GESCHRIFTEN VAN DE VEREENIGING VOOR ADMINISTRATIEF RECHT

XIII

DE GRENZEN VAN DE VERORDENENDE BEVOEGDHEID DER GEMEENTE

PRAE-ADVIEZEN UITGEBRACHT DOOR

MR. J. M. KAN

EN

PROF. MR. W. G. VEGTING

MET EEN NOTA VAN PROF. MR. A. M. DONNER

VOOR DE ALGEMEENE VERGADERING OP 13 JUNI 1947

H. D. TJEENK WILLINK & ZOON N.V. - HAARLEM

DE GRENZEN VAN DE VERORDENENDE BEVOEGDHEID DER GEMEENTE

GESCHRIFTEN VAN DE VEREENIGING VOOR ADMINISTRATIEF RECHT

XIII

DE GRENZEN VAN DE VERORDENENDE BEVOEGDHEID DER GEMEENTE

PRAE-ADVIEZEN UITGEBRACHT DOOR

MR. J. M. KAN

EN

PROF. MR. W. G. VEGTING

MET EEN NOTA VAN PROF. MR. A. M. DONNER

VOOR DE ALGEMEENE VERGADERING OP 13 JUNI 1947

H. D. TJEENK WILLINK & ZOON N.V. - HAARLEM

DE VERHOUDING VAN DE VERORDENENDE BEVOEGDHEID DER GEMEENTE TOT DIE VAN „HOOGERE" LICHAMEN

Prae-advies van Mr. J. M. Kan

§ 1.

Op gevaar af verdacht te worden van de pretentie zich een „meester" te willen toonen, meent de steller van dit prae-advies er goed aan te doen de hem verstrekte opdracht zoo beperkt mogelijk op te vatten. Vooreerst heeft hij als de bedoeling van het bestuur der vereeniging begrepen, dat de prae-adviseurs, in stede van hetzelfde terrein vanuit een verschillend gezichtspunt te bewerken, ieder een onderdeel daarvan voor hun rekening zouden nemen. Bovendien is zelfbeperking, in het algemeen reeds wijs, i.c. volstrekt geboden, wil de schrijver niet de grenzen van een prae-advies volledig te buiten gaan en een oneervollen dood sterven in den oceaan van het aan de orde gestelde onderwerp. Gezette overweging van de zich hier openbarende moeilijkheden heeft den ondergeteekende geleid tot de slotsom, dat hij zijn prae-advies dient te beperken tot de verhouding van de verordenende bevoegdheid van de gemeente tot die van „hoogere" lichamen, meer concreet gezegd, dat hij zich in hoofdzaak dient te concentreeren op de artikelen 193 [1]) en 194 [2]) van de gemeentewet en de verschillende vragen, welke deze artikelen opwerpen.

Nog in een tweede opzicht dient hij zich naar zijn oordeel de noodige beperking op te leggen. De literatuur over het te behandelen onderwerp is zoo veelomvattend, dat hij meent te moeten volstaan met het doen van grepen uit den rijken voorraad en zich ontslagen te mogen achten van het geven van een volledig overzicht van de verschillende in den loop der tijden geuite meeningen. Anderzijds ziet hij zich, om het onderwerp een goed afgerond geheel te doen zijn, gedwongen verschillende zaken op te halen die den kenners van dit onderdeel van ons recht niet onbekend zijn.

---

[1]) Artikel 193 van de gemeentewet luidt: De plaatselijke verordeningen treden niet in hetgeen van algemeen Rijks- of provinciaal belang is. Bij twijfel, of eene verordening dit deed, verbindt zij, totdat artikel 185 is toegepast.

[2]) Artikel 194 van de gemeentewet luidt: De bepalingen van plaatselijke verordeningen, in wier onderwerp door eene wet, een algemeenen maatregel van bestuur, eene provinciale verordening of eene verordening van eene commissie of een orgaan, bedoeld in artikel 130, wordt voorzien, houden van rechtswege op te gelden.

§ 2.

Terwijl artikel 168 der gemeentewet een positieve omschrijving geeft van 's raads bevoegdheid tot het maken van gemeentelijke verordeningen, stelt artikel 193 in het eerste lid daaraan in het negatieve een grens door het verbod van het treden in hetgeen van algemeen Rijks- of provinciaal belang is. Men zal zich herinneren, dat deze laatste bepaling een uitvloeisel is van de drie sferentheorie, de gedachte, dat er een in abstracto begrensd gebied was dat van nature aan elk der drie wetgevers ter regeling toekwam, een gedachte indertijd in al haar consequenties verdedigd door Olivier, doch reeds in de gemeentewet zelf weer ten deele losgelaten in artikel 194 en thans vrijwel door niemand meer aanvaard. Labberton heeft er in zijn ook nu nog de moeite van het lezen volkomen loonende dissertatie „De gemeente als rechtsorgaan in haar verhouding tot den Staat" terecht op gewezen, dat de gemeente een plaatselijk rechtsorgaan is met rechtens onbepaalde competentie. Op het voetspoor van Buys, die de doelmatigheid beslissend achtte voor de vraag of een bepaalde materie door Rijk, provincie of gemeente dient te worden geregeld, acht Labberton de strekking van artikel 150 (thans artikel 193) der gemeentewet om voor de gemeente tot verboden terrein te verklaren hetgeen doelmatig op een gegeven oogenblik alleen door den algemeenen of den provincialen wetgever geregeld kan worden. Het oordeel hieromtrent komt den Koning, niet den rechter toe: de Koning kan een gemeentelijke verordening vernietigen, wanneer zij een materie regelt welke naar zijn oordeel door locaal recht niet doelmatig te regelen is. Naar Labberton's meening is vernietiging eener plaatselijke verordening wegens strijd met artikel 150 (193) der gemeentewet *materieel* gelijk te stellen met vernietiging wegens strijd met het algemeen belang: de Koning beoordeelt in concreto of regeling van de betrokken materie door de gemeente doelmatig is.

Bekend is de strijdvraag of het artikel in strijd met de Grondwet moet worden geacht, een vraag indertijd o.a. door Prof. Krabbe en Mr. G. van der Meulen bevestigend beantwoord. „Op „een goeden dag", aldus Oppenheim in zijn standaardwerk, „is „in het artikel een drievoudige strijd met de Grondwet ontdekt. „Strijd eensdeels met het beginsel, dat de, in de autonomie opge„sloten bevoegdheid niet attributief is, maar onbepaald, daar de „Grondwet geen groepen van belangen onderscheidt, die bijzon„derlijk tot de gemeente, tot de provincie of tot het Rijk behoo„ren; anderdeels met de bepaling, dat *de wet* de autonomie moet „regelen, terwijl hier de *Koning* geroepen wordt die autonomie

„nader te regelen en wel incidenteel door bij aanvragen om ver-
„nietiging te bepalen, tot welke belangen de gemeentelijke veror-
„deningsbevoegdheid — ook dan als de verordening met geen
„enkel voorschrift van hooger gezag strijdt — zich uitstrekt; en
„eindelijk met de bepaling, dat de Koning, behalve wegens strijd
„met het algemeen belang, alleen nog wegens strijd met de wet
„mag vernietigen, terwijl hier een derde grond van vernietiging
„is ingevoerd, nl. wegens het treden binnen de groep Rijks- of
„provinciale belangen".

Op Oppenheim maakte de aanklacht geen indruk, hetgeen mede zijn grond vond in zijn bekende leer, dat artikel 150 (193) het complement vormt van artikel 135 (168), zoodat zijns inziens de Koning, als hij een verordening vernietigt wegens het treden in hetgeen van algemeen Rijks- of provinciaal belang is, strijd constateert met „het voorschrift van de Grondwet, waarin den raad wordt aangezegd: alleen met het gemeentebelang zich af te geven".

In het prae-advies, in 1925 voor de Nederlandsche Juristen Vereeniging uitgebracht, gaf Prof. van der Pot als zijn meening weer, dat artikel 150 (193) een strijd om hetgeen de Regeering doelmatig acht, omzet in strijd met de wet en in zijn noot op blz. 320 van Oppenheim's werk merkte hij op, dat het artikel weliswaar formeel geen nieuwen vernietigingsgrond aan de beide, in de Grondwet genoemde toevoegt, doch dat dit materieel zijns inziens wel het geval is. „Juist omdat niemand kan zeggen wat
„tot ieders huishouding behoort, vindt vernietiging wegens strijd
„met artikel 150 plaats op grond — niet dat de gemeenteverorde-
„ning treedt in hetgeen van algemeen Rijks- of provinciaal belang
„*is,* maar — dat zij *naar het oordeel der Kroon geacht wordt*
„daarin te treden, welk oordeel, juist bij het ontbreken van elken
„maatstaf, alleen door doelmatigheidsoverwegingen kan worden
„voortbewogen".

Labberton ontkende in zijn proefschrift de ongrondwettigheid. De Grondwet gaat immers zelf van het bestaan van objectieve criteria tusschen de drie belangengroepen uit. Dat de opdracht aan den Koning is gegeven om incidenteel, bij ieder concreet onderwerp, te beslissen of het al of niet tot de gemeentelijke taak behoort, achtte Labberton noodzakelijk, nu de vraag of iets door de gemeente geregeld kan worden, niet „voor abstracte, algemeene beantwoording vatbaar is, doch altijd in concreto moet worden beoordeeld". Zijns inziens betreft het hier een bijzonderen vorm, waarin de strijd met het algemeen belang zich kan voordoen, een vorm, die „wegens haar groote belangrijkheid zeker wel op afzonderlijke vermelding mocht aanspraak maken" (o.c., blz. 15). En Labberton concludeerde, dat een gemeentelijke verordening in

strijd kan zijn met artikel 150, niet alleen als op haar terrein door den hoogeren wetgever reeds andere punten geregeld zijn, *doch ook wanneer haar gebied nog geheel onbetreden is.* „Niet alleen „de bevoegdheid om hooger regeling aan te vullen, de geheele „regelende bevoegdheid der gemeente onderwerpt artikel 150 aan „het oordeel des Konings omtrent haar doelmatigheid in casu. „Een onderwerp kan van Rijks- of provinciaal belang zijn, ook „zonder dat dit uit de aanwezigheid eener regeling bij wet of pro„vinciale verordening blijkt", aldus Labberton op blz. 17 zijner dissertatie.

Labberton kon nog constateeren, dat er, behoudens de twee bekende, door Thorbecke gecontrasigneerde besluiten van 28 Juli 1862, Stbl. no. 140, en 28 Juli 1862, Stbl. no. 141, geen voorbeeld was van vernietiging eener gemeente-verordening omtrent een door den hoogeren wetgever niet geregeld onderwerp, en dat artikel 150 alleen werd gebruikt ter beoordeeling van de opportuniteit van *aanvullende* werkzaamheden van den lageren wetgever. De schrijver betreurde, dat de practijk zich deze beperking heeft opgelegd.

Mijns inziens kan hier, welke bezwaren men ook overigens tegen het artikel kan aanvoeren, bezwaarlijk sprake zijn van strijd met de Grondwet. Immers, zooals de gemeentewet de verordenende bevoegdheid in artikel 168 op volkomen toelaatbare wijze in positieven zin afbakent, zoo kan de wet die bevoegdheid zeer wel mede in negatieven zin omgrenzen, aangenomen uiteraard, dat zij daarbij blijft binnen de grenzen, door de Grondwet getrokken. In dit verband is het van belang zich er rekenschap van te geven, dat de Grondwet zelf van het bestaan van door objectieve criteria gescheiden belangengroepen uitgaat. Anderzijds ligt het voor de hand, dat de Kroon, behoudens het hierna te noemen uitzonderingsgeval, nimmer artikel 193 der gemeentewet te hulp heeft geroepen, om het veto uit te spreken over de plaatselijke verordening die nog maagdelijk gebied betrad. Immers juist de omstandigheid, dat in abstracto niet is aan te geven hetgeen van Rijksbelang is, heeft ten gevolge, dat in de practijk het antwoord op de vraag wat hieronder te verstaan valt door den Rijkswetgever en diens bemoeiingen bepaald wordt. Heeft deze een bepaalde materie (nog) niet geregeld, dan kan moeilijk worden volgehouden, dat zij „van algemeen Rijksbelang" is. Immers elk criterium om tot deze conclusie te komen ontbreekt. Anderzijds is het zeer wel mogelijk, dat het ter hand nemen door de gemeente van de betrokken, nog niet geregelde materie door de Kroon in strijd met het algemeen belang wordt geoordeeld en de verordening *op dezen grond* een smadelijk einde vindt.

Inmiddels vormt de vernietiging in 1927 van de gemeentelijke huurverordeningen een voorbeeld van vernietiging van plaatselijke verordeningen wegens strijd met artikel 150 der gemeentewet zonder dat ter zake een wettelijke regeling bestond [1]). Behoudens in het hoofdartikel in de Gemeentestem van 2 Maart 1935, no. 4353, welks schrijver een zeer duidelijke manifestatie van den wil van den wetgever constateerde — Minister Kan sprak in November 1927 in de Tweede Kamer van een „levend lijk, dat nog vanuit zijn graf dirigeerde" — hebben de besluiten in de vakpers een slecht onthaal gevonden. Zoo wees Prof. van der Pot er in het Nederlandsch Juristenblad van 1927, tweede jaargang, aflevering 36, op, dat de bedoeling van den wetgever niet muurvast vaststond. Bovendien achtte hij het een miskenning van de kracht eener wet om haar bedoelingen effect te laten sorteeren na haar bestaan. Zijns inziens had de Regeering dan ook dienen te volstaan met vernietiging wegens strijd met het algemeen belang.

Sindsdien heeft, voor zoover de ondergeteekende heeft kunnen nagaan, nog slechts één verdere vernietiging plaats gevonden in een geval, dat in wezen vrijwel in hetzelfde vlak lag, een vernietiging, welke, voor zoover bekend, niet de aandacht heeft getrokken welke zij verdiende. Het betreft hier het Koninklijk besluit van 10 November 1939, Stbl. no. 2350, tot vernietiging van het besluit van den raad der gemeente Gorinchem van 10 Juni 1938, strekkende tot aanvulling van de algemeene politieverordening dier gemeente. De overwegingen van bedoeld besluit waren de volgende:

---

[1]) In het hierna uitvoeriger te bespreken proefschrift van Mr. van der Roest „Het vraagstuk der gemeentelijke aanvullingsbevoegdheid" meent de auteur, dat de Koninklijke besluiten geen uitzondering vormen op de bestaande practijk, „omdat op het oogenblik, dat de huurverordeningen in het leven „werden geroepen, *er weliswaar in letterlijken zin geen wettelijke regeling „meer bestond* op wier gebied de regeling kon treden, doch dat de overweging „der Kroon er van uitgaat, dat de wil van den wetgever ook na de intrekking „der wet niet heeft opgehouden zich te manifesteeren". Zijns inziens blijkt uit de overweging duidelijk, dat men niet van een Rijksbelang op zichzelf en dus van een gefixeerd huishoudsbegrip is uitgegaan. Ik geef dit gaarne toe, doch daarom had ook de vermelding van artikel 193 der gemeentewet m.i. achterwege dienen te blijven en had de Regeering moeten volstaan met vernietiging wegens strijd met het algemeen belang.

Prof. van den Bergh wees er in de Tweede Kamer in November 1927 op, dat het denkbaar is, dat een wet een *negatief* algemeen Rijksbelang zou scheppen. Hij voegde hieraan toe, dat het eenige, dat wettelijk nog bestond, was de verklaring van de Kroon ex artikel 15 van de Huurcommissiewet, volgens welke „ten aanzien van alle gemeenten de omstandigheden het voortbestaan van de Huurcommissiewet niet langer noodzakelijk maken" en dat er een groot verschil bestaat tusschen de uitspraak: in geen enkele gemeente is de Huurcommissiewet meer noodig, en: in geen enkele gemeente mag de materie van voorkomen van onredelijk opdrijven van huren meer worden geregeld.

„Overwegende, dat de raad der gemeente Gorinchem bij zijn „voormeld besluit hoofdstuk VI van de algemeene politieverorde„ning heeft aangevuld met een artikel 125 bis, luidende als volgt:

„„Het is aan een ieder verboden een openbare bioscoopvoorstel„ling bij te wonen of zich daartoe toegang te verschaffen, indien „deze, blijkens de ingevolge artikel 17 der Bioscoopwet bij den „ingang aangebrachte mededeeling, voor hem niet toegankelijk „is";

„dat artikel 127 der algemeene politieverordening op overtre„ding van bepalingen van hoofdstuk VI hechtenis van ten hoogste „een maand of geldboete van ten hoogste honderd vijftig gulden „stelt;

„Overwegende, dat artikel 125bis zich richt tegen kinderen, die „krachtens de Bioscoopwet op grond van hun leeftijd niet tot be„paalde voorstellingen mogen worden toegelaten en ten doel heeft „de Rijksregeling op dit punt aan te vullen;

„dat de Rijkswetgever echter welbewust en met het oog op de „daaraan in zijn oogen verbonden bezwaren geen regeling heeft „getroffen met betrekking tot de strafbaarheid van kinderen, die „voor hen niet toegankelijke voorstellingen bezoeken;

„Overwegende, dat het onder deze omstandigheden den ge„meenteraad — afgezien van de vraag of de Bioscoopwet aanvul„lende regeling door den plaatselijken wetgever toelaat — niet „vrij staat met betrekking tot dit punt regelen te stellen;

„dat een gemeenteraad dus doende, de grenzen van zijn be„voegdheid overschrijdt en mitsdien in strijd met de wet handelt".

Wat toch was het geval? Bij de totstandkoming van de Bioscoopwet heeft de wetgever zich uitdrukkelijk de vraag gesteld of het aanbeveling zou verdienen ook een strafbepaling op te nemen tegen niet-volwassenen, die, ondanks het door de Centrale Commissie gegeven verbod, de voorstelling van de voor hen niet toegelaten film bijwonen. Men overwoog echter, dat reeds utiliteitsgronden hiertegen pleiten. Immers welke straf zou men aan deze overtreders kunnen opleggen? De Rijkswetgever had zich dus welbewust van regeling onthouden, zoodat voor den gemeenteraad van Gorinchem naar het oordeel der Regeering eveneens het hands off diende te gelden.

Kennelijk heeft de Regeering het echter niet aangedurfd strijd met artikel 193 van de gemeentewet te constateeren, doch wierp zij het over den boeg van strijd met de Bioscoopwet, hoewel de aanvullende verordening zich met letter en structuur van de wet verdroeg. Ik kom hierop later nader terug.

Het betrof hier een geval, dat vrijwel gelijk lag als het probleem, door Prof. Oppenheim besproken, of de raad, sinds bij de

wijziging der Besmettelijke-Ziektenwet in 1889 de mazelen geschrapt werden, nog bevoegd is verordeningen te maken tot wering dier ziekte, speciaal tot verbod van schoolbezoek door huisgenooten van lijders aan die ziekte. Uiteraard lag hier de zaak voor het uiterlijk in zoover anders, dat artikel 29 dier wet de gemeenten in het algemeen tot aanvulling bevoegd verklaarde, terwijl de Bioscoopwet zulk een bepaling niet bevat en slechts ten aanzien van eenige onderdeelen van het rechtsgeldig bestaan van gemeentelijke verordeningen uitgaat.

Doch wie de gemeenten in het algemeen ook zonder uitdrukkelijke uitspraak van den wetgever tot aanvulling bevoegd acht — ik kom hierop nader terug — en deze bevoegdheid mede erkent als de wet slechts met betrekking tot eenige onderdeelen een uitdrukkelijke voorziening bevat, zal tot de conclusie komen, dat dit geen verschil maakt. Van doorslaggevende beteekenis moet het echter naar mijn meening worden geacht, *waarom* de Rijkswetgever het betrokken onderdeel niet heeft geregeld. In het Gorinchemsche geval was hij van meening, dat het bezoek van jeugdige personen langs den weg van een verbod met strafsanctie niet deugdelijk zou kunnen worden bestreden, en dat het geïncrimineerde euvel langs anderen weg, i.c. langs dien van het ontoelaatbaar verklaren van de daarvoor in aanmerkingen komende films voor bepaalde leeftijden, zou dienen te worden aangetast. In dezen gedachtengang mocht de plaatselijke wetgever niet zonder meer het middel ter hand nemen, dat de Rijkswetgever welbewust zelf niet had willen hanteeren, waarbij het inmiddels de vraag is op welken grond vernietiging diende te geschieden.

De schrapping der mazelen in het geval van de Besmettelijke-Ziektenwet geschiedde, omdat de wetgever van voorschriften met betrekking tot deze ziekte niet het gewenschte gevolg verwachtte, doch wel nadeel voor het onderwijs vreesde. Doch is het dan aannemelijk, dat de locale wetgever, met minder machtsmiddelen uitgerust dan „zijn groote broer", hiertoe zonder meer wel in staat zal zijn? In een dergelijk geval dient aanvullende regeling, anders dan Labberton meent, naar mijn oordeel slechts dan geoorloofd te zijn, wanneer de locale omstandigheden in een of meer bepaalde gemeenten zoodanig zijn, dat het nadeel voor het onderwijs wordt gecompenseerd door het voordeel voor de volksgezondheid. Met andere woorden: terwijl in het algemeen de bevoegdheid tot het stellen van aanvullende regelingen moet worden ondersteld, dient in een geval als het onderhavige de bewijslast als het ware te worden omgedraaid en moet de gemeente het bestaan der bijzondere omstandigheden, welke aanvullende regeling gebieden, aantoonen. Slaagt zij daarin niet, dan zal zij haar verordening vernietigd kunnen zien wegens strijd met het algemeen belang, zulks

op dezen grond, dat het in strijd met dit belang geacht moet worden, dat de gemeente, zonder dat daartoe bijzondere gronden bestaan, een verbod uitvaardigt met betrekking tot een materie die naar 's Rijkswetgevers oordeel niet voor uitvaardiging van een verbod in aanmerking komt.

De aandacht zij in dit verband mede gevestigd op de geschiedenis der totstandkoming van de wet van 5 Juni 1875, Stbl. no. 110, tot vaststelling van bepalingen betreffende hondsdolheid, eveneens door Labberton in zijn dissertatie aan de vergetelheid ontrukt. In de Tweede Kamer was de geheele paragraaf met preventieve maatregelen tegen de hondsdolheid (ook: verplicht muilkorfdragen) uit de wet gelicht. In de Eerste Kamer werd toen de vraag gesteld of nu de lagere wetgever nog bevoegd was verordeningen met preventief karakter te maken. Ook hier bevatte het wetsontwerp een uitdrukkelijke bepaling, voorschrijvende, dat provinciale en plaatselijke verordeningen, betreffende het onderwerp bij deze wet geregeld, verbindend zouden blijven, voor zoover zij niet in strijd zouden zijn met de bepalingen dezer wet, terwijl onder hetzelfde voorbehoud nieuwe verordeningen zouden kunnen worden gemaakt.

Ook in dit geval lijkt mij weer het beslissend criterium te zijn, *waarom* de Rijkswetgever zelf geen preventieve maatregelen tegen de hondsdolheid heeft opgenomen. Is dit uitsluitend geschied, omdat hij alleen *uniforme* preventieve bepalingen niet wilde, natuurlijk kan dan met Labberton worden aangenomen, dat de lagere wetgever, zoo de locale omstandigheden daartoe nopen, bevoegd is ook op dit punt de wet aan te vullen. Doch geenszins kan ik Labberton volgen waar hij den lageren wetgever niet aan andere bedoelingen wil binden dan voor zoover die in uitdrukkelijke bepalingen haar belichaming hebben gevonden. Het is waar, met de „bedoeling" van den wetgever is in den loop der tijden veel gesold en men zij met het constateeren daarvan uiterst voorzichtig; ik geef mede gaarne toe, dat, indien 's wetgevers bedoeling niet in den tekst zelf der wet is neergelegd of duidelijk in haar structuur tot uitdrukking komt, vernietiging wegens strijd met de wet niet mogelijk is, doch in de gevallen waarin die bedoeling, zij het in negatieven zin, onomstootelijk vastligt, valt niet in te zien waarom ook de lagere wetgever daaraan niet in het algemeen gebonden zou zijn, tenzij, zooals reeds hiervoren werd betoogd, de locale omstandigheden van zoo specialen aard zijn, c.q. sedert de totstandkoming van de Rijksregeling zijn geworden, dat afwijking geboden moet worden geacht. Als in dergelijke gevallen de gemeenten 's Rijkswetgevers bedoeling met voeten treden, volge vernietiging wegens strijd met het algemeen belang.

Ook Prof. Vegting ziet mijns inziens de zaak in zijn dissertatie

iets te simplistisch. „Uit het feit, dat de hoogere wetgever bij zijn „regeling bepaalde handelingen niet heeft verboden", aldus deze auteur op blz. 21 van zijn dissertatie, „een bepaald gebod niet „heeft gesteld, terwijl zulk een verbod of gebod niet strijdt met „den inhoud der gestelde regelen, kan men immers niet afleiden, „dat deze wetgever de vrijheid tot het al of niet verrichten dezer „handelingen wenschte te doen voortbestaan en een bepaling, als „de lagere wetgever vaststelde, bepaaldelijk niet wenschte". Ik geef dit gaarne toe, doch als gezegd, het is zeer wel mogelijk, dat, gelijk bij de totstandkoming der Bioscoopwet, de bedoeling der onthouding onomstootelijk is komen vast te staan en dan zal de gemeente in strijd *met het algemeen belang* handelen door met hetzelfde motief, dat de Rijkswetgever te licht oordeelde voor het uitvaardigen van een verbod, een plaatselijke verordening vast te stellen, tenzij inmiddels de omstandigheden in belangrijke mate gewijzigd zijn. Bij de beoordeeling van de vraag of de uitvaardiging van een plaatselijke verordening in strijd met *het algemeen belang* moet worden geacht — niet of zij in strijd is met de wet — zal de Kroon m.i. dus wel degelijk — anders dan mijn geachte medeprae-adviseur blijkbaar meent — zich de vraag moeten stellen om welke reden de Rijkswetgever het betrokken terrein niet betrad. Anderzijds is het inderdaad zoo, dat de plaatselijke wetgever het door den Rijkswetgever met opzet niet geregelde terrein betredende, ook m.i. niet gezegd kan worden te zijn getreden in hetgeen van algemeen Rijksbelang is [1]). Ik onderschrijf dan ook gaarne Prof. Vegting's meening, dat artikel 193 [2]) der gemeentewet beteekenis voor de vaststelling van den omvang van de wetgevende bevoegdheid van den gemeenteraad moet worden ontzegd.

Behalve in het geval van de gemeentelijke huurverordeningen heeft men kennelijk de vernietiging wegens strijd met artikel 193 der gemeentewet niet aangedurfd, indien de gemeente een nog maagdelijk terrein betrad. De bijzondere aandacht verdient in dit verband het Koninklijk besluit van 1 October 1919, Stbl. no. 587, waarbij op grond van de omstandigheid, dat een wettelijke rege-

---

[1]) Men zie in dit verband het arrest van den H.R. van 30 Juni 1924, Adm. en Recht. beslissingen, blz. 413, waarbij de H.R. overwoog, dat, hoewel de strekking der wet van 11 Juli 1882, Stbl. no. 91, was niet alleen om de ijk, die van regeeringswege op weegwerktuigen werd toegepast, af te schaffen, doch ook om toe te laten, dat dus deze voorwerpen voortaan zonder belemmering van regeeringswege zouden kunnen worden gebruikt, daaruit echter niet volgt, dat, waar de Rijkswetgever zich onthield, het voortaan ook voor den gemeentelijken wetgever verboden zou zijn zich met dit onderwerp in te laten.

[2]) De schrijver noemt hiernaast ook artikel 194, waarvan m.i. de facto wel degelijk grooten invloed op den omvang van de wetgevende bevoegdheid van den raad kan uitgaan.

ling met betrekking tot de in het betrokken besluit voorziene materie *in voorbereiding* was, werd vernietigd wegens strijd met het algemeen belang een besluit van den raad van Rotterdam tot het in erfpacht uitgeven van een gemeenteterrein aan de afdeeling Rotterdam van de Vereeniging voor facultatieve lijkverbranding en het besluit van Gedeputeerde Staten tot goedkeuring.

Een gelijke beslissing werd in 1936 genomen met betrekking tot verordeningen van de gemeenten Bussum, Maartensdijk, Hillegersberg en Oudewater (Koninklijke besluiten van 24 December 1936, Stbl. no's. 2641, 2642, 2643 en 2644), welke vernietigd werden op grond van de overweging, dat de verordeningen in zake de exploitatie van winkelzaken enz. in strekking overeenkwamen met die van het bij de Staten-Generaal aanhangige wetsontwerp tot regeling betreffende het vestigen van inrichtingen, waarin eenige tak van detailhandel, ambacht of kleine nijverheid zal worden uitgeoefend, welk onderwerp beoogde dezelfde materie — en zulks op anderen grondslag — centraal te regelen.

Ook hier achtte de Kroon het in strijd met het algemeen belang, dat, in afwachting van hetgeen de wetgever te dezer zake zou beslissen, op die beslissing door een daad van een overheidscollege zou worden vooruitgeloopen.

Merkwaardig is, dat de Regeering het in 1919 blijkbaar niet aandurfde strijd met artikel 193 der gemeentewet te stellen, hoewel de Rijkswetgever door het zelf op stapel zetten van een wetsontwerp met de daad had aangegeven de betrokken materie als van Rijksbelang te achten, in 1927 in een eigenlijk minder sprekend geval wel artikel 193 der gemeentewet geschonden achtte en in 1936 weer tot de in 1919 en 1920 aanvaarde constructie van vernietiging wegens strijd met het algemeen belang terugkeerde. Een ten slotte blijve niet onopgemerkt, dat het wetsontwerp, dat in het geval van het Koninklijk besluit van 1 October 1919, Stbl. no. 587, den weg aan de gemeentelijke verordening versperde, nog steeds het Staatsblad niet heeft bereikt [1]) ! Is het wonder, dat de gemeenten wel eens bevreesd zijn voor het subjectief oordeel der Regeering?

§ 3.

In de practijk is artikel 193 der gemeentewet, behoudens de genoemde uitzonderingen, uitsluitend gebezigd bij de beantwoording van de vraag, in hoeverre, wanneer een hoogere instantie

---

[1]) De aandacht zij er op gevestigd, dat na de bevrijding eenige besluiten tot het heffen en invorderen van rechten voor het gebruik van een urnentuin — voor beperkten tijdsduur — zijn goedgekeurd.

een bepaalde materie geregeld heeft, aanvulling door de gemeente geoorloofd is.

Aanvankelijk heeft de rechter na de totstandkoming der gemeentewet deze vraag ontkennend beantwoord, doch reeds spoedig verschenen circulaires, die aan de gemeenten meer vrijheid lieten.

Mr. van der Roest gaat in zijn reeds geciteerd proefschrift de administratieve practijk na en herinnert daarbij in de eerste plaats aan de studie van Labberton in Themis 1909, die de voordien verschenen Koninklijke vernietigingsbesluiten aan een onderzoek onderwierp en deze juist met het oog op de vraag der aanvullingsbevoegdheid trachtte te classificeeren. Labberton onderscheidde de volgende groepen van besluiten:

a. besluiten, waarbij het vernietigde artikel een voorschrift van hooger gezag eenvoudig geheel of gedeeltelijk herhaalde, zoodat van eigenlijke aanvulling der wet geen sprake was;
b. besluiten, waarbij het geldingsgebied der betrokken bepalingen gedeeltelijk samenviel. Van der Roest wijst hierbij, in navolging van Labberton, op het willekeurige, dat aan de „abstraheering" door de Kroon van de draagwijdte der hoogere regeling is verbonden;
c. besluiten, waarbij het geldingsgebied der vernietigde bepaling zelfs niet gedeeltelijk samenviel met dat eener hoogere regeling.

Mr. van der Roest citeert dan Labberton's conclusie, dat de Kroon „elk artikel eener gemeenteverordening, die ook maar in „een verwijderd verband staat tot een hoogere regeling, desnoods „kan vernietigen" en haalt in dit verband ook Prof. Kranenburg aan, die evenmin in de vernietigingsbesluiten, die de gemeenten binnen de grenzen van haar wetgevend gezag trachtten te houden, eenheid van stelsel kon ontdekken en Mr. Vos, die (in Leon's Rechtspraak, Dl. I, afl. 2, Gemeentewet, blz. 451 e.v. ad art. 193) meende, dat de Kroon als systeem huldigde, dat, tenzij de hoogere regeling die bevoegdheid uitdrukkelijk toekent, artikel 193 aanvullende bevoegdheid aan den gemeenteraad ten aanzien van hoogere regeling ontzegt.

Anderzijds wijst Mr. van der Roest er op, dat in tal van ministerieele missives, waarbij verklaard werd, dat geen grond voor vernietiging bestond, de aanvullingsbevoegdheid erkend werd, zij het op grond van soms uiteenloopende redeneeringen, doch ook hij is van meening, dat van eenig systeem eigenlijk geen sprake is en dat men zoowel voor een ruime als voor een beperkte aanvullingsbevoegdheid de noodige voorbeelden uit de practijk kan aanvoeren.

Gaan wij in dit verband de in de laatste 25 jaar verschenen,

op artikel 153 (thans artikel 193) der gemeentewet gebaseerde vernietigingsbesluiten na, dan zij allereerst vermeld het Koninklijk besluit van 30 December 1925, Stbl. no. 522. Bij dit K.B. werd wegens strijd met de wet vernietigd een verordening der gemeente Nieuwenhagen, welke in het belang van de eerlijkheid van den handel bepalingen inhield betreffende aanduidingen voor eieren en het aanbrengen van die aanduidingen op eieren, terwijl deze materie voor den handel in waren, waaronder ook eieren vallen, door artikel 14 der Warenwet aan een algemeenen maatregel van bestuur was voorbehouden. Mitsdien werd in het K.B. overwogen, dat de verordening was getreden in hetgeen van Rijksbelang is en werd zij, gelet op de artikelen 153 en 154 der gemeentewet, vernietigd wegens strijd met de wet.

Zou artikel 193 der gemeentewet in zijn graf worden bijgezet, dan zou m.i. in een geval als het onderhavige eveneens zeer wel vernietiging hebben kunnen plaats vinden wegens strijd met de Warenwet: een verordening, die een materie ter hand neemt welke door de wet aan een algemeenen maatregel van bestuur is voorbehouden, komt m.i. in rechtstreekschen strijd met die wet en kan ook, zonder dat op artikel 193 der gemeentewet een beroep gedaan wordt, wegens strijd met de wet vernietigd worden. Hier ligt de zaak in hetzelfde vlak als in de gevallen, waarin de gemeente een materie regelt die bij de Grondwet aan de wet is voorbehouden, in welke gevallen eveneens steeds strijd met de wet, i.c. met de Grondwet, aanwezig is geacht [1]).

In dit verband zij gewezen op het K.B. van 22 Juli 1930, Stbl. no. 340, dat het doodvonnis uitsprak over een verordening der gemeente Sittard, welke eigenaars enz. van wegen, bermen e.d. onder meer de verplichting oplegde te gedoogen, dat daarop leidingen werden aangebracht o.a. voor verlichting, waartegenover de gemeente zich verplichtte alle hieruit voortvloeiende schade te vergoeden. Overwogen werd, dat, „voor zooveel de verordening „beoogt ter opheffing van privaatrechtelijke belemmeringen, die „eigenaren en verdere gerechtigden kunnen opwerpen, aan de

[1]) Men zie o.a. het arrest van den H.R. van 17 Dec. 1934 (Luttenberg's chronologische verzameling 1933—1934, blz. 1934 e.v.) in zake de verordening op de bewaarscholen van de gemeente Amsterdam, waarbij op grond van artikel 200, lid 2, der Grondwet, het geven van onderwijs behoudens twee bij de *wet* te stellen beperkingen, vrij verklarende, aan een bepaling der A.P.V. van Amsterdam, verbiedende een voorbereidende school of bewaarschool op te richten of te hebben, bindende kracht werd ontzegd. Bij het middel van cassatie was betoogd, dat het grondwetsartikel buiten de bevoegdheid van den gemeentelijken wetgever slechts doet vallen het onderzoek naar de bekwaamheid en de zedelijkheid van het onderwijzend personeel, doch daarmede nog niet de zorg voor behoorlijke, hygiënisch ingerichte lokalen buiten de bevoegdheid van den gemeentelijken wetgever valt.

„gemeente rechten tot gebruik van andermans goed te verzekeren, „zij met deze verschuiving treedt in een onderwerp van burgerlijk „recht, dat door artikel 151 der Grondwet ter regeling is voorbe- „houden aan den wetgever". En de verordening werd dan ook vernietigd wegens strijd met artikel 151 der Grondwet, „gezien „artikel 153 der gemeentewet". De vraag, in hoeverre de verordening de facto was getreden in het burgerlijk recht, laat ik gaarne aan mijn geachten mede-praeadviseur Prof. Vegting over; volsta zij met er op te wijzen, dat i.c. artikel 153 (193) der gemeentewet slechts zijdelings in het geding werd gebracht („gezien artikel 153 der gemeentewet") en dat de vernietiging gegrond werd op strijd met artikel 151 der Grondwet, hetgeen geheel ligt in de lijn van hetgeen hiervoren werd betoogd.

Aan de vergetelheid worde, behalve het op blz. 34 nader te bespreken K.B. van 17 Maart 1932, Stbl. no. 98, in zake een vleeschkeuringsverordening der gemeente Alphen aan den Rijn, voorts ontrukt het K.B. van 5 Maart 1931, Stbl. no. 71, tot gedeeltelijke vernietiging van een besluit van den raad der gemeente Rotterdam van 7 October 1929, voor wat betreft artikel 51, derde lid, van het Ambtenarenreglement der gemeente Rotterdam. In die bepaling was een voorbehoud gemaakt op het geven van vacantie aan verlofspersoneel voor het vervullen van den militairen dienst, i.c. de herhalingsoefeningen. In ellenlange overwegingen werd overwogen, dat bedoeld voorbehoud „belemmerend werkte op de „voorziening in de behoefte aan reserve-personeel met daartoe „geschikte krachten, zoomede op een doeltreffende aanvulling „van het reservepersoneel in de hoogere rangen", hetgeen in strijd met het algemeen belang werd geoordeeld. De vernietiging geschiedde dan ook wegens strijd met het algemeen belang, doch „gelet op artikel 153 der gemeentewet", een toevoeging, welke m.i. niet ter zake dienende was daar ook in de overwegingen geen sprake was van een treden in hetgeen van algemeen Rijksbelang is. Met geen woord werd immers betoogd, dat de gemeente hier een gebied had betreden, dat uitdrukkelijk of stilzwijgend aan den Rijkswetgever ter regeling was voorbehouden, zoodat de vermelding van artikel 153 der gemeentewet beter achterwege had kunnen blijven.

Thans trede voor het voetlicht het K.B. van 14 November 1931, Stbl. no. 438, waarbij wegens strijd met artikel 193 der gemeentewet werd vernietigd een besluit van den raad der gemeente Eibergen tot vaststelling van een instructie voor de gemeentevroedvrouwen aldaar. Overwogen werd, dat de instructie voorschriften inhield betreffende de particuliere uitoefening van de geneeskunst door de twee vroedvrouwen en dat voor de uitoefening der geneeskunst voorschriften zijn vastgesteld bij de wet van

1 Juni 1865 (Stbl. no. 60), welke voorschriften *daardoor van algemeen Rijksbelang zijn geworden,* weshalve het besluit in strijd werd geacht met artikel 193 der gemeentewet.

Het is te begrijpen, dat het Kamerlid van den Bergh zich geroepen achtte de beide Ministers, die het Koninklijk besluit gecontrasigneerd hadden, naar aanleiding van de overwegingen aan den tand te voelen. (Aanhangsel tot het Verslag van de Handelingen der Tweede Kamer, vel 52, blz. 105). Moeten deze overwegingen, aldus de heer van den Bergh, worden opgevat in dien zin, dat, wanneer een materie bij of krachtens de wet geregeld is, de gemeentelijke wetgever ten aanzien van deze materie geenerlei zoogenaamde „aanvullende" bevoegdheid bezit? Blijkens het antwoord der beide Ministers was het geenszins de bedoeling der Regeering af te wijken van de bestaande gedragslijn. In het onderhavige geval was, aldus de Ministers, voor aanvullende regeling echter geen plaats, aangezien de wetgever, blijkens het opschrift van de wet van 1 Juni 1865, de regeling van de uitoefening der geneeskunst aan zich heeft gehouden.

Dit neemt echter niet weg, dat de overwegingen van het vernietigingsbesluit weinig gelukkig mogen worden genoemd. Daargelaten of men uit het opschrift eener wet het uitputtend karakter met genoegzame betrouwbaarheid kan afleiden, had het aanbeveling verdiend in het besluit zelf duidelijker tot uitdrukking te brengen, waarom i.c. geen aanvullende bevoegdheid aanwezig werd geacht.

Vermelding verdient, dat in het in den eersten tijd der bezetting genomen besluit van de Secretarissen-Generaal van Sociale Zaken en van Binnenlandsche Zaken van 22/27 November 1940 (Gemeentestem no. 4658), waarbij een bepaling van de politieverordening van Bergen op Zoom in zake het dansen wegens overschrijding van de grenzen der aanvullende bevoegdheid, werd vernietigd wegens strijd met de wet, met geen woord werd gerept van het treden in hetgeen van algemeen Rijksbelang is. Overwogen werd, dat de betrokken bepaling, behoudens de mogelijkheid van ontheffing, welke overigens op bepaalde dagen niet mocht worden verleend, inhield een algeheel verbod tot het geven van dansgelegenheid in localiteiten, waarvoor een vergunning of verlof A is verleend; dat aan het recht van den gemeenteraad ingevolge artikel 56 van de Drankwet tot het stellen van nadere voorwaarden, waaronder de burgemeester toestemming mag verleenen tot het geven van gelegenheid tot dansen, niet de bevoegdheid kan worden ontleend het geven van gelegenheid tot dansen te verbieden en dat voorts de aanvulling van de politieverordening, voor zoover deze betrekking had op dansen enz. in inrichtingen, als bedoeld in artikel 56, eerste lid, sub b, van de Drankwet, eveneens in strijd

was met de wet *nu de Rijkswetgever de regeling van deze materie,* behoudens het bepaalde in den tweeden zin van het tweede lid van genoemd artikel, *tot zich had getrokken.*

Men ziet dus, dat ook in de latere jaren in de administratieve practijk geen vaste lijn is gevolgd, zij het dat m.i. terecht in een geval als het onderhavige volstaan is met de constateering van strijd met de hoogere regeling.

Behalve de reeds vermelde vernietigingen der huurverordeningen zijn de hiervoren geciteerde de eenige, mij bekende, in de laatste 25 jaar verschenen Koninklijke besluiten, waarbij de vernietiging gegrond werd op overtreding van artikel 193 der gemeentewet. Slechts zij in dit verband nog gewezen op het Koninklijk besluit van 13 Juni 1938, Stbl. no. 2348, waarbij o.a. artikel 4 van het door den raad van Yerseke vastgestelde reglement op de vrijheid van woord en geschrift wegens strijd met de wet werd vernietigd, welk artikel luidde:

„Iedere bepaling dezer verordening is slechts van toepassing, „voor zooveel in het daarbij geregelde niet is voorzien door een „wet, een algemeenen maatregel van bestuur of een provinciale regeling". In het Koninklijk besluit werd overwogen, dat „deze „bepaling het terrein betreedt van de verhouding tusschen de „gemeentelijke bepalingen en de regelingen van den hoogeren „wetgever, welk terrein door Grondwet en gemeentewet is afge„bakend."

Terwijl ik in het algemeen moge verwijzen naar het aan dit onderwerp gewijde artikel in Samsoms Maandblad van 1 Maart 1946, moge ik er in dit verband de aandacht op vestigen, dat genoemd artikel 4 m.i. beter had kunnen zijn vernietigd wegens strijd met het algemeen belang, zulks op dezen grond, dat een dergelijke bepaling de rechtsonzekerheid in de hand werkte, aangezien, zooals Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland het uitdrukten, aldus de toestand zou ontstaan, dat de draagkracht der gemeentelijke bepalingen niet meer uit haar bewoordingen zou blijken, doch door de burgers zou moeten worden bepaald op grond van vroegere en c.q. ook van latere regelingen van hooger gezag.

Uit eigen ervaring kan ik getuigen, dat in de laatste jaren het standpunt van het Departement van Binnenlandsche Zaken steeds dit is geweest, dat de bevoegdheid tot aanvulling geacht wordt te bestaan, voor zooverre de lagere regeling zich met letter en structuur der hoogere regeling verdraagt. Of, zooals het hoofdartikel in de Gemeentestem van 2 Maart 1935, no. 4353, het uitdrukt, de lagere regeling moet passen in het kader van de hoogere. In dat artikel wordt er terecht op gewezen, dat alle theorieën, welke

getracht hebben een criterium voor de bevoegdheden tot aanvulling vast te stellen, geen uitkomst bieden.

Noch de „onderwerp"-, noch de „punten"-, noch de „belang"-theorie bieden voldoende houvast en verplaatsen het dilemma. Mr. van der Roest heeft in zijn proefschrift een overzicht gegeven van de in de literatuur ten aanzien van het vraagstuk der aanvullingsbevoegdheid verdedigde meeningen en heeft gemeend vier groepen te kunnen onderscheiden:

a. een groep, waartoe hij rekent Boissevain, Van Karnebeek, De Pinto, De Jonge en — in 1935 — Mr. M. V. Polak, voor wie „onderwerp" de engst denkbare beteekenis heeft: de inhoud van het in eenige bepaling voorgeschrevene, zóó als die bepaling daar ligt, met al haar beperkingen en voorwaarden; Minister Modderman sloot zich bij de behandeling van artikel 427 van het Wetboek van Strafrecht bij deze opvatting aan;
b. een groep, door Mr. van der Roest genoemd de „groep-Buys", met diens leerling Pijls en waartoe volgens van der Roest, ook Labberton en Prof. van der Pot, zoomede Prof. Vegting behooren, volgens welke alleen de *doelmatigheid* beslissend is voor den omvang van de aanvullende bevoegdheid van de gemeente;
c. de „groep-Oppenheim", waartoe schrijver o.a. Prof. Kranenburg en ook, met zijn theorie van het maatschappelijk verschijnsel, Mr. Strick van Linschoten rekent, welke groep de identiteit van *motief,* van het *belang,* dat door beide regelingen behartigd wordt, beslissend acht;
d. de „groep-Schepel", bij welke, aldus Mr. van der Roest, Mr. van der Grinten zich heeft aangesloten, die voor artikel 193 der gemeentewet met groep *c* meegaat, maar ten aanzien van *an*terieure verordeningen in artikel 194 der gemeentewet als „onderwerp" ziet *dezelfde soort regeling,* zoodat het onverschillig is of de gemeentelijke bepaling in de hoogere regeling haar parallel vindt.

Mijn eigen standpunt is het volgende:

Staat de Regeering [1]) voor een aanvullende regeling, terwijl de wet niet met zooveel woorden de aanvullende bevoegdheid heeft uitgesloten, noch de bedoeling van den wetgever om geen locale aanvulling toe te laten in de structuur der rijksregeling duidelijk tot uitdrukking is gekomen — ik denk hierbij b.v. aan de Wegenverkeersregeling, bepaaldelijk aan artikel 38 —, dan bestaat er naar mijn meening een vermoeden van wettigheid en mag tot vernietiging slechts besloten worden, voor zoover in anderen zin

---

[1]) Op de positie van den *rechter* met betrekking tot aanvullende regelingen wordt in de volgende paragraaf teruggekomen.

strijd met de hoogere regeling aanwezig is, dan wel de inhoud der verordening in strijd met het algemeen belang moet worden geacht. Bij de beoordeeling van de vraag, of dit laatste het geval is, kan o.a. rekening gehouden worden met een niet voor betwisting vatbare uitspraak van den Rijkswetgever met betrekking tot de doelmatigheid van locale regelingen ter zake van een bepaalde materie. Dit standpunt ligt voor de hand, indien men zich er rekenschap van geeft, dat de gemeente binnen haar territoir in het algemeen een onbeperkte competentie heeft, zulks in tegenstelling met een doelcorporatie, wier bevoegdheid zich slechts tot de regeling van bepaalde belangen uitstrekt. Naar mijn meening heeft men vroeger zich te veel ingesteld op de tegenstelling gemeente — Rijk, een tegenstelling, die eenerzijds leidde tot een zekere overschatting van de „vrije sfeer" der gemeente, anderzijds het Rijk voorstelde als een scherp spiedenden valk, elk oogenblik bereid om zijn prooi aan te vallen.

Men verloor daarbij uit het oog, dat de gemeente onderdeel is van het Rijk, dat met een juiste volvoering van haar taak het algemeen belang gediend wordt, hetgeen mede tot uitdrukking komt in artikel 146, lid 4, der Grondwet, en dat de gecompliceerdheid van het maatschappelijk bestel meer en meer leidt tot het samen optrekken van Rijk en gemeente.

Inmiddels is in tal van wetten de bevoegdheid van de gemeente tot het stellen van aanvullende voorschriften met zooveel woorden erkend, waardoor alle mogelijke twijfel wordt weggenomen. Terecht wijst Labberton er in zijn proefschrift op, dat, indien zulk een bevoegdverklaring zich slechts over bepaalde punten uitstrekt, het vermoeden van bevoegdheid ten aanzien van andere onderdeelen niettemin, behoudens uitdrukkelijke bepaling van het tegendeel, aanwezig moet worden geacht. Aan de bevoegdverklaring door de wet is de Kroon gebonden in dien zin, dat zij niet wegens het treden in het algemeen Rijksbelang de ter zake door de gemeente uitgevaardigde verordeningen kan vernietigen, tenzij haar *inhoud* daartoe op zichzelf aanleiding geeft.

Labberton acht de Kroon echter niet gebonden aan verklaringen in provinciale verordeningen welke aanvullende regeling door de gemeente toelaten, noch aan dergelijke verklaringen in een algemeenen maatregel van bestuur. Zijns inziens kan alleen de wet *in het algemeen en van te voren* de bevoegdheid van de gemeente afbakenen, een standpunt, waartegen op zichzelf weinig valt in te brengen, al worde anderzijds niet uit het oog verloren, dat dergelijke verklaringen geenszins zonder beteekenis zijn in zooverre als zij duidelijk te kennen geven hoever het provinciaal bestuur, c.q. de ontwerper van den algemeenen maatregel van bestuur zich de draagwijdte van de betrokken regeling heeft gedacht. Natuurlijk

is het in theorie mogelijk, dat de Kroon locale regeling niet op haar plaats acht naast een provinciale regeling of een algemeenen maatregel van bestuur die de bevoegdheid tot het stellen van plaatselijke regeling uitdrukkelijk erkent, maar in de practijk zal zich dit geval wel vrijwel nimmer voordoen en zal, *als* er vernietigd wordt, wel strijd met het algemeen belang op grond van den *inhoud* der plaatselijke verordening aanwezig worden geacht.

Wellicht ten overvloede zij er op gewezen, dat een bepaling in een provinciale verordening welke de bevoegdheid van de gemeente tot het stellen van aanvullende regelingen *uitsluit,* mijns inziens niet voor goedkeuring door de Kroon in aanmerking kan komen, als zijnde in strijd met de wet.

Labberton heeft verschillende sedert 1851 uitgevaardigde wetten die in een of anderen vorm een aanvullende bevoegdheid van de gemeenten erkennen of onderstellen, aan een onderzoek onderworpen en kwam tot de conclusie, dat de gecoördineerde samenwerking van wet en verordening naast elkaar op één gebied mogelijk is in de volgende vormen:

1°. aanvullingsbevoegdheid, onderworpen, ingevolge artikel 185 der gemeentewet, aan het oordeel des Konings over de doelmatigheid der bemoeiing van het lagere orgaan;
2°. aanvullingsbevoegdheid, door een speciale wetsbepaling (artikel 29 der Besmettelijke-Ziektenwet e.d.) aan dat oordeel onttrokken;
3°. aanvullingsbevoegdheid, door een speciale wetsbepaling alleen voor bepaalde punten aan dat oordeel onttrokken: artikel 4 der Hinderwet;
4°. aanvullingsbevoegdheid, door een speciale wetsbepaling aan dat oordeel onttrokken, doch tevens aan hoogere goedkeuring onderworpen: artikel 28 der Veiligheidswet;
5°. aanvullingsbevoegdheid, door een speciale wetsbepaling met een zekere beperking aan dat oordeel onttrokken, doch tevens met diezelfde beperking, aan hoogere goedkeuring onderworpen: artikel 3 der Beperkte Snelheidswet.

Zien wij juist, dan zijn sinds 1906 geen nieuwe vormen van gecoördineerde samenwerking verschenen.

§ 4.

Tot dusver bleef buiten beschouwing de positie van den *rechter* tegenover de aanvullende regelingen van de gemeente.

Terwijl artikel 193, tweede lid, der gemeentewet het oordeel omtrent de vraag of een posterieure verordening is getreden in

hetgeen van algemeen Rijks- of provinciaal belang is, aan den rechter onttrekt, spreekt deze ten gevolge van het voorschrift van artikel 194 der gemeentewet bij anterieure verordeningen een belangrijk woord ten aanzien van de vraag hoe zij zich verhouden tot de hoogere regeling. Laatstgenoemd artikel spreekt la mort sans phrase uit over de *bepalingen* der plaatselijke verordeningen — dus niet over de verordeningen in haar geheel — in welker *onderwerp* wordt voorzien door een hoogere regeling.

Van der Roest neemt in zijn proefschrift de jurisprudentie van den Hoogen Raad onder de loupe. Allereerst brengt hij in herinnering, dat de Hooge Raad eerst sinds het arrest van 11 Februari 1862 (W. 2356) de leer heeft verkondigd, dat artikel 194 der gemeentewet alleen slaat op verordeningen, anterieur aan de wet tot stand gekomen en dat in de eerste arresten, onder vigueur van de gemeentewet gewezen, de meest enge interpretatie van het begrip „onderwerp" werd gegeven. Volgens van der Roest is de Hooge Raad eerst in de tachtiger jaren bewust van zijn vroegere jurisprudentie afgeweken in dien zin, dat het onderwerp eener bepaling niet meer geoordeeld wordt te zijn het *feit,* zooals het in die bepaling is omschreven, maar dat de omschrijving van het onderwerp een abstraheering noodig maakt. Schrijver wijst hierbij op het arrest van den Hoogen Raad van 2 Mei 1887, W. 5411, waarbij de *soort* van feiten, die de wet regelt, beslissend werd geacht en op het arrest van 17 October 1887, W. 5461, en acht het waarschijnlijk, dat op deze ommekeer van invloed is geweest de opvattingen van de hiervoren bedoelde groep-Buys. Hij wijst er op, dat men bij deze leer ook bij den rechter komt bloot te staan aan „al de wisselvalligheden van een abstraheering". Zijns inziens is de Hooge Raad dan ook reeds bij arrest van 13 November 1893 (Gemeentestem no. 2208) „uitgegleden" door te zeggen: „een provinciale verordening heeft voorzien in het „onderwerp" van het verkeer met stoomtrammen op de wegen", dus zijn alle gemeentelijke verordeningen dienaangaande, als regelende hetzelfde onderwerp, vervallen. Ook het bekende Arnhemsche sneeuwballenarrest van 25 October 1909, W. 8914, bleef in deze lijn. Trouwens ook Oppenheim meent, dat „in het algemeen voor den Hoogen Raad het laatste uur der lagere regeling reeds geslagen is, zoodra slechts over het onderwerp als geheel, gelijkluidend of met afwijkingen, even volledig, of minder volledig, een wettelijke regeling is getroffen" en wijst daarvoor, voor wat den lateren tijd betreft, op het arrest van 20 Maart 1922 (W. 10890).

Anderzijds wijst Oppenheim er zelf op, dat er tal van arresten van den Hoogen Raad zijn aan te wijzen, waarin de rechter artikel 194 der gemeentewet in beperkten zin heeft geïnterpreteerd in dien zin, dat hij eerst la mort sans phrase over de bepalingen der

anterieure verordeningen uitspreekt, als er is identiteit van *motief* (men zie o.a. de arresten van den Hoogen Raad van 1 April 1912 (W. 9223), 19 Maart 1928 (W. 11799), 9 Januari 1933 (W. 12582), 27 Februari 1933 (W. 12606), 22 Mei 1933 (W. 12619) en 16 April 1934 (W. 12786), waarvan vooral het arrest van 1 April 1912, waarin de werkingssfeer van de Trekhondenwet in beperkten zin werd uitgelegd, zeer sprekend was).

Volgens van der Roest is de Hooge Raad in latere jaren wel degelijk geneigd gebleken artikel 194 minder ruim te interpreteeren en hij wijst daarvoor op de arresten van 19 Maart 1928 (W. 11799), 9 Januari 1933 (W. 12582), 16 April 1934 (W. 12786) en 6 November 1939 (N.J. 1940, no. 82).

Mijnerzijds moge ik hieraan nog toevoegen de arresten van 1 Februari 1937, no. 709, 7 Juni 1937, no. 1073 en 19 Juni 1939, A.B. 1940, blz. 265.

Daarentegen is Mr. van der Roest van meening, dat, al kan zijns inziens sinds 1912 ten aanzien van artikel 194 met betrekking tot de motieftheorie van een constante jurisprudentie worden gesproken, daarmede nog niet is beslist hoe de Hooge Raad tegenover de aanvullende bevoegdheid staat wanneer hij *geen ander* motief wil of kan aannemen. Zijns inziens blijkt uit het arrest van den Hoogen Raad van 28 November 1938 (N.J. 1939, no. 412), dat de Hooge Raad, ook al is geen ander motief aan te wijzen, toch bereid is het begrip „onderwerp" eng op te vatten. Doch het is voor mij nog zeer de vraag, of met dit enkele arrest, zooals Mr. van der Roest meent, gezegd mag worden, dat de Hooge Raad „tot de oudste jurisprudentie is teruggekeerd". De Hooge Raad is het betoog van den Advocaat-Generaal, die van meening was, dat er i.c. identiteit van onderwerp was, stilzwijgend voorbijgegaan, zoodat afgewacht moet worden of hier inderdaad van een bewuste omzwenking mag worden gesproken. Ik geef gaarne aan Mr. van der Roest toe, dat uit de latere jurisprudentie van den Hoogen Raad met betrekking tot de posterieure verordeningen een welwillender geest ten aanzien van de aanvullende bevoegdheid spreekt, doch het staat m.i. nog te bezien, of de Hooge Raad nu zoover gaat, dat hij ook bij anterieure verordeningen terugkeert tot de „punten"theorie.

Betreft het vorenstaande het standpunt van den Hoogen Raad met betrekking tot anterieure verordeningen, in 1935 is naar aanleiding van eenige arresten van den Hoogen Raad in de vakpers een discussie ontstaan omtrent de vraag, of ons hoogste rechtscollege zich thans ook bevoegd acht ten aanzien van posterieure plaatselijke verordeningen de vraag onder het oog te zien, of de gemeente de grenzen harer aanvullende bevoegdheid heeft overschreden. Het betrof hier twee arresten van den Hoogen Raad van

18 Mei 1931, W. 12307, en van 12 November 1934, W. 12869, waarbij vooral de passus in het eerste arrest: „terwijl in het algemeen de gemeentewetgever bevoegd is ten aanzien eener regeling der Rijkswet aanvullend op te treden", de aandacht trok. In een hoofdartikel in het Weekblad voor het Recht van 21 Februari 1935 (W. 12869) geeft Prof. Kranenburg als zijn meening weer, dat de Hooge Raad, in afwijking van het „duidelijk systeem der gemeentewet", zich thans bevoegd acht te beoordeelen, of de gemeente de grenzen harer aanvullende bevoegdheid niet heeft overschreden. Liet de Hooge Raad aanvankelijk een verordening die niet in *strijd* is met een hoogere regeling, ongemoeid, in het arrest van 1934 ging hij verder en „aanvaardde hij" — aldus Prof. Kranenburg in een nader artikel in W. 12877 — „het standpunt van de algemeene aanvullingsbevoegdheid omtrent hetzelfde onderwerp als systeem van ons gemeenterecht".

Prof. Kranenburg draait de zaak om: wanneer de hoogere wetgever de aanvulling door de gemeente niet wil uitsluiten, moet deze het duidelijk verklaren. En hij wijst dan op de wet van 5 Juni 1875, Stbl. no. 100, in zake de hondsdolheid en de wet van 4 December 1872, Stbl. no. 134, in zake besmettelijke ziekten. Prof. Kranenburg heeft tegen dit judge-made law, dat den gemeenten de vrije hand biedt, aanvankelijk groot bezwaar.

Prof. Kranenburg opperde dus tegen de latere jurisprudentie van den Hoogen Raad tweeërlei bedenkingen: vooreerst, dat het Hoog College zich ook bij posterieure verordeningen bevoegd acht een oordeel uit te spreken over het bestaan van de aanvullende bevoegdheid, waartoe hij o.a. de arresten van den Hoogen Raad van 30 Juni 1913, W. 9524, en van 18 Mei 1931, W. 12307 ten bewijze aanvoert; daarnaast heeft Z.H.G. bezwaar tegen het aannemen van vermoeden van aanvullende bevoegdheid. Zijns inziens moet de aanvullende bevoegdheid niet in het algemeen worden ondersteld, doch moet zij in elk afzonderlijk geval worden bewezen door de uitdrukkelijke bepaling van de wet of door haar geschiedenis. Het eerstbedoelde standpunt is door Mr. Vos op de hem eigen wijze bestreden in het Weekblad voor Gemeentebelangen van 15 Maart 1935; Mr. Vos komt daarbij tot de conclusie, dat de Hooge Raad in de twee bekende arresten niet aan artikel 193 der gemeentewet heeft getoetst. Wel acht ook Vos de in het arrest van 1931 voorkomende passus van den Hoogen Raad in zake de bevoegdheid van de gemeente tot het stellen van aanvullende regelen niet op haar plaats, „omdat zij op grond van artikel 193, tweede lid, der gemeentewet buiten de bevoegdheid van den rechter valt en dus ook elke practische waarde mist".

De Hooge Raad ontneemt, aldus Vos, zelf aan die verklaring elk practisch effect door daaraan onmiddellijk te laten voorafgaan

de overweging, dat de rechter niet bevoegd is te beslissen, of de verordening getreden is in hetgeen van algemeen Rijksbelang is, zoodat Vos meent, dat de Hooge Raad zijn jarenlange jurisprudentie in dit arrest handhaaft. In het arrest van 1934 is, aldus Vos, „van een aanvullende bevoegdheid van den gemeenteraad letterlijk met geen woord iets te vinden".

Zie ik juist, dan kwam Vos in dit artikel eenigszins terug op zijn in 1931 in genoemd weekblad (25 September 1931) ingenomen standpunt, waarin hij naar aanleiding van het arrest van den Hoogen Raad van 18 Mei 1931, W. 12307, meende te mogen constateeren, dat de Hooge Raad den rechter in het algemeen niet bevoegd acht om te onderzoeken, of naast een *regeling bij de wet* aanvulling bij plaatselijke verordening geoorloofd is, doch wel om na te gaan of uit een zekere regeling bij de wet, al of niet de wil tot uitputtende regeling valt af te leiden, hetgeen Vos eveneens in strijd met artikel 193 der gemeentewet achtte.

Ook mijn geachte mede-praeadviseur, Prof. Vegting, is blijkens blz. 18 van zijn proefschrift van oordeel, dat de Hooge Raad aan het aanvankelijke standpunt „niet geheel trouw is gebleven" en zich thans ook bij posterieure verordeningen de vraag stelt, of de lagere wetgever ten aanzien van het onderwerp der reeds bestaande Rijkswet aanvullingsbevoegdheid heeft. Hij wijst daartoe op het arrest van den Hoogen Raad van 14 Januari 1929, W. 11931, waarin werd overwogen, dat de desbetreffende verbodsbepaling der Rotterdamsche verordening zich niet in liet met het in de Zondagswet geregelde onderwerp en „dat zij dan ook geenszins gelijk bij het bestreden vonnis onderstellenderwijze wordt aangenomen, de bedoeling heeft aan eenige bepaling der Zondagswet een ruimere strekking te geven of die wet aan te vullen", en concludeert, dat de Hooge Raad mede door te onderzoeken of de bepaling aanvulling van een hoogere regeling bevat en of deze aanvulling zich met de hoogere verdraagt, een vraag in overweging neemt, welke artikel 193, lid 2, der gemeentewet aan zijn beoordeeling onttrokken heeft. Na in dit verband mede de arresten van 30 Juni 1913, W. 9524 [1]) en 24 Maart 1930, W. 12126, in herinnering te hebben gebracht, bespreekt ook Prof. Vegting het hiervoren reeds genoemde arrest van den Hoogen Raad van 18 Mei 1931, W. 12307, en constateert, dat de Hooge Raad wel quasi de verordening toetst op strijd met de wet — door te onderzoeken, of de Rijkswetgever de materie uitputtend heeft willen regelen — doch in wezen onderzoekt of een gemeentelijke verordening betrek-

[1]) „De gemeentewetgever is in het algemeen bevoegd, mits blijvende binnen de grenzen aan zijn wetgevende macht gesteld, ten aanzien van eene regeling door de Rijkswet aanvullend op te treden".

king heeft op een zelfde onderwerp als voorziening vond in een hoogere regeling. Prof. Vegting acht dit — voor wat de posterieure verordeningen betreft — in strijd met artikel 193, lid 2, der gemeentewet.

Kan nu inderdaad worden gezegd, dat de Hooge Raad is omgezwaaid en zich ook ten aanzien van posterieure verordeningen bevoegd acht de vraag onder het oog te zien, of de grenzen der aanvullende bevoegdheid zijn overschreden? Of kan met Mr. Vos in 1935 worden aangenomen, dat de jurisprudentie van den Hoogen Raad nog onveranderd is?

Daartoe dienen wij eerst na te gaan de sedert 1935 verschenen arresten van den Hoogen Raad, voor zoover zij geacht kunnen worden op deze materie betrekking te hebben. De oogst is dan vrij mager.

In aanmerking komt allereerst het arrest van 4 Maart 1935, A.R.B., blz. 676, waarin aan de orde was de vraag der verbindendheid van artikel 228 der A.P.V. der gemeente Gilze en Rijen, luidende: „Behoudens het bepaalde in de Vogelwet 1912 en de Jachtwet 1923 is het verboden vogels, welke op eenigerlei wijze geblind of verminkt zijn, gevangen te houden of in bezit te hebben".

De Hooge Raad overwoog, dat het artikel kennelijk bedoelt *als aanvulling op de bepalingen in genoemde wetten,* te bestrijden de afkeurenswaardige en wreede handelwijze om vogels door het uitsteken der oogen, of anderszins afblinden, te verminken ten einde deze dieren als lokvogels te gebruiken. Door het tegengaan van deze, in een landelijke gemeente bekende ruwheid en wreedheid, het beschermen van het publiek in zijn zedelijke gevoelens en het aankweeken van dierenliefde bij de jeugd, kan de openbare zedelijkheid worden gediend, zoodat de gemeente met deze bepaling niet getreden is buiten de grenzen van artikel 168 der gemeentewet.

Men ziet het, hier constateert de Hooge Raad slechts in het voorbijgaan, dat de bepaling het karakter draagt van aanvulling van de betrokken Rijksvoorschriften, doch knoopt daaraan terecht geen rechtsbeschouwingen vast en concentreert zich verder volledig op de vraag of de Raad is gebleven binnen de grenzen van artikel 168 der gemeentewet, aldus de grenzen van het toetsingsrecht niet overschrijdend.

In dezelfde lijn blijft het arrest van den Hoogen Raad van 7 Juni 1937, no. 1145, in zake het verbod van de gemeente Angerlo om zonder vergunning van B. en W. vogelnetten op wegen te hebben, „behoudens het bepaalde in de Vogelwet 1912 en in de Jachtwet 1923". De H.R. overwoog, dat het verbod zich alleen richt tot hem, die niet ingevolge genoemde wetten bevoegd is de

netten te hebben of te gebruiken, zoodat geen strijd met het in die wetten bepaalde aanwezig was.

In het arrest van den Hoogen Raad van 6 Februari 1939, A.B., blz. 933, ging het om artikel 49 der A.P.V. van de gemeente Duiven, luidende: „Onverminderd het bepaalde in het Wetboek van Strafvordering is het verboden, zonder daartoe bevoegd te zijn, te liggen in graslanden". Bij het middel van cassatie was geponeerd strijd met de artikelen 460 en 461 van het Wetboek van Strafrecht en een verder gaan dan ter bescherming van de openbare orde, zedelijkheid of gezondheid ingevolge artikel 168 der gemeentewet toelaatbaar is, doch de Hooge Raad overwoog, dat „het voorschrift blijkens zijn aanhef het bepaalde in het Wetboek van Strafrecht, dus ook de artikelen 460 en 461, onverlet laat en de gemeentelijke wetgever, *ten aanzien van de in deze artikelen gegeven regeling aanvullend optredend,* het liggen in grasland mocht verbieden, zulks ten einde in het belang der openbare orde zulk landelijk eigendom te beschermen".

Ook hier ging de Hooge Raad, na te hebben vastgesteld, dat van strijd met de Rijksregeling geen sprake was, dus uit van het bestaan van de aanvullende bevoegdheid van de gemeente. De Hooge Raad volstond met als het ware te *constateeren,* dat de gemeente aanvullend was opgetreden en overschreed daarmede in geen enkel opzicht de grenzen zijner bevoegdheid.

Na volledigheidshalve in dit verband nog te hebben vermeld het arrest van den Hoogen Raad van 26 Juni 1939, N.J. 1940, no. 32, waarbij een bepaling van de politieverordening van Nijmegen bestaanbaar werd geacht naast artikel 11bis van het Motor- en Rijwielreglement, in welk arrest overigens van de aanvullende bevoegdheid niet met zooveel woorden werd gerept, zij de aandacht geconcentreerd op het arrest van den Hoogen Raad van 27 November 1939, N.J. 1940, no. 172, waarbij werd uitgemaakt, dat artikel 72, lid 2, der Verordening op de Straatpolitie van Rotterdam, luidende: „Het is aan bestuurders van motorrijtuigen op meer dan twee wielen verboden deze in stilstand te hebben op den weg bij garages, tenzij voor den tijd van ten hoogste vijf minuten voor het inladen van benzine en/of olie" niet is te beschouwen als een verbod van te lang parkeeren in den zin van artikel 11bis van het Motor- en Rijwielreglement. Laatstgenoemd artikel spreekt van in het belang van de vrijheid en veiligheid van het verkeer op bepaalde wegen vast te stellen verboden tot parkeeren, terwijl de bepaling in Rotterdam bevat een algemeen, alle garages te Rotterdam betreffend verbod. De Hooge Raad overwoog, „dat het verordenend verbod geeft *een wettelijk* geoorloofde aanvulling op de voorschriften van het reeds eerder tot stand gekomen Motor- en Rijwielreglement, dat omtrent het in voormeld verordenend

artikel bepaaldelijk verbodene *geen regeling bevat en aan zoodanige regeling niet in den weg staat.*" Op tweeërlei grond kwam de Hooge Raad dus tot de conclusie, dat de desbetreffende bepaling der plaatselijke politieverordening niet in strijd kwam met artikel 11bis van het Motor- en Rijwielreglement: vooreerst beperkt dat artikel zich naar het oordeel van den Hoogen Raad tot bepaalde wegen, terwijl de verordening der gemeente een algemeen verbod omtrent parkeeren bij garages bevat en voorts hield de Hooge Raad mede rekening met het motief, dat tot het artikel der plaatselijke verordening leidde. Nu worde voor een juist begrip van het arrest mede in het oog gehouden, dat artikel 6 der Motor- en Rijwielwet gemeentelijke verordeningen betreffende het verkeer op wegen in verband met motorrijtuigen ipsis verbis toeliet, voor zooveel betrof *punten* waaromtrent in de wet, den algemeenen maatregel van bestuur of een provinciale verordening niet was voorzien. Wel degelijk was de Hooge Raad m.i. dus bevoegd te beoordeelen of de gemeente de grenzen zijner aanvullende bevoegdheid niet had overschreden, zoomede te constateeren, dat het hier een „wettelijk geoorloofde aanvulling" betrof [1]).

Opnieuw was artikel 72 van de Algemeene Politieverordening (punt 7) van de gemeente Rotterdam in het geding in het arrest van den Hoogen Raad van 11 December 1939, N.J. 1940, no. 319, in hetwelk de H.R. op vrijwel overeenkomstige overwegingen tot de verbindendheid van de bepaling concludeerde. Ook hier moet m.i. worden aangenomen, dat artikel 6 der Motor- en Rijwielwet, ook al werd in het arrest zelf daarvan niet gerept, een rol speelde en constateerde de Hooge Raad, dat het in artikel 72, 7°, der politieverordening geregelde „punt" niet was voorzien in artikel 11bis van het Motor- en Rijwielreglement. De Advocaat-Generaal Rombach teekende o.a. aan, dat de bepaling posterieur was aan artikel 6 der Motor- en Rijwielwet en dat de parkeerverboden bij het Motor- en Rijwielreglement niet uitputtend waren geregeld. „Bovendien deed zich", aldus Mr. Rombach, „voor den raad van Rotterdam, na de vaststelling der parkeerverboden bij het Motor- en Rijwielreglement, de vraag voor, of bij het vaststellen van nadere parkeerverboden getreden werd in hetgeen van algemeen Rijks- of provinciaal belang was". Naar Mr. Rombach's meening oordeelde de raad terecht, dat dit niet het geval was, maar „in ieder geval is die vraag niet aan het oordeel van den rechter onderworpen", aldus Mr. Rombach.

---

[1]) In dit verband zij mede gewezen op het arrest van den H.R. van 24 Januari 1938 (Weekblad voor Gemeentebelangen, blz. 92), waarbij een bepaling der Amsterdamsche Algemeene Politieverordening onverbindend werd verklaard als tredende in een punt, geregeld bij art. 3*bis* van het Motor- en Rijwielreglement.

Men ziet het, de rechter is hier op de grens van artikel 193 der gemeentewet, maar hij overschrijdt die grens niet; i.c. volstond hij met te beoordeelen of in het licht van artikel 6 van de Motor- en Rijwielwet de aanvullende bevoegdheid niet is overschreden, een vraag, die m.i. binnen het kader van de beoordeeling van strijd met de wet, i.c. de Motor- en Rijwielwet, wel degelijk geoorloofd mocht worden geacht.

De aandacht zij ten slotte nog gevestigd op het arrest van den Hoogen Raad van 4 Januari 1943, no. 219, waarbij de draagwijdte van de Wegenverkeersregeling aan de orde was. De Hooge Raad overwoog, dat die regeling zelf bepaalt welke voorschriften betreffende het verkeer langs den weg voortaan naast dat besluit nog zullen (kunnen) gelden en dat artikel 44 o.a. de artikelen 5, 6 en 7 der Motor- en Rijwielwet heeft buiten werking gesteld, waarin de aanvullende bevoegdheid van de gemeente werd erkend. Hieruit werd als de bedoeling afgeleid, dat „voortaan geen provinciale of gemeentelijke voorschriften aan de regeling van het verkeer langs den weg meer deel zouden hebben."

Hier volgt dus uit, dat, als een gemeente alsnog een verordening zou vaststellen welke voorschriften betreffende het verkeer langs den weg zou bevatten, zij in strijd zou moeten worden geoordeeld met de Wegenverkeersregeling en, geheel los van artikel 193 der gemeentewet gezien, voor vernietiging wegens strijd met de wet in aanmerking zou komen.

Zien wij goed, dan mag inderdaad ook thans nog van een rotsvaste jurisprudentie worden gesproken, in zooverre de Hooge Raad zich niet bevoegd acht de vraag te onderzoeken of een plaatselijke verordening getreden is in hetgeen van algemeen Rijks- of provinciaal belang is te achten. Ook in het omstreden arrest van 18 Mei 1931, W. no. 12307, wordt dit met zooveel woorden door den Hoogen Raad uitgesproken.

Men zie voorts de op blz. 230 van de Editie Schuurman en Jordens van de gemeentewet (27e druk) afgedrukte arresten. Daarentegen heeft de Hooge Raad het bestaan van de aanvullende bevoegdheid eenige malen als het ware indirect onder de loupe genomen langs den weg van strijd met de betrokken hoogere regeling, ten aanzien waarvan de gemeente aanvullend was opgetreden. Die strijd kan in den meest scherpen vorm bestaan, indien de hoogere regeling met zooveel woorden de aanvullende bevoegdheid uitsluit en de gemeente niettemin een aanvullende regeling uitvaardigt. Doch dit geval zal in de practijk wel nimmer voorkomen. Daarentegen is zeer wel denkbaar en hebben zich ook gevallen voorgedaan, waarin de gemeente aanvullend optrad ondanks den in de *structuur* der Rijksregeling tot uitdrukking geko-

men wil van den wetgever om de betrokken materie uitputtend te regelen.

Te wijzen valt hierbij b.v. op de arresten van den H.R., gewezen met betrekking tot artikel 3 der Winkelsluitingswet, b.v. het arrest van 13 Februari 1933, W. 12575, welks strekking, naar de H.R. uitmaakte, was om elke regeling door den lageren wetgever van de in het artikel genoemde onderwerpen in verband met winkelsluiting te verbieden; deze strekking werd afgeleid o.a. „uit den in het artikel ondubbelzinnig tot uiting gekomen wil van den wetgever, die voor deze onderwerpen geen bepalingen van winkelsluiting wenscht".

In het meermalen reeds geciteerde arrest van den Hoogen Raad van 18 Mei 1931, W. 12307, overwoog de Hooge Raad, dat „de opvatting der Rechtbank, dat door de artikelen 460 en 461 van het Wetboek van Strafrecht zou zijn tot uiting gekomen een wil van den Rijkswetgever om de stof, in die artikelen vervat, uitputtend te regelen, in dien zin, dat lagere wetgevende organen zich het daarbij geregelde belang niet zouden mogen aantrekken, niet kan worden aanvaard". Vos is in het geciteerde artikel in het Weekblad voor Gemeentebelangen van 1931 van oordeel, dat, als de wetgever de kennelijke bedoeling heeft gehad het betrokken onderwerp uitputtend te regelen, een aanvulling bij verordening van die regeling zeker in strijd is met de wet, maar er is dan niet strijd met de door de wet gegeven regeling, doch strijd met artikel 193, eerste lid, der gemeentewet. „Doch dien strijd mag de rechter niet beoordeelen: *elke* rechtsvraag, die zich voor de toepassing van artikel 193 der gemeentewet kan voordoen, welke ook, is buiten het onderzoek van den rechter geplaatst".

M.i. heeft de *rechter* slechts dan met 's wetgevers wil te maken, wanneer deze in de wet zelf tot uitdrukking is gekomen. Slechts indien de wet de aanvullende bevoegdheid van de gemeenten *met zooveel woorden* uitsluit, dan wel haar *structuur* zoodanig is opgezet, dat aanvullende gemeentelijke bepalingen geacht moeten worden daarmede in strijd te komen [1]), is de rechter m.i. bevoegd, ja, in het licht van de vrijwel algemeen gehuldigde opvatting zelfs

---

[1]) Uit de arresten van den H.R. van 17 Maart 1930, N.J. 1332, van 1 Dec. 1930, W. 12243, en van 7 Nov. 1932, N.J. 1933, blz. 58, in zake een gemeentelijk verbod aan houders van intercommunale busdiensten blijkt, dat de H.R. beoordeelt of van de aanvullingsbevoegdheid niet een zoodanig gebruik is gemaakt, dat de wettelijke regeling gefrustreerd kan worden: de gemeente mag bij het stellen van locale regelen niet zoover gaan, dat daardoor de mogelijkheid om een intercommunalen autobusdienst, overeenkomstig de daartoe verleende vergunning, te onderhouden feitelijk wordt opgeheven of geheel afhankelijk wordt gesteld van het goedvinden van burgemeesters en wethouders.

verplicht, deze bepalingen wegens strijd met de hoogere regeling buiten toepassing te laten. Gaat de rechter verder, dan begeeft hij zich op het terrein van de doelmatigheid en zal hij zich de handen branden.

In dit verband zij mede de Memorie van Toelichting op artikel 150, lid 2 (oud), van de gemeentewet in herinnering gebracht, waarin werd aangegeven, dat het doel was te verhoeden, dat de burgerlijke rechter beslisse of de plaatselijke wetgever, *zonder dat deze gezegd kunne worden bepaaldelijk tegen de voorschriften eener wet te hebben gezondigd,* verder zij gegaan dan zijne bevoegdheid tot regelen reikt.

Welnu, tegen de voorschriften eener wet zal de raad mede zondigen, zoo dikwijls uit de wet expressis verbis of implicite blijkt, dat de Rijkswetgever de aanvullende bevoegdheid bepaaldelijk niet heeft gewild.

Bezwaarlijk kan m.i. echter worden volgehouden, dat de Hooge Raad de grenzen zijner bevoegdheid pleegt te overschrijden. Er mogen eenige arresten kunnen worden aangewezen, waarin de Hooge Raad een verklaring geeft omtrent de bevoegdheid van de gemeente tot het maken van aanvullende regelingen, doch zoolang deze verklaring een als het ware platonisch karakter blijft behouden en de Hooge Raad bij de beoordeeling van de aanvullende bevoegdheid niet gaat buiten de hiervoren aangegeven grens van strijd met de wet, kan van een treden op het verboden gebied van artikel 193 der gemeentewet m.i. niet gesproken worden.

Mr. van der Roest is van meening, dat bepaaldelijk uit de arresten van den Hoogen Raad over posterieure verordeningen de goede gezindheid van het Hoog College met betrekking tot de aanvullende bevoegdheid der gemeentebesturen duidelijk tot uiting komt. Anderzijds kan niet worden ontkend, dat de Hooge Raad, als een hem ondoelmatig voorkomende verordening daartoe leidt, niet schroomt om de beantwoording van de vraag, of een aanvullende regeling zich met de Rijkswet verdraagt, zoo noodig in ruimen zin op te vatten; dit moge blijken uit het arrest van 22 Februari 1932, N.J., blz. 239, waarbij beslist werd, dat artikel 8 der Verordening op den Keuringsdienst van vee en vleesch in de gemeente Alphen a/d Rijn, voorschrijvende een keuring van *vleeschwaren,* welke de wet niet kent, en daartoe ieder, die dergelijke waren in de gemeente invoert, op straffe verplichtende de ingevoerde waren zonder oponthoud langs den kortsten weg naar het keuringslokaal te vervoeren, verbindende kracht mist. Dit arrest werd genomen in afwijking van de conclusie van den Advocaat-Generaal, die van oordeel was, dat het terrein, waarover de Vleeschkeuringswet haar bemoeienissen niet uitstrekt, vrij blijft voor den gemeentewetgever en dat de genoemde wet de materie

niet uitputtend regelt. De Hooge Raad overwoog, „dat de meer-„gemelde verordening steunt op artikel 20, lid 1, van de Vleesch-„keuringswet, bepalende, dat de gemeenteraad den keuringsdienst „bij verordening regelt, terwijl artikel 21, 1, van die wet inhoudt, „dat de verordening op den keuringsdienst bevat, behalve andere „bepalingen, die de raad te dien aanzien wil maken, voorschriften „met betrekking tot een vijftal daar omschreven punten; dat de „artikelen 22 en 23 der wet de wijze bepalen, waarop de besluiten tot vaststelling, aanvulling, wijziging of intrekking van de „Verordening op den keuringsdienst bevat, behalve andere bepa-„lingen, die de raad te dien aanzien wil maken, voorschriften met „betrekking tot een vijftal daar omschreven punten; dat de arti-„kelen 22 en 23 der wet de wijze bepalen, waarop de besluiten tot „vaststelling, aanvulling, wijziging of intrekking van de Veror-„dening op den keuringsdienst tot stand komen, desnoods, zoo de „gemeenteraad weigerachtig moet worden geacht om mede te „werken tot de uitvoering van de wet, buiten den raad om, door „vaststelling door Gedeputeerde Staten of door de Koningin;

„dat uit deze in artikel 23, 2, der wet gebezigde uitdruk-„king: „mede te werken tot de uitvoering van deze wet", blijkt „welk het karakter van de verordeningen op den keuringsdienst „is en welke soort van bepalingen die verordeningen enkel mogen „inhouden;

„dat de Vleeschkeuringswet aldus is ingericht, dat de wet zelve „bepaalt in welke gevallen keuring van slachtvee alsmede van „vleesch moet plaats hebben, terwijl volgens artikel 18, 1 bij alge-„meenen maatregel van bestuur worden uitgevaardigd voor het „geheele land geldende voorschriften omtrent een aantal in de „wet opgesomde punten, de keuring en de gevolgen daarvan be-„treffende, en in de artikelen 20 en 21 de regeling van den keu-„ringsdienst bij gemeentelijke verordening, waarbij met plaatse-„lijke toestanden en verhoudingen kan worden gerekend, wordt „voorgeschreven;

„dat hieruit volgt, dat, waar de wet zelve omtrent de keuring „van vleeschwaren — zulks in tegenstelling met dien van slacht-„dieren en van vleesch — geen enkel voorschrift inhoudt, maar „ter verzekering van de zuiverheid van deze waren maatregelen „van anderen aard voorschrijft, eene gemeentelijke verordening op „den keuringsdienst de wet op dit punt niet vermag aan te vullen, „vermits in zoodanige verordening enkel mag worden medege-„werkt aan de uitvoering van de wet en niet aan hare aanvulling;

„dat in dien zin ook zijn te verstaan de woorden in artikel 21, „1, van de wet „behalve andere bepalingen, die de raad te dien „aanzien (dat is ten aanzien van den keuringsdienst) wil maken;

„dat dus artikel 8 van de in het middel genoemde verordening

„door eene keuring voor te schrijven van vleeschwaren, welke „keuring de wet niet kent, en daartoe ieder, die dergelijke waren „in de gemeente Alphen a/d Rijn invoert, op straffe te verplich- „ten de ingevoerde waren zonder oponthoud langs den kortsten „weg naar het keuringslokaal te vervoeren, in zooverre eene bepa- „ling inhoudt, die volgens de wet in zoodanige verordening niet „toelaatbaar en daarom niet verbindend is".

Met opzet heb ik de overwegingen van het arrest uitvoerig weergegeven, aangezien daaruit blijkt op welke wijze de Hooge Raad den strijd met de wet heeft geconstrueerd. Zie ik juist, dan kan gezegd worden, dat de Hooge Raad i.c. in zekeren zin een opportunistische interpretatie heeft toegepast, vermoedelijk zijn oorzaak vindende in de omstandigheid, dat de verordening ondoelmatig werd gevonden. In het licht hiervan is het Hoog College, in afwijking van zijn eenige malen verkondigde leer, dat de aanvullende bevoegdheid wordt ondersteld, er kennelijk van uitgegaan, dat de Vleeschkeuringswet geen aanvullende voorschriften toelaat buiten het kader van „medewerking aan de uitvoering van de wet", een stelling, die m.i. niet zonder meer mocht worden aanvaard, mede nu de Advocaat-Generaal de Vleeschkeuringswet anders interpreteerde. Ook Prof. Pompe is blijkens zijn noot onder het arrest van oordeel, dat „de wet wel wat duidelijker had kunnen spreken". Doch dan gelde ook het in dubiis pro gemeente!

Interessant is, dat de Regeering, toen zij met toepassing van artikel 185 der gemeentewet bij K.B. van 17 Maart 1932, Stbl. no. 98, de hand op een verordening van gelijke strekking van de gemeente Alphen a/d Rijn legde, deze kennelijk niet in strijd met de Vleeschkeuringswet oordeelde, doch de vernietiging grondde op strijd met artikel 193 van de gemeentewet, zulks uit overweging, dat de wetgever blijkens artikel 2, lid 2, van de Vleeschkeuringswet ook ten aanzien van vleeschwaren de bevoegdheid van den gemeenteraad heeft beperkt tot de regeling van den keuringsdienst, dat de raad bij de regeling van den dienst wel ook andere dan de in artikel 21 der wet genoemde punten, dien dienst betreffende, kan regelen, *maar daarbij moet handhaven het beginsel van de wet,* dat het vervoer van vleesch en vleeschwaren niet door keuringen bij invoer in de gemeenten mag worden belemmerd en dat *„derhalve moet worden aangenomen, dat de betrokken verordening treedt in hetgeen van algemeen Rijksbelang is".*

Deze slot-conclusie doet m.i. wel eenigszins wonderlijk aan en is er met de haren bij gesleept. Na de overweging, dat de gemeente bij haar regeling van den keuringsdienst het beginsel der wet moet handhaven, hetgeen implicite inhoudt, dat zij dit beginsel i.c. met voeten had getreden, had het meer voor de hand gelegen

strijd met de Vleeschkeuringswet aanwezig te achten. Ook dit voorbeeld toont duidelijk aan hoe weinig lijn er zit in de Koninklijke besluiten die dit randgebied bestrijken.

§ 5.

In 1931 is bij de wijziging van de gemeentewet een scherpe aanval op artikel 193 der gemeentewet gedaan. „Hopelooze verdeeldheid en eindeloos verschil van gevoelen zijn bij de toepassing van artikel 150 der gemeentewet voor den dag gekomen", aldus reeds de Staatscommissie van 1918 in haar rapport aan de Kroon.

In het licht der bestaande bezwaren wenschte zij het verschil van huishouding als uitgangspunt voor de verhoudingsregeling los te laten en den raad de bevoegdheid te verleenen de verordeningen te maken, die hij in het belang der gemeente noodig oordeelt, met één beperking: dat zijn regeling niet tot onderwerp mag hebben hetzelfde „belang" van de hoogere regeling. De Commissie wenschte met andere woorden het oogmerk, het motief aanvaard te zien als beslissend voor de bepaling van de grens van 's raads wetgevende bevoegdheid in verhouding tot die der hoogere regelende organen. Het ontwerp der Commissie werkte dit aldus uit, dat 's raads verordeningen niet zouden mogen voorzien in hetzelfde belang, dat de hoogere regeling zich aantrekt, tenzij deze laatste daartoe vrijheid zou geven. Tevens werd voorgesteld zoowel het tweede lid van artikel 150 als artikel 151 te schrappen. De rechter zou mitsdien dan bevoegd worden te beoordeelen of hetzelfde belang, dat aan de hoogere regeling ten grondslag ligt, den raad bij het maken zijner verordeningen heeft bewogen, terwijl het aan de posterieure hoogere regeling zou overblijven desgewenscht een voorziening te treffen nopens het naast haar voortbestaan van de lagere regeling, die hetzelfde belang raakt.

In het ontwerp van 1923 werd dit voorstel integraal gevolgd, doch het ontwerp van 1928 ging niet zoover, dat artikel 151 zou worden geschrapt: men volstond met vervanging van „onderwerp" door „belang" en bracht in het artikel overigens eenige wijzigingen van ondergeschikte beteekenis aan.

Nadat in het Voorloopig Verslag bezwaren waren ingebracht tegen de voorgestelde wijziging van artikel 150 (thans 193), besloot de Regeering in de Memorie van Antwoord na „ernstige overweging van hetgeen in de rechtsliteratuur is verschenen" het artikel terug te nemen en in verband daarmede ook artikel 151 in zijn oorspronkelijken vorm te handhaven. Bij de openbare behandeling in de Tweede Kamer werd echter door Prof. van den Bergh een amendement ingediend om artikel 150 te doen vervallen. Deze kwam aldus in het vaarwater o.a. van Mr.

van der Meulen, Prof. van der Pot en Prof. van der Grinten, die eveneens schrapping van artikel 150 hadden gepropageerd.

Prof. van den Bergh wees er op, dat het artikel uitgaat van de drie sferenleer, dat deze leer echter is verlaten en dat een onderwerp zeer wel tot meer dan één sfeer kan behooren. Hij toonde aan, dat de vraag in welke gevallen gemeentelijke aanvulling ontoelaatbaar moet worden geacht, steeds aanleiding tot moeilijkheden heeft gegeven en wees daarbij op de verschillende te dezen verkondigde theorieën. In de practijk was de situatie zijns inziens deze, dat gemeentelijke aanvulling van regelingen van hoogere organen slechts dan niet geoorloofd is, wanneer de gemeentelijke verordening met de hoogere regelingen in *strijd* is. Doch daarvoor was, aldus Prof. van den Bergh, een bijzondere grond van vernietiging, het treden in het algemeen Rijksbelang, niet noodig. Volgens Z. H. G. kon worden volstaan met vernietiging wegens strijd met de wet, welke ook mogelijk zal zijn als een gemeentelijke verordening een zaak regelt, die volgens de Grondwet alleen aan hoogere organen toekomt.

Prof. van den Bergh was van meening, dat voor het geval, dat de gemeente een verordening maakt, die niet in strijd is met de wet, maar die een materie regelt, welke naar het oordeel der Regeering niet doelmatig door de gemeente kan worden geregeld, geen speciale vernietigingsgrond noodig is, daar in dergelijke gevallen vernietigd zou kunnen worden wegens strijd met het algemeen belang. Ter adstructie van deze stelling beriep hij zich op Struycken, Van der Grinten, Van der Pot, Bool en Labberton.

Het amendement ondervond echter ernstige bestrijding. Mr. de Wilde gaf er de voorkeur aan geen nieuwe moeilijkheden te creëeren; zijns inziens bestond wel degelijk behoefte aan een afbakening van terrein. En de Minister van Binnenlandsche Zaken, Ruys de Beerenbrouck, gaf na een betoog zonder nieuwe gezichtspunten als zijn meening te kennen, dat zoowel voor de argumenten van den heer De Wilde als voor die van den heer Van den Bergh veel te zeggen viel (!), doch dat hij neigde naar de opvatting van laatstgenoemden spreker.

Bij de replieken vielen de heeren Rutgers van Rozenburg en Schokking Mr. de Wilde bij. Vrees, dat in geval van schrapping van het artikel de gemeente voor Rijks- of provinciaal wetgever zou spelen, voerde den boventoon.

En zoo kwam na een weinig principieel debat het amendement te vallen en bleef het artikel gehandhaafd, evenals artikel 151 (thans 194).

§ 6.

Zoodra de gemeentewet opnieuw op de helling komt, zal de Regeering zich wederom de vraag moeten stellen of handhaving van de artikelen 193 en 194 verantwoord is en zoo neen, of schrapping van de artikelen geboden is, dan wel vaststelling in gewijzigden vorm. Het lijkt mij dan ook, dat de Vereeniging voor Administratiefrecht nuttig werk kan verrichten door haar licht over deze vragen te doen schijnen.

Nemen wij daartoe allereerst artikel 193 nader onder de loupe. Vast staat, dat het artikel in zijn huidigen vorm de reminiscens is van de verouderde en niet meer bruikbare theorie der drie sferen en niet in overeenstemming is met de tegenwoordige staatkundige practijk. Herhaaldelijk treedt de gemeente bij het vaststellen van verordeningen in hetgeen van algemeen Rijksbelang is, ja zij wordt hiertoe door tal van wetten verplicht. Juist bij de toegenomen bemoeiing van de centrale overheid, is er nog slechts weinig maagdelijk gebied, doch zal de verordenende bevoegdheid der gemeente voor een groot deel bij het uitvaardigen van aanvullende regelingen tot uitdrukking komen. De gemeente betreedt dan een gebied, dat, dikwijls zelfs met gelijk motief, reeds door het Rijk geregeld is, doch ten aanzien waarvan met het oog op de locaal verschillende omstandigheden, nadere regeling hetzij door den Rijkswetgever met zooveel woorden geëischt wordt, hetzij uitdrukkelijk of stilzwijgend gedoogd wordt. Het algemeen belang wordt met zulke locaal gedifferentieerde regelingen gebaat en de Rijkswetgever kan zich bepalen tot het trekken van de groote lijnen en de uitwerking aan de gemeenten overlaten.

Door de gemeenten te verplichten ten aanzien van een bepaalde materie de noodige voorschriften te stellen, geeft de Rijkswetgever als het ware te kennen zulks in het algemeen Rijksbelang noodzakelijk te achten, zij het dan, dat hij met het oog op de locaal gedifferentieerde omstandigheden de voorschriften niet zelf stelt, doch dit overlaat aan de gemeenten.

In zijn tegenwoordigen vorm is het artikel in zekeren zin dus een „groot, valsch woord" en is het alleen behoorlijk te hanteeren, indien het aldus wordt geïnterpreteerd, dat het een verbod bevat om regelingen te treffen ten aanzien van een materie, welke niet voor regeling door de gemeenten in aanmerking komt. Doch de vraag is dan, welk criterium hierbij dient te worden aangelegd en wie beoordeelt of deze casuspositie zich voordoet. Vast staat, dat een objectief, voor alle omstandigheden bruikbaar criterium niet is te vinden en dat voor elke materie afzonderlijk het ius in causa positum geldt. Geeft men zich er rekenschap van, dat de Grondwet den plaatselijken wetgever in het algemeen bevoegd verklaart

de verordeningen te maken die hij in het belang van de gemeente noodig oordeelt en hem daarbij slechts indirect inscherpt niet in strijd met de wet of het algemeen belang te komen, dan rijst de vraag, of naast de nadere uitwerking van artikel 146, lid 1, der Grondwet in artikel 168 der gemeentewet nog een verdere *algemeene* begrenzing van 's raads verordenende bevoegdheid noodzakelijk is. Heeft men, met andere woorden, naast de algemeene veiligheidsklep van de mogelijkheid van vernietiging wegens strijd met het algemeen belang — een onmisbaar middel om de eenheid van het staatsgezag te handhaven — nog een *algemeen* criterium noodig om in de gevallen waarin de *speciale* wet geen uitkomst biedt, de plaatselijke verordening te kunnen vernietigen? Of om het nog anders uit te drukken: komen de belangen van de centrale overheid in het gedrang, komt men niet uit, als men moet volstaan met de artikelen 168 en 185 der gemeentewet? Met opzet stel ik de vraag zoo scherp mogelijk ten einde hen, die, als in de Tweede Kamer in 1931, slechts vage argumenten te berde brengen, het vuur na aan de schenen te leggen. Immers, als een dergelijke aanvullende algemeene formule niet strikt noodzakelijk is, vermijde men haar. Met klem meen ik te mogen waarschuwen tegen de opvatting, dat een verbod van algemeene strekking in den geest van het huidig artikel 193, lid 1, toch „in elk geval geen kwaad kan". Heeft immers een kenner van ons staatsrecht als Prof. Kranenburg niet juist aan dat artikel zijn argument ontleend, dat de onderstelling van de aanvullende bevoegdheid van de gemeente in strijd is met het systeem onzer gemeentewet en dat de bevoegdheid van de gemeente in elk speciaal geval moet worden aangetoond? Gelukkig wordt deze theorie, ondanks het bestaan van artikel 193, lid 1, tegenwoordig vrijwel door niemand meer gehuldigd, doch men ziet tot welke gevaarlijke consequenties dergelijke op zichzelf onschuldig lijkende algemeene formules aanleiding kunnen geven.

Herhaal ik dus mijn vraag: komt men inderdaad met de artikelen 168 en 185 der gemeentewet niet uit?

Hiertoe is allereerst noodzakelijk zich rekenschap te geven van de vraag in welke gevallen er strijd met de wet is of, meer concreet gezegd: is er alleen strijd met de wet wanneer de gemeente een gebied betreedt, dat door de Grondwet uitsluitend aan den Rijkswetgever is toebedeeld of dat voor de gemeente door de Rijkswet met zooveel woorden of uit hoofde van de structuur der wet gesloten is verklaard of kan strijd met de wet mede aanwezig worden geacht, indien de gemeente een materie regelt welke, als in het geval van de Gorinchemsche verordening, de Rijkswetgever welbewust niet heeft willen regelen? Zooals reeds in § 2 is uiteengezet, heeft de Regeering destijds in het geval van de Gorinchem-

sche verordening strijd met de wet aanwezig geacht, hoewel de tekst der wet, i.c. de Bioscoopwet, geen verbod van locale regeling bevatte en bij de totstandkoming der wet over de bevoegdheid van de gemeente om met betrekking tot het onderdeel in kwestie aanvullende regelingen te stellen met geen woord was gerept. Slechts was uit de Memorie van Toelichting gebleken, dat de Rijkswetgever *zelf* een verbod voor jeugdige personen tot het bijwonen van films, die voor hen niet toegankelijk zouden zijn, niet had willen stellen. De Regeering leidde daaruit kennelijk af, dat in het licht hiervan de plaatselijke wetgever niet bevoegd mocht worden geacht zulk een verbod uit te vaardigen en oordeelde de verordening in strijd met de wet, een naar mijn meening zeer aanvechtbaar standpunt [1]). Mijns inziens ware slechts dan strijd met de Bioscoopwet aanwezig geweest, indien de *tekst* der wet, hetzij door een rechtstreeksch verbod, hetzij min of meer duidelijk indirect uit kracht van de structuur der wet, tot uitdrukking zou hebben gebracht, dat aanvulling door de gemeenten ten aanzien van het betrokken onderdeel niet geoorloofd was. Hiervan was i.c. geen sprake. Neemt men met Labberton aan, dat de onderstelde bevoegdheid van de gemeente tot het maken van aanvullende regelingen, bij het ontbreken van een bepaling van het tegendeel, mede aanwezig is wanneer de betrokken Rijkswet deze bevoegdheid slechts ten aanzien van bepaalde onderdeelen met zooveel woorden heeft erkend, dat kan bezwaarlijk uit het enkele feit, dat in de Memorie van Toelichting een verbod als i.c. bedoeld in de *Bioscoopwet* niet op zijn plaats werd geacht, tot strijd met de wet ten aanzien van de betrokken aanvullende verordening worden geconcludeerd.

Had de Regeering deze verordening dan dienen te laten voortbestaan? Naar mijn meening geenszins. Doch zij had, toen de Bioscoopwet zelf hier geen houvast bood, de verordening dienen te vernietigen wegens strijd *met het algemeen belang* en wel uit deze overweging, dat, nu de Rijkswetgever een verbod met strafsanctie op de in de Memorie van Toelichting aangegeven gronden niet had willen uitvaardigen, het in strijd met het algemeen belang moet worden geacht, dat de plaatselijke wetgever een verbod stelde, ten aanzien waarvan de bezwaren die den Rijkswetgever tot onthouding noopten, in gelijke mate aanwezig mochten worden geacht.

In gevallen als de onderhavige, waarin de Rijkswetgever zich welbewust van regeling van een bepaald onderdeel onthield, lijkt vernietiging wegens strijd met het algemeen belang het aangewe-

[1]) Slechts liet de Regeering in een tusschenzin „daar" of de Bioscoopwet aanvullende regeling toelaat.

zen middel, zoo dikwijls de gemeente het betrokken onderdeel regelt zonder dat locale omstandigheden en bijzondere motieven kunnen worden aangetoond welke het plaatselijk verbod in een ander vlak brengen.

Terecht heeft de Regeering overigens m.i. bij de Gorinchemsche verordening geen strijd met artikel 193 der gemeentewet, d.w.z. geen treden in hetgeen van algemeen Rijksbelang is, aanwezig geacht. Immers als de wetgever meent, dat een bepaald onderdeel eener materie *niet* voor regeling door hemzelf in aanmerking komt, kan men moeilijk volhouden, dat het van algemeen Rijksbelang is.

Slechts dan kan gezegd worden, dat een bepaalde materie van algemeen Rijksbelang is, als de Rijkswetgever beoogd heeft de zaak uitputtend te regelen en (of) min of meer duidelijk heeft uitgesproken, dat voor aanvullende regeling geen plaats is. Komt de plaatselijke verordening in strijd met de bedoeling van den Rijkswetgever zonder dat er strijd met de hoogere regeling zelf is, dan zal men meerendeels zijn toevlucht dienen te nemen tot vernietiging wegens strijd met het algemeen belang.

Hetzelfde lijkt mij het geval te zijn, zoo dikwijls zich een situatie voordoet als bij de huurverordeningen. Zooals reeds hiervoren in herinnering werd gebracht, heeft de vernietiging dezer verordeningen mede wegens strijd met artikel 193, lid 1, der gemeentewet tal van schrijvers tot ernstige critiek aanleiding gegeven en had men naar veler meening met vernietiging wegens strijd met het algemeen belang moeten volstaan.

Tot zulk een vernietiging heeft men trouwens uitsluitend zijn toevlucht genomen in de in § 2 geciteerde gevallen, waarin verordeningen werden vernietigd wegens strijd *met het algemeen belang* op grond van de omstandigheid, dat een wettelijke regeling, hetzelfde onderwerp betreffende, in voorbereiding was. In het voorbijgaan zij er hier op gewezen, dat het wel merkwaardig aandoet, dat de Regeering in deze gevallen anders dan bij de huurverordeningen van strijd met artikel 193, lid 1, met geen woord repte. Zoo ergens, dan ware hier aanleiding aanwezig geweest om een treden in hetgeen van algemeen Rijksbelang is te constateeren.

Nu leide men uit het vorenstaande niet af, dat ik een voorstander ben van vernietiging wegens strijd met het algemeen belang. Integendeel, de Regeering zij hiermede uiterst voorzichtig en ga hiertoe slechts in zeer sprekende gevallen, bij wege van uiterste noodzaak, over. Doch een wettelijk verbod als artikel 193 der gemeentewet bevat, dat zonder *algemeen* geldenden inhoud is en geen enkel houvast biedt, brengt ons voor de rechtszekerheid geen stap verder. Bij de beoordeeling van de vraag of dit verbod is

overtreden, zal men eveneens, net als bij de vraag of het algemeen belang is geschonden, bij wijze van interpretatie, moeten nagaan waar de grens ligt, terwijl ook hier doelmatigheidsredenen een groote rol spelen, zoodat men dan in dezelfde sfeer komt als bij vernietiging wegens strijd met het algemeen belang.

Hoe is nu de rechtstoestand als de plaatselijke verordening in strijd is met een *provinciale* verordening?

Hetzij men aanneemt, dat in artikel 185 der gemeentewet onder „wetten" mede de provinciale verordeningen zijn begrepen, hetzij men den strijd met een provinciale verordening construeert als strijd met de Grondwet, genoemd artikel kan men in alle gevallen hanteeren waarin strijd met de provinciale verordening in den eigenlijken zin des woords aanwezig is. Men realiseere zich anderzijds echter, dat de provinciale verordening niet de bevoegdheid van de gemeente tot het stellen van aanvullende regelen met zooveel woorden zal kunnen uitsluiten, zoodat in de practijk voor ons doel slechts in aanmerking komen de gevallen waarin de gemeentelijke verordening zich niet verdraagt met de structuur der provinciale verordening.

De conclusie kan dus geen andere zijn dan dat men, voor wat de vernietiging betreft, geen behoefte heeft aan een specialen norm, als vervat in artikel 193, lid 1, der gemeentewet. Doch, aldus kan men vragen, zou het stellen aan de verordenende bevoegdheid van een algemeene grens — naast het voorschrift van de artikelen 168 en 185 der gemeentewet — niet aanbeveling verdienen om te waken tegen keuromanie, om de gemeente als het ware nog eens in te scherpen niet als Rijks- of provinciale wetgever op te treden? Aldus blijkbaar de gedachtengang van eenige leden van de Tweede Kamer in 1931. Het wil mij voorkomen, dat een dergelijke bepaling, in het bijzonder in de huidige omstandigheden, mede in psychologisch opzicht, niet op haar plaats zou zijn. De gemeenten hebben immers bij de toeneming van de bemoeiingen van de centrale overheid eerder het gevoel te veel te worden teruggedrongen dan dat de neiging zou bestaan tot een overspanning van de verordenende bevoegdheid. Er is meer een neiging tot te groote passiviteit, tot een afwachten of er richtlijnen uit „Den Haag" komen, dan te groote activiteit. Doch dan wake men er voor, dat men de gemeenten niet nog verder terugdringt; integendeel, het is geboden alles in het werk te stellen om de gemeenten in te scherpen, dat het algemeen welzijn er mede gediend is, indien Rijk en gemeenten te zamen de handen inéén slaan om het maatschappelijk leven weer in goede banen te leiden. Het Rijk zal daartoe zijnerzijds door woord en daad het voorbeeld

moeten geven en bepaaldelijk geen voorschriften moeten uitvaardigen, welke zijn ingegeven door la grande peur, dat de gemeenten zich op den stoel van den rijkswetgever plaatsen.

Anderzijds is er mijns inziens alle aanleiding een poging te doen in de gemeentewet zelf vast te leggen, hoeverre de aanvullende bevoegdheid van de gemeenten ten aanzien van reeds bestaande hoogere regelingen gaat. Blijkt het nl. mogelijk door het stellen van een uitdrukkelijk voorschrift de bevoegdheid duidelijk af te bakenen, dan is er aanmerkelijke winst aan nationale energie en tijd en is de kans groot, dat zij, die indertijd bezwaar hadden tegen de schrapping van artikel 193, aangezien deze nieuwe twistvragen zou scheppen, zich thans voorstanders zullen toonen.

Gaan wij nu de mogelijkheden van een voorschrift als hier bedoeld na. Voor zoover het betreft wetten en algemeene maatregelen van bestuur, zou het voorschrift in dezen geest kunnen luiden, dat in een nieuw artikel 168bis wordt bepaald, dat, behoudens het bepaalde in de Grondwet, de raad bevoegd is in die verordeningen (d.w.z. de in artikel 168 bedoelde verordeningen) nadere regelen te stellen met betrekking tot reeds ten tijde van die uitvaardiging bestaande wetten en algemeene maatregelen van bestuur voor zoover niet de wet uitdrukkelijk het tegendeel heeft bepaald of, voor zoover het ten tijde van de wijziging van de gemeentewet reeds bestaande wetten en algemeene maatregelen van bestuur betreft, uit de structuur van de wet of de geschiedenis harer totstandkoming onomstootelijk blijkt, dat de Rijkswetgever hetzij algemeen, hetzij met betrekking tot het onderdeel in kwestie geen aanvulling door de gemeente gewild heeft.

Mijn bedoeling is dus deze: in wetten, die *na* de wijziging van de gemeentewet tot stand komen, zal de wetgever, *met zooveel woorden* de aanvullende bevoegdheid, hetzij algemeen, hetzij met betrekking tot bepaalde onderdeelen, moeten uitsluiten, wil hij dat de gemeente ter zake niet bevoegd is. Laat hij dit na, dan is de gemeente tot aanvulling bevoegd en kan de Kroon uitsluitend op grond van den *inhoud* der regeling haar vernietigen wegens strijd met het algemeen belang. Aangeteekend zij hierbij, dat de algemeene maatregel van bestuur niet zelf omtrent de aanvullende bevoegdheid van de gemeente een verbod zal kunnen bevatten, daar slechts de wet de gemeentelijke bevoegdheid kan inperken.

Een uitzondering dient overigens over het geheele gebied te gelden, voor zoover de Grondwet met betrekking tot een bepaalde materie een wet eischt. Vandaar het voorbehoud, bij den aanvang van het artikel gemaakt.

Ten volle realiseer ik mij, dat aldus aan den wetgever zware eischen worden gesteld. Hij zal zich bij de regeling eener bepaalde materie uitdrukkelijk de vraag moeten stellen in hoeverre hij

nadere aanvullingsvoorschriften op hun plaats acht en dus niet vabanque mogen spelen. Anderzijds is het uiteraard zoo, dat, als de omstandigheden zich wijzigen en achteraf zou blijken, dat de wetgever ten onrechte de aanvullende bevoegdheid niet zou hebben uitgesloten, hij alsnog de noodige voorschriften kan uitvaardigen.

Met betrekking tot de tallooze, ten tijde van de komende herziening der gemeentewet reeds bestaande wetten en algemeene maatregelen van bestuur kan men den hiervorengestelden eisch van uitdrukkelijke wilsbepaling helaas nog niet stellen. Tweeërlei gedragslijn is hier m.i. mogelijk: òf wel men neemt genoegen met een criterium als hiervoren aangegeven, volgens hetwelk de aanvullende bevoegdheid niet bestaat voor zoover uit de structuur van de wet of de geschiedenis harer totstandkoming onomstootelijk blijkt, dat de Rijkswetgever hetzij algemeen, hetzij met betrekking tot het onderdeel in kwestie haar niet gewild heeft, doch dan geve men zich er rekenschap van, dat verschil van interpretatie mogelijk blijft; òf wel men late ook voor deze wetten en algemeene maatregelen van bestuur de aanvulling steeds toe, voor zoover zij niet *uitdrukkelijk* is uitgesloten en late het aan den wetgever over om, waar hij zich vroeger niet heeft uitgesproken doch de aanvullende bevoegdheid niet wenscht te zien toegepast, alsnog een verbod uit te vaardigen en daarvan de gevolgen te regelen.

Ik voor mij zou aanvankelijk de eerstbedoelde gedragslijn wel aandurven, doch ik realiseer mij zeer wel de daaraan uit een oogpunt van de rechtszekerheid verbonden bezwaren en meen daarom ook het tweede systeem uitdrukkelijk te moeten vermelden.

Tot dusver was slechts sprake van wetten en algemeene maatregelen van bestuur. Doch hoe met de afbakening van de aanvullende bevoegdheid der gemeenten met betrekking tot provinciale verordeningen en verordeningen van lichamen, als bedoeld in artikel 130 der gemeentewet? De moeilijkheid is hier, dat men het niet aan de provincie of het rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam kan overlaten te bepalen in hoeverre de gemeente niet tot aanvulling bevoegd is, daar m.i. immers alleen de wet de bevoegdheid der gemeente kan inperken. Wel zou men de stelling kunnen verdedigen, dat de wetgever het in dezen gedachtengang in de hand heeft om het provinciaal bestuur en de in artikel 130 der gemeentewet bedoelde lichamen ipsis verbis de bevoegdheid te verleenen zich uit te spreken over de mogelijkheid voor de gemeenten om aanvullende voorschriften uit te vaardigen, doch vooralsnog zou ik zulks toch een weinig fraaie figuur vinden.

Hoe uit de hier liggende moeilijkheden te komen? De gemeentewet zou over de bevoegdheid van de gemeente om met betrekking tot de verordeningen van evengenoemde lichamen aanvul-

lende voorschriften te stellen kunnen zwijgen, doch men schept dan een weinig fraai argumentum a contrario in vergelijking met het nieuwe voorschrift in zake de aanvullende bevoegdheid met betrekking tot een algemeenen maatregel van bestuur.

Een tweede mogelijkheid ware de gemeente algemeen bevoegd te verklaren ook met betrekking tot de hierbedoelde verordeningen aanvullende regelingen te stellen, voor zoover de *wet* niet anders bepaalt. Men behoudt dan daarnaast nog steeds de stok achter de deur van vernietiging wegens strijd met het algemeen belang op grond van den *inhoud* der aanvullende verordening. Wikkende en wegende ben ik aanvankelijk geneigd aan deze oplossing de voorkeur te geven. Men zou in dezen gedachtengang de provinciale verordeningen en de verordeningen van lichamen, als bedoeld in artikel 130 der gemeentewet, in één adem na de wetten en de algemeene maatregelen van bestuur in dezelfde bepaling kunnen vermelden, hetgeen uit een oogpunt van wetstechniek ongetwijfeld toejuiching zou verdienen. Alles bij alles breng ik de volgende bepaling in discussie:

„Artikel 168bis.

Behoudens het bepaalde in de Grondwet, kan hij in die verordeningen nadere regelen stellen met betrekking tot ten tijde van de uitvaardiging van die verordeningen bestaande wetten, algemeene maatregelen van bestuur, provinciale verordeningen en verordeningen van een commissie of een orgaan, bedoeld in artikel 130, voor zoover de wet niet uitdrukkelijk het tegendeel bepaalt".

In aansluiting hieraan ware dan een overgangsbepaling als hiervoren aangegeven uit te vaardigen.

Hoe wordt nu de rechtstoestand, voor wat 's rechters toetsingsrecht betreft, als men artikel 193 schrapt en een nieuw artikel 168bis als voorgesteld inlascht?

Gelijk reeds hiervoren werd betoogd, weigert de Hooge Raad constant de vraag te beoordeelen of een gemeentelijke verordening is getreden in hetgeen van algemeen Rijks- of provinciaal belang is.

Valt artikel 193 weg en komt een nieuw artikel 168bis tot stand als door mij gesuggereerd, dan zal de rechter zich bij de beoordeeling van de vraag of strijd met de wet aanwezig is, voor zoover de rechtsgeldigheid van een posterieure aanvullende verordening in het geding is, zich moeten beperken tot de vraag of de Grondwet de betrokken materie bij uitsluiting voor de wet reserveert, zoomede of de wet het stellen van nadere regels uitdrukkelijk

heeft verboden. Veel speelruimte komt hem bij het uitspreken van dit oordeel niet toe. Bepaaldelijk zal hij niet tot een constructie van strijd met de wet mogen komen door zich te begeven in een onderzoek van de vraag of de aanvullende verordening zich verdraagt met de structuur der hoogere regeling, behoudens uiteraard voor wat de ten tijde van de wijziging der gemeentewet reeds bestaande wetten, algemeene maatregelen van bestuur enz. betreft.

Niet onvermeld blijve ten slotte, dat Mr. van der Roest, die overigens van de pogingen, in 1931 aangewend om artikel 193 te schrappen met geen woord rept, zich een voorstander toont van schrapping van het tweede lid en met betrekking tot de vraag of het eerste lid is overschreden, administratieve rechtspraak in het leven wil roepen. Aanleiding hiertoe is voor hem het reeds hiervoren genoemde K.B. van 13 Juni 1938, Stbl. no. 2348, in zake de vernietiging van artikel 4 van Yerseke's Reglement, waaruit schrijver afleidt, dat ook naar het oordeel der Regeering de vraag van de verhouding tusschen hoogere en lagere regeling een rechtsvraag is. Hiervoren meen ik reeds afdoende aangetoond te hebben, dat artikel 193, lid 1, als abstracte norm geen beteekenis heeft en dat in de practijk alles afhangt van den omvang der bemoeiingen van den wetgever. M.i. wordt de voor de gemeenten ook door Mr. van der Roest verlangde rechtszekerheid op veel afdoender wijze bereikt door een nieuw artikel 168bis als voorgesteld.

§ 7.

Komen wij thans tot artikel 194 der gemeentewet. Gelijk bekend, heeft indertijd reeds Oppenheim voorgesteld het artikel te doen vervallen. „Waarom", aldus Oppenheim, „deze onverbiddelijke dood, met mogelijkheid van opstanding?" Oppenheim wilde het aan de hoogere regeling zelf overlaten om zoo noodig te bepalen in hoeverre reeds bestaande plaatselijke verordeningen zouden komen te vervallen. Overigens achtte hij het „schier ondenkbaar", dat de gemeenteraad niet uit eigen beweging de anterieure verordeningen, hetzij zou intrekken, hetzij zou aanpassen. En voor het geval hij dit mocht nalaten, kan de rechter de verordening onverbindend verklaren zoo zij strijdt met de hoogere regeling en de Kroon zoo noodig op haar de hand leggen wegens strijd met het algemeen belang.

Zooals reeds hiervoren vermeld, namen de Staatscommissie 1918 en het Regeeringsontwerp 1923 deze gedachte over, doch het ontwerp-1928 handhaafde het artikel.

Prof. van der Pot kon zich niet vereenigen met de schrapping van het artikel. Zijns inziens kan men moeilijk verwachten, dat

bij elke nieuwe wet, algemeenen maatregel van bestuur enz. „al wat op hetzelfde gebied aan lagere regeling bestaat onder de oogen wordt gezien". En van de diligentie van de gemeentebesturen om hun regelingen aan te passen was hij niet overtuigd. Hij vreesde dan ook van de schrapping onzekerheid. Zijns inziens diende het artikel te blijven voortbestaan; wordt de bevoegdheid der gemeente tot het maken van aanvullende regeling onomwonden erkend, dan kunnen de gemeenten na het vervallen der anterieure verordeningen nader regelen wat zij noodig oordeelen.

De vraag worde thans onder het oog gezien of, wordt artikel 193 geschrapt en een nieuw artikel 168bis gecreëerd, artikel 194 gehandhaafd dient te blijven dan wel dient te vervallen. Zie ik goed, dan heeft zoowel Oppenheim als de Staatscommissie 1918 uit het oog verloren dat men als men het artikel schrapt het wel aan de *wet* kan overlaten te bepalen, welk lot de anterieure plaatselijke verordeningen zullen ondergaan, doch dat noch een algemeene maatregel van bestuur, noch een provinciale verordening, noch een verordening van een orgaan als bedoeld in artikel 130 der gemeentewet, althans zeer zeker niet zonder daartoe door de wet uitdrukkelijk bevoegd te zijn verklaard, beslissen kan omtrent het voortbestaan van gemeentelijke verordeningen. Schrapt men het artikel zonder meer, dan wordt het dus geheel aan de diligentie der gemeenten overgelaten in hoeverre zij de reeds bestaande verordeningen meenen te moeten intrekken of aanpassen na het tot stand komen van een algemeenen maatregel van bestuur, enz.

Hadden we uitsluitend met posterieure *wetten* te maken, ik zoude het een volkomen billijken eisch vinden, dat de wet zelf bepaalt, in hoeverre de op het door haar geregelde gebied bestaande plaatselijke verordeningen gehandhaafd blijven, maar bepaaldelijk met de provinciale verordeningen en de verordeningen van lichamen als bedoeld in artikel 130 der gemeentewet, komt men met dit systeem niet volledig uit. Immers slechts in geval de plaatselijke verordening geacht kan worden in *strijd* te zijn met de posterieure provinciale verordening of verordening van het rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam, kan de rechter, in geval van schrapping van artikel 194 der gemeentewet, op haar de hand leggen.

Verschillende mogelijkheden zijn denkbaar. Men kan het artikel handhaven, waarbij dan te overwegen ware voor „onderwerp" te lezen „belang"; men kan het artikel schrappen, doch dan dient men zich wel de situatie, die met posterieure algemeene maatregelen van bestuur, provinciale verordeningen enz. ontstaat, te realiseeren en men kan het artikel beperken tot provinciale veror-

deningen en verordeningen van een lichaam, als bedoeld in artikel 130 der gemeentewet en, voor wat wetten en algemeene maatregelen van bestuur betreft, het aan de wet overlaten het noodige te bepalen. In principieel opzicht lijkt dit echter een weinig fraaie figuur, daar aldus aan de „lagere verordeningen" van provinciën en lichamen als bedoeld in artikel 130 der gemeentewet meer kracht wordt toegekend dan aan regelingen vervat in een wet.

In het licht hiervan meen ik dan ook, dat er weinig anders op zit dan het artikel te handhaven, zij het dat wellicht een amendement ware aan te brengen als hiervoren aangegeven. Erg enthousiast ben ik daarvoor evenwel allerminst, daar men mijns inziens aan bepalingen als de onderhavige, die in den loop der jaren door de jurisprudentie en de practijk „gekneed" zijn, zoo weinig mogelijk moet tornen.

En hiermede is deze studie tot een eind gekomen. Moge het debat, hetwelk zij ongetwijfeld zal uitlokken, den wetgever verdere stof bieden om bij de wijziging der gemeentewet de absolute waarheid te vinden.

Najaar 1946.

DE GEMEENTELIJKE VERORDENINGSBEVOEGDHEID EN HET BURGERLIJK RECHT

Prae-advies van Prof. Mr. W. G. Vegting

§ 1.

Het door het bestuur onzer vereeniging voor dit jaar aan de orde gestelde onderwerp: De grenzen van de verordenende bevoegdheid der gemeente, omvat een wijd gebied. De beide voor het leveren van een prae-advies uitgenoodigden, Mr. Kan en steller dezes, meenden daarom na overleg met het bestuur, dat het doelmatig moest worden geacht, bij de bewerking van de prae-adviezen een zekere taakverdeeling te volgen. Zij dachten daarbij aan een driedeeling, waarby Mr. Kan zich zou bezighouden met de verhouding van de verordenende bevoegdheid van de gemeente tot die van „hoogere lichamen", de ondergeteekende aandacht zou wijden aan de verhouding van de gemeentelijke verordeningsbevoegdheid tot het burgerlijk recht, en een derde prae-adviseur zou behandelen de rechtspraak van den H.R. betreffende de toetsing van gemeenteverordeningen aan art. 168 der Gemeentewet. Ondanks alle pogingen is het evenwel niet mogen gelukken tijdig iemand te vinden, in staat en bevoegd tot het leveren van dit laatste prae-advies. Ten einde althans eenigermate in dit gemis te voorzien heb ik in een aanhangsel tot mijn prae-advies eenige korte opmerkingen over de toetsing aan artikel 168 der Gemeentewet opgenomen, ontleend aan de beschouwingen daaromtrent voorkomend in mijn proefschrift.

Als aanvulling op beide prae-adviezen verklaarde Prof. Donner zich bereid eenige notities te verschaffen omtrent de verordenende bevoegdheid van de organisaties berustend op het besluit van 31 October 1940 tot opbouw van een organisatie van het bedrijfsleven en op het Organisatiebesluit voedselvoorziening.

Met de behandeling van de gemeentelijke verordeningsbevoegdheid in haar verhouding tot het burgerlijk recht betreed ik een terrein, waarop ik ook reeds vroeger stappen zette. Hoe aanlokkelijk het ook op zichzelf kan zijn zich opnieuw bezig te houden met een materie, waarvoor een belangstelling, welke vroeger reeds vorm kreeg, is blijven leven, juist het feit, dat ik mijn opvattingen omtrent het aan de orde zijnde onderwerp reeds eens uitvoerig heb mogen uiteenzetten, brengt ook zijn bezwaren mede. Sedert

mijn proefschrift uitkwam hebben litteratuur en rechtspraak practisch geen nieuwe aanknoopingspunten voor een hernieuwde behandeling opgeleverd en nadere overweging heeft mij al evenmin aanleiding gegeven tot herziening van de in mijn proefschrift gevolgde methode van aanvatting van het vraagstuk, noch van de daaruit ontwikkelde conclusies. Zoo was het wel onvermijdelijk bij de behandeling van het vraagstuk voor Uw vergadering op verschillende punten in herhaling te vervallen.

§ 2.

In de omschrijving, welke de Gemeentewet geeft van de verordenende bevoegdheid van den gemeenteraad, is niets te vinden, hetwelk dezen wetgever zou verbieden met zijn regelingen te treden op het terrein van het burgerlijk recht [1]).

Het onderzoek naar den omvang van de verordenende bevoegdheid van de gemeente in het algemeen, zooals ik dat verantwoordde in het eerste hoofdstuk van mijn dissertatie doch hier niet zal herhalen, leidde echter tot de conclusie, dat de gemeente geen bepalingen in haar verordeningen mag vaststellen, welke in strijd zijn met, juridisch niet bestaanbaar zijn naast voorschriften, vastgesteld door een hoogeren wetgever [2]). Moet nu artikel 157 der Grondwet: „Het burgerlijk en handelsrecht, het burgerlijk en militair strafrecht, de rechtspleging en de inrichting der rechterlijke macht worden bij de wet geregeld in algemeene wetboeken, behoudens de bevoegdheid der wetgevende macht om enkele onderwerpen in afzonderlijke wetten te regelen", opgevat worden als een voorschrift, waarmede de gemeentelijke wetgever in strijd zou kunnen komen zoo hij bepalingen van burgerlijk recht ging vaststellen?

Het komt mij voor, dat een andere opvatting niet wel mogelijk is. Naar de bewoordingen van het grondwetsartikel wordt den Rijkswetgever de opdracht gegeven o.a. het burgerlijk recht in een bepaalden vorm — gecodificeerd — vast te stellen: deze exclusieve opdracht aan den genoemden wetgever houdt in een ontzegging van bevoegdheid aan de andere wetgevers.

Deze voor de hand liggende lezing van de woorden van het artikel is in overeenstemming met de bedoelingen, waarmede het artikel in de Grondwet werd opgenomen. De wensch naar codificatie van het recht beoogde behalve het verschaffen van zekerheid

---

[1]) Zie hiervoor nader mijn proefschrift „De gemeentelijke verordeningsbevoegdheid en het burgerlijk recht 1941, Hoofdstuk I.

[2]) Men zie over een hiermede samenhangende vraag: Hoofdartikel Gemeentestem 25 Oct. 1941, No. 4700, en Mr. W. M. J. C. Phaf, Het begrip strijd met de wet, R. M. Themis 1943, blz. 285.

van recht ook het verkrijgen van eenheid van recht voor het geheele land.

De gemeentelijke wetgever mag dus als gevolg van het bestaan van artikel 157 der Grondwet geen burgerlijk recht vaststellen.

Welke rechtsregelen zijn het, die hiermede aan de verordenende bevoegdheid van de gemeente zijn onttrokken? Wat is burgerlijk recht?

Alvorens op deze vragen in te gaan een enkele opmerking over het ondanks het codificatie-artikel der Grondwet bestaande plaatselijk burgerlijk recht. In verschillende artikelen van het B.W. (677, 686, 690, 703, 713, 733, 738) en een enkel artikel van het Wetboek van Koophandel (60, 755) wordt verwezen naar bijzondere en plaatselijke verordeningen.

In de vorige eeuw is getwist over de vraag of hier sprake is van regelen van burgerlijk recht dan wel van bepalingen van politierecht [1]). Het lijdt geen twijfel, dat althans een aantal van de bedoelde bepalingen regelen van burgerlijk recht in den hierna nog te ontwikkelen zin inhouden. Sommige schrijvers, die dit karakter van deze rechtsregelen erkennen, achten deze bepalingen daarom grondwettig niet toelaatbaar. Naar het mij voorkomt voert men het codificatiebeginsel ad absurdum wanneer men het een inbreuk op dit in de gemeentewet uitgedrukte beginsel acht als de wetgever toestaat, dat op een aantal door hem aangegeven ondergeschikte punten, die de beginselen van het systeem niet in het minst raken, plaatselijk gedifferentieerd recht ontstaat c.q. gehandhaafd wordt. In ieder geval kan aan de genoemde verordeningen haar wettigheid niet worden ontzegd.

§ 3.

We komen thans tot de vraag wat burgerlijk recht is, welke regelen het zijn welke de gemeentelijke wetgever als gevolg van het bestaan van het codificatie-artikel der Grondwet niet mag vaststellen. Artikel 1 van het Ontwerp-Burgerlijk Wetboek 1820 gaf van burgerlijk recht de volgende definitie: „Onder den naam van burgerlijk recht worden begrepen al de wetten omtrent de onderlinge bevoegdheden van bijzondere personen om iets te zijn, te hebben, te doen of te laten, met dit gevolg, dat de handhaving dezer bevoegdheid of wel toekenning van schadeloosstelling wegens het niet erkennen derzelve, van den regter gevorderd kan worden".

Met vele andere verdween ook deze „leerstellige" bepaling bij het tot stand komen van het geldende wetboek.

---

[1]) Zie hiervoor mijn proefschrift, blz. 51 vlg.

Had wel een dergelijke definitie in onze geldende wetgeving bestaan, dan zou voor ons doel een verder onderzoek ter bepaling van den aard der burgerrechtelijke regels toch wel evenmin als thans hebben kunnen ontbreken.

Wij zullen tot het vaststellen van de criteria van den burgerrechtelijken regel moeten komen door beschouwing van wat bij wetgever en wetenschap als burgerlijk recht geldt en vergelijking daarvan met andere rechtsregelen. Tot het burgerlijk recht kan hier ook het handelsrecht gerekend worden, aangezien voor de handelsrechtelijke regels met betrekking tot de bevoegdheid van den gemeentelijken wetgever geheel hetzelfde geldt als voor het burgerlijk recht in beperkten zin. Wij bezien dus het materieele privaatrecht in zijn geheel. Het formeele privaatrecht, het burgerlijk procesrecht, kunnen wij voor de bedoelde vergelijking buiten beschouwing laten. Het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering, hetwelk het procesrecht bevat, houdt voor een klein deel bepalingen in welke met het oog op de te verrichten vergelijking geheel met de bepalingen van het materieele privaatrecht kunnen worden gelijkgesteld, voor het overige deel bepalingen welke geen ander karakter vertoonen dan de regelen van administratiefrecht.

Het materieele privaatrecht zou dus gesteld moeten worden tegenover het staatsrecht, het administratiefrecht en het strafrecht. Ook de onderscheiding tusschen privaatrecht en strafrecht kan echter onbesproken blijven. Dit deel van het recht heeft geen of practisch geen eigen normeninhoud, maar verleent met zijn sancties steun aan normen, die veelal reeds elders — in het privaatrecht, het staatsrecht, het administratiefrecht — zijn neergelegd. De sanctie zelf van het strafrecht is, zooals Scholten [1]) heeft opgemerkt, administratiefrecht.

Voor de karakteriseering van de regelen van privaatrecht in onderscheiding van andere rechtsregelen kan het strafrecht dus uitvallen. Er rest derhalve de plaatsing van het privaatrecht tegenover het staatsrecht en het administratiefrecht.

Komen wij op deze wijze niet midden in den strijd over het al of niet bestaan van een scheiding tusschen privaat- en publiekrecht en kan langs een weg welke leidt door zoo omstreden gebied, wel een oplossing bereikt worden, die voor velen, zoo dan niet voor allen, aanvaardbaar is?

Ik geloof, dat van de beschouwingen welke met name Scholten omtrent de vraag van de verhouding van publiek- en privaat-

---

[1]) Algemeen deel, blz. 42.

recht heeft gegeven, inderdaad verheldering voor het onderhavige vraagstuk verkregen kan worden.

Scholten heeft er op gewezen, dat in den strijd welke gevoerd wordt over de scheiding en onderscheiding van privaat- en publiekrecht twee vragen dooreen liggen: de vraag of tusschen privaat- en publiekrechtelijke regels een scheiding kan worden gemaakt die in den aard dier regels zelve ligt, en deze andere vraag of op handelingen van de overheid privaat- dan wel publiekrecht van toepassing is en waar voor deze toepasselijkheid de scheidingslijn ligt. De in de tweede plaats bedoelde vraag zal, naar Scholten opmerkt, een antwoord krijgen, dat wisselt naar tijd en plaats en afhangt van het positieve recht van een bepaalde gemeenschap. De in de eerste plaats gestelde vraag is er daarentegen een, die onafhankelijk van het positieve recht van een bepaalde gemeenschapsordening beantwoord kan worden.

De behandeling van het geheele vraagstuk heeft tot verwarring aanleiding gegeven, omdat men daarbij veelal beide vragen niet heeft uiteen gehouden.

Voor ons doel hebben wij te maken met de vraag omtrent den aard van de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke regels.

Scholten komt in zijn beschouwingen tot de conclusie, dat, afgezien van het staatsrecht, dat de regels geeft voor de organisatie van de gemeenschap en dus voorafgaat, althans gedacht wordt vooraf te gaan aan de regelingen voor het gedrag in de gemeenschap, het administratiefrecht en het privaatrecht geen wezensverschillen vertoonen, doch beide regels inhouden voor het gedrag in de gemeenschap.

Hoewel ik mij bij deze opvatting van Scholten zou willen aansluiten, kunnen wij, naar het mij voorkomt, voor ons doel in het midden laten of het mogelijk is tot de vaststelling van zekere wezensmerken te komen, waarin regels van privaatrecht zich van de regels van administratiefrecht zouden onderscheiden. Immers, de vaststelling van een dergelijk wezensonderscheid zou toch slechts mogelijk zijn door analyse van wat reeds van elders als privaat- resp. administratiefrecht bekend staat. Voor ons doel nu is voldoende wanneer eenig, liefst gemakkelijk te hanteeren criterium kan worden gevonden, aan de hand waarvan de regel van privaatrecht van dien van administratiefrecht kan worden onderscheiden. Onverschillig is daarbij of naast het gevonden criterium nog een ander — wellicht zelfs meer karakteristiek — criterium zou kunnen worden aangegeven.

Wij gaan er dus van uit, dat privaatrecht zoowel als administratiefrecht regels geven voor het gedrag in de gemeenschap. Intusschen, de regels van privaatrecht en die van administratief-

recht geven niet op dezelfde *wijze* aan hoe het gedrag in de gemeenschap moet zijn.

Gaat men den inhoud van het burgerlijk recht na, dan blijkt, dat hierin voortdurend vastgesteld wordt, welke rechten, welke verplichtingen het individu in allerlei omstandigheden en verhoudingen heeft tegenover andere individuen.

In het familierecht wordt geregeld, welke rechten het kind kan doen gelden en welke verplichtingen het heeft jegens zijn ouders en — omgekeerd gezien — welke de plichten en rechten zijn den ouders opgelegd resp. toekomende tegenover hun kinderen. Vastgesteld wordt, welke rechten en plichten het sluiten van het huwelijk den echtgenooten over en weer oplegt. In het vermogensrecht ziet de eigenaar neergelegd, welke rechten de eigendom eener zaak hem tegenover andere individuen verschaft, vindt men omschreven, welke plichten tot ontzien het bestaan van eigendom anderen dan den eigenaar oplegt. Men vindt vastgelegd, welke aanspraken bij het sluiten van een overeenkomst de eene partij verkrijgt tegenover de andere, waartoe de een tegenover den ander in dat geval gehouden is. Een verplichting tot schadevergoeding aan den gelaedeerde wordt opgelegd aan hem, die een ander trof door een onrechtmatige daad, een recht vergoeding te vragen van den laedens krijgt hij, wiens recht niet ontzien wordt.

In de regels van het privaatrecht wordt derhalve vastgesteld, wat het gedrag moet zijn van het individu tegenover het individu, de desbetreffende regels vormen althans den kern van het privaatrecht.

Intusschen houdt het privaatrecht toch nog andere rechtsregels in.

Het privaatrecht, regels vaststellend waaruit kunnen worden afgeleid de rechten en verplichtingen van de individuen onderling, stelt deze regels in bepaalde gevallen vast voor het geval het individu zekere handeling verricht: een huwelijk aangaat, een overeenkomst sluit. In de eerste plaats zijn dan natuurlijk noodig bepalingen om vast te stellen, wanneer de handeling waaraan de wetgever zeker systeem van rechten en plichten verbindt, aanwezig is. Bepalingen van dezen aard zijn trouwens evenzeer noodig en komen dan ook voor wanneer de wet rechten en verplichtingen vaststelt voor het geval van zekeren toestand (bv. eigendom) of voor een omstandigheid (als geboorte, overlijden), op het ontstaan waarvan het rechten of verplichtingen verkrijgend individu niet zelf invloed kan uitoefenen. Bepalingen van dezen aard kan men zien als onderdeelen van het geheel van regels, waaruit der individuen recht en plicht voortvloeien. De vaststelling, wanneer er eigendom is, wanneer het individu als subject van recht wordt

erkend, wanneer het recht iets als zaak beschouwt, wanneer er een overeenkomst is enz., heeft invloed op de vraag, wanneer de rechten en verplichtingen uit den eigendom, de geboorte, de overeenkomst voortvloeien, en bepalen dus mede de bevoegdheden en verplichtingen welke het individu tegenover het individu in bepaalde omstandigheden verkrijgt.

Daarnaast zien wij bij de regeling door den wetgever van de gevolgen van zekere handelingen echter nog iets anders. Met betrekking tot de overeenkomst b.v. houdt het recht in de eerste plaats in een regeling van de rechten en verplichtingen, welke door het sluiten der overeenkomst voor de partijen bij de overeenkomst tegenover elkander ontstaan. Het recht stelt voorts vast, wanneer een handeling volgens het recht erkend wordt als een overeenkomst. Te zamen vormt dit de vaststelling van rechten en verplichtingen van individuen tegenover elkander; immers individuen, welke deze aan in het recht aangegeven criteria voldoende handeling verrichten, verkrijgen de rechten en verplichtingen tegenover elkander, welke als de gevolgen van een overeenkomst in het recht zijn vastgesteld. Niet echter is als het regelen van rechten en plichten van het individu tegenover individu te zien de regeling van de mate van vrijheid, welke in het recht erkend wordt, tot het aangaan der handeling.

Hier geschiedt iets anders. Het is iets anders te formuleeren wat het recht zal zijn, welke de rechten en verplichtingen zullen zijn van individu tegenover individu in geval zekere in het recht nader omschreven handeling wordt verricht, èn vast te stellen hoever de vrijheid reikt van het individu tot het verrichten der handeling. In het laatste geval staat het individu alleen tegenover de regelende gemeenschap, ontvangt een zekere bevoegdheid tot handelen, ziet — naar een andere beschouwingswijze — zijn algemeene vrijheid tot handelen binnen zekere perken teruggebracht. Wanneer ben ik bevoegd te trouwen, in welke mate ben ik beperkt in mijn vrijheid overeenkomsten met anderen aan te gaan?

Als kern van het privaatrecht is dus te beschouwen de regeling van de rechten en verplichtingen tusschen de individuen, de toekenning van bevoegdheden van individu tegenover individu, anderzijds de oplegging van verplichtingen aan het individu tegenover het individu; daarnaast houdt het privaatrecht regelen in, waarbij den individuen een bevoegdheid wordt toegekend tot het aangaan van zekere handeling, waarvan het recht de rechtsgevolgen, geldend tusschen de individuen onderling, regelt.

Wij spraken een- en andermaal van een bevoegdheid, ontleend aan rechtsregelen van privaatrecht. „Voor het privaatrecht", schrijft Scholten, „is karakteristiek de groote plaats, die het recht

in subjectieven zin daar inneemt" [1]). En verder: „Het verlof is voor den rechtsregel even essentieel als het gebod" [2]).

De zelfstandige beteekenis van de bevoegdheid in het recht wordt niet algemeen erkend. Ph. A. N. Houwing [3]) b.v., die wel erkent, dat er naast regels welke geboden en verboden uitdrukken, ook regels zijn die een verlof uitdrukken, betwist dat deze regels een zelfstandige beteekenis hebben, en verdedigt dat het objectieve recht uitsluitend uit geboden en verboden bestaat, dat uitsluitend uit deze verplichtingen, opgelegd in het objectieve recht, de subjectieve rechten ontstaan. Ook bij een dergelijke opvatting, die de bevoegdheden uit het recht alleen wil zien als een contrastwerking van de in het recht neergelegde geboden en verboden, lijkt het niet onjuist bij de omschrijving van hetgeen uit het objectieve recht voortvloeit, ook van het woord „bevoegdheid" gebruik te maken.

Dit woordgebruik is m.i. zelfs aanvaardbaar voor hen, die het bestaan van subjectief recht ontkennen en als uitvloeisel daarvan ook niet beschouwen de mogelijkheid, welke in het privaatrecht aan het individu is gegeven om zelf het overheidsapparaat in werking te stellen ten einde zijn belang schadende handelingen van een derde te doen ophouden en hem een aan de schending van zijn belang aequivalent voordeel van de zijde van dien derde te doen toevallen [4]).

De voorstanders dezer leer ontkennen immers niet, dat deze bevoegdheid in bepaalde gevallen bestaat, doch zij zien hierin niets bijzonders. Het al of niet toekennen van een vorderingsrecht zien zij als een zaak van doelmatigheid, waaraan geen bijzondere beteekenis te hechten is [5]).

Dit laatste moge zoo zijn, het aangegeven onderscheid is juist het onderscheid tusschen den regel van administratiefrecht en den privaatrechtelijken regel. Als Meyers de vraag stelt wanneer de dwingende regels in de regeling van de arbeidsovereenkomst privaatrechtelijk dan wel publiekrechtelijk zijn, schrijft hij: „Alles komt hier aan op de wijze van handhaving dezer voorschriften. Is de direct belanghebbende de eenige, wien de wet de macht toekent om het dwingend voorschrift te handhaven, dan blijft men, niettegenstaande het dwingend karakter van het voorschrift, op privaatrechtelijk gebied. Wordt daarentegen de zorg voor de

---

[1]) Algemeen deel, blz. 17.
[2]) Algemeen deel, blz. 21.
[3]) Subjectief recht, rechtssubject, rechtspersoon. Ac. Pr. Leiden 1939, in het bijz. Hoofdstuk I, §§ 2, 3 en 5.
[4]) Zie Mr. Ir. M. M. van Praag, Eenige opmerkingen over het burenrecht, Themis 1929, blz. 208 vlg.
[5]) Van Praag, t.a.p., blz. 209.

naleving van het voorschrift aan staatsorganen opgedragen, dan betreedt men publiekrechtelijk terrein" [1]).

Ik meen op grond van het voorgaande met het oog op ons doel omtrent de criteria voor de privaatrechtelijke en de administratiefrechtelijke regels het volgende te kunnen vaststellen.

Administratiefrecht en privaatrecht, beide geven regels voor het gedrag van het individu in de gemeenschap. Het administratiefrecht echter geeft de regels voor het gedrag van het individu in zijn verhouding tot de gemeenschap, legt verplichtingen op en kent bevoegdheden toe aan het individu tegenover den Staat en zijn onderdeelen; het privaatrecht omvat de regels voor het gedrag van de individuen tegenover de individuen, kent bevoegdheden toe en legt verplichtingen op aan het individu tegenover het individu, en erkent de bevoegdheid van het individu tot het verrichten van zekere handelingen, die bevoegdheden en verplichtingen tusschen individuen doen ontstaan.

Administratiefrecht dus: regeling van de plichten en bevoegdheden van het individu tegenover den Staat en zijn onderdeelen.

Privaatrecht: regeling van de bevoegdheden van het individu tegenover het individu en van de bevoegdheden tot het verrichten van handelingen, welke bevoegdheden en verplichtingen tusschen individuen scheppen.

§ 4.

Waartoe maakt, gelet op het in de vorige paragraaf gevonden criterium van den privaatrechtsregel, het codificatie-artikel der Grondwet den gemeentelijken wetgever nu onbevoegd?

Wij meenen den invloed van bedoeld Grondwetsartikel op de verordeningsbevoegdheid der gemeenten als volgt te kunnen omschrijven: het ontneemt aan den gemeentelijken wetgever de bevoegdheid tot het vaststellen van die rechtsregelen, welke aan individuen bevoegdheden, rechtsaanspraken verschaffen tegenover individuen. In deze formuleering is niet mede opgenomen het opleggen van verplichtingen van individuen tegenover individuen; dit is onnoodig, omdat uit het verleenen van een bevoegdheid aan individuen tegenover individuen het ontstaan van een verplichting in de andere richting als complement voortvloeit, anderzijds het opleggen van een verplichting aan individuen tegenover individuen complementair een bevoegdheid in de andere richting te voorschijn roept. Evenmin is in de formuleering opgenomen het verleenen van een bevoegdheid aan individuen tot het verrichten van handelingen, welke bevoegdheden en verplichtingen tusschen individuen scheppen. Noemt men de gemeente niet

[1]) De Arbeidsovereenkomst, blz. 8.

bevoegd tot het verleenen van bevoegdheden aan individuen tegenover individuen, dan zegt men daarmede tevens, dat zij niet bevoegd is individuen de bevoegdheid tot het verrichten van handelingen te verschaffen, welke bevoegdheden tusschen individuen scheppen. Ook in dat geval moeten toch, als onderdeel van de geheele regeling, regels vastgesteld worden krachtens welke individuen bevoegdheden verwerven tegenover individuen.

Intusschen, de invloed van artikel 157 der Grondwet reikt verder dan dat het naar de aangegeven formuleering den gemeentewetgever het scheppen van regels van burgerlijk recht zou verbieden. Ook regels van administratiefrecht kunnen — wij zullen in het vervolg nog verder bezien op welke onderscheiden wijzen — de werking van regels van privaatrecht beïnvloeden. Uit artikel 157 der Grondwet, dat de regeling van het privaatrecht in algemeene voor het geheele land geldende wetboeken voorschrijft, volgt, naar het mij voorkomt, niet alleen dat den gemeentewetgever vaststelling van regels van privaatrecht niet vrij staat, doch tevens, dat de plaatselijke wetgever niet door de vaststelling van regels van administratiefrecht het burgerlijk recht, zooals dit overeenkomstig de bedoelingen van den Grondwetgever in de algemeene wetboeken als voor het geheele land geldend is neergelegd, in zijn dubbele karakter van voor het geheele land geldend recht en van privaatrecht mag aantasten. Afgezien van het genoemde grondwetsartikel volgt hetzelfde verbod ook uit het bestaan, overeenkomstig het voorschrift der Grondwet, van de wetboeken van privaatrecht. De lagere wetgevers mogen geen bepalingen in hun voorschriften vaststellen, welke in strijd zijn met voorschriften, vastgesteld door een hoogeren wetgever. De gemeente mag dan ook geen bepalingen vaststellen, welke in strijd komen met de burgerlijke wetgeving.

Wanneer nu zou een regel van plaatselijk administratiefrecht in strijd komen met het in de rijkswetgeving opgenomen privaatrecht?

Gelet op het hiervoor aangegeven criterium voor den privaatrechtsregel kan men zeggen, dat er strijd is met de in de burgerlijke wetgeving neergelegde rechtsregels, wanneer een verordening een uit het burgerlijk recht voortvloeiende bevoegdheid aantast.

De gemeente mag dus op grond van het codificatie-artikel der Grondwet geen burgerlijke rechtsregels vaststellen; zij mag voorts ook geen administratiefrechtelijke bepalingen vaststellen, welke uit het privaatrecht voortvloeiende bevoegdheden aantasten.

Kan de formuleering voor dit dubbele verbod zonder van inhoud te veranderen door een eenvoudiger formuleering worden vervangen?

Legt dit dubbele verbod in de gegeven formuleering een groo-

tere beperking op aan de wetgevingsactiviteit der gemeente dan het enkele verbod bevoegdheden uit de burgerlijke wetgeving voortvloeiende aan te tasten? Dit zou slechts het geval zijn wanneer het mogelijk zou zijn nieuwe regelen van burgerlijk recht vast te stellen, welke niet in strijd zouden komen met de bestaande burgerlijke wetgeving, niet bevoegdheden, uit deze wetgeving voortvloeiend, zouden aantasten, wijzigen. Dit is echter niet het geval. Vaststelling van nieuw recht geschiedt altijd door wijziging te brengen in het systeem van het bestaande recht [1]), tast dus altijd bevoegdheden aan welke aan het ongewijzigde recht kunnen worden ontleend. De wijziging trekt immers de lijn tusschen het wel en niet geoorloofde in het gedrag der individuen in het onderlinge maatschappelijke verkeer, anders dan zij vóórdien was.

Wat de gemeente als gevolg van het bestaan van het codificatie-artikel der gemeentewet met betrekking tot het privaatrecht niet mag doen is dus: rechtsregelen vaststellen, welke bevoegdheden, uit het privaatrecht voortvloeiend, zouden aantasten.

§ 5.

Wanneer nu hebben rechtsregels invloed op de werking van het privaatrecht en wanneer is deze werking van dien aard, dat zij bevoegdheden, uit het privaatrecht voortvloeiend, aantasten?

De volgende globale onderscheidingen kunnen worden gemaakt:

A. Het rechtscheppend staatsorgaan stelt voor een rechtsbetrekking waarbij de overheid betrokken is, een regeling vast, als gevolg waarvan zekere regelen van privaatrecht, welke vóór dien ook toegepast werden wanneer de overheid partij bij de rechtsbetrekking was, niet langer meer in die gevallen worden toegepast.

B. De overheid zet een verplichting, welke volgens het privaatrecht geldt als een verplichting van individu tegenover individu, om in een verplichting tegenover de overheid. Als voorbeeld is te noemen artikel 1638x B.W. in verband met artikel 93 der Ongevallenwet. Genoemd artikel van het B.W. verleent den arbeider in bepaalde gevallen waarin hem in dienstbetrekking een ongeval is overkomen een aanspraak op schadevergoeding tegen den werkgever. De Ongevallenwet geeft hem in dezelfde gevallen een gelijke aanspraak op den Staat en schept in verband hiermede voor den werkgever een verplichting tot verzekering. In verband met deze regeling doet artikel 93 der Ongevallenwet de burgerrechtelijke verantwoordelijkheid van den werkgever vervallen

---

[1]) Voor een uitvoeriger behandeling van dit punt moge ik verwijzen naar mijn proefschrift, blz. 82 vlg.

voor zoover deze niet uitgaat boven de aan den arbeider bij de Ongevallenwet op den Staat toegekende aanspraken. Aldus is derhalve een privaatrechtelijke verhouding omgezet in twee administratiefrechtelijke verhoudingen.

C. Beïnvloeding van het privaatrecht door regels van administratiefrecht kan ook plaats vinden zonder dat bepaalde privaatrechtsregels hetzij geheel (B) hetzij in hun werking op bepaalde verhoudingen (A) uitgeschakeld worden. In tal van gevallen waarin den individuen door administratiefrechtelijke regels een bepaald gedrag wordt voorgeschreven, beïnvloeden deze voorschriften het gebruik van bepaalde zaken en beperken zij dus de bevoegdheden, voortvloeiende uit den eigendom, leggen zij ook beperkingen op aan de vrijheid tot het aangaan van overeenkomsten.

Voor wat de onder A en B bedoelde gevallen betreft is het duidelijk, dat de gemeente niet de bevoegdheid bezit voorschriften, als daar aangeduid, rechtsgeldig vast te stellen.

Voor wat de onder C bedoelde gevallen betreft is de vraag of de gemeente voorschriften van den daar bedoelden aard mag vaststellen, niet onmiddellijk te beantwoorden. Alvorens hiertoe te komen zal een antwoord gevonden moeten worden op de vraag: verleent het privaatrecht aan het individu een bepaald genot van zijn eigendom als bevoegdheid? en op deze andere: hoever strekt de bevoegdheid van het individu krachtens het privaatrecht tot het sluiten van overeenkomsten?

§ 6.

De positie van den gemeentelijken wetgever tegenover het privaatrecht, zoo was de conclusie van ons onderzoek, is deze, dat hij zich te onthouden heeft van de vaststelling van die rechtsregels, welke een bevoegdheid, voortvloeiende uit het gecodificeerde privaatrecht, aantasten.

Of het privaatrecht een bevoegdheid verleent en welken inhoud deze bevoegdheid heeft, moet uiteraard door interpretatie van de regelen van burgerlijk recht gevonden worden. Deze interpretatie biedt gewoonlijk geen mindere doch ook geen meerdere moeilijkheden dan de interpretatie van rechtsregels in het algemeen biedt. Een tweetal in het privaatrecht erkende bevoegdheden, het recht van eigendom en het recht tot het aangaan van overeenkomsten, verdient evenwel in dit opzicht een nadere beschouwing. Uiteraard moet het feit, dat het privaatrecht zoovele regelen bevat met betrekking tot den eigendom en de uitoefening van het eigendomsrecht, beteekenen dat het recht den eigendom als een bevoegdheden in zich sluitend recht erkent. Evenzeer beteekent de om-

standigheid, dat zoo talrijke voorschriften omtrent overeenkomsten in onze burgerlijke wetgeving voorkomen, dat ons recht van het bestaan van zekere contractsvrijheid uitgaat, de bevoegdheid erkent van den individueelen mensch zich — in ieder geval tot op zekere hoogte — door het sluiten van overeenkomsten te binden. Het moet zelfs zoo gezien worden, dat de eigendom en de contractsvrijheid de pijlers zijn, waarop het geheele gebouw van het zoo fijn ontwikkelde verkeersrecht rust. De vraag is echter: hoever reikt de bevoegdheid welke ingevolge de burgerlijke wetgeving uit den eigendom voortvloeit, tot hoever strekt zich de bevoegdheid uit welke de in het privaatrecht erkende contractsvrijheid als gevolg dezer erkenning inhoudt? De vaststelling van de begrenzing dezer bevoegdheden biedt aanmerkelijk meer moeilijkheden dan het bepalen van de draagwijdte van andere bevoegdheden, waarover het privaatrecht handelt.

Wanneer b.v. het burgerlijk recht het recht met betrekking tot het huwelijk vaststelt, dan ziet men dat niet alleen de gevolgen van de huwelijkssluiting geregeld worden, maar dat mede volledig is aangegeven wanneer een mensch tot het sluiten van een huwelijk kan overgaan. In de bepalingen van de eerste afdeelingen van den vijfden titel van boek I van het B.W., welke de hoedanigheden en voorwaarden vaststellen, vereischt om een huwelijk te kunnen aangaan, en de formaliteiten vermelden, welke de voltrekking van een huwelijk moeten voorafgaan en voorts regelen geven omtrent de gronden waarop het huwelijk gestuit kan worden, is volledig aangegeven wie de bevoegdheid tot het aangaan van een huwelijk bezit. Gesteld dan ook, dat een gemeenteraad bij verordening zou willen verbieden een huwelijk aan te gaan b.v. zonder dat de a.s. echtgenooten geneeskundig geschikt voor het huwelijk zouden zijn bevonden, dan kan onmiddellijk worden vastgesteld, dat door dit verbod een in het burgerlijk recht verleende bevoegdheid zou worden aangetast.

Even volledig afgebakend is in de wet de bevoegdheid tot het maken van een testament, de mate van vrijheid welke aan de echtgenooten is gelaten om van de wettelijke regeling afwijkende regelen voor het voor hen geldende huwelijksvermogensrecht vast te stellen, alsmede de omvang van de vrijheid welke de wet den erflater laat om van het wettelijk erfrecht afwijkende testamentaire schikkingen te maken.

Deze zelfde afgeslotenheid heeft het B.W. niet met betrekking tot den eigendom en de contractsvrijheid, kan het ook bij de algemeenheid der bevoegdheden, welke in deze fundamenteele elementen der burgerlijke rechtsorde is gelegen, niet hebben.

Tot hoever de bevoegdheid van den eigenaar in ieder geval reikt, of partijen tot het aangaan van een bepaalde overeenkomst

de bevoegdheid bezitten, is op grond van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek dan ook minder gemakkelijk vast te stellen dan b.v. of iemand een huwelijk kan sluiten, hoever de bevoegdheid reikt welke in de testeervrijheid is gegeven. Als gevolg hiervan kost het ook meer moeite vast te stellen, wanneer een verordening van een lageren wetgever eigendomsbevoegdheden aantast, de contractsvrijheid, zooals het Burgelijk Wetboek die als bevoegdheid erkent, beperkt.

Zeker is, dat het burgerlijk recht in den eigendom niet alle denkbare gebruik en beschikkingshandelingen over een zaak als bevoegdheid toekent, dat dit wetboek de vrijheid tot het aangaan van overeenkomsten niet in zijn vollen denkbaren, absoluten omvang als bevoegdheid vastlegt.

De gemeentelijke wetgever behoeft zich — tenzij het rechtsleven sedert het tot stand komen van de codificatie van ons burgerlijk recht een voortdurenden en flagranten strijd met dit recht heeft getoond — niet van iedere inbreuk op het gebruik en de beschikking over een zaak door den eigenaar te onthouden; hij is evenmin onbevoegd tot iedere inperking van de contractsvrijheid. Maar hoe bakent dan de burgerlijke wetgeving de bevoegdheden uit den eigendom, de bevoegdheden met betrekking tot de contractsvrijheid af?

§ 7.

Naast een aantal bepalingen, welke de feiten en handelingen omschrijven welke iemand tot eigenaar maken en een tweede reeks bepalingen welke de rechten en plichten vaststellen tusschen eigenaren van naburige erven, bevatten de titels van ons B.W. welke handelen over den eigendom, voor het meerendeel bepalingen welke de bevoegdheden en verplichtingen vaststellen tusschen individuen, tusschen welke met betrekking tot een zaak een zekere rechtsverhouding bestaat, welke haar ontstaan te danken heeft aan een bepaalde rechtshandeling van individuen. Men vindt er de bevoegdheden en verplichtingen geregeld tusschen den tot een erfdienstbaarheid gerechtigde, den vruchtgebruiker eenerzijds tegenover den eigenaar anderzijds. Een rechtshandeling van de betrokken individuen doet het betreffende systeem van rechten en plichten tot gelding komen: de erfpachtsovereenkomst enz., soms ook: een testamentaire beschikking. Voor wat de hier bedoelde overeenkomsten betreft kan de vraag of de eigendom eener zaak den eigenaar in onbeperkte mate de bevoegdheid geeft tot het aangaan daarvan, beschouwd worden als een onderdeel van de meer algemeene vraag omtrent de mate van contractsvrijheid

welke het burgerlijk recht den individuen als bevoegdheid verleent. Op deze vraag komen wij in de volgende paragraaf terug.

Bepalingen, welke los van verhoudingen welke de eigenaar door een rechtshandeling (overeenkomst, testamentaire beschikking enz.) zelf schept, of welke gegeven zijn door de ligging van een onroerend goed, in het algemeen handelen over de bevoegdheden van den eigenaar, zijn in ons wetboek niet te vinden. Het eenige artikel, dat hier genoemd kan worden, is artikel 625 B.W.: Op den aanhef: „Eigendom is het regt om van eene zaak het vrij genot te hebben en daarover op de volstrektste wijze te beschikken" volgt echter onmiddellijk: „mits men er geen gebruik van make, strijdende tegen de wetten of de openbare verordeningen, daargesteld door zoodanige magt, die daartoe, volgens de Grondwet de bevoegdheid heeft, en mits men aan de regten van anderen geen hinder toebrenge; alles behoudens de onteigening ten algemeenen nutte tegen behoorlijke schadeloosstelling, ingevolge de Grondwet".

Het is er ver van, dat in deze bepaling een precieze afbakening wordt gegeven van de bevoegdheden, welke de eigendom in zich sluit. Het bestaan van bevoegdheden op grond van het recht van eigendom wordt in het wetsartikel erkend, evenzeer echter wordt erkend de bevoegdheid van de hoogere en lagere wetgevers om den eigenaar tot het gebruik hunner zaken voorschriften te geven. Deze bevoegdheid der wetgevers — en ons interesseert hier in het bijzonder de gemeentelijke wetgever — wordt in het artikel erkend, niet toegekend [1]). De bevoegdheid, in Grondwet en Gemeentewet aan de Gemeentebesturen verleend tot het maken van verordeningen, sluit noodwendig in zich de bevoegdheid tot het ingrijpen in den privaateigendom. Geeft men zich er rekenschap van hoe oneindig gering het aantal handelingen is, dat de mensch verricht zonder dat het gebruik van een hem toebehoorende of te zijner beschikking staande zaak daarbij betrokken is, dan is onmiddellijk duidelijk, dat nauwelijks eenig verbod of gebod tot het verrichten eener handeling denkbaar is, waarbij niet het gebruik van een zaak door het verbod of gebod mede wordt getroffen. Reeds Olivier schreef: „Eigendom omvat zeer veel; het is een der gronden onzer maatschappij; het is in bijna al onze handelingen betrokken. Het is zeer moeilijk eene daad van regeering te vinden, die niet middellijk of onmiddellijk, regtstreeks of ter zijde, eigendom raakt of met eigendom in verband staat"[2]). Als de gemeenteraad wetgever is, voorschriften mag vaststellen met betrekking tot het gedrag van de individuen in de gemeenschap,

---

[1]) Zie mijn proefschrift blz. 108/109 en de daar genoemde litteratuur.

[2]) Proeve over de beperkingen van den eigendom door het politieregt, blz. VII.

verboden en geboden mag uitvaardigen, moet dit dan ook beteekenen, dat ook geboden en verboden gesteld mogen worden met betrekking tot handelingen, welke slechts — of mede — verricht kunnen worden met zaken waarover de mensch de beschikking heeft? De bevoegdheid beperkingen op te leggen aan den eigendom is te beschouwen als van nature ingesloten in de bevoegdheid van iederen wetgever, al kan het positieve recht aan de bevoegdheid in dit opzicht van een bepaalden wetgever, zooals overigens vanzelf spreekt, zekere beperkingen opleggen.

Bezien wij de zaak van den anderen kant en vragen wij ons af, of wellicht het eigendomsbegrip zelf, los van bepaalde positiefrechtelijke regelingen, een bepaald complex bevoegdheden in zich sluit, welke als onaantastbaar moeten worden beschouwd, dan valt het niet moeilijk bij de beschouwing van den eigendom, zooals die in de meer moderne rechtswetenschap gemeengoed is geworden, de onaanvaardbaarheid van deze opvatting aan te toonen. In het verleden is hier verwarring ontstaan door een beschouwing, volgens welke de eigendom zou zijn een absoluut recht, waarop in te breken door beperking van eigenaarsbevoegdheden onrecht was. De onjuistheid van deze opvatting is manifest voor ieder, die er zich rekenschap van gaat geven wat deze absoluutheid zou beteekenen. Als het zijn van eigenaar van een zaak de beteekenis zou hebben, dat de eigenaar de absolute vrijheid zou hebben in zijn gedragingen met betrekking tot zijn zaken, dan zou ieder recht ondenkbaar zijn. Zelfs het dooden met *mijn* pistool, het mishandelen met *mijn* mes, het opensluiten met *mijn* valsche sleutels zou niet tot onrecht bestempeld mogen worden, omdat hij, die deze handelingen verrichtte, eenvoudig het gebruik van zijn zaken maakte dat hem goed dacht, dat zijn absolute vrijheid hem veroorloofde. Zooals Scholten zegt: „Recht als gemeenschapsregeling sluit de noodzakelijkheid van beperking van eigendom in[1]). En Von Jhering zeide reeds: „Es ist also nicht war, dasz das Eigentum seiner „Idee" nach die absolute Verfügungsgewalt in sich schlösse. Ein Eigentum in solcher Gestalt kann die Gesellschaft nicht dulden und hat sie nie geduldet — die „Idee" des Eigentums kann nichts mit sich bringen, was mit der „Idee der Gesellschaft" in Widerspruch steht"[2]). Scholten heeft duidelijk gemaakt, dat de verwarring is ontstaan, doordat men de algemeenheid der beschikking over een zaak, welke gelegen is in het recht van eigendom, verward heeft met absoluutheid. De wat men zou kunnen noemen potentieele bevoegdheden welke in den eigendom zijn gelegen, laten zich niet catalogiseeren. Het recht van eigendom ont-

[1]) Algemeen deel, blz. 20.
[2]) Der Zweck im Recht I, blz. 408.

trekt zich daardoor aan bepaling: een definitie, welke een nauwkeurige en volledige omschrijving geeft van al wat men met zijn eigendom mag doen, is niet mogelijk [1]). Al de mogelijkheden, welke de eigendom in zich bergt, kan het recht echter niet tot werkelijkheid laten worden. Naar het hiervoor reeds geciteerde woord van Scholten: „Recht als gemeenschapsregeling sluit de noodzakelijkheid van beperking in". De rechtsregelen tot beperking van den eigendom zijn dan ook niet zoozeer beperkingen als wel, zooals Olivier ze noemde, regels welke den eigendom organiseeren [2]).

Eenerzijds zien wij dus, dat in de toekenning van wetgeversbevoegdheid de verleening van de bevoegdheid tot het beperken van eigendomsbevoegdheden, tot het organiseeren van den eigendom zit opgesloten, anderzijds, dat het eigendomsbegrip in zichzelf het absolute beschikkingsrecht over een zaak niet kan insluiten, dat in het rechtsbegrip eigendom de beperking van denkbare gebruiksen beschikkingshandelingen reeds ligt opgesloten.

Aan de eene zijde dus een bevoegdheid bij den gemeentelijken wetgever tot beperking van des eigenaars genot, gebruik, beschikking over zijn zaken, aan den anderen kant in het eigendomsbegrip niets, dat een zekeren bundel van bevoegdheden onaantastbaar voor inbreuken zou maken.

Wij merkten in het voorgaande reeds terloops op, dat, al ligt in de wetgevende bevoegdheid noodwendig ook de bevoegdheid tot beperking van eigenaarsbevoegdheden, het geenszins vanzelf spreekt, dat voor alle in den Staat als zoodanig erkende wetgevers de bevoegdheid tot eigendomsbeperking een zoo ruime is als gelaten wordt eenerzijds door het feit, dat wetgevende bevoegdheid eigendomsbeperking noodwendig in zich sluit, anderzijds door de omstandigheid, dat het eigendomsbegrip niet een bepaald complex bevoegdheden in zich sluit. Het is mogelijk, dat het positieve recht aan sommige wetgevers — en ons boezemen in dit verband de lagere wetgevers en met name de gemeentelijke wetgevers belang in — een minder ruime marge voor hun wetgeversactiviteit laat. Wij zagen, dat de verhouding in het algemeen van de wetgevende bevoegdheid van de gemeentebesturen met betrekking tot het burgerlijk recht deze is, dat de wetgevende bepalingen der gemeenten geen bevoegdheden mogen aantasten, welke voortvloeien uit het burgerlijk recht. Dit toegepast op den eigendom beteekent dus, dat de gemeentelijke wetgever met zijn bepalingen niet bevoegdheden mag aantasten, welke voor den eigenaar uit de burgerlijke wetgeving voortvloeien, dat wil dus zeggen op die be-

[1]) Scholten, Algemeen deel, blz. 19/20.

[2]) T.a.p. blz. 4, 6/7. Verdere litteratuur in mijn proefschrift, blz. 112, noot 2.

voegdheden uit den eigendom welke het burgerlijk recht bijzonderlijk als bevoegdheid erkent. Wij komen hierop nog terug.

De inbreuken op den eigendom kunnen voor ons doel als volgt worden onderscheiden:

1. onteigening in den zin van ontneming van den eigendom aan het eene subject en toekenning daarvan aan een ander subject;
2. vernietiging of onbruikbaarmaking van eigendom, in het bijzonder wanneer de vernietiging of onbruikbaarmaking van een zaak plaats vindt wanneer deze in strijd met het verbod van den wetgever is gevormd;
3. beperking van den eigendom door beknotting van het vrije gebruik van den eigenaar;
4. beperking van den eigendom door oplegging aan den eigenaar van de verplichting om zeker medegebruik van zijn eigendom door anderen te gedoogen[1]).

De onder 1, 2 en 4 genoemde inbreuken op den eigendom onderscheiden zich van die, genoemd onder 3, omdat zij niet alleen den eigenaar het recht tot bepaalde gedragingen ten aanzien van zijn zaken ontnemen, maar bovendien het geheel der in den eigendom gelegen machtsuitingen t.a.v. zaken (onder 1) dan wel een of meer bepaalde dezer machtsuitingen (onder 2 en 4) toekennen aan een ander.

Hier doet zich naar het mij voorkomt een nieuwe vraag voor. De vraag wanneer de burgerlijke wetgeving met betrekking tot den eigendom bevoegdheden toekent, dient nl., naar het mij voorkomt, in twee vragen te worden gesplitst: de vraag in hoever zekere beschikkingsmogelijkheid over een zaak bijzonderlijk als bevoegdheid wordt toegekend, en de vraag of in de aanwijzing van de personen welke gerechtigd zijn tot machtsuitingen t.a.v. zaken, zooals die uit de regelen van het burgerlijk recht volgt, de toekenning van een bevoegdheid is te lezen.

Met betrekking tot de eerste vraag zagen wij, dat de omvang der bevoegdheden, uit het eigendomsrecht voortvloeiend, niet alleen door het burgerlijk recht wordt afgebakend, maar dat het geheel der rechtsregelen welke het leven van een bepaalde samenleving organiseeren, mede dus het administratiefrecht, afkomstig van de onderscheiden in den Staat met wetgevende bevoegdheid uitgeruste organen, bepaalt, welke bevoegdheden de eigendom van een zaak den eigenaar verschaft.

Hoe echter met betrekking tot de vraag, *wie* eigendomsrechten kan uitoefenen? Het Burgerlijk Wetboek somt limitatief de onderscheiden wijzen op, waarop eigendom van zaken kan worden ver-

[1]) Men zie Prof. mr. dr. J. H. P. M. v. d. Grinten, Onteigening en opheffing van privaatrechtelijke belemmeringen, Gemeentebestuur 1927, blz. 6.

kregen. Het burgerlijk recht wijst hiermede voor iedere zaak, behoorende tot de stoffelijke wereld buiten den mensch, voor heerschappij door menschen in aanmerking komend, aan, wie de bevoegdheid bezit deze heerschappij uit te oefenen, wie zich eigenaar daarvan kan noemen. Het burgerlijk recht beschouwt voorts den eigendom als de centrale macht over zaken, in dien zin dat de uitoefening van macht over zaken door anderen dan den eigenaar, b.v. door zakelijk gerechtigden als erfpachters en derg., gezien wordt als een inbreuk op den eigendom, wordt aangemerkt als aan den eigendom — en veelal ook aan den eigenaar — ontleend. Dit beteekent, naar het mij voorkomt, dat de aanwijzing van rechthebbenden tot machtsuitoefening t.a.v. zaken als volledig in het burgerlijk recht neergelegd moet worden gezien, dat de toekenning van de bevoegdheid tot machtsuitoefening t.a.v. zaken buiten de regelen van het burgerlijk recht om beschouwd moet worden als een inbreuk op bevoegdheden in het burgerlijk recht toegekend, als een inbreuk nl. op de toebedeeling van macht t.a.v. zaken zooals het burgerlijk recht die verleent.

Uit deze beschouwing volgt, dat reeds op grond van het bestaan der burgerlijke wetgeving, los van het bestaan van de grondwettelijke bepaling welke voorschrijft dat de wet de onteigening regelt, en van het bestaan der Onteigeningswet, de gemeentelijke wetgever niet de bevoegdheid heeft tot onteigening, d.w.z. tot het ontnemen van den eigendom aan den een en toekenning daarvan aan den ander. Deze zelfde redeneering geldt voor de toekenning van minder ver strekkende rechten dan eigendom t.a.v. zaken. Dit beteekent derhalve, dat de gemeentelijke wetgever niet bevoegd is derden de bevoegdheid toe te kennen tot het gebruiken van zaken, aan een ander in eigendom toebehoorend.

Wie eigendomsbevoegdheden heeft bepaalt het burgerlijk recht; het kent deze beschikkingsmacht over zaken als een bevoegdheid toe; *wat* eigendom is, welke bevoegdheden het in zich sluit, wordt behalve door het burgerlijk recht mede bepaald door het overige complex van rechtsregelen, welke het leven der individuen in de samenleving beheerschen. Ook de gemeentelijke wetgever speelt bij dit laatste een rol; slechts mag hij, zooals gezegd, niet een in het burgerlijk recht bijzonderlijk als bevoegdheid toegekende machtsuiting, gegrond op eigendom, aantasten.

Hoe verhoudt zich de hiervóór ontwikkelde zienswijze tot die, tot uitdrukking komend in de jurisprudentie t.a.v. gemeentelijke verordeningen met betrekking tot den eigendom?

Een principieel verschil tusschen gevallen, waarin den eigenaar beperkingen in zijn gebruik worden opgelegd en die, waarin anderen medegebruiksrechten worden toegekend, maakt de H.R., althans in zijn latere rechtspraak, niet. In beide soorten van ge-

vallen toetst ons hoogste rechterlijke college de verordening aan de door hem opgestelde richtlijn, dat de beperkingen van het eigendomsrecht nooit zoover kunnen gaan, dat daardoor het gebruik der in eigendom bezeten zaak voor den eigenaar geheel of ten deele ophoudt te bestaan.

In een arrest van 21 Maart 1873 W. 3571, verwierp de H.R. met zooveel woorden de hiervóór bedoelde onderscheiding, waarvan het Provinciaal Gerechtshof in Gelderland was uitgegaan in zijn arrest van 8 Mei 1872, W. 3466. Laatstgenoemd college had nl. gesteld, dat in artikel 625 alleen sprake zou zijn van beperkingen van het recht van den eigenaar, op het vrij genot van zijn eigendom, in zooverre hij er zelf geen gebruik van mag maken in strijd met de wetten of openbare verordeningen, doch dat de in genoemd wetsartikel bedoelde verordeningen niet mogen opleggen een verplichting om een ander tot eenig gebruik van den eigendom daarop toe te laten. De Hooge Raad overwoog, dat „de eigenaar in het gebruik zijner zaak zich moet onderwerpen aan de door de bevoegde magt voorgeschreven beperkingen en zulks hetzij hij zelf in het gebruik zijner zaak zich moet schikken naar de verordeningen, hetzij dit gebruik, buiten hem om, door het openbaar gezag wordt beperkt, en dat de juistheid dezer uitlegging wordt bevestigd door de bij artikel 699 B.W. aan den eigenaar opgelegde verpligting, vermits die, naar 's Hoves uitlegging van artikel 625, daarmede zoude zijn in strijd". Op te merken valt, dat het beroep op artikel 699 B.W. weinig steekhoudend is: het feit, dat het burgerlijk recht bij de afbakening van de bevoegdheden en verplichtingen van de eigenaren van naburige erven den eenen eigenaar bevoegd maakt voor reparatie van zijn gebouw eenig steigerwerk op buurmans grond te plaatsen, zegt niets omtrent den omvang van de bevoegdheid van den plaatselijken wetgever, voortvloeiend uit zijn verordenende macht om beperkingen op te leggen aan de uitoefening van het eigendomsrecht. Uit de ontstaansgeschiedenis van den eigendomstitel van het B.W. en van de overeenkomstige artikelen van den Code civil — uitvoerig beschreven door Mr. J. Vis, De overheid tegenover den privaateigendom, Ac. Pr. Gron. 1921 — blijkt, dat over de eigendomsbeperking, gelegen in de toekenning van zekere eigendomsbevoegdheden aan derden, daarbij in het geheel niet gesproken is.

Met het hiervóór genoemde arrest van 1873 is in strijd de uitspraak van den H.R. bij arrest van 9 Februari 1877, W. 4098. Hierbij besliste de H.R., dat een bepaling in het reglement van een waterschap, krachtens welke eigenaars hadden te dulden, dat bij het schoonmaken van vaarwaters de daarbij afkomstige specie werd geworpen op hun aangrenzende gronden, niet toegelaten

kan worden. Overwogen werd, „dat zoodanige aanwending van gebruik van een anders eigendom, ten bate van wien ook, is in werkelijkheid démembrement en ontneming van genot ten nadeele des eigenaars en ten bate van anderen, en alzoo is meer dan beperking van eigen gebruik, hoedanige beperking bij het strikt toe te passen art. 625 B.W. uitsluitend is verplichtend gesteld".

Het standpunt in dit arrest ingenomen, werd door ons hoogste rechtscollege in haar latere rechtspraak echter niet gehandhaafd. Zoo achtte de H.R. bij zijn arrest van 16 Juni 1930, W. 12165, toelaatbaar een bepaling in een gemeentelijke verordening, waarbij eigenaren verplicht werden toe te laten, dat voor verkeer noodige waarschuwingsborden aan hun gebouwen werden aangebracht. De desbetreffende overweging in het arrest luidt: „dat nu weliswaar de beperkingen, waaraan het eigendomsrecht door zoodanige verordeningen wordt onderworpen, nooit zoover kunnen gaan, dat daardoor het gebruik der in eigendom bezeten zaak voor den eigenaar geheel of ten deele ophoudt te bestaan, doch dit laatste geenszins het geval is met de gebodsbepaling van artikel 16bis der Groningsche Motor- en Rijwielverordening". Tevoren, nl. bij zijn bekende arrest van 14 Maart 1904, W. 8050, betreffende de Loosduinsche lantaarnpalenverordening, had de H.R. de beperkingen, opgelegd door het gebod lantaarnpalen enz. te dulden in aan den openbaren weg grenzende bermen, als te ver gaand beschouwd, omdat „deze gebodsbepaling medebrengt, dat den eigenaar van den berm alle gebruik wordt ontnomen van die deelen van zijn eigendom, waar de lantaarn- of andere palen worden geplaatst". Gelijk standpunt werd ingenomen in het arrest van 13 April 1931, N.J. 1931, blz. 1165, W. 12308, waarbij de H.R. onverbindend verklaarde de bepalingen in een verordening van Kerkrade, krachtens welke de eigenaren en andere rechthebbenden op een openbaren weg verplicht werden te gedoogen, dat daarin door de gemeente werken of inrichtingen werden gemaakt ten behoeve van het openbare verkeer of de openbare gezondheid.

De H.R., die blijkens de formuleering in laatstgenoemde arresten de toelaatbaarheid van de daarin ter sprake komende toekenning van gebruiksbevoegdheden aan anderen dan den eigenaar, alleen toetst aan de vraag, of de daarmede aan den eigenaar in zijn gebruik opgelegde beperking te ver gaat, is toch blijkbaar geneigd de grens dier beperking eerder bereikt te achten in gevallen van toekenning van eigendomsbevoegdheden aan anderen dan in het geval zonder meer den eigenaar beperking in *zijn* gebruik wordt opgelegd. Men stelle tegenover de genoemde arresten het arrest van 11 Maart 1872, W. 3528, waarbij toelaatbaar werd geacht een gebod in een verordening van een polderbestuur tot het verbreeden van een sloot, het arrest van 24 September 1872,

W. 3512, waarbij de H.R. een gemeenteverordening sanctionneerde, welke den eigenaar verplichtte slooten, waarop riolen uitloopen, te dempen, te overkluizen of door riolen te vervangen, en het arrest van 12 November 1880, W. 4575, waarbij verbindend verklaard werd een bepaling, den eigenaar gebiedende een stuwkade op te werpen op zijn grond.

De administratieve rechter wees eenige keeren de toekenning van medegebruiksrechten in verordeningen af wegens strijd met het burgerlijk recht. Zoo werd bij K.B. van 16 April 1928, no. 24, aan een verordening der provincie Groningen, die o.a. de eigenaars van openbare en andere gronden en wateren verplichtte in, op, aan of boven die gronden of wateren de werken te gedoogen welke noodig zouden zijn voor den aanleg of het hebben van werken tot afvoer van rioolstoffen, de goedkeuring onthouden o.a. op de overweging, dat, voor zooveel de verordening beoogt ter opheffing van privaatrechtelijke belemmeringen, die eigenaren en verdere gerechtigden kunnen opwerpen, aan de gemeente rechten tot gebruik van andermans goed te verzekeren, zij met deze verschuiving van private rechten treedt in een onderwerp van burgerlijk recht, dat door artikel 151 (thans artikel 157) der Grondwet ter regeling is voorbehouden aan den wetgever. Gelijke overweging komt voor in het K.B. van 22 Juli 1930, S. 340, tot vernietiging eener verordening der gemeente Sittard, waarbij aan eigenaren van of zakelijke rechthebbenden op wegen of van tot den weg behoorende goederen, zooals bermen, slooten, greppels en dergelijke, de verplichting was opgelegd te gedoogen, dat onder, boven of over die wegen of goederen van gemeentewege leidingen zouden worden aangebracht en in stand gehouden voor verlichting, watervoorziening en afvoer van vuil. Bij een latere beslissing — K.B. van 1 September 1932, S. 452, — werd vernietiging van een verordening der gemeente Rheden, soortgelijk aan die van Sittard, niet gelijkelijk gemotiveerd, doch met de aan de jurisprudentie van den H.R. ontleende formuleering, dat de beperkingen van den eigendom die daaruit voortvloeiden verder gingen dan artikel 625 B.W. toelaat.

Met betrekking tot de verordeningen die den eigenaar beperkingen opleggen in het eigen gebruik van diens zaken, ziet de H.R. in de practische hanteering van de door hem opgestelde richtlijn twee grenzen, die, getrokken door het begrip onteigening en die, aangegeven doordat bepaalde eigendomsbevoegdheden in het burgerlijk recht met zooveel woorden is erkend.

Wat de eerste grens betreft is de jurisprudentie beïnvloed door de evolutie van het onteigeningsbegrip, zooals onze rechtsontwikkeling die heeft te zien gegeven. Vóór de grondwetsherziening van 1887 beschouwde de H.R. als onteigening (arrest van 2 Decem-

ber 1864, W. 2646) „elke ontzetting van eigendom, waardoor eene zaak ophoudt als zoodanig voor den eigenaar te bestaan, en zulks zonder onderscheid, of het onteigende al of niet overgaat van den onteigende op den onteigenaar". Het gebod tot het afbreken van een pothuis beschouwde de H.R. op grond van deze redeneering dan ook als onteigening en mitsdien als een voorschrift tot het uitvaardigen waarvan de gemeentelijke wetgever niet de bevoegdheid bezit. Gelijke overweging deed den H.R. (arr. 8 December 1873, W. 3672) onder het begrip onteigening brengen den last een door een dollen hond gebeten hond af te maken: hier had ontneming van eigendom plaats, omdat „de hond door de uitvoering van den gegeven last zou ophouden te bestaan".

De grondwetsherziening van 1887, die een scherpe scheiding tusschen onteigening in den modernen zin en het onbruikbaar maken of vernietigen[1]) van eigendom maakte, moest den H.R. op het aangegeven punt wel tot herziening van zijn rechtspraak brengen. Sindsdien aanvaardt de H.R. gemeentelijke geboden tot vernietiging of onbruikbaarmaking van eigendom dan ook als geoorloofd. Zooals Vitringa[2]) opmerkt is practisch als gevolg hiervan iedere negatieve beperking van den eigendom in gemeentelijke verordeningen naar de opvattingen van den H.R. toegestaan. „Indien de verordening hem (d.i. den eigenaar) niet alle gebruik van zijn goed ontneemt, dan wordt zijn klacht afgewezen op grond van den geijkten maatstaf. En ontneemt het politierechtelijk voorschrift hem wel alle genot, dan zal er wel steeds zijn vernietiging of onbruikbaarmaking, zoodat ook dan, en wel op grond van artikel 152 (thans 159) der Grondwet en het correspondeerende additioneele artikel, het beroep wordt verworpen".

Met de in de tweede plaats door den H.R. aanvaarde grens voor de werkingssfeer van de gemeentelijke verordenende bevoegdheid tegenover den eigendom kan ik mij, zooals uit de hiervóór gehouden beschouwingen moet blijken, uiteraard vereenigen. Waar het burgerlijk recht een bepaalde eigendomsbevoegdheid met zooveel woorden erkent, is deze voor beïnvloeding door den gemeentelijken wetgever onaantastbaar geworden.

Tot dusver heeft zich, voor zoover mij bekend, de vraag in de jurisprudentie alleen voorgedaan met betrekking tot de bevoegdheid van den eigenaar tot afsluiting van terreinen door den eigenaar. Artikel 679 B.W. is in verschillende arresten[3]) opgevat door

[1]) Zie omtrent de mogelijkheid van het begrip „vernietiging van eigendom" Prof. mr. dr. G. v. d. Bergh, Onbruikbaarmaking en vernietiging, Weekbl. voor Gem. belangen 3 Mei 1946.

[2]) J. van Gelein Vitringa, Verordening en burgerlijk recht, in de feestuitgave voor Prof. Oppenheim, Nederl. Administratief Recht, 1919.

[3]) B.v. 10 Febr. 1913, N.J. 1913, blz. 658; 27 Juni 1924, N.J. 1924, blz. 1139, W. 11308; 31 Jan. 1927, W. 11648.

den H.R. als een door het burgerlijk recht aan den eigenaar verleende bevoegdheid, waarmede deze gewapend is tegen elke gemeentelijke verordening welke neerkomt op het verbod zijn eigendom op eenige wijze af te sluiten, ook naar den openbaren weg.

Hoewel artikel 679 B.W. voorkomt in den titel „Van de regten en verpligtingen tusschen de eigenaars van naburige erven" en de in dezen titel geregelde bevoegdheden in het algemeen dus uitsluitend de bevoegdheden vaststellen tusschen de eigenaren van naburige erven, en niet aangeven bevoegdheden welke in het algemeen aan den eigenaar worden verleend, moet, ook naar mijn meening, artikel 679 B.W. gezien worden als den eigenaar beveiligend tegen gemeentelijke wetgevende bepalingen, welke hem het plaatsen van een afscheiding om zijn terrein zouden verbieden[1]). De afsluiting van hun aangrenzende terreinen door de eigenaren kan, naar het mij voorkomt, gezien worden als een alleen de onderlinge verhoudingen dezer naburen betreffende, zoodat in de erkenning van een bevoegdheid tot afsluiting tegenover den eigenaar van den aangrenzenden grond ook de erkenning in het algemeen van deze bevoegdheid moet worden gezien.

Minder aanvaardbaar acht ik de jurisprudentie van den H.R. waar het geldt verordeningen welke een inbreuk inhouden op eigendomsbevoegdheden, uitgeoefend niet door den eigenaar zelf doch door den rechthebbende op een aan den eigendom ontleend en daarvan afgesplitst zakelijk recht. Het schijnt voor de hand te liggen, dat een verordening, zeker gebruik van een zaak verbiedend, gelijkelijk zal gelden tegenover den eigenaar, handelend uit de volheid van zijn eigendomsbevoegdheden, als tegenover hem die aan den eigenaar een zeker beperkt zakelijk recht heeft ontleend. Niet aldus in de jurisprudentie van den H.R. De H.R. acht de grens van het toelaatbare in gemeentelijke verordeningen eerder bereikt bij inbreuk op bevoegdheden van den beperkt zakelijk gerechtigde dan van den eigenaar. In zijn arrest van 25 November 1889, W. 5805, overwoog de H.R., „dat tengevolge van verordeningen van de bevoegde macht uitgegaan, de uitoefening van een recht van erfdienstbaarheid, evenals het eigendomsgebruik wel kan worden beperkt, maar evenmin als het eigendomsgebruik kan te niet gaan, en dat dit laatste plaats heeft, waar datgene waartoe de erfdienstbaarheid recht geeft, door een strafverordening wordt verboden". Duidelijk blijkt 's H.R.'s standpunt ook in het arrest van 15 Juni 1908, W. 8732, betrekking hebbend op een provinciale verordening, waarbij verboden werd houtgewas te hebben op de Gouwekaden. Een eigenaar meende,

---

[1]) Niet: hem bepaalde voorschriften zouden geven omtrent den aard dier afscheiding.

dat de verordening te ver ging in de beperking van het eigendomsrecht, doch de H.R. oordeelde de verordening verbindend, „voor zoover zij, als in het onderwerpelijke geval, betreft het hebben van houtgewas op *eigen* grond".

Ik acht deze jurisprudentie onjuist. Een onderscheid voor de bevoegdheid van den localen wetgever tot beperking van den eigendomsbevoegdheden al naar gelang deze ongebroken in handen zijn van den eigenaar alleen dan wel verdeeld zijn over den eigenaar en één of meer gerechtigden tot een zakelijk recht op hetzelfde goed, wordt in ons recht niet gemaakt.

Een beveiliging van de bevoegdheid van een gerechtigde tot een erfdienstbaarheid kan met name niet worden afgeleid uit het feit, dat het recht soms een nadere omschrijving geeft van de bevoegdheden welke bepaalde erfdienstbaarheden inhouden. Dergelijke bepalingen — als voorbeeld noem ik artikel 730 B.W. betreffende de dienstbaarheid van gootrecht — geven een afbakening van de bevoegdheden van den eigenaar van het heerschend erf tegenover den eigenaar van het dienende erf, stellen dus vast de rechten en verplichtingen onderling van de eigenaren van de heerschende en dienende erven. Dergelijke voorschriften kunnen echter niet beschouwd worden als vast te stellen, dat een bepaald gebruik van de desbetreffende zaak — en dat uitsluitend wanneer de bevoegdheden met betrekking tot deze zaak over den eigenaar daarvan en anderen verdeeld is — gewaarborgd zou zijn tegenover de bevoegdheid van den plaatselijken wetgever om beperkingen op te leggen aan de uitoefening van eigendomsrechten.

Op grond van het voorgaande kan van de bevoegdheid van den gemeentelijken wetgever met betrekking tot den privaateigendom en de begrenzing daarvan de volgende omschrijving worden gegeven:

1. De gemeentelijke wetgever is niet bevoegd tot onteigening: het ontnemen van den eigendom eener zaak aan den een en toekenning daarvan aan een ander.

2. De gemeentelijke wetgever is evenmin bevoegd eenig gebruik, beschikking of genot van een aan een ander in eigendom toebehoorende zaak — in het algemeen dus eenige bevoegdheid met betrekking tot dergelijke zaak — aan de overheid of een derde te verleenen. Aangezien de toekenning van geen enkele eigendomsbevoegdheid den gemeentelijken wetgever vrij staat, kan een gemeentelijke verordening dus ook niet een gemeentelijk orgaan het recht tot vernietiging van anderer eigendom opdragen.

3. De gemeentelijke wetgever is bevoegd den eigenaar beperkingen op te leggen in het vrije gebruik van zijn zaak. Deze beperkingen mogen zoowel den eigenaar bepaalde handelingen met betrekking tot zijn zaak voorschrijven — niet het dulden van het

gebruik van zijn zaak door derden — als hem bevelen bepaalde handelingen niet te verrichten. Aan de hier bedoelde beperkingen is slechts de grens gesteld, welke voortvloeit uit de erkenning van zekere eigendomsbevoegdheden in het burgerlijk recht.

Bij het onder 2 voorkomende valt te bedenken, dat het recht tot politiedwang, aan de uitvoering van gemeentelijke verordeningen verbonden en in artikel 210 der Gemeentewet omschreven, bij niet-opvolging van een voorschrift als bedoeld onder 3 door een eigenaar, het dagelijksch bestuur der gemeente bevoegd kan maken zekere eigendomsbevoegdheid met betrekking tot een zaak uit te oefenen.

De onder 2 opgenomen conclusie zal sommigen niet geheel bevredigend voorkomen. Ook naar mijn meening heeft bij de moderne ontwikkeling onzer samenleving ook de lagere wetgever naast de vèrgaande bevoegdheid tot negatieve beperking van eigendomsbevoegdheden, die hij volgens ons positieve recht reeds bezit, ook behoefte aan de bevoegdheid zich, of in bepaalde gevallen aan derden, zekere positieve eigendomsbevoegdheden in het algemeen belang toe te kennen.

De gemeente zal deze bevoegdheid echter toegekend moeten worden door den Rijkswetgever.

Uit ons bestaande rechtssysteem valt zij niet af te leiden. Men bedenke, dat de bevoegdheid van de lagere wetgevers met betrekking tot den eigendom afgeleid moet worden eenerzijds uit de algemeene regeling van de wetgevende bevoegdheid der lagere staatslichamen, anderzijds uit de regeling van het burgerlijk recht, dat ons geschreven recht niet inhoudt een complex rechtsregelen, bepaaldelijk geschreven om de vrijheid van de lagere wetgevers met betrekking tot den eigendom in bijzonderheden af te bakenen. Dat bij dezen staat van zaken een niet geheel bevredigend resultaat het gevolg is, is nauwelijks te verwonderen. Overigens kan in een aantal gevallen, waarvoor in de practijk thans veelal den eigenaar wordt voorgeschreven een zeker gebruik van zijn eigendom door anderen te dulden, zonder bezwaar de vorm worden gekozen, dat de eigenaar verplicht wordt het gewenschte aan zijn eigendom zelf te verrichten. Zoo het aanbrengen van nummeren wijkborden, van straatnaamborden aan den gevel en derg. Het recht van politiedwang, voor het dagelijksch bestuur der gemeente als uitvoerend orgaan voor de wetgevende regelingen van den gemeenteraad in artikel 210 der Gemeentewet omschreven, maakt in dat geval, zoo het gestelde gebod niet wordt opgevolgd, het dagelijksch bestuur der gemeente bevoegd zelf de geboden handeling te verrichten.

§ 8.

Evenals de eigendomsbevoegdheid eischt de contractsvrijheid in het kader onzer uiteenzettingen nadere beschouwing. Ook hier hebben wij te doen met een bevoegdheid, waarvan de omvang naar ons positieve recht, ondanks de vele bepalingen welke onze burgerlijke en handelswetgeving omtrent overeenkomsten inhoudt, niet opzettelijk geregeld is, maar uit het geheel der bepalingen moet worden afgeleid.

De mensch is in de samenleving op twee wijzen in zijn gedragingen gebonden. Hij heeft de voorschriften na te leven, welke een wetgevend gezag uitoefenende macht in de gemeenschap hem stelt, maar evenzeer die regelen, welke hijzelf in zijn verkeer met zijn naaste zichzelf schept[1]). Het bestaan van deze beide rechtssystemen in de menschelijke samenleving: de gebondenheid aan het wetsbevel en de gebondenheid aan het gesproken woord, doet het probleem van de verhouding tusschen beide stelsels geboren worden. In het eene rechtsstelsel zoekt de gemeenschap tot gelding te geraken, in het andere streeft het individu, de persoonlijkheid, tot erkenning. Het recht moet beide beginselen erkennen, mag en kan niet een van beide uitsluiten zonder op te houden recht te zijn.

Dit beteekent, dat het recht de vrijheid van contracteeren niet geheel kan opheffen, maar ook dat het recht deze vrijheid niet onbeperkt tot gelding kan laten komen. Binnen deze ver uiteenliggende grenzen, geldend voor iederen wetgever van elken tijd, heeft het positieve recht te blijven. Een bepaalde rechtsordening kan uiteraard aan een bepaalde met wetgeving belaste macht in die ordening engere grenzen voor de uitoefening van zijn bevoegdheid opleggen. Wij zullen hebben na te gaan in hoever dit voor de Nederlandsche rechtsordening is geschied met betrekking tot de wetgevende bevoegdheden der gemeente.

Op grond van het voorgaande staat wel vast, dat de bevoegdheid van den gemeenteraad om verordeningen te maken, in ieder geval de macht verleent tot het maken van *eenige* inbreuk op de vrijheid der burgers om zich door overeenkomsten zelf rechtsregels op te leggen. De bevoegdheid om door rechtsregels aan de individuen voorschriften te geven voor hun gedrag in de gemeenschap, dat wil dus zeggen beperkingen op te leggen aan hun vrijheid van handelen, kan niet ongedaan gemaakt worden door iedere overeenkomst waarbij een verplichting wordt aanvaard, strijdig met een gegeven wetsbevel. Het zou een macht zonder in-

[1]) Zie de geschriften van P. Scholten: Convenances vainquent loi; Rechtsbeginselen; Algemeen Deel; voorts: E. J. J. v. d. Heyden, De toerekenbare schijn en de bronnen der verbintenis, R.M. 1928, blz. 1 vlg.

houd zijn, wanneer de krachtens de verordenende bevoegdheid der lagere organen uitgevaardigde gebods- en verbodsbepalingen slechts gelding zouden hebben, voor zoover het den individuen niet zou behagen overeen te komen de geboden handelingen niet, de verboden handelingen wel te verrichten.

In hoever echter wordt deze bevoegdheid tot het inbreuk maken op de contractsvrijheid, gelegen in de verordenende bevoegdheid der gemeenten, ingeperkt door het voor dezen wetgever geldende verbod bevoegdheden aan te tasten, voortvloeiend uit het burgerlijk recht?

Zooals reeds gezegd, in het burgerlijk recht wordt de omvang van de contractsvrijheid niet opzettelijk geregeld; er kan dus ook niet op grond van een zeker complex van de contractsvrijheid omschrijvende bepalingen de daaruit voortvloeiende inperking worden afgelezen van de wetgevende bevoegdheid van de gemeenten. Het ligt voor de hand, dat het burgerlijk recht deze omschrijving niet inhoudt, omdat het bestaan van recht door individuen zichzelf bij overeenkomst opgelegd, een even oorspronkelijk gegeven in het recht is als het bestaan van recht, den individuen door den wetgever opgelegd. De wet vestigt deze bevoegdheid om overeenkomsten aan te gaan niet, beperkt deze slechts. Dit zoo zijnde, kan ook niet verwacht worden, dat de code van privaatrecht den omvang dezer contractsvrijheid afbakent; zij kan dit bovendien ook hierom bezwaarlijk, omdat het geheel van het geldende positieve recht invloed heeft op den omvang daarvan en naast de wetboeken van privaatrecht ook tallooze andere wetten door de daarin voorkomende beperking van de vrijheid van handelen van het individu in het algemeen onvermijdelijk mede de vrijheid van contracteeren inkorten.

Intusschen vloeit uit de privaatrechtsregels met betrekking tot overeenkomsten toch wel zekere beperking van de wetgevende bevoegdheid der lagere wetgevers voort.

In de eerste plaats is de gemeentelijke wetgever niet vrij tot het vaststellen van bepalingen ter regeling van de gevolgen van het sluiten van bepaalde al of niet in de burgerlijke rijkswetgeving bijzonderlijke geregelde overeenkomsten. Dit zou zijn vaststelling van regelen van burgerlijk recht. Gaan wij uit van de algemeene omschrijving van hetgeen den gemeentelijken wetgever zich met betrekking tot het burgerlijk recht niet mag veroorloven — het vaststellen van regelen, welke bevoegdheden zouden aantasten welke uit de burgerlijke wetgeving voortvloeien — dan kan met betrekking tot de ontoelaatbaarheid dezer regelen het volgende worden opgemerkt. Zou een gemeentelijke verordening een regeling geven, afwijkend van de voor het betreffende bijzondere contract in B.W. of Wetboek van Koophandel opgenomen rege-

ling of, voor een contract, daarin niet bijzonderlijk geregeld, afwijkend van de algemeene regeling der contracten, dan zou de gemeentelijke verordening een bevoegdheid aantasten welke aan het privaatrecht kan worden ontleend. Zou de gemeentelijke verordening geen bepalingen inhouden strijdig met de rijkswetgeving betreffende het privaatrecht, dan zou de lagere regeling naast de regeling van den hoogeren wetgever geen zelfstandige beteekenis hebben en daarom krachteloos zijn.

In de tweede plaats is in het B.W. in zooverre een erkenning van de contractsvrijheid als bevoegdheid te lezen, dat de gemeentelijke wetgever niet zoover zou kunnen gaan het sluiten van overeenkomsten geheel in het algemeen te verbieden.

Evenmin zou de gemeente het sluiten van die bijzondere overeenkomsten kunnen verbieden, waarvoor B.W. en Wetb. v. Koophandel een bijzondere regeling inhouden. De regeling van de gevolgen van het sluiten van een speciale overeenkomst kan immers gezien worden als de erkenning van de bevoegdheid tot het aangaan dezer overeenkomsten.

Bovendien echter mag de lagere wetgever geen regelen stellen, krachtens welke de regeling der rechten en verplichtingen, welke volgens het burgerlijk recht uit het sluiten van een overeenkomst voortvloeien, gewijzigd zou worden. Dit beteekent, dat de gemeentelijke wetgever niet mag verbieden het sluiten van overeenkomsten, hetzij in het algemeen, hetzij van bepaalde overeenkomsten, tenzij van bepaalde in de wet als dwingend voorgeschreven regelen wordt afgeweken; het beteekent tevens, dat niet bepaald mag worden, dat het aangaan van zekere overeenkomsten is verboden, tenzij in de wettelijke regeling als aanvullend recht gegeven regelen in de overeenkomst worden opgenomen dan wel juist een van dit aanvullend recht afwijkende regeling in de overeenkomst wordt opgenomen. In al deze gevallen zou de gemeentelijke verordening wijziging brengen in de overeenkomst, zooals die volgens de wet zou moeten of kunnen luiden en dus inbreuk maken op een bevoegdheid, welke uit de wet voortvloeit.

Voor zoover het burgerlijk recht geen regelen, hetzij als dwingend dan wel als aanvullend recht, heeft gesteld, is de gemeentelijke wetgever echter bevoegd voor te schrijven, dat een overeenkomst slechts mag worden gesloten wanneer de inhoud der overeenkomst aan bepaalde voorwaarden voldoet: zij tast daarmede geen in het burgerlijk recht verleende bevoegdheid aan.

Moet in dat geval, waar de burgerlijke wetgeving dus geen regelen, dwingende of aanvullende, gesteld heeft, niet worden aangenomen, dat de wet den contractanten de bevoegdheid heeft gegeven geheel vrij het hun gewenscht voorkomende recht vast te stellen? Dit is, naar mijn meening, niet het geval; het niet in

dwingende of aanvullende rechtsregelen door het burgerlijk recht geregelde gebied behoort tot het territoir, waarop de contractsvrijheid zich afspeelt, doch deze contractsvrijheid is, naar wij zagen, niet een door het Burgerlijk Wetboek toegekende bevoegdheid en kan beperkt worden door voorschriften ook der lagere wetgevers.

Op grond van het voorgaande kan dus worden vastgesteld, dat de lagere wetgevers geen voorschriften mogen vaststellen, waarbij:

1. Bepalingen worden vastgesteld ter regeling van de gevolgen van het sluiten van bepaalde, al of niet in het rijksprivaatrecht bijzonderlijk geregelde overeenkomsten.

2. In het algemeen het sluiten van overeenkomsten wordt verboden.

3. Het sluiten van bijzondere overeenkomsten, waarvoor het burgerlijk recht een regeling inhoudt en welke daarmede dus als geoorloofd zijn erkend, in het algemeen wordt verboden.

4. Geboden wordt in de overeenkomst bepalingen op te nemen afwijkend van de de overeenkomst beheerschende, in het burgerlijk recht voorkomende bepalingen van dwingend recht.

5. Geboden wordt in de overeenkomst bepalingen op te nemen, niet afwijkend van of niet overeenkomend met bepalingen van aanvullend recht, welke door de burgerlijke wetgeving voor de desbetreffende overeenkomst zijn vastgesteld.

§ 9.

Met het tot dusver gezegde is de positie van den gemeentelijken wetgever tegenover het burgerlijk recht, naar ik meen, aangegeven. Er zou plaats zijn voor een illustratie van het gehouden betoog door de toepassing van de gevonden richtlijnen op een aantal concrete rechtsvragen, welke zich tot dusver in litteratuur en rechtspraak hebben voorgedaan. Om den omvang van mijn prae-advies niet te groot te doen zijn zie ik hiervan echter af en veroorloof ik mij een verwijzing, evenals voor de stof in haar geheel, naar mijn proefschrift.

Laat ik hier nog slechts de conclusies van het ingestelde onderzoek formuleeren:

1. Artikel 157 der Grondwet maakt den gemeentewetgever onbevoegd tot het vaststellen van burgerlijk recht; deze onbevoegdheid geldt slechts niet die regels van burgerlijk recht, tot de vaststelling waarvan eenige voorschriften in onze codificatie van privaatrecht den plaatselijken wetgever roepen.

2. Regels van burgerlijk recht zijn rechtsregels, op grond waarvan individuen rechten verkrijgen en plichten zich opgelegd zien tegenover andere individuen, alsmede rechtsregels welke de

bevoegdheid regelen tot het verrichten van handelingen, waaruit rechten en plichten tusschen individuen onderling ontstaan.

3. Evenmin als tot het vaststellen van regels van burgerlijk recht, is de gemeentewetgever bevoegd tot het vaststellen van rechtsregels van anderen dan burgerrechtelijken aard, welke in strijd komen met, niet bestaanbaar zijn naast, bepalingen, voorkomend in de burgerlijke rijkswetgeving.

4. Hetgeen den gemeentewetgever met betrekking tot het burgerlijk recht ingevolge 2 en 3 niet geoorloofd is, kan samengevat worden als het verbod voorschriften vast te stellen welke bevoegdheden aantasten die uit het burgerlijk recht voortvloeien.

5. De eigendom is slechts in zooverre een door het burgerlijk recht als bevoegdheid toegekend recht, dat de gemeentewetgever de bevoegdheid mist

a) tot het ontnemen van den eigendom en het toekennen daarvan aan een ander;
b) tot het verleenen van eenig gebruik, beschikking of genot van een aan een ander in eigendom toebehoorende zaak aan de overheid of een derde of tot vernietiging van anderer eigendom; vernietiging van eigendom en het zelf verrichten van een werk aan anderer eigendom door de gemeente kunnen slechts geschieden krachtens politiedwang ter uitoefening van een niet nageleefde verordeningsbepaling (artikel 210 der Gemeentewet).
c) tot het opleggen van die beperkingen in het vrije gebruik van zijn zaak door den eigenaar, waardoor eigendomsbevoegdheden welke in het burgerlijk recht bepaaldelijk erkend zijn, aangetast zouden worden; de gemeentelijke wetgever is echter bevoegd tot het opleggen van alle overige beperkingen in het vrije gebruik van zijn zaak aan den eigenaar, hetzij bestaande in het verbieden van, dan wel het gebieden tot bepaalde handelingen met betrekking tot een zaak.

6. De gemeentewetgever is niet bevoegd tot het vaststellen van bepalingen ter regeling van de gevolgen van het sluiten van bepaalde, al of niet in de burgerlijke rijkswetgeving bijzonderlijk geregelde, overeenkomsten. Voor het overige is de contractsvrijheid slechts in zooverre een door het burgerlijk recht als bevoegdheid beschermd recht, dat het den gemeentelijken wetgever niet vrij staat

a) te verbieden het sluiten van overeenkomsten geheel in het algemeen;
b) te verbieden het sluiten van overeenkomsten, waarvoor het burgerlijk recht een regeling inhoudt en welke daarmede dus als geoorloofd zijn erkend, in het algemeen;

c) te gebieden in overeenkomsten bepalingen op te nemen, afwijkend van de de desbetreffende overeenkomst beheerschende, in het burgerlijk recht voorkomende bepalingen van dwingend recht;

d) te gebieden in overeenkomsten bepalingen op te nemen, welke niet afwijken van of niet overeenkomen met bepalingen van aanvullend recht, door de burgerlijke wetgeving voor de desbetreffende overeenkomst vastgesteld.

AANHANGSEL.

De Hooge Raad, gesteld voor de vraag of een gemeentelijke verordening rechtsgeldigheid bezit, toetst deze o.a. aan artikel 168 der Gemeentewet. Dit wetsartikel houdt dus, naar het oordeel van ons hoogste rechstcollege, een begrenzing in van 's raads wetgevende bevoegdheid.

Welk criterium hanteert de H.R. om na te gaan of de gemeenteraad hier binnen de perken bleef? Ligt dit criterium in artikel 168 besloten? Is de Hooge Raad bevoegd tot deze toetsing?

Over elk dezer vragen bestaat verschil van meening.

De jurisprudentie loopt over bijna een eeuw en de H.R. omschreef het criterium, aan de hand waarvan hij onderzocht of een verordening bleef binnen de grenzen, gesteld in artikel 168, niet al dien tijd op gelijke wijze. Begrijpelijk is, dat dit een algemeene karakteriseering van wat de H.R. bij de toetsing van artikel 168 doet, bemoeilijkt. Boasson [1]) kwam tot de conclusie, dat de H.R. onderzocht, of het gestelde gebod of verbod in abstracto bevorderlijk kan zijn — niet of het in concreto dienstig is — aan de „openbare gezondheid, orde, zedelijkheid of de huishouding der gemeente"; niet alle door hem geanalyseerde arresten konden z.i. echter onder dezen zelfden noemer gebracht worden.

Van Bolhuis [2]) meent, dat de H.R. bij zijn toetsing aan artikel 168 de doelmatigheid der gemeentelijke wetgeving beoordeelt. Ik meen echter, dat Van Bolhuis' ontleding van 's Raads jurisprudentie niet voldoende recht doet wedervaren aan den daarin gevolgden gedachtengang.

De H.R. zelf meent in ieder geval de doelmatigheid der beschouwde verordeningen buiten zijn onderzoek te houden. Hij wees een doelmatigheidsonderzoek ook herhaaldelijk af. Als voorbeeld diene het arrest van 18 October 1926, W. 11581, met de overweging „dat hiernevens de vraag, of wellicht dat voorschrift het gebruik van den weg meer dan wenschelijk bemoeilijkt, de doelmatigheid der verordening raakt, welke vraag niet staat aan de beoordeeling der rechterlijke macht".

Van der Pot benaderde, naar het mij voorkomt, een juiste kenschetsing van 's Hoogen Raads jurisprudentie met betrekking tot

[1]) J. J. Boasson, De rechter tegenover de vrijheid der administratie. Ac. Pr. Leiden, blz. 38.

[2]) E. van Bolhuis, Het rechterlijk toetsingsrecht tegenover de verordenende bevoegdheid van den gemeenteraad. Ac. Pr. A'dam 1933, blz. 103.

art. 168 door deze te zien als uitdrukking van de gedachte, „dat er een terrein van handelen is buiten alle openbaarheid... hetwelk (door artikel 168) voor den gemeentelijken wetgever is gesloten" [1]). De Hooge Raad onderzoekt daarbij dan niet in concreto voor het aan zijn jurisdictie onderworpen geval of het gestelde gebod of verbod een handeling treft, waarbij het openbaar belang in geen enkel opzicht was betrokken, maar gaat in abstracto na of het gegeven voorschrift niet (mede) handelingen betreft, waarbij „uitsluitend het bijzonder belang van ingezetenen gemoeid is".

Valt een grens, als de H.R. in artikel 168 der Gemeentewet ziet neergelegd, daarin inderdaad te lezen? O.a. Oppenheim stond op het standpunt, dat dit wetsartikel inderdaad een grens stelt aan het wetgevend vermogen van den gemeenteraad ook naar de zijde van de bijzondere belangen der burgers. Dit blijkt uit zijn opmerking, dat „hij (d.i. de gemeenteraad), zonder op het gebied van andere machten te stroopen, nog wel buiten zijne bevoegdheid treden kan, omdat zelfs als van een onderwerp vaststaat, dat het niet behoort tot de huishouding van Rijk of provincie, daaruit nog niet voortvloeit, dat het noodwendig behoort tot de huishouding der gemeente" [2]).

Vele andere schrijvers staan op het standpunt, dat artikel 168 der Gemeentewet den H.R. geen grondslag voor de door hem toegepaste toetsing van gemeenteverordeningen biedt. Zoo Kranenburg (Ned. Staatsr. II, blz. 262 vlg.; Bool, Gemeenterecht, blz. 52). Gaat men er van uit, dat zich in de toetsing van den H.R. de tendenz openbaart tot het weren van die regelingen van den gemeentelijken wetgever welke betrekking hebben op handelingen der burgers, waarvan op het openbare leven, het leven der gemeenschap geen enkele invloed kan uitgaan, dan zal men m.i. niet kunnen ontkennen, dat artikel 168 der Gemeentewet, den gemeenteraad met wetgevende macht uitrustend, niet anders kan bedoelen dan dat bij de uitoefening van deze macht de natuurlijke grenzen daarvan — de grenzen voor iedere wetgevende macht aangewezen — worden in acht genomen. Men overschrijdt deze grenzen, wanneer men geboden of verboden stelt met betrekking tot gedragingen van individuen welke uit hun aard het leven der gemeenschap niet raken, daarop op geen enkele wijze invloed kunnen uitoefenen. Natuurlijk loopt naar tijd en omstandigheden sterk uiteen wat gerekend kan worden tot het gemeenschapsleven, doch in een bepaald tijdsgewricht kan wel worden vastgesteld wat het leven van een bepaalde gemeenschap in het geheel niet raakt. Verbiedt b.v. een verordening het visschen op Zondag ook op een

[1]) Oppenheim—Van der Pot I, blz. 319, noot 2.
[2]) Oppenheim—Van der Pot I, blz. 319.

niet van eenige openbare plaats af zichtbare plek van een particulier terrein (arr. H.R. 13 Februari 1922, W. 10878, N.J. 1922, blz. 473), dan kan stellig voor de op Nederlandschen bodem levende gemeenschap van onzen tijd worden vastgesteld, dat hier iets verboden wordt, dat — hoe ook gezien — het gemeenschapsleven niet kan raken.

Is echter de H.R. bevoegd tot toetsing?

Voor wie geen rechtens vast te stellen grens in artikel 168 ziet aangelegd, is de beantwoording dezer vraag gemakkelijk.

Meent men, dat in het genoemde artikel wel een objectief vast te stellen grens valt aan te wijzen, dan behoeft men den rechter echter nog niet tot de toetsing bevoegd te achten.

Zooals ik reeds opmerkte valt, naar mijn meening, objectief vast te stellen of de gemeentelijke wetgever de grens van zijn bevoegdheid overschrijdt. Hoe ijdel het is te pogen een begrenzing te zoeken voor de overheidsbemoeiing in het algemeen, iets anders is het m.i. binnen een naar tijd en plaats bepaalde gemeenschapsordening vast te stellen of zeker den individuen op te leggen gebod of verbod betrekking heeft op een handelen, hetwelk naar de in die gemeenschap blijkens de geheele ordening daarvan heerschende opvattingen volstrekt valt buiten het gebied, hetwelk tot het gemeenschapsleven wordt gerekend. De gemeentelijke wetgever overschrijdt m.i. dan ook zijn bevoegdheid, wanneer een door hem gestelde regel gedragingen raakt, waarvan het gemeenschapsleven in het geheel geen invloed kan ondergaan. Voor zoover de H.R. deze grens als richtsnoer voor zijn toetsen neemt, kan gezegd worden, dat hij een grens tracht te benaderen, welke in den aard van de bevoegdheid ligt, welke den Gemeenteraad in artikel 168 is toegekend, en welke zou gelden, hoe ook de omschrijving van de bevoegdheid van den gemeentelijken wetgever zou luiden, met name ook wanneer artikel 168 niet anders zou bepalen dan dat de gemeenteraad wetgever is. Juist deze overweging echter moet er m.i. toe leiden den rechter tot het controleeren van de uitoefening van 's raads bevoegdheid in dezen niet bevoegd te achten. M.i. kan het in onze staatsorganisatie geenszins als een natuurlijk recht van den rechter beschouwd worden — hem ook zonder uitdrukkelijke opdracht toekomende — om te controleeren of de wetgevers in den Satat in hun wetgevingsproducten de grenzen in het oog hebben gehouden, hun opgelegd door de in de Nederlandsche gemeenschap levende opvattingen omtrent de afscheiding tusschen het gemeenschapsleven en de eigen levenssfeer van het individu. De bepaling van deze grens is juist typisch de taak van den wetgever.

Nota van Prof. Mr. A. M. Donner.

De voorkennis van het programma voor de eerstvolgende algemeene vergadering geeft mij aanleiding het volgende op te merken.

De rapporten door de heeren Kan en Vegting overgelegd, vormen een belangrijke bijdrage tot het vraagstuk der verordenende bevoegdheid van de gemeente. Toch is bij mij de vraag gerezen of men met deze rapporten een basis heeft gelegd, breed genoeg voor een vruchtbare bespreking ter algemeene vergadering. Het aangesneden vraagstuk is niet nieuw, vele problemen zijn reeds opgelost; over andere heeft zich tot op zekere hoogte een communis opinio gevormd. Gloednieuwe gezichtspunten of een onverwachte verheldering mag men van een bespreking van het in de rapporten aangeroerde niet verwachten. Het wil mij daarom voorkomen, dat men goed zal doen een verwant en toch nieuw vraagstuk bij de besprekingen te betrekken, nl. de verordenende bevoegdheid van de organisaties berustend op het besluit van 31 October 1940 tot opbouw van een organisatie van het bedrijfsleven en op het Organisatiebesluit Voedselvoorziening.

Men staat dáár voor een nog nauwelijks betreden terrein. Op verschillende punten rijzen vragen, die van het grootste belang zijn en dringend om bestudeering en oplossing roepen; vragen, die in een discussie van vele tientallen jaren voor de gemeente min of meer zijn beantwoord, maar die zich nu in een andere context opnieuw voordoen. Het schijnt mij nu bij uitstek de taak van een vereeniging als de onze om hier na te gaan: in hoeverre de voor de gemeente aanvaarde resultaten ook op het nieuwe terrein bruikbaar zijn; waar de verschillen liggen die een analogische toepassing onmogelijk of slechts ten deele mogelijk maken en of niet voor het gemeenterecht verworpen conclusies hier door de andere omstandigheden zeer wel op hun plaats kunnen zijn. Doen wij dat, dan leveren wij een bijdrage voor de handhaving van de eenheid van het administratiefrecht en kunnen ons vleien pionierswerk te doen op een gebied, dat, als de teekenen niet bedriegen, steeds belangrijker zal worden.

Uitsluitend om de discussie op gang te brengen, moge ik mij onderwinden een aantal opmerkingen te maken, welker stellige toon — dit om misverstand te voorkomen — niet voortspruit uit een groot vertrouwen in de eigen deskundigheid maar uit de noodzaak zoo min mogelijk ruimte in beslag te nemen. Als uitgangs-

punt neem ik daarbij de organisaties bedoeld in het Organisatiebesluit Voedselvoorziening, daar deze ook na 1945 hun verordenende bevoegdheid hebben behouden en omdat het bedoelde besluit voor mijn gevoel juridisch veel beter in elkaar zit dan het Basisbesluit voor het Bedrijfsleven. Hoewel het ook denkbaar ware de organisaties beoogd in het bekende ontwerp-Vos in de discussie te betrekken, zal ik dit zooveel mogelijk nalaten ten einde mij niet al te zeer op het terrein der veronderstellingen en in het „may have been" te begeven.

Zie ik het goed, dan doen zich de volgende vragen voor:

aanvullingsbevoegdheid t.a.v. Rijkswetgeving;

afbakening der competentie t.a.v. de verordenende bevoegdheid van de gebiedscorporaties en andere doelcorporaties;

verordenende bevoegdheid t.a.v. het burgerlijk recht;

taakoverschrijding, in den trant van de zich bij de gemeente voordoende vraag naar strijd met artikel 168 Gemeentewet.

Bij de behandeling van al deze vragen zal voorop dienen te staan de quaestie van het toetsingsrecht van den rechter. Quaesties over den omvang van het vernietigingsrecht van den minister doen zich, naar nog zal worden uiteengezet, eigenlijk niet voor. Waarschijnlijk zal dat laatste eerst weer een rechtsprobleem worden bij de voorgenomen publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie, voor de bedrijfschappen enz., is het dat niet (men moet goed in het oog houden, dat het trekken van parallellen tusschen de positie van provincie, gemeente en waterschap eenerzijds en de bedrijfschappen c.s. anderzijds een onverantwoord en nog veel te licht bedreven spelletje is en dat men ook niet een al te nauw verband mag leggen tusschen de bedoelde organisaties en datgene wat van meer dan een zijde als zelfstandige bedrijfsorganisatie wordt aangeprezen).

Er moet op worden gelet, dat de bedrijfschappen enz. zijn voortgekomen uit bureaux der centrale overheid en dat zij ook thans nog een integreerend onderdeel vormen van het rijksapparaat voor de voedselvoorziening. Het Organisatiebesluit legt hun inrichting geheel in handen van den minister voor voedselvoorziening; dezen laatste wordt in algemeene termen het toezicht op hun werkzaamheid toevertrouwd — en dit toezicht wordt daadwerkelijk en intensief uitgeoefend; alle besluiten en verordeningen moeten aan den minister worden ter kennis gebracht; hij kan zich het recht van goedkeuring ten aanzien van bepaalde categorieën voorbehouden; hij (niet de Kroon) oefent het vernietigingsrecht uit — en die uitoefening is niet beperkt tot de gevallen van strijd met de wet of het algemeen belang; hij is constitutioneel verantwoordelijk

voor de gestie en het beleid der bedrijfschappen; en zoo zou men nog eenigen tijd kunnen voortgaan. Van een autonomie is hier dus geen sprake, zou men zeggen. Inderdaad verbindt ons publiekrecht de gedachte van autonomie ook altijd aan het bezit van een eigen huishouding, van een eigen kring van specifieke belangen, ook al is het niet gelukt, die kring legislatief aan te geven. Van zulk een eigen huishouding, van de behartiging van belangen die zich structureel onderscheiden van het Rijksbelang, is bij de bedrijfschappen niets te bespeuren.

Artikel 6 van het Organisatiebesluit bepaalt zeer laconiek: de taak der organisaties is adviseerend, uitvoerend en besturend en wanneer nader moet worden aangegeven op welk terrein de verordenende bevoegdheid dier organisaties ligt, dan wordt volstaan met een verwijzing naar het belang der voedselvoorziening, dus noch een plaatselijk noch een van het algemeen belang verschillend belang. Noch organisatorisch noch structureel bezitten de bedrijfschappen zelfstandigheid.

De hier bedoelde organisaties kunnen alleen in hun waren aard worden gekend, wanneer men zich alle bijgedachten over autonomie en decentralisatie uit het hoofd zet en vasthoudt dat men staat voor de onverwachte en onbekende figuur van (ook legislatieve) deconcentratie. Toegevend aan de zuiver practische bezwaren, welke de noodzakelijke bemoeiing met de productie en de consumptie en het diep indringen in tot nog toe als particulier beschouwde werkzaamheden opriepen, heeft men de gedachte, dat centrale wetgeving altijd op delegatie moest berusten en dat delegatie niet verder dan op zijn laagst tot een departementshoofd of autonoom orgaan kon afdalen, van zich afgezet en is men begonnen binnen het kader van de centrale overheid tot toekenning van discretionnaire legislatieve bevoegdheden over te gaan. De verwijzing naar artikel 152 Gemeentewet is in het licht van de bedoelingen van den grondwetgever niet veel meer dan coulisse; alle herinnering aan „zelfstandige bedrijfsorganisatie" is hier ideologie en ook de hartelijke wensch naar zulk een organisatie geeft niet het recht de werkelijkheid scheef te gaan trekken.

Wat nu de verordenende bevoegdheid der bedrijfschappen betreft, het eerste lid van artikel 7 Organisatiebesluit zegt dat zij de verordeningen maken „welke zij voor het belang van het gebied der voedselvoorziening, waarvoor zij zijn ingesteld, noodig oordeelt(len)". Daardoor is reeds aanstonds de mogelijkheid van toetsing door den rechter of de organisaties binnen hun gebied zijn gebleven, naar analogie van de jurisprudentie op art. 168 Gemeentewet, uitgesloten, tenzij de rechter nog eens zou weigeren zich langer aan de z.g. subjectieve formuleeringen op te laten hangen, wat vooralsnog weinig waarschijnlijk voorkomt. Het valt trou-

wens bij beschouwing van de enuntiatieve opsomming van onderwerpen waarover zich de te geven verordeningen kunnen uitstrekken in het 2e lid van art. 7 op, dat het begrip „voedselvoorziening" wel in zeer ruimen zin moet worden genomen — zelfs de uitvoer valt er onder.

Van belang is die enuntiatieve opsomming vooral voor de verhouding tot het burgerlijk recht. Terwijl in het algemeen zal moeten worden aangenomen, dat ook voor verordeningen van de bedrijfschappen geldt, dat zij geen onderwerpen van burgerlijk recht mogen regelen, nu de Grondwet dit aan den wetgever voorbehoudt (zie rapport-Vegting), moet daarop een uitzondering worden gemaakt voor de onderwerpen, die zooals fusie, vervreemding of het verpachten van bedrijven uitdrukkelijk door art. 7 genoemd worden. Wat dat betreft liggen er in art 7, 2e lid sub 3°., 4°. en 5°. verstrekkende mogelijkheden.

Daar Kroon en rechter er toe neigen om aan de gemeente een aanvullende bevoegdheid toe te kennen met betrekking tot onderwerpen door Rijks- en provincialen wetgever ter hand genomen, (zie rapport-Kan), zal dit evenzeer voor de bedrijfschappen moeten worden aangenomen, ondanks de omstandigheid dat ook deze laatste deel uitmaken van het centrale bestuur. Men zal art. 7 hebben te beschouwen als een algemeene delegatie van wetgevende bevoegdheid, die zich uitstrekt over het geheele terrein waarop het betrokken bedrijfschap is ingesteld. Om een voorbeeld te noemen: men zou een bedrijfschap als dat voor Vee en Vleesch bevoegd moeten achten naast de Veewet en de daaruit voortgevloeide regelingen, nadere bepalingen te geven, waardoor het bestaande recht wordt aangevuld (b.v. regeling ter bestrijding van schapenschurft of stringenter bepalingen m.b.t. den uitvoer van vee). Het moet ook niet onmogelijk worden geacht — en hier speelt de omstandigheid dat de bedrijfschappen deel uitmaken van het Rijksapparaat een rol — dat bij zulke aanvullende verordeningen niet eigen organen van het bedrijfschap met de uitvoering worden belast, maar dat deze, om bij het genoemde voorbeeld te blijven, aan 's Rijks veeartsenijkundigen dienst wordt opgedragen.

De grens ligt hier uiteraard eenerzijds in het grenzenlooze vernietigingsrecht van den minister, anderzijds in het toetsingsrecht van den rechter op strijd met de wet. Bij dit laatste doet zich de eigenaardige moeilijkheid voor, te bepalen welke regelingen t.a.v. de bedrijfschappen als hoogere regeling hebben te gelden. Hier doet zich nl. niet de tegenstelling tusschen centrale en plaatselijke regeling of tusschen algemeen en bijzonder belang voor, die bij de toetsing van andere verordeningen een richtsnoer voor den rechter heeft gevormd. Rechtens zijn de door de bedrijfschappen bevorderde belangen even centraal en even algemeen als welke andere

ook [1]) ; men verkijke zich niet op de omstandigheid dat de bevordering er van aan een bijzondere instantie is toevertrouwd. De rechter moge uit practische overwegingen en geheel in overeenstemming met den tijdgeest, die belangenhiërarchie opvatten in den zin dat de meer centrale en meer algemeene wil praevaleert over den meer plaatselijken en bijzonderen wil, men argumenteert toch altijd nog vanuit een meer objectivistischen gedachtengang; deze nu laat hier ten eenenmale in den steek. Naar den aard van ons staatsrecht zal de wet zeker als hoogere regeling hebben te gelden en wij zouden ditzelfde graag aannemen voor de A.M.v.B. en de bij K.B. of ministerieele beschikking gegeven algemeen verbindende voorschriften. Met een uitzondering: de anterieur door den minister van voedselvoorziening gegeven voorschriften, waarover straks.

Het hier verdedigde standpunt brengt met zich dat verordeningen van bedrijfschappen t.a.v. provinciale en gemeenteverordeningen en t.a.v. verordeningen van organisaties voor het bedrijfsleven, als hoogere regeling hebben te gelden. Anders is dit voor de verhouding van de in den voorgaanden zin genoemde categorieën onderling: de organisaties voor het bedrijfsleven hebben of hadden volgens het Basisbesluit de bevordering van bijzondere belangen op het oog. Daar was het standpunt mogelijk dat het den rechter niet mogelijk is een keuze te doen tusschen landelijk bijzonder en plaatselijk algemeen belang. Waarschijnlijk zal ook voor de toekomstige zelfstandige bedrijfsorganisatie, die ook de behartiging van bijzondere belangen tot taak zal krijgen, dit standpunt moeten worden ingenomen. De organisaties voor de voedselvoorziening nemen hier echter een ietwat aparte plaats in [2]).

Krachtens den zeer nauwen, niet anders dan als hiërarchisch te qualificeeren samenhang van departement en bedrijfschap, heeft men hier te doen met één complex, één apparaat en wanneer door verordeningen van het bedrijfschap schijnbaar wordt afgeweken van een beschikking door den minister gegeven, dan dwingt deze samenhang er toe aan te nemen dat die onvereenigbaarheid niet meer dan schijnbaar is en dat de afwijkende verordening moet worden geacht te berusten op een stilzwijgend in het Organisatiebesluit begrepen delegatie. Om ook hier een voorbeeld te geven: het heeft in den kring der betrokkenen eenige beroering verwekt, dat men onvereenigbaar achtte de levensmiddelendistributiebeschikking 1946, bepalend dat de daar genoemde

[1]) Bij de organisaties van het bedrijfsleven bestond wel een tegenstelling, nl. tusschen algemeen en bijzonder belang.

[2]) Anders Mr. W. C. L. van der Grinten, De organisatie van het bedrijfsleven, blz. 208, die m.i. te veel voorbij ziet dat de bedrijfschappen onderdeelen zijn van de centrale overheid.

levensmiddelen, waaronder eieren of gedeelten van eieren, niet zonder ontvangst van bonnen mochten worden afgeleverd, en een latere verordening van het Bedrijfschap voor pluimvee en eieren, bepalend dat een bepaald percentage van de beschadigde of onder de maat bevonden eieren vrij zouden mogen worden verkocht. Was de ministerieele beschikking na de laatstgenoemde verordening afgekondigd, er ware, nu een bepaling als artikel 194 Gemeentewet ontbreekt, aanleiding geweest die vraag te overwegen, al zou men ook dan kunnen volhouden dat het niet op den weg van den rechter ligt zich in een zoo nauwen hiërarchischen samenhang in te schuiven; nu de chronologische volgorde omgekeerd was, moest de mogelijkheid van onvereenigbaarheid door den rechter zonder meer worden verworpen.

Ten slotte zij nog vermeld, dat, geheel in overeenstemming met het hier verdedigde, door den H.R. 21 Dec. 1942 N.J. 1943, 214, is aangenomen dat de verordeningen der bedrijfschappen verbindend zijn ook voor niet binnen het aan het betrokken bedrijfschap een bedrijf of beroep uitoefenende personen.

Ik moge deze enkele opmerkingen besluiten met den wensch, daardoor de aandacht van enkelen te hebben gericht op de problematiek van tot nog toe door onze wetenschap nauwelijks betreden terreinen die om ontginning roepen, en voorts voldoende stof te hebben geleverd voor een discussie waarbij meer ter zake kundigen dan ik de rechte en kromme paden door dit administratiefrechtelijk oerwoud kunnen aanwijzen. Men zal mij in ieder geval wel niet verwijten dat ik het dáár niet naar heb gemaakt!