

## HOOFDSTUK I

# Inleiding

T. Koopmans, 'Inleiding', in: *Vergelijkend Publiekrecht*, Deventer: Kluwer 1986, pp. 1-7.

### 1. 'Publiekrecht'

Met de term 'publiekrecht' wordt in dit werk bedoeld op het deel van het recht dat in Nederland staats- en administratiefrecht wordt genoemd en dat in Duitsland als 'öffentliches Recht' bekend staat. De Franse term 'droit public' heeft meestal een engere betekenis, daar hij wel het administratiefrecht, maar slechts een deel van het staatsrecht omvat. In het Engelse juridische taalgebruik heeft het begrip 'public law' nauwelijks ingang gevonden. Wel wordt de laatste tijd gesproken van 'constitutional and administrative law'. Daarbij moet men erop bedacht zijn dat de term 'constitutional law' in de VS meestal een engere betekenis heeft dan in Groot-Brittannië, omdat hij er slechts die rechtsgebieden pleegt te bestrijken waarover rechterlijke uitspraken bestaan. De verhouding tussen President en Congres wordt bijv. grotendeels in boeken over 'government' of 'political science' behandeld.

Het publiekrecht beslaat in elk nationaal rechtsstelsel een groot terrein. Alleen over American constitutional law, of droit administratif français, bestaat al zoveel literatuur dat er een behoorlijke bibliotheek mee te vullen is. Het is vrijwel ondoenlijk zo'n terrein in meer dan één rechtsstelsel te beheersen; maar men kan er wel studie van proberen te maken.

### 2. Problemen van rechtsvergelijking

Vergelijkende studie van het publiekrecht wordt in de eerste plaats bemoeilijkt door een aantal factoren die aan alle rechtsvergelijking eigen zijn<sup>1</sup>: de gebezigde begrippen zijn niet steeds dezelfde, maar verschillende begrippen hoeven nog niet altijd een verschillende inhoud te herbergen; instellingen en procedures zijn anders, hetgeen soms wel en soms niet op materieel onderscheid wijst; bronnen zijn niet altijd even toegankelijk, en de interpretatie van hun betekenis in het desbetreffende rechtsstelsel is meer dan eens riskant.

Voor het publiekrecht komt daar nog bij dat het soort nette classificaties dat in het privaatrecht in een eeuwenlange traditie is uitgebeiteld niet in dezelfde mate voorhanden is. Wat er aan systematiek bestaat, leunt in hoofdzaak

1. Zie Sauveplanne, De methoden van privaatrechtelijke rechtsvergelijking, *Geschr. Ned. Ver. voor Rechtsvergelijking* no. 20 (Deventer 1975), vooral hfdst. 3.

aan tegen de triasleer, zoals die via schrijvers als Polybius en Montesquieu tot ons gekomen is. Wij zullen ons, uit gemakzucht en op een onorthodoxe manier, bij die traditie aansluiten, al zal bij de behandeling van de variaties op het triasthema wel blijken dat het uitgangspunt minder bruikbaar wordt naar gelang de 20e eeuw dichter bij zijn eindpunt komt.

Er is een verdere extra-moeilijkheid: het aantal factoren dat de inhoud van het publiekrecht als het ware van buiten af beïnvloedt (externe variabelen, als men wil), is beduidend groter dan ten aanzien van het privaatrecht het geval is. Bovendien is de mate van invloed van elk dier factoren vaak van land tot land verschillend. Te denken valt aan zulke ongelijksoortige omstandigheden als de historische achtergrond, de politieke cultuur<sup>2</sup>, de overgang naar sociale verzorgingsstaat en gemengde economie, de invloed op het regeringsbestel van bepaalde gebeurtenissen (13 mei 1958 in Frankrijk), bepaalde groeperingen (de sociaal-democratie in Zweden), of bepaalde strevingen (de democratiseringsbeweging en de contestatievlaag uit de jaren zestig).

Tenslotte is een in internationale kring aanvaard begrippenarsenaal nog verder te zoeken dan in het privaatrecht het geval is: het publiekrecht is sterker nationaal getint. Het begrip 'contract' in het Engelse recht dekt ongeveer – zij het niet helemaal – dezelfde betrekkingen als het contract uit het Franse, Belgische en Nederlandse recht; maar de Amerikaanse uitdrukking 'separation of powers' heeft – zoals wij nog zullen zien – domweg op een heel ander soort problemen betrekking dan haar Franse homoniem 'séparation des pouvoirs'.

### 3. Methode: basisvragen

Dit alles neemt niet weg dat er tussen de landen in onze hoek van de wereld ook belangrijke trekken van overeenstemming bestaan, vooral in staatsrechtelijk opzicht. Daarbij valt te denken aan:

- het bestaan van vertegenwoordigende colleges, die een belangrijk aandeel hebben in het wetgevingsproces;
- het bestaan van een landsregering, gekozen of verantwoordelijk jegens gekozenen, die vooral is belast met het bestuur, het regeren, de uitvoerende macht of de administratie, zoals wij het voorlopig vagelijk zullen aanduiden;
- het bestaan van een rechterlijke macht, die onafhankelijk is van de regering in de ook in Nederland gangbare betekenis van die term;
- de deelneming van de burgerij aan 's lands bestier, via verkiezingen, deelneming aan de publieke discussie en een zekere vorm van zelfbestuur over eigen zaken;

2. Zie daarover: A. Lijphart, *The politics of accommodation: pluralism and democracy in the Netherlands* (2e dr., Berkeley Cal. 1975) p. 9 e.v. Uitvoerig: Dennis Kavanagh, *Political science and political behaviour* (Londen 1983) hfst. 4.

- zekere garanties dat met de burgers niet naar willekeur wordt omgesprongen, maar dat zij ook tegenover hun regering hun rechten geldend kunnen maken en hun belangen kunnen bepleiten.

Deze vijf trekken bepalen het staatsrechtelijke gezicht van de staten die in de literatuur als 'liberal democracies' worden aangeduid.<sup>3</sup>

Ik beperk mij verder tot die landen – niet uit ideologische voorkeur (hoewel die zeker ook aanwezig is), maar omdat de wisselwerking tussen de genoemde vijf elementen nu juist de problemen in het leven roept die de publiekrechtelijk geschoolde juristen in die landen het meest bezighouden, en die mij toevallig zelf interesseren.

Voor de Nederlandstalige lezer heeft deze benadering twee voordelen. In de eerste plaats confronteert zij hem met problemen die hem ook uit zijn nationale publiekrecht bekend kunnen zijn: vragen als die of bij de wet inbreuken op grondrechten kunnen worden gemaakt, en wat de burger kan ondernemen tegen onregelmatige bestuurshandelingen, doen zich ook te onzent voor. In zo verre zou een vergelijkende benadering wellicht bijdragen kunnen leveren aan de ontwikkeling van publiekrechtelijke theorievorming – theorie hier in de zin van verzameling samenhangende begrippen, uitgangspunten en beginselen die ons in staat stelt beter vat te krijgen op datgene wat wij proberen te doorgronden.<sup>4</sup> In de tweede plaats brengt deze benadering met zich mee dat de lezer in aanraking komt met het publiekrecht van landen die in een aantal opzichten enigszins vergelijkbaar zijn met het eigen land: zij delen niet alleen, als 'Westerse democratieën', bepaalde politieke en ideologische tradities, zij hebben ook, als 'kapitalistische' en 'industriële' landen, eenzelfde soort economisch bestel; daarnaast hebben zij alle de ontwikkeling van de 'nachtwakerstaat' naar de verzorgingsstaat doorgemaakt en behoren zij, in de 19e- en 20e-eeuwse geschiedenis, eerder tot de koloniale mogendheden dan tot de gekoloniseerde gebieden.

Binnen deze groep van landen breng ik een verdere beperking aan, in die zin dat ik mij met name zal bezighouden met de rechtssystemen van de VS, Groot-Brittannië, Frankrijk en de Bondsrepubliek Duitsland, met enige uitstapjes, vooral naar het British Commonwealth, Italië en de Beneluxlanden. Aan die verdere beperking liggen een principieel en een praktisch motief ten grondslag. Het praktische motief is de toegankelijkheid van het materiaal – mijn talenkennis en leeshonger zijn beperkt, en men moet zich bij alles wat men over buitenlands publiekrecht schrijft niet alleen verdiept hebben in rechtsregels en jurisprudentie maar ook in de politieke en sociale 'Umwelt' die de vorming van het recht beïnvloedt. Het principiële motief is dat juist de vergelijking van Amerikaans, Engels, Frans en Duits publiekrecht ons de gelegenheid geeft een aantal fundamentele vragen te belichten. Men zou het zo kunnen zien dat zich bij de opbouw van een publiekrechtelijk systeem in landen van het liberaal-democratische type een aantal basisvragen voordoen, en dat het boeiende van

3. Zie bijv. S.E. Finer, *Comparative government* (Pelican ed. 1982) hfdst. II.

4. Zie Geoffrey Marshall, *Constitutional theory* (Oxford 1971) Introduction.

de vier gekozen rechtsstelsels is dat zij voor vrijwel elk van die vragen een paar tegengestelde oplossingen en een paar tussenvormen te zien geven.

Men zou deze laatste gedachtengang ook omgekeerd, en meer modelmatig kunnen formuleren. Men zou dan ongeveer tot de volgende constructie komen:

- a. binnen de vooronderstellingen van het liberaal-democratische regeringstype doen zich een aantal basisvragen voor – basisvragen omdat er een antwoord op *moet* zijn gegeven voordat het publieke recht kan worden ontwikkeld; het moet mogelijk zijn die basisvragen vast te stellen door analyse van de verhouding tussen de genoemde vooronderstellingen en de voorwaarden waaronder een publiekrechtelijk systeem kan functioneren;
- b. het aantal mogelijke antwoorden op de genoemde basisvragen is beperkt; dat komt doordat het menselijk voorstellingsvermogen in het algemeen beperkt is, omdat het genus *homo, sapiens* of niet, zo sterk door zijn biologische gegevenheden en door wat zijn voorouders hem hebben overgeleverd is beïnvloed, dat zijn keuzevrijheid ten aanzien van leef- en cultuurpatronen (met inbegrip van rechtspatronen) binnen betrekkelijk nauwe heiningen is ingeklemd<sup>5</sup>;
- c. men kan dus, door zijn juridische ervaring en zijn verstand te gebruiken, een koppel zoveel mogelijk tegengestelde antwoorden op de basisvragen bedenken, en vervolgens rondzien in welke rechtssystemen die antwoorden het duidelijkst zijn belichaamd; het in abstracto gevonden antwoord zal nooit in zuivere vorm in de juridische werkelijkheid worden gevonden, zodat de bestudering van een rechtssysteem allerlei retouches op het antwoord vereist, maar het abstracte antwoord stelt ons in staat de fundamentele tegenstellingen duidelijk te zien voordat de compromissen die elke praktische rechtstoepassing met zich brengt, het zicht daarop versluieren.<sup>6</sup> En die tegenstellingen bepalen vaak de verschillen in de gehanteerde begrippen en technieken – verschillen die blijven bestaan ook al stemmen de resultaten waartoe men in elk van die stelsels komt vrijwel overeen. Mijn – voorlopig onbewezen – stelling is dat deze exercitie mogelijk is aan de hand van de gekozen rechtsstelsels.

#### 4. Methode: beperkingen

Uit het voorgaande volgt mede, welke onderwerpen in het vervolg niet zullen worden behandeld, ook al zouden zij met enige goede wil voor vergelijkend publiekrecht kunnen doorgaan.

In de eerste plaats zal ik mij in het algemeen onthouden van een oordeel over de vraag hoe 'goed' of 'verkeerd' bepaalde oplossingen – laat staan

5. Zie Tiger and Fox, *The imperial animal* (Londen 1971) hfdst. II.

6. Verg. Claude Lévi-Strauss, *Sens et usage de la notion de modèle*, in: *Anthropologie structurale deux* (Parijs 1973) hfdst. VI.

'systemen' – nu wel zijn. Voor zover de 'native lawyers' daarover opinies te berde hebben gebracht, zal daaraan soms worden gerefereerd, maar er wordt niet *per se* naar gestreefd hun oordeel te verbeteren. Dat is, zonder een diepgaande kennis van het desbetreffende rechtssysteem, van de sociale werkelijkheid waarin het functioneert, van geschiedenis en tradities, ook niet goed mogelijk. Zelfs de pro's en contra's van bepaalde constitutionele voorzieningen in België begrijpt men pas goed wanneer men er op zijn minst een jaar heeft geleefd – en hier spreek ik uit eigen ervaring. Terughoudendheid in morele oordeelvellingen over hetgeen in betrekkelijk onbekende contreien geschiedt is m.i. dan ook raadzaam – al geloof ik met Oscar Wilde dat 'one should not carry moderation to extremes'. En in elk geval is dit soort oordeelvellingen voor de vergelijking die ik beoog ook niet nodig. Zoals men voor de studie van het staatsrecht van de USSR thuis moet zijn in het marxisme-leninisme, zonder daarom geverseerd te hoeven zijn in de moderne marx-kritiek, zo moet men voor het staatsrecht van de Westerse landen andere ideologische uitgangspunten en politieke mythen in zijn beschouwingen betrekken, zonder verplicht te zijn elk daarvan te voorzien van plussen en minnen.<sup>7</sup> In het verband van onze studie zou dat soms trouwens evenveel zin hebben als 'to pass a moral judgment on a grasshopper' (Henry James, ditmaal).

In de tweede plaats beoog ik niet te schetsen hoe het nu eigenlijk in bepaalde landen toegaat. Daarvoor komt nl. nogal wat kijken. Van sommige landen, zoals Frankrijk, moet men de geschiedenis goed kennen voordat men enig zicht krijgt op de samenhang tussen het politiek systeem en de constitutionele ordening; de Verenigde Staten vormen het schoolvoorbeeld van een land waar de inhoud van toepasselijke wetsteksten en rechterlijke uitspraken weinig licht verschaft over de sociale werkelijkheid; in Canada is alleen de aardrijkskundige situatie al van belang voor een goed begrip van de staatsopbouw; en voor allerlei Britse praktijken is het nodig terug te kijken tot ver in de Middeleeuwen, soms tot in de 11e eeuw ('time immemorial', heet dat in Engelse uitspraken). Natuurlijk is het nuttig zich daarin te verdiepen: problemen van maatschappelijke organisatie kunnen nauwelijks van elkaar worden losgemaakt. Ook bij meer technisch-juridische problemen blijft dat waar. De Amerikaanse rechtspraak over een aantal belangrijke constitutionele onderwerpen onderging een drastische wijziging in de periode 1937-1940; deze wijziging is niet los te denken van de 'New Deal'-wetgeving die onder president Franklin D. Roosevelt tot stand kwam; die wetgeving is op haar beurt niet te begrijpen zonder enig inzicht in de economisch-politieke problemen van de jaren dertig. Maar economie, sociologie, politieke wetenschap, geschiedenis en geografie beschikken over hun eigen deskundigen; schrijver dezes behoort daar niet toe, al heeft hij over die onderwerpen wel eens iets gelezen en al zal hij nu en dan in het vervolg de lezer opwekken dat ook te doen.

7. Zie C.J. Hamson, *The law, its study and comparison* (Cambridge 1955). Verg. ook Philippa R. Foot, *Approval and disapproval*, in: *Law, morality and society, essays in honour of H.L.A. Hart* (Oxford 1977) hfdst. XIII.

Het gaat dus niet om beoordeling, maar om analyse, systematiek en beschrijving; en de inzet van die beschrijving is niet wat in bepaalde landen gebeurt maar wat er de belangrijkste publiekrechtelijke beginselen zijn.

Dit ziet er misschien wat mager uit. Voor de lezer die niet zo erg in problemen en theorieën is geïnteresseerd, maar naar praktisch nut zoekt, is er echter een troost: bestudering van publiekrechtelijke basisstructuren zal hem een soort referentiekader helpen verschaffen, dat hem in staat stelt voortaan zelfstandig publiekrechtelijke onderwerpen in de behandelde landen te bestuderen. Elke vergelijking, al is het maar tussen bepaalde instellingen of rechtsregels in twee rechtssystemen, vereist dat men het bestudeerde onderwerp in elk van die systemen kan localiseren; dat vereist dat een eerste grove plattegrond aanwezig moet zijn. Het onderhavige schriftuur beoogt mede die plattegrond te verschaffen.

## 5. Methode: het begrippenapparaat

Aan de hier gevolgde benadering ligt derhalve mede de gedachte ten grondslag dat het moeilijk is instellingen, beginselen of rechtsregels te vergelijken als men deze niet kan plaatsen in het kader van het rechtssysteem waarin zij tot ontwikkeling zijn gekomen. Het is niet helemaal onmogelijk om het in sommige gevallen daarzonder te stellen: men kan bijv. samenstelling en bevoegdheden van het Britse Parlement proberen te vergelijken met die van het Amerikaanse Congres. Dat is ook wel gedaan, en soms zelfs goed.<sup>8</sup> Voor de jurist is het ook dan niet geheel bevredigend: voor hem is niet alleen van belang wat de verschillen zijn tussen een eventuele weigering van Royal assent op een door de volksvertegenwoordiging aangenomen ontwerp van wet en een presidentieel veto, maar ook of de rechter de geldigheid van een regelmatig tot stand gekomen wet onder alle omstandigheden heeft te eerbiedigen. Dat laatste vereist echter beschouwingen die de geïsoleerde opzet van dit type vergelijkende studies te buiten gaan.

In de meeste gevallen is evenwel een geïsoleerde opzet kortweg onmogelijk. Als men zijn krachten zou willen beproeven op zulk een vermaarde instelling als de Franse Conseil d'Etat, zou men ras tot de ontdekking komen dat een tegenhanger daarvan in landen als Groot-Brittannië en de VS eenvoudig ontbreekt. De rechterlijke taken van de Conseil d'Etat worden daar soms vervuld door de gewone rechter, soms door speciale 'boards' of 'tribunals', en soms in het geheel niet; de adviserende taken zijn er verspreid over een groot aantal instellingen en personen. Deze uiterlijke omstandigheden verraden echter een dieper liggend probleem: nl. dat de taken en bevoegdheden van de Conseil d'Etat niet als een eenheid worden gezien in het Angelsaksische juridische denken; in het daar gehanteerde begrippenapparaat ontbreken de categorieën om voor de werkzaamheden van de Conseil d'Etat een plaats te vinden.

8. Bijv. Bradshaw and Pring, *Parliament and Congress* (Londen 1973).

Juridische begrippen dienen niet alleen om studenten te leren hoe het recht in elkaar zit (de ingang tot het begrippenapparaat is de belangrijkste voorwaarde daartoe); zij vormen tevens uitgangspunten voor het handelen van degenen die het recht vormen of verder ontwikkelen, zoals rechters, advocaten, kamerleden, gemeenteraden, en ministers van justitie. In zo verre verschilt de juridische begrippenwereld van die van de wiskundigen, zoölogen of sociologen. Begrippen als 'structuur' en 'cultuur' in de sociologie stellen ons in staat de maatschappelijke werkelijkheid beter te begrijpen – dat is althans wat zij verondersteld worden te doen. Maar noties als 'due process of law', 'principles of natural justice', 'erreur de droit' en 'Sozialstaat' behoren tot een andere begrippenfamilie: zij leren ons weinig over de maatschappelijke werkelijkheid, doch belichamen elk een zekere koers die in bepaalde landen door onderscheidene instellingen moet worden gevaren. Zij zijn niet kwalificaties van feitelijke verschijnselen, maar vormen de oriëntatiepunten voor hen die binnen het rechtssysteem tot beslissingen geroepen zijn. Men kan de inhoud van deze begrippen dan ook alleen maar naproeven door hen in actie te zien; en men kan hen slechts in actie zien als men eerst heeft nagegaan aan welke instelling de hantering van die begrippen is toevertrouwd en tot welk doel.<sup>9</sup> En men moet dat doen, wil men van een buitenlands rechtstelsel iets begrijpen.

Er is slechts vergelijking mogelijk als men het begrippenapparaat heeft gepoogd te doorgronden; en men kan de begrippen slechts doorgronden als men het raamwerk heeft gedetermineerd waarbinnen die begrippen hun rol hebben te spelen. De bouw van het raamwerk is op zijn beurt gefundeerd op een aantal beginselen die als het ware de grondslag van het publiekrechtelijke systeem vormen. En daarmee zijn wij dan weer terug bij het uitgangspunt.

9. In deze opvatting omvat 'recht' dus mede 'the skills and traditions of the crafts of law'; zie Karl N. Llewellyn, *The common law tradition* (Boston-Toronto 1960) p. 182-187.