



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De ontwikkeling van het algemeen bestuursrecht van 1900 tot heden. Welke kansen zijn er nu?

Polak, J.E.M.

Citation

Polak, J. E. M. (2010). De ontwikkeling van het algemeen bestuursrecht van 1900 tot heden. Welke kansen zijn er nu? *Kansen In Het Omgevingsrecht. Opstellen Aangeboden Aan Prof.mr. N.s.j. Koeman*, 369-383. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15053>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/15053>

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

De ontwikkeling van het algemeen bestuursrecht van 1900 tot heden

Welke kansen zijn er nu?

Jaap Polak

1 Inleiding

Staatsrecht is zo oud als er staten zijn. Bestuursrecht (of zoals dat vak heette tot de Grondwetwijziging in 1983: administratief recht) bestaat weliswaar ook al heel lang, maar wordt pas schoorvoetend als een aparte tak van sport gezien vanaf ongeveer tachtig tot negentig jaar geleden en is pas de laatste decennia echt op eigen benen gaan staan. Als dat een beetje zielig zou klinken, is dat niet nodig, want thans is de situatie zo dat het er soms op lijkt dat het bestuursrecht het staatsrecht heeft overvleugeld en naast het privaatrecht en het strafrecht het derde grote rechtsgebied is geworden. Ik zal hierna echter aangeven dat bestuursrecht zonder staatsrecht ondenkbaar is.

Men kan de ontwikkeling van het algemeen bestuursrecht in Nederland vanaf 1900 het beste in twee periodes knippen. De eerste periode bestrijkt de periode tot 1 januari 1976 en de tweede periode bestrijkt de laatste 33 jaar, de periode waarin Niels Koeman de advocatuur bedreef, de periode van de groei en bloei van het algemeen bestuursrecht (naar de woorden van het afscheidscollege van Frits Stroink).¹ Ik noem die datum van 1 januari 1976 niet omdat Niels Koeman niet ver daarvoor in 1974 zijn indrukwekkende loopbaan in de advocatuur begon, van stagiaire tot de bekendste bestuursrechtadvocaat, maar omdat op die dag de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen (Arób) in werking trad en aldus voor het eerst in Nederland werd voorzien in een regeling van algemene administratieve rechtspraak. Ik zal hieronder dus eerst ingaan op de ontwikkeling van het algemeen bestuursrecht voor 1976, waarbij ik vier thema's zal hanteren. Het eerste thema is de verhouding tot het staatsrecht. Het tweede thema is het vraagstuk van de rechtsbescherming tegen de overheid, het derde de verhouding tot het privaatrecht en het vierde thema de verhouding van het algemeen deel van het bestuursrecht tot de vele bijzondere delen. In het tweede deel van dit betoog dat de periode van na 1976 beslaat, zal ik de nadruk leggen op de groei en bloei die het bestuursrecht heeft door- gemaakt door de totstandkoming van de Algemene wet bestuursrecht (thema 5), waarbij voor de laatste twee decennia in het bijzonder het zesde thema, de internationalisering van het bestuursrecht (van origine zo nationaal) aan bod zal komen.

Vervolgens wordt ingegaan op de periode van de 'reactie' op de groei en bloei van het bestuursrecht vanaf ongeveer 1997. Daarin staat die groei en bloei onder druk, omdat vooral op de terreinen waarop Niels Koeman wetenschappelijk en praktisch actief is (het omgevingsrecht) vanuit de politiek en het bestuur de roep om versimpeling en vereenvoudiging van procedures is gaan klinken. Tegen die achtergrond rijst tenslotte de vraag of die 'reactie' het bestuursrecht van nu nog wel kansen biedt.

¹ F.A.M. Stroink, *De groei en bloei van het bestuursrecht*, afscheidscadeau als hoogleraar te Maastricht in 2006.

2 Deelthema 1: de verhouding tot het staatsrecht

Hoewel het vak administratief recht in 1876 afzonderlijk in het academisch statuut werd opgenomen, werd het tot aan de Tweede Wereldoorlog meer beschouwd als een onderdeel van het staatsrecht of op zijn best als een vak in de marge van het staatsrecht. Dat laat zich het best illustreren door het feit dat er aan de universiteit geen aparte leerstoelen voor administratief recht bestonden, maar dat het tot de Tweede Wereldoorlog steeds werd behandeld door de hoogleraren staatsrecht. Toch hield men zich aan het begin van deze eeuw al wel bezig met wat nu het verschil tussen staats- en bestuursrecht was. Een van de eerste bekende wetenschappers op het terrein van het administratief recht was de Groningse en Leidse hoogleraar Jacques Oppenheim, hoogleraar in het staats- en administratief recht; in Leiden deed hij er ook nog volkenrecht bij. Ter gelegenheid van zijn zeventigste verjaardag in 1919, dus thans negentig jaar geleden, werd hem door vrienden en vooral door leerlingen een boek uitgereikt over Nederlandsch administratief recht. Dat boek kan een beetje gelden als de nulmeting van hoe het administratief recht er negentig jaar geleden uitzag.² Wat het algemeen deel betreft is er alleen iets te vinden over administratieve rechtspraak en wel over administratieve rechtspraak in crisiszaken door de bekende Amsterdamse hoogleraar Struycken, de Beroepswet (dan hebben wij het dus over het sociale verzekeringsrecht) en procesrecht voor Gedeputeerde Staten. Voor het overige betreft het bijzonder bestuursrecht, waarbij wij thans denken aan de grote bijzondere delen als milieu- en ruimtelijk ordeningsrecht. Dat bestond toen nog niet. Het administratief recht, zoals dat in dat boek voorkomt, betreft de typische overheidsstaken in de klassieke liberale rechtsstaat, dus met name buitenlandse betrekkingen, onderwijs, kunst en wetenschap, wat volksgezondheid, waterstaat en verkeer, wat landbouw, wat handel en nijverheid, een beetje armwezen, sociale voorzorg en volkskrediet (maar niet veel) etc. Kortom, met een algemeen deel van het administratief recht, zoals wij dat thans op de universiteit onderwijzen, had het nog niets van doen. Toch staan er in dit boek wel interessante passages. Zo beschrijft Van Vollenhoven dat Jacques Oppenheim in zijn colleges de verhouding tussen staats- en administratief recht beschreef als die van 'de staat in rust' (het staatsrecht) tot 'de staat in beweging' (het administratief recht). Dat beeld brengt tot uitdrukking dat het staatsrecht gaat over het scheppen van bevoegdheden, het recht betreft dat de verhouding van de verschillende staatsorganen tot elkaar regelt. Het administratief recht heeft betrekking op het recht dat ziet op regels die van betekenis zijn als de staat met die bevoegdheden gaat werken.

Het enige stuk van het algemeen deel van het administratief recht waarover het ook al aan het eind van de 19e eeuw ging, was het probleem van de rechtsbescherming tegen de overheid. Wij zien dat nu als bestuursrecht, administratief recht dus, in termen van toen. Opgevat als constitutioneel vraagstuk, als vraag-

² Nederlandsch Administratief Recht, Handleiding bewerkt door leerlingen van Prof. mr. J. Oppenheim ter gelegenheid van diens 70e verjaardag op 3 maart 1919, Haarlem 1919.

stuk van organisatie van de Staat, is het evenwel een staatsrechtelijk vraagstuk. Dat komt goed tot uiting, wanneer men de bekende tegenstelling tussen Loeff en Struycken naar aanleiding van het wetsvoorstel van Loeff in 1905 in ogen-schouw neemt; die van de voorstanders van onafhankelijke administratieve rechtspraak enerzijds (Loeff) en die van de voorstanders van beroep binnen de administratie als vorm van rechtsbescherming anderzijds (Struycken). Volgens Struycken zou de rechtsbescherming van de burger tegen de overheid gevonden moeten worden bij bestuurders en niet bij rechters.³ Die tegenstelling is een tegenstelling die samenhangt met het constitutioneel gedachtegoed dat men aanhangt. Dit vraagstuk, dat wij nu tot het algemeen bestuursrecht rekenen, was in feite het enige aspect van algemeen bestuursrecht dat speelde (de rest was zoals uit de aan Oppenheim aangeboden opstellen, bleek bijzonder bestuursrecht). Daarmee is het niet gek dat het administratief recht een onderdeel van het staatsrecht was en dat staatsrecht-beoefenaars zich bezighielden met de vraag: administratie of rechter? Vrijwel ieder vraagstuk van algemeen bestuursrecht dat bij de in deze bijdrage te bespreken deelthema's aan de orde is, betreft ook een constitutioneel vraagstuk. Hier zien wij dat het algemeen deel van het bestuursrecht nog steeds in samenhang met het staatsrecht moet worden beoefend en dat het daarom ook terecht is dat universiteiten één vakgroep Staats- en bestuursrecht hebben. Men kan administratief recht van voor de oorlog zien als het deel van het staatsrecht dat didactisch werd onderscheiden om de bijzondere wetgeving een plaats te geven. Men kan het ook zien als het terrein van de beoefenaren uit staatsrechtelijke hoek met grote praktische belangstelling. Dat is lang zo gebleven: hoogleraren in het administratief recht waren veelal mensen uit het ambtelijk apparaat die zich – in de woorden van Van Vollenhoven en Oppenheim – met de staat in beweging hadden bezig gehouden. Te denken valt aan Oppenheim zelf, jarenlang gemeentesecretaris te Groningen en ook liberaal politicus en aan latere hoogleraren als Troostwijk,⁴ ook ooit gemeentesecretaris aldaar, en De Goede, hoogleraar administratief recht in de tijd dat ikzelf in Leiden studeerde en afkomstig uit het ambtenaren-apparaat.⁵

3 Deelthema 2: rechtsbescherming tegen de overheid

Ik gaf aan dat dit thema in zoverre met het deelthema 1 samenhangt, dat dat als staatsrechtelijk vraagstuk al honderd jaar geleden aan de orde was en naar typisch Nederlands gebruik toen niet is opgelost. Wie de debatten met Prinsjesdag 2009 heeft gezien, herkent de Nederlandse

³ A.A.H. Struycken, 'Administratie of rechter?', in: *Verzamelde werken van Prof.mr. A.A.H. Struycken*, deel 1, Haarlem 1929.

⁴ M. Troostwijk, van de bekende losbladige editie over de Gemeentewet en Voorzitter van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State van 1982 tot 1984.

⁵ B. de Goede, bekend van onder meer verschillende drukken van *Beeld van het administratief recht*.

regeerstijl als één om vraagstukken voor zich uit te schuiven en zo is het ook gegaan met het vraagstuk van de rechtsbescherming tegen de overheid. Wij hadden een minister van Justitie, Loeff, die wat wilde, namelijk onafhankelijke administratieve rechtspraak, maar zijn wetsvoorstel werd vakkundig om zeep geholpen. Het verzet daartegen steunde intellectueel op een voorname leerling van Oppenheim, Struycken, die als jonge Amsterdamse hoogleraar het pamflet 'Administratie of rechter?' had geschreven. Daarin had hij uiteengezet dat onafhankelijke administratieve rechtspraak in onze constitutionele verhoudingen niet zou passen, omdat de niet gekozen rechter het laatste woord zou hebben over beslissingen van de uitvoerende macht die geacht worden in het algemeen belang te zijn wanneer zij door de democratisch gelegitimeerde bestuurders worden genomen. Slechts evenzeer democratisch gelegitimeerde bestuurders zouden deze kunnen corrigeren. Zoals bekend, heeft dat erin geresulteerd dat wij in Nederland heel lang het bekende beroep op de Kroon hebben gehad als belangrijke vorm van rechtsbescherming naast aparte administratieve rechtspraak op bijzondere terreinen zoals het sociale verzekeringsrecht en het ambtenarenrecht (met de Centrale Raad van Beroep al vanaf 1902 als hoogste rechter). Na de Tweede Wereldoorlog zou daar eerst de rechtsbescherming van het College van Beroep voor het bedrijfsleven bijkomen op het terrein van het publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie, evenzeer een bijzondere vorm van bestuursrechtspraak. Grote delen van overheidsbestuur bleven echter gespeend van enige regeling van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Zoals bekend, heeft de burgerlijke rechter dat gat gevuld met de bekende rechtspraak op grond van de onrechtmatige overheidsdaad. In de periode na de Tweede Wereldoorlog tot 1976 hadden wij dus een systeem van rechtsbescherming tegen de overheid dat op ten minste drie ankers berustte: administratief beroep op de Kroon, vanaf 1963 bij beschikkingen van de centrale overheid op grond van de Wet BAB en wanneer dat zo in een bijzondere wet was geregeld; administratieve rechtspraak op bepaalde terreinen waar de gespecialiseerde gemakkelijk toegankelijke rechter door de wetgever in het leven was geroepen, maar geen algemene administratieve rechtspraak; tenslotte rechtsbescherming door de burgerlijke rechter, waar de bijzondere administratieve rechtspraak en het Kroonberoep nog leemtes lieten. Het poldermodel was nog niet uitgevonden, maar de rechtsbescherming tegen de overheid was een typisch a-doctrinair Nederlands poldermodel.

Een van de belangrijke gevolgen van het ontbreken van algemene administratieve rechtspraak en van een verbrokkeld systeem van rechtsbescherming is geweest, dat de ontwikkeling van het algemeen deel van het administratief recht aanzienlijk minder snel is verlopen dan het geval zou zijn geweest, wanneer Loeff aan het begin van de vorige eeuw wèl zijn zin had gekregen en onafhankelijke administratieve rechtspraak tot stand was gekomen. Een tweede observatie die men, terugkijkend, daarbij kan hebben, is dat toen het vraagstuk van de rechtsbescherming tegen de overheid in de jaren na de Tweede Wereldoorlog met de groei van het bijzonder bestuursrecht, echt van belang werd – de overheid kreeg immers zoveel bevoegdheden toen Nederland moest worden

opgebouwd dat er ook behoefte ontstond aan rechtsbescherming daartegen – de rechtsbescherming voor een belangrijk deel privaatrechtelijk was georganiseerd. Dat had weer tot gevolg, dat ook privaatrechtelijk gedachtegoed daarop zijn invloed deed gevoelen. Vanuit het staatsrecht kwamen de mannen die zich vooral bezig hielden met de instrumentele kant van het bestuursrecht, vanuit het privaatrecht kwamen de mannen (de vrouwen kwamen pas later!) die zich bezig hielden met de rechtsbescherming. Niet voor niets zijn bekende bestuursrechtjuristen van na de Tweede Wereldoorlog als Pieter de Haan (hoogleraar aan de VU en TU Delft en vooral befaamd om zijn bijdrage op het terrein van het onroerend goedrecht en het bouwrecht, maar ook op het gebied van het algemeen bestuursrecht)⁶ Carel Polak (bezetter van de eerste leerstoel administratief recht in Leiden van 1950 tot 1967)⁷ en een van zijn bekendste studenten Michiel Scheltema (de grote man van de Algemene wet bestuursrecht) afkomstig uit het burgerlijk recht.

4 Deelthema 3: de verhouding van het bestuursrecht tot het privaatrecht

Zoals het niet invoeren van de administratieve rechtspraak invloed had op het vraagstuk van de rechtsbescherming, zo heeft het ook invloed gehad op het denken over de verhouding privaatrecht-bestuursrecht. Heel lang was het administratief recht een wat excentrisch onderdeel van het staatsrecht. In de eerste decennia na de Tweede Wereldoorlog was het daarnaast ook een ondergeschoven kind ten opzichte van het privaatrecht, omdat de rechtsbescherming tegen de overheid voor een belangrijk deel moest worden georganiseerd via de onrechtmatige overheidsdaad, op grond van toen nog artikel 1401 BW (oud) en thans artikel 6:162 BW. Dat privatisten in zaken die bij de burgerlijke rechter kwamen de overhand hadden, bleek uit de benadering van de Hoge Raad om het privaatrecht als het gemene recht en het administratief recht als het bijzondere recht te beschouwen. De gemene rechtsleer bracht onder meer met zich, dat de overheid als eigenares van openbare grond weinig tot geen strobreed in de weg werd gelegd, wanneer zij op basis van het privaatrecht veel verdergaande eisen stelde, dan langs publiekrechtelijke weg mogelijk was. De tweewegenleer is een bekende gevolgtrekking die uit de gemene rechtsleer werd getrokken.⁸

Naarmate evenwel het bestuursrecht zich na de Tweede Wereldoorlog heeft ontwikkeld als gevolg van de aanzienlijke groei van het bijzondere bestuursrecht en de daarmee gepaard gaande sterk gestegen behoefte aan rechtsbescherming, ontwikkelden zich langzamerhand de contouren van een algemeen deel van het administratief recht dat voorzag in waarborgen tegen al die bewerktuiging of zo

⁶ Over hem het treffende T. Drupsteen, 'In memoriam Pieter de Haan 1927-2005', *NJB* 2005, p. 2096.

⁷ Over hem *NJB* 1981, p. 321-322.

⁸ HR 19 januari 1968, *NJ* 1968, 166 (Eindhoven/Staals).

men wil tegen die instrumentele benadering van het bestuursrecht. De burgerlijke rechter is daarmee begonnen door het concept van marginale toetsing van overheidshandelen te introduceren. Dat begrip heeft nu de geur van zeer afstandelijke toetsing door de rechter van de uitoefening van bestuursbevoegdheden, maar is juist ontwikkeld als concept om die uitoefening onder rechterlijke controle te brengen. De Hoge Raad begon daarmee in het bekende Doetinchemse woonruimte-arrest.⁹ In de wet stond dat alleen het gemeentebestuur had te oordelen over zijn bevoegdheid tot het vorderen van woonruimte, maar de burgerlijke rechter bepaalde dat dat een toetsing aan de zogenaamde willekeurformule – dus aan de vraag of de overheid in redelijkheid tot zo'n woonruimtevoordering kon komen – niet uitsloot. Dat lijkt naar de inzichten van nu afstandelijk, maar was in feite revolutionair, omdat het anders dan Struycken zou hebben gewild, een 'vrije' overheidsbevoegdheid aan toetsing van de rechter op (kennelijke) onredelijkheid onderwierp. Toch kon met de civiele rechtspraak als waarborg niet meer worden volstaan. In de jaren zestig, passend in de tijdgeest, werd weer gestudeerd op ideeën over algemene administratieve rechtspraak en dat leidde uiteindelijk tot de komst van de Wet-Arob in 1976. Thans stond tegen alle overheidsbeschikkingen waartegen geen andere bestuursrechtelijke rechtsbescherming rechtsbescherming open bij de eerste algemene administratieve rechter, de Afdeling rechtspraak van de Raad van State. Ongeveer in dezelfde tijd werd die kritiek op de gemene rechtsleer onder invloed van de eerste echte generatie bestuursrechtjuristen (Koeman, Konijnenbelt, Drupsteen, Van Buuren, Nicolaï etc.) voelbaar en ontwikkelde het bestuursrecht zich langzaam tot een eigen rechtsgebied en was de emancipatie ten opzichte van enerzijds het staatsrecht en anderzijds het privaatrecht bijna voltooid.

5 Deelthema 4: de verhouding van het algemeen deel tot het bijzonder deel

Aan de universiteit denken wij aan het algemeen deel als wij het over administratief recht hebben en dan vooral aan het algemeen deel zoals dat in de Algemene wet bestuursrecht is te vinden. Maar wat het bestuursrecht voor de praktijk tot zo'n belangrijk praktisch rechtsgebied maakt, zijn de bijzondere delen en de enorme uitgebreidheid ervan. Toen ik tien jaar geleden als Leids hoogleraar begon met hoorcolleges in de beginfase van de studie, werd het eerste inleidende hoorcollege verzorgd door Thijs Drupsteen, die wees op de door hem naar college meegebrachte hele verzameling bekende vaalbruine Schuurman&Jordens wetboeken. Hij merkte op dat deze serie de hele Nederlandse regelgeving van centraal niveau bevat en dat deze voor meer dan 90% wetgeving van bestuursrechtelijke aard is. Staatsrecht, privaatrecht en strafrecht mogen fraaie wetten hebben in de vorm van de Grondwet, het Burgerlijke Wetboek en het Wetboek van Strafrecht; kwantitatief leggen al die voorschriften

⁹ HR 25 februari 1949, *ABB*, p. 778.

van straf- en privaatrechtelijke aard het natuurlijk af tegen de hoeveelheid aan bestuursrechtelijke voorschriften op terreinen van alle Haagse departementen. Thijs Drupsteen zei dat een hoogleraar bestuursrecht hoogstens verstand van 5% van al die bestuurswetgeving had en deed mij vervolgens de eer aan door mij aan te kondigen als de hoogleraar van volgende week die wel van 6% verstand had. Dit onverdiende compliment heb ik natuurlijk voor lief genomen.

Het administratief recht was tot 1976 vooral een verzameling van bijzondere delen. Voor de oorlog de bijzondere delen die men terugvindt in het boek van de leerlingen van Oppenheim in 1919. Na de oorlog kwamen daar belangrijke nieuwe terreinen bij als de Wet op de Ruimtelijke Ordening, de Woningwet, de Woonruimtwet, zeer veel onderwijswetgeving en nog heel veel meer.

Wij zagen hiervoor dat de ontwikkeling van het algemeen deel lang is achtergebleven, maar in de jaren vijftig en zestig van de vorige eeuw werd vooral in het verband van de Vereniging voor Administratief Recht met de befaamde rapporten Abar gewerkt aan een algemeen deel.¹⁰ Dat had te maken met het feit dat er behoefte was aan het structureren van meer waarborgen tegen de overheidsadministratie in verband met de vrijwel onbeperkte bewerktuiging van de overheid in de jaren na de Tweede Wereldoorlog als gevolg van de behoefte aan wederopbouw van Nederland. Maar het bleef aanvankelijk bij rapporten. Wat de rechtsbescherming c.q. de waarborgfunctie van het bestuursrecht betreft, moeten wij het verder hebben van de ontwikkeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de jurisprudentie van de burgerlijke rechter in het kader van de onrechtmatige overheidsdaad – en nog wat weinig systematisch – in die van de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven als administratieve rechters en de Kroon in administratief beroep. Zoals alle belangrijke deelthema's, het thema van de rechtsbescherming tegen de overheid, het thema van de verhouding privaatrecht tot bestuursrecht, heeft ook het thema van de verhouding tussen het algemeen deel en het bijzonder deel van het bestuursrecht in wezen een constitutionele en dus staatsrechtelijke kern. Enigszins grofmazig zou men kunnen zeggen dat diegenen die zich stortten op de bijzondere delen, de overheid zagen als hoeder van het algemeen belang: hoe meer overheidsbevoegdheden, hoe beter. Degenen die vooral het algemeen deel van het bestuursrecht ter harte ging, wezen op het belang van voldoende waarborgen tegen de overheid. Daarmee ging de discussie ook voor een belangrijk deel over de invulling van het wetsbegrip. In het werk van Böhntlingk kan men reeds terugvinden hoezeer hij waarschuwde tegen een wetsbegrip met te veel blanco bevoegdheden en al pleitte voor meer waarborgen.¹¹

¹⁰ Onder meer beschreven in het fraaie boek van J. van der Hoeven 'De drie dimensies van het bestuursrecht', *VAR reeks 100*, Alphen 1989.

¹¹ F.R. Böhntlingk, *De rechtsstaat Nederland*, oratie 1958 en samen met Logemann, *Het wetsbegrip in Nederland*, Alphen 1966. Zie recent F.J. van Ommeren, 'Het wetsbegrip van Böhntlingk', *NTB 2009*, 12.

6 Deelthema 5: de groei en bloei van het bestuursrecht

Daarmee zijn wij gekomen tot het tijdvak van de groei en bloei van het bestuursrecht, om het nog een keer in de woorden van Frits Stroink te zeggen. Zonder dat de groei van het bijzonder bestuursrecht tot stand kwam, is er toch een algemeen deel van het bestuursrecht gekomen. Was de op 1 januari 1976 in werking getreden Wet Arob nog slechts rechtsbeschermingswet door eindelijk beroep op de algemene administratieve rechter open te stellen, met haar komst ontwikkelde het bestuursrecht zich snel. Toetsing van overheidsbevoegdheden aan een toereikende motivering en een goede en zorgvuldige voorbereiding van besluiten, werd de norm. De eerste Voorzitter van de Afdeling rechtspraak Jo van der Hoeven moet hier met ere worden genoemd. Deze voormalige hoogleraar staats- en administratief recht was op de zitting, zo kan ik mij als in 1979 beginnend advocaat nog levendig herinneren, niet het toonbeeld van vriendelijkheid; meer een gevreesd examiner. Hij was echter wel van het slag dat houdt van enige tegenspraak en bij wie je dus vooral niet in de schulp moest kruipen. Hij heeft in belangrijke mate de rechtsbescherming tegen de overheid op de kaart gezet door belangrijke uitspraken, zoals die waarbij de aanschrijving tot politiedwang (bestuursdwang zeggen wij tegenwoordig) onder de rechtsmacht van de bestuursrechter werd gebracht,¹² en meer in het algemeen het ontwikkelen van de norm dat overheidsbesluiten rechtens aan eisen van motivering en zorgvuldigheid moeten voldoen. In de Awb van 1994 zien wij enerzijds veel codificatie vervat van jurisprudentie die onder de Wet Arob tot stand werd gebracht (denk aan de beginselen van behoorlijk bestuur), maar de Awb ging ook verder. Zo werd de tweede fase van de herziening van de rechterlijke organisatie tot stand gebracht met onderbrenging van bestuursrechtsectoren bij alle 19 rechtbanken. Er kwam een hoofdstuk over de bezwaarprocedure en over het bestuursprocesrecht dat algemene gelding over het hele terrein van het bestuursrecht heeft. Alle bijzondere delen van het bijzonder bestuursrecht kwamen te vallen onder de waarborgen van het algemeen deel, die te vinden zijn in de Algemene wet bestuursrecht. Niet voor niets heeft Michiel Scheltema, die van het begin af aan regeringscommissaris voor de Algemene wet bestuursrecht is geweest, in Leiden hiervoor een eredoctoraat gekregen. Hij deed dat werk niet alleen. Hij werd van het begin af aan bijgestaan door een krachtig secretariaat, waarvan ook Nico Verheij met ere moet worden vermeld. De kracht van Scheltema c.s. ligt niet alleen in het conceptuele vermogen het algemeen deel in wetgeving tot stand te brengen, maar ook in het vermogen de vele tegenstand op de bijzondere departementen – die ieder een goed verhaal meende te hebben waarom zij niet onder de Algemene wet bestuursrecht zouden behoren te vallen – te overwinnen. Dat is in de Haagse wereld met al haar verschillende wetsfamilies een staaltje on-Nederlandse overlevingskunst van het algemeen deel. De komst van de Awb is niet alleen van belang geweest voor de waarborgkant van het bestuursrecht tegenover het instrumentele deel, neergelegd in de bijzondere

¹² Vz. ARRvS 25 augustus 1976, AB 1976, 214.

delen van het bestuursrecht, maar ook en vooral voor de bestuursrechtelijke cultuur: de vele verschillende werelden van onderwijsrechtjuristen tot milieu- en ruimtelijke ordeningsjuristen zijn als het ware aaneen gesmeed door de Awb en treffen elkaar bij de VAR. Dat is wellicht vooral wat bestuursrecht tot zo'n krachtig vakgebied naast het privaatrecht en het strafrecht heeft gemaakt.

Het zou niet juist zijn wanneer de indruk zou worden gewekt alsof de Algemene wet bestuursrecht slechts als een waarborg- of rechtsbeschermingswet zou worden gezien. Misschien valt dat nog wel vol te houden voor de Awb zoals die in 1994 tot stand kwam, maar nu is dat echt niet meer het geval. In 1998 werd zij verrijkt met hoofdstukken over subsidies en handhaving. De tijdgeest kenterde en de Awb is van waarborg voor de burger thans mede een handhavingwet voor de overheid geworden. Naast het tot stand komen van het hoofdstuk handhaving op 1 januari 1998, is recentelijk op 1 juli in werking getreden de algemene regeling van de bestuurlijke boete. Hier zien wij de contouren van weer een nieuwe verschuiving. In 1976 zagen wij eerst een verschuiving van de burgerlijke rechter naar de bestuursrechter door de invoering van algemene administratieve rechtspraak en daarmee dus van een majeure verschuiving van privaatrecht naar bestuursrecht. In de afgelopen jaren zien wij weer een verschuiving in de richting van het bestuursrecht, maar dan van het strafrecht naar het bestuursrecht. Die ontwikkeling is begonnen met Lex Mulder (de wet die de verkeersovertredingen op bestuursrechtelijke wijze afdoet) en gaat steeds verder. In feite komt het erop neer dat de overheid het lastige strafrecht in veel gevallen niet geschikt meer vindt en dat de Awb dan wel een stelsel van rechtsbescherming kent, maar dat dit toch minder weerbarstig is dan dat in het Wetboek van Strafvordering. Nog niet uitgekristalliseerd is of die beweging van het strafrecht naar het bestuursrecht wel altijd geheel voldoet aan de eisen van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, op basis waarvan bij een zogenaamde criminal charge voorzien moet zijn in een voldoende waarborgen gevende vorm van rechtsbescherming. Daarmee kom ik ten slotte op het zesde deelthema, dat van de internationalisering.

7 Deelthema 6: de internationalisering van het bestuursrecht

Die internationalisering liet zich voor het eerst echt gevoelen op 23 oktober 1985.¹³ Toen sprak het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg in de door Niels Koeman bepleite Benthem-zaak immers uit dat het Nederlands Kroonberoep, parel van de Struyckianen en van het administratief beroep, niet voldeed aan genoemd artikel 6. Die uitspraak kan worden gezien als een wat late overwinning van de Loeffianen op de Struyckianen en heeft als uitvloeisel gehad dat waar vroeger Kroonberoep open stond thans

¹³ EHRM 23 oktober 1985, Benthem t. Nederland, NJ. 1986, 102 m.nt. Alkema, AB 1986, 1 m.nt. E.M.H. Hirsch Ballin.

ook algemene administratieve rechtspraak naar het Awb-model openstaat. Of de rechtsbescherming daarmee echt is geholpen, kan worden betwijfeld. Een rechter moet zich nu eenmaal beperken tot wat des rechters is en kan niet mee gaan besturen, iets wat de Kroon als een soort van centrale rijksmeester soms wel deed. De internationalisering betreft niet alleen de waarborgkant van het bestuursrecht. Dat is eufemistisch gesteld, nu zij veeleer invloed heeft op de instrumentele kant, de bewerktuiging van de overheid, door de vele eisen die zij op allerhande gebied aan de Nederlandse wetgeving stelt. Bekend is dat het landbouwbeleid volstrekt door Europa wordt beheerst. Bekend is ook dat de Nederlandse milieuwetgeving goeddeels implementatie van de Europese milieuwetgeving is geworden. En zo kunnen wij voor wat betreft de bijzondere wetgeving uren college geven over de Europese invloed op al die regelgeving die soms vormen aanneemt waarvan een verstandig mens zich afvraagt of het nodig is dat Brussel zich daarmee bemoeit.

Voor wat betreft de waarborgkant kan men deels ook bij EU-regels terecht (denk bijvoorbeeld aan regels over een milieueffectrapportage), maar is ook het EVRM van belang. Genoemd werd al artikel 6, maar natuurlijk kunnen hier ook artikel 1 van het eerste protocol (het eigendomsrecht), artikel 2, recht op leven en artikel 8, recht op privé-leven worden genoemd. Vooral op grond van die laatste bepalingen zijn ook het milieurecht en het ruimtelijk ordeningsrecht onder het bereik van het EVRM gebracht, al is dat voor de Nederlandse situatie in de praktijk van alledag nog niet zo van belang. De internationale invloed is niettemin groot. Toen ik in 2001 bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State begon was het aantal zaken met een Europese invloed beduidend kleiner dan vandaag met zijn vragen op het terrein van Europese subsidies, het Europese milieurecht en het ook al zo door Europa beïnvloede natuurbeschermingsrecht. Over het algemeen blijkt de Nederlandse Algemene wet bestuursrecht een goed hanteerbare wet om met al die Europese regelgeving van bijzondere snit uit de voeten te kunnen.

8 De reactie van het laatste decennium

Wij zagen derhalve na de Tweede Wereldoorlog eerst de vrijwel ongelimiteerde groei van het bijzondere bestuursrecht, gevolgd door de groei en bloei van het algemeen deel van het bestuursrecht als mede een reactie daarop. Daarbij werd veel aandacht gegeven aan de rechtsbescherming en andere waarborgen die het algemeen deel van het bestuursrecht te bieden heeft. Wij zien daarop sinds een jaar of twaalf een beweging van bestuurders (zie het rapport van de Werkgroep-Van Kemenade)¹⁴ als protest tegen de juridisering die het bestuursrecht het openbaar bestuur heeft gebracht. Ook zien wij de uitbouw van het algemeen deel met minder op de waarborgen van het bestuursrecht gerichte

¹⁴ De Werkgroep inzake terugdringing van de juridisering van het openbaar bestuur, Bestuur in geding, Haarlem 1997.

onderdelen, als handhaving (inclusief punitieve handhaving). Deze reactie op de groei en bloei van het bestuursrecht is thans op het niveau van regering en parlement een kernthema. De Crisis- en herstelwet waarbij vele projecten met minder milieu- en ruimtelijke ordeningseisen en met versnelling van procedures gerealiseerd zullen kunnen gaan worden, wordt door sommige waarnemers ook beschouwd als een gevolg van de aanhoudende roep van bestuurders dat de rechtsbescherming te ver is doorgeschooten en te veel tijd in beslag neemt, al wordt zij van regeringszijde gepresenteerd als een van de (weinige) echte middelen om de economie aan de gang te houden in tijden van crisis. Ook liggen er voorstellen om de bestuurlijke lus en de relativiteitseis in te voeren en wordt voorgesteld om de mogelijkheid om gebreken te passeren voor de rechter te vergemakkelijken. Kortom, er is een reactie op de groei en bloei van het bestuursrecht aan de gang.

Het is niet uitgesloten dat onderdelen van genoemde voorstellen in strijd zijn met internationale wetgeving. Als de rechter straks op een enkel onderdeel zou uitspreken dat het Europese recht – bijvoorbeeld het EVRM, maar het kan ook gaan om de Habitatrichtlijn – grenzen stelt aan wat de Nederlandse regering in het Parlement voor elkaar krijgt, zien wij wederom hoezeer de internationalisering ook juridisering van de staatsrechtelijke verhoudingen met zich brengt. Het bestuursrecht is al lang niet meer gewoon nationaal bestuursrecht, maar is vervlochten met het Europees recht en het staatsrecht, terwijl we al zagen dat wat vroeger privaatrecht of strafrecht was, deels ook in het bestuursrecht is ingebed.

9 Kansen?

Betekent deze reactie dat Niels Koeman toetreedt tot de Afdeling bestuursrechtspraak op een voor de bestuursrechtspraak somber moment, dat zich niet zou kenmerken door kansen, het bij hem zo passende thema van dit boek?

Gelukkig is dat geenszins het geval. Ik noem twee kwesties die in de komende jaren op het terrein van het omgevingsrecht in het verschiep liggen, die als kansrijke uitdagingen voor de bestuursrechtspraak op dit terrein kunnen worden gezien. De hiervoor beschreven reactie van het laatste decennium heeft mijns inziens voor een belangrijk deel te maken met een te grote procedurele gerichtheid van de bestuursrechtspraak. Die procedurele gerichtheid is deels goed verklaarbaar. De bestuursrechter moet zich, zeker ook op het terrein van het omgevingsrecht, waarop vele tegengestelde belangen van burgers, organisaties en bedrijven spelen, bewust zijn van zijn positie en dus veelal inhoudelijke afwegingen aan het democratisch gelegitimeerde bestuur moet overlaten. Maar de bestuursrechtspraak is daarin soms doorgeschooten, mogelijk ook doordat de Awb de aan een besluit te stellen eisen van motivering en zorgvuldige voorbereiding geprononceerder regelt dan inhoudelijk aan een besluit te stellen eisen.

De uitdaging aan de bestuursrechtspraak, vooral in het omgevingsrecht, bestaat daaruit dat de rechtspraak effectiever dient te worden. Als een bestuursbesluit gebreken vertoont, maar materieel door de beugel kan, zou dat in de meeste gevallen tot een einduitspraak van de rechter moeten leiden, waaruit dat blijkt. Dat is vaak beter dan dat er vanwege een motiverings- of zorgvuldigheidgebrek een nieuw appellabel bestuursbesluit volgt waarbij weer van voren af aan moet worden begonnen en waarbij de appellant, omdat het besluit materieel door de beugel kan, uiteindelijk toch met lege handen staat. Soms zal voor zo'n einduitspraak een bestuurlijke lus nodig zijn. In andere gevallen kan de bestuursrechter wellicht gebruik maken van de verruiming die artikel 6:22 Awb in petto heeft. Maar bij die meer materiële benadering hoort dan ook (en die kant van de medaille wordt wat mij betreft op dit moment wat onderbelicht), dat als een bestuursbesluit materieel niet door de beugel kan, dat ook vaker moet blijken uit de uitspraak van de bestuursrechter, die in dat geval dan ten gunste van de appellant meer zelf in de zaak voorziet of een zodanige vernietiging uitsprekt dat daaruit volgt dat niet weer materieel hetzelfde besluit kan worden genomen, als het vernietigde besluit. Kortom, effectieve bestuursrechtspraak, waarop ik in mijn oratie in 2000 het oog had en waarmee niet alleen het bestuur, maar ook burgers, organisaties en bedrijven gediend zijn.

De Afdeling is deze richting in de laatste jaren al onmiskenbaar ingeslagen door – onder verruiming van de daarvoor toepasselijke criteria – aanzienlijk vaker dan voorheen gebruik te maken van de bevoegdheden om de rechtsgevolgen van een besluit in stand te laten en zelf in de zaak te voorzien. Een aantal van de wijzigingen die de wetgever thans wil aanbrengen kan dus worden gezien als een aanmoediging om die ingezette koers verder te vervolgen en geeft daarvoor verdere instrumenten. Niels Koeman is bij uitstek geschikt om met een combinatie van creativiteit en zin voor praktische oplossingen aan dit proces mede verder gestalte te geven, weinig geporteerd voor stroperige procedures en gericht op effectieve en inhoudsvolle bestuursrechtspraak als hij is.¹⁵ Ik voeg er wel aan toe dat er nog steeds gevallen zullen blijven, waarbij de staatsrechtelijke positie van de rechter met zich brengt dat materiële beslechting van het geschil niet goed mogelijk is en de bal weer naar het bestuur zal moeten worden teruggespeeld en ook gevallen dat de inschatting zal zijn dat een bestuurlijke lus minder doelmatig is dan een vernietiging *sec*. Kortom, hier is nog veel denkwerk te verrichten en werk te doen: kansen dus.

Een tweede terrein dat als een kansrijke uitdaging voor de Afdeling kan worden gezien, betreft de in 2010 te verwachten inwerkingtreding van de Wabo met daarin ook de komst van rechtspraak in twee instanties in milieuzaken en dus de komst op dat terrein van hoger beroepspraak bij de Afdeling bestuursrechtspraak. Dat biedt de Afdeling de mogelijkheid haar aandacht te richten op de vraag hoe de bestuursectoren van de rechtbanken milieuvergunningen moeten toetsen. De rechtspraak in één instantie van de Afdeling op het terrein van het milieu is in het algemeen evenwichtig, maar rechtspraak in

¹⁵ N.S.J. Koeman, 'Effectieve en inhoudsvolle bestuursrechtspraak', *NTB* 2001, p. 20.

één instantie heeft als nadeel dat zij gericht is op de feitelijke merites van ieder individueel geval waardoor niet altijd heldere lijnen ten aanzien van de door de rechter te verrichten rechterlijke toetsing herkenbaar zijn.¹⁶ Als de Afdeling hoger beroepsrechter wordt, zal ook op dit terrein de controlefunctie van het hoger beroep haar de kans bieden leiding te geven aan de wijze waarop de rechtbanken in eerste aanleg zich van hun nieuwe taak moeten kwijten, het toetsen van milieuvergunningen op rechtmatigheid en het zo mogelijk finaal beslechten van die geschillen. Ook dat lijkt een taak, waarbij de op kansen gerichte aanpak van Niels de Afdeling van pas kan komen. Het omgevingsrecht verliest dus weliswaar een hoogleraar, maar zijn bijdrage aan de ontwikkeling van het omgevingsrecht hoeft er niet minder om te worden!

¹⁶ T.C. Leemans, *De toetsing door de bestuursrechter in milieugeschillen. Over rechterlijke toetsingsintensiteit, bestuurlijke beslissingsruimte en deskundigenadvisering*, diss. Leiden 2008.