GESCHRIFTEN VAN DE VERENIGING VOOR ADMINISTRATIEF RECHT

XXI

VERHOOGDE RECHTSBESCHERMING

VERSLAG VAN DE ALGEMENE VERGADERING, GEHOUDEN TE UTRECHT OP 19 OCTOBER 1950, TER BESPREKING VAN HET VERSLAG VAN DE COMMISSIE VAN ADVIES INZAKE VERHOOGDE RECHTSBESCHERMING (COMMISSIE-DE MONCHY)

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

1

GESCHRIFTEN VAN DE VERENIGING VOOR ADMINISTRATIEF RECHT

XXI

VERHOOGDE RECHTSBESCHERMING

VERSLAG VAN DE ALGEMENE VERGADERING, GEHOUDEN TE UTRECHT OP 19 OCTOBER 1950, TER BESPREKING VAN HET VERSLAG VAN DE COMMISSIE VAN ADVIES INZAKE VERHOOGDE RECHTSBESCHERMING (COMMISSIE-DE MONCHY)

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

INHOUD

Lijst van aanwezigen 3
Prof. Dr A. M. Donner (inleiding) 5
Prof. Dr G. A. Poelje 6
Mr A. D. Belinfante 9
Mr E. H. Nuver 16
Prof. Mr J. Drion 22
Mr Ir M. M. van Praag 27
Drs J. W. J. Toe Water 29
Mr J. ter Horst 32
Dr S. O. van Poelje 33
Mr S. J. R. de Monchy 34
Prof. Mr G. van den Bergh 38
Prof. Mr G. J. Wiarda 44
Prof. Dr A. M. Donner (slotwoord) 47

VERSLAG VAN DE ALGEMENE VERGADERING VAN 19 OCTOBER 1950

Volgens de presentielijst zijn aanwezig de *leden:*

Mr P. S. Bakker, 's-Gravenhage; Mr G. J. Balkenstein, 's-Gravenhage; J. van Beekum, Rijswijk (Z.-H.); Mr A. D. Belinfante, Voorburg; Prof. Mr Dr G. van den Bergh, Amsterdam; Dr W. P. Berghuis, Smilde; Mr F. J. J. Besier, 's-Gravenhage; Mr Alb. Blom, Utrecht; P. J. H. de Boer, Culemborg; Mr E. J. N. M. Bogaerts, 's-Gravenhage; Mr N. B. ten Bokkel Huinink, Utrecht; Mr C. C. M. Collard, Amsterdam; Jhr Mr Th. van Dam, Utrecht; Mr J. P. Dietz, Leidschendam; Mr Dr Th. F. J. A. Dolk, 's-Gravenhage; D. J. van Dijk, Ec. Drs., Wassenaar; Mr Dr H. Fortuin, Hilversum; H. M. Franssen, Assen; Mr C. J. M. A. Gast, Zwolle; Mej. Mr A. Geerts, 's-Gravenhage; J. A. Gehlen, Geleen (L.); Mr B. de Goede, Arnhem; Mr D. J. Gorter, Voorburg; Mr A. M. Groot, Leiden; Prof. Mr G. de Grooth, Leiden; Mr G. W. M. Gründeman, Leiden; Mr A. J. Hagen, Voorburg; H. M. Hengeveld (voor de gemeente Arnhem); Mej. Mr A. J. A. N. Hol, 's-Gravenhage; Mevr. Mr A. H. Huart-Engelsman, 's-Gravenhage; Mr Dr L. Janssens, Eindhoven; Mr J. Ph. G. Kaajan, Utrecht; Mr L. Keijzer, Nijmegen; Mr C. Kooiman, Kwadijk; Mr J. Korf, Arnhem; A. J. P. Koster, 's-Gravenhage; Mr J. H. Kuiper, Utrecht; J. G. de Lange, Almelo; Prof. Mr M. G. Levenbach, Amsterdam; H. F. A. Lohman, Culemborg; Prof. Dr J. H. A. Logemann, 's-Gravenhage; Mr J. H. van der Meide, Voorburg; C. Meijer, 's-Gravenhage; Mr A. F. Molleman (voor gemeente Arnhem); Mr S. J. R. de Monchy, 's-Gravenhage; Mr N. H. Muller, Leeuwarden; Mr F. Niendieker, 's-Gravenhage; Mr W. J. Noteboom, Voorburg; Jhr Mr A. J. M. van Nispen tot Pannerden, 's-Gravenhage; Mr E. H. Nuver, Amersfoort; Mr W. C. van Oordt, Rotterdam; P. W. Oosterhoff, 's-Gravenhage; Prof. Dr G. A. van Poelje, 's-Gravenhage; Dr S. O. van Poelje, 's-Gravenhage; Prof. Mr C. H. F. Polak, Wageningen; Mr Ir M. M. van Praag, Schiedam; Jhr Mr L. A. Quarles van Ufford, Abcoude; Mr Ir A. W. Quint, Hilversum; Mr H. P. W. Radier, Rijswijk (Z.-H.); L. G. van Reijen, 's-Hertogenbosch; Drs. W. Reijseger, 's-Gravenhage; Mr L. R. J. Ridder van Rappard, Gorinchem; Mr J. J. Roeters van Lennep, Scheveningen; Mr R. H. Samsom, Alphen a. d. Rijn; J. Th. Scherpenhuisen, Amsterdam-C.; Mr L. J. Schippers, Voorburg; Mr J. H. Scholten, 's-Gravenhage; Mr W. A. Schouten, 's-Gravenhage; Mr

J. A. Schuering, 's-Gravenhage; Mevr. Mr J. C. C. Schuering-Pastor, 's-Gravenhage; A. G. W. Severijnen, Rotterdam; Mr U. J. W. Sibmacher van Nooten, 's-Gravenhage; Mr H. H. Siepman, Arnhem; P. Sikkes, Sneek; Prof. Mr Dr D. Simons, 's-Gravenhage; Mr F. W. ter Spill, 's-Gravenhage; Mr J. G. Steenbeek, 's-Gravenhage; Mej. Mr G. J. Stemberg, Amsterdam; Mr E. Stricker, Leiden; Mr P. H. W. F. Tellegen, Terneuzen; Mr B. S. Tigchelaar, 's-Gravenhage; Mr D. J. Veegens, 's-Gravenhage; Th. J. C. Verduin, Noordwijk; Mr J. Verhoeve, 's-Gravenhage; Mr. W. F. F. Baron van Verschuer, Beesd; Mr U. de Vries, 't Harde (bij Oldebroek); Drs J. W. J. toe Water, Utrecht; Mr. K. F. Westerouen van Meeteren, 's-Gravenhage; Mr J. Westhoff, Utrecht; M. Weststrate, Puttershoek; Prof. Mr G. J. Wiarda, Utrecht; A. L. Wilkeshuis, Wassenaar; Mr H. D. van Wijk, 's-Gravenhage; Mr D. C. Zwart Voorspuy, 's-Gravenhage.

Voorts de niet-leden:

Mr R. van den Bergh, Amsterdam; P. Bergsma, Zeist; Mr H. S. Bok, 's-Gravenhage; J. C. Bok, Veenendaal; Mr A. Groenestein, Huizen; Mr J. ter Horst, Arnhem; Mr Chr. de Jong, Leiden; Mr D. Pel, Amsterdam; J. Popken, Assen; W. A. Renardel de Lavalette, 's-Gravenhage; Mr P. J. Rutgers van der Loeff, Utrecht; C. J. M. van Slagmaat, Utrecht; S. A. v. d. Vegt, Zwolle; N. Vlaar, Wassenaar.

Van het bestuur:

Prof. Dr A. M. Donner, Amsterdam; Mej. Mr H. J. D. Revers, 's-Gravenhage; Mr H. M. L. H. Sark, Wassenaar; Dr A. H. Günther, 's-Gravenhage; Mr A. Kleijn, Meppel; Mr Dr T. Kruijff, Utrecht; Prof. Mr J. V. Rijpperda Wierdsma, Leiden.

Als gasten:

Mr A. H. A. Struycken, Minister van Justitie; Mr W. C. L. van der Grinten, Staatssecretaris van Economische Zaken; Mr F. J. de Jong, Lid van de Hoge Raad der Nederlanden; Mr C. J. A. de Ranitz, Burgemeester van Utrecht; Mr J. C. Tenkink, Secretaris-Generaal van Justitie; Prof. Mr J. Drion, Hoogleraar te Leiden.

Voorzitter: Prof. Dr A. M. Donner.

BERAADSLAGING OVER HET VERSLAG VAN DE COMMISSIE VAN ADVIES INZAKE VERHOOGDE RECHTSBESCHERMING (COMMISSIE-DE MONCHY)

De VOORZITTER, Prof. Dr A. M. Donner, opent om 10.30 uur de vergadering en zegt, dat het hem genoegen doet een zo groot aantal aanwezigen welkom te kunnen heten. Een bijzonder woord van welkom richt hij tot de Minister van Justitie, de heer Struycken, en de Staatssecretaris van Economische Zaken, de heer Van der Grinten, er aan herinnerende, dat deze beide namen in de kring der beoefenaars van de bestuursrechtswetenschap een niet onvermaarde en goede klank hebben. Verder heet hij welkom de burgemeester van Utrecht en de Secretaris-Generaal van het Ministerie van Justitie.

De VOORZITTER zegt vervolgens de vergadering niet te lang te willen ophouden met inleidende woorden, aangezien het hem beter voorkomt, gezien het grote aantal dergenen, die voor deze vergadering iets op hun hart hebben, zijn openingswoord te bekorten. Hij heeft zich voorgenomen op één punt de aandacht te vestigen, dat in de ontwerpen niet is aangeroerd, hoewel het de zoekers naar een oplossing inzake het vraagstuk van de administratieve rechtspraak altijd een doorn in het vlees is geweest, n.l. art. 160 van de Grondwet. Dit artikel heeft aanleiding tot heel wat discussie gegeven. In de loop der jaren is de opvatting verdedigd, dat het artikel niet meer bedoelt dan aan de rechterlijke macht voor te behouden de beslissing van geschillen uit burgerrechtelijke rechtsbetrekkingen voortvloeiende; daartegenover staat een betoog, dat sterke historische argumenten aan zijn zijde heeft, hetwelk volhoudt, dat het artikel, ook na de wijziging, die er in 1848 op instigatie van Thorbecke in is aangebracht, nog altijd een zo ruime betekenis heeft, dat het de opvatting van de jurisprudentie volledig dekt. Gaat men vroegere ontwerpen tot regeling van de administratieve rechtspraak na, dan stuit men daarin nog wel eens op moeilijkheden, die hun oorsprong vinden in dit artikel. Aldus reeds in de ontwerpen van de Commissie-Kappeijne van de Coppello. De ontwerpen-Loeff leverden deze moeilijkheid niet op door de daarin gepleegde tour de force om de gewone rechter met de administratieve rechtspraak te belasten. Ook tegen de ontwerpen van de Commissie-Koolen heeft men aangevoerd, dat ze niet in alle opzichten met artikel 160 van de Grondwet in overeenstemming waren en afgewacht zal moeten worden in hoe-

verre het zelfde ook ten aanzien van de ontwerpen van de commissie-De Monchy zal worden gesteld.

Het is niet sprekers bedoeling te zeggen, dat het Grondwetsartikel op zichzelf onjuist zou zijn, maar het is goed te bedenken, dat het moeilijk is enige discussie over de administratieve rechtspraak te beginnen zonder de kans te lopen, dat tegen een voorgestane oplossing bezwaren van grondwettige aard worden aangevoerd. Sommigen hebben zelfs een zekere virtuositeit ontwikkeld in het treffen met aan de Grondwet ontleende bezwaren van ontwerpen, die hun om een of andere reden niet aanstaan. Spreker poneert daarom de vraag, of het niet wenselijk is bij de aanstaande Grondwetsherziening deze vraag onder ogen te zien. Het verdient z.i. aanbeveling de Grondwet bij de komende herziening op dit punt „open te hakken", om dit bedenkelijke begrip ook eens te hanteren. Het is toch een redelijk verlangen, dat een zodanige redactie wordt gegeven, dat niet meer, zoals Van der Pot met een grote mate van recht heeft gedaan, kan worden gezegd, dat de ambtenarenrechtspraak, de rechtspraak inzake voedselvoorziening en de rechtspraak inzake P.B.O. strikt genomen in strijd zijn met de Grondwet. Het gaat daarbij om algemeen aanvaarde vormen van rechtsbescherming, ten aanzien van welker grondwettigheid geen twijfel mag bestaan.

De VOORZITTER deelt mede, dat het bestuur zo vrij is geweest ter verzekering van een algemene en ruime discussie een aantal sprekers tevoren uit te nodigen en dezen te verzoeken een bepaald aangewezen onderdeel van de ontwerpen der commissie-De Monchy te behandelen. Hij stelt zich nu voor eerst deze uitgenodigde sprekers het woord te geven en daarna degenen, die zich bij hem alsnog voor de discussie opgeven. Vervolgens zullen de drie prominenten uit de commissie, nl. de heren De Monchy, Van den Bergh en Wiarda (deze voor de minderheid), de sprekers beantwoorden.

De VOORZITTER geeft nu allereerst het woord aan Prof. Dr G. A. van Poelje.

Prof. Dr G. A. VAN POELJE begint, onder verwijzing naar een vroeger Haags standbeeld, met op te merken, dat het van overwegend belang is, van welke gezichtshoek uit men een zaak beschouwt. Spreker stelt er prijs op in de eerste plaats uitdrukkelijk te verklaren, dat hij de regering zou willen adviseren de voorstellen van de commissie-De Monchy terstond als ontwerp van wet bij de Tweede Kamer in te dienen; de arbeid van een zo veelzijdig en uit zulke erkende deskundigen samengesteld gezelschap als de commissie-De Monchy, moet immers — naar ook door het resultaat bevestigd wordt — van zoveel waarde worden geacht, dat het niet

verantwoord noch noodzakelijk zou zijn al deze voorstellen in departementaal en interdepartementaal overleg nog eens van het begin af aan tot in alle bijzonderheden opnieuw te bestuderen.

Aangezien spreker door het bestuur is uitgenodigd zijn oordeel over de ontwerpen te geven, zal hij in verschillende opzichten een critisch geluid doen horen; dit mag echter geenszins zo worden geïnterpreteerd, dat hij de voorstellen, voor zover deze van zijn inzicht afwijken, onaanvaardbaar zou achten en zich tegen de invoering daarvan zou willen verzetten.

Het is, bij de bestudering van het vraagstuk in Nederland, van belang te letten op de ontwikkeling, welke — vooral gedurende de laatste jaren — in Frankrijk heeft plaats gevonden. Over deze ontwikkeling wordt het een en ander gezegd in de redevoering, die bij het 150-jarig bestaan van de Franse Conseil d'Etat, door de heer de Bouffandeau, president van de afdeling Contentieux, is gehouden. In deze rede wordt er in de eerste plaats op gewezen, dat de Conseil d'Etat er in geslaagd is de uitoefening van de zogenaamde discrétionnaire bevoegdheden van de regering voor een belangrijk deel onder contrôle te brengen.

Ondanks het stilzwijgen der wet onderzoekt de Conseil d'Etat of het voor een maatregel aangevoerde motief inderdaad de genomen beslissing dragen kan; hij spreekt zich uit over de juridische waardering van de feiten, die tot de beslissing hebben geleid; speciaal in disciplinaire vragen keert hij het beginsel, dat de bewijslast op de eiser drukt in zoverre om, dat hij van de administratie althans een begin van bewijs vraagt voor het bestaan der feiten, die tot de bestreden beschikking hebben geleid.

Vervolgens is een ander belangrijk punt, dat de Conseil d'Etat in zijn jurisprudentie heeft ingevoerd, wat de Bouffandeau noemt de toepassing van „une théorie particulièrement hardie", nl. het onderzoek of een bestreden beslissing met de algemene rechtsbeginselen in overeenstemming is. Onder deze beginselen wordt de ontkenning der mogelijkheid van terugwerkende kracht der administratieve besluiten door hem met name genoemd. Op grond van dit beginsel zijn bijv. besluiten tot verhoging, met terugwerkende kracht, van electriciteitstarieven, maar evenzeer soortgelijke besluiten betreffende een algemene salarisverhoging, vernietigd.

In de derde plaats heeft de rechtspraak betreffende de aansprakelijkheid van de overheid voor schade een grote uitbreiding ondergaan, doordat de Conseil d'Etat er toe is overgegaan in bepaalde gevallen de verplichting tot schadevergoeding zonder fout van de kant van de overheid te aanvaarden. In recente arresten is dit beginsel van de verantwoordelijkheid „sans faute" in de plaats gesteld van het vroegere criterium, dat slechts vergoeding wordt toegekend, wanneer een ernstige fout van het openbaar bestuur kan worden aangewezen. Zo kan thans, in tegenstelling tot vroe-

ger, de toevallige voorbijganger, die wordt getroffen doordat een politieagent bij de uitoefening van zijn functie op volkomen rechtmatige wijze zijn vuurwapen gebruikt, aanspraak op een vergoeding maken.

Tenslotte heeft de Conseil d'Etat de verantwoordelijkheid van de overheid voor ongevallen zover uitgebreid, dat zij onverkort wordt aangenomen, als het ongeval tijdens de dienst en met de middelen van de dienst is veroorzaakt door een geheel persoonlijke fout van de betrokken persoon, bijv. een militair, bestuurder van een voertuig, die eigenmachtig van de hem voorgeschreven route afwijkt.

Wanneer men van deze praktijk kennis neemt, rijst toch wel de vraag, of datgene, wat in Frankrijk al zo lang, en blijkbaar zonder bezwaar voor een goede gang van zaken in het bestuur, wordt toegepast, hier te lande nu werkelijk zo bezwaarlijk zou zijn, als de tegenstanders van het onafhankelijk doen beslissen door de Afdeling voor de Geschillen van Bestuur van de Raad van State het steeds doen voorkomen. In verband hiermede kan men ook het oog richten op België, waar de nieuwe Raad van State sinds enige jaren o.a. belast is met een zekere rechtsprekende taak, die zelfstandig wordt uitgeoefend. Spreker geeft het bestuur van de Vereniging voor Administratief Recht in overweging om een van de volgende jaarvergaderingen nu eens niet te wijden aan een theoretisch vraagpunt, doch aan een onderzoek naar de wijze, waarop bijv. in België de onafhankelijke rechtspraak van de Raad van State heeft gewerkt.

De wijze, waarop de voorstellen van de commissie-De Monchy zijn uitgewerkt, geeft spreker nog wel aanleiding tot enige vragen. Enerzijds krijgt men de indruk, dat in het ontwerp-B.A.B. met de mogelijkheid tot het instellen van administratief beroep te ver wordt gegaan: denk aan de vele, uit bestuursoogpunt betrekkelijk onbelangrijke, vergunningen, zoals ventvergunningen, draaiorgelvergunningen, vergunningen om met een woonwagen standplaats in te nemen, enz. Voorzover deze vergunningen schriftelijk uitgereikt worden, zal men volgens B.A.B. bij de Kroon beroep kunnen instellen. Dit schijnt niet noodzakelijk en kan tot overbelasting van het administratieve apparaat leiden; onder bepaalde omstandigheden is het zelfs denkbaar, dat deze bepalingen voor sabotagedoeleinden zouden worden gebruikt: wie zich herinnert, hoe in Amsterdam „Hadjememaar" in de Gemeenteraad werd gebracht, heeft zeker niet de moed te zeggen, dat voor deze vrees in Nederland geen grond bestaat. Aan de andere kant gaat het ontwerp-B.A.B. wellicht niet ver genoeg: het komt immers in de praktijk voor, dat bepaalde vergunningen schriftelijk worden gegeven, doch dat bij weigering wordt volstaan met een mondelinge afwijzing; het is, gezien de opzet van het ontwerp-B.A.B., niet

logisch en niet redelijk, wanneer de meest benadeelde partij geen enkele mogelijkheid van beroep heeft, terwijl hij, die reeds in een gunstige positie verkeert, omdat hij een (schriftelijke) vergunning heeft ontvangen, tot bij de Kroon toe bezwaar kan maken tegen bijv. de aan die vergunning verbonden voorwaarden.

Tegen de door de commissie verplicht gestelde „voorbehandeling" (krachtens welke ieder beroepschrift door de vice-president van de Raad van State moet worden teruggezonden naar het orgaan, dat de beschikking genomen heeft, opdat dit orgaan desgewenst zijn houding zal herzien) heeft spreker bezwaar. Hij meent, dat dit tot een routine-behandeling bij de departementen en andere bestuursorganen zal leiden, waardoor belangrijke vertraging kan ontstaan, terwijl afwijking van het eenmaal ingenomen standpunt hoogst zelden zal voorkomen. Een facultatieve voorbehandeling — waarbij het dus aan het inzicht van de vice-president dient te worden overgelaten of de zaak nog eens zal worden teruggezonden — moet van groot belang geacht worden; in een dergelijke terugzending kan het orgaan, dat de beschikking genomen heeft, een aanwijzing vinden, dat de zaak nog wel eens goed onderzocht mag worden.

In het bijzonder wordt gewezen op het belang van een snelle rechtspraak; ook dit zou een argument kunnen zijn voor het opdragen van een zelfstandige rechtsprekende taak aan de Afdeling Contentieux. In ieder geval is het niet duidelijk waarom er, wanneer het over rechtsvragen gaat, zelfs volgens het voorstel van de minderheid nog een beslissing van de Kroon geëist wordt.

Tenslotte brengt spreker in herinnering, dat voor het verkrijgen van een goede rechtspraak de medewerking van drie categorieën personen onmisbaar is: de rechter, de annotatoren en de pleiters. Waline heeft erop gewezen, dat het bestaan van een select corps van (± 60) „avocats au Conseil d'Etat" in belangrijke mate heeft bijgedragen tot de successen van de rechtspraak van de Franse Conseil d'Etat. De Nederlandse advocaten, die, pleitend in administratieve zaken, niet altijd blijk geven van voldoende belangstelling en deskundigheid, moeten bedenken, dat het peil van de administratieve rechtspraak in belangrijke mate door hun optreden mede wordt bepaald.

De heer Mr A. D. BELINFANTE zegt het gelukkig te achten, dat in deze tijd de voorstellen van de Commissie-De Monchy in discussie zijn. In een tijd van ordening, hetzij door schaarste of tengevolge van een planmatige industrialisatiepolitiek, moeten aan de overheid tal van bevoegdheden worden toegekend, die zij in een vorig tijdperk van liberale huishouding niet bezat en niet behoefde te bezitten. Daar de overheid uit mensen bestaat, heeft

zij, hoewel vol goede bedoelingen, de neiging — als alle mensen — om te menen, dat haar besluiten met betrekking tot de individuen juist en rechtvaardig zijn genomen. Toch kan het zijn, dat omtrent de juistheid en rechtvaardigheid een andere opvatting mogelijk is, ook al zijn die besluiten met alle zorg en ernst en na nauwgezette overweging tot stand gekomen. Niemand is in staat zich boven zichzelf te verheffen en daarom is het goed, dat ook besluiten van de overheid, die de belangen der individuele burgers raken, kunnen worden getoetst door een orgaan, dat onafhankelijk is van het orgaan, dat die besluiten genomen heeft. Een beroep van de ene ambtenaar op de andere, of zelfs van een ambtelijk besluit op de Minister heeft weinig zin. De solidariteit binnen een tak van overheidsdienst maakt dergelijke beroepsinstanties tot niet volkomen onafhankelijke en bovendien ontbreekt altijd een behoorlijke procesgang.

Dit pleit voor toetsing van overheidsbesluiten door een onafhankelijke rechter. Daartegen bestaan echter bezwaren op grond van beleidsoverwegingen. Wanneer de gedragslijn van de overheid in de wet nauwkeurig is omschreven kan men aan de rechter opdragen toe te zien of de administratie zich strikt aan haar wettelijke voorschriften gehouden heeft. Zo doen de ambtenarenwet en de belastingrechtspraak. Maar zodra de wet, zoals zij tegenwoordig veel doet, de overheid machtigt om naar vrij goeddunken bepaalde gebieden te ordenen, komt men met beroep bij een rechter, die het laatste woord spreekt, niet uit. In deze omstandigheden is het nodig aan de overheid meer of minder de vrije hand te laten, en contrôle alleen op het zich al of niet gehouden hebben aan de wet is dan niet mogelijk. Beleidscontrôle wordt dan noodzakelijk. De commissie geeft dit aan met de formule van toetsing aan „algemene beginselen van behoorlijk bestuur". Van bestuurszijde is er echter bezwaar tegen om het laatste woord aan de rechter te laten. Terwijl immers de overheid voor haar beleid politiek verantwoordelijk blijft, zou aan de andere kant de rechter, die onafhankelijk is, haar beleid volkomen kunnen doorkruisen. Een voorbeeld: wanneer op besluiten tot het al of niet verlenen van in- en uitvoervergunning beroep op een rechter bestaat, wiens uitspraak onherroepelijk en onaantastbaar is, bestaat er grote kans, dat door de uitspraken van die rechter onze op een handelsverdrag berustende economische relatie met een vreemde mogendheid wordt verstoord. Dat zou onduldbaar zijn. Daarom zijn er twee eisen, waaraan een beroep tegen besluiten van de overheid moet voldoen en wel:

a) een onafhankelijke rechter;
b) een vernietigingsrecht — onder bepaalde waarborgen — van de Kroon van rechterlijke uitspraken, dat altijd onderworpen is aan contrôle van het parlement.

Aan die vereisten voldoet het ontwerp-B.A.B. De Commissie spreekt wel van beroep binnen de administratie, maar in feite is dit toch beroep bij de Raad van State met een vernietigingsrecht van de Kroon. De Commissie, die het aantasten van rechterlijke beslissingen door de uitvoerende macht kennelijk niet aandurfde, heeft daarom niet de consequentie van haar opzet getrokken maar zich aangesloten bij de bestaande regeling van administratief beroep bij de Kroon. De lijn, in onze wetgeving begonnen bij artikel 104 der Ambtenarenwet 1929 en voortgezet in het Organisatiebesluit voedselvoorziening en in het weldra te publiceren ontwerp van de Commissie-Van der Grinten over de administratieve rechtspraak met betrekking tot besluiten der bedrijfsorganisaties, volgens welke op grond van het algemeen belang de overheid een uitspraak van de rechter niet ten uitvoer kan leggen — spreker herhaalt: onder parlementaire contrôle van het gebruik van dit recht — is door de Commissie niet doorgetrokken. Zij gebruikt met volharding de feitelijk niet geheel juiste term van beroep binnen de administratie.

Er schijnt een tegenspraak te zijn tussen het geven van beroep op een onafhankelijke rechter en het scheppen van de mogelijkheid dat de administratie diens uitspraak aantast. Toch is dit niet zo. De leer van de scheiding der machten moet doorbroken worden en is ook doorbroken.

Dogmatiek en terminologie zijn in het recht onbelangrijk: waar het op aankomt, is de feitelijke toepassing van een rechtsinstituut. Daarom zou men het systeem van het ontwerp-B.A.B. dat aan de twee hiervoor gestelde vereisten in feite voldoet, kunnen toejuichen, indien dit systeem niet enkele minder aangename consequenties had. Het systeem van rechtspraak door de Raad van State — ons meest deskundige college — biedt het voordeel boven rechtspraak door de gewone rechter van geld- en tijdbesparing voor de justiciabelen, omdat er slechts één instantie is. Het financiële voordeel van de ene instantie wordt echter opgewogen door het feit, dat de justiciabelen vrijwel allen ver buiten hun woonplaats moeten procederen en de tijdwinst van de ene instantie wel verloren zal gaan doordat de Raad van State een grote hoeveelheid beroepen nooit zo snel zal kunnen verwerken als bijvoorbeeld negentien arrondissementsrechtbanken. Maar zelfs al zou de Raad van State plus de ambtelijke machine, die wij Kroon noemen, sneller werken dan de rechter, dan heeft de individu nog een nadeel: want om schadevergoeding te krijgen moet hij weer bij de gewone rechter terecht.

De moeilijkheden komen volgens spreker echter voornamelijk als men, gelijk de commissie doet, aansluiting zoekt tussen „beroep binnen de administratie" tegen beschikkingen en beroep bij de rechter tegen onrechtmatige overheidsdaden. Spreker gelooft, dat

men door het systeem van de commissie deze aansluiting mist.

Dat hier inderdaad een probleem schuilt zal niemand ontkennen. Door de betekenis, die de rechtspraak aan artikel 2 R.O. hecht kan men vrijwel ieder beroep tegen een besluit van de overheid kleden in de vorm van een actie uit onrechtmatige overheidsdaad. De commissie, terecht bevreesd voor doublures, sluit nu in het ontwerp-O.D.O.L. een aantal gevallen uit van actie uit onrechtmatige overheidsdaad en wel die gevallen, waarin beroep bij de Kroon mogelijk is. Dat is dus in geval men zich bezwaard voelt door een beschikking. De commissie meent hiertoe grondwettelijk gerechtigd te zijn, omdat het hier steeds „publiekrechtelijke" onrechtmatige daden betreft. Andere onrechtmatige overheidsdaden — namelijk de „publiekrechtelijke", gebaseerd op een besluit, niet-beschikking, en de „gewone", die een ander dan een overheidsorgaan ook zou kunnen plegen — blijven ter kennisneming van de rechter.

Met dezelfde klap van het ontwerp-O.D.O.L. vangt de commissie dan nog een tweede vlieg, die in onze juridische keuken rondzoemt: zij bepaalt namelijk hoever de rechter met zijn contrôle mag gaan bij het beoordelen van het overheidsbeleid en sluit zich daarbij nauw aan bij de bestaande jurisprudentie.

Spreker zou hierbij een misschien niet geheel ter zake doende opmerking willen maken. Er is een neiging bij juristen, die op een speciaal terrein deskundig zijn, om bij het ontwerpen van nieuwe wettelijke regelingen nauw aan te sluiten bij de heersende jurisprudentie. Enerzijds valt dat zeer toe te juichen, want de jurisprudentie geeft de stand weer, waarin onze rechtsontwikkeling zich bevindt. Aan de andere kant zijn er twee bezwaren. In de eerste plaats is een opnemen van de jurisprudentie in de wet in schijn een beleefde buiging voor de Hoge Raad, maar in feite een halt toeroepen aan de rechtsontwikkeling: men belet in het onderhavige geval de Hoge Raad om verder te toetsen dan hij thans doet. En in de tweede plaats loopt men grote kans, dat men ondanks het feit, dat men letterlijk de tekst van de jurisprudentie volgt, toch de bedoelingen van de Hoge Raad miskent. De rechter is immers bij de rechtsontwikkeling, die hij leidt, gebonden aan de tekst van de wet. Hij tracht binnen de perken, die de wet (in het onderhavige geval de Woonruimtewet 1947) hem stelt de rechtsontwikkeling zo goed mogelijk doorgang te doen vinden. Maar niets garandeert ons, dat de rechter, wanneer hij bij wijze van dispositie of reglement andere wetten terzijde mocht stellen, niet een totaal andere regeling verkozen zou hebben. Spreker denkt, dat men de Hoge Raad onrecht zou doen, wanneer men teneinde de onbillijkheden van het huidige artikel 1961 B.W. te doen verdwijnen, een regeling zou maken, waarin het hele mysterie van de geclausuleerde en gequalificeerde bekentenissen zou

zijn verwerkt. Dat zijn allemaal theorieën om aan de onbillijkheid van de huidige tekst te ontkomen, die men niet moet beschouwen als de oplossing van het materiële vraagstuk, hoe de rechter de bewijslast moet verdelen, indien een eiser stelt verkocht te hebben en een gedaagde beweert inderdaad te hebben gekocht, maar zich op een bevrijdende daadzaak beroept.

Wat het probleem betreft, dat ons hier bezighoudt, merkt spreker op, dat men precies wil afperken in welke gevallen men beroep binnen de administratie heeft en in welke beroep in de vorm van een actie uit onrechtmatige overheidsdaad. Om dat doel te bereiken maakt men vooreerst een willekeurige scheiding door het begrip „beschikkingen" in te voeren, die alleen schriftelijke wilsuitingen zijn.

Spreker geeft een voorbeeld, dat ook de commissie zeer ter harte gaat. Een vreemdeling krijgt een schriftelijke beschikking, dat hij aan een bijzonder toezicht onderworpen wordt. Hij kan tegen deze beschikking in beroep komen bij de Kroon op grond, dat zij niet beantwoordt aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur: in naar de mening van de appellant gelijke gevallen zijn anders-luidende beslissingen genomen. Een andere vreemdeling is minder gelukkig. Hij krijgt geen beschikking thuis, maar krijgt — en dat behoeft niet schriftelijk te geschieden — mondeling een bepaalde verblijfplaats aangewezen en wordt daarheen overgebracht. Hij kan zich nu tot de rechter wenden met de klacht, dat de autoriteit die dit bevel gaf, b.v. de betrokken bijzondere en algemene belangen niet heeft afgewogen en dus niet in redelijkheid heeft kunnen oordelen gelijk zij deed.

Waarom, zo vraagt spreker, dit verschil, dat alleen berust op de toevallige omstandigheid, dat een politie-functionaris wel of niet een papier heeft uitgeschreven? Waarom is in dit en in tal van andere gevallen deze verwarring voor de justiciabelen geschapen? Waarom wel een mogelijkheid voor de Kroon om in geval van een beschikking een uitspraak van de rechter-Raad van State terzijde te stellen en niet in geval van arrestatie zonder beschikking?

Spreker neemt voorshands aan, dat de zaak juridisch klopt, d.w.z. dat de rechter en de Raad van State kunnen weten, welke hun bevoegdheden zijn. Maar de justitiabelen zal het onderscheid niet duidelijk zijn te maken. En dat zal vooral nodig zijn, indien — en het verschil in formule lokt daartoe uit — de Raad van State bij de toetsing andere criteria gaat aanleggen dan de Hoge Raad.

Spr. ziet voor dit alles een radicale oplossing. Men brenge ook het gehele terrein van de onrechtmatige overheidsdaad over naar dezelfde rechter, die op beroep tegen beschikkingen beslist. De Commissie-De Monchy heeft deze stap niet aangedurfd. In de eerste plaats om constitutionele bezwaren te vermijden. De wet-

gever zou wel van artikel 2 R.O. kunnen afwijken en „publiekrechtelijke" onrechtmatige daden bij de Raad van State brengen, maar hij zou niet tegen artikel 160 van de Grondwet in de „civiele" of „gewone" onrechtmatige overheidsdaden aan de kennisneming van de gewone rechter kunnen onttrekken. Spreker vraagt zich echter af of deze onderscheiding tussen publiekrechtelijke en civiele onrechtmatige overheidsdaden eigenlijk wel reëel is. Een door een overheidsauto veroorzaakte aanrijding is een typisch civiele onrechtmatige overheidsdaad, zou men op het eerste gezicht zeggen. Is de aanrijding evenwel veroorzaakt door een te snel rijdende brandweerauto of door een militaire ordonnans, die opdracht heeft een bericht met spoed over te brengen, dan krijgt dezelfde aanrijding een publiekrechtelijk aspect. Verduistering van door de gevangenisdirectie in bewaring genomen goederen van gevangenen, schijnt een civiele onrechtmatige overheidsdaad. Zijn er, zoals na de oorlog, te veel gevangenen en te weinig bewakers, dan komt deze „gewone" onrechtmatige daad in een publiekrechtelijk licht. Men zou dus kunnen zeggen, dat van iedere actie uit onrechtmatige overheidsdaad het fundamentum petendi meer of minder publiekrechtelijk is. Is dit juist, dan kan men, zoals bij de Ambtenarenwet 1929 ten aanzien van salarisvorderingen van ambtenaren is gedaan, in afwijking van artikel 2 R.O., maar in overeenstemming met artikel 160 der Grondwet alle vorderingen uit onrechtmatige overheidsdaad bij de Raad van State brengen.

Er is, vervolgt spreker, een tweede reden waarom men deze stap niet gaarne doet. Er bestaat bij alle kritiek, die men op de rechterlijke macht heeft, een onbewust respect voor haar onkreukbaarheid en kundigheid. Dat maakt, dat men niet dan zeer ongaarne de bevoegdheid van de gewone rechter kleiner maakt dan zij thans is. Spreker stelt evenwel, dat men de kool van de constitutie en de geit van het respect voor de rechterlijke macht kan sparen en toch de verschillen vermijden in de berechting op beroepen tegen beschikkingen en tegen onrechtmatige overheidsdaden. Dat zou men bereiken door de administratieve rechtspraak op te dragen aan de rechterlijke macht, die in de vorm van rechtspraak over onrechtmatige overheidsdaden reeds een deel van de administratieve rechtspraak uitoefent. Dat is alleen mogelijk door aan de rechter de bevoegdheden te geven om bij vernietiging van een besluit voorzieningen in de zaak te treffen en een gedeeltelijke schadevergoeding te geven, die in artikel 15 van het ontwerp-B.A.B. aan de Kroon gegeven zijn, en door aan de Kroon — onder dezelfde waarborgen, die in het voorstel voor het contraire besluit voorzien zijn — de bevoegdheid te verlenen tot niet-tenuitvoerlegging van de rechterlijke uitspraak voor zover die niet tot schadevergoeding strekt.

Veel door het systeem van de ontwerpen ontstane moeilijkheden ziet spreker dan als vanzelf opgelost worden.

Allereerst de competentiemoeilijkheden. Ondanks de zorgvuldige regeling van het ontwerp-O.D.O.L. acht spreker die niet uitgesloten.

Opgelost wordt door het door spreker voorgestane systeem ook het verschil tussen de rechter, die volledige schadevergoeding toekent, en de Kroon, die een tegemoetkoming kan verlenen. De criteria, waaraan een beschikking en waaraan een besluit getoetst kunnen worden — volgens de ontwerpen niet gelijk — kunnen dezelfde worden. Men kan zonder schade het onderscheid tussen schriftelijke beschikkingen en besluiten, dat alleen dient om het aantal beroepen bij de Raad van State te beperken en geen theoretische betekenis heeft, laten vervallen. De aansluiting tussen beroep tegen overheidsbesluiten en acties uit onrechtmatige overheidsdaad kan men op deze wijze beter dan in het systeem van de ontwerpen tot stand brengen — zeker als men beide door afzonderlijke, uit bestuurlijk georiënteerde rechters samengestelde kamers laat beoordelen; een goede procesgang is dan tevens verzekerd. Wat men materieel bereikt is in het door spreker voorgestane stelsel ongeveer gelijk aan wat de ontwerpen willen. De legislatieve — en dus ook practische — ingewikkeldheid en gecompliceerdheid vervalt. Men zou voor het beroep tegen besluiten en voor onrechtmatige overheidsdaden één rechtsgang in één feitelijke instantie kunnen voorschrijven.

Kennisneming van beroep tegen besluiten van overheidsorganen aan de rechter zou dus veel onnodige juristerij besparen. En daarom zou spreker deze oplossing het liefst zien.

Lieverkoekjes worden echter, zoals ook Prof. van Poelje reeds opmerkte, niet gebakken. En als men op het terrein van de administratieve rechtspraak te veel wensen en te veel kritiek heeft, bestaat er grote kans, dat er in het geheel geen koekjes gebakken worden, maar dat men niet verder komt dan het schrijven van een kookboek. Daarom zou een practische subsidiaire oplossing zijn om het ontwerp-B.A.B. in te voeren. Het geeft een rechter en een vernietigingsrecht van zijn uitspraken aan de Kroon en beperkt — enigszins willekeurig, maar ter wille van het experiment aanvaardbaar — het beroep tot schriftelijke beschikkingen.

Wanneer men het ontwerp-O.D.O.L. echter in portefeuille laat, is er volgens spreker, geen man over boord. De rechter zal zich, geheel in de lijn van de jurisprudentie, ook zonder artikel 3 O.D.O.L. van de kennisneming van bezwaren tegen beschikkingen onthouden en ook zonder de artikelen 11—13 O.D.O.L. de daar geformuleerde criteria voor toetsing aanleggen. Men wint door de invoering van O.D.O.L. weinig, men werpt alleen een dam op tegen de rechtsontwikkeling.

Mooier dan deze subsidiaire oplossing ware echter naar sprekers mening concentratie van administratieve rechtspraak bij de rechter, opdat er eenheid kome van rechter, van rechtsgang en van rechtspraak.

Mr E. H. NUVER heeft niet zonder enige aarzeling de verdediging op zich genomen van het standpunt, dat de administratieve rechtspraak aan een onafhankelijke rechter moet worden toevertrouwd. Met betrekking tot dit standpunt immers, vertonen de voorstellen sinds 1891 een duidelijke dalende lijn en de Commissie-De Monchy gaat hierbij nog verder dan haar voorgangsters. Wanneer spreker het rapport van de commissie doorleest — en hij doet dit met grote waardering voor de vele studie en de moeilijke arbeid, waarvan het rapport getuigt — krijgt hij de indruk, dat de commissie meer gestreefd heeft naar bescherming van de administratie tegen de rechterlijke macht dan naar bescherming van de burger tegen de administratie.

Spreker leest op blz. 2 van het rapport, dat het hier gaat om bescherming en handhaving van rechtmatige gemeenschapsbelangen en dat de eis gesteld moet worden van een krachtige en onverkorte handhaving van het openbaar belang, zodat het twijfelachtig is, of de rechter wel in staat is de te dezen nodige soepelheid op te brengen, omdat die rechter uit de aard van zijn geregelde aanraking met straf- en burgerlijk recht geneigd is sterk op de rechtszekerheid te letten. Deze opmerking — zo al juist — kan toch alleen slaan op de burgerlijke- en strafrechter; de administratieve rechter komt met burgerlijk- en strafrecht ten hoogste zoveel in aanraking dat hij daardoor aan het bestaan van dat recht van tijd tot tijd herinnerd wordt!

De vraag mag echter gesteld worden, of het niet redelijkerwijze te verwachten is, dat de rechter, wanneer hij bijv. het openbaar belang in zijn beschouwingen mag en *moet* betrekken, zich ook van *deze* taak behoorlijk zal kunnen kwijten. Voor de commissie geldt blijkbaar als een axioma, dat de rechter overwegend voor die taak ongeschikt is.

De commissie stelt, terecht, dat rechts- en beleidsvragen veelal verweven zijn en dat een afzonderlijk beroep op de rechter alleen ten aanzien van de rechtsvraag weinig bevrediging zal kunnen schenken. Die verwevenheid van rechts- en beleidsvragen is het sterkste argument, dat tegen het standpunt der minderheid van de commissie, inhoudende, de Kroon te binden aan het advies van de Raad van State voor zoverre het de rechtsvragen betreft, kan worden aangevoerd. Intussen heeft de commissie haar principiële grondslag wel sterk ondergraven door met haar O.D.O.L.-ontwerp de onafhankelijke rechter wel in te schakelen, c.q. ingeschakeld te

houden. Spreker vermag niet in te zien, dat aan een daad van een openbaar lichaam minder beleid of wanbeleid ten grondslag kan liggen dan aan een beschikking. En evenmin, dat, wanneer in O.D.O.L., de rechter wèl de bevoegdheid krijgt c.q. behoudt, om het oordeel, waartoe de administratie redelijkerwijze is kunnen komen — een beleidsvraag dus — te toetsen, zulks op het terrein der beschikkingen onmogelijk zou zijn.

Dat overigens een beroep op de rechter alleen in rechtmatigheidsvragen weinig zin zou hebben, is nog de vraag. Het reeds bestaande beroep in ambtenarenzaken betreft in hoofdzaak rechtmatigheidsvragen. Wel komt de rechter daar ook herhaaldelijk aan zuivere beleidsquaesties — b.v. de beoordeling van het dienstbelang — doch daar, waar het beleid aan zijn oordeel is onttrokken — behoudens de toetsing aan détournement de pouvoir, in wezen ook een rechtmatigheidsvraag — bestaat inderdaad niet zoveel kans op een voor de ambtenaar gunstig resultaat, als de algemeen verbindende voorschriften in acht zijn genomen. Détournement kan men vaak wel aanvoelen, maar moeilijk bewijzen en daarop komt het in de Ambtenarenwet 1929 toch aan, want het moet „kennelijk" zijn. Een toetsing aan de B.A.B.-formule: „strijdig met algemene beginselen van behoorlijk bestuur" zou ons hoogstwaarschijnlijk wel verder kunnen brengen, maar hieraan zal de rechter zich in het systeem der commissie juist *niet* mogen wagen. Kan dus erkend worden, dat toetsing alleen aan rechtmatigheidsvragen niet in alle opzichten bevredigen zal, dat zij daarom gesubordineerd moet worden aan de toetsing van het beleid is niet meer dan een petitio principii. Het is echter èn theoretisch èn practisch niet te verdedigen, dat dezelfde quaestie bij twee instanties berecht zou kunnen worden, n.l. bij de één voor de rechtmatigheid en bij de andere voor de doelmatigheid. Wel denkbaar is een stelsel, waarbij, nadat de Raad van State c.q. de Kroon het laatste woord heeft gesproken, bij de Hoge Raad nog cassatie in het belang der wet kan worden ingesteld, opdat althans in de rechtsvragen het oordeel van de hoogste rechter kan worden ingewonnen.

De commissie merkt zelf reeds op, dat de grieven na 1940 zich vooral richten tegen ambtelijke willekeur of miskenning van particuliere belangen. Men mag zich dan echter wel afvragen, of het wel goed is gezien verbetering van *die* grieven juist binnen de administratie te willen zoeken. Zulks is practisch uiterst moeilijk te verwezenlijken. Op blz. 4 erkent de commissie trouwens zelf, dat de grootste mate van rechtsbescherming toch gelegen is in een rechterlijke contrôle.

De commissie wijst er op blz. 3 op, dat rechterlijke contrôle vooral ook *ongewenst* kan zijn, omdat de rechtsvorming, welke ook in de wetstoepassing gelegen kan zijn, hier bovenal heeft te ge-

schieden met het oog op het algemeen belang. Rechterlijke contrôle zou dan minder vanzelfsprekend zijn, omdat de handhaving van dat algemeen belang in een democratische gemeenschap behoort te worden toevertrouwd aan organen, welke verantwoordelijk zijn aan die lichamen, in wier handen de rechtsvorming in het algemeen berust. Dit betoog mag theoretisch heel sterk lijken, in de practijk komt daarvan weinig terecht. Men zie in dit verband maar eens de prae-adviezen van Dr Fockema Andreae en Mr Vos voor het congres van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten in 1924. Spreker meent, dat sedertdien de toestand niet verbeterd is. Integendeel, de positie der regering tegenover het parlement is veel sterker dan vroeger, onvermijdelijk wellicht, maar dit maakt de redenering der commissie des te zwakker, omdat bij de grote vragen, welke het parlement te beslissen heeft, individuele quaesties als de onderhavige geen gewicht in de schaal zullen — en practisch ook niet kunnen — werpen. In dit verband is natuurlijk van belang de vraag, of er een kamer van bezwaren moet komen, doch spreker zou de voorkeur geven aan een „kamer van bezwaren" binnen de rechterlijke macht, mede ook teneinde de politiek volledig buiten te sluiten. Op blz. 4 van haar rapport stelt de commissie, dat ten aanzien van bepaalde beslissingen, zo terzake van het kiesrecht, waar het belang van een van elke politieke gedachte gespeende toepassing zozeer overheersend is, opdracht aan de rechter verkieslijker is. Spreker meent evenwel, dat althans dit postulaat algemeen behoort te gelden.

Het voornaamste argument voor de wering van de onafhankelijke rechter bestaat volgens de commissie hierin, dat de rechter ondeskundig zou zijn ten aanzien van de beoordeling van het beleid ten aanzien waarvan de administratie dan wel deskundig is. Het gaat hier echter niet om het *beleid* der administratie maar — scherp uitgedrukt — om het wanbeleid. De administratie zal geneigd zijn de individuele belangen aan de algemene te subordineren. Zij zal terzake van dit algemeen belang inderdaad deskundig geacht kunnen worden. Doch vooral in tijden, als thans, waar primaire algemene vraagstukken aan de orde zijn, komt het individuele recht gemakkelijk in de verdrukking. De administratie zou volgens spreker tegen haar eigen natuur moeten ingaan om, vooral als zij reeds het algemene belang in casu heeft laten praevaleren, daarop terug te komen. Rechtsbescherming zal dan dus van buiten moeten komen.

Voorts meent spreker, dat de stelling der rechterlijke ondeskundigheid veel van haar kracht verliest, wanneer men bedenkt, dat de beoordeling van het beleid der administratie en het algemeen belang maar 1/3 deel uitmaakt van het geheel der rechterlijke beslissing. De vaststelling der feiten en de wetsinterpretatie zijn de andere delen en daar zal de deskundigheid van de rechter in het

algemeen wel niet betwist kunnen worden. In zijn prae-advies aan de Ned. Juristenvereniging van dit jaar wijst Prof. Okma er terecht op, dat ook bij beleidsquaesties de vaststelling der feiten een zeer belangrijke rol speelt en Mr Stellinga komt in zijn serie artikelen, aan het rapport der commissie-De Monchy gewijd, tot dezelfde conclusie. Het merkwaardige is trouwens, dat de commissie op blz. 9 van haar rapport dit wèl erkent ten aanzien van de daden, waar zij stelt, dat de rechter in zaken als deze, waar het op de vaststelling van de feiten zozeer aankomt, beter met die taak belast kan worden.

Wat de ondeskundigheid ten aanzien van het 1/3 beleidsdeel betreft, lijkt het niet zo erg onwaarschijnlijk, dat de rechter zich de voor zijn beslissing in dit opzicht benodigde deskundigheid zal willen laten bijbrengen. De beste waarborg voor een goede beslissing in beleidsvragen is volgens spreker, hoe paradoxaal dit ook moge klinken, juist gelegen *in* die rechterlijke *on*deskundigheid. De rechter toch zal zich van zijn ondeskundigheid ter dege bewust zijn en dus gaarne de noodzakelijke voorlichting ontvangen en van wie kan hij die voorlichting beter krijgen dan van de administratie, die partij is? Om deze reden lijkt de gedachte van Mr Van Praag, in zijn prae-advies aan de Ned. Juristen Vereniging van dit jaar, om de administratie juist niet als partij te laten optreden, minder gelukkig.

Als in de sociale verzekeringswetgeving, waar de juridische rechter in hoofdzaak medische vragen moet beslissen, het element der deskundigheid een rol had gespeeld, zou men tot de onderhavige vorm van wetgeving niet zijn gekomen. Uiteraard gaat *hier* de rechter niet over tot het onbevoegd uitoefenen der geneeskunst. Waarom zal dan de rechter, zodra hij het beleid en het algemeen belang in zijn beschouwing heeft te betrekken, zijn oordeel uitsluitend op eigen, eventueel vermeende, wetenschap willen baseren? Spreker verwijst naar zijn beschouwingen, in de vorige vergadering aan dit onderwerp gewijd; ook brengt hij in herinnering, hetgeen wijlen Mr Van Haeringen in de vergadering van 29 Maart 1946 bij de bespreking der prae-adviezen inzake administratieve rechtspraak op economisch terrein heeft gezegd.

Het gebrek aan deskundigheid mag dus niet zwaar tellen en de rechter, die regelmatig in beleidsvragen gemoeid wordt, zal bovendien in de loop der jaren een schat van ervaring opdoen en een overzicht over een zeer ruim terrein kunnen verkrijgen. Spreker acht het een voordeel indien de rechter uitdrukkelijk de bevoegdheid en zelfs de verplichting krijgt het algemeen belang mede voor zijn beslissing in aanmerking te nemen. Hij verwacht daarvan meer dan wanneer de rechter zichzelf aarzelend op dat terrein gaat begeven, omdat de individuele belangen nu eenmaal te zeer in de verdrukking zijn geraakt.

Over de deskundigheid valt nog een andere opmerking te maken. Het is een communis opinio, dat aan de opleiding voor de Nederlandse Overheidsdienst nog wel iets ontbreekt. Dit geldt zowel voor de administratie — het bestuur uiteraard daaronder steeds begrepen — als voor de rechterlijke macht. Wat er aan opleiding is — vaak niet van overheidswege geëntameerd— is veelal een zuiver technische. Een opleiding, gericht op beleidsbeheersing b.v., ontbreekt practisch en bovendien is de opleiding zeer eenzijdig op de overheidsdienst ingesteld. Wie destijds kennis genomen heeft van het in de Nederlandse Gemeente gepubliceerde opleidingsschema voor de Franse hogere ambtenaren, zal wellicht de verzuchting geslaakt hebben: waren wij hier alvast maar zo ver! Intussen is ten aanzien van de Nederlandse rechterlijke macht reeds een commissie ingesteld, welke tot taak heeft te onderzoeken, op welke wijze in de toekomst rechterlijke ambtenaren beter voor hun taak kunnen worden voorbereid. (Voor de administratieve ambtenaren is men nog niet zo ver). Spreker zal het toejuichen indien in de naaste toekomst een deel der a.s. rechterlijke ambtenaren een tijd van scholing in de administratieve overheidsdienst zal hebben door te maken. Ook over de deskundigheid van de administratie wil spreker iets zeggen. Deze deskundigheid zal zeker aanwezig zijn op het terrein van het beleid en van het algemeen belang, doch in mindere mate op dat van de vaststelling der feiten, eventueel ook der wetsinterpretatie en waarschijnlijk in nog mindere mate op het terrein van het particuliere belang.

Door dit alles acht spreker zijn voorkeur voor een onafhankelijke rechtspraak gerechtvaardigd. Men kan, gelijk de commissie voorstelt, nog zozeer trachten de behandeling van klachten binnen de sfeer der administratie te verbeteren, dat neemt niet weg, dat de administratie — en dat wil dus zeggen: in bijzondere mate het ambtelijke element — een overwegende invloed *blijft* uitoefenen. En nu moge men nog zo overtuigd zijn van de voortreffelijkheid van dat ambtelijke apparaat, het blijft een feit, dat, wanneer men in particuliere kringen verkeert, toch wel veel critiek — en lang niet altijd ongefundeerde — op dat apparaat wordt vernomen.

L'Etat c'est un monsieur piteux et malgracieux assis derrière un guichet, zei Anatole France. Men zou beter kunnen spreken van vele messieurs, de mesdames niet te vergeten, op welke laatsten ik het epitheton ornans malgracieuses zeker *niet* zou willen betrekken. Hoe groter echter het ambtelijk apparaat, hoe groter gevaar voor een vergroeiing van het administratieve *rechts*leven naar een *machts*leven. In het particuliere grootbedrijf zal men trouwens analoge verschijnselen kunnen waarnemen. Terecht wijst Mr Stellinga er op, dat hier in wezen aan de orde is de vraag, of het recht dan wel de macht beslissend zal zijn. Dan moet onvoorwaardelijk worden gekozen voor de zijde van het recht.

Een beroep op misbruik van macht zal veelal moeten falen, aangezien het moeilijk is te bewijzen en — reeds Huart wees er op — men zal zich te dezen niet te grote illusies moeten maken, aangezien de administratie wel een grote vindingrijkheid aan de dag zal weten te leggen om een eventueel aanwezig détournement te camoufleren. Niet elke administratie zal, voor de rechter staande, zo'n naïef-eerlijk standpunt innemen als de gemachtigde ener gemeente, die voor het ambtenarengerecht te Arnhem (uitspraak van 2 Juni 1948, a.b. 1948, bl. 750) desgevraagd verklaarde dat het ontslag ener ambtenares op zo korte termijn was geschied „omdat de Inspecteur van de Gemeentefinanciën bang was, dat zij zich ziek zou melden en de gemeente dan nog twee jaar salaris zou moeten betalen". In het oogmerk om teweeg te brengen, dat de klaagster geen gebruik zou kunnen maken van haar wettelijk recht op uitkering bij ziekte, zag het ambtenarengerecht misbruik van macht.

Spreker citeert een gebed van W. H. Auden — te vinden in Virgil Gheorghiu's Het 25e uur. Wij kunnen ons gelukkig prijzen, dat de in dit gebed geschetste toestand voor ons lang nog niet tot de werkelijkheid behoort, doch het wezen der zaak wordt ook voor ons met dit gebed geraakt.

Ter geruststelling van hen, die de administratie het laatste woord willen laten, wijst spreker op een aantal veiligheidskleppen, welker practisch nut reeds in de Ambtenarenwet 1929 is bewezen: de gedekte nietigheid en de bevoegdheid, op straffe van veroordeling tot schadevergoeding, geen gevolg te geven aan de rechterlijke veroordeling. Daarover is een beschouwing van zijn hand verschenen in de Nederlandse Gemeente 1950, bl. 66 e.v. en 77 e.v.. Ook kan uiteraard de wetgever een z.i. onhoudbare rechterlijke opvatting corrigeren, hetgeen in de practijk herhaaldelijk geschiedt; het omgekeerde is moeilijker, maar het gebeurt toch ook wel!

Het in de Ambtenarenwet 1929 neergelegde systeem wordt volgens spreker *niet* geëvenaard door dat van het administratief beroep, waarbij van het advies van de Raad van State kan worden afgeweken. Het gezag ener *rechterlijke uitspraak* zal toch altijd groter zijn dan het *advies* van de Raad van State. De practijk der Ambtenarenwet 1929 toont ook, dat slechts tweemaal artikel 104 toepassing moest vinden en in het tweede, niet gepubliceerde, geval zijn partijen na het vonnis nog tot overeenstemming gekomen. Mr Stellinga vermeldt daarentegen in de jaren 1945 tot en met 1949 reeds 22 contraire besluiten, waarvan 6 een afwijkend oordeel betreffende de wetsinterpretatie bevatten!

Er is niet veel tijd meer over om op de vraag van het hoe in te gaan. Het zou voor de overzichtelijkheid een groot voordeel zijn, wanneer wij onder één rechterlijk dak, hetzij burgerlijk, hetzij

administratief, alle hier aan de orde zijnde beroepsquaesties konden vangen. Technisch lijkt dit niet, althans niet binnen afzienbare tijd, uitvoerbaar. Een verdeling over verschillende colleges waaronder de Raad van State, is zeer wel verdedigbaar en sluit ook aan bij de bestaande practijk. Eenheid van rechtsopvatting zou dan bevorderd kunnen worden — en dat is wellicht ook gewenst — door eventueel cassatie in het belang der wet mogelijk te maken waar de gewone cassatiemogelijkheid ontbreekt ten aanzien van die van de verschillende colleges afkomende vonnissen. De lange duur behoeft niet onvermijdelijk aan de procedure voor de rechter verbonden te zijn; bij de Centrale Raad van Beroep worden de zaken in het algemeen — ook de ingewikkelde — snel afgedaan, n.l. binnen 3 of 4 maanden, nadat het beroepschrift is ingekomen. Wanneer een nader onderzoek moet worden ingesteld duurt het natuurlijk langer. De administratieve rechter heeft boven de burgerlijke het voordeel, dat hij niet passief is en dat de procedure eenvoudig is.

Bijzonder van belang is de vraag, hoe de justiciabelen er over denken. Statistisch materiaal is terzake niet gemakkelijk te verzamelen. Psychologisch bezien zal het antwoord echter wel in de richting van de onafhankelijke rechter gaan. De stemming in de jongste vergadering van de Ned. Juristen Vereniging pleit ook in deze richting, evenals het door Prof. Okma in zijn voormelde praeadvies verwerkte enquêtemateriaal.

Vast staat bovendien, dat onder het systeem, waarbij overwegend het laatste woord aan de administratie is, klinkt en blijft klinken de roep om verhoogde rechtsbescherming. Dat onder het andere systeem een roep zou moeten komen om verhoogde bescherming der administratie is nog slechts een veronderstelling.

De gehele behandeling van het probleem rechter-administratie doet denken aan die meneer A, die tegen meneer B zegt: jij kunt niet fietsen en, op het antwoord van B: dat kan ik wel, geef mij maar een fiets, zegt neen, dat hoeft niet; ik kan zo wel zien, dat je kuitspieren niet krachtig genoeg zijn en dat je te weinig lichaamsbeheersing hebt. Je zou bovendien eens kunnen vallen.

The proof of the pudding lies in the eating. Het lijkt daarom niet meer dan billijk en, naar sprekers overtuiging ook niet onverstandig, onszelf de kans te geven in plaats van de rechterlijke toespijs een rechterlijke hoofdmaaltijd te genieten.

Prof. Mr J. DRION maakt enkele opmerkingen over het Ontwerp-Onrechtmatige daden openbare lichamen. Hij zegt dat deze opmerkingen van critische aard zullen zijn, en te beseffen dat het werk van een staatscommissie in zoverre ondankbaar is, dat over het algemeen slechts spreken wie critiek hebben, terwijl wie het er mee

eens zijn, zwijgen. Spreker is het in zoverre met de opzet van de Commissie eens, dat acties tot schadevergoeding wegens onrechtmatige overheidsdaden ter beoordeling blijven opgedragen aan de rechterlijke macht, conform het systeem dat ook in België in 1947 bij de invoering van een centraal administratief rechtscollege is gehandhaafd. Dit acht spreker een juist systeem, niet alleen om historische redenen, maar omdat het een steeds meer besefte waarheid is dat de onrechtmatige *overheids*daden een species zijn van het genus onrechtmatige daden. Het negeren van deze waarheid heeft tot kwade gevolgen geleid, zo in de eerste plaats bij het beoordelen van de vraag naar de bevoegdheid van de rechterlijke macht, waarbij door zeker niet de eersten de besten een interpretatie van artikel 2 R.O. is gehuldigd die bij de gewone onrechtmatige daad door niemand geaccepteerd zal worden; pas de laatste decenniën heeft de jurisprudentie deze interpretatie losgelaten. In de tweede plaats zag men deze kwade gevolgen bij de vraag naar de persoonlijke aansprakelijkheid van de ambtenaar; de argumenten, die op dit terrein gebezigd zijn gelden evenzeer buiten het gebied van de *overheids*daden; gelukkig heeft de Hoge Raad zich gerealiseerd dat hier een veel algemener vraagstuk lag dan vaak is aangenomen.

Het is gevaarlijk om, zoals de Toelichting van het ontwerp doet, te werken met het zeer oude argument van de administratie, dat het voor haar een gevaar zou zijn als de rechter in haar doen en laten kan ingrijpen door te beslissen in schadevergoedingsacties ter zake van onrechtmatige overheidsdaad. Opmerkelijk is in dit verband hetgeen men ziet wanneer men de Franse literatuur uit de vorige eeuw, waarin Frankrijk op dit punt wordt vergeleken met de rest van Europa, legt naast de moderne Franse literatuur. In die oudere literatuur wordt de oplossing van Holland en België onaanvaardbaar geacht, omdat deze zou leiden tot een onduldbare invloed van de rechter in beleidszaken, tot een verlamming van de administratie; dit deed dan het Franse systeem van de Conseil d'Etat prefereren. In de moderne literatuur wordt evenwel net omgekeerd geredeneerd: men acht het Hollandse en Belgische systeem nu onaanvaardbaar, omdat de burgerlijke rechter veel te terughoudend is als de overheid partij is, en is deswege trots op de rechtspraak van de Conseil d'Etat. Uit deze vergelijking blijkt het gevaar van het argument: de administratie wordt onmogelijk als men het oordeel over de rechtmatigheid van haar optreden aan de rechter laat; in Frankrijk is men dit oude argument geheel vergeten!

Spreker maakt vervolgens enkele opmerkingen over een aantal details van het ontwerp-O.D.O.L.

Artikel 2 van het ontwerp zegt, dat een regeling van algemene strekking niet een daad is, en de toelichting merkt op dat dit

eigenlijk vanzelfsprekend is, en dat het slechts zekerheidshalve in het artikel is uitgedrukt. Spreker acht deze opvatting evenwel geenszins vanzelfsprekend, zelfs niet juist. Zijns inziens moet het mogelijk zijn dat een regeling van algemene strekking een onrechtmatige daad is. Anders zou men vastlopen in het geval dat een onverbindende verordening door een gemeenteraad is vastgesteld, waarvan de uitvoering door B. en W. schade veroorzaakt. In dit geval verrichten B. en W. een daad; zij zijn evenwel tot de uitvoering van de verordening verplicht. Spreker wijst in dit verband op arresten van de Hoge Raad van 1864 en 1901, waarin in zulk een geval het verweer van de gemeente, dat B. en W., verplicht zijnde tot uitvoering van een verordening, niet onrechtmatig handelden, werd verworpen, omdat niet het college van B. en W. doch de gemeente, die zelf de onverbindende verordening had gemaakt, aansprakelijk werd gesteld.

Prof. Mr Dr G. VAN DEN BERGH interrumpeert: in O.D.O.L. is het net zo.

Prof. Mr J. DRION, vervolgende, merkt op, dat Prof. van den Bergh zal doelen op de artt. 7, 8 en 13 van het ontwerp, maar hij meent dat de daar gegeven constructie niet steeds juist is. In dergelijke gevallen toch is de verordening zelf soms het onrechtmatige; het standpunt van het ontwerp, dat de daad van uitvoering onrechtmatig wordt door de vernietiging of onverbindendverklaring van de verordening is dan niet conform de werkelijkheid. Een belangrijker bezwaar is, dat een verordening ook schade kan brengen zonder dat executieve daden zijn gevolgd; dan moet toch ook schadevergoeding mogelijk zijn. Spreker wijst op een arrest van de Hoge Raad van 1929 inzake een door de Commandant Veldleger uitgevaardigd niet rechtsgeldig verbod; de eiser in het geding had zich aan het verbod gehouden, daden ter uitvoering van de verordening waren er niet geweest; de Staat voerde nu het verweer dat het verbod geen onrechtmatige daad was, en voerde aan dat eiser er zich zelf aan gehouden had; had hij het verbod overtreden en de overheid had de marechaussée gestuurd om hem daarin te beletten, dan zou de zaak anders geweest zijn; de Hoge Raad accepteerde dit verweer gelukkig niet.

Dit geval illustreert tevens, dat het willekeurig is om als criterium ter beslissing van de vraag of de wet-B.A.B. of de wet-O.D.O.L. toepasselijk zal zijn, te kiezen of er al dan niet een beschikking was. De Commandant Veldleger vaardigde in casu een bevel uit, was dit mondeling gebeurd dan zou men daarover volgens het ontwerp-O.D.O.L. bij de rechter kunnen komen, was het daarentegen schriftelijk geschied dan zou men de verordening eerst moeten aanvechten bij de Kroon!

Spreker noemt vervolgens een punt uit het ontwerp, waarover nog niet is geschreven of gesproken, te weten de uitsluiting van

het kort geding ten aanzien van beschikkingen en de uitvoering daarvan, in art. 17 van het ontwerp-O.D.O.L. De Franse rechtspraak van de laatste 10 jaren wijst op de gevaren van deze uitsluiting; het Tribunal des Conflits, aanvankelijk zeer terughoudend met betrekking tot de competentie van de rechterlijke macht, is de laatste 15 jaar veel royaler op dat punt. De behoefte aan het korte geding deed zich gelden, en de schrijvers geven toe dat, zolang er geen echt kort geding is bij de Conseil d'Etat, dit te rechtvaardigen is.

Ook de definitie van beschikking in art. 4 van het ontwerp acht spreker niet erg gelukkig. In de tekst van het artikel ontbreekt de in de toelichting wel vermelde eis, dat de wilsverklaring van het openbare lichaam ter kennis van de betrokkene moet zijn gebracht. Spreker meent dat deze eis in de tekst van de wet moet worden neergelegd, omdat het anders mogelijk zou zijn een zaak aan de rechterlijke macht te onttrekken, door in schriftelijke vorm een besluit te nemen, dat niet of eerst later ter kennis van het slachtoffer komt.

Voorts roept het woord „krachtens" in art. 4 een dubium op; spreker wijst opnieuw op het arrest van 1929; stel dat in casu een gegeven beschikking schriftelijk ter kennis van de betrokkene was gebracht; nu het algemene verbod onbevoegdelijk was gegeven, kon de uitvoeringsdaad echter niet gezegd worden gegeven te zijn krachtens een staats- of administratiefrechtelijk voorschrift. Is het de bedoeling van de ontwerpers, dat hieruit een verschil in rechtsbescherming voortvloeit?

Spreker brengt dan een belangrijk punt ter sprake, nl. dat artikel 9 een daad van een openbaar lichaam slechts onrechtmatig verklaart, wanneer zij in strijd is met de wet of met de zorgvuldigheid, welke het openbare lichaam betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed. De inbreuk op een subjectief recht is hier dus niet genoemd, en de toelichting acht dit een voordeel. Naar sprekers mening zal dit evenwel tot moeilijk aanvaardbare resultaten leiden. Inbreuk op de eigendom, op de integriteit van het lichaam en het leven, zal men toch niet kunnen brengen onder strijd met de wet in de zin van dit Ontwerp; dan toch zou de hele bedoeling van het ontwerp gefrustreerd worden, aangezien dan voor deze gevallen de beperkingen van de artikelen 11 en 12 zouden wegvallen; de advocaat zou in de meeste gevallen van een onrechtmatige overheidsdaad kunnen betogen dat hij met die artikelen niets te maken heeft, aangezien deze beperkingen slechts gelden als strijd met de zorgvuldigheid gesteld wordt. Bij de meeste onrechtmatige daden immers is er inbreuk op eigendom of op de persoonlijke integriteit. Het weglaten van de inbreuk op een subjectief recht als categorie zou bovendien leiden tot rechtsonzekerheid. Daarbij meent spreker, dat een ontwerp als dit niet

de plaats is om partij te kiezen in het zeer betwiste punt uit de leer van de onrechtmatige daad, in hoeverre de inbreuk op een subjectief recht als een afzonderlijke categorie te beschouwen is.

Artikel 9 lid 2 begrijpt onder „strijd met de wet" de détournement de pouvoir; spreker acht deze ook in Frankrijk gevolgde constructie niet gelukkig; daartegen verzette zich naar zijn mening terecht Okma in zijn proefschrift en in zijn praeadvies van dit jaar voor de Nederlandse Juristenvereniging. Bij détournement de pouvoir ontbreekt inderdaad de bevoegdheid waarop de administratie meende zich te kunnen beroepen. Maar *daardoor* wordt de daad nog niet onrechtmatig. Spreker sluit zich aan bij de opvatting van de Hoge Raad in zijn laatste arresten: de onrechtmatigheid, gelegen in rechtsinbreuk of andere normovertreding, valt weg als de administratie zich op een bevoegdheid kan beroepen, deze valt in casu (bij détournement de pouvoir) weg, de onrechtmatigheid komt dus terug.

Artikel 10 geeft een omschrijving van het freie Ermessen bij de zg. vage normen. Spreker acht de formulering niet gelukkig. Zodra de wet een bevoegdheid (en volgens het tweede lid geldt hetzelfde voor een verplichting) bindt aan voorwaarden, waarvan het vervuld zijn van persoonlijk inzicht afhankelijk is, geldt voor de rechterlijke beslissing omtrent de rechtmatigheid de beperking door wat Prof. van den Bergh het objectiveringsbeginsel heeft genoemd.

In de Angel-Saksische literatuur is over dit freie Ermessen, bij vage normen, veel te doen geweest; men spreekt daar van discretions en discretional functions tegenover ministerial functions, en gaf van deze discretions een omschrijving ongeveer conform die van art. 10 van O.D.O.L. Men is hier evenwel spaak gelopen, omdat vrijwel bij ieder handelen een zekere mate van eigen inzicht een rol speelt. De bepaling gaat dus veel te ver. Zulk eigen inzicht is er op veel punten waar de wetgever zeker niet bedoelt het oordeel van de rechter uit te schakelen; er is dus meer differentiatie nodig. Een opsporingsambtenaar mag b.v. iemand aanhouden bij een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit; hier komt veel persoonlijk inzicht bij kijken, toch zal de rechterlijke macht hier moeten hertoetsen. Men zou kunnen menen dat deze mogelijkheid in de woorden „binnen de grenzen der redelijkheid heeft *kunnen* oordelen" in art. 10 is gegeven, maar dit is niet het geval; in artt. 11 en 12 bedoelen deze woorden immers alleen in zeer krasse gevallen hertoetsing mogelijk te maken; spreker verwijst naar wat Prof. Van den Bergh hierover schreef in het Nederlandse Juristenblad. Men had dan dus in art. 10 andere woorden moeten kiezen dan in de artt. 11 en 12.

Het belangrijkste acht spreker de artt. 11 en 12. Hier wordt immers aan de mogelijkheden die art. 9 geeft voor een groot deel

van de gevallen de kans op succes ontnomen, n.l. telkens wanneer de overheid in geval van een tegen haar gerichte actie kan zeggen: Ik heb afgewogen en binnen de grenzen der redelijkheid kunnen oordelen....; hier ligt dus een grote bron van niet-ontvankelijkverklaringen. Hiertegen bestaan grote bezwaren. Het belangrijkste is het volkomen algemeen luiden van de formule, waardoor deze ook zal gelden in geval de overheid op dezelfde voet als een bijzonder persoon aan het rechtsverkeer deelneemt, als tenminste niet kan worden gesteld dat zij in strijd met de wet heeft gehandeld. Dit is niet te aanvaarden, en de Hoge Raad heeft voor deze categorie dan ook nooit de betreffende beperking aangenomen. Spreker verwijst bijvoorbeeld naar het voorlaatste Voorste Stroomarrest van 1940. De Hoge Raad besliste hier, dat het gemeentebestuur aan geen enkel wetsartikel de bevoegdheid ontleent om inbreuk op eigendommen te maken, teneinde voor een behoorlijke riolering te zorgen. Het ontwerp veronachtzaamt dus ook het onderscheid, waar Meijers op wees, tussen bevoegdheden van de overheid die haar worden gegeven om inbreuk te maken op subjectieve rechten en bevoegdheden die zij ontleent aan de algemene formulering van haar taak. De beperkende jurisprudentie van de Hoge Raad betreft alleen de eerste rubriek (b.v. de woonruimtewet-zaken).

Tenslotte wijst spreker op enige punten, die hij in het ontwerp mist. Een crux, waar wet noch toelichting over spreken, is de vraag wat rechtens is, als een wetsbepaling wordt overtreden waardoor schade ontstaat: is dat zonder meer reeds voldoende om schadevergoeding toe te kennen? Diverse wetsbepalingen geven slechts een instructie aan overheidsorganen, zij bedoelen geen waarborg aan particulieren te geven. Spreker verwijst voor dit punt naar het Duitse Bürgerliches Gesetzbuch (§ 839).

Verder mist spreker een nadere regeling omtrent de grenzen van het freie Ermessen. Deze nadere regeling is niet te ontberen, indien men terzake *iets* wil regelen. Spreker verwijst nogmaals naar de buitenlandse literatuur.

Zijn conclusie nemende herinnert spreker aan wat Mr Belinfante zei: „Houdt O.D.O.L. in portefeuille, dan is er nog geen man over boord". Spreker zou willen zeggen: Als dit ontwerp-O.D.O.L. in het Staatsblad komt, dan zijn er een heleboel mannen over boord.

Mr Ir M. M. VAN PRAAG begint met te wijzen op de noodzakelijkheid van een regeling op het gebied van de administratieve rechtspraak; kortgeleden is hem als kantonrechter-plaatsvervanger nog een geval onder ogen gekomen, waarin het, in verband met het geldende positieve recht, inderdaad niet mogelijk was een burger recht te verschaffen.

Spreker brengt hulde aan de commissie-De Monchy voor het belangrijke werk, door haar gepresteerd; toch heeft het resultaat hem niet geheel voldaan. De aan de commissie ter beantwoording voorgelegde vraag: „is verhoogde rechtsbescherming tegenover de Overheid noodzakelijk?" acht hij niet gelukkig, omdat deze vraag volgens hem een oplossing suggereert, die niet radicaal genoeg is.

De vraag, die zich voordoet, is deze: waarom bestaat er wel behoefte aan verhoogde rechtsbescherming tegenover de administratie, die op grond van een daartoe delegerende regel vaststelt wat rechtens is, terwijl die verhoogde bescherming niet wordt gevraagd tegenover de uitspraken van de burgerlijke rechter en de strafrechter, die toch ook vaststellen wat rechtens is? Spreker heeft elders aangetoond, dat er inderdaad factoren zijn, waardoor de objectiviteit van de administratie ongunstig wordt beïnvloed: de administratie moet grote complexen van belangen verzorgen en bovendien maken haar rechtsvaststellingen vaak deel uit van de tenuitvoerlegging van een algemeen project (bv. de woonruimteverdeling, onbewoonbaarverklaring als onderdeel van een saneringsplan).

Het juiste middel tot correctie van deze omstandigheid is het invoeren van een volledige, onafhankelijke, administratieve rechtspraak, op te dragen aan b.v. de Afdeling Contentieux van de Raad van State. Men voere hiertegen niet aan, dat een onafhankelijke rechter het algemeen belang niet zou kunnen beoordelen: dit algemeen belang toch heeft zijn weerslag gevonden in de rechtsregels, die op het concrete geval worden toegepast. Spreker sluit zich aan bij Prof. Meijers, die op de vergadering van de Nederlandse Juristenvereniging heeft gevraagd „Waarom kan niet bij ons, hetgeen in Frankrijk reeds bestaat sinds 1870?" Dat tot op heden de pogingen om daartoe te geraken zijn gestrand, bewijst niet dat de (n + 1) de poging ook moest vastlopen; de erkenning van het auteursrecht, waarmede wij lange tijd bij onze buren ten achter waren, is er tenslotte ook gekomen. -

Men maakt, in verband met het vraagstuk der administratieve rechtspraak, onderscheid tussen rechtsvragen en beleidsvragen. Dit is juist, doch dan moet men van beleid spreken in die gevallen, waar een discretionnaire bevoegdheid van de overheid bestaat; en dat komt in onze rechtsstaat niet zoveel voor. Discretionnaire bevoegdheid acht spreker niet aanwezig bij de beslissingen op grond van artikel 7 der Woonruimtewet, noch bij beschikkingen op grond van de Verveningenwet, de Hinderwet en de Woningwet, wel echter (gewoonlijk) bij het uitvaardigen van verordeningen op grond van diverse wetten. De onafhankelijke administratieve rechter kan ingeschakeld worden in alle gevallen, waar geen sprake is van discretionnaire bevoegdheid; de beoordeling van de juistheid van het al dan niet goedkeuren van ver-

ordeningen blijve, evenals de beoordeling van de vernietiging van verordeningen en beschikkingen op grond van strijd met het algemeen belang, binnen het kader van de administratie.

Tenslotte wijst spreker er met nadruk op, dat naar zijn mening vernietigde beschikkingen nooit behoren te worden aangemerkt als onrechtmatige daden, die verplichten tot schadevergoeding; een rechterlijk vonnis, dat in cassatie vernietigd wordt, kan immers ook niet leiden tot vergoeding van schade aan de aanvankelijk in het ongelijk, doch achteraf in het gelijk, gestelde partij.

De heer Drs. J. W. J. TOE WATER [1] geeft als zijn mening te kennen, dat op de achtergrond van de problemen, die met het vraagstuk der regeling van administratieve rechtspraak samenhangen, een ander probleem ligt, dat heden nog niet aan de orde is gesteld. Toch is het z.i. van fundamentele betekenis. Te onderscheiden zijn nl. het begrip „overheidsorgaan" in de zin van „rechtssubject, bevoegd tot het eenzijdig ingrijpen in de rechtssfeer van enig rechtssubject" tegenover het begrip „orgaan" in de burgerrechtelijke betekenis van „vertegenwoordiger" van een zedelijk lichaam. Noch in de bestuurspraktijk, noch in de jurisprudentie of litteratuur is dit onderscheid ooit gemaakt: burgemeesters, besturen van lagere corporaties werden steeds „rijksorgaan" genoemd, wanneer zij handelden ter uitvoering van een wetsopdracht (zelfbestuur), dus medewerkten aan een „rijkstaak", en naar het schijnt werd daarbij voetstoots aangenomen, dat zij daarbij dan ook in burgerrechtelijke zin de „staat der Nederlanden" vertegenwoordigden. In het algemeen gold critiekloos een „gezagsorgaan" tevens als „vertegenwoordigend orgaan" in burgerrechtelijk opzicht, niettegenstaande bv. in de gemeentewet uitdrukkelijk de burgemeester en niet het college van B. en W. als vertegenwoordigend orgaan wordt aangewezen.

Het scheen hem, zegt spreker, aanvankelijk toe, dat de H.R. in zijn arrest van 16 Juni 1950 geneigd was het hier bedoelde onderscheid tot een element van zijn beslissing te maken, nl. in de overweging, dat „het hof ten onrechte had aangenomen, dat B. en W. handelende ter uitvoering van een wetsopdracht als bedoeld in artikel 146 derde lid van de Grondwet, de Staat der Nederlanden vertegenwoordigen". Men kan hierin nl. de gedachte zien neergelegd, dat er geen grond is om aan te nemen, dat een gezagsorgaan, als zodanig optredende, steeds ook een zedelijk lichaam vertegenwoordigt, een stelling, welke spreker in April

[1] De schriftelijke aantekeningen van de heer Toe Water worden hier onverkort weergegeven, omdat spreker zich in zijn opmerkingen ter wille van de tijd in belangrijke mate moest beperken.

van dit jaar in het Ned. Juristenblad heeft verdedigd. Het blijkt echter al spoedig, bij bestudering van voornoemd arrest, dat de H.R. dit inzicht allerminst heeft overgenomen: immers dit college construeert de wetsopdracht aan een lager orgaan als een opdracht aan het lagere openbare lichaam (rechtspersoon) en kan aldus concluderen, dat B. en W., ofschoon als gezagsorgaan krachtens wetsopdracht handelende, het vermogenssubject „gemeente" vertegenwoordigden. De H.R. volgt dus ten volle de gangbare opvatting, die de identiteit van gezagsorgaan en vermogenssubject aanneemt. Op deze fictie is eigenlijk de gehele jurisprudentie inzake de onrechtmatige overheidsdaad gebaseerd.

Ook de commissie neemt deze identiteit aan, hetgeen duidelijk blijkt uit vergelijking van artikel 2 van het ontwerp-B.A.B. met artikel 4 van het ontwerp-O.D.O.L. In laatstgenoemd artikel laat de commissie de beschikking een daad van het vermogenssubject, het openbaar lichaam, zijn, terwijl diezelfde beschikking in het eerste ontwerp duidelijk omschreven staat als een specifieke gezagshandeling van een „persoon of college, met openbaar gezag bekleed". Op deze redactie geeft de commissie een zeer onschuldige toelichting op bl. 54 van haar rapport, alsof er geen probleem aanwezig was.

In de ontwikkelingslijn van de jurisprudentie speurt spr. een voortdurend zoeken van de Hoge Raad naar een criterium, dat de „gezagshandeling" onderscheidt van „andere handelingen" van organen van openbare lichamen, welke laatste dan ten volle naar de criteria van het gemene recht zouden kunnen worden beoordeeld. De lijn loopt via het telefoondraadarrest (fiscusleer) naar de „gelijke voet" van het Strooppotarrest. Spr. is geneigd te zeggen, dat de Hoge Raad er naar streeft, onderscheid te maken tussen „daad van een overheidsorgaan" en „overheidsdaad" in de juridische zin van gezagshandeling. De staatsrechtswetenschap echter, sterk beïnvloed als zij is door hen die in de bestuurspraktijk werkzaam zijn, heeft geen neiging vertoond, de rechter deze onderscheiding gemakkelijk te maken. De bestuurspraktijk beschouwt het aanleggen van een riool, het uitdiepen van een vaarwater enz. gaarne evenzeer als een „overheidsdaad" als het verwijderen van een botenhuis, dat ergens ligt in strijd met een verordening. De bestuurspraktijk vindiceert voor zich het recht om zelf te beoordelen of bij „daden" als het aanleggen van een riool, in het algemeen bij het uitvoeren van openbare werken, voldoende aandacht is besteed aan de particuliere belangen, die daardoor worden geschaad. Noch zij, noch de staatsrechtswetenschap, schijnt geneigd, de Hoge Raad te helpen aan een criterium, waardoor gezagsdaden in de zin van artikel 2 van het ontwerp-B.A.B. kunnen worden onderscheiden van niet-gezagsdaden. Dat de

jurisprudentie van de Hoge Raad in dit opzicht nog enigszins onzeker is, ofschoon dit college met bewonderenswaardige scherpzinnigheid — en voorzichtigheid — zijn weg zoekt in het labyrinth der „overheidsdaden", kan men de Hoge Raad dus niet in redelijkheid verwijten.

Wanneer dus thans, in het huidige ontwikkelingsstadium, de vraag aan de orde wordt gesteld, in hoeverre er behoefte is aan wetsbepalingen, welke voor de burgerlijke rechter klaarheid kunnen brengen, dan culmineert deze vraag in de omschrijving van de mate waarin gezagsdaden van de overheidsorganen voor rechterlijke beoordeling in aanmerking komen. De commissie wil echter ook niet-gezagsdaden min of meer aan het oordeel van de burgerlijke rechter onttrekken, onder het motto, dat het hier „beleidskwesties" betreft (artikel 12 van het ontwerp-O.D.O.L.) en dus in dit opzicht de Hoge Raad op de terugweg dringen.

Indien bepalingen worden gemaakt omtrent de mate waarin gezagsdaden van overheidsorganen kunnen worden beoordeeld, is spr. van mening, dat men de vorengenoemde fictie-leer zou moeten verlaten: de fictie nl. dat de gezagsdaad door het vermogenssubject is verricht. Verkieslijker ware het, artikel 1403 ten voorbeeld te nemen en dus de vraag aldus te formuleren: in hoeverre kan een openbaar lichaam aansprakelijk gesteld worden voor schade ontstaan door handelingen van zijn organen, welke door deze zijn verricht krachtens het hun toekomend openbaar gezag? Men vergelijke deze formulering met die welke in de considerans van het wetsontwerp is opgenomen. In plaats van een aantal definities en disposities (deze uitdrukking werd gebruikt door Prof. Drion) zoude het wetsontwerp opgebouwd moeten worden naar het volgende schema.

„Zedelijke lichamen zijn aansprakelijk voor schade, veroorzaakt door hunne bestuurders. Openbare lichamen zijn echter niet aansprakelijk voor schade, veroorzaakt door hunne bestuurders of door personen in hun dienst, indien deze gehandeld hebben krachtens het hun toekomend openbaar gezag, behoudens in de navolgende gevallen." De commissie omschreef de naar haar oordeel in aanmerking komende gevallen in de artt. 6, 7 en 8, zij het dan ook, dat deze artikelen niet kunnen worden geïnterpreteerd zonder verband met andere artikelen.

Indien het wetsontwerp hiertoe beperkt zou worden, zou het oogmerk der commissie, om andere dan gezagsdaden, waarbij het dusgenaamde „beleid" een rol speelt, ook min of meer aan de beoordeling van de gewone rechter te onttrekken, komen te vervallen. Volgens spr. zou dit slechts winst betekenen. Bovendien wordt aldus het probleem van de identiteit van gezagsorgaan en vertegenwoordigend orgaan vermeden. De redactionele vormgeving past ook beter in het burgerlijk recht dan die der commis-

sie, die de typische denkvormen vertoont van de publiekrechtelijk georiënteerde bestuursambtenaar.

Een tweede opmerking van spreker betreft de redactie van artikel 2 van het ontwerp-B.A.B. De hier gegeven definitie van beschikking onderstelt blijkbaar dat elke beschikking of weigering daarvan betreft het „vaststellen, wijzigen of opheffen" van een „rechtsverhouding". Ofschoon het als een belangrijke vooruitgang in wetenschappelijk opzicht is te beschouwen, dat de commissie niet meer wil volstaan met de vroegere term „administratief besluit", doch althans één groep van rechtshandelingen van de als „administratie" aangemerkte organen in juridische termen omschrijft, moet toch de vraag gesteld worden, of het juist is, de voor beroep vatbare beschikkingen te beperken tot die, welke een rechtsverhouding vaststellen enz.. Of meent de commissie, dat alle rechtshandelingen, die, volgens de klassieke leer, niet vallen onder het begrip „wetgeving" of „rechtspraak" of die niet vallen onder de „daadwerkelijke" executie van een norm (politiedwang) de strekking hebben invloed op een rechtsverhouding te hebben? Dit gaat volgens spr. zeker niet op ten aanzien van de rechtshandelingen van hogere organen, waarin lagere organen betrokken zijn, die deswege aan rechtsbescherming behoefte hebben. De betrekkingen tussen de organen in een staat zijn vele en dus ook de rechtshandelingen welke zij uit dien hoofde jegens elkaar verrichten. De wetenschap heeft deze betrekkingen echter nog niet systematisch geanalyseerd en geordend: men spreekt van „toezicht" en daarmede uit. De commissie zelve noemt als voorbeelden van zulke rechtshandelingen: „goedkeuring, machtiging en ontheffing" (passim), doch al dadelijk kan daaraan toegevoegd worden: verbod of gebod tot handelen, beslissing over de bevoegdheid van een gezagsdrager, maken van bezwaar. Hiermede is de voorraad niet uitgeput, want die handelingen van hogere ten opzichte van lagere organen kunnen betrekking hebben zowel op de bevoegdheidskring van het lagere orgaan (publiekrechtelijk en privaatrechtelijk) als op hunne rechtshandelingen (eveneens publiekrechtelijk en privaatrechtelijk). Spr. vreest, dat juist de lagere gemeenschappen resp. hun organen in artikel 2 van het ontwerp-B.A.B. een onvoldoende grondslag voor hun beroepsrecht zullen verkrijgen. Het gevaar is allerminst denkbeeldig, dat een ingesteld beroep tegen een handeling of weigering van een hoger orgaan niet-ontvankelijk verklaard moet worden, alleen omdat de aangevochten of geweigerde handeling niet de strekking had een rechtsbetrekking vast te stellen of te wijzigen enz..

Mr J. TER HORST neemt, vooral na de vermanende woorden van Prof. van Poelje aan het adres van de advocaten, met

enige schroom het woord. Aan de andere kant kan hij enige moed putten uit de ervaringen, die hij, speciaal in verband met woonruimtevorderingen, als raadsman van gemeentebesturen heeft opgedaan. Spreker heeft tegen de voorstellen van de commissie een belangrijk bezwaar, nl. dat niet voldoende aandacht is geschonken aan de diensten, die de gewone rechterlijke macht op het gebied van de administratieve rechtspraak zou kunnen bewijzen. Met name de Hoge Raad geeft blijk een open oog te hebben voor de noodzaak, dat de Overheid binnen zekere grenzen behoefte heeft aan vrijheid van handelen. De gewone rechterlijke macht is aan niemand verantwoording schuldig. Haar aanzien bij de burgerij is zeer groot. De Overheid, door de gewone rechter in het gelijk gesteld, gelijk in de overgrote meerderheid der gevallen gebeurt, zal van dat gezag mede profiteren. Een Kon. Besluit daarentegen, ook al is het genomen na een advies van de Afdeling voor de Geschillen van Bestuur van de Raad van State, zal bij het publiek nooit dezelfde indruk van objectiviteit en onpartijdigheid maken als een rechterlijk vonnis. Het moet daarom als een gebrek beschouwd worden, dat de commissie bij het ontwerpen van haar voorstellen — speciaal voorzover betreft het ontwerp-B.A.B. — niet bereid is geweest rechtspraak van de gewone rechter toe te laten.

Dr S. O. VAN POELJE wijst er op, dat, behalve de door de commissie op *f* 100.000.— geraamde directe jaarlijkse kosten, ook nog moeilijk te schatten maar geenszins te verwaarlozen, indirecte uitgaven door het invoeren van de in het rapport vervatte voorstellen zouden ontstaan. De bestuursmachine zou immers zwaarder belast worden, de beroepen kunnen tot vertraging leiden en de behandeling van de beroepen eist veel tijd en werkkracht. Voorts moet bedacht worden, dat hier niet alleen het kostenvraagstuk in het geding komt; het gaat tevens om de algehele doelmatigheid van het bestuur. Deze doelmatigheid zal zeker niet ongunstig beïnvloed worden, indien het ontwerp-B.A.B. volgens de bedoeling van de samenstellers wordt toegepast. Het beroep tegen beschikkingen is immers beperkt tot twee gevallen, die zich niet zo dikwijls zullen voordoen, nl. strijd met de wet en strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Heel veel zal echter afhangen van de interpretatie van beide omschrijvingen. Spreker meent, dat het, teneinde een al te ruime interpretatie onmogelijk te maken, aanbeveling zou verdienen in artikel 4 van het ontwerp-B.A.B. het objectiveringsbeginsel neer te leggen. Daarbij zou dan in ieder geval moeten worden bepaald, dat strijd met de wet, voorzover de uitlegging van het wetsvoorschrift afhankelijk is van persoonlijk inzicht of wel van

de waardering van feitelijke omstandigheden, alleen aanwezig mag worden geacht, indien het inzicht is gevormd of de waardering heeft plaats gevonden op zodanige wijze, dat het beslissend orgaan daartoe in redelijkheid niet had kunnen komen. Zelfs kan overwogen worden een soortgelijke bepaling op te nemen met betrekking tot de algemene beginselen van behoorlijk bestuur; dit leidt echter tot een zeer vèrgaande beperking van het beroepsrecht, waartegen velen bezwaar zullen hebben.

Mr S. J. R. DE MONCHY begint met nadrukkelijk vast te stellen, dat de commissie bij het ontwerpen van haar voorstellen zich heeft gesteld op een realistisch standpunt. Men wilde aansluiting zoeken bij hetgeen in de loop der jaren gegroeid is. Daarom kon van deze commissie geen geheel nieuw stelsel, noch een zeer principieel getinte oplossing verwacht worden. Ook is geen bijzondere aandacht besteed aan buitenlandse regelingen; het is buitengewoon moeilijk om nauwkeurig te doorgronden, hoe een buitenlands stelsel in feite werkt. De werkwijze en de rechtspraak van de Franse Conseil d'Etat worden ons hier te lande geregeld ten voorbeeld gesteld; spreker kan voor zichzelf echter niet verklaren, dat hij dit Franse stelsel tot in alle onderdelen kent en beheerst, hij zou er overigens wel een jaar in Parijs voor over hebben om zich met de finesses van de Franse administratieve rechtspraak vertrouwd te maken!

Wanneer men de historische ontwikkeling van de administratieve rechtspraak hier te lande beziet, moet men er rekening mede houden dat de wetgever, en dus ook het parlement, hierover steeds het laatste woord heeft kunnen spreken. Sinds 1848 is er geen administratieve wet zonder de instemming van het parlement ingevoerd. En bij de parlementaire behandeling is aan de rechtsbescherming van de burgers steeds ruime aandacht geschonken. In sommige wetten is de gewone burgerlijke rechter ingeschakeld (bijv. de Kieswet), in andere heeft men de beslissingen bewust in handen van administratie gelaten (bijv. de Hinderwet en de Woningwet) en in weer andere is gebruik gemaakt van een onafhankelijke administratieve rechter (bijv. de sociale verzekeringswetten). Wanneer men de wetgeving, zich uitstrekkende over een eeuw, overziet, is zeker geen tendenz waar te nemen in die zin, dat men de administratieve rechtspraak steeds meer zou hebben overgebracht van afhankelijke administratieve naar onafhankelijke rechterlijke organen. Wel heeft zich, zowel bij het opdragen van de beslechting van geschillen aan organen binnen de administratie als bij het betrekken van rechterlijke organen bij de administratieve rechtspraak, een duidelijk streven naar differentiatie en specialisatie geopenbaard. In de praktijk heeft zich

niet voorgedaan het alternatief: „rechter òf administratie", doch de combinatie: „rechter èn administratie"; het parlement besliste voor elk bijzonder geval, welke oplossing het meest doelmatig was.

Een belangrijke vraag is, of er aanleiding bestaat een algemene contrôle van een onafhankelijke rechter in te voeren op alle judiciële en semi-judiciële beslissingen, die thans aan organen van de administratie zijn opgedragen. Er zijn gevallen, waarbij het de overheid geheel onverschillig is, op welke wijze een conflict wordt opgelost, zoals bijv. de vraag, of een bepaalde persoon al dan niet op de kiezerslijst zal worden geplaatst; in die gevallen kan zonder bezwaar de gewone rechter worden ingeschakeld. Er zijn andere gevallen, waarbij het conflict tussen overheid en burger zich op financieel terrein beweegt, zodat de tegenstrijdige belangen nauwkeurig in geld gewaardeerd kunnen worden; als zodanig zijn te noemen: belastingen, onteigeningen, uitkeringen ingevolge de sociale verzekeringswetten, de rechten van ambtenaren tegenover hun werkgever, etc.. Ook in deze gevallen bestaat er aanleiding voor onafhankelijke rechtspraak. In zeer vele administratieve geschillen is er echter botsing van een, alleen door terzake kundigen juist te waarderen, algemeen belang en particuliere belangen. In die gevallen is — niet op dictatoriale wijze maar met volledige instemming van het parlement — de beslissing bijna steeds in handen van administratieve organen gelegd. Dit is ook begrijpelijk; een proces voor de rechter duurt over het algemeen langer dan een administratieve procedure; klachten over werkelijk onrechtvaardige behandeling door de administratie zijn sporadisch; de jurisprudentie van de Kroon heeft, op het haar toegewezen gebied, hetzelfde gezag als die van de Hoge Raad; en tenslotte speelt — hetgeen zeer belangrijk is — de quaestie van het vrije goedvinden van de overheid hier een rol. Minister Loeff wilde de grenzen van dit vrije goedvinden bij de wet bepalen. Men kan echter zeggen: de wet heeft dit al gedaan, want in alle gevallen, waar de overheid naar vrij goedvinden kan beschikken, heeft de wet dit uitdrukkelijk zo gewild. Er kan op dit gebied inderdaad een onderscheid gemaakt worden — zelfs een conflict ontstaan — tussen rechtmatigheid en doelmatigheid; in feite komt het meestal neer op het afwegen van de algemene en de bijzondere belangen. De Kroon moet hier trachten om — meestal voorgelicht door de Afdeling Contentieux van de Raad van State — een goede grens en een goed evenwicht te vinden; de praktijk heeft geleerd, dat deze taak uitstekend wordt verricht en met gerustheid aan de Kroon kan worden overgelaten.

De onafhankelijke burgerlijke rechter — en dit geldt speciaal voor de lagere colleges — is hiervoor minder geschikt. De ervaring met de Woonruimtewet heeft dit bewezen. Vele lagere rech-

ters zijn zelf de doelmatigheid van de verdeling van woonruimte gaan beoordelen, terwijl de noodzakelijke kennis hiervoor hun ontbrak; zij kenden over het algemeen alleen de woningbelangen van de partij die zich over een voorgenomen inkwartiering beklaagde en waren niet op de hoogte met de talrijke, dikwijls veel meer schrijnende en urgente gevallen van woningzoekenden, die buiten de rechtszaal bleven. Spreker meende, dat door dit rechterlijke ingrijpen het algemeen belang zeker niet was gediend. De Hoge Raad daarentegen heeft zich steeds zeer terughoudend getoond, wanneer het overheidsbeleid in het geding kwam; dit blijkt o.a. uit de formulering van het arrest inzake de Doetinchemse woonruimtevordering en verder uit de gematigde wijze, waarop de gemeentelijke verordeningen worden getoetst (een toetsing overigens naar een onderscheid — de vraag of een verordening de openbare orde enz. *kan* betreffen — dat spreker in beginsel onjuist acht) aan artikel 168 van de Gemeentewet.

Spreker wil er nadrukkelijk op wijzen, dat hij de onafhankelijke rechter niet onbekwaam acht en dat ook de ondeskundigheid geen argument tot het weren van deze rechter uit beleidszaken kan zijn; de deskundigheid kan, mits voor de nodige differentiatie en specialisatie zorg wordt gedragen, ook door een onafhankelijke rechter worden verworven. Het belangrijke punt is echter de verantwoordelijkheid. De beoordeling van het algemeen belang is een zaak van politiek, van staatkunde; de verantwoordelijkheid voor beslissingen op dat gebied moet berusten bij de administratie, die zo nodig ter verantwoording geroepen kan worden. Bij de onafhankelijke rechter geldt die verantwoordelijkheid niet; hij kan niet ter verantwoording worden geroepen en de justiciabelen kunnen hem niet wegzenden; zijn gezag loopt echter gevaar, zodra hij in politieke vragen wordt betrokken. Spreker noemt enige voorbeelden: het verbieden van een collecte ten behoeve van een der partijen in de Spaanse burgeroorlog; het verbod, door hem destijds als burgemeester uitgevaardigd, van het toneelstuk „De Beul"; de beslissing om, teneinde een industrie voor de stad te behouden, van het opnemen van een bepaalde voorwaarde in een Hinderwetsvergunning af te zien. Dit soort beslissingen, thans aan de administratie opgedragen, behoort niet thuis bij een onafhankelijke rechter, doch bij een verantwoordelijke overheid. Men moet ook bedenken, dat bij het bepalen van het beleid in zeer sterke mate moet worden gelet op de tijdsomstandigheden, hetgeen de administratie gemakkelijker kan doen dan de rechter: men denke slechts aan het begrip „onbewoonbaar", dat thans, in 1950, geheel anders wordt — en moet worden — opgevat dan vóór 1940.

Op grond van de door hem genoemde overwegingen heeft spreker er geen bezwaar tegen dat bij wijze van enumeratie, dus

in de daarvoor geschikte gevallen, administratieve rechtspraak aan een onafhankelijke rechter wordt opgedragen; het geven van een *algemene* opdracht aan de gewone rechterlijke macht om over alle beslissingen van de overheid jurisdictie uit te oefenen, zou hij echter beschouwen als een collectief harikiri.

Thans nog eens terugkomende op de concrete voorstellen, zoals die in het rapport zijn neergelegd, wijst spreker er op, dat er na de oorlog in het land onrust was gerezen over het werkelijke of vermeende bestaan van administratieve willekeur. Dat is de aanleiding geweest tot de instelling van een commissie inzake verhoogde rechtsbescherming. De commissie heeft aanvankelijk gezocht naar een oplossing in twee richtingen: de invoering van een soort interne ambtelijke contrôle (dus verbetering van de gang van zaken bij de bestaande administratieve procedures) en het geven van een algemeen, aanvullend, beroep op de Kroon. Het ontwerpen van algemene maatregelen tot het invoeren van een interne ambtelijke contrôle in een groot aantal zeer verschillend opgezette administraties en diensten bleek op onoverkomelijke bezwaren te stuiten; van deze poging is dan ook afgezien. De andere poging — het streven naar een algemeen aanvullend beroep — is echter voortgezet en deze heeft geleid tot het ontwerp-B.A.B.

Spreker behandelt enkele bezwaren, die ter vergadering tegen dit ontwerp zijn aangevoerd. Anders dan Prof. Van Poelje zou hij er niet toe willen overgaan een aantal, op het eerste gezicht onbelangrijke, beschikkingen van het beroep uit te zonderen; de eis, dat meestal *f* 25.— gestort moet worden, voordat een beroep in behandeling komt, zal in de practijk een effectieve rem zijn tegen pogingen om het beroep voor te onbelangrijke gevallen of voor sabotagedoeleinden te gebruiken. Naar aanleiding van een opmerking van Drs Toe Water geeft spreker als zijn mening te kennen, dat besluiten van hogere tegenover lagere organen inderdaad als beschikkingen moeten worden beschouwd; overigens zou, na invoering van het ontwerp-B.A.B., de jurisprudentie in de loop van de tijd de juiste grenzen van het begrip beschikking moeten bepalen. Een bijzonder voordeel van de thans overgelegde ontwerpen acht spreker de wijze, waarop verband is gelegd tussen het administratief beroep en het Koninklijk vernietigingsrecht, beide in de gedachte der Commissie ter voorbereiding opgedragen aan de Afdeling voor de Geschillen van Bestuur. In de vroegere ontwerpen inzake de administratieve rechtspraak was dit een punt, waarvoor geen enkele aannemelijke oplossing gegeven werd. Een belangrijke vraag is verder nog die van het al dan niet handhaven van de mogelijkheid tot het nemen van contraire beslissingen. Enige sprekers hebben aangedrongen op het afschaffen van die mogelijkheid door de adviezen van de Afdeling Contentieux tot zelfstandige einduitspraken te maken. Spreker zou dit

willen ontraden. Men moet de staatsrechtelijke betekenis van het „contrair gaan" niet onderschatten; die betekenis stijgt uit boven het materiële belang van het enkele geval, waarin de Regering een andere lijn volgt dan waartoe de afdeling Contentieux had geadviseerd. Doordat de Ministers contraire besluiten *kunnen* voordragen, zijn zij voor het *gehele* gebied van de bestuurs- en beleidsrechtspraak verantwoording schuldig aan het parlement. Naar aanleiding hiervan mag men ook niet zeggen, dat deze verantwoordelijkheid in de praktijk (omdat het meestal gaat over incidentele gevallen, die niet van betekenis kunnen zijn in het steekspel van de grote politiek) niets te betekenen heeft: er zijn wel degelijk voorbeelden bekend van ministers, die terzake van de interpretatie van een bepaalde wet (spreker denkt aan de Lager Onderwijswet en aan de Wet Autovervoer Personen) ter verantwoording werden geroepen.

Tenslotte is de mogelijkheid geopperd, dat artikel 160 van de Grondwet een hinderpaal zou zijn; spreker meent, dat men hiervoor niet behoeft te vrezen, omdat het ontwerp-B.A.B. zich slechts bezighoudt met (administratieve) beschikkingen en aan de Kroon geen rechtspraak in de zin van het genoemde grondwetsartikel opdraagt.

Tenslotte moet spreker ernstig waarschuwen tegen de neiging, die hij vanmorgen heeft waargenomen, om het rapport „uit elkaar te gaan plukken." De verschillende ontwerpen van de commissie hangen nauw samen en zijn zorgvuldig op elkaar afgestemd.

Wanneer men ziet, dat er van twee verschillende zijden critiek op het rapport wordt uitgeoefend, nl. van civielrechtelijke kant omdat de voorstellen niet genoeg rechtsbescherming geven en van ambtelijke zijde omdat de administratie teveel aan banden zou worden gelegd, krijgt spreker de indruk, dat de commissie er vrij aardig in geslaagd is het juiste midden te vinden. Hij hoopt dan ook, dat de Regering deze redelijke en gematigde voorstellen zonder al te veel wijzigingen zal overnemen.

Prof. Mr G. VAN DEN BERGH verdedigt het ontwerp-Onrechtmatige daden openbare lichamen. Hij begint met te zeggen dat dit een moeilijke taak is, niet omdat het ontwerp de verdediging niet waard zou zijn, maar omdat het een ontstellend moeilijke materie is, door hem wel de moeilijkste uit de gehele rechtswetenschap genoemd. Het ontwerp-O.D.O.L. is in bijna 4 jaren van harde arbeid steen voor steen opgebouwd, nadat daaromtrent zeer talrijke adviezen waren ingewonnen van de besten zowel van civielrechtelijken als van publiekrechtelijken huize. Het ontwerp past steen voor steen ineen, het één is niet los van

het andere te behandelen. De taak is ook ondankbaar, omdat de beschikbare tijd veel te kort is voor afdoende behandeling. Spreker heeft dus wel enige inspiratie nodig, en hij hoopt deze te vinden in de flacon die hij heeft meegenomen. (Spreker plaatst een flacon Odol vóór zich). Hij zegt de algemene grondgedachte van het ontwerp-O.D.O.L. uiteen te zullen zetten en vervolgens op de voornaamste hier geuite bezwaren te zullen ingaan.

Spreker merkt op dat slechts zeer weinigen, indien al iemand, de bestaande rechtstoestand bevredigend achten. In de eerste plaats immers is er rechtsonzekerheid; het is onmogelijk een korte duidelijke samenvatting van de jurisprudentie te geven waarmee twee juristen het eens zijn. En voorts is de jurisprudentie, zoals uit de samenvatting die bij het rapport is gevoegd, kan blijken, onderworpen aan weifelingen en aarzelingen; zij doet denken aan de springprocessie van Kevelaar: twee stappen vooruit, een stap achteruit. Bij de lagere colleges leidt dit zelfs soms tot te grote schroomvalligheid; dan zijn zij niet geneigd de aansprakelijkheid van de overheid te aanvaarden. Ook is er nog steeds de mogelijkheid (een theoretische wellicht, omdat de Hoge Raad zeer verstandig is, de lagere colleges zijn dit echter in mindere mate) van grote verrassingen; *denkbaar* is dat een administratieve rechtspraak in de allerruimste zin op de artikelen 1401 e.v. B.W. zal worden opgebouwd. Bovendien dreigt in deze jurisprudentie de schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaden binnen te sluipen, wat spreker zeer gevaarlijk acht. Hij acht het probleem van de aansprakelijkheid voor rechtmatige overheidsdaden mogelijk nog moeilijker dan dat van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige overheidsdaden.

Er is dus rechtsonzekerheid; verrassingen zijn steeds denkbaar. Vooral bij het korte geding kunnen deze zich voordoen; daar zijn zij tevens het onaangenaaamst, daar het onheil hier dikwijls onherstelbaar is: als het vlug gaat krijgt men na een half jaar een corrigerende uitspraak, maar dan is het beleid van de administratie inmiddels doorkruist.

De zaak kan dus niet op zijn beloop worden gelaten, temeer niet wegens een ander bezwaar dat zich voordoet, nl. dat de zorgvuldigheidsnorm in het algemeen slechts wordt aangelegd als de overheid op dezelfde voet als een bijzonder persoon aan het rechtsverkeer deelneemt. (In het ontwerp-O.D.O.L. is dit dus anders). Dit criterium is onhoudbaar gebleken; de vraag: al of niet op gelijke voet, kan men wel in ieder zich voordoend geval zowel met ja als met neen beantwoorden; er zijn immers zelfs wel particuliere legers geweest, en aan de andere kant heeft toch alles wat de overheid doet een eigen tintje; dit criterium kan dus geen uitkomst brengen; toch is het tot nog toe beslissend voor de vraag of de zorgvuldigheidseis geldt.

In de derde plaats is er onzekerheid tengevolge van de eis van de inbreuk op een subjectief recht. Prof. Drion vindt het ontbreken van dit criterium in het ontwerp-O.D.O.L. een nadeel, spreker meent evenwel dat het een groot voordeel is. Zeer dikwijls is er ernstig verschil van mening mogelijk over de vraag of die inbreuk op een subjectief recht er is, toch is dit dikwijls beslissend voor de ontvankelijkheid van een eis.

De geschetste nadelen zijn zo groot, dat nu de zaak aan de orde is gesteld, het niet bij het oude kan worden gelaten. De grondgedachten van het ontwerp-O.D.O.L. zijn nu:

1e. De artikelen 1401 e.v. B.W. blijven van kracht, maar daarnaast zal O.D.O.L. gelden. Wat gemeenschappelijk is aan de onrechtmatige overheidsdaad en aan de andere onrechtmatige daden blijft dus gemeen, b.v. de causaliteitsvragen.

2e. Het ontwerp beperkt zich tot daden in de engere zin, met uitsluiting dus van beschikkingen.

3e. Het criterium van het al of niet op dezelfde voet als een bijzonder persoon aan het rechtsverkeer deelnemen verdwijnt. Onbelangrijk wordt dus of men te doen heeft met privaatrecht, zuiver publiekrecht, of dat men zich op een tussenterrein bevindt.

4e. De zorgvuldigheidseis zal gelden over het gehele terrein.

5e. De inbreuk op een subjectief recht komt als grondslag te vervallen. Spreker merkt op, dat dit uiteraard niet essentieel is; zou men het willen, dan is dit punt voor amendering vatbaar. Spreker zou daartegen evenwel bezwaar hebben.

De genoemde punten behandelt spreker nu vervolgens aan de hand van de geuite critiek.

1. Prof. Drion acht art. 9 te stringent, daar het spreekt van strijd met de wet, zonder nuanceringsmogelijkheid. Ook dit is een punt dat voor amendering vatbaar zou zijn, maar spreker zou het ook daarmede niet eens zijn. Over het onderscheid tussen instructienormen en waarborgnormen b.v. is heel wat geschreven, spreker heeft het echter nooit begrepen. In het concrete geval is de vraag met welke soort norm men te maken heeft wel steeds in beiderlei zin te beantwoorden; deze omstreeks de eeuwwisseling gangbare onderscheiding is naar sprekers mening in belangrijke mate als verlaten te beschouwen. Verder is er de Schutznormenleer, die verband houdt met de leer van de relativiteit van de onrechtmatige daad. Dit is een zeer omstreden leerstuk. Zou de Hoge Raad deze verfijning willen toepassen, dan vormt art. 9 daartegen geen beletsel, de Hoge Raad heeft wel sterkere dingen gedaan. Jurisprudentie zal er ook op O.D.O.L. wel komen.

2. De beperking tot daden in engere zin is een essentieel punt in de bouw van het gehele werk van de commissie. De heer De Monchy heeft hierover reeds gesproken, ook het rapport behan-

delt het punt uitvoerig, en spreker zelf sprak er over op de vergadering dit jaar van de Ned. Juristenvereniging. De onderscheiding tussen beschikkingen en daden is inderdaad moeilijk, maar de jurisprudentie zal dit moeten oplossen. Overigens is de onderscheiding niet maar ter wille van het systeem van de commissie gekozen, zij heeft ook een diepere zin: als we de jurisprudentie bezien, afgezien van die over de Woonruimtewet, merken wij op, dat deze zich bijna geheel beperkt tot de daden.

Het beginsel van art. 18, lid 2 van het ontwerp, dat de wet niet van toepassing zal zijn, voorzover enige andere wet de strekking heeft voor de in die wet geregelde rechtsstof met de in die wet opgenomen bepalingen, inhoudende rechtsbescherming van personen tegenover daden van openbare lichamen, te volstaan, had in het ontwerp eigenlijk niet neergeschreven behoeven te worden, het is slechts ten overvloede geschied. De Hoge Raad heeft dit steeds aanvaard, de vraag of zulk een strekking er is houdt hij uiteraard aan zich, maar zo ja, dan is de actie niet ontvankelijk. Komt de wet-B.A.B. tot stand, en blijkt in een bepaald geval dat men met de bescherming van die wet heeft willen volstaan, dan zal een actie uit onrechtmatige daad niet ontvankelijk zijn. Ook art. 3, sub a van het ontwerp staat er dus slechts ten overvloede.

In dit verband merkt spreker iets op ten aanzien van hetgeen de voorzitter en de heer Belinfante hebben opgemerkt met betrekking tot art. 160 van de Grondwet. Strijd met deze bepaling ziet spreker niet: de rechterlijke macht blijft wel terdege bevoegd, alleen zal er soms geen ontvankelijke actie zijn. Dit is geen spitsvondigheid maar een fundamenteel beginsel; het is evenzo bij een actie op grond van inbreuk op het eigendomsrecht, ook dan is altijd de rechter bevoegd, maar dikwijls is er geen ontvankelijke actie omdat het eigendomsrecht door rechtmatig overheidshandelen beperkt is (Woningwet, straks de Ruimtewet, Monumentenwet; ook bij voortdurende onbruikbaarmaking (vernietiging zegt de Grondwet, wat spreker onjuist acht) is er volgens additioneel artikel 2 Grondwet geen actie, tenzij bij lex specialis gegeven; denkbaar is dat zulk een voorziening wordt getroffen, maar zolang dit niet is geschied is dit toch geen inbreuk op art. 160 van de Grondwet). Stel dat iemand art. 1401 B.W. zou willen schrappen, waardoor ook het terrein van de rechterlijke macht zeer zou worden beperkt; dit zou krankzinnig zijn, maar niet ongrondwettig. Zo ook in het geval van art. 18, lid 2 O.D.O.L.: de actie wordt niet-ontvankelijk, hoewel zij naar haar inhoud zou steunen op art. 160 Grondwet.

3. Het criterium van het al of niet op dezelfde voet als bijzondere personen aan het maatschappelijk verkeer deelnemen verdwijnt, wat spreker zeer gelukkig acht, en op deze vergadering zijn daartegen ook geen stemmen opgegaan.

4. Het zorgvuldigheidscriterium doet dus ook voor de zuivere overheidsdaden zijn intree. Dan zal ook aan het freie Ermessen het zijne worden gegeven, wat door de artt. 10, 11 en 12 wordt gewaarborgd; de Hoge Raad zou dit ook zonder geschreven wetsbepalingen aanvaarden; de artikelen zijn geschreven ter consolidatie en met het oog op de lagere rechters.

De heer Belinfante heeft gezegd dat het geen aanbeveling verdient de jurisprudentie van de Hoge Raad zomaar vast te leggen in de wet. Dit acht spreker in abstracto wel juist; de heer Belinfante heeft goede gronden voor zijn mening gegeven, maar zeer geheim kan spreker wel mededelen, dat de objectiveringsformule (zoals deze in het Doetinchemse woonruimtearrest voorkomt), door de commissie niet aan de Hoge Raad is ontleend; wellicht is het andersom, aangezien leden van de Hoge Raad van het ontwerp-O.D.O.L. hebben kennisgenomen lang vóór het ontwerp-O.D.O.L. publiek werd. Wel komt een vergelijkbare formule reeds voor in arresten over het staatsnoodrecht, maar in de arresten over Doetinchem enz. is de formulering toch vermoedelijk niet toevallig in overeenstemming met O.D.O.L.

Prof. Drion heeft ook overigens bezwaren tegen de redactie der besproken artikelen. Hij wees spreker op een arrest van de Hoge Raad van 1942 betreffende een motorrijder die een ongeluk had gekregen tengevolge van een diepe, niet door waarschuwingsborden aangeduide inzinking in een weg, bij een gemeente in beheer. De gemeente werd in dit geval tot vergoeding van de schade veroordeeld. De Hoge Raad overwoog dat de gemeente i.c. aansprakelijk was en dat dit slechts anders zou zijn indien zij op grond van een wetsvoorschrift bevoegd zou zijn naar eigen inzicht te beoordelen wat hier nodig was. Zulk een wetsvoorschrift komt spreker voor nogal theoretisch te zijn, maar hij merkt op, dat volgens de tekst van art. 12 O.D.O.L. de uitspraak precies dezelfde zou zijn geweest. Naar de formule „en binnen de grenzen der redelijkheid heeft kunnen oordelen", zou een andere uitspraak ondenkbaar zijn geweest.

5. Tenslotte vervalt dus de inbreuk op een subjectief recht als grondslag voor een actie. Naast strijd met de wet en strijd met de zorgvuldigheid is zij geheel overbodig te achten. Spreker wil pogen Prof. Drion hiervan te overtuigen. Deze grondslag leidt tot grote rechtsonzekerheid. Spreker wijst op het Strooppotarrest, waarover de commentatoren gestreden hebben, zeggende, dat de zaak anders zou zijn gelopen wanneer inbreuk op een subjectief recht zou zijn gesteld. Sommigen beweren, dat zulk een subjectief recht er was, anderen ontkennen dit. Hier zou dit dus moeten zijn geweeest een subjectief recht op de bevaarbaarheid van een water; in het geval van het uitdrogen van gronden van Jochems (wateronttrekkingsarrest) of bij Vollenhove zou dit zijn geweest

een subjectief recht op voldoende vochtigheid van de grond; als een riviertje stinkt tengevolge van de lozing van rioolwater zou het moeten zijn een subjectief recht op niet stinkende atmosferische lucht. Na alles hierover te hebben gelezen heeft spreker het nog niet begrepen. Neem een geval van inpoldering of afdamming van een groot openbaar water (Zuiderzee, Brielsche Maas). Spreker stelt vier verschillende gevolgen van de grote verandering: Van A worden een paar meters grond weggeslagen, zijn schade is 100 gulden, die vergoed wordt; bij B stinkt het naar de dode mosselen, schadevergoeding ex aequo et bono of (liever) ex aqua et malo: 100 gulden; C had een strandbedrijf, het strand echter verdwijnt als zodanig, want er is geen aangrenzend water meer; de man is geruïneerd, maar krijgt niets; had hij een subjectief recht op uitoefening van het strandbedrijf? neen; D was visser, ook hij heeft zijn bestaan verloren, maar ook hij krijgt niets; bij de Zuiderzee-inpoldering is deze schadevergoeding wettelijk vastgelegd, bij de indamming van de Brielsche Maas evenwel niet. Spreker acht de vier gevallen in onderling verband onverdedigbaar. Een civielrechtelijk collega antwoordde hem op deze bezwaren: Ja, het burgerlijk recht is nu eenmaal een zeer onvolmaakt instrument. Spreker meent evenwel dat naar volmaaktheid moet worden gestreefd. Zulk een streven was er bij de commissie: zou binnen de grenzen der redelijkheid (ook wat de kosten betreft) een andere wijze van uitvoering van het werk mogelijk zijn geweest, dan schadevergoeding, maar dan ook aan alle vier. Was er echter in deze zin geen onzorgvuldigheid, dan was er geen onrechtmatige daad, ook niet als inbreuk gemaakt is op een subjectief recht; we zouden dan het terrein betreden van de schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaden.

Tot zijn conclusie komende, ziet spreker slechts voordelen naar alle kanten. De hoofdlijnen acht spreker goed getrokken. Over details valt te praten „bij de artikelen". Alle punten waarop Prof. Drion bezwaar heeft zijn amendabel. Zouden de ontwerpen onveranderd wet worden, dan zijn er naar sprekers mening geen „mannen over boord", maar alleen ballast en afval, en daar zal het schip wel bij varen. Hij houdt zich dus aan hetgeen staat op de fles ODOL (fabrikaat N.V. De Monchy & Co, 's-Gravenhage): O.D.O.L. verhindert de ontwikkeling van gisting- en onrustverwekkers in de Staat. O.D.O.L. neemt slecht te verdragen rechtsonzekerheid weg. O.D.O.L. werkt verfrissend en stimulerend op de rechtspraak. O.D.O.L. is een voorbehoedmiddel tegen maatschappelijke infecties, zoals fascisme, communisme, machtswellust e.d. gevaren. Het verhoogt de rechtsbescherming tegen de overheid.

Prof. Mr G. J. WIARDA geeft een uiteenzetting van het standpunt van de minderheid. Dit standpunt berust op een principiële grondgedachte, doch is, wat uitwerking betreft, aangepast aan het rapport als geheel; in dit laatste opzicht dus compromis, in eerste opzicht niet meer compromis dan elke andere oplossing van het probleem rechtsbescherming tegenover de overheid, dat niet anders dan door compromis kan worden opgelost, niet alleen, omdat, zo ergens, hier geldt: zoveel hoofden, zoveel zinnen, maar vooral, omdat de eisen van een efficiënte bestuursinrichting en die van een efficiënte rechtsbescherming tegen onrechtmatig bestuur nu eenmaal niet in alle opzichten verenigbaar zijn, de oplossing van ons probleem daarin een evenwichtspositie moet zoeken, en bovendien de aansluiting aan hetgeen in een gegeven rechtsstelsel historisch is gegroeid, niet mag ontbreken.

Het is, zoals bekend zal zijn, t.a.v. de rechtsbescherming tegen dat optreden der overheid, dat zich uit in de beschikking, de typisch publiekrechtelijke rechtshandeling van de organen van het openbaar bestuur, dat de minderheid zich met het standpunt der meerderheid niet heeft kunnen verenigen. Met de meerderheid was zij van mening, dat de invoering van een algemene administratieve rechtspraak op dit gebied niet aanbevelenswaardig was, waarbij voor haar de belangrijkste rol speelde, dat de beperkingen, welke de onafhankelijke rechter zich uiteraard moet opleggen bij de toetsing aan de steeds meer vervagende normen van ons positief administratief recht, de daarin geboden rechtsbescherming van te geringe betekenis zou doen zijn.

Onvoldoende scheen echter de minderheid, en daarin verschilde zij van de meerderheid, eveneens de uitsluitende weg van het administratief beroep, ook al wordt dit in hoogste instantie gelegd in handen van de Kroon met de semi-justitiële voorbehandeling door de Raad van State.

Beperkingen, als de rechter zich moet opleggen, gelden voor de administratieve beroepsinstantie niet, of althans in veel mindere mate; het is echter niet tegen te spreken, en de meerderheid doet dit ook niet, dat ook het hoogste bestuursorgaan geen waarborg geeft voor een werkelijk onpartijdige onafhankelijke beslissing, al ware het alleen al, omdat de ambtelijke dienst, waarvan de voor de beslissing verantwoordelijke minister het hoofd is, veelal zelf partij is in het te beslechten bestuursgeschil. Vervanging van een, zij het beperkte, rechterlijke contrôle door een weliswaar veel ruimere, maar niet met dezelfde waarborgen van onpartijdigheid omklede contrôle binnen de administratie, zoals de combinatie B.A.B. en O.D.O.L. dit willen, scheen de minderheid geen schrede vooruit op de weg naar een verhoogde rechtsbescherming tegenover de overheid.

Dit is dan de reden, dat de minderheid gezocht heeft naar een

systeem, waarin de voordelen van rechterlijke contrôle en die van het administratief beroep zoveel mogelijk waren gecombineerd. Zij verwierp daarbij de voor de hand liggende oplossing van het bouwen van een rechterlijke contrôle bovenop het administratief beroep.

Een verdeling van rechtsmacht t.a.v. beschikkingen tussen Kroon en rechter, waarbij de algemene behoorlijkheids- misschien ook doelmatigheidscontrôle aan het ene, de zuivere rechtmatigheidscontrôle aan het andere orgaan zou worden opgedragen, is om voor de hand liggende redenen nog minder aantrekkelijk. De verwerping van deze mogelijkheden leidde de minderheid tot het denkbeeld, waarbij het beroep tegen beschikkingen weliswaar wordt opgedragen aan de Kroon, met dien verstande echter, dat het advies van de Raad van State, voorzover daarin een oordeel is neergelegd, dat ook een rechter zou kunnen geven, een oordeel dus over de rechtmatigheid van de beschikking, voor de Kroon bindend zou zijn, doch dit advies overigens, zoals tot dusver het geval is, de Kroon in Haar beslissing geheel vrij zou laten.

Dit systeem biedt het voordeel, dat het beroep tegen de beschikking in hoogste instantie zowel wat het facet van de rechtmatigheid, als wat de algemene behoorlijkheid of doelmatigheid betreft, in één behandeling door één college zal plaats vinden, een college, dat onafhankelijk is, doch voldoende „bestuurs-minded" — om de terminologie van Mr Belinfante te volgen —, dat voorts over de toepassing van het recht een beslissend oordeel zal geven, doch zich ook de overige mérites van de zaak aantrekt en daarover zijn in dat opzicht even waardevol, doch hier niet-bindend advies geeft.

Dus toch weer die beruchte onderscheiding van toetsing van rechtmatigheid en doelmatigheid, — of om in de stijl van B.A.B. te blijven — van strijd met de wet en strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur. Spreker is de laatste om de moeilijkheden van deze onderscheiding te onderschatten. Hij blijft er echter bij, dat men er niet aan kan ontkomen, tenzij men een onbeperkte contrôle van het openbaar bestuur door een onafhankelijke rechter wenst (een voor de administratie onaanvaardbare gedachte) of de rechter uitsluit en zich beperkt tot een contrôle binnen de administratie.

Elke rechter moet er in ons huidige stelsel mee werken en spreker is van mening, dat, zo enig college er in zal kunnen slagen hierin tot een bevredigende oplossing te komen, het de Raad van State zal zijn in het door hem verdedigde stelsel; immers, alleen hij, die door de taak, waarvoor hij is gesteld, in staat is om zowel het rechtmatigheids- als het doelmatigheidsaspect van een zaak te overzien, zal zonodig in zijn oordeel, een differentiatie van het ene en het andere aspect kunnen aanbrengen; dat de rechter

dit zoveel moeilijker kan ligt volgens spreker aan het feit, dat hij, wetende dat zijn oordeel zich tot de rechtmatigheid moet beperken, zich ook in zijn onderzoek reeds beperkingen oplegt; dit behoeft, ja mag de Raad van State niet doen, omdat hij steeds over de mérites van de zaak als geheel zijn advies zal hebben uit te brengen.

Waarom doet de minderheid niet nog een stap verder en maakt zij de Raad van State niet werkelijk rechter t.a.v. de onderwerpen, waarin naar haar mening het oordeel van dit college dan toch bindend zal moeten zijn? Inderdaad ware dit mogelijk, al zou spreker voor een dergelijke oplossing alleen voelen, indien naast de rechtsprekende ook de adviserende taak van de Raad van State zou worden gehandhaafd en de mogelijkheid bleef bestaan t.a.v. een en dezelfde zaak òf een beslissing òf een advies dan wel een beslissing èn een advies te geven.

De reden, dat de minderheid deze weg niet opging is hierin gelegen, dat zij een stuk is medegegaan in die lijn van denken, waarin Mr Belinfante zich beweegt, wanneer hij aan het Bestuur de bevoegdheid tot niet-uitvoering wil geven.

Het zijn de eisen van het openbaar bestuur met zijn verantwoordelijkheden voor de behartiging van het openbaar belang, die de minderheid haar keuze deed bepalen bij een stelsel, waarin, ook ingeval de Raad van State op gronden aan het recht ontleend, dus in de voorstelling van de minderheid, bindend, oordeelt, dat een beschikking moet worden vernietigd, de rechtsgevolgen van die vernietiging — met uitzondering van een eventuele schadevergoeding — worden geregeld door de Kroon: deze zal in een dergelijk geval vernietigen, doch, indien het algemeen belang dit medebrengt bepaalde gevolgen van de vernietigde beschikking in stand kunnen houden.

De minderheid kon zich in dit opzicht weer aansluiten bij het stelsel der meerderheid, dat haar ook in haar systeem zuiverder leek, dan de bevoegdheid van niet-uitvoering van artikel 104 van de Ambtenarenwet. Blijft door de toepassing van deze bevoegdheid schade bestaan voor de benadeelde, dan zal deze moeten worden vergoed; dat ook t.a.v. de vraag, of hij, die door een onregelmatige beschikking, eventueel zelfs door de uitvoering daarvan, benadeeld is, aanspraak kan maken op schadevergoeding, in het systeem van de meerderheid de beslissing, althans in eerste instantie, afhankelijk was van de administratie, was een van de voornaamste redenen, welke de minderheid in haar oppositionele houding heeft gedreven.

Ook hier deed zich de keuze voor tussen de mogelijkheid van terugwijzing van de benadeelde naar de Raad van State òf naar de gewone rechter.

Hier deed de wens van de minderheid, voorzover mogelijk aan-

sluiting te zoeken aan het stelsel van de meerderheid, de keuze vallen op de rechter, die krachtens artikel 6 van O.D.O.L. de mogelijkheid heeft de door de administratie vernietigde beschikking als onrechtmatige daad te behandelen.

Wellicht ware bij een zelfstandige uitwerking van het stelsel der minderheid in dit geval opdracht aan de Raad van State practischer geweest.

Het spreekt echter van zelf, dat in dat geval de Raad van State zonder twijfel een rechtsprekend college zou worden, en de grondwettelijke eisen, althans t.a.v. de Afdeling Contentieux, benoeming voor het leven nodig zouden maken.

Dat de minderheid daartegen niet het minste bezwaar heeft en deze zelfs zou toejuichen behoeft geen betoog; dat zij zodanige benoeming niet voorstelde, was een gevolg van het feit, dat deze in het door haar gekozen stelsel, hoezeer misschien wenselijk, grondwettelijk niet noodzakelijk scheen en in het verleden voorstellen van deze aard steeds op weerstanden zijn gestuit.

De VOORZITTER merkt tenslotte op, dat het Bestuur heeft overwogen deze vergadering vraagpunten voor te leggen. Daarvan is evenwel afgezien, omdat de waarde van uitspraken daaromtrent zeer betrekkelijk werd geacht.

Hij dankt de sprekers, in het bijzonder de heren De Monchy, Van den Bergh en Wiarda, maar ook de anderen. Ieder van hen heeft het nodige werk gehad voor deze vergadering. De tijdnood, waarin we verkeerden, betreurt spreker; niet ieder heeft kunnen zeggen wat hij op zijn hart had. Toch is er een verhelderende discussie geweest; het bleek mogelijk sine ira et studio over het probleem te debatteren. Spreker hoopt, dat de aanwezigen het met hem eens zijn, dat de gedachte om deze vergadering te beleggen niet slecht is geweest.

De VOORZITTER sluit vervolgens de vergadering.

GESCHRIFTEN VAN DE VERENIGING VOOR ADMINISTRATIEF RECHT

I Vragen op het gebied van administratief recht.

Toespraak van Prof. Mr C. W. de Vries, gehouden, ter inleiding, in de eerste constitueerende vergadering van de Vereeniging voor Administratief Recht, op 4 Maart 1939 te Utrecht ..... uitverkocht

II De verhouding van staatsrecht en administratief recht.

Prae-adviezen, uitgebracht door Mr A. Koelma en Prof. Mr R. Kranenburg voor de algemeene vergadering op 16 Maart 1940 uitverkocht

III Verslag van de algem. vergadering, 19 Maart 1940 „ 0,53

IV De verhouding van administratief recht en burgerlijk recht.

Prae-adviezen, uitgebracht door Mr J. Kruseman en Mr J. H. Scholten voor de algemeene vergadering op 19 April 1941 „ 1,10

V Verslag van de algem. vergadering, 19 April 1941 „ 0,55

VI De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) besluiten.

Prae-adviezen, uitgebracht door Mr A. Kleijn en Mr J. V. Rijperda Wierdsma voor de algem. vergadering op 27 Juni 1942 „ 2,25

VII Verslag van de algem. vergadering, 27 Juni 1942 uitverkocht

VIII Publiekrechtelijke overeenkomsten.

Prae-adviezen, uitgebracht door Mr J. L. M. Beel en Mr G. J. Wiarda voor de algemeene vergadering op 25 September 1943 uitverkocht

IX Verslag van de algem. vergadering, 25 Sept. 1943 *f* 0,90

X Administratieve rechtspraak op economisch terrein.

Prae-adviezen, uitgebracht door Mr E. Bloembergen en Mr H. E. R. E. A. Frank voor de algem. vergadering op 29 Maart 1946 „ 1,50

XI Nietigheid en vernietigbaarheid van beschikkingen.

Rapport van de commissie, ingesteld door het bestuur der Vereeniging ter nadere bestudeering van het onderwerp: De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) besluiten en handelingen ..... „ 0,50

XII Verslag van de algem. vergadering, 29 Maart 1946 „ 1.50

GESCHRIFTEN VAN DE VERENIGING VOOR ADMINISTRATIEF RECHT

XIII De grenzen van de verordenende bevoegdheid.

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 ..... uitverkocht

XIV Verslag van de algem. vergadering, 13 Juni 1947 f 1,25

XV Codificatie van de algemene beginselen betreffende het administratief recht.

Prae-adviezen, uitgebracht door Prof. Dr. G. A. van Poelje, Prof. Dr A. M. Donner en Prof. Dr Jules Lespes voor de algem. vergadering op 28 Mei 1948 ..... uitverkocht

XVI Verslag van de algem. vergadering, 28 Mei 1948 f 0,95

XVII Het administratief recht in de grondwet.

Prae-adviezen, uitgebracht door Mr S. J. Fockema Andreæ en Prof. Dr D. Simons voor de algemene vergadering op 13 Mei 1949 ..... „ 1,—

XVIII Verslag van de algem. vergadering, 13 Mei 1949 „ 1,25

XIX Het begrip 'algemeen belang' in de verschillende onderdelen van het administratieve recht.

Prae-adviezen, uitgebracht door Dr S. O. van Poelje en Prof. Mr C H. F. Polak met een nota van Prof. Dr F. de Visschere voor de algemene vergadering op 19 Mei 1950 „ 2,90

XX Verslag van de algem. vergadering, 19 Mei 1950 „ 1,50

Wetgevingstechniek.

Rapport van een commissie uit de Vereniging voor Administratief Recht 1948 ..... „ 3,50

Repertorium van rechtspraak en literatuur op het gebied van het Administratieve Recht over het jaar 1946.

Samengesteld door Mr A. J. Hagen, 1948 ..... „ 1,75

UITGAVEN VAN H. D. TJEENK WILLINK & ZOON N.V.
HAARLEM.