijer veel belangrijker te worden dan de wetmatigheid; het bestuur heeft, zo meent hij, grotere ruimte gekregen, die ruimte moet zorgvuldig worden ingevuld en de rechter moet daarop door middel van zijn rechtmatigheidscontrole toezien. Ik geloof dat we twee dingen erg goed uit elkaar moeten houden. Wetmatigheidscontrole en rechtmatigheidscontrole zijn namelijk van een geheel verschillende orde. Wetmatigheidscontrole heeft betrekking op de bevoegdheidsgrondslag, de grondslag tot het stellen van handelingen, met name beschikkingen, terwijl rechtmatigheidscontrole ziet op de wijze waarop er is gehandeld, waarbij het om een toetsingsmaatstaf gaat. Stellen we de wetmatigheid ten koste van de rechtmatigheid terzijde, dan gaat dat ten koste van elementen als: herkenbaarheid voor de burger, rechtszekerheid, officialiteit en constantheid.

In vele gevallen is, aldus Brenninkmeijer, buitenwettelijk beschikken een voor de burger vriendelijke daad. In zulke gevallen komt er geen procedure van, tenzij misschien bij een derdenberoep of in het kader van toezicht. Ik wijs er echter op dat de AROB-procedure steeds meer het karakter van een driepartijenproces begint te krijgen, waarbij de conflicten vaak tussen twee burgers in plaats van tussen burger en overheid blijken gaan. Het is dan ook maar de vraag, of wat voor de ene burger een vriendelijke daad is, door de andere burger als even vriendelijk wordt ervaren.

Hetzelfde geldt in feite voor de opmerking van Brenninkmeijer inzake hardheidsclausules. De toepassing van een hardheidsclausule, zo stelt hij, onttrekt zich veelal aan de waarneming van de rechter, want er zal geen procedure van komen. Dat is juist, maar het niet-toepassen van hardheidsclausules trekt wel degelijk de aandacht van de rechter. Met name het College van Beroep voor het Bedrijfsleven heeft er een grote gevoeligheid voor aan de dag gelegd.

Van Reijen heeft gevraagd, wanneer subsidiebeschikkingen kunnen worden geacht *cum lege* – dus overeenkomstig en met inachtneming van een wettelijk voorschrift – tot stand te zijn gekomen. Is dat het geval, zo wil hij weten, wanneer zij berusten op verordeningen die louter procedureel zijn of wordt de eis gesteld dat de basisverschaffende verordeningen een materiële inhoud hebben? In het preadvies wordt duidelijk het laatstgenoemde criterium aangelegd: er zal wel degelijk sprake moeten zijn van een wettelijk voorschrift dat zich in de door ons gegeven omschrijving kenmerkt doordat het ook de burgers bindt. Wij gaan uit van een wettelijk voorschrift dat ook tot de burgers gericht is en dat niet uitsluitend een bevoegdhedenkader aangeeft voor het eventueel doen van uitkeringen. Hiermee is overigens niet gezegd dat sine-lege-(subsidie)beschikkingen per definitie onrechtmatig zouden zijn. Wij hebben in het preadvies getracht steeds onderscheid te maken.

Daarnaast heeft Van Reijen gewezen op kleinere gemeenten, waar de raad in staat is zelfstandig over subsidie-aanvragen te beslissen. Hij vraagt zich af wat in zulke gemeenten eigenlijk nog het probleem is en waarom men nog een wettelijk

voorschrift zou eisen als, doordat de raad zelfstandig beslist, aan het democratisch postulaat is voldaan. Bij ons rijst echter de vraag of in zo'n geval ook in voldoende mate wordt voldaan aan het rechtspostulaat. Zojuist heb ik een voorbeeld gegeven van een autonome gemeentelijke subsidieverlening die toch in strijd bleek te zijn met de Wet op het voortgezet onderwijs. Hoe zit het in dit verband met de posities van derden? De raad kan wel bepaalde beslissingen nemen, maar in hoeverre schept dat voldoende garanties dat alle onder soortgelijke omstandigheden voor subsidie in aanmerking komende burgers gelijkelijk zullen worden behandeld. Deze vraag is vooral van belang als van geval tot geval wordt beslist zonder dat er een regeling aan ten grondslag ligt.

Ook *Van Ruler* heeft de vraag gesteld of de rechtsbescherming niet veel belangrijker is dan de kwestie van de wetmatigheid. Ik heb er al op gewezen dat het hier om twee vormen van controle van verschillend niveau gaat. Van Ruler blijkt duidelijk een andere opvatting te hebben dan Van Kreveld, wanneer hij betoogd dat wetmatig bestuur wel degelijk onrechtmatig kan zijn, dus dat volkomen wetmatig handelen onrechtmatigheid van dat handelen niet uitsluit. Wij zijn het ermee eens dat zich gevallen kunnen voordoen waarin wetmatig bestuur niet rechtmatig is. Ik weet niet of dat steeds door middel van hardheidsclausules moet worden opgevangen. Het lijkt mij goed dat bij publiekrechteljke voorschriften in ieder geval steeds wordt overwogen of er in de wetgeving een hardheidsclausule kan worden ingebouwd. Als zulks technisch mogelijk is, zal een dergelijke clausule inderdaad een 'sluis' zijn om te voorkomen dat er weliswaar cum lege, maar toch in feite onrechtmatig wordt bestuurd. Anderzijds kunnen hardheidsclausules ook een uitweg uit een wettelijk kader bieden, waarvan men *te veel* gebruik maakt. De praktijk van artikel 19 van de Wet op de ruimtelijke ordening moge in dezen als waarschuwing dienen.

Van Ruler heeft tenslotte gepleit voor het betrekken van meerdere disciplines bij het geven van een toepassing van hetgeen in het preadvies als gedachtenstof voor vandaag is aangedragen. Ik meen dat dit een goede suggestie is. Bij de beantwoording van Van der Eijden heb ik mij al instemmend uitgelaten over de opvatting dat er met name een taak voor bestuurskundigen ligt. Zoals in het recente nummer van Ars Aequi (*AA* 1981, p. 123-125) is geschilderd, vormt de bestuurskunde bij uitstek de trait d'union tussen straatrecht en bestuursrecht; dit is althans de opvatting van Klinkers. In de bestuurskunde zal plaats moeten zijn voor deskundigen van alle mogelijke disciplines. Wanneer men overigens inderdaad stappen wil ondernemen in de richting van concrete bestuursrechtelijke vormen, algemene bepalingen van bestuursrecht, bestuursrechtelijke voorschriften in de door ons bedoelde zin en wettelijke kaders, met daaraan gekoppeld plannen, programma's, etcetera, die conform de voorwaarden van bladzijde 55 van het preadvies worden samengesteld, dient men ervoor te waken dat het pleidooi voor een brede multidisciplinaire aanpak ertoe leidt dat dit alles verder maar op zijn beloop wordt gelaten. We moeten ons niet aan onze eigen verantwoordelijkheid in deze onttrekken. Het zal een wezenlijke taak voor de Vereniging zijn inhoud te geven aan hetgeen binnenkort grondwettelijk op ons af zal komen, namelijk

meedenken over en meewerken aan de totstandkoming van een Wet algemene bepalingen administratief recht. Ik hoop dat ons preadvies daartoe een klein steentje heeft kunnen bijdragen.

Bestuur en ereleden

1. Bestuur

Op 1 juli 1981 bestond het bestuur van de VAR uit de volgende personen:

mr. W. Konijnenbelt	(voorzitter)
mr. A.Ch.M. Rijnen	(secretaris)
mr. H.O. Thunnissen	(penningmeester)
mr. W. Blanken	
mr. A.R. Bloembergen	
mr. L. Dorhout	
mr. A.G. van Galen	
mr. Ch.P.A. Geppaart	
mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens	
mr. H.Th.J.F. van Maarseveen	
mr. L.A.G. Melis	
mr. B. Plomp	
mr. P. van Zanten	

2. Ereleden

mr. A.D. Belinfante
mr. A.M. Donner
mr. J.H van der Meide
mej. mr. H.J.D. Revers
mw. mr. A. Rothuizen-Geerts
mr. F.W. ter Spill
mr. G.J. Wiarda

Overzicht van preadviezen uitgebracht voor de VAR

*De met * aangeduide preadviezen zijn nog verkrijgbaar bij de uitgever of via de boekhandel*

II	mr. A. Koelma mr. R. Kranenburg	De verhouding van staatsrecht en administratief recht	(1940)
IV	mr. J. Kruseman mr. J.H. Scholten	De verhouding van administratief recht en burgerlijk recht	(1941)
VI	mr. A. Kleyn mr. J.V. Rijpperda Wierdsma	De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) handelingen of besluiten	(1942)
VIII	mr. L.J.M. Beel mr. G.J. Wiarda	Publiekrechtelijke overeenkomsten	(1943)
X	mr. E. Bloembergen mr. H.E.R.E.A. Frank	Administratieve rechtspraak op economisch terrein	(1946)
XIII	mr. J.M. Kan mr. W.G. Vegting	De grenzen van de verordenende bevoegdheid van de gemeente	(1947)
XV	dr. G.A. van Poelje mr. A.M. Donner dr. Jules Lespes	Codificatie van de algemene beginselen betreffende het administratief recht	(1948)
XVII	mr. S.J. Fockema Andreae mr. D. Simons	Het administratief recht in de Grondwet	(1949)
XIX	dr. S.O. van Poelje mr. C.H.F. Polak	Het begrip "algemeen belang" in de verschillende onderdelen van het administratief recht	(1950)
XXII	mr. H. Fortuin mr. A.J. Hagen	De voorwaardelijke beschikking	(1951)
XXIV	dr. I. Samkalden mr. G.J. Wiarda	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	(1952)
XXVI	dr. J.W. Noteboom mr. L.R.J. Ridder van Rappard	Samenwerking van overheid en particulieren	(1953)
XXIX	mr. W.F. Prins mr. H.D. van Wijk	Politiedwang	(1954)
XXXI	mr. D. Simons dr. F.E. de Visschere mr. S.F.L. Baron van Wijnbergen	Bestuursrecht en bestuurskunde	(1955)
XXXIV	dr. B. de Goede dr. M. Troostwijk	Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare	(1956)

		belangen	
XXXVI	mr. A.D. Belinfante mr. A. Mulder	De verhouding van administratieve sancties en straffen	(1957)
XXXVIII	mr. J. Korf mr. L.G. van Reijen	De overgang van rechten en verplichtingen uit administratieve rechtsbetrekkingen	(1958)
XL	mr. B. Bolkestein dr. D. van der Wel	Het goedkeuringsrecht	(1958)
XLII	mr. A.M. Donner mr. I. Samkalden	Zijn de traditionele vormen en begrippen van het bestuursrecht toereikend bij de uitbreiding van de overheidstaak met name op sociaal en economisch gebied?	(1960)
XLIV	mr. R.A.V. Baron van Haersolte dr. H.A. Brasz mr. J.G. Steenbeek	De overheidssubsidie	(1961)
XLVI	mr. W.F. Leemans mr. W.M.J.C. Phaf	Figuren als overdracht, machtiging en opdracht met betrekking tot bestuursbevoegdheden	(1962)
XLIX	mr. E.H. s'Jacob mr. J.C. Somer	De onderlinge verhouding van wettelijke voorschriften van verschillende wetgevers afkomstig	(1963)
LIV	mr. W. Duk mr. H.J.M. Jeukens	Terugwerkende kracht	(1965)
LVII	mr. J.M. Kan mr. N.H. Muller mr. R. Streng	Doeltreffendheid van het administratief beroep	(1966)
LIX	mr. D. van Duyne mr. J. Bulthuis	Het plan in het openbaar bestuur	(1967)
LX	mr. L.J. Brinkhorst mr. T. Koopmans mr. A.D. Peiffer mr. W.M.J.C. Phaf prof. mr. S.O. van Poelje	Tenuitvoerlegging van Gemeenschapsrecht door de Nederlandse overheid	(1968)
LXII	mr. O.A.C. Verpalen mr. F.J. Beunke	Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad	(1969)
LXIV	mr. F.H. van der Burg	Overheid en onderdaan in een representatieve democratie	(1970)
LXVI	mr. J.A.M. van Angeren mr. Th.J.C. Verduin	De sanctionering van het administratief recht	(1971)

LXIX	mr. A.M. Donner mr. P.J. Boukema mr. H.J.M. Jeukens	Naar aanleiding van enkele belangrijke aspecten van het rapport van de Staatscommissie Cals/Donner	(1972)
LXX	mr. L.J.M. de Leede mr. J.P. Scheltens	Het sociale verzekeringsrecht en het belastingrecht in het administratieve recht	(1973)
LXXIV	mr. M. Scheltema mr. W. Konijnenbelt	De rechtsverwerking in het administratieve recht	(1975)
LXXVI	mr. B. Plomp drs. E.L. Berg	Milieuheffingen	(1975)
LXXVIII	mr. W. Brussaard J. Rothuizen	Nieuwe juridisch-bestuurlijke ontwikkelingen in de ruimtelijke ordening	(1976)
LXXX	mr. S.V. Hoogendijk-Deutsch mr. R. Samkalden	Advisering in het bestuursrecht*	(1978)
LXXXII	mr. A.G. van Galen mr. H.Th.J.F. van Maarseveen	Beginselen van administratief procesrecht*	(1978)
LXXXIV	mr. R. Bergamin mr. C.J.G. Olde Kalter	Overheidspersoneel en grondrechten*	(1979)
LXXXVI	mr. F.W. ter Spill mr. A.Q.C. Tak	Onwetmatig bestuur*	(1981)
LXXXVIII	mr. P.J.J. van Buuren mr. M. de Groot-Sjenitzer	De omvang van de rechtsbescherming	(verschijnt eind 1981)