



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Bestuur en recht

Koopmans, T.

### Citation

Koopmans, T. (1986). Bestuur en recht. In *Vergelijkend publiekrecht* (pp. 131-142). Deventer: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/25968>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/25968>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

## HOOFDSTUK IX

# Bestuur en recht

T. Koopmans, 'Bestuur en recht', in: *Vergelijkend Publiekrecht*, Deventer: Kluwer 1986, pp. 131-142.

### 42. De groei van het bestuursrecht

Staatsrecht is er, in zekere zin, altijd geweest zolang mensen in samenlevingsverband bijeen waren, want ook een kleine en geïsoleerde Indianenstam ergens in de Mato Grosso had en heeft (ongeschreven) regels over de vraag wie de chieft zal opvolgen. Het bestuursrecht wordt meestal geacht een schepping van de laatste 150 jaar te zijn. Of dat werkelijk zo is, hangt af van definitievragen, waar wij ons hier niet in zullen steken. Vast staat in elk geval dat de problemen die wij thans typisch bestuursrechtelijk achten grotendeels in de 19e en 20e eeuw zijn opgekomen. Montesquieu kon in 1750 nog over de *pouvoir exécutif* schrijven: '... il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions'<sup>379</sup>; thans klinkt dat ons in de oren als een bijna arcadisch verleden. Arbeidsrecht en sociale verzekering, regeling van de mededinging en beheer van de publieke sector, ruimtelijke ordening en industriepolitiek, monetair beleid en milieuhygiëne, zij hebben er alle toe bijgedragen het moderne bestuur tot een veelkoppig monster met vele tentakels te maken. Dat deze ontwikkelingen een grote invloed hebben gehad op het recht – niet alleen het publiekrecht, maar ook strafrecht en privaatrecht – is reeds uiteengezet in boeken die intussen tot de juridische klassieken zijn gaan behoren.<sup>380</sup>

Uit onze gezichtshoek is van belang hoe de rechter de groei van het moderne bestuur heeft benaderd. En daarover zijn, in het licht van het voorgaande, wel enige vergelijkende notities te maken.

Daarbij valt in de eerste plaats te denken aan de originaliteit van de ontwikkelingen in Frankrijk. Toen de moderne interventiestaat er vorm begon te krijgen, was de *Conseil d'Etat* al tientallen jaren lang bezig geweest de grondslagen te leggen voor een conceptueel kader, dat de administratieve rechter in staat kon stellen de grenzen van de wettigheid van het bestuurshandelen te bepalen. De geweldige uitgroei van de bestuurlijke bemoeiingen stelde die rechter wel voor gradueel, maar niet voor principieel verschillende problemen. Toen de Engelse rechter nog de immuniteit van de Kroon eerbiedigde, was in Frankrijk het leerstuk van de *responsabilité de la puissance publique* al ver uitgewerkt; en toen de *Conseil d'Etat* begon de administratie te contro-

379. Montesquieu op. cit. (nt. 266) livre XI ch. 6 (*l'Intégrale* p. 586).

380. Zie vooral Wolfgang Friedmann, *Law in a changing society* (2nd ed., Penguin 1972).

leren op exactitude matérielle des faits en op erreur de droit, liep de Engelse rechter nog met een grote boog om elke discretionaire bevoegdheid heen. Historisch gezien is dat merkwaardig. De Franse constructie kwam tot stand om het bestuur vrij van rechterlijke inmenging te laten functioneren, en de Engelse schrijvers waren er vlug bij daaruit de bedoeling af te leiden om, anders dan in Engeland, elk onafhankelijk toezicht op bestuurlijk handelen te weren<sup>381</sup>; in feite gebeurde precies het omgekeerde. Bovendien was Groot-Brittannië het land waar de industriële revolutie, de opkomst van het kapitalistische produktiesysteem en ook de overheidsinterventies in de sfeer van arbeidsverhoudingen en welzijn het eerst plaatsgrepen; maar in het 19e eeuwse Frankrijk, dat in dit soort opzichten aanzienlijk trager was, kwam een modern bestuursrecht tot stand toen alleen de term 'administrative law' al verdacht klonk in Britse oren. Het grote vertrouwen van de Britten in hun parlementaire democratie en in de kwaliteiten van hun common law is hierbij stellig een belangrijke faktor geweest. Toch toont de groei van het bestuursrecht aan dat historische ontwikkelingen soms minder unilineair zijn dan sommigen ons willen doen geloven.

Een tweede kanttekening is dat zowel de administratieve rechters in Frankrijk en Duitsland als de gewone rechters in Groot-Brittannië en de VS de problemen met betrekking tot het bestuurlijk optreden schijnen te benaderen vanuit typische juristengedachten: er wordt eerst naar vorm en bevoegdheid gekeken, dan naar waarborgen voor behoorlijke procedures, tenslotte pas naar zekere garanties voor de behoorlijkheid van het resultaat. De inhoud van de genomen beslissingen blijft zolang mogelijk buiten schot – en daar is juridisch gezien ook veel voor te zeggen omdat daarvoor nu juist andere mechanismen bestaan, met name de verantwoordingsplicht jegens vertegenwoordigende lichamen en jegens het electoraat. De vraag of die andere mechanismen goed functioneren zal daarom onderzocht moeten worden wil men tot een waardering komen van de wenselijkheid van inhoudscontrole door de rechter; en het antwoord op die vraag verschilt van land tot land. Dat Frankrijk, met zijn zwakke parlementaire traditie, gekoppeld aan een hoge centralisatiegraad, gauwer tot die rechterlijke inhoudscontrole kwam dan Groot-Brittannië, is in dit licht gezien niet onbegrijpelijk. En misschien betekenen Britse uitspraken als die in de Tameside-zaak<sup>382</sup> ook wel dat het vertrouwen in de effectiviteit van de ministeriële verantwoordelijkheid ook in het Verenigd Koninkrijk aan het tanen is.

De juridische technieken waarmee de gerechten de bestuurlijke problemen tegemoettreden vertonen in de verschillende landen zekere trekken van overeenstemming. Dat geldt niet alleen voor de controle van vorm en bevoegdheid, maar ook voor kwalificatievragen (bijv. of een bepaalde feitelijke constellatie een 'park' oplevert, of een 'perspective monumentale')<sup>383</sup>, voor de gebezigde

381. Zie no. 32.

382. Secretary of State for Education v. Tameside MBC, nt. 362.

383. Verg. Gomel, nt. 296, met White and Collins, nt. 356.

objectiveringstechnieken (reasonableness, faits qui sont de la nature de ceux qui peuvent légalement justifier la décision), voor de ontwikkeling van vormen van misbruik van bevoegdheid (détournement de pouvoir, Ermessensmissbrauch, abuse of power), en voor de procedurele waarborgen (right to a hearing, droits de la défense). De nadruk op de regelmatigheid van de procedure om tot een besluit te komen is het sterkst in de Angelsaksische landen: in de VS vormt dit onderwerp het leeuwendeel van het administratieve recht, in het Engelse recht speelt het bijv. mee via de principes of natural justice, het toezicht op de tribunals en de statutory inquiries. Afwezig is deze dimensie in het Franse recht niet: de droits de la défense brengen o.a. mee dat de intrekking van de vergunning om een tijdschriftenkiosk te houden vernietigd wordt als de betrokkene niet eerst in de gelegenheid is gesteld haar opmerkingen te maken, ook wanneer de toepasselijke wetstekst daarover zwijgt<sup>384</sup>; en soortgelijke uitspraken zijn gevallen ten aanzien van intrekking van studiebeurzen, uitsluiting van het onderwijs aan een bepaalde school, ontslag van ambtenaren e.d. De klemtoon in het Franse stelsel ligt evenwel elders: op het moment dat de administratieve rechter met een besluit wordt geconfronteerd, moet hij ervan overtuigd worden dat de motieven van de administratie dat besluit konden schragen; soms blijkt dat pas – of juist niet – uit stukken of dossiers die tijdens de behandeling aan de rechter worden overgelegd.<sup>385</sup> Dat heeft iets te maken met de procesgang voor de administratieve rechter, waar de bewijsregels sterk verschillen van die uit de civiele procedure – en zeker van die van het Engelse 'trial'. Als in een recours pour excès de pouvoir de klager *prima facie* twijfel weet te wekken aan de wettigheid van het aangevochten besluit, behoeft hij de gerechtvaardigdheid van zijn klacht verder niet in de strikte zin des woords te bewijzen: de documentatie die de administratie dan verschaft moet de administratieve rechter van klagers ongelijk overtuigen. En indien er twijfel blijft, neemt de rechter de leiding bij het verzamelen van verder bewijsmateriaal.<sup>386</sup>

Het bestuursrecht valt niet samen met de rechterlijke controle op het bestuur en met wat de rechtsgeleerde schrijvers daarover hebben op te merken. Het is tevens dat deel van het publiekrecht dat voor de overheid het instrument is geworden om een zekere mate van leiding te geven aan een aantal maatschappelijke ontwikkelingen.<sup>387</sup> Uit dat perspectief bezien doet het andere juridische vragen rijzen dan die welke hier aan de orde zijn gesteld: vragen betreffende delegatie van regelgevende bevoegdheid, van verantwoording voor het handelen van ambtelijke diensten, van organisatie van het bestuursapparaat, van behoorlijkheid en fatsoen in het optreden tegenover de burgers e.d. Toch kunnen al deze vragen weer op wettigheidsvragen uitlopen: de be-

384. CE 5-5-1944, veuve Trompier-Gravier, Rec. 138.

385. Verg. Barel, nt. 320.

386. Zie ook Hamson, Executive discretion and judicial control (nt. 278) p. 35-36.

387. Zie daarvoor Yehezkel Dror, Law and social change, 33 Tul. L. Rev. 749 (1959), gedeeltelijk overgenomen in V. Aubert (ed.), Sociology of law (1969; Penguin 1975) hfdst. IX.

voegdheidscontrole, zoals zowel het Engelse als het Franse recht die kennen, betekent bijv. dat de rechter het laatste woord heeft bij de interpretatie van de omvang der gedelegeerde bevoegdheden; en als administratief optreden tegenover de burgers schromelijk onfatsoenlijk is kan dat betekenen dat subjectieve rechten zijn geschonden of regels van ongeschreven recht niet zijn nageleefd.

Hoe meer de wetgeving aan de vindingrijkheid van de administratie overlaat, hoe moeilijker het is tot rechterlijke controle te komen; zodra het om bestuurlijk pionierswerk gaat, is er weinig dat de rechter kan doen – zelfs algemene beginselen zetten dan meestal weinig zoden aan de dijk.<sup>388</sup> De Conseil d'Etat heeft bijv. een uitvoerige jurisprudentie ontwikkeld over de toepassing van het gelijkheidsbeginsel (een van de principes généraux du droit die aan de Déclaration des droits de l'homme van 1789 zijn ontleend): gelijkheid tussen gebruikers van voor het publiek bestemde zaken zoals wegen en parken; gelijkheid in de toegang tot de ambtelijke dienst; gelijkheid ten opzichte van publieke lasten etc.; in 1962 oordeelde het college zelfs dat een *numerus fixus* voor de medische faculteit te Parijs onwettig was omdat het toelatingsstelsel aspirant-studenten uit de Parijse regio bevoordeelde en daarom tekort deed aan de gelijkheid tussen kandidaten voor een universitaire graad.<sup>389</sup> Maar wanneer een schema voor regionale industrialisatie wordt uitgevoerd, waarbij Nantes als regionale groeikern wordt aangewezen, met alle voordelen die daarmee gepaard gaan, en niet Angers of Saumur, is het gelijkheidsbeginsel van weinig nut. De aard van zulk een beleid brengt juist mee dat de ene stad anders behandeld zal worden dan de andere; zolang de bevoegde minister, op basis van de toepasselijke wet, in het algemeen belang heeft gehandeld, is er weinig dat de administratieve rechter kan doen<sup>390</sup>; alleen als de minister toevallig ook burgemeester van Nantes zou zijn (die combinatie is in de Franse politiek mogelijk) zou een klacht op grond van détournement de pouvoir misschien kans maken.

Juist bij de recentere vormen van overheidsinterventie heeft de wettigheidscontrole daarom vaak weinig betekenis: men denke aan beslissingen als die omtrent wegtracés, uitbreiding van stadswijken, subsidiëring van structureel in de knoei geraakte bedrijfstakken, aanleg van kernenergiecentrales of nieuwe luchthavens. De nadruk op de correctheid van het besluitvormingsproces, zoals vooral in de Amerikaanse praktijk ontwikkeld, is een van de manieren waarop het recht dit bestuurlijk handelen tegemoet kan treden; de Nederlandse inspraakprocedures en de Britse statutory inquiries vormen een variant van die benadering. In dit opzicht heeft juist het Franse bestuursrecht misschien minder te bieden, al neigt ook daar recente rechtspraak naar beklemtoning van procedurele waarborgen.<sup>391</sup>

388. A.M. Donner maakte in een rede de vergelijking met pas ingepolderd land, waar men eerst volledig op de ingenieurs moet vertrouwen. Zie: Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (Keulen-Berlijn 1965) p. 9-10.

389. CE 28-9-1962, Jourde et Maleville, Rec. 508.

390. Verg. CE 29-6-1951, Syndicat de la raffinerie de souffre française, Rec. 377.

391. CE 25-7-1980, Dollet, RDP 97 (1981) p. 215.

### 43. Het rechterlijk toezicht

Er blijft iets paradoxaals in de ontwikkeling zitten: Frankrijk, dat in 1790 het rechterlijk toezicht op het bestuur uitschakelde, beschikt vooral door het *recours pour excès de pouvoir* over een algemeen en geïntegreerd stelsel van toezicht door de administratieve rechter; Groot-Brittannië, dat bleef geloven in de algemene toepasselijkheid van het gewone recht en de gewone rechtspraak, vertoont daarentegen juist een diffuus beeld. Het kent pas sinds kort een algemene actie voor *judicial review* of *administrative action* maar bleef lange tijd het verbrokkelde stelsel van Middeleeuwse *common law* en van *chancery* acties trouw; toch heeft het juist allerlei subsystemen van administratieve rechtsbedeling zien ontstaan, door de ongecoördineerde uitbreiding van *tribunals* en *inquiries*, waarin slechts langzamerhand enige eenheid schijnt te komen. Er is daarom niet, zoals in Frankrijk sinds ongeveer een eeuw, een bijzonder recht voor de administratie ontstaan; maar er hebben zich wel verschillende bijzondere stelseltjes van administratief recht in het algemene Britse systeem genesteld.

Als rechter neemt de *Conseil d'Etat*, zeker in Britse ogen, een wat zondere linge plaats in: hij behoort, in het Franse denken, tot de bestuurlijke en niet tot de rechterlijke kolom, hetgeen zich o.a. uit in de recrutering van de leden en in de adviserende activiteiten van het lichaam; bovendien zijn de leden juridisch gezien niet onafzetbaar – zij bekleden in beginsel de rechtspositie van gewone ambtenaren.<sup>392</sup> Daar staan echter twee dingen tegenover. In de eerste plaats maakt de bestuurlijke mentaliteit van de staatsraden – die vaak uit de ambtelijke dienst komen, of een ambtelijke vooropleiding hebben gevolgd, bijv. de *Ecole Nationale d'Administration*, en die bovendien nogal eens aan departementen worden uitgeleend als ervaren *trouble-shooters* – dat zij zich juist gemakkelijker vrij tegenover het bestuur kunnen opstellen: zij vormen voor de administratie niet een soort vijandige macht waartegen de eigenstandigheid van het bestuurlijke bedrijf moet worden verdedigd, maar een college dat weet wat verstandig bestuur is. Het is niet onmogelijk dat de pragmatische wijze waarop de *Conseil d'Etat* het probleem van de discretionaire bevoegdheden benaderd heeft<sup>393</sup>, door deze omstandigheid is vergemakkelijkt. En in de tweede plaats heeft het college zich in feite altijd even onafhankelijk tegenover de regering durven opstellen als een onafzetbare rechter zou doen.

Het laatste bleek op geruchtmakende wijze toen de *Conseil d'Etat* in 1962 een 'ordonnance' van de President vernietigde, waarbij een militair uitzonderingsgerecht was ingesteld voor de berechting van de officieren die de staatsgreep in Algerije hadden geleid en Frankrijk aan de rand van de burgeroorlog hadden gebracht.<sup>394</sup> Een wet, door het Franse volk aangenomen bij referendum, machtigde de President om bij *ordonnance* alle 'mesures législatives ou

392. Zie Vedel-Delvolvé op. cit. (nt. 258) p. 631-634.

393. Zie no. 35.

394. CE 19-10-1962, Canal, Robin et Godot, Rec. 552.

réglementaires' te nemen die verband hielden met de regeringsverklaring van maart 1962, waarbij de Akkoorden van Evian werden aangekondigd die een einde zouden maken aan de militaire operaties in Algerije. De raad erkende dat de wet daarmee de President zeer ruime bevoegdheden gaf, en dat die bevoegdheden ook de instelling van uitzonderingsgerechten voor de berechting van de rebellen in kon sluiten; maar, oordeelde het college,

'il ressort des termes mêmes aussi bien que de l'objet de la législation précitée, que l'organisation et le fonctionnement d'une telle juridiction ne pouvait légalement porter atteinte aux droits et garanties essentielles de la défense que dans la mesure où, compte tenu des circonstances de l'époque, il était indispensable de le faire pour assurer l'application des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962;

Considérant qu'il ne résulte pas de l'instruction que, eu égard à l'importance et à la gravité des atteintes que l'ordonnance attaquée apporte aux principes généraux du droit pénal, en ce qui concerne, notamment, la procédure qui y est prévue et l'exclusion de toute voie de recours, la création d'une telle juridiction d'exception fût nécessitée par l'application des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962 ...'

Deze beslissing werd 'rendue dans un climat passionnel', zoals in een noot wordt opgemerkt<sup>395</sup>, en dat is nog vrij zacht gezegd. De drie klagende ex-officieren waren intussen door het militaire tribunaal ter dood veroordeeld wegens verraad, en aan twee van hen was dat vonnis intussen voltrokken (de regering loodste een wet door het parlement om de hele zaak alsnog te legaliseren). Maar President De Gaulle, die erg verbitterd was geweest door de rebellie van 'zijn' officieren, en die zich gesterkt voelde door het vertrouwen van de bevolking dat hij uit de uitslag van het referendum afleidde, was diep gekwetst, en hij stak dat niet onder stoelen of banken. Hij zag in de beslissing van de raad – hoe keurig gemotiveerd die er ook uitzag – een uitdaging van zijn leiderschap ('le Général' hield in het algemeen niet erg van serieuze tegenspraak). Er werd dan ook onmiddellijk door hem een geduchte hervorming van de Conseil d'Etat in het vooruitzicht gesteld; de heren moesten de realiteiten van het bestuur leren kennen. Maar tradities zijn resistent: de wetswijziging die tenslotte tot stand kwam – nadat een studiegcommissie de zaak had onderzocht tot de tijden wat rustiger waren – bracht enkele veranderingen in de werkwijze van de raad, zonder al te grote betekenis.<sup>396</sup> De onafhankelijkheid van de Conseil d'Etat was daarmee duidelijk geïllustreerd; gezegd moet worden dat voor de gegeven uitspraak in die tijd wel wat moed en koelbloedig-

395. Long, Weil, Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (6e dr., Parijs 1974) p. 526. Uitvoerig: Maleville op. cit. (nt. 314) p. 142-149.

396. Het belangrijkste element was meer roulatie tussen de Section du Contentieux en de andere afdelingen van de Raad. Zie voorts Maleville p. 149-154. Van een andere opvatting getuigt Olivier Dupeyroux, *L'indépendance du Conseil d'Etat statuant au contentieux*, RDP 99 (1983) p. 565.

heid nodig was: generaal De Gaulle stond na het bedwingen van de militaire opstand en de vrede met de Algerijnen op het toppunt van zijn macht, maar verspreide restanten van de rebellen en hun aanhang wisten met bomaanslagen en anderszins het land nog geruime tijd in angst te houden.

De technieken die de Conseil d'Etat in de hier weergegeven uitspraak bezigt, zijn de Engelse rechter goed bekend: de waarborgen voor een behoorlijke procesgang, de restrictieve interpretatie van gedelegeerde bevoegdheden, misschien zelfs ook de intuïtieve afkeer van uitzonderingsgerechten.<sup>397</sup> Men kan zich echter moeilijk voorstellen dat de Engelse rechter in een politiek zo gevoelige zaak een zo ingrijpende beslissing zou nemen. Bij de Amerikaanse rechter ligt dat anders<sup>398</sup>, en dat brengt ons op een andere parallel: door de ruime *pouvoir réglementaire* van de centrale regering enerzijds – vooral sinds de Vijfde Republiek –, door de ruime omschrijving die de Conseil d'Etat aan de wettigheid heeft gegeven anderzijds, werkt de rechterlijke wettigheidscontrole in Frankrijk soms op dezelfde wijze als *judicial review* of *legislation in de VS*. En zoals de Amerikaanse rechter door een inventieve uitlegging uit een aantal betrekkelijk vage grondwettelijke begrippen (*equal protection*, *due process*, *freedom of speech*) een aantal samenhangende standaarden heeft pogen te ontwikkelen om de constitutionnalité van de wetgeving te meten, zo heeft de Conseil d'Etat door een gedurfde greep naar algemene rechtsbeginselen zulke standaarden gezocht om de wettigheid van lagere regelgeving te beoordelen. In dit licht gezien is het ook niet onbegrijpelijk dat de Franse Conseil constitutionnel zich in zijn jurisprudentie kon laten inspireren door wat de Conseil d'Etat intussen had opgebouwd: ook de constitutionele rechter bedient zich in Frankrijk van algemene wettigheidsbeginselen, die dan evenwel tot constitutionele beginselen worden verheven.<sup>399</sup> En ook voor de laatste kunstgreep had de Conseil d'Etat de weg gewezen, door de principes généraux du droit via de preambules van de grondwetten van 1946 en 1958 te baseren op de Déclaration des droits de l'homme van 1789. Misschien schuilt er dan ook niet zoveel overdrijving in de lof die René Cassin, destijds vice-president van de Conseil d'Etat, aan dat orgaan toezwaaid: 'sa seule présence maintient dans l'administration la perspective d'un contrôle possible et, parmi les citoyens, la confiance dans le droit et la liberté'.<sup>400</sup>

Door de Britten worden deze schone zaken op andere wijze nagestreefd. De kern van het verschil is dat het Britse constitutionele stelsel pluriformer is dan het Franse. De Britten leven minder met de gedachte dat er een permanente tegenstelling is tussen 'le pouvoir' en de burgerij; er is meer reële zeggenschap en reële democratie op lokaal en regionaal niveau; er is meer politieke controle op het handelen van bewindslieden en ambtenaren; er is meer participatie van

397. Verg. *Liyanage v. the Queen*, nt. 64.

398. Zie no. 21.

399. Verg. bijv. CE 19-5-1933, Benjamin, Rec. 541, met de uitspraak van de Conseil constitutionnel over de loi d'associations, nt. 222.

400. René Cassin, *Etudes et documents* (officiële uitgave van de Conseil d'Etat) 1949 p. 19.

de burgerij in de publieke zaken, via commissies, raden en particuliere organisaties; er is meer openhartige discussie over die zaken in de publiciteitsmedia (de 'letters to the editor' in Times of Guardian plegen daar een aardige illustratie van te geven). De opbouw van het bestuursapparaat is ook minder hiërarchisch dan in Frankrijk: men gelooft misschien ook minder in professionele beleidsmakers en meer in 'gentlemen-amateurs'; de wijze waarop men bijv. de Arts Council vrijlaat zelfstandig een belangrijk kunstbudget te besteden zou in Frankrijk ondenkbaar zijn (en in Nederland evenzeer). En tenslotte denken de Britten niet zozeer in termen van algemene noties als 'de' overheid of 'le service public', maar in termen van individuele taken en verantwoordelijkheden. De regel dat iedereen ieder ander kan vervolgen voor strafbare feiten geldt nog steeds, al is de vervolging in feite bijna uitsluitend het werk van de politie en, voor sommige delicten, de Director of Public Prosecutions. En het 'patchwork' van remedies is toch voldoende uitgewerkt om verontruste bioscoopbezoekers een actie te geven tegen een verbod om kinderen mee naar de film te nemen, en verontruste ouders tegen een ongeoorloofde wijze om de overgang naar 'comprehensive schools' te regelen.<sup>401</sup> De Britse remedies zijn het sluitstuk van een stelsel van controle (al past dat sluitstuk misschien niet helemaal precies), het Franse rechterlijke toezicht is er de kern van.

#### 44. De Franse invloed

Het Franse model heeft, misschien door zijn eenvoud, een grote aantrekkingskracht gehad.<sup>402</sup> Het heeft niet alleen tot voorbeeld gediend in landen die sterk op Parijs georiënteerd plegen te zijn, zoals Ivoorkust en Luxemburg, maar ook daarbuiten invloed uitgeoefend. Tijdens de 19e eeuw heeft het als inspiratiebron gediend in Duitsland, al heeft de ontwikkeling daar later een geheel eigen weg gevolgd. In Italië kwam een Consiglio di Stato tot stand gedurende de Cisalpijnse Republiek (1805-1814), een schepping van Napoleon; maar reeds in 1865 werd een Consiglio di Stato voor het nieuwe Koninkrijk in het leven geroepen. De huidige Italiaanse praktijk verraadt op tal van punten de Franse invloed: er is bijv. vernietiging van administratieve beslissingen mogelijk op grond van 'incompetenza', 'eccesso di potere' en 'violazione della legge'; ook het begrip 'sviamento di potere' wordt gebezigd, al heeft het niet geheel dezelfde betekenis als het Franse détournement de pouvoir.<sup>403</sup> Toch is het Franse stelsel niet met huid en haar overgenomen: voor klachten over schending van subjectieve rechten moet men bij de gewone rechter terecht, en de taak van het Franse Tribunal des Conflits wordt vervuld door het hoogste

401. Resp. Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury, nt. 355; Bradbury v. Enfield LBC (1967) 1 WLR 1311.

402. Zie, beknopt, Brown and Garner, French administrative law (2e dr., Londen 1973) hfdst. X; uitvoerig: Auby et Fromont, Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté Economique Européenne (Parijs 1971).

403. Er is 'sviamento' als een bevoegdheid niet in het algemeen belang wordt uitgeoefend.

orgaan van de gewone rechterlijke macht, het Corte Suprema di cassazione.

Het laatste is eveneens het geval in België, waar geschillen over rechtsmacht door het Hof van Cassatie worden beoordeeld.<sup>404</sup> Ook voor België geldt dat vernietiging van beslissingen wegens excès de pouvoir aan de Raad van State toekomt. Maar de verdeling van rechtsmacht verschilt van die in Italië, omdat de grondwet een verschil maakt tussen 'politieke rechten' en 'burgerlijke rechten': ten aanzien van de laatste categorie is de burgerlijke rechter 'bij uitsluiting' bevoegd, voor politieke rechten voor zover de wet niet anders bepaalt. Ook voor politieke rechten is de burgerlijke rechter dus de gewone rechter, maar de Raad van State beschikt over een groot aantal 'toegewezen', d.w.z. bij de wet aan hem toegekende, bevoegdheden op dit terrein.<sup>405</sup> De aansprakelijkheid van overheidsorganen wegens onrechtmatige daad of overeenkomst wordt door het Hof van Cassatie een kwestie van burgerlijke rechten geacht, ongeacht of de overheid al dan niet optrad op grond van haar publiekrechtelijke bevoegdheden. Een bijzonderheid van het Belgische stelsel is dat de Raad van State soms optreedt als adviseur van de administratie in schadezaken, nl. wanneer het gaat om 'buitengewone schade', bijv. planschade, die niet onder de rechtsmacht van de burgerlijke rechter valt. Maar in zijn grondslagen is de verdeling van rechtsmacht niet sterk verschillend van die in Duitsland, Italië of Nederland: aansprakelijkheidskwesties bij de gewone wettigheidscontrole bij de administratieve rechter; bij dit laatste vertoont de Raad van State een sterke neiging om aansluiting te zoeken bij de Franse rechtspraak over het excès de pouvoir, terwijl – anders dan in Duitsland en Nederland – ook beroep tegen regelgevende besluiten openstaat.<sup>406</sup>

De Franse opzet is niet overgenomen in de Canadese provincie Québec, hoewel de Franse codificatie er wel is gereciperd. In feite is het Québecse bestuursrecht een mengeling geworden van Franse en Britse elementen. Dat wordt geïllustreerd door een destijds fameus geval, waarin een café-houder schadevergoeding wegens onrechtmatige daad vorderde van de provinciale Minister-President. Zijn vergunning om sterke drank te schenken was ingetrokken door de provinciale drankcommissie, die een onbeperkte discretionaire bevoegdheid had om daartoe over te gaan; de café-houder kon echter aannemelijk maken dat de intrekking onder druk van de minister was geschied, dat hem en zijn café uit drank-oogpunt niets te verwijten viel, maar dat hij actief was als Jehovah's getuige en zich daarom de toorn van de zittende administratie op de hals had gehaald (hij placht o.a. borgtocht te geven voor geloofsgenoten die gesnapt waren bij overijverig proseliëten maken, bijv. het onwettig verspreiden van pamfletten). Het Canadese hooggerechtshof wees de vordering toe.<sup>407</sup> De rechters van de meerderheid meenden dat er een 'breach

404. Art. 106 Blg. Grondw.

405. Art. 92-93 Blg. Grondw. Zie voorts André Mast, *Overzicht van het Belgisch administratiefrecht* (8e dr., Gent-Leuven 1981), no. 472-477.

406. Zie voorts Mast op. cit. (nt. 405) no. 528-539.

407. *Roncarelli v. Duplessis* (1959) SCR 121.

of public duty' was, zodat er naar het recht van Québec sprake was van 'faute'; maar de redenen waarom er schending van een publieke plicht was werden uiteengezet in termen aan het Engelse recht ontleend: er was abuse of power, en het feit dat het om een discretionaire bevoegdheid ging kon daar niet aan afdoen nu de bevoegdheid was uitgeoefend met een 'improper intent' of 'for an alien purpose'. De twee dissenters – waaronder de Québecse rechter Taschereau – meenden evenwel dat de Drankwet de zaak geheel aan de drankcommissie overliet, zodat de rechter niet tussenbeide kon komen. Een Engels soort abuse of power leidde derhalve tot een Frans soort faute, met de consequenties die daar ook naar Frans recht aan verbonden zijn, maar vastgesteld door de gewone rechter conform de Engelse praktijk.

Al met al kan men echter aannemen dat het recours pour excès de pouvoir vaak tot model heeft gediend (ook bijv. in Spanje en Turkije vindt men er de invloed van). Terwijl overneming van het Franse stelsel over de hele linie de traditionele positie van de rechterlijke macht in landen als Italië, Duitsland en de Benelux-landen zou kunnen benadelen, bracht de wettigheidscontrole van administratieve besluiten een nieuw element in het rechtssysteem dat een anders mogelijk ontstane leemte kon vullen. Ook hier geldt dat het wettigheidsberoep in elk land zijn bijzondere modaliteiten vertoont: het AROB-beroep is iets anders dan de Anfechtungsklage, en zowel in de Bondsrepubliek als in Nederland is het beroep in beginsel beperkt tot beschikkingen. Bovendien is er in beide landen een wederzijdse beïnvloeding van administratieve en burgerlijke rechtspraak, met name die ten aanzien van de onrechtmatige overheidsdaad, welke in Frankrijk ontbreekt. De beide landen zijn daarom, met België en Italië, stevig geplant op het midden van de schaal die Frankrijk nog steeds onbeweeglijk aan het ene uiterste heeft, een lichtelijk naar het midden zwenkend Groot-Brittannië in de omgeving van het andere uiterste.

De Franse opzet bleek overigens nog een nieuw leven beschoren in het recht van de Europese Gemeenschappen. Art. 173 EEG-verdrag omschrijft de gronden voor het wettigheidsberoep op een wijze die er, vooral in de Franse tekst, bekend uitziet voor de lezer van dit boek die tot hier is gevorderd (incompétence, violation de formes substantielles, enz.). De daar opgesomde gronden worden ook gehanteerd wanneer de geldigheid van een gemeenschapsbesluit in het geding is buiten een rechtstreeks wettigheidsberoep om, zoals dat gebeuren kan in een prejudiciële procedure. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen legt die gronden echter uit in het licht van de rechtsstelsels van de verschillende Lid-Staten, zodat ook elementen uit andere systemen dan het Franse hun plaats vinden. Bij de vaststelling wat schending van een rechtsregel is spelen zo algemene rechtsbeginselen in de jurisprudentie van het hof een haast even belangrijke rol als in die van de Franse Conseil d'Etat, maar daarbij komt veel belang toe aan het evenredigheidsbeginsel, dat juist vooral bekend is uit het Duitse en het Nederlandse recht.<sup>408</sup>

408. Zie bijv. zaak 152/80, Debayser, Jur. 1981 p. 1291.

## 45. De leer van het gemene recht

Het is verleidelijk om uit vergelijkend perspectief nog iets te zeggen over de theorie van het 'gemene recht', zoals die in Nederland met name naar voren is gebracht door Hamaker en Paul Scholten.<sup>409</sup> In haar eenvoudigste vorm komt de theorie erop neer dat het privaatrecht het 'gewone' recht is, dat de 'gewone' relaties tussen mensen regeert en dit altijd al heeft gedaan; daartegenover is het publiekrecht dan uitzonderingsrecht, totstandgekomen toen de overheid zich, in verband met nieuwere visies op wat het algemeen belang meebracht, ging inlaten met wat tot dan toe aan de justitiabelen zelf was overgelaten. Deze voorstelling van zaken wordt met historische argumenten geadstrueerd; zij heeft ook buiten Nederland wel aanhang gevonden.<sup>410</sup> Bestrijding kwam van de kant van juristen die er een impliciete voorkeur voor het privaatrecht in lazen: in landen als Duitsland en Nederland, waar de 'contrats administratifs' niet of nauwelijks afzonderlijk geregeld zijn, niet erg in het bestaande rechtsstelsel passen, maar toch voorkomen, zou het uitgangspunt van het gemene recht bijv. met zich mee kunnen brengen dat het privaatrechtelijke overeenkomstenrecht dan in volle omvang van toepassing is, zolang bijzondere wetsteksten die toepassing niet uitsluiten.

Wij zullen het historische debat laten voor wat het is; het berust trouwens deels op misverstanden over definities (het privaatrecht heeft zich ontwikkeld binnen een institutioneel kader, met regels en bevoegdheden die naar thans gangbaar spraakgebruik een publiekrechtelijk karakter hadden). Het zal evenwel na al het voorgaande duidelijk zijn dat de contouren van het probleem in een land als Frankrijk totaal anders zijn dan in Duitsland of Nederland: de positiefrechtelijke implicaties van de leer van het gemene recht zijn er niet erg belangrijk, nu rechtsfiguren als het contrat administratif en de onrechtmatige overheidsdaad hun plaats binnen het publiekrechtelijke systeem hebben gevonden<sup>411</sup>; en dat systeem zelf is een samenhangend geheel van beginselen, regels, beslissingen, theorieën en houdingen, dat zijn onafhankelijkheid van het privaatrecht op vrijwel alle terreinen laat zien. Voor het Engelse recht lijkt de leer van het gemene recht daarentegen pasklaar: de rechter werkt er met aan de common law ontleende begrippen, tot dat echt niet verder kan; en de common law was in hoofdzaak privaatrecht.

Toch hebben onze omzwervingen door de verschillende rechtsstelsels ons ook laten zien dat rechterlijke benaderingen, in welke juridisch-technische tooi ook gehuld, veel trekken van gemeenschappelijkheid vertonen. Bepaalde algemene rechtsbeginselen, zoals die over hoor en wederhoor, afgrenzing en misbruik van bevoegdheid, naleving van vorm- en procedurevoorschriften,

409. Zie P. Scholten, *Assers Handleiding tot de beoefening van het burgerlijk recht*, Algemeen Deel (3e dr., Zwolle 1974) hfdst. I par. 8.

410. Zie bijv. Georges Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne* (2e dr., Parijs 1948), met name p. 251 e.v.

411. Zie no. 34.

waken tegen bevooroordeeldheid, de weigering om terug te treden wanneer beleid overgaat in objectief wanbeleid, het honoreren van opgewekte verwachtingen e.d., vormen een steeds terugkerend patroon in het rechterlijke toezicht op bestuurshandelingen. Deze beginselen steunen vaak op een lange traditie, waarvan de wortels soms reiken tot in het Romeinse of het canonieke recht. Die traditie is sterk gekleurd door het privaatrecht, dat eeuwenlang het belangrijkste deel van het recht is geweest.

Misschien is er echter toch meer aan de hand. Het toezicht dat de rechter de laatste honderd jaar op het bestuur is gaan uitoefenen vertoont parallellen met het toezicht dat de rechter al eeuwenlang op andere of lagere rechters heeft uitgeoefend. In de Angelsaksische landen blijkt dat uit de herkomst van acties als prohibition en *certiorari*, die er aanvankelijk immers toe dienden om de koninklijke gerechten toezicht te verschaffen op het werk van andere rechters, zoals feodale, regionale of kerkelijke rechtbanken; in een land als Frankrijk ziet men het in de gelijkenis tussen de cassatie en het recours pour excès de pouvoir. Algemener gezegd: de eigenaardigheden van het rechterlijk toezicht op het bestuur worden wel voor een deel bepaald door het feit dat het om bestuur gaat, maar voor een niet onaanzienlijk ander deel door het feit dat het om toezicht gaat. Het is vaak gemakkelijk vergelijkingen met andere toezichthoudende functies te maken. Dat geldt zelfs bij een typisch bestuursrechtelijk geacht probleem als dat van het 'Ermessen', want de afpaling van de ruimte die de rechter aan het bestuur laat vindt haar pendant in de afpaling van de ruimte die de cassatierechter laat aan de feitelijke rechter. Ook in de Nederlandse cassatierechtspraak, met name die in strafzaken, zijn in dit opzicht methoden van toezicht te vinden die sterk verwant zijn aan de methoden van bijv. de administratieve rechter: objectiveringstechnieken (de rechter 'kon' tot het oordeel komen dat ...), interpretatie van feitelijk gekleurde kwalificaties, relevantie van gebezigd feitenmateriaal e.d. In zoverre sluit het moderne bestuursrecht daarom gedeeltelijk aan bij een oude juristentraditie.<sup>412</sup>

Voor het overige zullen wij op de leer van het gemene recht maar het woord van Alain toepasselijk verklaren: 'toutes les idées générales sont fausses' – waaraan hij trouwens toevoegt: 'ceci est d'ailleurs une idée générale'.

412. Deze gedachte is uitgewerkt in: T. Koopmans, Juridische dialectiek, Meded. der Ned. Akademie van Wetenschappen, Afd. Letterkunde, Nieuwe Reeks, deel 45 no. 3.