

HOOFDSTUK VI

Gemeen of bijzonder recht (theorie)

T. Koopmans, 'Gemeen of bijzonder recht (theorie)' in:
Vergelijkend Publiekrecht, Deventer: Kluwer 1986, pp.87-100.

28. Executieve en bestuur

Voordat wij ons aan ons volgende hoofdprobleem zetten, moeten wij eerst zien om zonder kleerscheuren van enig terminologisch glad ijs af te komen.

Het begrip uitvoerende macht heeft goed kunnen gedijen in het Amerikaanse staatsrecht. De Amerikaanse grondwet gaat ervan uit dat de 'executive power' aan de President toekomt, en dat die 'power' de grondslag vormt voor de meeste presidentiële taken en bevoegdheden – niet van alle, want er zijn nog enkele afzonderlijke taaktoedelingen in de grondwet te vinden, bijv. dat de President 'Commander-in-Chief' van leger en vloot zal zijn.²⁵⁴ Maar de vraag hoever de President en zijn ministers, en hun ambtenaren en andere hulpen, precies kunnen gaan in hun taakuitoefening, komt vaak neer op het probleem hoe het begrip uitvoerende macht af te grenzen.

In Europa ligt de situatie anders. Engeland is al dadelijk een speciaal geval: Engelse rechters en schrijvers, wars als zij zijn van systematisering, zullen spreken van de bevoegdheden van the cabinet, the Minister, the county council, of welk orgaan het maar mag zijn, zonder al te veel pogingen aan te wenden hun bevindingen te dien aanzien op één noemer te brengen. Toch ligt aan de uitoefening van al deze bevoegdheden, zoals wij al hebben gezien, eenzelfde beginsel ten grondslag: zij moet, op grond van de parlementaire soevereiniteit, haar basis uiteindelijk vinden in een statute²⁵⁵; maar op de vraag wat de burger kan doen die het gevoel heeft dat het betrokken orgaan over de schreef is gegaan, is het antwoord niet in alle gevallen gelijkloidend.

Systematisering is daarentegen ver uitgewerkt in Frankrijk en Duitsland; de uitgangspunten zijn er echter verschillend. In de Duitse literatuur probeert men – evenals in de Nederlandse – tot een materiële omschrijving van het begrip 'besturen' te komen; men ziet het bestuur als een van de functies van de staat en poogt dan de inhoud van die functie te omschrijven.²⁵⁶ Soms gaat dat zover dat men eerst tracht 'das Wesen der Verwaltung' te doorgronden, om op basis daarvan tot een bepaling van taken en bevoegdheden te komen.

254. Resp. art. 2 section 1(1) en art. 2 section 2(1) US Constitution.

255. Zie no. 13.

256. Zie bijv. Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, dl. I (10e dr., München 1973) par. 1; Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I (9e dr., München 1974) par. 2; A.M. Donner, Nederlands Bestuursrecht, Algemeen Deel (4e dr., Alphen aan den Rijn 1974) Inleiding.

Op het aldus gevonden takenpakket wordt meestal weer een aantal beperkingen en uitzonderingen aangebracht: zo is de vaststelling van de begroting, hoewel 'dem Wesen nach' een bestuurlijke handeling, zozeer het werk van de legislatieve organen, en ook zozeer aan een afzonderlijk rechtsregime onderworpen, dat het veelal zinloos wordt geacht haar als onderdeel van de Verwaltung te zien. Maar het uitgangspunt blijft dat de aard van een handeling haar tot bestuurlijke handeling stempelt, ongeacht welk orgaan tot die handeling bevoegd is.

In dit opzicht is het Franse uitgangspunt precies omgekeerd. De traditionele grondgedachte is dat iedere handeling bestuurlijk is die uitgaat van een 'organe administratif'; en onder dat begrip valt ieder overheidsorgaan, met uitzondering van de wetgevende organen (d.w.z. het parlement, en de regering voorzover zij samen met het parlement een legislatieve rol vervult) en de rechterlijke organen. Men geeft toe dat dit een formele omschrijving is, en dat een administratief orgaan soms naar de inhoud gezien wetgevend werk verricht, bijv. wanneer een minister een 'règlement' vaststelt; maar omdat die quasi-legislatieve handeling naar Frans recht aan hetzelfde regime is onderworpen als iedere andere handeling van die minister, neemt men de formele benadering tot uitgangspunt.²⁵⁷ Op dit uitgangspunt wordt één belangrijke clausulering aangebracht: een handeling kan uitsluitend als bestuurshandeling worden aangemerkt wanneer zij verricht wordt 'dans le fonctionnement du service public', niet dus bijv. handelingen die een overheidsorgaan als gewoon privaatrechtelijk eigenaar verricht (zonder gebruik te maken van bijzondere publiekrechtelijke bevoegdheden), zoals verhuur van een kantoorgebouw of beplanting van bosgrond.²⁵⁸

Deze formele benadering heeft het voordeel dat men daarmee tot een vrij grote mate van duidelijkheid en precisie kan komen, deugden die in de Duitse en Nederlandse literatuur niet altijd even sterk naar voren springen. Tegenkant daarvan is dat het Franse bestuursbegrip gebieden omvat die daar in Duits-Nederlandse ogen niet thuis horen: regelgeving door President en ministers – ongeacht of deze op delegatie van wetgeving berust dan wel op de zelfstandige 'pouvoir réglementaire'²⁵⁹ –, en bovendien alles wat geschiedt op het niveau van de lagere territoriale eenheden zoals departementen en gemeenten. Beide groepen handelingen vallen in Frankrijk onder hetzelfde rechtsregime als andere (of 'echte') bestuurshandelingen, hetgeen zich met name daarin uit dat zij onder het toezicht vallen van de administratieve rechter; de Conseil d'Etat gaat daar in een vaste – en al oude – jurisprudentie van uit.²⁶⁰ Ten aanzien van de lagere territoriale eenheden houde men daarbij in

257. Zie De Laubadère op. cit. (nt. 219) no. 375-386.

258. Vedel-Delvolvé, *Droit administratif* (8e dr., Parijs 1982) p. 65-67. Zie ook reeds Tribunal des Conflits 8-2-1873, Blanco, Rec. 1er Suppl. 61.

259. Zie daarvoor no. 25.

260. Resp. CE 6-12-1907, Compagnie des Chemins de fer de l'Est et autres, Rec. 913; CE 13-12-1889, Cadot, Rec. 1148.

het oog dat een parallel met bijv. het Nederlandse provinciale en gemeentelijke bestel een onjuist beeld zou opleveren, gegeven de hoge centralisatiegraad in Frankrijk: de taken van de meer dan 20.000 gemeenten zijn er niet indrukwekkend; de belangrijkste bevoegdheden, bijv. op het terrein van de openbare orde, komen toe aan ambtenaren van de centrale overheid.

Positiefrechtelijke argumenten bepalen zodoende de werkingssfeer die men in de verschillende staten aan begrippen als bestuur en uitvoering toeschrijft; de daaruit voortkomende verschillen zijn vrij aanzienlijk. Wanneer wij in de volgende paragrafen de verhouding tussen rechter en executieve aan de orde gaan stellen, moet de lezer er genoegen mee nemen dat het laatste begrip van dit duo soms verwijst naar de activiteiten van uitvoerende of bestuurlijke organen en soms alleen naar uitvoerende of bestuurlijke activiteiten. Het is voor ons doel niet nodig en niet mogelijk dit verschil weg te definiëren. Als wij ons tot typische bestuurshandelingen zouden beperken, zoals weigering van een vergunning, onbewoonbaarverklaring, verbod van een vergadering, onteigening, ontslag van de voorzitter van een raadgevend comité of onverbindendverklaring van een kartel, zou voor bepaalde landen (Frankrijk, en soms ook Engeland) daarbij aangetekend moeten worden dat de rechtstoestand voor een aantal andere onderwerpen niet verschillend is, en dat de jurisprudentie over het ene soort onderwerpen ook gezag heeft voor het andere soort onderwerpen, en omgekeerd. Wij houden ons daarom aan de nationale begripsomschrijvingen, of wat daarvoor gehouden moet worden, en wij zullen in de loop van ons betoog wel gelegenheid hebben te wijzen op de merkwaardigheden die dat soms met zich meebrengt.

29. De wettigheid van het bestuur

Het beginsel dat het bestuur slechts binnen de grenzen van de wettigheid mag opereren is vrijwel nergens uitdrukkelijk in grondwet of wet neergelegd, hoewel het in landen van het liberaal-democratische type stevig verankerd is. In Groot-Brittannië kan het uit de grondslag van de parlementaire soevereiniteit worden afgeleid; in de Bondsrepubliek wordt de 'Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung' een van de belangrijkste elementen van het grondwettelijke rechtsstaat-principe geacht, zodat de naleving ervan ook aan toezicht van het Bundesverfassungsgericht onderworpen is.²⁶¹ In Frankrijk doet men het zonder enige referentie aan de grondwet: de wettigheid wordt geacht een 'principe fondamental' te zijn, waarbij men er van uitgaat — terecht, zoals wij nog zullen zien — dat het Franse systeem er ook juist op is gericht de administratie binnen de perken van de wettigheid te houden. Die wettigheid omvat niet alleen wat geschreven wetsteksten daarover te melden hebben, maar ook de werking van de 'principes généraux du droit'; ook in andere landen, vooral Engeland, speelt ongeschreven recht op dit stuk trouwens een belangrijke rol.

261. Zie Maunz-Zippelius op. cit. (nt. 31) par. 12-I; BVerfGE 8 no. 34, Preisgesetz, 1958.

De grondslag van het beginsel ligt dieper dan deze technische uiteenzetting zou kunnen doen geloven. Het is geen toeval dat de Engelse rechter reeds vóór de ontwikkeling van de parlementaire soevereiniteit op het standpunt stond dat de Koning aan de wet gebonden was. In 1611 had Sir Edward Coke te beoordelen 'if the King by his proclamation may prohibit new buildings in and about London' en 'if the King may prohibit the making of starch of wheat'; de ministers van de Koning wezen op het belang van deze 'proclamation' en op het feit dat er geen precedenten waren die de Koning die bevoegdheid zouden ontzeggen:

'To which I answered that true it is that every precedent hath a commencement; but when authority and precedent is wanting, there is need for great consideration, before that any thing of novelty shall be established, and to provide that this be not against the law of the land: for I said that the King cannot change any part of the common law, nor create any offence by his proclamation, which was not an offence before, without Parliament ... Note, the King by his proclamation or other ways cannot change any part of the common law, or statute law, or the customs of the realm ...; he ... cannot make a thing unlawful, which was permitted by the law before: and this was well proved by the ancient and continual forms of indictments; for all indictments conclude *contra legem et consuetudinem Angliae*, or *contra leges et statuta*... But never was seen any indictment to conclude *contra regiam proclamationem*.'²⁶²

Dat is een stukje constitutionalisme in een notedop, dat al spoedig 'part and parcel' ging vormen van de common law of England.²⁶³

De common law kon aldus een van de belangrijkste bronnen worden voor de ontwikkeling van het constitutionalisme in Amerika. Juist dit element van de common law werd door de 'settlers' aan de Amerikaanse Oostkust gekoesterd; de vage term 'rule of law' werd (en wordt) juist daarvoor vaak gebezigd. De koninklijke charters, waaronder de koloniën werden opgericht, verklaarden dat de inwoners 'shall have and enjoy all liberties, franchises and immunities... as if they had been abiding and borne within this our realme of Englande', en de kolonisten hielden de koningen aan hun woord.²⁶⁴ De onafhankelijkheidsverklaring werd mede ingegeven door het onwettig optreden van de Koning en zijn ministers ten aanzien van de koloniën; in de verklaring zelf wordt daar uitvoerig rekenschap van afgelegd: een hele serie grieven wordt opgesomd. Toen de Koning, zo stellen de 56 ondertekenaars van de ver-

262. Case of Proclamations, nt. 24.

263. Zie ook Roscoe Pound, *The spirit of the common law* (Boston 1921) hfdst. III.

264. Materiaal hierover bij A.E. Dick Howard, *The road from Runnymede - Magna Carta and constitutionalism in America* (Charlottesville Va. 1968).

klaring, niet geneigd bleek naar onze klachten te luisteren, hebben wij ons ook tot 'our British brethren' gewend:

'We have reminded them of the circumstances of our emigration and settlement here. We have appealed to their native justice and magnanimity, and we have conjured them by the ties of our common kindred to disavow these usurpations ... They too have been deaf to the voice of justice and of consanguinity ...'

De grondwetten van de staten, en later die van de unie, waren dan ook doortrokken van de gedachte dat er in het nieuwe Amerika zou zijn een 'government of laws, not of men'.²⁶⁵

Het is niet moeilijk zulke achterliggende tradities ook in Duitsland en Frankrijk te ontdekken. Het begrip Rechtsstaat kwam in de Duitse literatuur al tegen het midden van de vorige eeuw tot ontwikkeling. In het denken van de Franse revolutie nam het wetsbegrip een centrale plaats in; dat uitte zich o.a. in de codificatie en in het cassatiesysteem, maar het vertaalde zich ook in de gedachte dat door middel van de wet leiding gegeven zou worden aan de ontwikkeling – niet alleen aan de ontwikkeling van de samenleving in het algemeen, maar ook aan de opvoeding van de burgerij tot deugdzame en verantwoordelijke burgers. Montesquieu had in dat opzicht de toon al gezet:

'La loi, en général, est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine ... Il faut qu'elles se rapportent à la nature et au principe du gouvernement qui est établi, ou qu'on veut établir; soit qu'elles le forment, comme font les lois politiques; soit qu'elles le maintiennent, comme font les lois civiles.'²⁶⁶

De stelling dat de regering er primair is als 'pouvoir exécutif,' d.w.z. om de wetten uit te voeren, past in deze denkbeelden; zij zou vooral in de Amerikaanse grondwet haar belichaming vinden.

30. Het toezicht op de wettigheid

Het beginsel van de wettigheid van het bestuur kan al gauw de gedachte oproepen dat het dan ook aan de rechter staat om na te gaan of het bestuur in indivi-

265. De uitdrukking is waarschijnlijk terug te voeren op de uitspraak van de 13e-eeuwse Britse jurist Bracton 'quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et lege' – geciteerd door Coke in *Prohibitions del Roy* (1607) 12 Co. Rep. 63; zie ook Pound t.a.p. (nt. 263).

266. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre Ier ch. 3 (éd. l'Intégrale p. 532). Zie ook art. 6 *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* 1789; voorts Böhtlingk-Logemann, *Het wetsbegrip in Nederland* (Alphen aan den Rijn 1966) par. 1-11.

duale gevallen wel op basis van de wet heeft gehandeld; maar aan die conclusie is een serie problemen en moeilijkheden verbonden, die haar minder voor de hand liggend maakt dan op het eerste oog waarschijnlijk zou lijken.

Het eerste probleem is de verhouding van rechterlijk toezicht op de wettigheid van bestuurshandelingen tot de hoogheid van het koninklijk gezag; in het pre-revolutionaire denken (ook nog bij Montesquieu) werd de vorst immers geacht het uitvoerend gezag te belichamen. In het oude Engelse recht leidde bijv. het adagium 'the King can do no wrong' ertoe dat de burger geen actiemogelijkheden tegen de vorst ten dienste stonden. De rechtspraak verzachtte later de werking van dit beginsel, door aan te nemen dat 'from the maxim that the King can do no wrong it follows, as a necessary consequence, that the King cannot authorize wrong', zodat eventueel de 'agent of the King' die beweerde namens hem te hebben gehandeld, zelf uit onrechtmatige daad aansprakelijk kon worden gehouden.²⁶⁷ Een listige interpretatie, die bovendien goed past bij de algemene houding van de Engelse rechter, gewend als deze is om te denken in termen van handelingen van individuele ambtenaren, en niet in zulke algemene begrippen als 'fonctionnement du service public' of aansprakelijkheid van 'de' overheid.

Het tweede probleem is de verhouding tot het democratische uitgangspunt: als de regering in beginsel voor al haar handelen verantwoording verschuldigd is aan een democratisch gekozen parlement, kan er dan nog plaats zijn voor rechterlijke tussenkomst? Het orthodoxe antwoord op deze vraag, nl. dat de rechter zich met de wettigheid, het vertegenwoordigende lichaam zich met de wenselijkheid of opportuniteit van het gewraakte handelen heeft bezig te houden, bevredigt de vraagstellers niet. Sommigen beweren dat het toezicht van vertegenwoordigende lichamen een voldoende waarborg voor de wettigheid van bestuurlijk optreden biedt; anderen – subtielere juristen – wijzen erop dat in vele gevallen wettigheidsvragen en opportuniteitsvragen nauw met elkaar vervlochten zullen zijn. Het spreekt bijna vanzelf dat het hieraan ontleende argument tegen rechterlijk toezicht weinig indruk maakt in landen als de VS die al een lange traditie van judicial review of legislation achter de rug hebben. Maar elders is dat anders; voor een land als Nederland kan men veilig volhouden dat dit argument in de discussies een belangrijke plaats heeft ingenomen²⁶⁸; de late totstandkoming van de wet-AROB vindt daarin zelfs goeddeels haar verklaring.

Het derde probleem betreft de verhouding van rechterlijk toezicht tot de vrijheid van handelen die het bestuur nodig heeft om zijn taak op de juiste wijze te kunnen verrichten. Dit probleem is vooral – zij het niet uitsluitend – belicht in de theorieën die van een materiële definitie van besturen uitgaan: het bestuur moet, krachtens de aard van het bestuurlijke werk zelf, adequaat kunnen optreden in alle mogelijke situaties; daarom moet het beschikken over een 'freies Ermessen', een marge waarbinnen het de mogelijkheid

267. *Tobin v. the Queen* (1864) 16 CB (NS) 310.

268. Men herleze slechts A.A.H. Struycken, *Administratie of rechter* (Arnhem 1910).

heeft om in het algemeen belang naar bevind van zaken te handelen, zonder daarvoor later door de rechter op de vingers te worden getikt. Het argument klemmt vooral in situaties waarin de wettelijke normen vaag zijn en waarin op korte termijn bestuurlijk optreden geboden is: het bestuur doet wat het kan in de situatie zoals het die dan aantreft, aan de hand van de informatie waarover het dan beschikt; de rechter, die maanden of zelfs jaren later over de zaak oordeelt, weet intussen hoe alles afgelopen is en wat de ernst van de situatie was, mede aan de hand van later bekend geworden informatie.²⁶⁹ Tegen deze argumentatie kan worden aangevoerd dat de rechter met bestuurlijk 'Ermessen' rekening kan houden en ook afgezien daarvan oog zal hebben voor de ongemakkelijke situatie waarin het bestuur zich kan hebben bevonden²⁷⁰; maar dat neemt niet weg dat de argumentatie afbreuk doet aan de vanzelfsprekendheid van het rechterlijk toezicht op de wettigheid.

Als dit allemaal zo is, valt het niet moeilijk de keuze te formuleren die te dien aanzien moet worden gemaakt: men gaat er in beginsel van uit dat aan de rechter elk oordeel over de wettigheid van bestuurlijk optreden is onthouden, of men start van het uitgangspunt dat dit oordeel hem in volle omvang toekomt. Het laatste uitgangspunt is dat van de common law, zij het toch nog met een vrij aanzienlijk aantal beperkingen en uitzonderingen; het eerste is belichaamd in het Franse stelsel, zij het dat de bevoegdheid van de rechter daar juist aanleiding heeft gegeven tot de groei van een wettigheidscontrole in handen van het bestuur zelf, die tenslotte zou leiden tot een ver uitgewerkt stelsel van administratieve rechtspraak.

31. Het Franse model

De revolutionairen van 1789 en volgende jaren waren van wantrouwen jegens de rechterlijke macht vervuld. Misschien hadden de prerevolutionaire rechters het daar ook wel naar gemaakt; Montesquieu, die zelf (krachtens testamentaire beschikking van zijn oom) president was geworden van het 'parlement' van Guyenne, schreef reeds over 'la puissance de juger, si terrible parmi les hommes'.²⁷¹ En in ieder geval was te verwachten dat de revolutionaire 'ferveur' bij de rechters in de provincie minder groot zou zijn dan bij hen die zich te Parijs voor de vertegenwoordigers van de volkswil hielden. De kans dat het revolutionaire bestuur door rechterlijke tegenwerking zou worden belemmerd, behoorde daarom te worden uitgesloten; de onafhankelijkheid van de administratie tegenover de rechtspraak moest komen vast te staan, zodat de rechterlijke macht niet kon 'troubler les opérations des corps administratifs'.

Deze gedachte werd uitgewerkt in een aantal wetten van augustus en oktober 1790 en van fructidor van het jaar III:

269. Men denke aan een geval als *Korematsu v. US*, nt. 197.

270. Zie bijv. ook de argumentatie in HR 29 maart 1940, *Heldenkermis*, NJ 1940 no. 1128.

271. Montesquieu op. cit. (nt. 266) livre XI ch. 6 (l'Intégrale p. 587).

'Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives.'²⁷²

Aan de gerechten werd verboden 'de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient'; klachten van de burgers over 'incompétence' van bestuursorganen moesten worden gebracht 'devant le roi, chef de l'administration générale'. En daarmee was de Franse versie van de 'séparation des pouvoirs' geboren. De onafhankelijkheid van de administratie jegens de rechter stond daarbij voorop. Bemoeide de rechter zich toch met zaken die de administratie aangingen, dan wierp de prefect van het department in die procedure een 'conflit' op – een stelsel te onzent bekend uit het efemere Conflictenbesluit 1822 –, en daarmee was de zaak automatisch aan verdere behandeling door de rechter onttrokken (de rechter werd door het conflict gedessaisiseerd). De administratie werd geacht in het algemeen belang te handelen en kon daarin niet door anderen worden gedwarsboord; alleen als zij onbevoegd optrad, d.w.z. zonder wettelijke basis, kon de justitiabele daarover klagen, maar deze klacht werd binnen de administratie behandeld: een onbevoegd gegeven besluit kon uiteindelijk door de Koning, later de ministers, het uitvoerend orgaan of de Keizer, worden vernietigd.

Het was Napoleon die, nog als eerste consul Bonaparte, het nieuwe stelsel verder uitwerkte door de instelling van een Conseil d'Etat als hoogste adviesorgaan van de regering. Deze raad kreeg o.a. tot taak uitspraken te ontwerpen 'sur les affaires contentieuses dont la décision était précédemment remise aux ministres'²⁷³; hij richtte tot dat doel later een 'section du contentieux' in. Deze 'section' behandelde zaken alsof zij als rechter optrad: zij hoorde partijen, zag de stukken en formuleerde een uitspraak; formeel was de uitspraak van de Conseil d'Etat een advies aan de regering, maar keizer Napoleon week nooit van die adviezen af en zette daarmee de toon voor de latere praktijk. De bevoegdheid om zelf te beslissen werd aan de Conseil gedelegeerd in 1848, maar deze delegatie werd spoedig weer ingetrokken; het systeem van 'justice retenue' bleef daarna bestaan tot 1872, toen wetgeving tot stand kwam die de Conseil d'Etat definitief de beslissingsbevoegdheid gaf en daarmee tot administratieve rechter maakte; de wet van 1872 gaf tevens een nadere afgrenzing van de rechtsmacht van gewone en administratieve rechter en stelde nieuwe mechanismen in om conflicten in dit opzicht tot een oplossing te brengen.

Maar voordat het zover was gedroeg de Conseil d'Etat zich al als onafhankelijke rechter. Op de grondslag van de simpele bepaling dat klachten over 'incompétence' tot vernietiging van het gewraakte besluit door de 'chef de l'administration générale' konden leiden, ontwikkelde hij het 'recours en annulation', dat door ieder kon worden ingesteld die belang had bij de vernietiging van een beweerdelijk onbevoegd gegeven besluit. Voor onbevoegdheid bezig-

272. Loi des 16-24 août 1790 titre 2 art. 13.

273. Arrêté du 5 nivôse an VIII. Zie voor de geschiedenis van de Conseil d'Etat: Letourneur, Bauchet, Méric, *Le Conseil d'Etat et les tribunaux administratifs* (Parijs 1970) Introduction.

de de raad de term 'excès de pouvoir' – in 1872 in de wet neergelegd – en al vrij spoedig werd beslist dat er niet alleen excès de pouvoir was als er in het geheel geen wettelijke basis voor het gewraakte besluit was, maar ook wanneer een bevoegd orgaan nagelaten had bepaalde bij de wet voorgeschreven vormvereisten na te leven – zoals het horen van een bepaald adviesorgaan –, die als het ware geacht werden de bevoegdheid tot het nemen van het besluit te conditioneren ('vice de forme'). Na 1872 ging de ontwikkeling in versneld tempo: reeds in 1875 werd beslist dat het gebruik van een bevoegdheid tot een ander doel dan waartoe deze gegeven was eveneens excès de pouvoir opleverde ('détournement de pouvoir'). Een prefect had uit Parijs de instructie gekregen sluiting van een lucifersfabriek te bewerkstelligen waar het departement van Financiën een aantal fiscale en financieel-technische bezwaren tegen had; hij had zich van die instructie gekwetend door sluiting te gelasten op grond van de veiligheidswetgeving; de Conseil d'Etat besliste:

'qu'il a ainsi usé de ses pouvoirs de police qui lui appartenaient sur les établissements dangereux, incommodes ou insalubres pour un objet autre que celui à raison desquels ils lui étaient conférés, et que le sieur Pariset est fondé à demander l'annulation de l'arrête attaqué ...'²⁷⁴

En het duurde niet lang of elke schending van de wet was excès de pouvoir geworden²⁷⁵ – met een aantal uitzonderingen waarop wij nader terugkomen.

De geleidelijke uitbreiding van het begrip excès de pouvoir ging vergezeld van een tweetal andere ontwikkelingen. In de eerste plaats kreeg het recours en annulation langzamerhand een algemeen karakter: het staat bijv. ook open wanneer binnen de administratie nog bepaalde mogelijkheden bestaan om tot intrekking, herroeping of vernietiging van het besluit te komen; zo kan ook een gemeentelijk orgaan, waarvan een verordening door de prefect is vernietigd, dit prefectorale vernietigingsbesluit met een recours en annulation aanvechten.²⁷⁶ In de tweede plaats kwamen naast het recours en annulation andere beroepsgangen voor de administratieve rechter tot ontplooiing: kwesties van overheidsaansprakelijkheid krachtens onrechtmatige daad of overeenkomst, die zich voordoen ten gevolge van 'le fonctionnement du service public', staan aan de administratieve rechter ter beoordeling.²⁷⁷ De Conseil d'Etat was daarmee geworden de 'juridiction administrative de droit commun'. Het systeem werd afgerond in 1953 met de schepping van 'tribunaux administratifs' als rechters van eerste aanleg (zij hadden trouwens enkele – weinig illustere – voorgangers). Sindsdien is de Conseil d'Etat in begin-

274. CE 26-11-1875, Pariset, Rec. 934.

275. CE 1-6-1906, Alcindor, Rec. 516.

276. Resp. Cadot, nt. 260; CE 7-6-1902, Maire de Neris-les-Bains, Rec. 275.

277. Resp. Blanco, nt. 235; CE 10-1-1902, Compagnie nouvelle du Gaz de Deville-lès-Rouen, Rec. 5.

sel appelrechter; maar hij bleef rechter in eerste aanleg voor recours en annulation gericht tegen handelingen van President, regering en ministers, en cassatierechter voor beslissingen van afzonderlijke organen die met een administratiefrechterlijke deeltaak zijn belast, zoals bijv. het Cour des Comptes (enigszins vergelijkbaar met onze Algemene Rekenkamer) of de Commission centrale d'aide sociale. Het verschil tussen cassatie en een recours pour excès de pouvoir is overigens niet erg groot.

Dwars door alle wisselingen in politiek regime die de Franse geschiedenis sinds 1790 hebben gekenmerkt, is het stelsel van administratieve rechtspraak een constante faktor gebleven. Het is, met het vuurwerk op 14 juli en de vakantie in augustus, deel gaan uitmaken van die Franse tradities die taaier zijn dan de staatsvorm en sterker dan de zittende regering. Het is ook een traditie die gemakkelijk aansluiting vindt bij andere elementen die de Franse samenleving maken tot wat zij is: de hoge centralisatiegraad, in bestuur, economie, verbindingen, publiciteitsmedia etc.; de zwakke parlementaire traditie; een toegewijde en bekwame bureaucratie; met aan de andere kant een bevolking die geneigd is voor haar rechten op te komen en die 'le pouvoir' met wantrouwen tegemoetreedt. Goed passende constructies bevredigen bovendien het Franse intellect: en de systematisch – op een enkel punt na – sluitende, overzichtelijke en heldere verdeling van rechtsmacht over de pouvoir judiciaire en de administratieve rechtspraak heeft zekere esthetische kwaliteiten; zij ziet eruit als een rationeel in elkaar gezet mechaniek, met een eigen 'logique du système' die de meeste oplossingen als het ware vanzelf schijnt op te leveren.

De organisatie van de rechtspraak is in haar grondtrekken het werk van de revolutionaire en napoleontische periode. Maar terwijl de organisatie van de gewone rechterlijke macht – zoals meer produkten van die tijd – voortkwam uit een poging om met het verleden te breken en in plaats daarvan een geheel nieuw en rationeel bestel te bouwen, werden voor de administratieve rechtspraak slechts de eerste grondslagen gelegd. De opzet van het systeem van administratieve jurisdictie was te danken aan het langzame rechterswerk van de Conseil d'Etat – en in zoverre lijkt de totstandkoming van het Franse administratieve recht meer op de geleidelijke groei van de Engelse common law dan op de totstandkoming van de rechterlijke organisatie en het procesrecht in het revolutionaire en napoleontische Frankrijk.²⁷⁸

Deze gang van zaken heeft een merkwaardige weerslag gehad op het wetenschappelijk bedrijf. De rechtsgeleerde schrijvers uit de eerste helft van de 19e eeuw hielden zich niet erg met de rechtspraak van de Conseil d'Etat bezig, die zij waarschijnlijk zagen als intern-administratief knutselwerk waar een fatsoenlijk academisch jurist verre van moest blijven. Toen de academische belangstelling in de tweede helft van die eeuw ontstond, had de administratieve rechtspraak zijn eigen begrippen, regels en beginselen reeds ontwikkeld. Dit

278. Zie ook C.J. Hamson, Executive discretion and judicial control (6th Hamlyn lecture, Londen 1954) hfdst. II-III.

leidde ertoe dat ook in wetenschappelijk opzicht de scheiding tussen publiek- en privaatrecht bijna volledig werd: er ontstond een scherp afgegrensd terrein van 'droit public' met eigen methoden en technieken.²⁷⁹ En de grens met het privaatrecht is zo welomlijnd, dat begrippen en beginselen, op een van beide terreinen tot ontwikkeling gebracht, meestal niet over die grens heen- komen.²⁸⁰

32. De Angelsaksische benadering

'We do not have a developed system of administrative law – perhaps because until fairly recently we did not need it', aldus verzuchtte Lord Reid in 1964 in een ontslagzaak betreffende een politie-officier uit Brighton. Maar hij vervolgde: 'But I see nothing in that to justify our thinking that our old methods are any less applicable today than ever they were to the older types of case.' En de uitspraak van het House of Lords vernietigde het ontslag omdat de politieman niet door zijn superieuren in de gelegenheid was gesteld zich te verwe- ren tegen de grieven omtrent zijn kwaliteiten en gedrag.²⁸¹ En dat was inder- daad niet nieuw: in 1723 werd het ontslag van Dr. Bentley, een nogal moeilijk heerschap in de universiteit van Cambridge, vernietigd omdat hij niet eerst was gehoord door de Chancellor²⁸²; Justice Fortescue haalde zijn inspiratie zelfs uit de Tuin van Eden:

'The laws of God and men both give the party an opportunity to make his defence, if he has any. I remember to have heard it observed by a very learned man, that even God himself did not pass sentence upon Adam before he was called upon to make his defence. "Adam" (says God) "where art thou? Hast thou not eaten of the tree whereof I com- manded thee that thou shouldest not eat?" And the same question was put to Eve also.'

In deze beide episodes treffen we eigenlijk alle ingrediënten van de common law al aan: de 'time immemorial'; het ontbreken van wettelijke regels; het vasthouden aan het precedent ('*stare decisis*', zoals het in Engels monnikenla- tijt heet); de geleidelijkheid van de groei van het stelsel; de voorzichtige bena- dering door de rechter; het geldend maken van bepaalde waarden of gerechtig- heidspostulaten in het kleed van simpele maar technisch-juridisch ingeklede beginselen zoals 'the right to a hearing'; de toepassing van die beginselen op overheidsdienaren op dezelfde wijze als op particulieren.

De rechter is de centrale figuur in de common-law-traditie; men zou ook

279. Zie De Laubadère op. cit. (nt. 219) no. 2-4.

280. Zie voorts Vedel-Delvolvé op. cit. (nt. 258) p. 105-108, met verdere literatuurverwijzingen.

281. Ridge v. Baldwin (1964) A.C. 40. Verg. in de VS: Bishop v. Wood, 426 US 341 (1976).

282. The King v. Chancellor of the University of Cambridge (1723) 93 ER 698.

genschap in het 12e-eeuwse Engeland – zo grillig schijnt de wereldgeschiedenis toch te zijn.

In de late Middeleeuwen, toen de centralisatie van de rechtspraak goeddeels was bereikt en slechts de kerkelijke gerechten nog achterhoedegevechten leverden, kwamen enkele nieuwe ‘remedies’ tot ontwikkeling die later van belang zouden zijn voor het bestuursrecht. Zij waren het werk van de koninklijke ‘chancery courts’²⁸⁶, die in die tijd met succes probeerden het *strictum ius* van de eerdere periode te versoepelen – niet door het te veranderen (dat was voor een rechterlijk orgaan niet mogelijk), maar door additionele mogelijkheden te creëren. Twee actiemogelijkheden, aanvankelijk in de privaatrechtelijke sfeer tot ontplooiing gebracht, zijn binnen ons bestek van belang. In de eerste plaats de ‘injunction’, een actie waarmee een verbod aan een bepaald persoon kon worden uitgelokt om een bepaalde handeling te verrichten (en bij uitzondering ook een gebod om te handelen); niet-nakomen van zo’n verbod was strafbaar als ‘contempt of court’ – geen kleinigheid in het Engelse recht. In de tweede plaats de ‘declaration’, de verklaring-voor-recht, oorspronkelijk uitsluitend toegelaten wanneer daarnaast een andere voorziening werd gevraagd, bijv. schadevergoeding.

De declaration ontwikkelde zich tot een van de belangrijkste middelen voor rechtsbescherming van de burger tegen de overheid. Terwijl *certiorari*, prohibition en *mandamus* met veel formaliteiten gepaard gingen en aan korte vervaltermijnen waren gebonden, en injunction slechts in een beperkt aantal gevallen tegen de overheid kon worden gebezigd (bijv. niet tegen de Kroon), heeft de declaration een algemeen karakter gekregen. De actie kan thans afzonderlijk worden ingesteld; de toepasselijke regels bepalen:

‘...The Court may make binding declarations of right whether or not any consequential relief is or could be claimed.’²⁸⁷

Dit stelsel van rechtsbescherming was al ver ontwikkeld in Engeland toen de Franse revolutie plaatsvond. Burke, aartsverdediger van de Britse tradities, ataqueerde de ‘séparation des pouvoirs’ met zijn gebruikelijke sarcasme; na enig lelijks gezegd te hebben over de codificatie en de rechterlijke organisatie in Frankrijk (‘You first appoint judges, who, I suppose, are to determine according to law, and then you let them know that, at some time or other, you intend to give them some law by which to determine’), vervolgt hij:

‘It is curious to observe that the administrative bodies are carefully exempted from the jurisdiction of these new tribunals. That is, those persons are exempted from the power of the laws, who ought to be most entirely submitted to them. Those who execute public pecuniary trusts

286. Er is thans nog een ‘chancery division’ van het High Court.

287. Order 15, rule 16, Rules of the Supreme Court. Het Supreme Court bestaat uit High Court en Court of Appeal; voor beide gerechten gelden dezelfde regels van procesrecht.

kunnen zeggen dat die traditie op vertrouwen in de rechter is gebaseerd. De rechter vindt het recht dat toepasselijk is op de 'case at hand'; maar hij moet het vinden, en niet uitvinden, omdat het geacht wordt altijd al deel te hebben uitgemaakt van de '*leges et consuetudines Angliae*'. Dat verklaart de regel van *stare decisis* (als het recht eenmaal gevonden is, staat de inhoud ook vast); het laat ook zien waarom Engelse rechtsregels niet verbijzonderingen zijn van algemene beginselen, maar veeleer veralgemeningen van concrete oplossingen.²⁸³

Toen de common law zich in de 11e en 12e eeuw begon te ontwikkelen, waren de Normandische vorsten nog bezig hun gezag over Engeland en Wales te vestigen en reëel te maken. De koninklijke gerechten zagen het als hun taak om alom in het Koninkrijk 'the King's peace' te verzekeren, en dat hield mede in dat een behoorlijke berechting van geschillen tussen de burgers werd gewaarborgd. Zij bevonden zich bij hun rechtspraak in een soort concurrentiepositie met verschillende andere gerechten: lokale en regionale gerechten, vaak van Saksische oorsprong, en luisterend naar romantische namen als de 'shire moot' en de 'hundred', en kerkelijke gerechten. Ter wille van een goede rechtsbedeling ontwikkelde het belangrijkste koninklijke gerecht, de King's Bench²⁸⁴, een aantal acties die in wezen neerkwamen op beroepsmogelijkheden op de King's Bench. De belangrijkste daarvan waren '*certiorari*', een beroep dat openstond wanneer lagere gerechten hun rechtsmacht hadden overschreden of misbruikt, en 'prohibition', waarmee lagere gerechten gelast kon worden niet of niet langer hun rechtsmacht te overschrijden of te misbruiken. De werkingssfeer van deze actiemogelijkheden werd gaandeweg uitgebreid: zij werden ook toegepast als lagere gerechten handelden, of dreigden te handelen, in strijd met 'principles of natural justice'; een derde actie, '*mandamus*', werd mogelijk gemaakt om een orgaan te dwingen zijn 'public duty' te vervullen.

Daarmee was de grondslag van het Engelse bestuursrecht gelegd. Want *certiorari*, prohibition en *mandamus*, geconcipieerd in de concurrentiestrijd tussen koninklijke en andere gerechten, werden in de loop van de tijd ook toegepast om handelingen van andere overheidsorganen te toetsen aan bevoegdheid, public duty en principles of natural justice. De overgang is minder vreemd dan hij op het eerste gezicht lijkt: in Engeland — en sterker nog in de VS — is het nemen van bestuursbeslissingen altijd meer dan op het Europese continent vergelijkbaar geacht met rechtspraak; vaak blijkt dat ook uit de institutionele vormgeving, waarin commissies, hearings, boards, agencies en tribunals een grote rol spelen.²⁸⁵ Toch heeft het feit dat een werkloze uit common-law-gebieden als Illinois, Ghana of New South Wales zich in zijn strijd om een uitkering kan bedienen van *certiorari* of *mandamus* iets te maken met de strijd van de Normandische koningen en hun baronnen om de zeg-

283. Zie Cross op. cit. (nt. 54) hfdst. VI.

284. Nog steeds bestaande als onderdeel ('division') van het gewone gerecht van eerste aanleg, het High Court.

285. Zie Schwartz en Wade, *Legal control of government* (Oxford 1972) hfdst. V-VI.

genschap in het 12e-eeuwse Engeland – zo grillig schijnt de wereldgeschiedenis toch te zijn.

In de late Middeleeuwen, toen de centralisatie van de rechtspraak goeddeels was bereikt en slechts de kerkelijke gerechten nog achterhoedegevechten leverden, kwamen enkele nieuwe ‘remedies’ tot ontwikkeling die later van belang zouden zijn voor het bestuursrecht. Zij waren het werk van de koninklijke ‘chancery courts’²⁸⁶, die in die tijd met succes probeerden het *strictum ius* van de eerdere periode te versoepelen – niet door het te veranderen (dat was voor een rechterlijk orgaan niet mogelijk), maar door additionele mogelijkheden te creëren. Twee actiemogelijkheden, aanvankelijk in de privaatrechtelijke sfeer tot ontplooiing gebracht, zijn binnen ons bestek van belang. In de eerste plaats de ‘injunction’, een actie waarmee een verbod aan een bepaald persoon kon worden uitgelokt om een bepaalde handeling te verrichten (en bij uitzondering ook een gebod om te handelen); niet-nakomen van zo’n verbod was strafbaar als ‘contempt of court’ – geen kleinigheid in het Engelse recht. In de tweede plaats de ‘declaration’, de verklaring-voor-recht, oorspronkelijk uitsluitend toegelaten wanneer daarnaast een andere voorziening werd gevraagd, bijv. schadevergoeding.

De declaration ontwikkelde zich tot een van de belangrijkste middelen voor rechtsbescherming van de burger tegen de overheid. Terwijl *certiorari*, prohibition en *mandamus* met veel formaliteiten gepaard gingen en aan korte vervaltermijnen waren gebonden, en injunction slechts in een beperkt aantal gevallen tegen de overheid kon worden gebezigd (bijv. niet tegen de Kroon), heeft de declaration een algemeen karakter gekregen. De actie kan thans afzonderlijk worden ingesteld; de toepasselijke regels bepalen:

‘...The Court may make binding declarations of right whether or not any consequential relief is or could be claimed.’²⁸⁷

Dit stelsel van rechtsbescherming was al ver ontwikkeld in Engeland toen de Franse revolutie plaatsvond. Burke, aartsverdediger van de Britse tradities, attaqueerde de ‘séparation des pouvoirs’ met zijn gebruikelijke sarcasme; na enig lelijks gezegd te hebben over de codificatie en de rechterlijke organisatie in Frankrijk (‘You first appoint judges, who, I suppose, are to determine according to law, and then you let them know that, at some time or other, you intend to give them some law by which to determine’), vervolgt hij:

‘It is curious to observe that the administrative bodies are carefully exempted from the jurisdiction of these new tribunals. That is, those persons are exempted from the power of the laws, who ought to be most entirely submitted to them. Those who execute public pecuniary trusts

286. Er is thans nog een ‘chancery division’ van het High Court.

287. Order 15, rule 16, Rules of the Supreme Court. Het Supreme Court bestaat uit High Court en Court of Appeal; voor beide gerechten gelden dezelfde regels van procesrecht.

ought of all men to be the most strictly held to their duty. One would have thought that it must have been among your earliest cares, if you did not mean that those administrative bodies should be real, sovereign, independent states, to form awkward tribunals, like your late parliaments, or like our King's bench, where all corporate officers might obtain protection in the legal exercise of their functions, and would find coercion if they trespassed against their legal duty. But the cause of the exemption is plain. These administrative bodies are the great instruments of the present leaders in their progress through democracy to oligarchy. They must therefore be put above the law.²⁸⁸

De opvatting dat het Franse systeem ertoe strekt de administratie boven de wet te plaatsen, heeft de Engelse schrijvers diepgaand beïnvloed, o.a. via het veelgelezen werk van Dicey. Hoewel 'informed opinion' er thans anders over denkt, is die invloed nog steeds niet helemaal verdwenen.²⁸⁹ Dat heeft tot voor kort geleid tot een lichte verheerlijking van het Engelse systeem en tot de neiging om elke poging iets van de rechtsmacht van de gewone rechter af te knabbelen af te doen als onengels en verwerpelijk. Juist in die rechtsmacht werd de waarborg gezien dat er 'government of laws, not of men' zou zijn. De ontwikkelingen in Frankrijk hebben er zodoende toe bijgedragen het anders geaarde Engelse stelsel te consolideren.

Daarbij komt dat Engeland niet alleen de Franse revolutie heeft gemist, maar dat er ook een aantal andere factoren ontbreken die voor de gang van zaken in Frankrijk bepalend zijn geweest. De centralisatiegraad is er geringer; het vertrouwen in het representatieve stelsel is er groter, zodat grieven van burgers tegen de overheid gemakkelijker via 'hun' member of Parliament of local councillor worden behandeld (bijv. tijdens het dagelijkse 'question hour' in het Lagerhuis); belangrijke regelgevende bevoegdheden van de regering zijn er later tot ontwikkeling gekomen; de rechterlijke macht staat er in hoog aanzien; de publieke discussie in geschriften en kranten, en via radio en televisie, houdt zich er intensief en onbelemmerd met bezwaren tegen bestuurshandelingen bezig.

Het principiële contrast tussen de Franse en de Engelse oplossing is daarmee gesteld. Het betekent niet dat de bereikte oplossingen op materiële punten, zoals overheidsaansprakelijkheid of vernietigbaarheid van besluiten, daarom verschillend zouden moeten zijn. Maar de gebezigde juridische technieken en het begrippenarsenaal worden juist door de verschillen in opzet bepaald.

288. Edmund Burke, *Reflections on the revolution in France* (1790, new ed. 1793). De citaten zijn uit part II (Everyman paperback ed. p. 204 en 205).

289. Zie echter De Smith, *Constitutional and administrative law* (nt. 23) p. 521-524; Wade, *Administrative law* (nt. 49) p. 14-16.